

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 10^η Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου-Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 02.10.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1515/03-10-2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των εταιρειών «...» και «...».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού €1.451,70.

2. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ ... διακήρυξη, που αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 8-6-2023, προκηρύχθηκε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «Συντήρηση – Επέκταση ... αρμοδιότητας ...», εκτιμώμενης αξίας 290.332,58 ευρώ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (χαμηλότερη τιμή).

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα. Από τον πίνακα μειοδοσίας του εν λόγω έργου προέκυψε ότι ο μέσος όρος των εκπτώσεων των παραδεκτών

Αριθμός απόφασης: 1757/2023

προσφορών ανέρχεται σε 18,40%. Με βάση τα ανωτέρω οι υποβληθείσες προσφορές των εταιρειών «...» και «...» εμφάνιζαν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο και ως εκ τούτου κρίθηκε ότι αποτελούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές. Η επιτροπή με το από 25-07-2023 έγγραφό της ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή για τις ασυνήθιστα χαμηλά προσφορές. Η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμόν πρωτ. .../31-07-2023 έγγραφό της ζήτησε από τους ως άνω οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την προσφορά τους. Οι οικονομικοί φορείς υπέβαλαν εμπρόθεσμα, μέσω του συστήματος τις αντίστοιχες αιτιολογήσεις και ακολούθως η επιτροπή εξέτασε τις εξηγήσεις και κρίθηκαν επαρκείς. Βάσει των ανωτέρω, η επιτροπή εισηγήθηκε την ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα «...». Με την υπ' αριθμόν .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το από 5-9-2023 πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία «...».

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 20.09.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 02.10.2023, ημέρα Δευτέρα, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον αφού η προσφεύγουσα βρίσκεται τρίτη στη σειρά μειοδοσίας και επιδιώκει την απόρριψη των προσφορών των δύο εταιρειών που προηγούνται αυτής.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή στους συμμετέχοντες στις 03.10.2023 και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../13.10.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 16.10.2023.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986,

Αριθμός απόφασης: 1757/2023

3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...» διότι δεν έχει συμπληρώσει στο ΕΕΕΣ της το ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων. Επίσης με τον τρίτο λόγο ισχυρίζεται ότι η ως άνω εταιρεία παρέλειψε να δηλώσει τον υπεργολάβο που προκύπτει ότι θα χρησιμοποιήσει, όπως επίσης και να υποβάλει το απαραίτητο ΕΕΕΣ αυτού.

8. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω δύο λόγους κατά της εταιρείας «...»: Σχετικά με τον πρώτο λόγο λεκτέα τα εξής: Από το άρθρο 23.1 της διακήρυξης συνάγεται ότι απαιτείται η δήλωση του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων στο ΕΕΕΣ και μάλιστα η αναγραφή του ακριβούς υπολοίπου και όχι εάν (τυχόν) υφίσταται ή όχι ανεκτέλεστο υπόλοιπο. Συνεπώς, δεν αρκεί η δήλωση περί μη υπέρβασης ανωτάτου σχετικού ορίου στο ΕΕΕΣ, δοθέντος ότι ρητά οι όροι της διακήρυξης απαίτησαν την καταγραφή του συγκεκριμένου ανεκτέλεστου υπολοίπου, μη αρκούσης της γενικής δήλωσης μη υπέρβασης, ακριβώς δεδομένης της σχετικής απαίτησης ουσιώδους όρου της διακήρυξης, την οποία άλλωστε ουδείς εκ των υποψηφίων προσέβαλε επικαίρως. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 75 (σε συνδυασμό και με το Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α) του ν. 4412/2016, τα επαγγελματικά μητρώα εργοληπτών δεν συνιστούν «επίσημους καταλόγους εγκεκριμένων οικονομικών φορέων» κατά την έννοια του άρθρου 83 του ίδιου νόμου έως την ψήφιση του ΜΗ.Τ.Ε. (Μητρώο συντελεστών παραγωγής δημοσίων και ιδιωτικών έργων, μελετών, τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών), αλλά μόνον «επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα». Ωστόσο, ειδικά το Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων μαζί με την ενημερότητα πτυχίου που προβλέπεται στην παρ. 5 του άρθρου 20 του ν.3669/2008, συνιστά επίσημο κατάλογο (βλ. και σελ. 18 της υπ' αριθμ. πρωτ. 1111/4-3-2016 κατευθυντήριας οδηγίας 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ. Επίσης, σύμφωνα με την αριθμ. Δ15/οικ/15658 (ΦΕΚ

