

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 06 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση:
Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 28.03.2022 με ΓΑΚ 480/29.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», με διακριτικό τίτλο, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 07.04.2022 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η η υπ' αριθμ. 30/2022 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής κατά το τμήμα που ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την παρεμβαίνουσα.

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 τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ποσού €1.209,70.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού που αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και έλαβε ΑΔΑΜ, προκήρυξε την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου «.....», εκτιμώμενης αξίας 300.000,00 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, και κάλεσε τους

Αριθμός απόφασης: 786 /2022

οικονομικούς φορείς που πληρούσαν τις τασσόμενες από το νόμο και τη διακήρυξη τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις συμμετοχής να υποβάλλουν φάκελο προσφοράς. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) (άρθρο 14 της διακήρυξης) και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 15.12.2021.

3. Επειδή, στον διαγωνισμό που διενεργήθηκε υπέβαλαν προσφορά τρεις (3) διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε στις 17.12.2021 και προέβη στη ηλεκτρονική αποσφράγιση και αξιολόγηση των προσφορών και βάσει των δεδομένων που προέκυψαν κατήρτισε τον πίνακα μειοδοσίας, κατατάσσοντας στην πρώτη θέση μειοδοσίας την προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρίας «.....» και δ.τ. «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 11,06% και στην δεύτερη θέση την προσφορά της προσφεύγουσας με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 6,00%. Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων η Επιτροπή Διαγωνισμού με το 1^ο πρακτικό της εισηγήθηκε προς την Οικονομική Επιτροπή την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινού αναδόχου. Το Διοικητικό Συμβούλιο τ... .. στην οποία διαβιβάστηκε το 1^ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού με την υπ' αριθμ. 1/2022 απόφασή του ενέκρινε το 1^ο πρακτικό και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο την εταιρία «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 11,06%. Κατόπιν των ανωτέρω και μέσω της λειτουργικότητας της «επικοινωνίας» με το με αρ. πρωτ. 55/15.2.2022 έγγραφο που αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ η αναθέτουσα αρχή κάλεσε την παρεμβαίνουσα να υποβάλλει εντός δέκα (10) ημερών τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, η οποία με το από 25.2.2022 μήνυμά της μέσω του ΕΣΗΔΗΣ και της λειτουργικότητας της επικοινωνίας υπέβαλε στις 25.2.2022 τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Ακολούθως με το υπ' αριθμ. πρωτ. 117/2.3.2022 έγγραφό της υπέβαλε και σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο τα αυτά δικαιολογητικά. Η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που είχε υποβάλλει ο προσωρινός ανάδοχος και με το 2^ο πρακτικό της θεώρησε ότι αυτά υπεβλήθησαν εμπρόθεσμα και ήταν σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και εισηγήθηκε στο Δ.Σ. τ... .. την κατακύρωση της εκτέλεσης του έργου

Αριθμός απόφασης: 786 /2022

στην παρεμβαίνουσα εταιρία «.....». Το Δ.Σ. τ... με την υπ' αριθμ. 30/2022 απόφασή του έκανε δεκτό το 2^ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και κατακύρωσε την εκτέλεση του έργου στην εταιρία «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 11,06%.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 18.03.2022 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 28.03.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΑΕΠ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα προσδοκά την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας προς τον σκοπό να αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος του έργου.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 30.03.2022 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. 201/07.04.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

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 στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 30.03.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 07.04.2022, 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 αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος.

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,

Αριθμός απόφασης: 786 /2022

19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε 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).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη και να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας διότι δεν πληροί τα άρθρα 4.2.δ.iii, 23.2. και 23.3.β της διακήρυξης και του Ν 4412/2016, αφού οι ασφαλιστικές ενημερότητες των έργων που προσκομίσθηκαν, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης για τον κρίσιμο χρόνο υποβολής των προσφορών.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής: Το άρθρο 23.3 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α» ορίζει ότι: « πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας που εκδίδεται από τον e-ΕΦΚΑ. Η ασφαλιστική ενημερότητα καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του προσφέροντος οικονομικού φορέα α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη-μηχανικούς του που στελεχώνουν το πτυχίο της εργοληπτικής επιχείρησης και που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στον ΕΦΚΑ (τομέας πρώην ΕΤΑΑ -ΤΜΕΔΕ). Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς υποβάλλουν αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας (κύριας και επικουρικής ασφάλισης) για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας. Δεν αποτελούν απόδειξη ενημερότητας της προσφέρουσας εταιρίας, αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας των φυσικών προσώπων που στελεχώνουν το πτυχίο της εταιρίας ως εταίροι. Οι αλλοδαποί προσφέροντες (φυσικά και νομικά πρόσωπα), που δεν υποβάλουν τα άνω αποδεικτικά, υποβάλλουν υπεύθυνη

Αριθμός απόφασης: 786 /2022

δήλωση περί του ότι δεν απασχολούν προσωπικό, για το οποίο υπάρχει υποχρέωση ασφάλισης σε ημεδαπούς ασφαλιστικούς οργανισμούς. Αν απασχολούν τέτοιο προσωπικό, πρέπει να υποβάλλουν σχετικό αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας εκδιδόμενο από τον ΕΦΚΑ.».

