

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή και Αργυρώ Τσουλούφα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 01.10.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ), με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 989/01.10.2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που κατοικοεδρεύει στην, οδός, αρ. 118.

Κατά της υπ' αριθ. 301/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (απόσπασμα 42^{ης}/17.09.2018 Συνεδρίασης, Θέμα 3^ο), όπως η προσβαλλόμενη εκδόθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. πρωτ. 13496/2018 (ΑΔΑΜ: 18PROC003362507 2018-07-03) Διακήρυξη της ως άνω αναθέτουσας αρχής, με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Αντικατάσταση Κεντρικών Αγωγών Ύδρευσης Οδού Αναπαύσεως, Περιοχής Αγ. Μαρίας – Αγ. Ιωάννη και Οδού Σβορώνου», το οποίο εντάσσεται και χρηματοδοτείται από το Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Ιόνια Νησιά» 2014-2020, με εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία 483.870,97€ άνευ Φ.Π.Α. και με κριτήριο ανάθεσης της οικείας σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που με αυτή δεν έγινε αποδεκτή η προσφορά του και αποκλείστηκε από τη συνέχιση της

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

διαγωνιστικής διαδικασίας για τους λόγους που αναφέρει στην υπό κρίση Προσφυγή του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος, με την υπ' αριθ. πρωτ. 13496/2018 Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Αντικατάσταση Κεντρικών Αγωγών Ύδρευσης Οδού Αναπαύσεως Περιοχής Αγ. Μαρίνας – Αγ. Ιωάννη και Οδού Σβορώνου», το οποίο εντάσσεται και χρηματοδοτείται από το Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «Ιόνια Νησιά» 2014-2020, με εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία 483.870,97€ άνευ Φ.Π.Α. και με κριτήριο ανάθεσης της οικείας σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 03.07.2018 με ΑΔΑΜ: και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 06.07.2018, όπου και έλαβε Συστημικό Αριθμό α/α

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 236299335958 1127 0027), ποσού 2.420,00€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης άνευ ΦΠΑ, ήτοι εν προκειμένω επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης ύψους 483.870,97€.

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.

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης του, ύψους 483.870,97€ άνευ ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000€, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της προκήρυξης του διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ (03.07.2018) σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 -όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν- του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016, ήτοι στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ και συνεπώς παραδεκτός, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως 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'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 21.09.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 01.10.2018, διά της αναρτήσεως της από τη προσφεύγουσα στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, ήτοι εντός της προβλεπόμενης σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 301/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (απόσπασμα 42^{ης}/17.09.2018 Συνεδρίασης, Θέμα 3^ο), όπως η προσβαλλόμενη εκδόθηκε κατ' αποδοχήν του από 13.08.2018 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών, στο πλαίσιο διενέργειας ηλεκτρονικού, ανοικτού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με τη με αριθ. πρωτ. 13496/2018 Διακήρυξη με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Αντικατάσταση Κεντρικών Αγωγών Ύδρευσης Οδού Αναπαύσεως Περιοχής Αγ. Μαρίας – Αγ. Ιωάννη και Οδού Σβορώνου», εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 483.870,97€ άνευ Φ.Π.Α. και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για τους λόγους που αναφέρει στην Προσφυγή του. Πιο συγκεκριμένα, διά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης της

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος διότι κατά τα διαλαμβανόμενα σε αυτή α) έχει συμπληρώσει εσφαλμένως στο μέρος II ενότητα Α του ΤΕΥΔ ότι είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο, ενώ σύμφωνα με την οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ καθώς και την απάντηση στο ερώτημα 51 της ΕΑΑΔΗΣΥ μόνο όσοι διαθέτουν ενημερότητα καθώς και πτυχίο ΜΕΕΠ ανήκουν σε επίσημο κατάλογο έως την ψήφιση του ΜΗ.ΤΕ. και β) στην ενότητα Δ μέρος ΙΙΙ του ΤΕΥΔ δεν έχει συμπληρώσει το απαιτούμενο από την παράγραφο 22 Α.5 της διακήρυξης στοιχείο. Ενόψει των ως άνω ο προσφεύγων συνάγει ότι αποκλείσθηκε, διότι –σχετικά με τον πρώτο λόγο- στο προαναφερθέν πεδίο του ΤΕΥΔ έπρεπε να απαντήσει αρνητικά, δεδομένου ότι σε επίσημο κατάλογο κατά την έννοια του άρθρου 83 του Ν.4412/2016 ανήκουν μόνο όσες εργοληπτικές επιχειρήσεις δηλώσουν ότι, εκτός από την εγγραφή τους στο ΜΕΕΠ, διαθέτουν και ενημερότητα πτυχίου. Ο προσφεύγων αντιπαραβάλλει στην ως άνω αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής διά των λόγων προσφυγής του ότι καταρχήν δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζόμενου λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών από τα προβλεπόμενα ή και επιπλέον δικαιολογητικών που απαιτούνται από τις διατάξεις στις οποίες η διακήρυξη –που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού- δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στο διαγωνισμό δίκαιο (ΣτΕ ΕΑ επί ΑΜ 384/2015, ΣτΕ 79/2010, 1329/2008, 1619/2008, ΔεφΑθ 1647/2015, ΔεφΑθ ΑΝ 685/2014), αντίστοιχα δε ορίζει και η Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ «...Το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ συναρτάται αποκλειστικά με τους όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης 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 ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, τα οποία αφορούν σε στοιχεία που δεν συνδέονται με όρους της διακήρυξης/ αίτησης συμμετοχής, ακόμη και αν τα εν λόγω πεδία έχουν παραμείνει στο διαμορφωθέν από τις αναθέτουσες αρχές ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ». Παραλλήλως η εγγραφή ενός οικονομικού φορέα σε επίσημο κατάλογο σύμφωνα με το άρθρο 83 του Ν.4412/2016 συνεπάγεται και την απαλλαγή του από την υποχρέωση συμπλήρωσης συγκεκριμένων

