

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 14 Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 06.07.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1016/06.07.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «****» και το διακριτικό τίτλο «**** **ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Ε.**» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ****, επί της οδού **** και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Κατά της «******ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ (****Α.Ε.)**» (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενης.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ****_**.06.23/23-06-2023 (ΑΔΑ: ****), με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό με ημερομηνία 23.06.2023, για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στην προσφυγή της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 1.051,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ****).

Αριθμός Απόφασης : 1367/2023

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ***/29.05.23 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του έργου «Ενεργειακή αναβάθμιση κτιρίου **** ***)» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 210.188,36 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 20^η.06.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις **.**.2023 (ΑΔΑΜ: ***) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α ****.

3. Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 06.07.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη απόφαση κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 29.06.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 1229/2023 ορίσθηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 24.07.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με όμοια ημερομηνία για την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

5. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022) κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

Αριθμός Απόφασης : 1367/2023

6. Η Διακήρυξη, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

7. Με τον πέμπτο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του οικονομικού φορέα «Τ**** Β****», και ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση των σχετικών απαιτήσεων της Διακήρυξης ο πιο πάνω οικονομικός φορέας στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε δεν προέβη στην απαιτούμενη δήλωση περί μη υπέρβασης του ανώτατου επιτρεπτού ορίου του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων και δεν δήλωσε το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων. Για τον παραπάνω λόγο προσφυγής λεκτέα τα εξής:

8. Στον όρο 23 της Διακήρυξης με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: «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 ισοδυναμεί με 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 μια από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επομένης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας (...). 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».

9. Επίσης, στον όρο 22.Γ. της Διακήρυξης «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζονται τα εξής *«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 π.δ. 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».*

10. Στην κρινόμενη περίπτωση ο «Τ**** Β****» κατέθεσε στο φάκελο της προσφοράς του το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΕΕΕΣ_signed-5.pdf») στο οποίο δεν έχει περιλάβει καμία απολύτως δήλωση σχετικά με το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων, όπως απαιτεί ο όρος 23.1 της Διακήρυξης. Σχετικά με την παραπάνω παράλειψη η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει στις απόψεις της ότι *«Όσον αφορά στην Υπεύθυνη Δήλωση για το ανεκτέλεστο, σημειώνεται ότι η υπεύθυνη αυτή δήλωση υποβάλλεται από τον προσωρινό ανάδοχο με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και όχι από όλους τους συμμετέχοντες με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Επίσης στο ΕΕΕΣ που επισυνάπτεται στη διακήρυξη δεν περιλαμβάνεται πεδίο ως προς την Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για συμπλήρωσή τους από τους συμμετέχοντες».*

11. Σχετικά με τους παραπάνω ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής επισημαίνεται καταρχήν ότι ο προβαλλόμενος λόγος προσφυγής αφορά τη μη προσήκουσα δήλωση στο ΕΕΕΣ της μη υπέρβασης του ανώτατου επιτρεπτού ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων και ιδίως του ύψους

του ανεκτέλεστου και όχι τη μη υποβολή Υπεύθυνης Δήλωσης για τα παραπάνω. Επίσης, στην υποσημείωση 7 (σελ. 56) της επίμαχης Διακήρυξης ορίζεται ότι «Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Έγγραφο Προμήθειας (L 3) και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. Το ΕΕΕΣ φέρει υπογραφή με ημερομηνία εντός του χρονικού διαστήματος, κατά το οποίο μπορούν να υποβάλλονται προσφορές. Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ. Από τις 2-5-2019, παρέχεται η ηλεκτρονική υπηρεσία Promitheus ESPDint (<https://espdint.eprocurement.gov.gr/>) που προσφέρει τη δυνατότητα ηλεκτρονικής σύνταξης και διαχείρισης του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ). Μπορείτε να δείτε τη σχετική ανακοίνωση στη Διαδικτυακή Πύλη του ΕΣΗΔΗΣ www.promitheus.gov.gr Πρβλ. και το Διορθωτικό (Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης L 17/65 της 23ης Ιανουαρίου 2018) στον Εκτελεστικό Κανονισμό (ΕΕ) 2016/7 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας , με το οποίο επιλύθηκαν τα σχετικά ζητήματα ορολογίας που υπήρχαν στο αρχικό επίσημο ελληνικό κείμενο του Εκτελεστικού Κανονισμού, Μπορείτε να δείτε το σχετικό Διορθωτικό στην ακόλουθη διαδρομή [https://eur-lex.europa.eu/legal_content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0007R\(01\)&from=EL](https://eur-lex.europa.eu/legal_content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0007R(01)&from=EL)».

