

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 09^η Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 07.08.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1212/07.08.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «Α. Ε.Ε.», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «Τ. Μ.Ε.Π.Ε» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 24.08.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμ. .../61/2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που μη νομίμως κλήθηκε η παρεμβαίνουσα να προσκομίσει εκ νέου τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος του διαγωνισμού.

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 € 964,00.

2. Επειδή, με την με αριθμ. ΑΔΑΜ ...διακήρυξη του Δήμου ..., συνολικού

Αριθμός απόφασης: 1567/2023

προϋπολογισμού 192.770 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός διαγωνισμός για την προμήθεια «Εξοπλισμού πρόσβασης και εξυπηρέτησης αναγκών ΑμεΑ σε παραλίες του Δήμου ...» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) για το σύνολο της προμήθειας. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια εξοπλισμού πρόσβασης και εξυπηρέτησης αναγκών ΑμεΑ σε παραλίες του Δήμου

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχε η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Τα πρακτικά I και II εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμόν .../2021 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και αποφασίσθηκε η ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού. Μετά από σχετική πρόσκληση του Δήμου ..., η παρεμβαίνουσα απέστειλε στις 11-3-2023, μέσω της Διαδικτυακής πύλης του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Κατόπιν ελέγχου και αξιολόγησης των ανωτέρω δικαιολογητικών, η επιτροπή διαγωνισμού με το από 14.03.2023 3ο πρακτικό της εισηγήθηκε την κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτήν. Με την από 17.03.2023 υπ' αριθμόν .../2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκε το ανωτέρω πρακτικό και αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωση της σύμβασης στην παρεμβαίνουσα. Κατά της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε ανάδοχος, η προσφεύγουσα άσκησε την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 454/3.4.2023 προδικαστική προσφυγή, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθμόν 813/2023 απόφαση του 2ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία την έκανε δεκτή και ακύρωσε την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής. Κατόπιν αυτού, η αναθέτουσα αρχή ακύρωσε τη με αριθμό ...2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής και απέστειλε προς την προσωρινή ανάδοχο παρεμβαίνουσα εταιρεία «Τ. ΜΕΠΕ» την υπ' αριθμ. 13376/16-6-2023 νέα πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η τελευταία, στις 26.06.2023 προσκόμισε εκ νέου το σύνολο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία εξετάστηκαν από την επιτροπή διαγωνισμού και κρίθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού. Τα ως άνω αποτυπώθηκαν στο 4ο πρακτικό της επιτροπής, το οποίο εγκρίθηκε με τη με αριθμό .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 27.07.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: 1567/2023

προσφυγή στις 07.08.2023, 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 στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017. Η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής, αφού επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η παρεμβαίνουσα.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή στους συμμετέχοντες στις 14.08.2023 και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις από 22.08.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτως στις 28.08.2023, ημέρα Δευτέρα, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6. 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).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως κάλεσε την παρεμβαίνουσα να προσκομίσει ελλείποντα δικαιολογητικά, αφού κάτι τέτοιο δεν επιτρεπόταν από την με αριθμ. 813/2023 απόφαση του 2ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, αλλά αντίθετα έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά της. Με αυτό τον τρόπο παραβιάσθηκε το αρθρ. 103 παρ. 1 του Ν.4412/2016, αφού δε συνέτρεχε περίπτωση εφαρμογής του αρθρ. 103 παρ. 2 του άνω νόμου, ούτε αυτό εξάλλου

Αριθμός απόφασης: 1567/2023

προκύπτει από την κλήση, ενώ, ούτε στην απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ υπήρχε ρητή σκέψη περί αναπομπής της υπόθεσης στην αναθέτουσα αρχή, περαιτέρω δε, ούτε από το σκεπτικό της απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ προέκυπτε δυνατότητα κλήσης προς προσκόμιση του ένδικου δικαιολογητικού, το οποίο μάλιστα, όλως επικουρικά, έπρεπε να προσκομισθεί άπαξ. Τέλος, ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή εξάντλησε την αρμοδιότητά της με την πρώτη κλήση αυτής.

8. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο: με τη με αριθμό 813/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ κρίθηκε ότι η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε το απαιτούμενο επί ποινή αποκλεισμού πιστοποιητικό περί ηλεκτρομαγνητικής συμβατότητας ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, συνεπεία δε τούτου, η απόφαση με αριθμό ...2023 της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμη και έπρεπε να ακυρωθεί. Κατόπιν αυτού η αναθέτουσα αρχή, αφού πρώτα ακύρωσε τη με αριθμό ...2023 απόφαση της συμμορφούμενη με την ως άνω απόφαση ΕΑΔΗΣΥ, εφάρμοσε τις διατάξεις του άρθρου 103 παράγραφος 1 ν. 4412/2016 και κάλεσε εκ νέου την παρεμβαίνουσα να υποβάλει το σύνολο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με τη με αριθμό πρωτοκόλλου 13376/16-6-2023 νέα πρόσκλησή της. Η κλήση όμως αυτή της αναθέτουσας αρχής προς την παρεμβαίνουσα για να υποβάλει εκ νέου όλα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης είναι μη νόμιμη για τους εξής λόγους: Καταρχήν η με αριθμό 813/2023 απόφαση ΕΑΔΗΣΥ ακύρωσε την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής χωρίς να αναπέμψει την υπόθεση στην τελευταία. Μάλιστα σε κανένα σημείο της προαναφερθείσας απόφασης δεν εκφέρεται σκέψη περί αναπομπής. Επιπροσθέτως, τόσο η αναθέτουσα αρχή, όσο και η παρεμβαίνουσα δεν είχαν προβάλει κάποιο σχετικό ισχυρισμό περί νέας κλήσης για διευκρινήσεις. Με αυτό τον τρόπο καθίσταται σαφές ότι η στην παρούσα προσβαλλόμενη απόφαση συμμορφώθηκε εσφαλμένα με την ακυρωτική απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία ούτε κατά το σκεπτικό, ούτε κατά το διατακτικό της αναφερόταν σε εκ νέου κλήση της παρεμβαίνουσας ή σε αναπομπή της υπόθεσης στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου η τελευταία να ασκήσει εκ νέου την αρμοδιότητά της. Επίσης, ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι η αναθέτουσα αρχή νομίμως μπορούσε να καλέσει την παρεμβαίνουσα να υποβάλει το επίμαχο πιστοποιητικό περί ηλεκτρομαγνητικής συμβατότητας, όφειλε να εξαντλήσει το περιεχόμενο της κλήσης για διευκρινήσεις μόνο σε αυτό το πιστοποιητικό.

Αριθμός απόφασης: 1567/2023

Αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε την παρεμβαίνουσα να υποβάλει εκ νέου το σύνολο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διορθώνοντας έτσι τυχόν πλημμέλειές τους. Όμως με αυτό τον τρόπο, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η με αριθμό πρωτοκόλλου 13376/16-6-2023 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής συνιστά ανεπίτρεπτη δεύτερη πρόσκληση της παραγράφου 1 του άρθρου 103 ν. 4412/2016 για την προσκόμιση του συνόλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία μάλιστα ήταν διαφορετικά από τα προηγούμενα (βλ. ασφαλιστικές, φορολογικές ενημερότητες με διαφορετικό χρόνο ισχύος, την από 23.06.2023 βεβαίωση του ΕΜΠ, την από 26.06.2023 βεβαίωση της ...), παρόλο που η αναθέτουσα αρχή έχει εξαντλήσει τη σχετική αρμοδιότητά της.

Η αναθέτουσα αρχή αβάσιμα ισχυρίζεται ότι μετά την αρχική ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης κατέστη εκ νέου εκκρεμές ενώπιόν της ολόκληρο το διαδικαστικό στάδιο της ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και τούτο διότι η συμμόρφωσή της όφειλε να λάβει χώρα με δεδομένη την ήδη κριθείσα έλλειψη του επίμαχου πιστοποιητικού και όχι με βάση νέα δεδομένα και δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, τα οποία μη νομίμως αναζήτησε και μη νομίμως αξιολόγησε η αναθέτουσα αρχή, κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης εκ μέρους της απόφασης. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι όπως κρίθηκε με την υπ'αριθμ.813/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η παρεμβαίνουσα δεν απέδειξε, ως όφειλε, την πλήρωση των απαιτήσεων της μελέτης του διαγωνισμού σχετικά με την ηλεκτρομαγνητική συμβατότητα του προσφερόμενου εκ μέρους της προϊόντος, με αποτέλεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 5 του άρθρου 103 ν. 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απορρίψει την προσφορά της από τον διαγωνισμό. Επομένως, ο υπό κρίση πρώτος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός στο σύνολό του και να απορριφθούν οι αντίθετοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

9. Επειδή, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, η προσφορά της παρεμβαίνουσας τυγχάνει απορριπτέα, καθώς ο πρώτος λόγος που προβάλλεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, ενώ παρέλκει η εξέταση των υπόλοιπων ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατά της αποδοχής της προσφοράς, δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη αυτής (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019,

Αριθμός απόφασης: 1567/2023

239/2019, ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

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

12. 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 την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 09^η Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε την 30^η Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