

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11 Ιουνίου 2021, δυνάμει της με αριθμό 1133/2021 Πράξης Προέδρου του Κλιμακίου, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 937/06-05-2021 της Κοινοπραξίας με την επωνυμία «...-...», που εδρεύει στα ...(...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται

Κατά του Δήμου ..., που εδρεύει στον οικείο Δήμο, επί της οδού Στ. ...αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται

και της παρεμβαίνουσας τεχνικής εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ...(...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται ν'ακυρωθεί η με αριθμό πρωτ. 75/20-04-2021 (αρ. πρωτ. 7364/22-04-2021) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του καθ' ου Δήμου, με την οποία εγκρίθηκε το 2<sup>ο</sup> Πρακτικό της Επιτροπής του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου με τίτλο «ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΕΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΕΙΣ ΒΕΛΤΙΩΣΗΣ ΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΠΕΖΟΔΡΟΜΙΩΝ ΚΑΙ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ» (διακήρυξη με ΑΔΑΜ: ... 2020-12-21) και ανακηρύχθηκε ως οριστικός ανάδοχος του υπόψη έργου η εταιρεία με την επωνυμία «...», προς τον σκοπό όπως απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας αυτής και αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία, κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και αποφάσισε τα εξής

## Αριθμός απόφασης: 1165 / 2021

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 4.033,00€, το οποίο αναλογεί στο προβλεπόμενο σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας, χωρίς ΦΠΑ, αξίας του υπό ανάθεση έργου, η οποία ανέρχεται στις 806.451,67€.

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή ανατέθηκε στο 2<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 06-05-2021 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, ο καθ' ου η προσφυγή Δήμος ... (στο εξής καλούμενος στην παρούσα «Δήμος» ή «αναθέτουσα αρχή»), με τη με αριθμό πρωτ. 26985/21-12-2020 διακήρυξή του κίνησε ανοιχτό, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΕΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΕΙΣ ΒΕΛΤΙΩΣΗΣ ΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΠΕΖΟΔΡΟΜΙΩΝ ΚΑΙ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ», με το σύστημα υποβολής προσφορών με επιμέρους ποσοστά έκπτωσης κατά ομάδες τιμών της παρ. 2α του άρθρου 95 του ν. 4412/2016, προϋπολογισμού 806.451,67€, πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 21-12-2020, με ΑΔΑΜ ..., ο δε διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό το συστημικό αριθμό .... Στον διαγωνισμό που διενεργήθηκε υπέβαλαν προσφορά δεκατέσσερις (14) διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα κοινοπραξία και η παρεμβαίνουσα εταιρεία. Μετά την αποσφράγιση του υποφακέλλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και του υποφακέλου «Οικονομική Προσφορά» των διαγωνιζομένων συντάχθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού ο πίνακας συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας. Πρώτη σε σειρά μειοδοσίας κατετάγη η προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας (με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 56,90 %), ενώ δεύτερη κατετάγη η προσφορά της προσφεύγουσας κοινοπραξίας (με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 56,10 %). Με την απόφαση με αριθμό 21/2021 της Οικονομικής Επιτροπής του καθ' ου

## Αριθμός απόφασης: 1165 / 2021

Δήμου επικυρώθηκε το 1<sup>ο</sup> Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού και προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης ανακηρύχθηκε η παρεμβαίνουσα εταιρεία. Ακολούθως, στις 22-02-2021, η εταιρεία αυτή κλήθηκε να προσκομίσει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατά το άρθρο 23 της Διακήρυξης, η οποία και τα κατέθεσε στις 04-03-2021. Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στον απαιτούμενο έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών και με το 2<sup>ο</sup> Πρακτικό της διαπίστωσε ότι εκπληρούνται οι όροι συμμετοχής, εισηγούμενη την ανάθεση της σύμβασης σε αυτήν. Τέλος, συνήλθε η Οικονομική Επιτροπή του καθ' ου Δήμου και με τη με αρ. πρωτ. 75/20-04-2021 απόφασή της (αρ. πρωτ. 7364/22-04-2021) ενέκρινε το ως άνω πρακτικό με αρ. 2 της Επιτροπής του Διαγωνισμού και ανακήρυξε ανάδοχο την παρεμβαίνουσα εταιρεία «...». Κατά της απόφασης αυτής της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... (στο εξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και με τους ειδικούς ισχυρισμούς που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης για την εκτέλεσή του και της νομικής φύσης του Δήμου ... που τον διενεργεί, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 22-04-2021 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 05-05-2021, δηλαδή την πρώτη εργάσιμη ημέρα μετά τις 02-05-2021, κατά την οποία εξέπνεε η προβλεπόμενη δεκαήμερη

