

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13.11.2018, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.10.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1056/15.10.2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ. 26, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της υπ' αριθ. 2010/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας (Απόσπασμα εκ του αριθμ. 47/2018 Πρακτικού Συνεδριάσεως), με την οποία απόφαση κατ'αποδοχήν του από 12.09.2018 Πρακτικού της Επιτροπής Διεξαγωγής Διαγωνισμού, αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του έργου η συμμετέχουσα εργοληπτική επιχείρηση «.....» με προσφερόμενη μέση ποσοστιαία έκπτωση 53,13%, στο πλαίσιο ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας μέσω ΕΣΗΔΗΣ της Περιφέρειας, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΑΞΟΝΑ ΠΟΓΩΝΙΑΣ - ΠΛΑΓΙΑΣ», με εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία ύψους 5.096.774,19€ πλέον ΦΠΑ 24% και 6.320.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και με κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

απορρίπτει τη προσφορά της και κατ'ακολουθίαν αναδεικνύει προσωρινό ανάδοχο της υπόψη σύμβασης την έτερη συμμετέχουσα και δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας (μετά την απορριφθείσα προσφεύγουσα) συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «.....», με προσφερθείσα μέση ποσοστιαία έκπτωση 53,13%, καθώς, ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στην υπό κρίση Προσφυγή της, εσφαλμένως και παρανόμως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε τη προσφορά της, ως μη πληρούσα τους όρους του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης, για τους ειδικότερα αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγή της λόγους.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ Διακήρυξη της Περιφέρειας προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΑΞΟΝΑ ΠΟΓΩΝΙΑΣ - ΠΛΑΓΙΑΣ» συνολικού προϋπολογισμού 6.320.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 04.07.2018 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 04.07.2018, όπου έλαβε συστημικό αριθμό α/α Αντικείμενο της υπόψη σύμβασης είναι το έργο της «Συντήρησης και Βελτίωσης του Οδικού Άξονα Πογωνιάς - Πλαγιάς» αρμοδιότητας της ΠΕ που βρίσκεται εντός των διοικητικών ορίων του Δήμου Οι θέσεις κατασκευής του έργου είναι από τη θέση Βάθουα-Βάλη (στην χ.θ. 10,400 μέτρα μετά την Πογωνιά) και έως την Πλαγιά (στην χ.θ. 17,700). Το εν λόγω έργο αφορά στην αποπεράτωση τμημάτων δρόμου και την πλήρη κατασκευή άλλων τμημάτων αυτού, καθώς και στην σύνδεσή

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

του με τους υπάρχοντες δημοτικούς δρόμους στην περιοχή του έργου. Ο προϋπολογισμός δημοπράτησης του ανέρχεται σε 6.320.00,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και αναλύεται ειδικότερα σε: Δαπάνη Εργασιών 3.755.471,50€, Γενικά έξοδα και Όφελος εργολάβου (Γ.Ε.+Ο.Ε.) 675.984,87€, Απρόβλεπτα (ποσοστού 15% επί της δαπάνης εργασιών και του κονδυλίου Γ.Ε.+Ο.Ε.) 664.718,46€, που αναλώνονται σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 156 παρ. 3 περ. α' του Ν. 4412/2016. Στο ανωτέρω ποσό προβλέπεται αναθεώρηση στις τιμές ποσού 599,36€ σύμφωνα με το άρθρο 153 του Ν. 4412/2016 ενώ ρήτρα πρόσθετης καταβολής (πριμ), σύμφωνα με το άρθρο 149 του Ν. 4412/2016 δεν προβλέπεται.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό: 238680584958 1210 0057), ποσού 15.000,00€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. και αποτελεί το ανώτατο ποσό παραβόλου σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 5.096.774,19€ χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (04.07.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 -όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν- του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στο διαδικτυακό τόπο

