

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Μαΐου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννα Θεμελή Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ειρήνη Αφιοκάρδου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.4.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 476/21.4.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «» που εδρεύει στην, επί του (εφεξής ο «προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «.....» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στον, επί του, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί το με αριθμ. πρωτ./9.04.2020 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής και καθ' ερμηνεία η από 5.02.2020 παράταση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών καθώς και κάθε άλλη ρητή ή σιωπηρή διοικητική πράξη με την οποία παρατείνεται η προθεσμία υποβολής των προσφορών και να ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής του προσφεύγοντος έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 16.4.2020 πληρωμή στην και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 5.204.424,78 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Υπηρεσίες παροχής γευμάτων για την σίτιση των ασθενών και του εφημερεύοντος προσωπικού του Νοσοκομείου για δύο (2) έτη», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, προϋπολογισμού ευρώ 5.881.000,00 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 7.01.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 10.01.2020 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή την 23.04.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στον παρεμβαίνοντα δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμόν 608/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 28.4.2020 απέστειλε μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής στην ΑΕΠΠ, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε την 4.05.2020, ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 552/2020 παρέμβασή του, ο οποίος θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση των προσβαλλόμενων και τη συνέχιση του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 23.5.2020 κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 29.5.2020 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο. Σημειωτέον ότι με το υπόμνημα ο προσφεύγων παραιτείται από το δεύτερο λόγο της προσφυγής αναφορικά με την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει στο από 24.01.2020 έγγραφό του προς παροχή διευκρινίσεων.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή η προσφυγή ως προς το σκέλος που στρέφεται κατά του υπ' αριθμ. πρωτ./9.04.2020 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 20.4.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι το ως άνω προσβαλλόμενο έγγραφο κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 10.4.2020.

13. Επειδή, περαιτέρω, ο προσφεύγων με τον τρίτο λόγο της προσφυγής αιτείται την ακύρωση της από 5.02.2020 παράτασης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών καθώς και κάθε μεταγενέστερης ρητής ή σιωπηρής σχετικής πράξης ή παράλειψης ισχυριζόμενος τα ακόλουθα : *«3. [...] η παράταση της διαγωνιστικής διαδικασίας έλαβε χώρα χωρίς την έκδοση της εκτελεστής πράξεως αλλά de facto μέσω της τροποποίησης του πεδίου «Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών» του ΕΣΗΔΗΣ. Κατά την πάγια διδασκαλία του διοικητικού*

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

δικαίου για να είναι δεσμευτική μια ενέργεια της διοικήσεως και, ως εκ τούτου, να παράγει έννομα αποτελέσματα πρέπει να έχουν ολοκληρωθεί οι διατυπώσεις ολοκλήρωσεως της. Για τις δε κανονιστικού χαρακτήρα ρυθμίσεις απαιτείται οι σχετικές πράξεις να φέρουν υπογραφή του εκδίδοντος αυτές οργάνου και να δημοσιεύονται σύμφωνα με τις εφαρμοστέες κάθε φορά διατάξεις (ΣτΕ 232/1995, 2103/2006, 3884/2007, 4789/2013 κ.α.). Επίσης, εξ ορισμού δεν μπορεί να τεθεί ζήτημα εκπροθέσμου προσβολής μιας ανυπόστατης πράξης (ΣτΕ 232/1995, 2103/2006, 3884/2007, 4789/2013 κ.α.). Εν προκειμένω, η τροποποίηση του σχετικού πεδίου του ΕΣΗΔΗΣ δεν φέρει κανένα από τα χαρακτηριστικά τελείωσης της διοικητικής πράξης καθώς ούτε υπογραφή φέρει, ούτε έλαβε των διατυπώσεων δημοσιότητας που ορίζονται στο ν. 4412/2016. Εν όψει τούτου, η κατά νόμο παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών επήλθε στις 5/2/2020 και ώρα 18:00 μ.μ. Στην παραπάνω διαπίστωση δεν ασκεί ουδεμία επιρροή η έκδοση της υπ. αριθμ. 4576/10.2.2020 απόφασης της διοικήτριας του καθώς η τελευταία εκδόθηκε αφού από νομική άποψη η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είχε παρέλθει. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι είναι υποστατή η εκ των υστέρων παράταση της διαγωνιστικής διαδικασίας ή η εκ των υστέρων έγκριση της de facto παράτασης της, ακόμη και σε αυτήν την περίπτωση η απόφαση παρατάσεως δεν έχει ολοκληρωθεί. Όπως προκύπτει από το γράμμα της υπ. αριθμ. 4576/10.2.2020 η ισχύς της τελευταίας τελεί υπό την αίρεση της εγκρίσεως από το διοικητικό συμβούλιο του Νοσοκομείου. Πράγματι, από τη σχετική ρητή διατύπωση «Η παρούσα να επικυρωθεί στο αμέσως επόμενο Δ.Σ» που περιέχεται στο τέλος της παραπάνω απόφασης η «έγκριση της παρατάσεως» για να λάβει χώρα έπρεπε να ληφθεί από το διοικητικό συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής. Η δε ως άνω απόφαση του διοικητικού συμβουλίου ουδέποτε εκδόθηκε όπως

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

προκύπτει από τον ιστότοπο του διαγωνισμού. Ο παρών λόγος εμπροθέσμως και με έννομο συμφέρον προβάλλεται εκ μέρους μας γιατί κατά τον γενικό κανόνα οι πράξεις που τελούν υπό έγκριση δεν είναι εκτελεστές και, ως εκ τούτου, θα ήταν απαράδεκτη τυχόν άσκηση εκ μέρους μας προσφυγής κατά της παραπάνω πράξης.[...]

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί του τρίτου λόγου της προσφυγής ισχυρίζεται τα κάτωθι: « [...] Περαιτέρω, κατά το σκέλος που αφορά το [...] 3ο λόγο προσφυγής, όπου φερόμενη ως προσβαλλόμενη πράξεις είναι [...] β) το, με αριθμ. πρωτ./06-02-2020, έγγραφο της Διευθύντριας του, άλλως η, με αριθμ. πρωτ. 4576/10-02-2020, απόφαση της Διοικήτριας του περί παράτασης της προθεσμίας υποβολής προσφορών του άνω διαγωνισμού, είναι προφανές ότι η ασκηθείσα στις 21-04-2020 εξεταζόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί εκπροθέσμως. Και τούτο διότι [...] ii) η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντά της είναι 10 ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση αυτής κατ' άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' του Ν. 4412/2016 (νοούμενης ως βλαπτικής πράξης της, με αριθμ. πρωτ. 4576/10-2-2020, απόφασης της Διοικήτριας του, με την οποία παρατάθηκε η προθεσμία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού). Δηλαδή η προσφεύγουσα θα έπρεπε να είχε ασκήσει την εξεταζόμενη προδικαστική της προσφυγή μέχρι και την 20-2-2020, κατά τα προδιαληφθέντα.[...] Με τον 3ο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα διατείνεται πως η παράταση της προθεσμίας υποβολής προσφορών στον προκείμενο διαγωνισμό έχει συντελεστεί κατά παράβαση των διατάξεων του Ν. 4412/2016. Ως εκτέθηκε ανωτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 1.5 της διακήρυξης ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 05-02-2020 και ώρα 18.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία διενέργειας/ανοίγματος προσφορών ορίστηκε η 12-02-2020, ημέρα Τετάρτη

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

και ώρα 11.00 π.μ. Στις 06-04-2020 [εννοεί 06.02.2020], ήτοι προ της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού, τροποποιήθηκε το πεδίο «Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών» του ΕΣΗΔΗΣ με ανάρτηση του, με αριθμ. πρωτ./06-02-2020, εγγράφου της Διευθύντριας ... του, ψηφιακώς υπογεγραμμένου, υπό τον τίτλο «Διευκρινίσεις». Με το άνω έγγραφο παρατάθηκε η προθεσμία υποβολής προσφορών έως 13-04-2020, λόγω κατάθεσης της προρρηθείσας προδικαστικής προσφυγής, ενώ σχετικώς εκδόθηκε και η, με αριθμ. πρωτ. 4576/10-02-2020, απόφαση της Διοικήτριας του περί έγκρισης της χρονικής παράτασης υποβολής προσφορών του άνω διαγωνισμού, η οποία, ψηφιακώς υπογεγραμμένη, επίσης αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ. Συνεπώς, ορθώς και νομίμως έχει λάβει χώρα παράταση της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών προ της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού. [...] Σημειούται ως εκ περισσού ότι η, με αριθμ. πρωτ. 4576/10-02-2020, απόφαση της Διοικήτριας τουεπικυρώθηκε από το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου με τη, με αριθμό ...η/08-04-2020 (ΘΕΜΑ 60ο), απόφασή του λόγω του ύψους του προϋπολογισμού του προκείμενου διαγωνισμού, η δε προρρηθείσα απόφαση του ΔΣ εγκρίθηκε από το Διοικητή της ...ης Υ.Π.Ε. & στις 22/4/2020 σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 5 περ. 16 (27) του Ν. 3329/2005.».

15. Επειδή ο παρεμβαίνων ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής αναφέρει τα ακόλουθα: « [...] 16. [...] Σύμφωνα με το άρθρο 1.5 της διακήρυξης, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 05-02-2020 και ώρα 18.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία διενέργειας/ανοίγματος προσφορών ορίστηκε η 12-02-2020, ημέρα Τετάρτη και ώρα 11.00 π.μ. Στις 05-02-2020, ΔΗΛ. ΠΡΙΝ τη ημερομηνία και ώρα διενέργειας του διαγωνισμού, τροποποιήθηκε το πεδίο «Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών» του ΕΣΗΔΗΣ. Την επομένη ημέρα 6-02-2020 αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ το υπ.

