

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή και Γεώργιος Κουκούτσης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 525/11.04.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου .. (εφεξής ο «αναθέτουσα αρχή») όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 122/22.03.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του υπ' αριθμ. ΙΙ/16.03.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο δικαιολογητικών κατακύρωσης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά και κατακυρώνεται ο διαγωνισμός στον παρεμβαίνοντα.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2

Αριθμός απόφασης: 756/2022

του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 6.300 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 9.04.2022 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 1.258.064,51 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την από 12.04.2021 διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για το έργο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής,

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 12.04.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 10.04.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 31.03.2022 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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.

6. Επειδή στις 11.04.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 756/2022

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 754/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 21.04.2022, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Ε.Α.ΣΗ.ΣΥ., την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2143/2022 παρέμβασή του, η οποία έχει ασκηθεί απαραδέκτως, δοθέντος ότι δεν υποβλήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και ως εκ τούτου δεν λαμβάνεται υπόψιν από το Κλιμάκιο

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 24.04.2022 απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο προσφεύγων την 3.05.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος επτά οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος 191957 και 190120 προσφορές τους αντίστοιχα. Με την υπ' αριθμ. 9/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ο παρεμβαίνων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος, ο δε προσφεύγων κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας και την 16.02.2022 κλήθηκε να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία και προσκόμισε την 24.02.2022 και συμπλήρωσε στις 11.03.2022 κατόπιν σχετικής πρόσκλησης Με το υπ' αριθμ. ΙΙ/16.03.2022 Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος ήταν

Αριθμός απόφασης: 756/2022

πλήρη και σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και εισηγήθηκε την ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως οριστικού αναδόχου. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

13. Επειδή ο προσφεύγων ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του προτασόμενου αυτού σε σειρά μειοδοσίας παρεμβαίνοντος, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση

14. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : « 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 [...]».

15. Επειδή το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, [...] περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα, όπως δηλώσεις και δικαιολογητικά, [...]».

16. Επειδή το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της

Αριθμός απόφασης: 756/2022

επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. [...]3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. [...] Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων[...].».

17. Επειδή το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παρ. 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη [...]της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76.[...] 4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο.[...]».

18. Επειδή το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ ορίζει ότι : « Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων[...].».

19. Επειδή το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 , ως ισχύει από 1.06.2022, ορίζει ότι : «[...] 1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα

Αριθμός απόφασης: 756/2022

(10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α' 74), όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74 περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. [...] 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72 εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής

Αριθμός απόφασης: 756/2022

τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οψιγενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72 περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. [...]».

20. Επειδή το άρθρο 22 του ν. 4903/2022 που ισχύει από 4.03.2022 ορίζει ότι : « Στις παρ. 2 και 3 του άρθρου 142 του ν. 4782/2021 (Α` 36) προστίθεται δεύτερο εδάφιο και οι παρ. 2 και 3 διαμορφώνονται ως εξής: [...] Τα άρθρα 43 και 121 του ν. 4782/2021, με τα οποία τροποποιήθηκαν τα άρθρα 103 και 310, αντίστοιχα, του ν. 4412/2016, εφαρμόζονται και στις εκκρεμείς, κατά τον χρόνο έναρξης ισχύος τους (1η.6.2021), διαγωνιστικές διαδικασίες, εκτός εάν έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά».

21. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «... 4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης

α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της σχετικής ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης κοινοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα στις κείμενες διατάξεις δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στην αναθέτουσα αρχή. γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν και ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει εντός της προθεσμίας της παραγράφου (α)

Αριθμός απόφασης: 756/2022

αίτημα προς την Επιτροπή Διαγωνισμού για την παράταση της προθεσμίας υποβολής, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες αρχές[...]

δ) Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), είναι ψευδή ή ανακριβή ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή ii) 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 της αναθέτουσας αρχής 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 [...]