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 04.10.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 14.10.2018, ήτοι εντός της ως άνω προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 2010/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας (Απόσπασμα εκ του αριθμ. 47/2018 Πρακτικού Συνεδριάσεως), με την οποία απόφαση κατ' αποδοχήν του από 12.09.2018 Πρακτικού της Επιτροπής Διεξαγωγής Διαγωνισμού, αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του έργου η συμμετέχουσα εργοληπτική επιχείρηση «.....» με προσφερόμενη μέση ποσοστιαία έκπτωση 53,13%, στο πλαίσιο ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας μέσω ΕΣΗΔΗΣ της Περιφέρειας, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΑΞΟΝΑ ΠΟΓΩΝΙΑΣ- ΠΛΑΓΙΑΣ», με συνολική εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία 5.096.774,19€ πλέον ΦΠΑ 24% και 6.320.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, καθ'ο μέρος απέρριψε τη προσφορά της, διότι όπως αναφέρεται στην ως άνω προσβαλλόμενη δεν δήλωσε –η συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα- στο υποβληθέν ΤΕΥΔ ότι πληροί τις λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις, οι οποίες έχουν προσδιοριστεί στη προκείμενη διακήρυξη και συγκεκριμένα ότι δεν υπερβαίνει τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008 όπως αυτό ισχύει και ορίζεται στο άρθρο 22.Γ της διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που δεν έγινε αποδεκτή η προσφορά της, ως μη πληρούσα τους τιθέμενους από την οικεία Διακήρυξη όρους, αφού, ως ισχυρίζεται, παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων.

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

7. Επειδή, ειδικότερα η προσφεύγουσα υποστηρίζει και αντιπαραβάλλει στην αιτιολογία αποκλεισμού της από την αναθέτουσα αρχή διά της ως άνω απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας, ότι στη προσφορά της (σ)το κατατεθέν από αυτή ΤΕΥΔ, το οποίο και συμπλήρωσε κατά το αναρτηθέν από την αναθέτουσα αρχή -με τα λοιπά αρχεία και συμβατικά τεύχη του διαγωνισμού- στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, δεν περιλαμβανόταν ειδικό πεδίο για την δήλωση του ανεκτέλεστου. Συναφώς και πιο συγκεκριμένα, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι στο υποβληθέν από αυτή (ήδη διαμορφωθέν και αναρτηθέν από την αναθέτουσα αρχή) ΤΕΥΔ στο πεδίο Μέρος IV: *Κριτήρια επιλογής «Όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής (ενότητα α ή ενότητες Α έως Δ του παρόντος μέρους), ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι: α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής»*, δήλωσε εν προκειμένω ότι πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής. Σε κάθε περίπτωση ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή είχε την υποχρέωση να ζητήσει συμπλήρωση ή διευκρίνιση της ως άνω φερόμενης ως έλλειψης ή παρανομίας της συμμετέχουσας εταιρείας, σύμφωνα με το οικείο νομοθετικό πλαίσιο αλλά και το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης. Ως εκ τούτου υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της δεν έπρεπε να απορριφθεί από την αναθέτουσα αρχή ή εν πάσει περιπτώσει η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχει η παρ. 5 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, εφόσον προέκυψε ότι από τον έλεγχο του ΤΕΥΔ, θα οδηγούνταν σε απόρριψη της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρείας, λόγω πλημμελούς συμπλήρωσης του, πολλώ δε μάλλον σημειώνει η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή είχε την υποχρέωση εφόσον επίκειτο η απόρριψη της προσφοράς και συνεπώς ο αποκλεισμός της, να προβεί σε αίτημα σχετικής διευκρίνισης-συμπλήρωσης.

8. Επειδή, με το από 24.10.2018 ηλεκτρονικό μήνυμα στην ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει τη γνωμοδότηση της Επιτροπής διεξαγωγής διαγωνισμού, όπου αποτυπώνονται οι απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής, καθώς και στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης. Υποστηρίζει

