

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 5 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 13-1-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 128/13-1-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****» νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «*****», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Και της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 4-1-2021 κοινοποιηθείσας, με αριθμό **** Συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον ίδιο και έκρινε αποδεκτό τον παρεμβαίνοντα, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για τη «Δημιουργία ολοκληρωμένου πληροφοριακού συστήματος *****», που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. ***** διακήρυξη, εκτιμώμενης αξίας 398.387,10 ευρώ, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ **** την 29-10-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ****.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. **** και ποσού 1.992,00 ευρώ.

2. Επειδή, με την εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, από 13-1-2021 κατατεθείσα προσφυγή, στο πλαίσιο της εμπίπτουσας λόγω χρόνου αποστολής προς δημοσίευση και εκτιμώμενης αξίας, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, διαδικασίας, ο προσφεύγων βάλλει κατά της από 4-1-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, καθ' ο μέρος αυτός απεκλείσθη και κρίθηκε αποδεκτός ο εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ο από 21-1-2021, κατόπιν της από 15-1-2021 κοινοποίησης της προσφυγής παρεμβαίνων, η δε αναθέτουσα υπέβαλε τις από 22-1-2021 Απόψεις της. Συνεπώς, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη με την ακόλουθη αιτιολογία «1. Σε ό,τι αφορά την εταιρεία «*****»: Η εν λόγω εταιρεία αναθέτει ποσοστό άνω του 30% στον υπεργολάβο ****. Σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 131 του Ν 4412/2016 και σε συνδυασμό με την κατευθυντήρια οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ, σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους τμήμα/τα της σύμβασης το/α οποίο/α υπερβαίνει/ουν σωρευτικά το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της Σύμβασης, η Αναθέτουσα Αρχή πρέπει να: «α) επαληθεύει υποχρεωτικά τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού για τους υπεργολάβους σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74» και συνεπώς θα 7 πρέπει ο οικονομικός φορέας – υπεργολάβος να υποβάλλει ξεχωριστό ****. Το έντυπο **** για τον υπεργολάβο ***** δεν έχει υποβληθεί και συνεπώς η Επιτροπή κρίνει την προσφορά της εταιρείας ***** ελλιπή και μη σύμφωνη με τις απαιτήσεις του διαγωνισμού. (...)» και στη συνέχεια «(...) Έχοντας υπόψη τα παραπάνω προτείνει την απόρριψη των προσφορών των εταιρειών: ***** (...)». και «(...) ΚΑΤΑ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑ ΑΠΟΦΑΣΙΖΕΙ (...) απορρίπτονται οι προσφορές των εταιρειών ****». Συνεπώς, απεκλείσθη λόγω μη υποβολής **** όχι παρέχοντας στήριξη προς πλήρωση

κριτηρίου επιλογής, οικονομικού φορέα, αλλά απλού υπεργολάβου, η υπεργολαβία του οποίου υπερβαίνει πάντως το 30%. Πράγματι, ο προσφεύγων στο **** του, ΜΕΡΟΣ II ΕΝΟΤΗΤΑ Δ δήλωσε ως απλό υπεργολάβο μη παρέχοντα στήριξη, τον οικονομικό φορέα ****, ενώ υπέβαλε και υπεύθυνη δήλωση του (προσφεύγοντος), ότι του αναθέτει συγκεκριμένα παραδοτέα και εκτέλεση ποσοστού 56,10% της υπό ανάθεση σύμβασης. Περαιτέρω, εν τέλει, όπως βάσιμα ο προσφεύγων ισχυρίζεται είχε ήδη στον υποφάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών του, υποβάλει **** του ως άνω υπεργολάβου, το οποίο δεν ελήφθη κατά τα ανωτέρω υπόψη από την αναθέτουσα. Αβασίμως δε η τελευταία, επικαλείται ότι τούτο το **** υπεβλήθη απαραδέκτως ως μέρος της τεχνικής προσφοράς και όχι των δικαιολογητικών συμμετοχής, αφενός διότι ο υποφάκελος δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών είναι ένας, μόνος και ενιαίος (διακριτός δε αυτού των οικονομικών προσφορών), μετ' αυτού δε περιλαμβάνονται ενιαία τα αρχεία που αποκρίνονται στα ζητούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής και στοιχεία τεχνικής προσφοράς, συναποσφραγίζεται δε άλλωστε ενιαία, αφετέρου, επειδή η απλή ονομασία του αρχείου μορφοτύπου .zip στον οποίο επισυνήφθη το ως άνω **** ήταν «2.2.6. ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ», που συνιστούσε ένα φάκελο συμπιεσμένων αρχείων, εντός του οποίου ευρισκόταν ειδικός περαιτέρω φάκελος «*****», με το **** του τελευταίου αυτού οικονομικού φορέα, ουδόλως αναιρεί την παραδεκτή υποβολή αυτού του ****, τούτο δε πέραν του ότι ούτως ή άλλως ο τρόπος κάλυψης κριτηρίων επιλογής συνιστά ζήτημα των δικαιολογητικών συμμετοχής, με συνέπεια ουδεμία παραπλάνηση της αναθέτουσας περί ανάγκης μελέτης και αυτού να δύναται να υφίσταται. Επομένως, μη νομίμως απεκλείσθη ο προσφεύγων υπό την ανωτέρω αιτιολογία. Περαιτέρω, δια των εκδοθεισών εκ μη αποφαινομένου για τη διαδικασία οργάνου της, ήτοι του χωρικού ****, Απόψεων της, η αναθέτουσα προβάλλει όλως νέες βάσεις αποκλεισμού του προσφεύγοντος, όπως ότι εν τέλει στηρίζεται στον ως άνω υπεργολάβο για κάλυψη θέσης ομάδας έργου που ορίστηκε ως κριτήριο επιλογής, παρότι δεν επικλήθηκε τέτοια στήριξη, όπως και ότι δεν τεκμηριώνεται η πενταετής εμπειρία αυτού του στελέχους στο κατά τη