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

αριθ. πρωτοκόλλου/6-02-2020 έγγραφο του, ψηφιακά υπογεγραμμένο, με τον τίτλο «Διευκρινήσεις» απευθυνόμενο σε κάθε ενδιαφερόμενο, σύμφωνα με το οποίο, «λόγω κατάθεσης προδικαστικής προσφυγής στον εν λόγω διαγωνισμό και μέχρι την αξιολόγηση αυτής από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) δόθηκε παράταση του διαγωνισμού προκειμένου να μην κλειδώσει το σύστημα.» Επίσης την 13-02-2020 αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ η υπ. αριθ. πρωτοκόλλου 4576/10-02-2020 απόφαση της Διοικήτριας και την ίδια ημερομηνία γνωστοποιήθηκε η από 11/02/2020 ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ ΤΗΣ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΣΗΣ στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ και στο ΚΗΔΜΗΣ(ΕΕ/δ 11-02-2020-2020-ΕΙ.). Κατά συνέπεια, ορθά και με την τήρηση της νόμιμης διαδικασίας και των σχετικών δημοσιεύσεων, έχει λάβει χώρα η τροποποίηση της Διακήρυξης αναφορικά με την παράταση της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών προ της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση εκπροθέσμως και ανεπικαίρως προσβάλλεται η εκτελεστή πράξη της παράτασης της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού καθόσον από την 13-02-2020 που αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβαν γνώση όλοι οι ενδιαφερόμενοι, μεσολάβησε χρονικό διάστημα πέραν του διμήνου ενώ κατ' άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' του Ν. 4412/2016, η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντά της είναι 10 ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση αυτής. Δηλαδή η προσφεύγουσα θα έπρεπε να είχε ασκήσει την εξεταζόμενη προδικαστική της προσφυγή το αργότερο μέχρι και την 23-2-2020.[...]».

16. Επειδή ο προσφεύγων με το υπόμνημά του προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής προβάλλει τα κάτωθι: «Το κύριο ζήτημα νομιμότητας του επίδικου διαγωνισμού είναι κατά πόσον υφίσταται παράταση και μέχρι ποιας

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

ημερομηνίας της προθεσμίας υποβολής των προσφορών. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και το εκτιθέμενο στην προσφυγή μας συνοπτικό ιστορικό της υπόθεσης, ως καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών έχει ορισθεί από τη διακήρυξη η 5-2-20. Στις 3-2-20 καταθέσαμε ενώπιον της Αρχής σας προδικαστική προσφυγή αμφισβητώντας τη νομιμότητα συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης. Ακολούθως, υποβάλαμε εμπροθέσμως στις 5-2-20 την προσφορά μας, υπό την επιφύλαξη της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης που είχαμε ήδη προσβάλει με την προδικαστική μας προσφυγή. Αιφνιδίως, την ως άνω ημέρα λήξεως της προθεσμίας υποβολής των προσφορών (5-2-20), και ενώ είχαμε ήδη υποβάλει νωρίτερα την προσφορά μας, έλαβε χώρα τροποποίηση του σχετικού πεδίου (από 5-2-20 σε 13-4-20) στον ιστότοπο του ΕΣΗΔΗΣ και επετράπη έτσι εν τοις πράγμασι η υποβολή προσφορών έως και τις 13-4-20. Την επομένη, 6-2-20, αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ ανακοίνωση με τίτλο «Διευκρινίσεις», η οποία ενημέρωνε κάθε ενδιαφερόμενο ότι, λόγω κατάθεσης προδικαστικής προσφυγής, δόθηκε παράταση του διαγωνισμού «προκειμένου να μην κλειδώσει το σύστημα», μέχρι την αξιολόγηση της προσφυγής από την ΑΕΠΠ. [Η αναθέτουσα αρχή εκ προφανούς παραδρομής αναγράφει στη σελ. 2 των απόψεών της ότι η τροποποίηση του πεδίου έγινε στις 6-4-20. Ακόμη και αν εννοεί ότι έγινε στις 6-2-20, συγχρόνως με την προαναφερθείσα ανακοίνωση, και πάλι η αναφορά είναι εσφαλμένη. Η τροποποίηση του πεδίου έγινε στις 5-2-20 εξάλλου είναι τεχνικώς αδύνατο να γίνει τροποποίηση του πεδίου αφού παρέλθει ο χρόνος υποβολής των προσφορών.] Η ανακοίνωση της 6-2-20 υπογραφόταν από τη Διευθύντρια ΔΥ του νοσοκομείου και ανέφερε πως εντός των επόμενων ημερών θα κοινοποιείτο και η σχετική απόφαση του ΔΣ του νοσοκομείου. Είναι πρόδηλο ότι η ως άνω ανάρτηση, έχουσα αμιγώς πληροφοριακό χαρακτήρα, δεν αποτελεί εκτελεστή πράξη και ουδεμία έννομη

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

συνέπεια επάγεται εάν δεν ερείδεται σε προηγούμενη απόφαση του αρμοδίου οργάνου του νοσοκομείου (εν προκειμένω του ΔΣ, στο οποίο και η ίδια η ανακοίνωση ως ελέχθη ρητά αναφερόταν). Η Διευθύντρια ΔΥ του νοσοκομείου ουδεμία αρμοδιότητα έχει, κατά τη διέπουσα τη λειτουργία και τη διοίκηση του κείμενη νομοθεσία, λήψης αποφάσεων στο πλαίσιο διενέργειας δημόσιων διαγωνισμών προμηθειών και παροχής υπηρεσιών. Η αναθέτουσα αρχή δεσμεύεται με πράξεις του Διοικητού της εγκρινόμενες με αποφάσεις του ΔΣ, η δε συγκεκριμένη απόφαση περί παράτασης εγκρίνεται εν συνεχεία και από τον Διοικητή της ...ης ΥΠΕ και, όπως αναφέρει η ίδια η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της (σελ. 9). Όπως συνομολογείται και από την αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της (σελ. 2), η παράταση της σχετικής προθεσμίας έγινε με την υπ' αρ. 4576/10-2-20 πράξη της Διοικήτριας του νοσοκομείου (ημερομηνία ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ 13-2-20), η οποία εγκρίθηκε πολύ αργότερα, με την από 8-4-20 απόφαση του ΔΣ (ημερομηνία ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ 27-4-20, ήτοι μετά τη νέα εν τοις πράγμασι καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών, βάσει του τροποποιηθέντος πεδίου στο ΕΣΗΔΗΣ, της 13-4-20 και μετά την κατάθεση της παρούσας προδικαστικής μας προσφυγής στις 20-4-20). Η δε απόφαση του ΔΣ εγκρίθηκε, όπως επίσης συνομολογεί στις απόψεις της (σελ. 9) η αναθέτουσα αρχή, στις 22-4-20 από τον Διοικητή της ...ης ΥΠΕ και Η παράταση με βάση τις ως άνω πράξεις δεν έγινε σε δήλη ημερομηνία, αλλά έως την έκδοση απόφασης της Αρχής σας επί της ασκηθείσας στις 3-2-20 προδικαστικής μας προσφυγής. Από την ως άνω προσφυγή παραιτηθήκαμε στις 11-3-20, συνταχθέντος του υπ' αρ. .../12- 3-20 πρακτικού της Αρχής σας. Στις 12-3-20 γνωστοποιήσαμε στην αναθέτουσα αρχή την κατατεθείσα παραίτησή μας με σχετική ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ. Από τα προεκτεθέντα προκύπτουν συμπερασματικώς τα εξής: Α) Δεν υφίσταται

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

νόμιμη παράταση υποβολής προσφορών έως τις 13-4-20. Η τροποποίηση του σχετικού πεδίου στο ΕΣΗΔΗΣ στις 5-2-20, καθώς και η πληροφοριακού χαρακτήρα σχετική ανακοίνωση της Διευθύντριας ΔΥ της 6-4-20, δεν συνιστούν ως ελέγχθη νόμιμη παράταση, διότι δεν ερείδονται σε προηγούμενες αποφάσεις των αρμοδίων οργάνων της αναθέτουσας αρχής. Β) Σε κάθε περίπτωση, η επιχειρηθείσα από τα αρμόδια όργανα του νοσοκομείου παράταση ίσχυσε μέχρι την ημέρα παραιτήσεώς μας από την κατατεθείσα στις 3-2-20 προδικαστική μας προσφυγή, δηλαδή έως τις 11-3-20. Επομένως, οποιαδήποτε προσφορά κατατέθηκε μετά την ημερομηνία αυτή, όπως αυτή της παρεμβαίνουσας η οποία υποβλήθηκε στις 13-4-20, είναι εκπρόθεσμη. [Το μόνο που μπορεί ενδεχομένως να διεκδικήσει η αντίδικος εταιρεία ενώπιον του αρμοδίου διοικητικού δικαστηρίου είναι αποζημίωση από την αναθέτουσα αρχή για τις δαπάνες προετοιμασίας, σύνταξης και κατάθεσης της προσφοράς της, την οποία εκπροθέσμως υπέβαλε, εμπιστευόμενη τις προαναφερθείσες αναρτήσεις της αναθέτουσας αρχής στο ΕΣΗΔΗΣ.] Όταν αντιληφθήκαμε ότι παρά τα ως άνω προχωρά ο διαγωνισμός, με ενδεχόμενη συμμετοχή και της παρεμβαίνουσας εταιρείας, καταθέσαμε την παρούσα προδικαστική προσφυγή. Με τον παρόντα λόγο ζητούμε να ακυρωθεί οποιαδήποτε ρητή ή σιωπηρή πράξη με την οποία παρατείνεται η προθεσμία υποβολής προσφορών στον παρόντα διαγωνισμό πέραν τις 5-2-20, άλλως (επικουρικώς) πέραν της 11-3-20. Δεδομένου όμως ότι δεν υφίσταται στην παρούσα υπόθεση ρητή ή σιωπηρή πράξη παρατάσεως έως τις 13-4-20, αδυνατούμε να κατονομάσουμε συγκεκριμένη πράξη ή παράλειψη ζητώντας την ακύρωση αυτής. Εξάλλου, δεν νοείται παρέλευση προθεσμίας ασκήσεως ενδικοφανούς προσφυγής ή ενδίκου μέσου κατά ανύπαρκτης ή ανυπόστατης πράξης, επομένως δεν τίθεται ζήτημα εκπροθέσμου προσβολής μιας τέτοιας πράξης (ΣΤΕ 232/1995, 2103/2006, 3884/2007, 4789/2013). Κατά την πάγια

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

νομολογία του ΣτΕ, επί προσβολής ανύπαρκτης ή ανυπόστατης διοικητικής πράξης, η αίτηση ακυρώσεως δεν απορρίπτεται ως απαράδεκτη, αλλά ακυρώνεται η σχετική διοικητική ενέργεια όταν αυτή έχει εφαρμοσθεί ή ενδέχεται να εφαρμοσθεί από τη Διοίκηση ως διοικητική πράξη (ΣτΕ 494/1994, 534/1995, 33/2009) ή η Διοίκηση τη θεωρεί ισχυρή (ΣτΕ 5814/1996, 5012/1997, 1290/2007, 2883/2004, 87/2011). Αμφότερες οι παραπάνω προϋποθέσεις είναι πρόδηλό ότι συντρέχουν στην προκειμένη περίπτωση, καθόσον η αναθέτουσα αρχή συνεχίζει τη διαγωνιστική διαδικασία, εκλαμβάνοντας ως καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών τις 13-4-20».

