

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 8 Νοεμβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου – Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ. 1485/03.09.2023, της εταιρείας, με την επωνυμία «...», (εφ' εξής: «η προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής «αναθέτων Φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και

Την παρέμβαση της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ανακληθεί, άλλως ακυρωθεί, η υπ' αριθμ. πρωτ. .../2023 - 14 Σεπτεμβρίου 2023 απόφαση του αναθέτοντος Φορέως, στην οποία ενσωματώθηκαν οι μη κοινοποιηθείσες στους συμμετέχοντες προγενέστερες ενδιάμεσες αποφάσεις της, κατά το μέρος που κάνει δεκτή την προσφορά της εταιρείας «...», κατατάσσοντας αυτήν πρώτη, κατά σειρά μειοδοσίας, και κατακυρώνοντας σε αυτήν την προμήθεια του Είδους «...» της Διακήρυξης, επί τω τέλει, όπως η προσφορά της εν λόγω εταιρείας, «...», αποκλεισθεί από την περαιτέρω διαδικασία του υπό κρίση διαγωνισμού, για την προμήθεια του Είδους «...», συνολικού προϋπολογισμού ογδόντα χιλιάδων ευρώ (80.000,00€) πλέον ΦΠΑ.

Με την από 12/10/2023 παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... , δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 600,00€.

2. Επειδή η ... δραστηριοποιείται, ως δημόσια επιχείρηση, στον τομέα του ύδατος [βλ. ιδίως άρθρο 18 παρ. 2 περίπτ. (α) του ν. 2937/2001 (Α' 169)], το δε αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης τελεί σε άμεση σχέση με την ως άνω δραστηριότητά της. Αποτελεί, άρα, η ... αναθέτοντα Φορέα, κατά την έννοια της Οδηγίας 2015/25/ΕΕ (ΕΕ L 94) και των άρθρων 2 παρ. 1 περίπτ. 1 υποπερίπτ. (β) και 224 παρ. 1 περίπτ. (α) του ν. 4412/2016. Η υπό εξέταση προσφυγή, εν όψει του αντικειμένου του διαγωνισμού και της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, υπάγεται στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

3. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. ... έγγραφό του, το οποίο διαβιβάσθηκε στις 16.10.2023, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, τόσο στην ΕΑΔΗΣΥ, όσο και στην προσφεύγουσα και την παρεμβαίνουσα, ο αναθέτων Φορέας υπέβαλε τις εμπρόθεσμες απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής, δοθείσης της από 02/10/2023 κατάθεσης της κρινόμενης προσφυγής. Επ' αυτών κατετέθη το από 18/10/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας. Το δε από 13/10/2023 έγγραφο της παρεμβαίνουσας με τίτλο «Συμπληρωματικά στοιχεία της παρέμβασης της εταιρείας ... αναφορικά με την προδικαστική προσφυγή από την ανταγωνίστρια εταιρεία «...», δεν λαμβάνεται υπ' όψη, καθώς υποβλήθηκε εκπρόθεσμα, ήτοι μετά την παρέλευση 10 ημερών από την κοινοποίηση της προσφυγής (02/10/2023). Το δε από 23/10/2023 έγγραφο του αναθέτοντος Φορέα, με τον τίτλο «Συμπληρωματικό Υπόμνημα», δεν λαμβάνεται υπ' όψη ως εκπροθέσμως ασκηθέν, ήτοι μετά την παρέλευση δεκαπενθημέρου από την ημεροχρονολογία κατάθεσης της κρινόμενης προσφυγής, εν όψει και του ότι πρέπει να παρέχεται στον προσφεύγοντα η δυνατότητα να λαμβάνει γνώση των θέσεων της

αναθέτουσας Αρχής, προκειμένου να διασφαλίζονται κατά το στάδιο αυτό οι προϋποθέσεις ουσιαστικής αντιμωλίας, λαμβανομένης υπ' όψη της αποκλειστικής πενήμερης, μόνον, προθεσμίας, από της κατάθεσης των απόψεων της αναθέτουσας, που έχουν στην διάθεσή τους τα μέρη για συμπληρωματικό υπόμνημα, κατ' άρ. 365, παρ. 1 γ) εδ. ε', (πρβλ. ΣΤΕ 1399/2023 σκ. 15).

