

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 3 Μαΐου 2023, με την εξής σύνθεση. Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Οικονόμου Μιχαήλ-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.03.2023 Προδικαστική Προσφυγή υπό ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 415/27-03-2023 του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «... ΑΕ.», που εδρεύει στο ..., (εφ' εξής «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...», (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «... .. ΕΠΕ.» (εφ' εξής «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. ΔΣ/463/Α05/14-03-2023 απόφαση της 463^{ης} έκτακτης συνεδρίασης Δ.Σ. της 14-03-2023, με την οποία επικυρώνεται η εισήγηση της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το από 22-02-2023 πρακτικό, ανακηρύσσεται προσωρινός ανάδοχος η εταιρεία «... .. Ε.Π.Ε.» και προσκαλείται η εταιρεία «... .. Ε.Π.Ε.» για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της οικείας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, ότι έχει καταβληθεί και δεσμευθεί παράβολο με ηλεκτρονικό κωδικό ... € ποσού 600,00 Ευρώ (βλ. το αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του εν λόγω παραβόλου).

2. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε την υπό εξέταση προσφυγή στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού εμπροθέσμως, στις 24/03/2023, δοθέντος, ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους

Αριθμός Απόφασης 744/2023

ενδιαφερόμενους στις 15.03.2023, ομοίως κατατέθηκε στο τυποποιημένο έντυπο του Παραρτήματος του ΠΔ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

3. Επειδή η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα στην επίμαχη διαδικασία, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό, έχοντας υποβάλει παραδεκτή προσφορά, επιθυμώντας ευλόγως την ανάθεση σ' αυτήν της σύμβασης, θεμελιώνοντας την βλάβη της στην, κατά τους ισχυρισμούς της, μη νόμιμη αποδοχή προσφοράς της ήδη παρεμβαίνουσας και αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου.

4.Επειδή η οικεία διαγωνιστική διαδικασία, που προκήρυξε η αναθέτουσα Αρχή, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησής της, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα άρθρα 345 και 379 του ν. 4412/2016, και επακολούθως στην αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

5.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε στους ενδιαφερομένους την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στις 27.03.2023 και απέστειλε τις οικείες απόψεις της στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. στις 31.03.2023, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στους ενδιαφερομένους. Επ' αυτών κατατέθηκε παραδεκτώς το από 04/04/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

6. Επειδή η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 20.4.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την οικεία παρέμβαση, εκπροθέσμως, ήτοι μετά την παρέλευση δεκαημέρου από την κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής και άρα απαραδέκτως, δοθέντος ότι η προσφυγή της κοινοποιήθηκε, ως άλλωστε συνομολογεί και η ίδια στο σώμα της παρέμβασής της, στις 27/03/2023, μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., και άρα η καταληκτική ημεροχρονολογία εμπρόθεσμης υποβολής ήταν η 06.04.2023.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 04.04.2023 το οικείο υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας Αρχής, ήτοι νομίμως κατά τις διατάξεις του αρ. 365 παρ. 1 το ν. 4412/2016, όπως ισχύει.

8. Επειδή, με την από 09-06-2022 διακήρυξη υπ' ΑΠ.Υ. 5595 (αρ. Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.: ...) διακήρυξη της αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε διαγωνισμός με ανοικτή διαδικασία και με αντικείμενό του την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των χώρων, όπου στεγάζονται οι υπηρεσίες του ..., επί της ..., και των Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό