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

πεδίων του ΤΕΥΔ και την υποχρέωση προσκόμισης συγκεκριμένων εγγράφων κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι το πιστοποιητικό εγγραφής ενός οικονομικού φορέα σε επίσημο κατάλογο λειτουργεί ως απόδειξη συνδρομής συγκεκριμένων ιδιοτήτων στο πρόσωπο του, όπως υποστηρίζει σχετικά ο προσφεύγων στην υπό κρίση προσφυγή του ενόψει και της αρχής της τυπικότητας καθώς και της παροχής διευκρινήσεων σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, η εσφαλμένη κατά την αναθέτουσα αρχή συμπλήρωση από τον συμμετέχοντα και νυν προσφεύγοντα του ΤΕΥΔ στο ως άνω πεδίο δεν έπρεπε να οδηγήσει στον αποκλεισμό του, αφού σε κάθε περίπτωση δεν έχει σαν αποτέλεσμα τη δημιουργία αμφιβολίας ή σύγχυσης αφενός της συνδρομής στο πρόσωπο του όλων των ιδιοτήτων που απαιτούνται από την οικεία διακήρυξη για την εκτέλεση της σύμβασης και αφετέρου της δέσμευσης να προσκομίσει όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και σχετικά αποδεικτικά μέσα όταν κληθεί. Περαιτέρω η υπόψη διακήρυξη ορίζει στο άρθρο 23.9 με τίτλο: Επίσημοι κατάλογοι εγκεκριμένων οικονομικών φορέων «(α) Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους ή διαθέτουν πιστοποίηση από οργανισμούς πιστοποίησης που συμμορφώνονται με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης, κατά την έννοια του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α του ν.4412/2016, μπορούν να υποβάλλουν στις αναθέτουσες αρχές πιστοποιητικό εγγραφής εκδιδόμενο από την αρμόδια αρχή ή το πιστοποιητικό που εκδίδεται από τον αρμόδιο οργανισμό πιστοποίησης. Στα πιστοποιητικά αυτά αναφέρονται τα δικαιολογητικά βάσει των οποίων έγινε η εγγραφή των εν λόγω οικονομικών φορέων στον επίσημο κατάλογο ή η πιστοποίηση και η κατάταξη στον εν λόγω κατάλογο. Η πιστοποιούμενη εγγραφή στους επίσημους καταλόγους από τους αρμόδιους οργανισμούς ή το πιστοποιητικό, που εκδίδεται από τον οργανισμό πιστοποίησης, συνιστά τεκμήριο καταλληλότητας όσον αφορά τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής, τις οποίες καλύπτει ο επίσημος κατάλογος ή το πιστοποιητικό. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής των δικαιολογητικών που αναφέρονται στο

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

πιστοποιητικό εγγραφής τους. (β) Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.ΕΠ. εφόσον υποβάλλουν «Ενημερότητα Πτυχίου» εν ισχύ, απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής των δικαιολογητικών: - απόσπασμα ποινικού μητρώου του άρθρου 23.3.(α) της παρούσας για τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο εργοληπτικής επιχείρησης. Για τα λοιπά μέλη του Δ.Σ της εταιρείας, θα πρέπει να υποβληθεί αυτοτελώς απόσπασμα ποινικού μητρώου, καθόσον τα πρόσωπα αυτά δεν καλύπτονται από την Ενημερότητα Πτυχίου. - φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του άρθρου 23.3.(β) της παρούσας. - τα πιστοποιητικά από το αρμόδιο Πρωτοδικείο και το ΓΕΜΗ του άρθρου 23.3.(γ) της παρούσας υπό την προϋπόθεση όμως ότι καλύπτονται πλήρως (όλες οι προβλεπόμενες περιπτώσεις) από την Ενημερότητα Πτυχίου. - το πιστοποιητικό από το αρμόδιο επιμελητήριο όσον αφορά το λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22. Α.4. (θ). - το πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής για την ονομαστικοποίηση των μετοχών του άρθρου 23.3. (στ). - τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης της εργοληπτικής επιχείρησης. Σε περίπτωση που κάποιος από τα ανωτέρω δικαιολογητικά έχει λήξει, προσκομίζεται το σχετικό δικαιολογητικό εν ισχύ. Εφόσον στην Ενημερότητα Πτυχίου δεν αναφέρεται ρητά ότι τα στελέχη του πτυχίου του προσφέροντα είναι ασφαλιστικώς ενήμερα στο ΕΤΑΑ- ΤΣΜΕΔΕ, ο προσφέρων προσκομίζει επιπλέον της Ενημερότητας Πτυχίου, ασφαλιστική ενημερότητα για τα στελέχη αυτά.» Εν προκειμένω, ο συμμετέχων και νυν προσφεύγων ισχυρίζεται στην υπό κρίση προσφυγή του ότι παρόλο που απάντησε θετικά στο πεδίο του ΤΕΥΔ σχετικά με την εγγραφή στους επίσημους καταλόγους, δεν παρέλειψε εντούτοις να συμπληρώσει όλα τα λοιπά πεδία του ΤΕΥΔ που σχετίζονται με τη συνδρομή στο πρόσωπο του όλων των ιδιοτήτων που απαιτεί η διακήρυξη, ήτοι αυτά που αφορούν στη συμμόρφωση ως προς τα κριτήρια επιλογής, εγγραφής στα συναφή επαγγελματικά μητρώα, στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, στα όρια ανεκτέλεστου υπόλοιπου, στη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, στην ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα, στην απουσία ποινικών καταδικών και στη μη συνδρομή λόγων που σχετίζονται με την κατάσταση πτώχευσης, εξυγίανσης κλπ του άρθρου 23.3

