

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 06^η Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου-Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 27.09.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1500/02-10-2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 10.09.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής ως προς την ομάδα 4.

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 €600,00.

2. Επειδή, με την με αρ. .../2023 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου της «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ... ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ, ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΚΑΙ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥ ... 2023-

Αριθμός απόφασης: 1750/2023

2024» συνολικού προϋπολογισμού 201.224,60€, χωρίς Φ.Π.Α. 24%.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν για το υπό κρίση τμήμα 4 συμμετείχαν μεταξύ άλλων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Στις 18-9-2023 η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε το πρακτικό υπ' αριθμ. 2/16-08-2023 και ενημέρωσε τους υποψηφίους μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου διενέργειας του διαγωνισμού ότι η επιτροπή διενέργειας προτείνει την κατακύρωση του διαγωνισμού στην προσωρινή ανάδοχο παρεμβαίνουσα εταιρεία «...». Στις 26/09/2023 κοινοποιήθηκε μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής του ... σχετικά με την έγκριση 2ου πρακτικού και κατακύρωση αποτελέσματος του ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ... ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ, ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ, ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΚΑΙ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ... 2023 - 2024».

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 26.09.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 27.09.2023, 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.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή στους συμμετέχοντες στις 27.09.2023 και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις από 05.10.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 10.10.2023 το με ίδια ημερομηνία 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 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 29.09.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 09.10.2023, ημέρα Δευτέρα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και με σαφές έννομο συμφέρον καθότι η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής

Αριθμός απόφασης: 1750/2023

αφού έχει αναδειχτεί ανάδοχος για το υπό κρίση τμήμα 4.

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 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 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 πρώτο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας διότι δεν υπέβαλε: 1) φορολογική ενημερότητα που να καλύπτει την ημερομηνία υποβολής του ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τον υπ' αριθμ. 2.2.9.2. Β.1.β.ι όρο της διακήρυξης, 2) πιστοποιητικό του ΕΕΜΗ που να καλύπτει την ημερομηνία υποβολής του ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τον υπ' αριθμ. 2.2.9.2. Β.1.γ.ii.όρο της διακήρυξης, από το οποίο να προκύπτει ότι η εταιρεία-νομικό πρόσωπο δεν έχει λυθεί και δεν έχει τεθεί σε εκκαθάριση με απόφαση των εταίρων, 3) πιστοποιητικό του οικείου επαγγελματικού επιμελητηρίου που να καλύπτει την ημερομηνία υποβολής του ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τον υπ' αριθμ. 2.2.9.2. Β.2 όρο της διακήρυξης από το οποίο να προκύπτει η καταλληλότητα της προσφέρουσας για την άσκηση της επαγγελματικής της δραστηριότητας, παρά μόνο κατέθεσε εκπροθέσμως στις 19-6-2023 το υπ' αριθμ. 362 πιστοποιητικό, 4) πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης που να καλύπτει την ανωτέρω ημερομηνία υποβολής του ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τον υπ' αριθμ. 2.2.9.2 Β.δ.ί όρο της διακήρυξης κι από το οποίο να προκύπτει το πρόσωπο που έχει δικαίωμα να εκπροσωπεί την εταιρεία και 5) Ποινικό μητρώο του νομίμου εκπροσώπου που να καλύπτει την ημερομηνία υποβολής του ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τον υπ' αριθμ. 2.2.9.2 Β.1 όρο της διακήρυξης.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω λόγους: Το άρθρο 2.2.9 της

Αριθμός απόφασης: 1750/2023

διακήρυξης ορίζει ότι: «*Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς διά του ΕΕΕΣ, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016*».

Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε την προσφορά της στις 12.06.2023. Ακολούθως, δεν υπέβαλε ως δικαιολογητικά κατακύρωσης τα εξής έγγραφα τα οποία έπρεπε να καλύπτουν το χρόνο υποβολής προσφοράς της σύμφωνα με το ως άνω άρθρο 2.2.9.: φορολογική ενημερότητα, πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ, πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης και ποινικό μητρώο του νόμιμου εκπροσώπου της. Επίσης, το υπ' αριθμ. 362/19.06.2023 πιστοποιητικό του οικείου επαγγελματικού επιμελητηρίου, έφερε ημερομηνία 19.06.2023, δηλαδή μεταγενέστερη της ημερομηνίας προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα όλα τα προαναφερόμενα έγγραφα έπρεπε να κατατεθούν ως δικαιολογητικά κατακύρωσης, αλλά να καλύπτουν και το χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ώστε να προκύπτει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις συμμετοχής της παρεμβαίνουσας δια του οικείου ΕΕΕΣ.

Όμως, όπως έχει κριθεί νομολογιακά, η έλλειψη υποβολής στην αναθέτουσα αρχή από την παρεμβαίνουσα εταιρεία των επίμαχων εγγράφων ως δικαιολογητικά κατακύρωσης, 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 σχετικώς 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,

Αριθμός απόφασης: 1750/2023

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. Η αναθέτουσα αρχή, σε εκπλήρωση της ανωτέρω διαδικαστικής υποχρέωσής της, οφείλει να καλέσει την παρεμβαίνουσα προς υποβολή των ελλειπόντων δικαιολογητικών 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 υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να την καλέσει για κάλυψη της έλλειψης των επίμαχων εγγράφων κατ' άρθρο 103 ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 06^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 27^η Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