Αριθμός Απόφασης 744/2023

των εξήντα πέντε χιλιάδων ευρώ (€65.000,00), πλέον Φ.Π.Α. 24%, ή ογδόντα χιλιάδων και εξακοσίων ευρώ (€80.600,00) συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε δώδεκα (12) μήνες από την υπογραφή της. Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών ορίσθηκε η 28η.6.2022 και ώρα 13:00, ημερομηνία αποσφράγισης η 29-06-2022 (13:00) και κριτήριο κατακύρωσης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά. Στον διαγωνισμό, που προκηρύχθηκε με την ανωτέρω διακήρυξη, προσφορές υπέβαλαν οι οικονομικοί φορείς με την επωνυμία: 1) Με το πρακτικό, υπ' αριθμ. 1/04-07-2022, της συνεδρίασης της 4^{ης} Ιουλίου 2022 της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου του έργου «Παροχή Υπηρεσιών καθαρισμού των εγκαταστάσεων του ... στο ... και στην ...» της αναθέτουσας Αρχής, αφού ζητήθηκαν διευκρινίσεις από τους οικονομικούς φορείς 1) «...» και 2) «... ..», έγιναν δεκτές στον διαγωνισμό οι προσφορές απάντων των διαγωνιζομένων. Με το υπ' αριθμ. 2/27-07-2022 πρακτικό της, η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού της αναθέτουσας Αρχής εισηγήθηκε την αποδοχή των τεχνικών προσφορών των συνδιαγωνιζομένων, την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς του φορέα «...» και την αποδοχή των υπολοίπων, οπότε προέκυψε η ακόλουθη σειρά κατάταξης: α/α Οικονομικός Φορέας, Τιμή (€) χωρίς Φ.Π.Α.

1. 37.148,62.

2. A.E. 54.648,00.

Τα ως άνω πρακτικά εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμ. ΔΣ/451/Α02/23-08-2022 απόφαση και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος η εταιρεία, με την επωνυμία «... ..». Με την υπό Γ.Α.Κ/Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1232/07-09-2022 προδικαστική προσφυγή, η ήδη προσφεύγουσα αιτήθηκε την ακύρωση της ως άνω απόφασης, κατά το μέρος που έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της ανακηρυχθείσας ως προσωρινής αναδόχου και δη για την συμπερίληψη στο κελί 11 μηδενικού κόστους μηχανημάτων και λοιπού εξοπλισμού. Με την υπ' αριθμ. 1508/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., έγινε δεκτή η προσφυγή, απερρίφθη η παρέμβαση που άσκησε η ως άνω εταιρεία, (...) ακυρώθηκε η προσβαλλομένη απόφαση και αναπέμφθηκε η υπόθεση στην αναθέτουσα Αρχή, κατά τα διαλαμβανόμενα στις σκέψεις 14 και 15 της απόφασης.

Αριθμός Απόφασης 744/2023

Ειδικότερα, με την ανωτέρω απόφαση κρίθηκε: «15. *Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη πράξη πάσχει ακυρότητας λόγω πλημμελούς αιτιολογίας για την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων. Τούτο, ωστόσο, δεν συνεπάγεται ότι η προσφορά χρήζει απόρριψης καθόσον ως ήδη αναφέρθηκε μια προσφορά δεν μπορεί αυτομάτως να απορριφθεί για το λόγο και μόνον ότι η προτεινόμενη τιμή στον επίμαχο πεδίο περί του ενδεικτικού εξοπλισμού είναι μηδέν ευρώ, άνευ σχετικής κλήσης προς παροχή διευκρινήσεων, μη δυνάμενης της ΕΑΔΗΣΥ να υποκαταστήσει νομίμως την αναθέτουσα αρχή (ΕΑ 54/2018 σκ.8). Επομένως, ακυρώνεται τόσο η προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος λόγω πλημμελούς αιτιολογίας, όσο και η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να καλέσει τον παρεμβαίνοντα προς παροχή διευκρινήσεων επί του δηλούμενου μηδενικού κόστους του ενδεικτικού εξοπλισμού και των μηχανημάτων.*». Μετά ταύτα και προς συμμόρφωση προς την ως άνω απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. 3/19-12-2022 πρακτικό, η Επιτροπή κάλεσε την ως άνω εταιρεία να παράσχει διευκρινίσεις εντός 10 ημερών, κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016, «... επί του δηλούμενου στην οικονομική προσφορά μηδενικού κόστους του ενδεικτικού εξοπλισμού και των δηλωθέντων στην προσφορά μηχανημάτων της ανωτέρω εταιρείας, σύμφωνα με το διατακτικό της υπ' αρ. 1508/2022 αποφάσεως...». Ακολούθως, στο υπ' αριθμ. 4/07-02-2023 πρακτικό της Επιτροπής αναγράφονται τα εξής: «... Τα μέλη της Επιτροπής αφού έλαβαν υπόψη : α)..., β)..., γ) Την επιστολή που απέστειλε η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού σε συμμόρφωση με την αριθμ.1508/2022 Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., (Πρακτικό 3, 19.12.2022) αιτούμενη από τον Οικονομικό Φορέα «... .. ΕΠΕ», διευκρινίσεις επί του δηλούμενου στην οικονομική προσφορά μηδενικού κόστους του ενδεικτικού εξοπλισμού και των δηλωθέντων στην προσφορά μηχανημάτων της εταιρείας, δ) Την από 2.1.2023 επιστολή που απέστειλε εμπροθέσμως ο Οικονομικός Φορέας μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. συνεδρίασαν σήμερα και απεφάσισαν α) Την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1508/22 απόφαση της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων. β) Την αποστολή μηνύματος - μέσω ΕΣΗΔΗΣ - προς τον οικονομικό φορέα «... .. ΕΠΕ» με το οποίο θα ζητηθούν από τον τελευταίο περαιτέρω διευκρινίσεις σχετικά με τον εξοπλισμό που θα χρησιμοποιηθεί, έτσι ώστε να αποδεικνύεται

