

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7.11.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1662/24.11.2022 του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 315/27.10.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. 21930/24.10.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του νέου προσωρινού αναδόχου, στην οποία ενσωματώνεται η υπ' αριθμ. 277/6.10.2022 απόφαση περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. 18533/19.09.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και ανάκλησης της υπ' αριθμ. 209/20.08.2022 απόφασης περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. 14170/19.07.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στον ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του και καταπίπτει η εγγυητική του επιστολή συμμετοχής

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... την από 17.11.2022 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 68.328,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. .../16.06.2022 Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 84.726,72 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 17.06.2022 με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 17.11.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 7.11.2022 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 25.11.2022, ήτοι εμπροθέσμως δεδομένης της από 18.11.2022 κοινοποίησης της προσφυγής από την

Αριθμός απόφασης: 1804 /2022

αναθέτουσα αρχή, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ /2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

5. Επειδή, ο προσφεύγων στις 28.11.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 24.11.2022, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος τρεις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...». Με την υπ' αριθμ. 209/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές όλων των συμμετεχόντων και διαμορφώθηκε η ακόλουθη σειρά κατάταξης: 1. Προσφεύγων 69.455,95€ 2. Παρεμβαίνων 72.017,17€ 3. «...» 75.830,41€. Κατόπιν δε ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσφεύγοντος/προσωρινού αναδόχου, με την υπ' αριθμ. 277/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε η προσφορά του, με ταυτόχρονη κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής, διότι *«διαπιστώθηκε ότι το όχημα με αριθμ. κυκλοφορίας ΜΕ ... της επιχείρησης «...», στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται η εταιρεία ... για να εκπληρώσει το κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.5 δ) της διακήρυξης, το οποίο θα χρησιμοποιηθεί ως ανυψωτικό μηχάνημα ανύψωσης προσώπων (καλαθοφόρο), κατάλληλο για εργασίες κλάδευσης ύψους έως και 35 μέτρων, διαθέτει : α) άδεια κυκλοφορίας στην οποία αναφέρεται ως «Είδος ΜΕ: ...» και β) πιστοποιητικό ελέγχου ανυψωτικού μηχανήματος από την «...» όπου αναφέρεται «ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ : ...» Δηλαδή σύμφωνα με τα παραπάνω δεν διαθέτει άδεια κυκλοφορίας-χρήσης καλαθοφόρου που απαιτείται από τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης» και ανακηρύχθηκε νέος προσωρινός ανάδοχος ο παρεμβαίνων. Με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.*

7. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, ως προς το σκέλος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του και την κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής.

8. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως : [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων,[...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

9. Επειδή, το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περ.1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄ παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.[...]». Όπου δε η πλήρωση των προδιαγραφών επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαράβατους όρους της

διακήρυξης (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 5^{ης} Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium).

10. Επειδή, το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. [...]Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. [...]4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.[...]5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης».

11. Επειδή, το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Όσον αφορά [...] τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. [...] Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.[...] Η αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο

οικονομικός φορέας που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, γίνεται κατόπιν πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα, για κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. Ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο φορέας του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου.[...]

12. Επειδή, το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. [...]

13. Επειδή, το άρθρο 94 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «... 4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.[...]

14. Επειδή, το άρθρο 103 του ν. 4412/2016, όπως διαμορφώθηκε τελικώς με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, ορίζει ότι : «[...] 1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α' 74), όλων των δικαιολογητικών

του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. [...] 2. 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.[...]5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οψιγενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, 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.[...]».

15. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της παρούσας προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...] 2.2.5 Κριτήρια επιλογής - Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: [...]δ) να διαθέτουν i) ανυψωτικά μηχανήματα ανύψωσης προσώπων (καλαθοφόρα) κατάλληλα για εργασίες κλάδευσης

ύψους έως και 35μέτρων, φορτηγό ανοιχτού τύπου, φορτηγό με μηχανισμό αρπάγης για φόρτωση και απομάκρυνση των προϊόντων κλάδευσης, τα οποία διαθέτουν τα μέσα προστασίας που προβλέπονται (ζώνες πρόσδεσης κ.λ.π.) για την ασφάλεια του προσωπικού και όλες τις άδειες, ασφάλειες, πιστοποιητικά και όλα τα απαραίτητα από την ισχύουσα νομοθεσία έγγραφα.[...] 2.2.6.1. Στήριξη στην ικανότητα τρίτων Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά στο κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (της παραγράφου 2.2.5), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς.[...] Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν κατά περίπτωση τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η οποία απευθύνεται στον οικονομικό φορέα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ο φορέας που αντικαθιστά φορέα του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου.[...] 2.2.7.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4 και 2.2.5 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016, Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.[...] 2.2.7.2 Αποδεικτικά μέσα Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4 και 2.2.5, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω

δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. [...] B.3. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: (κατ' αντιστοιχία με τις απαιτήσεις της παραγράφου 2.2.5.) [...]δ) υπεύθυνη δήλωση από την οποία θα προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας θα διαθέσει τον κατάλληλο μηχανολογικό εξοπλισμό όπως: 1) ανυψωτικά μηχανήματα ανύψωσης προσώπων (καλαθοφόρα) κατάλληλα για εργασίες κλάδευσης ύψους έως και 35μέτρων, φορτηγό ανοιχτού τύπου , φορτηγό με μηχανισμό αρπάγης για φόρτωση και απομάκρυνση των προϊόντων κλάδευσης, τα οποία διαθέτουν τα μέσα προστασίας που προβλέπονται (ζώνες πρόσδεσης κ.λ.π.) για την ασφάλεια του προσωπικού και όλες τις άδειες, ασφάλειες, πιστοποιητικά και όλα τα απαραίτητα από την ισχύουσα νομοθεσία έγγραφα.[...] 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος Ι-Μελέτη της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα και συγκεκριμένα: α) υπεύθυνη δήλωση ότι έλαβε γνώση της 10/2022 με αρ. πρωτ. 9492/26-05-2022 μελέτης, του τόπου και των συνθηκών εκτέλεσης των εργασιών και τις αποδέχεται πλήρως β) υπεύθυνη δήλωση ότι φέρει αποκλειστικά την ευθύνη, για αστική αποζημίωση από ατυχήματα σε τρίτους για βλάβη σε πρόσωπα ή υλικά που πιθανά, μπορούν να προκληθούν, κατά την διάρκεια ή εξαιτίας των πραγματοποιούμενων εργασιών και σε καμιά περίπτωση δεν θα είναι υπόχρεος ο Δήμος. [...]γ) πιστοποιητικά ISO 9001 , ISO 14001 και ISO 45001 ή ισοδύναμα αυτών για εργασίες πρασίνου του ίδιου οικονομικού φορέα που συμμετέχει στο διαγωνισμό, εν ισχύ δ) Μελέτη εκτίμησης Επαγγελματικού Κινδύνου των προς εκτέλεση εργασιών και Σ.Α.Υ.-Φ.ΑΥ [...] 3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου – Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα

αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.7.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.5 αυτής. [...] 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 διευκρινίσεις, με την έννοια του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. [...] Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν: [...]iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.3 (λόγοι αποκλεισμού) ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σύμφωνα με τις παραγράφους 2.2.4 έως 2.2.5 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας, [...] ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι-ΜΕΛΕΤΗ [...] ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ[...] Για την κλάδευση των υψηλόκορμων δένδρων ο ανάδοχος πρέπει να διαθέτει ανυψωτικά μηχανήματα ανύψωσης προσώπων –καλαθοφόρα- κατάλληλα για εργασίες κλάδευσης, ύψους 15 μέτρων και άνω, 22 μέτρων και άνω και 34 μέτρων και άνω. Ο χειριστής του οχήματος είναι υπεύθυνος για το ασφαλές στήσιμο του καλαθοφόρου. Το φορηγό μεταφοράς προϊόντων κλάδευσης πρέπει να είναι ανοιχτού τύπου. Ο

ανάδοχος πρέπει να διαθέτει και φορτηγό με μηχανισμό αρπάγης. Όπου δεν είναι δυνατή η κλάδευση υψηλόκορμων δένδρων με γερανό, η εργασία θα γίνεται με φορητές κλίμακες, σκαλωσιές και αναρρίχηση. Για τα ανυψωτικά μέσα και τα οχήματα απομάκρυνσης των προϊόντων κλάδευσης, ο ανάδοχος πρέπει να έχει σε ισχύ όλα τα πιστοποιητικά , άδειες κυκλοφορίας, ασφάλειες, διπλώματα οδήγησης, τεχνικούς ελέγχους και μέσα προστασίας που απαιτούνται από την ισχύουσα νομοθεσία[...]». Κατά δε τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ.ΣΤΕ2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

16. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του διότι από τα προσκομισθέντα έγγραφα προκύπτει ότι το προσφερόμενο ανυψωτικό μηχάνημα έργου δεν είναι γερανός αλλά καλαθοφόρο όχημα και πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Περαιτέρω, δεν συντρέχουν οι εκ του νόμου προϋποθέσεις για την κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής, καθώς τα επίμαχα έγγραφα δεν υποβλήθηκαν ως δικαιολογητικά κατακύρωσης αλλά προσκομίστηκαν κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών και κρίθηκαν αποδεκτά από την αναθέτουσα αρχή και άρα αν η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι έχει εμφιλοχωρήσει σφάλμα ως προς την αποδοχή της προσφοράς του όφειλε να επαναλάβει τη διαδικασία από το

στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών και να προβεί στον αποκλεισμό του χωρίς να αποφασίσει και την κατάπτωση της εγγυητικής του επιστολής συμμετοχής.

17. Επειδή, στον όρο 2.2.5 της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας, μεταξύ άλλων, ο διαγωνιζόμενος να διαθέτει μηχανήματα ανύψωσης προσώπων, ήτοι καλαθοφόρα οχήματα, εφοδιασμένα με όλες τις απαραίτητες άδειες και πιστοποιητικά σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία. Προς το σκοπό δε πλήρωσης του ως άνω κριτηρίου απαιτείται αφενός, σύμφωνα με τον όρο 2.2.7.1 της διακήρυξης κατά το στάδιο της προαπόδειξης η δήλωση του συμμετέχοντος στο ΕΕΕΣ, αφετέρου, ως αναφέρεται στον όρο 2.2.7.2.B3, κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο προσωρινός ανάδοχος να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση καθώς και τις σχετικές άδειες. Επισημαίνεται ότι, κατά τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, ο συμμετέχων δύναται να στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου φορέα ως προς το κριτήριο τεχνικής ικανότητας, εφόσον δε ο τρίτος φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος δεν πληροί το κριτήριο τεχνικής ικανότητας, ο διαγωνιζόμενος υποχρεούται να τον αντικαταστήσει εντός προθεσμίας τριάντα ημερών από τη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, η απαίτηση διάθεσης ανυψωτικού καλαθοφόρου οχήματος μετά των σχετικών αδειών περιλαμβάνεται και στις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, ωστόσο ουδόλως προβλέπεται ρητώς στο εν λόγω Παράρτημα η υποχρέωση προσκόμισης των αδειών και πιστοποιητικών του ανυψωτικού καλαθοφόρου οχήματος με την τεχνική προσφορά, ως τίθεται για έτερα έγγραφα όπως τα πιστοποιητικά ISO και τη μελέτη εκτίμησης επαγγελματικών κινδύνων. Τουναντίον, στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης παρατίθενται τα συγκεκριμένα έγγραφα που πρέπει να προσκομιστούν με τον υποφάκελο της τεχνικής προσφοράς, στα οποία δεν αναφέρονται οι άδειες και τα πιστοποιητικά του ανυψωτικού καλαθοφόρου οχήματος. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων όρων, σε περίπτωση που διαγωνιζόμενος προσκομίσει - εκ περισσού - κατά το στάδιο της υποβολής των προσφορών τις προβλεπόμενες ως δικαιολογητικά κατακύρωσης άδειες και πιστοποιητικά του προσφερόμενου

ανυψωτικού καλαθοφόρου οχήματος, τούτο δεν συνεπάγεται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εξετάσει τα επίμαχα έγγραφα σε προγενέστερο από το απαιτούμενο κατά τη διακήρυξη χρόνο υποβολής τους, τυχόν δε υιοθέτηση της αντίθετης ερμηνευτικής εκδοχής προδήλως δεν ερείδεται στη διακήρυξη καθώς ανατρέπει τους κανόνες διεξαγωγής της διαγωνιστικής διαδικασίας σε δυο διακριτά στάδια, ήτοι της προαπόδειξης και απόδειξης, και δή κατά το δοκούν έκαστου συμμετέχοντος.

18. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων δήλωσε στο ΕΕΕΣ του ότι στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής ικανότητας, μεταξύ άλλων, στον τρίτο φορέα «...» και προσκόμισε το από 28.06.2022 συμφωνητικό ως προς τη διάθεση από τον εν λόγω τρίτο φορέα ανυψωτικού μηχανήματος για την εκτέλεση της σύμβασης. Επίσης, ο προσφεύγων προσκόμισε-εκ περισσού- στον υποφάκελο τεχνικής προσφοράς την υπ' αριθμ. 138712/2018 άδεια κυκλοφορίας μηχανήματος έργου, όπου ρητώς αναφέρεται ότι το επίμαχο όχημα αποτελεί κινητό γερανό, καθώς και το υπ' αριθμ. 10012022-1-001/10.01.2022 Πιστοποιητικό ελέγχου ανυψωτικού μηχανήματος, στο οποίο το με αριθμ. κυκλοφορίας 138712/2018 μηχανήμα σαφώς περιγράφεται ως υδραυλικός γερανός επί φορτηγού. Συνεπώς, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, δοθέντος ότι η υπ' αριθμ. 138712/2018 άδεια κυκλοφορίας μηχανήματος έργου και το υπ' αριθμ. 10012022-1-001/10.01.2022 πιστοποιητικό ελέγχου ανυψωτικού μηχανήματος αποτελούν δικαιολογητικά κατακύρωσης νομίμως δεν ελέγχθηκαν από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Η δε μνεία στην προσβαλλόμενη ότι η τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης ουδόλως αποδεικνύει ότι ελέγχθηκαν και κριθηκαν αποδεκτά τα επίμαχα έγγραφα, δεδομένου ότι, ως ρητώς αναφέρεται στην προσβαλλόμενη, η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος κρίθηκε βάσει των τεχνικών προδιαγραφών του όρου 2.4.3.2 της διακήρυξης, ήτοι αξιολογήθηκαν τα συγκεκριμένα έγγραφα που παρατίθενται στον εν λόγω όρο. Περαιτέρω, κατά το στάδιο ελέγχου των

δικαιολογητικών κατακύρωσης, ορθώς η αναθέτουσα αρχή διαπίστωσε ότι εκ της υπ' αριθμ. .../2018 άδειας κυκλοφορίας και του υπ' αριθμ. ...-1-001/10.01.2022 πιστοποιητικού δεν προκύπτει ότι το προσφερόμενο από τον προσφεύγοντα μηχάνημα είναι καλαθοφόρο, ως απαιτεί η διακήρυξη και κάλεσε τον προσφεύγοντα προς διευκρινίσεις. Και τούτο διότι, ως προκύπτει από τα προσκομισθέντα έγγραφα, το προσφερόμενο από τον προσφεύγοντα μηχάνημα αποτελεί γερανό ανύψωσης φορτίων και δεν αποτελεί καλαθοφόρο όχημα, ήτοι το ειδικό μηχάνημα έργου το οποίο διαθέτει καλάθι εργασίας και κατασκευάζεται αποκλειστικά για την ανύψωση ανθρώπων σε συγκεκριμένο ύψος βάσει της οδηγίας EN280:2013+A1:2015, η δε χρήση ενός κινητού γερανού ως καλαθοφόρου είναι επιτρεπτή μόνον εφόσον αναφέρεται στη σχετική άδεια κυκλοφορίας, που όμως εν προκειμένω, δεν περιλαμβάνεται σχετική μνεία. Αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι το προσφερόμενο μηχάνημα αποτελεί γερανό επί φορτηγού με καλάθι κλωβό, καθώς ουδόλως τούτο αποδεικνύεται από τα επίμαχα έγγραφα, ενώ επισημαίνεται ότι το προσκομισθέν με τις διευκρινίσεις του προσφεύγοντος υπ' αριθμ. .../23.02.2022 πιστοποιητικό καταλληλότητας αφορά μόνον τον κλωβό ασφαλείας (καλάθι) και δεν πιστοποιεί την καταλληλότητα χρήσης του συγκεκριμένου καλαθιού με το προσφερόμενο μηχάνημα-γερανό. Επομένως, ορθώς η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι ο προσφεύγων δεν πληροί το κριτήριο τεχνικής ικανότητας περί διάθεσης ανυψωτικού καλαθοφόρου οχήματος, ωστόσο, δοθέντος ότι ο προσφεύγων στηρίζεται στον φορέα «...» για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, όχι να αποκλείσει τον προσφεύγοντα αλλά, σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, να τον καλέσει να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα. Ενόψει δε τούτου, δεν υπάρχει το νόμιμο έρεισμα για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος και οι σχετικές αιτιάσεις του προσφεύγοντος τυγχάνουν απορριπτέες ως αλυσιτελώς προβαλλόμενες.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του προσφεύγοντος, να

Αριθμός απόφασης: 1804 /2022

αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να καλέσει τον προσφεύγοντα να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα, να απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 315/27.10.2022 απόφαση και την ενσωματώνει σε αυτή υπ' αριθμ. 277/6.10.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή ώστε να πράξει τα νόμιμα κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 21 Δεκεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**