## Αριθμός απόφασης: 1165 / 2021

προθεσμία για την άσκησή της, η οποία όμως ήταν Κυριακή του Πάσχα, ακολουθούσαν δε η αργία της Δευτέρας μετά το Πάσχα και η 4<sup>η</sup> Μαΐου κατά την οποία μεταφέρθηκε η αργία της Πρωτομαγιάς.

6. Επειδή, υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης του Δήμου και προς απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής, παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ. 39/2017, με την αναρτηθείσα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 14-05-2021 και κοινοποιηθείσα και στην ΑΕΠΠ παρέμβασή της παρεμβαίνει η εταιρεία με την επωνυμία «...» (στο εξής «...» ή «παρεμβαίνουσα»), η οποία σύμφωνα με όσα εκτίθενται στην 3<sup>η</sup> σκέψη της παρούσας είναι η ανάδοχος της σύμβασης.

7. Επειδή, περαιτέρω, στις 14-05-2021, ο Δήμος ... παραδεκτώς και εμπροθέσμως διαβίβασε στην ΑΕΠΠ μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις από ίδιας ημερομηνίας έγγραφες απόψεις του (έγγραφο με αρ. πρωτ. 8487/11-05-2021 του Δημάρχου του οικείου Δήμου).

8. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα, προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, στις 06-06-2021, παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του τελευταίου εδ. της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το από ίδιας ημερομηνίας υπόμνημά της.

9. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα κοινοπραξία συμμετείχε στον διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, που έχει γίνει δεκτή, κατετάγη δε 2<sup>η</sup> στη σειρά μειοδοσίας, κατά συνέπεια με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της απόφασης με την οποία δεν απορρίπτεται η προσφορά της 1<sup>ης</sup> μειοδότριας και αναδόχου της σύμβασης, λόγω των διισχυριζόμενων στην προσφυγή πλημμελειών στα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσής της, διότι αν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ήθελε κριθούν βάσιμοι, τότε αυτή θα ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

10. Επειδή, η διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού και δεσμεύει, συνεπώς, τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και όλους όσοι συμμετέχουν ανεπιφύλακτα σ'αυτόν (ΣΤΕ ΕΑ 632/2010, ΣΤΕ 4231/2000 7μ), στο κεφάλαιο Κριτήρια επιλογής (22.Β - 22.Δ) στο άρθρο 22.Γ. «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», ορίζει τα εξής: «Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, 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.» και στο άρθρο 23 «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής», μεταξύ άλλων, ότι «23.1 ... 23.2 Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας. ... Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ). ... 23.5 Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.Ε.Π: - είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει - είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Σε κάθε περίπτωση, η βεβαίωση εγγραφής μπορεί να υποβάλλεται για την απόδειξη μόνο ορισμένων απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ, ενώ για την

## Αριθμός απόφασης: 1165 / 2021

απόδειξη των λοιπών απαιτήσεων μπορούν να προσκομίζονται ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016 , ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 22.Γ απαίτηση. Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: - με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει 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 ...

