

**Η**  
**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**  
**2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 21.03.2022 με ΓΑΚ 438/21.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 29.03.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 40/25.02.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το τμήμα που απέρριψε την προσφορά της και έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο  
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. .... ποσού €605,00.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. .... διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά

## Αριθμός απόφασης: 740 /2022

βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, για το έργο «.....», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 150.000,00 Ευρώ (συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων, δαπανών και ΦΠΑ), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 07/02/2022 και ώρα 15:00 και ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού (ηλεκτρονικής αποσφράγισης) την 10/02/2022 και ώρα 15:00. Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ .....

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό υπεβλήθησαν προσφορές από την προσφεύγουσα και την παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 40/25.02.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το Πρακτικό 10/10.2.2022 «Διενέργειας διαγωνισμού Α' στάδιο: Ηλεκτρονική Αποσφράγιση – Αξιολόγηση του (υπο) φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» της αρμόδιας Επιτροπής, το οποίο γνωμοδότησε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά σε αυτό, την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και επιπλέον την πρόκριση αυτής στο επόμενο στάδιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού (ηλεκτρονική αποσφράγιση οικονομικών προσφορών), η οποία και ελάμβανε συνολική βαθμολογία τεχνικής προσφοράς 110 βαθμούς.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 10.03.2022 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 21.03.2022, ημέρα Δευτέρα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΑΕΠ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε και επιπλέον προσδοκά την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 22.03.2022 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. 61/2022/28.03.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν,

## **Αριθμός απόφασης: 740 /2022**

ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 04.04.2022, ημέρα Δευτέρα, το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της. Επί των απόψεων κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς και η παρεμβαίνουσα την 01.04.2022 το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της, καθώς και το από 04.04.2022 συμπληρωματικό Υπόμνημά της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 22.03.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 29.03.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει αποκλειστεί η προσφεύγουσα από την συνέχεια του διαγωνισμού και έχει γίνει δεκτή η προσφορά της.

7. 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 δε παράβαση ουσιαδών 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).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι παρανόμως η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά της με την αιτιολογία ότι δεν ανήρτησε, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», το αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυμεταφορών του

## **Αριθμός απόφασης: 740 /2022**

πρωτοτύπου της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, σύμφωνα με τον όρο 2.4.2.5. της διακήρυξης και τούτο διότι σύμφωνα με τον όρο αυτό προκύπτει ότι σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας επιλέξει να αποστείλει ταχυδρομικώς την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, τότε θα πρέπει να αναρτήσει, σε περίπτωση που δεν διαθέτει αριθμό έγκαιρης εισαγωγής του φακέλου του στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, το σχετικό αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου-ταχυμεταφορών (voucher) μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Σκοπός θέσπισης δε της ανωτέρω διάταξης είναι να ενημερωθεί η αναθέτουσα αρχή επί της τήρησης από τον οικονομικό φορέα της υποχρέωσής του να προσκομίσει (εμπροθέσμως) την εγγύηση συμμετοχής στον διαγωνισμό. Μάλιστα, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας (παρά την εκπρόθεσμη παραλαβή και του δικού της φακέλου της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής), προκύπτει ότι δεν είναι κρίσιμο το εμπρόθεσμο ή μη της παραλαβής του φακέλου, αλλά αποκλειστικά και μόνο η ανάρτηση του σχετικού αποδεικτικού έγκαιρης παράδοσης στην ταχυμεταφορική εταιρεία μέχρι την ηλεκτρονική αποσφράγιση. Προκύπτει δε κατά συνέπεια, ότι αν έχει παραληφθεί εγκαίρως η εγγυητική επιστολή και διαθέτει ο οικονομικός φορέας αριθμό έγκαιρης εισαγωγής του φακέλου στο πρωτόκολλο, τότε η μη ανάρτηση του αποδεικτικού δεν είναι απαραίτητη. Συνεπώς, η υποχρέωση της ανάρτησης εξυπηρετεί, σύμφωνα με όσα προκύπτουν από την προσβαλλόμενη απόφαση αλλά και τον όρο της διακήρυξης, μόνο την απόδειξη του οικονομικού φορέα, ως έχων το βάρος απόδειξης, προς την αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση μη έγκαιρης παραλαβής από εκείνη της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής μέχρι την ηλεκτρονική αποσφράγιση, περί της τήρησης της υποχρέωσής του για την εμπρόθεσμη προσκόμισή της, πλην όμως λόγοι που εκφεύγουν της σφαίρας επιρροής του δεν έχουν καταστήσει δυνατή την έγκαιρη παραλαβή της από την αναθέτουσα αρχή. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, όπως ισχυρίζεται στις 07/02/2022, δηλαδή αμέσως μετά την ηλεκτρονική υποβολή της προσφοράς της, προέβη σε ταχυδρομική αποστολή του πρωτοτύπου της εγγυητικής επιστολής, όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. .... αποδεικτικό (voucher) της εταιρείας ταχυμεταφορών ....., στο οποίο μάλιστα αναγράφεται ρητώς στο πεδίο