17. Επειδή το άρθρο 63 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Οι προκηρύξεις σύμβασης χρησιμοποιούνται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού για όλες τις διαδικασίες, με την επιφύλαξη του δεύτερου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 26 και του άρθρου 32. Οι προκηρύξεις σύμβασης περιέχουν τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Μέρος Γ΄ του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α΄ και δημοσιεύονται, σύμφωνα με το άρθρο 65.».

18. Επειδή το άρθρο 65 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «2. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62 έως 64 συντάσσονται, διαβιβάζονται με ηλεκτρονικά μέσα στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης και δημοσιεύονται, σύμφωνα με το Παράρτημα VIII του Προσαρτήματος Α΄. 3. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62 έως 64 δημοσιεύονται εξ ολοκλήρου στην επίσημη(-ες) γλώσσα(-ες) των θεσμικών οργάνων της Ένωσης που επιλέγεται από την αναθέτουσα αρχή. Αυθεντικό θεωρείται μόνο το (τα) κείμενο(-α) που δημοσιεύεται (-ονται) στη γλώσσα αυτή ή στις γλώσσες αυτές. Μία περίληψη των σημαντικότερων στοιχείων κάθε προκήρυξης/γνωστοποίησης δημοσιεύεται και στις λοιπές επίσημες γλώσσες των θεσμικών οργάνων της

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

Ένωσης. 4. Η Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης διασφαλίζει ότι εξακολουθεί να δημοσιεύεται το πλήρες κείμενο και η περίληψη των προκαταρκτικών προκηρύξεων όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 62, καθώς και οι προκηρύξεις διαγωνισμών για την εισαγωγή ενός δυναμικού συστήματος αγορών όπως αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 4 του άρθρου 33: α) αν πρόκειται για προκαταρκτικές προκηρύξεις, για 12 μήνες ή μέχρι την παραλαβή γνωστοποίησης συναφθείσας σύμβασης, όπως προβλέπεται στο άρθρο 64, στην οποία αναφέρεται ότι δεν θα ανατεθούν περαιτέρω συμβάσεις κατά τη διάρκεια της δωδεκάμηνης περιόδου που καλύπτεται από την προκήρυξη του διαγωνισμού. [...] 5. Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι σε θέση να αποδεικνύουν την ημερομηνία αποστολής των προκηρύξεων και των γνωστοποιήσεων. Η Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης χορηγεί στην αναθέτουσα αρχή βεβαίωση της παραλαβής της προκήρυξης / γνωστοποίησης και της δημοσίευσης των πληροφοριών που της διαβίβασε, επισημαίνοντας την ημερομηνία της εν λόγω δημοσίευσης. Η βεβαίωση αυτή συνιστά απόδειξη της πραγματοποίησης της δημοσίευσης.

19. Επειδή το άρθρο 66 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές δημοσιεύουν τις διακηρύξεις και τις προκηρύξεις, ανάλογα με τη διαδικασία ανάθεσης αυτών, με την επιφύλαξη εφαρμογής της παρ. 1 του άρθρου 38, στο ΚΗΜΔΗΣ. Οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να είναι σε θέση να αποδεικνύουν την ημερομηνία ανάρτησης των ως άνω στοιχείων στο ΚΗΜΔΗΣ. 2. Οι προκηρύξεις και διακηρύξεις δημοσίων συμβάσεων της παραγράφου 1 πρέπει να φέρουν Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με την παρ. 8 του άρθρου 38. 3. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που αναφέρονται στα άρθρα 62, 63 και 64, καθώς και οι πληροφορίες που περιέχονται σε αυτές δεν δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο πριν από την ημερομηνία δημοσίευσης,

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

σύμφωνα με το άρθρο 65. Ωστόσο, η δημοσίευση μπορεί να πραγματοποιείται σε κάθε περίπτωση σε εθνικό επίπεδο, όταν οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν ενημερωθεί σχετικά με τη δημοσίευση εντός 48 ωρών από τη βεβαίωση παραλαβής της προκήρυξης/ γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 65. 4. Οι προκηρύξεις και οι γνωστοποιήσεις που δημοσιεύονται σε εθνικό επίπεδο δεν περιλαμβάνουν πληροφορίες άλλες από εκείνες που περιέχονται στις προκηρύξεις και γνωστοποιήσεις που αποστέλλονται στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης ή δημοσιεύονται στο «προφίλ αγοραστή» αλλά αναφέρουν την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης/γνωστοποίησης που εστάλη στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης ή της δημοσίευσης στο «προφίλ αγοραστή».[...].

20. Επειδή το άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

21. Επειδή το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών[...].».

22. Επειδή, το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής» ορίζει ότι: «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 ενδιαφερόμενου 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».

23. Επειδή, στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ. 39/2017 με τίτλο «προθεσμία άσκησης προσφυγής» προβλέπεται ομοίως ότι: «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 με τηλεομοιοτυπία (άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' ν. 4412/2016) ή β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας (άρθρο 361 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016), 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 δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016)».

23. Επειδή το άρθρο 3 του ν. 3329/2005 ορίζει ότι : «[...] 5. Ο Διοικητής της Υγειονομικής Περιφέρειας έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες: [...] 27. Ασκεί έλεγχο νομιμότητας των πράξεων των της Περιφέρειας του, οι οποίες του κοινοποιούνται υποχρεωτικώς.».

24. Επειδή στο άρθρο 7 του ν. 3329/2005 ορίζεται ότι : «[...] 6. Το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες: [...]8. Εγκρίνει το Ενιαίο Πρόγραμμα Προμηθειών του Νοσοκομείου, καθώς και τις τροποποιήσεις του και το υποβάλλει στον Διοικητή της οικείας Υγειονομικής Περιφέρειας. [...] 8. Ο Διοικητής του Νοσοκομείου έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες: 1. Έχει την ευθύνη της οργάνωσης, συντονισμού, ελέγχου και εύρυθμης λειτουργίας όλων των Υπηρεσιών του Νοσοκομείου. [...]18. Εισηγείται στο Δ.Σ. του Νοσοκομείου τη σκοπιμότητα και τον τρόπο χρηματοδότησης για εκτέλεση έργων, υλοποίηση μελετών, προμήθεια παντός τύπου εξοπλισμού, προμήθεια παντός τύπου αναλώσιμου υλικού και ανάθεση υπηρεσιών κατά ΚΑΕ προϋπολογισμού για ποσά άνω των 15.000 ευρώ ετησίως.[...]30. Ασκεί όλες τις αρμοδιότητες που του αναθέτει το Δ.Σ. του Νοσοκομείου και, με αποφάσεις του, ο Διοικητής της οικείας Υγειονομικής Περιφέρειας.».

25. 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 (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

26. Επειδή, είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο εθνική ρύθμιση, η οποία προβλέπει ότι η προσφυγή κατά αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προς στήριξη της προσφυγής τους, πρέπει να προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απολέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα ότι, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη (Απόφαση της 11ης Οκτωβρίου 2007, C-241/06, Lämmerzahl, Συλλογή 2007, σ. I-8415, σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

27. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του ΣΤΕ, η δημοσίευση της διοικητικής πράξης είτε κανονιστικής είτε ατομικής, όταν επιβάλλεται, αποτελεί αναγκαίο τύπο της δήλωσης της βούλησης του διοικητικού οργάνου και συστατικό στοιχείο της πράξης (ΣΤΕ 4082/1987, 3378/1995). Στην περίπτωση αυτή, χωρίς και έως τη δημοσίευση, δεν υπάρχει διοικητική πράξη αλλά ανυπόστατη πράξη (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*,

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

Τόμος Ι, σελ 173). Περαιτέρω, όπως παγίως έχει κριθεί, είναι απαράδεκτη η αίτηση ακύρωσης επί ανυπόστατων πράξεων (ΣτΕ 3812/1987).

28. Επειδή η διοικητική πράξη που υπόκειται σε έγκριση από άλλο διοικητικό όργανο δεν έχει εκτελεστό χαρακτήρα πριν από την έγκρισή της, ενσωματώνεται δε στη ρητή εγκριτική πράξη. (ΣτΕ 2898/1983 ΔΕΦΑΘ 1608/2015).

29. Επειδή κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, η ισχύς της διοικητικής πράξης δεν μπορεί να εξαρτηθεί από αναβλητική αίρεση (περιστατικό μέλλον και αβέβαιο), δεδομένου ότι το διοικητικό όργανο πρέπει να ασκεί την αρμοδιότητά του ενόψει της πραγματικής και ουσιαστικής κατάστασης που υπάρχει κατά το χρόνο της έκδοσής της. Αντίθετα επιτρέπεται η εξάρτηση της συνέχισης της πράξης από διαλυτική αίρεση ή όρο (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος Ι, σελ 179).

30. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, ήτοι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα και αποτελούν επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣτΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣτΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Οι πράξεις αυτές στερούνται εκτελεστότητας, με αποτέλεσμα ο διοικούμενος να μην μπορεί να τις προσβάλει δικαστικά ή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού εκτελεστή είναι μόνον η αρχική πράξη επί της οποίας βασίστηκαν (βλ. ΑΕΠΠ 1234/2019). Οι βεβαιωτικές πράξεις, απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637)

31. Επειδή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με τον όρο 1.5 της διακήρυξης είχε οριστεί ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 5^η.02.2020 και ώρα 18.00μμ και ως ημερομηνία αποσφράγισης αυτών η 12^η.02.2020 και ώρα 11.00πμ. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, την 3.02.2020 ο προσφεύγων άσκησε την με αριθμό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 130/4.02.2020 προδικαστική προσφυγή στρεφόμενος κατά της διακήρυξης, ενώ την 5.02.2020 υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό. Συνεπεία της κατάθεσης της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή αφενός μεν την 5.02.2020 προέβη σε τροποποίηση του πεδίου «Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών» στο ΕΣΗΔΗΣ, αφετέρου την 6.02.2020 κοινοποίησε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το με αριθμ. πρωτ. /6.02.2020 έγγραφο της Διευθύντριας του Νοσοκομείου στο οποίο αναφέροντα τα ακόλουθα : «*ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΙΣ σχετικά με τον διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για υπηρεσίες παροχής γευμάτων για την σίτιση των ασθενών και του εφημερεύοντος προσωπικού του για δύο (2) έτη, Πιστώσεις 2020-2022, με αρ. διακήρυξης (Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ)*».

Προς κάθε ενδιαφερόμενο:

Θα θέλαμε να σας ενημερώσουμε πως λόγω κατάθεσης προδικαστικής προσφυγής στον εν λόγω διαγωνισμό και μέχρι την αξιολόγηση αυτής από την Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), δόθηκε παράταση του διαγωνισμού προκειμένου να μην “κλειδώσει” το σύστημα. Εντός των επόμενων ημερών θα σας κοινοποιηθεί και η σχετική Απόφαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου μας». Περαιτέρω, την 13.02.2020 η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

κοινοποίησε στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού την από 11.02.2020 δημοσίευση στην επίσημη εφημερίδα της Ε.Ε. της τροποποίησης του όρου 1.5 της διακήρυξης στην οποία αναφέρεται νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 13^η.04.2020 και ώρα 18.00μμ και νέα ημερομηνία αποσφράγισης αυτών η 28^η.04.2020 και ώρα 11πμ, καθώς και την με αριθμ. πρωτ. 4576/10.02.2020 απόφαση της Διοικήτριας του Νοσοκομείου περί έγκρισης της χρονικής παράτασης της ημερομηνίας κατάθεσης των προσφορών. Στην εν λόγω δε απόφαση αναφέρεται επίσης ότι θα επικυρωθεί από το αμέσως επόμενο Διοικητικό Συμβούλιο διότι δεν υφίσταται τούτο κατά την έκδοσή της. Την 12.03.2020 ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την από 11.03.2020 δήλωση παραίτησης από την ως άνω προδικαστική προσφυγή. Στη συνέχεια, την 6.04.2020, ο προσφεύγων υπέβαλε μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού αίτημα χορήγησης διευκρινίσεων με το ακόλουθο περιεχόμενο : «*Δοθέντος ότι*

A. η επίμαχη καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης προσφορών παρατάθηκε αιφνιδίως και ήδη κατά το χρόνο κατά τον οποίο, ενδεχομένως, είχαν κατατεθεί προσφορές Και

B. είναι τεχνικά αδύνατη η υποβολή νέας προσφοράς μέσω του Συστήματος Παρακαλούμε όπως επιβεβαιώσετε ότι: Το παραδεκτό κάθε προσφοράς που κατατέθηκε πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (πχ χρόνος ισχύος εγγυητικής επιστολής) θα κριθεί με βάση την αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών.». Εν τέλει, στο διαγωνισμό υποβλήθηκαν δυο προσφορές, ήτοι η από 5.02.2020 προσφορά του προσφεύγοντος και από 10.4.2020 και με αριθμό συστήματος προσφορά του παρεμβαίνοντος. Με την από 8.4.2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (Θέμα 60^ο) επικυρώθηκε η

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

ως άνω απόφαση παράτασης της ημερομηνίας υποβολής των προσφορών. Η εν λόγω απόφαση κοινοποιήθηκε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στους συμμετέχοντες την 27.04.2020.

32. Επειδή, ανεξαρτήτως της τυχόν βασιμότητας του ισχυρισμού του προσφεύγοντος περί της νομιμότητας της από 5.02.2020 τροποποίησης από την αναθέτουσα αρχή του πεδίου «Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, το φερόμενο ως ζημιογόνο πραγματικό γεγονός της εκ νέου δυνατότητας υποβολής προσφορών κατέστη γνωστό και πάντως όφειλε να είχε καταστεί γνωστό από την 6.02.2020 οπότε και κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της «επικοινωνίας» το με αριθμ../6.02.2020 έγγραφο της Διευθύντριας του Νοσοκομείου περί παράτασης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών. Σε κάθε περίπτωση, εκδόθηκε μεταγενεστέρως και η με αριθμ. πρωτ. 4576/10.02.2020 σχετική απόφαση της Διοικήτριας του Νοσοκομείου. Ως εκ τούτου, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 361 του ν. 4412/2016, η αποκλειστική προθεσμία για προσβολή της οποίας φερόμενης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας είχε προ πολλού παρέλθει από την από 20.04.2020 άσκηση της παρούσας προδικαστικής προσφυγής. Συνεπώς, είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς όλοι οι λοιποί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος καθώς δεν αναιρούν την υποχρέωσή του προς άσκηση προσφυγής εντός των προβλεπόμενων νόμιμων προθεσμιών.

33. Επειδή, από το φερόμενο ζημιογόνο γεγονός της παράτασης υποβολής προσφορών ερειδόμενο σε πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής έως την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής έχει μεσολαβήσει χρονικό διάστημα πλέον των δύο μηνών, ενώ από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει αβίαστα ότι ο προσφεύγων είχε λάβει γνώση της απόφασης παράτασης, η από 20.4.2020 προδικαστική προσφυγή ως προς το

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

σκέλος που στρέφεται κατά αυτής έχει ασκηθεί εκπροθέσμως και άρα απαραδέκτως.

34. Επειδή ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του επικαλούμενος την παρ. 3 του άρθρου 22 του ν. 4412/2016 ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «1ΟΣ ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΗΣ-ΠΑΡΑΒΙΑΣΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΟΥ ΑΠΟΡΡΗΤΟΥ ΤΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ. [...] Η παραπάνω διάταξη αποδίδει γενική παραδοχή κατά την οποία η μυστικότητα των προσφορών αποτελεί *conditio sine qua non* για να αναπτυχθεί ο αποτελεσματικός ή πραγματικός ανταγωνισμός στο δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών (βλ. σχετικά Μ-Θ Μαρίνος, ΘΠΔΔ τ.1/2011 σελ.1 επ.). Όπως γίνεται ομοφώνως δεκτό από τη θεωρία και τη νομολογία είναι παράνομη και συνεπαγόμενη την ακυρότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας κάθε πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής η οποία πληροφορεί ενδιαφερόμενους να συμμετάσχουν σε έναν δημόσιο διαγωνισμό αναφορικά με το εάν έχουν υποβληθεί ανταγωνιστικές προσφορές καθώς η επίτευξη πραγματικού ανταγωνισμού απαιτεί όπως οι οικονομικοί φορείς τελούν σε καθεστώς αβεβαιότητας και, ως εκ τούτου, αυτονομίας κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους (βλ. ΝΣΚ Ολ. 37/2003 και Μ. Οικονόμου, Δημόσιες Συμβάσεις και Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, σελ.190 επ.). Με άλλα λόγια, οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού ορίζουν ότι «πρέπει να αποφεύγεται κάθε ενέργεια, η οποία είναι πρόσφορη να οδηγήσει, έστω και αν στην συγκεκριμένη περίπτωση δεν οδήγησε, όχι μόνον σε αποκάλυψη του περιεχομένου της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζομένου πριν από την αποσφράγιση αυτής, αλλά και σε επηρεασμό του ίδιου του διαγωνιζομένου κατά την σύνταξη της προσφοράς του και καθορισμό του προσφερομένου υπ` αυτού ποσοστού εκπτώσεως από παράγοντες άσχετους με την οικονομική του δυνατότητα να φέρει εις πέρας το υπό ανάθεση έργο» (ΣΤΕ 843/2010). Από τα παραπάνω προκύπτει ότι δεν

