

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 31^η Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 20.02.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 227/21.02.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../.../Ε 2876/ 09-02-2023 απόφαση ανάκλησης της υπ' αριθμ. .../.../Ε 8564/06-04-2022 απόφασης κατακύρωσης αποτελεσμάτων του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Προμήθεια και εγκατάσταση ...».

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 € 15.000,00.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 02/2021 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός μέσω της διαδικτυακής πύλης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. για «Προμήθεια και Εγκατάσταση ..., CPV : ...)» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (ΑΔΑΜ ... 2021-03-12),

Αριθμός απόφασης: 588/2023

συνολικού προϋπολογισμού 5.580.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 4.500.000,00€, ΦΠΑ : 1.080.000,00€). Κατά τους όρους της διακήρυξης, η σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε τμήματα, γι' αυτό προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο του υπό προμήθεια είδους από την 12-03-2021, ώρα 15:00 μέχρι την 19-04-2021 και ώρα 15:00, ενώ η αποσφράγιση των φακέλων προγραμματίστηκε για την 23-04-2021 και ώρα 10:00.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και οι εταιρείες με την επωνυμία «...» και «...». Με την υπ' αριθμ. .../Ε 32162/20-09-2021 απόφαση έγκρισης πρακτικών αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών, απορρίφθηκε η προσφορά της «...» και εγκρίθηκαν οι προσφορές των εταιρειών «...» και της προσφεύγουσας. Με την υπ' αριθμ. .../Ε 42511/03-12-2021 απόφαση εγκρίθηκε το πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και με το υπ' αριθμ. .../Ε .../28-12-2021 έγγραφο κλήθηκε η προσφεύγουσα να προσκομίσει τα απαιτούμενα στην παράγραφο 2.2.8.2 της διακήρυξης δικαιολογητικά κατακύρωσης. Στις 31.01.2022 έλαβε χώρα η αποσφράγιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσφεύγουσας και την 16.02.2022 ζητήθηκε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ η υποβολή συμπληρωματικών εγγράφων κατακύρωσης. Τα εν λόγω δικαιολογητικά υπεβλήθησαν, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, στις 25.02.2022 . Με το από 28-02-2022 πρακτικό της, η επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού γνωμοδότησε ότι τα δικαιολογητικά είναι σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και πρότεινε την οριστική κατακύρωση του διαγωνισμού στη προσφεύγουσα, καθώς και την προσαύξηση της προμήθειας κατά 2,055%. Με την υπ' αριθμ. .../Ε 8564/06-04-2022 απόφαση κατακυρώθηκαν τα αποτελέσματα του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Προμήθεια και εγκατάσταση ...», στην προσφεύγουσα, αντί του συνολικού ποσού των τεσσάρων εκατομμυρίων εξακοσίων ογδόντα μίας χιλιάδων τριακοσίων πενήντα τεσσάρων Ευρώ και εξήντα τεσσάρων λεπτών (€ 4.681.354,64), συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και των νομίμων κρατήσεων.

Στις 18-04-2022 κατατέθηκε, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «...» κατά της υπ' αριθμ. .../Ε 8564/06-04-2022 απόφασης. Στις 27-06-2022 κατατέθηκε από την εταιρεία «...» αίτηση αναστολής και ακύρωσης της

Αριθμός απόφασης: 588/2023

σιωπηρής – λόγω άπρακτης παρόδου της προθεσμίας του αρθρ. 367 παρ. 1 ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 365 παρ. 4 του ίδιου νόμου – απόρριψης από την ΕΑΔΗΣΥ της με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 576/19-04-22 προδικαστικής προσφυγής. Με την υπ' αριθμ. 2495/2022 απόφαση του ΙΒ' Τμήματος Διοικητικού Εφετείου ... έγινε αποδεκτή η αίτηση αναστολής – ακύρωσης, ακυρώθηκε η σιωπηρή απόρριψη της με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 576/19-04-22 προδικαστικής προσφυγής και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ προκειμένου να ασκήσει την επιβαλλόμενη από το νόμο αρμοδιότητά της.

Με την υπ' αριθμ. Σ 183/2023 απόφασή της η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ δέχτηκε την προσφυγή της «...» και ακύρωσε την υπ' αριθ. .../Ε 8564/06-04-2022 απόφαση απόφασης κατακύρωσης αποτελεσμάτων. Με την υπ' αριθμ. .../.../Ε 2876/09-02-2023 απόφαση ανακλήθηκε η υπ' αριθμ. .../.../Ε 8564/06-04-2022 απόφαση κατακύρωσης αποτελεσμάτων του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Προμήθεια και εγκατάσταση ...», σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Σ 183/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ.

Κατά της υπ' αριθμ. Σ 183/2023 απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. κατατέθηκε η υπ' αριθμ. ΑΚ.../13-2-23 αίτηση αναστολής εκτέλεσης - ακύρωσης από την προσφεύγουσα, καθώς και η υπ' αριθμ. ΑΚ.../13-2-23 αίτηση αναστολής εκτέλεσης - ακύρωσης από την «...»

4. Επειδή, κατά της ως άνω υπ' αριθμ. .../Δ11/Ε 2876/09-02-2023 απόφασης ανάκλησης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 10.02.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 20.02.2023, 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 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον, καθότι η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έχει απορριφθεί η προσφορά της και έχει οριστεί η κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 20.02.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../.../.../02.03.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 03.03.2023, ενώ προς αντίκρουση

αυτών η προσφεύγουσα άσκησε νομίμως και παραδεκτώς στις 08.03.2023 το με
ιδία ημερομηνία υπόμνημά της.

