

Η

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

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιουλίου 2020, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22-6-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 774/23-6-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής «πρώτος προσφεύγων»).

Και την από 1-7-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 828/1-7-2020 της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής «δεύτερη προσφεύγουσα»).

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος προς απόρριψη της δεύτερης ως άνω προσφυγής, πρώτου προσφεύγοντος.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο πρώτος προσφεύγων ζητά την ακύρωση της με αρ. Δ20/246/Φ.29/Μ-Ε/7-2-2020 απόφασης συγκρότησης Επιτροπής Διαγωνισμού («πρώτη προσβαλλομένη») και της σε αυτόν κοινοποιηθείσας την 11-6-2020, υπ' αρ. πρωτ. Δ20/οικ. 1188/φ.21/Ε.../11-6-2020 Απόφασης Διευθυντή Λιμενικών Υποδομών της αναθέτουσας («δεύτερη προσβαλλομένη»), καθ' ο μέρος και κατ' επικύρωση του Πρακτικού Ι, αφενός έλαβε ο ίδιος την οικεία βαθμολογία του, αφετέρου κρίθηκε ως αποδεκτή η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων «...», η δε δεύτερη προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της ομοίως κοινοποιηθείσας σε αυτή την 11-6-2020 υπ' αρ. πρωτ. Δ20/οικ.1188/φ.21/Ε.../11-6-2020 Απόφασης Διευθυντή Λιμενικών Υποδομών της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος και κατ' επικύρωση του Πρακτικού Ι, υποβαθμολογήθηκε η προσφορά της σε σχέση με τις λοιπές προσφορές αντί να λάβει βαθμό 100, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την «Εκπόνηση

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

Προκαταρκτικής Μελέτης, Προμελέτης και Μ.Π.Ε. για την κατασκευή νέου λιμένα στη ...», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 574.847,28 ευρώ, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 8-1-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 10-1-2020 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ...

Η συζήτηση άρχισε αφού ακούστηκε ο Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρο 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 2.875,00 ευρώ, για τη δε άσκηση της δεύτερης Προσφυγής κατεβλήθη ομοίως το παράβολο με αρ. ... και ποσού 2.875,00 ευρώ, φέρουν δε αμφότερα την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η εμπροθέσμως κατατεθείσα την 22-6-2020, κατόπιν παρέκτασης στην επόμενη εργάσιμη ημέρα (ΔΕφΠατρ Ν39/2017) και καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκηθείσα πρώτη Προσφυγή στρέφεται κατά της από 11-6-2020 κοινοποιηθείσας στον πρώτο προσφεύγοντα, εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, ως και βαθμολόγησης αυτών, καθ' ο μέρος δι' αυτής, αφενός κατέστη αποδεκτή και βαθμολογήθηκε η προσφορά του ως άνω έτερου διαγωνιζόμενου, αφετέρου έλαβε ο ίδιος την οικεία επικυρωθείσα δια της προσβαλλομένης βαθμολογία του, κατατασσόμενος δεύτερος στη βαθμολόγηση τεχνικών προσφορών κατόπιν του ως άνω έτερου διαγωνιζόμενου, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, που λόγω εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Ο αιτούμενος συγχρόνως την ακύρωση της απόφασης συγκρότησης Επιτροπής Διαγωνισμού πρώτος προσφεύγων προβάλλει ειδικότερα ότι, πρώτον, η τελευταία μη νομίμως συγκροτήθηκε, δεύτερον, μη νομίμως έλαβε χώρα αναπλήρωση μελών της που αποχώρησαν από αυτή, τρίτον, ελλείπει η αιτιολογία αντικατάστασης μελών της και μη νομίμως έλαβε χώρα εναλλαγή τους, ως και κατά παράβαση της αρχής της αμεροληψίας αξιολογήθηκαν οι προσφορές, τέταρτον, μη

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

νομίμως εναλλάχθηκαν τα μέλη κατά τις επιμέρους συνεδριάσεις της και μη νομίμως ολοκληρώθηκε η εντός του οικείου Πρακτικού απόφασή της, πέμπτον, μη νομίμως υπεγράφη το Πρακτικό αυτό από το σύνολο τακτικών και αναπληρωματικών μελών και με παράνομη συγκρότηση συνεδρίασε η Επιτροπή στην τελευταία συνεδρίασή της, έκτον, παρανόμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του ως άνω συνδιαγωνιζόμενου λόγω παράλειψης υποβολής εγγράφων της προσφοράς του στο ΕΣΗΔΗΣ και λόγω μη πρόσβασης του προσφεύγοντος στα έγγραφα αυτά και έβδομον, μη νόμιμα έλαβε χώρα η βαθμολόγηση του προσφεύγοντος στο κριτήριο βαθμολόγησης Κ4, ως και υποβαθμολογήθηκε σε σχέση με τον ως άνω συνδιαγωνιζόμενο ως προς τα κριτήρια βαθμολόγησης Κ3 και Κ4. Με τις από 2-7-2020 Απόψεις της, η αναθέτουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, αντικρούει δε ο πρώτος προσφεύγων με το από 17-7-2020 Υπόμνημά του. Ο πρώτος προσφεύγων πάντως ουδέν ειδικότερο ισχυρισμό προβάλλει κατ' αυτής καθαυτής της πρώτης ως άνω προσβαλλομένης απόφασης συγκρότησης οργάνου αξιολόγησης ούτε προκύπτει προς τι αυτός βλάφθηκε εκ μόνης της συγκεκριμένης συγκροτήσεως αυτής ή τα συγκεκριμένα πρόσωπα που συγκροτούν το οικείο όργανο. Άρα, η πρώτη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως ασκούμενη άνευ εννόμου συμφέροντος και αόριστη, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της πρώτης ως άνω προσβαλλομένης.

