

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση:
Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 10.09.2021 με ΓΑΚ 1738/13.09.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» (διακριτικός τίτλος: «.....»), που εδρεύει στ... .., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 17.09.2021 Παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 17.09.2021 Παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 20.09.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθμ. 1607(δ)/5-08-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της κατά το μέρος που αποφασίστηκε κατόπιν έγκρισης των αποτελεσμάτων της 1ης και 2^{ης} Φάσης του Διαγωνισμού η ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη της εν θέματι διαγωνιστικής διαδικασίας της εταιρείας με προσφερόμενο τίμημα 241.467,84€ και κατά το μέρος κατά το οποίο δεν απέρριψε και τις υποβληθείσες προσφορές των εταιρειών,, και

Με τις Παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν 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 καιάρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ποσού €930,00.

2.Επειδή,με την υπ'αριθμ. διακήρυξη RFP-372/19, (ΕΣΗΔΗΣ): προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για δύο (2) έτη με δικαίωμα της να παρατείνει μονομερώς τη σύμβαση έως ένα (1) επιπλέον έτος, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, με συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη ύψους 279.000,00 € χωρίς ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος παράτασης. 3.Επειδή,στον διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και μεταξύ άλλων άπασες οι παρεμβαίνουσες. Την 31-08-2021 αναρτήθηκε μέσω της λειτουργικότητας Επικοινωνία του ΕΣΗΔΗΣ το με αριθμ. πρωτ. /30-08-2021 έγγραφο του Προέδρου της Επιτροπής του Διαγωνισμού δια του οποίου κοινοποιήθηκε η με αριθμ. 1607(δ)/5-08-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της καθώς και αντίγραφα του 1ου και 2ου Πρακτικού της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η επικύρωση των αποτελεσμάτων της 1ης και 2ης Φάσης του Διαγωνισμού και η ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη της εταιρείας με προσφερόμενο τίμημα 241.467,84€ για τρία έτη χωρίς ΦΠΑ. Συγκεκριμένα σύμφωνα με τα συγκοινοποιηθέντα και εγκριθέντα Πρακτικά της Επιτροπής του Διαγωνισμού αποφασίστηκε καταρχήν η αποδοχή των προσφορών του συνόλου των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων και η ανάδειξη της εταιρείας ως προσωρινής αναδόχου με προσφερόμενη τιμή για τα δύο έτη χωρίς ΦΠΑ ύψους 160.978,56€. Η προσφεύγουσα κατετάγη τρίτη (3η) κατά σειρά κατάταξης έχοντας προσφέρει τιμή ύψους 164.328,00€ για τα δύο έτη χωρίς ΦΠΑ, ενώ 2η κατετάγη η εταιρεία με προσφερόμενη τιμή ύψους 163.920,00€.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες στις 31.08.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 10.09.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του

Αριθμός απόφασης: Σ 782 /2022

Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, 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.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 10.09.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ τις από 27.09.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 28.09.2021, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς το από 04.10.2021 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 παρεμβαίνουν άπασες οι παρεμβαίνουσες εταιρείες, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε αυτές μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 10.09.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και οι εν λόγω παρεμβάσεις ασκήθηκαν με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εντός της προβλεπόμενης 10ήμερης προθεσμίας, οι παρεμβαίνουσες, δε, έχουν προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβουν, αφού επιδιώκουν τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχουν γίνει δεκτές οι προσφορές τους.

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 ουσιωδών 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 αναζητείτο πραγματικό νόημα των

Αριθμός απόφασης: Σ 782 /2022

ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε σιωπηρά από το κρίνον Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ.

9. Επειδή, η ως άνω σιωπηρή απόρριψη της Α.Ε.Π.Π. και ήδη ΕΑΔΗΣΥ ακυρώθηκε με την υπ'αριθμ. Α568/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Κατόπιν τούτου η υπόθεση αναπέμφθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ προκειμένου να ασκήσει εκ νέου την αρμοδιότητά της και να προβεί σε κρίση των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής

10. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς των εταιρειών «.....», «.....», «.....», «.....». Όσον αφορά το σκέλος της προσφυγής που στρέφεται κατά της προσφοράς των εταιρειών «.....» και «.....» αυτό πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτο ελλείψει εννόμου συμφέροντος και τούτο διότι οι προαναφερθείσες εταιρείες έπονται στη σειρά μειοδοσίας της προσφεύγουσας και δεν έχει ασκηθεί από καμία συμμετέχουσα εταιρεία προδικαστική προσφυγή κατά της προσφοράς της προσφεύγουσας ώστε να αμφισβητηθεί τυχόν η παραμονή της στον διαγωνισμό.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά των εταιρειών «.....» και «.....» διότι όπως αναφέρει επί λέξει «δεν υπέβαλλαν στο φάκελο της Τεχνικής Προσφοράς τους το επί ποινή αποκλεισμού τασσόμενο έγγραφο της ηλεκτρονικής αναγγελίας στο ΣΕΠΕ...Με δεδομένη την έλλειψη υποβολής για κάθε μία εκ των ανωτέρω εταιρειών του επί ποινή αποκλεισμού εγγράφου, η Επιτροπή του Διαγωνισμού όφειλε να διαγνώσει την πλημμέλεια και να απορρίψει τις προσφορές τους λόγω μη πλήρωσης των απαιτήσεων της τεχνικής προσφοράς (μεταξύ πολλών ΔΕΦΑΘ 129/2021, 130/2021). Ωστόσο, εσφαλμένως η Επιτροπή του Διαγωνισμού κάλεσε κάθε μία εξ αυτών προς παροχή διευκρινίσεων εντός επτά (7) ημερών από τη λήψη της την προσκόμιση του εγγράφου, κάνοντας χρήση του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, αναφορικά με την προσωρινή ανάδοχο εταιρεία όπως ρητώς διαπίστωσε η Επιτροπή του Διαγωνισμού στο 1ο Πρακτικό Αξιολόγησης «Η τεχνική προσφορά της εταιρείας δεν περιέχει τα έντυπα της ηλεκτρονικής

