

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση - Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.08.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1677/31-08-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Της Παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. 598/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό Ι της Επιτροπής του Διαγωνισμού και ανακηρύχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος η εταιρεία με την επωνυμία «...».

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 6.048,40 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την

Αριθμός απόφασης: 1636 /2021

από 30/08/2021 πληρωμή στην Τράπεζα ...και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης σύμβασης, με βάση το ποσό της σύμβασης.

2. Επειδή, με την σχετική διακήρυξη προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΟΔΟΠΟΙΙΑ ΚΑΙ ΜΙΚΡΑ ΤΕΧΝΙΚΑ ΕΡΓΑ ...ΚΑΙ ...ΔΙΑΜΕΡΙΣΜΑΤΟΣ 2020» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, ήτοι 1.209.677,42 ευρώ πλέον ΦΠΑ, που καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 4.6.2021 με ΑΔΑΜ ...καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ Στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά έξι οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Σε συνέχεια αποσφράγισης προσφορών εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση με αρ. 598/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό Ι της Επιτροπής του Διαγωνισμού και ανακηρύχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος η εταιρεία με την επωνυμία «...». Η ως άνω απόφαση κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 20.8.2021.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 30.8.2021 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 20.08.2021, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η ίδια η προσφεύγουσα κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος από δεύτερο σε κατάταξη οικονομικό φορέα, ο οποίος ευλόγως επιδιώκει την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου βάσει της προσβαλλόμενης, και την ανάληψη της σύμβασης από τον ίδιο.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας

Αριθμός απόφασης: 1636 /2021

ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στην ΑΕΠΠ.

6. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία», στις 31.08.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στους συμμετέχοντες, οι οποίοι ενδεχομένως θίγονται από την δυνητική αποδοχή της εν θέματι προσφυγής, προκειμένου να λάβουν γνώση.

8. Επειδή, στις 10.09.2021 η παρεμβαίνουσα υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την παρέμβασή της. Η παρεμβαίνουσα άσκησε την παρέμβασή της εμπροθέσμως, δεδομένου ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε στις 31.08.2021 και μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση η παρεμβαίνουσα ανακηρύχθηκε ανάδοχος του έργου, με την, δε, υπό εξέταση προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Ωστόσο, η παρέμβαση δεν είναι νομίμως υπογεγραμμένη και ως εκ τούτου δεν έχει ασκηθεί παραδεκτώς (βλ. αρ. 362 του Ν. 4412/2016 και a contrario ΣτΕ 48/2021).

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 9.9.2021 απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ τις απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν με τον αυτό τρόπο προς την προσφεύγουσα.

10. Επειδή, στις 13.9.2021 η προσφεύγουσα υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, και εμπροθέσμως, υπόμνημα προς αντίκρουση τόσο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και στις 15.9.2021 προς αντίκρουση της ασκηθείσας παρέμβασης, η οποία της κοινοποιήθηκε στις 13.9.2021 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

11. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας θα έπρεπε να απορριφθεί, καθώς δεν είχε συμπληρωθεί στο οικείο πεδίο του ΤΕΥΔ η (αρνητική) δήλωση περί μη συνδρομής των προϋποθέσεων εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 με βάση τα άρθρα 22.Α.5., 23.1 και 23.2 της διακήρυξης. Επί αυτού του λόγου η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι θεωρεί επουσιώδη την παράλειψη αυτή ενώ με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα αντικρούει τον εν

Αριθμός απόφασης: 1636 /2021

θέματι ισχυρισμό, αναφέροντας ότι προκύπτει ρητώς από την διακήρυξη η επί ποινή αποκλεισμού υποχρέωση συμπλήρωσης του συγκεκριμένου πεδίου, που δεν δύναται να υποκατασταθεί από την παραπομπή στο ΓΕΜΗ, καθώς, μεταξύ άλλων, το ΓΕΜΗ δεν παρέχει τις σχετικές με την ονομαστικοποίηση των μετοχών πληροφορίες.

12. Επειδή, οι οικείοι όροι της διακήρυξης αναφέρουν τα εξής i) «22.A.5 «αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (διαγωνισμό) οικονομικός φορέας αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν.3310/2005 (εθνικός λόγος αποκλεισμού)⁶⁷ .» Στην υποσημείωση 67 αναφέρεται έτι περαιτέρω ρητώς «Σημειώνεται ότι ο ανωτέρω εθνικός λόγος αποκλεισμού τίθεται στη διακήρυξη μόνο για συμβάσεις έργων προϋπολογισμού εκτιμώμενης αξίας ανώτερης του 1.000.000 ευρώ και στην περίπτωση αυτή συμπληρώνεται στο Μέρος III Δ του ΤΕΥΔ».ii) 23.1. «Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 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, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας». iii) 23.2. «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 την σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2. (ε) της παρούσας ...».

