

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 20^η Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 04.07.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 952/05.07.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «ΔΗΜΟΥ ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 22-10 /01-06-2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού € 645,10.

2. Επειδή, με τη με ΑΔΑΜ .../21-12-28 διακήρυξη, προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός με κριτήριο για την ανάθεση την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) για το έργο «...»

3. Επειδή, στον υπό κρίση διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και οι οικονομικοί φορείς : 1) «...», 2) «...», 3) «...». Με την υπ'

Αριθμός απόφασης: Σ 1096/2023

αριθμ. 7-7 /01-03-2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η προσφεύγουσα. Κατόπιν πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή για να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, κοινοποιήθηκε η υπ' αριθμ. 22-10/01-06-2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των απαιτήσεων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και ειδικότερα η άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22.Β της διακήρυξης και αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της.

4. Επειδή, κατά της ως άνω υπ' αριθμ. 22-10/01-06-2022 απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 23.06.2022 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 04.07.2022, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 07.07.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις από 18.07.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της.

6. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε σιωπηρά από το κρίνον Κλιμάκιο της ΕΑΔΗΣΥ.

7. Επειδή, η ως άνω σιωπηρή απόρριψη της ΕΑΔΗΣΥ ακυρώθηκε με την υπ' αριθμ. 40/2023 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κατόπιν τούτου η υπόθεση αναπέμφθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ προκειμένου να ασκήσει εκ νέου την αρμοδιότητά της και να προβεί σε κρίση των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007,

19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ελλιπώς αιτιολογημένη αφού δεν προκύπτει με σαφήνεια ποιος είναι ο λόγος ανάκλησης της απόφασης προσωρινού αναδόχου, ποια συγκεκριμένα δικαιολογητικά δεν προσκόμισε, για ποιον λόγο δεν κλήθηκε για συμπλήρωση των δικαιολογητικών ή για παροχή διευκρινίσεων καθώς και για ποιο λόγο δεν αποδείχθηκε η πλήρωση των απαιτήσεων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 22 και 23 της διακήρυξης. Ομοίως, δεν είναι σαφές με βάση ποια διάταξη του νόμου και της διακήρυξης αποφασίζεται η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της.

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η επιτροπή διαγωνισμού στο από 03-06-2022 πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου αναφέρει ότι: *«Από την καταγραφή των παραπάνω δικαιολογητικών η Επιτροπή διαπίστωσε ότι δεν έχουν κατατεθεί οι Υπεύθυνες Δηλώσεις του άρθρου 23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α της Διακήρυξης, η βεβαίωση ανεκτέλεστου έργου και η ασφαλιστική ενημερότητα έργου που αναφέρεται στον πίνακα ανεκτέλεστων έργων. Επίσης από τον έλεγχο των κατατεθειμένων δικαιολογητικών η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η Βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ αφορά σε έργα κατηγορίας ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ τάξης Α1. Στην Διακήρυξη και στο άρθρο 23.4 Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας αναφέρεται ότι: «α) Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση*

εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 65 του π.δ. 71/2019, και από την πλήρη έναρξη ισχύος του τελευταίου βεβαίωση εγγραφής στο Τμήμα Ι του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.) 137, ή βεβαίωση εγγραφής στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, ανά περίπτωση, στην/στις κατηγορία/ες Α2 τάξη και Άνω στην κατηγορία ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ καθώς και ενώσεις οικονομικών φορέων του άρθρου 76 παρ. 3β του ν.4412/2016.». Σε συνέχεια των ανωτέρω η Επιτροπή διαπίστωσε ότι από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, από τον προσωρινό ανάδοχο, δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των απαιτήσεων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 22 και 23 της Διακήρυξης».

Βάσει της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης συνάγεται σαφώς ότι η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από τη διαγωνιστική διαδικασία διότι δεν πληρούσε το κριτήριο 22.Β. «Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας», το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 23.4 της διακήρυξης αποδεικνυόταν με βεβαίωση εγγραφής στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, στην/στις κατηγορία/ες Α2 τάξη και άνω στην κατηγορία ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ. Όμως η προσφεύγουσα κατέθεσε προς απόδειξη του κριτηρίου 22.Β την βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ στην κατηγορία ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ και τάξη Α1, η οποία δεν πληροί την απαίτηση της διακήρυξης για τάξη Α2 και άνω. Επομένως βάσει του άρθρου 4.2. παρ. δ', νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της και κατέπεσε η εγγυητική συμμετοχής. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία κρίθηκε ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας ήταν αιτιολογημένη και ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος απορρίπτεται ως αβάσιμος.

11. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι σε κάθε περίπτωση έπρεπε να κληθεί κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής σύμφωνα με το άρθρο 103 του Ν.4412/2016 προκειμένου να διευκρινίσει ή να συμπληρώσει τα δικαιολογητικά της προτού αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία.

12. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η αναθέτουσα αρχή κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου διαπίστωσε ότι η προσφεύγουσα κατέθεσε προς

Αριθμός απόφασης: Σ 1096/2023

απόδειξη του κριτηρίου 22.B την βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ στην κατηγορία ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ και τάξη Α1, η οποία δεν πληροί την απαίτηση της διακήρυξης για τάξη Α2 και άνω και γι' αυτό το λόγο την απέκλεισε αυτομάτως από το διαγωνισμό. Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, το άρθρο 103 Ν.4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 Ν.4782/2021(ΦΕΚ Α 36/9.3.2021) αλλά και το άρθρο 4.2 της διακήρυξης, ορίζουν σαφώς ότι η αναθέτουσα αρχή κατά τον πρώτο έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης σε περίπτωση που διαπιστώσει οιαδήποτε έλλειψη ή ανεπάρκεια σε αυτά, είναι υποχρεωμένη να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινίσεις, κατά την έννοια του άρθρου 102 ν. 4412/2016, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή δεν κάλεσε την προσφεύγουσα ως όφειλε σύμφωνα με τα προαναφερθέντα άρθρα αλλά αντιθέτως προχώρησε παρανόμως στην απόρριψη της προσφοράς της και την κατάπτωση της εγγυητικής της συμμετοχής. Ως εκ τούτου, ο υπό κρίση δεύτερος λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση.

13. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη που απέρριψε την προσφορά της με την αιτιολογία ότι δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των απαιτήσεων των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και ειδικότερα η άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22.B της διακήρυξης, πρέπει να ακυρωθεί διότι αφενός πληροί και αποδεικνύει την καταλληλότητά της ως προς την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του μηχανικού – εργολήπτη δημοσίων έργων και δη επί έργων οδοποιίας, όπως δηλαδή περιγράφεται στο οικείο άρθρο 22.A της διακήρυξης σε συνδυασμό με το άρθρο 21 της διακήρυξης, αφού είναι εγγεγραμμένη στο οικείο επαγγελματικό μητρώο της χώρας (Μ.Ε.Ε.Π) με αριθμό 29720 στην κατηγορία της ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, αφετέρου πληροί και αποδεικνύει τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που αφορούν και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αφού διαθέτει την απαιτούμενη στο άρθρο 22.Δ στελέχωση και εμπειρία (1 Τεχνικό ΜΕ Β' βαθμίδας στην ΟΔΟΠΟΙΙΑ, τον ...). Επίσης, ισχυρίζεται ότι πληροί και το κριτήριο 22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (22.Γ Διακήρυξης) καθώς βάσει της διακήρυξης και του νόμου στις

Αριθμός απόφασης: Σ 1096/2023

τάξεις Α1 και Α2 δεν απαιτείται ελάχιστο όριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Περαιτέρω, αναφέρει ότι εταιρεία που πληροί την τεχνική ικανότητα είναι εκ προοιμίου και άνευ ετέρου κατάλληλη, διότι η πλήρωση του κριτηρίου 22.Δ σημαίνει αυτόματα και μονοσήμαντα πλήρωση του κριτηρίου 22.Β. Η πλήρωση και των δύο κριτηρίων αποδεικνύεται νομίμως και προσηκόντως από την προσκομισθείσα βεβαίωση ΜΕΕΠ.

14. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Όπως εκτέθηκε αναλυτικά στη σκέψη 10 της παρούσας, η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από τη διαγωνιστική διαδικασία διότι δεν πληρούσε το κριτήριο 22.Β. «Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας», το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 23.4 της διακήρυξης αποδεικνυόταν με βεβαίωση εγγραφής στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, στην/στις κατηγορία/ες Α2 τάξη και άνω στην κατηγορία ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, αφού η ίδια κατέθεσε προς απόδειξη του κριτηρίου 22.Β την βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ στην κατηγορία ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ και τάξη Α1, η οποία δεν πληροί την απαίτηση της διακήρυξης για τάξη Α2 και άνω. Εφόσον η προσφεύγουσα συμμετείχε ανεπιφύλακτα στον υπό κρίση διαγωνισμό και αποδέχτηκε τους όρους της διακήρυξης, απαραδέκτως στο παρόν στάδιο αμφισβητεί τη νομιμότητα αυτών προσπαθώντας με δική της ερμηνεία να ακυρώσει ουσιαστικά το περιεχόμενό τους. Επίσης, ουδεμία ασάφεια ή αντίφαση υπάρχει μεταξύ όρων της διακήρυξης όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

16. 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 εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Αριθμός απόφασης: Σ 1096/2023

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