

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 12.12.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1782/14.12.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «» και διακριτικό τίτλο «... Α.Ε.» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλομένης με αριθμό 272/41ης Συνεδρίασης/29.11.2022 αποφάσεως (θέμα 1ο – εκτός ημερησίας διατάξεως) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., καθ' ο μέρος αποφασίσθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 72§2 του ν. 4412/16, η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της προσφεύγουσας.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ, (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 01.12.2022, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 12.12.2022 (δεδομένου ότι η τελευταία ημέρα της προθεσμίας ήταν 11^η.12.2022, ημέρα Κυριακή και άρα εξαιρετέα), ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017, (γ) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής συνιστά διοικητική κύρωση, επαγόμενη οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας συμβάσεως λόγω της επελεύσεως συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακηρύξεως προϋποθέσεων (ΣΤΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018 και Ν29/2016). Επομένως, η απόφαση περί καταπτώσεως εγγυητικής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας, εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημοσίας συμβάσεως. Ως εκ τούτου, παραδεκτώς, κατ' αρχήν, και με την επιφύλαξη της πληρώσεως των λοιπών προϋποθέσεων παραδεκτού της προσφυγής, πλήττεται η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής, αφού φέρει εκτελεστότητα και συνιστά διαφορά, υποκείμενη σε προδικαστική προσφυγή και στη συνακόλουθη αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (624/2021, 48/2019, 588/2018 ΑΕΠΠ).

3. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή, στις 14.12.2022, στους συμμετέχοντες και θιγομένους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρεμβάσεώς τους.

4. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 22.12.2022, τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

5. Επειδή, με την Διακήρυξη υπ' αριθμ. 15811/26.08.2022, προκηρύχθηκε δημόσιος διαγωνισμός, με αντικείμενο: «Ενεργειακή Αναβάθμιση – Αυτοματοποίηση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων, με Εξοικονόμηση Ενέργειας στο Δήμο ...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 4.110.368,00€, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 26.08.2022 με Α.Δ.Α.Μ 22PROC..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

6.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δύο (2) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και ο οικονομικός φορέας «Ένωση Εταιρειών ... ΜΕΠΕ – ...». Εν συνεχεία, δυνάμει της με αριθμό 231 / 37η Συνεδρίαση / 25.10.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, αφ' ενός εγκρίθηκε ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας από τη συνέχεια του διαγωνισμού, λόγω μη καλύψεως των, επί ποινή αποκλεισμού, τεχνικών απαιτήσεων της Διακηρύξεως, και αφ' ετέρου επικυρώθηκε η συνολική τεχνική βαθμολογία για τον οικονομικό φορέα «Ένωση Εταιρειών ... ΜΕΠΕ – ...», με συνολική τεχνική βαθμολογία 119. Τέλος, με την προσβαλλόμενη, με θέμα «*Συμπλήρωση της με αριθμό 231/25.10.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, ως προς την αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας*» (που εκδόθηκε στο πλαίσιο της συζητήσεως προγενέστερης προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1609/15.11.2022), αποφασίσθηκε η «*συμπλήρωση – επικαιροποίηση της με αριθμό 231/25.10.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, ως προς το εισηγητικό, του προς έγκριση πρακτικού / αποδεχόμενη την συμπλήρωση της αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας κατά τα εκτεθέντα στο Δ' Μέρος της εισήγησης της Ε.Δ*» και η «*κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της σύμφωνα με το άρ. 72 παρ. 2 του ν. 4412/16*». Κατά της ανωτέρω προσβαλλόμενης στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή της.

7. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα, επικαλείται: (α) με τον πρώτο λόγο, ακυρότητα της προσβαλλόμενης απόφασης, λόγω μη συνδρομής των προϋποθέσεων της διατάξεως του

άρθρου 72§1 Ν. 4412/2016 και λόγω μη υποβολής εκ μέρους της ψευδών στοιχείων, και (β) με το δεύτερο λόγο, ακυρότητα της προσβαλλόμενης λόγω κακής συνθέσεως του συλλογικού οργάνου που εξέδωσε την προσβαλλόμενη.

