

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος-Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 17.11.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1622/18.11.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «... ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΤΟΥ ΓΕΩΡΓΙΟΥ» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της εταιρείας «... ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ο.Ε» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητεί την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αριθμό πρωτ. 734/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., καθ' ο μέρος αναδείχθηκε ανάδοχος η εταιρεία «... ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ο.Ε».

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 3.225,81 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 στο πλαίσιο διαδικασίας, που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, η προσφυγή έχει ασκηθεί

εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 07.11.2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 17.11.2022, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη.

3.Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία κατετάγη δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης πράξης, ως βλαπτόμενη, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος, στηριζόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή της τελευταίας, καθώς και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς αυτής, επιδιώκοντας (η προσφεύγουσα) ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση.

4.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε στις 18.11.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στις συμμετέχουσες και θιγόμενες από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να ασκήσουν ενδεχομένως το προβλεπόμενο δικαίωμα παρέμβασής τους. Η δε παρεμβαίνουσα άσκησε εν γένει νομίμως και εμπροθέσμως στις 28.11.2022 ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης.

5.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. και στην προσφεύγουσα την 01.12.2022 τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής. Επί των ως άνω απόψεων η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως στις 06.12.2022 το υπό ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 5ου Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 Ν. 4412/2016, όπως

τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, είναι τύποις παραδεκτής και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της

7.Επειδή, με τη Διακήρυξη με αριθμό πρωτ. 45964/01.08.2022, προκηρύχθηκε ανοιχτός δημόσιος ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για το έργο με τίτλο «Ασφαλτοστρώσεις τσιμεντοστρώσεις Δημοτικών Οδών Δ.Ε ...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 645.161,28€, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 02.08.2022 με Α.Δ.Α.Μ 22PROC..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

8.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά πέντε (5) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη, αναδείχθηκε ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, ως προσφέρουσα τη χαμηλότερη τιμή. Κατά της εκτελεστής κατακυρωτικής απόφασης στρέφεται η προσφεύγουσα, αιτούμενη την ακύρωσή της, για τους λόγους που ειδικώς αναπτύσσονται στην υπό εξέταση προσφυγή της.

9.Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι μη νομίμως αναδείχθηκε ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, διότι με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν υπέβαλε ασφαλιστική ενημερότητα για το έργο «Βελτίωση Αγροτικών Δρόμων στην ...», με ημερομηνία, που θα κάλυπτε την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (24.08.2022), αλλά που κάλυπτε μόνο την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

10.Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζει ότι: «6...Κατά παρέκκλιση της παρ. 3, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση ή συνάψει τη συμφωνία-πλαίσιο, διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά...». Όπως αναφέρει η αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της: «1) Όσο αφορά την Ασφαλιστική Ενημερότητα με ισχύ την ημερομηνία υποβολής προσφοράς για το έργο «Βελτίωση Αγροτικών Δρόμων στην ...» με ημερομηνία υπογραφής σύμβασης 8/10/2021 αναθέτουσας αρχής Δήμου ..., η επιτροπή αναζήτησε και