3. Επειδή, η κατατεθείσα την 1-7-2020 δεύτερη Προσφυγή, στρέφεται κατά της ομοίως από 11-6-2020 κοινοποιηθείσας στην προσφεύγουσα, εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, ως και βαθμολόγησης αυτών, καθ' ο μέρος δι' αυτής η προσφορά της προσφεύγουσας έλαβε βαθμολογία που κατέταξε αυτήν 4^η μεταξύ των υπολοίπων αποδεκτών προσφορών, αιτουμένης της προσφεύγουσας ακύρωσης της ως άνω βαθμολόγησής της, στο πλαίσιο της ίδιας ως άνω διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Η δεύτερη προσφεύγουσα ειδικότερα επικαλείται αφενός μη νόμιμη συγκρότηση και σύνθεση του οργάνου αξιολόγησης, αφετέρου συγκριτική του υποβαθμολόγηση σε σχέση με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους στα κριτήρια αξιολόγησης Κ1-Κ4 και ελλιπή αιτιολογία της συγκριτικής βαθμολογίας προσφορών. Η αναθέτουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής με τις από 13-7-2020, ομοίως δε αιτείται, εμπροθέσμως (κατά παρέκταση στην αμέσως

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

επόμενη εργάσιμη ημέρα) μετά την από 2-7-2020 κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, ο πρώτος προσφεύγων, με την από 13-7-2020 παρέμβασή του, η οποία, εξάλλου, ασκείται και μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού προδήλως βλάπτεται μεταξύ άλλων και ο ίδιος, ως αποδεκτός και ήδη βαθμολογηθείς, ως δεύτερος στην τεχνική προσφορά του, διαγωνιζόμενος, από την τυχόν βελτίωση της συγκριτικής βαθμολόγησης της προσφοράς της δεύτερης προσφεύγουσας. Η δεύτερη προσφεύγουσα αντικρούει με το από 16-7-2020 Υπόμνημά της. Περαιτέρω, η δεύτερη προσφεύγουσα επικαλείται ως προς το εμπρόθεσμο της προσφυγής της τη με αρ. ρπwt. Δ20/1246/Φ.29/M-E/17.06.2020 Απόφαση του ... περί αναστολής της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής, μεταξύ 12/6 και 22/6, ως λόγο άσκησης αυτής την 1-7-2020, ειδικώς στη συγκεκριμένη διαδικασία, κατά παράβαση του άρθρου 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και τούτο, ενώ το ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ τελούσε σε αναστολή λειτουργίας κατά το ως άνω διάστημα λόγω μετάπτωσης του. Όμως, ουδόλως οιαδήποτε αναθέτουσα έχει την αρμοδιότητα να ορίζει η ίδια τις προθεσμίες προδικαστικών προσφυγών, όπως προφανώς και ενδίκων βοηθημάτων, να αναστέλλει, παρατείνει ή καθ' οιονδήποτε τρόπο μεταβάλλει αυτές. Το Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 ουδεμία εξουσιοδοτική διάταξη σε αναθέτουσα, αλλά και προς οιονδήποτε έχει προς τροποποίηση ή προσαρμογή των περί προθεσμιών διατάξεων αυτού, η μεταβολή των οποίων δεν είναι δυνατή όχι απλώς δια μη κανονιστικής εγκυκλίου, αλλά ούτε εξ οιασδήποτε κανονιστικής πράξης της διοίκησης, συμπεριλαμβανομένης της αναθέτουσας, παρά μόνο με τυπικό νόμο ή ίσης τυπικής ισχύος με αυτόν, διάταξη. Συνεπώς, ουδεμία παράταση επί της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής επήλθε δια της ως άνω επικαλούμενης Απόφασης. Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, η παύση λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ έληξε ήδη από 22/6/2020 και, άρα, ακόμη και αν η ως άνω παύση ληφθεί υπόψη ως γεγονός ανωτέρας βίας, μη δυνάμενο να προβλεφθεί από τους διαγωνιζόμενους που την 11-6-2020 έλαβαν καταρχήν γνώση της προσβαλλομένης, ήτοι μία μόλις ημέρα πριν την παύση λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, θα παρέκτεινε τη λήξη της προθεσμίας κατ' εύλογο και ανάλογο της ανωτέρας βίας χρονικό διάστημα και δεν θα ανέστειλε αυτή καθ' όλο το διάστημα αδυναμίας πρόσβασης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ώστε η προθεσμία να λήξει εννέα ημέρες μετά την επανέναρξη λειτουργίας

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

του ΕΣΗΔΗΣ. Η δε παραπάνω απόφαση της αναθέτουσας και δη, με πεδίο εφαρμογής ειδικώς τη συγκεκριμένη διαδικασία, ουδόλως έχουσα χαρακτήρα γενικής ρύθμισης και ουδόλως εκτεινόμενη ούτε στο σύνολο των εν γένει διαγωνιστικών διαδικασιών ούτε έστω στο σύνολο των διαδικασιών της συγκεκριμένης αναθέτουσας, επικαλούμενη δε τις διατάξεις των άρθρων 360-364 Ν. 4412/2016 που με σαφήνεια ορίζουν απαρεγκλίτως τα περί της προθεσμίας άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, ως και τις οικείες προβλέψεις της διακήρυξης (άρθρο 6 αυτής, που αντιγράφει το άρθρο 361 Ν. 4412/2016 με ειδική παραπομπή σε αυτό, υποσημείωση 26), που ομοίως ουδέν περιθώριο ερμηνείας κατέλειπαν περί ορισμού της προθεσμίας άσκησης της προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή, δεν δύναται να συγκροτήσει οιαδήποτε αξιοπροστατευτέα καλόπιστη πεποίθηση σε οιονδήποτε επιμελή διαγωνιζόμενο περί ειδικής προθεσμίας άσκησης προσφυγής, κατά παρέκκλιση από τις σαφείς και πάγιες διατάξεις του άρθρου 361 Ν. 4412/2016. Ούτε προφανώς, δημιουργήθηκε οιοδήποτε έρεισμα κανονιστικής εξουσιοδότησης προς διαφορετική ρύθμιση των προθεσμιών άσκησης προδικαστικών προσφυγών από τις αναθέτουσες, εκ της απλού πληροφοριακού χαρακτήρα, μη εκτελεστής και σε κάθε περίπτωση ουδόλως εκδοθείσας καθ' οιαδήποτε νομοθετική εξουσιοδότηση περί ρυθμίσεως λεπτομερειών εφαρμογής του άρθρου 361 Ν. 4412/2016 , ανακοίνωσης της ΓΓΠΣ με αρ. πρωτ. 14178 ΕΞ 2020/3-6-2020 περί διακοπής λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ, επειδή ανέφερε εν είδει απλής σύστασης προς τις αναθέτουσες, ότι αυτές δεν θα πρέπει να καθορίζουν εντός του παραπάνω διαστήματος μια σειρά από ημερομηνίες που υπόκεινται όντως στην αρμοδιότητα των αναθετουσών (όπως υποβολής και αποσφράγισης προσφορών, υποβολής διευκρινίσεων και δικαιολογητικών κατακύρωσης) και μεταξύ αυτών, εκ προδήλου παραδρομής ανέφερε και τις προθεσμίες προδικαστικών προσφυγών και τούτο ομού μετά των (όντως εμπιπτουσών στην αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής) απλών ενστάσεων. Εξάλλου, ούτε η ίδια η ΑΕΠΠ δεν έχει αρμοδιότητα κανονιστικής ρύθμισης των προθεσμιών άσκησης προδικαστικών προσφυγών και τούτο πέραν του ότι δια του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, ο νομοθέτης διαχώρισε πλήρως την αρμοδιότητα εξέτασης των ενδικοφανών προσφυγών επί διαδικασιών εκτιμώμενης αξίας άνω των 60.000,00 ευρώ από την αρμοδιότητα των αναθετουσών αρχών, οι οποίες

