

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 5 Απριλίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 26/2/2024 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 270/26-2-2024 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στη «...», «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του «...» που εδρεύει στα «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο «...», οδός «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης της «...» της αναθέτουσας αρχής με αριθμό «...» που περιέχεται στο Πρακτικό «...» με θέμα 1ο (εκτός ημερήσιας διάταξης): «Εξέταση έγκρισης πρακτικού 1ου για την ανάθεση της σύμβασης «...», κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 11.493,71 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: «...»).

2. Με τη Διακήρυξη με αριθμό «...» η αναθέτουσα προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης «...»,

Αριθμός απόφασης: 657/2024

εκτιμώμενης αξίας 2.298.742,75 ευρώ. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις «...» (ΑΔΑΜ: «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α «...». Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 22η/1/2024.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν παραδεκτά έξι (6) οικονομικοί φορείς που κατετάγησαν κατά σειρά μειοδοσίας ως εξής: 1) «...» με έκπτωση 18,09%, 2) «...» (παρεμβαίνουσα) με έκπτωση 15,86%, 3) «...» (προσφεύγουσα) με έκπτωση 10,09%, 4) «...» με έκπτωση 7,00%, 5) «...» με έκπτωση 6,09% και 6) «...» με έκπτωση 5,16%. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού για τον έλεγχο και την αξιολόγηση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα. Η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους οικονομικούς φορείς στις 15/2/2024.

4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (δημόσιο έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης του αναθέτοντος φορέα, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

5. Η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα που συμμετέχει παραδεκτά στον διαγωνισμό ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας που προηγείται της ίδιας στον πίνακα μειοδοσίας.

6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς οικονομικούς φορείς στις 26/2/2024 και υπέβαλε τις απόψεις της στις 12/3/2024, νόμιμα και εμπρόθεσμα. Κατόπιν αυτού, η προσφεύγουσα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα στις 19/3/2024, νόμιμα και εμπρόθεσμα, δεδομένου ότι η πέμπτη και η έκτη ημέρα μετά την κοινοποίηση των απόψεων ήταν εξαιρετέες (Κυριακή και Καθαρή Δευτέρα).

Αριθμός απόφασης: 657/2024

7. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παρέμβαση στις 8/3/2024 νόμιμα και εμπρόθεσμα, καθώς επίσης και με έννομο συμφέρον, με αίτημα τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης του αναθέτοντος φορέα.

8. Η Διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και, ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει τόσο τους τρίτους, προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και τον αναθέτοντα φορέα που υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τους όρους της (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΣΤΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, 2551/2013, 5022/2012, 2635/2009, ΕΑ ΣΤΕ 15/2021, 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει τα εξής με τις κρίσιμες για την επίλυση της παρούσας διαφοράς διατάξεις: *«22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. ... Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο «...», 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. ...*

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. ... 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».

9. Με τον **μόνο λόγο της προδικαστικής προσφυγής**, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης, κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, παρά το γεγονός ότι η τελευταία δεν

Αριθμός απόφασης: 657/2024

ανέφερε στο ΕΕΕΣ της το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπόλοιπου κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς.

10. Η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα αντιτάσσουν στα παραπάνω ότι το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων θα πρέπει να αποδειχθεί από τον προσωρινό ανάδοχο και να ελεγχθεί κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

11. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η απαίτηση της Διακήρυξης είναι να μην υπερβαίνει ο οικονομικός φορέας τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς της, κρίσιμη δεν είναι η αναφορά του ακριβούς ποσού του ανεκτέλεστου, αλλά η δήλωση περί μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου, την οποία η ίδια έχει συμπεριλάβει στο ΕΕΕΣ της. Εξάλλου, κατά τους ισχυρισμούς της, η παρεμβαίνουσα διαθέτει ενημερότητα πτυχίου εν ισχύ, πράγμα που δήλωσε στο ΕΕΕΣ της, ώστε, σε συνδυασμό με τη δήλωσή της περί μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου να καλύπτεται η οικεία απαίτηση της Διακήρυξης.