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

σχετικά η αναθέτουσα αρχή ότι όσον αφορά το ΤΕΥΔ και τη συμπλήρωσή του, από τα σχετικά άρθρα της διακήρυξης (7, 22.Γ και 23) προκύπτει ότι η «μη υπέρβαση του ανωτάτου επιτρεπτού ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων» - εφεξής ανεκτέλεστο - αποτελούσε ουσιώδες κριτήριο επιλογής για το οποίο οι οικονομικοί φορείς θα έπρεπε να δηλώνουν υπεύθυνα, μέσω της συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ, ότι το πληρούν. Η μη συμπλήρωσή του, εκ μέρους του οικονομικού φορέα δεν αποδεικνύει τη συνδρομή του εν λόγω κριτηρίου επιλογής και η παράλειψή του αυτή δεν επιτρέπεται να ερμηνευθεί από την αναθέτουσα αρχή ως αρνητική δήλωση, ήτοι ότι ο οικονομικός φορέας δεν υπερβαίνει το όριο ανεκτέλεστου υπολοίπου (Ελεγκτικό Συνέδριο, Ε' Κλιμάκιο, Πράξη 366/2018). Πιο συγκεκριμένα, το κριτήριο του ανεκτέλεστου συμπεριλαμβάνεται στο Μέρος IV, Ενότητα Β, Πεδίο 6 του ΤΕΥΔ (σελ. 17) στο οποίο ο οικονομικός φορέας καλείται να δηλώσει σχετικά με τις λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις που έχουν προσδιοριστεί στη διακήρυξη που προφανώς συμπεριλαμβάνουν και τις απαιτήσεις του ομότιτλου άρθρο 22.Γ που αναφέρει και το κριτήριο του ανεκτέλεστου. Σύμφωνα, δε, και με τις οδηγίες της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ ότι τα πρότυπα τεύχη διακήρυξης δεν πρέπει να μεταβάλλονται σημαντικά, είναι άστοχη η δήλωση της προσφεύγουσας εταιρίας ότι δεν περιλαμβανόταν ειδικό πεδίο για τη δήλωση του ανεκτέλεστου (Σημείο 10, Σελ 9 της προσφυγής). Άστοχη και εντελώς λανθασμένη, υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, είναι και η δήλωση του οικονομικού φορέα πως η ειδική έλλειψη αναφοράς-δήλωσης περί εκπλήρωσης του ανεκτέλεστου καλύπτεται από τη γενική δήλωση του οικονομικού φορέα στο Μέρος IV, Ενότητα α του ΤΕΥΔ (σελ. 15) ήτοι ότι πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής γιατί βασίζεται στη σχέση ειδικού προς γενικό όπως αναφέρει στην προσφυγή. Όμως, στη συγκεκριμένη Ενότητα του ΤΕΥΔ, αναφέρεται ότι το γενικό αυτό πεδίο πρέπει να συμπληρωθεί μόνο στην περίπτωση που έχει δηλωθεί αντιστοίχως στην διακήρυξη παραλείποντας την συμπλήρωση των άλλων ενοτήτων του Μέρους IV. Δηλαδή, στο ΤΕΥΔ, αναφέρεται κατηγορηματικά ότι, εφόσον δεν προβλέπεται στην διακήρυξη όπως

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

συμβαίνει και στην προκειμένη περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι υποχρεωμένος να συμπληρώσει τα υπόλοιπα πεδία συμπεριλαμβανομένου του πεδίου που αναφέρεται και στο ανεκτέλεστο και να μην αρκестεί στη γενική αναφορά. Αν η Επιτροπή Διαγωνισμού, ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, έκανε αποδεκτή τη γενική δήλωση, χωρίς τη συμπλήρωση του επιμέρους πεδίου για το ανεκτέλεστο, θα ερχόταν σε πλήρη αντίθεση με τα οριζόμενα στην διακήρυξη και θα εισήγαγε τεράστια διάκριση ανάμεσα στους οικονομικούς φορείς με σαφή ένδειξη εύνοιας προς έναν οικονομικό φορέα, παραβλέποντας και παραβαίνοντας τους όρους της διακήρυξης και κατά συνέπεια του διαγωνισμού. [...] Είναι προφανές ότι η παράλειψη συμπλήρωσης του όρου περί ανεκτέλεστου δεν μπορεί να χαρακτηρισθεί ασάφεια, επουσιώδης πλημμέλεια ή πρόδηλο τυπικό σφάλμα μιας και αποτελεί ουσιώδες κριτήριο επιλογής που πρέπει να πληροί ο οικονομικός φορέας. [...] Είναι προφανές πως η πρόσκληση προς τον οικονομικό φορέα για συμπλήρωση του όρου περί ανεκτέλεστου στο ΤΕΥΔ θα είχε ως άμεση συνέπεια την ουσιαστική υποβολή ενός νέου εγγράφου σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, δηλαδή του όρου περί ανεκτέλεστου, καθώς η μη συμπλήρωση του εν λόγω πεδίου στο ΤΕΥΔ ισοδυναμεί με ελλείπον δικαιολογητικό. Η παράλειψη συμπλήρωσης του ανεκτέλεστου στο ΤΕΥΔ χαρακτηρίζεται συνεπώς ως μη επιδεχόμενη συμπληρώσεως, καθόσον θα επρόκειτο για αναπλήρωση απαιτηθέντος από τη διακήρυξη αλλά μη υποβληθέντος δικαιολογητικού (Ελεγκτικό Συνέδριο, Ε' Κλιμάκιο, Πράξη 106/2018). Όσον αφορά την υπ' αριθμ. 575/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ που επικαλείται η προσφεύγουσα εταιρία, σημειώνει η αναθέτουσα αρχή ότι αφορά τελείως διαφορετική περίπτωση γιατί η διακήρυξη, που εξετάζεται, διαφοροποιεί στο σώμα της τον τρόπο συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ ως προς το κριτήριο επιλογής του ανεκτέλεστου. Επίσης, εκτός από τις αποφάσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου που αναφέρονται, επικαλείται η αναθέτουσα αρχή και την μεταγενέστερη (της 575/2018) υπ' αριθμ. 585/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, στην οποία κατά την εξέταση περίπτωσης που αφορούσε τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ αναφέρεται ρητά και καθαρά ότι «σε κάθε περίπτωση, η ευχέρεια

