

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 25/04/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 363/20.03.2023 της προσφεύγουσας εταιρείας, με την επωνυμία «... ΑΤΕ.», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...», (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η υπ' αριθμόν 17/2023 (αριθ. 3/2023 πρακτικό συνεδρίασης) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., δια της οποίας εγκρίθηκε το 1<sup>ο</sup> Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, απερρίφθη η προσφορά της και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «... Α.Ε.», για την κατασκευή του έργου ..., με Α.Α. Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ... και ν' αναδειχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή**

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε διαγωνιστική διαδικασία, μέσω του εθνικού συστήματος ηλεκτρονικών δημοσίων συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), για την ανάθεση του έργου «...» με Α.Α. Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ..., εκτιμώμενης αξίας 270.161,29 ευρώ (πλέον του Φ.Π.Α. 24%) με ΑΔΑΜ .... Στην εν λόγω διαδικασία συμμετείχε και η προσφεύγουσα. Η αναθέτουσα Αρχή, για το χρονικό διάστημα από την 1η/01/2023 έως την 9η/01/2023 (καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών), που εκκρεμούσε η παράταση ισχύος Πτυχίων και Βεβαιώσεων εγγραφής στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων, προσκάλεσε τους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν την εν ισχύ βεβαίωση ενημερότητας του πτυχίου τους και, συμπληρωματικά, στην προσφεύγουσα, να

## Αριθμός Απόφασης:650/2023

δηλώσει στο κριτήριο: -Άλλες οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις- του τμήματος Β- Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια - του μέρους Μέρος IV του ΕΕΕΣ (Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης)- εάν υπερβαίνει ή όχι τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με το άρθρο 22.Γ. - Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια - της διακήρυξης. Η προσφεύγουσα απάντησε εμπρόθεσμα, μέσω του συστήματος ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (ημερομηνία : 06-02-2023 και ώρα 12:31:26 μ.μ.). Η προσφεύγουσα υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση, περί μη υπέρβασης ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, και την βεβαίωση ενημερότητας πτυχίου, με ημερομηνία έναρξης ισχύος (από 02/02/2023 έως 01/02/2024) μεταγενέστερη της ημερομηνίας υποβολής προσφοράς (09/01/2023) ως εκ τούτου δε η προσφορά της κρίθηκε απαράδεκτη. Οι υπόλοιποι συμμετέχοντες προσκόμισαν εμπροθέσμως τα απαιτούμενα έγγραφα για την ομαλή ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο επαράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό 572397618953 0913 0078, αξίας 1.351,00 €, με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι *«Στο άρθρο 23.9.β της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.ΕΠ. στις τάξεις 3η έως και 7η, μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 65 του π.δ. 71/2019, υποβάλλοντας «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*

## Αριθμός Απόφασης:650/2023

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 κάποιο 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 στον Ε-ΕΦΚΑ (τομέας πρώην ΕΤΑΑ ΤΜΕΔΕ), ο προσφέρων προσκομίζει επιπλέον της ενημερότητας πτυχίου, ασφαλιστική ενημερότητα για τα στελέχη αυτά.».

Επιπλέον στο άρθρο 23.9 της διακήρυξης υπάρχουν παραπομπές με αριθμό υποσημείωσης 157: 'Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 20 παρ. 5 του ν.3669/2008: «Για τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων χορηγείται σε κάθε εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.ΕΠ. «ενημερότητα πτυχίου», η οποία, σε συνδυασμό με τη βεβαίωση εγγραφής που εκδίδεται από την υπηρεσία τήρησης του Μ.Ε.ΕΠ., συνιστά «επίσημο κατάλογο αναγνωρισμένων εργοληπτών» [...] και απαλλάσσει τις εργοληπτικές επιχειρήσεις από την υποχρέωση να καταθέτουν τα επιμέρους δικαιολογητικά στους διαγωνισμούς[...] Επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 22 (Τροποποιήσεις του Ν. 4412/2016) περ. 66 του ν. 4441/2016 (Α' 227 ] "α. Το πρώτο εδάφιο της περίπτωσης 31 της παραγράφου 1 του άρθρου 377 αντικαθίσταται ως εξής «31) του Ν. 3669/2008 (Α' 116), πλην των άρθρων 80 έως 110, τα οποία παραμένουν σε ισχύ μέχρι την έκδοση του προεδρικού διατάγματος του άρθρου 83, των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 20 και της παραγράφου 1 α του άρθρου 176». Στο άρθρο 23.2 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/2016, και στο άρθρο 4.2 (ε) της

