

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 11 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 02.06.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 788/03.06.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ..., επί της ..., αρ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... Νομού ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν οι υπ' αρ. 179/2022 και 221/2022 αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «πρώτη» και «δεύτερη» προσβαλλομένη, αντίστοιχα) και κάθε άλλη συναφής με αυτές πράξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 1.088,02 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την αξία των τμημάτων για τα οποία ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ήτοι για το Τμήμα 1 «Επισκευή επιβατικών οχημάτων και ημιφορτηγών≤3,5tn» και για Τμήμα 4 «Προμήθεια

ανταλλακτικών» με προϋπολογισθείσα δαπάνη 91.290,32€ και 126.314,00€, αντίστοιχα, πλέον Φ.Π.Α..

2. Επειδή, οι προσβαλλόμενες εκδόθηκαν στο πλαίσιο της με Α.Π. ... Διακήρυξης με Ανοικτή Διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ (άνω των ορίων) «Συντήρηση και επισκευή μεταφορικών μέσων, προμήθεια ανταλλακτικών & προμήθεια και επισκευή ελαστικών», με προϋπολογισθείσα δαπάνη 515.559,81€ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, για τις ομάδες 1,2,3 «Συντήρηση και επισκευή μεταφορικών μέσων» την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και ειδικότερα τη χαμηλότερη προσφορά, δηλαδή τη μεγαλύτερη ποσοστιαία % έκπτωση, για την ομάδα - 4 την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, δηλαδή το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) (χαμηλότερη τιμή) που θα δοθεί από τους διαγωνιζόμενους Οικονομικούς Φορείς και εφόσον η προσφορά είναι σύμφωνη με τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και κατά τα λοιπά ως ορίζει η διακήρυξη και για την ομάδα 5 «Προμήθεια και επισκευή ελαστικών» την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η ως άνω διακήρυξη υποδιαιρείται σε επιμέρους τμήματα, όπως ειδικότερα αυτά αναφέρονται στο άρθρο 1.3: ΤΜΗΜΑ 1 : «Επισκευή επιβατικών οχημάτων και ημιφορτηγών≤3,5tn», εκτιμώμενης αξίας 91.290,32€ πλέον ΦΠΑ (24% ,21.909,68€) ΤΜΗΜΑ 2 : «Επισκευή μηχανημάτων έργου JCB», εκτιμώμενης αξίας 27.419,35€ πλέον ΦΠΑ (24% 6.580,64€) ΤΜΗΜΑ 3: «Επισκευή minibuses και πούλμαν» εκτιμώμενης αξίας 108.870,97€ πλέον ΦΠΑ (24% 26.129,03€) ΤΜΗΜΑ 4: «Προμήθεια ανταλλακτικών» εκτιμώμενης αξίας 126.314,00€ πλέον ΦΠΑ (24% 30.315,36€) ΤΜΗΜΑ 5 «Προμήθεια και επισκευή ελαστικών» εκτιμώμενης αξίας 161.665,16€, πλέον ΦΠΑ (24% 38.799,64€), στο οποίο ορίζεται ότι προσφορές μπορούν να υποβληθούν για μία ή περισσότερες ομάδες, αλλά για το σύνολο των παρεχόμενων υπηρεσιών ή ειδών που περιγράφονται στην κάθε ομάδα, αντίστοιχα. Η εν λόγω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 29.12.2021, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α ...

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο Δήμος ... Νομού ... ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΑΕΠΠ, και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στις 02.06.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, οι δε προσβαλλόμενες κοινοποιήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 24.05.2022. Μετ' εννόμου συμφέροντος δε η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, διότι, δυνάμει της πρώτης προσβαλλομένης, αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς και η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας για τις ομάδες 1 και 4, δυνάμει δε της δεύτερης προσβαλλομένης, κατακυρώθηκε η σύμβαση για την Ομάδα 4 στον οικονομικό φορέα «...», η δε Ομάδα 1 κηρύχθηκε άγονη λόγω απόρριψης όλων των προσφορών, επιδιώκοντας ευλόγως την ανάθεση των ως άνω ομάδων σε αυτήν.

