

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12.3.2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου – Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.11.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 169/05.02.2024 προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Άσκησε παρέμβαση ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητεί την ακύρωση των με αριθμ. ... αποφάσεων του ... και ... του ...

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 8.064€ σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

2. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή με τη με αρ. ... διακήρυξη, προκήρυξε διαγωνισμό για τη σύναψη συμφωνίας - πλαίσιο με αντικείμενο την ... διάρκειας δύο ετών, με προϋπολογιζόμενη ετήσια αξία 4.032.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού και την αξιολόγηση των προσφορών που υποβλήθηκαν συνάφθηκε η Συμφωνία- Πλαίσιο ... ανάμεσα αφενός στην ... και αφετέρου στην προσφεύγουσα, την εταιρία «...» και την εταιρία «...». Κατ' εφαρμογή της συμφωνίας - πλαίσιο αυτής η ... προσκάλεσε τις αντισυμβαλλόμενες να υποβάλουν προσφορά για τη σύναψη της ... εκτελεστικής σύμβασης για την ... 57.600 σετ ..., σύμφωνα με τη Συμφωνία Πλαίσιο αρ. ... διετούς διάρκειας για την κατ' έτος και συνολικά 288.000 τεμαχίων για τις ανάγκες του ... Η ως άνω πρόσκληση αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό α/α ...

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, μετ' εννόμου συμφέροντος και παραδεκτώς ως προς την ... απόφαση του ... η οποία ενσωματώνει την απόφαση ... του Πέραιτέρω παραδεκτώς, μετ' εννόμου συμφέροντος και εμπροθέσμως έχει ασκηθεί και η παρέμβαση ενώ και η Αναθέτουσα Αρχή έχει εμπροθέσμως υποβάλει και κοινοποιήσει τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

5. Επειδή, στην υπό κρίση διαδικασία πρώτη μειοδότης αναδείχθηκε η εταιρία «...» και νυν παρεμβαίνουσα. Μετά την αποδοχή των οικονομικών προσφορών κλήθηκε η «...» να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης σύμφωνα με τον όρο 6.4 της διακήρυξης και τα άρθρα 79, 80, 82 και 103 του ν. 4412/2016. Μεταξύ των δικαιολογητικών που υπέβαλε είναι και η από 04-08-2023 υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου της, στην οποία επανέλαβε τα αναφερθέντα στην τεχνική της προσφορά για τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία για τη σύναψη της συμφωνίας πλαίσιο και

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

συγκεκριμένα δεσμεύτηκε ότι: «1) Τα τελικά προσφερόμενα είδη, ήτοι οι ... 2) Η κατασκευή των τελικών προϊόντων, ήτοι των ... θα γίνει στο εργοστάσιο της εταιρείας ... στην διεύθυνση ... τηλ. (...)–... email:..com. 3) Ο ... εκπρόσωπος της εταιρείας ... έχει αποδεχθεί να αναλάβει την εκτέλεση της ...ς των ... εφόσον τα εν λόγω υλικά κατακυρωθούν στην Εταιρεία μας». Στις 04 Ιουλίου 2023 είχε επιδοθεί στην Αναθέτουσα Αρχή εξώδικη δήλωση της αρχικά δηλωθείσας κατασκευάστριας εταιρείας «...», με την οποία αυτή δήλωσε ότι δεν είχε ποτέ αναλάβει έναντι της «...» την παραγωγή των προσφερόμενων ειδών καθώς και ότι η επίκληση της υποδομής και των πιστοποιήσεων ποιότητας (ISO), που της ανήκουν, έγινε από την «...» χωρίς τη συγκατάθεσή της. Στις 10 Ιουλίου 2023, η ... , είχε αιτηθεί από την εταιρεία «...» την παροχή διευκρινίσεων σχετικά με τα αναγραφόμενα σε εξώδικη δήλωση-γνωστοποίηση της εταιρείας «...» περί μη υφιστάμενης συνεργασίας με την παρεμβαίνουσα. Στις 27 Ιουλίου 2023, η εταιρεία «...» παρείχε με επιστολή της και τα συνημμένα σε αυτή δικαιολογητικά, τις απαιτούμενες διευκρινίσεις – εξηγήσεις, αναφέροντας μεταξύ άλλων και ότι η εταιρεία δεν έχει δεχθεί καμία σχετική όχληση από την ... κατασκευάστρια εταιρεία. Στις 28 Ιουλίου 2023, η ... κάλεσε την εταιρεία «...» να υποβάλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου. Στις 03 Αυγούστου 2023, η ... , και προς συμπλήρωση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, αιτήθηκε από την εταιρεία «...» την παροχή περαιτέρω διευκρινίσεων. Στις 04 Αυγούστου 2023, η εταιρεία «...», παρείχε τις απαιτούμενες συμπληρωματικές διευκρινίσεις – εξηγήσεις. Στις 07 Αυγούστου 2023, η αρμόδια επιτροπή παραλαβής και αποσφράγισης προσφορών, συνήλθε για να γνωματεύσει επί του ελέγχου των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου που υποβλήθηκαν για τη σύναψη της ... εκτελεστικής σύμβασης της ... και συνέταξε πρακτικό, εισηγούμενη την αποδοχή αυτών, καθόσον διαπιστώθηκε ότι κατατέθηκαν εμπρόθεσμα όλα τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά της παραγράφου 2.2.9.2. της υπ' αριθ. ... διακήρυξης και του άρθρου 80 του ν.4412/2016. Στις 19-08-2023 η «...» άσκησε εναντίον της «...» αγωγή στο ... η οποία σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου είναι εκκρεμής. Στις 07-09-2023 η παρεμβαίνουσα ζήτησε από την Αναθέτουσα Αρχή να της επιτρέψει την αντικατάσταση του πιο πάνω κατασκευαστή με νέο κατασκευαστή με την επωνυμία «...», με διεύθυνση Το αίτημα αυτό εξετάστηκε από Επιτροπή Εμπειρογνομώνων