23.8 Σχετικά με τον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου: Σε περίπτωση νομικού προσώπου, υποβάλλονται ηλεκτρονικά, στον φάκελο “Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου, τα νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου και τα οποία πρέπει να έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός αν σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος. ... Εάν ο προσφέρων είναι Ο.Ε, Ε.Ε , ΙΚΕ: 1. Αντίγραφο του καταστατικού, με όλα τα μέχρι σήμερα τροποποιητικά, ή φωτοαντίγραφο επικυρωμένου, από δικηγόρο, κωδικοποιημένου καταστατικού, εφόσον υπάρχει. 2. Πιστοποιητικά αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής περί των τροποποιήσεων του καταστατικού. 3. Σε περίπτωση εγκατάστασης τους στην αλλοδαπή, τα δικαιολογητικά σύστασής τους εκδίδονται με βάση την ισχύουσα νομοθεσία της χώρας που είναι εγκατεστημένα, από την οποία και εκδίδεται το σχετικό πιστοποιητικό. 23.9 Επίσημοι κατάλογοι εγκεκριμένων οικονομικών φορέων. (α) ... Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.ΕΠ. εφόσον υποβάλλουν «Ενημερότητα Πτυχίου» εν ισχύ, απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής των δικαιολογητικών: - απόσπασμα ποινικού μητρώου του άρθρου 23.3.(α) της παρούσας για τον Πρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο εργοληπτικής επιχείρησης. Για τα λοιπά μέλη του Δ.Σ της εταιρείας, θα πρέπει να υποβληθεί αυτοτελώς απόσπασμα ποινικού μητρώου, καθόσον τα πρόσωπα αυτά δεν καλύπτονται από την Ενημερότητα Πτυχίου. - φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα του άρθρου 23.3.(β) της παρούσας. - τα πιστοποιητικά από το αρμόδιο Πρωτοδικείο και το ΓΕΜΗ του άρθρου 23.3.(γ)

## Αριθμός απόφασης: 1165 / 2021

της παρούσας υπό την προϋπόθεση όμως ότι καλύπτονται πλήρως (όλες οι προβλεπόμενες περιπτώσεις) από την Ενημερότητα Πτυχίου. - το πιστοποιητικό από το αρμόδιο επιμελητήριο όσον αφορά το λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22. Α.4. (θ). - το πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής για την ονομαστικοποίηση των μετοχών του άρθρου 23.3 (στ). - τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης της εργοληπτικής επιχείρησης. ...». Τέλος, το άρθρο 4.2 της διακήρυξης «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης», ορίζει, μεταξύ άλλων ότι «...(δ) Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντα φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας.»

11. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα κοινοπραξία ισχυρίζεται ότι για την απόδειξη της απαίτησης του όρου 22.Γ της διακήρυξης η εταιρεία ... δεν υπέβαλε δύο (2) υπεύθυνες δηλώσεις, μία που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της (εν προκειμένω, την 18-01-2021) και μία που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (εν προκειμένω, μετά την 22-02-2021, ημερομηνία πρόσκλησης, για την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης). Αντιθέτως υπέβαλε μία (01) υπεύθυνη δήλωση, από το περιεχόμενο της οποίας δεν μπορεί, με ασφάλεια και βεβαιότητα, να αποδειχθεί εάν τα περιλαμβανόμενα, σε αυτήν έργα αφορούν τόσο το χρόνο υποβολής της προσφοράς, όσο και το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επιπλέον, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν δηλώνεται σαφώς και ρητώς, όπως επιτάσσει η διακήρυξη και ο νόμος, εάν σε αυτά τα δύο χρονικά ορόσημα, η εν λόγω εταιρεία δεν υπερέβαινε το σχετικό όριο ανεκτελέστου υπολοίπου αποτυγχάνοντας, έτσι, να καλύψει την απαίτηση

