

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 09^η Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 31.08.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1320/01.09.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 11.09.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. 436185/21-08-2023 απόφαση, με την οποία εγκρίθηκε από την επιτροπή διαγωνισμού το από 08-08-2023 πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης και έγινε η κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού του έργου «...» στην 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 το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού €3.629,04.

2. Επειδή, στις 12-05-2023 προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός μειοδοτικός διαγωνισμός από το ... για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «...» με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στις 12-06-2023.

Αριθμός απόφασης: 1586/2023

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν μεταξύ άλλων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθμ. πρωτ. 343379/05-07-2023 απόφαση, η επιτροπή διαγωνισμού προχώρησε στην έγκριση του 1ου πρακτικού αποσφράγισης – ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών και την ανάθεση της σύμβασης του έργου στην παρεμβαίνουσα. Έπειτα, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 436185/21-08-2023 απόφαση, εγκρίθηκε από την επιτροπή διαγωνισμού το από 08-08-2023 πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης και η οριστική κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 22.08.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 31.08.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017. Η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής, αφού επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος η παρεμβαίνουσα.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή στους συμμετέχοντες την 01.09.2023 και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../ 04.09.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 08.09.2023, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της. Το δεύτερο συμπληρωματικό υπόμνημα που υπέβαλε η προσφεύγουσα στις 18.09.2023 δεν λαμβάνεται υπόψη ως απαράδεκτο λόγω εκπρόθεσμης άσκησης.

6. 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 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).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας ως οριστικής αναδόχου για τους εξής λόγους: Α) Δεν υπέβαλε φορολογική ενημερότητα της κοινοπραξίας «...» για τη σύμβαση, η οποία έχει υπογραφεί στις 14-07-2023 και αφορά την αναβάθμιση πεζοδρομίων στην πόλη της ... του Β) Δεν υπέβαλε ασφαλιστικές ενημερότητες για τα έργα i) επισκευή αντλιοστασίων άρδευσης ..., ii) αντικατάσταση φωτιστικών σωμάτων κορυφής με φωτιστικά τεχνολογίας led ΤΜΗΜΑ Α», ..., iii) αποκατάσταση Η/Μ Βλαβών στις γεωτρήσεις και τα αντλιοστάσια της ..., iv) ανακατασκευή του κοινού σχολικού προαύλιου χώρου του Σχολείου ..., του ... Σχολείου και του ... στη δημοτική κοινότητα ..., v) έκτακτες παρεμβάσεις σε σχολικές μονάδες του ..., vi) αναβάθμιση πεζοδρομίων στην πόλη της ..., Δήμος ..., όπως επίσης και της κοινοπραξίας «...» για την σύμβαση η οποία έχει υπογραφεί στις 14-07-2023 και αφορά την αναβάθμιση πεζοδρομίων στην πόλη της ... του Γ) Δεν αναφέρει τα ανεκτέλεστα ποσά των προαναφερομένων συμβάσεων που έχει υπογράψει και αναλάβει και δεν έχει συμπεριλάβει τα ποσά αυτά στην υπεύθυνη δήλωση που προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της. Δ) Δεν αποδεικνύει τη χρηματοοικονομική επάρκεια διότι τα υποβληθέντα αρχεία δεν καλύπτουν την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ε) Δεν υπέβαλε ένορκη βεβαίωση περί μη υπαγωγής σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού. ΣΤ) Δεν προσκόμισε υπεύθυνη δήλωση σχετικά με τη Ρωσική συμμετοχή.

8. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω λόγους: Όσον αφορά τον λόγο Α) λεκτέα τα εξής: Η προσφεύγουσα αβάσιμα ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα στις υποβληθείσες φορολογικές ενημερότητες είχε την υποχρέωση να συμπεριλάβει και φορολογική ενημερότητα της κοινοπραξίας «...» για την σύμβαση, η οποία έχει υπογραφεί στις 14-07-2023 και αφορά την αναβάθμιση πεζοδρομίων στην πόλη της ... του ... και τούτο διότι η υποχρέωση