5. Επειδή στις 03.06.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε διά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή προς τους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 1153/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και του αιτήματος αναστολής- χορήγησης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή στις 14.06.2022 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α411/2022 απόφαση της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ η οποία απέρριψε το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων ως προς την Ομάδα 4, για δε την Ομάδα 1 αυτεπαγγέλτως διέταξε τη λήψη προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή στις 10.06.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, τις υπ' αρ. πρωτ. 16799/10.06.2022 απόψεις της, οι οποίες δεν κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα, επομένως, ενόψει της αρχής της αντιμωλίας, δεν εξετάζονται από το κρίνον την προσφυγή Κλιμάκιο.

9. Επειδή, με την πρώτη προσβαλλομένη, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε κατά πλειοψηφία ότι «...2. Απορρίπτει την προσφορά και εγκρίνει την κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγύησης συμμετοχής του οικονομικού φορέα : «...» για τις Ομάδες1,4 επειδή δεν έχει υποβάλει σύμφωνα με την § 2.2.9.2 εδάφιο ε) της υπ' αρ. ... Διακήρυξης του Δήμου ..., Υπεύθυνη Δήλωση περί μη επιβολής σε βάρος του της κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού. Οικονομικός φορέας στον οποίο έχει επιβληθεί η κύρωση του οριζόντιου αποκλεισμού αποκλείεται από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης σύμφωνα με την § 2.2.3.9 της Διακήρυξης. 3. Αναδεικνύει ως προσωρινούς μειοδότες του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού: Για την Ομάδα 1 τον οικονομικό φορέα : «... », ΑΦΜ ..., με οικονομική προσφορά 89.428,00€ (Με Φ.Π.Α. 24%). Για την Ομάδα 4 τον οικονομικό φορέα : «...» , ΑΦΜ ... με οικονομική προσφορά 128.436.08€ (Με Φ.Π.Α. 24%).». Με τη δε δεύτερη προσβαλλομένη η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε ομόφωνα ότι «1. Κατακυρώνει τη σύμβαση Για την Ομάδα 4 « Προμήθεια ανταλλακτικών» στον οικονομικό φορέα : «...» , ΑΦΜ ... με οικονομική προσφορά αξίας 128.436,08 € (Με Φ.Π.Α. 24%). 2. Απορρίπτει την προσφορά Για την Ομάδα 1 « Επισκευή επιβατικών οχημάτων και ημιφορτηγών <= 3.5 tn » και εγκρίνει την κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγύησης συμμετοχής, του οικονομικού φορέα: «...», ΑΦΜ ... επειδή δεν έχει προσκομίσει επί ποινή αποκλεισμού : Α) Σύμφωνα με την § 2.2.9.2 εδάφιο Β5 της υπ' αρ. ... Διακήρυξης του Δήμου ..., πιστοποιητικά EN ISO 9001, ΕΛΟΤ EN ISO 14001. Β) Σύμφωνα με την §

2.2.9.2 εδάφιο Β4 της υπ' αρ. ... Διακήρυξης του Δήμου ..., ονοματικές καταστάσεις προσωπικού από αρμόδια υπηρεσία (επιθεώρηση εργασίας ΙΚΑ ή άλλο) στις οποίες θα φαίνεται ότι ο συμμετέχων απασχολεί το συγκεκριμένο εργατοτεχνικό προσωπικό. 3. Κηρύσσει άγωνα τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για την Ομάδα 1 «Επισκευή επιβατικών οχημάτων και ημιφορτηγών <= 3.5 tn », σύμφωνα με την § 3.5 της παραπάνω Διακήρυξης λόγω απόρριψης όλων των προσφορών.».