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

συνιστούν απλό διάδικο ενώπιον της ΑΕΠΠ, ουδόλως έχουσες οιαδήποτε αρμοδιότητα να ορίζουν κατά διαφορετικό εκ του νόμου τρόπο τη διαδικασία περί της προδικαστικής ή δικαστικής προστασίας. Εξάλλου, αν η δεύτερη προσφεύγουσα τυχόν λαμβάνοντας γνώση της ως άνω απόφασης παράτασης προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής της αναθέτουσας, σχημάτισε πεποίθηση περί πιθανής ισχύος αυτής, είχε κάθε δυνατότητα, αλλά και όφειλε ως κατ' επάγγελμα μετέχουσα σε διαγωνιστικές διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, να ενημερωθεί από τον ιστότοπο της ΑΕΠΠ, όπου έγκαιρα είχαν αναρτηθεί πληροφορίες για την άσκηση προσφυγών κατά το διάστημα παύσης λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ. Σε κάθε πάντως περίπτωση και δεδομένου ότι οι προθεσμίες άσκησης προσφυγών δεν ορίζονται από τυχόν ειδικότερες διατάξεις ή από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, αλλά ευθέως εκ του Ν. 4412/2016, που κάθε εύλογος μετέχων σε διαδικασίες σύναψης συμβάσεων εκτέλεσης δημοσίων έργων οφείλει να γνωρίζει, χωρίς μάλιστα να έχει υποστεί η διάταξη του άρθρου 361 Ν. 4412/2016, όπως και η ταυτόσημη διάταξη του άρθρου 4 ΠΔ 39/2017 καμία τροποποίηση, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η δεύτερη προσφεύγουσα, ένωση μελετητικών επιχειρήσεων που κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων αυτή ή τα μέλη της μετέχουν σε αντίστοιχους διαγωνισμούς, δεν γνωρίζουν ή δύνανται να τελούν σε σύγχυση περί των προθεσμιών άσκησης προδικαστικών προσφυγών, που εφαρμόζονται ήδη από το 2017 και από την έναρξη λειτουργίας της ΑΕΠΠ και οι οποίες προθεσμίες αφορούν την προδικαστική και κατ' ανάγκη δικαστική προστασία επί των διαφορών που ανακύπτουν κατά το προσυμβατικό στάδιο (πρβλ. ΟΛΣΤΕ 876/2013, ΣΤΕ 2790/2011). Επομένως, η δεύτερη προσφυγή ασκήθηκε εκπροθέσμως και δη κατά εννέα ημέρες και, άρα, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

4. Επειδή, συνεπεία των ως άνω σκέψεων 1-3, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία η πρώτη Προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της δεύτερης ως άνω προσβαλλομένης. Να απορριφθεί δε ως απαράδεκτη η δεύτερη Προσφυγή και συνακόλουθα να γίνει δεκτή η Παρέμβαση του πρώτου προσφεύγοντος.

5. Επειδή, η προκείμενη διαδικασία διενεργείται κατ' άρθρο 21 της διακήρυξης, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

άποψη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής, η τεχνική προσφορά τυγχάνει αξιολόγησης και βαθμολόγησης, ο δε οικείος ανά προσφορά βαθμός εξάγεται κατά αξιολογική και εκτιμητική κρίση του οικείου οργάνου αξιολόγησης προσφορών της αναθέτουσας, έχει δε κρίσιμες έννομες συνέπειες ως προς την κατάταξη προσφορών κατά το κριτήριο ανάθεσης και την ανάδειξη αναδόχου. Επομένως, εν προκειμένω, όσον αφορά ειδικώς τη βαθμολόγηση προσφορών δεν λαμβάνει χώρα ενάσκηση δεσμίας αρμοδιότητας περί διάγνωσης απλώς πλήρωσης ή μη των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής, αλλά αυτή διεξάγεται κατά το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΚΑΙ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΣΗΣ ΚΡΙΤΗΡΙΩΝ Κ1, Κ2, Κ3, Κ4 με ουσιαστική και μεταξύ άλλων και συγκριτική μεταξύ των προσφορών, αξιολόγηση όχι μόνο ως προς τη στοιχειώδη κάλυψη των απαιτούμενων, αλλά και ως προς τον εξαιρετικό, πολύ καλό ή καλό βαθμό κάλυψης του περιεχομένου των κριτηρίων και επιμέρους υποκριτηρίων αξιολόγησης, ως και τα ποιοτικά στοιχεία κάθε προσφοράς, διαδικασία που αυτονόητα εμπλέκει υποκειμενική έκφραση σε βαθμολογική κλίμακα κατά ψηφοφορία των μελών του οργάνου. Εξάλλου, ναι μεν η βαθμολόγηση σε αριθμό βαθμών εξάγεται αυτομάτως από το συγκεκριμένο λεκτικό προσδιορισμό αξιολόγησης της προσφοράς («εξαιρετική», «πολύ καλή», «καλή» και «μη ικανοποιητική»), πλην όμως ο λεκτικός αυτός προσδιορισμός αποτελεί προϊόν όλως ποιοτικού χαρακτήρα αξιολόγησης των κριτηρίων, χωρίς κανένα αντικειμενικό μέγεθος που καθιστά δεσμία τη χορήγηση συγκεκριμένης λεκτικής αξιολόγησης σε οιοδήποτε εκ των κριτηρίων ή υποκριτηρίων αξιολόγησης των προσφορών, όπως προκύπτει εκ του ειδικού περί της βαθμολόγησης ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΚΑΙ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΣΗΣ ΚΡΙΤΗΡΙΩΝ Κ1, Κ2, Κ3, Κ4 της διακήρυξης. Συνεπώς, το ζήτημα της παράβασης ουσιώδους τύπου σχετικά με τη συγκρότηση και σύνθεση του οργάνου αξιολόγησης και βαθμολόγησης τεχνικών προσφορών προβάλλεται λυσιτελώς και μετ' εννόμου συμφέροντος από τον πρώτο προσφεύγοντα, δεδομένου ότι ουδόλως προκύπτει ότι όποια και αν ήταν η ανά περίπτωση αυτή συγκρότηση και σύνθεση θα εξάγονταν οι ίδιες βαθμολογήσεις και κατατάξεις των προσφορών και άρα, οι οικείοι ισχυρισμοί της πρώτης προσφυγής προβάλλονται όλως παραδεκτώς.