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

και την ... που συνέταξαν τα από 18-09-2023 και 27-09-2023 αντίστοιχα πρακτικά και γνωμοδότησαν υπέρ της αποδοχής του αιτήματος. Με βάση τις γνωμοδοτήσεις αυτές εκδόθηκε η ... απόφαση του ... με την οποία εγκρίθηκε η αλλαγή του κατασκευαστή των προσφερόμενων από την «...» προϊόντων. Βάσει της αποφάσεως αυτής εκδόθηκε τελικά η ... απόφαση του Υφυπουργού ... , με την οποία εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της ... και κατακυρώθηκε σε αυτή η ... Εκτελεστική Σύμβαση της πιο πάνω Συμφωνίας - Πλαίσιο. Ειδικότερα βάσει των στοιχείων του φακέλου, η παρεμβαίνουσα «...», κατόπιν προσκλήσεως για παροχή διευκρινίσεων από την ... υποστήριξε ότι, ενώ αρχικά υπήρχε συμφωνία για την παραγωγή των προσφερόμενων ειδών ανάμεσα στην ίδια και την πιο πάνω ... εταιρία, η τελευταία ακολούθως μεταστράφηκε. Ζήτησε δε η να της επιτραπεί για τον λόγο αυτό η αλλαγή του εργοστασίου κατασκευής και να εγκριθεί ως νέα κατασκευάστρια η προαναφερθείσα εταιρία «...». Επί του αιτήματος αυτού η Διεύθυνση Προμηθειών έκρινε βάσει όσων είχαν περιέλθει σε γνώση της (συμπεριλαμβανομένης της εξώδικης δήλωσης του αρχικώς δηλωθέντος κατασκευαστή αλλά των αντιγράφων επι... και δηλώσεων του νομίμου εκπροσώπου της εξωδίκως δηλούσας εταιρίας, από 26.5.2023 που απευθύνεται στην παρεμβαίνουσα με υπογραφή του ιδίου του νόμιμου εκπρόσωπου, ... για την 1η εκτελεστική σύμβαση και την από 7.7.2023 επιστολή του που ζητά ενημέρωση για την πορεία της διαδικασίας) ότι *«...από το σύνολο των υποβληθέντων στην ... στοιχείων δεν προκύπτει με βεβαιότητα η έλλειψη συναίνεσης του δηλωμένου στην προσφορά εργοστασίου παραγωγής, κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς».* Ειδικότερα στο σκεπτικό της ως άνω εισήγησης αναφέρεται ότι *«[...] Η ... κατά τον έλεγχο της εξώδικης δήλωσης και της εν συνεχεία αγωγής της εταιρείας «...» κατά της εταιρείας «...» καθώς και των εξηγήσεων και των μετ' αυτών παρεχόμενων δικαιολογητικών της εταιρείας «...» διαπίστωσε τα παρακάτω: α. Από την αγωγή της εταιρείας «...» κατά της εταιρείας «...» τεκμαίρεται η έλλειψη συναίνεσης του δηλωμένου στην προσφορά εργοστασίου παραγωγής, συναίνεση η οποία, εφόσον απουσίαζε κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς θα καθιστούσε την αρχική προσφορά της εταιρείας «...» απαράδεκτη, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 2 παρ. 45 του ν. 4412/2016. β. Από τις παρεχόμενες διευκρινίσεις της*

