

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 08.07.2021 με ΓΑΚ 1362/9-7-2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....που εδρεύει στον .....», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται α) να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 21/234/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής (οικονομικής Επιτροπής του .....), η οποία περιελήφθη στο με αρ. πρακτικό 21 της συνεδρίασης της 1.6.2021, δια της οποίας εγκρίθηκε το από 11.1.2021 πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης Διαγωνισμού και απερρίφθη η προσφορά της και β) να ακυρωθεί η ίδια πράξη και κατά το σκέλος κατά το οποίο δεν διαπιστώθηκε ότι η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «..... φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή κατά παράβαση των άρθρων 88 και 89 του Ν. 4412/2016

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, με ηλεκτρονικό κωδικό ..... ποσού €2.540,00

2. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ ..... 2020-12-18 Διακήρυξη Διαγωνισμού Ανοικτής Διαδικασίας, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό

## Αριθμός απόφασης: 1427/2021

με ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου της συμβάσεως, κάτω των ορίων του Ν.4412/2016, για την κατασκευή του έργου με τίτλο «...» (CPV: .....) και με εκτιμώμενη αξία 629.543,52 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%. Αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης, είναι η διενέργεια εργασιών επισκευής σκυροδεμάτων, επιχρισμάτων, χρωματισμών, υγρομονώσεων, κατασκευής στέγαστρων, αντικατάστασης φθαρμένων κουφωμάτων, συντήρησης Η/Μ εξοπλισμού και γενικές εργασίες συντήρησης κτιρίων, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 11.3 της Διακηρύξεως. Κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με το άρθρο 14 της Διακηρύξεως είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 4η.1.2021, ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00, ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης ορίστηκε η 11η.1.2021, ημέρα ομοίως Δευτέρα και ώρα 10:00. Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ .....

3. Επειδή, όπως καταγράφεται στο από 11.1.2021 1ο Πρακτικό Επιτροπής Αξιολόγησης για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης του έργου: «Συντήρηση δημοτικών κτιρίων» στον διαγωνισμό συμμετείχαν οκτώ διαγωνιζόμενοι, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε και ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού κατάλογο μειοδοσίας, σύμφωνα με τον οποίο κατετάγη πρώτη στη σειρά η εταιρεία με την επωνυμία «.....» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 62,87%, δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας κατετάγη η προσφεύγουσα με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 46,43%, ενώ τρίτη κατετάγη η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» με προσφερόμενη έκπτωση 40,13%. Εν συνεχεία η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε στην Οικονομική Επιτροπή : 1) Την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....» διότι δεν δηλώνει στο ΤΕΥΔ αν έχει ίδια Κεφάλαια ή καταθέσεις σε τράπεζα ή/ και πάγια στοιχεία συνολικής αξίας ύψους 50.000 €. 2) Την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....» διότι δεν δηλώνει στο ΤΕΥΔ Α) αν έχει ίδια Κεφάλαια ή καταθέσεις σε τράπεζα ή/ και πάγια στοιχεία συνολικής αξίας ύψους 50.000 € και β) ότι ο Κύκλος εργασιών τελευταίας τριετίας είναι 150.000 ευρώ. 3) Την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....» διότι δεν δηλώνει στο ΤΕΥΔ αν έχει ίδια Κεφάλαια ή καταθέσεις σε τράπεζα ή/ και πάγια στοιχεία συνολικής αξίας ύψους 50.000 €. 4) Την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα

## Αριθμός απόφασης: 1427/2021

«.....» διότι ο κύκλος εργασιών της τελευταίας τριετίας που δηλώνει είναι <150.000,00€ που ζητάει η διακήρυξη του έργου. 5) Την ανάθεση της σύμβασης στον προσωρινό ανάδοχο «.....» με μέση έκπτωση 40,13%. Με την προσβαλλόμενη με αριθμ. 21/234/2021 απόφασή της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκε το από 11.01.2021 πρακτικό της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού, απορρίφθηκε μεταξύ άλλων η προσφορά της προσφεύγουσας και ανεδείχθη προσωρινός ανάδοχος του έργου ο οικονομικός φορέας που κατετάγη τρίτος στη σειρά μειοδοσίας με την επωνυμία «.....».

