

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 5 Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 27/7/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1147/28-7-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «**** Ι.Κ.Ε.» και τον διακριτικό τίτλο «**** Ι.Κ.Ε.» που εδρεύει στην ****, οδός ****, και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

Του ΔΗΜΟΥ **** που εδρεύει στην ****, ****, και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ***/2023 με θέμα: «Έγκριση του από 21-6-2023 πρακτικού αποσφράγισης – αξιολόγησης προσφορών της Επιτροπής διενέργειας ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή Αναδόχου για τη δημόσια σύμβαση με τίτλο 'Επέκταση του δικτύου οδοφωτισμού στην οδό Εθ. Αιμοδότη και στην οδό Ανδ. Παπανδρέου του Δήμου ****», κατά το μέρος της που έγινε δεκτή η προσφορά της **** ΑΤΕ και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, το νόμιμο παράβολο, ποσού 655,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 130.645,16 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: 602515023954 0123 0089).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτ. ****/17-5-2023 η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την

Αριθμός απόφασης: 1234/2023

ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης κατασκευής του δημοσίου έργου «ΕΠΕΚΤΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΟΔΟΦΩΤΙΣΜΟΥ ΣΤΗΝ ΟΔΟ ΕΘ. ΑΙΜΟΔΟΤΗ ΚΑΙ ΣΤΗΝ ΟΔΟ ΑΝΔ. ΠΑΠΑΝΔΡΕΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ****» εκτιμώμενης αξίας 130.645,16 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Το έργο χρηματοδοτείται από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας (ΚΑΕ ****). Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις **/**/2023 (ΑΔΑΜ: ****) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α ****. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 12η/6/2023.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν δύο (2) οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα και η **** ΑΤΕ. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς, έγιναν δεκτές αμφότερες οι υποβληθείσες προσφορές και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η **** ΑΤΕ ως μειοδότρια. Η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στις 17/7/2023.

4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (δημόσιο έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

5. Η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα που συμμετέχει παραδεκτά στον διαγωνισμό ασκεί την προδικαστική προσφυγή με έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγο απόρριψης της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου.

6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς οικονομικούς φορείς στις 1/8/2023 και υπέβαλε στις 11/8/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, απόψεις επ' αυτής. Κατόπιν αυτού, η προσφεύγουσα, νόμιμα και εμπρόθεσμα, υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα στις 12/8/2023.

7. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ.

ΣΤΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει στις κρίσιμες για την επίλυση της διαφοράς διατάξεις τα εξής: «22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. ... 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, 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. Μετά από τη λήξη των ως άνω μεταβατικών διατάξεων και την πλήρη έναρξη ισχύος του πδ 71/2019, οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε., δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 64 αυτού. ... Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. ... 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».

8. Με τον μόνο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης, κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της προσωρινής αναδόχου, παρά το γεγονός ότι δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ το ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων εκτέλεσης δημοσίων έργων, αλλά μόνο το γεγονός ότι το ανεκτέλεστό της δεν υπερβαίνει τα νόμιμα όρια.

9. Η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει στα παραπάνω με τις απόψεις της ότι η Διακήρυξη δεν απαιτούσε να αναγραφεί στο ΕΕΕΣ το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου και ότι, σε κάθε περίπτωση, πρόκειται για στοιχείο που μπορεί να συμπληρωθεί με τη διαδικασία του άρθρου 102 ν. 4412/2016.

10. Από τις προεκτεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης προκύπτει ότι το ΕΕΕΣ αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη για το ότι συντρέχουν στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα τα κριτήρια επιλογής για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό. Ειδικότερα, κατά την ειδική, ρητή και σαφή πρόβλεψη του άρθρου 23.1 της Διακήρυξης του προκείμενου

διαγωνισμού, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, οι συμμετέχοντες όφειλαν να αναγράψουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 591/2022, 585/2022, ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, ΕΑΔΗΣΥ 858/2023, 423/2023, σκ. 23-25). Η δε παράλειψη δήλωσης του συγκεκριμένου στοιχείου στο ΕΕΕΣ το καθιστά ελλιπές, και μάλιστα, κατά τρόπο που δεν συμπληρώνεται με τις διατάξεις του άρθρου 102 ν. 4412/2016, διότι αυτό θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων συμπλήρωση ουσιώδους πληροφορίας που απαιτείται από τη Διακήρυξη (βλ. ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, σκ. 19).

11. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η **** ΑΤΕ υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής το ΕΕΕΣ της, το οποίο περιείχε στο ερώτημα του Μέρους IV σχετικά με την χρηματοοικονομική ικανότητα την εξής δήλωση: «*ΤΟ ΑΝΕΚΤΕΛΕΣΤΟ ΜΕΡΟΣ ΤΩΝ ΕΡΓΟΛΑΒΙΚΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΔΕΝ ΥΠΕΡΒΑΙΝΕΙ ΤΑ ΟΡΙΑ ΑΝΕΚΤΕΛΕΣΤΟΥ ΠΟΥ ΤΙΘΕΝΤΑΙ ΣΤΟ ΑΡΘΡΟ 20 παρ 4 του ν.3669/08(ΚΔΕ).*» (βλ. αρχείο «ΕΕΕΣ signed»). Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, και ιδίως της ρητής απαίτησης της Διακήρυξης να αναγράφεται στο συγκεκριμένο πεδίο του ΕΕΕΣ το τρέχον ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών συμβάσεων, και όχι απλώς να δηλώνεται ότι η επιχείρηση δεν υπερβαίνει το νόμιμο όριο, το ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας με το παραπάνω περιεχόμενο δεν είναι σύμφωνο με τη Διακήρυξη, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

12. Εξάλλου, και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η παραπάνω πλημμέλεια της προσφοράς της είναι ιάσιμη με τη διαδικασία των άρθρων 9 της Διακήρυξης και 102 ν. 4412/2016 δεν είναι βάσιμος. Και τούτο, διότι, κατά την έννοια των οικείων διατάξεων του άρθρου 102 ν. 4412/2016, όπως αυτές ερμηνεύθηκαν από τα αρμόδια Δικαστήρια και μετά την τροποποίησή τους με τις διατάξεις του άρθρου 42 ν. 4782/2022 (βλ. ΣτΕ 1894/2022, 1553/2022, 725/2022), είναι επιτρεπτή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η

συμπλήρωση ή διευκρίνιση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθεισών δικαιολογητικών και πληροφοριών, όχι όμως και η αναπλήρωση μη υποβληθέντων στοιχείων. Δεν μπορεί, δηλαδή, να θεραπεύεται, κατόπιν πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής κατ' άρθρο 102 ν. 4412/2016, η παράλειψη υποβολής ρητά απαιτούμενων από τη Διακήρυξη πληροφοριών, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ. ΣτΕ 1894/2022, 2514/2022, σκ. 22, απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, σκ. 93, με την οποία ερμηνεύεται το ισχύον άρθρο 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

13. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της **** ΑΤΕ, παρότι η τελευταία παρέλειψε, όπως προαναφέρθηκε, να αναφέρει στο ΕΕΕΣ το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα, δεδομένου ότι η συγκεκριμένη προσφορά δεν πληρούσε τον όρο του άρθρου 23.1. της οικείας Διακήρυξης (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 591/2022, 585/2022, ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, ΕΑΔΗΣΥ 423/2023, σκ. 23-25). Κατά συνέπεια, ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

14. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 5 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 11 Σεπτεμβρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