6. Επειδή, κατ' άρθρο 13 παρ. 1 Ν. 2690/1999, η νόμιμη συγκρότηση, ήτοι η νόμιμη κτήση ιδιότητας μέλους συλλογικού οργάνου

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

συνιστά προϋπόθεση της νόμιμης έκδοσης έγκυρων διοικητικών πράξεων εξ αυτού, κατά τη δε παρ. 5 του ίδιου άρθρου, το συλλογικό όργανο μπορεί να συνεχίσει να έχει νόμιμη συγκρότηση και λειτουργία έως και για ένα τρίμηνο, εφόσον εκλείψουν ή αποχωρήσουν για οιονδήποτε λόγο τα μέλη του, αν τα λοιπά μέλη επαρκούν για τη διατήρηση απαρτίας. Τούτο, όμως, δεν σημαίνει ότι διατηρείται νόμιμη συγκρότηση αν αποχωρήσουν μέλη και στη θέση τους μη νομίμως υπεισέλθουν άλλα πρόσωπα. Σε κάθε περίπτωση, κατ' άρθρο 14 παρ. 1 του ίδιου νόμου, η απαρτία σε τριμελή όργανα συνίσταται σε τρία μέλη. Άρα, εφόσον από τριμελές όργανο αποχωρήσει ή εκλείψει έστω και ένα μέλος αυτών, δεν είναι δυνατή η διατήρηση νόμιμης συγκρότησης και άρα, απαιτείται ο κατά νόμο ορισμός νέου μέλους στη θέση του τακτικού ή αναπληρωματικού αποχωρήσαντος. Περαιτέρω, αναπληρωματικά μέλη δύνανται προφανώς να αναπληρώνουν τακτικά, όχι όμως να λαμβάνουν, χωρίς νέο ορισμό τους ως τακτικά μέλη, τη θέση τακτικών που αποχώρησαν, εντός της νόμιμης συγκρότησης του οργάνου και αυτό, διότι η ως άνω κατ' άρθρο 13 παρ. 1 νόμιμη συγκρότηση του οργάνου υπάρχει μόνο όταν υπάρχουν όλα τα τακτικά και αναπληρωματικά μέλη του, το συλλογικό όργανο παύει να έχει νόμιμη συγκρότηση άνευ ετέρου αν εκλείψει είτε τακτικό είτε αναπληρωματικό μέλος, το δε άρθρο 13 παρ. 5 του ως άνω νόμου δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής στα τριμελή συλλογικά όργανα, εφόσον, ελλείψει αντίθετης νομοθετικής ρύθμισης, για την ύπαρξη απαρτίας, απαιτείται η παρουσία και των τριών (3) τακτικών ή αναπληρωματικών μελών. Στην περίπτωση αυτή για να συνεχίσει το έργο της η Επιτροπή θα πρέπει να γίνει τροποποίηση της συγκρότησης του συλλογικού οργάνου (ΓνωμΝΣΚ 636/2012). Έλλειψη μέλους υπάρχει όταν αποβιώσει ή χάσει οριστικά την ιδιότητα του μέλους, λόγω παραίτησης, απόλυσης ή έκπτωσης από το συλλογικό όργανο, καθώς επίσης και αν χάσει την ιδιότητα βάσει της οποίας έγινε ή διορίστηκε μέλος του συλλογικού οργάνου, λόγω παραίτησης ή έκπτωσης ή λήξης της θητείας του ή μετάθεσης. Το συλλογικό όργανο αποκτά πάλι νόμιμη συγκρότηση, μόλις διοριστεί το μέλος που ελλείπει. Το αναπληρωματικό μέλος μπορεί να μετέχει, για να αναπληρώσει τακτικό μέλος της ίδιας κατηγορίας, μόνον όταν το τακτικό μέλος απουσιάζει ή κωλύεται, όχι δε όταν ελλείπει (Γνωμδ ΝΣΚ 282/2017). Συμμετοχή αναπληρωματικού μέλους, αντί του τακτικού μέλους που ελλείπει, συνεπάγεται παράνομη συγκρότηση

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

του συλλογικού οργάνου (ΣΤΕ 518/2009, 1582/2003, 1211/2002, 1514/1995). Περαιτέρω, το κατά τα ως άνω κώλυμα που δικαιολογεί αναπλήρωση του τακτικού μέλους από αναπληρωματικό συνίσταται σε πρόσκαιρο τέτοιο κώλυμα και προσωρινή απουσία και όχι σε δηλωμένη αδυναμία άσκησης καθηκόντων επ' αόριστον και άνευ συγκεκριμένου διαστήματος διάρκειας αυτής, ιδίως όταν το όργανο συγκροτείται με συγκεκριμένη θητεία ή διάρκεια χρονικής αρμοδιότητας και η τελευταία είναι περιορισμένη. Εξάλλου, ουδόλως τα ανωτέρω αναιρούνται αν μέλος που δήλωσε αδυναμία άσκησης των καθηκόντων του στο όργανο αορίστως, μεταβάλει εν συνεχεία γνώμη και αποφασίσει εν μέσω της θητείας του να ασκεί αυτά. Επιπλέον, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, τα συλλογικά όργανα, όταν επιλαμβάνονται μιας υπόθεσης σε περισσότερες συνεδριάσεις, πρέπει, κατά κανόνα, να λαμβάνουν την απόφαση ή η γνωμοδότησή τους με την ίδια σύνθεση την οποία είχαν κατά τις προηγούμενες συνεδριάσεις (ΣΤΕ 167, 1298, 1579/1979). Κατ' εξαίρεση, εφόσον χωρεί νόμιμη αναπλήρωση ή σε περίπτωση που οι περί απαρτίας κανόνες επιτρέπουν τη νόμιμη σύνθεση με λιγότερα μέλη από το σύνολο, η εναλλαγή των μετεχόντων σε διαδοχικές συνεδριάσεις δεν επηρεάζει καταρχήν τη νομιμότητα της σύνθεσης του οργάνου. Πλην όμως, αφενός τα ανωτέρω προϋποθέτουν νόμιμη συγκρότηση, αλλά και νόμιμη εναλλαγή των μελών του οργάνου, αφετέρου και σε κάθε περίπτωση κατά τη ρητή περί σύνθεσης λήψης αποφάσεων συλλογικών οργάνων, διάταξη του άρθρου 15 παρ. 2 Ν. 2690/1999, προβλέπεται ότι *«Αν η συζήτηση της υπόθεσης διαρκεί περισσότερες από μία συνεδριάσεις, η απόφαση λαμβάνεται από τα μέλη που μετέχουν στην τελευταία συνεδρίαση, αφού προηγουμένως τα μέλη που δεν μετείχαν στις προηγούμενες συνεδριάσεις, ενημερωθούν πλήρως ως προς τα ουσιώδη σημεία των κατ' αυτές συζητήσεων. Η ενημέρωση πρέπει να προκύπτει από δήλωση των μελών αυτών, η οποία και καταχωρίζεται στα πρακτικά...»*, άλλως πάσχει η σύνθεση λήψης της οικείας Απόφασης.

