

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 27 Οκτωβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος – Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 18.09. 2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1417/20.09.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά : «...» (εφ' εξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του οικονομικού φορέα «...» (εφ' εξής ο «παρεμβαίνων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθούν οι με αριθμό ... και .../2023 αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής του ... , δυνάμει των οποίων ανακηρύχθηκε ανάδοχος, προσωρινός και οριστικός, αντίστοιχα, ο οικονομικός φορέας «...», αναφορικά με τις ομάδες Δ1, Δ2, Δ3 και Δ4 του εν θέματι διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο, με κωδικό ... ποσού 600€, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

Αριθμός Απόφασης: 1677/2023

2.Επειδή, με την υπ' αρ. πρωτ. .../2023 διακήρυξη (αριθμός μελέτης .../2023), για την «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 1.805.706,86€, άνευ Φ.Π.Α., και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής, για το σύνολο των ειδών της εκάστοτε ομάδας. Σύμφωνα με την παράγραφο 1.3 της Διακήρυξης, ο εν θέματι διαγωνισμός υποδιαιρείται στις ομάδες Α, Β, Γ και Δ. Εν προκειμένω, η ομάδα Δ υποδιαιρείται στις ομάδες Δ1, Δ2, Δ3 και Δ4.

3.Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρίστηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 22.05.2023 με ΑΔΑΜ ... , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

4.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς και δη η προσφεύγουσα και ο παρεμβαίνων. Με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις, προσωρινός και οριστικός ανάδοχος αναδείχθηκε ο οικονομικός φορέας «...» (ήτοι ο «παρεμβαίνων»), αναφορικά με τις ομάδες Δ1, Δ2, Δ3 και Δ4 του εν θέματι διαγωνισμού. Κατά των ως άνω αποφάσεων στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή.

5.Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 07.09.2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 18.09.2023 -κατά παρέκταση δεδομένου η 17η.09.2023, ήταν Κυριακή και άρα ημέρα εξαιρετέα-, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση των προσβαλλόμενων.

Αριθμός Απόφασης: 1677/2023

7.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα (2η στην σειρά μειοδοσίας) βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της οριστικής αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση για τις επίδικες ομάδες.

8.Επειδή, ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, την προσφυγή, στις 18.09.2023, στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους. Ο δε παρεμβαίνων άσκησε την παρέμβασή του εμπροθέσμως, στις 27.09.2023.

9.Επειδή, ο αναθέτων φορέας νομίμως και εμπροθέσμως κοινοποίησε τις απόψεις του σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή, στις 25.09.2023, σύμφωνα με το άρθρο 365 αρ. 1 περ. β του ν. 4412/20216. Προς αντίκρουση των ως άνω απόψεων του αναθέτοντος φορέα, η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπροθέσμως, στις 02.10.2023 (κατά παρέκταση δεδομένου ότι η 30η.09.2023 ήταν Σάββατο η δε 1η.10.2023 ήταν Κυριακή, ημέρα εξαιρετέα), το υπόμνημά της, το οποίο λαμβάνεται υπ' όψη.

10.Επειδή, με τους λόγους της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, επικαλούμενη, ότι με τις προσβαλλόμενες μη νομίμως δεν απορρίφθηκε η προσφορά του τελευταίου. Και τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ο παρεμβαίνων, με την προσφορά του, δεν υπέβαλε την υπεύθυνη δήλωση, η οποία απαιτείται από την υπ' αριθμό .../2023 μελέτη του διαγωνισμού (σελ. 20) για τα «4.Λιπαντικά»: «...Θα καλύπτουν σωρευτικά τις απαιτήσεις της υπ' αριθμ. 526/2005 ΚΥΑ (ΦΕΚ 630 Β'/05), όσον αφορά τα λιπαντικά μηχανών εσωτερικής καύσης (μηχανέλαια), της υπ' αριθμ.12/95 ΚΥΑ (ΦΕΚ 471 Β'/95) όσον αφορά τις βαλβολίνες, της υπ' αριθμ. 350/2012 ΚΥΑ (ΦΕΚ 2988 Β'/2013) όσον αφορά τα λιπαντικά δίχρονων κινητήρων, τα υγρά φρένων του συστήματος πέδησης οχημάτων και τα υγρά κυκλώματος ψύξης μηχανών εσωτερικής καύσεως (ΜΕΚ), της υπ' αριθμ. 1232/91 ΚΥΑ (ΦΕΚ 25Β'/25-01-92) όσον αφορά τα υγρά μπαταρίας, καθώς και της υπ' αριθμ. 76/2018 ΚΥΑ

Αριθμός Απόφασης: 1677/2023

(ΦΕΚ 3292/Β'/8-8-2018) όσον αφορά τα λιπαντικά γράσα. Για τα ανωτέρω θα πρέπει να κατατεθεί υπεύθυνη δήλωση των συμμετεχόντων...». Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η επίμαχη πλημμέλεια στην προσφορά του παρεμβαίνοντος δεν είναι ιάσιμη ούτε κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016.

