

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 21 Αυγούστου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αριθμό 916/2018 Πράξης του ίδιου, και τα μέλη, Μαρία Μανδράκη, που, δυνάμει της με αρ. 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, αναπληρώνει την Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Για να εξετάσει την με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 701/24-07-2018 Προδικαστική Προσφυγή της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., επί της οδού ... αρ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα») στα πλαίσια της με ΑΔΑΜ: ... και α.α. ΕΣΗΔΗΣ ... διακήρυξης του Δήμου... (εφεξής «Αναθέτων Φορέας») για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΔΥΤΙΚΗΣ ΧΕΡΣΑΙΑΣ ΖΩΝΗΣ ΛΙΜΕΝΑ ...», εκτιμώμενης αξίας 1.881.281,96 Ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) (εφεξής «διακήρυξη»), και κατά της υπ' αριθμ. 207/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του άνω Δήμου (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη») κατά το μέρος που απέκλεισε από τον διαγωνισμό την προσφορά του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα, για τους λόγους που αναφέρονται στην ως άνω προσφυγή, προσφυγή κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 24.07.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

Κατά του Αναθέτοντος Φορέα με την επωνυμία «Δήμος ...» που εδρεύει στην ..., επί της ... αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτων Φορέας» ή «ΑΦ»).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ποσού 9.406,40 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου ...), που αντιστοιχεί στο αντιστοιχούν ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό του 1.881.281,96 € (χωρίς ΦΠΑ), ποσό το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με το με τον πιο πάνω κωδικό e-παραβόλο αυτόματης δέσμευσης, του οποίου προσκομίστηκε εκτυπωμένη σελίδα με κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)».

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 20-07-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1α του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την κοινοποίηση στην προσφεύγουσα της προσβαλλομένης πράξης, η οποία έλαβε χώρα, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 12-07-2018 και ο

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

προσφεύγων άσκησε την υπό εξέταση Προσφυγή με κατάθεσή της στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 20-07-2018, ήτοι επομένως εντός της δεκαήμερης προβλεπομένης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (έργο) και της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης της σχετικής σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, που έλαβε χώρα στις 04-04-2018, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία 1.881.281,96 € (χωρίς ΦΠΑ) δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ) του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 η Προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, επικαλούμενη ότι μη νομίμως αποκλείστηκε από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, ενώ η προσφορά της έπρεπε να γίνει δεκτή ή έστω να ζητηθούν διευκρινίσεις προτού η αναθέτουσα αρχή την απορρίψει, επομένως ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, εφόσον έχει υποβάλει προσφορά και, αν ήθελε γίνει δεκτή η προσφορά της, η προσφεύγουσα ως αναδειχθείσα πρώτη μειοδότης θα ανακηρυχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

6. Επειδή, επομένως η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

7. Επειδή με την με ΑΔΑΜ: ... και α.α. ΕΣΗΔΗΣ ... διακήρυξη του ο Δήμος ... προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοιχτό δημόσιο διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΔΥΤΙΚΗΣ ΧΕΡΣΑΙΑΣ ΖΩΝΗΣ ΛΙΜΕΝΑ ...», εκτιμώμενης αξίας 1.881.281,96 Ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 22-05-2018 και ώρα 15:00. Προφορές υπέβαλαν εννέα (9) οικονομικοί φορείς. Την 29^η Μαΐου 2018 η Επιτροπή του διαγωνισμού προχώρησε στην αποσφράγιση του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και του υποφακέλου «Οικονομική Προσφορά» των συμμετεχόντων. Στη συνέχεια σύμφωνα με την παράγραφο 4.1.γ της διακήρυξης αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού» ο κατάλογος μειοδοσίας. Πρώτος μειοδότης αναδείχθηκε η εταιρεία ... με προσφερθείσα έκπτωση 59,40%. Ύστερα, σύμφωνα με την παρ. 4.1.δ, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη, κατά σειρά μειοδοσίας, στον έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής σχέσης μεταξύ τους, βάσει του παραγόμενου ψηφιακού αρχείου μέσα από το υποσύστημα και διαπίστωσε ότι όλες οι προσφορές ήταν σωστά συμπληρωμένες και ομαλές και επομένως ο πίνακας μειοδοσίας δεν μεταβλήθηκε. Έχοντας υπόψη την παρ. 4.1.στ η Επιτροπή Διαγωνισμού προχώρησε στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής του άρθρου 24.2 της διακήρυξης (ήτοι το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) και την εγγύηση συμμετοχής), κατά σειρά μειοδοσίας αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Κατά τον έλεγχο των ανωτέρω δικαιολογητικών διαπιστώθηκε ότι στα δικαιολογητικά συμμετοχής του διαγωνιζομένου «...» (αρ. Ηλεκτρονικής Προσφοράς 73004) διαπιστώθηκε ότι δεν έχει δηλώσει το ανεκτέλεστο (όπως ορίζεται στο άρθρο 20 της παρ.4 του Ν.3669/2008 με τις τροποποιήσεις αυτού), γεγονός που διαπιστώθηκε και στα δικαιολογητικά συμμετοχής του διαγωνιζομένου «...» (αρ. Ηλεκτρονικής Προσφοράς 75093) ομοίως και στα