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

εταιρείας «...» και ιδίως από: (1) την από 7 Ιουλίου 2023 επιστολή της εταιρείας «...», η οποία φέρει την υπογραφή και τη σφραγίδα του νόμιμου εκπροσώπου της ... κατασκευαστικής εταιρείας και με την οποία αιτείται από την εταιρεία «...» ενημέρωση σχετικά με την πορεία της ... εκτελεστικής σύμβασης της Συμφωνίας Πλαίσιο ... και (2) τις από 26 Μαΐ 23 και 28 Ιουλ 23 δηλώσεις αποδοχής της παραγγελίας κατασκευής των εν λόγω «...» της ... εκτελεστική σύμβασης της ... από την εταιρεία «...», οι οποίες φέρουν την υπογραφή και τη σφραγίδα του νόμιμο εκπροσώπου της ... κατασκευαστικής εταιρείας, τεκμαίρεται η ύπαρξη συνεργασίας μεταξύ των ... και η συνεπαγόμενη συναίνεση του δηλωμένου στην προσφορά εργοστασίου παραγωγής, τόσο πριν, όσο και μετά την κοινοποίηση της από 03 Ιουλ εξώδικης δήλωσης στην ... ». Τελικά η Διεύθυνση Προμηθειών εισηγήθηκε υπέρ της εγκρίσεως της αλλαγής εργοστασίου κατασκευής δεδομένων των επιτακτικών αναγκών για ... των ζητούμενων ειδών και δεδομένου ότι η αγωγή της εταιρείας «...» εναντίον της εταιρείας «...» εξετάζόταν από το ... και εκκρεμούσε η έκδοση τελεσίδικης απόφασης. Με βάση την ως άνω εισήγηση και με επίκληση του άρθρου 33 της Συμφωνίας - Πλαίσιο, με την ... απόφαση του ... εγκρίθηκε η αλλαγή του εργοστασίου κατασκευής. Εν συνεχεία δυνάμει της ... Αυγούστου 2023 πρόσκλησης εντολής διενέργειας ...ς ... και τη σύναψη της ... εκτελεστικής σύμβασης της προαναφερόμενης σύμβασης πλαίσιο, υπεβλήθησαν από την προσφεύγουσα, την παρεμβαίνουσα και μία ακόμη εταιρεία προσφορές. Δυνάμει του από 10/11/2023 3ου Πρακτικού Γνωμοδότησης της ... εκδόθηκε η ... απόφαση της ... , με την οποία αποφασίστηκε η ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου, δεδομένου ότι η προσφερθείσα τιμή των 19,30 ευρώ / σετ χωρίς ΦΠΑ ήταν η πλέον συμφέρουσα για την Υπηρεσία.

6. Επειδή, στη διακήρυξη του διαγωνισμού για τη Συμφωνία Πλαίσιο που ισχύουν και στην υπό κρίση πρόσκληση προβλέπονται τα εξής: 2.4.3.2 *Τεχνική προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και την προδιαγραφή που έχει τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος «Ι» της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφή πληρούνται. Περιλαμβάνει, ιδίως, τα έγγραφα και*