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα, εμπρόθεσμα και με έννομο συμφέρον, στις 08.07.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 12.07.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό 29/343/2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 23.07.2021, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς το από 28.07.2021 Υπόμνημά της.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των

## Αριθμός απόφασης: 1427/2021

ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της στρέφεται κατά του λόγου αποκλεισμού της και ισχυρίζεται ότι η Διακήρυξη για τη συμμετοχή ενός οικονομικού φορέα στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, προβλέπει ότι είναι απαραίτητο να διαθέτει αφενός Ίδια Κεφάλαια ή καταθέσεις σε τράπεζα ή/ και πάγια στοιχεία ύψους 50.000€ και αφετέρου κύκλο εργασιών τελευταίες τριετίας ύψους 150.000€. Όσον αφορά των τρόπο απόδειξης των κριτηρίων αυτών, η Διακήρυξη διακρίνει μεταξύ των δύο ακόλουθων περιπτώσεων: Α. Αναφορικά με τις εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ επιχειρήσεις τα ως άνω κριτήρια επάρκειας αποδεικνύονται δια της προσκομίσεως της βεβαιώσεως εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που παρέχει. Β. Αποκλειστικά στην περίπτωση, που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ δεν αποδεικνύονται από την ανωτέρω βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. , τότε μόνο ο εκάστοτε οικονομικός φορέας οφείλει να επικαλεσθεί πρόσθετα αποδεικτικά μέσα για την κάλυψη των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που δεν καλύπτονται εκ της χορηγηθείσας βεβαιώσεως. Επομένως, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η επίκληση της βεβαιώσεως εγγραφής της στην 3η τάξη του ΜΕΕΠ αρκούσε για την απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και δη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και στην πραγματικότητα πιστοποιούσε την υπερκάλυψη αυτών, χωρίς να απαιτείται να γίνει άλλη μνεία στο ΤΕΥΔ.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής: Το άρθρο 23.5 της Διακήρυξης ορίζει ότι *«Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.ΕΠ: • είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, όπως αυτό ισχύει κατά τα αναλυτικά οριζόμενα στο Π.Δ. 71/2019, ιδίως κατά τη μεταβατική περίοδο εφαρμογής του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. (άρθρο 65 του ΠΔ 71/2019 ) 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*

## **Αριθμός απόφασης: 1427/2021**

(Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 και του άρθρου 57 του ΠΔ 71/2019[...]. Επίσης το άρθρο 22.Γ της Διακήρυξης ορίζει ότι «1. Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν κατ' ελάχιστο: 1α: Ίδια Κεφάλαια ή καταθέσεις σε τράπεζα ή/ και πάγια στοιχεία συνολικής αξίας ύψους 50.000 €. Τα πάγια αυτά στοιχεία αφορούν γήπεδα, οικόπεδα, κτίρια, μηχανολογικό εξοπλισμό και μεταφορικά μέσα. Ως αξία παγίων για τα ακίνητα λαμβάνεται, κατ' επιλογή της επιχείρησης είτε η αντικειμενική αξία που ισχύει κατά το χρόνο υποβολής της αίτησης, πιστοποιούμενη από συμβολαιογράφο είτε η αξία αυτών, όπως προσδιορίζεται από τα οριστικά συμβόλαια αγοράς ή το κόστος ιδιοκατασκευής τους, όπως είναι εγγεγραμμένο στα βιβλία της επιχείρησης. Για τον εξοπλισμό και τα μεταφορικά μέσα, η αξία τους προσδιορίζεται με βάση τις διατάξεις των παρ. 7, 8 και 9 του άρθρου 51 του Π.Δ. 71/2019 & 1β : Κύκλο εργασιών τελευταίας τριετίας: 150.000 ευρώ. 3. Οι Οικονομικοί φορείς που εκπληρώνουν τα κριτήρια επιλογής της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δύναται να συμμετέχουν στην παρούσα διαδικασία ανάθεσης ανεξαρτήτως της εγγραφής τους σε τάξεις του ΜΕΕΠ του ν. 3669/2008 ή του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. του Π.Δ. 71/2019, ενώ δε η παραπομπή της προηγούμενης παραγράφου σκοπεύει αποκλειστικά στην περιγραφή των απαιτήσεων συμμετοχής στον παρόντα διαγωνισμό».

Σύμφωνα με τα ως άνω άρθρα της Διακήρυξης οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ίδια Κεφάλαια ή καταθέσεις σε τράπεζα ή/ και πάγια στοιχεία ύψους 50.000€ και κύκλο εργασιών της τελευταίας τριετίας ύψους 150.000€. Η χρηματοοικονομική αυτή επάρκεια αποδεικνύεται είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π ή στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν είναι εγγεγραμμένος στο Μ.Ε.Ε.Π. από την υποβολή ενός ή περισσότερων αποδεικτικών μέσων. Η προσφεύγουσα στο υποβληθέν ΤΕΥΔ της στην ερώτηση αν είναι εγγεγραμμένη σε επίσημο κατάλογο/Μητρώο δήλωσε ότι είναι εγγεγραμμένη στην 3η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ στην κατηγορία «οικοδομικά». Στην συνέχεια στο ΤΕΥΔ ορίζονται τα εξής: «Εάν ναι: Απαντήστε στα υπόλοιπα τμήματα της παρούσας ενότητας, στην ενότητα Β, και όπου απαιτείται στην ενότητα Γ του παρόντος μέρους, συμπληρώστε το Μέρος V κατά περίπτωση, και σε κάθε περίπτωση συμπληρώστε και υπογράψτε το μέρος VI. Α) Αναφέρετε την ονομασία του καταλόγου ή του πιστοποιητικού και τον σχετικό αριθμό εγγραφής

