

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 10 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 01.06.2023, προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΕΑΔΗΣΥ 802/02.06.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο 2^ο χλμ Αριδαίας – Θεσσαλονίκης, Τ.Κ. 58400, νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 96/09.05.2023 απόφαση κατακύρωσης της οικονομικής επιτροπής του Δήμου Αλμωπίας (ΑΔΑ: ...), με την οποία εγκρίθηκε το, από 28.04.2023, πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού και η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «...», προϋπολογισθείσας δαπάνης 216.006,58 € πλέον ΦΠΑ 24%, CPV: ... (κατασκευαστικές εργασίες ...), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη μόνο βάσει τιμής – χαμηλότερη τιμή (ΑΔΑΜ: ... διακήρυξη, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού χιλίων ογδόντα πέντε (1.085,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 01.06.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 802/02.06.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής. όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 96/2023 πράξη της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 23.05.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά των οικονομικών φορέων «...» (προσωρινός μειοδότης) και «...», αφού φέρουν ουσιώδη πλημμέλεια (μη προαπόδειξη του κριτηρίου της οικονομικής επάρκειας/ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών), που δεν είναι δεκτική νόμιμης συμπλήρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (12.06.2023), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 02.06.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεύει δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης, με μέση έκπτωση 33,04 % και συνολική προσφορά 144.635,30 € (πλέον Φ.Π.Α. 24%). Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε έγγραφο απόψεων σε σχέση με τη υπό κρίση προσφυγή, αν και τούτο της ζητήθηκε με την υπ' αριθμ. 989/2023 πράξη του Προέδρου του παρόντος κλιμακίου.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • Κοινός λόγος προσφυγής για τους οικονομικούς φορείς «...» και «...»: μη προαπόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης (ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων). Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι ως άνω δύο οικονομικοί φορείς, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και της αρχής της τυπικότητας που διέπει του δημόσιους διαγωνισμούς, επέλεξαν να μην αναφέρουν αριθμητικά στο Ε.Ε.Ε.Σ τους το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών τους συμβάσεων, αλλά ούτε και να δηλώσουν στο Ε.Ε.Ε.Σ τους ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών δεν υπερβαίνει τα ανώτατα επιτρεπτά όρια του άρθρ. 20 παρ. 4 του ν.3669/2008, ανάλογα με την τάξη εγγραφής τους. Αντ' αυτού, υπέβαλαν μία εντελώς αόριστη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση περί του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργασιών, η δε απάντηση που έδωσαν στο πεδίο: «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» του Ε.Ε.Ε.Σ, ότι δηλαδή το επίμαχο στοιχείο: «*ΚΑΛΥΠΤΕΤΑΙ ΑΠΟ ΤΗ ΒΕΒΑΙΩΣΗ ΜΕΕΠ*» δεν αρκεί, σε καμία περίπτωση, για την προαπόδειξη της επίμαχης απαίτησης της διακήρυξης, ούτε την καθιστά ελέγξιμη από την αναθέτουσα αρχή (βλ. Διοικ. Εφ. Θεσσαλίας 591/2022, Διοικ. Εφ. Θεσσαλίας 41/2022, Διοικ. Εφ. Κομοτηνής 168/2022 και μεταξύ πολλών, υπ' αριθμ.

939/2022 και 1233/2022 αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ). Ο οικονομικός φορέας «...» (παρεμβαίνων) ισχυρίζεται ότι κατά την υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ δεν απαιτείται - και δη επί ποινή αποκλεισμού - να δηλώνεται αριθμητικά το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, παρά μόνο ότι πληρούται το κριτήριο επιλογής του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης και, εν γένει, ότι πληρούνται όλα τα κριτήρια επιλογής. Κατά την άποψη του παρεμβαίνοντος, προς απόδειξη πλήρωσης της επίμαχης απαίτησης (μη υπέρβαση ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου), αρκεί στο παρόν στάδιο της διαδικασίας η δήλωση του διαγωνιζόμενου ότι συμμορφώνεται με την απαίτηση αυτή, αφού ο έλεγχος για την πλήρωσή της θα λάβει χώρα κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο. Τέλος, η ως άνω εταιρεία επισημαίνει ότι η διάταξη του άρθρου 23.1 της διακήρυξης υποδεικνύει απλώς το πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ, στο οποίο θα πρέπει να σημειωθεί η απαιτούμενη δήλωση περί μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου και δεν αποτελεί, σε καμία περίπτωση, απαράβατο όρο περί υποχρεωτικής σημείωσης του ανεκτέλεστου υπολοίπου των υπό εκτέλεση εργολαβικών συμβάσεων, ως εσφαλμένα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα.

Β) Στο άρθρο 22.Γ («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») της επίμαχης διακήρυξης ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «... *Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του π.δ. 71/2019, δε θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 ν. 3669/2008, όπως ισχύει*». Επίσης, στο άρθρο 23 («Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής») παρ. 1 της επίμαχης διακήρυξης προβλέπεται ότι: «*Τέλος, επισημαίνεται ότι οι προσφέροντες δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β (Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις*». Στο άρθρο 23.5 («Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ») της επίμαχης διακήρυξης, ορίζεται ότι: «*Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: [...] Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών*

συμβάσεων: - με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει, συνοδευόμενης, ανά περίπτωση, 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 τα έργα που είναι υπό εξέλιξη και δεν συμπεριλαμβάνονται στην ενημερότητα πτυχίου 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 ενημερότητα πτυχίου, κατά τις κείμενες διατάξεις».

Γ) Από την επισκόπηση της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», προκύπτει ότι αυτός υπέβαλε την, από 09.02.2023, συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, στην οποία δήλωσε ότι: «Το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων της εταιρίας για έργα που εκτελεί είτε μόνη της είτε σε κοινοπραξία δεν υπερβαίνει το όριο ανεκτέλεστου που τίθεται στο άρθρ. 20 παρ. 4 του Ν.3669/2008 όπως ισχύει». Επίσης, ο οικονομικός φορέας «...» υπέβαλε συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, στην οποία δήλωσε ότι: «Το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων της εταιρίας για έργα που εκτελεί είτε μόνη της είτε σε κοινοπραξία δεν υπερβαίνει το όριο ανεκτέλεστου που τίθεται στο άρθρ. 20 παρ. 4 του Ν.3669/2008 όπως ισχύει». Ωστόσο, από το σαφές γράμμα των ανωτέρω διατάξεων της διακήρυξης, σύμφωνα με τις οποίες το ανεκτέλεστο υπόλοιπο θα πρέπει να δηλωθεί με συγκεκριμένο τρόπο και σε συγκεκριμένο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ, συνάγεται ευχερώς ότι και οι δύο οικονομικοί φορείς θα έπρεπε να δηλώσουν στο Ε.Ε.Ε.Σ. ή έστω στη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση αριθμητικά το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργασιών τους, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος. Επομένως, τόσο η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, όσο και η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» κρίνονται πλημμελείς και συνεπώς, απορριπτέες, διότι δεν δήλωσαν (αριθμητικά) στο Ε.Ε.Ε.Σ ή έστω στη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωσή τους, το επίμαχο ποσό ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργασιών, ώστε να μπορέσει η αναθέτουσα αρχή να προβεί στον έλεγχο/επαλήθευση της οικείας απαίτησης της διακήρυξης. Εν όψει των ανωτέρω και δοθέντος ότι από κανένα στοιχείο της προσφοράς των ως άνω

οικονομικών φορέων, δεν προκύπτει το ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου που ρητά, με σαφήνεια και αδιαμφισβήτητα ζητείτο να δηλωθεί κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών στο Ε.Ε.Ε.Σ. (και μάλιστα, σε συγκεκριμένο πεδίο του), μη νομίμως και ανατιολόγητα, έγινε δεκτή η προσφορά τους. Περαιτέρω, σημειώνεται ότι ουδόλως αρκεί στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, η απλή αναφορά στο Ε.Ε.Ε.Σ πως η επίμαχη απαίτηση καλύπτεται από τη βεβαίωση Μ.Ε.ΕΠ, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η παρεμβαίνουσα και τούτο, διότι τυχόν αποδοχή της άποψης αυτής, θα συνεπαγόταν κατάργηση του θεσμού της προαπόδειξης. Θα πρέπει, επίσης, να σημειωθεί ότι οι εξεταζόμενες δύο προσφορές δεν ήταν, σε καμία περίπτωση, δεκτικές διευκρίνισης ως προς το κρινόμενο ζήτημα (ούτε, εξάλλου, η οικεία αναθέτουσα αρχή ζήτησε σχετικές διευκρινίσεις) και τούτο, διότι οι διευκρινίσεις που υποβάλλονται, δυνάμει της διατάξεως του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, δεν μπορούν να «θεραπεύσουν» την παράλειψη προσκομίσεως εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει. Εξάλλου, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών, στην δε αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021 αναφέρεται ρητά ότι: *«η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί»*. Επίσης, ως προσφάτως κρίθηκε από το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο της χώρας, τυχόν κλήση σε παροχή διευκρινίσεων *«...θα συνιστούσε παροχή δυνατότητας να προσκομισθεί ουσιώδες στοιχείο, απαιτούμενο επί ποινή αποκλεισμού, και όχι απλώς κλήση προς διευκρίνιση επουσιώδους ασάφειας ή προς διόρθωση τυπικού σφάλματος ή επουσιώδους πλημμέλειας»* (βλ. ΣτΕ 147/2022 σκέψη 34) .Επομένως, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, οι ανωτέρω οικονομικοί φορείς δεν προαπέδειξαν την πλήρωση του όρου που αφορά στην μη υπέρβαση του νόμιμου ορίου ανεκτέλεστου μέρους εργολαβικών συμβάσεων, με αποτέλεσμα να συντρέχει, αυτοτελής, ήτοι, μη συνδεόμενος με την εν τοις πράγμασι υπέρβαση του ως άνω ορίου, λόγος απόρριψης της προσφοράς τους(ΔΕΦ

Θεσσαλονίκης ad hoc N31/2020 σκ. 11). Με βάση τα προαναφερόμενα, ο μοναδικός – κοινός - λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει γίνει δεκτός ως βάσιμος.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

9. Επειδή, η ασκηθείσα παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 96/2023 απόφαση κατακύρωσης της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχή του, από 28.04.2023, πρακτικού της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με συστημικό αριθμ. Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ ..., κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά των οικονομικών φορέων «...» και «...», σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού χιλίων ογδόντα πέντε (1.085,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 31 Ιουλίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