

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Ιανουαρίου 2024 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει α) την από 15.12.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 2025/19.12.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «πρώτος προσφεύγων»), που κατοικοεδρεύει στην «...» και β) το από 31.12.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 30/4.01.2024 έγγραφο του οικονομικού φορέα «...» που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά α) της υπ' αριθμ. 445/5.12.2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής ,περί έγκρισης του υπ' αριθμ. Ι/27.11.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των οικονομικών προσφορών και β) της υπ' αριθμ. 464/22.12.2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του υπ' αριθμ. ΙΙ/13.12.2023 Πρακτικού και ακύρωσης της υπ' αριθμ. 445/5.12.2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο πρώτος προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. 445/5.12.2023 απόφαση και κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του.

Με το από 31.12.2023 με ΓΑΚ 30/4.1.2024 προαναφερόμενο έγγραφο που κατέθεσε οικονομικός φορέας «...» και επιγράφεται "Υπόμνημα Αντιρρήσεις Επισημάνσεις " αποτελεί όμως, κατ' ορθή εκτίμηση του δικογράφου, προδικαστική προσφυγή ο εν λόγω φορέας ("εφεξής δεύτερος προσφεύγων) αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. 464/22.12.2023 απόφασης της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, στο άρθρο 363 του ν.4412/2016 ορίζεται «1. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης. Το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ.[...] 4. Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 του άρθρου 365 ορίζεται ο τρόπος και ο χρόνος κατάθεσης και είσπραξης του παραβόλου και ο τρόπος απόδειξης της είσπραξής του. [...]».

Περαιτέρω, το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 ορίζει ότι: «1. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται από τον προσφεύγοντα παράβολο υπέρ του Δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό 0,50 τοις εκατό (0,50%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σχετικής σύμβασης. Το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ.[...]4. Το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής. Η ως άνω κατάθεση του παραβόλου γίνεται ηλεκτρονικά μέσω της εφαρμογής επαράβολου στη διαδικτυακή πύλη της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ) και αποτελεί έσοδο του κρατικού προϋπολογισμού. Για την απόδειξη της καταβολής και της είσπραξης του παραβόλου ο προσφεύγων υποχρεούται να επισυνάψει στο προβλεπόμενο στην παράγραφο 2 του άρθρου 8 του παρόντος Κανονισμού έντυπο προσφυγής του Παραρτήματος Ι εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη “πληρωμένο” καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την Υπηρεσία που το αποδέχεται [...]». Ρητώς και σαφώς σύμφωνα με τις παραπάνω διατάξεις, για την παραδεκτή άσκηση

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

της προδικαστικής προσφυγής επιβάλλεται η καταβολή παραβόλου κατά το χρόνο άσκησής της. Όπως εξάλλου παγίως δέχεται η νομολογία, η υποχρέωση καταβολής παραβόλου, ως προϋπόθεση του παραδεκτού ενδίκου βοηθήματος ή μέσου, αποβλέπει στην αποτροπή της ασκήσεως απερίσκεπτων και αστήρικτων ενδίκων βοηθημάτων και μέσων, χάριν της εύρυθμης λειτουργίας των δικαστηρίων και της αποτελεσματικής απονομής της δικαιοσύνης, γι' αυτό και η τύχη του συναρτάται με την έκβαση και τις εν γένει περιστάσεις της δίκης (ΣτΕ 601/2012 Ολομ.)

2. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.612,91 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» την από 15.12.2023 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 322.580,65€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

3. Επειδή, για την υπό κρίση δεύτερη προδικαστική προσφυγή δεν έχει καταβληθεί το νόμιμο οριζόμενο ηλεκτρονικό παράβολο, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 5 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 363 του ν. 4412/2016, και η εν λόγω προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως προδήλως απαράδεκτη.

4. Επειδή, με την από «...» Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για το έργο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 400.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 26.10.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε την 15.12.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η αρχικώς προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 445/5.12.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 7.12.2023 και εν γένει παραδεκτά.

6. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων στις 3.01.2024, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 29.12.2023, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο

7. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος πέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο πρώτος προσφεύγων και ο δεύτερος προσφεύγων. Με την υπ' αριθμ. 445/5.12.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αφενός μεν κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του δεύτερου προσφεύγοντος και των έτερων τριών συμμετεχόντων, αφετέρου απορρίφθηκε η προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος διότι στο ΕΕΕΣ «δεν αναγράφεται το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών συμβάσεων του, ούτε προσκόμισε, ως όφειλε, υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων». Μετά την κατάθεση της πρώτης προσφυγής εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 464/22.12.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία θεωρείται συμπροσβαλλόμενη κατά το αιτητικό της πρώτης προσφυγής με την οποία ακυρώνεται η υπ' αριθμ. 445/5.12.2023 προσβαλλόμενη απόφαση. Ειδικότερα, με την υπ' αριθμ. 464/22.12.2023 απόφαση, απορρίπτονται οι προσφορές του πρώτου προσφεύγοντος και του δεύτερου προσφεύγοντος με την αιτιολογία ότι «δεν πληρείται το κριτήριο που αναφέρεται στο άρθρο 23.5 της διακήρυξης, στο οποίο αναφέρεται ότι με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης πρέπει να υποβάλλεται πίνακας όλων των υπό

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο», καθώς ως αναφέρεται στο υπ' αριθμ. 2 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού «Μετά από ενδελεχή έλεγχο και όσον αφορά τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της Διακήρυξης του διαγωνισμού, διαπίστωσε ότι εκ παραδρομής δεν συμπεριλήφθηκε στους απορριφθέντες ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» για την οποία ισχύουν οι ίδιοι λόγοι αποκλεισμού με τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...», οι οποίοι αμφότεροι όφειλαν με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης να υποβάλλουν πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένοι ανάδοχοι είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και να κάνουν αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της διακήρυξης [...] - Α) Όσον αφορά τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» στην Υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλε γίνεται αναφορά του συνολικού ανεκτέλεστου χωρίς όμως να συνοδεύεται από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων και το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο.- Β) Όσον αφορά τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «...» δηλώνεται μόνο η μη υπέρβαση των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου των εργολαβικών συμβάσεων της, χωρίς και αυτός ο οικονομικός φορέας στην Υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλε να κάνει αναφορά του συνολικού ανεκτέλεστου συνοδευόμενη από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων και το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο».

8. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, κατά το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του.

9. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" ορίζει ότι: « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως :[...]ιβ) τους όρους και τα

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...]ζ) τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

10. Επειδή, το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση.[...]

11. Επειδή, το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), 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: [...] β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, [...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. [...] 3. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

Έγγραφο Προμήθειας (L 3), και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή.[...] 9. Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ...». Ως δε έχει κριθεί (βλ. ΣΤΕ 2223/2023), σε περίπτωση που από το υπόδειγμα του ΕΕΕΣ που ανήρτησε η αναθέτουσα αρχή μαζί με την Διακήρυξη στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού, προκειμένου να συμπληρωθεί από τους διαγωνιζόμενους, έχει αφαιρεθεί πεδίο που αφορά λόγο αποκλεισμού, η υποβολή ΕΕΕΣ από συμμετέχοντα άνευ δήλωσης ως προς το ελλείπον πεδίο που αφορά τη μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού, δεν καθιστά την προσφορά του αποκλειστέα διότι η ανάρτηση στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού από την αναθέτουσα αρχή υποδείγματος ΕΕΕΣ, στο οποίο έχει απαλειφθεί πεδίο και, συνεπώς, δεν περιλαμβάνεται ερώτηση ως προς την συνδρομή ή μη του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, δημιουργεί αντικειμενική ασάφεια ως προς το εάν συντρέχει απαίτηση της Διακήρυξης για προαπόδειξη της μη συνδρομής του, η οποία δεν μπορεί να αποβεί σε βάρος του διαγωνιζόμενου που συμπλήρωσε πλήρως το αναρτηθέν από την αναθέτουσα αρχή υπόδειγμα, η δε ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς είναι δεκτική διευκρίνισης βάσει του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και η αναθέτουσα αρχή οφείλει να καλέσει το διαγωνιζόμενο να διευκρινίσει εάν συντρέχει στο πρόσωπό του ο λόγος αποκλεισμού (βλ και ΔΕφΑθ 1523/2023).

12. Επειδή, το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «... 1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης[...]. Κατά την έννοια των

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

ως άνω διατάξεων η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο, ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή της αναθέτουσας αρχής να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα (ΣΤΕ ΕΠΑν 237/2021). Η ανωτέρω, όμως, δυνατότητα συμπλήρωσης-διευκρίνισης προϋποθέτει αναγκαίως να έχει προηγηθεί σχετική απάντηση/εγγραφή στην προσφορά, που δεν ισχύει όμως σε περίπτωση παντελούς ελλείψεως ουσιωδών στοιχείων της προσφοράς (ΔΕφΧανίων 18/2022), οπότε η συμπλήρωση αυτών θα συνιστούσε μεταγενέστερη (μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) τροποποίηση της προσφοράς που έχει υποβληθεί κατά καταστρατήγηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας.

13. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « [...] 2.1. Τα έγγραφα της σύμβασης κατά την έννοια της περιπτ. 14 της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, για τον παρόντα ηλεκτρονικό διαγωνισμό, είναι τα ακόλουθα : [...] β) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)⁷ [...] 22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια.[...] Ειδικά 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 θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει. Μετά από τη λήξη των ως άνω μεταβατικών διατάξεων και την πλήρη έναρξη ισχύος του π.δ 71/2019, οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε., δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 64 αυτού. [...] Άρθρο 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: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας [...]. Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ. [...] 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» [...] 23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) 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, [...] 23.5 Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: [...] Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: □ με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει, 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

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, κατά τις κείμενες διατάξεις[...]. Άρθρο 24 : Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς

24.1 Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους: (α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» σύμφωνα με τα κατωτέρω: [...] 24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα υπό (α) και (β) στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ). Επίσης δύναται να περιλαμβάνει και συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, με την οποία ο οικονομικός φορέας μπορεί να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ...». Κατά δε 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, 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. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

14. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του διότι το ΕΕΕΣ που υπέβαλε είναι σύμφωνο με το υπόδειγμα που ανάρτησε η αναθέτουσα αρχή στον ιστότοπο του διαγωνισμού και προαποδεικνύει την πλήρωση όλων των κριτηρίων επιλογής, δεδομένης της καταφατικής απάντησης που δόθηκε στην ερώτηση «α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής» του Μέρους IV, ελλείπει δε του ειδικού σχετικού διακριτού πεδίου στο υπόδειγμα ΕΕΕΣ που ανάρτησε η αναθέτουσα αρχή, υπέβαλε και την από 21-11-2023 συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, στην

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

οποία ανέφερε ξεκάθαρα το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών του συμβάσεων. Επίσης, ο πρώτος προσφεύγων προβάλλει ότι δεν υπείχε καμμία υποχρέωση να υποβάλει και υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων που έχει αναλάβει, αφού η εν λόγω υποχρέωση αφορά στο στάδιο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Περαιτέρω, ο πρώτος προσφεύγων υποστηρίζει ότι οι προσφορές του δεύτερου προσφεύγοντος και του οικονομικού φορέα «...» συντάχθηκαν ακριβώς με τον τρόπο που συντάχθηκε η δική του προσφορά, ήτοι οι εν λόγω φορείς απάντησαν θετικά στη γενική ένδειξη του ΕΕΕΣ τους, ακολουθώντας το υπόδειγμα της αναθέτουσας αρχής, και υπέβαλαν συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση προς αποσαφήνιση των πληροφοριών περί ανεκτελέστου, παρόλα ταύτα, όλως αναιτιολόγητα, οι δικές τους προσφορές έγιναν αποδεκτές από την αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων. Εξάλλου, κατά τον πρώτο προσφεύγοντα, εφόσον το ίδιο το ΕΕΕΣ που διαμόρφωσε η αναθέτουσα αρχή δεν περιλάμβανε το ειδικό πεδίο, κατά τη διακήρυξη, ως προς το ανεκτέλεστο, αντίκειται προδήλως στις αρχές της χρηστής διοίκησης αλλά και της διαφάνειας, να μετακυλίεται η ευθύνη για τυχόν σφάλματα και παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής στους διαγωνιζόμενους και να αναμένεται από αυτούς να εντοπίζουν τυχόν παραλείψεις στα έγγραφα της σύμβασης καθώς και να υποβάλλουν οι ίδιοι διαφορετικά έγγραφα από τα υποδείγματα, που η ίδια η αναθέτουσα αρχή δημοσιεύει ως έγγραφα της σύμβασης, ή να υποβάλλουν συμπληρωματικά έγγραφα για την προκαταρκτική απόδειξη πλήρωσης κριτηρίων επιλογής, επιπλέον του ΕΕΕΣ, όπως το συνέταξε ως υπόδειγμα η αναθέτουσα αρχή.