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

δικαιολογητικά συμμετοχής του διαγωνιζομένου «...», (αρ. Ηλεκτρονικής Προσφοράς 75181). Στα δικαιολογητικά συμμετοχής του διαγωνιζόμενου «...» (αρ. Ηλεκτρονικής Προσφοράς 69598) διαπιστώθηκε ότι σε σχέση με τους υπόλοιπους διαγωνιζομένους διαφέρει η συμπλήρωση του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ στο "Μέρος ΙΙ-Γ. Η Επιτροπή Διαγωνισμού εφαρμόζοντας την διαδικασία της παρ. 1-4 του άρθρου 102 του Ν 4412/2016 ζήτησε με το 16678/8-6-2018 πρωτόκολλο διευκρινήσεις από τους ως άνω διαγωνιζομένους σχετικά με την απάντηση στο σημείο " Μέρος ΙΙ-Γ του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ. Μετά τις διευκρινήσεις που δόθηκαν από τους διαγωνιζομένους με το 17345/14-6-2018 έγγραφο τους η επιτροπή Διαγωνισμού δέχτηκε την πληρότητα των δικαιολογητικών. Έπειτα, η Επιτροπή Διαγωνισμού, πριν την ολοκλήρωση της σύνταξης και έκδοσης του πρακτικού της, σύμφωνα με την παράγραφο 4.1.ζ της αναλυτικής διακήρυξης, επικοινωνήσε με τους εκδότες των υποβληθεισών εγγυητικών επιστολών προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητα τους, όπως και διαπιστώθηκε, και έχοντας υπόψη τα ανωτέρω, συνέταξε το Πρακτικό Νο 1, σύμφωνα με το οποίο, εισηγήθηκε οι προσφορές των διαγωνιζομένων «...», «...» και «...» να μην γίνουν δεκτές και να αποκλειστούν από το διαγωνισμό, η ανάθεση της σύμβασης δε να γίνει στην ... (αριθμός ηλεκτρονικής προσφοράς 74615) που πρόσφερε την αμέσως μεγαλύτερη μέση έκπτωση ($E\mu$)= 58,80% μετά την Με την με αριθμό 207/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του άνω Δήμου αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του πιο πάνω πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού και μετά ταύτα η ανάθεση της σύμβασης στον προσωρινό μειοδότη ... (αριθμός ηλεκτρονικής προσφοράς 74615) που πρόσφερε την μεγαλύτερη μέση έκπτωση ($E\mu$)= 58,80%, σύμφωνα με την εισήγηση της Υπηρεσίας και την γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού.

8. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα, επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 207/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του άνω Δήμου, κατά το μέρος που την απέκλεισε από

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

τον διαγωνισμό, 1) διότι η μη συμπλήρωση του ορίου ανεκτέλεστου στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε οφείλεται στην ίδια την αναθέτουσα αρχή, η οποία στο ΕΕΕΣ που είχε αναρτήσει είχε απαλείψει το πεδίο της ενότητας Β παρ. 6 στο οποίο προβλέπεται σύμφωνα με την κατευθυντήρια οδηγία 23/13.2.2018 της ΕΑΑΔΗΣΥ να δηλώνουν οι ημεδαποί διαγωνιζόμενοι την μη υπέρβαση του ανεκτέλεστου 2) και μολονότι, εξαιτίας της έλλειψης αυτής, για να καλύψει την συγκεκριμένη απαίτηση, συνέταξε και υπέγραψε ψηφιακά δια του νόμιμου εκπροσώπου της στις 22.5.2018 και ώρα 10:10:58, ήτοι πριν την λήξη του χρόνου υποβολής των προσφορών, την από 22.5.2018 υπεύθυνη δήλωση, στην οποία δήλωνε τα υπό εκτέλεση έργα που είχε το χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού και το ανεκτέλεστο για καθένα από αυτά και ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο δεν υπερβαίνει τα όρια ανεκτέλεστου που τίθενται στο άρθρο 20§4 του Ν. 3669/2008 (ΚΔΕ), προκειμένου εάν αναδεικνύετο προσωρινός ανάδοχος να την προσκόμιζε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης για να αποδείξει ότι πληρούσε το κριτήριο επιλογής του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης. Επομένως η αναθέτουσα αρχή, λόγω της ασάφειας των εγγράφων της σύμβασης και συγκεκριμένα λόγω της απάλειψης του πεδίου Β του μέρους IV στο ΕΕΕΣ στο οποίο οι διαγωνιζόμενοι θα έπρεπε να δηλώσουν την μην υπέρβαση του ανώτατου ορίου του ανεκτέλεστου κατ' άρθρο 20§4 του Ν. 3669/2008, δεν θα έπρεπε να απορρίψει την προσφορά της, δεδομένου ότι η ερμηνεία των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα και εν προκειμένω όφειλε να μην είχε απαλείψει την παράγραφο Β του μέρους IV στο ΕΕΕΣ, αλλά ώφειλε πριν τον αποκλεισμό της, αλλά και των λοιπών διαγωνιζομένων που αποκλείσθηκαν για τον ίδιο λόγο, να τους καλέσει κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 να διευκρινίσουν ή να συμπληρώσουν την προσφορά τους, δεδομένου, άλλωστε, ότι η προσφεύγουσα είχε δηλώσει στο ΕΕΕΣ ότι πληροί το σύνολο των τασσόμενων κριτηρίων επιλογής. Στην υπό εξέταση προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα αναστολής

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

εκτελέσεως της προσβαλλόμενης απόφασης και απαγόρευσης συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση της απόφασης επί της προσφυγής της, επί του οποίου εκδόθηκε η με αριθμό Α347/2018 Απόφαση της ΑΕΠΠ (2^ο Κλιμάκιο).

9. Επειδή ο αναθέτων φορέας με τις με αρ. πρωτ. 22202/30-07-2018 Απόψεις του επικαλείται τις σχετικές με το θέμα αποφάσεις του ΕΣ, 2244/17 του VI Τμήματος και 106/18 του Ε' Κλιμακίου, με τις οποίες με την προσβαλλόμενη απόφασή της εναρμονίσθηκε πλήρως και την αρχή της τυπικότητας που διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, συνομολογεί, ωστόσο, την μη ύπαρξη στα τεύχη του διαγωνισμού ορθώς συνταγμένου ΕΕΕΣ σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και ότι έκανε δεκτά ΕΕΕΣ έτερων διαγωνιζόμενων που είτε συμπλήρωσαν την απαιτούμενη από την διακήρυξη δήλωση για το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων, στο αντίστοιχο πεδίο, αλλά σε ΕΕΕΣ, το οποίο δημιούργησαν οι ίδιοι απ' ευθείας στην ηλεκτρονική υπηρεσία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής κάνοντας χρήση αυτής της διακριτικής ευχέρειας, είτε συμπλήρωσαν την άνω απαίτηση σε άλλο πεδίο του ΕΕΕΣ και εν τέλει δέχεται να γίνει δεκτή η εκ των υστέρων κατάθεση της ψηφιακά υπογεγραμμένης υπεύθυνης δήλωσης της προσφεύγουσας σχετικά με το ανεκτέλεστο.

