

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 02^α Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 23.03.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 418/27.03.2023 προδικαστική προσφυγή της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «....» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 30.03.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρθρ. ... ποσού €2.822,60.

2. Επειδή, δυνάμει της με αριθμό ... διακήρυξης ανοιχτής διαδικασίας προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή ανοιχτός διαγωνισμός για την

Αριθμός απόφασης: 762/2023

ανάθεση της σύμβασης του έργου με τον τίτλο: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΕΙΣ ΣΧΟΛΙΚΩΝ ΚΤΗΡΙΩΝ 2022», προϋπολογισμού δημοπράτησης ποσού ευρώ 564.516,13, πλέον ΦΠΑ 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο με βάση την τιμή. Ο εν λόγω διαγωνισμός διεξήχθη ηλεκτρονικά, μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων και έλαβε Α/Α συστήματος Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ήταν η Τρίτη, 24.01.2023 και ώρα 10.00 π.μ. και η ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η Τρίτη 31.01.2023 και ώρα 10:00 π.μ.

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Η παρεμβαίνουσα ήρθε πρώτη στη σειρά μειοδοσίας με ποσοστό έκπτωσης 37% και η προσφεύγουσα δεύτερη με ποσοστό έκπτωσης 30,51%. Η επιτροπή του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι η παρεμβαίνουσα: α) στο υποβαλλόμενο ΕΕΕΣ, στο μέρος II, ενότητα Α', ερώτημα «Ο Ο.Φ. είναι εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής», απάντησε «ΟΧΙ», με αποτέλεσμα να μην ανοίξει το πεδίο ώστε να δηλώσει την εγγραφή της εταιρείας στο ΜΕΕΠ και ειδικότερα στις κατηγορίες «ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ» και «ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ», όπως απαιτούνταν από την διακήρυξη και β) προσέφερε ποσοστό έκπτωσης 37%, το οποίο εμφάνιζε απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των εννέα (9) παραδεκτών προφορών. Για τους παραπάνω λόγους ζήτησε με τα με αριθμούς πρωτοκόλλου .../1.2.2023 και .../2.2.2023 έγγραφά της, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, με το μεν πρώτο έγγραφο την παροχή σχετικής πληροφορίας ή συμπλήρωσης ή αποσαφήνισης, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και για το δε δεύτερο έγγραφο την παροχή εξηγήσεων ως προς το κόστος της προσφοράς της, σύμφωνα με την περίπτωση η) του άρθρου 4.1 της διακήρυξης αλλά και των άρθρων 88 και 89 του ν. 4412/2016, καθώς αυτή τεκμαίρονταν ως ασυνήθιστα χαμηλή. Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα μέσω της ηλεκτρονικής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ: α) στις 02.02.2023, υπεύθυνη δήλωση με τις απαραίτητες διευκρινίσεις ως προς το ζήτημα της εγγραφής της εταιρείας σε εθνικό σύστημα (Προ)Επιλογής και β) στις 21.2.2023, τις σχετικές εξηγήσεις ως προς το κόστος της προσφοράς του, σύμφωνα με την περίπτωση η) του άρθρου 4.1 της διακήρυξης και τα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016. Η επιτροπή του

Αριθμός απόφασης: 762/2023

διαγωνισμού συνεδρίασε εκ νέου στις 24.2.2023 και θεώρησε ότι οι εξηγήσεις της παρεμβαίνουσας έπρεπε να γίνουν αποδεκτές και σύμφωνα με την διακήρυξη αποτελούσαν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης. Κατόπιν των ανωτέρω, με το με αριθμό 1 πρακτικό της, η επιτροπή του διαγωνισμού εισηγήθηκε προς την οικονομική επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, την αποδοχή των σχετικών εξηγήσεων για την προσφορά που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα και την ανάδειξη της ως προσωρινής αναδόχου, με ποσοστό έκπτωσης 37%. Με την με αριθμό .../2023 (...) απόφαση της, η οικονομική επιτροπή της αναθέτουσας αρχής ενέκρινε το 1ο πρακτικό και ανέδειξε την παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχο.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 14.03.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 23.03.2023, 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 στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον, καθότι η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, προς το σκοπό να αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 27.03.2023 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. .../31.03.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 06.04.2023, ενώ προς αντίκρουση αυτών αλλά και της παρέμβασης, η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 11.04.2023 νομίμως και παραδεκτώς το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 27.03.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 762/2023

παρέμβαση ασκήθηκε στις 30.03.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της και έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος.

7. 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).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας διότι υπέβαλε ανακριβές ΕΕΕΣ. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι ενώ η παρεμβαίνουσα δήλωσε πως δεν θα χρησιμοποιήσει υπερβολάβους για την εκτέλεση της σύμβασης, όμως ανακόλουθα στην από 20.3.2022 αιτιολόγηση της προσφοράς της, αναφέρει αναλυτικά ένδεκα (11) άλλους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι θα εκτελέσουν αντ' αυτής, εργασίες που περιλαμβάνονται αυτούσιες στο τιμολόγιο δημοπράτησης της διακήρυξης. Επομένως, από τη στιγμή που οι οικονομικοί αυτοί φορείς θα αναλάβουν, όχι μόνο την προμήθεια των υλικών, αλλά και την εκτέλεση των αναφερομένων στα σχετικά έγγραφα εργασιών, δεν μπορεί να θεωρηθούν μόνο προμηθευτές υλικών και οι εργασίες που θα εκτελέσουν συμπίπτουν με (το σύνολο σχεδόν) του αντικείμενου της σύμβασης και μη νόμιμα δεν κατέθεσε η παρεμβαίνουσα ως είχε νομική υποχρέωση, ΕΕΕΣ για τους υπερβολάβους που θα χρησιμοποιούσε.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τις ως άνω αιτιάσεις της υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: 762/2023