Αριθμός απόφασης: 1757/2023

Β' 2300/16.09.2013) τροποποίηση της με αριθμ. Δ15/οικ/24298/28.07.2005 (...) Υπουργικής Απόφασης με θέμα: «Έκδοση Ενημερότητας Πτυχίου και Βεβαιώσεων ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων δημοσίων έργων, υποβολή Εκθέσεων δραστηριότητας ανωνύμων εταιρειών και Πιστοποιητικών εκτέλεσης έργων» ορίζεται «..., η χορήγηση εγγράφου ενημερότητας πτυχίου για τη συμμετοχή σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίου έργου, επιφυλάσσεται για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στις τάξεις 3η έως 7η του ΜΕΕΠ...». Συνεπώς, εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες σε τάξεις κατώτερες της 3ης και άνω δεν δύνανται να είναι και δεν είναι εγγεγραμμένες σε κανένα επίσημο κατάλογο, ουδόλως δε απαλλάσσονται της υποχρέωσης προαπόδειξης κριτηρίων επιλογής και μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού τους δια παροχής των αντίστοιχων πληροφοριών και δηλώσεών τους στο ΕΕΕΣ τους που δεν καταλαμβάνονται από ενημερότητα πτυχίου εν ισχύει (μεταξύ των οποίων το ανεκτέλεστο ποσό των συμβάσεων που εκτελούν στο χρόνο υποβολής της προσφοράς). Όπου η βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ συνοδεύεται από ενημερότητα πτυχίου, άρα αποτελεί μαζί με την ενημερότητα πτυχίου εγγραφή σε επίσημο κατάλογο, ουδόλως απαλλάσσεται υποψήφιος εγγεγραμμένος σε τέτοιο επίσημο κατάλογο να δηλώσει το ακριβές ποσό ανεκτέλεστου υπολοίπου των συμβάσεων που εκτελούσε στο χρόνο υποβολής της προσφοράς.

Εν προκειμένω, η εταιρεία «...» στο από 28.06.2023 ΕΕΕΣ που υπέβαλε στον διαγωνισμό συμπλήρωσε σχετικά με το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών συμβάσεων της ότι: *«Δηλώνουμε υπεύθυνα ότι το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων της εταιρείας μας δεν υπερβαίνει τα όρια ανεκτέλεστου που τίθενται στο άρθρο 20 παρ. 4 του Ν. 3669/08 (ΚΔΕ). και στο (κεφ. 12 της εγκυκλ. Ε 60/1985 , άρθρο 6 της Ε.Δ. 2α/01/Φ.Ν.294/18.3.85 υπουργικής απόφασης ΥΠΕΧΩΔΕ»*. Επομένως, δεν δήλωσε ποιο ήταν το ακριβές υπόλοιπο του ανεκτέλεστου υπολοίπου της δημοσίων συμβάσεων κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, όπως επί ποινή αποκλεισμού ορίζεται από το άρθρο 23.1 της διακήρυξης και δεν προαπέδειξε το ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου των εργολαβικών συμβάσεών της, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Επίσης, όπως έχει κριθεί ad hoc με την υπ' αριθμ. 44/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής, η παράλειψη αυτή δεν θα μπορούσε να θεραπευθεί με τη διαδικασία του άρθρου 102 του ν. 4412/2016,

Αριθμός απόφασης: 1757/2023

διότι τούτο θα συνιστούσε, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, εκ των υστέρων συμπλήρωση ουσιώδους πληροφορίας που αυστηρά τίθεται από τη διακήρυξη, ενδεχομένως, μάλιστα, με δεδομένα διαφορετικά από αυτά που συνέτρεχαν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί από την προσφεύγουσα είναι βάσιμοι, πρέπει να γίνουν δεκτοί και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της ως άνω εταιρείας.