Αριθμός Απόφασης 744/2023

ότι αυτός θα είναι καινούργιος και αμεταχείριστος, όπως αναφέρει και η προαναφερόμενη απόφαση της Αρχής....». Στην συνέχεια, στο υπ' αριθμ. 5/22-02-2023 πρακτικό της Επιτροπής, αναφέρονται τα εξής: «... Κατόπιν τούτου, η Εταιρεία «... .. Ε.Π.Ε.» απέστειλε μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. εμπροθέσμως διευκρινίσεις (20.2.2023) στις οποίες επισυνάπτεται βεβαίωση του νομίμου εκπροσώπου της προμηθεύτριας του ενδεικτικού εξοπλισμού και των δηλωθέντων μηχανημάτων «... Ε.Ε.», στην οποία αναφέρεται αυτολεξεί το εξής «Σας επιβεβαιώνουμε, ότι τα παραπάνω είδη, που θα χορηγηθούν άνευ ανταλλάγματος στην Εταιρεία Σας, και αποτελούν το σύνολο του εξοπλισμού και μηχανημάτων που ζητείται με την από 9.6.2022 και υπ' ΑΠ.Υ. 5595 Διακήρυξη (Συστημικός Αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...) δια της οποίας προκηρύχθηκε Ανοιχτός Ηλεκτρονικός Δημόσιος Μειοδοτικός Διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της ««ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΤΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΤΟΥ ...», θα παραδοθούν καινούργια και αμεταχείριστα στις εγκαταστάσεις σας με την ανάθεση της ως άνω προκηρυσσόμενης δημόσιας σύμβασης.»...». Ούτως, η Επιτροπή εισηγήθηκε προς το Δ.Σ. της αναθέτουσας Αρχής ως εξής: - Την ανάκληση της υπ' αριθμ. 451/23-08-2022 ακυρωθείσας απόφασης. - Την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «... .. Ε.Π.Ε.» - Την ανάδειξη της ως άνω εταιρείας ως προσωρινής αναδόχου.- Την πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Με την προσβαλλόμενη (Δ.Σ./463/405/14-03-2023 απόφαση της 463^{ης} έκτακτης συνεδρίασης Δ.Σ. της 14-03-2023) επικυρώθηκε το ανωτέρω από 22-02-2023 πρακτικό κατά το περιεχόμενό του.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «Από τις ως άνω διατάξεις του ν. 4412/2016 και τον όρο 3.1.2.1 της διακήρυξης, συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την δυνατότητα να ζητήσει άπαξ την παροχή διευκρινίσεως επί του τεθέντος ζητήματος. Δυνατότητα δεύτερης πρόσκλησης παροχής διευκρινίσεων επί του ίδιου ζητήματος, για το οποίο ήδη ο οικονομικός φορέας παρείχε εξηγήσεις, δεν προβλέπεται στις ως άνω διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης. Και τούτο, γιατί ο νομοθέτης προφανώς δεν θέλει να "ανοίξει" έναν ατέρμονο διάλογο μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του οικονομικού φορέα και μάλιστα επί στοιχείων της προσφοράς του, για τα οποία ο ίδιος εξ αρχής όφειλε να συμπεριλάβει σε αυτήν κατά την υποβολή της. Σημειωτέον, η περίπτωση του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, κατά την οποία η