6. 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 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).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται ότι μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή σε συμμόρφωση με την Σ 183/2023 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ανακάλεσε την απόφαση .../Δ.11/Ε 8564/06.04.2022 αποφασίζοντας και την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της χωρίς νόμιμη αιτιολογία και χωρίς εισήγηση του αρμοδίου γνωμοδοτικού οργάνου. Επίσης, αναφέρει ότι δεν είναι νόμιμη η κλήση της εταιρείας «...» για την κατάθεση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διότι ουδόλως σχετίζεται με τη συμμόρφωση με την προσβαλλόμενη απόφαση. Ισχυρίζεται επίσης ότι όσον αφορά την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της, αυτή δεν είναι νόμιμη διότι δεν είναι οριστικώς αποκλεισθείσα με δεδομένο ότι έχει καταθέσει ήδη νόμιμα την με ΑΚ .../2023 αίτησή της για την αναστολή και ακύρωση της Σ183/2023 απόφασης ΕΑΔΗΣΥ και κατά συνέπεια η όποια απόφαση περί της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της θα πρέπει να αναμένει την έκδοση απόφασης επί της αίτησής της ενώπιον του δικαστηρίου. Διαφορετικά, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής εμποδίζει την νόμιμη συμμετοχή της στο διαγωνισμό και την με έννομο συμφέρον άσκηση του δικαιώματος της δικαστικής προστασίας. Επιπροσθέτως δεν είναι νόμιμη η εν λόγω απόφαση συμμόρφωσης και η επιβολή της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής και για το λόγο ότι η αναθέτουσα αρχή είχε την υποχρέωση να

αναμένει το διάστημα έως την πάροδο της προθεσμίας άσκησης αίτησης αναστολής και ακύρωσης κατά της Σ183/2023 απόφασης ΕΑΔΗΣΥ. Και τούτο διότι σύμφωνα με το άρθρο 372 παρ. 6 ν. 4412/2016 η προθεσμία για την άσκηση και η άσκηση της αίτησης της παρ. 3 κωλύουν και την πρόοδο της διαδικασίας ανάθεσης για χρονικό διάστημα δεκαπέντε (15) ημερών από την άσκηση της αίτησης, εκτός εάν με την προσωρινή διαταγή της παρ. 7 το αρμόδιο δικαστήριο αποφανθεί διαφορετικά. Τέλος, αναφέρει ότι η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της συμμετοχής δεν είναι νόμιμη και για το λόγο ότι ουδόλως προέβη σε κατάθεση δικαιολογητικών εκ προθέσεως απατηλών ή σε κατάθεση πλαστών αποδεικτικών στοιχείων, αλλά αντιθέτως και από την αναθέτουσα αρχή αποδεικνύεται και τούτο δεν αμφισβητήθηκε από την Σ183/2023 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ, ότι ανταποκρίθηκε ακριβώς στο αίτημα της αναθέτουσας αρχής για συμπληρωματική κατάθεση, τα δικαιολογητικά που κατέθεσε ήταν σύμφωνα με το αίτημα της αναθέτουσας αρχής και αυτά έγιναν δεκτά και από την αναθέτουσα αρχή.

8 Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τις ως άνω αιτιάσεις της υπό κρίση προσφυγής: Με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. .../Δ11/Ε 2876/09-02-2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Σ 183/2023 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ανακλήθηκε η υπ' αριθμ. .../Δ11/Ε 8564/06-04-2022 απόφαση κατακύρωσης αποτελεσμάτων του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Προμήθεια και εγκατάσταση ...». Σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 3 του ν. 4912/2022, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Συνεπώς, σε κάθε περίπτωση, εφόσον δεν προβλέπεται διαφορετικά σε νομοθετική διάταξη, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να συμμορφωθεί προς την απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ και μάλιστα σε οποιαδήποτε χρονική στιγμή κρίνει σκόπιμο αφού δεν προβλέπονται χρονικά περιθώρια εντός των οποίων οφείλει να ενεργήσει, εκτός εάν ο δικαστής της αίτησης αναστολής εκδώσει προσωρινή διαταγή για την αναστολή της περαιτέρω διαδικασίας, γεγονός το οποίο εν προκειμένω δεν ισχύει, αφού μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης δεν είχε δημοσιευτεί προσωρινή διαταγή επί της αιτήσεως ακυρώσεως-αναστολής που υπέβαλε η προσφεύγουσα ενώπιον του αρμόδιου διοικητικού Δικαστηρίου.

Αριθμός απόφασης: 588/2023

Επομένως, ορθώς η αναθέτουσα αρχή σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Σ183/2023 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ προχώρησε σε κλήση της εταιρείας «...» για προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης και συνέχιση διαγωνιστικής διαδικασίας χωρίς να απαιτείται περαιτέρω εισήγηση του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου αυτής, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Όμως, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας δεν είναι νόμιμη διότι η τελευταία δεν προέβη σε κατάθεση δικαιολογητικών εκ προθέσεως απατηλών ή σε κατάθεση πλαστών αποδεικτικών στοιχείων. Εξάλλου κάτι τέτοιο δεν προκύπτει ούτε από το περιεχόμενο της υπ' αριθμ. Σ183/2023 απόφασης ΕΑΔΗΣΥ αλλά ούτε και από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης. Επομένως από τη στιγμή που δεν προκύπτει ευθύνη της προσφεύγουσας σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και δεν υπάρχει υπαιτιότητα αυτής, δεν είναι νόμιμη η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, γενόμενου δεκτού του σχετικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που όρισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 31^η Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε την 20^η Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 588/2023

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