15. Επειδή, στο άρθρο 22Γ της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας, μεταξύ άλλων, οι διαγωνιζόμενοι να μην υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, στο δε άρθρο 23.1 της διακήρυξης ρητώς και σαφώς προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλλουν ΕΕΕΣ προς προαπόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, καθώς επίσης και ότι δύνανται να καταθέσουν συνοδευτική του ΕΕΕΣ υπεύθυνη δήλωση, προς

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

διευκρίνιση των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ πληροφοριών, ενώ επισημαίνεται ότι οι υποψήφιοι πρέπει να δηλώσουν στο ΕΕΕΣ το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων ειδικώς στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» του Μέρους IV Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»). Επίσης, η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού μαζί με τη διακήρυξη, ειδικά προσαρμοσμένο από αυτήν αρχείο ΕΕΕΣ, προς συμπλήρωση από τους διαγωνιζόμενους για την πλήρωση των όρων της διακήρυξης και την υποβολή του, ως μέσο προκαταρκτικής απόδειξης της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των τιθέμενων κριτηρίων επιλογής, το οποίο όμως δεν περιλαμβάνει το ειδικό πεδίο («Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις»), που αφορά την χρηματοοικονομική επάρκεια, προς συμπλήρωση του ποσού ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων αλλά μόνο τη γενική ένδειξη «α». Επομένως, βάσει και των όσων έγιναν δεκτά υπό σκέψη 11, εν προκειμένω, δημιουργήθηκε αντικειμενική ασάφεια, ως προς το εάν συντρέχει απαίτηση της διακήρυξης για προαπόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου περί του ανεκτέλεστου, η οποία δεν μπορεί να αποβεί σε βάρος του διαγωνιζομένου που συμπλήρωσε το ΕΕΕΣ σύμφωνα με το υπόδειγμα που ανήρτησε η αναθέτουσα αρχή, με αποτέλεσμα να μη μπορεί να αποδοθεί στους οικονομικούς φορείς πλημμέλεια λόγω μη υποβολής προαποδεικτικής δήλωσης του ανεκτέλεστου υπολοίπου. Περαιτέρω, στο άρθρο 23.5 της διακήρυξης προβλέπεται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης που πρέπει να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος, για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης περί μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, είτε ισχύουσα ενημερότητα πτυχίου, συνοδευόμενη, από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων 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 είτε, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος δεν διαθέτει ενημερότητα πτυχίου, υπεύθυνη δήλωσή του, συνοδευόμενη από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

έργων και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο.

14. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο πρώτος προσφεύγων υπέβαλε ΕΕΕΣ σύμφωνα με το υπόδειγμα της αναθέτουσας αρχής και, ως εκ τούτου, δεν έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών του συμβάσεων, προσκόμισε όμως την από 21.11.2023 υπεύθυνη δήλωση στην οποία αναφέρει ότι «...το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών μου συμβάσεων είναι 3.460.231,37 € και δεν υπερβαίνει τα όρια ανεκτέλεστου που τίθενται στο άρθρο 20 του Ν. 3669/08 και την ισχύουσα νομοθεσία Ν. 4412/2016». Συνεπώς, βάσει της εκτεθείσας στην προηγούμενη σκέψη ασάφειας της διακήρυξης ως προς το ζήτημα της προαπόδειξης του κριτηρίου για το ανεκτέλεστο, ορθώς και νομίμως ο πρώτος προσφεύγων προαπέδειξε την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής δια της υποβληθείσας συνοδευτικής του ΕΕΕΣ υπεύθυνης δήλωσης. Εξάλλου, δοθέντος ότι το ουσιώδες είναι η προαπόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου που περιλαμβάνεται στο άρθρο 22.Γ της διακήρυξης για το ανεκτέλεστο, λόγω της προεκτεθείσας ασάφειας της διακήρυξης επί του ζητήματος, δεν μπορεί νομίμως να θεωρηθεί ότι συντρέχει, εν προκειμένω, υποχρέωση του διαγωνιζόμενου να δηλώσει, αυτοβούλως, το ανεκτέλεστο υπόλοιπο σε έτερο πεδίο του ΕΕΕΣ ή σε διαμορφωμένο από τον ίδιο ΕΕΕΣ και όχι σε συνοδευτική του ΕΕΕΣ υπεύθυνη δήλωση, που ήδη προβλέπεται στη διακήρυξη, ως συμπληρωματικό έγγραφο του ΕΕΕΣ, ιδίως όταν ελλείπει από το ΕΕΕΣ το κρίσιμο πεδίο που όφειλε να συμπληρώσει. Ενόψει των ανωτέρω, ουδεμία πλημμέλεια παρουσιάζει η προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος λόγω μνείας του συγκεκριμένου ανεκτέλεστου υπόλοιπου σε συνοδευτική του ΕΕΕΣ υπεύθυνη δήλωση, με αποτέλεσμα, μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. 445/5.12.2023 απόφαση απέρριψε την προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος λόγω μη δήλωσης στο ΕΕΕΣ του ανεκτέλεστου υπόλοιπου των εργολαβικών του συμβάσεων. Οι δε αιτιάσεις του πρώτου προσφεύγοντος περί παράβασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης λόγω αποδοχής των προσφορών του δεύτερου προσφεύγοντος και του οικονομικού

