

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 31 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Βικτώρια Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την νομίμως και εμπροθέσμως κατατεθείσα από 04.10.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1866/04.10.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... με διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στ.. ... επί της οδού ... (εφεξής προσφεύγων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα σε συμμόρφωση με την με αρ. ΠΔΝ 1581/30-12-2021 Προσωρινή Διαταγή του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, σύμφωνα με την οποία αναπέμπεται η υπόθεση στην ΑΕΠΠ.

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί, άλλως ανακληθεί άλλως τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 28/21.09.2021 Θέμα 9 για το τμήμα Α.3 «Συντήρηση 5 μηχανημάτων τεχνητού νεφρού ... της νοσηλευτικής μονάδας ... για 1 έτος» κατά το μέρος αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας ..., εκδοθείσα στο πλαίσιο διακήρυξης με αρ. ..., συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 157.070,00€ (ΑΔΑΜ ...) με Συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ..., αντικείμενο την επισκευή και συντήρηση ιατρικού εξοπλισμού, και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάση τιμής. Εν προκειμένω ο προϋπολογισμός του επίμαχου τμήματος με α/α 3 ανέρχεται σε 16.000€ του ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ, (βλ. το e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...). Η προσφυγή κατατέθηκε εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους στις 23.09.2021, ευλόγως δε ο προσφεύγων προσδοκά να του ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση για το τμήμα 3 έχοντας υποβάλλει νομίμως προσφορά που κρίθηκε αποδεκτή και είναι εν προκειμένω 2^{ος} σε σειρά μειοδοσίας.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

3. Επειδή ο προσφεύγων, έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής ως συμμετέχων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή για το επίμαχο τμήμα που εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και ως εκ τούτου επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή του έτερου συμμετέχοντος επικαλούμενος άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη.

4.Επειδή την 05.10.2021, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο.

5.Επειδή την 19.10.2021 η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της προσφυγής, ήτοι εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθ. 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει.

6.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 2^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σε συνέχεια της με αρ. 107/2022 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου.

7.Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκαν τα πρακτικά αποσφράγισης τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας.

Συγκεκριμένα, για την προσφορά του οικονομικού φορέα ..., διαπιστώθηκε ότι «είναι ασυνήθιστα χαμηλή σύμφωνα με τα συγκριτικά στοιχεία κοστολόγησης της υπηρεσίας κατά τα παρελθόντα έτη, και ζητήθηκαν σχετικές διευκρινήσεις σύμφωνα με την παρ. 3.1.2 της διακήρυξης» (βλ. σελ 8 της προσβαλλόμενης όπου τα ως άνω αφορούν στο από 26.08.2021 πρακτικό της αρμόδιας επιτροπής περί αξιολόγησης οικονομικών προσφορών). Σημειώνεται ότι ο προσφεύγων στις 26.08.2021 απέστειλε έγγραφο στην αναθέτουσα αρχή το οποίο περιείχε ουσιώδεις ισχυρισμούς και συγκεκριμένα στοιχεία επί των παρεχόμενων τιμών της επίμαχης υπηρεσίας σε ανάλογους διαγωνισμούς αλλά και επί προσφερθεισών τιμών της καθού εταιρείας κατά τα προηγούμενα έτη περί, ισχυριζόμενος ότι είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, και συγκεκριμένα του ΕΣΗΔΗΣ , τόπο βέβαιης χρονοσήμανσης, έγγραφο προς παροχή διευκρινήσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής προς την ως άνω εταιρεία, απεστάλη στις 31.08.2021 με το με αρ. πρωτ. 7337/31.08.2021 έγγραφο της, απαιτώντας κατ' άρθρο 3.1.2 διακήρυξης και 88 και 89 του ν. 4412/2014, την παροχή διευκρινήσεων και τεκμηρίωση της τιμής της προσφοράς της καθού εταιρείας. Περαιτέρω, στις 20.09.2021 συνεδρίασε εκ νέου η Επιτροπή και σε συνέχεια του με αρ. πρωτ. 7867/09.09.2021 εγγράφου παροχής διευκρινήσεων της εταιρείας ... διαπίστωσε ότι «Οι παρεχόμενες διευκρινήσεις από την εταιρεία ... εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο του κόστους της προσφερόμενης υπηρεσίας»(σελ. 8 της προσβαλλόμενης) και εισηγήθηκε μεταξύ άλλων την ανάθεση του τμήματος 3 στην ως άνω εταιρεία. Το δε Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε την έγκριση των πρακτικών.

8 .Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του καθού οικονομικού φορέα πάσχει απόρριψης καθόσον μη νομίμως έγινε δεκτή και επακολούθως ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος, τόσο λόγω παράβασης όρου τεθέντα στις τεχνικές προδιαγραφές και συγκεκριμένα του όρου «α. Στις προσφορές πρέπει να δηλώνεται υπεύθυνα, επί ποινή απόρριψης, η χώρα καταγωγής του τελικού προϊόντος, η επιχειρηματική μονάδα κατασκευής, καθώς και να αποδεικνύεται η νόμιμη εκπροσώπηση και διανομή προϊόντων του κατασκευαστικού οίκου για την εκτέλεση της παραπάνω προμήθειας σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 όπως τροποποιείται από τον Ν. 4605/2019 άρθρο 43, παρ. 9.» (1^{ος} λόγος),

