

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Μαρτίου 2024 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.01.2024 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 140/29.01.2024 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 6/16.01.2024 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής, περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 1/3.01.2024 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που κατοικοεδρεύει στο «...».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το σκέλος που κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...», «...» και «...».

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο, κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5

Αριθμός απόφασης: 470/2024

παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 2.116,94 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 29.01.2024 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 423.387,10€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με τη με αριθμ. πρωτ. «...» 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 525.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 27.11.2023 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, ενόψει του 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.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 29.01.2024 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 17.01.2024 και εν γένει παραδεκτά. Περαιτέρω, ο προσφεύγων στις 2.02.2024 υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 8.02.2024 ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή την 30.01.2024 την παρέμβασή του επί αυτής, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του

Αριθμός απόφασης: 470/2024

έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

5. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος πέντε οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο παρεμβαινων και οι οικονομικοί φορείς «...», «...» και «...». Με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 6/16.01.2024 απόφαση ο οικονομικός φορέας «...», ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού, ο παρεμβαίνων κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας, τρίτος σε σειρά μειοδοσίας ο οικονομικός φορέας «...», ο προσφεύγων κατατάχτηκε τέταρτος σε σειρά μειοδοσίας και πέμπτος ο οικονομικός φορέας «...». Μετά την κατάθεση της προσφυγής αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού η υπ' αριθμ. 17/29.01.2024 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία απορρίπτεται η προσφορά του οικονομικού φορέα «...», και ανακηρύσσεται ο παρεμβαινων νέος προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

6. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε, εν τέλει τρίτος σε σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...» και «...», ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Ειδικότερα, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος ως προς την προβολή αιτιάσεων περί της μη νόμιμης αποδοχής των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...» θεμελιώνεται επί της πάγιας νομολογίας ως προς το έννομο συμφέρον του προσωρινού αναδόχου. Περαιτέρω, κατόπιν ακύρωσης της υπ' αριθμ. 6/2024 απόφασης ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», η υπ' αριθμ. 17/29.01.2024 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, είναι, καταρχάς, επωφελής, κατά το σχετικό σκέλος του διατακτικού της για τον προσφεύγοντα και συνεπώς, η πράξη απόρριψης μίας προσφοράς δεν μπορεί, υπό το πρίσμα αυτό, να προσβληθεί παραδεκτά από

Αριθμός απόφασης: 470/2024

άλλον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό, με αίτημα την αντικατάσταση των αιτιολογιών της απόρριψης ή την προσθήκη επιπλέον τέτοιων. Ωστόσο, οι διαφορετικοί ή επιπλέον λόγοι απόρριψης προσφοράς μπορεί να προβληθούν από έτερο συνδιαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα σε περίπτωση, που η αρχική απόρριψη ακυρωθεί ή ανακληθεί και η αρχικώς απορριφθείσα προσφορά γίνει εκ των υστέρων αποδεκτή, Ως εκ τούτου, εν προκειμένω, δοθέντος ότι ο οικονομικός φορέας «...» έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς, καθώς δεν αμφισβήτησε τον αποκλεισμό του, οι ισχυρισμοί της προσφυγής ως προς την απόρριψη της προσφοράς του για επιπρόσθετους λόγους από τους αναφερόμενους στην υπ' αριθμ. 17/29.01.2024 απόφαση προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και άρα απαραδέκτως από τον προσφεύγοντα.

7. 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 :[...]β) τους όρους και τα 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, [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

8. Επειδή, το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό.[...]3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την

Αριθμός απόφασης: 470/2024

αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. [...]».

9. 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, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών[...] 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 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

Αριθμός απόφασης: 470/2024

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 διαγωνιζομένου 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).

10. 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 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

Αριθμός απόφασης: 470/2024

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.

11. 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 : α) η παρούσα Διακήρυξη με τα Παραρτήματα της, τα οποία αποτελούν αναπόσπαστο μέρος αυτής, [...] β) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) 22.Α. Λόγοι αποκλεισμού Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων: [...] 22.Α.2 α) Όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ή την εθνική νομοθεσία ή/και β) η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης [...] Άρθρο 22.Γ. [...] 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

Αριθμός απόφασης: 470/2024

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 εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 64 αυτού.[...]Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής 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») [...] 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, [...] 23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α. Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α, ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: [...]β) για την παράγραφο Α.2 του άρθρου 22: Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι: β1) πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας, [...]β2) πιστοποιητικό ασφαλιστικής ενημερότητας που εκδίδεται από τον e-ΕΦΚΑ.