## Αριθμός απόφασης: 1165 / 2021

των ρητών όρων της διακήρυξης (23.2, 22.Γ και 23.5) και του νόμου (παρ. 4 του άρθρου 20 του Ν. 3669/2008), για απόδειξη της μη υπέρβασης του ανεκτελέστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, ήτοι την 18-01-2021, όσο και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι την 04-03-2021. Η προσφεύγουσα, τέλος, επισημαίνει ότι η προσωρινή μειοδότηρια υπέβαλε ένα και μόνο πίνακα ανεκτελέστου, με ημερομηνία ηλεκτρονικής υπογραφής του την 03-03-2021, συνοδεύον την μία (1), από 04-03-2021, Υπεύθυνη Δήλωση περί ανεκτελέστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, με συνέπεια, αφενός μεν, η εταιρεία «...» να μην δηλώνει υπεύθυνα και αναλαμβάνοντας τις συνέπειες του νόμου, τη μη υπέρβαση του ανεκτελέστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων της, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της, αφετέρου δε, να μην προσκομίζει, όπως επιτάσσει η διακήρυξη (άρθρα 4.2, 22.Γ και 23.2 και 23.3 αυτής) τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, όπως επί ποινή αποκλεισμού, ορίζεται.

13. Επειδή, σε σχέση με την απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου περί χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας του άρθρου 22Γ της διακήρυξης, δεν προκύπτει με ρητή και σαφή επί ποινή αποκλεισμού διάταξη ότι ο προσωρινός ανάδοχος απαιτείτο να υποβάλει δύο (2) διακριτές μεταξύ τους υπεύθυνες δηλώσεις, μία που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και μία που να καλύπτει τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Θα μπορούσε συνεπώς να υποβάλει μία υπεύθυνη δήλωση. Αρκεί από την προσκομιζόμενη με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπεύθυνη δήλωση και το συνοδεύοντα αυτή πίνακα ανεκτελέστου να αποδεικνύεται ότι ο προσωρινός ανάδοχος δεν υπερέβαινε τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει, ούτε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αλλ' ούτε ότι τα υπερβαίνει κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε διαφορετική περίπτωση, και ενόψει των διατυπώσεων της πρώτης περιόδου του άρθρου 23.2 της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, η προσφορά του θα πρέπει ν' απορριφθεί, διότι δεν θα έχει αποδείξει



## Αριθμός απόφασης: 1165 / 2021

ότι πληροί όλους τους όρους συμμετοχής και στα δύο χρονικά ορόσημα που θέτει επί ποινή αποκλεισμού η διακήρυξη. Όσα δε περί του αντιθέτου υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα είναι απορριπτικά ως αβάσιμα. Στην προκειμένη περίπτωση, από τον φάκελο της υπόθεσης προκύπτει ότι η εταιρεία ..., παρότι υπέβαλε βεβαίωση εγγραφής της στο ΜΕΕΠ, δεν υπέβαλε ενημερότητα πτυχίου, επιπλέον δε υπέβαλε την από 04-03-2021 υπεύθυνη δήλωση, στην οποία δήλωσε επί λέξει ότι: «Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις που προβλέπονται από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/1986, δηλώνω, ως νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας ..., με έδρα την ..., ...ΤΚ:..., ΑΦΜ :..., ότι σύμφωνα με τον πίνακα ανεκτελέστου ότι το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων που εκτελεί η εταιρεία δεν υπερβαίνει τα όρια ανεκτελέστου (άρθρο 20, παρ.4 Ν.3669/2008)». Επιπλέον υπέβαλε και τον υπογεγραμμένο από 03-03-2021 πίνακα ανεκτελέστου, από τον οποίο προκύπτει το υπόλοιπο ανεκτέλεστο των συμβάσεων που σε αυτόν αναφέρονται ότι εκτελεί. Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα κοινοπραξία, όμως, από τον ένα και μόνο πίνακα ανεκτελέστου, με ημερομηνία ηλεκτρονικής υπογραφής του την 03-03-2021, και το περιεχόμενο της από 04-03-2021 Υπεύθυνης Δήλωσης της εταιρείας ... περί ανεκτελέστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, δεν αποδεικνύεται ότι η εταιρεία αυτή δεν υπερέβαινε τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της (εν προκειμένω, την 18-01-2021), αλλά μόνον κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (εν προκειμένω, μετά την 22-02-2021, ημερομηνία πρόσκλησης, για την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης). Κατά συνέπεια, και ενόψει των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω, η προσφορά της εταιρείας ... μη νομίμως έγινε δεκτή, η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει για τον λόγο αυτό ν' ακυρωθεί, του πρώτου λόγου της κρινόμενης προσφυγής γενομένου δεκτού.