8.Επειδή, η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της επικαλείται,ι ότι «...η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη καταρχάς για το λόγο ότι η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής συστάθηκε δυνάμει διατάξεων νόμου ο οποίος ήταν καταφανώς αντισυνταγματικός και ήδη κρίθηκε ως τέτοιος, το δε αποτέλεσμα της παράνομης αυτής σύστασης του ήταν να αποτελείται κατά πλειοψηφία από πρόσωπα της παρατάξεως του νυν Δημάρχου ..., ενώ άλλως θα αποτελούνταν κυρίως από πρόσωπα, που ανήκαν στις λοιπές παρατάξεις του Δήμου ... που εκπροσωπούνται στο Δημοτικό του Συμβούλιο. Επίσης, η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής είναι άκυρη, γιατί ελήφθη από συλλογικό όργανο η θητεία των μελών του οποίου είχε ήδη λήξει πολύ πριν τη λήψη της αποφάσεως αυτής, ήτοι από 07.11.2021. Τέλος είναι άκυρη, διότι κατά παράβαση της διάταξης του άρθρου 14§10 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, κατά τη διάρκεια συζήτησης του θέματος, αλλά και κατά το χρόνο λήψης της προσβαλλόμενης αποφάσεως παρευρίσκονταν στη συνεδρίαση της πρόσωπα τα οποία δεν αποτελούσαν μέλη του συλλογικού αυτού οργάνου, ούτε ασκούσαν καθήκοντα γραμματέα κατά τη συνεδρίαση αυτή. Όλες οι ανωτέρω αιτίες, που κοινό παρονομαστή έχουν την κακή σύνθεση της Οικονομικής Επιτροπής, έχουν ως συνέπεια την απόλυτη ακυρότητα της ληφθείσας αποφάσεως του. Πρέπει λοιπόν η Αρχή σας να κάνει δεκτό το λόγο αυτό της Προδικαστικής μας Προσφυγής και να κρίνει ως άκυρη την προσβαλλόμενη απόφαση, λόγω κακής σύνθεσης του συλλογικού οργάνου της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, που την εξέδωσε».

9. Επειδή, αναφορικά με το β' σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής, ότι δηλαδή «κατά παράβαση της διάταξης του άρθρου 14§10 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, κατά τη διάρκεια συζήτησης του θέματος, αλλά και κατά το χρόνο λήψης της προσβαλλόμενης αποφάσεως παρευρίσκονταν στη συνεδρίαση της πρόσωπα τα οποία δεν αποτελούσαν μέλη του συλλογικού αυτού οργάνου», λεκτέα τα εξής: Στην προσβαλλόμενη αναγράφονται, μεταξύ άλλων, επί λέξει τα κάτωθι: «...Αφού διαπιστώθηκε ότι υπάρχει νόμιμη απαρτία, δεδομένου ότι επί συνόλου μελών επτά (7) παρέστησαν έξη (6), ήτοι:

ΠΑΡΟΝΤΕΣ: 1. Ντέμπλας Κυπαρίσσης 2. Γιουβαρλάκη Αικατερίνη 3. Φάλκος Αντώνιος 4. Ληστής Θεόδωρος 5. Ζέππος Ιωάννης 6. Ζήσιος Βασίλειος

ΑΠΟΝΤΕΣ: 1. Μαλλίνης Αθανάσιος

Στην συνεδρίαση παρευρέθηκε και η κα. Αλέγρα Μαρία, υπάλληλος του Δήμου ..., για την τήρηση των πρακτικών.

