

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12 Ιουλίου 2023, με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 02.06.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 823/06.06.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και δη κατά της με αριθμ. 186/2023 απόφασης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, διά της οποίας, κατ' αποδοχόν του 1^{ου} πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού, ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης έργου ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...».

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στον «...», η οποία άσκησε την από 16.06.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) παρέμβασή της, επί σκοπώ απόρριψης της προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α' του Ν. 4412/2016 και 4 παρ.1 περ. α' του Π.Δ.39/2017. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, ασκεί την παρέμβαση της η ανωτέρω διαγωνιζόμενη εταιρεία, δοθέντος ότι έχει αναδειχθεί διά της προσβαλλομένης απόφασης προσωρινή ανάδοχος του έργου και ευλόγως επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της. Περαιτέρω, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς, η αναθέτουσα αρχή, στις 09.06.2023, αποστέλλει τις απόψεις της, μέσω του συνδέσμου «επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ομοίως δε, εμπροθέσμως και παραδεκώς, η προσφεύγουσα υποβάλλει το υπόμνημα της επί των ανωτέρω απόψεων της αναθέτουσας αρχής, στις 14.06.2023, μέσω του συνδέσμου «επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Εκπροθέσμως εντούτοις και επομένως, απαραδέκτως υποβάλλει η προσφεύγουσα συμπληρωματικό υπόμνημα, επί της ασκηθείσας παρέμβασης, στις 22.06.2023, δοθέντος ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 «Συμπληρωματικά υπόμνηματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, ... το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.»

4. Επειδή, με την με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «...» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 6.612.903,22 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 12.04.2023

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά οι κάτωθι οικονομικοί φορείς, κατά σειρά μειοδοσίας: α) «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 15,97%, β) «...» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 12,45% και γ) «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 11,67%. Με την υπ' αριθμ. 186/2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κρίθηκε εν προκειμένω ότι όλες οι προσφορές είναι πλήρεις και επομένως αποδεκτές, ανακηρύχθηκε δε προσωρινός ανάδοχος του έργου ο οικονομικός φορέας «...», με το μεγαλύτερο προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης. Προσέτι, η προσφεύγουσα εταιρεία που συμμετείχε στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία και υπέβαλε προσφορά, η οποία και έγινε αποδεκτή διά της προσβαλλομένης, με πρόδηλο, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της εν λόγω απόφασης, δοθέντος ότι η προσφορά της έγινε αποδεκτή και επομένως θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλομένης ως βλαπτόμενη, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της έτερης διαγωνιζόμενης και αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου, ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

5. Επειδή, ειδικότερα, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας και αναδειχθείσας διά της προσβαλλομένης προσωρινής αναδόχου του έργου θα έπρεπε να έχει απορριφθεί, διότι δεν προαπέδειξε ως όφειλε την μη υπέρβαση του ανωτάτου ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου κατά παράβαση του άρθρου 23.1 της υπόψη διακήρυξης. Υποστηρίζει συναφώς η προσφεύγουσα ότι από τις σχετικές διατάξεις της διακήρυξης προκύπτει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή του στον επίμαχο διαγωνισμό κάθε οικονομικός φορέας οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του, με την ορθή συμπλήρωση και υποβολή του ΕΕΕΣ να προαποδεικνύει ότι εκπληρώνει τα κριτήρια επιλογής και να δηλώνει τα αντίστοιχα στοιχεία στο ΕΕΕΣ ή σε συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση. Εν προκειμένω και κατά τα ιστορούμενα στη προσφυγή η προσφορά της εταιρείας «...» έπρεπε να απορριφθεί, κατά

δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, διότι παρέλειψε στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε να δηλώσει την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής που τέθηκαν στο άρθρο 22Γ της διακήρυξης και πιο συγκεκριμένα να δηλώσει την μη υπέρβαση του ανεκτέλεστου ορίου ούτε όμως συνυπέβαλε συνοδευτική του ΕΕΕΣ της υπεύθυνη δήλωση με την οποία θα βεβαίωνε την πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου επιλογής. Στον επίμαχο διαγωνισμό δε, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ διαμορφωμένο και προσαρμοσμένο ΕΕΕΣ, στο κεφάλαιο IV του οποίου «Κριτήρια επιλογής» περιλαμβάνεται μόνο το ερώτημα α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής. Τούτο διότι για την προαπόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αρκεί η εγγραφή στο ΜΕΕΠ με μοναδική εξαίρεση το ανεκτέλεστο υπόλοιπο. Κατ' ακολουθίαν, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι τα ανωτέρω δεν αναιρούν την υποχρέωση των υποψηφίων να συμπληρώνουν μόνο το ερώτημα «α» στο μέρος IV του ΕΕΕΣ τους, προς προαπόδειξη πλήρωσης των ορισθέντων κριτηρίων επιλογής, όπερ καταρχήν αρκεί σύμφωνα με τη διακήρυξη και το προσαρμοσμένο από την αναθέτουσα αρχή ΕΕΕΣ, που διατίθεται προς χρήση στους υποψηφίους στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού του ΕΣΗΔΗΣ, εντούτοις επάγεται την επιπλέον υποχρέωση τους να συμπληρώνουν, είτε στο ΕΕΕΣ τους, είτε στην προβλεπόμενη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση το ύψος του ανεκτέλεστου υπόλοιπου, το οποίο, εν προκειμένω, η ώδε παρεμβαίνουσα, πλημμελώς και επί ποινή απόρριψης της προσφοράς της, δεν έπραξε.

6. Επειδή, η Διακήρυξη, η οποία, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει, συνεπώς, την αναθέτουσα αρχή και όλους όσοι συμμετέχουν ανεπιφύλακτα σε αυτόν (βλ. ΕΑ ΣτΕ 15/2021, 241/2020), ορίζει αναφορικά με τα τιθέμενα εν προκειμένω ζητήματα τα εξής: «Άρθρο 21: Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης 21.1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία έργου ΟΔΟΠΟΙΪΑΣ [...] Άρθρο 22: Κριτήρια ποιοτικής επιλογής Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής [...] Κριτήρια επιλογής (22.B

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

– 22.Δ) 22.Β. Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του π.δ.71/2019 ή στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημόσιων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), από την έναρξη ισχύος του τελευταίου στην κατηγορία/-ies έργου του άρθρου 21 της παρούσας. Οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. 22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία «Έργων Οδοποιίας» πρέπει να έχουν οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια όπως ορίζεται στο άρθρο 51, παρ. 14 του Π.Δ. 71/2019. Επισημαίνεται ότι λόγω των οριζόμενων στις μεταβατικές διατάξεις (άρθρο 65, παρ. 6) του Π.Δ. 71/2019, στο διαγωνισμό γίνονται δεκτοί και συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ και δραστηριοποιούνται στην κατηγορία «Έργων Οδοποιίας» εφόσον πληρούν τις προϋποθέσεις του άρθρου 100, παρ. 8 του ν. 3669/2008. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης. 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. 22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς που

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

δραστηριοποιούνται στην κατηγορία «Έργων Οδοποιίας» πρέπει να έχουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα όπως ορίζεται στο άρθρο 52, παρ. 5 του Π.Δ. 71/2019. Επισημαίνεται ότι λόγω των οριζόμενων στις μεταβατικές διατάξεις (άρθρο 65, παρ. 6) του Π.Δ. 71/2019, στο διαγωνισμό γίνονται δεκτοί και συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ και δραστηριοποιούνται στην κατηγορία «Έργων Οδοποιίας» εφόσον πληρούν τις προϋποθέσεις του άρθρου 100, παρ. 8 του ν. 3669/2008. [...] Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής 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 μία 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. [...] 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. [...] 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».

