

Η

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

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Μιχάλης Οικονόμου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 21.02.2020 με ΓΑΚ 217/24.02.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία» και το διακριτικό τίτλο «» που εδρεύει στον, οδός αρ....., όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής ο αναθέτων φορέας.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «» και τον διακριτικό τίτλο «», η οποία εδρεύει στο, επί της οδού αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 03.03.2020 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί, άλλως ανακληθεί, άλλως τροποποιηθεί: α) η με αρ. πρωτ. 954/13.2.2020 απόφαση του Αναθέτοντος Φορέα, με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρακτικό της ΕΔΔ και αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα ως οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού και τροποποιήθηκε όρος της Διακήρυξης, ήτοι, ο συμβατικός χρόνος παράδοσης, μετά τη λήξη του αρχικού συμβατικού χρόνου, β) το υπ' αρ. πρακτικό της ΕΔΔ του Αναθέτοντος Φορέα.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €600,00(βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικόκαι το από 21.02.2020 αποδεικτικό πληρωμής της).

2.Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. Διακήρυξη, ο αναθέτων φορέας προκήρυξε Ηλεκτρονικό Δημόσιο Ανοιχτό Διαγωνισμό σύμφωνα με το άρθρο 264 του Ν.4412/2016, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά μόνο βάσει τιμής, (χαμηλότερη τιμή), για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια « Προμήθεια 12 πνευματικών προσκρουστήρων», εκτιμώμενης αξίας 112.500,00 Ευρώ πλέον Φ.Π.Α. Αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η προμήθεια και τοποθέτηση στα κρηπιδώματα των Προβλητών Ι και ΙΙ του λιμένος, δώδεκα (12) νέων και αμεταχείριστων κυλινδρικών πλωτών ελαστικών προσκρουστήρων πεπιεσμένου αέρα (HighPressureFloatingPneumaticRubberFendersMouldType) συμπεριλαμβανομένων των απαραίτητων υλικών ανάρτησης και αγκύρωσης. Αναλυτική περιγραφή του αντικειμένου διατίθεται στο Παράρτημα Ι της με αρ. Διακήρυξης. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 25.10.2019 ημέρα Παρασκευή και ώρα 23.59 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης προσφορών ορίστηκε η 01.11.2019 ημέρα Παρασκευή και ώρα 12.00 μ.μ. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α Συστήματος και ΑΔΑΜ:

3. Επειδή, σύμφωνα με το με αρ. πρωτ./28.11.2019 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού κατατέθηκαν μέσω του ΕΣΗΔΗΣ τρεις (3) προσφορές μεταξύ των οποίων και η προσφορά της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας. Στη συνέχεια, η επιτροπή προχώρησε στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς των συμμετεχόντων. Από το σχετικό έλεγχο και κατόπιν και διευκρινίσεων από τους οικονομικούς φορείς, η επιτροπή συνέταξε το με αρ. πρωτ./28.11.2019 πρακτικό σύμφωνα με το οποίο έκρινε παραδεκτές τις τεχνικές προσφορές και συνακόλουθα, έκανε δεκτές στη συνέχεια της διαδικασίας, ήτοι, στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, τις προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας, ενώ δεν έκρινε παραδεκτή την Τεχνική Προσφορά της εταιρείας «», αποκλείοντάς την από τη συνέχεια της διαδικασίας, διότι έκρινε ότι δεν συμμορφώνεται καθ' ολοκληρία με

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

τους όρους των σχετικών άρθρων της Διακήρυξης για τη φάση «Δικαιολογητικά Συμμετοχής/Τεχνική Προσφορά» και πιο συγκεκριμένα, επειδή είχε υποβάλει ελλιπή Τεχνική Προσφορά, καθότι δεν δήλωνε ότι μπορεί να παρέχει την απαιτούμενη από τις προδιαγραφές της Διακήρυξης βαλβίδα ασφαλείας, μολονότι είχε λάβει, ανάμεσα σε άλλες, σχετική διευκρίνιση για την απαίτηση αυτή. Η επιτροπή προχώρησε κατόπιν, στην ηλεκτρονική αποσφράγιση του υποφακέλου της Οικονομικής Προσφοράς της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας. Μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, η παρεμβαίνουσα δήλωσε με διευκρινιστική επιστολή τα εξής:

«Κύριοι, Αναφερόμενοι στην υποβολή προσφοράς μας για τον παραπάνω διαγωνισμό, μετά το άνοιγμα των Οικονομικών Προσφορών ημέρα, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, διευκρινίζουμε τα ακόλουθα: - Όταν συμπληρώσαμε την οικονομική προσφορά που παράγει το ίδιο το σύστημα ΕΣΗΔΗΣ (στην επιλογή «Γραμμές»), αναγράψαμε την τιμή μονάδας εκάστου παραβλήματος: 7.875.0 ευρώ/παραβλήμα. Η τιμή αυτή πρέπει να πολλαπλασιαστεί με την ποσότητα (12 τεμάχια) παραβλήματα, ώστε να προκύψει το συνολικό τίμημα της προσφοράς μας: 94.500.0 ευρώ, πλέον ΦΠΑ. Εξάλλου, το συνολικό τίμημα της προσφοράς μας φαίνεται ξεκάθαρα στην επιστολή οικονομικής προσφοράς σύμφωνα με το υπόδειγμα της Διακήρυξης που έχουμε συμπεριλάβει στο Φάκελο Προσφοράς μας (βλ. αρχείο με όνομα «5. Οικονομική Προσφορά ως υπόδειγμα Διακήρυξης Signed»)). Έτσι, στο ίδιο πρακτικό με αρ. πρωτ. /28.11.2019 η επιτροπή γνωμοδότησε ομόφωνα υπέρ της ανάδειξης της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής μειοδότης με προσφερόμενη τιμή 94.500, 00 ευρώ (πλέον ΦΠΑ), κατατάσσοντας την προσφεύγουσα δεύτερη με προσφερόμενη τιμή 98.761,52 ευρώ (πλέον ΦΠΑ). Ακολούθως, ο Αναθέτων Φορέας, δυνάμει της με αρ. 7371/13.12.2019 απόφασης του Διοικητικού της Συμβουλίου, ενέκρινε το με αρ. πρωτ. /28.11.2019 πρακτικό της επιτροπής και αποφάσισε την προσωρινή κατακύρωση του επίμαχου Διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Στη συνέχεια, ο Αναθέτων Φορέας προσκάλεσε την παρεμβαίνουσα στις 13.12.2019 μέσω ΕΣΗΔΗΣ να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, σύμφωνα με τον όρο 3.2. της Διακήρυξης, ήτοι, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής Πρόσκλησης σε αυτήν. Στις 27.12.2019, συνεδρίασε η επιτροπή του Αναθέτοντος φορέα, προκειμένου να αξιολογήσει τον με ημερομηνία ανάρτησης ΕΣΗΔΗΣ 23.12.2019 ηλεκτρονικό