4.Επειδή ο αναθέτων Φορέας, με την Διακήρυξη συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης Ογδόντα χιλιάδων ευρώ (80.000,00) πλέον ΦΠΑ, προέβη στην διενέργεια Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με ανοικτή διαδικασία, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την «...», για την κάλυψη των αναγκών της ... , και ένταξη αυτών στο επιδοτούμενο πρόγραμμα «...». Στον εν λόγω διαγωνισμό, υπέβαλε ηλεκτρονική προσφορά η προσφεύγουσα με συστημικό αριθμό προσφοράς ... και οι κάτωθι οικονομικοί φορείς: Ο οικονομικός φορέας, με την επωνυμία «...», υπέβαλε ηλεκτρονική προσφορά με συστημικό αριθμό προσφοράς ... Ο οικονομικός φορέας, με την επωνυμία «...», υπέβαλε ηλεκτρονική προσφορά, με συστημικό αριθμό προσφοράς Με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../2023 - 14 Σεπτεμβρίου 2023 απόφαση της αναθέτουσας Αρχής αποφασίσθηκε η ενσωμάτωση στην εν λόγω απόφαση προγενέστερων αποφάσεών της και ειδικότερα της υπ' αριθμ. πρωτ. .../2023 απόφασης του Δ,Σ. της ... , με την οποία αποφασίσθηκε: Α) Η έγκριση του 1^{ου} πρακτικού της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού, ο αποκλεισμός της εταιρείας ... (...) για τους λόγους που αναφέρονται στο ως άνω πρακτικό, η ανάδειξη της εταιρείας ... , ως προσωρινής αναδόχου για την ... με συνολική προσφερόμενη τιμή εβδομήντα δύο χιλιάδες εννιακόσια εβδομήντα ευρώ (72.970,006) πλέον ΦΠΑ., Β) Η έγκριση του 2^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής διαγωνισμού, Γ) Η ανάδειξη της εταιρείας ... , ως αναδόχου για την ... , με συνολικό κόστος εβδομήντα δύο χιλιάδες εννιακόσια εβδομήντα ευρώ (72.970,006) πλέον Φ.Π.Α. Κατά της ως άνω απόφασης, με αριθμ.πρωτ.: .../2023 - 14 Σεπτεμβρίου 2023, της αναθέτουσας Αρχής, βάλλει η προσφεύγουσα.

5. Επειδή, στην διακήρυξη, η οποία διέπει τον ένδικο διαγωνισμό,

αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύει την αναθέτουσα Αρχή και όλους, όσοι συμμετέχουν ανεπιφύλακτα σε αυτόν (Ε.Α. ΣΤΕ 15/2021 Ε.Α. ΣΤΕ 241/2020). Περαιτέρω, στο άρθρο 253 του ν. 4412/2016 («Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων», το οποίο αποδίδει την ρύθμιση του άρθρου 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ), ορίζεται, ότι «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό ... τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων». Σύμφωνα με το άρθρο 304 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (άρθρο 78 της αυτής Οδηγίας): «Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων ...». Εξ άλλου, στο άρθρο 75 παρ. 1 του ίδιου νόμου (εφαρμοστέο, κατ' άρθρο 305, και στην προκειμένη κατηγορία διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων, με το οποίο αποδίδεται η ρύθμιση του άρθρου 58 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζονται τα εξής: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την

εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. ... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. ... Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους».

6. Επειδή, αναφορικά με τα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλλου προκύπτει, ότι ο αναθέτων Φορέας συνομολογεί την προβληθείσα εκ μέρους της προσφεύγουσας πλημμέλεια της προσβαλλόμενης, να αποδεχθεί την προσφορά της παρεμβαίνουσας και να αναδείξει τον εν λόγω φορέα προσωρινό ανάδοχο της προμήθειας. Και τούτο, διότι ο αναθέτων Φορέας, ενώ επικαλείται, ότι το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού είναι η Διακήρυξη, δεν εξηγεί πώς πληρούται η προϋπόθεση της απαίτησης του όρου 2.4.3.1, όπου ρητά αναφέρεται, ότι απαιτείται η προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης περί μη ... εμπλοκής συμμετέχοντος σε δημόσιο διαγωνισμό. Ο ισχυρισμός, ότι η εν λόγω απαίτηση δεν επιβάλλεται επί ποινή αποκλεισμού, όπως υποστηρίζει ο αναθέτων Φορέας, παρίσταται αλυσιτελής καθώς, και υπό αυτήν την εκδοχή, ελλειπούσης της σχετικής υπεύθυνης δήλωσης, θα έπρεπε να έχει ειδικώς ζητήσει την εν λόγω δήλωση, πριν προβεί στην κατακύρωση. Και τούτο, διότι η απαίτηση για απόδειξη μέσω της υπεύθυνης δήλωσης περί μη ... εμπλοκής συμμετέχοντος σε δημόσιο διαγωνισμό, απορρέει από τον Κανονισμό (ΕΕ) 2022/576 του Συμβουλίου της