7. Επειδή, οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, η τήρηση των οποίων είναι θεμελιώδους σημασίας για την εφαρμογή της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία των απαιτούμενων προς συμμετοχή στους διαγωνισμούς προσόντων και των υποβλητέων κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικών (ΣΤΕ 1819/2020 Ολομ., 862/2010, ΕΑ ΣΤΕ 136/2013 Ολομ., 53/2011). Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνον τα στοιχεία τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς και ειδικώς παραπέμπει, για την απόδειξη ιδιοτήτων ή γεγονότων

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

κρίσιμων για την συμμετοχή στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου λόγω μη προσκομίσεως διαφορετικών ή και επιπλέον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικών συμμετοχής (ΣΤΕ 1819/2020 Ολομ., ΕΑ ΣΤΕ 72/2020 Ολομ., 1647/2022 σκέψη 14, 384/2015, 53/2011, 615, 79/2010). Υπό το πρίσμα των ανωτέρω και από τον συνδυασμό των παρατεθέντων στην προηγούμενη σκέψη όρων της υπόψη διακήρυξης και, ιδίως, από τον όρο 23.1 αυτής, συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή, κάνοντας, εν προκειμένω, χρήση της σχετικής ευχέρειας που ρητώς, άλλωστε, της παρέσχε το άρθρο 79 παρ. 3 και 5 του ν. 4412/2016 (βλ. ΣΤΕ 1647/2022), έκρινε σκόπιμο, στο πλαίσιο ελέγχου του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, να απαιτεί στο ΕΕΕΣ που υποβάλλουν με την προσφορά τους, όχι μόνον να δηλώνουν εφόσον έχουν υπό εκτέλεση εργολαβίες, ότι δεν υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων, όπως τούτα προσδιορίζονται από τις διατάξεις τις οποίες παραθέτει, αλλά, επιπρόσθετα, πόσο είναι αυτό το ανεκτέλεστο υπόλοιπο. Επομένως, επί προσκόμισης των ΕΕΕΣ χωρίς την παράθεση του συγκεκριμένου ποσοστού, υφίσταται υποβολή ελλιπούς ΕΕΕΣ (Βλ. ΔιοικΕφΚομοτ 44/2023).

8. Επειδή, περαιτέρω, ως γίνεται δεκτό, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, το ΕΕΕΣ αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής, που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη περί του ότι ο υποβάλλων αυτό οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από την οικεία διακήρυξη (ΕΑ ΣΤΕ 42/2020, 292, 204, 114-5/2019), προς διευκόλυνση της συμμετοχής των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων σε δημόσιους διαγωνισμούς, υπό την έννοια ότι η υποχρέωση προσκόμισης των επιπλέον δικαιολογητικών παραμένει μεν, πλην, καταρχήν, μετατίθεται χρονικώς στο στάδιο της ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (Βλ. ΕΑ ΣΤΕ 292, 204, 114-115/2019). Ωστόσο, κατά την παρ. 5 του ίδιου άρθρου, ρητώς διατηρείται η ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, εφόσον το κρίνει σκόπιμο για την ορθή διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας, να περιλάβει στη διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο την ίδια όσο και τους διαγωνιζόμενους, απαίτηση να προσκομίσουν οι τελευταίοι τα

