

Η

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

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 19/04/2024, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 363/12-03-2024 του οικονομικού φορέα, ... με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»),

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

Την παρέμβαση της εταιρείας, με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την οικεία προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. .../2024, απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ... (απόσπασμα υπ' αριθμ. 7 Πρακτικού), κατά το μέρος που, κατ' έγκριση του από 04.12.2023, ...^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού, απερρίφθη η προσφορά της και έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Με την εν θέματι παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης 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 δεσμευμένο, ... αξίας 2.420 €, 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»].

2. Επειδή ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν.

Αριθμός Απόφασης: 646/2024

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 η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε τις απόψεις της στις 26/03/2024, δοθείσης της από 11/03/2024 κατάθεσης της επίμαχης προσφυγής. Επ' αυτών κατετέθη το από 01/04/2024 υπόμνημα της προσφεύγουσας δοθέντος ότι η 31^η/3/2024 ήταν ημέρα εξαιρετέα (Κυριακή).

4. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../13-11-2023 διακήρυξη του ... , προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), προϋπολογισμού μελέτης 483.870,97 Ευρώ, άνευ Φ.Π.Α. 24%, (600.000 Ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, αριθμός μελέτης 101/2023), για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «...». Το έργο χρηματοδοτείται από το ... με το ποσό των 580.000 € και από ΠΟΡΟΥΣ ΤΟΥ ...» με το ποσό των 20.000 €. Ειδικότερα, το αντικείμενο του έργου αφορά στην Προσφορές στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν οι εξής οικονομικοί φορείς: 1)... , 2)... , 3)... , 4)... , 5)... , 6)... , 7) η προσφεύγουσα και 8) η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθμ. .../2024 απόφαση της ... Επιτροπής του (απόσπασμα υπ' αριθμ. 7 πρακτικού) εγκρίθηκε το από 4-12-2023 πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού, απερρίφθησαν οι προσφορές των οικονομικών φορέων: 1) εταιρείας, με την επωνυμία «...» με αύξοντα αριθμό προσφοράς συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ... 2) εταιρείας, με την επωνυμία «...» με αύξοντα αριθμό προσφοράς συστήματος ΕΣΗΔΗΣ..., 3) εταιρείας, με την επωνυμία «...» με αύξοντα αριθμό προσφοράς συστήματος ΕΣΗΔΗΣ..., 4) εταιρείας, με την επωνυμία «...», 5) εταιρείας, με την επωνυμία «...» με αύξοντα αριθμό προσφοράς συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ... και 6) εταιρείας, με την επωνυμία «...» με αύξοντα αριθμό προσφοράς συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ... διότι δεν κατέθεσαν φάκελλο Τεχνικής Προσφοράς, απερρίφθη η προσφορά του οικονομικού φορέα, εταιρείας, με την επωνυμία «...» με αύξοντα αριθμό προσφοράς συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ... διότι ο φάκελλος της Τεχνικής του Προσφοράς ήταν ελλιπής και ειδικότερα δεν είχαν υποβληθεί οι υπεύθυνες δηλώσεις του νόμιμου εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, οι σχετικές με την ποιότητα/καταλληλότητα/τεχνική υποστήριξη για τους υπόγειους κάδους (σελ. 8 και 9 της Τεχνικής έκθεσης της

Αριθμός Απόφασης: 646/2024

αριθ. .../2023 μελέτης), ανεκηρύχθη δε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού η παρεμβαίνουσα.

5. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλλου, προκύπτει, ότι ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας εταιρείας από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία είναι μη νόμιμος, καθώς, από το σύνολο των ρητώς οριζομένων στην Διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον διαγωνισμό, προκύπτει άνευ ετέρου, ότι ουδεμία υποχρέωση υποβολής φακέλλου τεχνικής προσφοράς υπείχαν κατά το αρχικό στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής τους οι διαγωνιζόμενοι, οι οποίοι απαιτείτο να υποβάλουν με τον φάκελλο της προσφοράς τους συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ, την εγγυητική επιστολή συμμετοχής στον διαγωνισμό καθώς και το έντυπο της οικονομικής προσφοράς τους, όπως και υπέβαλε η προσφεύγουσα. Ουδέν άλλο έγγραφο απαιτείτο εκ των ρητώς οριζομένων στην διακήρυξη να υποβληθεί με την προσφορά της προσφεύγουσας, γεγονός που καθιστά μη νόμιμο τον αποκλεισμό από τον διαγωνισμό και ακυρωτέα την προσβαλλόμενη πράξη της Αναθέτουσας Αρχής. Με τις υποβληθείσες απόψεις της, η αναθέτουσα Αρχή ουδόλως αιτιολογεί την ορθότητα και νομιμότητα της απόφασης απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, καθώς ουδεμία μνεία και παραπομπή σε διάταξη/άρθρο της διακήρυξης του προκείμενου διαγωνισμού γίνεται σε αυτές, προς αιτιολόγηση του αποκλεισμού της προσφεύγουσας, ήτοι της υποχρέωσης να υποβάλει φάκελλο τεχνικής προσφοράς. Η δε αναφορά στο άρθρο 2.1 της Διακήρυξης, στο οποίο μνημονεύονται τα συμβατικά τεύχη- μεταξύ των οποίων το τεύχος της τεχνικής περιγραφής του έργου και η τεχνική μελέτη αυτού-, τα οποία είναι έγγραφα που έχουν συνταχθεί από την ίδια την Αναθέτουσα Αρχή, ουδόλως στοιχειοθετεί την υποχρέωση της προσφεύγουσας και των λοιπών διαγωνιζομένων να υποβάλουν φάκελλο τεχνικής προσφοράς, κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής καθώς στην διάταξη του άρθρου 53 παρ. 7 εδ. ε' του ν. 4412/2016 ορίζεται επί λέξει, ότι «τα τεχνικά τεύχη είναι σχέδια και κείμενα που δίνουν εικόνα του έργου που πρόκειται να κατασκευαστεί και των υποχρεώσεων που αναλαμβάνει ο ανάδοχος με τη σύμβαση (τεχνική περιγραφή, συγγραφές υποχρεώσεων κ.λπ.)». Ήτοι, οι προδιαγραφές, που τίθενται στο τεύχος της τεχνικής περιγραφής καθώς και στην μελέτη του έργου, οφείλουν να ληφθούν υπ' όψη από τον μελλοντικό

Αριθμός Απόφασης: 646/2024

ανάδοχο του έργου, κατά το στάδιο εκτέλεσης αυτού. Επιπροσθέτως, η αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται, ότι «...δεν διατυπώθηκαν απορίες (παράγραφος 2.3 άρθρου 2 της Αναλυτικής Διακήρυξης) ή προσφυγές κατά της αριθ. .../13.11.2023 αναλυτικής Διακήρυξης.», πλην, όμως, η διάταξη του άρθρου 24 της Διακήρυξης του διαγωνισμού, περί του περιεχομένου του φακέλλου της προσφοράς και δη η παράγραφος 24.2 περί του υποφακέλλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» ορίζει με σαφήνεια τα δικαιολογητικά (ΕΕΕΣ και εγγυητική επιστολή συμμετοχής), που απαιτούνται να υποβληθούν από τους διαγωνιζόμενους, κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής μη καταλείποντας οιαδήποτε αμφιβολία περί της μη υποχρέωσης υποβολής οιαδήποτε άλλου δικαιολογητικού, πόσο μάλλον φακέλλου τεχνικής προσφοράς, το περιεχόμενο του οποίου θα ανελύετο εκτενώς στις διατάξεις της προκείμενης διακήρυξης. Είναι δε άμοιρο νομικής επιρροής το γεγονός, ότι δύο εκ των οκτώ συμμετεχόντων στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων υπέβαλαν φάκελλο Τεχνικής Προσφοράς, καθώς η διακήρυξη του προκείμενου διαγωνισμού δεν απαιτούσε την υποβολή φακέλλου τεχνικής προσφοράς και δη επί ποινή αποκλεισμού. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα Αρχή, δια της προσβαλλόμενης με την ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή πράξης, παραβιάζει το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, το επιχείρημα της αναθέτουσας Αρχής υπέρ του αποκλεισμού της προσφεύγουσας, επικαλούμενης το γεγονός, ότι δύο εκ των οκτώ διαγωνιζόμενων υπέβαλαν φάκελλο τεχνικής προσφοράς, δεν ευσταθεί, καθώς η πλειοψηφία (δηλαδή, συνολικά έξι οικονομικοί φορείς περιλαμβανομένης της προσφεύγουσας) των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων, ερμηνεύοντας με όμοιο τρόπο τις διατάξεις της διακήρυξης (άρθρο 24.2 αυτής), κατέθεσαν πλήρη προσφορά, υποβάλλοντας το ΕΕΕΣ και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής στον διαγωνισμό.