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. [...] Όταν οι προσφέροντες δεν θα κατασκευάσουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν σε δική τους επιχειρηματική μονάδα να επισυνάπτουν υπεύθυνη δήλωση ότι, η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση (αναλυτικά στοιχεία) στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής έχει αποδεχθεί έναντι τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης ...ς εμπρόθεσμα σύμφωνα με τους όρους της παρούσας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή (χώρα παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος και επιχειρηματική μονάδα στην οποία παράγεται αυτό, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της). Πιστοποιητικό ISO 9001/2015 του κατασκευαστικού οίκου (με κατ' ελάχιστον εξαίρεση την παράγραφο 8.3 που αναφέρεται στην ανάπτυξη και στο σχεδιασμό) ή ισοδύναμων πιστοποιητικών από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη μέλη, πρωτότυπο ή φ/ο επικυρωμένου αντιγράφου, στο οποίο θα πρέπει να αναγράφονται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, τα παρακάτω: (1) Η περίοδος ισχύος του (να βρίσκεται σε ισχύ). (2) Η ημερομηνία αρχικής έκδοσής του, όπως και ημερομηνία (τυχόν) τροποποίησής του. (3) Το πεδίο εφαρμογής του συστήματος για την ποιότητα ISO, το οποίο θα πρέπει να είναι υποχρεωτικά συναφές με το αντικείμενο του διαγωνισμού. (4) Ο φορέας έκδοσης του. [...] Μετά τη σύναψη της ... ή και εκτελεστικής σύμβασης, κατ' αρχήν δεν επιτρέπεται η αλλαγή του εργοστασίου κατασκευής που δηλώθηκε με την προσφορά και με βάση το οποίο έγινε η κατακύρωση. Η αλλαγή του εργοστασίου κατασκευής, κατόπιν αιτιολογημένου αιτήματος του προμηθευτή και με προσκόμιση δικαιολογητικών, μπορεί να εγκριθεί από τον Δ/ντή της αναθέτουσας αρχή, έπειτα από γνώμη του αρμόδιου συλλογικού οργάνου (επιτροπή εμπειρογνομώνων), σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 221 του Ν.4412/2016. Διευκρινίζεται ότι, η υπόψη αλλαγή δε συνιστά τροποποίηση της σύμβασης υπό την προϋπόθεση ότι δε μεταβάλλει το οικονομικό και φυσικό αντικείμενο αυτής. Επιπλέον δεν παράγει δέσμευση της αναθέτουσας αρχής για την έγκριση αιτήματος παράτασης των συμβατικών χρόνων παράδοσης των υπό ... υλικών. Σε περίπτωση που μετά την υπογραφή της Σ-

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

Π/εκτελεστικής σύμβασης υποβληθεί από τον προμηθευτή αιτιολογημένο αίτημα αλλαγής κατασκευαστή/υπεργολάβου, αυτό προκειμένου να εξεταστεί από την αναθέτουσα αρχή απαιτείται να συνοδεύεται από τα παρακάτω:(1) Υπεύθυνη δήλωση του Ν.1599/86, όπως ισχύει σήμερα, ψηφιακά υπογεγραμμένη, στην οποία ο ανάδοχος να δηλώνει ότι η κατασκευή του τελικού προϊόντος, θα γίνει από την νέα επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος ή ο επίσημος αντιπρόσωπος της επιχείρησης αυτής, έχει αποδεχθεί έναντί του την εκτέλεση της συγκεκριμένης ...ς.(2) Πιστοποιητικό ISO 9001:2015 του νέου κατασκευαστικού οίκου (με κατ' ελάχιστον εξαίρεση την παράγραφο 8.3 που αναφέρεται στην ανάπτυξη και στο σχεδιασμό) ή ισοδύναμων πιστοποιητικών από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη μέλη, πρωτότυπο ή φ/ο επικυρωμένου αντιγράφου, στο οποίο θα πρέπει να αναγράφονται, τα παρακάτω:(α) Η περίοδος ισχύος του.(β) Η ημερομηνία αρχικής έκδοσής του, όπως και ημερομηνία (τυχόν) τροποποίησής του.(γ) Το πεδίο εφαρμογής του συστήματος για την ποιότητα ISO το οποίο πρέπει να είναι συναφές με το αντικείμενο της ...ς.(δ) Ο φορέας έκδοσης του.[...]. Περαιτέρω στο άρθρο 33 της εν λόγω Σύμβασης Πλαίσιο καθορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Η αλλαγή του εργοστασίου κατασκευής, κατόπιν αιτιολογημένου αιτήματος του Προμηθευτή, μπορεί να εγκριθεί από τον Δντή της Αναθέτουσας Αρχή/ φορείς διενέργειας εκτελεστικών συμβάσεων, έπειτα από γνώμη του αρμόδιου συλλογικού οργάνου (επιτροπή εμπειρογνομώνων), σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 221 του Ν.4412/2016. Διευκρινίζεται ότι, η υπόψη αλλαγή δε συνιστά τροποποίηση της παρούσας .../εκτελεστικής σύμβασης υπό την προϋπόθεση ότι δε μεταβάλλει το οικονομικό και φυσικό αντικείμενο της σύμβασης [...] Σε περίπτωση, που μετά την υπογραφή της υπ' αριθ. ... εκτελεστικής σύμβασης υποβληθεί από τον προμηθευτή αιτιολογημένο αίτημα αλλαγής κατασκευαστή/υπεργολάβου, αυτό προκειμένου να εξεταστεί από την/τους αναθέτουσα αρχή/φορείς διενέργειας εκτελεστικής σύμβασης απαιτείται να συνοδεύεται από τα παρακάτω: Υπεύθυνη δήλωση του Ν.1599/86, όπως ισχύει σήμερα, ψηφιακά υπογε-γραμμένη, στην οποία ο ανάδοχος να δηλώνει ότι η κατασκευή του τελικού προϊόντος, θα γίνει από την νέα επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής, έχει αποδεχθεί έναντί του την εκτέλεση της συγκεκριμένης ...ς, Πιστοποιητικό ISO 9001:2015 του νέου κατασκευαστικού οίκου (με κατ' ελάχιστον εξαίρεση την παράγραφο 8.3 που αναφέρεται στην ανάπτυξη και στο σχεδιασμό) ή ισοδύναμων πιστοποιητικών από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη μέλη, πρωτότυπο ή φ/ο επικυρωμένου αντιγράφου.»

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016, «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης....».

8. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

9. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

10. Επειδή, περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται επίσης σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

11. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλέσει τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις, όχι όμως να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (βλ. ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕΦΑΘ 271/2011 σκέψεις 43, 44, 45, ΔΕΦΑΘ 537/2015, Ε.Α. Σ.Τ.Ε. 127/2010, 1173/2009, ΔΕΦΑΘ 859/2012 (ΑΣΦ), ΔΕΦΑΘ 239/2019, Ε.Α. ΣΤΕ 1319, 1065, 935, 819/2007 κ). Ειδικότερα κατά την έννοια των διατάξεων του άρθ. 102 και του όμοιου άρθ. 310 του ν. 4412/2016 οι προβλεπόμενες από αυτές διευκρινίσεις, δίδονται μόνον εφόσον ζητηθούν από το αρμόδιο όργανο, κατά τη διαγραφόμενη διαδικασία, λαμβάνονται δε υπόψη, ενόψει και της αυστηρώς τυπικής διαδικασίας των δημοσίων διαγωνισμών, μόνον εφόσον έχουν ως αντικείμενο τη συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων και όχι την αναπλήρωση της έλλειψης τέτοιων στοιχείων ή την τροποποίηση του περιεχόμενου της προσφοράς, ώστε να απαλειφθούν αντιθέσεις και να συμφωνεί αυτή με όρους της διακήρυξης (πρβλ. ΣΤΕ 1856/2008, 2660/2004 7μ., ΕΑ ΣΤΕ 668, 567/2009, ΔΕΦΑΘ 743/2012 (ΑΣΦ), κ.ά.).

12. Επειδή, από τη γραμματική διατύπωση αφενός του άρθρου 102 Ν. 4412/2016, όπως ισχύει τροποποιηθέν με τις διατάξεις του άρθρου 42 Ν.