**Αριθμός απόφασης: 1427/2021**

ή πιστοποίησης κατά περίπτωση: Β) Εάν το πιστοποιητικό εγγραφής ή η πιστοποίηση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Γ) Αναφέρετε τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή ή η πιστοποίηση, και κατά περίπτωση την κατάταξη στον επίσημο κατάλογο:[...]. Η προσφεύγουσα απάντησε αναλυτικά αναφέροντας το μητρώο της στο ΜΕΕΠ και τις υπόλοιπες πληροφορίες που απαιτούνταν. Εν συνεχεία στο ΤΕΥΔ υπήρχε η ερώτηση αν η πιστοποίηση του οικονομικού φορέα καλύπτει όλα τα στοιχεία συμμετοχής και εάν δεν καλύπτονταν ανέφερε «Εάν όχι: Επιπροσθέτως, συμπληρώστε τις πληροφορίες που λείπουν στο μέρος IV, ενότητες Α, Β, Γ, ή Δ κατά περίπτωση ΜΟΝΟ εφόσον αυτό απαιτείται στη σχετική διακήρυξη ή στα έγγραφα της σύμβασης». Όπως προκύπτει από την ερμηνεία των ανωτέρω, η προσφεύγουσα θα ήταν υποχρεωμένη να συμπληρώσει τις πληροφορίες στο μέρος IV, ενότητες Α, Β, Γ ή Δ, μόνο εάν η πιστοποίηση της δεν κάλυπτε όλα τα στοιχεία συμμετοχής. Εν προκειμένω όμως, η δήλωση της εγγραφής της στην 3<sup>η</sup> τάξη ΜΕΕΠ πιστοποιεί την κάλυψη των κριτηρίων συμμετοχής όπως αυτά απαιτούνται από τα άρθρα 23.5 και 22.Γ της Διακήρυξης αλλά και από τα αναγραφόμενα στο ίδιο το ΤΕΥΔ. Επίσης, με την εγγραφή της στο ΜΕΕΠ η προσφεύγουσα προαπέδειξε τα τεθέντα χρηματοοικονομικά κριτήρια και δεν απαιτείται η συμπλήρωση των επιμέρους πεδίων του ΤΕΥΔ που αφορούσαν την χρηματοοικονομική και οικονομική επάρκεια της. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι οι αντίθετοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής είναι αβάσιμοι, αφού όπως εκτέθηκε ανωτέρω, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα πληροί τις λοιπές οικονομικές και χρηματοοικονομικές απαιτήσεις της Διακήρυξης και ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

9. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τους υπόλοιπους λόγους της προσφυγής της προβάλλει επικουρικές αιτιάσεις κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, η εξέταση των οποίων όμως παρέλκει καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση έχει ήδη κριθεί ακυρωτέα σύμφωνα με την ανωτέρω σκέψη 8.

10. Επειδή, τέλος η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «...» και ισχυρίζεται ότι φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή και ως εκ τούτου έπρεπε να κινηθεί η διαδικασία αιτιολόγησης, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 88 και 89 του Ν. 4412/2016.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της

## **Αριθμός απόφασης: 1427/2021**

υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω λόγο: Η εταιρεία «.....» δεν κατέθεσε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ με την οποία να αμφισβητεί τη νομιμότητα του αποκλεισμού της και ως εκ τούτου στην παρούσα φάση του διαγωνισμού θεωρείται οριστικώς αποκλεισθείσα. Εξάλλου ακόμα και στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή ήθελε κρίνει εκ των υστέρων την προσφορά της ως άνω εταιρείας ως νόμιμη, τότε θα είχε την υποχρέωση να εξετάσει εάν αυτή είναι ασυνήθιστα χαμηλή και να την καλέσει για εξηγήσεις προτού προβεί σε οποιαδήποτε ενέργεια αποκλεισμού της εξ αυτού του λόγου, γεγονός που δεν επιτρέπει στο κρίνον Κλιμάκιο να εξετάσει πρωτογενώς ένα τέτοιο αίτημα και να αποφασίσει αυτό τον αποκλεισμό της. Κατόπιν των ανωτέρω ο υπό κρίση λόγος είναι απαράδεκτος και πρέπει να απορριφθεί λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 21/234/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μόνο κατά το τμήμα που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε στις 2 Σεπτεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ**