

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 20 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 13/3/2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 336/16.3.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ... οδός ... αριθ. ... νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ... νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στο ... αριθ. ... νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αριθμό ... απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που με την απόφαση αυτή κατακυρώθηκε οριστικώς η ... του τμήματος με α/α ΕΣΗΔΗΣ ... του διαγωνισμού στην εταιρεία ..., κατόπιν αποδοχής των παρασχεθεισών εκ μέρους της διευκρινίσεων.

Υπέρ του κύρους και της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής άσκησε παρέμβαση η άνω παρεμβαίνουσα, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 682 /2023

1. Για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, ποσού 600,00 ευρώ, το οποίο αντιστοιχεί στο κατώτατο προβλεπόμενο ποσό παραβόλου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, και με βάση την εκτιμώμενη αξία, χωρίς Φ.Π.Α., του τμήματος της σύμβασης για το οποίο ασκείται η προσφυγή, δηλαδή εν προκειμένω του αυτοτελούς τμήματος ... αυτής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας €60.575,19, χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό...).

2. Το ... ως αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη του προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ... «...»... », συνολικού προϋπολογισμού 71.411,76€, χωρίς Φ.Π.Α. (και 88.550,58€ με Φ.Π.Α). Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, η σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι δύο τμήματα:

Α/Α ΕΣΗΔΗΣ	ΕΙΔΟΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ	ΕΤΗΣΙΟΣ ΑΡΙΘΜΟΣ ΕΞΕΤΑΣΕΩΝ
1.	...	36.900
2.	...	5.000

Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις, που ορίζονται στο Παράρτημα ΙΙ της Διακήρυξης, είτε για το σύνολο των προκηρυχθέντων ειδών των τμημάτων και το σύνολο της ζητούμενης ποσότητας εκάστου είδους, είτε για μεμονωμένο τμήμα (ΕΣΗΔΗΣ 1 και 2), αλλά για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας αυτού. Η διάρκεια της σύμβασης ορίστηκε σε ένα (1) έτος με μονομερές δικαίωμα, της αναθέτουσας αρχής, παράτασης της σύμβασης έως τρεις (3) μήνες ως προς την απορρόφηση του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 16/2/2022 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ όπου ο προκείμενος διαγωνισμός και συγκεκριμένα το Τμήμα 1 αυτού έλαβε αύξοντα αριθμό ...

3. Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 3-3-2022 και ώρα 17:00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η 8-3-2022 και ώρα 09:30 π.μ.. Στον διαγωνισμό, και συγκεκριμένα στο Τμήμα 1 αυτού υπό τίτλο «...» ..., συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά δύο οικονομικοί φορείς, και δη η προσφεύγουσα εταιρεία «...» και η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...». Με το από 8-3-2022 και με αριθ. πρωτ. ... Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού περί αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά αμφότερων των συμμετεχουσών για το Τμήμα 1 και αποσφραγίστηκαν οι οικονομικές προσφορές τους. Ακολούθως, με το από 8-3-2022 και με αριθ. πρωτ. ... Πρακτικό Αξιολόγησης Οικονομικών Προσφορών, αναφορικά με το επίμαχο Τμήμα 1, έγιναν δεκτές οι οικονομικές προσφορές αμφότερων των συμμετεχουσών για το υπόψη Τμήμα και η Επιτροπή εισηγήθηκε την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ... ως προσωρινής αναδόχου, καθώς προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή σύμφωνα με το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης. Τα ανωτέρω Πρακτικά επικυρώθηκαν με την υπ' αριθ. ... απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του Τμήματος 1 η παρεμβαίνουσα. Εν συνεχεία, με την υπ' αριθ. ... απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το με αριθ. πρωτ. ... Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού περί αποσφράγισης δικαιολογητικών κατακύρωσης και αποφασίστηκε η ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως οριστικής αναδόχου για το επίμαχο Τμήμα 1 της υπό ανάθεση σύμβασης. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης οριστικής κατακύρωσης, στην οποία ενσωματώθηκε κατ' άρθρο 100 του ν. 4412/2016 και 3.3.1 της Διακήρυξης η προηγηθείσα απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, η νυν προσφεύγουσα άσκησε προδικαστική προσφυγή, παραπονούμενη για την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, κατά το μέρος που δεν απεδείκνυε την, ζητούμενη από τη Διακήρυξη, τεχνική απαίτηση περί προγράμματος οικονομικής λειτουργίας (...) του προσφερόμενου Επί της προσφυγής αυτής, εκδόθηκε η 1406/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, με την οποία έγινε εν μέρει δεκτή η