11.Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Κατ' αρχάς, η ομάδα Δ1 αφορά στην ... για το έτος 2024, η ομάδα Δ2 αφορά στην ... για το έτος 2024, η ομάδα Δ3 αφορά στην ... για το έτος 2025, και η ομάδα Δ4 αφορά στην ... για το έτος 2025. Κατά δεύτερον, η με αριθμό 46/2023 μελέτη του διαγωνισμού (σελ. 20) για τα «4.Λιπαντικά» απαιτεί τα εξής: «...Θα καλύπτουν σωρευτικά τις απαιτήσεις της υπ' αριθμ. 526/2005 ΚΥΑ (ΦΕΚ 630 Β'/05), όσον αφορά τα λιπαντικά μηχανών εσωτερικής καύσης (μηχανέλαια), της υπ' αριθμ.12/95 ΚΥΑ (ΦΕΚ 471 Β'/95) όσον αφορά τις βαλβολίνες, της υπ' αριθμ. 350/2012 ΚΥΑ (ΦΕΚ 2988 Β'/2013) όσον αφορά τα λιπαντικά δίχρονων κινητήρων, τα υγρά φρένων του συστήματος πέδησης οχημάτων και τα υγρά κυκλώματος ψύξης μηχανών εσωτερικής καύσεως (ΜΕΚ), της υπ' αριθμ. 1232/91 ΚΥΑ (ΦΕΚ 25Β'/25-01-92) όσον αφορά τα υγρά μπαταρίας, καθώς και της υπ' αριθμ. 76/2018 ΚΥΑ (ΦΕΚ 3292/Β'/8-8-2018) όσον αφορά τα λιπαντικά γράσα. Για τα ανωτέρω θα πρέπει να κατατεθεί υπεύθυνη δήλωση των συμμετεχόντων...». Κατά τρίτον, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου....», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές, ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψή της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου και δεν αμφισβητείται, ο οικονομικός φορέας «...» (ήτοι ο «παρεμβαίνων») δεν υπέβαλε με την προσφορά του την υπεύθυνη δήλωση, κατά τον ανωτέρω όρο της υπ' αριθμό .../2023 μελέτης. Ο δε παρεμβαίνων και η αναθέτουσα Αρχή επάγονται, ότι ο επίμαχος όρος δεν είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Όμως, η παράλειψη της υποβολής της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης συνιστά ουσιώδη παράλειψη, διότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας παρέλειψε να προβεί σε δήλωση, που τίθεται από απαραίτητο όρο του διαγωνισμού. Τούτο, διότι ο επίμαχος όρος της ως άνω

Αριθμός Απόφασης: 1677/2023

μελέτης δεν περιέχει μεν πανηγυρική διατύπωση περί «απαράβατου» ή περί «επί ποινή αποκλεισμού», ωστόσο, από την διατύπωσή του προκύπτει, ότι αυτός είναι απαράβατος (Δ.Εφ.Χανίων 120/2022 σκ. 21). Εξ άλλου, δεν πρόκειται για παράλειψη, η οποία θα ήταν δυνατό να αρθεί με την παροχή διευκρινίσεων, κατ' άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ακόμη και μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021. Τούτο δε, καθ' όσον η αναθέτουσα Αρχή έχει, βάσει της τελευταίας αυτής διάταξης, σχετική δυνατότητα να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να συμπληρώσει στοιχεία του φακέλλου του, όπως προκύπτει, τόσο από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021, όπου ορίζεται, ότι *«με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή συμπληρωθούν τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας»*, όσο και από το γεγονός, ότι η δυνατότητα αυτή παρέχεται υπό προϋποθέσεις, ήτοι εφ' όσον δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα, με τρόπο ώστε να του δίδεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων, και εφ' όσον η διευκρίνιση-συμπλήρωση αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα (βλ. σχετ. αιτιολογική έκθεση). Άλλωστε, και η νέα (μετά την τροποποίηση με τον ν. 4782/2021) διατύπωση της διάταξης του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 ουσιαστικά υιοθετεί την διατύπωση της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 56 παρ.4), σύμφωνα με την οποία η Αναθέτουσα έχει την δυνατότητα να ζητεί από τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν τα δικαιολογητικά τους, τηρουμένων, όμως, απολύτως των αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας. Η ανωτέρω όμως δυνατότητα συμπλήρωσης-διευκρίνισης προϋποθέτει αναγκαίως, να έχει προηγηθεί σχετική δήλωση, περίπτωση που δεν ισχύει εν προκειμένω, εν όψει της παντελούς έλλειψης σχετικής δήλωσης εκ μέρους του οικονομικού φορέα «...», ως προς την δέσμευσή του, κατά τα ανωτέρω οριζόμενα στην υπ' αριθμό .../2023 μελέτη. Η δε συμπλήρωση/προσκόμιση της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης θα συνιστούσε μεταγενέστερη (μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) τροποποίηση της προσφοράς, που έχει υποβληθεί, κατά καταστρατήγηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας (πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 346/2017, 184/2017, 135/2018), δεδομένου ότι δεν είναι δυνατή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής, η αναπλήρωση μη υποβληθέντων στοιχείων ή πληροφοριών (πρβλ. ΣτΕ 827/2019, 1490/2019,

Αριθμός Απόφασης: 1677/2023

18/2022 Δ.Εφ.Χανίων κ.ά.). Άλλωστε, η δήλωση, που παραλείπεται εν προκειμένω, δεν αφορά σε γεγονότα, που θα μπορούσαν να εξακριβωθούν αντικειμενικά, αλλά αφορά σε δήλωση, που μόνον ο συμμετέχων μπορεί να βεβαιώσει και να δεσμευθεί ως προς το περιεχόμενό της (Δ.Εφ.Χανίων 18/2022). Τέλος, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ειδικότεροι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας, ότι αρκούσε η υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης του παρεμβαίνοντος, ότι αποδέχεται πλήρως και ανεπιφυλάκτως τους όρους της ένδικης διακήρυξης υπ' αριθμό .../2023 και της υπ' αριθμό .../2023 μελέτης. Τούτο, διότι η μελέτη .../2023 απαιτούσε να κατατεθεί κεχωρισμένως υπεύθυνη δήλωση για τα «4.Λιπαντικά», ως εξής: «...Θα καλύπτουν σωρευτικά τις απαιτήσεις της υπ' αριθμ. 526/2005 ΚΥΑ (ΦΕΚ 630 Β'/05), όσον αφορά τα λιπαντικά μηχανών εσωτερικής καύσης (μηχανέλαια), της υπ' αριθμ.12/95 ΚΥΑ (ΦΕΚ 471 Β'/95) όσον αφορά τις βαλβολίνες, της υπ' αριθμ. 350/2012 ΚΥΑ (ΦΕΚ 2988 Β'/2013) όσον αφορά τα λιπαντικά δίχρονων κινητήρων, τα υγρά φρένων του συστήματος πέδησης οχημάτων και τα υγρά κυκλώματος ψύξης μηχανών εσωτερικής καύσεως (ΜΕΚ), της υπ' αριθμ. 1232/91 ΚΥΑ (ΦΕΚ 25Β'/25-01-92) όσον αφορά τα υγρά μπαταρίας, καθώς και της υπ' αριθμ. 76/2018 ΚΥΑ (ΦΕΚ 3292/Β'/8-8-2018) όσον αφορά τα λιπαντικά γράσα. Για τα ανωτέρω θα πρέπει να κατατεθεί υπεύθυνη δήλωση των συμμετεχόντων...». Συνεπώς, κατ' αποδοχή των λόγων της προσφυγής, η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» έπρεπε να απορριφθεί και να αποκλεισθεί από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, αναφορικά με τις επίδικες ομάδες.

12.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή να γίνει δεκτή, ν' απορριφθεί η παρέμβαση και ν' ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, καθ' ο μέρος έκριναν αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...», για τις ομάδες Δ1, Δ2, Δ3 και Δ4 του εν θέματι διαγωνισμού, ανακηρύσσοντάς τον προσωρινό και οριστικό ανάδοχο, ως προς αυτές.

13.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 15 Νοεμβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