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

της διακήρυξης ενώ από το προσκομισθέν ΤΕΥΔ προκύπτει και η πραγματική δέσμευση του να προσκομίσει όλα τα αναγκαία αποδεικτικά μέσα προς απόδειξη των ως άνω (Μέρος VI του ΤΕΥΔ). Εξάλλου, οι πληροφορίες που εντέλει αναφέρονται από τον προσφεύγοντα στο ΤΕΥΔ και δη στο ερώτημα περί εγγραφής του σε επίσημους καταλόγους είναι αληθείς και δεν αναιρούν ούτε αντιφάσκουν προς τις λοιπές κρίσιμες δηλώσεις αυτού. Υποστηρίζει σχετικά ο προσφεύγων ότι ο λόγος που απάντησε θετικά στο εν λόγω πεδίο του ΤΕΥΔ όπου αναφέρεται «Κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο/Μητρώο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό;» είναι επειδή πράγματι είναι εγγεγραμμένος στο ΜΕΕΠ, στη 2^η τάξη για έργα κατηγορίας «Οδοποιία», στη 2^η τάξη για έργα κατηγορίας «Υδραυλικά» και στην Α1 τάξη για έργα κατηγορίας «Λιμενικά». Με το δεύτερο λόγο προσφυγής του ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι δεν όφειλε να συμπληρώσει την ενότητα Δ του Μέρους ΙΙΙ του ΤΕΥΔ σύμφωνα με τα απαιτούμενα από την παράγραφο 22 Α.5 της διακήρυξης, ως διαλαμβάνεται στην ως άνω προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, αφού πρόκειται για τις προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν. 3310/2005, ήτοι την ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις και εν προκειμένω ο προσφεύγων συμμετέχει στο διαγωνισμό ως φυσικό πρόσωπο και όχι ως εταιρεία, ενώ επιπροσθέτως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ότι η υπόψη σύμβαση έργου έχει προϋπολογισμό πολύ μικρότερο του ενός εκατομμυρίου ευρώ, που απαιτούν ως προϋπόθεση οι ως άνω διατάξεις προκειμένου να εφαρμόζονται και να εμπίπτουν οι δημόσιες συμβάσεις έργου στο πεδίο εφαρμογής του. Συνεπώς, ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του και αποκλεισμού του από τη διαγωνιστική διαδικασία.

7. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον του στο γεγονός ότι έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά του και εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενος ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας του ενωσιακού δικαίου και της εσωτερικής νομοθεσίας, στο βαθμό που διά της προσβαλλομένης παρανόμως αποκλείσθηκε, πολλώ δε μάλλον που αποτελεί (ο προσφεύγων) τον δεύτερο στη σειρά μειοδοσίας συμμετέχοντα μετά τον ήδη αποκλεισθέντα πρώτο μειοδότη στην οικεία σύμβαση.

8. Επειδή, με το από 08.10.2018 ηλεκτρονικό μήνυμα, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής. Υποστηρίζει σχετικά η αναθέτουσα αρχή: «Σύμφωνα με τον ενιστάμενο φορέα η συμπλήρωση στο ΤΕΥΔ ότι ανήκει σε επίσημο κατάλογο είναι εκ περισσού και βάσει της οδηγίας 23 επιπλέον πληροφορίες δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη από την αναθέτουσα αρχή. Όμως το πεδίο αυτό που εσφαλμένα συμπλήρωσε ο ενιστάμενος φορέας κάθε άλλο παρά θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως «εκ περισσού» ή ως μη απαιτητό από την διακήρυξη. Μάλιστα, η οδηγία 23 αναφέρει στην σελ. 12 τα εξής: «Σε κάθε περίπτωση επισημαίνεται ότι το πεδίο του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, που αφορά στην εγγραφή οικονομικών φορέων σε επίσημους καταλόγους, δεν μπορεί να απαλειφθεί από τις αναθέτουσες αρχές σε κανένα είδος σύμβασης (προμηθειών, υπηρεσιών, έργων, μελετών κλπ), καθώς δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο συμμετοχής στη διαδικασία αλλοδαπού οικονομικού φορέα, εγγεγραμμένου σε επίσημο κατάλογο της χώρας εγκατάστασής του ή άλλης χώρας ή ακόμη και το ενδεχόμενο εγγραφής ημεδαπού οικονομικού φορέα σε επίσημο κατάλογο άλλης χώρας, την εγγραφή στον οποίο δύναται να επικαλεστεί συμπληρώνοντας τη σχετική ένδειξη στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ». Καθώς λοιπόν το πεδίο αυτό είναι αναγκαίο για τον έλεγχο της τεχνικής καταλληλότητας, όσων φορέων ανήκουν σε επίσημους καταλόγους, και η τεχνική καταλληλότητα είναι στοιχείο που ελέγχεται στον διαγωνισμό, δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως «εκ περισσού». Σύμφωνα με την παρ. 21.1 της διακήρυξης «Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται σε ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ 1: - Για έργα κατηγορίας ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ στην 1η τάξη ή ανωτέρα ή ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ 2: - Για έργα κατηγορίας ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ (Η/Μ για αγωγούς υπό πίεση)

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

στην 1η τάξη ή ανωτέρα». Το γεγονός αυτό προδιαγράφει πως στην Δημοπρασία δύναται να συμμετέχουν οικονομικοί φορείς που είτε είναι ανώτερης τάξης και διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, είτε είναι φορείς που είναι μικρότερης της 3ης τάξης και δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου. Συνεπώς δεν γίνεται πουθενά διάκριση ως προς την απαίτηση ενημερότητας πτυχίου για την συμμετοχή στον διαγωνισμό. Η ενημερότητα πτυχίου δεν είναι από μόνη της επίσημος κατάλογος, όπως χαρακτηριστικά αναφέρει η οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ: «... απαιτείται συνδυασμός ενημερότητας πτυχίου και βεβαίωση εγγραφής της στο ΜΕΕΠ ώστε ο φορέας να ανήκει σε εθνικό επίσημο κατάλογο που πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 83 του Ν. 4412/16». Μάλιστα, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 83 του Ν. 4412/16 «Η εγγραφή και κατάταξη στα ΜΕΕΠ, Μητρώο Μελετητών και Μητρώο Γραφείων Μελετών και η κατοχή αντίστοιχου πτυχίου αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας γενικής εμπειρίας στην καλούμενη τάξη και κατηγορία του αντίστοιχου Μητρώου». Στο παράρτημα XI του Ν.4412/16 επίσης αναφέρεται: «Τα σχετικά επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα καθώς και οι δηλώσεις και τα πιστοποιητικά που αντιστοιχούν σε κάθε κράτος μέλος είναι: ... στην Ελλάδα, το «Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων - ΜΕΕΠ» του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών...». Επομένως και σύμφωνα με τα ανωτέρω, η εγγραφή στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων – ΜΕΕΠ εκτός ότι αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας, αποτελεί για την Ελλάδα επαγγελματικό μητρώο. Το ίδιο επιβεβαιώνει και η απάντηση με αριθμό 51 της ΕΑΑΔΗΣΥ: «Τα επαγγελματικά μητρώα Μελετητών και Εργοληπτών, που προβλέπονται στο άρθρο 75 (σε συνδυασμό και με το Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α) συνιστούν επίσημους καταλόγους εγκεκριμένων οικονομικών φορέων κατά την έννοια του άρθρου 83 έως την ψήφιση του ΜΗ.ΤΕ.; Όχι, καθώς τα Μητρώα αυτά συνιστούν μόνο “επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα” κατά την έννοια του άρθρου 75 παρ. 2. Ωστόσο, ειδικά το Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων μαζί με την ενημερότητα πτυχίου που προβλέπεται στην παρ. 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008 λειτουργεί εν τέλει ως επίσημος κατάλογος, έως την ψήφιση του