## Αριθμός Απόφασης:650/2023

παρούσας.[...]». Σύμφωνα λοιπόν με τα προαναφερθέντα, εφόσον ο συμμετέχων διαθέτει ενημερότητα πτυχίου σε ισχύ απαλλάσσεται από την προσκόμιση των δικαιολογητικών βάσει των οποίων αυτή εκδόθηκε. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με γράμμα, το πνεύμα και την αληθή ερμηνεία του ως άνω άρθρου 23.9 της διακήρυξης και υπό το πρίσμα της κείμενης νομοθεσίας, η ενημερότητα πτυχίου αποτελεί τεκμήριο για όσα βεβαιώνει. Δεν αποτελεί όμως τεκμήριο και για όσα εξέρχονται του περιεχομένου της και δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση αυτή ή σε περίπτωση που η ενημερότητα δεν είναι εν ισχύ. Ειδικότερα στην τελευταία περίπτωση, συνάγεται ότι ο συμμετέχων έχει υποχρέωση να προσκομίσει το σύνολο των αναφερομένων στο άρθρο 23.9.β άρθρο της Διακήρυξης δικαιολογητικών καθώς και κάθε άλλο δικαιολογητικό ζητείται από τη Διακήρυξη προς το σκοπό αποδείξεως ότι πληροί τους όρους και τις προϋποθέσεις της Διακήρυξης. Κατόπιν των προαναφερθέντων προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή μη νομίμως απέρριψε - άνευ ετέρου - την προσφορά της εταιρείας μας εκ του λόγου ότι η προσκομισθείσα βεβαίωση ενημερότητας έχει ημερομηνία έναρξης μεταγενέστερη της υποβολής προσφοράς μας. Εν προκειμένω η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε είτε στο συγκεκριμένο στάδιο του διαγωνισμού είτε στο μεταγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού (δικαιολογητικά κατακύρωσης) να ελέγξει εάν εμείς διαθέτουμε το σύνολο των δικαιολογητικών, τόσο των αναφερομένων στο άρθρο 23.9.β άρθρο της Διακήρυξης δικαιολογητικών καθώς και κάθε άλλου δικαιολογητικού ζητείται από τη Διακήρυξη, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς μας. Στο σημείο αυτό επισημαίνουμε ότι η εταιρεία - κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς μας - πληρούσε τις προϋποθέσεις που τίθενται από τη Διακήρυξη και δεν υφίστατο κανένας λόγος αποκλεισμού μας. Προς απόδειξη προσκομίζουμε: 1. ποινικά μητρώα του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου της εταιρείας μας Γεωργίου Δεληδήμου καθώς και των υπολοίπων μελών του Διοικητικού Συμβουλίου, 2. φορολογική ενημερότητα της εταιρείας με ημερομηνία εκδόσεως την 19-12-2022 και λήξη την 19-01-2023, 3. ασφαλιστική ενημερότητα της εταιρείας με ημερομηνία εκδόσεως την 04-01-2023 και λήξεως την 03-07-2023, 4. πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας της εταιρείας με ημερομηνία εκδόσεως 12-10-2022, 5. πιστοποιητικό ΓΕΜΗ με ημερομηνία εκδόσεως 22-12-2022, 6. στοιχεία μητρώου επιχείρησης από το με ημερομηνία εκτύπωσης 19-12-2022, 7. βεβαίωση μη πειθαρχικού παραπτώματος της εταιρείας από το

## Αριθμός Απόφασης:650/2023

ΣΑΤΕ με ημερομηνία εκδόσεως 22-12-2022 και ισχύ έως την 31-12-2023,8. αναλυτικό πιστοποιητικό εκπροσώπησης από το ΓΕΜΗ με ημερομηνία έκδοσης 22-12-2022. Τα άνω δικαιολογητικά είναι τα αναφερόμενα στο άρθρο 23.9.β της Διακήρυξης από την προσκόμιση των οποίων απαλλάσσεται ο συμμετέχων που έχει ενημερότητα εν ισχύ. Ημείς, όπως προκύπτει και αποδεικνύεται διαθέτουμε το σύνολο αυτών των δικαιολογητικών εν ισχύ κατά την υποβολή της προσφοράς μας».

5. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί της προσφυγής στις 03/04/2023, αιτούμενη την απόρριψη αυτής, την ίδια δε ημέρα τις κοινοποίησε και στην προσφεύγουσα.

6. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα Αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά την διάρκεια του διαγωνισμού είτε κατά την συνομολόγηση της σύμβασης, που καταρτίζεται μετά την διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη την σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

7. Επειδή, περαιτέρω, επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης, κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες, κατά την υποβολή αλλά και αξιολόγηση των προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

8. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 25 παρ. 1 Συντ., αναλύεται στις αρχές της αναγκαιότητας, καταλληλότητας και αναλογικότητας, υπό την στενή έννοια, και κατατάσσεται εντός των αρχών ενωσιακού δικαίου, κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΕ έχει δε την έννοια, ότι ένα κράτος μέλος οφείλει, κατά την διαδικασία

## Αριθμός Απόφασης:650/2023

επιλογής των κατάλληλων προς λήψη μέτρων, να επιλέγει αυτά που προξενούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα, κατά την άσκηση της διακριτικής του ευχέρειας, μεταξύ μέτρων, που θεωρεί αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

9. Επειδή, κατόπιν της επισκόπησης του φακέλλου, λεκτέα τα κάτωθι. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι δεν ήταν υποχρεωμένη να καταθέσει βεβαίωση ενημερότητας πτυχίου και ότι μπορούσε ν' αποδείξει τους όρους και τις προϋποθέσεις της συμμετοχής της στον Διαγωνισμό, σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της εγκεκριμένης διακήρυξης, μέσω των δικαιολογητικών, τα οποία κατέθεσε, επισυναπτόμενα με την υποβολή της προσφυγής της. Ωστόσο, από τα στοιχεία του φακέλλου προκύπτει, ότι προσκόμισε βεβαίωση ενημερότητας του πτυχίου της με ημερομηνία μεταγενέστερη της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής των προσφορών και της ημερομηνίας της πρόσκλησης. Στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. πρωτ. 630/30-01-2023 πρόσκλησης της αναθέτουσας Αρχής, η προσφεύγουσα προσκόμισε όλα τα στοιχεία, που έκρινε η ίδια σκόπιμα για την απόδειξη αυτών. Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι αδυνατούσε να ανανεώσει την βεβαίωση ενημερότητας του πτυχίου της, κατά το χρονικό διάστημα από 01 έως 21 Ιανουαρίου 2023, δεν αναφέρει όμως σε κανένα σημείο της προσφυγής της την ημερομηνία λήξης της προηγούμενης βεβαίωσης ενημερότητάς της ούτε προσκόμισε ως αποδεικτικό μέσο την τελευταία εκδοθείσα βεβαίωση ενημερότητας του πτυχίου της, ώστε να αποδείξει, ότι το κρίσιμο χρονικό διάστημα, που επικαλείται, τύγχανε να συμπίπτει με την ημερομηνία, κατά την οποία αυτή όφειλε να προβεί σε ανανέωση της ενημερότητάς της. Επίσης, η προσφεύγουσα αποσιωπά το γεγονός, ότι η ημερομηνία δημοσίευσης των όρων της επίμαχης διακήρυξης ήταν η 09/12/2022, και άρα διέθετε, ως μέση και επιμελής υποψήφια, εύλογο και ικανό χρονικό διάστημα έως την 09/01/2023 (καταληκτική ημερομηνία

## **Αριθμός Απόφασης:650/2023**

υποβολής προσφορών), για να προβεί στις απαιτούμενες ενέργειες, που αφορούσαν στην πληρότητα και στον έλεγχο του φακέλλου των δικαιολογητικών συμμετοχής της στην διαγωνιστική διαδικασία του εν θέματι έργου. Εν όψει των προαναφερθέντων, οι σχετικοί ισχυρισμοί της υπό κρίση προσφυγής τυγχάνουν απορριπτέοι.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής ν' απορριφθεί και να καταπέσει το παράβολο της προσφεύγουσας.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

**Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25/04/2023 και εκδόθηκε στις 03/05/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.**

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**