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

φάκελο και με αρ.πρωτ./24.12.2019 σφραγισμένο φάκελο σε έντυπη μορφή με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της μειοδότης σύμφωνα με τα οριζόμενα στον όρο 3.2 της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, με τη διαδικασία που αναφέρεται στο με αρ. πρωτ./13.2.2020 πρακτικό της η ΕΔΔ αποσφράγισε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα. Στη συνέχεια, το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ./13.2.2020 απόφαση, αφενός ενέκρινε το με αρ. πρωτ./10.1.2020 Πρακτικό της επιτροπής αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και την ανέδειξε σε οριστικό ανάδοχο του διαγωνισμού για την «Προμήθεια 12 Πνευματικών Προσκρουστήρων Λιμένα», αφετέρου αποφάσισε την τροποποίηση του όρου της Διακήρυξης, αναφορικά με τον χρόνο παράδοσης των προς προμήθεια ειδών, ο οποίος ορίζεται σε τρεις (3) μήνες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης στον ανάδοχο, τροποποίηση που εισηγήθηκε ο Πρόεδρος της επιτροπής ενώπιον του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής στις 13.02.2020 ως εξής: *«ο Πρόεδρος της Επιτροπής διαγωνισμού κ./αναφέρει ότι πρέπει να τροποποιηθεί ο όρος της Διακήρυξης όπου αναφέρεται ότι το 50% των προς προμήθεια ειδών θα πρέπει να έχει παραδοθεί έως 31-12-2019. Προτείνεται να τροποποιηθεί ο χρόνος παράδοσης του συνόλου (100%) των προς προμήθεια ειδών σε 3 μήνες από την κοινοποίηση της παρούσας απόφασης στον ανάδοχο του διαγωνισμού.»*

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 21.02.2020, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα 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 άρθ.8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, στις 18.02.2020, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 21.02.2020, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης Απόφασης ασκεί καταρχήν την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον (ΣΤΕ (Γ΄ Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ΄ Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε΄ Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον τομέα της επίμαχης προμήθειας, συμμετείχε στον Διαγωνισμό και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της αλλά αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, υφίσταται βλάβη, όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017. Απαραδέκτως όμως αιτείται την ακύρωση του υπ' αριθμ./10.1.2020 πρακτικού της επιτροπής, καθόσον αυτό στερείται εκτελεστότητας.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, κοινοποίησε στις 25.02.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ. πρωτ./28.02.2020 απόψεις του σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 04.03.2020.

8. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς 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 με την επωνυμία «.....» καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 25.02.2020, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 04.03.2020 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 ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος.

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

9. Επειδή, το άρθρο 3.2 της Διακήρυξης ορίζει ότι «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο») και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2 της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4-2.2.8 αυτής. Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Ο αναθέτων φορέας μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. ».

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

11. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται επί λέξει ότι «3.1.1. Κατόπιν της από 13.12.2019 Πρόσκλησης της Αναθέτουσας Αρχής για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

προσωρινή Ανάδοχος, χωρίς να υποβάλει αίτημα παράτασης της προθεσμίας, δυνάμει του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016. ως ισχύει. υπέβαλε στις 23.12.2019 μέσω ΕΣΗΔΗΣ και στις 24.12.2019 σε έντυπη μορφή, μεταξύ άλλων δικαιολογητικών τα κάτωθι με αντίστοιχη ημερομηνία εκδόσεως ανά δικαιολογητικό:

- *Περί μη πτωχεύσεως (05-09-2019)*
- *Περί μη θέσεως σε αναγκαστική διαχείριση (29-08-2019)*
- *Περί Πτωχευτικού Συμβιβασμού (29-08-2019)*
- *Συνδιαλλαγής-εξυγίανσης (29-08-2019)*
- *Περί μη υπαγωγής σε καθεστώς ειδικής εκκαθάρισης (29-08-2019)*
- *Περί μη λύσεως εταιρείας (29-08-2019)*
- *Περί μη αίτησης σχεδίου αναδιοργάνωσης (29-08-2019)*
- *Περί μη κατάθεσης δικογράφου πτωχεύσεων(29-08-2019)*
- *Περί μη κατάθεσης δικογράφου εκκαθαριστή/συνεκκαθαριστή (29-08-2019)*

Σύμφωνα, δε, με το άρθρο 80 παρ.12 του Ν.4412/2016, ως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 παρ. 7 περ. α του ν. 4605/2019 (Α' 52/1.4.2019), και ισχύει:[...] Τα δικαιολογητικά ως άνω, συνεπώς, δεν ήταν σε ισχύ κατά την ημερομηνία υποβολής τους, κατά παράβαση, του νόμου, και μεταξύ άλλων, και του όρου 2.2.9.2. της Διακήρυξης.