Αριθμός απόφασης: 1586/2023

προσκόμισης πιστοποιητικού φορολογικής ενημερότητας αφορά στον οικονομικό φορέα και στις κοινοπραξίες στις οποίες συμμετέχει, για κοινοπραξίες που είχαν ήδη συσταθεί κατά το χρόνο υποβολής προσφοράς και για δημόσια έργα, η εκτέλεση των οποίων είχε ήδη εκκινήσει στο χρονικό σημείο υποβολής προσφορών. Τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υποβάλλονται προς επιβεβαίωση των πληροφοριών που δηλώθηκαν κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς. Εν προκειμένω, κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας στις 12.06.2023 δεν είχε συσταθεί η κοινοπραξία «...» , ούτε είχε εκκινήσει η εκτέλεση του επίμαχου έργου. Ως εκ τούτου δεν είχε υποχρέωση υποβολής φορολογικής ενημερότητας για την εν λόγω κοινοπραξία και ο υπό κρίση λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Όσον αφορά τον Β) λόγο λεκτέα τα εξής: Αρχικά σχετικά με την υποβολή ασφαλιστικής ενημερότητας για την κοινοπραξία «...» ισχύουν ακριβώς όσα εκτέθηκαν ανωτέρω σχετικά με τον πρώτο λόγο. Η εν λόγω κοινοπραξία συστάθηκε στις 07.07.2023 και ως εκ τούτου κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας στις 12.06.2023 δεν υπήρχε, με αποτέλεσμα να μη δημιουργείται υποχρέωση υποβολής ασφαλιστικής ενημερότητας αυτής. Περαιτέρω, οι υπόλοιπες συμβάσεις στις οποίες αναφέρεται η προσφεύγουσα, υπογράφηκαν επίσης σε χρόνο μεταγενέστερο της υποβολής προσφοράς της και ως εκ τούτου δεν προκύπτει υποχρέωση για προσκόμιση πιστοποιητικών φορολογικής ενημερότητας για τα έργα αυτά, αφού η υπολοποίηση τους εκκίνησε σε χρονικό σημείο μεταγενέστερο του χρόνου υποβολής της προσφοράς της και ο υπό κρίση λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Όσον αφορά τον Γ) λόγο λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με τα όσα εκτέθηκαν στις ως άνω σκέψεις, οι προαναφερόμενες συμβάσεις που επικαλείται η προσφεύγουσα έχουν υπογραφεί μετά το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και ως εκ τούτου το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των έργων αυτών δεν απαιτείτο να ληφθεί υπόψη για τον υπολογισμό του ανεκτέλεστου υπολοίπου. Ως εκ τούτου δεν υπήρχε απαίτηση να αναγραφεί στον πίνακα της υπεύθυνης δήλωσης και ο σχετικός λόγος πρέπει επίσης να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Όσον αφορά τον Δ) λόγο λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 22. Γ της διακήρυξης η παρεμβαίνουσα όφειλε να αποδείξει την χρηματοοικονομική της επάρκεια τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, όπως και έπραξε

Αριθμός απόφασης: 1586/2023

με την υποβολή των αρχείων «ΒΕΒΑΙΩΣΗ ΥΠΟΛΟΙΠΟΥ ΛΟΓΑΡΙΑΣΜΟΥ» και «12.2 account spd fexport 12-06-2023», όσο και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Όμως, τα υποβληθέντα αυτά αρχεία έχουν εκδοθεί πριν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της με αποτέλεσμα να μην καλύπτουν το χρονικό διάστημα υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί, πλην όμως η πλημμέλεια αυτή δεν μπορεί να οδηγήσει στην αυτόθροη απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να την καλέσει κατ' άρθρο 103 του Ν.4412/2016 προς συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατόπιν των ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή, σε εκπλήρωση της ανωτέρω διαδικαστικής υποχρέωσής της, οφείλει να καλέσει την παρεμβαίνουσα προς υποβολή του ελλείποντος, κατά τα ανωτέρω, δικαιολογητικού (ένορκης βεβαίωσης), εντός της προθεσμίας που προβλέπεται στο άρθρο 103 παρ. 2 του ν.4412/2016.