12. Από τις προεκτεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης προκύπτει ότι το ΕΕΕΣ αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη για το ότι συντρέχουν στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα τα κριτήρια επιλογής για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό. Ειδικότερα, κατά την ειδική, ρητή και σαφή πρόβλεψη του άρθρου 23.1 της Διακήρυξης του προκείμενου διαγωνισμού, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού δεσμεύοντας τόσο τον αναθέτοντα φορέα όσο και τους διαγωνιζόμενους, οι συμμετέχοντες όφειλαν να αναγράψουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» (βλ. ΔΕΦΑΘ 280/2024, σκ. 15, ΔΕΦΘεσ/νίκης 42/2024, σκ. 16-19, 531/2023, 511/2023, 341/2023, 591/2022, 585/2022, ΔΕΦΠειρ 437/2023, ΔΕΦΚομοτηνής 36/2024, 44/2023, ΕΑΔΗΣΥ 1626/2023, 1424/2023, 1423/2023, 1397/2023, 1234/2023, 858/2023, 423/2023, σκ. 23-25, κ.α.). Περαιτέρω, στο αναρτημένο στα συνημμένα του διαγωνισμού ΕΕΕΣ είχε συμπεριληφθεί από την αναθέτουσα αρχή η παραπάνω Ενότητα του Μέρους IV, στην οποία όφειλαν οι

Αριθμός απόφασης: 657/2024

διαγωνιζόμενοι, σύμφωνα με τον παραπάνω ρητό όρο της Διακήρυξης, να δηλώσουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο.

13. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής το ΕΕΕΣ της (αρχείο «...»), στο ερώτημα του Μέρους IV του οποίου σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια έχει απαντήσει ως εξής: *«Το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων δεν υπερβαίνει τα όρια ανεκτέλεστου που τίθενται στα όρια του ν. 3669/2008 άρθρο 20 παρ. 4. Αν είμαστε προσωρινοί μειοδότες του έργου, θα σας προσκομίσουμε τις σχετικές βεβαιώσεις ανεκτέλεστου καθώς και την ενημερότητα πτυχίου».*

14. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω (σκέψη 12), το ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας με το περιεχόμενο αυτό δεν είναι σύμφωνο με τη Διακήρυξη, διότι, κατά παράβαση της ρητής απαίτησης του άρθρου 23.1 της Διακήρυξης, παρέλειψε να αναγράψει το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο οριζόμενο από τον παραπάνω όρο της Διακήρυξης πεδίο. Κατά συνέπεια, η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθεί λόγω πλημμέλειας των δικαιολογητικών συμμετοχής, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

15. Η παραπάνω διαπιστωθείσα πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν είναι ιάσιμη σύμφωνα με τα άρθρα 102 ν. 4412/2016 και 3.1.2.1 της Διακήρυξης, αφού τυχόν συμπλήρωση του ελλείποντος στοιχείου που ρητά απαιτείτο από τη Διακήρυξη θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση του ΕΕΕΣ (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 531/2023, 511/2023, 341/2023, ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, σκ. 19). Πολύ περισσότερο που στην προκείμενη περίπτωση καμία ασάφεια δεν υφίστατο στα έγγραφα της σύμβασης σχετικά με την επιβαλλόμενη από το άρθρο 23.1 της Διακήρυξης υποχρέωση των οικονομικών φορέων να δηλώσουν το υπόλοιπο του ανεκτέλεστου στην Ενότητα Β' περί Χρηματοοικονομικής και Οικονομικής Επάρκειας του Μέρους IV ΕΕΕΣ. Εξάλλου, το αναρτημένο υπόδειγμα του ΕΕΕΣ στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ περιείχε την οικεία ενότητα, και μάλιστα το πεδίο «Άλλες οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις», ώστε να μην καταλείπεται καμία αμφιβολία στους οικονομικούς φορείς ότι έπρεπε να παράσχουν την απαιτούμενη πληροφορία (ΣΤΕ

Αριθμός απόφασης: 657/2024

2325/2023 *a contrario*). Για τους παραπάνω λόγους, **ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής** πρέπει να γίνει δεκτός.

16. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5 Απριλίου 2024 και εκδόθηκε στις 25 Απριλίου 2024, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

Α/Α ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