Στη συνεδρίαση παρευρέθηκαν επίσης, η Προϊσταμένη Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών κα Καραδήμου Δήμητρα και ο κ. Σαλπικτίδης Αβραάμ Πρόεδρος του Λιμενικού Ταμείου Δήμου

Ο Πρόεδρος της Οικονομικής Επιτροπής, ύστερα από την διαπίστωση της απαρτίας, κήρυξε την έναρξη της συνεδρίασης...

ΑΠΟΦΑΣΙΖΕΙ ΚΑΤΑ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑ

1. Την αποδοχή και έγκριση των απόψεων που κατατέθηκαν από την προϊσταμένη της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών και πρόεδρο της Επιτροπής διαγωνισμού κατά την συζήτηση του θέματος.

2. Την συμπλήρωση – επικαιροποίηση της με αριθμό 231/25.10.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, ως προς το εισηγητικό, του προς έγκριση πρακτικού Ι, αποδεχόμενη την συμπλήρωση της αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας κατά τα εκτεθέντα στο Δ' Μέρος της εισήγησης της Ε.Δ και την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της σύμφωνα με το άρ. 72 παρ. 2 του ν. 4412/16, και

3. Την απόρριψη της με αρ. Γ.Α.Κ 1609/15-11-2022 προδικαστικής προσφυγής της Ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «» κατά τα εκτεθέντα.

Κατά ψηφίζει το μέλος της Ο. Ε. κ. Ζέππος Ιωάννης και Ληστής Θεόδωρος...».

Περαιτέρω, η αναθέτουσα, με τις απόψεις της, συνομολογεί την παρουσία τρίτων προσώπων, κατά τη συνεδρίαση, τα οποία δεν αποχώρησαν πριν την έναρξη της λήψεως αποφάσεως, εκθέτοντας ότι: «...Το ίδιο αλυσιτελείς, καταχρηστικοί και αβάσιμοι είναι και οι λοιποί ισχυρισμοί της. Η Προϊσταμένη της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου, κα Καραδήμου Δήμητρα ήταν απολύτως εύλογο να συμμετέχει στη συνεδρίαση αφού ήταν Πρόεδρος της Επιτροπής Διαγωνισμού και το θέμα αφορούσε θέμα της αρμοδιότητάς της και