## **Αριθμός απόφασης: 740 /2022**

«Παρατηρήσεις»: «Για πρωτόκολλο. Παράδοση έως 09/02/2022», αποδεικνύοντας με αυτό τον τρόπο την πρόθεσή της για έγκαιρη προσκόμιση της εγγυητικής επιστολής στην αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, στις 09/02/2022 (μία ημέρα δηλαδή πριν τον ηλεκτρονικό άνοιγμα των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών), δεδομένων των πολύ δυσμενών καιρικών συνθηκών που επικρατούσαν στη χώρα εκείνες της ημέρες (είχε εξαγγελθεί απαγορευτικό απόπλου των πλοίων στο Αιγαίο πέλαγος), υπάλληλος της εταιρείας μας «.....», η οποία παρακολουθούσε ηλεκτρονικά την πορεία του φακέλου, διαπίστωσε ότι αυτός δεν είχε φτάσει στον προορισμό του στις 09/02/2022 και έστειλε ηλεκτρονικό μήνυμα στην αναθέτουσα αρχή (στην ηλεκτρονική διεύθυνση που αναγράφεται στο τεύχος της διακήρυξης) στις 09/02/2022, στο οποίο εξέφραζε την ανησυχία της για την έγκαιρη παραλαβή της εγγυητικής επιστολής πριν το άνοιγμα των προσφορών και ταυτόχρονα επεσύναπτε το αποδεικτικό έγκαιρης αποστολής του φακέλου με την πρωτότυπη επιστολή συμμετοχής της ταχυμεταφορικής εταιρείας ..... καθώς και την συνοδευτική επιστολή της έντυπης υποβολής που περιείχε ο φάκελος που είχε αποσταλεί, πλην όμως η προσφορά της προσφεύγουσας τελικά απορρίφθηκε. Όμως, ο σκοπός της επίμαχης διάταξης της διακήρυξης περί ανάρτησης μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του αποδεικτικού παράδοσης του φακέλου της πρωτότυπης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αποκλειστικά και μόνο η ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής για την συμμόρφωση του διαγωνιζομένου στην υποχρέωση εμπρόθεσμης προσκόμισης της εγγυητικής επιστολής. Συνεπώς, τόσο από τη συστημική όσο και από τη γραμματική διατύπωσή του (αφού σε κανένα σημείο δεν αναφέρονται για την εν λόγω ανάρτηση οι φράσεις: «επί ποινή απαραδέκτου», «πρέπει», «οφείλει»), προκύπτει ότι δεν συνιστά ουσιώδη όρο της διακήρυξης, που έχει τεθεί επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς. Σε κάθε περίπτωση, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει προς παροχή διευκρινήσεων σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής: Το άρθρο 2.4.2.5 της Διακήρυξης ορίζει ότι «Έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης

## **Αριθμός απόφασης: 740 /2022**

των προσφορών προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε κλειστό-ούς φάκελο-ους, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού του παρόντος διαγωνισμού, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς του, τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά ενδεικτικά είναι: α) η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής, πλην των περιπτώσεων που αυτή εκδίδεται ηλεκτρονικά, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη, β) αυτά που δεν υπάγονται στις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999, γ) ιδιωτικά έγγραφα τα οποία δεν έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο ή δεν φέρουν θεώρηση από υπηρεσίες και φορείς της περίπτωσης α της παρ. 2 του άρθρου 11 του ν. 2690/1999 ή δεν συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση για την ακρίβειά τους, καθώς και δ) τα αλλοδαπά δημόσια έντυπα έγγραφα που φέρουν την επισημείωση της Χάγης (Apostille), ή προξενική θεώρηση και δεν έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο. Σε περίπτωση μη υποβολής ενός ή περισσότερων από τα ως άνω στοιχεία και δικαιολογητικά που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή, πλην της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει τη συμπλήρωση και υποβολή τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016.... Οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα, σε κλειστό φάκελο, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας, τα στοιχεία του παρόντος διαγωνισμού και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στην παρ. 3.1 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού. Η προσκόμιση των εγγυήσεων συμμετοχής πραγματοποιείται είτε με κατάθεση του ως άνω φακέλου στην υπηρεσία πρωτοκόλλου της αναθέτουσας αρχής, είτε με την αποστολή του ταχυδρομικός, επί αποδείξει. Το βάρος απόδειξης της έγκαιρης προσκόμισης φέρει ο οικονομικός φορέας. Το εμπρόθεσμο αποδεικνύεται με την επίκληση του αριθμού πρωτοκόλλου ή την προσκόμιση του σχετικού αποδεικτικού αποστολής κατά περίπτωση. Στην περίπτωση που επιλεγεί η αποστολή του φακέλου της εγγύησης συμμετοχής ταχυδρομικός, ο οικονομικός φορέας αναρτά, εφόσον δεν διαθέτει αριθμό έγκαιρης εισαγωγής του φακέλου του στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης

## **Αριθμός απόφασης: 740 /2022**

των προσφορών, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», τα σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης(αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου- ταχυμεταφορών), προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσής του σχετικά με την (εμπρόθεσμη) προσκόμιση της εγγύησης συμμετοχής του στον παρόντα διαγωνισμό...».

Επίσης, το άρθρο 2.2.2.1 της διακήρυξης ορίζει ότι «Οι πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής, πλην των εγγυήσεων που εκδίδονται ηλεκτρονικά, προσκομίζονται, σε κλειστό φάκελο με ευθύνη του οικονομικού φορέα, το αργότερο πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται στην παρ. 3.1 της παρούσας, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού».

Τέλος, το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης ορίζει ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2 (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1.(Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας...».

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι επί ποινή απαραδέκτου η προσφεύγουσα έπρεπε να προσκομίσει την πρωτότυπη εγγυητική επιστολή συμμετοχής στην αναθέτουσα αρχή έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών. Στην περίπτωση μάλιστα που ο φάκελος της εγγυητικής επιστολής αποσταλεί ταχυδρομικώς, όπως εν προκειμένω έκανε η προσφεύγουσα, αυτή όφειλε να αναρτήσει, το αργότερο έως την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», το σχετικό αποδεικτικό στοιχείο προσκόμισης (αποδεικτικό κατάθεσης σε υπηρεσίες ταχυδρομείου-ταχυμεταφορών), προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή περί της τήρησης της υποχρέωσής της σχετικά με την εμπρόθεσμη προσκόμιση της εγγύησης συμμετοχής του στον παρόντα διαγωνισμό. Η προσφεύγουσα, όπως συνομολογεί, απέστειλε την εγγυητική επιστολή μέσω υπηρεσίας

