

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 27 Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, σε αναπλήρωση της Αθηνάς Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 17.09.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1412/18.09.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*********» (εφεξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στα *********, στη συμβολή των οδών ********* & ********* και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του **ΔΗΜΟΥ ******* (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή») που εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ********* με αριθμό 186/2023, κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά 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 2.298,39 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: *********).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό *******/05.07.2023** προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την

ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του έργου «ΚΑΤΕΔΑΦΙΣΗ ΤΩΝ ΥΠΕΡΚΕΙΜΕΝΩΝ ΚΤΙΣΜΑΤΩΝ ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΔΟΥ ***** ΔΗΜΟΥ ***** (ΑΕΚΚ–ΑΠΟΒΛΗΤΑ ΕΚΣΚΑΦΩΝ ΚΑΙ ΚΑΤΕΔΑΦΙΣΕΩΝ)» (ΥΠΟΕΡΓΟ 6 ΤΗΣ ΠΡΑΞΗΣ «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΟΜΒΡΙΩΝ ΣΕ ΠΕΡΙΟΧΕΣ ΤΩΝ ΔΗΜΩΝ ***** ΚΑΙ ***** ») συνολικής εκτιμώμενης αξίας 459.677,42 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου 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 27^η.07.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 10.07.2023 (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 17.09.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 07.09.2023, 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 τις Πράξεις του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 1707/2023 και 1724/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 02.10.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 37411/02.10.2023 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».

6. Η Διακήρυξη, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού 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 και αποφάσεις ΣτΕ 5022/12, 4901/14,σκ.8 1086/15,σκ.5 , 2434/17,σκ.5, 1217/18, σκ.5, 3629/20 και ΕΑ ΣτΕ 352/16, 53/11, κ.ά.).

7. Με τον μόνο προβαλλόμενο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της λόγω της μη δήλωσης του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων στο ΕΕΕΣ, που κατέθεσε για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, παράλειψη η οποία οφείλεται σε παραδρομή, ενώ η σχετική απόδειξη θα λάμβανε χώρα στο στάδιο της κατακύρωσης με την καταγραφή του ανεκτέλεστου υπολοίπου και την προσκόμιση των σχετικών αποδεικτικών εγγράφων. Περαιτέρω η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα η Επιτροπή του Διαγωνισμού δεν κάλεσε αυτήν σε παροχή διευκρινίσεων σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. 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 κρίσιμη περίπτωση η προσφεύγουσα κατέθεσε στο φάκελο της προσφοράς της το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΑΡΘΡΟ 24.2.α) - espd-response-v2.signed.pdf») και στο ερώτημα του Μέρους IV Β' «Άλλες οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις - Όσον αφορά τις λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις, εάν υπάρχουν, οι οποίες ενδέχεται να έχουν προσδιοριστεί στη σχετική προκήρυξη / γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης (...)» έχει δηλώσει τα εξής: «1η ΤΑΞΗ ΜΕΕΠ ΣΤΑ ΕΡΓΑ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ ΜΕ ΑΡ. ΜΗΤΡΩΟΥ ΜΕΕΠ : ***** , ΙΔΙΑ ΚΕΦΑΛΑΙΑ > 50.000 ΕΥΡΩ, ΠΑΓΙΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ > 50.000 ΕΥΡΩ. ΤΟ ΑΝΕΚΤΕΛΕΣΤΟ ΥΠΟΛΟΙΠΟ ΤΩΝ ΕΡΓΟΛΑΒΙΚΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ ΔΕΝ ΥΠΕΡΒΑΙΝΕΙ ΤΑ ΑΝΩΤΑΤΑ ΕΠΙΤΡΕΠΤΑ ΟΡΙΑ , ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΑ ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ ΟΡΙΖΟΜΕΝΑ ΣΤΟ ΑΡΘΡΟ 20 ΠΑΡ. 4 ΤΟΥ Ν.3669/2008, ΟΠΩΣ ΙΣΧΥΕΙ».

11. 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 ανεκτέλεστο υπόλοιπου 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 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 ενδεχομένως, μάλιστα, με δεδομένα διαφορετικά από αυτά που συνέτρεχαν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (βλ. ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, σκ. 17).

12. 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 της προσφεύγουσας είναι πλημμελής καθώς, όπως ορθά εντόπισε η αναθέτουσα αρχή, δεν έχει γίνει αναφορά στο τρέχον ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και επομένως το ΕΕΕΣ της με το παραπάνω περιεχόμενο δεν είναι σύμφωνο με τους δεσμευτικούς όρους της επίμαχης Διακήρυξης, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

Αριθμός Απόφασης : 1683/2023

13. Επομένως, η προσφορά της προσφεύγουσας ελλείπει της σχετικής δήλωσης στο ΕΕΕΣ σχετικά με το ύψος του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων δεν είναι σύμφωνη με τον όρο 23.1 της επίμαχης Διακήρυξης (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 591/2022, 585/2022, ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, ΕΑΔΗΣΥ 423/2023, σκ. 23-25). Περαιτέρω, αβάσιμα προβάλλεται ότι η έλλειψη αυτή είναι δεκτική διευκρίνισης με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, καθώς, όπως προαναφέρθηκε, έχει κριθεί ότι το ύψος του ανεκτέλεστου υπολοίπου αποτελεί ουσιώδη πληροφορία που πρέπει να προαποδεικνύεται με την υποβολή του ΕΕΕΣ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, καθώς κατά την τυχόν εκ των υστέρων συμπλήρωσή της μπορεί να έχουν προκύψει δεδομένα διαφορετικά από αυτά που συνέτρεχαν τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (βλ. ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, σκ. 17). Κατά συνέπεια, ο μόνος λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

14. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 16 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