Αριθμός Απόφασης 744/2023

αναθέτουσα αρχή έχοντας πλέον "προσωποποιήσει" τον προσωρινό ανάδοχο στην υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, οφείλει να απευθύνει προς αυτόν και δεύτερη πρόσκληση (ΣΤΕ 1800/2022), σαφώς αντιδιαστέλλεται προς την επίδικη περίπτωση, κατά την οποία η πρόσκληση έγινε κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016 και του όρου 3.2.1.2 της διακήρυξης, προκειμένου να εξηγηθεί το (μηδενικό) κόστος της προσφοράς. Στην προκείμενη περίπτωση, από τα ανωτέρω - μνημονευόμενα στο ιστορικό της παρούσης πρακτικά - η Επιτροπή ζήτησε δυο φορές την παροχή διευκρινίσεων, επί του τεθέντος ζητήματος, ήτοι: Αρχικώς, με το υπ' αριθ. 3/19-12-2022 πρακτικό ζητήθηκε να προσκομιστούν εντός 10 ημερών, κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016, οι διευκρινίσεις επί του δηλουμένου μηδενικού κόστους του εξοπλισμού και των δηλωθέντων στην προσφορά μηχανημάτων, σύμφωνα με το διατακτικό της υπ' αριθ. 1508/2022 αποφάσεως της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Όπως προκύπτει από το υπ' αριθ. 4/07-02-2022 πρακτικό, η ως άνω εταιρεία ανταποκρινόμενη στην πρόσκληση που της απευθύνθηκε με το ανωτέρω (3/2022) πρακτικό, απέστειλε προς την Επιτροπή την από 02-01-2023 επιστολή. Ακολουθως, από το ως άνω (4) πρακτικό προκύπτει ότι, επειδή προφανώς οι διευκρινίσεις που παρασχέθηκαν δεν κάλυπταν την απαίτηση της διακήρυξης ότι ο εξοπλισμός πρέπει να είναι καινούργιος ή αμεταχείριστος και άρα με την παρασχεθείσα διευκρίνιση η προσφορά καθίστατο απορριπτέα, ως μη πληρούσα τον ανωτέρω όρο - περί καινούργιου και αμεταχείριστου, η Επιτροπή ζήτησε επιπλέον, δεύτερη, προκειμένου με αυτήν να προσκομιστούν αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι ο εξοπλισμός είναι καινούργιος και αμεταχείριστος. Μετά ταύτα, όπως προκύπτει από το υπ' αριθ. 5/22-02-2023 πρακτικό, ανταποκρινόμενη στην δεύτερη πρόσκληση, απέστειλε τις από 20-02-2023 νέες διευκρινίσεις, στις οποίες - κατά τα αναφερόμενα στο πρακτικό - έχει επισυνάψει βεβαίωση της δηλούσας εταιρείας «... Ε.Ε.» από την οποία (βεβαίωση) προκύπτει ότι ο εξοπλισμός θα παραδοθεί καινούργιος και αμεταχείριστος. ανωτέρω δεύτερη διευκρίνιση, η οποία έγινε δεκτή από την Επιτροπή, όπως προκύπτει από το οικείο πρακτικό της. Από τα ανωτέρω εκτεθέντα προκύπτει περίπτωση προδήλως καταχρηστικής εφαρμογής της σχετικής διαδικασίας παροχής διευκρινίσεων υπό την έννοια που εκτίθεται ανωτέρω στις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης. Ούτω, η αναθέτουσα αρχή, εφόσον οι διευκρινίσεις που η ως άνω εταιρεία παρείχε με την από 02-01-2023 επιστολή της κρίθηκαν ως μη

