

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 188/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, την από 27.06.2022 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 919/29.06.2022 της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής παρεμβαίνουσα), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 11.07.2022 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 200/2022 (πρακτικό 35/2022) απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που δέχεται την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

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 τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το υπ' αριθμ. ... ηλεκτρονικό παράβολο ποσού € 977,50, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

2. Επειδή, με την με την με .../2022 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός εκτιμώμενης αξίας 195.500,00 €, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού Στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν, μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με το με αριθμό 12/5/2022 πρακτικό η επιτροπή του διαγωνισμού προέβη στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των συμμετεχουσών εταιρειών και έκρινε ως αποδεκτές όλες τις προσφορές. Κατόπιν αυτού η επιτροπή αποσφράγισε τις οικονομικές προσφορές και εισηγήθηκε την ανάδειξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου. Τα ως άνω πρακτικά εγκρίθηκαν με την με αριθμό 169/2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής. Ακολούθως με την υπ' αριθμόν 200/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το από 07.06.2022 πρακτικό και αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωση της σύμβασης στην προσφεύγουσα.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί στις 27.06.2022 εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 15.06.2022, ενώ η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω, νομίμως και παραδεκτώς στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και τούτο διότι το γεγονός ότι η ίδια έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος δεν αναιρεί το έννομο συμφέρον της να διεκδικήσει την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, από τη στιγμή που η τελευταία έχει στραφεί με προδικαστική προσφυγή κατά των προσφορών όλων των εταιρειών που προηγούνται αυτής στη σειρά μειοδοσίας,

ούτως ώστε σε περίπτωση ευδοκίμησης αυτής θα ανακηρυχθεί η ίδια ανάδοχος.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 30.06.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις με αριθμό πρωτοκόλλου .../13.07.2022 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών αλλά και της υποβληθείσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 15.07.2022 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

5. 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 με την από 11.07.2022 παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε αυτήν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 30.06.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εντός της προβλεπόμενης 10ήμερης προθεσμίας. Η παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της.

6. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 188/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων, ακυρώθηκε η σιωπηρή απόρριψη της προσφυγής από το κρίνον Κλιμάκιο της ΕΑΔΗΣΥ και αναπέμφθηκε η υπόθεση σε αυτήν.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι υπέβαλε έξι (6) συνολικά συμβάσεις συνοδευόμενες από τα αντίστοιχα πρωτόκολλα παράδοσης – παραλαβής (και όχι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης) των οποίων, όμως, το περιεχόμενο αφορά μόνο στο σκέλος της παράδοσης – παραλαβής των συμβατικών ειδών και διόλου δεν διαλαμβάνει περαιτέρω την εν γένει καλή εκτέλεση όλων των συμβατικών όρων εκάστης

σύμβασης, όπως π.χ. τη συντήρηση, που αποτελούσε επιμέρους όρο σε όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες των προσκομιζόμενων συμβάσεων.

8. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο: Το άρθρο 2.4.3.2 «Τεχνική προσφορά», ορίζει ότι : «... *Η τεχνική προσφορά πρέπει να συνοδεύεται από τα κάτωθι: ...Τρεις συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου με την παρούσα σύμβαση, συνοδευόμενες από βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης-συνεργασίας από τους αναθέτοντες φορείς με αναφορά στον αριθμό της εκτελεσθείσας σύμβασης (εάν υπάρχει)....*». Η παρεμβαίνουσα προς πλήρωση της ως άνω απαίτησης κατέθεσε α) την με αριθμό ... 2020-05-08 σύμβαση με τον ... συνοδευόμενη με την με αριθμό .../2020 Απόφαση Έγκρισης πρωτοκόλλου παραλαβής της Οικονομικής Επιτροπής ... και το επισυναπτόμενο από 22-07-2020 πρωτόκολλο παραλαβής προμήθειας, β) την με αριθμό ... 2021-04-05 σύμβαση με τον ... συνοδευόμενη με το από 16-07-2021 πρωτόκολλο παραλαβής προμήθειας, γ) την με αριθμό ... 2021-05-27 σύμβαση με το ... συνοδευόμενη με την με αριθμό .../2021 Απόφαση Έγκρισης πρωτοκόλλου παραλαβής του Διοικητικού Συμβουλίου ... και το επισυναπτόμενο από 26-07- 2021 πρωτόκολλο παραλαβής προμήθειας, δ) την με αριθμό ... 2021-07-22 σύμβαση με τον ... συνοδευόμενη με το από 18.08.2021 πρωτόκολλο παραλαβής, ε) τη με αριθμό ... 2021-07-05 σύμβαση με το ... συνοδευόμενη με το από 9.9.2021 πρωτόκολλο παραλαβής, στ) την με αριθμό ... 2021-09-06 σύμβαση με τον ... συνοδευόμενη με το από 29.09.2021 πρωτόκολλο παραλαβής.

