

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου σε αναπλήρωση της νομίμως κωλυόμενης Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 16.03.2021 με ΓΑΚ 560/16-3-2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας «...-...», που εδρεύει στο ... και αποτελείται από: Α. την ατομική επιχείρηση με την επωνυμία «...και Β. την ατομική επιχείρηση με την επωνυμία «...», όπως κατέθεσε την από 27.03.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αρ. πρωτ. ...απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό με αρ. 3 της Επιτροπής του υπόψη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού και ανακηρύχθηκε ως ανάδοχος του έργου, η παρεμβαίνουσα καθώς και η με αρ. πρωτ. ...απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό με αρ. 1 της Επιτροπής του υπόψη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, με το οποίο εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά συμμετοχής των συμμετεχόντων και αναδείχθηκε αρχικά προσωρινός μειοδότης η ένωση οικονομικών φορέων «...-...-...».

Με την Παρέμβαση της, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής 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 κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, με ηλεκτρονικό κωδικό ...ποσού €2.017,00.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με τίτλο «ΣΥΝΤΗΡΗΣΕΙΣ ΣΧΟΛΙΚΩΝ ΚΤΙΡΙΩΝ ΔΗΜΟΥ ... 2020», με τη με αρ. πρωτ.: ...και ΑΔΑΜ: ...2019-12-11 Διακήρυξη. Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε αριθμό ΕΣΗΔΗΣ Η σύμβαση αφορά τις επισκευαστικές εργασίες που θα γίνουν στις σχολικές μονάδες του Δήμου ..., διάρκειας ενός έτους. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν δέκα (10) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, η οποία κατετάγη τρίτη σε σειρά μειοδοσίας (με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 52,05%), ενώ, πρώτη κατετάγη η ένωση οικονομικών φορέων με την επωνυμία ...-...-...» (με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 56,56%) και δεύτερη η παρεμβαίνουσα (προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 55,49%), σύμφωνα με το, από 03-02-2020, Πρακτικό 1, της Επιτροπής του υπόψη Διαγωνισμού. Με το ως άνω Πρακτικό 1, η Επιτροπή Διαγωνισμού (ΕΔ) εισηγήθηκε την ανακήρυξη ως προσωρινού μειοδότη, στην υπόψη σύμβαση, της ένωσης με την επωνυμία ...-...-...», την οποία ενέκρινε η αναθέτουσα, με τη με αρ. πρωτ. ...απόφασή της. Ωστόσο, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το Πρακτικό με αρ. 2 διαπίστωσε την εμφιλοχώρηση σφαλμάτων και πλημμελειών στα δικαιολογητικά κατακύρωσης της ως άνω ένωσης με συνέπεια, να εισηγηθεί την απόρριψη της προσφοράς της και την ανακήρυξη σε προσωρινή μειοδότη τη δεύτερη, ως άνω, παρεμβαίνουσα. Η απόφαση αυτή εγκρίθηκε με τη με αρ. ...απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Κατόπιν αυτών, με το με αρ. πρωτ. ...έγγραφο, ζητήθηκε από την παρεμβαίνουσα η υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σύμφωνα με το, από 08-02-2021, Πρακτικό με αρ. 3 της Επιτροπής Διαγωνισμού διαπιστώθηκε ότι πληρούνται οι απαιτήσεις και οι προϋποθέσεις των άρθρων 21, 22 και 23 της Διακήρυξης και εισηγήθηκε την ανάθεση της υπόψη σύμβασης στην εν λόγω ένωση. Η αναθέτουσα αρχή, με τη με αρ. 63/2021 απόφασή της, ενέκρινε την εν λόγω απόφαση, ανακηρύσσοντας ανάδοχο της σύμβασης την παρεμβαίνουσα.

3. Επειδή, αρχικά, κατά της ως άνω απόφασης 63/2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 16.03.2021, 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 στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, 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 άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017. Η απόφαση κατακύρωσης κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 24.02.2021, πλην όμως τα δικαιολογητικά αυτής κοινοποιήθηκαν μέσω του ίδιου τρόπου στις 05.03.2021. Η πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης πράξης κατ' ακολουθία έλαβε χώρα στις 05.03.2021 και από εκείνη την στιγμή άρχισε να μετράει η νόμιμη προθεσμία των 10 ημερών για την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής. Η καταληκτική ημερομηνία για την άσκηση αυτής ήταν η ημέρα Τρίτη 16.03.2021 δοθέντος ότι η 15.03.2021 ήταν η Καθαρά Δευτέρα, δηλαδή αργία και ως εκ τούτου η προθεσμία έληγε την επόμενη εργάσιμη ημέρα. Οι εκ του αντιθέτου αιτιάσεις της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής είναι αβάσιμες και απορριπτέες.