Αριθμός Απόφασης 744/2023

επαρκείς, όφειλε εφαρμόζοντας την περ. γ' του όρου 2.4.6 της διακήρυξης, στην οποία ρητά ορίζεται: «... ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την Αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας και τα άρθρα 102 και 103 του ν. 4412/2016 ...» να απορρίψει την προσφορά και όχι να απευθύνει σε αυτήν δεύτερη πρόσκληση παροχής διευκρινίσεων. Και τούτο διότι, κατά τα προεκτεθέντα, στο παρόν στάδιο έλεγχου των προσφορών και όχι των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν προβλέπεται από τις διατάξεις του ν. 4412/2016 και τους όρους της διακήρυξης τέτοια - δεύτερη - δυνατότητα. Επιπροσθέτως, θα πρέπει να επισημανθεί ότι η υποχρέωση απόδειξης ότι ο εξοπλισμός θα είναι καινούργιος και αμεταχείριστος, που ζητήθηκε με το ανωτέρω 4 πρακτικό, είναι όρος της διακήρυξης και είχε τεθεί εξ αρχής ως υποχρέωση των διαγωνιζομένων και ως τέτοια είχε κριθεί, ως ένα από τα ζητήματα που έχρηζαν διευκρίνιση με την ανωτέρω 1508/2022 απόφαση. Συγκεκριμένα, η απόφαση δέχτηκε «... ούτε όμως προκύπτει από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ότι έχει προβεί σε σχετική κρίση, πολλώ δε μάλλον δεν κλήθηκε προς παροχή διευκρινίσεων, προκειμένου να αιτιολογήσει το οικείο μηδενικό κόστος που ευλόγως δημιουργεί αμφιβολία σχετικά με την πλήρωση της σαφούς απαίτησης της διακήρυξης περί καινούργιου και αμεταχείριστου εξοπλισμού. ...» (σκ. 14). Δηλαδή, η απόδειξη ότι ο εξοπλισμός είναι καινούργιος και αμεταχείριστος υπήρχε εξ αρχής και ήταν αντικείμενο της διευκρίνισης που ζητήθηκε και δεν πρόέκυψε μεταγενέστερα ώστε να χρήζει συμπληρωματικής επεξηγήσεως. Συνεπώς, και για τον παρόντα λόγο, η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί, διότι καταχρηστικώς παρείχε στην ως άνω εταιρεία την δυνατότητα δεύτερης πρόσκλησης παροχής διευκρινίσεων.

2ος λόγος: Μη νόμιμη αποδοχή δικαιολογητικών, εκδοθέντων μεταγενεστέρως της ημερομηνίας υποβολής της προσφοράς. Όμως, από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι ο νομοθέτης (ενωσιακός, εθνικός) διατήρησε επιφύλαξη για το εύρος των διευκρινίσεων, ώστε αυτές να μην έχουν ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και να μην προσδίδεται μέσω αυτής αθέμιτο πλεονέκτημα στον προσφέροντα. Στην προκείμενη περίπτωση, για την τεκμηρίωση του δηλωθέντος στην οικονομική προσφορά της αναδόχου μηδενικού κόστους θα έπρεπε, όταν διαμόρφωνε και υπέβαλε την προσφορά της, να είχε ήδη στην κατοχή της τα έγγραφα που επικαλείται για την τεκμηρίωση του προτεινόμενου (μηδενικού) κόστους. Η μεταγενέστερη της προσφοράς