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

ΜΗ.ΤΕ. (σημειώνεται ότι βάσει του άρθρου 377, παρ. 1, περ. (31), εξακολουθούν να ισχύουν οι παρ. 4 και 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008)). Επί πλέον των ανωτέρω και σύμφωνα με την οδηγία 23 μόνο όσοι ανήκουν σε επίσημο κατάλογο συμπληρώνουν τις επόμενες υποερωτήσεις α έως και ε και ακολούθως διευκρινίζεται το εξής στην οδηγία συμπλήρωσης της απάντησης (γ): «Στην ερώτηση υπό στοιχείο (γ) συμπληρώνονται τα δικαιολογητικά, στα οποία βασίζεται η εγγραφή στον κατάλογο, καθώς και η κατάταξη σε αυτόν (εφόσον προβλέπεται κατάταξη όπως π.χ. στο Μ.Ε.Ε.Π.). Ειδικά οι ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις στην εν λόγω ερώτηση συμπληρώνουν τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή τους στην αντίστοιχη τάξη στο Μ.Ε.Ε.Π., σύμφωνα με τη σχετική Υπουργική Απόφαση που καθορίζει τα απαιτούμενα, ανά τάξη, δικαιολογητικά εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. και χορήγησης ενημερότητας πτυχίου». Γίνεται πλέον σαφές ότι για την ορθή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ όχι μόνο στις ερωτήσεις α έως ε απαντούν μόνο αυτοί που διαθέτουν συνδυασμό ενημερότητας πτυχίου και έχουν εγγραφή στο ΜΕΕΠ, αλλά και ότι για τους ημεδαπούς στο πεδίο (γ) συμπληρώνουν τα δικαιολογητικά εγγραφής στο ΜΕΕΠ, την τάξη του και δικαιολογητικά χορήγησης ενημερότητας πτυχίου. Ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα που διαθέτει μόνο εγγραφή στο ΜΕΕΠ και όχι ενημερότητα πτυχίου οφείλεται στην λάθος συμπλήρωση του ΤΕΥΔ. Η ορθή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ από οικονομικό φορέα που διαθέτει μόνο εγγραφή στο ΜΕΕΠ και αδυνατεί λόγω τάξης του πτυχίου, να προσκομίσει επί πλέον ενημερότητα πτυχίου, είναι στο μέρος IV και ειδικότερα στην Ενότητα Α, όπου θα έπρεπε στην ερώτηση 1) να συμπληρώσει το σχετικό επαγγελματικό μητρώο στο οποίο ανήκει. Μάλιστα στην οδηγία 23 αναφέρεται το εξής: «Οι ημεδαποί οικονομικοί φορείς, στα πεδία της Ενότητας Α, συμπληρώνουν σε ποιο μητρώο από τα αναφερόμενα στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016 είναι εγγεγραμμένοι, ανάλογα με το είδος της υπό ανάθεση σύμβασης». Είναι σαφές λοιπόν ότι δεν υπάρχει ασάφεια στην διακήρυξη, δεν δημιουργείται καμία διάκριση στους διαγωνιζομένους, είτε αυτοί είναι 3ης τάξης και διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου είτε αυτοί είναι μικρότερης τάξης και δεν

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

διαθέτουν, συμπληρώνουν το ΤΕΥΔ στα αντίστοιχα πεδία και εφόσον πληρούν όλα τα απαιτούμενα κρίνονται ως προς την τιμή προσφοράς τους. Γίνεται αναφορά στην παρ. 2.3.1 της οδηγίας 23 σύμφωνα με την οποία δύναται να καλούνται οι προσφέροντες να διορθώσουν υποβληθέντα με την προσφορά τους έγγραφα «σύμφωνα όμως με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του Ν. 4412/16». Η συμπλήρωση του ΤΕΥΔ με επί πλέον πληροφορίες σχετιζόμενες με ελεγχόμενη από την διακήρυξη παράμετρο της επαγγελματικής ικανότητας δεν μπορεί να χαρακτηρίζεται ως «εκ περισσού» ή «εκ παραδρομής», αλλά ως εσφαλμένη συμπλήρωση και παραβίαση των κανόνων συμπλήρωσης του. Η αναφορά στις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/16 είναι εσφαλμένη, διότι αφενός η διόρθωση ή συμπλήρωση υπεύθυνης δήλωσης (που είναι το ΤΕΥΔ) δεν επιτρέπεται εκ του νόμου, ούτε ανάλογη διόρθωση αναφέρεται στο εν λόγω άρθρο 102 και αφετέρου τυχόν διόρθωση μιας υπεύθυνης δήλωσης θα οδηγούσε σε μια ατέρμονη διαδικασία ενστάσεων και προσφυγών από τους λοιπούς διαγωνιζόμενους. Επομένως η εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/16 που επικαλείται ο ενιστάμενος για την περίπτωση αυτή είναι εσφαλμένη. Εφαρμογή αντί αυτού έχει το άρθρο 91 του ίδιου Νόμου, σύμφωνα με το οποίο απορρίπτονται προσφορές που εμπεριέχουν ασάφειες ή σφάλματα που δεν επιδέχονται διόρθωση. Η επιτροπή έκρινε με τον ίδιο ακριβώς τρόπο όλους τους διαγωνιζόμενους που συμμετείχαν στον διαγωνισμό. Τυχόν διόρθωση του ΤΕΥΔ, όπως αυτή εννοείται από τον ενιστάμενο, αποτελεί παρέκκλιση από τα οριζόμενα στον Νόμο, χαρακτηριστικό δείγμα μη ορθής διεξαγωγής της διαδικασίας και προφανούς παρανόμου αποτελέσματος με μοναδικό κριτήριο την μειοδοσία». Σε ό,τι αφορά το δεύτερο λόγο προσφυγής υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή σχετικά ότι «Σύμφωνα όμως με την οδηγία 18 της ΕΑΑΔΗΣΥ (σελ. 37) που δίνονται οδηγίες διαμόρφωσης των πρότυπων διακηρύξεων από τις αναθέτουσες αρχές: «22.Α.5 Αποκλείεται από την συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης σύμβασης (διαγωνισμό), οικονομικός φορέας εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν. 3310/2005 (ονομαστικοποίηση μετοχών – εθνικός λόγος αποκλεισμού). Η αναφορά στην

