

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 28 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης - Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος – Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 20.03.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 377/22.03.2023 της εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στα ..., επί της οδού ..., αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ... (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Και την Παρέμβαση με ημερομηνία 31.03.2023 της εταιρείας με την επωνυμία «...» (στο εξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην ..., στη συμβολή των οδών ... και ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί **α.** η απόφαση της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 02/03.02.2023, με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών με αριθμό 2354/24.01.2023 και το πρακτικό με αριθμό 2663/25.01.2023 αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και ορίστηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού η εταιρεία «...» και **β.** η απόφαση της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 04/07.03.2023, με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό Αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης με αριθμό 9633/28-02-2023 και ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος η παραπάνω εταιρεία.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό .../2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 80.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών 14.10.2022. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 27.09.2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α
3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το «...» ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και μάλιστα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και στο άρθρο 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.
4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 20.03.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 10.03.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 529/2023 ορίσθηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 28.03.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με όμοια ημερομηνία, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παραδεκτά την παρέμβασή της στις 31.03.2023, με την οποία ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

6. Η προσφεύγουσα κατέθεσε παραδεκτά στις 03.04.2023 το υπόμνημά της με όμοια ημερομηνία επί των παραπάνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

7. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή **ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής** κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

8. Οι προϋποθέσεις παραδεκτού της προσφυγής ελέγχονται αυτεπάγγελτα από το αρμόδιο κλιμάκιο της ΕΑΔΗΣΥ, όπως επίσης και από το αρμόδιο Δικαστήριο (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κ.α), ανεξάρτητα από την προβολή ή μη σχετικού ισχυρισμού από άλλον ενδιαφερόμενο ή από την αναθέτουσα αρχή (βλ. μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 1261/2019). Εξετάζεται δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν μπορεί το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος, καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικά (ΣτΕ 1898/2016), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της.

9. Ακόμα, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικά (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την παράνομη πράξη της αναθέτουσας αρχής προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για την άσκηση της εκάστοτε κρινόμενης προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

10. Με τον πρώτο ισχυρισμό η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία των δημόσιων συμβάσεων ο διαγωνισμός πρέπει να ακυρωθεί, λόγω του γεγονότος ότι στις 20.12.2022, μετά την υποβολή της προσφοράς της (14.10.2022), της κοινοποιήθηκε μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, το έγγραφο της επιτροπής του διαγωνισμού με αριθμό πρωτοκόλλου 17403/20-12-2022 για την αποδοχή της διευκρίνισης της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτοκόλλου 13313/07.10.2022 καθώς και η διευκρίνιση με αριθμό πρωτοκόλλου 13313/07.10.2022. Με το παραπάνω έγγραφο διευκρινίσθηκε ότι στην προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνεται η αντικατάσταση 10 τριόδων και 5 διόδων βαλβίδων, ηλεκτροκινητήρων και υδραυλικού μέρους κεντρικών και μεταθερμαντικών στοιχείων νερού και το υδραυλικό μέρος (σωληνώσεις) από τη βαλβίδα μέχρι και 2 μέτρα (εκατέρωθεν της βαλβίδας). Ωστόσο, η παραπάνω διευκρίνιση κατά τη διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας κοινοποιήθηκε μόνο στην εταιρεία ... στις 07.10.2022, ενώ η ίδια έλαβε γνώση αυτής στις 20.12.2022, και αφού είχε παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία των προσφορών (14.10.2022) και επομένως η προσφορά της υποβλήθηκε χωρίς να έχει γνώση αυτής. Επίσης, κατά τα προβαλλόμενα, με αυτή τη διευκρίνιση μεταβάλλεται το φυσικό αντικείμενο του διαγωνισμού, ενώ παράλληλα έχει εμφιλοχωρήσει σφάλμα στη διαγωνιστική διαδικασία, που οδηγεί στην άνιση αντιμετώπιση των διαγωνιζομένων, καθώς μόνο ένας εκ των τριών είχε λάβει γνώση της διευκρίνισης και τη συμπεριέλαβε στην προσφορά του.

