

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 14.12.2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 06-11-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1737/07-11-2023 της ένωσης οικονομικών φορέων «... (εφεξής η «προσφεύγουσα»).

Κατά του ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ .../26-10-2023 απόφασης του ... Συμβουλίου του ... κατά το μέρος που έκανε δεκτές την προσφορά και την αιτιολόγηση της εταιρίας στο πλαίσιο του διαγωνισμού «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αγγελική Πουλοπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.210 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με τη με αρ. ... 6-09-2023 διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός διαγωνισμός με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 241.935,48€ χωρίς ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα

Αριθμός απόφασης : 15/2024

από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής. Ο διαγωνισμός αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ...

3. 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 τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 27.10.2023, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», η δε υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 6.11.2023, ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017.

5. Επειδή, εμπροθέσμως στις 20-11-2023, η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής.

6. Επειδή, στον επίμαχο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορές εννέα οικονομικοί φορείς. Η προσφορά της προσωρινής αναδόχου ... με έκπτωση 32,01% κατετάγη πρώτη στον σχετικό πίνακα μειοδοσίας, ενώ η προσφορά της προσφεύγουσας, με έκπτωση 28,04%, κατέλαβε την δεύτερη θέση. Αμφότερες οι εν λόγω προσφορές υπερέβησαν τον μέσο όρο των εκπτώσεων περισσότερο από 10%. Κατόπιν τούτου, με το υπ' αριθ πρωτ ...3-10-2023 έγγραφο της Αναθέτουσας Αρχής, οι ως άνω εκλήθησαν να αιτιολογήσουν τις προσφορές τους. Εν συνεχεία, δια της προσβαλλομένης αποφάσεως και οι δύο εξηγήσεις κρίθηκαν επαρκείς, με αποτέλεσμα την ανάδειξη της ... ως προσωρινής αναδόχου.

7. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι: *«23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με 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 ακόλουθες προϋποθέσεις: [...]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».

8. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού, αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το 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 (Ολ. ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

9. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της προβάλλει τα εξής: «*Η προσωρινή ανάδοχος ανέφερε στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ που υπέβαλε, ότι πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής, στα οποία, σύμφωνα με το άρθρο 22.Γ. της Διακήρυξης συγκαταλέγεται και η μη υπέρβαση των ορίων ανεκτελέστου. Πλην όμως δεν ανέφερε, ως όφειλε, το*

Αριθμός απόφασης : 15/2024

ακριβές ποσό του ανεκτελέστου υπολοίπου των εργολαβικών συμβάσεων της. Η ανωτέρω παράλειψη κατέστησε κατά δεσμία αρμοδιότητα απορριπτέα την επίμαχη προσφορά, άνευ δυνατότητας προσφυγής στην διαδικασία του άρθρου 102 του Ν 4412/2016».

11. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται από την Αναθέτουσα Αρχή, η προσωρινή ανάδοχος δεν δήλωσε το ακριβές ποσό του ανεκτελέστου υπολοίπου των εργολαβικών συμβάσεων της στο ΕΕΕΣ της. Όπως έχει παγίως 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 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 ότι στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 23.1. της Διακήρυξης η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε ειδικό, ρητό και σαφή όρο, περί αναγραφής του ανεκτελέστου υπολοίπου των συμβάσεων, μόνη η δήλωση περί μη υπέρβασης του ανωτάτου σχετικού ορίου ανεκτελέστου στο ΕΕΕΣ δεν επαρκεί. 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, όπως ο προεκτεθείς όρος του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 23.1. της Διακήρυξης και, άρα, η συναφής πληροφορία του ΕΕΕΣ δεν είναι δεκτική διευκρίνισης. Ούτε, εξάλλου, μπορούν να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχής ότι θα πρέπει στο στάδιο της οριστικής κατακύρωσης ο προσωρινός ανάδοχος να προσκομίσει τα αποδεικτικά έγγραφα προς απόδειξη πλήρωσης της σχετικής δήλωσης, αφού τέτοια παραδοχή θα ισοδυναμούσε με εκ των υστέρων καταστρατήγηση ρητού όρου της διακήρυξης και, συνεπώς, άνιση μεταχείριση των συμμετεχόντων. Τούτο διότι, ρητώς στη Διακήρυξη ζητείται να δηλωθεί το

Αριθμός απόφασης : 15/2024

ποσό του ανεκτελέστου υπολοίπου στο ΕΕΕΣ. Συνεπώς, ο σχετικός λόγος πρέπει να γίνει δεκτός.

12. Επειδή, όσα έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των έτερων προβαλλόμενων λόγων κατά της αποδοχής της προσφοράς της. (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007).

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../26-10-2023 απόφαση του ... Συμβουλίου του ... κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρίας ... και ανακήρυξε αυτήν προσωρινή ανάδοχο, να επιστραφεί δε το παράβολο που κατατέθηκε για την προσφυγή.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ.26-10-2023 απόφαση του ... Συμβουλίου του ... , κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρίας ... και ανακήρυξε αυτήν προσωρινή ανάδοχο.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14-12-2023 και εκδόθηκε στις 3-1-2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος
Ιωάννης Λαμπρόπουλος

Η γραμματέας
Φωτεινή Μαραντίδου