Επιπλέον, ουδέποτε αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ είτε έως 23.12.2019 αίτημα του προσωρινού αναδόχου παράτασης της προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών. κατά το άρθρο 103 παρ.2 του ν. 4412/2016 είτε μετά την αποσφράγιση της 27.12.2019 έγγραφη ειδοποίηση της Αναθέτουσας Αρχής σύμφωνα με τον όρο 3.2 της Διακήρυξης για συμπλήρωση ή διόρθωση ελλείψεων. Ειδικότερα, η Αναθέτουσα Αρχή δεν δημοσίευσε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, αλλά ούτε μας κοινοποίησε ως όφειλε (αρ. 22 ν. 4412/2016, καθώς και αρ. 17 σε συνδυασμό με αρ. 16 της ΥΑ 56902/215/2017, ΦΕΚ Β' 1924/2.6.2017) με άλλο μέσο, πιθανή παράταση επί της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής δικαιολογητικών (ίδετε και όρο 3.2 Διακήρυξης «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού Αναδόχου-Δικαιολογητικά προσωρινού Αναδόχου» όπου ρητά «Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή ότι υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό Ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησης του». Εξάλλου, ο προσωρινός Ανάδοχος δεν αιτήθηκε παράταση ως όφειλε, σύμφωνα με το άρθρο 103 παράγραφος 2 του Ν.4412/2016, έως, δηλαδή, την 23.12.2019, ώστε να δικαιολογείται η αντικατάσταση των πιστοποιητικών του μετά το πέρας της χρονικής προθεσμίας των δέκα (10) ημερών, επί ποινή απαραδέκτου της υποβαλλόμενης προσφοράς. Παρά ταύτα, και κατά προφανή παραβίαση του νόμου και των όρων της Διακήρυξης, η Αναθέτουσα Αρχή ενημέρωσε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 3.1.2020 ότι ο προσωρινός ανάδοχος υπέβαλε συμπληρωματικά δικαιολογητικά, χωρίς καν αυτά να ζητηθούν ηλεκτρονικά από την ίδια, κατά παράβαση του ηλεκτρονικού συστήματος διεξαγωγής των δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με την οποία κάθε επικοινωνία μεταξύ των οικονομικών φορέων και της Αναθέτουσας Αρχής πρέπει να διεξάγεται ηλεκτρονικά [ίδετε σχετικά και όρους 3.2., 2η παρ της Διακήρυξης]. Το σύστημα της ηλεκτρονικής διεξαγωγής των δημοσίων συμβάσεων καθιερώθηκε και νομοθετικά κατοχυρώθηκε, προκειμένου να προστατευτεί η κατά το εθνικό και ευρωπαϊκό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων θεμελιώδης αρχή της υποχρεωτικής δημοσιότητας και της διαφάνειας, ώστε να διασφαλιστούν σε κάθε δημόσιο διαγωνισμό ευρεία συμμετοχή και ο γνήσιος ανταγωνισμός μεταξύ των συμμετεχόντων [ίδετε σχετικά και Δ.Ραΐκου, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, εκδ Β', 2017, σελ.174-180]. Η Αναθέτουσα Αρχή, αντί, συνεπώς, και για τους ανωτέρω λόγους, να απορρίψει την προσφορά του προσωρινού αναδόχου, και να αιτηθεί την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του, βάσει του άρθρου 103 παρ. 4 του ν. 4412/2016, προέβη στην οριστική κατακύρωση του ως άνω επίμαχου διαγωνισμού στην Δυνάμει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, όλοι οι όροι της διακήρυξης που αφορούν τύπους, καθιερώνουν ουσιώδεις όρους που δεσμεύουν την αναθέτουσα αρχή, με αποτέλεσμα η πράξη που εκδίδεται κατά παράβαση τους ή η παράλειψη που συντελείται κατά παράβαση τους, να καθίσταται ακυρωτέα. Η ΕΔΔ κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης τηςπαρέλειψε να διαπιστώσει τις τυπικές ελλείψεις των δικαιολογητικών, που υπεβλήθησαν κατά παράβαση του άρθρου 80 παρ. 12 του ν. 4412/2016, και την έλλειψη αιτήματος παράτασης για την υποβολή των απαιτούμενων δικαιολογητικών εκ του ίδιου του

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

προσωρινού Αναδόχου, σύμφωνα με το άρθρο 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και τους όρους 2.1.4 και 3.2. της Διακήρυξης. Ως αποτέλεσμα το πρακτικό υπ' αρ. πρωτ./10.1.2020 της ΕΔΔ πάσχει, νομικών ελαττωμάτων. Με άλλα λόγια, η ΕΔΔ παρανόμως εισηγήθηκε την ανάδειξη της εταιρείας ως οριστικού Αναδόχου, δεδομένου ότι ο φάκελος των δικαιολογητικών κατακύρωσης ήταν πλημμελής και ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι συμπληρώθηκε, η συμπλήρωση τούτη έλαβε χώρα εκπρόθεσμα, παράτυπα, συνακόλουθα, παράνομα. Τούτων δοθέντων, η προσβαλλόμενη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, δέον όπως ακυρωθεί, ανακληθεί ή τροποποιηθεί, δεδομένου ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν διαπίστωσε τα σφάλματα και παραλείψεις της ΕΔΔ, που οδήγησαν σε παράνομη αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας, ενέκρινε, δε, το πρακτικό υπ'/10.1.2020 της ΕΔΔ, που συνετέλεσε στην παράνομη, συνεπώς, ακυρωτέα ανάδειξη της εταιρείας ως οριστικού αναδόχου.»