Αριθμός απόφασης: Σ 782 /2022

αναγγελίας στο ΣΕΠΕ του Τεχνικού Ασφαλείας και του Ιατρού Εργασίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 12.4.3. του τεύχους Διακήρυξη αλλά μία Υπεύθυνης Δήλωση συνεργασίας με εταιρεία ΕΞΥΠΠ. Αναφορικά με την προσφορά της εταιρείας διαπίστωσε ότι : «Η τεχνική προσφορά της εταιρείας δεν περιείχε το έντυπο της ηλεκτρονικής αναγγελίας στο ΣΕΠΕ του Ιατρού Εργασίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 12.4.3. του τεύχους Διακήρυξη, αλλά μία δυσανάγνωστη σφραγίδα με έναν αριθμό πρωτοκόλλου εκτυπωμένη σε μία απλή σελίδα».

12. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο: Όπως συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή με τις υποβληθείσες απόψεις της, η Επιτροπή Διαγωνισμού κατόπιν ελέγχου του (Υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» διαπίστωσε ότι όσον αφορά στις Διαγωνιζόμενες Εταιρείες «.....» και «.....» υπήρχαν ασάφειες ως προς τα υποβληθέντα έγγραφα αναφορικά με την ηλεκτρονική αναγγελία στο ΣΕΠΕ του Ιατρού Εργασίας και Τεχνικού Ασφαλείας. Κατόπιν, διεξοδικής συζήτησης η Επιτροπή αποφάσισε να ζητήσει συμπληρώσεις και διευκρινίσεις επί των ήδη υποβληθέντων στοιχείων. Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα η υποβολή άλλων στοιχείων και όχι της ηλεκτρονικής αναγγελίας δεν μπορούσε να θεωρηθεί ασάφεια της προσφοράς των ανωτέρω παρεμβαινουσών εταιρειών προκειμένου να τύχει εφαρμογής το άρθρο 102 του ν.4412/2016. Επομένως, από τη στιγμή που όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η κλήση της αναθέτουσας αρχής δεν αφορά διευκρίνιση ή συμπλήρωση ασαφειών, επουσιωδών πλημμελειών ή προδήλων τυπικών σφαλμάτων των στοιχείων που έχουν υποβάλει οι διαγωνιζόμενοι με την προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 206/2020) αλλά τουναντίον το πρώτον υποβολή ελλείποντος επί ποινή αποκλεισμού οριζόμενου εγγράφου, ήτοι της ηλεκτρονικής αναγγελίας στο ΣΕΠΕ, οι προσφορές των εταιρειών «.....» και «.....» καθίστανται απορριπτέες. Επίσης, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι σε κάθε περίπτωση τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του ν.4782/2021 (και άρχισε να ισχύει από 01.03.2021) είναι αβάσιμος και τούτο διότι παρότι με το αρ. 22 ν.4903/2022 (46/Α/05.03.2022) ορίζεται ότι «Το άρθρο 42, με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. [4412/2016](#), καταλαμβάνει και εφαρμόζεται και στις εκκρεμείς,

κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος του παρόντος, διαγωνιστικές διαδικασίες, εκτός εάν έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά». Επειδή, πλέον συντρέχουν μεν χρονικά οι προϋποθέσεις εφαρμογής του αρ. 42 ν. 4782/2021, αλλά όχι και ουσιαστικά και τούτο διότι μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση είχε τεθεί επί ποινή απόρριψης της προσφοράς (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgna Srl σκ.22 , της 7ης Σεπτεμβρίου 2021 Claipedos C 927/19, σκ.93, ΣΕ 147/2022 σκ.34 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32,663/2022 σκ.16 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη), γίνεται δεκτός ο οικείος λόγος ως βάσιμος και πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές των ως άνω εταιρειών.

13. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τους υπόλοιπους λόγους της προσφυγής της στρέφεται ξανά κατά της προσφοράς των παρεμβαινουσών εταιρειών «.....» και «.....», πλην όμως η εξέταση αυτών καθίσταται αλυσιτελής διότι η προσφορά αυτών έχει ήδη κριθεί απορριπτικά όπως εκτέθηκε στην ως άνω σκέψη 11.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση της εταιρείας «.....» και απορρίπτει τις υπόλοιπες παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές των εταιρειών «.....» και «.....», σύμφωνα με τα

Αριθμός απόφασης: Σ 782 /2022

διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 25 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η Γραμματέας

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ

α/α

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