6. Επειδή για τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας, που αφορούν στην προσφορά της παρεμβαίνουσας λεκτέα τα εξής. Η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα Αρχή, διά των ισχυρισμών τους, παραβλέπουν το γεγονός, ότι πρόκειται για τεχνικό έργο και δη προϋπολογισμού άνω των 300.000 € (χωρίς ΦΠΑ), ήτοι πρώτης τάξης, υπαγόμενο στις διατάξεις του ΠΔ 71/2019, το οποίο ορίζει ως κριτήριο συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα στον

Αριθμός Απόφασης: 646/2024

διαγωνισμό, τόσο τον μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών του κατά την τελευταία τριετία, ήτοι το ποσό των 150.000 € (άρθρο 51 παρ.11 ΠΔ 71/2019), όσο και το είδος αυτού, ήτοι την κατασκευή δημοσίων και ιδιωτικών έργων (άρθρο 51 παρ.2 ΠΔ71/2019). Σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα δεν αποκλείεται λόγω των ανωτέρω, από κάθε διαγωνισμό δημοσίου έργου, όπως ισχυρίζεται, διότι μπορεί να λάβει μέρος στα έργα προϋπολογισμού κάτω των 300.000, ήτοι τάξεις Α1 και Α2, έως ότου συμπληρώσει τον απαιτούμενο μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών για ανώτερες κατηγορίες βάσει του αρ. 51 του ΠΔ 71/2019. Επέκεινα, όπως ρητώς αναφέρεται στην ανωτέρω διακήρυξη, ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να αποδείξει, ότι έχει ελάχιστο μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών, κατά την τελευταία τριετία, 150.000 €, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 51 παρ.11 του ΠΔ 71/2019, το οποίο αναφέρεται στα «...» και εκ της ρητής αναφοράς στα οριζόμενα στο ΠΔ 71/2019 προκύπτει, ότι απαιτείται ο κύκλος εργασιών να αφορά στην εκτέλεση ιδιωτικών ή δημοσίων τεχνικών έργων και όχι γενικότερα σε οποιαδήποτε συναλλακτική δραστηριότητα, ενώ η μνεία των παραγράφων 4,5 και 11 του άρθρου 51 του ΠΔ 71/2019 αναφέρεται αποκλειστικά στον τρόπο απόδειξης του κύκλου των εργασιών και όχι στο είδος, όπως αβάσιμα υπολαμβάνει η παρεμβαίνουσα,. Συνελόντι ειπείν, η προσφορά της παρεμβαίνουσας τυγχάνει απορριπτέα. Τούτο, διότι η τριετής εμπειρία και ο κύκλος εργασιών, που ορίζει το άρθρο 51 του ΠΔ 71/2019, απαιτείται για τα έργα πρώτης τάξης (προϋπολογισμού άνω των 300.000 €), προκειμένου να διασφαλίζεται η εκτέλεση του έργου και δη, προκειμένου να αποδεικνύεται, ότι υπάρχει η τεχνική εμπειρία και δυνατότητα εκτέλεσης έργων αυτού του μεγέθους, προκειμένου να διασφαλίζεται το δημόσιο συμφέρον και να αποσοβούνται καθυστερήσεις ή ακόμη και πλήρης αδυναμία εκτέλεσης ενός έργου (ΑΕΠΠ αποφάσεις 1386/2021, 509/2019,901/2021 κ.α), προϋπόθεση που ουδόλως πληροί η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφεύγουσας να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, 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 19/04/2024 και εκδόθηκε στις 24/4/2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