10. Επειδή, εν προκειμένω, η διακήρυξη που συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, προέβλεπε, στο άρθρο 2.1 με τίτλο: Έγγραφο της σύμβασης και τεύχη ότι: «2.1 Τα έγγραφα της σύμβασης, κατά την έννοια της περιπτ. 14 της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, για τον παρόντα ηλεκτρονικό διαγωνισμό, είναι τα ακόλουθα : α) η ... προκήρυξη σύμβασης όπως δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕΕΕ), ... γ) η παρούσα διακήρυξη, δ) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ...», στο άρθρο 22. Γ με τίτλο Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια, ότι «...Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

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.», στο άρθρο 23.1 με τίτλο: αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ότι «23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), 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.», στο άρθρο 23.5 της διακήρυξης με τίτλο Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ, ότι «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) ... 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 ενημέρωση πτυχίου κατά τις κείμενες διατάξεις. ...», στο άρθρο 24 με τίτλο Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς, ότι «...24.1 Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους: (α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» (β) υποφάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» σύμφωνα με τα κατωτέρω: 24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: - α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) - β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας. ...». Τέλος, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού είχε αναρτηθεί σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF και αποτελούσε αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης σχέδιο ΕΕΕΣ, το οποίο καλούνταν οι διαγωνιζόμενοι να συμπληρώσουν και να υποβάλουν με την προσφορά τους, στο οποίο, όμως, δεν υπήρχε πεδίο για την συμπλήρωση δήλωσης περί μη υπέρβασης ορίου ανεκτελέστου, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ενώ δεν υπήρχαν και οδηγίες για την συμπλήρωσή του.

11. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων της διακήρυξης οι διαγωνιζόμενοι ώφειλαν με την προσφορά τους να υποβάλουν ΕΕΕΣ στο οποίο προαποδεικτικώς να επιβεβαιώνουν, μεταξύ άλλων, την πλήρωση του κριτηρίου Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ, συμπεριλαμβάνοντας δήλωση για το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων, ώστε να προαποδείξουν ότι πληρούν το σχετικό κριτήριο. Ενημερότητα πτυχίου εν ισχύει ή υπεύθυνη δήλωση, συνοδευόμενη 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 ενημέροτητα πτυχίου κατά τις κείμενες διατάξεις, προς απόδειξη πλήρωσης του πιο πάνω κριτηρίου, ώφειλε να υποβάλει ο διαγωνιζόμενος που μετά την αποσφράγιση των προσφορών θα ανακηρυσσόταν προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης. Καθόσον, όμως, στην διακήρυξη ως συμβατικό τεύχος είχε επισυναφθεί και αναρτηθεί στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού αρχείο ΕΕΕΣ και υπό τον τύπο αρχείου XML και υπό τον τύπο αρχείου PDF, ενώ δεν υπήρχαν άλλες οδηγίες για την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν να συμπληρώσουν και να υποβάλουν αυτό.

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

12. 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).

13. Επειδή, σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005,Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

14. Επειδή, ωστόσο, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, UniversaleBau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

15. Επειδή ενόψει των ανωτέρω αν οι επίμαχοι όροι της διακήρυξης δημιουργούν ασάφεια, δεν μπορούν να ερμηνευθούν, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών, σε βάρος διαγωνιζόμενου, αλλά θα πρέπει προηγουμένως να παρασχεθεί σε αυτόν η δυνατότητα να συμπληρώσει τα τυχόν μη επαρκή δικαιολογητικά του (πρβλ. ΣτΕ 423.424. 425/2011).