12. Επειδή, ο αναθέτων φορέας αντικρούει τον ως άνω πρώτο λόγο και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Τα δικαιολογητικά που παραθέτει ο προσφεύγων στην υπό κρίση προσφυγή του, αφορούν τα δικαιολογητικά που περιγράφονται στο εδ. β' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 ήτοι "εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου", τα οποία σύμφωνα με το άρθρο 80 παρ. 12 του ίδιου νόμου, γίνονται αποδεκτά εφόσον έχουν εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή τους. Έχει γίνει δεκτό πως τα οικεία δικαιολογητικά, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής του Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και των προσκομιζομένων δικαιολογητικών ενός εκάστου υποψηφίου οικονομικού φορέα, κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες τόσο κατά το στάδιο της υποβολής, όσο και κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών των υποψηφίων (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *SiacConstructionLtd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), δεδομένου ότι οι προσφορές των τελευταίων θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν, όπως αυτά αποκρυσταλλώθηκαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο της υποβολής των προσφορών. Στην υπό κρίση περίπτωση χρόνος υποβολής των προσφορών ήταν η καταληκτική ημερομηνία 25-10-2019 και τα συγκεκριμένα πιστοποιητικά, φέρουν ημερομηνίες έκδοσης 29-08-2019 και 05-09-2019 επομένως έχουν εκδοθεί έως τρεις μήνες πριν την υποβολή τους, ασχέτως αν ελέγχθηκαν από την αρμόδια επιτροπή σε μεταγενέστερο χρόνο. Εσφαλμένα, η προσφεύγουσα εταιρεία ισχυρίζεται ότι τα δικαιολογητικά δεν ήταν σε ισχύ κατά την ημερομηνία υποβολής τους, καθώς ημερομηνία υποβολής τους δεν ήταν στις 02-01-2020 αλλά στις 25-10-2019. Άλλωστε, η παράγραφος 3.2 της Διακήρυξης ρητά αναφέρει: "Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο») και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2 της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4-2.2.8 αυτής. ".

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

Η παράγραφος 3.2 της Διακήρυξης αναφέρει: "Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο») και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2 της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4-2.2.8 αυτής. " και συνεχίζει "Αν μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση και κατά τον έλεγχο των ως άνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι δεν έχουν προσκομισθεί ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης, μέσω του Συστήματος, ειδοποίησής του. Ο αναθέτων φορέας μπορεί αιτιολογημένα να παρατείνει την ως άνω προθεσμία κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. ". Ο προσφεύγων αναφέρει ότι ο προσωρινός Ανάδοχος δεν αιτήθηκε παράταση ως όφειλε, ώστε να δικαιολογείται η αντικατάσταση των πιστοποιητικών του μετά το πέρας της χρονικής προθεσμίας των δέκα ημερών. Ωστόσο, όπως ομολογεί και ο ίδιος στις 23-12-2019 μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Εν συνεχεία, στις 30-12-2019 αναρτήθηκε μέσω του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, αίτημα της αναθέτουσας αρχής προς τον προσωρινό Ανάδοχο με τον εξής τίτλο "Αίτημα Συμπληρωματικών Πληροφοριών" και το εξής περιεχόμενο "Παρακαλούμε να υποβάλετε τα πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί 28/8/2019, για τα οποία έχετε υποβάλει αίτηση στο Πρωτοδικείο σύμφωνα με την Υπεύθυνη Δήλωση που έχετε υποβάλλει, εντός 10 ημερών από την λήψη της παρούσας, σύμφωνα με την κείμενη Νομοθεσία, προκειμένου να προβούμε στην ολοκλήρωση της αξιολόγησης του φακέλου δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τα δικαιολογητικά πρέπει να αναρτηθούν τόσο στο ΕΣΗΔΗΣ, όσο και να προσκομιστούν σε φυσικό φάκελο. Στη διάθεσή σας για κάθε συμπληρωματική πληροφορία. " Η υπό κρίση περίπτωση, ακολούθησε κατά γράμμα τις διαδικασίες που προβλέπει τόσο ο νόμος 4412/2016 όσο και η κανονιστική

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

πράξη της Διακήρυξης, καθώς όταν διαπιστώθηκαν ελλείψεις στο δικαιολογητικά του προσωρινού Αναδόχου, ο τελευταίος ειδοποιήθηκε εγγράφως και μέσω του Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ στις 30-12-2019, στην οποία ειδοποίηση του χορηγούνταν προθεσμία 10 ημερών, όμως η έλλειψη καλύφθηκε εντός 5 ημερών όπως τάσσει ο νόμος, καθώς τα δικαιολογητικά εμπροθέσμως αναρτήθηκαν στις 02-01-2020 από τον προσωρινό Ανάδοχο.».

13. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντικρούει επίσης τον ως άνω λόγο και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Είναι ψευδή τα όσα αναγράφονται στο αντίστοιχο άρθρο της:Η εταιρία μας υπέβαλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ πλήρη φάκελο δικαιολογητικών αναδόχου εμπρόθεσμα την 23.12.2019.Στις 13.12.2019 οπότε και μας κοινοποιήθηκε η πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών, διαθέταμε ήδη ορισμένα δικαιολογητικά «μη Πτωχευτικών Καταστάσεων» με ημερομηνία έκδοσης εντός του Αυγούστου 2019, υποβάλαμε άμεσες αιτήσεις προς το Πρωτοδικείο για έκδοση επικαιροποιημένων δικαιολογητικών, τα οποία όμως θα εκδίδονταν την 2.1.2020, όπως αναγράφεται στα σχετικά αποδεικτικά πρωτόκολλα των αιτήσεών μας. Για το λόγο αυτό, στον φάκελο δικαιολογητικών που υποβάλαμε την 23.12.2019 συμπεριλάβαμε τα ανωτέρω δικαιολογητικά έκδοσης Αυγούστου 2019, τις σχετικές αιτήσεις για επικαιροποιημένα δικαιολογητικά που υποβάλαμε στο Πρωτοδικείο, ένορκη δική μας βεβαίωση ότι η εταιρία μας δεν εμπίπτει σε κάποια «μη Πτωχευτική Κατάσταση» και παράλληλα αιτηθήκαμε προς την προθεσμία υποβολής των επικαιροποιημένων «μη Πτωχευτικών» δικαιολογητικών έως την 3.1.2020 η οποία έγινε αποδεκτή από την Όλα τα ανωτέρω έγγραφα διακινήθηκαν κανονικά μέσω ΕΣΗΔΗΣ. Επισυνάπτουμε τη σχετική επιστολή μας υποβολής εγγράφων και αιτήματος παράτασης. Σύμφωνα με τα παραπάνω, δεν ευσταθούν οι λόγοι και αιτιάσεις που ισχυρίζεται η προσβάλλουσα στο άρθρο 3.1 της Προσφυγής της.».

14. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή με την από 13.12.2019 πρόσκλησή της κάλεσε την παρεμβαίνουσα όπως υποβάλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Η, δε, παρεμβαίνουσα προέβη καταρχήν σε υποβολή φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης στις 23.12.2019 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ανάμεσα στα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπέβαλε και τα αναφερόμενα από την προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

δικαιολογητικά του άρθρου 73 παρ. 4 Ν.4412/2016 με ημερομηνίες 29.08.2019 και 05.09.2019.

Στο έγγραφο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, η παρεμβαίνουσα ανέφερε επί λέξει ότι «Αναφορικά με τις Βεβαιώσεις Πρωτοδικείου περί Μη Πτώχευσης κλπ. ανάλογες καταστάσεις σας γνωρίζουμε ότι υποβάλαμε στο Πρωτοδικείο τις σχετικές αιτήσεις για έκδοση επικαιροποιημένων πιστοποιητικών την 16/12/2019, ήτοι αμέσως αφού λάβαμε τη δική σας πρόσκληση για την υποβολή των δικαιολογητικών. Δυστυχώς όμως τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά θα είναι έτοιμα την 2/1/2020, σύμφωνα με το αποδεικτικό της αίτησης που επισυνάπτουμε. Για το λόγο αυτό σας καταθέτουμε τα πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από 28/08/2019 και δική μας Ένορκη Υπεύθυνη Δήλωση ότι δεν βρισκόμαστε σε κάποια από τις εν λόγω καταστάσεις και παρακαλούμε όπως μας δοθεί παράταση λίγων ημερών, ήτοι μέχρι την 3/1/2020, προκειμένου να σας υποβάλουμε και τα επικαιροποιημένα πιστοποιητικά Πρωτοδικείου που θα παραλάβουμε τότε. Δηλώνουμε επίσης και βεβαιώνουμε ότι όλα τα έγγραφα και πιστοποιητικά Οικονομικής - Τεχνικής Επάρκειας και Ικανότητας, Ποιότητας, Περιβαλλοντικής Διαχείρισης κλπ. που υποβλήθηκαν με το Φάκελο Προσφοράς μας, παραμένουν σε ισχύ μέχρι και σήμερα». Κατόπιν αυτού, η αναθέτουσα αρχή στις 30.12.2019 μέσω της λειτουργικότητας επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ, απέστειλε αίτημα προς την παρεμβαίνουσα με τον τίτλο "Αίτημα Συμπληρωματικών Πληροφοριών" και το περιεχόμενο "Παρακαλούμε να υποβάλετε τα πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί 28/8/2019, για τα οποία έχετε υποβάλει αίτηση στο Πρωτοδικείο σύμφωνα με την Υπεύθυνη Δήλωση που έχετε υποβάλλει, εντός 10 ημερών από την λήψη της παρούσας, σύμφωνα με την κείμενη Νομοθεσία, προκειμένου να προβούμε στην ολοκλήρωση της αξιολόγησης του φακέλου δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τα δικαιολογητικά πρέπει να αναρτηθούν τόσο στο ΕΣΗΔΗΣ, όσο και να προσκομιστούν σε φυσικό φάκελο. Στη διάθεσή σας για κάθε συμπληρωματική πληροφορία. ". Κατόπιν αυτού και σύμφωνα με τον όρο 3.2 της Διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα στις 02.01.2020 κατέθεσε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τα εν λόγω δικαιολογητικά. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι η υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την παρεμβαίνουσα ήταν καθόλα νόμιμη και ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

15. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Ως αναφέρθηκε λεπτομερώς ανωτέρω υπό παρ. 2.7. της παρούσας, η ΕΔΔ εισηγήθηκε στην Αναθέτουσα Αρχή την τροποποίηση του συμβατικού χρόνου της προμήθειας των ειδών του Διαγωνισμού. Καταρχάς, σύμφωνα, με τη με αριθ. πρωτ./11.10.2019 Απόφαση του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου του, η ΕΔΔ συγκροτήθηκε με αποκλειστικό αντικείμενο την «αξιολόγηση των προσφορών για τον ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ 12 ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΚΡΟΥΣΤΗΡΩΝ», που θα διεξαχθεί στα γραφεία του, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής ηλεκτρονικών προσφορών την Παρασκευή 25.10.2019 και ώρα 23:59. » Στο σημείο αυτό, αξίζει να μνημονεύσουμε ότι με την απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής περί συγκρότησης της Επιτροπής, εξειδικεύονται, σύμφωνα με το άρθρο 221 παρ. 4 του ν.4412/2016 οι αρμοδιότητες, ο αριθμός και οι ιδιότητες των μελών, η λειτουργία των οργάνων (επιτροπών κ.λπ.), καθώς και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα σχετικά με τα ανωτέρω. Επομένως, η ΕΔΔ εισηγήθηκε την τροποποίηση του συμβατικού χρόνου προμήθειας των ειδών καθ' υπέρβαση των ορίων αρμοδιότητάς της ως γνωμοδοτικού οργάνου, καθότι στην απόφαση συγκρότησής της δεν συμπεριλαμβάνονταν ρητά και αρμοδιότητες που αφορούν το στάδιο της εκτέλεσης. Σε κάθε, ωστόσο, περίπτωση, σημειώνουμε ότι σύμφωνα με ρητό όρο της Διακήρυξης [ενότητα 6 (ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ), όρος 6.1.1. (Χρόνος παράδοσης ειδών)], προβλέπεται ότι: «6.1.1. Ο ανάδοχος υποχρεούται να παραδίδει τα είδη δύο (2) μήνες μετά την υπογραφή της σχετικής σύμβασης. Το αργότερο έως 30/12/2019, ο ανάδοχος υποχρεούται να παραδίδει το 50% της προμήθειας, ήτοι, 6 προσκρουστήρες.