14. Επειδή, περαιτέρω, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρεία ... υπέβαλε πιστοποιητικό ΓΕΜΗ περί των τροποποιήσεων του καταστατικού της, πλην όμως, αυτό φέρει ημερομηνία έκδοσης την 08-01-2021 (βλ. Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ με αρ. πρωτ. 1362970.1960288/08-01-2021), ήτοι, πέραν των μέγιστων προβλεπόμενων

## **Αριθμός απόφασης: 1165 / 2021**

τριάντα (30) εργασίμων ημερών, από την υποβολή του. Επιπλέον, δεν υπέβαλε αντίγραφο του καταστατικού της, με συνέπεια, να παραβεί την ρητή και ευθεία απαίτηση της διακήρυξης, περί υποβολής του. Εξάλλου, την υποβολή πιστοποιητικού ΓΕΜΗ περί των τροποποιήσεων του καταστατικού της εκδοθέν σε χρόνο μεγαλύτερο των 30 ημερών από την υποβολή του συνομολογεί και η παρεμβαίνουσα, ισχυρίζεται ωστόσο ότι όπως προκύπτει και από νεότερα πιστοποιητικά του Γ.Ε.ΜΗ (υπ' αριθ. πρωτ. 1485667.2145949/12-05-2021 και 1465791.2114986/15-04-2021), τα οποία προσκομίζει συνημμένα στην παρέμβασή της, δεν έχει καμία εταιρική μεταβολή καθ' όλο το διάστημα της έως σήμερα λειτουργίας της, η κατάστασή της δε, όπως αυτή αποτυπώθηκε στο από 8-1-2021 πιστοποιητικό του Γ.Ε.ΜΗ., ουδόλως διαφέρει από την κατάσταση στην οποία βρισκόταν κατά την ημέρα υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ως εκ τούτου αποκλεισμός της για το λόγο αυτό θα συνιστούσε αφόρητη τυπολατρία (και όχι τήρηση της αρχής της τυπικότητας) και αδικαιολόγητη εμμονή στη γραμματική διατύπωση της οικείας διάταξης της διακήρυξης, χωρίς όμως να συνάγεται ποια είναι τα προστατευτέα δικαιώματα, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, που θα προασπίζονταν με τον εξ αυτού του λόγου αποκλεισμό της. Ο ως άνω ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας όμως είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο, διότι ενόψει της ρητής και αδιάσπικτης διατύπωσης του άρθρου 4.2 δ) ii) της διακήρυξης και της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας που διέπει τις διαδικασίες σύναψης ημοσίων συμβάσεων, αλλά και της τυπικότητας που διέπει τη συμπλήρωση εντύπων και τον τρόπο σύνταξης εν γένει των προσφορών, στο πλαίσιο των διαδικασιών διενέργειας δημοσίων διαγωνισμών (ΣΤΕ 346/2017, 184/2017, 860/2011, 38/2011), η παράλειψη της προσωρινής μειοδότης εταιρείας να υποβάλει ρητώς αξιούμενο έγγραφο στα υποβληθέντα, εκ μέρους της, δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, αποτελεί ουσιώδη έλλειψη και καθιστά υποχρεωτική, άνευ ετέρου, την απόρριψη της προσφοράς της. Ούτε, άλλωστε, είναι βάσιμος ο ισχυρισμός της ότι δεν είχε υποχρέωση να υποβάλλει οποιοδήποτε σχετικό με τη νομιμοποίησή της έγγραφο, δεδομένου ότι τα στοιχεία αυτά προκύπτουν από τον διαδικτυακό τόπο του Γ.Ε.ΜΗ. στον οποίο είχε ελεύθερη πρόσβαση η αναθέτουσα αρχή. Και τούτο διότι κατά τη ρητή διατύπωση του άρθρου 23.2 της διακήρυξης του διαγωνισμού, τότε μόνο οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα

αποδεικτικά στοιχεία, όταν σχετική δήλωση για την πρόσβαση της αναθέτουσας αρχής σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), περίπτωση που δεν ισχύει εν προκειμένω, καθώς στο ΤΕΥΔ που η εταιρεία ... υπέβαλε δεν αναφέρεται η βάση δεδομένων του ΓΕΜΗ ως η βάση από την οποία η αναθέτουσα αρχή μπορεί ν' αντλήσει τις σχετικές με τη νομιμοποίησή της πληροφορίες, αντιθέτως ως τέτοια βάση αναφέρεται μόνον η σχετική με την τήρηση του ΜΕΕΠ διεύθυνση μητρώων του ΥΠΟΜΕΔΙ, από την οποία όμως δεν προκύπτει ότι μπορεί ν' αντληθεί ούτε το καταστατικό της, ούτε η πληροφορία περί των τροποποιήσεών του. Κατά συνέπεια, η εταιρεία ... είχε υποχρέωση να υποβάλει τα προβλεπόμενα στο άρθρο 23.8 έγγραφα και στοιχεία σχετικά με τον έλεγχο νομιμοποίησής της από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου και τα οποία να έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους (Αντίγραφο του καταστατικού, με όλα τα μέχρι σήμερα τροποποιητικά, ή φωτοαντίγραφο επικυρωμένου, από δικηγόρο, κωδικοποιημένου καταστατικού, εφόσον υπάρχει και Πιστοποιητικά αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής περί των τροποποιήσεων του καταστατικού της), τα οποία αφού δεν υπέβαλε κατά τους όρους της διακήρυξης, η προσφορά της σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4.2 δ) της διακήρυξης μη νομίμως έγινε δεκτή. Τούτων, έπεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση που δεν απέρριψε την προσφορά της εταιρείας ... παρότι δεν υπέβαλε το σύνολο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με όσα γίνονται δεκτά ανωτέρω, έσφαλε και πρέπει και για τον λόγο αυτό ν' ακυρωθεί. Συνακόλουθα, πρέπει να γίνει δεκτός και ο τρίτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

15. Επειδή, οι ως άνω πλημμέλειες των δικαιολογητικών κατακύρωσης της προσωρινής αναδόχου της σύμβασης, εταιρείας ..., οι οποίες δεν μπορούσαν να συμπληρωθούν, παρέχουν, κατά τις διατάξεις του άρθρου 4.2δ) ii) της διακήρυξης, αυτοτελές νόμιμο έρεισμα η κάθε μία για την απόρριψη της προσφοράς της στον επίμαχο διαγωνισμό και την αποδοχή του αιτήματος της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής για ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης που δεν απέρριψε την προσφορά της εταιρείας αυτής, κατά συνέπεια, η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής που προβάλλουν επιπλέον πλημμέλειες στα δικαιολογητικά αυτά της εταιρείας ... παρέλκει ως

## **Αριθμός απόφασης: 1165 / 2021**

αλυσιτελής (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑΘ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 239/2019, 841/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

16. Επειδή, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η δε παρέμβαση πρέπει ν'απορριφθεί.

17. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα κοινοπραξία πρέπει να της επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει, σύμφωνα με το σκεπτικό, τη με αριθμό πρωτ. 75/20-04-2021 (αρ. πρωτ. 7364/22-04-2021) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με την οποία εγκρίθηκε το 2<sup>ο</sup> Πρακτικό της Επιτροπής του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου με τίτλο «ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΕΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΕΙΣ ΒΕΛΤΙΩΣΗΣ ΒΑΤΟΤΗΤΑΣ ΠΕΖΟΔΡΟΜΙΩΝ ΚΑΙ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ» (διακήρυξη με ΑΔΑΜ: ... 2020-12-21) και ανακηρύχθηκε ως οριστικός ανάδοχος του υπόψη έργου, η εταιρεία με την επωνυμία «...».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα για την εξέταση της προσφυγής της.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 11 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 1<sup>η</sup> Ιουλίου 2021 από τον αναπληρωτή της νέας Προέδρου του 2<sup>ου</sup> Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθ. 71/28.06.2021 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Χρήστος Σώκος**

**Μιχαήλ Γ. Σοφιανός**