10. Επειδή με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα αναφέρει ότι η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθ. 118/24-03-2022 απόφασή της που αναρτήθηκε στο διαδίκτυο ομόφωνα ενέκρινε και επικύρωσε το υπ' αριθ. 5/2022 Πρακτικό της Επιτροπής οικονομικής αξιολόγησης με το οποίο ανέδειξε ως προσωρινό μειοδότη-ανάδοχο την προσφεύγουσα για την Ομάδα 1 εκτιμώμενης αξίας 113.200€ (91.290€ + ΦΠΑ 24%) και την Ομάδα 4 εκτιμώμενης αξίας 156.629,36 (126.314€ + ΦΠΑ 24%), εν συνεχεία, στις 24-03-2022 η αναθέτουσα αρχή με το Α.Π 8264/24-03-2022 ηλεκτρονικό έγγραφό της απηύθυνε προς την προσφεύγουσα «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης» προκειμένου να προσκομίσει εντός δέκα (10) ημερών τα δικαιολογητικά κατακύρωσης για το διαγωνισμό, επί της οποίας η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ανταποκρίθηκε εμπρόθεσμα στην ανωτέρω πρόσκληση και υπέβαλε δεόντως όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά πλην ενός εκ παραδρομής : την Υπεύθυνη Δήλωση περί μη επιβολής σε βάρος της της κύρωσης του οριζόντιου αποκλεισμού, που προβλέπεται στην παράγραφο 2.2.9.2 εδάφιο (ε') της υπ' αριθ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, σημειώνοντας ότι ουδέποτε συνέτρεξε και δεν συντρέχει στην περίπτωση της ουδεμία κύρωση οριζόντιου αποκλεισμού και ουδέν ουσιαστικό εμπόδιο στην υπογραφή και την υποβολή αυτής της Υπεύθυνης Δήλωσης και ότι επρόκειτο για εκ παραδρομής παράλειψή της για την οποία μπορούσε να καλυφθεί με νέα πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής. Εν συνεχεία, αναφέρει ότι χωρίς καμία περαιτέρω πρόσκλησή της να προσκομίσει το ελλείπον ανωτέρω δικαιολογητικό εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας, με την πρώτη προσβαλλόμενη που ελήφθη κατά πλειοψηφία (7 υπέρ και 1 κατά) προέβη α) στην απόρριψη της προσφοράς της για τις Ομάδες 1 και 4, β) στην κατάπτωση της εγγύησης

συμμετοχής υπέρ της ΑΑ και γ) στην ανάδειξη προσωρινών μειοδοτών για μεν την Ομάδα 1 τον οικονομικό φορέα «...» και για δε την Ομάδα 4 τον οικονομικό φορέα «...», ακολούθως, με την δεύτερη προσβαλλομένη που αναρτήθηκε στο διαδίκτυο την 23-05-2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη α) στην κατακύρωση της σύμβασης για την Ομάδα 4 στον οικονομικό φορέα «...» και β) κήρυξε άγονη τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για την Ομάδα 1 λόγω απόρριψης όλων των προσφορών. Υποστηρίζει δε ότι η αναθέτουσα αρχή τήρησε μόνο την παρ. 1 του άρ. 103 του ν. 4412/2016 (όπως ισχύει από 09-03-2021 μετά την τροποποίηση των παρ. 1, 2, 3 και 5 με το άρθρο 43 Ν. 4782/2021 (Α' 36/09.03.2021), με ισχύ από 01.06.2021 σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 142 του ν. 4782/2021) σύμφωνα με την οποία στις 24-03-2022 με το Α.Π ... ηλεκτρονικό έγγραφό της της απηύθυνε «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης» του προσωρινού αναδόχου προκειμένου να προσκομίσει εντός δέκα (10) ημερών τα δικαιολογητικά κατακύρωσης για το διαγωνισμό, υποστηρίζει δε ότι, ενώ η αναθέτουσα αρχή κατά την εξέταση των υποβληθέντων δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου διαπίστωσε ότι η προσφεύγουσα παρέλειψε εκ παραδρομής και όχι αδυναμίας την Υπεύθυνη Δήλωση περί μη επιβολής σε βάρος της της κύρωσης του οριζόντιου αποκλεισμού, που προβλέπεται στην παράγραφο 2.2.9.2 εδάφιο (ε') της υπ' αριθ. ... Διακήρυξης του Δήμου ..., παραβίασε την παράγραφο 2 του άρθρου 103 ν. 4412/2016 και δεν την ειδοποίησε εγγράφως, δηλ. με τον ίδιο τρόπο που την είχε προσκαλέσει την πρώτη φορά και τελείως αυθαίρετα προέβη στη συνέχεια: α) στην κατακύρωση της σύμβασης για την Ομάδα 4 στον οικονομικό φορέα «...» και β) κήρυξε άγονη τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για την Ομάδα 1 λόγω απόρριψης όλων των προσφορών. Συνακόλουθα, υποστηρίζει ότι η σαφήνεια της διατύπωσης της συγκεκριμένης παραγράφου 2 σε συνδυασμό με την παράγραφο 1 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 δεν επιτρέπει οποιαδήποτε άλλη ερμηνεία κατά την εφαρμογή του, στην οποία ενδεχομένως θα μπορούσε να στηριχτεί η παράνομη κι αυθαίρετη απόφαση και πράξη της αναθέτουσας αρχής και πως η διατύπωση της ανωτέρω παραγράφου: « η αναθέτουσα αρχή καλεί» δεν αφήνει περιθώρια άλλης ερμηνείας, δηλαδή ισχυρίζεται πως σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να καλέσει τον ήδη ορισθέντα προσωρινό ανάδοχο εγγράφως για δεύτερη φορά, με τον ίδιο τρόπο, όπως ακριβώς και την πρώτη