Αριθμός Απόφασης 744/2023

χορήγηση της εν λόγω βεβαιώσεως από τρίτους, επ' ευκαιρία αντίκρουσης της προδικαστικής προσφυγής, δεν συνιστά έγγραφο δικαιολογητικό που υπήρχε προαποδεικτικώς, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Εφόσον, δε, με την υποβολή της προσφοράς δεν υπήρχαν τα εν λόγω έγγραφα, δεν δικαιολογείται το μηδενικό κόστος που συμπεριελήφθη σε αυτήν ούτε αποδεικνύεται ότι πληρούται ο όρος της διακήρυξης, για καινούργιο και αχρησιμοποίητο εξοπλισμό. Με τα δεδομένα αυτά, οι βεβαιώσεις που δέχτηκε η προσβαλλόμενη απόφαση δεν πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης ούτε δικαιολογούν το δηλωθέν μηδενικό κόστος της προσφοράς, διότι πρόκειται για μεταγενέστερα τρίτων που απαραδέκτως εκδόθηκαν μετά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς προς διάσωσή της. Επιπροσθέτως, η επιλογή της αναδόχου να συμπεριλάβει στην προσφορά της μηδενικό κόστος, προκειμένου να θεωρηθεί έγκυρη, θα έπρεπε να επισημανθεί με αναφορά στην οικονομική προσφορά των στοιχείων που της επιτρέπουν να δηλώσει μηδενικό κόστος και σε κάθε περίπτωση να διαθέτει ήδη στην κατοχή του τα στοιχεία αυτά. Περίπτωση που ενόψει της ημερομηνίας υποβολής της προσφοράς της (28-06-2022) και της ημερομηνίας εκδόσεως των σχετικών βεβαιώσεων δεν φαίνεται να υπάρχει. Ειδικότερα, στο από 02-01-2023 έγγραφο διευκρινίσεων που υπέβαλε η ανάδοχος αναφέρεται ότι έχει χορηγηθεί σε αυτήν ο εξοπλισμός χωρίς να αναγράφει ημερομηνία εκδόσεως και χορηγήσεως της βεβαιώσεως (περ. ΙΑ). Ακολούθως, στην περ. 14 ισχυρίζεται αορίστως και αναποδεικτικώς «... ήδη προ της υποβολής της προσφοράς της ... είχε διασφαλίσει επαρκές απόθεμα των εν λόγω ειδών που συγκροτούν τον ζητούμενο από την διακήρυξη εξοπλισμό ...» χωρίς όμως να παραθέτει αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ο ως άνω ισχυρισμός της. Περαιτέρω, η επιστολή με ημερομηνία 04-01-2022 που προσκομίζει δεν αποδεικνύει ότι ο εξοπλισμός, όντως υπήρχε κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της, ότι δηλαδή δεν είχε διατεθεί σε άλλα έργα και ότι ο εξοπλισμός αυτός ήταν καινούργιος και αμεταχείριστος. Τέλος, οι υπόλοιπες επιστολές 10-12-2022 περί εξοπλισμού και 10-02-2023 περί αμεταχείριστου και καινούργιου είναι μεταγενέστερες της ημερομηνίας υποβολής της προσφοράς και κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα δεν μπορεί να ληφθούν υπ' όψη ως διευκρινιστικά - αποδεικτικά στοιχεία. Επομένως, η απαίτηση της διακήρυξης για καινούργιο αμεταχείριστο εξοπλισμό χορηγήθηκε για 1^η φορά με την από 20-02-2023 βεβαίωση του τρίτου και ως εκ τούτου κατά

Αριθμός Απόφασης 744/2023

την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς δεν υπήρχε. Με τα δεδομένα αυτά η συμπλήρωση που επιχειρείται δεν είναι παραδεκτή κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016 καθώς το απαιτούμενο στοιχείο δεν υπήρχε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Ούτω από τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις προκύπτει ότι η ανάδοχος, κατά την υποβολή της προσφοράς δεν είχε τα στοιχεία που δικαιολογούν την δήλωση μηδενικού κόστους (πρβλ. Δ.Εφ.Αθ. 354/2023, Δ.Εφ.Αθ. 65/2020). Συναφώς με την υπ' αριθ. 390/2023 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. κρίθηκε ότι η επίκληση στοιχείων, που γίνεται πρώτη φορά με την ευκαιρία παροχής διευκρινίσεων, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016 δεν μπορεί να γίνει δεκτή και να αξιολογηθεί το στοιχείο, καθόσον η παροχή των διευκρινίσεων δεν επιτρέπει την τροποποίηση της υποβληθείσας προσφοράς και την προσφορά νέων ειδών, παρά μόνο την υποβολή συμπληρωματικών ή διευκρινιστικών στοιχείων επί της αρχικής προσφοράς (σκ. 17). Ως τέτοιων νοουμένων των στοιχείων που έχουν εκδοθεί ή υπάρχουν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν φέρει νόμιμη και επαρκή αιτιολογία αποδοχής των παρασχεθεισών διευκρινίσεων και για τον παρόντα λόγο πρέπει να ακυρωθεί».