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

παράγραφο 4, τίθεται εφόσον η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης υπερβαίνει το 1.000.000€ χωρίς ΦΠΑ..». Τα ίδια αναφέρει και η παρ. 2 του άρθρου 79 του Ν. 4412/16 «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: ... δ) εφόσον η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεσης σύμβασης 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)». Κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη και ως εκ τούτου οι όροι της έχουν δεσμευτική ισχύ τόσο για την αναθέτουσα αρχή που διεξάγει το διαγωνισμό όσο και για τους υποψηφίους. Επομένως αν και θα μπορούσε να παραληφθεί η απαίτηση της παραμέτρου αυτής από την διακήρυξη λόγω της αξίας της σύμβασης κατά τα ανωτέρω, παρόλα αυτά αποτελούσε επιπλέον κριτήριο επιλογής στην διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως ήταν υποχρεωτική η συμπλήρωση του σχετικού πεδίου στο ΤΕΥΔ από όλους τους διαγωνιζόμενους».

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*. Σύμφωνα δε με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων*

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

10. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

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 την παρ. 5 του άρθρου 83 του Ν. 4412/16, «Η εγγραφή και κατάταξη στα ΜΕΕΠ, Μητρώο Μελετητών και Μητρώο Γραφείων Μελετών και η κατοχή αντίστοιχου πτυχίου αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας γενικής εμπειρίας στην καλούμενη τάξη και κατηγορία του αντίστοιχου Μητρώου». Στο παράρτημα ΧΙ του Ν. 4412/16 επίσης αναφέρεται: «Τα σχετικά επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα καθώς και οι δηλώσεις και τα πιστοποιητικά που αντιστοιχούν σε κάθε κράτος μέλος

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

είναι: [...] στην Ελλάδα, το «Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων - ΜΕΕΠ» του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών [...]». Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η εγγραφή στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων – ΜΕΕΠ αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας και, για την Ελλάδα, ένταξη σε επαγγελματικό μητρώο. Το ίδιο επιβεβαιώνει και η απάντηση με αριθμό 51 της ΕΑΑΔΗΣΥ: «Τα επαγγελματικά μητρώα Μελετητών και Εργοληπτών, που προβλέπονται στο άρθρο 75 (σε συνδυασμό και με το Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α), συνιστούν επίσημους καταλόγους εγκεκριμένων οικονομικών φορέων κατά την έννοια του άρθρου 83 έως την ψήφιση του ΜΗ.ΤΕ.; Όχι, καθώς τα Μητρώα αυτά συνιστούν μόνο “επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα” κατά την έννοια του άρθρου 75, παρ. 2. Ωστόσο, ειδικά το Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων μαζί με την ενημερότητα πτυχίου που προβλέπεται στην παρ. 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008 λειτουργεί εν τέλει ως επίσημος κατάλογος, έως την ψήφιση του ΜΗ.ΤΕ. (σημειώνεται ότι βάσει του άρθρου 377, παρ. 1, περ. (31), εξακολουθούν να ισχύουν οι παρ. 4 και 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008)».

13. Επειδή, σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)»: «Στο ως άνω πεδίο –ήτοι εάν ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο/ Μητρώο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό-, ως προς τις συμβάσεις έργων, οι ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις, οι οποίες διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, συμπληρώνουν την ένδειξη «ΝΑΙ», καθώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των παρ. 4 και 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008, οι οποίες εξακολουθούν να ισχύουν, η βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, σε συνδυασμό με την ενημερότητα πτυχίου, συνιστά τον μοναδικό, επί της παρούσης, εθνικό “επίσημο κατάλογο” που πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 83 του Ν. 4412/2016. Επισημαίνεται ότι, ως προς τις διαδικασίες συμβάσεων προμηθειών, γενικών υπηρεσιών, εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, δεν

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

υφίσταται επί του παρόντος εθνικός επίσημος κατάλογος του άρθρου 83 του Ν. 4412/2016. Σημειώνεται, περαιτέρω, ότι το Γ.Ε.ΜΗ δεν συνιστά επίσημο κατάλογο, κατά τις διατάξεις του ίδιου άρθρου, και, κατά συνέπεια, δεν συμπληρώνεται από τους οικονομικούς φορείς στο εν λόγω πεδίο. Σε κάθε περίπτωση επισημαίνεται ότι το πεδίο του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, που αφορά στην εγγραφή οικονομικών φορέων σε επίσημους καταλόγους, δεν μπορεί να απαλειφθεί από τις αναθέτουσες αρχές σε κανένα είδος σύμβασης (προμηθειών, υπηρεσιών, έργων, μελετών κλπ), καθώς δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο συμμετοχής στη διαδικασία αλλοδαπού οικονομικού φορέα, εγγεγραμμένου σε επίσημο κατάλογο της χώρας εγκατάστασής του ή άλλης χώρας ή ακόμη και το ενδεχόμενο εγγραφής ημεδαπού οικονομικού φορέα σε επίσημο κατάλογο άλλης χώρας, την εγγραφή στον οποίο δύναται να επικαλεστεί συμπληρώνοντας τη σχετική ένδειξη στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ. Κατά συνέπεια, μόνο εφόσον ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος κατά τα ανωτέρω, σε επίσημο κατάλογο, συμπληρώνει, πέρα από την ένδειξη «ΝΑΙ» τα στοιχεία α έως ε που παρέχονται στο αμέσως ακόλουθο πεδίο ...»