Όπως συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε πρωτόκολλα παραλαβής ή οριστικής παραλαβής και όχι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης-συνεργασίας όπως απαιτείται από τη διακήρυξη, πλην όμως και οι δύο ισχυρίζονται (δηλαδή η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα) ότι με τα εν λόγω πρωτόκολλα αποδεικνύεται εν τοις πράγμασι η καλή εκτέλεση του φυσικού αντικείμενου της εκάστοτε σύμβασης. Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, για όλες αυτές τις κατατεθείσες συμβάσεις τα αντίστοιχα πρωτόκολλα παραλαβής βεβαιώνουν την

παράδοση – παραλαβή του εκάστοτε εξοπλισμού και όχι την καλή εκτέλεση όλων των όρων. Για παράδειγμα οι συμβάσεις με τον ..., τον ..., τον ..., τον ... και τον ..., ορίζουν ότι ο ανάδοχος επιβαρύνεται με τη συντήρηση του εξοπλισμού και αντικατάσταση οποιασδήποτε βλάβης χωρίς πρόσθετη χρέωση για την πρώτη περίοδο λειτουργίας που φτάνει έως το ένα έτος και ότι υποχρεούται στην παροχή εγγύησης του εξοπλισμού για δύο έτη. Το άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης του υπό κρίση διαγωνισμού ορίζει την κατάθεση βεβαίωσης καλής εκτέλεσης, η οποία προφανώς εν προκειμένω δεν εξαντλείται στην παράδοση του εξοπλισμού αφού τίθενται συγκεκριμένες απαιτήσεις για δωρεάν συντήρηση και αντικατάσταση βλάβης με δαπάνη του αναδόχου για τουλάχιστον ένα έτος. Επομένως, γι' αυτό τον λόγο η διακήρυξη ρητά απαιτεί βεβαίωση καλής εκτέλεσης η οποία πρέπει να δοθεί από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή σε χρόνο μεταγενέστερο της παράδοσης του εξοπλισμού και αφού έχει βεβαιωθεί κατά την λειτουργία του ότι όλα είναι σύμφωνα με τους όρους που τέθηκαν. Ως εκ τούτου η παρεμβαίνουσα με την προσκόμιση μόνο πρωτοκόλλων παράδοσης – παραλαβής δεν αποδεικνύει την απαιτούμενη καλή εκτέλεση των συμβάσεων ως προς όλους τους όρους αυτών. Σημειωτέον ότι η τυχόν κατάθεση εκ των υστέρων βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης εκ μέρους της παρεμβαίνουσας κατ' άρθρο 102 του Ν.4412/2016 δεν είναι νόμιμη γιατί ουσιαστικά αποτελεί τροποποίηση της προσφοράς της με έγγραφα που απαιτούνταν στον φάκελο δικαιολογητικών – τεχνικής προσφοράς επί ποινή απαραδέκτου. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί για τον πρόσθετο λόγο ότι περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς, πρέπει να αποτελούν, μεταξύ άλλων, τρεις τουλάχιστον συμβάσεις συγκεκριμένου τύπου, ήτοι ίδιου αντικειμένου με την υπό σύναψη. Όμως, η παρεμβαίνουσα προσκόμισε συμβάσεις που αφ' ενός δεν αφορούσαν το

σύνολο των υπό προμήθεια ειδών και αφ' ετέρου αφορούσαν όχι τη ζητούμενη αλλά διαφορετικού τύπου διάταξη.

10. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω δεύτερο λόγο: Αρχικά, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας που αναφέρει ότι η σύμβαση με το ... δεν αφορούσε όλα τα υπό προμήθεια είδη και συγκεκριμένα δεν περιελάμβανε τον ξύλινο διάδρομο για ΑμεΑ, τον χώρο υγιεινής για ΑμεΑ και τις πληροφοριακές πινακίδες, πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, διότι όπως βάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, η διακήρυξη απαιτεί την εκτέλεση τριών συμβάσεων αντίστοιχου περιεχομένου με την παρούσα ανεξαρτήτως ποσού και η ίδια έχει καταθέσει σε κάθε περίπτωση πέντε ακόμη συμβάσεις συγκεκριμένου τύπου (... , ... , ... , ...) οι οποίες περιέχουν όλα τα υπό προμήθεια είδη της διακήρυξης του επίδικου διαγωνισμού. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας που αναφέρει ότι οι συμβάσεις που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα με τους ... , ... και ... αφορούν σε διαφορετικό προϊόν από αυτό που απαιτείται από τον διαγωνισμό, πρέπει επίσης να απορριφθεί ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, διότι όπως βάσιμα ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, η διακήρυξη απαιτεί την εκτέλεση τριών συμβάσεων αντίστοιχου περιεχομένου με την παρούσα ανεξαρτήτως ποσού και η ίδια έχει καταθέσει σε κάθε περίπτωση τρεις ακόμη συμβάσεις συγκεκριμένου τύπου (... , ... , ...), με τις οποίες αποδεικνύεται η τεχνική και επαγγελματική της επάρκεια. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο δεύτερος υπό κρίση λόγος πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 09 Μαρτίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