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

είναι παράνομη μόνο η χορήγηση πληροφοριών εκ μέρους της αναθέτουσας σχετικά με το περιεχόμενο κάποιας προσφοράς πριν το χρόνο αποσφράγισης της αλλά και η χορήγηση κάθε πληροφορίας αναφορικά με το εάν έχουν κατατεθεί προσφορές καθώς και τους φορείς που έχουν συμμετάσχει στον διαγωνισμό. Τα παραπάνω είναι τόσο προφανή και ουσιώδη για την ακεραιότητα και την αποτελεσματικότητα των διαδικασιών ανάθεσης ώστε να έχουν κωδικοποιηθεί από τη θεωρία ως αυτοτελή αρχή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων (βλ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, εκδ. 2014, σελ. 384). Όπως προκύπτει από το Ιστορικό, με την κοινοποίηση του υπ. αριθμ./9.4.2020 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής προς κάθε ενδιαφερόμενο, κατέστη εκ των πραγμάτων γνωστό στο σύνολο των ενδιαφερομένων ότι στο πλαίσιο του διαγωνισμού είχαμε ήδη καταθέσει προσφορά. Η παραπάνω ενέργεια ήταν σε κάθε περίπτωση αχρείαστη καθώς με τη λεκτική κατάστρωση του σχετικού μας διευκρινιστικού αιτήματος («Το παραδεκτό κάθε προσφοράς που κατατέθηκε πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (πχ χρόνος ισχύος εγγυητικής επιστολής) θα κριθεί με βάση την αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών») δώσαμε τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να απαντήσει με πληρότητα χωρίς να χρειάζεται να διαρρεύσει οποιαδήποτε πληροφορία αναφορικά με το εάν είχαν ήδη υποβληθεί προσφορές. Πολύ περισσότερο, με το ως άνω έγγραφο έγινε γνωστό στο σύνολο των ενδιαφερομένων όχι μόνο ότι είχε ήδη υποβληθεί προσφορά αλλά και ότι ο υποβάλλων την προσφορά ήταν ο οικονομικός μας φορέας. Πράγματι, ενώ από το διευκρινιστικό αίτημα μας δεν προέκυπτε εάν έχουμε υποβάλει προσφορά, με την απάντησή της, η Αναθέτουσα κατέστησε σαφές σε κάθε αναγνώστη του παραπάνω εγγράφου ότι: Α. Είχε ήδη υποβληθεί προσφορά από την εταιρεία που υπέβαλε το ερώτημα. Β. Η εταιρεία που υπέβαλε το ερώτημα ήταν αυτή που είχε ασκήσει

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

και τη μοναδική προσφυγή κατά της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι η δική μας. Κοντολογίς, με την προσβαλλόμενη η Αναθέτουσα Αρχή γνωστοποίησε αρκετές ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ότι η εταιρεία μας είχε ήδη καταθέσει προσφορά στο πλαίσιο του παραπάνω διαγωνισμού. Με αυτόν τρόπο διέρρευσε προς τους ανταγωνιστές μας πληροφορίες στις οποίες δεν είχαν δικαίωμα να έχουν πρόσβαση καθώς σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν παραπάνω η παραπάνω πληροφορία ήταν ικανή να επηρεάσει τη διαμόρφωση της προσφοράς τους και δεν σχετιζόταν με την οικονομική τους δυνατότητα να φέρουν εις πέρας το υπό ανάθεση έργο» (ΣΤΕ 843/2010). Η παραπάνω ενέργεια ήταν αδικαιολόγητη αφού η απάντηση στο σχετικό μας ερώτημα θα μπορούσε να είναι πλήρης όντας γενική και αφηρημένη και δεν υπήρχε η παραμικρή χρεία να «προδίδεται» μέσω αυτής ότι είχε ήδη κατατεθεί προσφορά και, πολύ περισσότερο, η ταυτότητα του οικονομικού φορέα που την είχε υποβάλει. Η ένταση και το εύρος της παραπάνω πλημμέλειας καθίσταται ακόμη μεγαλύτερη εάν ληφθεί υπόψιν και το γεγονός ότι ο διαγωνισμός παρατάθηκε αφού είχαμε ήδη υποβάλει προσφορά και, συνεπώς, το εκ μέρους μας υποβληθέν αίτημα διευκρινίσεων ήταν απολύτως εύλογο και αναγκαίο. Η ακύρωση της προσβαλλόμενης θα έχει ως αναγκαία συνέπεια τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας καθώς η συγκεκριμένη παραβίαση της αρχής της ισότητας και του πραγματικού ανταγωνισμού δεν δύναται να θεραπευθεί με άλλον τρόπο. Σε κάθε περίπτωση, η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που χορήγησε στους λοιπούς ενδιαφερόμενους πληροφορίες στις οποίες δεν επιτρεπόταν να έχουν πρόσβαση συνιστά πράξη εκτελεστή. Εξάλλου, η παραβίαση της αρχής της μυστικότητας των προσφορών με υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής οδηγεί αναγκαστικά σε ματαίωση της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας».

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

35. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της για τον πρώτο λόγο αναφέρει ότι : « [...] Με τον 1ο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα διατείνεται ότι δια και από το, με αριθμ. πρωτ./09-04-2020, διευκρινιστικό έγγραφό μας -το οποίο αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ και με το οποίο ενημερώθηκε ότι έδει όπως μεριμνήσει για την παράταση ισχύος των δικαιολογητικών της με το δέοντα τρόπο προκειμένου να διατηρηθεί το παραδεκτό της προσφοράς της, καθώς και ότι η επελθούσα «μεταβολή» λόγω της παράτασης της αρχικής καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών από 05-02-2020 σε 13-04-2020 δεν ήταν αιφνίδια, αλλά ήδη γνωστή από 06-02-2020 και επελθούσα συνεπεία της (1ης) ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής της- επήλθε παραβίαση της αρχής απορρήτου των προσφορών. Ο λόγος αυτός είναι αβάσιμος ως ερειδόμενος σε εσφαλμένη ουσιαστική και νομική προϋπόθεση, δεδομένου ότι εκείνο που απαγορεύεται είναι η αποκάλυψη οιαδήποτε οικονομικού στοιχείου εκ του περιεχομένου προσφοράς συμμετέχοντος σε διαγωνισμό σε χρόνο προγενέστερο της αποσφράγισης και αξιολόγησής της και όχι το εάν έχει ήδη κατατεθεί προσφορά συγκεκριμένου συμμετέχοντος σε έναν διαγωνισμό. Ειδικότερα, κατ' εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας που διέπει τον τρόπο σύνταξης των προσφορών, στο πλαίσιο των διαδικασιών διενέργειας των δημοσίων διαγωνισμών, σκοπείται η ύπαρξη διαφάνειας, η αποφυγή κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και η ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους. Έκφραση της αρχής αυτής συνιστά η τιθέμενη με τη Διακήρυξη υποχρέωση των διαγωνιζομένων να υποβάλλουν σε διαφορετικούς ηλεκτρονικούς υποφακέλους την τεχνική και την οικονομική τους προσφορά, και ειδικότερα να τοποθετούν τα τεχνικά και οικονομικά στοιχεία της προσφοράς τους στους φακέλους της τεχνικής και της οικονομικής προσφοράς αντίστοιχα (ΔΕφΘεσσ 203/15, ΔΕφΑθ 29/2013). Ως εκ τούτου, η

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών αφενός και η βαθμολόγηση των οικονομικών προσφορών αφετέρου συνιστούν απολύτως διακεκριμένες φάσεις της διαδικασίας, προκειμένου να διασφαλίζεται ότι δεν επηρεάζεται η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών από το ύψος της οικονομικής προσφοράς. Μάλιστα, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, η αποκάλυψη οικονομικών στοιχείων εκ μέρους διαγωνιζόμενου πριν από την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και κατά το χρόνο που διαρκεί ακόμα το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών επιφέρει τον αποκλεισμό αυτού από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, ανεξαρτήτως του κατά πόσον τα στοιχεία αυτά πράγματι ανταποκρίνονται, κατά το περιεχόμενό τους, στα περιλαμβανόμενα στο φάκελο της οικονομικής προσφοράς στοιχεία (ΣΤΕ 2283/06, 1452/2000, 2478/1997, Ε.Α. 326/08, 599/07, 1234/07, 1265/06, 44/05, ΔΕφΑΘ 50/2013). Ομοίως, κατά πάγια νομολογία έχει κριθεί ότι, σύμφωνα με τη γενική αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς (βλ. ΣΤΕ 843/2010, Ε.Α. 880/2010, 1177/2009), μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών δεν είναι επιτρεπτή, για οποιονδήποτε λόγο, η το πρώτον ή η εκ νέου αξιολόγηση τεχνικών προσφορών ή η το πρώτον αιτιολόγηση της βαθμολογίας αυτών, αφού οι διαδικαστικές αυτές ενέργειες με γνωστές τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζόμενων δεν διασφαλίζουν συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού (πρβλ. ΣΤΕ 4282, 2321/2009, Ε.Α. ΣΤΕ 1177/2009, 779/2002 κ.ά.). Συνακόλουθα, η ανάρτηση στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ του, με αριθμ. πρωτ./09-04-2020, διευκρινιστικού εγγράφου ημών ουδόλως εμπίπτει στους ανωτέρω νομολογιακούς περιορισμούς, διότι κρίσιμο στοιχείο είναι το εάν έλαβε χώρα αποκάλυψη οικονομικών στοιχείων που περιλαμβάνονται στην οικονομική προσφορά διαγωνιζόμενου κατά το χρόνο που διαρκεί ακόμα το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης των

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

τεχνικών προσφορών, ανεξαρτήτως του κατά πόσο τα στοιχεία που τυχόν αποκαλύπτονται ανταποκρίνονται κατά το περιεχόμενό τους σε ουσιώδη στοιχεία του φακέλου της οικονομικής προσφοράς ή σε στοιχεία που δέον να περιλαμβάνονται σε αυτόν. Κάτι που προφανώς δεν συντρέχει εν προκειμένω. Συνεπώς, ουδόλως έχει λάβει χώρα εν προκειμένω παραβίαση του απορρήτου των περιεχομένου των προσφορών, δεδομένου ότι κατά το παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν έχει καν λάβει χώρα άνοιγμα οιαδήποτε φακέλου (ούτε της τεχνικής προσφοράς-δικαιολογητικών ούτε, πολλώ, δε μάλλον, της οικονομικής προσφοράς) των διαγωνιζομένων. Η προσφεύγουσα επιχειρεί σκοπίμως μία ανεπέριστη και απαράδεκτη διεύρυνση της έννοιας του απορρήτου ουσιωδών στοιχείων του περιεχομένου της οικονομικής της προσφοράς και στην περίπτωση της συμμετοχής της στο διαγωνισμό δια της υποβολής προσφοράς της σε αυτόν, περιπτώσεις που ουδαμώς ταυτίζονται. Πέραν τούτων, έχει επέλθει «δημοσιοποίηση/γνωστοποίηση» του γεγονότος της υποβολής προσφοράς εκ μέρους της προσφεύγουσας ήδη από την ανάρτηση στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ στις 12-02-2020 των, με αριθμ. πρωτ./12-02-2020, απόψεων του Νοσοκομείου επί της, από 03-02-2020 και με ΓΑΚ 130/2020, (1ης) προδικαστικής προσφυγής της άνω εταιρείας, όπου ρητώς μνημονεύεται στη σελίδα 2 αυτών ότι η προσφεύγουσα είχε υποβάλλει ήδη προσφορά, χωρίς να έχει λάβει χώρα έκτοτε και μέχρι την υποβολή της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής οιαδήποτε «αντίδραση» εκ μέρους της προσφεύγουσας. Το να διατείνεται συνεπώς η προσφεύγουσα το πρώτον εν τω παρόντι χρόνω ότι έχει λάβει χώρα παραβίαση της μυστικότητας των προσφορών, πέραν του ότι προτάσσεται καταχρηστικώς, άλλως παρελκυστικώς, ουδόλως ευσταθεί, δεδομένου ότι το μόνο αποκαλυφθέν είναι πως απλώς η προσφεύγουσα είναι συμμετέχουσα στο διαγωνισμό και όχι το τι περιλαμβάνεται στους