έλαβε από τα αρχεία του Δήμου μας ασφαλιστική ενημερότητα που κάλυπτε την ημερομηνία υποβολής των προσφορών (24-8-2022) καθώς επρόκειτο για συνεχιζόμενο έργο για το οποίο εκδίδονταν και εξοφλούνταν λογαριασμοί». Μάλιστα, με τις απόψεις, προσκομίζεται συνημμένο το υπ' αριθ. 936082/23-3-22 αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας e-ΕΦΚΑ για το έργο «Βελτίωση Αγροτικών Δρόμων στην Δ.Κ. Σορωνής και στις Τ.Κ. Φανών-Καλαβαρδών της Δημοτικής Ενότητας Καμείρου», όπου επ' αυτού επί λέξει αναγράφονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «...ΟΝΟΜΑΤΕΠΩΝΥΜΟ/ΕΠΩΝΥΜΙΑ: ... ΙΩΑΝΝΗΣ&ΣΙΑ Ε.Ε...ΒΕΒΑΙΩΝΕΤΑΙ ΟΤΙ Ο ΠΑΡΑΠΑΝΩ ΕΙΝΑΙ ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΑ ΕΝΗΜΕΡΟΣ...ΙΣΧΥΕΙ ΓΙΑ ΕΞΙ (6) ΜΗΝΕΣ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΚΔΟΣΗ: (Μέχρι 22/09/2022)...». Επομένως, το ως άνω αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας, της εταιρείας «... ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΙ ΣΙΑ Ο.Ε για το επίμαχο έργο, αφ' ενός καλύπτει το χρόνο υποβολής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ήτοι την 24.08.2022, αφ' ετέρου, εφ' όσον η αναθέτουσα Αρχή το είχε ήδη «εις χείρας» της, δεν απαιτείτο να το υποβάλει η παρεμβαίνουσα με τα δικαιολογητικά κατακύρωσής της κατά τα οριζόμενα στο άρ. 79 παρ. 6 του Ν. 4412/2016. Εν όψει των ανωτέρω, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και κατ' ακολουθία και ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

11.Επειδή, με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι μη νομίμως αναδείχθηκε ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, διότι παρέλειψε να υποβάλει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσής της πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, κατά παράβαση του όρου 23.8 αρ. 1α) της Διακήρυξης.

12. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 103 Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα Αρχή υποχρεούται, κατόπιν ελέγχου των υποβληθέντων κατ' αρχήν από τον προσωρινό ανάδοχο δικαιολογητικών κατακύρωσης, να τον καλέσει να καλύψει, εντός δεκαήμερης προθεσμίας, τυχόν ελλείψεις των εν λόγω δικαιολογητικών - είτε με την υποβολή αρχικώς μη υποβληθέντος δικαιολογητικού είτε με τη συμπλήρωση αρχικώς μεν υποβληθέντος αλλά μη πληρούντος τις απαιτήσεις της Διακήρυξης δικαιολογητικού - σε περίπτωση κατά την οποία οι ελλείψεις αυτές επάγονται αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου. Η αρχική, δηλαδή, παράλειψη ή πλημμελής υποβολή εκ μέρους του αναδόχου κάποιου από τα δικαιολογητικά

κατακύρωσης δεν συνεπάγεται αυτομάτως και άνευ ετέρου τον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, αλλά υποχρεώνει, κατ' αρχήν, την αναθέτουσα Αρχή να προβεί στην οφειλόμενη κατά τα άνω κλήση του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση του ελλείποντος ή/και ελλιπούς δικαιολογητικού. Μόνον εφ' όσον έχει προηγηθεί η προσήκουσα κατά τα άνω κλήση του προσωρινού αναδόχου από την αναθέτουσα Αρχή και η εξέταση της συμμόρφωσης του οικονομικού φορέα προς αυτήν, μπορεί η αναθέτουσα να προβεί στην απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσης λόγω ελλείψεων, που δεν θεραπεύτηκαν κατά την ανωτέρω διαδικασία (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 37/2021, σκ. 19, 29/2019, σκ. 11, ΔΕφΠειρ Ν60/2021, σκ. 13, ΔΕφΑθ Ν42/2020). Περαιτέρω, η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, όταν εξετάζει διαφορά επί κατακυρωτικής απόφασης σχετικά με την πληρότητα και το περιεχόμενο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οφείλει, στην περίπτωση που ακυρώσει την προσβαλλόμενη λόγω ελλείψεων ή ελαττωμάτων των κατ' αρχήν γενομένων δεκτών από την αναθέτουσα Αρχή δικαιολογητικών κατακύρωσης, να αναπέμψει την υπόθεση στην αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου αυτή να εκπληρώσει προηγουμένως την ανωτέρω διαδικαστική υποχρέωσή της, ήτοι να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή των επίμαχων δικαιολογητικών και να εξετάσει τη συμμόρφωση του οικονομικού φορέα προς την πρόσκληση αυτή (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 37/2021, σκ. 21, ΔΕφΠειρ Ν60/2021, σκ. 14, ΔΕφΑθ Ν42/2020, σκ. 10).