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρ. 21.1 της υπόψη διακήρυξης «Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται σε ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ 1: - Για έργα κατηγορίας ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ στην 1η τάξη ή ανωτέρα ή ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ 2: - Για έργα κατηγορίας ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ (Η/Μ για αγωγούς υπό πίεση) στην 1η τάξη ή ανωτέρα». Σύμφωνα με το άρθρο 22.Β., όσον αφορά στην καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, αρκεί η εγγραφή στο ΜΕΕΠ στις ανωτέρω κατηγορίες, ενώ, σύμφωνα με τα άρθρα 22.Γ. και 22.Δ., πέραν του πτυχίου συγκεκριμένης κατηγορίας και τάξης δεν απαιτείται άλλη προϋπόθεση οικονομικής & χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής & επαγγελματικής καταλληλότητας»

15. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας αλλά και την απολύτως κρατούσα άποψη στην επιστήμη του διοικητικού δικαίου, η διακήρυξη διαγωνισμού συνιστά στο σύνολο της

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, συνακόλουθα και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν δηλαδή γενικούς και αφηρημένους κανόνες, η πιστή τήρηση των οποίων ελέγχεται από τα δικαστήρια (βλ. για τη φύση των όρων της διακήρυξης ως κανονιστικών και την εξ αυτού του λόγου δέσμευση της Διοίκησης από το περιεχόμενο των διακηρύξεων Πρ. Παυλόπουλου (1997), Η σύμβαση εκτέλεσης δημοσίου έργου, Άρθρα και Γνωμοδοτήσεις σελ. 81 επ., Σπηλιωτόπουλου Επ., Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου Τόμος Ι (2017) σελ. 179 επ. Κανόνες που ρυθμίζουν το προσυμβατικό στάδιο, ενδεικτικώς ΣΤΕ 2992/1983, 4607/1986, 1127 και 4052/1990, 3306/1991, 1616 και 1619/2008). Εξ αυτής της παραδοχής συνάγεται ότι η διακήρυξη δεσμεύει απολύτως την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν τον διαγωνισμό, παράλληλα όμως, η δεσμευτική ισχύ των όρων της διακήρυξης εκτείνεται και στους διαγωνιζόμενους. Εξάλλου, σύμφωνα με τη νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/ αρχές.

16. Επειδή, εν προκειμένω το ζήτημα της εσφαλμένης συμπλήρωσης του Μέρους ΙΙ της ενότητας Α του ΤΕΥΔ, εάν δηλαδή ο συμμετέχων είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο, έχει ήδη κριθεί με την με αριθ. 937/2018 Απόφαση της ΑΕΠΠ που αφορά σε προσφυγή έτερου συμμετέχοντος στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία και αποκλεισθέντος για τον ίδιο λόγο –μεταξύ άλλων- από την αναθέτουσα αρχή.

17. Επειδή, περαιτέρω, ο συμμετέχων και νυν προσφεύγων συμπλήρωσε το σχετικό πεδίο του ΤΕΥΔ καταφατικά, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (βλ. σκ. 14-15) δεδομένης της εγγραφής του στο ΜΕΕΠ

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

και πληρώντας συνεπώς τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον εν λόγω διαγωνισμό. Ενόψει των ανωτέρω ο οικονομικός φορέας, μετά τη συμπλήρωση των απαιτούμενων κατά τη διακήρυξη αλλά και την ίδια την αναθέτουσα αρχή χωρίων του ΤΕΥΔ, αποδεικνύει προκαταρκτικά τόσο το δικαίωμα συμμετοχής του όσο και την καταλληλότητά του για τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, τα οποία σημειωτέον δεν αμφισβητούνται από την αναθέτουσα αρχή, η οποία ως μοναδική πλημμέλεια που οδήγησε τον προσφεύγοντα στον αποκλεισμό του αναφέρει την κατά τα ανωτέρω μη ορθή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ, υποστηρίζοντας (βλ. σκ. 8) ότι η ορθή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ από οικονομικό φορέα που διαθέτει μόνο εγγραφή στο ΜΕΕΠ και αδυνατεί λόγω τάξης του πτυχίου, να προσκομίσει επί πλέον ενημερότητα πτυχίου, είναι στο μέρος IV και ειδικότερα στην Ενότητα Α, όπου θα έπρεπε στην ερώτηση 1) να συμπληρώσει το σχετικό επαγγελματικό μητρώο στο οποίο ανήκει. Συνεπώς, ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος για την ανωτέρω αιτία δεν ερείδεται σε κάποιο δικαιολογημένο συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, αντιθέτως συνιστά αδικαιολόγητη τυπολατρία, αφού επί της ουσίας δεν παραβιάζεται κανένας ουσιώδης όρος της διακήρυξης.

18. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης η πιστοποιούμενη εγγραφή στους επίσημους καταλόγους από τους αρμόδιους οργανισμούς ή το πιστοποιητικό, που εκδίδεται από τον οργανισμό πιστοποίησης, συνιστά τεκμήριο καταλληλότητας όσον αφορά τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής, τις οποίες καλύπτει ο επίσημος κατάλογος ή το πιστοποιητικό, οι δε οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής των δικαιολογητικών που αναφέρονται στο πιστοποιητικό εγγραφής τους. Εν προκειμένω, ο συμμετέχων και νυν προσφεύγων συμπλήρωσε θετικά το αντίστοιχο πεδίο του ΤΕΥΔ, αφού δεδομένης της εγγραφής του στο ΜΕΕΠ, υπέλαβε ότι πληροί τη προϋπόθεση συμμετοχής του με την εγγραφή στους επίσημους καταλόγους, δεν παρέλειψε εντούτοις να συμπληρώσει όλα τα λοιπά πεδία του ΤΕΥΔ που σχετίζονται με τη συνδρομή στο πρόσωπο του όλων των ιδιοτήτων που απαιτεί η διακήρυξη, ήτοι αυτά που αφορούν στη

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

συμμόρφωση ως προς τα κριτήρια επιλογής, εγγραφής στα συναφή επαγγελματικά μητρώα, στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, στα όρια ανεκτέλεστου υπόλοιπου, στη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, στην ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα, στην απουσία ποινικών καταδικών και στη μη συνδρομή λόγων που σχετίζονται με την κατάσταση πτώχευσης, εξυγίανσης κλπ του άρθρου 23.3 της διακήρυξης, ενώ από το υποβληθέν από αυτόν ΤΕΥΔ προκύπτει και η πραγματική δέσμευση του να προσκομίσει όλα τα αναγκαία αποδεικτικά μέσα προς απόδειξη των ως άνω (Μέρος VI του ΤΕΥΔ). Κατ'ακολουθίαν ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

19. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής του ο προσφεύγων βάλλει κατά της αναθέτουσας αρχής που τον απέκλεισε διά της προσβαλλομένης, διότι εσφαλμένως δεν συμπλήρωσε την ενότητα Δ του Μέρους III του ΤΕΥΔ σύμφωνα με τα απαιτούμενα από την παράγραφο 22 Α.5 της διακήρυξης, αφού πρόκειται για τις προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν. 3310/2005, ήτοι την ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις. Εν προκειμένω ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι συμμετέχει στο διαγωνισμό ως φυσικό πρόσωπο και όχι ως εταιρεία και επιπροσθέτως η υπόψη σύμβαση έργου έχει προϋπολογισμό πολύ μικρότερο του ενός εκατομμυρίου ευρώ, που απαιτούν ως προϋπόθεση οι ως άνω διατάξεις προκειμένου να εφαρμόζονται και να εμπίπτουν οι δημόσιες συμβάσεις έργου στο πεδίο εφαρμογής των.

20. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» το εν λόγω πεδίο του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ αφορά στον αμιγώς εθνικό λόγο αποκλεισμού της ονομαστικοποίησης των μετοχών των ανωνύμων εταιρειών και συμπληρώνεται μόνο σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η εκτιμώμενη αξία των οποίων υπερβαίνει το 1.000.000,00€ χωρίς ΦΠΑ. Ειδικότερα, ως προς τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ επισημαίνεται στην ως άνω

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

Κατευθυντήρια Οδηγία ότι, λαμβάνοντας υπόψη ότι το ΤΕΥΔ υποβάλλεται σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων εφαρμογής των Οδηγιών, όπως αυτά καθορίζονται στο άρθρο 5 και 235 του Ν. 4412/2016 και ότι τα κατώτατα όρια για την εφαρμογή των Οδηγιών, στην περίπτωση ανάθεσης συμβάσεων προμηθειών, γενικών υπηρεσιών, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών υπολείπονται του 1.000.000,00€, προτείνεται η απαλοιφή του εν λόγω πεδίου του ΤΕΥΔ στις εν λόγω διαδικασίες κάτω των ορίων, ενώ ως προς τις συμβάσεις έργων η διατήρηση ή απαλοιφή του από τις αναθέτουσες αρχές εξαρτάται από την εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης (άνω ή κάτω του 1.000.000,00 € αντίστοιχα).

21. Επειδή, στο άρθρο 8 του Ν. 3310/2005 με τίτλο Ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις ορίζεται: *«1. Οι μετοχές των ανωνύμων εταιρειών που συμμετέχουν, αυτοτελώς ή σε κοινοπραξία ή ένωση προσώπων ή σε οποιασδήποτε μορφής οντότητα, σε διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης κατασκευής έργων ή προμήθειας αγαθών ή παροχής υπηρεσιών και μελετών του Δημοσίου ή των νομικών προσώπων του ευρύτερου δημόσιου τομέα, όπως αυτός οριοθετείται με τις διατάξεις του νόμου αυτού, με οικονομικό αντικείμενο ή αντάλλαγμα ανώτερο του ενός εκατομμυρίου (1.000.000,00) ευρώ, είναι υποχρεωτικά ονομαστικές, προκειμένου να καταστεί εφικτός ο έλεγχος της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού από τις διαγωνιστικές διαδικασίες ή τις διαδικασίες ανάθεσης, σύμφωνα με τις Οδηγίες περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπηρεσιών, συμβάσεων δημοσίων προμηθειών και συμβάσεων δημοσίων έργων, όπως εκάστοτε ισχύουν. Εφόσον μέτοχος είναι άλλη ανώνυμη εταιρεία με ποσοστό συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές της εταιρείας αυτής είναι υποχρεωτικά ονομαστικές στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου. Σε περίπτωση συμμετοχής εταιρειών άλλης νομικής μορφής, πλην των ανωνύμων, στις οποίες συμμετέχουν ή κατέχουν εταιρικά μερίδια ανώνυμες εταιρείες, με ποσοστό συμμετοχής στο εταιρικό*