όσο και λόγω παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να ασκήσει την εκ του νόμου υποχρέωση της απαντήσεως επι ουσιωδών προβληθέντων ισχυρισμών επί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της εταιρείας ..., με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία, καθόσον καμία απάντηση δεν έλαβε από το Νοσοκομείο πέραν της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης, επικαλείται δε πλήθος Αποφάσεων της ΑΕΠΠ προκειμένου να αποδείξει τη βασιμότητα των ισχυρισμών του, ομοίως ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν του έδωσε καν την παραμικρή πρόσβαση στα έγγραφα και στα στοιχεία που υποτίθεται ότι βασίστηκε προκειμένου να αποδεχτεί την επίμαχη Ασυνήθιστα Χαμηλή Προσφορά, αποκρύβοντας τα από την εταιρεία του, αποκρύβοντας τις υποτιθέμενες εξηγήσεις που έδωσε η εν λόγω εταιρεία, αποκρύβοντας ακόμη και το ίδιο το έγγραφο του αιτήματος του Νοσοκομείου για παροχή διευκρινήσεων προς την εν λόγω εταιρεία για την Ασυνήθιστα Χαμηλή οικονομική προσφορά της στο Διαγωνισμό, καταργώντας έτσι κάθε έννοια διαφάνειας που πρέπει να διέπει του Δημόσιους διαγωνισμούς, ομοίως ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη είναι παντελώς αναιτιολόγητη ως προς αυτό το σκέλος και πάσχει ακυρότητας, αλλά και ότι η αναθέτουσα αρχή υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας, ότι οι παρεχόμενες από 09.09.2021 διευκρινήσεις της καθού εταιρείας ήταν εκπρόθεσμες ούτως η προσφορά έχρηζε σε κάθε περίπτωση απόρριψης, ισχυριζόμενος ότι ζητήθηκαν στις 26.08.2021, ήτοι κατατέθηκαν πέραν της εκ του νόμου τασσόμενης 10ημερης προθεσμίας, ομοίως ισχυρίζεται ότι υφίσταται *«παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιήσει όλα τα στοιχεία ελέγχου και αξιολόγησης της προσφοράς της εταιρείας “...” παρόλο που αυτά τα αιτήθηκε η εταιρεία μας με τρία διαδοχικά αιτήματα. Παντελώς παράνομη η «εμμονική» απόκρυψη των κρίσιμων στοιχείων ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών κατά παράβαση της Διακήρυξης και του Νόμου, και ότι εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή απάντησε όλως παρανόμως ότι είναι διαθέσιμα σε οιαδήποτε ελεγκτική αρχή. Περιλαμβάνει δε πλήθος εγγράφων και αποφάσεων ΑΕΠΠ στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή που αριθμεί 251 σελίδες.*

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες από 19.10.2021 απόψεις της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι *« Σε συνέχεια της από 04/10/2021 κατατεθείσας προσφυγής της εταιρείας ... αναφορικά με τον Διαγωνισμό ... για την*

ανάθεση,..... καταθέτουμε τις απόψεις μας σε σχέση με τους ισχυρισμούς της εταιρίας Η Επιτροπή συστάθηκε με την υπ. αριθ. 155/03.06.2021 (ΑΔΑ: ...) απόφαση του Διοικητή του ..., προκειμένου να πραγματοποιήσει την αξιολόγηση του υπ. Αριθ. ... συστημικό ηλεκτρονικό διαγωνισμό της υπ. αριθ. ... διακήρυξης του Στις 18.06.2021 η επιτροπή συνεδρίασε προκειμένου να αποσφραγίσει ηλεκτρονικά τις προσφορές. Στις 23.08.2021 η επιτροπή συνεδρίασε προκειμένου να αξιολογήσει τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προδιαγραφές, λαμβάνοντας υπόψη: -την αριθμ. 1256/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ, -την υπ' αριθμ. 22η/28.07.2021 (θέμα 14ο ΟΙΚ.) (ΑΔΑ: ...) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... περί συμμόρφωσης με την υπ' αριθ. 1256/2021 Απόφαση της ΑΕΠΠ. Το γεγονός ότι σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 22η/28.07.2021 (θέμα 14ο ΤΤΚ.) (ΑΔΑ: ...) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... οι όροι β) και δ) του ΚΕΦ Α' ΤΕΧΝΙΚΣΣ προδιαγραφές δεν εν ισχύουν για την υπηρεσία Α3», Στις 26.08.2021 η επιτροπή συνεδρίασε για την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών. Η επιτροπή διαπίστωσε ότι η οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» είναι ασυνήθιστα χαμηλή, σύμφωνα με τα συγκριτικά στοιχεία κοστολόγησης της υπηρεσίας κατά τα παρελθόντα έτη και τις συναφείς υπηρεσίες και ζητήθηκαν σχετικές διευκρινίσεις, σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.2 της Διακήρυξης, οι οποίες εστάλησαν στις 31.08.2021. Συγκεκριμένα, σε συνέχεια της αποσφράγισης και αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς για την υπηρεσία.....» του διαγωνισμού με αρ. διακ. ... (συστημικός αριθμός ...) για την ανάθεση..... για το ... (...), από την επιτροπή παρατηρήθηκε ασυνήθιστα χαμηλή τιμή της προσφοράς σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τον 3.1.2 όρο της διακήρυξης ... καθώς και με τα άρθρα 88 και 89 του Ν.4412/2016, η επιτροπή αιτήθηκε εξηγήσεων και τεκμηρίωσης της τιμής της προσφοράς από την εταιρία «...» προκειμένου να αξιολογήσει την ποιότητα της προσφερόμενης υπηρεσίας. Στις 20.09.2021 η επιτροπή συνεδρίασε εκ νέου και λαμβάνοντας υπόψη το αριθμ. πρωτ. 7867/09.09.201 έγγραφο της εταιρείας «...» διαπίστωσε ότι οι παρεχόμενες διευκρινίσεις από την εταιρεία « ...» εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής της προσφερόμενης υπηρεσίας και προχώρησε στην κατακύρωση της οικονομικής προσφοράς, ως της πλέον συμφέρουσας για το Νοσοκομείο από οικονομικής άποψης προσφοράς. Ο ΔΙΟΙΚΗΤΗΣ ...».