Ο συμβατικός χρόνος παράδοσης των υλικών μπορεί να παρατείνεται, πριν από τη λήξη του αρχικού συμβατικού χρόνου παράδοσης, υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 206 του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που το αίτημα υποβάλλεται από τον ανάδοχο και η παράταση χορηγείται χωρίς να συντρέχουν λόγοι ανωτέρας βίας ή άλλοι ιδιαιτέρως σοβαροί λόγοι που καθιστούν αντικειμενικώς αδύνατη την εμπρόθεσμη παράδοση των συμβατικών ειδών επιβάλλονται οι κυρώσεις του άρθρου 207 του ν. 4412/2016.». Αξιωματικώς ότι και οι τρεις (3) προϋποθέσεις της παρ. 1 του άρθρου 206 του ν. 4412/2016, οι οποίες, μάλιστα, πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά, δεν πληρούνταν στην προκειμένη παράταση

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

του αρχικού συμβατικού χρόνου παράδοσης. Στο σημείο αυτό αξίζει να σημειωθεί ότι ο χρόνος μεταξύ της ημερομηνίας ανάρτησης της Διακήρυξης (10/10/2019) και του δεσμευτικού χρόνου παράδοσης των προϊόντων (30/12/2019) ήταν πάρα πολύ μικρός, που σημαίνει ότι οι προμηθευτές που πήραν μέρος στον Διαγωνισμό, είτε είχαν τα προϊόντα ετοιμοπαράδοτα, είτε θα έπρεπε να πληρώσουν για υπερωριακή εργασία, προκειμένου οι προσκρουστήρες να είναι ετοιμοπαράδοτοι σε ένα εύλογο χρονικό διάστημα, ούτως ώστε να υπάρχει και το περιθώριο της μεταφοράς τους στην Ελλάδα, καθώς όπως είναι γνωστό προσκρουστήρες αυτών των προδιαγραφών δεν κατασκευάζονται στην Ελλάδα. Όλα αυτά βέβαια προϋποθέτουν ότι όλες οι απαραίτητες διαδικασίες, από πλευράς Αναθέτουσας Αρχής, θα ολοκληρώνονταν σε σύντομο χρονικό διάστημα με κυριότερη αυτή της υπογραφής της σύμβασης, ώστε να έχει το χρόνο ο Ανάδοχος να προμηθεύσει τα προϊόντα στο συμβατικό του χρόνο (όπως ως άνω, υπό όρο 6.1.1 Διακήρυξης). Προκειμένου να ικανοποιήσουμε τους άμεσους χρόνους παράδοσης της Διακήρυξης, υπολογίσαμε επιπρόσθετο κόστος υπερωριακής απασχόλησης και άμεσης μεταφοράς από το εργοστάσιο κατασκευής στο λιμάνι του Ηρακλείου, με αποτέλεσμα να μην είμαστε ιδιαίτερα ανταγωνιστικοί στην οικονομική μας προσφορά. Θεωρούμε, επίσης, ότι ο σύντομος, απαιτητός από την Διακήρυξη, χρόνος παράδοσης των προϊόντων λειτούργησε αποτρεπτικά σε άλλους προμηθευτές, οι οποίοι και δεν έλαβαν μέρος στον Διαγωνισμό. Συνεπώς, με την προσβαλλόμενη απόφαση πλήττεται η θεμελιώδης αρχή των δημοσίων συμβάσεων περί της ίσης μεταχείρισης ή αποφυγής των διακρίσεων, καθότι οι όροι της Διακήρυξης τροποποιήθηκαν μετά την υποβολή των προσφορών των υποψηφίων, που είχε ως αποτέλεσμα οι όροι αφενός να μην είναι γνωστοί σε όλους τους υποψηφίους αφετέρου να μην εφαρμόζονται σε όλους με τον ίδιο τρόπο. Η Αναθέτουσα Αρχή, άλλως, εκδίδοντας την προσβαλλόμενη πράξη, συντελεί στη νόθευση του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των υποψηφίων του Διαγωνισμού, καθότι άλλαξε τους κανόνες του «παιχνιδιού» μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού και την ανακήρυξη του προσωρινού αναδόχου. Η πράξη (απόφαση) αυτή της Αναθέτουσας Αρχής δεν έρχεται μόνον σε αντίθεση με το άρθρο 206 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τον όρο 6.1.1 της Διακήρυξης, αλλά και με το ευρωπαϊκό δίκαιο (αρ. 10 ΣΛΕΕ, αρ. 18 Οδηγίας 2014/24/EK ως μεταφέρθηκε στο αρ. 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016), και τη