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

κεφάλαιο τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%), οι μετοχές τους είναι υποχρεωτικά ονομαστικές μέχρι και του τελευταίου φυσικού προσώπου. 2. Οι υποχρεώσεις της παραγράφου 1 του άρθρου αυτού ισχύουν και για τις αλλοδαπές ανώνυμες εταιρείες, ανεξαρτήτως της συμμετοχής τους ή μη σε ελληνικές ανώνυμες εταιρείες, υπό την προϋπόθεση ότι το δίκαιο της χώρας, στην οποία έχουν την έδρα τους, επιβάλλει για το σύνολο της δραστηριότητάς τους ή για συγκεκριμένη δραστηριότητα, την ονομαστικοποίηση των μετοχών τους στο σύνολό τους μέχρι φυσικού προσώπου. Εφόσον δεν επιβάλλεται υποχρέωση ονομαστικοποίησης των μετοχών κατά το δίκαιο της χώρας, στην οποία έχουν την έδρα τους, προσκομίζεται σχετική βεβαίωση από αρμόδια αρχή της χώρας αυτής, εφόσον υπάρχει σχετική πρόβλεψη, διαφορετικά προσκομίζεται υπεύθυνη δήλωση του υποψηφίου. Στην περίπτωση που δεν επιβάλλεται υποχρέωση ονομαστικοποίησης, η αλλοδαπή ανώνυμη εταιρεία υποχρεούται να προσκομίσει στην Αναθέτουσα Αρχή έγκυρη και ενημερωμένη κατάσταση των μετόχων της, που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου της ανώνυμης εταιρείας. Σε περίπτωση που η εταιρεία δεν τηρεί ενημερωμένη κατάσταση μετόχων, υποχρεούται να προσκομίσει σχετική κατάσταση μετόχων, που κατέχουν τουλάχιστον ένα τοις εκατό (1%) των μετοχών ή δικαιωμάτων ψήφου, σύμφωνα με την τελευταία Γενική Συνέλευση, εφόσον οι μέτοχοι αυτοί είναι γνωστοί στην εταιρεία. Σε αντίθετη περίπτωση, η εταιρεία οφείλει να αιτιολογήσει τους λόγους για τους οποίους δεν είναι γνωστοί οι ως άνω μέτοχοι, η δε Αναθέτουσα Αρχή δεν διαθέτει διακριτική ευχέρεια κατά την κρίση της αιτιολογίας αυτής. Εναπόκειται στην Αναθέτουσα Αρχή να αποδείξει τη δυνατότητα της εταιρείας να υποβάλει την προαναφερόμενη κατάσταση των μετόχων της, διαφορετικά η μη υποβολή της σχετικής κατάστασης δεν επιφέρει έννομες συνέπειες σε βάρος της εταιρείας. 3. Η υποχρέωση περαιτέρω ονομαστικοποίησης μέχρι φυσικού προσώπου δεν ισχύει ως προς τις εισηγμένες στα Χρηματιστήρια κρατών-μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (Ο.Ο.Σ.Α.) εταιρείες. 4. Οι υποχρεώσεις των παραγράφων 1 έως 3 του άρθρου αυτού αποτελούν προϋποθέσεις για την παραδεκτή συμμετοχή

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

της εταιρείας ή κοινοπραξίας ή ένωσης προσώπων ή οποιασδήποτε άλλης μορφής οντότητας στη σχετική διαδικασία. Η Αναθέτουσα Αρχή ελέγχει επίσης, επί ποινή απαραδέκτου της υποψηφιότητας, εάν στη διαγωνιστική διαδικασία ή στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση α` της παραγράφου 4 του άρθρου 4 του νόμου αυτού. Η κήρυξη του απαραδέκτου γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου».

22. Επειδή, από τη συνδυαστική σκέψη των ως άνω αναφερομένων προκύπτει ότι ως προς τις συμβάσεις έργων η διατήρηση ή απαλοιφή του εν λόγω πεδίου του ΤΕΥΔ από τις αναθέτουσες αρχές εξαρτάται από την εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης (άνω ή κάτω του 1.000.000,00€ αντίστοιχα) και εν προκειμένω, αφού πρόκειται για δημόσια σύμβαση έργου εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 483.870,97€ άνευ ΦΠΑ, όφειλε η αναθέτουσα αρχή να μην συμπεριλάβει το εν λόγω πεδίο στο ΤΕΥΔ, δεδομένων των ως άνω αναφερθεισών προϋποθέσεων του νόμου (βλ. σκ. 21), πολλώ δε μάλλον αφού πρόκειται για τις μετοχές των ανωνύμων εταιρειών που συμμετέχουν, αυτοτελώς ή σε κοινοπραξία ή ένωση προσώπων ή σε οποιασδήποτε μορφής οντότητα, σε διαγωνιστική διαδικασία ή διαδικασία ανάθεσης κατασκευής έργων, οι οποίες συμμετέχουσες ανώνυμες εταιρείες είναι και το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής του νόμου.

23. Επειδή, εξάλλου έχει κριθεί συναφώς 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 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). Επιπροσθέτως, 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

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδ. θ', σελ. 776). Κατά αναλογική ερμηνεία δε των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν πρέπει να αξιωθεί από τον συμμετέχοντα να επωμισθεί το βάρος πολλώ δε μάλλον ζημία από την παράλειψη της Διοίκησης, ήτοι εν προκειμένω τη συμπλήρωση πεδίου του ΤΕΥΔ που θα έπρεπε να είχε απαλειφθεί εν προκειμένω από την αναθέτουσα αρχή. Ακόμη και στη περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι η εν λόγω προϋπόθεση αποτελεί μέρος του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης, έστω και σε αντίθεση με τα ως άνω αναφερόμενα και δη περιορίζοντας τον υγιή ανταγωνισμό και την αρχή *favor participationis*, η κήρυξη του απαραδέκτου, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 8 του Ν.3310/2005, γίνεται από την αναθέτουσα αρχή κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Συνεπώς και ο δεύτερος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

24. Επειδή, κατά τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει ενόλω δεκτή.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμόν 301/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (απόσπασμα 42^{ης}/17.09.2018 Συνεδρίασης, Θέμα 3^ο) στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. πρωτ. 13496/2018 (ΑΔΑΜ:.....) Διακήρυξη με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Αντικατάσταση Κεντρικών Αγωγών Ύδρευσης Οδού Αναπαύσεως, Περιοχής

Αριθμός απόφασης: 991 / 2018

Αγ. Μαρίνας – Αγ. Ιωάννη και Οδού Σβορώνου», με εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία 483.870,97€ άνευ Φ.Π.Α. κατά το μέρος που δεν έγινε δεκτή η προσφορά του προσφεύγοντος του ΣΤΑΥΡΟΥ.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού δύο χιλιάδων τετρακοσίων είκοσι ευρώ (2.420,00€).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 31 Οκτωβρίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 19 Νοεμβρίου 2018.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Όλγα Θάνου