10.Επειδή ο προσφεύγων κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως το από 25.10.2021 Υπόμνημα του ισχυρίζεται μεταξύ άλλων και ότι «Γενικά, το Γενικό ... - Νοσηλευτική Μονάδας ..., με τις υπ' αρ. πρωτ. 9168/19-10-2021 απόψεις του, ποιεί την νήσσαν, καθώς καμία άποψη δεν κατέθεσε για κανέναν από τους έξι (6) λόγους της προσφυγής μας, αν και εκλήθη να το πράξει τούτο νομίμως και εντός των νομίμων προθεσμιών με τη με αρ. 2488/2021 πράξη ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή.... Σημειωτέον δε ότι ούτε ο προσωρινός ανάδοχος, εταιρεία, «...», αμφισβήτησε τους εξεταζόμενους λόγους της προσφυγής μας, καθώς δεν προκύπτει άσκηση παρέμβασης ούτε εντός της νόμιμης προς τούτο 10ήμερης αποκλειστικής προθεσμίας (αρθρ.362 παρ.3ν.4412/2016), ούτε κατά πάντα χρόνο, παρότι έλαβε γνώση της προσφυγής η οποία όπως προκύπτει από τα στοιχεία του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, του κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή εμπροθέσμως νομίμως και προσηκόντως σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 περ. α του ν.4412/2016. Εξάλλου, σύμφωνα και με την τηλεφωνική ενημέρωση που είχαμε από την αρμόδια υπάλληλο του Γραφείου Προμηθειών του Νοσοκομείου ..., .., στις 20.10.2021 «Δεν έχει κατατεθεί παρέμβαση. Στείλαμε ότι είχαμε να στείλουμε». Στη συνέχεια παραθέτει αποφάσεις της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις οποίες ισχυρίζεται ότι η ΑΕΠΠ και σε αυτήν την περίπτωση δύναται να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής επί των πραγματικών ισχυρισμών του. Επί του 1^{ου} λόγου της προσφυγής ισχυρίζεται

ότι Η αναθέτουσα αρχή, ούτε στο με αριθ. πρωτ. 9168/19-10-2021 έγγραφό της με θέμα «Απόψεις του ... (...) περί της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας ... (ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1866/04-10-2021) ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΟΝ Διαγωνισμό ... για την ανάθεση ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΠΙΣΚΕΥΗΣ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ για το ... (...)», αλλά ούτε και σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο δεν παραθέτει άποψη επί των πραγματικών ισχυρισμών για τον 1ο λόγο της προσφυγής μας, καμία απολύτως αναφορά δεν κάνει για το λόγο αυτό, ούτε αντικρούει σχετικά τις προβαλλόμενες αιτιάσεις της υπό κρίση προσφυγής μας, ούτε καν δεν θέτει αίτημα απόρριψης του 1ου λόγου της προσφυγής. Όπως ήδη έχουμε αναφέρει ανωτέρω, ούτε ο προσωρινός ανάδοχος, εταιρεία, «...», αμφισβήτησε τους εξεταζόμενους λόγους της προσφυγής μας, καθώς δεν προκύπτει άσκηση παρέμβασης ούτε εντός της

νόμιμης προς τούτο 10ήμερης αποκλειστικής προθεσμίας (αρθρ.362 παρ.3ν.4412/2016), ούτε κατά πάντα χρόνο, παρότι έλαβε γνώση της προσφυγής η οποία όπως προκύπτει από τα στοιχεία του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, του κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή εμπροθέσμως νομίμως και προσηκόντως σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 περ. α του ν.4412/2016. Συνεπώς πρέπει να γίνει δεκτός ο 1ος εξεταζόμενος λόγος της προσφυγής ως κατ' ουσίαν βάσιμος, καθ' ομολογίαν της αναθέτουσας αρχής, της ακρίβειας της πραγματικής βάσεως των ισχυρισμών της προσφεύγουσας εταιρείας μας, κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ.2 του άρθρου 365 παρ.2 του ν.4412/2016 και 14 παρ.1 του ΠΔ 39/2017, οράτε την αντίστοιχη νομολογία ανωτέρω υπό ενότητα με αριθμ. «1». Επίσης, ισχυρίζεται ότι υφίσταται « B.2. Παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να ασκήσει την εκ του Νόμου υποχρέωσή της απαντήσεως επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών της εταιρείας μας, με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία. B.3. Άκυρη και απαράδεκτη η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας ..., διότι κατά την επιτροπή αξιολόγησης ΔΗΘΕΝ «Οι παρεχόμενες διευκρινίσεις από την εταιρεία “...” εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο του κόστους της προσφερόμενης υπηρεσίας.». Παντελώς αναιτιολόγητη η προσβαλλόμενη απόφαση. B.4. Άκυρη και απαράδεκτη η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας ..., και λόγο Παραβίασης των Ακραίων ορίων διακριτικής ευχέρειας και εξουσίας, από την Αναθέτουσα Αρχή». Προβάλλει επίσης ισχυρισμούς ότι σχετικά με το χρόνο υπογραφής και αποστολής των εγγράφων του κάθου οικονομικού φορέα επί αιτιολόγησης της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς του, επί των τεράστιων αποκλίσεων της προσφερόμενης από τον καθου τιμής σε σχέση με τις λοιπές προσφορές, επί κατατεθέντων βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης του Νοσοκομείου ... και ..., και συγκεκριμένα ότι «τις βεβαιώσεις αυτές τις πρόσβαλε η εταιρεία μας στον όμοιο ίδιο διαγωνισμό του προηγούμενου έτους 2020, με αρ. διακήρυξης ... και αρ. πρωτ. 417/16.01.2020, με την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 471/21-04-2020 προσφυγή μας (Σχετικό ΥΠ-14), όπου κρίθηκε « ΑΕΠΠ679/2020: ...στην από 15-3- 2019 βεβαίωση του Γενικού Νοσοκομείου ... δεν προκύπτει ευκρινώς ο συντάκτης και υπογράφων καθώς στο έγγραφο υπάρχει σφραγίδα που δεν δύναται να αναγνωσθεί ούτε αναφορά στο όνομα και στην ιδιότητα του υπογράφοντος