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

δικαιολογητικά προς απόδειξη των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ σχετικά με την πλήρωση των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής, όπως είναι, κατά το άρθρο 75 παρ. 1 περ. β' του ίδιου νόμου, η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, σε στάδιο προγενέστερο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, ήτοι μαζί με την προσφορά. Επομένως, δεν αποκλείεται να προβλεφθεί στη διακήρυξη ότι τα σχετικά δικαιολογητικά θα ανάγονται και αυτά στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, χωρίς να τίθεται εξ αυτού ζήτημα παράκαμψης του προαναφερθέντος, θεσπισθέντος με τον ν. 4412/2016, κανόνα της προαπόδειξης (πρβλ. ΣτΕ 1647/2022, σκ. 11). Εξάλλου, η ευχέρεια ή, κατά περίπτωση, η υποχρέωση της αναθέτουσας να καλεί τους διαγωνιζόμενους να υποβάλουν διευκρινίσεις επί του περιεχομένου και των δικαιολογητικών της προσφοράς τους, λόγω ασαφειών και άλλων επουσιωδών ελλείψεών τους, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, όπως οριοθετείται από τις αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, κατά τη ρητή διατύπωση του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 και την ανέκαθεν νομολογιακώς διαγνωσθείσα ανάγκη στενής ερμηνείας της σχετικής δυνατότητας αφορούν μόνο διευκρίνιση ή συμπλήρωση νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντων στοιχείων και όχι αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων στοιχείων (Βλ. ΣτΕ 1647/2022 σκ. 15, 1553/2022 σκ. 15, 1490/2019 επτ.).

9. Επειδή, σε συνέχεια των προηγούμενων σκέψεων και από την γραμματική ερμηνεία των παρατεθέντων στη σκέψη 6 της παρούσας όρων της διακήρυξης προκύπτει ρητώς και εναργώς ότι οι συμμετέχοντες θα πρέπει να πληρούν τα ορισθέντα εν προκειμένω κριτήρια επιλογής, ως παρατίθενται στους όρους 22.Β – 22.Δ της υπόψη διακήρυξης. Σύμφωνα με τους εν λόγω κανονιστικού περιεχομένου όρους, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να ικανοποιούν και να πληρούν, μεταξύ άλλων, το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, σχετικά με την κάλυψη της κατηγορίας έργων «Οδοποιίας», επιπλέον δε, ρητώς ορίζεται συναφώς ότι δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων. Επέκεινα, κατά τους κανονιστικού περιεχομένου όρους της υπόψη διακήρυξης και ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 23 αυτής

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής», απαιτείται κατά την υποβολή των προσφορών τους, οι οικονομικοί φορείς να υποβάλλουν το ΕΕΕΣ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο, ως προελέχθη, ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν.1599/1986 και αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη, προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της διακήρυξης και πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν κατά τα ως άνω καθορισθεί. Σημειωτέον δε ότι στην προκείμενη υπόθεση το ΕΕΕΣ που είχε διαμορφωθεί και αναρτηθεί από την αναθέτουσα αρχή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ εμπεριείχε όσον αφορά την κάλυψη των κριτηρίων επιλογής (Μέρος IV του ΕΕΕΣ), τη Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής, παράλληλα ωστόσο ευκρινώς και εναργώς ορίζεται στην υπόψη διακήρυξη ότι οι προσφέροντες θα πρέπει να δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών συμβάσεων. Ενόψει των ανωτέρω γενόμενων δεκτών, συνάγεται εν προκειμένω ότι οι συμμετέχοντες στην εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικοί φορείς όφειλαν να υποβάλλουν το ΕΕΕΣ τους νομίμως συμπληρωμένο, ειδικότερα δε να δηλώσουν συγκεκριμένα το ποσό του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων. Άλλοις λόγοις και ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, όφειλαν στο υποβληθέν ΕΕΕΣ τους, να δηλώσουν οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς το ανεκτέλεστο ποσό των συμβάσεων που εκτελούν στο χρόνο υποβολής της προσφοράς, κατά τους σαφείς όρους της οικείας διακήρυξης. Και τούτο διότι, από τη συνδυαστική εφαρμογή των διαληφθέντων στη σκέψη 6 της παρούσας όρων της διακήρυξης προκύπτει ότι οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες σε τάξεις κατώτερες της 3ης και δεν δύνανται να είναι εγγεγραμμένες σε επίσημο κατάλογο, δεν απαλλάσσονται της υποχρέωσης προαπόδειξης κριτηρίων επιλογής και της μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού τους και επομένως της παροχής των αντίστοιχων πληροφοριών και δηλώσεών τους στο ΕΕΕΣ τους, που δεν καταλαμβάνονται από ενημερότητα πτυχίου εν ισχύει, μεταξύ των οποίων το ανεκτέλεστο ποσό των συμβάσεων που εκτελούν στο χρόνο υποβολής της προσφοράς. Τούτο δε διότι, εν προκειμένω, για την προαπόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων της

