

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 9 Απριλίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 01.04.2024 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **296/01.03.2024** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», στο εξής «η προσφεύγουσα») που εδρεύει στην «...», «...».

ΚΑΤΑ

-Της «...» (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή») που εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της «...» με αριθμό «...», κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...».

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 605,00 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: «...»).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό «...» προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 120.967,74 ευρώ μη

Αριθμός Απόφασης : 674/2024

συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 06.12.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις «...» (ΑΔΑΜ: «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α «...».

3. Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 1^η.03.2024, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 20.02.2024, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 342/2024 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, ενώ στις 26.03.2024 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. «...».

5. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022} κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

6. Η Διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που

Αριθμός Απόφασης : 674/2024

προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΣΤΕ 1217/2018, 2434/2017, 1086/15, 4901/14, 2551/2013, 5022/12, 2635/2009, Ε.Α. ΣΤΕ 15/2021, 241/2020, 352/2016 και Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.), ορίζει στις κρίσιμες και εφαρμοστέες διατάξεις της τα εξής: «22.Γ. *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 υπόλοιπου 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*».

7. Με τον **μόνο λόγο προσφυγής**, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι πλημμελής, στο μέτρο που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «...», παρά το γεγονός ότι η τελευταία δεν ανέφερε στο ΕΕΕΣ της το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπόλοιπου κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της.

8. Από τους παραπάνω όρους της Διακήρυξης προκύπτει ότι το ΕΕΕΣ αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης

Αριθμός Απόφασης : 674/2024

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 (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «...») είχε συμπεριληφθεί από την αναθέτουσα αρχή η παραπάνω Ενότητα του Μέρους IV, στην οποία όφειλαν οι διαγωνιζόμενοι, σύμφωνα με τον παραπάνω ρητό όρο της Διακήρυξης, να δηλώσουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο.

9. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η «...» υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής το ΕΕΕΣ της (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «...»), στο ερώτημα του Μέρους IV του οποίου σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια έχει απαντήσει ως εξής: «...».

10. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω, το ΕΕΕΣ της «...» 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 εταιρείας αυτής έπρεπε να απορριφθεί λόγω πλημμέλειας των δικαιολογητικών συμμετοχής.

Αριθμός Απόφασης : 674/2024

11. Τέλος, η παραπάνω διαπιστωθείσα πλημμέλεια της προσφοράς της «...» 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 2325/2023 *a contrario*). Την ίδια θέση υιοθετεί και η αναθέτουσα αρχή, η οποία στο έγγραφο των απόψεών της αναφέρει τα εξής «Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι πράγματι ο οικονομικός φορέας «...» δεν δήλωσε το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργαλαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β, αλλά ούτε καν συμπεριέλαβε υπεύθυνη δήλωση για την μη υπέρβασή του. Η υπηρεσία εκ παραδρομής έκανε δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα, θεωρώντας ότι το ακριβές όριο ανεκτέλεστου υπολοίπου του οικονομικού φορέα «...», ο οποίος είχε ανακηρυχθεί προσωρινός μειοδότης, δεν ήταν απαραίτητο να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ, αλλά θα δηλωνόταν από τον προσωρινό ανάδοχο κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της Διακήρυξης και σε αντίθετη περίπτωση, θα εφαρμόζονταν όσα ορίζονται στο άρθρο 103 του Ν.4412/2016, περί απόρριψης της προσφοράς του και κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής του. Για τον ίδιο λόγο δεν επιλέγει και η εφαρμογή της διαδικασίας του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 περί Συμπλήρωσης - αποσαφήνισης πληροφοριών και δικαιολογητικών». Κατά συνέπεια, **ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.**

12. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή

Αριθμός Απόφασης : 674/2024

θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της «...».
3. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Απριλίου 2024 και εκδόθηκε στις 29 Απριλίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