ήταν η εισηγήτριά του. Η παρουσία της Προϊσταμένης κρίνεται επιβεβλημένη καθώς επιβοηθά την Ο.Ε δίδοντας εξηγήσεις και διευκρινήσεις στα μέλη της Ο.Ε.. Εξάλλου και κατά τη συνεδρίαση που ελήφθη η με αριθμό 272/29.11.2022 απόφαση παρευρίσκοντο η Προϊσταμένη και ο κ. Σαλπικτίδης Αβραάμ, Πρόεδρος του Λιμενικού Ταμείου Δήμου ... ο οποίος και ήταν εισηγητής θέματος που αφορούσε το λιμενικό ταμείο, και η προσφεύγουσα καθόλου δεν παραπονέθηκε για δήθεν κακή σύνθεση. Αμφότεροι δεν μετείχαν στη ψηφοφορία, ούτε την επηρέασαν με κανέναν τρόπο ή κάποιο από τα μέλη της Ο.Ε...Για τους παραπάνω λόγους εισηγούμαστε την απόρριψη της με αρ. Γ.Α.Κ 1782/12-12-2022 προδικαστικής προσφυγής της Ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...». Έτι περαιτέρω, ο Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας ορίζει αφ' ενός στο άρθρο 1 παρ. 1, ότι: «Οι διατάξεις του Κώδικα αυτού εφαρμόζονται στο Δημόσιο, στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης και στα άλλα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, εκτός αν άλλως ορίζεται σε επιμέρους διατάξεις», και αφ' ετέρου στο άρθρο 14 παρ. 10, ότι: «10. Οι συνεδριάσεις, αν στο νόμο δεν ορίζεται διαφορετικά, είναι μυστικές. Η κατά τη συζήτηση παρουσία άλλων προσώπων, πλην των μελών και του γραμματέα ή των τυχόν ειδικώς οριζόμενων στο νόμο προσώπων, δεν επιτρέπεται. Το συλλογικό όργανο, όμως, μπορεί να καλέσει, προς παροχή πληροφοριών ή προσαγωγή στοιχείων, υπηρεσιακά ή άλλα πρόσωπα, τα οποία και αποχωρούν πριν από την έναρξη της συζήτησης». Όπως έχει παγίως κριθεί (ΣτΕ 1420/2018, 1209/2011 επτ., 4240/2010 επτ., 542/2010, 349/2006, 2482/2002 κ.ά, πρβλ. ΣτΕ 2415/2016, 227/2002, 4206, 2637/2000), κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, η παράσταση, σε συνεδρίαση συλλογικού οργάνου, προσώπου, το οποίο δεν έχει την ιδιότητα του μέλους ή του γραμματέα του οργάνου αυτού ή του οποίου η παρουσία δεν προβλέπεται ειδικώς στον νόμο, δημιουργεί κακή σύνθεση του συλλογικού οργάνου, εάν το πρόσωπο αυτό παρευρίσκεται και κατά την τελική φάση της συζητήσεως, κατά την οποία λαμβάνεται η απόφαση, τυχόν δε παριστάμενα κατά τη συνεδρίαση τρίτα πρόσωπα, που δεν είναι μέλη του συλλογικού οργάνου, οφείλουν να αποχωρούν πριν από τη συζήτηση, γιατί, άλλως, η παρουσία τους επάγεται ακυρότητα των πράξεων του συλλογικού οργάνου, λόγω κακής συνθέσεώς του (ΣτΕ 542/2010, 389/2008 (ΑΣΦ), 428/2011 (ΑΣΦ), 3136/2003). Εν προκειμένω, από το σώμα της προσβαλλομένης αποφάσεως, η οποία ελήφθη κατά την 41η Συνεδρίαση (θέμα

1ο – εκτός ημερησίας διατάξεως) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., αλλά και από τις απόψεις της αναθέτουσας, προκύπτει, ότι η κα Καραδήμου Δήμητρα και ο κ. Σαλπικτίδης Αβραάμ, που δεν είναι μέλη ή γραμματείς της Οικονομικής Επιτροπής, ήτοι είναι τρίτα πρόσωπα, δεν αποχώρησαν πριν από την κρίσιμη συζήτηση και ψηφοφορία επί του θέματος της καταπτώσεως της εγγυητικής συμμετοχής της προσφεύγουσας. Υπό τα δεδομένα αυτά και σύμφωνα με όσα εκτίθενται στην παρούσα σκέψη, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... δεν είχε νόμιμη σύνθεση, κατά την κρίσιμη συνεδρίασή της, και, ως εκ τούτου, η υπ' αριθμό 272/41η Συνεδρίαση/29.11.2022 (θέμα 1ο – εκτός ημερησίας διατάξεως) απόφασή της, με την οποία αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της προσφεύγουσας, είναι μη νόμιμη. Για τον λόγο αυτό, ως βασίμως προβάλλεται με την κρινόμενη προσφυγή, είναι ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση, καθίσταται δε, κατόπιν αυτού, αλυσιτελής η έρευνα των λοιπών λόγων της προσφυγής. Περαιτέρω, η υπόθεση πρέπει ν' αναπεμφθεί στην αναθέτουσα για νέα νόμιμη κρίση. [127/2021 ΣΤΕ σκ. 12, 40/2012 Δ.Εφ.Αθ. (ΑΚΥΡ), 45/2013 Δ.Εφ.Πειρ. (ΑΣΦ)].

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το μέρος που αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της προσφεύγουσας, και ν' αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα για νέα νόμιμη κρίση.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα Αρχή, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Αριθμός Απόφασης: 223/2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 8 Φεβρουαρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