4. Επειδή, όσον αφορά το τμήμα της προσφυγής το οποίο στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ...απόφασης της αναθέτουσας αρχής και προσβάλλει τα δικαιολογητικά συμμετοχής της ένωσης οικονομικών φορέων «...-...-...» καθώς και της παρεμβαίνουσας, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτο και τούτο διότι έχει παρέλθει προ πολλού η προθεσμία υποβολής προδικαστικής προσφυγής κατά της προαναφερόμενης απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες νομότυπα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 28.05.2020.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 17.03.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 22.03.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν ενώ η προσφεύγουσα κατέθεσε νόμιμα και εμπρόθεσμα το από 16.04.2021 Υπόμνημά της επ' αυτών.

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

Αριθμός απόφασης: 882/2021

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 δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 17.03.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 27.03.2021 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 έχουν γίνει δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσής της και έχει ανακηρυχθεί 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, 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 αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον μοναδικό παραδεκτό λόγο της προσφυγής της στρέφεται κατά της παρεμβαίνουσας και ισχυρίζεται ότι δεν αποδεικνύει, ως όφειλε επί ποινή αποκλεισμού, ότι, το μέλος αυτής «...» ήταν φορολογικά ενήμερος, τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της κοινοπραξίας, όσο και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατά τη ρητή επιταγή του νόμου και της διακήρυξης.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί τον ως άνω λόγο της προσφυγής με τις κατατεθείσες απόψεις της και αναφέρει επί λέξει ότι «*Το υπ' αριθμ. πρωτ. ...Αποδεικτικό Ενημερότητας για χρέη προς το δημόσιο του προσωρινού αναδόχου «...- ...» δεν αποδεικνύει την φορολογική του ενημερότητα κατά την υποβολή της προσφοράς, ήτοι την 29-01- 2021, όπως*

Αριθμός απόφασης: 882/2021

απαιτείται από τη Διακήρυξη και το Νόμο, γεγονός που διέφυγε του ελέγχου της Επιτροπής Διαγωνισμού κατά τον αρχικό έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Συνεπώς, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου « ...- ...» έπρεπε να απορριφθεί, έστω για το λόγο αυτό και μόνο.».

10. Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω σκέψης και της μελέτης του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και της παρέμβασης προκύπτουν τα εξής σχετικά με τον υπό κρίση λόγο: Η παρεμβαίνουσα με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης κατέθεσε το υπ' αρ. πρωτ. ...Αποδεικτικό Ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο, από το οποίο προκύπτει ότι το μέλος αυτής «...» ήταν φορολογικά ενήμερος για δύο μήνες από την έκδοσή του, ήτοι έως 08-03-2019, πλην όμως η παρεμβαίνουσα υπέβαλε προσφορά στις 29- 01-2020 και δικαιολογητικά κατακύρωσης την 20-11-2020. Ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας περί της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να εκδώσει η ίδια την επίμαχη φορολογική ενημερότητα είναι αβάσιμος και τούτο διότι, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει τη δυνατότητα να εκδώσει εκ του συστήματος φορολογική ενημερότητα που να ανατρέχει σε παρελθόντα χρόνο και πιο συγκεκριμένα κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, οπότε και θα έπρεπε να αποδείξει ότι την διαθέτει σε ισχύ. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, η παρεμβαίνουσα δεν απέδειξε ως όφειλε ότι ήταν φορολογικά ενήμερη και ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την αποκλείσει για παράβαση απαίτησης της Διακήρυξης επί ποινή αποκλεισμού. Επομένως, ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

12. 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 εν μέρει την προδικαστική προσφυγή σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Αριθμός απόφασης: 882/2021

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ...απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής κατά το μέρος που έκανε δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και ανέδειξε αυτή ως ανάδοχο του έργου.

Απορρίπτει ως απαράδεκτη την προσφυγή ως προς το τμήμα που στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ...απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής,

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με ηλεκτρονικό κωδικό ...ποσού €2.017,00.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε στις 13 Μαΐου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