

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 24^η Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου-Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 16.10.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1613/17-10-2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

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 € 1.089,00.

2. Επειδή, στις 17.08.2023 (καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών) διενεργήθηκε από την αναθέτουσα αρχή ανοικτός ηλεκτρονικός μειοδοτικός διαγωνισμός για την ανάθεση της υπηρεσίας «...», προϋπολογισμού ... ευρώ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχε μόνο η προσφεύγουσα. Η επιτροπή διαγωνισμού αποσφράγισε ηλεκτρονικά τον φάκελο της προσφοράς της προσφεύγουσας και προέβη, αρχικά, στον έλεγχο της εγγυητικής επιστολής

Αριθμός απόφασης: 1862/2023

συμμετοχής και, ακολούθως, στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς της. Στη συνέχεια, η επιτροπή διαγωνισμού προέβη στον έλεγχο της οικονομικής προσφοράς της και εισηγήθηκε την ανακήρυξη της προσφεύγουσας ως προσωρινής ανάδοχου, συνέταξε δε σχετικά το από 25.08.2023 πρακτικό της, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής. Κατόπιν των ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή κάλεσε την προσφεύγουσα να υποβάλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Μετά την εμπρόθεσμη υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, συνήλθε η επιτροπή διαγωνισμού, η οποία προέβη σε επανέλεγχο του φακέλου της διαγωνιστικής διαδικασίας και εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας με την αιτιολογία *«ότι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας ..., παρότι δηλώνει ... στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ, όσον αφορά την στήριξη του σε ικανότητες άλλων φορέων, με την υπεύθυνη δήλωση που ταυτοχρόνως καταθέτει, δηλώνει ότι θα στηριχθεί εν πολλοίς στις ικανότητες άλλων φορέων (τρίτων), προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της διακήρυξης, όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα»*. Επίσης, η επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανάκληση της ως άνω υπ' αριθμ. .../2023 απόφασης της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, τη ματαίωση του διαγωνισμού και την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας. Κατόπιν των ανωτέρω η επιτροπή διαγωνισμού συνέταξε το από 25.09.2023 πρακτικό της, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβε ηλεκτρονικά η προσφεύγουσα στις 09.10.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 16.10.2023, 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 και με προφανές έννομο συμφέρον αφού η τελευταία έχει συμμετάσχει στο διαγωνισμό και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος πριν την απόρριψη της προσφοράς της.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή στους συμμετέχοντες στις 17.10.2023 και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ.

Αριθμός απόφασης: 1862/2023

πρωτ. ... απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 31.10.2023 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 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).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι παρανόμως απορρίφθηκε η προσφορά της διότι σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης συνάγεται ότι αρκεί ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας να διαθέτει, να έχει δηλαδή, στη διάθεσή του για την εκτέλεση της υπό ανάθεση υπηρεσίας τα αναφερόμενα στον ανωτέρω όρο μέσα. Για την απόδειξη της συνδρομής του συγκεκριμένου κριτηρίου επιλογής, σύμφωνα με το άρθρο ... της διακήρυξης, οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς αρκεί να υποβάλουν «Υπεύθυνη Δήλωση με τα μηχανήματα και το προσωπικό που διαθέτουν ή μισθώνουν». Η προσφεύγουσα δήλωσε (διά του νομίμου εκπροσώπου της) ότι για την εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης, εφόσον θα αναδεικνυόταν ανάδοχος, θα χρησιμοποιούσε τα συγκεκριμένα μισθωμένα –... - μηχανήματα (αναφερόμενα αναλυτικά ..., ... και ...) στελεχωμένα με συγκεκριμένους χειριστές (αναφερομένους με τα ονοματεπώνυμα και τις ειδικότητές τους). Επομένως, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έχοντας πλέον στη διάθεσή της (και αποδεικνύοντάς το με την υπεύθυνη δήλωση) τα απαραίτητα μηχανήματα και χειριστές, ουδείς λόγος υπήρχε να απαντήσει θετικά στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ, όσον αφορά την τυχόν στήριξή της σε

Αριθμός απόφασης: 1862/2023

ικανότητες άλλων φορέων (τρίτων) για την τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα.

8. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο: Με το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ορίζεται ότι : «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς:..... δ) να διαθέτουν (μισθωμένα ή ιδιόκτητα) τα μηχανήματα έργου με τους χειριστές τους όπως περιγράφονται στη .../2023 Μελέτη». Προς πλήρωση της ως άνω απαίτησης η προσφεύγουσα υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση ανάμεσα στα δικαιολογητικά συμμετοχής με το εξής περιεχόμενο «*Η ως άνω τεχνική εταιρία για την εκτέλεση των απαραίτητων εργασιών (εφόσον της ανατεθεί η σύμβαση εκτέλεσης εργασιών) και προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της διακήρυξης (άρθρο ...) όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα μισθώσει (με θεώρηση συμφωνητικού μίσθωσης ... στην αρμόδια ΔΟΥ ...) τα απαραίτητα μηχανήματα έργου με τους χειριστές τους όπως περιγράφονται στην υπ' αριθμ. ... /2023 σχετική μελέτη, και συγκεκριμένα: Α. Πίνακας μηχανημάτων έργου (με μίσθωσης) Β. Πίνακας χειριστών μηχανημάτων έργου και οδηγών φορτηγών * Η εταιρία ... θα διαθέσει (μαζί με τα μηχανήματα της) επί πλέον χειριστές και οδηγούς εάν και εφόσον χρειαστεί ταυτόχρονη απασχόληση των μηχανημάτων της στα πλαίσια της ανωτέρω σύμβασης εκτέλεσης εργασιών».*

Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με την εν λόγω υπεύθυνη δήλωση απέδειξε ότι έχει στη διάθεσή της μισθωμένα μηχανήματα, οπότε δεν είχε υποχρέωση δήλωσης στο ΕΕΕΣ της περί στήριξης σε ικανότητες τρίτων. Η απαίτηση που θέτει το άρθρο 2.2.6 περί διάθεσης (μισθωμένων ή ιδιόκτητων) μηχανημάτων αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των συμμετεχόντων ως κριτήριο επιλογής. Η προσφεύγουσα κατά την υποβολή της προσφοράς της δεν διέθετε τα επίμαχα μηχανήματα, αφού δεν υπέβαλε κάποιο συμφωνητικό μίσθωσης αυτών. Η αναφορά στην υποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση περί μίσθωσης αυτών από τις αναφερόμενες ιδιοκτήτριες εταιρείες, αφορά μελλοντικό γεγονός, το οποίο σε κάθε περίπτωση μπορεί για πλείστους λόγους να μην πραγματοποιηθεί, πολλώ δε μάλλον αν ληφθεί υπόψη ότι δεν αποδεικνύεται από κανένα έγγραφο τυχόν δέσμευση των εταιρειών αυτών να διαθέσουν τα

Αριθμός απόφασης: 1862/2023

επίμαχα μηχανήματα στην προσφεύγουσα. Επομένως, η προσφεύγουσα εφόσον κατά την υποβολή της προσφοράς της δεν διέθετε ιδιόκτητα ή μισθωμένα μηχανήματα, είναι σαφές ότι θα στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων για την πλήρωση της απαίτησης του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης και ως εκ τούτου όφειλε να το δηλώσει στο ΕΕΕΣ της, γεγονός το οποίο δεν έπραξε. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή με νόμιμη αιτιολογία απέρριψε την προσφορά της και ο πρώτος λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι παρανόμως αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής διότι δεν υπάρχει το στοιχείο του δόλου, όσον αφορά τη μη δήλωση της περί στήριξης στις ικανότητες τρίτου στο ΕΕΕΣ της.

10. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω δεύτερο λόγο: Με το άρθρο 72 παρ. 2 περίπτωση β' του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων α), β) παρέχει εν γνώσει του ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78,.....»*. Με το εν λόγω άρθρο ορίζεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση που συμμετέχων επιχειρεί με δόλο να παραπλανήσει την αναθέτουσα αρχή. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα κατά λανθασμένη ερμηνεία του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης, θεώρησε ότι αρκεί η υπεύθυνη δήλωση περί διάθεσης των απαιτούμενων μηχανημάτων συμπληρώνοντας αναλόγως το ΕΕΕΣ της, όπως εκτέθηκε αναλυτικά στη σκέψη 8 της παρούσας. Η πλημμέλεια αυτή στη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της δεν προκύπτει ότι έγινε με δόλο ώστε να παραπλανηθεί η αναθέτουσα αρχή. Επομένως, παρανόμως αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που όρισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας.

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

Αριθμός απόφασης: 1862/2023

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που όρισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 24^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 14^η Δεκεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