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

του άρθρ. 102 του Ν. 4412/2016 - παροχή δυνατότητα διευκρινήσεων - δεν είναι δυνατό να χρησιμοποιηθεί για τη θεραπεία μιας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα, τα οποία στοιχεία αποτελούν προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του οικονομικού φορέα. Άλλως, η χρήση αυτής της ευχέρειας από την αναθέτουσα θα προσέκρουε στο άκρο όριο που κατοχυρώνει το άρθρ. 102 παρ. 3 του Ν. 4412/2016».

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, οι όροι της διακήρυξης δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, καθόσον η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού. Εφόσον, λοιπόν, προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη τα προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και ο τρόπος υποβολής, κατά την κατάθεση της προσφοράς, των δικαιολογητικών και λοιπών στοιχείων, ενόψει αυτών, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα απαιτούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία κατά τον τρόπο και τη διαδικασία που η διακήρυξη επιβάλλει για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 19/2011, ΣΤΕ 1329/2008). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις, τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

10. Επειδή, στο άρθρο 7 της υπόψη διακήρυξης με τίτλο «Εφαρμοστέα νομοθεσία» στη παρ. 7.1 ορίζεται: *«Για τη δημοπράτηση του έργου, την εκτέλεση της σύμβασης και την κατασκευή του, εφαρμόζονται οι διατάξεις των παρακάτω νομοθετημάτων, όπως ισχύουν: [...], των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 20, των άρθρων 80-110, της παραγράφου 1α του άρθρου 176 ν. 3669/2008 (Α' 116) «Κύρωση της Κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημοσίων έργων» (ΚΔΕ)»*. Περαιτέρω στο άρθρο 22.Γ με τίτλο Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ορίζεται: *«Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια απαιτείται οι οικονομικοί φορείς κατά την υποβολή της οικονομικής προσφοράς, να διαθέτουν τουλάχιστον την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 100 του Ν.3669/2008 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 του Ν.4199/2013 για την 4^η τάξη και άνω στην κατηγορία Οδοποιίας. Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει. Ειδικότερα οι οικονομικοί φορείς που δεν είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα, θα πρέπει να διαθέτουν τουλάχιστον αντίστοιχη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, όπως προσδιορίζεται ανωτέρω και συγκεκριμένα τα αναφερόμενα στις παρ. 8γ, 8δ και 8ε του άρθρου 100 του Ν. 3669/2008, όπως τροποποιήθηκαν με το άρθρο 107 του ν. 4199/2013»*. Στο άρθρο 23 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» της υπόψη Διακήρυξης ορίζεται ότι: *«23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις*

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας ... 23.2 Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας». Περαιτέρω στο άρθρο 23.4 με τίτλο Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ ορίζεται: «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.ΕΠ: -είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει -είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Σε κάθε περίπτωση, η βεβαίωση εγγραφής μπορεί να υποβάλλεται για την απόδειξη μόνο ορισμένων απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ, ενώ για την απόδειξη των λοιπών απαιτήσεων μπορούν να προσκομίζονται ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016, ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 22.Γ απαίτηση. Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: -με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει ή -με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενης από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημέρωση πτυχίου κατά τις κείμενες διατάξεις». Στο άρθρο 24 της

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

διακήρυξης με τίτλο Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς: «Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους: (α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» (β) υποφάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» σύμφωνα με τα κατωτέρω: Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: α) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας».