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

νομολογία του ευρωπαϊκού δικαστηρίου (λ.χ. ΔΕΚ υπόθεση C-410/04, ANAV ν. Comune di Bari and AMTAB Servizio, παρ. 20, ECR I-3303, κ.α.). Επιπλέον, στις 31.12.2019, ημερομηνία πέραν του προαναφερόμενου συμβατικού χρόνου παράδοσης που ορίζει η Διακήρυξη, η Αναθέτουσα Αρχή ανήρτησε εντολή πληρωμής προς τη Διεύθυνση Οικονομικών & Διοικητικών Υπηρεσιών με την ΑΔΑ: με αρ. πρωτ. /31-12-2019 και θέμα «ΕΝΤΟΛΗ ΠΛΗΡΩΜΗΣ ΜΕΡΟΣ ΕΡΓΟΥ ΤΟΥ «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΞΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΠΡΟΣΚΡΟΥΣΤΗΡΩΝ (ΜΕΡΟΣ ΚΩΔ. ΕΡΓΟΥ)». Η Εντολή πληρωμής ποσού 20,00 € ήταν προς την και αφορούσε μέρος της σύμβασης που θα υπογραφεί (!!). Δεδομένου, ότι μέχρι 31.12.2019 δεν είχε υπογραφεί σύμβαση προμήθειας και κατ'επέκταση δεν υπήρχε Ανάδοχος, η πληρωμή αυτή έλαβε χώρα υπό αίρεση, κατά προφανή και σοβαρή παραβίαση του ν. 4412/2016 και ειδικότερα του άρθρου 200 παρ. 1 σε συνδυασμό με τον όρο 5.1.1 της Διακήρυξης, όπου ρητά «η πληρωμή του αναδόχου θα γίνεται μετά.. από κάθε τμηματική παράδοση..... Να σημειωθεί, επιπροσθέτως (και αυτονοήτως, θα λέγαμε), ότι μέχρι την 31.12.2019 δεν είναι δυνατόν να έλαβε χώρα η παράδοση των έξι (6) εκ των δώδεκα (12) συνολικά προσκρουστήρων, αφού δεν υπήρχε υπογεγραμμένη σύμβαση, εξ ου και η από 13.2.2020 απόφαση (προσβαλλόμενη) παράτασης του συμβατικού χρόνου παράδοσης για . το σύνολο των προς προμήθεια ειδών (!!!).[...] Πολλώ, δε, μάλλον, η εκ των υστέρων, ανατροπή ουσιωδών όρων της Διακήρυξης, ως είναι, εν προκειμένω, ο χρόνος παράδοσης των ειδών, καθίσταται απολύτως ανεπίτρεπτη, συνακόλουθα παράνομη, όταν «ευλογείται» από την ίδια την ΕΔΔ και εν τέλει την Αναθέτουσα Αρχή αυτοβούλως, χωρίς, δηλαδή αίτημα υποψηφίου οικονομικού φορέα, έστω στο στάδιο υποβολής των προσφορών και έως την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου.»

16. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω δεύτερο λόγο της προσφυγής και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «Η μακροχρόνια νομολογιακή πρακτική επιβάλλει την ευθεία προσβολή της διακήρυξης του διαγωνισμού με αίτηση ακύρωσης εντός της νόμιμης προθεσμίας, η οποία αρχίζει να τρέχει από τον χρόνο δημοσίευσής της, με συνέπεια την αδυναμία της εκ των υστέρων αμφισβήτησης του κύρους των όρων της με την ευκαιρία προσβολής πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο [ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, Ολ 1415/2000]. Η εξαίρεση αυτή από τον κανόνα του διαρκούς ελέγχου νομιμότητας των κανονιστικών πράξεων, αλλά και από το δικονομικό καθεστώς της σύνθετης διοικητικής ενέργειας θεμελιώνεται στην αποδοχή από τους διαγωνιζομένους των όρων της διακήρυξης, η οποία προκύπτει από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό και στη συνακόλουθη έλλειψη εννόμου συμφέροντος (κατ' εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989). Δεν μπορεί δε να γίνει λόγος, στην περίπτωση αυτή, για προσβολή του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας, εφ' όσον ο δικαιούμενος συμμετοχής στο διαγωνισμό έχει το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η Διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας. Η αντίθετη άποψη δεν συμβιβάζεται με την ανάγκη της ασφάλειας δικαίου, που επιβάλλεται από την προστασία όχι μόνο του δημόσιου συμφέροντος αλλά και των ιδιωτικών συμφερόντων των εργοληπτικών επιχειρήσεων, τα οποία εξυπηρετούνται κατά τρόπο λυσιτελέστερο με την αμφισβήτηση της νομιμότητας της διακήρυξης πριν από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και όχι εκ των υστέρων και ανάλογα με την έκβασή του. Δυνάμει των ως άνω διαλαμβανομένων προκύπτει με ασφάλεια το συμπέρασμα ότι όλοι οι συμμετέχοντες έλαβαν μέρος στην εν λόγω Διακήρυξη, γνωρίζοντας και αποδεχόμενοι τον όρο αυτής στην παράγραφο 6.1.1 ότι το αργότερο έως 30/12/2019, ο ανάδοχος υποχρεούται να παραδώσει το 50% της προμήθειας ήτοι 6 προκρουστήρες, υπέβαλαν την προσφορά τους αλλά και του όρου περί δυνατότητας παράτασης του χρόνου παράδοσης των υλικών. Στα πλαίσια του ελεύθερου ανταγωνισμού και λαμβάνοντας υπόψην όλες τις παραμέτρους της Διακήρυξης, οι προσφέροντες υπέβαλαν την προσφορά τους αναλόγως των δυνατοτήτων τους. Όποιος ενδιαφερόμενος τυχόν έκρινε καταχρηστικό τον συγκεκριμένο όρο θα μπορούσε να προσβάλει την Διακήρυξη, ενέργεια στην οποία ουδείς προχώρησε. Σε εμάς ως Αναθέτουσα Αρχή είναι αδιάφορο υπό ποιές συνθήκες διαμόρφωσαν οι συμμετέχοντες την οικονομική προσφορά τους, καθώς τηρώντας τις αρχές της Διαφάνειας και της Ισότητας, οι προσφορές υπεβλήσαν από όλους τους προσφέροντες, έχοντας ληφθεί υπόψην όλοι οι όροι

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

της Διακήρυξης. Η συγκεκριμένη τροποποίηση περί παράτασης του χρόνου παράδοσης του συνόλου των υλικών, δεν αντίκειται σε ειδική διάταξη νόμου που απαγορεύει τις παρατάσεις ή στις γενικές αρχές του ανταγωνισμού και της διαφάνειας στην ανάθεση και την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών και ούτε μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης. Σημειωτέον δε, ότι στην παράγραφο 6.1 της Διακήρυξης που τιτλοφορείται "Χρόνος παράδοσης ειδών" προβλέπεται δυνατότητα παράτασης του χρόνου παράδοσης των υλικών, η οποία αποτυπώνεται ως εξής: "Ο συμβατικός χρόνος παράδοσης των υλικών μπορεί να παρατείνεται, πριν από τη λήξη του αρχικού συμβατικού χρόνου παράδοσης, υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 206 του ν. 4412/2016. ".

17. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντικρούει επίσης τον ως άνω λόγο της προσφυγής και αναφέρει επί λέξει ότι «Η κατέθεσε προσφορά σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, για την οποία δεν υπέβαλε ουδεμία ένσταση. Κατά συνέπεια, γνώριζε από την αρχή τον πολύ μικρό χρόνο παράδοσης και όλα τα σχετικά κοστολόγια. Το ίδιο άλλωστε συνέβη και με την τρίτη προσφέρουσα εταιρία «», η οποία επίσης δεν υπέβαλε κάποια προσφυγή κατά της Διακήρυξης, αλλά ούτε και κατά του αποκλεισμού της. Το ίδιο συνέβη και με την εταιρία μας. Οι τρεις προσφέροντες γνώριζαν από την αρχή όλους τους όρους της Διακήρυξης και με βάση αυτούς υπέβαλαν τις προσφορές τους, άρα ουδεμία νόθευση ανταγωνισμού υπήρξε. Το γεγονός ότι εξαιτίας των διαδικασιών που προβλέπει ο Νόμος, δεν πρόλαβε να καταρτισθεί Σύμβαση μέχρι την 31.12.2019 και άρα η έπρεπε να μεταθέσει την ημερομηνία παράδοσης, ουδεμία σχέση έχει με νόθευση ανταγωνισμού και με άνιση μεταχείριση των προσφερόντων.

Εξάλλου, δεδομένου ότι δεν υπάρχει ακόμα Σύμβαση, η δεν έχει κάποια αρμοδιότητα για να αιτηθεί μετάθεση της ημερομηνίας παράδοσης, αυτό έγκειται στις αρμοδιότητες της Αναφορικά με το εξάρτημα για προσκρουστήρα που παραδώσαμε στις 30.12.2019, (αξίας μόλις 20 ευρώ!) πρόκειται για ένα συνδετήριο (ναυτικό) κλειδί που χρησιμοποιείται για οποιαδήποτε ανάλογη χρήση και όχι ειδικά και μόνο για την εν λόγω πιθανή μελλοντική Σύμβαση. Πρόκειται για εξάρτημα ευτελούς αξίας και ο είχε κάθε συμφέρον να το παραγγείλει από εμάς, ώστε να έχει ήδη και ένα δείγμα της ποιότητας των εξαρτημάτων στερέωσης που θα τους παραδώσουμε όταν

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

αναλάβουμε τη Σύμβαση. Η αποπειράται πάλι να «θολώσει» τα νερά. Δεν υπάρχει αλλαγή στους όρους της Διακήρυξης, υπάρχει μία μετάθεση της ημερομηνίας παράδοσης εξαιτίας της καθυστέρησης της υπογραφής Σύμβασης που επιφέρουν οι διαδικασίες. Οι τρεις προσφέροντες γνώριζαν από την αρχή όλους τους όρους της Διακήρυξης και με βάση αυτούς υπέβαλαν τις προσφορές τους, άρα ουδεμία νόθευση ανταγωνισμού υπήρξε.».

18. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον υπό εξέταση δεύτερο λόγο της προσφυγής της στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης ως προς το τμήμα που τροποποίησε τον όρο 6.1.1 της Διακήρυξης, ο οποίος αφορά το στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης και συγκεκριμένα τον χρόνο παράδοσης των υπό προμήθεια ειδών. Όμως ο λόγος αυτός ασκείται απαραδέκτως ελλείπει εννόμου συμφέροντος και τούτο διότι η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της αιτείται ρητά να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη ώστε να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας και να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στην ίδια και δεν ζητάει την ματαίωση αυτού. Επί τη βάση πρόσφατης νομολογίας ερειδόμενη από την έννοια του μη οριστικώς αποκλεισθέντος (ΕΑ ΣτΕ30/2019, 22/2018, 180/2019, 235/2019) έχει κριθεί ότι υπό προϋποθέσεις η προσφεύγουσα διατηρεί το έννομο συμφέρον της για την προβολή λόγων κατά της προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, εάν επιδιώκει την ματαίωση του εν θέματι διαγωνισμού με σκοπό την επαναπροκήρυξη και ανάθεση της αυτής σύμβασης στην ίδια. Σε κανένα σημείο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα δεν κάνει κάποια αναφορά ότι επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης προς τον σκοπό ματαίωσης του διαγωνισμού και επαναπροκήρυξης αυτού. Επομένως, τυχόν αποδοχή του υπό εξέταση λόγου θα μπορούσε να οδηγήσει μονάχα στην ματαίωση του διαγωνισμού, αφού η επικαλούμενη παρανομία περί της τροποποίησης του όρου 6.1.1. δεν μπορεί να σημαίνει την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και την ανακήρυξη της προσφεύγουσας ως οριστικής αναδόχου. Άλλως και όλως επικουρικώς, αλυσιτελώς στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, καθόσον ως προελέχθη, θα δεσμεύεται ομοίως από τους αυτούς όρους της διακήρυξης. Τέλος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας σχετικά με την υποτιθέμενη παρανομία της εντολής πληρωμής του αναθέτοντος φορέα σχετικά με την προμήθεια εξαρτήματος προσκρουστήρων από την παρεμβαίνουσα, προβάλλεται καταρχήν

Αριθμός απόφασης: 469 /2020

απαραδέκτως λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος, διότι κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, όπως εν προκειμένω. Σε κάθε περίπτωση όμως είναι και ουσία αβάσιμο καθόσον από το υπ' αριθμ./30.12.2019 Τιμολόγιο Εμπορευμάτων της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι το επίμαχο εξάρτημα αφορά ένα κλειδί ωμέγα, τύπου, διαστάσεων 5/8", το οποίο δεν έχει κάποια σχέση με την αναφερόμενη στην Διακήρυξη προμήθεια πνευματικών ανακρουστών.

19. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

20. 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 παραβόλου ποσού €600,00 με ηλεκτρονικό κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε στις 21 Απριλίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ευαγγελία Μιχολίτση

Φωτεινή Μαραντίδου