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής κι επαγγελματικής ικανότητας αρκεί η εγγραφή στο ΜΕΕΠ με μοναδική εξαίρεση το ανεκτέλεστο υπόλοιπο, για το οποίο θα πρέπει να περιλαμβάνεται ειδική δήλωση στο ΕΕΕΣ. Η κανονιστικού δε περιεχομένου αυτή απαίτηση, δεν αναιρείται από την υποχρέωση των υποψηφίων να συμπληρώνουν μόνο το γενικό ερώτημα «α» στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ προς προαπόδειξη των τιθέμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, το οποίο, καταρχήν, αρκεί προς τούτο, σύμφωνα με τη διακήρυξη και το προσαρμοσμένο ΕΕΕΣ, που διατίθεται προς χρήση στους υποψηφίους στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, επάγεται εντούτοις την επιπλέον υποχρέωσή τους να συμπληρώνουν, είτε στο ΕΕΕΣ, είτε στην προβλεπόμενη συνοδευτική του ΕΕΕΣ υπεύθυνη δήλωση, το ανεκτέλεστο υπόλοιπο. Ούτως, τόσο ο υποψήφιος που απάντησε θετικά στη γενική ερώτηση α των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και δήλωσε το ανεκτέλεστο σε ξεχωριστή υπεύθυνη δήλωση, ως διευκρίνιση στο υποβληθέν ΕΕΕΣ όπως και αυτός που απάντησε θετικά στη γενική ερώτηση α και συμπεριέλαβε σχετική δήλωση για το ανεκτέλεστο στο ίδιο το ΕΕΕΣ, γίνεται δεκτό ότι υπέβαλαν ορθώς και προσηκόντως το ΕΕΕΣ τους.

10. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης και δη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. «...») εμφανίζεται στο υποβληθέν από αυτή ΕΕΕΣ, ότι δεν έχει προβεί σε σχετική δήλωση σε αυτό ή σε υποβληθείσα συνοδευτική του ΕΕΕΣ υπεύθυνη δήλωση της, σχετικά το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργαλαβικών συμβάσεων, και συγκεκριμένα το ύψος αυτού. Δοθέντος εντούτοις ότι σύμφωνα με τους σχετικούς όρους της υπόψη διακήρυξης, κατά τα προλεχθέντα, δεν αρκεί η δήλωση περί μη υπέρβασης ανώτατου σχετικού ορίου στο ΕΕΕΣ, αφού ρητά απαιτείται η καταγραφή του συγκεκριμένου ανεκτέλεστου υπολοίπου του διαγωνιζομένου, μη αρκούσης δηλαδή της γενικής δήλωσης περί μη υπέρβασης, οι προβαλλόμενοι από τη προσφεύγουσα σχετικοί ισχυρισμοί περί πλημμέλειας στο ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας και επομένως στη προσφορά της, πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι, τα όσα δε περί του αντιθέτου ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα είναι απορριπτικά. Και τούτο ειδικότερα διότι, δεδομένου ότι στο τελευταίο εδάφιο

