

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 7 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.08.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1733/13-09-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», με έδρα την ..., οδός ..., αρ. ... (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αρ. 272/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής κατά το μέρος που κάνει δεκτή την προσφορά της εταιρείας με δ.τ.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 1.507,91 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 27.8.2021 πληρωμή στην ...Τράπεζα και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης).

2. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ ΣΕ ΥΠΟΔΟΜΕΣ ΜΕΤΑ ΤΑ ΕΝΤΟΝΑ ΚΑΙΡΙΚΑ ΦΑΙΝΟΜΕΝΑ ΤΗΣ ... ΕΩΣ2020 ΠΟΥ ΕΠΛΗΞΑΝ ΤΗ Δ.Ε. ...ΤΟΥ ...», προϋπολογισμού, με κριτήριο ανάθεσης την συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 30.5.2021 (ΑΔΑΜ ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ (δημόσια έργα) όπου έλαβε συστημικό αριθμό Στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά

Αριθμός απόφασης:1630 /2021

5 οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Σε συνέχεια αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών εκδόθηκε η προσβαλλόμενη με αρ. 272/16.8.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό Ι της αρμόδιας Επιτροπής της 16.7.2021 και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία Η ως άνω απόφαση κοινοποιήθηκε προς τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 19.8.2021.

2. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στις 19.8.2021 και η προσφυγή υπεβλήθη στις 28.8.2021.

4. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προδικαστική προσφυγή από τον δεύτερο σε κατάταξη οικονομικό φορέα, ο οποίος ευλόγως επιδιώκει να αναλάβει το έργο.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της ως άνω προσφυγής προς την προσωρινή ανάδοχο, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 14.9.2021.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις επί της προσφυγής.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα επισημαίνει καταρχήν ότι με βάση τα αρ. 23 παρ. 5 και 22Γ της διακήρυξης σε επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας απαιτείται η εγγραφή στο ΜΕΕΠ και η πλήρωση των απαιτήσεων του αρ. 100 του Ν. 3669/2008 ανά κατηγορία και τάξη ΜΕΕΠ αντίστοιχη με την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης. Περαιτέρω, υπογραμμίζει η προσφεύγουσα ότι η προσωρινή ανάδοχος σε επίπεδο καταλληλότητας ως προς τα κριτήρια επιλογής, παραπέμπει με το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ της στο ΕΒΕΑ αναφέροντας ως απόδειξη δικαιολογητικά εγγραφής και

Αριθμός απόφασης:1630 /2021

ως ηλεκτρονική σελίδα τεκμηρίωσης με ηλεκτρονική αναζήτηση την www.acci.gr. Κατά σαφή παράβαση της κείμενης νομοθεσίας ως έχει διευκρινισθεί με την Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ. Εξάλλου, ως διατείνεται η προσφεύγουσα, η μη ορθή συμπλήρωση του μόνου εγγράφου προκαταρκτικής απόδειξης, που εν προκειμένω, ισοδυναμεί με μη απάντηση και προκαταρκτική απόδειξη κριτηρίων επιλογής δεν συνιστά πλημμέλεια επανορθώσιμη κατά άρ. 102 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής στον διαγωνισμό, επέχει θέση υπεύθυνης δηλώσεως και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από τη διακήρυξη και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά περίπτωση προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικότερα, οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (πρβλ. ΕΑ 204/2019 σκ.16, 40/2019 σκ. 17). Με την υποβολή, εξάλλου, του Ε.Ε.Ε.Σ. και την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα επαλήθευση της ακρίβειας των περιεχόμενων στο έντυπο αυτό δηλώσεων τόσο κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, αφενός μεν εξασφαλίζονται επαρκώς τα συμφέροντα του αναθέτοντος φορέα, αφετέρου δε αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστρατηγήσεως της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, με την έμμεση συμμετοχή σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων, για τους οποίους συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού ή οι οποίοι δεν πληρούν τα ελάχιστα απαιτούμενα από την οικεία διακήρυξη κριτήρια καταλληλότητας (βλ. ΕΑ 115-4/2019 σκ 15).

