

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 24/03/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13/02/2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 200/15.02.2023 της προσφεύγουσας εταιρείας, με την επωνυμία «... ...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά του ...με δ.τ. «.....» (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 47 Απόφαση της 5^{ης} Συνεδρίασης του 02-02-2023 (αριθμ. πρωτ. 57007/03.02.23), σχετικά με την ακύρωση της διαδικασίας του οικείου διαγωνισμού, και να συνεχισθεί η διαγωνιστική διαδικασία του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, με αριθμό διακήρυξης ΦΠΥ 91/22 (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ...).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η προσφεύγουσα συμμετείχε στον επίμαχο ανοικτό Ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων, για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής ανελκυστήρων στα κτίρια (ιδιόκτητα και μισθωμένα) που στεγάζουν τις Κεντρικές Υπηρεσίες του Κατά το στάδιο ελέγχου και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, η Επιτροπή του Διαγωνισμού, σε συνέχεια των υπ' αριθμ. Υ67/59/28-12-2022, Υ67/66/13-01-2023, Υ67/68/17-01-2023, Υ67/71/24-01-2023 και Υ67/75/31-01-2023 πρακτικών της, και κατόπιν ενημέρωσής της από την αναθέτουσα Αρχή, ότι εκ παραδρομής δημοσιεύθηκε το περιεχόμενο των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., πριν την ολοκλήρωση του σταδίου της κατακύρωσης, γνωμοδότησε, με το

Αριθμός Απόφασης: 491/2023

προσβαλλόμενο στην παρούσα, υπ' αριθμ. Υ67/76, πρακτικό της (Συνεδρίαση 66^η - 02/02/2023), για τη ματαίωση του διαγωνισμού, λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας, και ειδικότερα, διότι χορηγήθηκε πρόσβαση, μέσω της πλατφόρμας Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στο περιεχόμενο των προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, η οποία, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στην παρ. 3.3.1. της διακήρυξης, θα πρέπει να πραγματοποιηθεί, μετά την ολοκλήρωση της διαδικασίας από την Επιτροπή και, συνακολούθως, την έκδοση και κοινοποίηση της σχετικής απόφασης κατακύρωσης, κατά το άρθρο 100 του ν.4412/2016. Κατόπιν της ως άνω εισήγησης περί ματαίωσης του υπ' αριθμ. ΦΠΥ 91/22 Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, το Διοικητικό Συμβούλιο του στην 5^η Συνεδρίασή του, που έλαβε χώρα στις 02.02.2023, εξέδωσε την προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 47, απόφασή του, δυνάμει της οποίας αποφασίσθηκε ομόφωνα: *«Η έγκριση του με αριθμ. Υ67/76/Συν.66/02-02-2023 Πρακτικού Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων των διαγωνισμών και των διαδικασιών διαπραγμάτευσης του και ως εκ τούτου, σύμφωνα με αυτό και την παρ. 2(α) του άρθρου 106 του Ν.4412/2016, η ματαίωση του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, για τη σύναψη σύμβασης παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής των ανελκυστήρων στα κτίρια (ιδιόκτητα και μισθωμένα) που στεγάζουν τις Κεντρικές Υπηρεσίες του, στα πλαίσια της υπ. αρ.πρωτ.... Διακήρυξης, λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας και ειδικότερα διότι εκ παραδρομής, δημοσιεύθηκε μέσω της πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ το περιεχόμενο των προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, ενώ σύμφωνα με το τροποποιημένο άρθρο 100 του Ν.4412/2016 και την παρ. 3.3.1 της διακήρυξης, θα έπρεπε να δημοσιευθούν με την κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης και η ακύρωση της διαδικασίας (κατά τα οριζόμενα στη παρ. 2.α και παρ. 4 του άρθρου 106, Ν.4412/2016) και η διεξαγωγή νέας διαγωνιστικής διαδικασίας».*

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο ...παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ..., αξίας 600,00 € ομού με το ...Παράβολο με την ένδειξη

