

Η

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

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 03/01/2024 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1897/27.11.2023, της προσφεύγουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»)

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

Την παρέμβαση του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 233/13.11.2023 απόφαση (υπ' αριθμ. πρωτ. .../14.11.2023 απόσπασμα από το πρακτικό της 32^{ης} τακτικής συνεδρίασης της 13.11.2023) της Οικονομικής Επιτροπής του ... , με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 1/7.11.2023 πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, έγινε δεκτή η προσφορά του ... και αναδείχθηκε αυτός προσωρινός ανάδοχος του ανωτέρω έργου.

Με την οικεία παρέμβαση, επιδιώκεται η απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, στις 31.10.2023, διενεργήθηκε από τον ... ανοικτός διαγωνισμός, μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., για την ανάδειξη αναδόχου του έργου "...", προϋπολογισμού 1.342.741,93 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν ο ... και η προσφεύγουσα. Με την υπ' αριθμ.

Αριθμός Απόφασης:154/2024

233/13.11.2023 απόφαση (υπ' αριθμ. πρωτ. .../14.11.2023 απόσπασμα από το πρακτικό της 32^{ης} τακτικής συνεδριάσεως της 13.11.2023) της Οικονομικής Επιτροπής του ... εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 1/7.11.2023 πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού και αναδείχθηκαν ο ... προσωρινός ανάδοχος του ανωτέρω έργου, με μέση έκπτωση 12,99%, και η προσφεύγουσα δεύτερος κατά σειρά μειοδότης με μέση έκπτωση 1%. Το ανωτέρω, υπ' αριθμ. 1/7.11.2023, πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού και η ανωτέρω εγκριτική αυτού, υπ' αριθμ. 233/13.11.2023, απόφαση (υπ' αριθμ. πρωτ. .../14.11.2023 απόσπασμα από το πρακτικό της 32^{ης} τακτικής συνεδριάσεως της 13.11.2023) της Οικονομικής Επιτροπής του ... κοινοποιήθηκαν, μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 15.11.2023.

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 πρώτης προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παραβόλο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό παραβόλου ... , αξίας 6.713,71 €, ομού με το e-Παράβολο 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, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε εμπροθέσμως, στις 08/12/2023, τις απόψεις της, δοθείσης της από 27/11/2023 κατάθεσης της επίμαχης προσφυγής. Επ' αυτών, κατετέθη παραδεκτώς το από 13/12/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

5. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου προκύπτει, ότι η προσφεύγουσα εταιρεία ζητεί την ακύρωση της υπ' αριθμ. 233/13.11.2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ... , με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο «...», διότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας, κατά την υποβολή της προσφοράς του, δεν δήλωσε το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων στο έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ., ως κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας αυτού, με αποτέλεσμα η απόρριψη της προσφοράς του, από την

Αριθμός Απόφασης:154/2024

αναθέτουσα Αρχή, να καθίσταται υποχρεωτική. Εν προκειμένω, ο Οικονομικός Φορέας, «...», δηλώνει στο ΕΕΕΣ, σχετικά με το ανεκτέλεστο: «ΒΕΒΑΙΩΣΗ ΜΗΤΡΩΟΥ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ (ΜΕΕΠ), ΑΡ. ΜΕΕΠ : ... ΤΟ ΑΝΕΚΤΕΛΕΣΤΟ ΔΕΝ ΥΠΕΡΒΑΙΝΕΙ ΤΑ ΟΡΙΑ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 20 ΠΑΡ. 4 ΤΟΥ Ν. 3669/2008». Στον επίμαχο διαγωνισμό, προς προκαταρκτική απόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ο οικονομικός φορέας υποχρεούται, σύμφωνα με την ρητή πρόβλεψη του άρθρου 23.1. της διακήρυξης, να δηλώσει το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» ή στην συνοδευτική αυτού υπεύθυνη δήλωση (βλ. ΔΕφΘεσ. 341/2023 σκέψη 11, ΔΕφΚομ. 168/2022 σκέψη 20, Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1025/2022 σκέψη 19). Η πλημμελής συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, ως προς το ανωτέρω κριτήριο, δηλαδή η μη δήλωση, στο ΕΕΕΣ ή στην συνοδευτική αυτού υπεύθυνη δήλωση, του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων αποτελεί ουσιώδη παράλειψη, η οποία δεν καλύπτεται από την δήλωση περί μη υπέρβασης του ανώτατου επιτρεπτού ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων ή από τυχόν βεβαίωση του Τμήματος ΜΕΕΠ και ΜΗΕΕΠΙΕ της Διεύθυνσης Μητρώων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών, από την οποία δεν μπορεί να συναχθεί το ακριβές ποσό του υπολοίπου των ανεκτέλεστων εργολαβικών συμβάσεων, που πράγματι υφίστατο, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του διαγωνιζόμενου, το οποίο απαιτείται να δηλώνεται (βλ. ΔΕφΘεσ. 341/2023 σκέψη 11). Συνεπώς, λόγω μη συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, συντρέχει, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 22Γ, 23.1 και 24.2 της διακήρυξης, ερμηνευόμενες υπό το πρίσμα των αρχών της τυπικότητας, της ισότητας και της διαφάνειας, που διέπουν την διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, αυτοτελής, μη συνδεόμενος με την εν τοις πράγμασι υπέρβαση του ανωτέρω ορίου, -συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς του διαγωνιζόμενου, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας Αρχής (βλ. ΔΕφΘεσ. 341/2023 σκέψη 11, ΔΕφΚομ. 168/2022 σκέψη 23), διότι ο οικονομικός φορέας απέτυχε να προαποδείξει το ανωτέρω κριτήριο επιλογής, που συνιστά, επί ποινή αποκλεισμού, ουσιώδη προϋπόθεση συμμετοχής του