παρά μόνο μια φυσική υπογραφή, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, στην από 19-02-2019 βεβαίωση του Γενικού Νοσοκομείου ... δεν προκύπτει ευκρινώς ο συντάκτης και υπογράφων καθώς δεν είναι ευχερώς διακριτό το όνομα του υπογράφοντος ενώ εκ του περιεχομένου της προκύπτει εμπειρία μόνο στο μηχάνημα τύπου ... και όχι στο μηχάνημα [...] Επομένως, δοθέντος ότι οι ως άνω προσκομισθείσες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης στις οποίες ουδόλως προκύπτει το όνομα ή η ιδιότητα του συντάκτη και υπογράφοντος δεν έχουν υποβληθεί παραδεκτώς και, ως εκ τούτου, δεν δύναται να ληφθούν υπόψη. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι στις βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης υπάρχουν όλα τα ως άνω στοιχεία τυγχάνουν απορριπτέοι» και ισχυρίζεται ότι «Αξιοσημείωτο δε είναι ότι τα μέλη της επιτροπής αξιολόγησης και διενέργειας του διαγωνισμού του διαγωνισμού του 2020 είναι απολύτως τα ίδια με τον τωρινό επίμαχο διαγωνισμό, κι ενώ γνώριζαν άριστα ότι η απόφαση της ΑΕΠΠ 679/2020 έκρινε ως απαράδεκτες τις ανωτέρω δύο βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των Νοσοκομείων ... και ..., τις έλαβαν υπόψη τους προκειμένου να ευνοήσουν και για το λόγο αυτό παράνομα το ΚΑΡΤΕΛ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ, την περιούσια για αυτούς εταιρεία ..., ενώ ένα χρόνο πριν για τις βεβαιώσεις αυτές (επαναξιολογώντας τις προσφορές μετά την απόφαση της ΑΕΠΠ) πρότειναν την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας ..., λαμβάνοντας υπόψη την απόφαση 679/2020 της ΑΕΠΠ, οράτε την απόφ.20/30.06.2020 Θ.8 (ΑΔΑ:...), ομοίως δε από τα 6 μέλη του Δ.Σ. του Νοσοκομείου τα 4 είναι τα ίδια με αυτά του διαγωνισμού του 2020 με αρ. διακήρυξης ... και αρ.πρωτ. ... και τα οποία προτίμησαν να κάνουν τα στραβά μάτια στο ...». Ξεκάθαρα τα στοιχεία που επικαλέστηκε και προσκόμισε η εταιρεία ..., σε καμία περίπτωση δεν ήταν σε θέση να δικαιολογήσουν την Ασυνήθιστα Χαμηλή Προσφορά της, τόσο γιατί αυτά επ' ουδενί δεν μπορούν να ανατρέψουν τα συγκριτικά στοιχεία κοστολόγησης της υπηρεσίας κατά τα παρελθόντα έτη και τις συναφείς υπηρεσίες του Νοσοκομείου ..., όσο και για το λόγο ότι αυτά τα στοιχεία ήδη έχουν κριθεί ως απαράδεκτα και από την ΑΕΠΠ (679/2020) και από το Νοσοκομείο ... (απόφ.20/30.06.2020 Θ.8 (ΑΔΑ:...)). Στη συνέχεια ο προσφεύγων διερωτάται «ποια είναι τα αδιάσειστα στοιχεία που καταδεικνύουν ότι η προσφορά της εν λόγω εταιρείας είναι μια ΑΠΟΛΥΤΑ Ασυνήθιστα Χαμηλή Προσφορά, μια ΑΠΟΛΥΤΑ ζημιογόνος, ΚΑΤΩ

ΤΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ, Μη Κανονική προσφορά»..... Δηλαδή η εταιρεία «...» : • το έτος 2018 πουλούσε υπηρεσίες συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην (Μέση) τιμή των 145,85 € το μηχάνημα το μήνα ενώ αυτές οι υπηρεσίες τις κόστιζαν συνολικά 141,53 € το μηχάνημα το μήνα, λειτουργούσε με περιθώριο κέρδους 2,96% . • το έτος 2019 πουλούσε υπηρεσίες συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην (Μέση) τιμή των 132,17 € το μηχάνημα το μήνα ενώ αυτές οι υπηρεσίες τις κόστιζαν συνολικά 159,31 € το μηχάνημα το μήνα, λειτουργούσε με ΖΗΜΙΑ 27,14 € το μηχάνημα το μήνα ή με -20,53% ΖΗΜΙΑ . • το έτος 2020 πουλούσε υπηρεσίες συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού στην (Μέση) τιμή των 149,88 € το μηχάνημα το μήνα ενώ αυτές οι υπηρεσίες τις κόστιζαν συνολικά 139,39 € το μηχάνημα το μήνα, λειτουργούσε με περιθώριο κέρδους 7,00%. Έτσι με τον πλέον αναλυτικό και έγκυρο τρόπο (με επίσημα & πρόσφατα στοιχεία της ...), γίνεται κατανοητό ότι η τιμή των 104,00 € το μηχάνημα το μήνα που προσέφερε στον επίδικο διαγωνισμό στο Νοσοκομείο ..., είναι πέραν πάσης αμφιβολίας όχι απλώς μια Ασυνήθιστα Χαμηλή Προσφορά, αλλά μια ΕΞΩΦΡΕΝΙΚΑ Χαμηλή, Κάτω του Κόστους, Προσφορά. Στη συνέχεια επαναφέρει τους ισχυρισμούς του επί «εμμονικής» στάσης της αναθέτουσας αρχής να του χορηγήσει τα οικεία έγγραφα που αιτείτο και τέλος ισχυρίζεται ότι η ως άνω υπόθεση δεν είναι απλώς, μόνο μια διοικητική διαφορά ουσίας, αλλά και μία κατεξοχήν ποινική υπόθεση βαρύνουσας σημασίας.

11. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ορίζεται

« 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

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

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς),

Αρ. 3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών.... Εάν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος

που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 ν. 4412/2016.

«ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της ΣύμβασηςΑ.ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ... ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΓΙΑ ΤΙΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΠΙΣΚΕΥΗΣ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΤΟΥ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΤΗΣ ...:

α. Στις προσφορές πρέπει να δηλώνεται υπεύθυνα, επί ποινή απόρριψης, η χώρα καταγωγής του τελικού προϊόντος, η επιχειρηματική μονάδα κατασκευής, καθώς και να αποδεικνύεται η νόμιμη εκπροσώπηση και διανομή προϊόντων του κατασκευαστικού οίκου για την εκτέλεση της παραπάνω προμήθειας σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 όπως τροποποιείται από τον Ν. 4605/2019 άρθρο 43, παρ. 9.

β. Να κατατεθεί βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου ή του αποκλειστικού διανομέα του στην Ελλάδα, για την απρόσκοπτη παροχή των απαιτούμενων ανταλλακτικών που θα χρειαστούν για τις προληπτικές και επανορθωτικές συντηρήσεις του μηχανήματος καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης.

γ. Η εταιρία να διαθέτει κατάλληλα πιστοποιημένο τμήμα service για τον συγκεκριμένο εξοπλισμό (να κατατεθούν τα πιστοποιητικά έγγραφα).

δ. Να κατατεθεί έγγραφο του κατασκευαστικού οίκου που να βεβαιώνει την καταλληλότητα της εταιρίας, επισκευής και συντήρησης του σχετικού εξοπλισμού.

ε. Ο Ανάδοχος υποχρεούται να διατηρεί αποθέματα ανταλλακτικών στις αποθήκες του

3.1.2

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και

των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

13. Επειδή, περαιτέρω, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

14. Επειδή, όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη 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 (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110). Περαιτέρω, η αυστηρή ερμηνεία και εφαρμογή των όρων της διακήρυξης σχετίζεται με τη μονοσήμαντη ερμηνεία των όρων της και τη σύστοιχη αυτής αρχή της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι πληρούνται τα ως άνω κατά τρόπον ώστε, αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο Διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα

αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νική, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Universale- Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, Wienstromm GmbH, ΣΤΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23.

15. Επειδή, με την με αρ. C-309/18, Απόφαση του ΔΕΕ, της 2 Μαΐου 2019, Lavorgna Srl, κρίθηκε ότι (σκ. 20-22) **«η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν απαγορεύουν, κατ' αρχήν, τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία επιβάλλεται ρητώς, επί ποινή αποκλεισμού, από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα ή από τις ισχύουσες διατάξεις του εθνικού δικαίου. Η εκτίμηση αυτή επιβάλλεται κατά μείζονα λόγο καθόσον, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, σε περίπτωση κατά την οποία υποχρεώσεις είχαν ρητώς επιβληθεί, επί ποινή αποκλεισμού, με τα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δέχεται οίεσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων (βλ., κατ' αναλογία, αποφάσεις της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψεις 46 και 48, της 2ας Ιουνίου 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, σκέψη 49, καθώς και της 10ης Νοεμβρίου 2016, Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, σκέψη 30).**

16. Επειδή, η έννοια «ασυνήθιστη χαμηλή προσφορά» δεν ορίζεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 αλλά ούτε και στο προϊσχύον νομικό πλαίσιο περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αναφορικά με τις προμήθειες και υπηρεσίες. Ωστόσο, έχει κριθεί ότι το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς πρέπει να εκτιμάται σε συνάρτηση με τη σύνθεση της προσφοράς και με τη φύση της επίμαχης παροχής (απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016,

Agriconsulting Europe κατά Επιτροπής, T-570/13, EU:T:2016:40, σκέψη 55 και απόφαση της 4ης Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T 392/15, ECLI:EU:T:2017:462 σκ.83). Ειδικότερα, η έννοια περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δύναται να καθορίζεται με αναφορά στην υπό ανάθεση σύμβαση, στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και συνθήκες αυτής, αλλά και στο εάν τα οικονομικά στοιχεία του προσφέροντος την εμφανιζόμενη ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά οικονομικού φορέα, αναφερόμενα με συγκεκριμένο και ειδικό τρόπο, πληρούν τις προϋποθέσεις υπαγωγής στην εν λόγω έννοια (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 866/2008 και ΔΕφΑΘ 217/2013 αναφορικά με την ερμηνεία της οικείας έννοιας υπό το προϊσχύον καθεστώς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων).

17. Επειδή ομοίως το ΔΕΕ επεσήμανε με σαφήνεια ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή πρώτον, να εντοπίσει τις ύποπτες προσφορές, δεύτερον, να παράσχει στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα των προσφορών τους, ζητώντας τους τις διευκρινίσεις που η αναθέτουσα αρχή κρίνει σκόπιμες, τρίτον, να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή αν θα απορρίψει τις προαναφερθείσες προσφορές. [βλ. συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, *Lombardini και Mantovani* (2001) Συλλογή I-9233 σκ.55].