φορά, συνεπώς υποστηρίζει ότι πρόκειται για εξόφθαλμη παράβαση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, όχι μόνο του άρ. 103 του ν. 4412/201, αλλά και της αντίστοιχης διάταξης της Διακήρυξης (παρ. 3.2 σελ. 47), η οποία (παράβαση) καταργεί αφενός την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσωρινών αναδόχων και αφετέρου της διαφάνειας του διαγωνισμού και ότι, με βάση τους κανόνες της κοινής λογικής και εμπειρίας, ενδεχομένως η αναθέτουσα αρχή, με τη συμπεριφορά της αυτή, άλλους προσωρινούς αναδόχους κάλεσε και άλλους όχι και ότι είναι προφανές πως τόσο η ευρωπαϊκή όσο και η εσωτερική νομοθεσία θέλουν να προστατέψουν τον ανακηρυχθέντα προσωρινό ανάδοχο, που διήλθε επιτυχώς από την κρησάρα (φίλτρο) της αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς, από «τεχνικά εμπόδια» (technical obstacles) που ενδεχομένως θέτει η αναθέτουσα αρχή για να ευνοήσει κάποιον ή κάποιους σε βάρος των υπολοίπων, παραβιάζοντας ευθέως τους όρους της Διακήρυξης και τους νόμους που τη διέπουν στην Ελλάδα και την ΕΕ και καταργώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Επίσης, υποστηρίζει ότι δεν νοείται η αναθέτουσα αρχή να μη γνωρίζει τι αναγράφει η δική της Διακήρυξη για το κρίσιμο θέμα της δεύτερης πρόσκλησης του προσωρινού αναδόχου όταν με την πρώτη πρόσκληση δεν προσκόμισε κάποιο ή κάποια δικαιολογητικά για την οριστικοποίησή του ως αναδόχου και την υπογραφή της σχετικής σύμβασης, παραθέτει δε τους σχετικούς όρους στην προσφυγή της. Ακόμη, υποστηρίζει ότι στην περίπτωση της, πέραν της αυθαίρετης παράβασης του νόμου από την αναθέτουσα αρχή ουδείς ουσιαστικός λόγος αποκλεισμού συνέτρεχε ούτε συντρέχει αφού υποστηρίζει ότι, εάν την καλούσε να συμπληρώσει το στοιχείο της ελλείπουσας ΥΔ (άρθρο 2.2.3.9. περ. (ε) υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα περί μη επιβολής σε βάρος του της κύρωσης του οριζόντιου αποκλεισμού, σύμφωνα τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας 86), θα το συμπλήρωνε, διότι ισχυρίζεται πως ουδέποτε έχει επιβληθεί σε βάρος της ουδεμία κύρωση οριζόντιου αποκλεισμού του άρθρου 86. Επίσης, υποστηρίζει ότι έχει υπογράψει, εκτελέσει και εκτελεί κατά την τελευταία πενταετία (2018-2022) τριάντα τέσσερις (34) παρόμοιες συμβάσεις με Δήμους και δημόσιους οργανισμούς και ουδέποτε αποκλείστηκε για επιβολή κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού, προς απόδειξη δε του ισχυρισμού της επισυνάπτει στην προσφυγή της Πίνακα των Συμβάσεων αυτών (excel).

11. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή παραβίασε την αρχή που η ίδια έθεσε στον σκοπό του διαγωνισμού, ήτοι την επιλογή του αναδόχου με βάση την οικονομικότερη προσφορά, ειδικότερα αναφέρει ότι, για τις ομάδες ενδιαφέροντός της, ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού ήταν: α) ΣΥΝΟΛΟ ΟΜΑΔΑΣ 1: 113.200,00€ με ΦΠΑ 24% β) ΣΥΝΟΛΟ ΟΜΑΔΑΣ 4 : 156.629,36€ με ΦΠΑ 24% και με την υπ' αριθ. 118/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής που την ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο η κατακυρωθείσα προσφορά της ήταν: α) ΣΥΝΟΛΟ ΟΜΑΔΑΣ 1: 79.239,99€ με ΦΠΑ 24% β) ΣΥΝΟΛΟ ΟΜΑΔΑΣ 4 : 109.640,55€ με ΦΠΑ 24%, με τη δε δεύτερη προσβαλλομένη, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η αναθέτουσα αρχή παραβίασε το νόμο και την αρχή της οικονομικότερης προσφοράς, ήτοι του συμφέροντος του Δήμου και των δημοτών, κήρυξε άγονη τη διαδικασία για την Ομάδα 1 και για την Ομάδα 4 ανακήρυξε οριστικό ανάδοχο την εταιρεία «...» με ποσό 128.436,08€ με ΦΠΑ 24%, δηλαδή κατά 18.795,53 (= 128.436,08€ - 109.640,55€) ακριβότερη προσφορά από τη δική της. Συναφώς, υποστηρίζει ότι η κακόπιστη συμπεριφορά της προκύπτει από δύο γεγονότα: α) ότι παραβίασε το νόμο προκειμένου να κηρύξει σκόπιμα έκπτωτη την προσφεύγουσα, ενώ μπορούσε να την καλέσει να καλύψει μία τυπική παράλειψη και β) προτίμησε να βλάψει το συμφέρον του Δήμου και των δημοτών, κατακυρώνοντας την Ομάδα 4 σε μία εταιρία που απέσπασε την μερίδα του λέοντος από τις προκηρυχθείσες Ομάδες.

12. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της

διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως δε παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

13. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της υπό κρίση προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 3.2 της Διακήρυξης, «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου – Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου», *«Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. ... Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να*

συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινήσεις, με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. ... Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία , ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) ή η πλήρωση μιας ή περισσοτέρων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας,...», σύμφωνα δε με το άρ. 2.2.9.2 «Αποδεικτικά μέσα» της Διακήρυξης «...B. 1. Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα δικαιολογητικά που αναφέρονται παρακάτω: ... ε) για την παράγραφο 2.2.3.9. υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα περί μη επιβολής σε βάρος του της κύρωσης του οριζόντιου αποκλεισμού, σύμφωνα τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας ...». Συναφώς, το άρ. 103 του Ν. 4412/2016 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» ορίζει ότι «1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α' 74), όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων

αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1.». Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, δυνάμει της υπ' αρ. 118/2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για τις Ομάδες 1 και 4 της επίμαχης Διακήρυξης, με το δε υπ' αρ. πρωτ. 8264/24.03.2022 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με θέμα «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης» που εστάλη στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 24.03.2022, η προσφεύγουσα κλήθηκε να προσκομίσει εντός δέκα (10) ημερών τα δικαιολογητικά κατακύρωσης για τις ως άνω Ομάδες. Εν συνεχεία, στις 28.03.2022, η προσφεύγουσα απέστειλε τα σχετικά δικαιολογητικά κατακύρωσης, ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς την αναθέτουσα αρχή, παραλείποντας, όπως εξάλλου στην προσφυγή της αναφέρει, την Υπεύθυνη Δήλωση περί μη επιβολής σε βάρος της της κύρωσης του οριζόντιου αποκλεισμού, που προβλέπεται στην παράγραφο 2.2.9.2 σημ. Β.1, ε'. Εν συνεχεία, εξεδόθη η πρώτη προσβαλλομένη, δυνάμει της οποίας η προσφορά της προσφεύγουσας απερρίφθη και ενεκρίθη η κατάπτωση υπέρ της αναθέτουσας αρχής της εγγυητικής επιστολής της «επειδή δεν έχει υποβάλλει σύμφωνα με την § 2.2.9.2 εδάφιο ε) της υπ' αρ. 34472 /28-12-2021 Διακήρυξης του Δήμου Αγίου Δημητρίου, Υπεύθυνη Δήλωση περί μη επιβολής