προσφυγής: Στην σελίδα 72 της από 20.03.2023 αιτιολόγησης της προσφοράς της, η παρεμβαίνουσα προσκομίζει την προσφορά της εταιρείας «...», για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. 1/001 έως 1/006 και 1/168 του Τιμολογίου Δημοπράτησης. Στις σελίδες 74, 112, 113, 116 και 119 της αιτιολόγησης προσκομίζονται προσφορές του «...», για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. α) 1/007 έως 1/021 και 1/130 έως 1/133, 1/162, β) 1/119 έως 1/129, γ) 1/139 έως 1/143, δ) 1/156 έως 1/161 και 1/169 και ε) 1/171 έως 1/174 και 1/176 του Τιμολογίου Δημοπράτησης. Στις σελίδες 78, 82, 85 και 87 της αιτιολόγησης προσκομίζονται προσφορές του «...», για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. α) 1/028 έως 1/044, β) 1/045, γ) 1/047 έως 1/053, δ) 1/054 του Τιμολογίου Δημοπράτησης. Στις σελίδες 83 και 126 της αιτιολόγησης προσκομίζονται προσφορές του «...», για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. α) 1/046 και β) 2/058 έως 2/060, 2/055 και 2/298 του Τιμολογίου Δημοπράτησης. Στις σελίδες 89 και 91 της αιτιολόγησης προσκομίζονται προσφορές του «...», για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. α) 1/055 έως 1/058 και β) 1/059 έως 1/060, 1/137 έως 1/138 και 1/149 του Τιμολογίου Δημοπράτησης. Στις σελίδες 93, 95 και 103 της αιτιολόγησης προσκομίζονται προσφορές της εταιρείας '...', για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. α) 1/061 έως 1/062, β) 1/063 έως 1/074, 1/150 και 1/177 και γ) 1/094 έως 1/096 και 1/145 του Τιμολογίου Δημοπράτησης. Στις σελίδες 97, 99, 101, 105 και 115 της αιτιολόγησης προσκομίζονται προσφορές της εταιρείας '...', για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. α) 1/075 έως 1/077, β) 1/078 έως 1/081, γ) 1/082 έως 1/093, δ) 1/097 έως 1/116, 1/148, 1/151, 1/153 έως 1/155 και ε) 1/144 του Τιμολογίου Δημοπράτησης. Στην σελίδα 109 της αιτιολόγησης προσκομίζεται προσφορά του «...», για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. 1/117, 1/118 και 1/178 του Τιμολογίου Δημοπράτησης. Στις σελίδες 121 και 152 της αιτιολόγησης προσκομίζονται προσφορές του «...», για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. α) 2/028 έως 2/080, 2/198 έως 2/203, 2/294 και 2/298 και β) 2/020 έως 2/027, 2/081 έως 2/089, 2/090, 2/092 έως 2/095, 2/301 έως 2/312, 2/384 και 2/390 του Τιμολογίου Δημοπράτησης. Στην σελίδα 133 της αιτιολόγησης προσκομίζεται

Αριθμός απόφασης: 762/2023

προσφορά του «...», για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. 2/001 έως 2/019, 2/096 έως 2/134, 2/142 έως 2/197, 2/299, 2/300, 2/313 έως 2/329, 2/1001, 2/330 έως 2/357, 2/363 έως 2/382, 2/1002, 2/1003, 2/383, 2/385 έως 2/389 και 2/391 έως 2/394 του Τιμολογίου Δημοπράτησης. Τέλος, στη σελίδα 160 της αιτιολόγησης προσκομίζεται προσφορά του «...», για την εκτέλεση των εργασιών που αντιστοιχούν στις προβλεπόμενες με Α.Τ. 2/091 και 2/135 έως 2/141 του Τιμολογίου Δημοπράτησης.

Η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, αλλά και η παρεμβαίνουσα στην υποβληθείσα παρέμβασή της, ισχυρίζονται ότι οι ως άνω οικονομικοί φορείς θα συμβληθούν με την τελευταία στο πλαίσιο σύμβασης παροχής υπηρεσιών και προμηθειών και όχι στο πλαίσιο παροχής υπεργολαβίας. Όμως οι ισχυρισμοί αυτοί είναι αβάσιμοι διότι όλες οι προαναφερθείσες προσφορές αναφέρονται στο υπό κρίση έργο με απόλυτη ταύτιση των εργασιών που καταγράφονται στο Τιμολόγιο Δημοπράτησης και κοστολογούν τόσο την προμήθεια των υλικών όσο και την εκτέλεση των επιμέρους εργασιών. Επίσης, σε κανένα σημείο αυτών δεν αναφέρεται ότι αποτελούν ενδεικτικά συγκριτικά στοιχεία με βάση τις τιμές της αγοράς. Επομένως, συνάγεται ότι οι προσφορές αυτές φέρουν τα γνωρίσματα της ανάθεσης υπεργολαβίας των αντίστοιχων επιμέρους εργασιών από τρίτους οικονομικούς φορείς και η παρεμβαίνουσα όφειλε να το δηλώσει αφενός στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της και να υποβάλει και ξεχωριστά ΕΕΕΣ για κάθε ένα από τους συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς. Ως εκ τούτου η υπό κρίση προσφυγή είναι βάσιμη, πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί 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

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 762/2023

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 02^α Μαΐου 2023 και εκδόθηκε την 22^η Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