

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 06.02.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 170/08.02.2023 προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../24.01.2023 απόφαση του ΔΣ της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού κατά το σκέλος που αφορά την κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχουν καταβληθεί τα νόμιμα ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικούς ... ποσού €300,00 και ... ποσού €300,00, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε, σύμφωνα με την αριθμ. ...28-06-2022 απόφαση του διοικητικού της συμβουλίου, διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου «ΕΠΙΣΚΕΥΕΣ ΣΤΟ ...ΚΑΙ ΣΤΟ ΚΤΙΡΙΟ ΑΡΧΕΙΟΥ (τ....), ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ ... ΣΤΗΝ ...», «με ανοιχτή διαδικασία» σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 27 του Ν.4412/2016, με το σύστημα προσφοράς «με επί μέρους ποσοστά έκπτωσης» και με κριτήριο ανάθεσης την «πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής»,

Αριθμός απόφασης: 512/2023

συνολικής κατά τον προϋπολογισμό της υπηρεσίας εκτιμώμενης αξίας 91.935,48 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.) , με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 29^η Αυγούστου 2022, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00 π.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 5η Σεπτεμβρίου 2022, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00 π.μ.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και δύο ακόμα εταιρείες. Σε συνέχεια της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων, η επιτροπή του διαγωνισμού με το από 06-09-2022 πρακτικό της εισηγήθηκε να γίνουν κατ' αρχήν αποδεκτές, σε ότι αφορά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και την τεχνική προσφορά, οι προσφορές όλων των συμμετεχόντων και δυνάμει της υπ' αριθμ./13.09.22 (ορισμός προσωρινού αναδόχου) απόφασης του ΔΣ ανακήρυξε την προσφεύγουσα προσωρινή μειοδότη με μέση έκπτωση 21.26%, έναντι συνολικής δαπάνης 90.213,86 ευρώ. Ακολούθως η επιτροπή διαγωνισμού , δυνάμει του 2ου πρακτικού για την κατακύρωση της σύμβασης διαπίστωσε ότι όλα τα δικαιολογητικά είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη. Εν συνεχεία δυνάμει του .../08-11-2022 εγγράφου της δ/νσης τεχνικών υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα κλήθηκε προτού υπογράψει την σύμβαση του ανωτέρω έργου, να υποβάλλει μέχρι τις 21-11-2022 τα εξής έγγραφα : 1. το καταστατικό της κοινοπραξίας, 2. βεβαίωση εργασιών στη Δ.Ο.Υ., 3. συμβολαιογραφική πράξη διορισμού κοινού εκπροσώπου της κοινοπραξίας. Η προσφεύγουσα απέστειλε στις 20-11-2022 στην αναθέτουσα αρχή το με ίδια ημερομηνία έγγραφό της, με το οποίο ενημέρωσε ότι έχουν επέλθει οφигενείς μεταβολές, σύμφωνα με την παρ.2 του άρθρου 104 του Ν.4412/2016, όσον αφορά το ένα μέλος της κ/ξίας και ως εκ τούτου πως αδυνατούσε να προχωρήσει στην σύμφωνα με το νόμο σύστασή της εν λόγω κ/ξίας. Ακολούθως, με την υπ' αριθ. .../24.01.2023 απόφαση της επιτροπής διαγωνισμού, με θέμα την έγκριση του 3ου πρακτικού έγινε η ανάκληση και ακύρωση των αποφάσεων του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής που αφορούν στον διαγωνισμό του έργου ήτοι: α) η υπ' αριθμ. .../13.09.22 (ορισμός προσωρινού αναδόχου) και β) η υπ' αριθμ. ...11.10.2022 (κατακύρωση της σύμβασης εκτέλεσης του έργου του έργου στην προσφεύγουσα) και επήλθε η κατάπτωση: α) της υπ' αριθμ. ...-2022 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του ΤΣΜΕΔΕ και β) της υπ' αριθμ. ...-2022 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του ΤΣΜΕΔΕ των

Αριθμός απόφασης: 512/2023

μελών της προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων «...» υπέρ της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 27.01.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 06.02.2023, 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.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 07.02.2023 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. πρωτ. .../13.02.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 15.02.2023, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς στις 20.02.2023 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

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 η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι παραβιάζει το άρθρο 104 παρ. 3 του Ν.4412/2016 καθώς και το άρθρο 4.2.δ της διακήρυξης αναφορικά με την απαιτούμενη και προσήκουσα ενημέρωση για τις οψιγενείς μεταβολές, αφού με το από 20.11.2022 έγγραφο της ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι έχουν

Αριθμός απόφασης: 512/2023

επέλθει οψιγενείς μεταβολές σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 104 του Ν.4412/2016, όσον αφορά το ένα μέλος της κ/ξιας και ως εκ τούτου αδυνατούσε να εκδώσει φορολογική ενημερότητα και να προχωρήσει στην, σύμφωνα με το νόμο, σύσταση της εν λόγω κ/ξιας. Επίσης, ισχυρίζεται ότι δεν περιέχεται καμία αιτιολογία στην υπ' αριθ. ...24.01.2023 απόφαση με την οποία αποφασίσθηκε η κατάπτωση των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής για τα μέλη της ένωσης υπέρ της αναθέτουσας αρχής και ως εκ τούτου δεν περιέχονται αιτιάσεις και συμπεράσματα, ώστε να μπορεί να κατανοήσει τους λόγους για τους οποίους κατέπεσαν οι εγγυητικές επιστολές υπέρ της αναθέτουσας αρχής.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τις ως άνω αιτιάσεις της υπό κρίση προσφυγής: Η προσφεύγουσα ένωση ισχυρίζεται ότι προσκόμισε φορολογικές ενημερότητες στις 24.10.2022, πλην όμως όταν κλήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 8.11.2022 με το υπ' αριθμ. 2519/2022 έγγραφο να προβεί στη σύσταση κοινοπραξίας έως τις 21.11.2022 προκειμένου να υπογραφεί η σύμβαση του εν λόγω έργου, απέστειλε εγκαίρως έγγραφο στις 20.11.2022 στην αναθέτουσα αρχή, όπου ανέφερε πως έχουν επέλθει οψιγενείς μεταβολές και ως εκ τούτου σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 3 του Ν.4412/2016 καθώς και το άρθρο 4.2.δ της διακήρυξης δεν πρέπει να καταπέσουν οι εγγυητικές επιστολές της. Όμως, η αναθέτουσα αρχή στις 10.11.2022 και ώρα 11:17:18 απέστειλε στην προσφεύγουσα ένωση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την υπ' αριθμ. πρωτ. 2553/10.11.2022 πρόσκληση υπογραφής εργολαβικής σύμβασης εκτέλεσης του έργου, με την οποία σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 την κάλεσε να προσέλθει εντός 15 ημερών στα γραφεία της στην οδό ..., για την υπογραφή της εργολαβικής σύμβασης, προσκομίζοντας τα εξής: Α. εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης ποσού τεσσάρων χιλιάδων πεντακοσίων ενενήντα έξι ευρώ και εβδομήντα επτά λεπτών (4.596,77 €) (άρθρο 72 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 17 της Διακήρυξης Δημοπρασίας) και Β. έγγραφη δήλωση ορισμού αντικλήτου, κατοίκου της έδρας της Διευθύνουσας Υπηρεσίας. Η προσφεύγουσα ένωση αβάσιμα ισχυρίζεται ότι δεν έλαβε την ως άνω υπ' αριθμ. πρωτ. 2553/10.11.2022 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, αφού τεκμαίρεται ότι αυτή επιδόθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ αλλά και μέσω αποστολής μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις ηλεκτρονικές διευθύνσεις της προσφεύγουσας

ένωσης «...» και «...». Μάλιστα, η προσφεύγουσα στις 20.11.2022 φαίνεται να απάντησε επί του από 10.11.2022 μηνύματος της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την πρόσκληση υπογραφής εργολαβικής σύμβασης μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, αποδεικνύοντας με αυτό τον τρόπο ότι είχε λάβει γνώση αυτής. Το άρθρο 105 παρ. 4, 5 και 7 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «4. μετά από την οριστικοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, θέτοντάς του προθεσμία δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδικής πρόσκλησης. 5. Η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα με την κοινοποίηση της πρόσκλησης της παρ. 4 στον ανάδοχο...7. Εάν ο ανάδοχος δεν προσέλθει να υπογράψει το συμφωνητικό, μέσα στην προθεσμία που ορίζεται στην ειδική πρόκληση, με την επιφύλαξη αντικειμενικών λόγων ανωτέρας βίας, κηρύσσεται έκπτωτος, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και ακολουθείται η διαδικασία του άρθρου 103 για τον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά.». Επομένως, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 2553/10.11.2022 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής προς την προσφεύγουσα ένωση για υπογραφή της σύμβασης εντός 15 ημερών, τεκμαίρεται ότι η σύμβαση θεωρείται συναφθείσα και αφού η προσφεύγουσα δεν προχώρησε στην υπογραφή αυτής, νομίμως η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στην κατάπτωση των επίμαχων εγγυητικών επιστολών χωρίς να βρίσκει εφαρμογή το άρθρο 104 παρ. 3 του Ν.4412/2016 καθώς και το άρθρο 4.2.δ της διακήρυξης. Ως εκ τούτου οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας απορρίπτονται ως αβάσιμοι.

Περαιτέρω, όσον αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί ελλιπούς αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης, αυτός απορρίπτεται ως αβάσιμος διότι η αναθέτουσα αρχή με τις υποβληθείσες απόψεις της προχώρησε σε παράθεση συμπληρωματικής αιτιολογίας σχετικά με την κατάπτωση των επίμαχων εγγυητικών επιστολών, όπου αναφέρει ότι υπήρχε δέσμια αρμοδιότητα αυτής να προχωρήσει στην κατάπτωσή τους, σύμφωνα με το άρθρο 105 παρ. 4, 5 και 7 του Ν.4412/2016, όπως εκτέθηκε αναλυτικά ανωτέρω. 9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει

Αριθμός απόφασης: 512/2023

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

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 04 Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