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής», με το οποίο ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη το άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» «1. ... 2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων «πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328», οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 και δ) εφόσον η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

υπερβαίνει το ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ εκτός ΦΠΑ, ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (Α` 30). Τα δεύτερο έως πέμπτο εδάφια της παραγράφου 1 εφαρμόζονται αναλόγως και στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων. 3. ... 4. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης, όπου απαιτείται, κατά τις διατάξεις του παρόντος. Μέχρι την έκδοση του τυποποιημένου εντύπου του προηγούμενου εδαφίου, γίνεται δεκτή υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986»

13. Επειδή, με την υπ' αριθμ 158/2016 (ΦΕΚ Β' 3698/16.11.2016) απόφαση της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) εγκρίθηκε το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (Α` 147), για διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων των οδηγιών. Επιπροσθέτως, με την Κατευθυντήρια Οδηγία υπ' αριθ. 15 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ διευκρινίσθηκαν οι οδηγίες συμπλήρωσης για το Τ.Ε.Υ.Δ. του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016.

14. Επειδή, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, το Ε.Ε.Ε.Σ. αποτελεί πρότυπο τεύχος με δεσμευτική ισχύ, το οποίο χρησιμοποιείται υποχρεωτικά από τις αναθέτουσες αρχές σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του Ν.4412/2016 άνω των ορίων, προκειμένου οι συμμετέχοντες στις ως άνω διαγωνιστικές διαδικασίες, κατά το χρόνο υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής ή των προσφορών τους να δηλώνουν υπεύθυνα ότι, αντιστοίχως προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν εμπíπτουν στις καταστάσεις εκείνες που συνιστούν λόγους αποκλεισμού, όπως και ότι πληρούν τα ανάλογα με τη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ως προκαταρκτική απόδειξη της προσωπικής τους κατάστασης, ώστε να θεμελιώσουν κατ' αρχήν το δικαίωμα συμμετοχής τους στο διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά Α.Ε.Π.Π 136/2017 και 524/2018), ενώ τα αυτά

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

ισχύουν και στην περίπτωση του Τ.Ε.Υ.Δ. αναφορικά με διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016 κάτω των ορίων.

15. Επειδή, επιπροσθέτως, έχει κριθεί ότι τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑΣΤΕ 423, 424, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδ. θ', σελ. 776).

16. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω συνάγεται ότι όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε, αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νικη, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111,

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Αριθμός Απόφασης: 249 /2018 9 Universale-Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, eVigilo της 12.03.2015, C-538/13, σκέψη 33, Επιτροπή κατά Δανίας, της 22.06.1993, C-243/89, σκέψη 33, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 25.04.1996, C87/94, σκέψη 51, SIAC Construction, της 18.10.2001, C-19/00, σκέψη 33, Μηχανική, της 16.12.2008, C-213/07, σκέψη 45, MT Højgaard και Züblin, της 24.05.2016, C-396/14, σκέψη 37, UniversaleBau, της 12.12.2002, C-470/99, σκέψη 93, SAG ELV Slovensko κ.λπ., της 29.03.2012, C-599/10, σκέψη 36, καθώς και Manona, της 10.10.2013, C336/12, σκέψη 31, ΣΤΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, ΟΛ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23).

17. Επειδή, ομοίως, το ΔΕΕ έχει κρίνει ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης δεν απαγορεύει τη διόρθωση ή κατά περίπτωση συμπλήρωση της προσφοράς, μεταξύ άλλων, επειδή απαιτείται προφανώς η απλή διευκρίνισή της ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής σφαλμάτων, υπό τον όρο ωστόσο ότι θα τηρηθούν ορισμένες προϋποθέσεις (βλ. συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψεις 35 έως 45, όσον αφορά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψεις 30 έως 39).

18. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης καθώς και τη συνδυαστική εφαρμογή των ως άνω αναλυτικώς αναφερθέντων, η προσφεύγουσα εταιρεία έκανε χρήση της δυνατότητας να συμπληρώσει το ΤΕΥΔ, όπως αυτό είχε διαμορφωθεί και αναρτηθεί από την αναθέτουσα αρχή στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού, υποβάλλοντας ούτως με την προσφορά της το προδιαμορφωμένο υπόδειγμα που παρείχε η αναθέτουσα αρχή στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς. Στο δε επίμαχο πεδίο 6 της Ενότητας Β του Μέρους IV αυτού δεν συμπλήρωσε ή άλλως δεν δήλωσε τίποτε ειδικά αναφορικά με την απαίτηση της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

εργολαβικών συμβάσεων, όπως διατείνεται η αναθέτουσα αρχή ότι προκύπτει ως υποχρέωση των συμμετεχόντων από τους όρους της διακήρυξης και μάλιστα όχι μόνο ως κατ'ουσίαν υποχρέωση, ήτοι ως πλήρωση του κριτηρίου επιλογής αλλά και αναφορικά με το τυπικώς παραδεκτό της πλήρωσης της υποχρέωσης τούτης που ερείδεται στην άρτια και προσήκουσα συμπλήρωση εν προκειμένω του αντίστοιχου πεδίου του ΤΕΥΔ. Η προσφεύγουσα συμπλήρωσε καταφατικά το πεδίο που προηγείται του ως άνω πεδίου «των λοιπών οικονομικών και χρηματοοικονομικών απαιτήσεων, που έχουν προσδιοριστεί στη σχετική διακήρυξη», ήτοι το πεδίο του ΤΕΥΔ που αναφέρεται στη γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής. Η δε παράλειψη της να συμπληρώσει ειδικώς τα του ανεκτέλεστου στο υποβληθέν από αυτή ΤΕΥΔ ακόμη και αν ήθελε υποτεθεί ότι δεν οφείλεται στην έλλειψη εναργούς και ρητής υποχρέωσης της διακήρυξης, θα μπορούσε να διευκρινισθεί και να αποσαφηνισθεί από την αναθέτουσα αρχή, αφού σε κάθε περίπτωση ζητείται ως αποδεικτικό πλήρωσης ταύτης της προϋπόθεσης, διά των αποδεικτικών μέσων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (κεφάλαιο 23 της διακήρυξης), με την υποβολή συγκεκριμένα ενημερότητας πτυχίου εν ισχύ (βλ. σκ. 10), την οποία η προσφεύγουσα συνυπέβαλε –προς απόδειξη των ως άνω- με την παρούσα προσφυγή της.

19. Επειδή, όπως αναφέρεται και στην με αριθμ. πρωτ. 949/13.02.2018 Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Απόφαση 3/24.01.2018, με θέμα: «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.)», το Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ. συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών. Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν, κατά την υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ., και την παράλληλη υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών/ δικαιολογητικών διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο ως άνω κανόνας

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

της προαπόδειξης, που εισάγει ο Ν. 4412/2016, με την υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ. και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι εάν οι οικονομικοί φορείς υποβάλουν αυτοβούλως στον φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» -πέραν του Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ.- ένα ή περισσότερα από τα σχετικά πιστοποιητικά/δικαιολογητικά, η εν λόγω υποβολή δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς και αποκλεισμού του προσφέροντος, η δε αναθέτουσα αρχή δεν ελέγχει τα εν λόγω δικαιολογητικά στην παρούσα φάση. Επισημαίνεται περαιτέρω ότι, στις περιπτώσεις μη συμπλήρωσης ή/και μη ορθής συμπλήρωσης ενός ή περισσότερων πεδίων του Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ., εκ μέρους των οικονομικών φορέων, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να τους καλούν προκειμένου να παράσχουν σχετικές διευκρινίσεις ή να τα συμπληρώσουν, όπως οποιοδήποτε άλλο υποβληθέν με την προσφορά τους, έγγραφο ή δικαιολογητικό, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Η εν λόγω δυνατότητα παρέχεται ανεξάρτητα από τον τρόπο επεξεργασίας και συμπλήρωσης του Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ., τον οποίον έχει επιλέξει ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με τα ανωτέρω λεχθέντα. Ωστόσο, στις περιπτώσεις που επίκειται αποκλεισμός προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, για λόγους ασάφειας των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς και, κατά συνέπεια, και του Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ. ως τέτοιου, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να ζητούν διευκρινίσεις από τους οικονομικούς φορείς, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 5 του ως άνω άρθρου. Σε περίπτωση δε που οι οικονομικοί φορείς δεν παράσχουν τις απαιτούμενες διευκρινίσεις ή οι εν λόγω διευκρινίσεις κριθούν μη ικανοποιητικές από τις αναθέτουσες αρχές, απορρίπτεται η προσφορά ή η αίτηση συμμετοχής τους και οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται από τη συγκεκριμένη διαδικασία. Κατ' εξαίρεση και μόνο, στις περιπτώσεις έλλειψης υπογραφής/-ών στο Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ. δεν είναι δυνατή η προσφυγή στην, κατά τα ανωτέρω, δυνατότητα συμπλήρωσης, καθώς η έλλειψη υπογραφής στο Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ. ή μη νόμιμη/έγκυρη υπογραφή του ισοδυναμεί με μη νόμιμη/έγκυρη υποβολή του, η δε ως άνω δυνατότητα παροχής διευκρινίσεων

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

ή/και συμπλήρωσης αφορά μόνο σε ήδη υποβληθέντα έγγραφα/ δικαιολογητικά. Το Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ. συναρτάται αποκλειστικά με τους όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη, αίτηση συμμετοχής κλπ.) της εκάστοτε διαδικασίας. Ως εκ τούτου, οι αναθέτουσες αρχές δεν δύνανται να αποκλείουν οικονομικούς φορείς λόγω μη συμπλήρωσης ή εσφαλμένης συμπλήρωσης από τους τελευταίους πεδίων του Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ., τα οποία αφορούν σε στοιχεία που δεν συνδέονται με όρους της διακήρυξης/αίτησης συμμετοχής, ακόμη και αν τα εν λόγω πεδία, εκ παραδρομής, έχουν παραμείνει στο διαμορφωθέν από τις αναθέτουσες αρχές Τ.Ε.Υ.Δ./Ε.Ε.Ε.Σ.

20. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί (ΣΤΕ 3794/2010) ότι η δήλωση θεωρείται ψευδής και συνεπάγεται τον αποκλεισμό του δηλούντος μόνον εφόσον αφορά στην απόκρυψη σημαντικών πληροφοριών, οι οποίες στη συγκεκριμένη περίπτωση θα αφορούσαν στην αποσιώπηση ανεκτελέστου υπολοίπου συμβάσεως που θα υπερέβαινε το ανώτατο όριο ανεκτελέστου για τη συγκεκριμένη κατηγορία ΜΕΕΠ, στην οποία κατατάσσεται ο συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, γεγονός που όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα δεν συντρέχει εν προκειμένω, καθώς με το υποβληθέν από αυτήν ΤΕΥΔ δεν δηλώθηκαν ψευδή ή αναληθή στοιχεία κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 4412/2016 (βλ. ενδεικτικά άρθρο 73 παρ. 4 στοιχ. ζ, άρθρο 103 παρ. 3 και πρβλ. άρθρο 72 παρ. 1, στοιχ. α, εδ. 5). Ως εκ τούτου, η διατύπωση που περιλήφθηκε στο υποβληθέν από την προσφεύγουσα ΤΕΥΔ, η οποία αρκέστηκε στη γενική απάντηση «ΝΑΙ» όσον αφορά στην ικανοποίηση όλων των κριτηρίων επιλογής για τον εν λόγω διαγωνισμό, καίτοι θα μπορούσε να θεωρηθεί γενική ή και αόριστη, δεν δύναται να χαρακτηριστεί ψευδής ή αναληθής και ως τέτοια να κριθεί ότι δεν συμμορφώνεται με το περιεχόμενο της διακήρυξης του διαγωνισμού, επισύροντας τον αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας από τη συνέχεια του διαγωνισμού, ειδικά αφ' ης στιγμής, αποδείχθηκε ότι η τελευταία πράγματι πληρούσε τους όρους της διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 22.Γ και 23 της διακήρυξης και ήταν

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

σε θέση οποτεδήποτε της το ζητούσε η αναθέτουσα αρχή, να προσκομίσει ενώπιόν της τα σχετικά στοιχεία και έγγραφα που να το αποδεικνύουν.

21. Επειδή, σε κάθε περίπτωση το άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να συντρέχουν και κρίνονται σε τρία (3) χρονικά σημεία, ήτοι κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών (κατακύρωση) του άρθρου 80 και κατά τη σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 105 παρ. 3 περ. γ' του Ν. 4412/2016, ενώ η πλήρωση όλων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά και στα τρία ως άνω αναφερόμενα χρονικά σημεία (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία, Νο 20, ΕΑΑΔΗΣΥ, σελ. 26).

