

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 25^η Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 17.07.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1093/18.07.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με το διακριτικό τίτλο «NEW ALERT» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 25.07.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../05-07-2023 (Θέμα ...) απόφαση του ..., με την οποία εγκρίθηκε το 2ο πρακτικό και κατακυρώθηκε οριστικά η σύμβαση στην παρεμβαίνουσα.

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 το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ... ποσού € 805,60.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός μειοδοτικός διαγωνισμός με αντικείμενο

Αριθμός απόφασης: 1440/2023

την παροχή υπηρεσίας με τίτλο «Επισκευές και συντηρήσεις των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων των ...», διάρκειας τριακοσίων εξήντα πέντε (365) ημερολογιακών ημερών και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 161.120,14 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (εκτιμώμενη αξία συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ: 199.788,97€, ΦΠΑ : 38.668,13€). Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών ήταν η 9η/12/2022 ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Η αρμόδια επιτροπή διαγωνισμού με το, από 13-01-2022, 1ο πρακτικό εισηγήθηκε την αποδοχή των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και των δύο ως άνω εταιρειών και προχώρησε στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, από την οποία προέκυψε ότι η παρεμβαίνουσα είχε υποβάλει οικονομική προσφορά ποσού 159.495,98 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. και ότι η προσφεύγουσα είχε υποβάλει οικονομική προσφορά ποσού 159.508,94 ευρώ πλέον Φ.Π.Α.. Κατόπιν τούτου, η αρμόδια επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού. Το ανωτέρω πρακτικό εγκρίθηκε δυνάμει της απόφασης του ... της αναθέτουσας αρχής κατά την 23η Συνεδρίαση Ακαδημαϊκού Έτους 2022-2023 της 30ης-01-2023 (Θέμα ..., ΑΔΑ: ..., αριθμ. πρωτ. εισερχ.: .../05-04-2023). Εν συνεχεία η παρεμβαίνουσα κλήθηκε προς υποβολή των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, τα οποία έγιναν δεκτά από την αρμόδια επιτροπή διαγωνισμού με το, από 04-05-2023, 2^ο πρακτικό αυτής. Το ανωτέρω πρακτικό εγκρίθηκε δυνάμει της απόφασης του ... της αναθέτουσας αρχής κατά την 53η Συνεδρίαση Ακαδημαϊκού Έτους 2022-2023 της 3ης-07-2023 (Θέμα ..., ΑΔΑ: ..., αριθμ. πρωτ. εισερχ.: .../05-07-2023).

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 05.07.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 17.07.2023, ημέρα Δευτέρα, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, 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. Η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας

Αριθμός απόφασης: 1440/2023

προσφυγής, αφού επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η παρεμβαίνουσα.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 19.07.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις από 27.07.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

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 στις 19.07.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 25.07.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και με σαφές έννομο συμφέρον καθότι η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί οριστική ανάδοχος.

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 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 μοναδικό λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι από το υποβληθέν ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας της παρεμβαίνουσας, το οποίο προσκομίσθηκε μαζί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του διαγωνισμού, σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στο άρθρ.

Αριθμός απόφασης: 1440/2023

2.2.9.2. παρ. Β.1 της διακήρυξης, προκύπτει ότι η τελευταία όφειλε να είχε υποβάλλει ένορκη βεβαίωση, καθώς το ως άνω πιστοποιητικό δεν καλύπτει, όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στην περ. β΄ της παραγράφου 2.2.3.4. και στην συγκεκριμένη περίπτωση την δήλωση περί μη υπαγωγής σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω λόγο: Το άρθρο 2.2.3.4 της διακήρυξης ορίζει ότι: *«Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις:...(β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης και δεν τηρεί τους όρους αυτής ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου.»*. Περαιτέρω, το άρθρο 2.2.9.2. αποδεικτικά μέσα παρ. Β1 της διακήρυξης ορίζει ότι: *«Β.1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα δικαιολογητικά που αναφέρονται παρακάτω: Αν το αρμόδιο για την έκδοση των ανωτέρω κράτος-μέλος ή χώρα, δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφα ή πιστοποιητικά ή όπου το έγγραφο ή τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 περ. α΄ και β΄, καθώς και στην περ. β΄ της παραγράφου 2.2.3.4, τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά μπορεί να αντικαθίστανται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας...i) Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας από το αρμόδιο Πρωτοδικείο, από το οποίο προκύπτει ότι δεν τελούν υπό πτώχευση, πτωχευτικό συμβιβασμό ή υπό αναγκαστική διαχείριση ή δικαστική εκκαθάριση ή ότι δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης. Για τις ΙΚΕ προσκομίζεται επιπλέον και πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. περί μη έκδοσης απόφασης λύσης ή κατάθεσης αίτησης λύσης του*

Αριθμός απόφασης: 1440/2023

νομικού προσώπου, ενώ για τις ΕΠΕ προσκομίζεται επιπλέον πιστοποιητικό μεταβολών.».

Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπέβαλε συμπεριέλαβε τα υπ' αριθμ. πρωτ.: .../31-10-2022 και .../29-03-2023 ενιαία πιστοποιητικά δικαστικής φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου Αθηνών. Όπως έχει ήδη κριθεί ad hoc με την υπ' αριθμ. 430/2023 (σκέψη 7) απόφαση του κρίνοντος Κλιμακίου ΕΑΔΗΣΥ, η οποία μάλιστα επικυρώθηκε με την υπ' αριθμ. 448/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, από την επισκόπηση των ως άνω υποβληθέντων ενιαίων πιστοποιητικών δικαστικής φερεγγυότητας σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στο άρθρ. 2.2.9.2. παρ. Β.1 της διακήρυξης, προέκυψε ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να είχε υποβάλλει ένορκη βεβαίωση, καθώς τα προαναφερόμενα πιστοποιητικά δεν καλύπτουν (ως εξάλλου ρητώς βεβαιώνεται σε αυτά), όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στην περ. β' της παραγράφου 2.2.3.4, απορριπτομένων των σχετικών ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας. Η αναθέτουσα αρχή, ενέκρινε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χωρίς να ζητήσει τη συμπλήρωση, ως είχε το δικαίωμα κατ' άρθρο. 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και του άρθρο 3.2 της διακήρυξης της επίμαχης έλλειψης από την προσωρινή ανάδοχο, αφού το πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας, ενόψει και του προμνησθέντος περιεχόμενου του, δεν καλύπτει τον κρινόμενο λόγο αποκλεισμού, άλλως την υποβολή ένορκης βεβαίωσης που να αποδεικνύει τη μη συνδρομή του ως άνω λόγου αποκλεισμού. Την ως άνω πλημμέλεια, άλλωστε, όφειλε να διαπιστώσει η αρμόδια επιτροπή του διαγωνισμού, και τούτο αφού, κατά τα παγίως νομολογιακώς κριθέντα, οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να μην εφαρμόζουν τους όρους που οι ίδιες έθεσαν στη διακήρυξη (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 16.04.2015, υπόθεση C-278/14, SC EnterpriseFocusedSolutions SRL, σκέψη 27 Στε 1894/2022). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή, παρά την ύπαρξη της επίμαχης έλλειψης/πλημμέλειας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας, λόγω της μη προσκόμισης των εν λόγω υποχρεωτικών δικαιολογητικών κατακύρωσης, μη νομίμως και αναιτιολογήτως τα έκρινε ως πλήρη.

Όμως, όπως κρίθηκε ad hoc με την ως άνω απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, η έλλειψη υποβολής στην αναθέτουσα αρχή από την παρεμβαίνουσα εταιρεία, ένορκης βεβαίωσης ως δικαιολογητικού κατακύρωσης

Αριθμός απόφασης: 1440/2023

για τον μνημονευόμενο λόγο, σε αντικατάσταση του ελλείποντος πιστοποιητικού της αρμόδιας αρχής περί μη θέσεως της σε καθεστώς πτωχευτικού συμβιβασμού, δεν συνεπάγεται άνευ άλλου την απόρριψη της προσφοράς της, καθόσον, κατά την έννοια των διατάξεων αφενός του άρθρου 103 του ν.4412/2016, όπως ισχύει, αφετέρου του, όμοιου περιεχομένου, όρου 3.2 της διακήρυξης, δεν χωρεί αποκλεισμός του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου λόγω διαπιστωθεισών πλημμελειών στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πριν από την κλήση του τελευταίου αυτού να συμπληρώσει τα ελλείποντα (ή ελλιπή) δικαιολογητικά και την πάροδο της σχετικής ταχθείσας προθεσμίας. Σε περίπτωση που δεν τηρηθεί η υποχρέωση αυτή προς κλήση του προσωρινού αναδόχου, η υπόθεση αναπέμπεται κατ' αρχήν στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία αυτή να εκπληρώσει προηγουμένως την υποχρέωσή της (βλ. ΣΤΕ 1894,1020/2022, πρβλ. ΣΤΕ 1/2020, Ε.Α. 37/2021), προς κλήση του προσωρινού αναδόχου, και ακολούθως να κρίνει αρμοδίως αν συμπληρώθηκαν ορθά και αποτελεσματικά οι ελλείψεις, χωρίς ουσιαστική τροποποίηση της προσφοράς ή άλλη παραβίαση του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού. (Δ.Εφ. Αθ. 1639/2023). Κατόπιν τούτων, πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει δεκτή η κρινόμενη προσφυγή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση. Οφείλει δε, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, σε εκπλήρωση της ανωτέρω διαδικαστικής υποχρέωσής της, να καλέσει την παρεμβαίνουσα προς υποβολή του ελλείποντος, κατά τα ανωτέρω, δικαιολογητικού (ένορκης βεβαίωσης), εντός της προθεσμίας που προβλέπεται στο άρθρο 103 παρ. 2 του ν.4412/2016.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και αναπέμπει την

Αριθμός απόφασης: 1440/2023

υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να την καλέσει για κάλυψη της έλλειψης του εν λόγω δικαιολογητικού κατακύρωσης κατ' άρθρο 103 ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 25^η Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 16^η Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