18.Επειδή εν προκειμένω, η δικαιολόγηση αυτής της δυνατότητας εκτίμησης των αναθετουσών αρχών δεν συνεπάγεται την απεριόριστη άσκηση διακριτικής ευχέρειας κατά την εκτίμηση αλλά και την ενδεχόμενη απόρριψη των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και οι αποφάσεις τους θα πρέπει να καθοδηγούνται από τις γενικές αρχές των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις και της ΣΛΕΕ και να τηρούν τις γενικές αρχές δικαίου και ιδίως την αρχή της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης. Ειδικότερα, στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (ομοίως άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να καθοδηγούνται και από την αρχή απαγόρευσης των διακρίσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εξάλλου, ακόμη και ελλείψει χαρακτηριστικών που δημιουργούν διακρίσεις, η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού μπορεί να

επιβάλλει πρόσθετους περιορισμούς στην ικανότητα της αναθέτουσας αρχής να δέχεται ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, εμποδίζοντάς την να το πράξει εάν η αποδοχή της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δημιουργεί ή ενισχύει στρέβλωση του ανταγωνισμού στην εν λόγω αγορά. Επομένως, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει τουλάχιστον να αποτρέπονται από την αποδοχή ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών που υποβάλλονται από μια επιχείρηση με δεσπίζουσα θέση, καθώς και από ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές που θα μπορούσαν να αποδειχθούν ως αποτέλεσμα συμπαιγνιακών συμφωνιών μεταξύ υποψηφίων που είχαν ως στόχο την κατανομή της αγοράς (δηλαδή ως παράδειγμα εναλλαγής προσφορών, μπιόκοτάζ άλλων υποψηφίων κ.λπ.). (Βλ. Dr Albert Sanchez Graells - *Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions*).

19. Επειδή, συνοψίζοντας, προς αποτροπή των δυσμενών αυτών συνεπειών, καθιερώνεται διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής στον εντοπισμό των προσφορών οι οποίες εμφανίζονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, εκτός εάν κάποιος διαγωνιζόμενος προβάλει ενώπιον αυτής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, οπότε γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών, αφού προηγουμένως ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις από το διαγωνιζόμενο που φέρεται ότι έχει υποβάλει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά (βλ. ΣτΕ 4249/2010, 3546/2009, ΕπΑνΣτΕ 295/2011, 1260, 41/2010, 815, 747, 127/2009, 1079, 1069/2009, 866, 187, 45/2008, ΔΕφΑΘ (ακυρωτικό) 1528/2014, και Ε.Σ. VI Τμ. 70/2012, 3202, 2235, 2234, 2232, 2090, 584/2011, 3678, 3355, 3134/2009, qd hoc ΑΕΠΠ 349./2018 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη). **Η δε άσκηση της κατά τα άνω διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της.** Εξάλλου, όταν διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται υποχρέωση της Διοικήσεως να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών, διαλαμβάνοντας ειδικώς αιτιολογημένη κρίση σχετικά με το εάν η επίμαχη

οικονομική προσφορά είναι ή όχι ασυνήθιστα χαμηλή. Η αναθέτουσα Αρχή αποφαινομένη επί της σχετικής προσφυγής είτε απορρίπτει αυτήν, **αιτιολογώντας ειδικώς την κρίση της** είτε εάν, αποδεχόμενη την προσφυγή, διαπιστώσει ότι συντρέχει περίπτωση ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, καλεί τον διαγωνιζόμενο να παράσχει εγγράφως τις αναγκαίες διευκρινίσεις που κρίνει σκόπιμες προς αιτιολόγηση και επαλήθευση των επιμέρους στοιχείων της προσφοράς του (βλ. ΣΕ 12/2020 σκ. 6 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

20. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, ό.π., αρ. περ. 642· Β. Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», *ΕφημΔΔ* 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.), ομοίως Μ. Στασινόπουλο, *Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων*, Αθήνα, 1982, σ. 341, ο οποίος εύστοχα αναφέρει ότι «ο επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας» και διευκρινίζει πως «η διεύθυνση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» σελ. 381 ο.π).

21. Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής που αφορούν στην **έλλειψη νόμιμης αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης** ως προς την αποδοχή της προσφοράς του καθού οικονομικού φορέα κατόπιν σχετικής κλήσης προς παροχή διευκρινήσεων επί της εμφανιζόμενης ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς του τελευταίου, **γίνονται δεκτοί ως προδήλως βάσιμοι** και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή καίτοι είχε υποχρέωση ειδικής προς τούτο αιτιολογίας, σε συνέχεια ουσιαστών ισχυρισμών του προσφεύγοντος, τόσο στην προσβαλλόμενη όσο και στην συμπληρωματική αιτιολογία της, ουδέν απολύτως ανέφερε (βλ. σκ. 19 και 20 της παρούσας), πέραν της όλης γενικής αναφοράς ότι οι παρεχόμενες διευκρινήσεις με το αρ. πρωτ. 7867/09.09.2021 έγγραφο του καθού οικονομικού φορέα εξηγούν κατά

ικανοποιητικό τρόπο το χαμηλό επίπεδο του κόστους αυτής. Ούτε από τα στοιχεία του φακέλου -ως αυτά είναι αναρτημένα στο ΕΣΗΔΗΣ στα οποία παραχωρήθηκε πρόσβαση στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα αρχή άμεσα κατόπιν σχετικού αιτήματος, προκύπτει ότι υφίσταται έστω υποτυπώδης πολλώ δε μάλλον νόμιμη, ως απαιτείται ειδική αιτιολογία. Σημειώνεται δε ότι ούτε ο καθού οικονομικός φορές άσκησε παρέμβαση καίτοι του κοινοποιήθηκε η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Περαιτέρω, αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί συναγωγής εκ μέρους της ΑΕΠΠ τεκμηρίου ομολογίας της αναθέτουσας αρχής επί της βασιμότητας των ισχυρισμών του, κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι και τούτο διότι κατά τις διατάξεις του αρ. 365 παρ.2 ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο και ισχύει, τεκμήριο ομολογίας για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος δύναται να συναχθεί «Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περ. β' της παρ. 1, η ΑΕΠΠ» και όχι όταν *«τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων»*, ως ίσχυε υπό την προϊσχύουσα μορφή του που αποτέλεσε τη βάση έκδοσης των εκ μέρους του προσφεύγοντος επικαλούμενων αποφάσεων ΑΕΠΠ.