υποφακέλους της προσφοράς της και δη κατά τα οικονομικά τους στοιχεία (ήτοι δεν έχει λάβει χώρα αποκάλυψη της προσφερόμενης τιμής). Συνεπώς, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν βρίσκουν έρεισμα σε καμία διάταξη νόμου ή άρθρο της διακήρυξης αλλά αντίθετα αποτελούν μία έωλη ερμηνευτική προσέγγιση/εκδοχή, πλήρως αντίθετη προς την αρχή του ανταγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, ο συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι κατά την εκφορά και ανάπτυξη του στο δικόγραφο της εξεταζόμενης προσφυγής δεν συντελείται εξειδίκευση της επελθούσας εκ της φερόμενης παραβίασης του απορρήτου των προσφορών ζημίας της προσφεύγουσας. Μόνο το αορίστως προβαλλόμενο επιχείρημα της προσφεύγουσας ότι δήθεν κατά παράβαση της αρχής μυστικότητας και του απορρήτου έγινε γνωστή η συμμετοχή της στο διαγωνισμό, δεν μπορεί ασφαλώς να δικαιολογήσει και να στηρίξει οιαδήποτε ζημία, την οποία όχι μόνο δεν αποδεικνύει ότι υπέστη, αλλά ούτε καν την επικαλείται/εξειδικεύει καθ' οιονδήποτε τρόπο [...].».

36. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής τα ακόλουθα: «Με τον 1ο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται παντελώς αβάσιμα, αναληθώς και αόριστα ότι με το υπ. αριθμ. πρωτ./09-04-2020, διευκρινιστικό έγγραφό της Αναθέτουσας Αρχής -το οποίο αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ και ενημερώθηκε όχι μόνο η προσφεύγουσα -η οποία άλλωστε είχε υποβάλει το σχετικό ερώτημα- αλλά και κάθε ενδιαφερόμενος, επήλθε δήθεν παραβίαση της αρχής απορρήτου των προσφορών.

Ο λόγος αυτός είναι παντελώς αβάσιμος, στηριζόμενος σε εσφαλμένη ουσιαστική και νομική προϋπόθεση, δεδομένου ότι εκείνο που απαγορεύεται είναι η αποκάλυψη οιαδήποτε οικονομικού στοιχείου εκ του περιεχομένου προσφοράς συμμετέχοντος σε διαγωνισμό σε χρόνο προγενέστερο της

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

αποσφράγισης και αξιολόγησής της και όχι το εάν έχει ήδη κατατεθεί προσφορά συγκεκριμένου συμμετέχοντος σε έναν διαγωνισμό -γεγονός μάλιστα που ο ίδιος δηλώνει-. Άλλωστε υπενθυμίζουμε ότι ο εν λόγω διαγωνισμός είναι δημόσιος-ηλεκτρονικός και διενεργείται με βάση την ισχύουσα νομοθεσία, μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, λαμβάνουν δε γνώση των διευκρινήσεων υποχρεωτικά όλοι οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στον εν λόγω διαγωνισμό, έχοντας εκδηλώσει σχετικό ενδιαφέρον για υποβολή προσφοράς σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας των διαγωνιζομένων και του υγιούς ανταγωνισμού.

Το, με αριθμ. πρωτ./9.4.2020, προσβαλλόμενο έγγραφο της Αναθέτουσας Αρχής, με τον τίτλο «Διευκρινήσεις», συνιστά απλώς έγγραφο πληροφοριακού/ενημερωτικού χαρακτήρα προς όλους τους ενδιαφερομένους να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό και επαναλαμβάνονται/επιβεβαιώνονται με αυτό οι κανονιστικοί όροι της Διακήρυξης και της ισχύουσας νομοθεσίας(ν. 4412/2016).

Όπως έχει κριθεί παγίως από τη νομολογία των δικαστηρίων και από την ίδια την ΑΕΠΠ, η απάντηση της αναθέτουσας αρχής επί υποβληθέντων ερωτημάτων για όρους της διακήρυξης, στην οποία (απάντηση) απλώς επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης και ουδεμία μεταβολή, αποσαφήνιση ή τροποποίηση επέρχεται σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρει στον νομικό κόσμο και δεν υπόκειται, ως πράξη μη εκτελεστή, σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 426/2011) αλλά συνιστά επιβεβαιωτική πράξη, στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του. Μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων, αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή (πρβλ. ΣτΕ Ε.Α. 473/2010, 758, 45/2008, 952/2007), καθώς σε αυτή την περίπτωση οι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

το περιεχόμενο της διακήρυξης, αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (πρβλ. Ε.Α. 474/2005, 532/2004). [βλ. και ΑΕΠΠ 202/2019, σκ. 24]. Όπως, όμως, προκύπτει από μια απλή επισκόπηση της απάντησης που δόθηκε από την αναθέτουσα αρχή επί του υποβληθέντος ερωτήματος της προσφεύγουσας, ουδεμία απολύτως μεταβολή επήλθε στους όρους της διακήρυξης κατά συνέπεια δεν αποτελείτο ως άνω έγγραφο εκτελεστή διοικητική πράξη και δεν παρέχει κατά συνέπεια έρεισμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής.

Ο 1ος προβαλλόμενος με την Προδικαστική Προσφυγή λόγος, έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, δηλ. το από 9/04/2020 και με αριθ. πρωτοκόλλουέγγραφο της Διευθύντριας συνιστά βεβαιωτική πράξη, στερούμενης εκτελεστότητας, κατά το σκέλος αυτού που η αναθέτουσα αρχή κατ' ουσία επέμεινε στη διατύπωση των επίμαχων όρων της διακήρυξης. Όπως γίνεται παγίως δεκτό ΑΕΠΠ 514, 515/2019) οι βεβαιωτικές πράξεις (εκδίδονται συνήθως μετά από αίτηση του διοικούμενου και επαναλαμβάνουν προηγούμενες πράξεις της διοίκησης, χωρίς να έχει μεσολαβήσει νέα ουσιαστική έρευνα από την πλευρά των διοικητικών οργάνων και αρχών. Οι πράξεις αυτές στερούνται εκτελεστότητας, με αποτέλεσμα ο διοικούμενος να μην μπορεί να τις προσβάλει δικαστικά ή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού εκτελεστή είναι μόνον η αρχική πράξη επί της οποίας βασίστηκαν και άρα στην προκειμένη περίπτωση, η διακήρυξη. Οι βεβαιωτικές πράξεις, απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637).Επιπρόσθετα , κατά πάγια

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, δηλ. οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα, αποτελούν δε επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣτΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣτΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Κατά συνέπεια η προσβολή με προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016 της ως άνω αναφερόμενης μη εκτελεστής διοικητικής πράξης της Αναθέτουσας Αρχής, είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη».

37. Επειδή ο προσφεύγων με το υπόμνημα του προβάλλει τα κάτωθι : «Αμφότεροι η Αναθέτουσα Αρχή και η παρεμβαίνουσα ισχυρίζονται ότι το υπ. αριθμ./9.4.2020 έγγραφο συνιστά πράξη μη εκτελεστή και, ως εκ τούτου, πράξη ανεπίδεκτη εξετάσεως. Ο παραπάνω ισχυρισμός είναι νομικά πλημμελής και τούτο καθώς η εταιρεία μας προσβάλλει το ως άνω έγγραφο, όχι κατά το μέρος με το οποίο απαντά στο εκ μέρους μας τεθέν ερώτημα, αλλά κατά το μέρος που δια αυτού γνωστοποίησε σε κάθε ενδιαφερόμενο, σε χρόνο προγενέστερο της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, το γεγονός ότι η εταιρεία μας είχε υποβάλει προσφορά. Με την παραπάνω πρακτική της, η Αναθέτουσα Αρχή, κατά πλήρη παράβαση των υποχρεώσεων της που απορρέουν από το άρθρο 22 παρ. 3 του ν. 4412/2016, προκάλεσε μια βαθιά ασυμμετρία πληροφορίας μεταξύ της εταιρείας μας, η οποία είχε ήδη υποβάλει προσφορά προ της αρχικής καταληκτικής ημερομηνίας, και της παρεμβαίνουσας, η οποία, κατά το χρόνο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς της, είχε πρόσβαση σε πληροφορίες που της καταστούσαν γνωστό από ποιες εταιρείες έχει ήδη υποβληθεί προσφορά. Άλλωστε, το εάν το ως άνω έγγραφο είναι εκτελεστό ή όχι, προϋποθέτει να διαγνωσθεί εάν η

