

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Μαΐου 2022.

Για να εξετάσει την από 31.03.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 490/31.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή, να ακυρωθεί η υπ' αρ. 90/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και, κατ' ορθή ερμηνεία της υπό κρίση προσφυγής, η υπ' αρ. 126/2022 απόφαση στην οποία αυτή ενσωματώνεται, και η αναθέτουσα αρχή να προβεί στην οριστική κατακύρωση του αποτελέσματος σε αυτήν.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 600,00 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 εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ποσού 64.510,00€.

2. Επειδή, η υπ' αρ. 90/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και η υπ' αρ. 126/2022 απόφαση στην οποία αυτή ενσωματώνεται εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. πρωτ. ... Διακήρυξης με την οποία η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ανοικτό Διαγωνισμό για την ανάθεση

Αριθμός Απόφασης: 682/2022

σύμβασης υπηρεσιών με τίτλο «Συντήρηση οργανωμένων χώρων πράσινου (2022)» με εκτιμώμενη αξία σύμβασης 64.510,00€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει συνολικής χαμηλότερης τιμής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 06.12.2021 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 Καλαμάτας ασκεί ως αναθέτουσα αρχή 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, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1, όπως ισχύει, 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: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 31.03.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη ότι η υπ' αρ. 126/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, στην οποία ενσωματώνεται η υπ' αρ. 90/2022 απόφαση, και κατά της οποίας, κατ' ορθή ερμηνεία της υπό κρίση προσφυγής, στρέφεται η προσφεύγουσα (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1270/2009, σκ. 6, 803/2008, σκ. 2, 91/2007, σκ. 3, και *Φ. Αρναούτογλου*, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 227, 228), κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 22.03.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρ. 361, παρ. 1 και 362, παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και στα άρ. 4, παρ. 1, εδ. α' και 8, παρ. 2 του π.δ. 39/2017. Ασκείται δε μετ' εννόμου συμφέροντος καθότι η προσφορά της προσφεύγουσας, που είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος, απερρίφθη και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο αμέσως επόμενος συμμετέχων, δυνάμει της υπ' αρ. 90/2022 απόφασης της

Αριθμός Απόφασης: 682/2022

Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, βάλλει δε κατά της κατά αυτής και, κατά τα ως άνω, της υπ' αρ. 126/2022 απόφασης, επί σκοπώ κατακύρωσης σε αυτήν του αποτελέσματος της διαγωνιστικής διαδικασίας.

5. Επειδή την 01.04.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, 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. 689/2022 Πράξη του Μονομελούς Κλιμακίου ορίσθηκε ημερομηνία εξέτασης.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 12.04.2022 τις υπ' αρ. πρωτ. 34669/11.04.2022 απόψεις της δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, ανταποκρινόμενη στη διαδικασία του άρ. 103 του Ν. 4412/2016, του άρ. 43 του Ν. 4782/2021 και στην από ... πρόσκληση της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, απέστειλε ηλεκτρονικά στο χώρο του διαγωνισμού το σύνολο των απαιτούμενων εγγράφων βάσει του άρ. 2.2.7.2 της Διακήρυξης και του άρ. 80 του Ν. 4412/2016 και άρ. 29 του Ν. 4782/2021, εκτός από το πιστοποιητικό εκπροσώπησης του άρ. 2.2.7.2.Β6, λόγω αμέλειας. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι ως προς τα δικαιολογητικά νομιμοποίησης έχουν υποβληθεί εμπρόθεσμα –Κωδικοποιημένο Καταστατικό καταχωρημένο στο ΓΕΜΗ ... –Γενικό Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ με αριθμό πρωτ. ... με όλες τις μέχρι τώρα μεταβολές – Υπεύθυνη Δήλωση του εκπροσώπου της εταιρίας για την ισχύ και τις τροποποιήσεις του καταστατικού και ότι στο άρ. 5 του καταστατικού σύστασης ορίζεται διαχειριστής και εκπρόσωπος της εταιρίας το ομόρρυθμο μέλος αυτής ..., σύμφωνα δε με το πιστοποιητικό ΓΕΜΗ, η τελευταία μεταβολή στο καταστατικό έγινε το 2011, επομένως, με το μόνο λόγο της προσφυγής του προβάλλει ότι το υποβληθέν κωδικοποιημένο καταστατικό περιλαμβάνει τον ορισμό εκπροσώπου της εταιρίας καθώς και το σύνολο των τροποποιήσεων και είναι αυτό που ισχύει και σήμερα, σύμφωνα με την υπεύθυνη δήλωση. Συναφώς, παραθέτει το άρ. 2.2.7.2.Α της Διακήρυξης και ότι η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να αναζητήσει