Περαιτέρω, από τις έξι κατατεθείσες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης του καθού (3 για το Νοσοκομείου ... (έτη 2016,2018,2019) και 3 για το Νοσοκομείο Καρδίτσας 9 έτη (2017, 2018,2019) οι πέντε (5), ως Δημόσια – Διοικητικά Έγγραφα, δεν φέρουν όλα τα στοιχεία που επιβάλουν οι διατάξεις για το νόμιμο τύπο τους, με αποτέλεσμα να μην έχουν αποδεικτική ισχύ, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, συγκεκριμένα σε κάποιες δεν προκύπτει καν ο υπογράφων, ή/και δεν φέρουν στρογγυλή σφραγίδα του Κράτους (ad hoc ΑΕΠΠ 679/2020).

Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος επί του χρόνου αποστολής του εγγράφου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής περί παροχής διευκρινήσεων επί της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, κρίνονται απορριπτέοι, ως αβάσιμοι, καθόσον σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, ουδόλως προκύπτει ότι εστάλησαν σε χρόνο προγενέστερο της 31.08.2021, ως δηλαδή εμφανίζεται στο ΕΣΗΔΗΣ, και ναι μεν στην προσβαλλόμενη που περιλαμβάνει και τα οικεία πρακτικά, αναγράφεται στο από 26.08.2021

πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, γενικά και αόριστα, ότι «ζητήθηκαν διευκρινήσεις» (παρελθοντικός χρόνος), πλην όμως τούτο δεν παρίσταται σοβαρώς ως ακριβές, ήτοι να έλαβε χώρα η αποστολή εγγράφου αυθημερόν και μάλιστα εντός του χρόνου διάρκειας της Συνεδρίασης της Επιτροπής Αξιολόγησης, ώστε να αποτυπωθεί και στο πρακτικό και τούτο διότι το έγγραφο δεν απεστάλη από την Επιτροπή αλλά την Αναθέτουσα αρχή και συγκεκριμένα το Τμήμα Προμηθειών ενώ φέρει υπογραφή του Διοικητή του Νοσοκομείου. Άλλωστε, κατά τα διδάγματα δε της κοινής πείρας, η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπιστώνει το τυχόν ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς, επικοινωνεί με το Τμήμα Προμηθειών προ ή μετά τη λύση της Συνεδρίασης, εκπονείται έγγραφο διευκρινήσεων, υπογράφεται αρμοδίως και αποστέλλεται στον ενδιαφερόμενο. Επακολούθως, κατόπιν λήψης των αναγκαίων διευκρινήσεων, εντός 10ημερης προθεσμίας κατ' ανώτατο όριο, σε επόμενη συνεδρίαση η Επιτροπή Διαγωνισμού εξετάζει τις παρασχεθείσες διευκρινήσεις. Δηλαδή, ευλόγως δύναται να συναχθεί ότι η επίμαχη αναφορά περί αναζήτησης διευκρινήσεων στο από 26.08.2021 πρακτικό είτε εχώρησε εκ παραδρομής, είτε διατυπώθηκε ελλειπτικά και αφορά σε επικοινωνία με το Τμήμα Προμηθειών προς εκπόνηση του εγγράφου παροχής διευκρινήσεων. Τα ανωτέρω, δεν αναιρούνται ούτε από την άρνηση της αναθέτουσας αρχής να κοινοποιήσει στον προσφεύγοντα τόσο του από 31.08.2021 εγγράφου της προς τον καθού όσο και την από 09.-09.2021 απάντηση του τελευταίου, μετά των συνοδευτικών εγγράφων, τα οποία εντέλει κοινοποίησε στις 12.10.2021. Σημειώνεται ότι στην ΑΕΠΠ χορήγησε πρόσβαση ευθύς αμέσως. Σε κάθε περίπτωση από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού που συνιστά τον ηλεκτρονικό τόπο τήρησης του Φακέλου Δημόσιας Σύμβασης, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 45 του ν. 4412/2016, (βλ. άρθρο 9 ΚΥΑ Αριθμ. 64233/2021 (2453/B) «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν την ανάθεση των Δημοσίων Συμβάσεων Προμηθειών και Υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων»), δεν αποδεικνύονται οι οικείοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, περί αποστολής του εγγράφου της αναθέτουσας αρχής σε χρόνο προγενέστερο της 31.08.2021 και της επακόλουθης εκπρόθεσμης και μη νόμιμης λήψης των οικείων διευκρινήσεων, που εάν συνέτρεχε θα στοιχειοθετούσε ομοίως λόγο αποκλεισμού.

Αριθμός Απόφασης: Σ 189/2022

Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος επί της χρονοσήμανσης των εκ μέρους του καθού οικονομικού φορέα κατατεθέντων εγγράφων επί αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς του, κρίνονται απορριπτέοι και τούτο διότι καταρχήν το ΕΣΗΔΗΣ αποτελεί τόπο βέβαιης χρονοσήμανσης [ΚΥΑ 64233/2021, (Β 2453) αρ.10), περαιτέρω, ο καθού κατέθεσε συνολικά στις 09.09.2021, 8 έγγραφα (βλ. κάτωθι ως εμφανίζονται στο ΕΣΗΔΗΣ)

ΑΙΤΗΜΑ ΔΙΕΥΚΡΙΝΗΣΕΩΝ

Από ... - ...

