

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 3 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 21.12.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1865/27.12.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «....» (εφ' εξής ο «προσφεύγων»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «... (.... ΑΕ)» (εφ' εξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό 21092/14-12-2022, απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της Α.Ε., περί έγκρισης του από 4.11.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης των προσωρινών αναδόχων, κατά το σκέλος που απορρίφθηκε η προσφορά του για το τμήμα 24 του διαγωνισμού.

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 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»).

2.Επειδή, με την υπ' αριθμό Δ6880 διακήρυξη, προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο «ΜΙΣΘΩΣΗ ΦΟΡΤΗΓΩΝ Δ.Χ. ΚΑΙ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ ΕΡΓΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΑΝΑΓΚΩΝ ΤΗΣ», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 6.412.038,00€, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και δικαιώματος προαίρεσης, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 6.02.2020 με Α.Δ.Α.Μ. 20PROC..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4.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. στις 16.12.2022 η δε προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 26.12.2022, 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.

5.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς ο προσφεύγων βάλλει κατ' απόρριψης της προσφοράς του, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η σύμβαση για το επίδικο τμήμα

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, 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 27.12.2022 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, νομίμως και εμπροθέσμως, υπέβαλε τις απόψεις του σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή στις 10.01.2023.

8. Επειδή, με τους λόγους της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται, κατ' αρχάς, ότι η πρόσκληση του αναθέτοντος φορέα προς εκείνον για προσκόμιση εγγράφων, σύμφωνα με το άρθρο 103 Ν. 4412/2016 «...δεν καταλαμβάνεται από την δεκαήμερη προθεσμία που θέτει ο νόμος, αφού το εν λόγω έγγραφο προϋπήρχε κατατεθειμένο στον φάκελο μου εμπρόθεσμα και κατατέθηκε ξανά εκ περισσού αλλά ακόμη κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι ίσχυε τούτη η προθεσμία και σε αυτήν την περίπτωση, όφειλε η αναθέτουσα αρχή να έχει ορίσει ως καταληκτική ημερομηνία το τέλος Αυγούστου (31/08/2022) και όχι το τέλος Ιουλίου (30/07/2022) και τούτο διότι οι θερινοί μήνες είναι ιδιαίτερος απαιτητικοί για εμάς που καθ' όλο αυτό το χρονικό διάστημα (όπως και επί σειρά ετών) εργαζόμαστε στην αναθέτουσα, ώστε ο μήνας Ιούλιος και ο μήνας Αύγουστος είναι μία πολύ δύσκολη περίοδος και αυτό το γνωρίζει η αναθέτουσα αρχή. Επομένως η απόρριψη της προσφοράς μου για αυτό το λόγο είναι παντελώς παράνομη και καταχρηστική...». Κατά δεύτερον, ο προσφεύγων ισχυρίζεται, αφ' ενός ότι η πρόσκληση για την εκ νέου υποβολή της άδειας ικανότητας χειριστή για το υπ' αριθμό κυκλοφορίας ΜΕ 113842 μηχανήμα έργου, με αιτιολογία το μη ευκρινές αυτού, ήταν μη νόμιμη, καθώς το έγγραφο αυτό είχε υποβληθεί εξ αρχής, με την προσφορά του, σε ευκρινές φωτοαντίγραφο, και αφ' ετέρου ότι η πρόσκληση προς υποβολή εγγράφου άρσης κυριότητας του προαναφερόμενου μηχανήματος έργου ήταν μη νόμιμη, διότι τούτο δεν αποτελούσε προβλεπόμενο από τη διακήρυξη δικαιολογητικό.