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

του άρθρου 23.1 της διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή έθεσε ειδικό, ρητό και σαφή όρο περί αναγραφής του ανεκτέλεστου υπολοίπου των συμβάσεων και ουσιώδη, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής/ χρηματοοικονομικής επάρκειας, σε συνδυασμό με τις προαναφερόμενες ειδικές απαιτήσεις περί απόδειξης του άρθρου 23.5 της διακήρυξης, ούτε μόνη η δήλωση περί μη υπέρβασης ανωτάτου σχετικού ορίου ανεκτέλεστου στο ΕΕΕΣ αρκεί για την απόδειξη του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, όπερ εν προκειμένω άλλωστε δεν συντρέχει, ούτε όμως και η επίκληση της εγγραφής στο ΜΕΕΠ, όπως αβασίμως προβάλλουν αμφότερες η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή. Πιο συγκεκριμένα, από το υποβληθέν από την παρεμβαίνουσα ΕΕΕΣ εμφανίζεται ότι έχει δηλώσει στο πεδίο του ΕΕΕΣ εάν «Ο ΟΦ είναι εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής» και ειδικότερα στο πεδίο «Αναφέρετε την ονομασία του καταλόγου ή του πιστοποιητικού και τον σχετικό αριθμό εγγραφής ή πιστοποίησης, κατά περίπτωση:» τα κάτωθι: «1) ΜΗΤΡΩΟ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ (ΜΕΕΠ) ΑΡΙΘΜΟΣ «...», ΑΡΙΘΜΟΣ ΠΡΩΤΟΚΟΛΛΟΥ «...» ΜΕ ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΛΗΞΗΣ «...» 2) ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑ ΠΤΥΧΙΟΥ ΑΠ. ΠΡΩΤ. «...» ΜΕ ΗΜΕΡ. ΛΗΞΗΣ «...» 3) ΓΕΝΙΚΟ ΕΜΠΟΡΙΚΟ ΜΗΤΡΩΟ ΜΕ ΑΡΙΘΜΟ ΓΕΜΗ» Επίσης δηλώνει στο ΕΕΕΣ της η παρεμβαίνουσα, στο πεδίο «Αναφέρετε τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή ή η πιστοποίηση και κατά περίπτωση, την κατάταξη στον επίσημο κατάλογο» ότι όσον αφορά τα έργα ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ ανήκει στην 4^η τάξη και επιπροσθέτως ότι, ανάμεσα στα ανωτέρω δικαιολογητικά έχει υποβάλλει και Υπεύθυνη Δήλωση περί του ότι δεν έχει υπερβεί το ανώτατο όριο ανεκτέλεστου. Ενόψει των ανωτέρω εντούτοις, αφενός συνάγεται ότι η κατά τα ως άνω υποβληθείσα από την ώδε παρεμβαίνουσα υπεύθυνη δήλωση έχει υποβληθεί προκειμένου για την εγγραφή και κατάταξη της στον επίσημο κατάλογο, αφετέρου και προεχόντως, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι βεβαιώνοντας η ενημερότητα πτυχίου το ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου έκαστου υποψηφίου που επικαλείται τη συνδρομή της σε συγκεκριμένο χρόνο, ήτοι στο χρόνο έκδοσης της ενημερότητας πτυχίου, ικανοποιείται εν προκειμένω η απαίτηση της υπόψη διακήρυξης για σαφή και ρητή δήλωση του ακριβούς ποσού ανεκτελέστου υπολοίπου συμβάσεων στο χρόνο υποβολής της προσφοράς, καθόσον ο τελευταίος δεν συμπίπτει με τον χρόνο έκδοσης της

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

ενημερότητας πτυχίου. Συνεπώς, ο ανωτέρω ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, περί αναπλήρωσης της παράλειψης της δήλωσης του ανεκτέλεστου υπολοίπου των συμβάσεων στο ΕΕΕΣ της από την απλή επίκληση της ενημερότητας πτυχίου, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, διότι εν προκειμένω απαιτείται να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ, στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης και εφαρμογής της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, το ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου και δη σε συγκεκριμένο χρόνο, ήτοι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Εξάλλου, αβασίμως ισχυρίζεται η ώδε παρεμβαίνουσα ότι κατ' εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης και η προσφορά της προσφεύγουσας είναι απορριπτέα διότι υπέπεσε στην ίδια παράλειψη, ήτοι δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ της το ύψος του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων, διότι, αντιθέτως από την επισκόπηση της προσφοράς της προσφεύγουσας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. «...») και ειδικότερα από το υποβληθέν ΕΕΕΣ της εμφανίζεται ότι δηλώνει συναφώς και ρητώς τα εξής: «Είναι κάτοχος Ενημερότητας Πτυχίου και το ανεκτέλεστο ανέρχεται στα 27.893.854,12€.»