Αριθμός Απόφασης: 682/2022

πληροφορίες από το ΓΕΜΗ πριν προχωρήσει σε κάθε απόφαση και ότι στο άρ. 2.2.7.1 της Διακήρυξης αναφέρεται «Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτός, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς...». Ακόμη, παραθέτει τον όρο 3.1.2.1 της Διακήρυξης που ενσωματώνει τα άρ. 102 και 103 του Ν. 4412/2016 και υποστηρίζει ότι και η ίδια η Διακήρυξη ρητά προβλέπει πως σε περίπτωση ελλείψεων δικαιολογητικών κατακύρωσης ο προσωρινός ανάδοχος δεν αποκλείεται, αλλά καλείται εκ νέου να συμπληρώσει τις ελλείψεις του και ότι εν προκειμένω η Επιτροπή πρέπει να ζητήσει διευκρίνιση όπως αναφέρει ο νόμος «ακόμη και με νέα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν ήδη υποβληθεί» και ότι το θέμα της έκτασης της προσκόμισης των νομιμοποιητικών εγγράφων ενός οικονομικού φορέα δεν θα μπορούσε να «εισάγει διακρίσεις ή ευνοϊκή μεταχείριση», κατά συνέπεια ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή παραβίασε ευθέως το άρ. 2.4.6 της Διακήρυξης και το άρ. 102 και 103 του Ν. 4412/2016, όπως έχουν τροποποιηθεί με τα άρ. 42 και 43 του Ν. 4782/2021 και γι' αυτό θα πρέπει να ακυρωθεί, παραθέτει δε σχετική νομολογία.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επί του μόνου λόγου της προσφυγής υποστηρίζει ότι «Στο άρθρο 2.2.9.2.B.6. της με αριθμό ... διακήρυξης που αφορά στην παροχή υπηρεσιών με τίτλο «Συντήρηση οργανωμένων χώρων πρασίνου (2022)» αναφέρεται: “Για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και εγγράφεται υποχρεωτικά ή προαιρετικά, κατά την κείμενη νομοθεσία, και δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της σε αρμόδια αρχή (πχ ΓΕΜΗ), προσκομίζει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του 1, εκτός αν αυτό φέρει συγκεκριμένο χρόνο ισχύος. Ειδικότερα για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς προσκομίζονται:

i) για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και υποχρεούται, κατά την κείμενη νομοθεσία, να δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της στο ΓΕΜΗ, προσκομίζει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την

Αριθμός Απόφασης: 682/2022

υποβολή του. ii) Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και των μεταβολών του νομικού προσώπου γενικό πιστοποιητικό μεταβολών του ΓΕΜΗ, εφόσον έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Στις λοιπές περιπτώσεις τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, αποφάσεις συγκρότησης οργάνων διοίκησης σε σώμα, κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του οικονομικού φορέα), συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου ότι εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους.” Ο προσφεύγων, ημεδαπός, οικονομικός φορέας με την επωνυμία ... είναι εγγεγραμμένος στο ΓΕΜΗ όπως προκύπτει από το γενικό πιστοποιητικό μεταβολών που προσκόμισε και συνεπώς έπρεπε να προσκομίσει και το πιστοποιητικό νόμιμης εκπροσώπησης με ημερομηνία έκδοσης έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. Σύμφωνα με την με αριθμό 475,476/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π.: Κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών 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. 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 (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ). Εξάλλου, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως

Αριθμός Απόφασης: 682/2022

αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού 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. Συναφώς, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης, ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρθρου 102 και του άρθρου 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτά καθιερώνουν, το πρώτο στην ειδική περίπτωση της συμπλήρωσης και το δεύτερο γενικά επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και αμφότερα με τη σειρά τους πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να επιτρέπει τις εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή των υποβληθεισών προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε. Σύμφωνα λοιπόν με τα παραπάνω δεν μπορούσε να γίνει δεκτή η προσφορά του προσωρινού αναδόχου γιατί δεν είχε υποβάλλει το σύνολο των απαιτούμενων από τη διακήρυξη δικαιολογητικών. Διευκρίνιση δεν ζητήθηκε γιατί τότε θα παραβιαζόταν οι αρχές της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης όλων των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό.»