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

4782/2016, και αφετέρου του άρθρου 3.1.2.1 της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο «μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών, μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο ΕΣΗΔΗΣ οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. Η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογίαν και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα». Περαιτέρω, όπως ρητώς προβλέπεται στον ανωτέρω όρο της Διακήρυξης, καθώς επίσης και στην αιτιολογική έκθεση του άρθρου 42 Ν. 4782/2021, τα στοιχεία που προσκομίζονται κατόπιν της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής αφορούν δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της βάλλει κατά της νομιμότητας της προσβαλλομένης, ισχυριζόμενη ότι βάσει της εκτελεστικής σύμβασης κατ' αρχήν δεν επιτρέπεται η αλλαγή του εργοστασίου κατασκευής. Η αλλαγή μπορεί να επιτραπεί κατ' εξαίρεση και συγκεκριμένα σε περιπτώσεις επιγενόμενης αδυναμίας του κατασκευαστή ή ανώτερης βίας. Σε κάθε περίπτωση υποστηρίζει ότι η αλλαγή κατασκευαστή δεν μπορεί να γίνει ως απλό αποτέλεσμα επαναδιαπραγμάτευσης των όρων της σύμβασης ανάμεσα στην αναθέτουσα αρχή και τον προμηθευτή. Περαιτέρω προβάλλει ότι η

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

αβεβαιότητα της Αναθέτουσας Αρχής σχετικά με το εάν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της ... υπήρχε η συναίνεση του αρχικά δηλωθέντος κατασκευαστή δεν συνιστά νόμιμο λόγο να επιτραπεί η αλλαγή και ότι εάν στο στάδιο της κατακύρωσης ο μειοδότης αδυνατεί να πείσει την Αναθέτουσα Αρχή, ότι η προσφορά του δεν ήταν ψευδής, τότε η Αναθέτουσα Αρχή έχει υποχρέωση να απορρίψει την προσφορά. Επίσης υποστηρίζει ότι τα έγγραφα που υπεβλήθησαν από την παρεμβαίνουσα προς επίρρωση των ισχυρισμών της περί ύπαρξης αρχικής συμφωνίας και συνεργασίας μεταξύ της αυτής και του πρώτου εργοστασίου κατασκευής είναι πλαστά, ενώ τέλος προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή και η ΕΑΔΗΣΥ έχουν εκ του νόμου υποχρέωση και αρμοδιότητα να διεξάγουν έρευνα και να διαπιστώσουν την πλαστότητα ή μη των προσκομισθέντων εγγράφων.

14. Επειδή, η παρεμβαίνουσα και η Αναθέτουσα Αρχή αιτούνται την απόρριψη της προσφυγής.

15. Επειδή, μετά την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, της ισχύουσας νομοθεσίας, καθώς και του κανονιστικού πλαισίου που ορίζει η επίμαχη Διακήρυξη, ως προς τους λόγους της προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Καταρχήν η ΕΑΔΗΣΥ δεν είναι αρμόδια να κρίνει την πλαστότητα ή τη γνησιότητα εγγράφων που υπεβλήθησαν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής και, συνεπώς, αβασίμως προβάλλονται οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας. Ανεξαρτήτως τούτων, εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου και τα αντικρουόμενα έγγραφα δεν προκύπτει μετά βεβαιότητας η έλλειψη συμφωνίας συνεργασίας, κατά την υποβολή της προσφοράς, μεταξύ του αρχικού εργοστασίου κατασκευής και της παρεμβαίνουσας, ζήτημα που, τελικώς, θα κριθεί από τα αρμόδια δικαστήρια και, συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή ουδόλως υποχρεούτο κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας λόγω ψευδούς δήλωσης. Άλλωστε, όπως έχει παγίως κριθεί, η κρίση περί της συνδρομής ή μη λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο του προσφέροντος επαφίεται στην Αναθέτουσα Αρχή, η οποία έχει την δυνατότητα να προβεί στις σχετικές αξιολογικές κρίσεις για να εκτιμήσει, εάν συντρέχει λόγος αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, (ΕΑ ΣτΕ 40/2019, 93/2020). Η παροχή των εξηγήσεων εκ μέρους της παρεμβαίνουσας αξιολογήθηκε από την

