

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 15.11.2021 με ΓΑΚ 2136/16.11.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» (εφεξής παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στη, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 25.11.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες Πράξεις με αρ. 21/23-09-2021 και 24/4-11-2021, τουτης αναθέτουσας αρχής, αφενός κατά το μέρος, που έκριναν ως απορριπτέα την προσφορά της και αφετέρου κατά το μέρος που ανακήρυξαν προσωρινή ανάδοχο την παρεμβαίνουσα.

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 τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ.ποσού €2.760,00.

2. Επειδή, με την υπ' αρ. πρωτ.:διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής,

Αριθμός απόφασης: 43/2022

προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Διεθνής Ανοιχτός Διαγωνισμός, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής για την ανάδειξη αναδόχου και τη σύναψη σύμβασης «.....». Αντικείμενο της σύμβασης είναι η Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται έως του ποσού των 683.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 550.806,45 € ΦΠΑ : 132.193,55 €). Ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία με την επωνυμία «.....». Με την με αριθ. 21/23-09-2021 Πράξη τουτης αναθέτουσας αρχής (1η προσβαλλόμενη πράξη), με θέμα (4ο): « Έγκριση Α΄ Πρακτικού Επιτροπής Ηλεκτρονικού Διεθνούς Ανοικτού Διαγωνισμού για τη «.....», αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμ. πρωτ. 72532/16-09-2021 Α΄ Πρακτικού της Επιτροπής Ηλεκτρονικού Διεθνούς Ανοικτού Διαγωνισμού και ο ορισμός της παρεμβαίνουσας εταιρείας ως προσωρινής Αναδόχου για τη «.....» και κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της προσφεύγουσας, ενώ κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των δύο άλλων συμμετεχουσών εταιρειών κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, ενώ ορίστηκε ως προσωρινός ανάδοχος η παρεμβαίνουσα. Εν συνεχεία, με την με αριθ.Πράξη τουτης αναθέτουσας αρχής (2η προσβαλλόμενη πράξη), με θέμα 15ο : «Έγκριση Β΄ Πρακτικού Επιτροπής Ηλεκτρονικού Διεθνούς Ανοικτού Διαγωνισμού για τη «.....», αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμ. πρωτ.Β΄ Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας Ηλεκτρονικού Διεθνούς Ανοικτού Διαγωνισμού για τη «.....» και η ανάθεση των εν λόγω υπηρεσιών στην παρεμβαίνουσα εταιρεία, δυνάμει του οποίου, μετά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης της ανωτέρω εταιρείας, ανατέθηκε σε αυτή η «.....».

4. Επειδή, κατά των ως άνω αποφάσεων, των οποίων πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 05.11.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 15.11.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα

Αριθμός απόφασης: 43/2022

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 καθόσον η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό και επιδιώκει να ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς της προς τον σκοπό να αναδειχθεί αυτή ανάδοχος της σύμβασης.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 15.11.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 105022/22.11.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 24.11.2021, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς το από 29.11.2021 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 στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 15.11.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 25.11.2021, 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 απορριφθεί η προσφορά της προσφεύγουσας.

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 δε 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 προσφυγή της ισχυρίζεται ότι προϋπόθεση της αναφοράς/δήλωσης στο ΕΕΕΣ, υπεργολαβίας, είναι η πρόθεση του διαγωνιζόμενου να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας τμήμα της σύμβασης. Όμως από κανένα στοιχείο της προσφοράς της δεν προκύπτει, ούτε υφίσταται, αναφορά ή πρόθεση ανάθεσης τμήματος της σύμβασης, υπό μορφή υπεργολαβίας, στην εταιρεία MT ΑΤΕ. Επομένως, η απόρριψη της προσφοράς της από την αναθέτουσα αρχή ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, ως εκ τούτου δε, οι προσβαλλόμενες πράξεις τυγχάνουν, για το λόγο αυτό, ακυρωτέες.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά τις ανωτέρω αιτιάσεις της υπό κρίση προσφυγής: Το άρθρο 2.2.6. της διακήρυξης ορίζει ότι *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οικονομικοί φορείς θα πρέπει να πληρούν και να τεκμηριώνουν επαρκώς τις παρακάτω ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής στο Διαγωνισμό, καταθέτοντας με την προσφορά τους (εντός του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής) τα ακόλουθα στοιχεία τεκμηρίωσης: ... β) να διαθέτουν ή να συνεργάζονται για την υλοποίηση της παρούσας προς ανάθεση σύμβασης τουλάχιστον έναν (1) Διπλωματούχο Μηχανικό με εμπειρία σε εργασίες συντηρήσεων»*. Περαιτέρω το άρθρο 2.2.8.1. της διακήρυξης ορίζει ότι *«Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια... και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6.), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων... Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες»*. Επίσης, το άρθρο 2.2.8.2. της διακήρυξης ορίζει ότι *«Ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει»*

