

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 22.09.2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ/ΕΑΔΗΣΥ) 1066/14.07.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφ' εξής «προσφεύγων»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά : «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφ' εξής αναθέτουσα Αρχή).

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. .../2023 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ... και το δι' αυτής εγκριθέν σχετικό πρακτικό ηλεκτρονικής αξιολόγησης και αποσφράγισης του διαγωνισμού του έργου «...», συνολικού προϋπολογισμού δαπάνης 250.000 €, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, κατά το τμήμα αυτών, σύμφωνα με το οποίο απερρίφθη η προσφορά του, λόγω παράλειψης προαπόδειξης, δια του υποβληθέντος ΕΕΕΣ, της πλήρωσης του κριτηρίου, που αναφέρεται στην μη υπέρβαση των ανωτάτων επιτρεπομένων ορίων ανεκτελέστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, με ρητή δήλωση του ακριβούς ποσού (παρ. 23.1 άρθρου 23 διακήρυξης), να διαταχθεί η υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να προχωρήσει στην εφαρμογή των διατάξεων του άρ. 102 του Ν. 4412/2016, όσο και του άρ. 9 της σχετικής διακήρυξης, δια της κλήσης του προς συμπλήρωση της ασάφειας της μη ρητής δήλωσης του ακριβούς ποσού, και περαιτέρω στην αξιολόγηση των ήδη κατατεθεισών προσφορών, να του επιστραφεί δε το καταβληθέν παράβολο.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, επιδιώκεται η απόρριψη της οικείας προσφυγής.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφθηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, δια της υπ' αριθμό .../2023 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ... ενεκρίθη το πρακτικό ηλεκτρονικής αξιολόγησης και αποσφράγισης του διαγωνισμού του έργου «...», συνολικού προϋπολογισμού δαπάνης 250.000 €, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, σύμφωνα με το οποίο απερρίφθη η προσφορά του προσφεύγοντος, λόγω παράλειψης προαπόδειξης, δια του υποβληθέντος ΕΕΕΣ, της πλήρωσης του κριτηρίου που αναφέρεται στην μη υπέρβαση των ανωτάτων επιτρεπομένων ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, με ρητή δήλωση του ακριβούς ποσού (παρ. 23.1 άρθρου 23 διακήρυξης). Κατά της εν λόγω απόφασης, βάλλει ο προσφεύγων.

2. Επειδή έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και το άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 1.010,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, πληρώθηκε δε κατά τα προβλεπόμενα, σύμφωνα με την προσκομιζόμενη απόδειξη πληρωμής.

3. Επειδή ο υπό εξέταση διαγωνισμός υπάγεται στην καθ' ύλη αρμοδιότητα της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, με τις εμπρόθεσμες, ανηρτημένες στις 14/07/2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού απόψεις της επί της εν λόγω προσφυγής, δοθείσης της από 13/07/2023 κατάθεσης της ένδικης προσφυγής, η αναθέτουσα Αρχή αιτείται την απόρριψη αυτής στο σύνολό της, κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα σ' αυτές.

5. Επειδή, κατόπιν της επισκόπησης των στοιχείων του οικείου φακέλλου, κρίνεται, ότι η απλή μνεία στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος, ότι «το

Αριθμός απόφασης:1387/2023

ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων που εκτελώ είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας δεν υπερβαίνει τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων που τίθενται στο άρθρο 20 παρ.4 του ν. 3669/2008 (αφορά εγγεγραμμένους στο Μ.Ε.ΕΠ.)» δεν αρκεί, καθώς, ρητώς, η οικεία διακήρυξη απαιτεί την αναγραφή του ακριβούς ποσού του ανεκτέλεστου, σύμφωνα με την παρ. 23.1 του άρθρου 23 της διακήρυξης, όπου διαλαμβάνεται: «Τέλος, επισημαίνεται ότι οι προσφέροντες δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις»». Η ως άνω έλλειψη στην συμπλήρωση του ΕΕΕΣ δεν μπορεί να αναπληρωθεί από την δήλωση περί ακριβείας και ορθότητας των επικαλουμένων στοιχείων που περιλαμβάνεται στο Μέρος VI του υποβληθέντος ΕΕΕΣ. Δεν επιδέχεται δε ίση ή διευκρίνιση, κατ' άρθρο 102 ν. 4412/2016, καθώς δεν πρόκειται για έλλειψη που η επίλυσή της καλύπτεται ευχερώς από το ίδιο το έγγραφο ή με κάποια τυπική διευκρίνιση επ' αυτού αλλά, αντιθέτως, τυχόν κλήση, κατ' άρθρο 102 ν.4412/2016 θα συνιστά ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς του διαγωνιζόμενου. Στην δε παρ. 23.5 του άρθρου 23 της διακήρυξης ορίζεται: «Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει[ι], συνοδευόμενης, ανά περίπτωση, 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 τα έργα που είναι υπό εξέλιξη και δεν συμπεριλαμβάνονται στην ενημερότητα πτυχίου 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 ενημερότητα πτυχίου, κατά τις κείμενες διατάξεις.». Το ΕΕΕΣ