22. Επειδή, έτι περαιτέρω οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής (βλ. σκ. 8) αναφορικά με τις αποφάσεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου προβάλλονται αλυσιτελώς και ως εκ τούτου κρίνονται απορριπτέοι, δεδομένου ότι αφορούν σε διαφορετικές περιπτώσεις, με διαφορετικά πραγματικά περιστατικά από την φερόμενη προς κρίση ενώπιον του οικείου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. προσφυγή. Συγκεκριμένα, ειδικά η 366/2018 απόφαση του ΕλΣυν, Τμήμα V, παρόλο που τονίζει μετ' επιτάσεως, ότι η μη συμπλήρωση, εκ μέρους του οικονομικού φορέα, του σχετικού πεδίου του Τ.Ε.Υ.Δ. που αφορά στο ανεκτέλεστο υπόλοιπο δημοσίων συμβάσεων του άρθρου 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008, όπως απαιτείται από το άρθρο 22.Γ.β της διακήρυξης του ελεγχόμενου διαγωνισμού, δεν αποδεικνύει τη συνδρομή του εν λόγω κριτηρίου επιλογής, η δε παράλειψη αυτή δεν επιτρέπεται να ερμηνευθεί από την αναθέτουσα αρχή ως αρνητική δήλωση, ήτοι ότι ο οικονομικός φορέας δεν υπερβαίνει το όριο ανεκτέλεστου υπολοίπου, αφορά συγκεκριμένα στη μη συμπλήρωση εκ μέρους του τρίτου κοινοπρακτούντος μέλους της εκεί συμμετέχουσας εταιρείας του σχετικού πεδίου του ΤΕΥΔ. Αναφορικά δε με την επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή 106/2018 απόφαση του ΕλΣυν, Τμήμα V, σχετικά με τη μη συμπλήρωση της παραγράφου 6 του κριτηρίου επιλογής Β του μέρους IV του ΤΕΥΔ της απαιτούμενης από τη διακήρυξη

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

δήλωσης ανεκτέλεστου, επισημαίνεται συναφώς ότι στην ως άνω εξεταζόμενη από το ΕΛΣυν περίπτωση προέκυπτε σαφώς και εναργώς η πρόσθετη υποχρέωση των συμμετεχόντων προς συμπλήρωση του αντίστοιχου πεδίου του ΤΕΥΔ των λοιπών οικονομικών και χρηματοοικονομικών απαιτήσεων από τη διακήρυξη που όριζε σχετικώς και εναργώς στο πεδίο 23.5 αυτής «Δικαιολογητικά οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ» ότι: «Απαιτείται βεβαίωση ανεκτέλεστου κατ' εφαρμογή του άρθρου 20 παρ.4 του Ν.3669/2008...».

23. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και ανεξάρτητα από την αρχή της αυτοτέλειας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, η αναθέτουσα αρχή αλυσιτελώς επικαλείται την Απόφαση 585/2018 της ΑΕΠΠ, η οποία εξάλλου ορθώς και με διαφωτιστική ακρίβεια προβαίνει στην ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 102 Ν. 4412/2016 διατυπώνοντας ότι δεν είναι δυνατό να χρησιμοποιηθεί –η ως άνω ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής για διευκρινήσεις- για τη θεραπεία μιας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα ή για τη διάσωση μιας προσφοράς που τελεί σε πλήρη αοριστία και πλήρη έλλειψη και δη όχι απλώς επί μεμονωμένου στοιχείου της προσφοράς, αλλά ενότητας τέτοιων στοιχείων, τα οποία αποτελούν προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του οικονομικού φορέα, δεδομένα τα οποία εντούτοις δεν συντρέχουν εν προκειμένω, όπως αναλυτικώς αποτυπώνεται στο σκεπτικό της παρούσας.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 1043 / 2018

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 2010/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας (Απόσπασμα εκ του αριθμ. 47/2018 Πρακτικού Συνεδριάσεως), η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας μέσω ΕΣΗΔΗΣ που προκηρύχθηκε με την με ΑΔΑΜ Διακήρυξη της Περιφέρειας, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΑΞΟΝΑ ΠΟΓΩΝΙΑΣ - ΠΛΑΓΙΑΣ», με εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία ύψους 5.096.774,19€ πλέον ΦΠΑ 24% κατά το μέρος που απέρριψε τη προσφορά της προσφεύγουσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 13 Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 30 Νοεμβρίου 2018.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Όλγα Θάνου