

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 03 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 30.01.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 123/31.01.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία « με διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «... με διακριτικό τίτλο «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 09.02.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμόν ../2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της.

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 15.000,00 €.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ΑΔΑΜ ... διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου

Αριθμός απόφασης: 454/2023

: «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ ΑΓΩΓΟΥ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ...» προϋπολογισμού 4.680.000,00 Ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α. 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά. Το τεχνικό αντικείμενο του έργου αφορά στον επανασχεδιασμό του νότιου κεντρικού τροφοδοτικού αγωγού του ... και έχει ως σκοπό να αναβαθμίσει την υφιστάμενη διάταξη και να διασφαλίσει την απρόσκοπτη τροφοδότηση των οικισμών του Δήμου με πόσιμο νερό. Τα προτεινόμενα έργα θα υδροδοτούν τους οικισμούς ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... και

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά μεταξύ άλλων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Στις 23.08.2022 με ανάρτηση στον ιστότοπο του διαγωνισμού κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες η με αριθμό .../2022 απόφαση της 37ης τακτικής συνεδρίασης της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το από 12.08.2022 πρακτικό Ι της επιτροπής διαγωνισμού και έγινε δεκτή με ποσοστό 31,48 % η προσφορά της προσφεύγουσας. Ακολούθως, στις 26.09.2022 επίσης με ανάρτηση στον ιστότοπο του διαγωνισμού, κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα η με αριθμό πρωτ. ... / 26.09.2022 πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου καθώς και υποβολής όλων των εγγράφων (μέτρα επανόρθωσης, αποφάσεις, κλπ) εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης, τα οποία επιβεβαιώνουν ότι δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της εταιρείας σύμφωνα με τα προβλεπόμενα του Ν. 4412/2016 και τη διακήρυξη του έργου. Στις 06.10.2022 με ανάρτηση στον ιστότοπο του διαγωνισμού η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου καθώς και αναλυτικά όλα τα έγγραφα (μέτρα επανόρθωσης, έγγραφα απόδειξης αξιοπιστίας, αποφάσεις σε σχέση με το πραγματικό γεγονός της έκπτωσης κλπ). Στις 18/01/2023 δια ανάρτησης στον ιστότοπο του διαγωνισμού κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες η υπ' αριθμόν 175/2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία η προσφορά της προσφεύγουσας κρίθηκε αποκλειστέα λόγω μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων από αυτήν.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 18.01.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 30.01.2023, ημέρα Δευτέρα, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και

Αριθμός απόφασης: 454/2023

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 εδαφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον, καθότι η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 31.01.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../13.02.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών αλλά και της ασκηθείσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 17.02.2023 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 31.01.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 09.02.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει απορριφθεί η προσφορά της προσφεύγουσας και έχει κληθεί η ίδια να υποβάλει δικαιολογητικά αναδόχου ως δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας.

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 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

Αριθμός απόφασης: 454/2023

ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που την απέκλεισε υιοθετώντας πλήρως την αιτιολογία της υπ' αριθμόν .../17.11.2022 γνωμοδότησης της επιτροπής επανορθωτικών μέτρων, διότι η επιτροπή αυτή, προέβη σε προδήλως αναιτιολόγητη, και εν πάση περιπτώσει, εσφαλμένη και μη νόμιμη κρίση περί της μη επάρκειας των ληφθέντων από την προσφεύγουσα επανορθωτικών μέτρων. Έτσι, κατέστη αναιτιολόγητη και μη νόμιμη και η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Επίσης, ισχυρίζεται ότι υπάρχει έλλειψη αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης σχετικά με την συνδρομή του επίμαχου λόγου αποκλεισμού.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω λόγους της υπό κρίση προσφυγής: Η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. .../2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής ενσωματώνει ως αιτιολογία την υπ' αριθμ. .../17-11-2022 γνώμη της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, χωρίς να γίνεται αναφορά στην υπ' αριθμ. .../31-10-2022 προηγούμενη γνώμη της ίδιας επιτροπής. Επομένως, από τη στιγμή που οι γνώμες της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 δεν προσβάλλονται αυτοτελώς με προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα νομίμως και παραδεκτώς στρέφεται με την παρούσα κατά της υπ' αριθμ. .../2022 απόφασης, της οποίας αιτιολογία αποτελεί η υπ' αριθμ. .../17-11-2022 γνώμη της επιτροπής, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής.