9. Επειδή, στο άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 ν. 4782/2021, με έναρξη ισχύος από 01.06.2021, ορίζεται, στη μεν παρ. 2., ότι: «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, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των

δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές...», στη δε παρ. 4 ότι: «Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται». Σημειωτέον ότι οι ρυθμίσεις του νέου άρθρου 103 Ν. 4412/2016 καταλαμβάνουν και τις εκκρεμείς, κατά την έναρξη ισχύος του, διαδικασίες (ΔΕΦΑΘ (ΑΣΦ) 376/2021, σκ. 9), εφ' όσον το στάδιο δικαιολογητικών οριστικού αναδόχου δεν είχε περατωθεί (με την έκδοση σχετικής εκτελεστής πράξης αξιολόγησης αυτών και έγκρισης ή απόρριψής τους) ως την έναρξη ισχύος του. Επομένως, το ως άνω άρ. 103, ως ισχύει, καταλαμβάνει και την προκείμενη διαδικασία, δεδομένου ότι οι νεότερες διατάξεις της παραγράφου 2 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016 είχαν ήδη τεθεί σε ισχύ κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό 21092/14-12-2022, απόφασης.

10.Επειδή, ο όρος 3.2 της διακήρυξης ορίζει ότι: «Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός Ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου 1 αίτημα προς το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές. Το παρόν εφαρμόζεται και στις περιπτώσεις που η Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. ζητήσει την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης

των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής και πριν το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παρ. 5 εδάφ. α' του ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Όσοι δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά λαμβάνουν γνώση των παραπάνω δικαιολογητικών που κατατέθηκαν. Η προσφορά του προσωρινού Αναδόχου απορρίπτεται και η ανάθεση γίνεται στον οικονομικό φορέα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) και 2.2.4 έως 2.2.6 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας...».

11. Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Από τα στοιχεία του φακέλλου, αλλά και όπως συνομολογεί και ο προσφεύγων με την προσφυγή του, προκύπτουν τα εξής: Ο αναθέτων φορέας με το από 23.06.2022 έγγραφό του, υπογεγραμμένο ηλεκτρονικά στις 18-7-2022, ζήτησε από τον προσφεύγοντα να προσκομίσει συμπληρωματικά δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου. Στο ανωτέρω έγγραφο του αναθέτοντος αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «...Παρακαλούμε για την υποβολή των παρακάτω συμπληρωματικών δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου όπως απαιτείται από την Διακήρυξη Δ6880 και πιο συγκεκριμένα όπως υποβάλλετε 1. Ευκρινές αντίγραφο της άδειας ικανότητας για το χειριστή του με αριθμό ΜΕ 113842 κυκλοφορίας Μηχανήματος έργου (όρος 2.2.9.2 Β4 περ. ix) 2. Άρση κυριότητας της εταιρίας με την οποία είχατε συνάψει χρηματοδοτική μίσθωση για το με αριθμό ΜΕ 113842 κυκλοφορίας Μηχανήματος έργου Δυνάμει του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, καλείστε να παράσχετε το συμπληρωματικό δικαιολογητικό εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας. Το συμπληρωματικό δικαιολογητικό θα υποβληθεί μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνίας» του Πληροφοριακού Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ...». Με το δεδομένο, ότι το επίμαχο αίτημα διευκρινίσεων κοινοποιήθηκε στον

προσφεύγοντα μέσω της «επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 19.07.2022 (βλ. στην «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ το ψηφιακό αρχείο «ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΓΙΑ ΔΙΕΥΚΡΙΝΙΣΕΙΣ-.... ..», με ημερομηνία 19.07.2022), η δεκαήμερη προθεσμία εκκίνησε στις 20.07.2022 και έληξε στις 29.07.2022. Όμως ο προσφεύγων, όπως συνομολογεί και στην προσφυγή του, κατέθεσε εκπρόθεσμα τα επίμαχα συμπληρωματικά δικαιολογητικά, ισχυριζόμενος, ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε να έχει ορίσει ως καταληκτική ημερομηνία το τέλος Αυγούστου (31/08/2022) και όχι το τέλος Ιουλίου (30/07/2022.). Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, ο προσφεύγων κατέθεσε τα επίμαχα δύο δικαιολογητικά στις 11.08.2022. Η δε απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, όπως συνομολογεί και ο ίδιος με την προσφυγή του (με τον ίδιο να είναι ο α/α 15, ως αναφέρει και στην προσφυγή), έγινε σύμφωνα με την 85742/07.11.2022 Εισήγηση της Ειδικής Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού με την εξής αιτιολογία: «...Οι επόμενοι δέκα (4-13) προαναφερόμενοι προσωρινοί ανάδοχοι διαπιστώθηκε ότι είχαν υποβάλλει όλα τα απαιτούμενα έγγραφά τους εμπρόθεσμα, ενώ οι υπόλοιποι τέσσερις (14-17) (που θα κάλυπταν πέντε -5- θέσεις) υπέβαλαν εκπρόθεσμα τα έγγραφά τους (ήτοι μετά την 30η Ιουλίου 2022) και κατά συνέπεια η Επιτροπή δεν προέβη στον έλεγχο των τυχόν υποβληθέντων δικαιολογητικών αυτών. Συνεπώς, οι τέσσερις (4) προσωρινοί ανάδοχοι και πιο συγκεκριμένα ο κ.του Ηλία για το Τμήμα 30 (1 θέση), απορρίπτεται και άρα η θέση κηρύσσεται άγονη, επειδή δεν υπάρχει επιλαχών. ο κ. για το ΜΕ 113842 (1 θέση) στο Τμήμα 24, η κα.για το Τμήμα 24 (2 θέσεις) καθώς και ο κ. για (1 θέση) στο Τμήμα 1, απορρίπτονται αλλά επειδή υπάρχουν επιλαχόντες στα εν λόγω τμήματα, η Επιτροπή Διενέργειας θα επανέλθει σε δεύτερο χρόνο να ελέγξει τα απαραίτητα δικαιολογητικά κατακύρωσης που θα ζητήσει να υποβληθούν από τους επιλαχόντες...». Όμως, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, ότι ο αναθέτων φορέας έπρεπε να έχει ορίσει προθεσμία μεγαλύτερη των δέκα ημερών είναι απορριπτέοι ως μη ερειδόμενοι στο νόμο, ο οποίος ρητώς ορίζει (103 παρ.2 Ν. 4412/2016) ότι: «...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, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν...», αλλά και ως

καταχρηστικοί, διότι ο προσφεύγων, αν και μπορούσε, κατά την παρ. 2 του άρθ. 103 του Ν. 4412/2016 αλλά και τον όρο 3.2 της διακήρυξης, να υποβάλει αίτημα προς τον αναθέτοντα φορέα για παράταση της ως άνω προθεσμίας, δεν έπραξε κάτι τέτοιο. Ως εκ τούτου, ο προσφεύγων κατέθεσε εκπρόθεσμα τα επίμαχα ζητηθέντα δικαιολογητικά και κατά συνέπεια η Επιτροπή Διαγωνισμού νομίμως δεν προέβη στον έλεγχο των δικαιολογητικών αυτών. Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος με την αιτιολογία αυτή. Επομένως, απορριπτέος τυγχάνει ο λόγος της προσφυγής, περί του ότι δεν ισχύει στην περίπτωση του προσφεύγοντος η δεκαήμερη προθεσμία, που θέτει ο νόμος προς προσκόμιση των επίμαχων συμπληρωματικών δικαιολογητικών. Οι δε λοιποί δύο λόγοι της προσφυγής δεν εξετάζονται, κατόπιν της απόρριψης του πρώτου λόγου της προσφυγής, αφού αφορούν σε δικαιολογητικά που νομίμως δεν ελήφθησαν υπ' όψη από την Επιτροπή Διαγωνισμού, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ δεν μπορεί να υπεισέλθει σε κρίση επ' αυτών πρωτογενώς.

12.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε ο προσφεύγων, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 3 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 22 Φεβρουαρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**