

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 08 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 30.12.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 11/02.01.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με το διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 16.01.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. Φ.900/507/12998/Σ.3365/19 Δεκ 22/... απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος με το οποίο έγιναν αποδεκτές οι προσφορές της παρεμβαίνουσας εταιρείας «...» και της εταιρείας «...».

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού 1.380,00 €.

2. Επειδή, με την υπ. αριθ. .../2022 διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε τη διενέργεια ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: 328/2023

προϋπολογισθείσας αξίας 384.000,00 € πλέον ΦΠΑ 6%, με αντικείμενο την προμήθεια ... και συγκεκριμένα ... (120.000 τμχ προϋπολογισμού 276.000,00 €) και ... (30.000 τμχ προϋπολογισμού 108.000,00 €). Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, για το είδος με α/α 1 ... με επιμέρους προϋπολογισμό €276.000,00, υπέβαλαν προσφορά μεταξύ άλλων η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία «...». Κατά την αξιολόγηση των προσφορών η αρμόδια επιτροπή εισηγήθηκε, μεταξύ άλλων, τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας από το τμήμα με α/α 1 (...) αναφέροντας ότι «δεν προσκόμισε δείγμα και ως εκ τούτου δεν κατέστη δυνατό να ελεγχθεί ούτε το ίδιο το υλικό, αλλά ούτε και η διάρκεια ζωής του υλικού και επομένως είναι εκτός τεχνικών προδιαγραφών», ενώ για το υλικό με α/α 2 (...), έκρινε ότι είναι εντός τεχνικών προδιαγραφών. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στη λήψη απόφασης έγκρισης του υποβληθέντος πρακτικού αξιολόγησης στο σύνολό του εκδίδοντας την υπ. αριθ. Φ.900/193/4673/Σ.1193/17 Μαΐ 22/... διοικητική πράξη [Θέμα εγγράφου: Διάφορα (Απόφαση Αποδοχής - Απόρριψης Προσφορών)]. Ειδικότερα με την εν λόγω διοικητική πράξη η προσφεύγουσα κρίθηκε εκτός τεχνικών προδιαγραφών για το υλικό α/α 1 (...) διότι δεν προσκόμισε δείγμα προκειμένου να ελεγχθεί το υλικό και εντός τεχνικών προδιαγραφών για το υλικό α/α 2 (...). Επιπλέον κρίθηκαν εντός τεχνικών προδιαγραφών ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» για το υλικό με α/α 1, ο οικονομικός φορέας «...» για το υλικό με α/α 2 και ο οικονομικός φορέας «...» για το υλικό με α/α 1. Κατά της ανωτέρω, υπ' αριθ. Φ.900/193/4673/Σ.1193/17 Μαΐ 22/... διοικητικής πράξης, κατά το μέρος της με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της, η προσφεύγουσα άσκησε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ (ΓΑΚ 749/30-5-2022). Με την υπ. αριθ. 1065/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή και ακυρώθηκε η υπ' αριθ. Φ.900/193/4673/Σ.1193/17 Μαΐ 22/... διοικητική πράξη, κατά το μέρος της με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για το υλικό με α/α 1. Προς συμμόρφωση στην ανωτέρω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η αναθέτουσα αρχή προέβη με την υπ' αριθ. Φ.900/507/12998/ Σ. 3365/19 Δεκ 22/... (ΑΔΑ: ...) διοικητική πράξη στην έγκριση του νέου πρακτικού της αρμόδιας επιτροπής και ειδικότερα διαφοροποιήθηκε σε σχέση με την προγενέστερη διοικητική πράξη (Φ.900/193/4673/Σ.1193/17 Μαΐ 22/...) στο τμήμα που αφορά την

Αριθμός απόφασης: 328/2023

προσφεύγουσα, κρίνοντας πλέον εντός τεχνικών προδιαγραφών το δείγμα για το τμήμα με α/α 1 (...). Η εν λόγω διοικητική πράξη δημοσιεύθηκε στις 20 Δεκεμβρίου 2022 στον ιστότοπο ΔΙΑΥΓΕΙΑ και παράλληλα κοινοποιήθηκε μέσω του πληροφοριακού συστήματος του ΕΣΗΔΗΣ.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 20.12.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 30.12.2022, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 έδαφ. α και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 28.12.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, πλην όμως δεν απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ απόψεις προς αντίκρουση αυτής, παρότι κλήθηκε νομίμως προς τούτο.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 28.12.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 09.01.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η προσφορά της και έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες

Αριθμός απόφασης: 328/2023

προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Φ.900/193/4673/Σ.1193/17 Μαΐ 22/... απόφαση, η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 17.05.2022, έγιναν δεκτές οι τεχνικές προσφορές των εταιρειών «...» και «...» και παράλληλα απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας. Η προσφεύγουσα άσκησε κατά της ως άνω απόφασης προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ και με την υπ' αριθμ. 1065/2022 απόφαση ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της. Κατόπιν αυτού, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε σε συμμόρφωση και χωρίς να έχει αποσφραγίσει τις οικονομικές προσφορές, εξέδωσε την με την παρούσα προσβαλλόμενη απόφαση Φ.900/507/12998/ Σ. 3365/19 Δεκ 22/..., με την οποία τροποποιείται η προηγούμενη απόφαση Φ.900/193/4673/Σ.1193/17 Μαΐ 22/..., μόνο κατά το μέρος που απέκλεισε την προσφεύγουσα, ενώ όσον αφορά την αποδοχή των προσφορών των υπόλοιπων εταιρειών δεν άλλαξε κάτι. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εμπρόθεσμα στρέφεται με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή κατά της αποδοχής των τεχνικών προσφορών των εταιρειών «...» και «...» προσβάλλοντας την υπ' αριθμ. Φ.900/507/12998/ Σ. 3365/19 Δεκ 22/... απόφαση της αναθέτουσας αρχής και τούτο διότι είχε επιφυλαχθεί παντός νομίμου δικαιώματός της, όσον αφορά το μέρος κατά το οποίο έγινε αποδεκτή η συμμετοχή των εταιρειών αυτών, καθώς παρόλο που δημοσιεύθηκε η εν λόγω απόφαση, δεν δόθηκε τεχνικά μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ το δικαίωμα πρόσβασης στον τεχνικό φάκελο των προσφορών που υποβλήθηκαν μέχρι τις 27.05.2022, δηλαδή κατά την λήξη της προθεσμίας των δέκα ημερών από την ημερομηνία που έλαβε γνώση αυτής. Όμως, όπως συνομολογεί και η ίδια, η αναθέτουσα αρχή έδωσε πρόσβαση στις προσφορές των υπόλοιπων συμμετεχουσών εταιρειών στις 30.05.2022, οπότε και η προσφεύγουσα έλαβε γνώση του περιεχομένου αυτών. Επομένως, βάσει των ανωτέρω τεκμαίρεται ότι η πλήρης γνώση της υπ' αριθμ. Φ.900/193/4673/Σ.1193/17 Μαΐ 22/... απόφασης, δεν έλαβε χώρα στις 17.05.2022 αλλά στις 30.05.2022 και ως εκ τούτου η δεκαήμερη προθεσμία να στραφεί η προσφεύγουσα κατά αυτής, όσον αφορά την αποδοχή των προσφορών των λοιπών συμμετεχουσών εταιρειών,

Αριθμός απόφασης: 328/2023

ήταν μέχρι τις 09.06.2022, γεγονός το οποίο δεν έπραξε. Η με την παρούσα προσβαλλόμενη απόφαση Φ.900/507/12998/ Σ. 3365/19 Δεκ 22/... δεν έχει εκτελεστό χαρακτήρα όσον αφορά την κρίση και αποδοχή των τεχνικών προσφορών των εταιρειών «...» και «...», αφού όσον αφορά αυτές είναι απλώς επιβεβαιωτική. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι η υπό κρίση προσφυγή εκπροθέσμως και άρα απαραδέκτως στρέφεται κατά της αποδοχής των προσφορών των προαναφερομένων εταιρειών, αφού η δηλωθείσα επιφύλαξη της προσφεύγουσας δεν μπορεί να υποκαταστήσει την υποχρέωσή της να στραφεί εμπροθέσμως κατά αυτών μέχρι τις 09.06.2022, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της.

9. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 08 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 28 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