Όσον αφορά τον Ε) λόγο λεκτέα τα εξής: Η παρεμβαίνουσα στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπέβαλε συμπεριέλαβε τα με αριθμό .../2023 και .../2023 ενιαία πιστοποιητικά δικαστικής φερεγγυότητας από το Πρωτοδικείο ..., προς πλήρωση της απαίτησης του άρθρου 23.3 της διακήρυξης. Όπως έχει ήδη κριθεί ad hoc με την υπ' αριθμ. 430/2023 (σκέψη 7) απόφαση του κρίνοντος Κλιμακίου ΕΑΔΗΣΥ, η οποία μάλιστα επικυρώθηκε με την υπ' αριθμ. 448/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ..., από την επισκόπηση των ως άνω υποβληθέντων ενιαίων πιστοποιητικών δικαστικής φερεγγυότητας, προέκυψε ότι η παρεμβαίνουσα όφειλε να είχε υποβάλλει ένορκη βεβαίωση, καθώς τα προαναφερόμενα πιστοποιητικά δεν καλύπτουν (ως εξάλλου ρητώς βεβαιώνεται σε αυτά), όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στο άρθρο 23.3 της διακήρυξης, απορριπτομένων των σχετικών ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας. Η αναθέτουσα αρχή, ενέκρινε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, χωρίς να ζητήσει τη συμπλήρωση, ως είχε το δικαίωμα κατ' άρθρο. 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016 της επίμαχης έλλειψης από την παρεμβαίνουσα, αφού το πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας, ενόψει και του προμνησθέντος περιεχόμενου του, δεν καλύπτει τον κρινόμενο λόγο αποκλεισμού, άλλως την υποβολή ένορκης βεβαίωσης που να αποδεικνύει τη μη συνδρομή του ως άνω λόγου αποκλεισμού. Την ως άνω πλημμέλεια, άλλωστε, όφειλε να διαπιστώσει η αρμόδια επιτροπή του

Αριθμός απόφασης: 1586/2023

διαγωνισμού, και τούτο αφού, κατά τα παγίως νομολογιακώς κριθέντα, οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να μην εφαρμόζουν τους όρους που οι ίδιες έθεσαν στη διακήρυξη (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 16.04.2015, υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 27 ΣτΕ 1894/2022). Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή, παρά την ύπαρξη της επίμαχης έλλειψης/πλημμέλειας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας, λόγω της μη προσκόμισης των εν λόγω υποχρεωτικών δικαιολογητικών κατακύρωσης, μη νομίμως και αναيطολογήτως τα έκρινε ως πλήρη.

Όμως, όπως κρίθηκε *ad hoc* με την ως άνω απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ..., η έλλειψη υποβολής στην αναθέτουσα αρχή από την παρεμβαίνουσα εταιρεία ένορκης βεβαίωσης ως δικαιολογητικού κατακύρωσης για τον μνημονευόμενο λόγο, σε αντικατάσταση του ελλείποντος πιστοποιητικού της αρμόδιας αρχής περί μη θέσεως της σε καθεστώς πτωχευτικού συμβιβασμού, δεν συνεπάγεται άνευ άλλου την απόρριψη της προσφοράς της, καθόσον, κατά την έννοια των διατάξεων αφενός του άρθρου 103 του ν.4412/2016, όπως ισχύει, δεν χωρεί αποκλεισμός του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου λόγω διαπιστωθεισών πλημμελειών στον φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πριν από την κλήση του τελευταίου αυτού να συμπληρώσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά και την πάροδο της σχετικής ταχθείσας προθεσμίας. Σε περίπτωση που δεν τηρηθεί η υποχρέωση αυτή προς κλήση του προσωρινού αναδόχου, η υπόθεση αναπέμπεται κατ' αρχήν στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία αυτή να εκπληρώσει προηγουμένως την υποχρέωσή της (βλ. ΣτΕ 1894,1020/2022, πρβλ. ΣτΕ 1/2020, Ε.Α. 37/2021), προς κλήση του προσωρινού αναδόχου, και ακολούθως να κρίνει αρμοδίως αν συμπληρώθηκαν ορθά και αποτελεσματικά οι ελλείψεις, χωρίς ουσιαστική τροποποίηση της προσφοράς ή άλλη παραβίαση του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού. (Δ.Εφ. Αθ. 1639/2023). Κατόπιν των ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή, σε εκπλήρωση της ανωτέρω διαδικαστικής υποχρέωσής της, οφείλει να καλέσει την παρεμβαίνουσα προς υποβολή του ελλείποντος, κατά τα ανωτέρω, δικαιολογητικού (ένορκης βεβαίωσης), εντός της προθεσμίας που προβλέπεται στο άρθρο 103 παρ. 2 του ν.4412/2016.

Τέλος, όσον αφορά τον ΣΤ) λόγο λεκτέα τα εξής: Στα άρθρα 23.3 – 23. 10 της διακήρυξης αναφέρονται ρητά τα αποδεικτικά μέσα/ δικαιολογητικά κατακύρωσης που πρέπει να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος για την

Αριθμός απόφασης: 1586/2023

απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του και για την πλήρωση των τιθέμενων κριτηρίων επιλογής. Σε κανέναν από τα άρθρα της διακήρυξης δεν ορίζεται η υποχρέωση προσκόμισης υπεύθυνης δήλωσης περί μη ρωσικής συμμετοχής. Επομένως ο υπό κρίση λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να καλέσει την παρεμβαίνουσα για συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 9^η Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε την 30^η Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