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

εκεί περιεχόμενη πληροφορία ήταν ικανή να μεταβάλλει επί τα χείρω τη θέση μας κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, ή να φέρει σε αδικαιολόγητα ευνοϊκή θέση την παρεμβαίνουσα εταιρεία. Επί του παραπάνω ζητήματος, η Αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι ουδόλως οδηγηθήκαμε σε μια τέτοια κατάσταση και τούτο επειδή «εκείνο που απαγορεύεται είναι η αποκάλυψη οιοδήποτε οικονομικού στοιχείου εκ του περιεχομένου προσφοράς συμμετέχοντος σε διαγωνισμό σε χρόνο προγενέστερο της αποσφράγισης και αξιολόγησής της και όχι το εάν έχει ήδη κατατεθεί προσφορά συγκεκριμένου συμμετέχοντος σε έναν διαγωνισμό.». Η παραπάνω κρίση είναι όλως λαθεμένη και σε αντίθεση με την υφιστάμενη νομολογία, κατά την οποία «πρέπει να αποφεύγεται κάθε ενέργεια, η οποία είναι πρόσφορη να οδηγήσει, έστω και αν στην συγκεκριμένη περίπτωση δεν οδήγησε, όχι μόνον σε αποκάλυψη του περιεχομένου της οικονομικής προσφοράς διαγωνιζομένου πριν από την αποσφράγιση αυτής, αλλά και σε επηρεασμό του ίδιου του διαγωνιζομένου κατά την σύνταξη της προσφοράς του και καθορισμό του προσφερομένου υπ' αυτού ποσοστού εκπτώσεως από παράγοντες άσχετους με την οικονομική του δυνατότητα να φέρει εις πέρας το υπό ανάθεση έργο» (ΣΤΕ 843/2010). Η προσφυγή μας ρητά παραπέμπει στην παραπάνω θέση, παρόλα αυτά οι οικείες απόψεις και η κατατεθείσα παρέμβαση δεν την αντικρούουν. Από την παραπάνω νομολογία ρητά και άνευ αμφιβολίας προκύπτει η πασίδηλη θέση ότι μη κοινοποιήσιμες πληροφορίες δεν είναι μόνο οι πληροφορίες που αφορούν στο οικονομικό περιεχόμενο των προσφορών, αλλά και κάθε είδους πληροφορίες που γνωστοποιούν το ανταγωνιστικό περιβάλλον που έχει αναπτυχθεί προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών. Το παραπάνω, άλλωστε, γίνεται δεκτό και από τη θεωρία κατά την οποία οι συμμετέχοντες σε έναν διαγωνισμό πρέπει να τελούν σε καθεστώς αβεβαιότητας σχετικά με την ύπαρξη ανταγωνιστικών προσφορών στο πλαίσιο

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

ενός διαγωνισμού κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς τους (βλ. Οικονόμου, Δημόσιες Συμβάσεις και Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού, δείκτης 290, σελ. 203). Περαιτέρω, όπως αναλυτικά εκθέτουμε στην προσφυγή μας, δεν υπήρχε κανείς λόγος να κοινοποιηθούν οι εν λόγω πληροφορίες, και μάλιστα με τον πλέον πανηγυρικό τρόπο, ήτοι μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, αφού το σχετικό μας ερώτημα ήταν πολύ προσεκτικά διατυπωμένο και μπορούσε να απαντηθεί από την αναθέτουσα αρχή χωρίς να προδίδεται το γεγονός ότι έχουμε ήδη καταθέσει προσφορά. Τέλος, η βλάβη της εταιρείας μας από την παραπάνω πλημμέλεια ουδόλως έχρηζε αναλυτικότερης περιγραφής, αφού ρητά επισημάναμε το αυτονόητο, ήτοι ότι η ανταγωνιστική της δικής μας προσφορά δεν τελούσε σε καθεστώς της απαιτούμενης αβεβαιότητας, όπως η δική μας, αλλά συντάχθηκε ενώ ήταν γνωστές σε αυτήν πληροφορίες ικανές να διαστρεβλώσουν υπέρ της το σχετικό ανταγωνιστικό περιβάλλον. Είναι πρόδηλο και δεν χρήζει ειδικότερης ανάλυσης ότι από την παραπάνω ενέργεια της αναθέτουσας αρχής, η παρεμβαίνουσα και οποιοσδήποτε άλλος ενδιαφερόμενος γνώριζε πριν την υποβολή της προσφοράς της ότι η εταιρία μας είχε ήδη υποβάλει προσφορά. Συνεπεία τούτου μπορούσε να προβλέψει με μεγάλη ακρίβεια τη βαθμολογία που πρόκειται να λάβουμε κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και να εκτιμήσει το ύψος της οικονομικής μας προσφοράς αφού γνωρίζει τα λειτουργικά χαρακτηριστικά της εταιρίας μας, το πελατολόγιο της καθώς και τη γενική τιμολογιακή μας πολιτική μιας και παρακολουθεί εδώ και πολλά χρόνια τη δραστηριότητα μας και έχει συναντηθεί σε εμάς σε πλήθος δημόσιων διαγωνισμών.».

38. Επειδή το άρθρο 22 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...] 3. Σε κάθε επικοινωνία, ανταλλαγή και αποθήκευση πληροφοριών, οι αναθέτουσες αρχές μεριμνούν για τη διαφύλαξη της ακεραιότητας των δεδομένων και του απορρήτου των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής. Εξετάζουν το

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

περιεχόμενο των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής μόνο μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής τους».

39. Επειδή το άρθρο 67 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] 2. Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, οι αναθέτουσες αρχές παρέχουν σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τις προδιαγραφές και οποιαδήποτε σχετικά δικαιολογητικά, το αργότερο έξι ημέρες πριν από τη λήξη της προθεσμίας που έχει οριστεί για την παραλαβή των προσφορών».

40. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης: «[...] 2.1.3 Παροχή Διευκρινίσεων Τα σχετικά αιτήματα παροχής διευκρινίσεων υποβάλλονται ηλεκτρονικά, το αργότερο δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και απαντώνται αντίστοιχα στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr , του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Αιτήματα παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών - διευκρινίσεων υποβάλλονται από εγγεγραμμένους στο σύστημα οικονομικούς φορείς, δηλαδή από εκείνους που διαθέτουν σχετικά διαπιστευτήρια που τους έχουν χορηγηθεί (όνομα χρήστη και κωδικό πρόσβασης) και απαραίτητα το ηλεκτρονικό αρχείο με το κείμενο των ερωτημάτων είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο. Αιτήματα παροχής διευκρινίσεων που υποβάλλονται είτε με άλλο τρόπο είτε το ηλεκτρονικό αρχείο που τα συνοδεύει δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο, δεν εξετάζονται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) Όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι (6) ημέρες

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών. β) Όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών που ζητήθηκαν ή των αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, δεν απαιτείται παράταση των προθεσμιών.[...]

2.2.2 Εγγύηση συμμετοχής 2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, που ανέρχεται σε ποσοστό 2% επί της συνολικής καθαρής (εκτός φπα) προϋπολογισθείσας δαπάνης. Η εγγυητική επιστολή θα είναι σύμφωνη με το παράρτημα VI. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 2.4.5 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται [...]

2.2.9.1 Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. [...] Το ΕΕΕΣ μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών [...]

2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016.[...]

2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»

2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 [...]

β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης.

γ) τα επιπλέον δικαιολογητικά του Παραρτήματος II – Τεχνικές Προδιαγραφές - Β (υποχρεωτικά επιπλέον δικαιολογητικά)

2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.

Οι υπεύθυνες δηλώσεις φέρουν υπογραφή μετά την έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

2.4.5 Χρόνος ισχύος των προσφορών Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα 12 μηνών από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού. Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ [...]

Β. ΥΠΟΧΡΕΩΤΙΚΑ ΕΠΙΠΛΕΟΝ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ (απαραίτητα με ποινή αποκλεισμού)

Οι συμμετέχοντες θα πρέπει να καταθέσουν μαζί με την προσφορά τους τα παρακάτω υποχρεωτικά έγγραφα για την περαιτέρω συμμετοχή τους:

⌘ Αντίγραφο του ισολογισμού της επιχείρησης των δύο τελευταίων ετών από το οποίο να προκύπτει ύψος ιδίων κεφαλαίων επιχείρησης τουλάχιστον 1.000.000,00 € για τα δύο έτη. [...]

⌘ Υπεύθυνη δήλωση με την οποία θα δηλώνεται η επωνυμία και ο τόπος εγκατάστασης της ιδιόκτητης παραγωγικής μονάδας ή της παραγωγικής μονάδας που θα χρησιμοποιηθεί σε περίπτωση μη ύπαρξης ιδιόκτητης.

⌘ Άδεια λειτουργίας υγειονομικού ενδιαφέροντος από την αρμόδια Υπηρεσία. Σε περίπτωση που ο συμμετέχων έχει την έδρα του εκτός Νομού Αττικής και διαθέτει δικό του υποκατάστημα εντός αυτού, απαιτείται η παραπάνω άδεια και για το υποκατάστημα. [...]

⌘ Υπεύθυνη δήλωση της συμμετέχουσας εταιρείας με την οποία να δηλώνει : - το χρηματικό ύψος των συμβάσεων (αθροιστικά από όλες τις παραπάνω συμβάσεις) με νοσοκομειακές μονάδες ή άλλους οργανισμούς στους οποίους παρέιχε σίπιση κατά την τελευταία Ζετία και - το χρηματικό ύψος των προστίμων (αθροιστικά από όλες τις παραπάνω συμβάσεις) που της επεβλήθησαν στα πλαίσια των παραπάνω συμβάσεων, με αποδεκτό ανώτερο όριο συνολικών προστίμων ποσοστό 10% επί του συνολικού ύψους των συμβάσεων. [...]

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

π Βεβαιώσεις – Πιστοποιητικά εκπαίδευσης του προσωπικού της συμμετέχουσας εταιρείας στις βασικές αρχές υγιεινής και ασφάλειας τροφίμων από διαπιστευμένο φορέα εκπαίδευσης .