11. Ο παραπάνω ισχυρισμός ωστόσο προβάλλεται καταρχήν αόριστα, καθώς η προσφεύγουσα επικαλείται την κείμενη νομοθεσία των δημοσίων συμβάσεων, χωρίς να αναφέρει ειδικά και συγκεκριμένα τις υποχρεώσεις της

αναθέτουσας αρχής που παραβιάστηκαν και τις διατάξεις, από τις οποίες αυτές απορρέουν. Επιπλέον, ο κρινόμενος ισχυρισμός προβάλλεται χωρίς έννομο συμφέρον, καθώς σύμφωνα με τα όσα παραπάνω έγιναν δεκτά, η προσφεύγουσα δεν αναφέρει και πολύ περισσότερο δεν εξειδικεύει τη βλάβη που υπέστη από το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να της κοινοποιήσει την επίμαχη διευκρίνιση. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δεν αναφέρει αν και με ποιο τρόπο εμποδίσθηκε να υποβάλει αποδεκτή προσφορά, λόγω του γεγονότος ότι δεν έλαβε έγκαιρα γνώση της επίμαχης διευκρίνισης. Άλλωστε για την απόδειξη της βλάβης της και κατ' επέκταση του εννόμου συμφέροντός της δεν αρκεί μόνο το γεγονός ότι η προσφορά της κρίθηκε απορριπτέα, καθώς η προσφεύγουσα φέρει επιπλέον το βάρος απόδειξης περί του ότι η πλημμέλεια της διαδικασίας που κατά τους ισχυρισμούς της έλαβε χώρα, συνδέεται αιτιωδώς με την εν τέλει απόρριψη της προσφοράς της.

11. Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται ότι η σύμφωνα με την ακριβή διατύπωση του Πρακτικού με αριθμό 2354/24.01.2023 περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων, η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι *«Μετά από τον έλεγχο και της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας η επιτροπή διαπίστωσε, ότι δεν έχει κατατεθεί φύλλο συμμόρφωσης και λεπτομερής τεχνική προσφορά του κεντρικού υπολογιστικού συστήματος ... και των παρελκόμενων που θα το συνοδεύουν. Επίσης δεν αναφέρεται ο κατασκευαστικός οίκος του συστήματος ...»*, ελλείψεις οι οποίες δεν σχετίζονται με το περιεχόμενο της παραπάνω 13313/07-10-2022 διευκρίνισης, κατά την οποία στην προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνεται η αντικατάσταση 10 τριόδων και 5 διόδων βαλβίδων, ηλεκτροκινητήρων και υδραυλικού μέρους κεντρικών και μεταθερμαντικών στοιχείων νερού και το υδραυλικό μέρος (σωληνώσεις) από τη βαλβίδα μέχρι και 2 μέτρα (εκατέρωθεν της βαλβίδας).

12. Επισημαίνεται τέλος ότι, όπως και η ίδια η προσφεύγουσα δεν αρνείται, η αναθέτουσα αρχή στις 20.12.2022, ήτοι πριν την ολοκλήρωση της

αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών και την κατάρτιση του σχετικού Πρακτικού, που πραγματοποιήθηκε στις 24.01.2023, απέστειλε στην προσφεύγουσα το έγγραφο με αριθμό 17403/20.12.2022 με το εξής περιεχόμενο «(....) προχώρησε στον έλεγχο της τεχνικής προσφοράς που κατατέθηκε από την εταιρεία ... με δ.τ. ... με αρ. ... και διαπίστωσε ότι δεν έχει γίνει αποδεκτή η διευκρίνιση με αρ. πρωτ. 13313-07/10/2022, σχετικά με την παρ.7. των τεχνικών προδιαγραφών, στην οποία δεν καθορίζεται επακριβώς ο αριθμός των τριόδων και διόδων βαλβίδων που θα αντικατασταθούν. Ειδικότερα δεν έχει απαντηθεί από την εταιρεία αν στην προσφορά της, περιλαμβάνεται και η αντικατάσταση 10 τριόδων και 5 διόδων βαλβίδων, ηλεκτροκινητήρων και υδραυλικού μέρους κεντρικών και μεταθερμαντικών στοιχείων νερού. Επίσης αν θα περιλαμβάνεται το υδραυλικό μέρος (σωληνώσεις) από την βαλβίδα μέχρι και 2 μέτρα (εκατέρωθεν της βαλβίδας). Παρακαλούμε όπως αποσταλεί στην εταιρεία: ... με δ.τ. ... με αρ. ..., αίτημα αν αποδέχεται την υπ' αρ. πρωτ.: 13313/07-10-2022 διευκρίνιση επί της παραγράφου (7.) των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού και ειδικότερα, αν στην προσφορά της περιλαμβάνεται και η : Αντικατάσταση 10 τριόδων και 5 διόδων βαλβίδων, ηλεκτροκινητήρων και υδραυλικού μέρους κεντρικών και μεταθερμαντικών στοιχείων νερού. Επίσης θα περιλαμβάνεται το υδραυλικό μέρος (σωληνώσεις) από τη βαλβίδα μέχρι και 2 μέτρα (εκατέρωθεν της βαλβίδας)». Στο παραπάνω έγγραφο της επιτροπής του διαγωνισμού ανταποκρίθηκε η προσφεύγουσα στις 30.12.2022 αποστέλλοντας σχετικό έγγραφο προς την αναθέτουσα αρχή δια μέσου της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο «... ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΤΙΚΗ (2)_signed.pdf») με περιεχόμενο συναφές προς τον κρινόμενο ισχυρισμό, περί του ότι η παράλειψη έγκαιρης κοινοποίησης της διευκρίνισης αυτής έχει οδηγήσει στην άνιση αντιμετώπιση των διαγωνιζομένων. Επομένως, η προσφεύγουσα είχε την ευκαιρία κατά το χρονικό αυτό σημείο, προ της τελικής απόρριψης της προσφοράς της και αφού έλαβε γνώση του γεγονότος ότι έχει δοθεί διευκρινιστικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, να παράσχει τις ζητηθείσες πληροφορίες, ή, διαφορετικά, να ζητήσει τη συμπλήρωση της προσφοράς της σύμφωνα με το αρ. 102 του ν. 4412/2016, προκειμένου αυτή να καταρτισθεί μετά τη λήψη υπόψη και της επίμαχης διευκρίνισης. Κατά συνέπεια, ο κρινόμενος ισχυρισμός κρίνεται επικουρικά απορριπτέος και ως αβάσιμος.

13. Σχετικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, κατά τον οποίο η αιτιολογία της προσβαλλόμενης «(...) δεν έχει κατατεθεί φύλλο συμμόρφωσης και λεπτομερής τεχνική προσφορά του κεντρικού υπολογιστικού συστήματος BMS και των παρελκόμενων που θα το συνοδεύουν» είναι πλημμελής, καθώς τα παραπάνω έγγραφα κατατέθηκαν στον ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς της, μετά τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι πράγματι τα παραπάνω έγγραφα κατατέθηκαν (βλ. ηλεκτρονικά αρχεία με τις ονομασίες «ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ_S.pdf» και «ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ_S.pdf»). Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις που κατέθεσε για την αντίκρουση της κρινόμενης προσφυγής αναφέρει ότι «1. Η τεχνική προσφορά της εταιρείας και το φύλλο συμμόρφωσης δεν περιλαμβάνει λεπτομερή τεχνική προσφορά του συστήματος ... όπως αναφέρει η παράγραφος (19) των τεχνικών προδιαγραφών. Δεν αναφέρονται πουθενά ο οίκος κατασκευής το μοντέλο του συστήματος και των παρελκόμενων αυτού. Η τεχνική της προσφορά είναι μια αντιγραφή των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού χωρίς να εξειδικεύει στην τεχνική της προσφορά, ποιο είναι το σύστημα που θα μας προσφέρει και από τι θα αποτελείται». Με βάση τα παραπάνω η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί στις απόψεις της το γεγονός ότι κατατέθηκε φύλλο συμμόρφωσης από την προσφεύγουσα, πλην όμως, επισημαίνει τις ελλείψεις που εντόπισε σε αυτό και ταυτόχρονα εμμένει στην αρχική της θέση ότι η τεχνική προσφορά δεν είναι «λεπτομερής», όπως απαιτεί η διακήρυξη. Δεδομένου όμως ότι σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 εδ. β' του ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει μόνο αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης και όχι να ανασκευάσει την αρχικά διατυπωθείσα αιτιολογία της, ο προκείμενος ισχυρισμός θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής που διαλαμβάνει την παραπάνω αιτιολογία **περί μη κατάθεσης** φύλλου συμμόρφωσης και να αναδιατυπωθεί με βάση τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής.

14. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με το σκεπτικό και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ακυρώνει την προσβαλλόμενη σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 13.
- 3.** Απορρίπτει την Παρέμβαση.
- 4.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 17 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