

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 03 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 24.02.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 256/02.02.2023 προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», με τον διακριτικό τίτλο «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 10.03.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 22/2023 (αριθμός πρακτικού 4/2023) απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που αποδέχεται τις προσφορές των καταταγέντων στις θέσεις 1 έως 4 οικονομικών φορέων καθώς και του δού οικονομικού φορέα του καταλόγου προσωρινής μειοδοσίας.

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 το 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 5.075,00 €.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με ΑΔΑΜ ... 2022-09-15 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 2.029.007,04 ευρώ

Αριθμός απόφασης: 604/2023

μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Ο εν λόγω διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά μεταξύ άλλων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Στις 15.02.2023 κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 22/2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (αριθμός πρακτικού 4/2023 – ΑΔΑ : ...) με την οποία εγκρίθηκε το σχετικό πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού για την αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών, σύμφωνα με το οποίο όλες οι προσφορές γίνονται δεκτές και ορίζεται ως προσωρινός μειοδότης η παρεμβαίνουσα εταιρεία «...», με μέση έκπτωση 22,19%. Η προσφεύγουσα κατετάγη 5^η στη σειρά μειοδοσίας με μέση έκπτωση 10.00%.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 15.02.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 24.02.2023, 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 και με προφανές έννομο συμφέρον, καθότι η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έχουν γίνει δεκτές οι προσφορές αυτών, προς το σκοπό να αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την 01.03.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../.../13.03.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 26.03.2023 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της, το οποίο όμως δεν λαμβάνεται υπόψη ως εκπροθέσμως ασκηθέν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή την 01.03.2023, οπότε και

εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 10.03.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της και έχει αναδειχθεί ανάδοχος του έργου.

7. 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).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθούν οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...», «...» και «...» διότι απάντησαν καταφατικά στο ΕΕΕΣ τους στο βασικό ερώτημα ότι είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων, αναφέροντας και σε σχετικό υποερώτημα ότι διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, πλην όμως ουδεμία απάντηση περιέλαβαν στο ΕΕΕΣ τους, ούτε στην τυχόν συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση περί του εάν θα είναι σε θέση να προσκομίσουν βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχουν πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η αναθέτουσα αρχή είχε αναρτήσει στον ιστότοπο του διαγωνισμού ΕΕΕΣ σε μορφή pdf ή xml, το οποίο οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να

συμπληρώσουν και να υπογράψουν ηλεκτρονικά, πλην όμως στο εν λόγω ΕΕΕΣ είχε απαλειφθεί το επίμαχο υποερώτημα ε', το οποίο ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι δεν απάντησαν οι λοιπές εταιρείες. Όλες οι συμμετέχουσες εταιρείες υπέβαλαν συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ που είχε αναρτηθεί από την αναθέτουσα αρχή στον ιστότοπο του διαγωνισμού. Επομένως, από τη στιγμή που στο εν λόγω έντυπο δεν προβλέφθηκε η δήλωση του υποερωτήματος ε' του ΕΕΕΣ εκ μέρους της αναθέτουσας σχετικά με το εάν οι συμμετέχοντες που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημο κατάλογο θα είναι σε θέση να προσκομίσουν βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχουν πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν, δεν συνάγεται υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να συμπεριλάβουν τη δήλωση αυτή, επί ποινή απορρίψεως του φακέλου των δικαιολογητικών τους. Μάλιστα, σε κάθε περίπτωση, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων του διαγωνισμού δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζόμενων και ως εκ τούτου η μη απάντηση στο επίμαχο υποερώτημα δεν μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό συμμετέχοντος αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο πρώτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι οι εταιρείες «...», «...», «...», «...» δεν προ-αποδεικνύουν με βάση τις απαιτήσεις και τους όρους της διακήρυξης τη μη υπέρβαση των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι δηλώνουν γενικά και αόριστα ότι δεν υπερβαίνουν τα ανώτατα όρια ανεκτέλεστου, χωρίς να αναφέρουν ακριβές ποσό καθιστώντας αναπόδεικτη και μη ελέγξιμη την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής. Μάλιστα, όσον αφορά την παρεμβαίνουσα «...», ισχυρίζεται ότι δεν δηλώνει το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων έργων κατά τον κρίσιμο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, όπως απαιτεί η διακήρυξη, αλλά μόνο κατά το χρόνο έκδοσης της ενημερότητας πτυχίου, στις 22.2.2022. Συναφώς και η απάντησή του ότι δεν υπερβαίνει τα όρια ανεκτέλεστου ανάγεται στην ημερομηνία αυτή, ήτοι στις 22.2.2022 και όχι στην ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Το άρθρο 23.5 της διακήρυξης ορίζει ότι: *«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»*. Για την προαπόδειξη της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων των συμμετεχόντων απαιτείται η ενημερότητα πτυχίου, στο οποίο αναφέρεται το ύψος του ανεκτέλεστου κατά το χρόνο έκδοσής του. Όπως βάσιμα αναφέρει η παρεμβαίνουσα, το υπόλοιπο ανεκτελέστου ανά έργο πρέπει να δηλωθεί μόνο στην περίπτωση που υπάρχουν έργα που δεν συμπεριλαμβάνονται στην ενημερότητα και είναι σε εξέλιξη. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ότι οι υπόλοιπες συμμετέχουσες εταιρείες έχουν αναλάβει νέα έργα μετά την έκδοση της ενημερότητας πτυχίου τους, ώστε να έχουν την υποχρέωση να δηλώσουν το υπόλοιπο ανεκτέλεστου ανά έργο. Επομένως, για την πλήρωση της απαίτησης περί ανεκτελέστου αρκεί η ενημερότητα πτυχίου των συμμετεχόντων και το αναφερόμενο σε αυτήν υπόλοιπο ποσό ανεκτελέστου, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι ο δεύτερος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι οι υπόλοιπες συμμετέχουσες εταιρείες δεν έδωσαν κάποια απάντηση στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ τους αναφορικά με την εκπλήρωση των κριτηρίων επιλογής 22.Γ, 22.Δ και 22.Ε.

13. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω τρίτο λόγο: Όπως εκτέθηκε στην ανωτέρω σκέψη 9 της παρούσας, η αναθέτουσα αρχή είχε αναρτήσει στον ιστότοπο του διαγωνισμού ΕΕΕΣ σε μορφή pdf ή xml, το οποίο οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να συμπληρώσουν και να υπογράψουν ηλεκτρονικά, πλην όμως στο εν λόγω ΕΕΕΣ είχε προβλεφθεί μόνο η συμπλήρωση της

ενότητας Α με ερώτημα περί της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας που θα έπρεπε να δηλωθεί η πλήρωση του όρου 22.Β της διακήρυξης και από την ενότητα Β, σχετικά με την χρηματοοικονομική επάρκεια μόνο το ερώτημα για «άλλες οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις». Όλες οι συμμετέχουσες εταιρείες υπέβαλαν συμπληρωμένο το ΕΕΕΣ που είχε αναρτηθεί από την αναθέτουσα αρχή στον ιστότοπο του διαγωνισμού. Επομένως, από τη στιγμή που στο εν λόγω έντυπο δεν προβλέφθηκε η δήλωση σχετικά με την εκπλήρωση των κριτηρίων επιλογής 22.Γ, 22.Δ και 22.Ε όπως αναφέρει η προσφεύγουσα, δεν συνάγεται υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να συμπεριλάβουν τη δήλωση αυτή, επί ποινή απορρίψεως του φακέλου των δικαιολογητικών τους. Μάλιστα, σε κάθε περίπτωση, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων του διαγωνισμού δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζόμενων και ως εκ τούτου η μη απάντηση σχετικά με τα επίμαχα κριτήρια επιλογής δεν μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό συμμετέχοντος αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο τρίτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...» διότι στο ερώτημα που ακολουθεί αναφορικά με τον αν η εγγραφή στον επίσημο κατάλογο πληροί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής απάντησε εσφαλμένα θετικά, καθώς από το άρθρο 22.Ε της διακήρυξης προβλέπονται συγκεκριμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης και συγκεκριμένα ISO 9001, 14001, 45001 και 39001 τα οποία δεν καλύπτονται από την ενημερότητα πτυχίου. Επίσης, δηλώνει ότι ο επίσημος κατάλογος είναι αρκετός και την απαλλάσσει τόσο από την υποχρέωση προσκόμισης των ISO, όσο και από την απόδειξη της μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων, γεγονός μη πραγματικό που πρέπει να καταστήσει την προσφορά της απορριπτέα άνευ ετέρου.

15. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω τέταρτο λόγο: όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, το άρθρο 22 Ε της διακήρυξης αφορά συγκεκριμένα πρότυπα και όχι κριτήρια επιλογής, τα οποία ορίζονται στα άρθρα 22Β, 22Γ και 22Δ. Επομένως, η δήλωση της εταιρείας «...» στο υποβληθέν

Αριθμός απόφασης: 604/2023

ΕΕΕΣ της ότι η ενημερότητα πτυχίου καλύπτει τα κριτήρια επιλογής, είναι ορθή διότι δεν αφορά το άρθρο 22 Ε όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Περαιτέρω, όπως εκτέθηκε αναλυτικά στη σκέψη 11 της παρούσας, η ενημερότητα πτυχίου της ως άνω εταιρείας καλύπτει την πλήρωση της απαίτησης περί ανεκτελέστου, αφού δεν έχει αναλάβει νέα έργα μετά την έκδοσή της. Ως εκ τούτου ορθώς απάντησε θετικά στο σχετικό ερώτημα. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι ο τέταρτος λόγος είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 03 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 24 Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