9. Επειδή, η οικεία διακήρυξη όσον αφορά τα κριτήρια επιλογής αναφέρει αυτολεξεί τα εξής «*Κριτήρια επιλογής (22.Β – 22.Δ)*

22.Β. Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας

Αριθμός απόφασης:1630 /2021

Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) ή στα Νομαρχιακά Μητρώα στην κατηγορία/-ιες έργου του άρθρου 21 της παρούσας⁸⁴. Οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.

22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής ικανότητας που ορίζονται στο άρθρο 100, του Ν. 3669/2008 ανά κατηγορία και τάξη ΜΕΕΠ αντίστοιχη με την με την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης.

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.

22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς πρέπει να έχουν την τεχνική ικανότητα, όπως ορίζεται στο άρθρο 100 του Ν. 3669/2008 όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει σήμερα, ανά κατηγορία ΜΕΕΠ και αντίστοιχα με την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, σύμφωνα με την παρ.3α του άρθρου 76 του Ν.4412/2016». Περαιτέρω, σε επίπεδο προκαταρκτικής απόδειξης της πλήρωσης των τιθέμενων κριτηρίων αναφέρει η οικεία διακήρυξη τα κάτωθι :
«Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής

23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί 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,

Αριθμός απόφασης:1630 /2021

β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας.

Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας....».

10. Επειδή, έχει κριθεί με την απόφαση 501/2021 του Συμβουλίου της Επικρατείας ότι «11. Επειδή, η παρ.22.Γ. περ. α` της Διακήρυξης, ερμηνευόμενη σε συνδυασμό με τις παρ. 23.1 και 23.5.α αυτής αλλά και με τις διατάξεις του άρθρου 100 παρ. 8 του ν. 3669/2008, έχει την έννοια ότι οι οικονομικοί φορείς οφείλουν επί ποινή αποκλεισμού από την ένδικη διαδικασία να πληρούν τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας που απαιτούνται εκ του νόμου για την κατάταξή τους στην έβδομη τάξη Μ.Ε.ΕΠ., καθώς και να δηλώσουν ότι πληρούν τα εν λόγω κριτήρια στο ΕΕΕΣ που υποβάλλουν με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής. Ορίζει δε η Διακήρυξη στην παρ. 22.Γ. περ. α` απαιτήσεις περί ιδίων κεφαλαίων και παγίων στοιχείων καθώς και περί δεικτών βιωσιμότητας του οικονομικού φορέα αντίστοιχες με τις απαιτήσεις που προβλέπονται από τις διατάξεις του άρθρου 100 παρ.8 περ. γ, δ και ε του ν. 3669/2008 σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 99 παρ. 2 περ. δ του αυτού νόμου για την κατάταξη εργοληπτικής εταιρείας στην έβδομη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ.. Άλλωστε, όπως έχει κριθεί, η εγγραφή εργοληπτικής επιχειρήσεως σε τάξη και κατηγορία έργων του Μ.Ε.ΕΠ. δημιουργεί, κατ' αρχήν, τεκμήριο ικανότητάς της για την ανάληψη αντιστοίχων έργων (ΕΑ 408/2011, 718/2012). Συνεπώς, το σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία μπορούσε να απαντηθεί από τους οικονομικούς φορείς είτε με αναφορά και κατ' ακολουθία διά παραπομπής στην βεβαίωση εγγραφής και κατάταξης του υποψηφίου στην έβδομη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ., είτε και με ειδική μνεία (αναγραφή) των συγκεκριμένων δεικτών και λόγων. Αντιθέτως, η παράλειψη απάντησης στο συγκεκριμένο ερώτημα συνιστά ουσιώδη παράλειψη κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, διότι ο οικονομικός φορέας παραλείπει να δηλώσει, αν πληροί ένα εκ των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, και δεν δύναται η ελλείπουσα απάντηση επί του συγκεκριμένου ερωτήματος να συναχθεί από τις απαντήσεις που έδωσε ο οικονομικός φορέας σε άλλα