αυτόματης δέσμευσης, [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «Με την ματαίωση του παρόντος διαγωνισμού κατόπιν της παρέλευσης της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής των προσφορών και ενώ είχε ξεκινήσει το πρώτο στάδιο αποσφράγισης των φακέλων και συγκεκριμένα η διαδικασία αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, η Αναθέτουσα Αρχή παραβιάζει τη μυστικότητα των προσφορών. Η εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή της δυνατότητας που εξασφαλίζει ο νομοθέτης με το άρθρο 106 του ν. 4412/2016 αναφορικά με τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, αντί εν προκειμένω να διασφαλίζει τις αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας, της αντικειμενικότητας και της αμεροληψίας που οφείλουν να διέπουν αυτού του είδους τις συμβάσεις, οδηγούν στο αντίθετο αποτέλεσμα. Και τούτο διότι οι τιμές που δόθηκαν από τους συμμετέχοντες κατά τον διαγωνισμό της 27^η.12.2022 είναι πλέον γνωστές τόσο στην Αναθέτουσα Αρχή όσο και στις 4 εταιρίες με αποτέλεσμα ο πρώτος κατά σειρά μειοδοσίας φορέας να γνωρίζει το προβάδισμα του και εάν επιθυμεί να παραμείνει στην πρώτη τάξη της μειοδοσίας να εξαναγκάζεται να μειώσει τις δοθείσες τιμές του προκειμένου να αποκλείσει τον ενδεχόμενο ανταγωνισμό, ενώ οι λοιποί φορείς που δεν μειοδότησαν, υποχρεώνονται να καταβάλλουν κάθε δυνατή προσπάθεια μείωσης των προσφορών τους, ώστε να αυξήσουν τις πιθανότητες ανάδειξής τους στην πρώτη σειρά μειοδοσίας στην επερχόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Ως αποτέλεσμα της ανωτέρω ανεπίτρεπτης και απαγορευτικής στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων έμμεσης ανταλλαγής πληροφοριών, επέρχεται η καταστρατήγηση της μυστικότητας του περιεχομένου των προσφορών και εν γένει του ανταγωνισμού τόσο σε κάθετο (Αναθέτουσα Αρχή προς συμμετέχοντες διαγωνιζόμενους) όσο και σε οριζόντιο (συμμετέχοντες φορείς μεταξύ τους) επίπεδο. Εν προκειμένω, η Αναθέτουσα Αρχή, όχι μόνο νοθεύει και αναιρεί τις θεμελιώδεις αρχές της μυστικότητας και της διαφάνειας που κατά κανόνα διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς, αλλά παραβιάζει και τη διαφάνεια που συνδέεται με το αμερόληπτο της διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας στις δημόσιες συμβάσεις, αρχές θεμελιώδεις για την εξασφάλιση του αποκλεισμού του κινδύνου ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας κατά τη σύναψη δημοσίων

συμβάσεων, «καθοδηγώντας» με πλάγιο και έμμεσο τρόπο τους φορείς να μειώσουν τις τιμές των οικονομικών τους προσφορών προκειμένου να αυξήσουν τις πιθανότητες να αναδειχθούν πρώτοι στη σειρά μειοδοσίας κατά την επερχόμενη διαγωνιστική διαδικασία. Εν προκειμένω, η ακύρωση του παρόντος διαγωνισμού με σκοπό την διεξαγωγή νέας διαγωνιστικής διαδικασίας όπως αναφέρεται στο μέρος 6 της προσβαλλόμενης απόφασης, σε ουδεμία περίπτωση δύναται να θεωρηθεί πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο υπό το πρόσχημα της εφαρμογής του άρθρου 106 παρ. 3 του ν.4412/2016 για τη ματαίωση της διαδικασίας λόγω σφάλματος σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης. Αντιθέτως, η απόφαση αυτή που λήφθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή κατά τη διακριτική της ευχέρεια κρίνεται μάταια και αναποτελεσματική καθώς η εκ παραδρομής δημοσίευση των οικονομικών προσφορών μέσω του ΕΣΗΔΗΣ έλαβε χώρα μετά την 27.12.2022, ημερομηνία κατά την οποία οι οικονομικοί φορείς δεν είχαν πλέον τη δυνατότητα υποβολής, τροποποίησης, διαγραφής ή/και επαναυποβολής της προσφοράς τους. Ως εκ τούτου, η - κατά τη διακριτική ευχέρεια της Αρχής - ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και η επανάληψη αυτής, δεν δύναται να θεωρηθεί το πλέον πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο με τις λιγότερες δυνατές επιπτώσεις για τη διαγωνιστική διαδικασία. Είναι προφανές, ότι αν ο νομοθέτης θεωρούσε επιτακτική την ανάγκη να ματαιωθεί η διαδικασία σε τέτοιες περιπτώσεις τυπικών ή διαδικαστικών σφαλμάτων, θα το δήλωνε με τρόπο πανηγυρικό όπως άλλωστε συμβαίνει σε άλλα άρθρα του ίδιου νόμου («απαγορεύεται», «επιβάλλεται», «υποχρεούται» κ.ά.) γεγονός που εν προκειμένω δεν συμβαίνει αφού ρητά στον Νόμο ορίζεται, ότι η αρχή «μπορεί» να ακυρώσει όχι ότι υποχρεούται ή και επιβάλλεται να ακυρώσει τη διαδικασία. Τα ως άνω αναλυτικώς περιγραφόμενα, δεν συνιστούν μόνο πασιφανή παραβίαση των αρχών της μυστικότητας των προσφορών, του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων όπως αναλυτικά αυτά εκτέθηκαν ανωτέρω στον Α' λόγο της παρούσης, αλλά θίγουν άμεσα και το δημόσιο συμφέρον αφού η επανάληψη μίας - κατά τα λοιπά - πρόσφορης διαγωνιστικής διαδικασίας με τέσσερεις συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς πρόκειται να έχει ως αποτέλεσμα την οικονομική επιβάρυνση της Διοίκησης, την τυχόν μείωση του αριθμού των συμμετεχόντων λόγω νόθευσης του