π Υπεύθυνη δήλωση κατά την οποία η συμμετέχουσα εταιρεία να δηλώνει ότι :

α) εφαρμόζει για την παραγωγική μονάδα τους κανόνες ορθής υγιεινής πρακτικής, θεσπίζει, εφαρμόζει και διατηρεί πάγια διαδικασία ή διαδικασίες βάσει των αρχών HACCP στους τομείς αποθήκευσης, παραγωγής, ψύξης ή/και κατάψυξης και διακίνησης με την επιφύλαξη ειδικότερων απαιτήσεων σχετικών με την υγιεινή των τροφίμων και λαμβάνοντας υπόψη τη φύση και το μέγεθος της επιχείρησης. β) θα εφαρμόζει σε όλες τις φάσεις του παρεχόμενου έργου τόσο εντός των εγκαταστάσεων συντήρησης/αναθέρμανσης του Νοσοκομείου όσο και στις εξωτερικές δομές, τους κανόνες ορθής υγιεινής πρακτικής και θα θεσπίζει, εφαρμόζει και διατηρεί πάγια διαδικασία ή διαδικασίες βάσει των αρχών HACCP στους τομείς αποθήκευσης, αναθέρμανσης και διακίνησης γ) οι προμηθευτές του σε έτοιμα είδη ή πρώτες ύλες εφαρμόζουν πάγια διαδικασία ή διαδικασίες βάσει των αρχών HACCP ανάλογες με τα προϊόντα τους. π Εν ισχύ πιστοποίηση ELOT EN ISO 22000 : 2005 ή ισοδύναμο αυτής από αντίστοιχα διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης.

π Πρόσθετα των παραπάνω πιστοποιητικά ποιότητας από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης αποτελούν κριτήριο βαθμολόγησης (βλ. Παράρτημα Ε, Πίνακας βαθμολογίας προσφορών)

π Υπεύθυνη δήλωση της συμμετέχουσας εταιρείας στην οποία θα δηλώνονται : α) τα εργοστάσια/ εταιρείες (και ο τόπος εγκατάστασής τους): - απ' όπου θα προμηθεύετε τις πρώτες ύλες - απ' όπου θα προμηθεύετε έτοιμα προϊόντα - που θα χρησιμοποιεί ως ενδιάμεσες φάσεις βιομηχανοποίησης - οι οποίες θα μεταφέρουν / διανέμουν τα προϊόντα (σε περίπτωσης συνεργασίας) β) ότι τα παραπάνω εργοστάσια / εταιρείες αποδέχονται την εκτέλεση της σύμβασης σε

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

περίπτωση κατακύρωσης στη συμμετέχουσα στο διαγωνισμό εταιρεία. π Κατάλογο των οχημάτων που θα χρησιμοποιηθούν για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης. Άδειες κυκλοφορίας αυτών. Βεβαιώσεις υγειονομικής καταλληλότητας όλων των οχημάτων αυτών, εκδοθείσες από τις αρμόδιες Υπηρεσίες της αντίστοιχης Περιφέρειας.

π Υπεύθυνη δήλωση της εταιρείας ότι εναρμονίζεται με τις απαιτούμενες από τη διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές των ζητούμενων ειδών.[...]».

41. Επειδή στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού εντάσσονται και οι διευκρινήσεις που παρέχονται από την αναθέτουσα αρχή στους διαγωνιζόμενους, με την έκδοση σχετικής πράξης παροχής διευκρινίσεων, η οποία εκδίδεται πριν από την υποβολή της προσφοράς τους, ως προς τα σημεία των όρων της διακήρυξης ή των τεχνικών προδιαγραφών ή άλλων ζητημάτων που χρήζουν περαιτέρω επεξηγήσεων, οι οποίες συμπληρώνουν τους όρους της διακήρυξης στους οποίους αναφέρονται (βλ. Δημήτριος Γ. Αριθμός απόφασης: 165/2018 8 Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 340). Ειδικότερα, όπως έχει παγίως κριθεί υπό το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑθ (αναστ.) 451/2014, 437/2013). Ωστόσο, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή, και δύνανται να προσβληθούν με την προσφυγή του Ν. 4412/2016 με την οποία θεωρείται εμπροθέσμως συμπροσβαλλομένη ως πλημμελής και η

διακήρυξη (πρβλ. Ε.Α. 45/2008, 952/2007, 474/2005, 532/2004). Ως εκ τούτου, εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς δικαστικά και ενώπιον της Αρχής είναι και η πράξη διευκρινίσεων, με την οποία τροποποιούνται όροι της διακήρυξης ή εισάγονται για πρώτη φορά στοιχεία που δεν είχαν καταστεί γνωστά στους οικονομικούς φορείς με το αρχικό κείμενο της διακήρυξης, διαφοροποιούν το περιεχόμενό της και κατά αυτή την έννοια, καθίστανται μέρος αυτής από την γνωστοποίηση των διευκρινίσεων στους οικονομικούς φορείς του διαγωνισμού, οπότε και πλέον αποτελούν μέρος του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού (βλ. και ΑΕΠΠ 1229/2019).

42. Επειδή σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2 της διακήρυξης το δικαίωμα και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό κρίνονται με βάση το χρόνο υποβολής της προσφοράς. Περαιτέρω, από τη συνδυαστική εφαρμογή των όρων 2.2.9.1 και 2.4.6 της διακήρυξης προκύπτει ότι το ΕΕΕΣ πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού να έχει συνταχθεί το αργότερα δέκα ημέρες πριν από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής της προσφοράς. Επίσης, στον όρο 2.4.5 της διακήρυξης προβλέπεται ότι οι προσφορές ισχύουν για χρονικό διάστημα δώδεκα μηνών από την επομένη της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού άλλως απορρίπτονται, ενώ κατά τον όρο 2.2.2 της διακήρυξης ο χρόνος ισχύος της εγγυητικής επιστολής πρέπει να είναι μεγαλύτερος τουλάχιστον κατά τριάντα ημέρες του χρόνου ισχύος της προσφοράς. Επομένως, εκ των προαναφερθέντων όρων συνάγεται με σαφήνεια ότι σε περίπτωση παράτασης της αρχικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, τα δικαιολογητικά και αποδεικτικά μέσα τα οποία τελούν σε συνάρτηση με την εν λόγω ημερομηνία οφείλουν να πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης αναφορικά με τον χρόνο έκδοσης ή ισχύος τους.

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

43. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 31, ο προσφεύγων την 6.04.2020 αιτήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς την αναθέτουσα αρχή να επιβεβαιώσει ότι το παραδεκτό κάθε προσφοράς που κατατέθηκε πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών θα κριθεί με βάση την αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Η αναθέτουσα αρχή την 10.04.2020 κοινοποίησε στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού το ως άνω αίτημα καθώς και το προσβαλλόμενο με αριθμ. πρωτ./9.04.2020 έγγραφό της στο αναφέρονται τα εξής: *«Σας ενημερώνουμε τα ακόλουθα: Εάν θέλετε να διατηρηθεί το παραδεκτό της προσφοράς σας οφείλετε να μεριμνήσετε για την παράταση των δικαιολογητικών αυτής με τον δέοντα τρόπο»*. Κατά δε την νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, ήτοι την 13.04.2020 ο προσφεύγων υπέβαλε επικαιροποιημένα δικαιολογητικά συμμετοχής.

44. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 41-42, το προσβαλλόμενο έγγραφο της αναθέτουσας αρχής δεν τροποποιεί τους όρους της διακήρυξης, ούτε εισάγει νέα ρύθμιση, αλλά επιβεβαιώνει το υφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο το και άρα, δεν συνιστά εκτελεστή διοικητική πράξη δεκτική προσβολής με προδικαστική προσφυγή. Πέραν τούτου, και ως προς τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος ότι επήλθε μεταβολή της έννομης του κατάστασης δια της δημοσιοποίησης με το προσβαλλόμενο έγγραφο ότι υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό, θα πρέπει να επισημανθεί ότι στη σελίδα 2 του με αριθμ. πρωτ./12-02-2020 εγγράφου απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί της με αριθμό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 130/2020 προδικαστικής προσφυγής του προσφεύγοντος, το οποίο αναρτήθηκε την 20.02.2020 στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, αναφέρονται τα ακόλουθα *«Εν προκειμένω η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει κατά τρόπο σαφή πως υπέστη βλάβη και κατέστη ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της*

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

στον διαγωνισμό. Αντιθέτως καμία βλάβη δεν έχει υποστεί, δεδομένου ότι είχε υποβάλλει ήδη προσφορά πριν την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής.».

Κατά συνέπεια, και ανεξαρτήτως της τυχόν βασιμότητας του ισχυρισμού του προσφεύγοντος περί βλάβης του από την γνωστοποίηση της εκ μέρους του κατάθεσης προσφοράς, το επίμαχο γεγονός -ήτοι η κατάθεση προσφοράς από την προσφεύγουσα- είχε ήδη από 20.02.2020 καταστεί γνωστό σε έκαστο ενδιαφερόμενο να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία. Ως εκ τούτου το με αριθμ. πρωτ./9.04.2020 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής ουδεμία μεταβολή επιφέρει, πολλώ δε μάλλον επί το χείρω, της έννομης κατάστασης του προσφεύγοντος, ενώ σε κάθε περίπτωση δεν αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη δεκτική ακύρωσης με απόφαση της ΑΕΠΠ. Επομένως, η προσφυγή κατά τα σκέλος που βάλλει κατά του ως άνω εγγράφου πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα.

45. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

46. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

47. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το μέρος που προβάλλονται βασίμως ισχυρισμοί περί του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής ενώ παρέλκει η εξέταση της ως άνευ αντικειμένου ως προς τη βασιμότητα των λόγων της προσφυγής δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν εξετάζεται κατ' ουσίαν λόγω του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής (βλ. ΣτΕ Ολομ. 2787/2015, 1898/1947, ΣτΕ 981/2015, 2656/2012 και Παυλίδου Ε., Η συμμετοχή του τρίτου στη διοικητική δίκη, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 224-225, βλ. ΑΕΠΠ 310/2019, 882/2019).

Αριθμός απόφασης: 643 /2020

48. Επειδή ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε την 5 Ιουνίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΑ ΘΕΜΕΛΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΑ ΔΟΥΓΚΑ

α/α

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