11. Επειδή, έτι περαιτέρω, κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, είναι επιτρεπτή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, η συμπλήρωση ή διευκρίνιση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών ή άλλων στοιχείων των προσφορών, όχι όμως και η αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων (βλ. ΣτΕ 300/2023, 827/2019 επτ. σκ. 24, Ε.Α. 237/2021, 248/2020, πρβλ. ΣτΕ 1490/2019 επτ. σκ. 25, Ε.Α. 1647/2022, 241/2020, 184/2017, κ.ά.) και γενικά η διόρθωση παραλείψεων, που, κατά τις ρητές διατάξεις της διακήρυξης, συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του προσφέροντος (ΣτΕ 300/2023, 147/2022 επτ. σκ. 34, πρβλ. και αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/ΕΚ, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 49, της 6.11.2014, Cartiera dell' Adda, C-42/13, σκ. 46, της 10.11.2016, Ciclat, C-199/15, σκ. 30). Εξάλλου, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από υποψήφιο να

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

διευκρινίσει την προσφορά του δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την υποβολή, στην πραγματικότητα, νέας προσφοράς από τον συγκεκριμένο υποψήφιο (ΣΤΕ 300/2023, βλ. απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, πρβλ. και αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/ΕΚ, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 52, της 4.5.2017, C-387/14, Esaprojekt, σκ. 39, της 7.4.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκ. 64, της 10.10.2013, Manova, C-336/12, σκ. 36, της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκ. 40) ούτε μπορεί να θεραπεύεται με τον τρόπο αυτό η παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή επιβάλλεται από τη διακήρυξη, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (ΣΤΕ 1894/2022, βλ. απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/ΕΚ, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 51, της 10.10.2013, Manova, C-336/12, σκ. 40, της 11.5.2017, Archus και Gama, C-131/16, σκ. 33, της 6.11.2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, σκ. 42). Με αυτά τα δεδομένα επομένως και όσον αφορά τη δυνατότητα διόρθωσης της κατά τα ως άνω πλημμέλειας/ παράλειψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, τούτη δεν είναι δυνατή καθώς, ενόψει των ανωτέρω και δοθείσης της μη ορθής και κατά τα στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού σχετικώς αξιωθέντα περί συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ ή υποβολής συνοδευτικής του ΕΕΕΣ υπεύθυνης δήλωσης σχετικά με το ύψος του ανεκτέλεστου υπόλοιπου, η αποδοχή της δυνατότητας διόρθωσης του υποβληθέντος ΕΕΕΣ άγει σε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της υποβληθείσας προσφοράς. Ως εκ τούτου, οι προβληθέντες διά της ασκηθείσας προσφυγής ισχυρισμοί πρέπει να γίνουν δεκτοί, αντιστοίχως δε τα όσα προβάλλει η ώδε παρεμβαίνουσα πρέπει να απορριφθούν.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, αντιστοίχως δε η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί και επομένως

Αριθμός απόφασης: 1153 / 2023

η προσβαλλομένη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί καθ' ο μέρος έκανε αποδεκτή τη προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας και την ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο του έργου. Κατόπιν τούτων, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη προσφυγή.

Απορρίπτει τη παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη με αριθμ. 186/2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 12 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 31 Ιουλίου 2023.

Η Πρόεδρος

Βασιλική Καραδήμα

Η Γραμματέας

Αναστασία Ρουmeliώτη