Αριθμός Απόφασης:154/2024

στον διαγωνισμό (βλ. ΔΕφΚομ. 155/2022 σκέψη 8, Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1025/2022 σκέψη 20, Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 623/2022 σκέψη 31). Η πλημμέλεια αυτή δεν μπορεί να θεραπευθεί με προσφυγή στην διαδικασία διευκρινίσεων του άρθρου 9 της διακήρυξης και του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, το μεν, διότι με την παροχή διευκρινίσεων δεν μπορεί να ιαθεί το περιεχόμενο του ΕΕΕΣ, όταν τούτο επιβάλλεται από την διακήρυξη (βλ. ΔΕφΘεσ. 341/2023 σκέψη 11, ΔΕφΘεσ. 383/2022 σκέψη 7, ΔΕφΚομ. 168/2022 σκέψη 23), το δε, διότι το ζήτημα αυτό δεν αφορά σε συμπλήρωση ή διευκρίνιση υποβληθέντος δικαιολογητικού ή στοιχείου αλλά στο περιεχόμενο του ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής στον διαγωνισμό, μη δυνάμενο να υποκατασταθεί από άλλα στοιχεία της προσφοράς του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα (βλ. ΔΕφΘεσ. 383/2022 σκέψη 7), επέχει δε θέση υπεύθυνης δήλωσης, που αποσκοπεί σε προκαταρκτική απόδειξη των δηλούμενων (βλ. ΣτΕ 1939/2022 σκέψη 20, ΣτΕ Ε.Α. 42/2020 σκέψη 6, ΔΕφΠειρ. 78/2023 σκέψη 13, ΔΕφΠειρ. 71/2023 σκέψη 9, ΔΕφΚομ. 168/2022 σκέψη 16, ΔΕφΠειρ. 269/2021 σκέψη 8), και κάθε έλλειψη αυτού επιφέρει, ως αυτόθροη συνέπεια, τον αποκλεισμό του διαγωνιζόμενου, κατά τα προεκτεθέντα. Τυχόν διόρθωση του ΕΕΕΣ, συνεπάγεται την τροποποίηση της υποβληθείσας προσφοράς (βλ. Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1025/2022 σκέψη 20), κατά παράβαση της ρητής μάλιστα πρόβλεψης του άρθρου 9 της εν θέματι διακήρυξης, αφού δεν αποδεικνύεται, με τρόπο αντικειμενικώς εξακριβώσιμο, ότι το ανωτέρω κριτήριο επιλογής υφίστατο κατά τον κρίσιμο χρόνο (βλ. Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1025/2022 σκέψη 20). Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, ο ... , παρεμβαίνων, έπρεπε να αποκλεισθεί από τον επίμαχο διαγωνισμό, διότι, κατά παράβαση του άρθρου 23.1. της διακήρυξης, δεν εδήλωσε στο ΕΕΕΣ το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων, δηλαδή δεν παρέσχε στον ... , ως αναθέτουσα Αρχή, τις σχετικές πληροφορίες, ούτως ώστε να είναι δυνατόν να κριθεί πρωτογενώς, εάν συντρέχει στο πρόσωπό του, κατά τον κρίσιμο χρόνο συμμετοχής του στον διαγωνισμό, το κριτήριο επιλογής, σχετικώς με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά του, το οποίο, μεταξύ άλλων, πληρούται, σύμφωνα με το άρθρο 22.Γ. της διακήρυξης, όταν οι εργοληπτικές επιχειρήσεις, που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ για το χρονικό διάστημα, που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του Π.Δ. 71/2019, δεν υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια

Αριθμός Απόφασης:154/2024

ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008. Δηλαδή, ο ... δεν προαπέδειξε προκαταρκτικώς, με το ΕΕΕΣ, το ανωτέρω κριτήριο επιλογής, που συνιστά, επί ποινή αποκλεισμού, ουσιώδη προϋπόθεση συμμετοχής του στον διαγωνισμό, ούτε συνυπέβαλε με το ΕΕΕΣ υπεύθυνη δήλωση, στην οποία να παρέχει πληροφορίες για το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων, προκειμένου ο ... , ήδη κατά το στάδιο αυτό της συμμετοχής, να κρίνει πρωτογενώς, εάν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων του ανωτέρω οικονομικού φορέως υπερβαίνει τα ανώτατα επιτρεπτά όρια του άρθρου 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008, αλλά ο τελευταίος επικαλέσθηκε αορίστως βεβαίωση του ΜΕΕΠ (εργοληπτικό πτυχίο) και αρκέσθηκε στην αόριστη δήλωση, ότι "το ανεκτέλεστο δεν υπερβαίνει τα όρια, σύμφωνα με το άρθρο 20 του Ν. 3669/2008", προκαταλαμβάνοντας ανεπιτρέπτως την κρίση του ... , ως αναθέτουσας Αρχής. Η ανωτέρω ελλιπής και πλημμελής συμπλήρωση του ΕΕΕΣ δεν μπορεί να θεραπευθεί με κλήση από τον ... του ... , προς συμπλήρωση ή διευκρίνιση, με την διαδικασία του άρθρου 9 της διακήρυξης, διότι δεν μπορεί να θεραπευθεί η παράλειψη παροχής στοιχείων ή πληροφοριών, των οποίων η υποβολή επιβάλλεται από την διακήρυξη, δεδομένου ότι η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρώς τα κριτήρια, τα οποία η ίδια έχει καθορίσει (βλ. ΣτΕ 1894/2022, ΔΕφΚομ. 168/2022 σκέψη 19, ΔΕΕ απόφαση της 7.9.2021, C-927/19, σκέψη 93), η μόνη δε δυνατή διόρθωση θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της υποβληθείσας προσφοράς του (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 7.9.2021, C - 927/19, σκέψη 93), από την στιγμή μάλιστα που δεν αποδεικνύεται με τρόπο αντικειμενικώς εξακριβώσιμο, ότι το ανωτέρω κριτήριο επιλογής υφίστατο κατά τον κρίσιμο χρόνο συμμετοχής του στον επίμαχο διαγωνισμό. Συνεπώς, οι αντίθετοι ισχυρισμοί του ... είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Ουδεμία δε, περί του αντιθέτου ασκεί επιρροή η πρόβλεψη του άρθρου 23.5. της διακήρυξης, ότι ο προσωρινός ανάδοχος, κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αποδεικνύει την απαίτηση της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, είτε με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύϊ είτε με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης, συνοδευόμενης, ανά περίπτωση, από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο

Αριθμός Απόφασης:154/2024

πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και για το συνολικό ανεκτέλεστο για τα έργα, που είναι υπό εξέλιξη και δεν συμπεριλαμβάνονται στην ενημερότητα πτυχίου. Και τούτο, διότι, αφ' ενός μεν η μη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, αποτελεί, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 22.Γ., 23.1., 24.1. και 24.2. της διακήρυξης, ερμηνευόμενες υπό το πρίσμα των αρχών της τυπικότητας, της ισότητας και της διαφάνειας, που διέπουν την διαδικασία σύναψης των δημόσιων συμβάσεων, -αποτελεί αυτοτελή, ήτοι μη συνδεδεμένο με την εν τοις πράγμασι υπέρβαση του ανωτέρω ορίου, λόγο απόρριψης της προσφοράς του διαγωνιζομένου, αφ' ετέρου δε η συνδρομή των κριτηρίων επιλογής, μεταξύ δε αυτών και της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ελέγχεται προκαταρκτικώς για όλους τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, για δε τον προσωρινό ανάδοχο ελέγχεται και κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης, καθώς τα «ενημερωμένα δικαιολογητικά», που προσκομίζει ο οικονομικός φορέας, στον οποίο αποφασίσθηκε η ανάθεση της σύμβασης, πρέπει να καλύπτουν και τον χρόνο συμμετοχής του στον διαγωνισμό. Συνεπώς, η ανωτέρω ελλιπής και πλημμελής συμπλήρωση του ΕΕΕΣ δεν μπορεί να θεραπευθεί με την προσκόμιση, κατά το στάδιο της σύναψης της σύμβασης, των δικαιολογητικών κατακύρωσης του άρθρου 23.5. της διακήρυξης, οι δε αντίθετοι ισχυρισμοί του ... είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 233/13.11.2023 απόφαση (υπ' αριθμ. πρωτ. .../14.11.2023 απόσπασμα από το πρακτικό της 32ης τακτικής συνεδρίασης της 13.11.2023) της Οικονομικής Επιτροπής του ... , με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 1/7.11.2023 πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, έγινε δεκτή η προσφορά του ... και αναδείχθηκε αυτός προσωρινός ανάδοχος του ανωτέρω έργου, είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί.

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, να απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 03/01/2024 και εκδόθηκε στις 19/01/2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