Αριθμός απόφασης: 682 /2023

προδικαστική προσφυγή και ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που η προσφορά της παρεμβαίνουσας κρίθηκε ως αποδεκτή άνευ ετέρου και χωρίς την προηγούμενη κλήση της προς παροχή διευκρινίσεων κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 3.1.2.1 της Διακήρυξης. Κατά της ανωτέρω απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ, η νυν προσφεύγουσα άσκησε αίτηση αναστολής και αίτηση ακύρωσης. Με την με αριθ. ... απόφαση του ... απορρίφθηκε η ασκηθείσα αίτηση αναστολής και ακύρωσης, και επικυρώθηκε η κρίση της ΕΑΔΗΣΥ περί υποχρέωσης αναζήτησης διευκρινίσεων κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016 από την ..., ως προς την πλήρωση της τεχνικής απαίτησης οικονομικής λειτουργίας του προσφερόμενου εκ μέρους της Ειδικότερα, με την άνω απόφαση του ... κρίθηκε ότι «...[...]η παρεμβαίνουσα ανέφερε μεν στην οικεία στήλη του φύλλου συμμορφώσεως την απόλυτη συμμόρφωση του προσφερόμενου ... της προς την ως άνω τεχνική προδιαγραφή .. πλην από τις προς απόδειξη των χαρακτηριστικών αυτών περιληφθείσες στο ίδιο φύλλο παραπομπές δεν προέκυπτε η πλήρωση της επίμαχης απαίτησης περί οικονομικής λειτουργίας ούτε όμως η αποδεικτική αυτή έλλειψη καθιστούσε άνευ ετέρου απορριπτέα την προσφορά της παρεμβαίνουσας καθόσον η έλλειψη αυτή ήταν δεκτική διευκρινίσεως, κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016. Ήδη, δε, με την υπ' αριθμ. ... πρόσκληση της Επιτροπής Αξιολόγησης της αναθέτουσας αρχής η παρεμβαίνουσα εκλήθη προς αποσαφήνιση κατά τα ανωτέρω της επίμαχης απαιτήσεως του προγράμματος οικονομικής λειτουργίας (...), ήτοι ότι το σύστημα διαθέτει λειτουργία αναμονής άλλη εκτός της αναφερόμενης στην έναρξη λειτουργίας της συσκευής, η δε παρεμβαίνουσα κατέθεσε το με αριθμό εισερχομένων ... έγγραφο διευκρινίσεων ... Η νομιμότητα του περιεχομένου του εγγράφου αυτού θα κριθεί, κατά τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω, από την αναθέτουσα αρχή προκειμένου να κριθεί, τελικώς, εάν πράγματι η ... πληροί την επίμαχη απαίτηση προγράμματος οικονομικής λειτουργίας...[...]». Δηλαδή, με την ανωτέρω απόφαση του ... κρίθηκε ότι η αποδεικτική έλλειψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, αναφορικά με το πρόγραμμα οικονομικής λειτουργίας (...) του προσφερόμενου προϊόντος, είναι δεκτική διευκρινίσεως κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ενώ οι εν τω μεταξύ υποβληθείσες διευκρινίσεις και αποσαφηνίσεις της παρεμβαίνουσας, πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 682 /2023

αξιολογηθούν πρωτογενώς - ως προς τη νομιμότητά τους- από την αναθέτουσα αρχή.

4. Όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, η Επιτροπή του διαγωνισμού, με το υπ' αριθ. πρωτ. ... έγγραφο κάλεσε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την παρεμβαίνουσα να διευκρινίσει την πλήρωση της επίμαχης τεχνικής απαίτησης. Η παρεμβαίνουσα ανταποκρίθηκε στο άνω αίτημα και υπέβαλε εμπροθέσμως και προσηκόντως, μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ το με ημερομηνία 10/10/2022 και με αρ. πρωτ. ... (και με αριθ. πρωτ. Εισερχομένων ...) έγγραφό της, παρέχοντας τις σχετικές διευκρινίσεις, οι οποίες έγιναν δεκτές από την Επιτροπή του διαγωνισμού, όπως αποτυπώνεται στην οικεία Εισήγησή της, που εμπεριέχεται στο με αριθ. πρωτ. ... Πρακτικό. Το Πρακτικό αυτό επικυρώθηκε με την ... απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η αποδοχή των αποσαφηνίσεων της παρεμβαίνουσας και η οριστική κατακύρωση στην τελευταία του αποτελέσματος του διαγωνισμού ως προς το Τμήμα 1 αυτού. Κατά της τελευταίας αυτής αποφάσεως στρέφεται η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή και ζητά την ακύρωσή της, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα σε αυτή.

5. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (...), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, συμπεριλαμβανομένου όμως του δικαιώματος προαίρεσης, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής.

6. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 2/3/2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 13/3/2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση

Αριθμός απόφασης: 682 /2023

(κατ' ακριβή διατύπωση κατά παρέκταση στην αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, καθώς η λήξη της δεκαήμερης προθεσμίας συνέπιπτε με την Κυριακή, 12/3/2023, δηλαδή ημέρα αργία – εξαιρετέα), ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη. Επιπλέον, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα, της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής στο γεγονός ότι μη νομίμως, κατά τους ισχυρισμούς της, έγιναν δεκτές οι παρασχεθείσες διευκρινίσεις και κρίθηκε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, ματαιώνοντας την προσδοκία της ίδιας, εκ του γεγονότος ότι ήταν η μοναδική έτερη συμμετέχουσα και αμέσως επόμενη στην σειρά κατάταξης, να αναδειχθεί ανάδοχος.

7. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 14/3/2023 και υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 28/3/2023 τις με αρ. πρωτ. ... απόψεις της επί της προσφυγής, αιτούμενη παραλλήλως την απόρριψή της για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Επί των άνω απόψεων και προς αντίκρουσή τους, καθώς και προς αντίκρουση της ασκηθείσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 3/4/2023 το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό υπόμνημά της.

8. Η παρεμβαίνουσα, η οποία έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος, άσκησε παρέμβαση στις 24/3/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, και με πρόδηλο έννομο συμφέρον, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι απόρριψης της προσφοράς της.

9. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

10. Με την υπό κρίση προσφυγή η **προσφεύγουσα** παραπονεείται για την αποδοχή των διευκρινίσεων της παρεμβαίνουσας, επαγόμενη ότι δεν εισφέρουν κανένα νεότερο στοιχείο από το οποίο να αποδεικνύεται η πλήρωση της επίμαχης απαίτησης (πρόγραμμα οικονομικής λειτουργίας – ...), με βάση το υποβληθέν τεκμηριωτικό υλικό. Αντίθετα, κατά την προσφεύγουσα, από το περιεχόμενο των διευκρινίσεων και αποσαφηνίσεων της παρεμβαίνουσας, προκύπτει ότι η τελευταία εμμένει στην αρχική της πεποίθηση ότι η ένδειξη αναμονής κατά την έναρξη λειτουργίας της συσκευής ισοδυναμεί με την ζητούμενη από τη Διακήρυξη οικονομική λειτουργία (...). Όμως, οι άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθώς η παρεμβαίνουσα με το υποβληθέν έγγραφό της εισέφερε νεότερα στοιχεία, παραπέμποντας στα σημεία των εγγράφων της προσφοράς της που αποδεικνύουν την πλήρωση της ζητούμενης απαίτησης. Ειδικότερα: Όπως έγινε δεκτό με την με αριθ. ... απόφαση του ... , η επίμαχη διακήρυξη προβλέπει ότι οι προσφερόμενοι ... πρέπει να διαθέτουν, μεταξύ άλλων τεχνικών προδιαγραφών, πρόγραμμα οικονομικής λειτουργίας (...), ήτοι τη ... , λοιπών πόρων (βλ. σχετ. και ΑΕΠΠ 1284/2019), και προς ... (1406/2022 ΕΑΔΗΣΥ). Σε συμμόρφωση προς τις αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ και του ... , η αναθέτουσα αρχή με σχετική κλήση της αιτήθηκε σχετικές διευκρινίσεις, η δε παρεμβαίνουσα, με το από 10-10-2022 έγγραφό της χορήγησε τις αιτηθείσες διευκρινίσεις, αναφορικά με το ζητούμενο πρόγραμμα ... (...), τόσο υπό την εκδοχή της ... όσο και υπό την εκδοχή της ... Χαρακτηριστικά αναφέρει στο εν λόγω έγγραφό της ότι «...• Όσο βρίσκεται σε ... ο ... (δηλαδή ο ... που προσφέρει η παρεμβαίνουσα) καταναλώνει ... (βλ. σελίδα του κατατιθέμενου εγχειριδίου χρήσης).• Όσο βρίσκεται σε αναμονή και λειτουργία ο ... (εννοεί τον ... που προσφέρει η προσφεύγουσα) καταναλώνει ... (σελίδα 6 του κατατιθέμενου αρχείου ...) Διαπιστώνουμε δηλαδή ότι ο ... μας διαθέτοντας τουλάχιστον ... τόσο σε ... όσο και σε ... ακόμη και αν κριτήριο της επίμαχης προδιαγραφής που ζητάει ... είναι η ... όπως θέτει η ΕΑΔΗΣΥ, παραμένει οικονομικότερος...[...].» Άρα, η παρεμβαίνουσα τεκμηρίωσε, με παραπομπή στο υποβληθέν – ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της – τεκμηριωτικό υλικό, ότι ο προσφερόμενος ... της, ευρισκόμενος σε κατάσταση ... , ανταποκρίνεται στη ζητούμενη από τις τεχνικές απαιτήσεις λειτουργία προγράμματος ... , αφού διαθέτει τουλάχιστον ... τόσο σε ... όσο και σε ...

Αριθμός απόφασης: 682 /2023

και, ως εκ τούτου, διαθέτει τη ζητούμενη οικονομική λειτουργία σε απόλυτο βαθμό σε καταναλώσεις ... Ενόψει των ανωτέρω, λαμβάνοντας υπόψη ότι δεν προσδιορίζεται συγκεκριμένα και μονοσήμαντα στη Διακήρυξη ο τρόπος επίτευξης της ... , ενώ η παρεμβαίνουσα σε κάθε περίπτωση εισέφερε διευκρινίσεις και αποσαφήνισε την πλήρωση της επίμαχης απαίτησης, ορθώς η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις, οι οποίες ερείδονται στο ήδη προσκομισθέν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τεκμηριωτικό υλικό, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, όπως αναλύονται στην προσφυγή και το υπόμνημά της.

11. Κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή και να διαταχθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 10 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