ανταγωνισμού και άρα τον περιορισμό της επιλογής αναδόχου και κυρίως την καθυστέρηση της σύναψης νέας σύμβασης, με συνέπεια την διακοπή της συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης των ανελκυστήρων των ιδιοκτητών και μισθωμένων κτιρίων του Εθνικού Φορέα Κοινωνικής Ασφάλισης, κτιρίων με υψηλό αριθμό διακίνησης επιβατών/κοινού σε καθημερινή βάση. Στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, η ματαίωση του διαγωνισμού με σκοπό την επανάληψη αυτού λόγω τυπικού σφάλματος εκ μέρους τη Αναθέτουσας Αρχής το οποίο, όπως αναλυτικά περιγράφεται ανωτέρω, ουδεμία επιρροή επρόκειτο να έχει στην εξέλιξη ή/και το αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας, προκαλεί στους συμμετέχοντες οικονομικούς Φορείς - μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα εταιρεία μας - ανασφάλεια ενόψει μάλιστα προκήρυξης μίας νέας, επαναληπτικής διαδικασίας για την επιλογή αναδόχου για το ίδιο έργο, όπου θα κληθούν οι φορείς να υποβάλλουν εκ νέου προσφορές, γνωρίζοντας ήδη τις προσφορές και τα στοιχεία των λοιπών ανταγωνιστών τους».

5. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, με τις από 24/02/2023 εμπρόθεσμες απόψεις της, υπεραμύνεται της νομιμότητας της προσβαλλόμενης και αιτείται την απόρριψη της εξεταζόμενης προσφυγής.

6. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, την διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών, η οποία υπαγορεύει ότι, προκειμένου να διασφαλισθούν συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού και να μην επηρεασθεί η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών από το ύψος των οικονομικών προσφορών, η αποσφράγιση και ο έλεγχος των οικονομικών προσφορών πρέπει να διενεργηθεί, μετά την ολοκλήρωση του σταδίου αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών. Για τον λόγο αυτόν, οι διαγωνιζόμενοι καλούνται να τοποθετούν τα οικονομικά στοιχεία της προσφοράς τους μέσα στον φάκελλο της οικονομικής προσφοράς, μη επιτρεπόμενης, επί ποινή αποκλεισμού, της παράθεσης τέτοιων στοιχείων σε άλλο τμήμα της προσφοράς, που ανοίγεται πριν την οικονομική προσφορά. Η αποκάλυψη τέτοιων οικονομικών στοιχείων, πριν την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και καθ' όσον χρόνο διαρκεί το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, επιφέρει τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού (ΣΤΕ ΕΑ 801/2010, 1164/2009, 1333/2009, 326/2008). Περαιτέρω δε, μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, δεν είναι επιτρεπτή

για οποιονδήποτε λόγο η, το πρώτον ή η εκ νέου, αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών ή η, το πρώτον, αιτιολόγηση της βαθμολογίας τους, αφού οι διαδικαστικές αυτές ενέργειες, με γνωστές τις οικονομικές προσφορές, δεν διασφαλίζουν συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού (ΣτΕ 4282, 2321/2009, ΣτΕ ΕΑ 1177/2009, 779/2002).

7. Επειδή, στις παραγράφους 1, 2, 3 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, ως τούτο ισχύει, ορίζεται: «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, η οποία εκδίδεται μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α), β) 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης με την επιφύλαξη των διατάξεων της παραγράφου 3, β) – στ)....». 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.».

8. Επειδή, κατόπιν της επισκόπησης του φακέλλου, κρίνονται τα κάτωθι. Στην προκειμένη περίπτωση, νομίμως διαπιστώθηκε από την αναθέτουσα Αρχή, ότι παραβιάσθηκε η αρχή της τυπικότητας της διαδικασίας, καθώς εκ παραδρομής δημοσιεύθηκε μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., το περιεχόμενο των προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, ενώ, σύμφωνα με το τροποποιημένο άρθρο 100 του ν.4412/2016 και την παρ. 3.3.1 της διακήρυξης, θα έπρεπε να δημοσιευθούν με την κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης. Συνεπώς, αναφορικά με τη θεμελιώδη αρχή της μυστικότητας των προσφορών, η εκ παραδρομής δημοσίευση των προσφορών διενεργήθηκε την ίδια χρονική στιγμή, με τα ίδια πιθανά οφέλη /ή ζημία για όλους τους συμμετέχοντες και άρα νομίμως αποφασίσθηκε, με την προσβαλλόμενη, η ματαίωση της εν θέματι διαδικασίας. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι η γνώση των οικονομικών προσφορών των ανταγωνιστών οικονομικών υποψηφίων αναδόχων νοθεύει την νέα διαγωνιστική διαδικασία, απορρίπτεται ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, αφ' ενός λόγω της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών αφ' ετέρου, διότι, όπως αναφέρει με τις απόψεις η

Αριθμός Απόφασης: 491/2023

αναθέτουσα Αρχή, στην νέα διαγωνιστική διαδικασία, που προκηρύχθηκε, έχει συντελεσθεί τροποποίηση των όρων της διακήρυξης.

9. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη προσφυγή και να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24/03/2023 και εκδόθηκε στις 05/04/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

Η Γραμματέας

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