7. Επειδή, εν προκειμένω, η Πρόεδρος της Επιτροπής Διαγωνισμού ... δήλωσε ήδη προ της πρώτης συνεδρίασης του οργάνου αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό χωρίς καμία ειδικότερη αιτιολογία ή προσδιορισμό τυχόν χρόνου αδυναμίας, με αποτέλεσμα, αφού εξάλλου η δηλούμενη αδυναμία αφορούσε την όλη διαγωνιστική διαδικασία, η ως άνω

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

δήλωση να συνιστά δήλωση παραίτησης από τα καθήκοντά της. Αναπληρώθηκε δε από το τακτικό μέλος Περαιτέρω, ως δεύτερο μέλος της τριμελούς συγκρότησης του οργάνου, δεδομένου ότι εξέλιπε ούτως ένα τακτικό μέλος, μετείχε η ..., καταρχήν ορισθείσα ως αναπληρωματικό μέλος και δε δεύτερο σε σειρά υπεισέλευσης σε αναπλήρωση μετά την ..., ομοίως αναπληρωματικό μέλος, η οποία επίσης δήλωσε χωρίς ειδικότερο προσδιορισμό αδυναμία συμμετοχής στον εν γένει διαγωνισμό. Μόνη δε η τρίτη θέση του μέλους καλύφθηκε κανονικά από το οικείο ορισθέν εκ της πράξης συγκρότησης, τακτικό μέλος. Η δε αναθέτουσα δια των Απόψεών της αιτιολογεί και αποδεικνύει την απουσία των ως άνω δύο προσώπων (... και ...), ως αποτέλεσμα της συμμετοχής των ανωτέρω προσώπων σε απεργία με καταρχήν διάρκεια από 17-2-2020 έως και 20-3-2020, η οποία εμπόδιζε αυτούς να μετέχουν στο ως άνω όργανο αξιολόγησης. Τα ως άνω τρία πρόσωπα μετείχαν στις πέντε (5) πρώτες συνεδριάσεις του οργάνου, εκ των οποίων μάλιστα στην πέμπτη, προέβησαν σε έλεγχο αξιολόγηση και βαθμολόγηση τεχνικών προσφορών ως προς τα κριτήρια αξιολόγησης Κ1 και Κ2. Στην έκτη και έβδομη δε συνεδρίαση, το όργανο συνεδρίασε, βαθμολογώντας τα κριτήρια αξιολόγησης Κ3 και Κ4, με την εξαρχής του συγκρότηση, ήτοι τη ... ως Πρόεδρο, το ... ως μέλος και τον ... ως Μέλος. Είναι κρίσιμο δε ότι η βαθμολόγηση εν τέλει όχι μόνο παρέμεινε ως προς τα κριτήρια αξιολόγησης Κ1 και Κ2 ως αποφασίσθηκε με τη σύνθεση ..., ... και ..., αλλά μάλιστα, όπως προκύπτει από το οικείο Πρακτικό, η Επιτροπή στη σύνθεση της έκτης και έβδομης συνεδρίασης «προχώρησε στον έλεγχο του 3^{ου} και 4^{ου} κριτηρίου της Τεχνικής Προσφοράς, δηλαδή στον έλεγχο του χρονοδιαγράμματος, του οργανογράμματος, της έκθεσης τεκμηρίωσης καθηκόντων και κατανομής εργασιών και των στοιχείων συνοχής της Ομάδας Μελέτης», χωρίς ουδόλως να κρίνει, έστω και κατ' έγκριση όσων ήδη είχαν προκύψει στην 4^η και 5^η συνεδρίαση υπό την προηγούμενη σύνθεση, επί των κριτηρίων Κ1 και Κ2, δηλαδή της Τεχνικής Έκθεσης και της Μεθοδολογίας Εκπόνησης της μελέτης. Περαιτέρω, στο Πρακτικό που συντάχθηκε και υπογράφηκε την 5-6-2020 προκύπτει ότι υπογράφουν ως Πρόεδρος ο ... για το 1^ο και 2^ο κριτήριο και η ... για το 3^ο και 4^ο Κριτήριο, ως μέλη δε υπογράφουν χωρίς προσδιορισμό, ο μετέχων σε όλες τις συνεδριάσεις ... και περαιτέρω υπογράφει η ... για το 1^ο και 2^ο κριτήριο και ο ... για το 3^ο και 4^ο

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

κριτήριο. Από τα παραπάνω καθίσταται προφανές ότι ειδικώς όσον αφορά τη βαθμολόγηση των προσφορών, η βαθμολόγηση επί των 2 πρώτων κριτηρίων (Κ1, Κ2) έλαβε χώρα υπό άλλη σύνθεση από αυτή που βαθμολόγησε τα 2 επόμενα κριτήρια (Κ3, Κ4), η δε σύνθεση της τελευταίας συνεδρίασης δεν έκρινε και επί των 2 πρώτων κριτηρίων ούτε συνολικά προέβη σε έγκριση της τελικής ανά κριτήριο, αλλά και συνολικά, βαθμολογίας τεχνικών προσφορών, η οποία ούτως εξήχθη εκ 2 αυτοτελών κρίσεων 2 διαφορετικών συνθέσεων και απλώς, ενώθηκε σε ενιαίο πίνακα εντός του Πρακτικού, που μάλιστα υπεγράφη από τα μέλη αμφοτέρων των συνθέσεων και όχι από τα μέλη της τελικής συνεδρίασης.

8. Επειδή, συνεπεία όσων αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, επί της διαδικασίας βαθμολόγησης των προσφορών προκύπτουν τα ακόλουθα. Πρώτον, 2 εκ των μελών της Επιτροπής, η ... και η ..., δήλωσαν κώλυμα συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο ασχέτως ότι δεν αναφέρθηκε η διάρκεια του στο οικείο Πρακτικό, προκύπτει πάντως εκ του φακέλου της υπόθεσης και αυτό εξαρχής εξ ειδικών δηλώσεων αμφοτέρων των μελών, ορίσθηκε ως όλως προσωρινό και με αιτία νομίμως προκηρυχθείσα απεργία συνδικαλιστικού σωματείου στο οποίο υπάγονται. Επομένως, η απουσία τους ούτε αδικαιολόγητη ήταν ούτε οριστική, δεδομένου, εξάλλου, ότι το όργανο στο οποίο μετείχαν δεν είχε κάποια συγκεκριμένη θητεία και κατ' αποτέλεσμα ουδόλως εξέλειπαν από τη συγκρότηση του οργάνου ούτε παραιτήθηκαν ούτε δήλωσαν οριστική αδυναμία άσκησης καθηκόντων ή αορίστου χρόνου τέτοια αδυναμία, παρά ειδοποίησαν για τον όλως περιορισμένο και προσδιορισμένο εξαρχής χρόνο του κωλύματος συμμετοχής τους. Άρα, νομίμως καταρχήν αναπληρώθηκαν και η συγκρότηση του οργάνου ουδόλως έπασχε ούτε έχρηζε αυτό ανασυγκρότησης. Περαιτέρω, στο ΠΡΑΚΤΙΚΟ Ι αναγράφεται ότι η Πρόεδρος του οργάνου στις πέντε (5) πρώτες συνεδριάσεις, αναπληρώθηκε από έτερο τακτικό μέλος και όχι από αναπληρωματικό, ενώ στη σύνθεση μετείχε χωρίς να αναφέρεται ότι αναπληρώνει κάποιον το δεύτερο αναπληρωματικό μέλος και μάλιστα στη θέση του πρώτου αναπληρωματικού μέλους που ενώ και αυτό εμφάνιζε το ίδιο κώλυμα με την Πρόεδρο, αλλά ούτε αυτό αντικαταστάθηκε. Πλην όμως, είναι σαφές τόσο από το ΠΡΑΚΤΙΚΟ, όσο και από τον φάκελο της υπόθεσης, ότι δεδομένου πως η ... ήταν το μόνο