16. Επειδή, εν προκειμένω, αφού δεν παρέχονται στην επίμαχη διακήρυξη άλλες οδηγίες για την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, εύλογα δε η προσφεύγουσα συμπέρανε ότι ώφειλε να εισάγει το επισυναφθέν αρχείο τύπου xmls στην διαδικτυακή υπηρεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, για την συμπλήρωση του προς υποβολή ΕΕΕΣ στην προσφορά της, συνακόλουθα, μη

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

νόμιμα αποκλείστηκε, με την αιτιολογία ότι το ΕΕΕΣ που υπέβαλε δεν περιείχε δήλωση περί του ανεκτελέστου. Και τούτο, διότι, όπως και το επιληφθέν Κλιμάκιο, εξέτασε αυτεπαγγέλτως, με την συνδρομή ειδικού επιστήμονα, υπαλλήλου της ΑΕΠΠ, μετά την τηλεφόρτωση του αναρτηθέντος στα έγγραφα της σύμβασης σε μορφή αρχείων τύπου XML ΕΕΕΣ στην αντίστοιχη διαδικτυακή υπηρεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης ούτε περιεχόταν προδιατυπωμένη η ζητούμενη περί ανεκτελέστου δήλωση, καμία δε σχετική δυνατότητα συμπλήρωσης της υπό μορφή απάντησης σε προδιατυπωμένη/ες ερώτηση/σεις σε κάποιο τμήμα/μέρος του επίμαχου ΕΕΕΣ δεν άνοιγε, ούτε ελεύθερη επιλογή για συμπλήρωση του ΕΕΕΣ με οποιαδήποτε επιπλέον δήλωση επιθυμεί ο υποβάλλων οικονομικός φορέας σε κάποιο τμήμα/μέρος του δεν δινόταν. Επομένως, η προσφεύγουσα, δεν παρέλειψε να υποβάλει δικαιολογητικό που με ρητή και σαφή διάταξη της διακήρυξης ώφειλε να υποβάλει, που διαφορετικά θα επέφερε τον αποκλεισμό της (βλ. VI 2244/2017, Ε΄ Κλιμ. 519/2017), αλλά, λόγω της αμφισημίας των εγγράφων της σύμβασης, υπέβαλε ελλιπές άνευ ευθύνης της ΕΕΕΣ, επιπλέον, δε, υπέβαλε ήδη με την προσφορά της και την προβλεπόμενη για τον προσωρινό ανάδοχο στο άρθρο 23.5 σχετική με το ανεκτέλεστο υπεύθυνη δήλωση, προκειμένου να αποδείξει μεταξύ άλλων και την πλήρωση του κριτηρίου 22 Γ περί ανεκτελέστου της διακήρυξης.

17. Επειδή, και ο ίδιος ο αναθέτων φορέας συνομολογεί την μη ύπαρξη στα τεύχη του διαγωνισμού ορθώς συνταγμένου ΕΕΕΣ σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και ότι έκανε δεκτά ΕΕΕΣ έτερων διαγωνιζόμενων που είτε συμπλήρωσαν την απαιτούμενη από την διακήρυξη δήλωση για το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων, στο αντίστοιχο πεδίο, αλλά σε ΕΕΕΣ, το οποίο δημιούργησαν οι ίδιοι απ' ευθείας στην ηλεκτρονική υπηρεσία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής κάνοντας χρήση αυτής της διακριτικής ευχέρειας, είτε συμπλήρωσαν την άνω απαίτηση σε άλλο πεδίο του ΕΕΕΣ και εν

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

τέλει δέχεται να γίνει δεκτή η εκ των υστέρων κατάθεση της ψηφιακά υπογεγραμμένης υπεύθυνης δήλωσης της προσφεύγουσας σχετικά με το ανεκτέλεστο.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 207/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... κατά το σκέλος της που αποκλείεται από τον διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΔΥΤΙΚΗΣ ΧΕΡΣΑΙΑΣ ΖΩΝΗΣ ΛΙΜΕΝΑ ...» (ΑΔΑΜ: ... και α.α. ΕΣΗΔΗΣ ...), η προσφορά του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 21-08-2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 10-09-2018.

Αριθμός Απόφασης 713 / 2018

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

δυνάμει της με αρ. 1/2018 Απόφασης της
Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π. περί εξέτασης και έκδοσης
Απόφασης επί των μέχρι 06-09-2018 εκκρεμών
Προσφυγών από τις μέχρι τότε συνθέσεις των
Κλιμακίων Α.Ε.Π.Π.

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