22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Οι οικονομικοί φορείς, ημεδαπής ή αλλοδαπής, οφείλουν να πληρούν τις αντίστοιχες απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας για την τάξη Μ.Ε.Ε.Π. στην οποία ανήκουν (πάγια στοιχεία, ίδια κεφάλαια, δείκτες βιωσιμότητας, κλπ.)

Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει, επίσης:

[...] γ) Να διαθέτουν ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικού κινδύνου σε ισχύ, ύψους τουλάχιστον 1.000.000,00€, η οποία να καλύπτει εν γένει την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας του οικονομικού φορέα

[...]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

[...]Η απαίτηση 22.Γ (γ) αποδεικνύεται με την προσκόμιση ασφαλιστηρίου συμβολαίου επαγγελματικών κινδύνων εν ισχύ, αναγνωρισμένης ημεδαπής ή αλλοδαπής ασφαλιστικής επιχείρησης, ύψους τουλάχιστον 1.000.000€. [...]».

22. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

23. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

24. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης

Αριθμός απόφασης: 756/2022

Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

25. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ.ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

26. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

27. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος διότι με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν έχει προσκομίσει ασφαλιστήριο συμβόλαιο έναντι επαγγελματικού κινδύνου, όπως απαιτεί η σιακήρυξη, αλλά τρία ασφαλιστήρια γενικής αστικής ευθύνης. Ειδικότερα, τα ασφαλιστήρια συμβόλαια που προσκόμισε ο παρεμβαίνων δηλώνουν στις εξαιρέσεις τους (άρθρο 6.11 Γενικών Όρων) ότι δεν καλύπτουν την επαγγελματική αστική ευθύνη. Περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι το υπ' αριθμ. ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο Γενικής Αστικής Ευθύνης της ασφαλιστικής εταιρείας ... που υπέβαλε ο παρεμβαίνων δεν ήταν σε ισχύ ούτε κατά το χρόνο υποβολής της

Αριθμός απόφασης: 756/2022

προσφοράς, ούτε κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διότι αναγράφεται σε αυτό ότι δεν παρέχει δικαίωμα αποζημίωσης στον ασφαλιζόμενο, αλλά εκδίδεται αποκλειστικά και μόνο για χρήση σε διαγωνισμό και όχι για κάλυψη ασφαλιστικού κινδύνου. Επίσης, το υπ' αριθμ. ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο Γενικής Αστικής Ευθύνης της ασφαλιστικής εταιρείας ... έχει εκδοθεί για να συμπληρώσει ασφαλιστήριο Κατά Παντός Κινδύνου Εργολάβων που έχει εκδώσει ο παρεμβαίνων στο πλαίσιο έτερης εργολαβίας, ενώ το υπ' αριθμ. ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο Γενικής Αστικής Ευθύνης της ίδιας ασφαλιστικής εταιρείας, ασφαρίζει μόνον ΟΔΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΕΝΤΟΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ, επομένως, εκ των πραγμάτων δεν αφορά στην εν γένει άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας του οικονομικού φορέα, που απαιτεί η Διακήρυξη.

28. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με το αριθμ. πρωτ. ΥΣ1228/26.04.2022 έγγραφο απόψεων της αποδέχεται τη βασιμότητα της προσφυγής ως προς τον ισχυρισμό ότι τα προσκομισθέντα από τον παρεμβαίνοντα ασφαλιστήρια συμβόλαια εξαιρούν από το πεδίο εφαρμογής τους την επαγγελματική αστική ευθύνη. Εντούτοις, δεδομένου ότι δεν έχει αναρτηθεί στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού ούτε διαβιβαστεί προς την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ πράξη/απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, ήτοι του οργάνου που εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη και έχει εκ της κείμενης νομοθεσίας την αρμοδιότητα να ανακαλέσει/τροποποιήσει προγενέστερη απόφασή του στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την οποία να ανακαλείται η κατακύρωση του έργου στον παρεμβαίνοντα, αν και η αναθέτουσα αρχή προδήλως έχει την εν λόγω δυνατότητα δίχως να χρειάζεται να αναμείνει την απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ επί της προσφυγής, οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής δεν δύνανται να εκληφθούν ως εν μέρει ανάκληση της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία παραμένει σε ισχύ και ως εκ τούτου η προσφυγή πρέπει να εξεταστεί ως προς τη βασιμότητά της.