σε βάρος του της κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού. Οικονομικός φορέας στον οποίο έχει επιβληθεί η κύρωση του οριζόντιου αποκλεισμού αποκλείεται από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης σύμφωνα με την § 2.2.3.9 της Διακήρυξης», αναδείχθηκαν δε προσωρινοί ανάδοχοι για τις επίμαχες Ομάδες 1 και 4 οι οικονομικοί φορείς «...» και «...», αντίστοιχα. Με τη δεύτερη προσβαλλομένη, η Ομάδα 4 κατακυρώθηκε στον οικονομικό φορέα «...», ενώ απερρίφθη η προσφορά για την Ομάδα 1 του οικονομικού φορέα «...» και κηρύχθηκε άγονη η διαδικασία σύναψης σύμβασης για την ομάδα αυτή. Σύμφωνα με το αρ. 103 Ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το αρ. 43 του Ν. 4782/2021, υπό το πρίσμα της αποφυγής αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων από τις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για τυπικούς λόγους που οφείλονται στην ελλιπή ή μη τυπικώς προσήκουσα προσκόμιση των δικαιολογητικών του αρ. 103, αλλά όχι στην πραγματική συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του οικονομικού φορέα από τη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, εφόσον τα δικαιολογητικά που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο παρουσιάζουν ελλείψεις ή εφόσον αυτά δεν προσκομισθούν, να καλέσει αυτόν (ενν. τον προσωρινό ανάδοχο) προς παροχή διευκρινίσεων των ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών και προς συμπλήρωση τυχόν ελλειπόντων δικαιολογητικών. Μόνον εφόσον έχει προηγηθεί η προσήκουσα, κατά τα ως άνω, κλήση του προσωρινού αναδόχου από την αναθέτουσα αρχή και η εξέταση της συμμόρφωσης του οικονομικού φορέα προς αυτήν, μπορεί η αναθέτουσα αρχή να προβεί στην απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσης λόγω ελλείψεων που δεν θεραπεύτηκαν κατά την ανωτέρω διαδικασία (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 37/2021, σκ. 19, 29/2019, σκ. 11, ΔΕφΑθηνών, σκ. 8, ΔΕφΠειρ Ν60/2021, σκ. 13). Περαιτέρω, η ΑΕΠΠ, και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, όταν εξετάζει διαφορά επί κατακυρωτικής απόφασης σχετικά με την πληρότητα και το περιεχόμενο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οφείλει, στην περίπτωση που ακυρώσει την προσβαλλομένη λόγω ελλείψεων ή ελαττωμάτων των, κατ' αρχήν αποδεχθέντων, από την αναθέτουσα αρχή δικαιολογητικών κατακύρωσης, να αναπέμψει την υπόθεση σε αυτήν, προκειμένου να εκπληρώσει προηγουμένως την ανωτέρω διαδικαστική υποχρέωσή της, ήτοι να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή των επίμαχων δικαιολογητικών και να εξετάσει τη συμμόρφωση του οικονομικού φορέα προς

την πρόσκληση αυτή (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 37/2021, σκ. 21, ΔΕφΠειρ Ν60/2021, σκ. 14). Επομένως, μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι «δεν έχει υποβάλλει σύμφωνα με την § 2.2.9.2 εδάφιο ε) της υπ' αρ. ... Διακήρυξης του Δήμου ..., Υπεύθυνη Δήλωση περί μη επιβολής σε βάρος του της κύρωσης οριζόντιου αποκλεισμού. Οικονομικός φορέας στον οποίο έχει επιβληθεί η κύρωση του οριζόντιου αποκλεισμού αποκλείεται από την παρούσα διαδικασία σύναψης της σύμβασης σύμφωνα με την § 2.2.3.9 της Διακήρυξης», καθόσον, όπως βασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει, δεν την κάλεσε, ως όφειλε, προηγουμένως, να προσκομίσει την ελλείπουσα αυτή υπεύθυνη δήλωση, κατ' άρ. 103, παρ. 2 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρ. 43 του Ν. 4782/2021. Επομένως, ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

14. Επειδή, ενόψει της, κατά τα ως άνω, αποδοχής του πρώτου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, και του γεγονότος ότι οι προσβαλλόμενες καθίστανται ακυρωτές, γιατί η αναθέτουσα αρχή δεν κάλεσε την προσφεύγουσα όπως προσκομίσει την ελλείπουσα υπεύθυνη δήλωση, κατ' άρ. 103, παρ. 2 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρ. 43 του Ν. 4782/2021, η εξέταση του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής που αφορά στην παραβίαση από την αναθέτουσα αρχή της αρχής της επιλογής του αναδόχου με βάση την οικονομικότερη προσφορά, παρέλκει ως αλυσιτελής.

15. Επειδή η εισήγηση γίνεται δεκτή.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό.

Αριθμός απόφασης : 1071/2022

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11.07.2022 και εκδόθηκε στις 19.07.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΛΕΞΑΝΔΡΑ ΠΑΠΑΧΡΗΣΤΟΥ