10. Επειδή, κατόπιν της επισκόπησης του φακέλλου, λεκτέα τα κάτωθι. Στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ορίζεται, ότι «... αναθέτουσες αρχές ... ζητούν από τους προσφέροντες ... να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν στις σχετικές πληροφορίες,... από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης...». Με το ανωτέρω άρθρο παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης/επεξήγησης υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς κατά το στάδιο συμμετοχής στον διαγωνισμό. Περαιτέρω, στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 103 του ως άνω νόμου ορίζεται: «1. Μετά την αξιολόγησή τους, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση (προσωρινό ανάδοχο) να υποβάλλει... από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα ... όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80 ... 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινίσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός ... από την κοινοποίηση της

Αριθμός Απόφασης 744/2023

σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν....». Με την ανωτέρω διάταξη χορηγείται η δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο. Από την παρ. 2 συνάγεται, ότι επιβάλλεται στην αναθέτουσα Αρχή να απευθύνει δεύτερη πρόσκληση προς τον προσωρινό ανάδοχο για να προσκομίσει ελλείποντα ή να συμπληρώσει υποβληθέντα δικαιολογητικά. Ούτως, έχει κριθεί ότι, κατ' εφαρμογή του άρθρου 103§2, «... η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να του απευθύνει και την δεύτερη σχετική πρόσκληση, ανεξαρτήτως αν τυχόν χορηγηθείσα παράταση της αρχικής προθεσμίας υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης ήταν σύννομη ή μη ...» (ΣτΕ Δ' τμ. 1800/2022 - σκ. 17)». Από τις ως άνω παρατιθέμενες διατάξεις προκύπτει, ότι ο νομοθέτης διακρίνει την δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων, κατά το στάδιο συμμετοχής, προς την δυνατότητα συμπλήρωσης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, προβλέποντας μόνο στην περίπτωση του προσωρινού αναδόχου την αποστολή δεύτερης σχετικής πρόσκλησης για την συμπλήρωση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, της διαδικασίας ευρισκομένης πλέον στο στάδιο προ της κατακύρωσης, όπου η αναθέτουσα Αρχή έχει πλέον "προσωποποιήσει" τον ανάδοχο για την σύναψη της σύμβασης, προς αποσόβηση δε του κινδύνου ματαιώσης, της όλης διαδικασίας ευρισκόμενης στο τελικό στάδιο. Στην προκειμένη περίπτωση, πρόκειται για παροχή διευκρινίσεων, κατά το στάδιο συμμετοχής, κατά το οποίο δεν προβλέπεται η δυνατότητα δεύτερης πρόσκλησης για την διευκρίνιση στοιχείου, που είχε τεθεί εξ αρχής ως προαπαιτούμενο, ήτοι ως προς την υποχρέωση, ότι ο εξοπλισμός πρέπει να είναι καινούργιος και αμεταχειρίστος. Η αναθέτουσα Αρχή, με το έγγραφο των απόψεών της, παραθέτει την διάταξη του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και την αιτιολογική έκθεση, χωρίς να απαντά αιτιολογημένα επί του ισχυρισμού, ότι από την διάταξη αυτή δεν προκύπτει η δυνατότητα για περαιτέρω πρόσκληση, ούτε απαντά στον ισχυρισμό, ότι, σύμφωνα με τον όρο 2.4.6γ. της διακήρυξης, εφ' όσον η επεξήγηση δεν είναι αποδεκτή, όφειλε να απορρίψει την προσφορά, εφαρμόζοντας τον σχετικό όρο της διακήρυξης. Τέλος, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής, ότι στην τεχνική προσφορά της ως άνω εταιρείας είχε δηλωθεί, ότι ο εξοπλισμός είναι αμεταχειρίστος-καινούργιος, είναι απορριπτέος, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, αφού η κρίσιμη αυτή ιδιότητα του εξοπλισμού (καινούργιος - αμεταχειρίστος) ήταν εξ αρχής απαιτούμενη κατά τα κριθέντα στην υπ' αριθ.