Αριθμός απόφασης: 43/2022

και το άρθρο 2.4.3.2. ότι «*Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή... Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν*».

Η προσφεύγουσα με την προσφυγή και το υπόμνημά της, αναφέρει ότι βάσει του από 20.07.2021 ιδιωτικού συμφωνητικού με την εταιρεία «.....» και του υποβληθέντος ΕΕΕΣ της, δεν προκύπτει πρόθεση ή αναφορά για ανάθεση υπεργολαβίας. Αντίθετα ο σκοπός της είναι να στηριχθεί υπό μορφή δάνειας εμπειρίας στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, εν προκειμένω της εταιρείας «.....» και ότι η ταύτιση της υπεργολαβίας με την δάνεια εμπειρία από την αναθέτουσα αρχή αποτελεί λανθασμένη ερμηνεία των διατάξεων της διακήρυξης. Σύμφωνα όμως με το άρθρο 2.2.8.1 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι προκειμένου να στηριχθεί οικονομικός φορέας σε ικανότητες τρίτου αναφορικά με την πλήρωση των απαιτήσεων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αφορούν τίτλους σπουδών, τα επαγγελματικά προσόντα ως προς συγκεκριμένες ικανότητες ή την επαγγελματική εμπειρία, τότε θα πρέπει ο τρίτος να εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Εν προκειμένω η διακήρυξη απαιτεί ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ο οικονομικός φορέας να διαθέτει Διπλωματούχο Μηχανικό με συγκεκριμένη επαγγελματική εμπειρία σε εργασίες συντηρήσεων, ο οποίος και θα εργαστεί κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Επομένως, δεν πρόκειται απλώς για περίπτωση χρήσης δάνειας εμπειρίας αλλά για περίπτωση όπου ο τρίτος οικονομικός φορέας πρέπει να ορισθεί και σαν υπεργολάβος, γεγονός που δεν έχει κάνει η προσφεύγουσα όπως εξάλλου συνομολογεί, ενώ όφειλε να ορίσει την εταιρεία «.....» ως υπεργολάβο και να προσδιορίσει τα απαιτούμενα εκ του νόμου και της διακήρυξης στοιχεία της υπεργολαβίας. Η αναφορά της προσφεύγουσας περί μη συμπλήρωσης του πεδίου του μέρους ΙΙ.Δ., το οποίο αναφέρεται σε υπεργολάβους στους οποίους δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, δεν αποτέλεσε λόγο αποκλεισμού της, αλλά αντίθετα όφειλε να αναφέρει την απαιτούμενη από τη διακήρυξη και το νόμο υπεργολαβία σε πεδία του ΕΕΕΣ που συμπληρώνονται ελεύθερα πληροφορίες. Τέλος, αβάσιμα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει για παροχή διευκρινήσεων διότι ο ισχυρισμός αυτός

Αριθμός απόφασης: 43/2022

βασίζεται σε λανθασμένη προϋπόθεση, ήτοι στο ότι υπήρξε δήθεν αμφιβολία που θα μπορούσε να εξακριβωθεί σχετικά με το εάν η εταιρεία «.....» παρείχε δάνεια εμπειρία ή υπεργολαβία. Όμως, στην συγκεκριμένη περίπτωση η προσφεύγουσα όφειλε βάσει της διακήρυξης να ορίσει υπεργολάβο την εταιρεία «.....», γεγονός που δεν έπραξε και ως εκ τούτου δεν υπάρχει η δυνατότητα συμπλήρωσης/ διευκρίνησης της προσφοράς της αφού η ίδια αρνείται την ύπαρξη αυτής. Κατόπιν των ανωτέρω ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 12 Ιανουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