διακήρυξη οριζόμενο αντικείμενο. Πλην όμως, οι νέες αυτές βάσεις αποκλεισμού που ουδόλως ταυτίζονται ή απλώς επεξηγούν τη σαφή, πλην εσφαλμένη αιτιολογία, με την οποία απεκλείσθη ο προσφεύγων, αλλά τη θεμελιώνουν εκ νέου σε όλως πρόσθετα, κατά το νομικό και πραγματικό τους μέρος, ερείσματα, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα και σε κάθε περίπτωση κατά το αντίστοιχο τέτοιο εκτελεστό τους μέρος, δεν προέρχονται από το αποφαινόμενο για την κρίση περί αποδοχής ή μη προσφορών, όργανο της, ήτοι την Οικονομική της Επιτροπή και άρα, δεν είναι ληπτές υπόψη. Τούτο διότι ναι μεν η αναθέτουσα δια των Απόψεων της δύναται κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, να προβάλει συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλομένης, δυνατότητα εντός της οποίας περιλαμβάνεται αφενός η απλή ανάλυση και τεκμηρίωση μιας τυχόν καταρχήν ελλειπτικής ή συνοπτικής αιτιολογίας, αφετέρου η ευχέρεια το πρώτον προβολής όλως νέων βάσεων αποκλεισμού, που ουδόλως αποτέλεσαν αιτιολογία της προσβαλλομένης. Πλην όμως ουδόλως αυτή η τελευταία ευχέρεια αναιρεί ότι θα πρέπει να ασκείται αρμοδίως και δια νομίμως εκδιδομένης εκ του αποφαινομένου οργάνου της αναθέτουσας, εκτελεστής πράξης και όχι με απλό έγγραφο αναρμοδίου προς τούτο οργάνου, υπηρεσίας ή υπαλλήλου της αναθέτουσας που ουδόλως θα δύνατο να εκδώσει τέτοια πράξη αποδοχής ή αποκλεισμού προσφορών. Αντίθετα, ουδόλως η περιβολή τύπου απόφασης του αποφαινομένου οργάνου της αναθέτουσας απαιτείται όταν δια των Απόψεων και δη, της συμπληρωματικής αιτιολογίας της προσβαλλομένης, απλώς επεξηγείται, στοιχειοθετείται, τεκμηριώνεται και αναλύεται ή υποστηρίζεται η ήδη αποτελούσα έρεισμα της προσβαλλομένης εκτελεστής πράξης, αιτιολογία, αλλά μόνο όταν αυτή επαυξάνεται με όλως νέα κατά το πραγματικό και νομικό τους μέρος, ερείσματα. Εξάλλου, η κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ευχέρεια συμπληρωματικής αιτιολογίας, σκοπεύει μεν στη διευκόλυνση και επιτάχυνση των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αποτελεσματικής επίλυσης των οικείων διαφορών σε μία διαδικασία εξέτασης διοικητικής προσφυγής, ουδόλως όμως στην καταστρατήγηση των περί αρμοδιότητας και ουσιώδους τύπου, διατάξεων για την έκδοση εκτελεστών πράξεων του προσυμβατικού σταδίου ούτε στην απονομή εξαιρετικών και