13. Επειδή, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, 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

Αριθμός απόφασης: 1636 /2021

υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπíπτουν 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./Τ.Ε.Υ.Δ. και την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής 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 της αναθέτουσας αρχής, 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).

14. Επειδή, εν προκειμένω, ως προκύπτει από την επισκόπηση του οικείου φακέλου, στο υποβληθέν ΤΕΥΔ στο μέρος II Δ. Δ. ΑΛΛΟΙ ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ δίπλα στον τίτλο «Ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις Άρθρο 8 παρ. 4 ν. 3310/2005^{xxxii}:» αναφέρεται «Απάντηση: ΕΠΙΜΕΛΗΤΗΡΙΟ ... ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΓΕΜΗ <https://www.businessregistry.gr/publicity/index>» ενώ στην ερώτηση του ΤΕΥΔ που έπεται : Συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 ;» η παρεμβαίνουσα δεν απαντά, το, δε, σχετικό χωρίο, έχει κατά ακριβή μεταφορά ως εξής : « Ναι Όχι

(διαδικτυακή διεύθυνση, αρχή ή φορέας έκδοσης, επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων): [.....][.....][.....]

Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης;

Ναι Όχι

Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν:

[.....]». Επισημαίνεται ότι η υποσημείωση xxxii αναφέρει αντιστοίχως «Για συμβάσεις έργου, η εκτιμώμενη αξία της οποίας υπερβαίνει το ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ εκτός ΦΠΑ (άρθρο 79 παρ. 2). Πρβλ και άρθρο 375 παρ. 10». Επομένως, από τα ως προπαρατεθέντα προκύπτει

Αριθμός απόφασης: 1636 /2021

αβίαστα ότι υφίσταται παράλειψη απάντησης του οικείου πεδίο περί ονομαστικοποίησης των μετοχών, χωρίς να προκύπτει η απόδειξη της πλήρωσης της εν λόγω απαίτησης από την παραπομπή στον διαδικτυακό τόπο του ΓΕΜΗ, εφόσον κατά τις οικείες διατάξεις η απόδειξη προκύπτει προεχόντως από το μετοχολόγιο της εταιρίας ως εξήχθη τις τελευταίες 30 εργάσιμες ημέρες πριν την υποβολή της προσφοράς (2.3. στ της διακήρυξης). Σε κάθε περίπτωση, και ανεξαρτήτως επιλογής εν προκειμένω- κατά τη διαμόρφωση της οικείας διακήρυξης – ενσωμάτωσης του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 ως είχε προ της τροποποίησης του Ν. 4782/2021 (βλ. αρ. 9 της διακήρυξης που αναφέρεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας να ζητήσει διευκρινίσεις επί της προσφοράς), ακόμη και η εφαρμογή του εν λόγω άρθρου κατά την τρέχουσα μορφή του, η οποία ίσχυε και κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, θέτει ως αίρεση παραδεκτού αιτήματος της αναθέτουσας αρχής προς συμπλήρωση στοιχείων του ΕΕΕΣ, την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης, η οποία εν πολλοίς ταυτίζεται με την αποφυγή τυχόν τροποποίησης της οικείας προσφοράς κατά τρόπο που να ευνοεί τον επίμαχο οικονομικό φορέα έναντι έτερου ή έτερων συμμετεχόντων. Επομένως, η δυνητική συμπλήρωση παράλειψης δεν δύναται να βαίνει έως του σημείου πλήρους καταστρατήγησης υποχρεωτικών όρων της διακήρυξης, που έθεσαν την βάση της επί ίσοις όροις συμμετοχή των υποψηφίων και ως εκ τούτου εν προκειμένω από εξέταση του οικείου φακέλου υπό το φως των σχετικών υποχρεωτικών διατάξεων του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού, προκύπτει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας περί απόρριψης της οικείας προσφοράς (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 2.5.2019 C-309/18, Lavorga, σκ. 32, πρβλ. ΣΤΕ 505/2021, ΔεφΠατ 11/2020). Εξάλλου, ουδόλως η γενική ένδειξη του Μέρους IV, εφόσον δεν υφίσταται ρητή μνεία περί τούτου στην διακήρυξη δύναται να καλύψει την σχετική παράλειψη απάντησης στο επίμαχο πεδίο (βλ. ενδεικτικά ΔεφΑθ 105/2021).

15. Επειδή, δεδομένης της αποδοχής του ως άνω λόγου που αυτόθροα επιφέρει την κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής απόρριψη της οικείας προσφοράς, παρίσταται αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής, καθώς η τυχόν απόρριψή τους ουδόλως δύναται να μεταβάλει τις έννομες συνέπειες της αποδοχής του ως άνω λόγου (ΣΤΕ 308/2020).

Αριθμός απόφασης: 1636 /2021

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και η παρέμβαση να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

17. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (αρ. 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το μέρος που κάνει δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Οκτωβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 29 Οκτωβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος
Χρήστος Σώκος

Ο Γραμματέας
Σάββας Μακρίδης