Αριθμός απόφασης: 470/2024

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

23.9 Επίσημοι κατάλογοι εγκεκριμένων οικονομικών φορέων(α)Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους ή διαθέτουν πιστοποίηση από οργανισμούς πιστοποίησης που συμμορφώνονται με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης, κατά την έννοια του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, μπορούν να υποβάλλουν στις αναθέτουσες αρχές πιστοποιητικό εγγραφής εκδιδόμενο από την αρμόδια αρχή ή το πιστοποιητικό που εκδίδεται από τον αρμόδιο οργανισμό πιστοποίησης.(β) Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.ΕΠ. στις τάξεις 3^η έως και 7^η, 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 [...] - φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του άρθρου 23.3.(β) της παρούσας [...]

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

Αριθμός απόφασης: 470/2024

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.

12. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...» και «...» διότι δεν έχουν δηλώσει στο ΕΕΕΣ το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου των εργολαβικών τους συμβάσεων και δη ανά σύμβαση, η δε ως άνω πλημμέλεια των προσφορών τους δεν είναι δεκτική διευκρίνισης, κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016.

13. Επειδή, καταρχάς, οι αιτιάσεις του παρεμβαίνοντος ότι η υπό κρίση προσφυγή απαραδέκτως στρέφεται κατά της αρχικής υπ' αριθμ 6/2024 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η οποία δεν είναι πλέον σε ισχύ, τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες, δοθέντος ότι η υπ' αριθμ. 17/2024 απόφαση της αναθέτουσας αρχής θεωρείται συμπροβαλλόμενη με την υπ' αριθμ. 6/2024 απόφαση. Και τούτο διότι, με την υπ' αριθμ. 17/2024 απόφαση ακυρώθηκε εν μέρει η υπ' αριθμ 6/2024 απόφαση, ήτοι μόνον κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», από δε το περιεχόμενο της υπ' αριθμ 17/2024 απόφαση ουδόλως προκύπτει ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού ή/και η αναθέτουσα αρχή προέβη σε νέο έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής των λοιπών συμμετεχόντων, ως άλλωστε

Αριθμός απόφασης: 470/2024

συνάγεται και από τον χαρακτηρισμό περί ορθής επανάληψης του υπ' αριθμ. 1 Πρακτικού. Τούτο είχε ως αποτέλεσμα, η υπ' αριθμ. 17/2024 απόφαση της αναθέτουσας αρχής να αποτελεί, ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή των προσφορών του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...» και «...», βεβαιωτική της υπ' αριθμ 6/2024 απόφασης, εφόσον δε με την υπ' αριθμ. 17/2024 απόφαση της αναθέτουσας αρχής παραμένουν αποδεκτές οι προσφορές του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...» και «...», η σχετική κρίση καλύπτεται από το αιτητικό της προσφυγής.

14. 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 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 9, εν προκειμένω, δημιουργήθηκε αντικειμενική ασάφεια, ως προς το εάν συντρέχει απαίτηση της διακήρυξης για προαπόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου περί του ανεκτέλεστου, η οποία

Αριθμός απόφασης: 470/2024

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 καταλογιστεί στους οικονομικούς φορείς πλημμέλεια λόγω μη υποβολής προαποδεικτικής δήλωσης του ανεκτέλεστου υπόλοιπου. 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 ανωτάτων 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 έργων και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο.

15. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων υπέβαλε ΕΕΕΣ σύμφωνα με το υπόδειγμα της αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα να μην έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών του συμβάσεων, προσκόμισε όμως την από 20.12.2023 συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση στην οποία αναφέρει ότι *«...σύμφωνα με το άρθρο 23.1. της διακήρυξης, το οποίο αναφέρεται στη συμπλήρωση του Μέρους IV του ΕΕΕΣ Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις», δηλώνω ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών συμβάσεων είναι: 438.639,61€»* και άρα, βάσει της εκτεθείσας στην προηγούμενη σκέψη ασάφειας της διακήρυξης ως προς το ζήτημα της προαπόδειξης του κριτηρίου για το ανεκτέλεστο, ορθώς και νομίμως ο παρεμβαίνων προαπέδειξε την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής δια της υποβληθείσας συνοδευτικής του ΕΕΕΣ υπεύθυνης δήλωσης. Επίσης, ομοίως, λόγω της υφιστάμενης ασάφειας, ουδεμία πλημμέλεια, ως προς την προαπόδειξη του κριτηρίου του ανεκτέλεστου, παρουσιάζουν οι προσφορές