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

Αναθέτουσα Αρχή, η οποία, εντός των πλαισίων της διακριτικής της ευχέρειας, τη θεώρησε καταρχήν επαρκή, ώστε στην προκείμενη περίπτωση, να κρίνει αν υπήρχε ή όχι η συγκατάθεση της εταιρίας ... όταν δηλώθηκε ως εργοστάσιο κατασκευής, αφού προσκομίστηκαν ενώπιόν της «αποδεικτικά» έγγραφα πρόθεσης συνεργασίας, τόσο προγενέστερα, όσο και μεταγενέστερα της εξωδίκου δηλώσεως, η διαπίστωση της γνησιότητας των οποίων εκφεύγει πρακτικά και των δυνατοτήτων της Αναθέτουσας Αρχής. Εξάλλου, βάσει των όρων της διακήρυξης, δεν απαιτείτο η προσκόμιση δήλωσης του ίδιου του εργοστασίου κατασκευής, συνεπώς, λαμβάνοντας υπόψη όσα προβλήθηκαν, η Αναθέτουσα Αρχή αιτιολογημένα, κατά τα αναφερόμενα σχετικώς ανωτέρω στην 5η σκέψη, έκρινε ότι υπήρχε αρχικά η σχετική συναίνεση προς την παρεμβαίνουσα, η οποία κατόπιν έπαυσε. Προέβη, επομένως, σε μια αξιολογική κρίση εντός των πλαισίων των αρμοδιοτήτων της, αναφορικά με την ύπαρξη αρχικής συναίνεσης, ενόψει του ότι η υπόθεση εκκρεμούσε και ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων. Περαιτέρω, βάσει των όρων της Συμφωνίας Πλαίσιο και συγκεκριμένα του όρου 33 αυτής, αλλά και της αρχικής διακήρυξης, μετά τη σύναψη της Σ/Π ή και εκτελεστικής σύμβασης, κατ' αρχήν δεν επιτρέπεται η αλλαγή του εργοστασίου κατασκευής που δηλώθηκε με την προσφορά και με βάση το οποίο έγινε η κατακύρωση. Η αλλαγή του εργοστασίου κατασκευής, κατόπιν αιτιολογημένου αιτήματος του προμηθευτή και με προσκόμιση δικαιολογητικών, μπορεί να εγκριθεί από τον Δ/ντή της αναθέτουσας αρχής, έπειτα από γνώμη του αρμόδιου συλλογικού οργάνου (επιτροπή εμπειρογνομώνων), σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 221 του Ν.4412/2016 ενώ, η υπόψη αλλαγή δε συνιστά τροποποίηση της σύμβασης υπό την προϋπόθεση ότι δε μεταβάλλει το οικονομικό και φυσικό αντικείμενο αυτής. Ο ως άνω όρος, ο οποίος έχει γίνει ανεπιφύλακτα δεκτός από την προσφεύγουσα, προβλέπει δυνατότητα αλλαγής του εργοστασίου κατασκευής, κατόπιν αιτιολογημένου αιτήματος του προμηθευτή και με προσκόμιση δικαιολογητικών, η αξιολόγηση του οποίου επαφίεται στην αναθέτουσα αρχή, ενώ η προσφυγή στην εξαιρετική αυτή διαδικασία δεν προβλέπεται ότι παρέχεται σε περιοριστικώς απαριθμούμενες στη διακήρυξη περιπτώσεις, ήτοι ανωτέρα βία κλπ, όπως αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα. Συνεπώς, νομίμως η Αναθέτουσα Αρχή προέβη σε έγκριση της αλλαγής του προμηθευτή, εφόσον η παρεμβαίνουσα προσκόμισε στο

Αριθμός Απόφασης: 547/2024

σύνολό τους τα απαιτούμενα από τη σύμβαση δικαιολογητικά (υπεύθυνη δήλωση του ν.1599/86 και πιστοποιητικό ISO 9001:2015 του νέου κατασκευαστικού οίκου). Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η ως άνω απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής επί της οποίας ερείδεται και η νυν προσβαλλόμενη δεν φέρει τεκμήριο νομιμότητας, με το επιχείρημα ότι κατ' αυτής ασκήθηκε προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ και κατόπιν αίτηση αναστολής ενώπιον του ... είναι αβάσιμος, αφού εδράζεται επί της εσφαλμένης παραδοχής ότι το τεκμήριο νομιμότητας μιας πράξης απόλλεται κατόπιν αμφισβήτησής της ενώ οι διοικητικές πράξεις διατηρούν το τεκμήριο νομιμότητάς τους μέχρι την ακύρωσή τους.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και να καταπέσει το παράβολο που κατατέθηκε για την άσκηση της προσφυγής.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12-03-2024 και εκδόθηκε την 01-04-2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η Γραμματέας

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