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

κωλυόμενο τακτικό μέλος, αναπληρώθηκε εκ της ..., ο δε ... δεν αναπλήρωσε εν τέλει τη ..., υπό την έννοια ότι υπεισιήλθε στη θέση της ως τακτικού μέλους, αλλά απλώς άσκησε καθήκοντα Προέδρου, αντί αυτής, όπως εξάλλου προβλέφθηκε εξ αρχής στην πράξη συγκρότησης του οργάνου. Η δε ... αναπλήρωσε, ήτοι μετείχε στη σύνθεση στη θέση του απουσιάζοντος τακτικού μέλους ..., ως δεύτερο σε σειρά αναπλήρωσης, αναπληρωματικό μέλος, μετά την προσωρινώς κωλυόμενη και πρώτο σε σειρά αναπληρωματικό μέλος, κατά την οικεία τάξη που όρισε η πράξη συγκρότησης, Επομένως, ούτε κατά τούτο πάσχει η δεύτερη προσβαλλομένη. Πλην όμως, σε κάθε περίπτωση και ασχέτως των ανωτέρω, η τελική πράξη της Επιτροπής δεν εκδόθηκε από οιαδήποτε εκ των δύο συνθέσεων της ούτε προφανώς, από αυτή της τελευταίας συνεδρίασης, αλλά συνεκδόθηκε από τις δύο επιμέρους συνθέσεις της και μάλιστα, αποσπαστά ως προς την αξιολόγηση διαφορετικών επιμέρους κριτηρίων αξιολόγησης. Σε αντίθεση δε με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, το ενιαίο της κρίσης επί της βαθμολογίας, η οποία εξάγεται δια μίας και ενιαίας απόφασης συνιστά κρίσιμο στοιχείο της νομιμότητας αυτής και της διασφάλισης της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων και οι βαθμολογίες όλων τους σε όλα τα κριτήρια θα πρέπει να τύχουν αν μη τι άλλο έγκρισης από ένα ενιαίας σύνθεσης όργανο αξιολόγησης, ακόμη και αν τυχόν παραδεκτώς ενδιαμέσως έλαβε χώρα εναλλαγή μελών του οργάνου. Και τούτο διότι ευλόγως και στο πλαίσιο της προσωπικής τεχνικής κρίσης επί της συγκριτικής βαθμολόγησης αποδεκτών καταρχήν τεχνικών προσφορών, κάθε μέλος του οργάνου βαθμολόγησης, ασκώντας ακόμη και όλως αμερόληπτα τα καθήκοντα του, προδήλως προσεγγίζει το ζήτημα της απονομής βαθμών διαφορετικά ως προς την αρμόζουσα, αναλόγως στοιχείων των προσφορών, βαθμολογία, με αποτέλεσμα προφανώς ακόμη και επί της ίδιας προσφοράς και των ίδιων ακριβώς στοιχείων, κάθε ανά περίπτωση πρόσωπο να κρίνει ως δίκαιη και ανάλογη, διαφορετική βαθμολογία. Η ενότητα της κρίσης επί όλων των κριτηρίων εξ ενιαίας σύνθεσης μελών διασφαλίζει ότι ουδείς οικονομικός φορέας θα περιέλθει σε ευνοϊκή ή δυσμενή θέση, εξαιτίας της σύμπτωσης διαφορετικής σύνθεσης μελών επί διαφορετικών βαθμολογούμενων κριτηρίων και της συσχέτισης αυτής με την ανά περίπτωση υπεροχή ή μη της προσφοράς του σε συγκεκριμένα κριτήρια. Ούτε είναι δυνατόν να υποτεθεί εκ

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

των προτέρων, ότι θα ήταν ίδια η βαθμολόγηση των επιμέρους κριτηρίων, ως και η συνολική βαθμολόγηση των προσφορών, εφόσον αυτές είχαν κατά το σύνολο τους βαθμολογηθεί από την ίδια σύνθεση. Τούτο δε, πέραν της ρητής διάταξης του άρθρου 15 παρ. 2 Ν. 2690/1999, που ορίζει ότι ακόμη και αν νομίμως εναλλάχθηκαν τα μέλη, μεταξύ περισσοτέρων συνεδριάσεων, θα πρέπει η απόφαση να ληφθεί από τα μέλη της σύνθεσης της τελικής συνεδρίασης και τούτο μάλιστα, αφού ενημερωθούν πλήρως τα μέλη που δεν μετείχαν στις προηγούμενες συνεδριάσεις, σχετικά με τα ουσιώδη σημεία αυτών, με αναγκαία την καταχώριση της οικείας ενημέρωσης στα πρακτικά. Εν προκειμένω, όχι μόνο τίποτα σχετικό δεν καταγράφηκε στο οικείο Πρακτικό, αλλά με σαφήνεια εξ αυτού προκύπτει ότι η κρίση επί των Κ1 και Κ2 κριτηρίων δεν προέρχεται από τα μέλη της τελευταίας συνεδρίασης, αλλά από τα μέλη της περιλαμβάνουσας 2 διαφορετικά εκ των 3, μέλη, της σύνθεσης της τέταρτης και πέμπτης συνεδρίασης. Επιπλέον, ουδόλως προκύπτει ότι η τελική σύνθεση ενέκρινε ή εν γένει έκρινε επί των προηγηθέντων σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής και αποδοχής τεχνικών προσφορών, ενώ αντίθετα εκ του ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ Ι προκύπτει ότι έκρινε περί τούτου η σύνθεση ..., ..., Ακόμη, δια των ανωτέρω ουδεμία σύνθεση εν τέλει αναλαμβάνει την ευθύνη και εκδίδει την ενιαία πράξη, με αποτέλεσμα η τελευταία να μην προκύπτει ότι συνιστά προϊόν κρίσης οιασδήποτε εν τέλει συγκεκριμένης σύνθεσης. Το δε ΠΡΑΚΤΙΚΟ υπεγράφη συνολικά από κάθε μετέχοντα σε κάθε επιμέρους συνεδρίαση, άρα και από μη μετέχοντες στην τελευταία συνεδρίαση, παρότι όμως, η εξέταση της υπόθεσης για την κρίση στην οποία η οικεία Επιτροπή κατέληξε αποτελεί μία και ενιαία διαδικασία κατατείνουσε σε μία και ενιαία πράξη. Επομένως, η επικυρωθείσα δια της προσβαλλομένης κρίση του οργάνου αξιολόγησης εκδόθηκε κατά παράβαση των περί συνθέσεως κανόνων και άρα, κατά παράβαση ουσιώδους τύπου και ούτως πάσχει και η εγκρίνουσα αυτή ως είχε, προσβαλλομένη εκτελεστή πράξη, η οποία εξάλλου, ουδόλως προκύπτει ότι κατέληξε σε οιαδήποτε ίδια και αυτοτελή σε σχέση με την ως άνω γνωμοδότηση, κρίση, αλλά απλώς ενέκρινε αυτή.

9. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, κάθε άλλος λόγος και ισχυρισμός της πρώτης προσφυγής, περί της ειδικότερης βαθμολογίας των προσφορών στα επιμέρους κριτήρια αξιολόγησης καθίσταται άνευ αντικειμένου, αφού δεν

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

είναι δυνατή η κρίση περί της νομιμότητας του συγκεκριμένου βαθμολογικού αποτελέσματος επί μιας μη νόμιμης και επαναληπτικής βαθμολογικής διαδικασίας, η οποία είναι ουδόλως γνωστό σε τι αποτέλεσμα θα καταλήξει. Κατά συνέπεια δεν είναι δυνατή η εκ των προτέρων εκ της ΑΕΠΠ κρίση επί της ορθότητας των ούτως ή άλλως ήδη ακυρωθεισών συγκριτικών βαθμολογήσεων ως έχουν κατά τη νυν δεύτερη προσβαλλομένη. Τούτο δε θα διακινδύνευε και υπεισέλευσε της ΑΕΠΠ στην αρμοδιότητα του οργάνου αξιολόγησης, το οποίο ουδόλως έχει εισέτι νομίμως βαθμολογήσει τις προσφορές και μάλιστα και με εκ των προτέρων υπόδειξη συγκεκριμένων ληπτέων υπόψη παραμέτρων και συσχετίσεων περί του βαθμού στον οποίο πρέπει ανά κριτήριο και ανά προσφορά το ίδιο να καταλήξει. Εξάλλου, η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια αποκλειστικά για τον ακυρωτικό και οριακό έλεγχο ασκήσεως από την αναθέτουσα της εκτιμητικής και διακριτικής οικείας βαθμολογικής ευχέρειας, προϋποθέτοντας προφανώς καταρχήν νομότυπη και κατά τήρηση του οικείου ουσιώδους τύπου ολοκλήρωση της βαθμολογικής διαδικασίας, η οποία ελλείπει εν προκειμένω.

10. Επειδή, όσον αφορά τους ισχυρισμούς του πρώτου προσφεύγοντος περί εν όλω απαραδέκτου της προσφοράς της ένωσης οικονομικών φορέων ..., επί τη βάσει εκ μέρους της μη υποβολής κανενός δικαιολογητικών συμμετοχής και εγγράφων τεχνικής προσφοράς και λόγω παράνομης μη παραχώρησης πρόσβασης στα έγγραφα του από την αναθέτουσα, οι ισχυρισμοί αυτοί είναι στο σύνολο τους αβάσιμοι. Η ως άνω ένωση υπέβαλε ήδη από 15-2-2020 τη με αρ. ΕΣΗΔΗΣ 141705 προσφορά της, υπέβαλε δε ηλεκτρονικά ως μέρος της προσφοράς της, φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς με 21 αυτοτελή αρχεία όλα αναρτημένα στο ΕΣΗΔΗΣ την 15-2-2020, στα οποία εξάλλου υφίσταται, κατά τον χρόνο του εκ μέρους της ΑΕΠΠ ελέγχου, πλήρης πρόσβαση και είναι ορατά σε κάθε διαγωνιζόμενο. Δεν είναι ορατός προφανώς μόνο ο φάκελος οικονομικής προσφοράς, όπως εξάλλου και όσον αφορά κάθε άλλον διαγωνιζόμενο, αφού δεν έχει λάβει εισέτι αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών. Εξάλλου, αν η ως άνω ένωση δεν είχε υποβάλει ηλεκτρονική προσφορά δεν θα εμφανιζόταν καν ως διαγωνιζόμενη με ειδική μερίδα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, όπως προκύπτει και από την εκτύπωση οθόνης της 12-6-2020 που υπέβαλε ο πρώτος προσφεύγων, στην οποία