Αριθμός απόφασης:1387/2023

αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη, ότι ο προσφέρων πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, με την υποβολή δε των δικαιολογητικών του άρθρου 80 ν.4412/2016, ο προσφέρων οφείλει να τεκμηριώσει το ανεκτέλεστο ποσό και κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς. Στην υπ' όψη, λοιπόν, διακήρυξη ορίζεται ρητώς, ότι απαιτείται η προαπόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου που αναφέρεται στην μη υπέρβαση των ανωτάτων επιτρεπόμενων ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων με την ρητή δήλωση του υποψηφίου στο ΕΕΕΣ (βλ. ad hoc ΔΕφ Κομ. 49/2018). Η ανωτέρω παράλειψη κατέστησε, κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας, απορριπτέα την επίμαχη προσφορά, άνευ δυνατότητας προσφυγής στην διαδικασία του άρθρου 102 του Ν 4412/2016. Τούτο, διότι, ως έχει κριθεί, «Ο κανόνας της προαπόδειξης, ήτοι, το σύστημα της προκαταρκτικής απόδειξης που υιοθετεί ο Ν 4412/2016, δεν παρεμποδίζει την αναθέτουσα αρχή, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, να περιλάβει στη Διακήρυξη, δεσμευτικώς για τα μέρη, ειδικούς όρους απόδειξης των ποιοτικών κριτηρίων (δικαιολογητικά απόδειξης: συμπεριλαμβανομένων των δικαιολογητικών του άρθρου 23.5. της Διακήρυξης), όπως εν προκειμένω το ύψος του ανεκτελέστου υπολοίπου των συμβάσεων των συμμετεχουσών εργοληπτικών επιχειρήσεων, στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και όχι σε αυτό της κατακύρωσης. Υπό την έννοια αυτή, δοθέντος του ότι στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 23.1. της Διακήρυξης η αναθέτουσα έθεσε ειδικό, ρητό και σαφή όρο περί αναγραφής του ανεκτελέστου υπολοίπου των συμβάσεων και ουσιώδη όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής/χρηματοοικονομικής επάρκειας σε συνδυασμό με τις ειδικές απαιτήσεις περί απόδειξης του άρθρου 23.5. της Διακήρυξης μόνη η δήλωση περί μη υπέρβασης του ανωτάτου σχετικού ορίου ανεκτελέστου στο ΕΕΕΣ δεν αρκούσε για την απόδειξη του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ούτε και με επίκληση της εγγραφής στο ΜΕΕΠ. Εξ άλλου δεν πρόκειται εν προκειμένω για νομίμως, καταρχήν, υποβληθέν στοιχείο που παρουσιάζει ασάφεια ή επουσιώδη έλλειψη, η οποία μπορούσε να διευκρινιστεί ή να συμπληρωθεί νομίμως κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του Ν 4412/2016, αλλά για παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή στοιχείων που

ρητώς απαιτούνται με ειδικό όρο της διακήρυξης» (585/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης). Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα Αρχή, κατά δέσμια αρμοδιότητα αυτής, απέκλεισε την προσφορά λόγω παράλειψης προαπόδειξης, δια του υποβληθέντος ΕΕΕΣ, της πλήρωσης του κριτηρίου του όρου 22.Γ της οικείας διακήρυξης, περί μη υπέρβασης των ανωτάτων επιτρεπομένων ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, κατά παράβαση των προβλεπόμενων στον όρο 23.1 και 23.5 της διακήρυξης, και δεν προέβη σε χρήση του άρθρου 102 ν.4412/2016, καθ' όσον τούτο θα οδηγούσε σε υποβολή άλλου ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος, με διαφορετική απάντηση, κατά παράβαση επομένως της ως άνω διάταξης.

6. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πρέπει η κρινόμενη προσφυγή να απορριφθεί, κατά τα προδιαληφθέντα, και να γίνει δεκτή η περί του αντιθέτου παρέμβαση.

7. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το κατατεθέν για την προσφυγή παράβολο πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 06/10/2023 στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