ιδιόμορφων εξουσιών σε τυχόν υπαλλήλους της αναθέτουσας ή όργανα αυτής, που δεν θα είχαν τη δυνατότητα και αρμοδιότητα να κρίνουν τα ίδια επί των προσφορών, να υπεισέλθουν σε έκδοση εκτελεστών πράξεων σε σχέση με αυτές ή και μεταβάλλοντας ήδη εκδοθείσες εκτελεστές πράξεις και δη, επ' αφορμής προσφυγής του ιδίου του αποκλεισθέντος. Άλλως, επιπλέον, θα καλείτο αναρμοδίως η ΑΕΠΠ, το πρώτον να εκδώσει εκτελεστή πράξη αποκλεισμού του προσφεύγοντος, κατόπιν δικής του προσφυγής και μόνο, δυσχεραίνοντας τη θέση του παρανόμως, ως και υπεισερχόμενη στις αρμοδιότητες της αναθέτουσας, αναρμοδίως (ΔΕΦΠειρ 103/2020). Τούτο βέβαια ουδόλως αναιρεί τη δυνατότητα της αναθέτουσας (ούτε τούτο θα συνιστούσε πλημμελή συμμόρφωση της με την ΑΕΠΠ, αφού η ΑΕΠΠ δεν κρίνει τον προσφεύγοντα άνευ ετέρου αποδεκτό, αλλά κρίνει την αρμοδίως εκδοθείσα αιτιολογία αποκλεισμού του ως μη νόμιμη) να επανέλθει και να αποκλείσει εκ νέου, με απόφαση του αρμοδίου οργάνου της, τον προσφεύγοντα με τη νέα ως άνω αιτιολογία που επικαλείται ή ακόμη και σε όλως νέα αιτιολογία, σε σχέση με αυτή που νυν επικαλείται. Συνεπώς, η προσβαλλομένη, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του προσφεύγοντος είναι ακυρωτέα καθ' ο μέρος με εσφαλμένη αιτιολογία και σύμφωνα με τη μόνη εγκριθείσα εκ του αποφαινομένου οργάνου της, τέτοια αιτιολογία, απέκλεισε τον προσφεύγοντα, χωρίς να αναιρείται πάντως η δυνατότητα της αναθέτουσας να επανέλθει και να εξετάσει τις νέες βάσεις αποκλεισμού του, που δια των μη εκτελεστών και μη εκδοθεισών εξ αρμοδίου προς έκδοση πράξεων περάτωσης σταδίων προσυμβατικού σταδίου, οργάνου της, Απόψεων της προτείνει.

4. Επειδή, όσον αφορά το στρεφόμενο κατά της παρεμβαίνουσας σκέλος της προσφυγής, ο παρεμβαίνων δηλώνει στο **** του ΜΕΡΟΣ IV ΕΝΟΤΗΤΑ Δ, την υπεργολαβία χωρίς στήριξη στις ικανότητες του, του οικονομικού φορέα **** και του οικονομικού φορέα ****, υπέβαλε δε με την προσφορά του τα συμφωνητικά της με τους ανωτέρω υπεργολάβους και υπεύθυνες δηλώσεις αποδοχής των ανωτέρω υπεργολάβων, ο δε προσφεύγων επικαλείται μη προσήκουσα υποβολή των ανωτέρω, λόγω μη θέσης επ' αυτών των εγγράφων προηγμένων ηλεκτρονικών υπογραφών των ως άνω

υπεργολάβων. Πλην όμως, ουδόλως προκύπτει επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωση υποβολής των ανωτέρω εγγράφων για απλούς υπεργολάβους και δη, με την προσφορά, το μόνο δε που προκύπτει ήταν ότι ζητήθηκε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, κατά τον όρο 2.2.9.2.B9 της διακήρυξης, δέσμευση διάθεσης πόρων εκ των τρίτων που παρέχουν στήριξη προς πλήρωση κριτηρίου επιλογής, όπως και υπεύθυνη δήλωση των μελών ομάδας έργου-εξωτερικών συνεργατών περί συνεργασίας τους, κατά τον όρο 2.2.9.2.B4, έγγραφα που υποβλήθηκαν με την προσφορά της παρεμβαίνουσας ούτως ή άλλως, διακριτά από τα ως άνω, μη προκύπτοντα ως απαιτούμενα, ιδιωτικά συμφωνητικά με τους απασχολούντες τα συγκεκριμένα μέλη ομάδας έργου οικονομικούς φορείς που δηλώνονται ως υπεργολάβοι μη παρέχοντες στήριξη προς πλήρωση κριτηρίου επιλογής, ως και τις υπεύθυνες δηλώσεις συνεργασίας, όχι των ως άνω μελών, αλλά των παραπάνω υπεργολάβων οικονομικών φορέων. Δεδομένου δε ότι δεν είναι δυνατός αποκλεισμός προσφοράς λόγω οιασδήποτε έλλειψης, πλημμέλειας ή απαραδέκτου, εκ περισσού υποβληθέντος στοιχείου ή εγγράφου της προσφοράς, ακριβώς διότι και αν ακόμη αυτό ουδόλως είχε υποβληθεί και πάλι δεν θα προέκυπτε πλημμέλεια της προσφοράς, οι παραπάνω ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι.

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά του αποκλεισμού του προσφεύγοντος και τούτο υπό την κατά την προσβαλλομένη, αιτιολογία, να απορριφθεί δε κατά τα λοιπά. Να γίνει δε εν μέρει δεκτή η Παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή. Να ακυρωθεί, η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα, υπό την αιτιολογία αυτής.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. ***** και ποσού 1.992,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. ***** της αναθέτουσας, καθ'ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα κατά τη βάση που αναφέρει στην αιτιολογία αυτής.

Ορίζει την επιστροφή του παράβολο με αρ. ***** και ποσού 1.992,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5-2-2021 και εκδόθηκε στις 24-2-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΚΟΣ ΧΡΗΣΤΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