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

μάλιστα αναφέρεται ότι η προσφορά περιλαμβάνει 21 γραμμές, ήτοι 21 αρχεία, αναφορά που προδήλως εξάλλου καθιστά κατανοητό σε οιονδήποτε διαγωνιζόμενο σε ηλεκτρονικές διαδικασίες μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, ότι και η προσφορά έχει υποβληθεί και περιλαμβάνει τα ισάριθμα ανωτέρω έγγραφα. Εκ της δε ως άνω εκτύπωσης οθόνης προκύπτει ότι σε συγκεκριμένο χρόνο στον υπολογιστή εκ του οποίου ελήφθη κατά τη 12-6-2020, ήτοι λίγες ώρες προ της έναρξης της προσωρινής παύσης λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ, δεν είναι ορατά τα αναφερόμενα ως υποβληθέντα 21 αρχεία της προσφοράς. Η δε αναθέτουσα πάντως ουδόλως έχει την τεχνική ευχέρεια να μην εμφανίζει υποβληθέντα έγγραφα της ηλεκτρονικώς υποβληθείσας προσφοράς, καθώς από το σημείο της αποσφράγισης όλα τα έγγραφα κάθε προσφοράς καθίστανται αυτομάτως και χωρίς καμία ευχέρεια, υποχρέωση ή δυνατότητα χειρισμού από την αναθέτουσα, ορατά σε κάθε διαγωνιζόμενο, από τον προγραμματισμό του ίδιου του ΕΣΗΔΗΣ. Επιπλέον, όπως πάλι εκ του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προκύπτει, οι φάκελοι δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών μετεχόντων αποσφραγίστηκαν ήδη από 20-2-2020 και άρα, οι μετέχοντες είχαν ήδη έκτοτε πρόσβαση στα έγγραφα των συνδιαγωνιζομένων τους, κατ' άρθρο 16 παρ. 3 ΥΑ 56902/215/2017, ανεξαρτήτως πότε κοινοποιήθηκε σε αυτούς η προσβαλλομένη. Ο προσφεύγων όμως επικαλείται την 12-6-2020, ήτοι τέσσερις μήνες αφού απέκτησε πρόσβαση στα έγγραφα της ως άνω ένωσης, ως το σημείο στο οποίο δεν είχε πρόσβαση και δεν εντόπιζε τα έγγραφα της ως άνω ένωσης. Περαιτέρω, επικοινωνήσε την 15-6-2020 και ενώ ήδη το ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ είχε παύσει να λειτουργεί με τη Γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων Δημόσιας Διοίκησης και δη την οικεία τότε υπηρεσία υποστήριξης του ΕΣΗΔΗΣ, αποστέλλοντας το οικείο έγγραφο του και στην αναθέτουσα, αιτούμενος παράταση της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής και χορήγηση άμεσης πρόσβασης στην προσφορά της ως άνω ένωσης. Η ως άνω υπηρεσία εσφαλμένα απάντησε ότι τα ανωτέρω συνιστούν αρμοδιότητα της αναθέτουσας, η οποία αφενός ούτε αυτή είχε πρόσβαση στα ηλεκτρονικά αρχεία οποιασδήποτε προσφοράς εν μέσω παύσης λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ και προφανώς δεν δύνατο να χορηγήσει σε οιονδήποτε πρόσβαση κατά την περίοδο αυτή, αφετέρου ουδόλως έχει, όπως στην παρέμβαση του ο ίδιος ο πρώτος προσφεύγων αναφέρει, οιαδήποτε αρμοδιότητα να παρεκτείνει

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

προθεσμίες άσκησης προσφυγών, ζήτημα που δεν συνιστά εξάλλου αρμοδιότητα ούτε της υπηρεσίας υποστήριξης του ΕΣΗΔΗΣ. Σε κάθε όμως περίπτωση, ούτως ή άλλως ο προσφεύγων, αλλά και οιοσδήποτε άλλος δεν δύνατο να έχει πρόσβαση σε οιαδήποτε προσφορά κατά τον χρόνο 13/6/2020-22/6/2020, οπότε τα εκατέρωθεν αιτήματα του καθίσταντο άνευ αντικειμένου ούτως ή άλλως και πρώτη ημέρα επαναλειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ ήταν η 22/6/2020. Ο δε προσφεύγων συνομολογεί ότι την 22-6-2020 απέκτησε πρόσβαση στα στοιχεία της προσφοράς της ως άνω ένωσης και άρα, συνομολογεί ότι αβασίμως επικαλείται ότι η ένωση αυτή δεν είχε υποβάλει προσφορά, αφού σε κάθε περίπτωση δίπλα σε κάθε αρχείο της προσφοράς της εμφανίζεται και η ημερομηνία υποβολής του, ήτοι 15/2/2020. Εξάλλου, η αναθέτουσα δεν ήταν δυνατόν να γνωρίζει την 12-6-2020, τελευταία ημέρα λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ, τη δυσλειτουργία που παρουσιαζόταν στην πρόσβαση του προσφεύγοντος, εκείνος όμως ειδοποίησε αυτή σχετικά κατόπιν της παύσης λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, ενώ κατά την επαναλειτουργία του είχε πλέον κανονική πρόσβαση σε αυτά, χωρίς να αναφέρει καμία έλλειψη επί κάποιου συγκεκριμένου απαραίτητου εγγράφου της προσφοράς. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί μη υποβολής ηλεκτρονικής προσφοράς από την ως άνω ένωση, αλλά και περί παράνομης παράλειψης της αναθέτουσας να του χορηγήσει πρόσβαση στα έγγραφα αυτής, είναι αμφότεροι αβάσιμοι και απορριπτέοι. Άλλωστε, δεδομένου ότι ο προσφεύγων ο ίδιος αναφέρει ότι την 22-6-2020 είχε πλέον πρόσβαση στα έγγραφα της ως άνω ένωσης, συνομολογεί την εκ μέρους του πλήρη γνώση της προσβαλλομένης, η οποία προϋποθέτει και γνώση των εγγράφων των προσφορών, ήδη το αργότερο από 22-6-2020 και τούτο, χωρίς να ληφθεί υπόψη ότι η αποσφράγιση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς έλαβε χώρα ήδη από 20-2-2020. Συνεπώς, σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν υποθεθεί ότι προηγουμένως ο προσφεύγων δεν είχε πρόσβαση στα έγγραφα της προσφοράς της ως άνω ένωσης, σε κάθε περίπτωση ήδη από τις 22-6-2020 απέκτησε αυτήν και άρα, ουδόλως στερήθηκε οιαδήποτε προστασία, παρά απέκτησε και τη δυνατότητα να ασκήσει την προσφυγή του κατά αυτής, η δε οικεία προθεσμία παρήλθε άπρακτη ήδη από 2-7-2020. Επομένως, σε κάθε περίπτωση όλοι οι οικείοι ισχυρισμοί του πρώτου προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι.

Αριθμός Αποφάσεων: 14 και 15/2020

11. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει η πρώτη Προδικαστική Προσφυγή, καθ' ο μέρος αιτείται την ακύρωση της δεύτερης προσβαλλομένης λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου, να απορριφθεί δε όσον αφορά την ακύρωση της ως άνω δεύτερης προσβαλλομένης καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων ..., ως και καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της πρώτης προσβαλλομένης πράξης συγκρότησης του οργάνου αξιολόγησης προσφορών. Να ακυρωθεί η δεύτερη προσβαλλομένη προσβαλλομένη, ως εκδοθείσα κατά παράβαση ουσιώδους τύπου.

12. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, ως και την ανωτέρω σκέψη 4, πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν εκ του πρώτου προσφεύγοντος παράβολο με αρ. ... και ποσού 2.875,00 ευρώ και να καταπέσει το καταβληθέν εκ της δεύτερης προσφεύγουσας με αρ. ... και ποσού 2.875,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την πρώτη Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει τη δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. πρωτ. Δ20/οικ. 1188/φ.21/Ε. .../11-6-2020 Απόφασης Διευθυντή Λιμενικών Υποδομών της αναθέτουσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. ... και ποσού 2.875,00 ευρώ και την κατάπτωση του παραβόλου με αρ. ... και ποσού 2.875,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24-7-2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 30-7-2020.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

**Φώτιος Θ. Κασίγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.**

Κωνσταντίνος Πουρναράς