29. Επειδή στον όρο 23.2 της διακήρυξης ρητώς προβλέπεται ότι το δικαίωμα συμμετοχής καθώς και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται σε τρία διακριτά στάδια, ήτοι κατά την υποβολή των προσφορών, κατά την υποβολή

Αριθμός απόφασης: 756/2022

των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τη σύναψη της σύμβασης. Περαιτέρω, στον όρο 22.Γ.γ της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας, μεταξύ άλλων, ο οικονομικός φορέας να διαθέτει εν ισχύ ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικού κινδύνου, ύψους τουλάχιστον 1.000.000 ευρώ, η οποία να καλύπτει εν γένει την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του οικονομικού φορέα. Ως δε αποδεικτικό μέσο πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου προβλέπεται στον όρο 23.5 της διακήρυξης, ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης σχετικό ασφαλιστήριο συμβόλαιο. Επομένως, εκ των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει σαφώς ότι ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να υποβάλει ασφαλιστήριο συμβόλαιο που να καλύπτει τους κινδύνους που απορρέουν από την εν γένει επαγγελματική του δραστηριότητα και το οποίο να είναι σε ισχύ τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς όσο και κατά το χρόνο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επισημαίνεται ότι, καθόσον η διακήρυξη είχε δημοσιευτεί πριν από την εφαρμογή της νέας διατάξης του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τον όρο 4.2 της διακήρυξης σε περίπτωση ελλείψεων των δικαιολογητικών κατακύρωσης ή μη απόδειξης εκ των υποβληθέντων των κριτηρίων επιλογής συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου.

30. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο παρεμβαίνων δήλωσε στο ΤΕΥΔ του ότι το ασφαλισμένο ποσό στην ασφαλιστική κάλυψη επαγγελματικών κινδύνων είναι 3.000.000 ευρώ και προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης α) το υπ' αριθμ. ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο Γενικής Αστικής Ευθύνης της ασφαλιστικής εταιρείας ..., το οποίο καλύπτει την εκ του νόμου αστική ευθύνη για ζημίες σε τρίτους από λάθη ή παραλείψεις κατά την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας έως 3.000.000, β) το υπ' αριθμ. ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο Γενικής Αστικής Ευθύνης της ασφαλιστικής εταιρείας ... ύψους 5.000.000 ευρώ, το οποίο καλύπτει την εκ του νόμου αστική ευθύνη του παρεμβαίνοντος για ζημίες σε τρίτους από υπαιτιότητά του για «Οικοδομικές Εργασίες» (Ανεγέρσεις / ανακαινίσεις), Εργασίες Οδοποιίας, Εργασίες Αποχέτευσης εντός Ελληνικής Επικράτειας» και γ) το υπ' αριθμόν ... ασφαλιστήριο