Η παρεμβαίνουσα όφειλε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης να προσκομίσει ασφαλιστικές ενημερότητες που να καλύπτουν τόσο το χρόνο υποβολής των προσφορών όσο και το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης για την ίδια, για τα έργα που εκτελεί καθώς και για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΤΜΕΔΕ, πλην όμως παρέλειψε να υποβάλει ασφαλιστικές ενημερότητες των έργων «.....», «.....», «.....» και «.....», που να καλύπτουν το χρόνο υποβολής των προσφορών, ήτοι ασφαλιστικές ενημερότητες σε ισχύ στις 15.12.2021, γεγονός που συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της. Όμως, η έλλειψη αυτή είναι δεκτική συμπλήρωσης σύμφωνα με τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 103 παρ. 2 του Ν 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του ν 4782/2021 και ισχύει και δεν αποτελεί λόγο, άνευ ετέρου, αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας. Επομένως, η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί αλλά η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί στην κατά τα ως άνω κλήση της παρεμβαίνουσας προς συμπλήρωση του ελλείποντος ή και ελλιπούς δικαιολογητικού και όχι να απορρίψει την προσφορά αυτής.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί διότι η παρεμβαίνουσα για την κάλυψη της απαίτησης του άρθρου 22^Ε της διακήρυξης υπέβαλε το με αρ. πιστοποιητικό της DELTA Cert το οποίο όμως δεν πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης αφενός γιατί δεν φέρει την απαιτούμενη σήμανση από το ΕΣΥΔ (Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης) και αφετέρου γιατί στο πεδίο εφαρμογής του δεν αναφέρεται η οδική ασφάλεια.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής: Το άρθρο Το άρθρο 22.Ε της διακήρυξης απαιτεί οι διαγωνιζόμενοι για το παραδεκτό της προσφοράς τους να διαθέτουν τα εξής πρότυπα: «ISO 39001:2012 Σύστημα Διαχείρισης της Οδικής Ασφάλειας». Προς πλήρωση αυτής της απαίτησης η παρεμβαίνουσα κατέθεσε το με αρ. πιστοποιητικό της DELTA Cert στο οποίο αναφέρεται ότι έχει αξιολογηθεί και

Αριθμός απόφασης: 786 /2022

κρίνεται ότι εφαρμόζει επιτυχώς Σύστημα Διαχείρισης Οδικής Ασφάλειας σύμφωνα με τις απαιτήσεις του Διεθνούς προτύπου ISO 39001:2012 με πεδίο εφαρμογής μεταξύ των άλλων Κατασκευή, Συντήρηση, Επισκευή, Τεχνική Διαχείριση και Λειτουργία Έργων Οδοποιίας, Οικοδομικών, Λιμενικών, Ηλεκτρομηχανολογικών, Υδραυλικών, Βιομηχανικών και Ενεργειακών. Οι ευρωπαϊκοί εθνικοί φορείς διαπίστευσης έχουν συστήσει την "Ευρωπαϊκή Συνεργασία για τη Διαπίστευση" - " European co-operation for Accreditation" (EA), η οποία συντονίζει και επιβλέπει τις δραστηριότητές τους. Στο πλαίσιο της EA συνάπτονται Πολυμερείς Συμφωνίες (Multilateral Agreements-MLAs) Αμοιβαίας Ισότιμης Αναγνώρισης των δραστηριοτήτων των ευρωπαϊκών φορέων διαπίστευσης. Μέλος του Οργανισμού European Accreditation είναι ο φορέας διαπίστευσης CAI από τον οποίο έχει διαπίστευση ο φορέας πιστοποίησης TCert, ο οποίος πιστοποιεί την παρεμβαίνουσα. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι το προσκομισθέν πιστοποιητικό καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης και ο υπό κρίση λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως προς τον πρώτο λόγο αυτής και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη προς τον σκοπό να κληθεί η παρεμβαίνουσα από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν.4412/2016.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 06 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 26 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 786 /2022

Η Πρόεδρος

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η Γραμματέας

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ

α/α

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