13.Επειδή, στη Διακήρυξη ορίζεται αφ' ενός στο άρθρο 4.2 γ: «γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά ή σε έντυπη μορφή, εφόσον απαιτείται, σύμφωνα με τα ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινίσεις, κατά την έννοια του άρθρου 102 ν. 4412/2016, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν...», αφ' ετέρου στο άρθρο 9: «Η αναθέτουσα αρχή τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να

αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών...».

14. Επειδή, αναφορικά με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Η Διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεσμεύει αμφίδρομα την αναθέτουσα Αρχή και τους συμμετέχοντες. Στο άρθρο 23.8 αρ. 1 α) της οικείας Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Σε περίπτωση νομικού προσώπου, υποβάλλονται ηλεκτρονικά, στον φάκελο “Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου, τα νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου και τα οποία πρέπει να έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός αν σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος Ειδικότερα: Για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς υποβάλλονται:1) στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και εγγράφεται υποχρεωτικά ή προαιρετικά στο ΓΕΜΗ και δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της στο ΓΕΜΗ: **α) για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης, υποβάλλει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) ημέρες πριν από την υποβολή του**». Περαιτέρω, η μεν αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται, ότι ο επίμαχος όρος δεν είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, η δε παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της συνομολογεί ότι δεν είχε προσκομίσει το επίμαχο πιστοποιητικό αλλά ότι παρέλκει η προσκόμιση αυτού, καθώς η εκπροσώπηση της εταιρείας από τον Λεριά Ιωάννη προέκυπτε από το προσκομιζόμενο με τα δικαιολογητικά κατακύρωσής της καταστατικό. Έτι περαιτέρω, ο όρος 23.8 αρ. 1 α) της Διακήρυξης δεν περιέχει μεν πανηγυρική διατύπωση περί «απαράβατου» ή «επί ποινή αποκλεισμού» πλην όμως δεν έχει χαρακτηρισθεί ως

προαιρετικός, θεωρούμενου έτσι τούτου ως απαράβατος. (πρβλ 120/2022 Δ.Εφ.Χανίων). Επομένως, είναι απορριπτέοι τόσο οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας ότι ο επίμαχος όρος δεν είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού όσο και οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί αναπλήρωσης του πιστοποιητικού εκπροσώπησης από άλλα έγγραφα, αφού η Διακήρυξη απαιτούσε ρητά την προσκόμιση αυτού. Όμως, η εν λόγω πλημμέλεια του φακέλλου δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας δεν άγει άνευ ετέρου σε αποκλεισμό της, αλλά υποχρεώνει την αναθέτουσα Αρχή να την καλέσει να προσκομίσει το ελλείπον πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016 αλλά και των όρων 4.2 γ) και 9 της Διακήρυξης. Η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ δεν μπορεί να υποκαταστήσει την αναθέτουσα Αρχή στην άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας. Για τους λόγους αυτούς, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, κατά τα ως άνω, και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, προκειμένου η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα Αρχή για να ασκήσει αυτή την προβλεπόμενη στο άρθρο 103 Ν. 4412/2016 αρμοδιότητά της, κατά τα προαναφερθέντα.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να γίνει δεκτή η παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή, και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, άνευ προηγούμενης, κατ' άρ. 103 Ν. 4412/2016 και άρ. 4.2 γ και 9 της Διακήρυξης, κλήσης της να συμπληρώσει τις κατά τη σκ. 14 ελλείψεις της, ήτοι «να υποβάλλει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) ημέρες πριν από την υποβολή του».

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το παράβολο που αυτή κατέβαλε, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 92/2023

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 16 Ιανουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