Αριθμός απόφασης: 756/2022

συμβόλαιο Γενικής Αστικής Ευθύνης της ασφαλιστικής εταιρείας, ύψους 5.000.000 ευρώ, το οποίο καλύπτει την εκ του νόμου αστική ευθύνη για ζημίες σε τρίτους από λάθη ή παραλείψεις του παρεμβαίνοντος κατά την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας σε οδικές εργασίες εντός Ελληνικής Επικράτειας. Αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι τα ανωτέρω τρία ασφαλιστήρια συμβόλαια εξαιρούν την επαγγελματική ευθύνη, διότι, αν και σχετική εξαίρεση περιλαμβάνεται στους γενικούς τους όρους, ως αναφέρεται ρητώς στην πρώτη σελίδα έκαστου συμβολαίου, οι ειδικοί όροι υπερισχύουν τυχόν αντίθετων γενικών όρων, στους δε ειδικούς όρους και των τριών προσκομισθέντων ασφαλιστηρίων συμβολαίων δηλώνεται ρητώς ότι καλύπτεται η αστική ευθύνη από την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας. Ωστόσο, το υπ' αριθμ. ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο Γενικής Αστικής Ευθύνης της ασφαλιστικής εταιρείας ..., αφενός μεν έχει διάρκεια έως 2.12.2021 και δεν καλύπτει την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αφετέρου ρητώς αναφέρει ότι έχει εκδοθεί προς τον σκοπό συμμετοχής του παρεμβαίνοντος στο διαγωνισμό και δεν παρέχει δικαίωμα αποζημίωσης. Ως εκ τούτου, δεν καλύπτει τις απαιτήσεις του όρου 22.Γ.γ της διακήρυξης, το οποίο απαιτεί ισχύουσα ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικού κινδύνου, η οποία να καλύπτει την τρέχουσα άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του συμμετέχοντος και όχι μόνον τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Επίσης, το υπ' αριθμ. ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο Γενικής Αστικής Ευθύνης της ασφαλιστικής εταιρείας, δεν καλύπτει εν γένει την επαγγελματική δραστηριότητα του παρεμβαίνοντος, ως απαιτεί η διακήρυξη αλλά μόνον «Οικοδομικές Εργασίες» (Ανεγέρσεις / ανακαινίσεις), Εργασίες Οδοποιίας, Εργασίες Αποχέτευσης εντός Ελληνικής Επικράτειας», το οποίο προδήλως δεν συνιστά το σύνολο της επαγγελματικής δραστηριότητας του παρεμβαίνοντος, ο οποίος δραστηριοποιείται σε έργα οικοδομικά, οδοποιίας, υδραυλικά, Η/Μ, πρασίνου κλπ. Ομοίως, και το τρίτο προσκομισθέν από τον παρεμβαίνοντα υπ' αριθμ. ... ασφαλιστήριο συμβόλαιο Γενικής Αστικής Ευθύνης της ασφαλιστικής εταιρείας, το οποίο αφορά την εκ του νόμου αστική ευθύνη για ζημίες σε τρίτους από λάθη ή παραλείψεις του παρεμβαίνοντος κατά την άσκηση της επαγγελματικής του δραστηριότητας

Αριθμός απόφασης: 756/2022

μόνον για οδικές εργασίες εντός Ελληνικής Επικράτειας. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων δεν έχει προσκομίσει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης το απαιτούμενο από τον όρο 22.Γ.γ της διακήρυξης ασφαλιστήριο συμβόλαιο. Δοθέντος όμως ότι κατά τον χρόνο ελέγχου από την Επιτροπή Διαγωνισμού των δικαιολογητικών κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος, είχε τεθεί σε ισχύ η διάταξη του άρθρου 22 του ν. 4903/2022 περί εφαρμογής του νέου άρθρου 103 του ν. 4412/2016 στις εκκρεμείς διαδικασίες κατά το χρόνο ισχύος του ν. 4782/2021, ως ο υπό κρίση διαγωνισμός, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να μην αποδεχτεί την προσφορά του παρεμβαίνοντος αλλά να τον καλέσει να υποβάλλει τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης και συγκεκριμένα να προσκομίσει ασφαλιστήριο συμβόλαιο εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης το οποίο να παρέχει ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικού κινδύνου, ύψους τουλάχιστον 1.000.000 ευρώ και να καλύπτει εν γένει την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του παρεμβαίνοντος. Ενόψει τούτου, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται στο υπόμνημά του την υπ' αριθμ. Σ632/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ αλλά και βάσει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών. Συνεπώς, η υπό κρίση προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως βάσιμη

31. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

32. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

33. Επειδή κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 8 η παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί.

34. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 32, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Αριθμός απόφασης: 756/2022

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 122/22.03.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 6.300 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 20 Μαΐου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**