8^{ης} Απριλίου, για την τροποποίηση του Κανονισμού (ΕΕ) αριθμ. 833/2014 σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω ενεργειών της ... που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην Ήτοι πρόκειται για την υπερνομοθετικής ισχύος πρόβλεψη, αναφορικά με το άρθρο 5α του Κανονισμού, και μάλιστα αμέσου εφαρμογής με αιτιολογική βάση την απαγόρευση σύναψης από την 9η Απριλίου 2022 νέων συμβάσεων, που εμπίπτουν στην απαγόρευση της παρ. 1 του άρθρου 5α του Κανονισμού. Άλλωστε και το υπ' αριθμ. 3697/2022 ενημερωτικό έγγραφο της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., συνιστά στις αναθέτουσες Αρχές να απαιτούν υπεύθυνη δήλωση με περιεχόμενο, όπως αυτό του όρου 2.4.3.1 (γ) της Διακήρυξης, ως δικαιολογητικό συμμετοχής στο πλαίσιο του άρθρου 93 του ν. 4412/2016 και, εφ' όσον κρίνουν σκόπιμο, να απαιτούν λεπτομερείς πληροφορίες ή τεκμηρίωση, σχετικά με την τελική ιδιοκτησία των συμμετεχόντων, ακόμη και σε μεταγενέστερο στάδιο. Επομένως, αν ήθελε υποτεθεί, ότι ο όρος 2.4.3.1 (γ) της Διακήρυξης δεν έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών συμμετοχής, όπως διατείνεται ο αναθέτων Φορέας, παραμένει δικαιολογητικό, που εντάσσεται στα από την Διακήρυξη προβλεπόμενα δικαιολογητικά συμμετοχής, κατά τις συστάσεις της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. και το πνεύμα του Κανονισμού (ΕΕ) 2022/576, ως υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, κατ' άρθρο 93 ν. 4412/2016, ήτοι ως περιεχόμενο δικαιολογητικών συμμετοχής και εγγυητικής επιστολής. Σε κάθε περίπτωση, προβλέπεται, ότι πρέπει να υποβληθεί με βάση την Διακήρυξη, κατ' άρθρο 2.4.3.1 και 2.4.6, προς τον σκοπό διαπίστωσης, ότι δεν συντρέχει περίπτωση ... εμπλοκής, οπότε, ως δικαιολογητικό, που προβλέπει η Διακήρυξη, όπως επικουρικώς, θα πρέπει να υποβληθεί τουλάχιστον στο στάδιο της κατακύρωσης, πράγμα, το οποίο δεν έχει λάβει χώρα, ούτε με πρωτοβουλία του αναθέτοντος Φορέα, κατ' άρθρο 103 ν. 4412/2016. Επέκεινα, αναφορικά με τα προβαλλόμενα επί του 2^{ου} λόγου προσφυγής της προσφεύγουσας, περί ελλιπούς απόδειξης μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού προσωρινού αναδόχου, οι απόψεις του αναθέτοντος Φορέα, αναφορικά με την υποβολή των 2^{ης} και 3^{ης} υπευθύνων δηλώσεων της παρεμβαίνουσας, υπό ημερομηνία 10.8.2023, παρίστανται αλυσιτελείς. Τούτο, διότι, εφ' όσον ο αναθέτων Φορέας

γνωστοποίησε και στην προσφεύγουσα τα στοιχεία, που είχε υποβάλει ο ως άνω οικονομικός φορέας, και προέκυψε πέραν αμφιβολίας, ότι ο τελευταίος δεν είχε περιλάβει και τις ως άνω υπεύθυνες δηλώσεις, παρέπεται, ότι βασίμως προέβαλε η προσφεύγουσα τον οικείο λόγο προσφυγής κατά της σχετικής έλλειψης. Η παρεμβαίνουσα, εξ άλλου, αποδέχεται την μη υποβολή των δηλώσεων από παραδρομή, πλην επικαλείται μη κλήση της από τον αναθέτοντα Φορέα για παροχή διευκρινίσεων, ενώ, εκ των υστέρων ισχυρίσθηκε, ότι έχει υποβάλει τις σχετικές υπεύθυνες δηλώσεις. Σε κάθε περίπτωση, τα σχετικά δικαιολογητικά των προβλεπομένων στην σελ. 29 της Διακήρυξης για την παρ. 2.2.3.2.(α), στην σελ.30 της Διακήρυξης, για την παρ. 2.2.3.4, και στην σελ 30 της Διακήρυξης, για την παρ. 2.2.3.9. θα έπρεπε, επί ποινή απαραδέκτου, να περιλαμβάνονται στα δικαιολογητικά κατακύρωσης και επομένως, ο 2^{ος} λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός, απορριπτόμενων των περί του αντιθέτου υποστηριζόμενων.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή να γίνει δεκτή, ν' απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

8. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 28 Νοεμβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