Αριθμός απόφασης: 470/2024

των οικονομικών φορέων «...» και «...», οι οποίοι έχουν υποβάλει και συμπληρώσει ΕΕΕΣ κατά το υπόδειγμα της αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου, δοθέντος ότι 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 δεν συνέτρεχε, εν προκειμένω, υποχρέωση των συμμετεχόντων να υποβάλλουν με την προσφορά τους και δήλωση με το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά σύμβαση, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτικά ως αβάσιμα, μη ερειδόμενα στη διακήρυξη, καθώς ο προσφεύγων προδήλως συγχέει το κριτήριο επιλογής του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης, το οποίο αφορά τη μη υπέρβαση του ανώτατου ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου των εργολαβικών συμβάσεων και το οποίο είναι το μόνο που πρέπει να προαποδειχθεί στο στάδιο της προσφοράς, δια της δήλωσης του σχετικού ποσού, με το μέσο απόδειξης αυτού του κριτηρίου, ήτοι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του άρθρου 23.5 της διακήρυξης. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτές τις προσφορές του παρεμβαίνοντος και των οικονομικών φορέων «...» και «...» και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

16. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...» διότι στο ερώτημα του Μέρους ΙΙ Ενότητα Α΄ του Ε.Ε.Ε.Σ. περί του εάν ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο απάντησαν εσφαλμένως θετικά, όπως επίσης εσφαλμένως απάντησαν αρνητικά και στο ερώτημα αν θα είναι σε θέση να προσκομίσουν βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχουν πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να τη λάβει απευθείας, μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων, με αποτέλεσμα η εν λόγω αρνητική απάντηση στο ερώτημα να συνιστά δήλωση περί πλήρωσης του λόγου αποκλεισμού του όρου 22.Α.2 της διακήρυξης, και επίσης οι εν λόγω συμμετέχοντες δεν προαποδεικνύουν, κατά τους όρους της διακήρυξης, ότι θα είναι σε θέση να προσκομίσουν τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά για τη μη

Αριθμός απόφασης: 470/2024

συνδρομή των λόγων αποκλεισμού περί αθέτησης των φορολογικών και κοινωνικοασφαλιστικών υποχρεώσεών τους. Η δε ως άνω πλημμέλεια των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...» δεν μπορεί, κατά τον προσφεύγοντα να διορθωθεί δια διευκρινίσεων, κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016.

18. Επειδή, οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό και οι οποίοι είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ, αλλά δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, όπως οι οικονομικοί φορείς «...» και «...» που ανήκουν στη δεύτερη τάξη, οφείλουν, επί ποινή ακυρότητας της προσφοράς τους, να απαντήσουν αρνητικά στο κύριο ερώτημα της ενότητας Α του Μέρους ΙΙ του ΕΕΕΣ *«Κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό»*, ως επίσης προδήλως και στο ερώτημα αν η πιστοποίηση καλύπτει τα κριτήρια επιλογής, καθώς η εν λόγω ορθή αρνητική απάντηση συνιστά προϋπόθεση, προκειμένου να ενεργοποιηθεί, στη συνέχεια, το ερώτημα της ίδιας ενότητας *«Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ... να τη λάβει απευθείας μέσω της πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος αυτή διατίθεται δωρεάν»*. Εν προκειμένω, όμως, οι οικονομικοί φορείς «...» και «...» απάντησαν εσφαλμένως θετικά στο κύριο ερώτημα της εγγραφής τους ή μη σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων και ομοίως απάντησαν εσφαλμένα αρνητικά στο ερώτημα αν θα είναι σε θέση να προσκομίσουν βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων, με αποτέλεσμα τη μη ρητή ανάληψη της δέσμευσής τους να προσκομίσουν τα οικεία πιστοποιητικά, γεγονός που καθιστά τη συμπλήρωση των ΕΕΕΣ τους πλημμελή, μη δυνάμενη, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 10, να αναπληρωθεί δια διευκρινίσεων ή έτερων απαντήσεων τους (βλ. ΔΕφΑθηνών 1487/2023, ΔΕφΠειραιά 78/2023 23/2023), γεγονός που συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να απορρίψει τις προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...» λόγω υποβολής ΕΕΕΣ

Αριθμός απόφασης: 470/2024

πλημμελώς συμπληρωμένων και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να γίνει δεκτή η παρέμβαση, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 17/29.01.2024 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...». και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή

Δέχεται την παρέμβαση

Ακυρώνει την υπ' αριθμ 17/29.01.2024 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 2.116,94 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Μαρτίου 2024 και εκδόθηκε στις 15 Μαρτίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**