Αριθμός απόφασης:1630 /2021

ερωτήματα, ακόμη και εντός του ιδίου κεφαλαίου του ΕΕΕΣ. Κατ' ακολουθία, ο αναθέτων φορέας μπορούσε κατ' ενάσκηση της ευχέρειας που του χορηγεί ο νόμος (βλ. άρθρα 79 παρ.5 και 102 του ν.4412/2016) να ζητήσει διευκρινίσεις και τα σχετικά δικαιολογητικά από τους οικονομικούς φορείς σχετικά με την απάντηση που έδωσαν στο εν λόγω ερώτημα, εφόσον έδωσαν απάντηση δι' επικλήσεως της εγγραφής τους στο ΜΕΕΠ. Δεν είχε όμως ευχέρεια ο αναθέτων φορέας να ζητήσει συμπλήρωση ή διευκρίνιση από οικονομικό φορέα, ο οποίος ουδεμία απάντηση έδωσε στο σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ. Συνεπώς, όπως βασίμως προβάλλεται με την κρινόμενη αίτηση, η προσφορά της παρεμβαίνουσας, η οποία παρέλειψε να απαντήσει στο ερώτημα του ΕΕΕΣ σχετικά με τους προβλεπόμενους δείκτες βιωσιμότητας (χρηματοοικονομικές αναλογίες), μη νομίμως έγινε αποδεκτή στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις του αναθέτοντος φορέα και της Α.Ε.Π.Π., ενώ έπρεπε να απορριφθεί λόγω ουσιώδους παράλειψης κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ» (βλ. και ΔεφΠατ 11/2020).

11. Επειδή, το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 παρ. 1 προβλέπει ρητώς «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης».

12. Επειδή, η οικεία προσφορά βάσει των συγκεκριμένων πλημμελειών που οδηγούν αναπόφευκτα σε ελλείψεις ως προς την παροχή των απαιτούμενων στοιχείων για την προκαταρκτική απόδειξη των τιθέμενων με την διακήρυξη κριτηρίων επιλογής και δη καταρχήν της καταλληλότητας ως προς την άσκηση του επαγγέλματος, συνηγορεί στο συμπέρασμα ότι η απόφαση της αναθέτουσας είναι ακυρωτέα σε κάθε περίπτωση, καθώς, εξάλλου, ουδόλως εξέθεσε με τις απόψεις της η τελευταία ποια στοιχεία έλαβε υπόψη της ως προς την πλήρωση των επίμαχων απαιτήσεων της διακήρυξης. Περαιτέρω, δεδομένου του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης και του περιεχομένου αυτής, ισχύει το αρ. 102 του Ν. 4412/2016 ως τροποποιήθηκε με τον Ν. 4782/2021 (αρ. 42) και η εφαρμογή της διαδικασίας διευκρινίσεων του αρ. 102 του Ν. 4412/2016 χωρεί, «..όταν οι πληροφορίες ή

Αριθμός απόφασης:1630 /2021

η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ..», τηρώντας τις δικλίδες της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας. Εν προκειμένω, η πλημμελής συμπλήρωση των στοιχείων καταρχήν καταλληλότητας συντείνει στην μη πλήρωση της προκαταρκτικής απόδειξης ως προς το κριτήριο καταλληλότητας και δευτερευόντως οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, για το οποίο δεν υπάρχει μνεία ή/ και τεκμηρίωση καθ' ερμηνεία της προσφυγής. Ωστόσο, λαμβάνοντας υπόψη ότι υφίσταται – έστω και λανθασμένα- σε έτερο σημείο του ΕΕΕΣ /ΤΕΥΔ (σελ. 3 και 4) ο αριθμός ΜΕΕΠ και οι τάξεις ανά κατηγορία έργου, στις οποίες ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος, θα έπρεπε η αναθέτουσα αρχή να προβεί κατ' εφαρμογή του αρ. 102 του Ν. 4412/2016 σε πρόσκληση προς παροχή διευκρινίσεων και μετά από εξέταση των δοθέντων στοιχείων και επιβεβαιώσεων να καταλήξει σε τεκμηριωμένη κρίση περί της πλήρωσης ή μη των κριτηρίων επιλογής (πρβλ. ΔεφΘεσ 161/2019).

13. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

15. 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 την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 7^η Οκτωβρίου 2021 και εκδόθηκε την 27η Οκτωβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρήστος Σώκος

Σάββας Μακρίδης

Αριθμός απόφασης:1630 /2021