12. Περαιτέρω, όπως έχει πρόσφατα κριθεί και όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της, το υπόδειγμα ΕΕΕΣ της αναθέτουσας αρχής, στο οποίο πράγματι έχουν παραλειφθεί από την αναθέτουσα αρχή συγκεκριμένες ενότητες για την «Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια» (Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β), δεν αποτελεί έγγραφο της σύμβασης, ούτε είχε τεθεί ως υποχρεωτικό υπόδειγμα και συνεπώς, δεν δεσμεύει τους διαγωνιζόμενους κατά την υποβολή της προσφοράς τους, οι οποίοι όφειλαν να δηλώσουν προαποδεικτικά την πλήρωση όλων ανεξαιρέτως των προϋποθέσεων συμμετοχής. Συναφώς, έχει κριθεί ότι ο

Αριθμός Απόφασης : 1367/2023

εύλογα ενημερωμένος και κανονικά επιμελής υποψήφιος που επιθυμεί να διεκδικήσει την ανάληψη μιας δημόσιας σύμβασης, μπορούσε να κατανοήσει την παραπάνω «παράλειψη» της Διακήρυξης. Και αυτό γιατί η επίμαχη Διακήρυξη ρητά και με σαφήνεια παραπέμπει στον Κανονισμό 2016/7 περί ΕΕΕΣ και επιπλέον το ΕΕΕΣ αποτελεί παράρτημα Κανονισμού εφαρμοζόμενου υποχρεωτικά σε όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες αναθετουσών αρχών άνω των ορίων με δεσμευτική ισχύ και επίσης αποτελεί το μόνο έγγραφο που υποχρεούνται να καταθέσουν οι προσφέροντες για την προαπόδειξη ουσιωδών απαιτήσεων της εκάστοτε Διακήρυξης (βλ. ΔΕφΘεσ 383/2022, ΔΕφΚομ 168/2022, ΕΑΔΗΣΥ 420/2023, 576/2023). Επομένως, μετά τα παραπάνω κρίνεται αβάσιμος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί του ότι η μη αναφορά του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων στο ΕΕΕΣ του «Τ**** Β****» είναι δικαιολογημένη λόγω της παράλειψης του σχετικού πεδίου στο ΕΕΕΣ που είχε αναρτήσει η αναθέτουσα αρχή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

13. Επίσης, από τους προπαρατεθέντες όρους 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 επίμαχης Διακήρυξης, 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 στο ΕΕΕΣ, όχι μόνο το γεγονός της μη υπέρβασης, αλλά και το ύψος του ανεκτέλεστου υπολοίπου 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 423/2023, σκ. 23-25, 858/2023, 1251/2023). Η δε παράλειψη αναφοράς του συγκεκριμένου στοιχείου στο ΕΕΕΣ το καθιστά ελλιπές, και μάλιστα, κατά τρόπο που δεν μπορεί να συμπληρωθεί με τις διατάξεις του άρθρου 102 ν. 4412/2016, διότι αυτό θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων συμπλήρωση ουσιώδους

Αριθμός Απόφασης : 1367/2023

πληροφορίας που απαιτείται από τη Διακήρυξη, ενδεχομένως, μάλιστα, με δεδομένα διαφορετικά από αυτά που συνέτρεχαν στον χρόνο υποβολής της προσφοράς (βλ. ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, σκ. 17).

14. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την διατύπωση του όρου 23.1 της Διακήρυξης, με την οποία εφιστάται η επιμέλεια των διαγωνιζομένων στο γεγονός ότι θα πρέπει να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ κατά το στάδιο της προαπόδειξης των κριτηρίων επιλογής το τρέχον ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων, η προσφορά του οικονομικού φορέα «Τ**** Β****» είναι πλημμελής καθώς, κατά το βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας δεν έχει γίνει αναφορά στο τρέχον ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και επομένως το ΕΕΕΣ του με το παραπάνω περιεχόμενο δεν είναι σύμφωνο με τους δεσμευτικούς όρους της επίμαχης Διακήρυξης, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

15. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «Τ**** Β****», παρότι ο τελευταίος παρέλειψε, όπως προαναφέρθηκε, να αναφέρει το ύψος του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα κατά το μέρος αυτό, δεδομένου ότι η συγκεκριμένη προσφορά, ελλείπει της σχετικής δήλωσης στο ΕΕΕΣ, δεν είναι σύμφωνη με τον όρο 23.1 της επίμαχης Διακήρυξης και βάσιμα προβάλλεται ότι θα έπρεπε να δηλωθεί το ανεκτέλεστο υπόλοιπο (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 591/2022, 585/2022, ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, ΕΑΔΗΣΥ 423/2023, σκ. 23-25). Κατά συνέπεια, ο κρινόμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

16. Μετά τα παραπάνω, η προσφορά του οικονομικού φορέα «Τ**** Β****» είναι απορριπτέα, καθώς ο λόγος που εξετάστηκε κρίθηκε βάσιμος και έγινε δεκτός, ενώ παρέλκει η εξέταση των υπολοίπων λόγων προσφυγής, δεδομένου ότι η πιο πάνω πλημμέλεια, παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη αυτής (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019 κ.α.).

17. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με το σκεπτικό και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση.
- 3.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 3 Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