Εν προκειμένω, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. .../2022 απόφασης, η οποία υιοθετεί την υπ' αριθμ. .../17.11.2022 γνώμη της επιτροπής επανορθωτικών μέτρων, αναφέρει επί λέξει ότι *«μολονότι επικαλείται τα κατωτέρω επανορθωτικά μέτρα τα οποία προτάθηκαν στο από 10.03.2022 πρακτικό Δ.Σ.: ... έχει παράλληλα με την ανωτέρω σύμβαση, συνάψει επιπλέον τρεις (3) συμβάσεις κατασκευής έργων με Υπηρεσίες του ..., στις οποίες, παρά την λήψη των ανωτέρω επανορθωτικών μέτρων, εξακολουθούν και υπάρχουν χρονικές καθυστερήσεις πέραν των δύο μηνών στην εκτέλεση των εγκεκριμένων χρονοδιαγραμμάτων καθώς και σοβαρή μη συμμόρφωση της εταιρίας στις*

Αριθμός απόφασης: 454/2023

συμβατικές υποχρεώσεις της ... αφού έλαβε υπόψη τα προαναφερθέντα, μελέτησε το σύνολο των τεθέντων σε αυτή στοιχείων της απόφασης του ..., και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της, θεωρεί πως ο οικονομικός φορέας «...» δεν αποδεικνύεται ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας της». Αρχικά, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία απορρίφθηκαν τα επανορθωτικά μέτρα της προσφεύγουσας, όσον αφορά την τυχόν καθυστέρηση σε τρεις συμβάσεις με το ..., είναι μη νόμιμη διότι, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η καθυστέρηση στο χρονοδιάγραμμα εκτέλεσης ενός ή περισσοτέρων έργων, ασχέτως αν στην προκείμενη περίπτωση είναι αληθής ή όχι, εφόσον δεν είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού, δεν σχετίζεται με την προηγούμενη έκπτωση σε άλλο έργο, για την οποία και ελήφθησαν τα επανορθωτικά μέτρα και συνεπώς δεν ασκεί καμία επιρροή στην επάρκειά τους ή μη. Εν συνεχεία, η προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρει απλώς ότι η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας της, χωρίς όμως να αξιολογεί ουσιαστικά τα δηλωθέντα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε η τελευταία ή με ποιο τρόπο αυτά επηρεάζουν αρνητικά την εκτέλεση του παρόντος έργου, ούτε επιπλέον αναφέρει ποια μέτρα όφειλε να λάβει. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι το προαναφερθέν περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης δεν περιέχει σαφή και ειδική αιτιολογία σχετικά με το γιατί τα ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα της προσφεύγουσας δεν είναι επαρκή, με αποτέλεσμα η προσβαλλόμενη να καθίσταται αόριστη και ακυρωτέα. Σε κάθε περίπτωση μάλιστα, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπέβαλε 23 αποδεικτικά έγγραφα σχετικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης, τα οποία είχε δηλώσει ότι είχε λάβει στο ΕΕΕΣ και αυτά αξιολογήθηκαν από την επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, εκδοθείσης της υπ' αριθμ. .../17-11-2022 γνώμης αυτής. Τα ίδια ακριβώς αποδεικτικά έγγραφα σχετικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης της προσφεύγουσας, έλαβε υπόψη και η επιτροπή που μεταγενέστερα εξέδωσε τη με αριθμό .../16.01.2023 γνώμη, η οποία τα έκανε δεκτά και επικαλείται και η προσφεύγουσα. Επομένως, αβάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα ότι η επιτροπή με την υπ' αριθμ. .../16-01-2023 πράξη έλαβε υπόψη της πρόσθετα επανορθωτικά μέτρα της προσφεύγουσας, τα οποία έκανε

Αριθμός απόφασης: 454/2023

δεκτά και δεν υπήρχαν κατά το χρόνο έκδοσης της γνωμοδότησης που αφορά στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη.

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

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, 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 απόφαση σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 03 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 23 Μαρτίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