Έως ΕΣΗΔΗΣ

Ημ/νία 09/09/2021 12:50:37

Μήνυμα Σας αποστέλλουμε την απάντηση της εταιρείας μας σχετικά με το αίτημα διευκρινήσεων του νοσοκομείου για την ασυνήθιστα χαμηλή τιμή της προσφοράς μας.

Συνημμένα

ΑΠΑΝΤΗΣΗ_....

ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ

... - Οικονομική Καρτέλα Εργοδότη ΕΦΚΑ (ΙΚΑ) 2020

... - Οικονομική Καρτέλα Εργοδότη ΕΦΚΑ (ΙΚΑ) 2021

ΕΝΟΡΚΗ ΒΕΒΑΙΩΣΗ ΣΕΠΕ

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ

ΣΥΜΒΑΣΗ_ΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΚΑΛΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ_Γ.Ν. ...

ΣΥΜΒΑΣΗ_ΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΚΑΛΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ_Γ.Ν. ...

Ουδένα δε εκ των ανωτέρω εγγράφων δεν φέρει ημερομηνία και ώρα ψηφιακής υπογραφής μεταγενέστερης της ημερομηνίας και ώρας ανάρτησης τους στο ΕΣΗΔΗΣ, τα δε έγγραφα του ΕΦΚΑ έχουν εκδοθεί στις 07.09.2021, το εάν ο έλεγχος του προσφεύγοντος επί της ώρας δημιουργίας ή και τροποποίησης των επίμαχων εγγράφων έπεται κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος της ανάρτησης τους στο ΕΣΗΔΗΣ, ουδέν ορισμένο αποδεικνύει εφόσον σε κάθε περίπτωση 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 (ο.π αρ. 9 ΚΥΑ ΚΥΑ Αριθμ. 64233/2021 (2453/Β)). Έτι, περαιτέρω, ρητά κατά τη διακήρυξη και τις διατάξεις στις οποίες παραπέμπει,

η βεβαίωση που αυτόματα παρέχει το σύστημα για τη χρονοσήμανση του εγγράφου, καθιστά αυτό έγγραφο βέβαιης ημεροχρονολογίας χωρίς άλλη διατύπωση. Επομένως, από τη στιγμή που το έγγραφο-δικαιολογητικό συμμετοχής υποβάλλεται στον διαγωνισμό μέσω ΕΣΗΔΗΣ δεν μπορεί να προκύψει προβληματισμός ή αμφιβολία για τον χρόνο σύνταξης του εγγράφου σε σχέση με τον χρόνο υποβολής του και τούτο διότι αφού βεβαιωθεί από το ίδιο το ΕΣΗΔΗΣ με τον τρόπο που προβλέπουν οι κείμενες διατάξεις, προσδίδεται στο έγγραφο βεβαία ημεροχρονολογία (πρβλ απόφαση ΑΕΠΠ 417/2020, σκ. 50 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη και 112/2021 σκ.50 Εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου).

Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας προεχόντως ως ανατιολόγητη.

22. Επειδή, αναφορικά με τον 1^ο λόγο της προσφυγής, αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της ισχυρίζεται ότι διέγραψε τους όρους β και γ των Γενικών τεχνικών προδιαγραφών για το τμήμα 3 καθόσον ο προσφεύγων προβάλλει αιτιάσεις επί του όρου α ο οποίος δεν διεγράφη. Ο οικείος όρος σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, αφορά, εν προκειμένω, σε ανταλλακτικά (ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 1256/2021 και ΕΑ 54/2018), και απαιτεί επί ποινή απόρριψης, τη δήλωση κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της χώρας καταγωγής του τελικού προϊόντος, της επιχειρηματικής μονάδας κατασκευής, καθώς και να αποδεικνύεται η νόμιμη εκπροσώπηση και διανομή προϊόντων του κατασκευαστικού οίκου για την εκτέλεση της παραπάνω προμήθειας, πληροφορίες και στοιχεία τα οποία δεν υπέβαλε ο οικονομικός φορέας ... κατά τον απαιτούμενο χρόνο, ουδείς άλλωστε επικαλείται ασάφεια του επίμαχου όρου. Περαιτέρω, δοθέντος ότι η εν λόγω απαίτηση είχε τεθεί επί απόρριψης, δεν δύναται νομίμως να κληθεί ο οικονομικός φορέας προς παροχή διευκρινήσεων (βλ. σκ. 15 της παρούσας), χωρίς να θίγεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης. Επομένως, μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα, κατά παράβαση απαίτησης τεθείσας επί ποινή απόρριψης της προσφοράς (βλ. αρ.2.4.6 περ.α).

23. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης προκύπτει επαρκές και αυτοτελές αιτιολογικό έρεισμα απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα και ήδη αναδόχου με την επωνυμία . Επομένως η εξέταση των

Αριθμός Απόφασης: Σ 189/2022

επάλληλων ισχυρισμών της προσφυγής που αφορούν επίσης στον αποκλεισμό του καθού οικονομικού φορέα παρέλκει ως αλυσιτελής, (ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, ΔΕφΑθ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 841/2012 (ΑΣΦ) κ.α].

24. Επειδή γίνεται δεκτή η Εισήγηση

25. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας κατά το σκεπτικό.

26. Επειδή το κατατεθέν παράβολο πρέπει να επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31.01.2022 και εκδόθηκε στις 09.02.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Αικατερίνη Ζερβού

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Σάββας Μακρίδης

α/α

Αναστασία Ρουμελιώτη