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

φορέα «...» για τις οποίες συντρέχει ο ίδιος δικαιολογητικός λόγος αποκλεισμού τυγχάνουν απορριπτέες ως απαραδέκτως προβαλλόμενες, δοθέντος ότι για τη νόμιμη επίκληση του ενιαίου μέτρου κρίσης πρέπει να επιδιώκεται η απόρριψη έτερων προσφορών που εμφανίζουν την ίδια πλημμέλεια και όχι η αποδοχή της μη νόμιμης προσφοράς συμμετέχοντος, εν προκειμένω δε, η προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος δεν πάσχει ως προς το ανεκτέλεστο, ενώ ούτε στην πρώτη προσφυγή περιλαμβάνεται αίτημα περί απόρριψης των προσφορών του δευτέρου προσφεύγοντος και του οικονομικού φορέα «...». Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, αφενός μεν ορθώς, κατά τα προεκτεθέντα, με την υπ' αριθμ. 464/22.12.2023 απόφαση ακύρωσε την ως άνω υπ' αριθμ. 445/5.12.2023 απόφασή της κατά το σκέλος που μη νομίμως απέρριψε την προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος λόγω μη δήλωσης στο ΕΕΕΣ του ανεκτέλεστου υπόλοιπου, αφετέρου όμως, εσφαλμένως και μη νομίμως απέρριψε την προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος με την αιτιολογία ότι δεν πληρούται το κριτήριο που αναφέρεται στο άρθρο 23.5 της διακήρυξης, λόγω μη υποβολής υπεύθυνης δήλωσης με πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων και με το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο. Και τούτο διότι το άρθρο 23.5 της διακήρυξης αφορά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που πρέπει να υποβληθούν από τον προσωρινό αναδόχο και όχι από το συμμετέχοντα στο στάδιο της προαπόδειξης και, αρα, δεν συνέτρεχε, εν προκειμένω, υποχρέωση του πρώτου προσφεύγοντος να υποβάλλει με την προσφορά του και υπεύθυνη δήλωση με πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων και με το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο. Τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα, μη ερειδόμενα στη διακήρυξη, προδήλως δε η αναθέτουσα αρχή συγχέει το κριτήριο επιλογής του άρθρου 22.Γ, το οποίο αφορά τη μη υπέρβαση του ανώτατου ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου των εργολαβικών συμβάσεων και το οποίο είναι το μόνον που πρέπει να προαποδειχθεί στο στάδιο της προσφοράς με το μέσο απόδειξης αυτού του κριτηρίου, ήτοι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του άρθρου 23.5 της διακήρυξης. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως με την υπ' αριθμ. 464/22.12.2023 απόφαση απέρριψε την προσφορά του

Αριθμός απόφασης: 266,267/2024

πρώτου προσφεύγοντος και η πρώτη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη. Σημειωτέον ότι ουδόλως εμποδίζεται η αναθέτουσα αρχή να επανεξετάσει την προσφορά του δεύτερου προσφεύγοντος, την οποία έκρινε αποκλειστέα για τον ίδιο λόγο που απέρριψε την προσφορά του πρώτου προσφεύγοντος και ο οποίος κρίθηκε με την παρούσα μη νόμιμος, επί τη βάση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 464/22.12.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016. Επίσης, η υπό κρίση δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη προσφυγή

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 464/22.12.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον πρώτο προσφεύγοντα του κατατεθέντος παραβόλου ποσού 1.612,91 ευρώ

Απορρίπτει τη δεύτερη προσφυγή

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Ιανουαρίου 2024 και εκδόθηκε στις 6 Φεβρουαρίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
α.α. ΦΩΤΕΙΝΗ ΚΟΥΜΑΛΑΤΣΟΥ**