Αριθμός Απόφασης: 682/2022

10. Επειδή, δυνάμει της υπ' αρ. 90/2022 απόφασης, η οποία ενσωματώνεται στην υπ' αρ. 126/2022 απόφαση, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής αποφάσισε ομόφωνα ότι «Υιοθετεί το 4ο πρακτικό της επιτροπής διενέργειας ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την υπηρεσία «Συντήρηση οργανωμένων χώρων πρασίνου (2022)», με την τροποποίησή του όπως αναφέρθηκε από τον Αντιδήμαρχο κ. Σκοπετέα Αναστάσιο και αναλυτικά καταχωρούνται στο ιστορικό της απόφασης αυτής και συγκεκριμένα

- απορρίπτει την προσφορά του προσωρινού αναδόχου «...» χωρίς την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής του, και
- αναδεικνύει προσωρινό ανάδοχο τον αμέσως επόμενο συμμετέχοντα στο διαγωνισμό «...» με ποσό προσφοράς 75.992,78 € με ΦΠΑ.»

σε αυτήν δε αναφέρεται ότι «6. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά, αλλά και σε έντυπη μορφή δεν είναι πλήρη και σύμφωνα με τα όσα προβλέπει η διακήρυξη. Συγκεκριμένα δεν υποβλήθηκε το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης όπως απαιτείται από το άρθρο 2.2.9.2.B.6.i της διακήρυξης.».

11. Επειδή, επί του μόνου λόγου της προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 3.2 της Διακήρυξης, «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση στον προσφεύγοντα, 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... 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 διευκρινίσεις, με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν...», σύμφωνα δε με το άρ. 2.2.9.2.B.6. της Διακήρυξης, «...για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς προσκομίζονται i) για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης... προσκομίζει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει

Αριθμός Απόφασης: 682/2022

εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του...». Από τη θεώρηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή απέστειλε δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ το υπ' αρ. πρωτ. ... έγγραφο με θέμα «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης για την «Συντήρηση οργανωμένων χώρων πρασίνου (2022)»», σύμφωνα με το άρ. 3.2 της Διακήρυξης προς την προσφεύγουσα, με το οποίο την κάλεσε «...να προσκομίσει, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της εν λόγω 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...». Σε απάντηση της ως άνω πρόσκλησης, η προσφεύγουσα στις 08.02.2022 απέστειλε ομοίως δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ δικαιολογητικά εμπροθέσμως, εν συνεχεία, όπως αναφέρεται στην υπ' αρ. 90/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής η οποία ενσωματώνεται στην υπ' αρ. 126/2022 απόφαση, η προσφεύγουσα κατέθεσε στο πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, λαμβάνοντας τον υπ' αριθ. 12826/10-02-2022 αριθμό πρωτοκόλλου, και φυσικό φάκελο δικαιολογητικών, ομοίως εμπροθέσμως. Εντούτοις, όπως αναφέρει και στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε το πιστοποιητικό εκπροσώπησης του άρθρου 2.2.7.2.B6, στη δε υπ' αρ. 90/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής που ενσωματώνεται στην υπ' αρ. 126/2022 απόφαση αναφέρεται ότι «...τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά, αλλά και σε έντυπη μορφή δεν είναι πλήρη και σύμφωνα με τα όσα προβλέπει η διακήρυξη. Συγκεκριμένα δεν υποβλήθηκε το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης όπως απαιτείται από το άρθρο 2.2.9.2.B.6.i της διακήρυξης.» και για το λόγο αυτό απερρίφθη η προσφορά

Αριθμός Απόφασης: 682/2022

της, χωρίς την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Σύμφωνα με το άρ. 103 Ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το άρ. 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 άρ. 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 «τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά, αλλά και σε έντυπη μορφή δεν είναι πλήρη και σύμφωνα με τα όσα προβλέπει η διακήρυξη», καθόσον δεν την κάλεσε, ως όφειλε, προηγουμένως, να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατ' άρ. 103, παρ. 2 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε από το άρ. 43 του Ν.

Αριθμός Απόφασης: 682/2022

4782/2021. Επομένως, ο μόνος λόγος της υπό κρίση προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος, η δε υπ' αρ. 90/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής καθώς και η υπ' αρ. 126/2022 απόφαση στην οποία αυτή ενσωματώνεται πρέπει να ακυρωθούν, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να ασκήσει την προβλεπόμενη στα άρθρα 103 του Ν. 4412/2016 και 3.2 της Διακήρυξης αρμοδιότητά της, κατά τα ως άνω, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 90/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, καθώς και την υπ' αρ. 126/2022 απόφαση στην οποία αυτή ενσωματώνεται, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 06.05.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Το Μέλος
ΒΙΚΤΩΡΙΑ ΠΙΣΜΙΡΗ

Η Γραμματέας
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