Αριθμός Απόφασης 744/2023

1508/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Επομένως, όσα προβάλλονται για την αντίκρουση του πρώτου λόγου είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Η αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να τεκμηριώσει τον ισχυρισμό της, ότι τα στοιχεία υπήρχαν, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, επικαλείται τις από 01-11-2020 και από 04-01-2022 βεβαιώσεις του προμηθευτή. Όμως, στο από 20-02-2023 έγγραφο του ίδιου προμηθευτή, που υποβλήθηκε μετά την δεύτερη, προφανώς, πρόσκληση παροχής περαιτέρω διευκρινίσεων- αναφέρονται μεταξύ άλλων τα εξής: «... Σε συνέχεια των από 4-1-2021 και από 10.12.2022 επιστολών της εταιρείας μας δια των οποίων η εταιρεία μας ... ως κύριος προμηθευτής αναλωσίμων της εταιρείας Σας ... ΚΤΡΙΑ Ε.Π.Ε., έχει δεσμευτεί...». Από το περιεχόμενο του ως άνω εγγράφου προκύπτει, ότι η ως άνω εταιρεία αναφέρεται σε διαφορετικές επιστολές (4-1-2021 και 10-12-2022) από τις επιστολές – βεβαιώσεις, στις οποίες αναφέρεται η αναθέτουσα Αρχή (01-11-2020 και 04-01-2022). Έτσι, τίθεται ζήτημα, ποιές είναι οι βεβαιώσεις, που υπήρχαν κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών (22-06-2022) και στις οποίες δεν αναφέρεται η εταιρεία που χορήγησε τις βεβαιώσεις αυτές. Αναφορικά δε με τις επιστολές, που αναφέρει η ως άνω εταιρεία, μόνον η μία (4-1-2021) φέρει προγενέστερη ημερομηνία από αυτήν της υποβολής των προσφορών, αλλά δεν αποδεικνύει ότι αφορά σε καινούργιο - αμεταχειρίστο εξοπλισμό, ενώ η δεύτερη (10-12-2022) προφανώς είναι μεταγενέστερη και εκδόθηκε επ' ευκαιρία παροχής διευκρινίσεων. Πράγματι, αν υπάρχουν οι βεβαιώσεις με τις ημερομηνίες, που αναφέρουν η αναθέτουσα Αρχή και η ως άνω εταιρεία, τότε παρίσταται αναιτιολόγητο για ποιον λόγο ζητήθηκαν με το πρακτικό 4/07-02-2023 της Επιτροπής οι συμπληρωματικές δεύτερες διευκρινίσεις, προκειμένου να αποδειχθεί, ότι ο εξοπλισμός είναι όντως καινούργιος και αμεταχειρίστος; Προφανώς, η Επιτροπή, για να απευθύνει τον Φεβρουάριο του 2023 την δεύτερη πρόσκληση, δεν θα υπήρχε στον φάκελλο αποδεικτικό στοιχείο για την ανωτέρω απαιτούμενη από την διακήρυξη ιδιότητα, όσα δε περί του αντιθέτου υποστηρίζει η αναθέτουσα Αρχή, με το έγγραφο των απόψεών της, είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

11. Επειδή, σε συνέχεια των αναγραφόμενων στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει το αίτημα της προσφυγής να γίνει δεκτό, ν' απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο, κατ' αρ. 363 ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης 744/2023

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 03.05.2023 και εκδόθηκε στις 19.5.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