Όσον αφορά τον τρίτο λόγο λεκτέα τα εξής: Η εταιρεία «...» υπέβαλε στις εξηγήσεις της οικονομικής της προσφοράς την υπ' αριθμόν 434 προσφορά της εργολάβου τεχνικών έργων ..., σχετικά με την προμήθεια και τοποθέτηση ..., ..., ..., ..., ... και Στην προσφορά αυτή αναφέρεται μάλιστα το εξής: *«Διευκρινίζεται ότι στην προσφορά είναι η εργασία πλήρως περαιωμένη με τα υλικά και την τοποθέτηση τους στις θέσεις που θα υποδειχθούν από την Υπηρεσία εντός των ορίων της ..., έπειτα από συνεννόηση με την ...»*. Επομένως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, προκύπτει ότι η ... θα εκτελέσει τις περιγραφόμενες εργασίες της σύμβασης με αποτέλεσμα να συνάγεται ότι είναι εργολάβος. Ως εκ τούτου η εταιρεία «...» όφειλε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ της ότι θα αναθέσει υπεργολαβικά τις ανωτέρω εργασίες και να υποβάλει ΕΕΕΣ του υπεργολάβου, γεγονός το οποίο δεν έπραξε με αποτέλεσμα να καθίσταται απορριπτέα η προσφορά της. Επομένως, ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση.

Η προσφεύγουσα με τους υπόλοιπους λόγους στρέφεται επίσης κατά της προσφοράς της εταιρείας «...», πλην όμως η εξέταση αυτών παρέλκει ως αλυσιτελής διότι η προσφορά της τελευταίας έχει ήδη κριθεί απορριπτέα κατ' αποδοχή του πρώτου και τρίτου λόγου.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «...» και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι στις εξηγήσεις που κλήθηκε να δώσει σχετικά με την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της, δεν αιτιολόγησε προσηκόντως την οικονομική προσφορά της.

10. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω λόγο: Ύστερα από την κλήση της αναθέτουσας αρχής προς την εταιρεία «...» ώστε να δώσει εξηγήσεις

Αριθμός απόφασης: 1757/2023

σχετικά με την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της, η τελευταία υπέβαλε την από 12.08.2023 αιτιολόγηση. Από την εν λόγω αιτιολόγηση όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή, προκύπτει ότι δεν υπολόγισε το κόστος ρύθμισης κυκλοφορίας, το οποίο είναι 36 ημέρες x 2 εργάτες x 3 ώρες x 10 € = 2.160 €. Επίσης, δεν προσκόμισε προσφορά από προμηθευτές για τα υλικά που θα χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση του έργου, ήτοι ..., ..., ... κλπ, αλλά αναφέρει κόστος κατ' εκτίμηση, με αποτέλεσμα να μην αποδεικνύεται το πραγματικό κόστος για τα υλικά αυτά. Περαιτέρω, σύμφωνα με τα συμβατικά τεύχη απαιτείται στελέχωση εργοταξίου με ένα μηχανικό και ένα εργοδηγό που θα έχει συνεχή παρουσία στον τόπο εκτέλεσης του έργου. Άρα για τον εργοδηγό αυτό θα έπρεπε να υπολογιστεί συνολική δαπάνη που να αντιστοιχεί τουλάχιστον σε 2 μήνες απασχόληση, με αποτέλεσμα να προκύπτει μία πρόσθετη δαπάνη 1.465,33 ευρώ. Κατόπιν αυτών συνάγεται ότι για την κατασκευή του έργου η εταιρεία «...» θα έπρεπε να υπολογίσει επιπλέον κόστος κατά $2.160 + 1.465,33 = 3.625,33$ ευρώ, με αποτέλεσμα η εκτέλεση του έργου να παρουσιάζει ζημία. Ως εκ τούτου ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά των εταιρειών «...» και «...», σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 10^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 29^η Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1757/2023

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