## **Αριθμός απόφασης: 740 /2022**

ταχυμεταφοράς και ο φάκελος παρελήφθη από την αναθέτουσα αρχή στις 11.02.2022, ήτοι μια ημέρα μετά την αποσφράγιση των προσφορών στις 10.02.22 και δεν προχώρησε στην ανάρτηση του σχετικού αποδεικτικού κατάθεσης μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» μέχρι την ορισθείσα ημερομηνία, αλλά αντιθέτως απέστειλε, όπως ισχυρίζεται, στην αναθέτουσα αρχή μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Πλην όμως, η διακήρυξη όριζε ρητά επί ποινή απαραδέκτου ότι η διαδικασία ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής μπορούσε να γίνει μόνο μέσω ΕΣΗΔΗΣ, όπως εξάλλου ορίζει και το άρθρο 8 ΥΑ 56902/215/2017 σύμφωνα με το οποίο η μόνη, υποχρεωτική και επαρκής κατά νόμο λειτουργία ειδοποίησης, είναι η λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είχε υποβάλει ηλεκτρονικά την εγγυητική επιστολή και λόγω των άσχημων καιρικών συνθηκών δεν στάθηκε δυνατή η έγκαιρη αποστολή της πρωτότυπης επιστολής στην αναθέτουσα αρχή, πλην όμως οι ισχυρισμοί της αυτοί απορρίπτονται ως αβάσιμοι διότι η διακήρυξη ορίζει την έγκαιρη φυσική προσκόμιση αυτής και σε περίπτωση αδυναμίας έγκαιρης προσκόμισης, την διαδικασία απόδειξης του εμπροθέσμου υποβολής της μέσω ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης, αβάσιμα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει για διευκρινήσεις σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 και τούτο διότι στο άρθρο 2.4.2.5. ορίζεται ρητά ότι εξαιρείται η εγγυητική επιστολή συμμετοχής από την ρύθμιση του άρθρου αυτού και δεν προβλέπει τη δυνατότητα συμπλήρωσης. Σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δεν έχει τη δυνατότητα να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά. Εξάλλου, η αναφορά στο χωρίο της διακήρυξης που επικαλείται η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της, αφορά το στάδιο της προσκόμισης αποδεικτικών του προσωρινού αναδόχου σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, το οποίο όμως δεν εφαρμόζεται στο επίδικο στάδιο. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι ο πρώτος λόγος είναι αβάσιμος στο σύνολο του και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα στρέφεται παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και τούτο καθόσον δεν έχει αποκλειστεί οριστικά από τον διαγωνισμό με απόφαση δικαστηρίου που να έχει ισχύ δεδικασμένου (απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 επί της υποθέσεως C-771/19, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές



## **Αριθμός απόφασης: 740 /2022**

Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.). Εξάλλου, κατά το χρόνο εξέτασης της παρούσας προσφυγής έχει εκδοθεί η ανωτέρω αναφερόμενη απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 (επί της υποθέσεως C-771/19, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.), κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, με την οποία κρίθηκε ότι *«ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού του από τη διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλλει, με την ταυτοχρόνως ασκηθείσα αίτησή του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου, την οποία έπρεπε, βάσει του εθνικού δικαίου, να ασκήσει προηγουμένως ο εν λόγω προσφέρων κατά της απόφασης αποκλεισμού του, εφόσον η απόρριψη αυτή δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου»*. Επομένως, εν προκειμένω, γίνεται δεκτό ότι μετ' εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας καθότι η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν έχει αποκτήσει, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ισχύ δεδικασμένου, ώστε να είναι οριστικώς αποκλεισθείσα και άρα να θεωρείται τρίτη ως προς τον διαγωνισμό, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

11.Επειδή, κατ' ακολουθία, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας διότι ο διαγωνισμός είχε καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 07/02/2022 και ώρα 15:00 και ημερομηνία διενέργειας (ηλεκτρονικής αποσφράγισης) την 10/02/2022 και ώρα 15:00, σύμφωνα με τον όρο 3.1. της διακήρυξης, όμως ο φάκελος της παρεμβαίνουσας έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου (1265/11-02-2022), ενώ περαιτέρω ρητώς ορίζεται ότι: «Οι ανωτέρω φάκελοι παρελήφθησαν μετά την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των

## **Αριθμός απόφασης: 740 /2022**

προσφορών» και ως εκ τούτου μη νομίμως συνεπώς και κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της τυπικότητας έγινε αποδεκτή η προσφορά της διότι παραβίασε ρητό όρο της διακήρυξης και του άρθρου 72 παρ. 1 του Ν. 4412/016 περί εμπρόθεσμης προσκόμισης της εγγυητικής επιστολής πριν την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών «επί ποινή απαραδέκτου».

12. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής: Όπως εκτέθηκε στην ανωτέρω σκέψη 9 σχετικά με την οριζόμενη υποβολή της εγγυητικής επιστολής από τους συμμετέχοντες, η παρεμβαίνουσα στις 09.02.22 και ώρα 19:56:18 ανήρτησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την απόδειξη κατάθεσης στην υπηρεσία ταχυμεταφοράς, προκειμένου να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή για την εμπρόθεσμη προσκόμιση της εγγυητικής συμμετοχής της, όπως προβλέπεται ρητώς στον όρο 2.4.2.5. Επομένως, το γεγονός ότι ο φάκελος με την πρωτότυπη εγγυητική συμμετοχής της παρελήφθη μετά την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών, δεν οδηγεί στην απόρριψη της προσφοράς της όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και ο υπό κρίση λόγος πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο ισχυρίζεται ότι η διαδικασία πάσχει από πλημμέλειες όπως επίσης και το πρακτικό γνωμοδότησης. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 40/25.02.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ενέκρινε το υπ' αριθμ. 1ο/10.02.2022 Πρακτικό «Διενέργειας διαγωνισμού Α' στάδιο: Ηλεκτρονική Αποσφράγιση – Αξιολόγηση του (υπο) φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» της αρμόδιας Επιτροπής, σύμφωνα με το οποίο η Επιτροπή συνεδρίασε στις 10/02/2022, η οποία και πράγματι ήταν, η οριζόμενη βάσει της διακήρυξης ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού. Πλην όμως στο ως άνω Πρακτικό αναφέρονται οι αριθμοί πρωτοκόλλου των φακέλων των εγγυητικών επιστολών και των δύο οικονομικών φορέων που συμμετείχαν, με ημερομηνία 11/02/2022 και ως εκ τούτου πρόκειται για μη τήρηση της νόμιμης διαδικασίας κατά την αποσφράγιση των προσφορών. Επίσης, ισχυρίζεται ότι δεν τηρήθηκε η διαδικασία του αρ. 72 του Ν. 4412/201, διότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να εκδώσει αρχικά την απόφαση με την απόρριψη της προσφοράς της, στη συνέχεια να κοινοποιηθεί η απόφαση αυτή σε όλους τους συμμετέχοντες, παρέχοντάς της και τη δυνατότητα άσκησης προδικαστικής προσφυγής και μετά

## **Αριθμός απόφασης: 740 /2022**

να προχωρήσει στην υπόλοιπη διαδικασία.

14. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω τρίτο λόγο: Η Επιτροπή του διαγωνισμού άρχισε τη συνεδρίασή της στις 10.02.2022 και συνέχισε τις επόμενες ημέρες έως τις 12.02.2022, με αποτέλεσμα εκ παραδρομής να μην τεθεί αρχικά η σωστή ημερομηνία. Εξάλλου, στο τέλος της προσβαλλομένης απόφασης που εμπεριέχει το πρακτικό, όπως κατ' ορθή επανάληψη αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, αναγράφεται η ημερομηνία 12.02.22 κατά την οποία ολοκληρώθηκε η συνεδρίαση της Επιτροπής. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση σε καμία περίπτωση δεν πάσχει από πλημμέλειες και ο υπό κρίση ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Περαιτέρω, όσον αφορά την δεύτερη αιτίαση της προσφεύγουσας πρέπει να τονιστεί ότι το κρίσιμο ζήτημα είναι η κάθε απόφαση να προηγείται χρονικά από την επόμενη και να αναφέρεται σε αντίστοιχο πρακτικό. Η αναθέτουσα αρχή εν προκειμένω, πρώτα έκρινε τα περί εμπροθέσμου ή μη προσκόμισης της εγγυητικής συμμετοχής, μετά αποφάσισε την απόρριψη εξ αυτού του λόγου την προσφορά της προσφεύγουσας, στη συνέχεια προχώρησε στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, κατόπιν στην αξιολόγηση και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών, ύστερα στη βαθμολόγηση και εν τέλει προχώρησε στην τελική εκτελεστή απόφαση. Η προσφεύγουσα δεν στερήθηκε κάποιο νόμιμο δικαίωμα της από τις ανωτέρω ενέργειες της αναθέτουσας αρχής και ως εκ τούτου οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προβάλλονται αβάσιμα. Επομένως, ο υπό κρίση τρίτος λόγος πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του.

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

**Αριθμός απόφασης: 740 /2022**

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 18 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ**

**ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ**