

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 20 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 12/1/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 61/12-1-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ..., ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ..., νόμιμα εκπροσωπούμενουμ και

-Κατά της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της πράξης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 374/2022 και με θέμα «Έγκριση 2ου πρακτικού Επιτροπής διαγωνισμού, για την διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, σύμφωνα με την ‘ανοικτή διαδικασία’ του άρθρου 27 του ν. 4412/2016 μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) του έργου ‘...’ προϋπολογισμού 718.002,42 ευρώ (χωρίς το Φ.Π.Α. 24%)».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 3.591,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 718.002,42 (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

Αριθμός απόφασης: 383 /2023

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτ. ... προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης κατασκευής του έργου «...» εκτιμώμενης αξίας 718.002,42 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 24%. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 27/10/2022 (ΑΔΑΜ: ...). Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 17η/11/2022.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα που κατετάγη τρίτη κατά σειρά μειοδοσίας και η παρεμβαίνουσα ένωση που κατετάγη πρώτη. Με την πράξη της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 298/2022 με θέμα: «Έγκριση 1^{ου} Πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού, για τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, σύμφωνα με την ‘ανοικτή διαδικασία’ του άρθρου 27 του ν. 4412/2016 μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για το έργο: ‘...’ επικυρώθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, έγιναν δεκτές όλες οι προσφορές και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα ένωση ως μειοδότρια. Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 29/11/2022.

4. Με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα ένωση. Η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 3/1/2022.

5. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (δημόσιο έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

Αριθμός απόφασης: 383 /2023

6. Η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα που δεν έχει αποκλειστεί από τον διαγωνισμό, ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

7. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς συμμετέχοντες στις 13/1/2023 και υπέβαλε τις απόψεις της επ' αυτής στις 24/1/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα. Κατόπιν της κοινοποίησης των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα συμπληρωματικό υπόμνημα στις 30/1/2023.

8. Η παρεμβαίνουσα νόμιμα, εμπρόθεσμα και με έννομο συμφέρον, άσκησε παρέμβαση στις 23/1/2023, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή προβάλλεται λόγος αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό.

9. Η προσφεύγουσα ζητά με την προδικαστική προσφυγή την ακύρωση της προσβαλλόμενης, κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας ένωσης και της κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, προβάλλοντας: **α)** ότι, κατά παράβαση του άρθρου 3.1 της Διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα ένωση δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ της, και γενικά στα έγγραφα του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής, την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της και τον εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης και **β)** ότι, κατά παράβαση του άρθρου 23.8.A.2 της Διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα ένωση δεν προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπεύθυνη δήλωση του μέλους της ... σχετικά με την ισχύ των δικαιολογητικών νομιμοποίησης.

10. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα τον αναθέτοντα φορέα και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012), ορίζει τα εξής: «*Άρθρο 4: Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/ Κατακύρωση/ Σύναψη σύμβασης/ Προδικαστικές προσφυγές/Προσωρινή δικαστική προστασία. 4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού ... β)...* Η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18, προβαίνει σε ηλεκτρονική αποσφράγιση του υποφακέλου 'Δικαιολογητικά Συμμετοχής' και του υποφακέλου "Οικονομική Προσφορά", χωρίς να παρέχει στους προσφέροντες πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής ή στις υποβληθείσες οικονομικές

Αριθμός απόφασης: 383 /2023

προσφορές ... στ) Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού, την ίδια ημέρα, ελέγχει τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της παρούσας, κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη ... η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε παράρτημά του, που υπογράφεται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της. ... Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, προς έγκριση, μεταβιβάζοντας παράλληλα ξανά την αρμοδιότητα διαχείρισης του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στον αρμόδιο πιστοποιημένο χρήστη της αναθέτουσας αρχής. ... θ) Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του πρακτικού σε όλους τους προσφέροντες, εκτός από εκείνους, οποίοι αποκλείστηκαν οριστικά, λόγω μη υποβολής ή προσκόμισης της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με την περίπτωση (γ) της παρούσας παραγράφου 4.1 και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και στις οικονομικές προσφορές των λοιπών προσφερόντων. Κατά της απόφασης αυτής χωρεί προδικαστική προσφυγή, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4.3 της παρούσης ... 4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης. α) Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της παρούσας ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της ‘Επικοινωνίας’, τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών 33 από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα, στο άρθρο 23 της παρούσας, αποδεικτικά μέσα (δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου) και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. ... Τα αποτελέσματα του ελέγχου των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105 ν. 4412/2016,45 ήτοι με την απόφαση του προηγούμενου εδαφίου, στην οποία αναφέρονται υποχρεωτικά οι προθεσμίες για την αναστολή της σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τα άρθρα 360 έως 372 του ιδίου νόμου. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και

Αριθμός απόφασης: 383 /2023

αξιολόγησης των προσφορών σε όλους τους οικονομικούς φορείς που έλαβαν μέρος στη διαδικασία ανάθεσης, εκτός από τους οριστικώς αποκλεισθέντες και ιδίως όσους αποκλείστηκαν οριστικά δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016 και της αντίστοιχης περ. γ της παραγράφου 4.1 της παρούσας, μέσω της λειτουργικότητας της 'Επικοινωνίας', και επιπλέον αναρτά τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στον χώρο 'Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού' ... 4.3 Προδικαστικές Προσφυγές ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών/Προσωρινή δικαστική προστασία. Α. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ενωσιακής ή εσωτερικής νομοθεσίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στα άρθρα 345επ. Ν. 4412/2016 και 1επ. Π.Δ. 39/2017, στρεφόμενος με προδικαστική προσφυγή, κατά πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προσδιορίζοντας ειδικώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του».

11. Σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης, ο διαγωνισμός διενεργείται σε αυτοτελή στάδια (στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς, στάδιο αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς και στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακύρωσης του αποτελέσματος). Τα ως άνω στάδια εξέτασης των προσφορών είναι διακριτά μεταξύ τους, καθώς έχουν διαφορετικό αντικείμενο, διενεργούνται σε διαφορετικό χρόνο και συντάσσονται γι' αυτά ξεχωριστά πρακτικά. Τα αποτελέσματα των σταδίων επικυρώνονται, κατόπιν εισήγησης του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου (Επιτροπή Διαγωνισμού), αντίστοιχα με δύο αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής, ήτοι την απόφαση του άρθρου 4.1 της Διακήρυξης, με την οποία εγκρίνονται τα πρακτικά ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και αναδεικνύεται προσωρινός ανάδοχος και την απόφαση του άρθρου 4.2 της Διακήρυξης, με την οποία εγκρίνεται το πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και αναδεικνύεται οριστικός ανάδοχος της σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 383 /2023

12. Κάθε μία από τις παραπάνω αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη, κατά της οποίας χωρεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ (πρβλ. ΣτΕ 1792/2022, σκ. 14). Σύμφωνα δε με τον κανόνα της κατά στάδια προβολής των λόγων στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, τυχόν πλημμέλειες της διαγωνιστικής διαδικασίας πρέπει να προβάλλονται από τους ενδιαφερόμενους επίκαιρα, ήτοι με προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής με την οποία ολοκληρώνεται καθένα από τα στάδια της διαδικασίας, αφενός, για λόγους ασφάλειας δικαίου και αφετέρου προκειμένου να μην παρακωλύεται, κατά τρόπο που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού και η σύναψη της σύμβασης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 237/2019, 245/2011, ΔΕΦΑΘ 209/2023, ΔΕΦΠειρ 275/2022, 96/20221 κ.α.).

13. Στην προκείμενη περίπτωση, με τον **πρώτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής προβάλλονται ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ένωσης, οι οποίοι αφορούν στα δικαιολογητικά συμμετοχής της. Συγκεκριμένα, προβάλλεται ότι ούτε στο ΕΕΕΣ, ούτε στο συνυποβληθέν συμφωνητικό σύστασης της παρεμβαίνουσας ένωσης προσδιορίζεται η κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών της και ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης. Οι αιτιάσεις, όμως, αυτές προβάλλονται ανεπίκαιρα, δεδομένου ότι ανάγονται στο στάδιο του ελέγχου του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών, ο οποίος διενεργήθηκε σύμφωνα με το Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού που εγκρίθηκε με την απόφαση της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 9083/28-11-2022, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

14. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, καθώς επίσης και το οικείο πρακτικό και τα δικαιολογητικά συμμετοχής των προσφερόντων, κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 29/11/2022. Με την ανωτέρω κοινοποίηση, οι διαγωνιζόμενοι, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, έλαβαν γνώση των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία, των στοιχείων που υποβλήθηκαν από αυτούς και της αποδοχής ή απόρριψης των προσφορών τους. Η δε προσφεύγουσα, εφόσον επιθυμούσε να στραφεί κατά της αποδοχής της

Αριθμός απόφασης: 383 /2023

προσφοράς της παρεμβαίνουσας όφειλε να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της ανωτέρω απόφασης ανάδειξης προσωρινού αναδόχου της σύμβασης, πράγμα που δεν έπραξε, αλλά, αντίθετα, προβάλλει ανεπίκαιρα, και ως εκ τούτου, απαράδεκτα τις επίμαχες πλημμέλειες με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατά της κατακυρωτικής απόφασης. Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτός ως απαράδεκτος.

15. Με τον **δεύτερο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη κατακυρωτική απόφαση είναι ακυρωτέα, διότι η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, και συγκεκριμένα δεν προσκόμισε υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπρόσωπου της ... ότι τα υποβληθέντα νομιμοποιητικά της έγγραφα εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους. Ο προκείμενος λόγος είναι απορριπτός, διότι δεν βρίσκει έρεισμα στη Διακήρυξη, το προπαρατεθέν άρθρο 23.8.A.1 της οποίας απαιτεί την προσκόμιση της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης μόνο για επιχειρήσεις που δεν υποχρεούνται να εγγράφονται στο ΓΕΜΗ και, ως εκ τούτου, να προσκομίζουν για την νομιμοποίησή τους την οικεία βεβαίωση. Η ... είναι ομόρρυθμη εταιρεία, εγγεγραμμένη στο ΓΕΜΗ με αριθμό ... και επομένως, στην προκείμενη περίπτωση δεν τυγχάνει εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 23.8.A.2, την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα. Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

16. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η παρέμβαση να γίνει δεκτή και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 9 Μαρτίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

α/α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