

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 10-10-2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 31.07.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1184/1.08.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», στο εξής ο «προσφεύγων», που εδρεύει στο ..., οδός ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής: «...», στο εξής η «αναθέτουσα αρχή», που εδρεύει στο ... , οδός ... αρ. ... , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ'αριθμ. ... απόφαση της ... Επιτροπής του ..., κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...», «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 3.873 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του ... Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 31-07-2023, δηλαδή εντός δεκαημέρου από την πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης πράξης στις 19-07-2023, οπότε αυτή κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους

μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Σημειώνεται, ότι η καταληκτική προθεσμία άσκησης της προσφυγής συνέπιπτε με ημέρα Σάββατο (29-07-2023) και, επομένως αυτή εμπρόθεσμα ασκήθηκε κατά την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα.

3. Επειδή, μετά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... (ΑΔΑ: ...) απόφαση της ... Επιτροπής της, ενέκρινε το Πρακτικό Ι, μεταξύ άλλων, ως προς τον πίνακα των παραδεκτών προσφορών. Σύμφωνα με τον εν λόγω πίνακα, πρώτη σε σειρά μειοδοσίας κατατάχθηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα «...», δεύτερη αυτή του οικονομικού φορέα «...», ενώ στην τρίτη θέση ισοβάθμισαν ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «...».

4.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, ο προσφεύγων με πρόδηλο έννομο συμφέρον ασκεί την προσφυγή, επικαλούμενος ζημία του από την παράνομη αποδοχή των προσφορών που κατατάσσονται στην ίδια ή/και σε προηγούμενη θέση κατά σειρά μειοδοσίας και όφελος από την ανάδειξή του ως αναδόχου.

5. Επειδή, την 1-08-2023 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την ασκηθείσα προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο να ασκήσει παρέμβαση.

6. Επειδή, με την υπ'αριθμ. 1409/2023 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ ορίσθηκε ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και Εισηγήτρια και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της, τις οποίες υπέβαλε στις 21-08-2023,οπότε και κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα.

7. Επειδή ο προσφεύγων υπέβαλε στις 28-08-2023 εμπρόθεσμα ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, λαμβανομένου υπόψη ότι η καταληκτική πενθήμερη προθεσμία προς υποβολή του υπομνήματος συνέπιπτε με ημέρα Σάββατο (26-08-2023), δηλαδή κατά νόμο εξαιρετέα ημέρα, επομένως εμπρόθεσμα αυτό υποβλήθηκε κατά την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα. Σημειώνεται ότι η αναθέτουσα αρχή είχε αρχικά αποστείλει τις απόψεις της μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στις 11-08-

2023, πλην όμως σε αυτές δεν είχαν επισυναφθεί όλα τα συνημμένα αρχεία. Συνεπώς, ο προσφεύγων μέχρι τις 21-08-2023, οπότε του κοινοποιήθηκαν όλα τα σχετικά έγγραφα, δεν είχε λάβει πραγματικά γνώση αυτών για να αντικρούσει αποτελεσματικά τις εν λόγω απόψεις. Ωστε, ορθώς και νομίμως το υπόμνημά του υποβλήθηκε στις 28-08-2023, δηλαδή εντός πενθημέρου από την πλήρη και πραγματική γνώση των απόψεων της αναθέτουσας.

8. Επειδή στις 30-08-2023 η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ υπόμνημα προς αντίκρουση του υπομνήματος του προσφεύγοντος, πλην όμως, τέτοια δυνατότητα δεν προβλέπεται στο νόμο, γι' αυτό και το εν λόγω υπόμνημα υποβλήθηκε απαράδεκτα και δεν λαμβάνεται υπόψη.

9. Επειδή ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι ο οικονομικός φορέας «...» δεν συμπλήρωσε ορθά το ΕΕΕΣ του, καθώς δεν δήλωσε τα ακριβή έτη και ποσά των ζητούμενων ολικών ετήσιων κύκλων εργασιών. Επίσης, δεν συμπλήρωσε ορθά ούτε το πεδίο του ΕΕΕΣ, που αφορά την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, διότι δεν ανέφερε τα στοιχεία των έργων από τα οποία θα αποδεικνύεται η εμπειρία του, γι' αυτό άλλωστε και η αναθέτουσα αρχή του ζήτησε να τα συμπληρώσει με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι οι ανωτέρω ισχυρισμοί είναι αβάσιμοι και δεν ερείδονται στην υπό κρίση διακήρυξη.

11. Επειδή, σύμφωνα με το υπόμνημα του προσφεύγοντος, η προσφορά του ανωτέρω οικονομικού φορέα είναι απορριπτέα σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκτίθενται στην προσφυγή, στα οποία δεν απάντησε η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της.

12. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: *«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 ...[...] «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 έργου του άρθρου 21 της παρούσας», «**22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της με αριθμ. Πρωτ ... διακήρυξης, ως κριτήρια επιλογής της αναθέτουσας αρχής** προσδιορίσθηκαν τα εξής: «Οι οικονομικοί φορείς πρέπει να πληρούν κατ' ελάχιστο τις απαιτήσεις του άρθρου 51 παρ.11 του ΠΔ 71/2019.....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....». Ειδικότερα δε, το Π.Δ. 71/2019, άρθρο 51 παρ.11 αναφέρει: «Στην πρώτη τάξη του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. κατατάσσεται εργοληπτική επιχείρηση, αν διαθέτει τις εξής ελάχιστες προϋποθέσεις: [...] 14. Στην τέταρτη τάξη του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. κατατάσσεται εργοληπτική επιχείρηση αν διαθέτει τις εξής ελάχιστες προϋποθέσεις: α) Διαθέτει ίδια κεφάλαια, όπως ορίζονται στην παρ. 6, τουλάχιστον 750.000 ευρώ. β) Διαθέτει πάγια στοιχεία, όπως ορίζονται στις παρ. 7, 8 και 9, αξίας τουλάχιστον 250.000 ευρώ. γ) Ελάχιστο κύκλο εργασιών όπως ορίζεται στις παρ. 2, 3, 4 και 5, τελευταίας τριετίας: 1.500.000 ευρώ. Περαιτέρω, στην ιστοσελίδα του ... Υποδομών και Μεταφορών, της Γενικής Γραμματείας Υποδομών, της Διεύθυνσης Μητρώων (<http://www...>) είναι ανηρτημένα τα αποσπάσματα των ισχύοντων πινάκων που αφορούν τις «Προϋποθέσεις Κατάταξης – Αναβάθμισης Μητρώου ΜΕΕΠ. Όπως προκύπτει από τα ανωτέρω, η κατάταξη – αναβάθμιση μητρώου ΜΕΕΠ των εργοληπτικών επιχειρήσεων γίνεται με βάση το άρθρο 107 του ν.4199/2013 μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου (31-12-2023) και την έναρξη ισχύος του π.δ. 71/2019.

13. Επειδή, σύμφωνα με δήλωση του οικονομικού φορέα «...», στο πεδίο του ΕΕΕΣ, που αφορά στο «Μέρος IV: Κριτήρια Επιλογής Γ: Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια»: «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, ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι: Περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν Για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια απαίτηση του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης : Η εταιρεία ... είναι εγγεγραμμένη στην 4η Τάξη του ΜΕΕΠ στην κατηγορία έργα «...» και διαθέτει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια όπως αυτή ορίζεται από την Διακήρυξη και τον Νομό, Αρ. Μ.Ε. Ε.Π.: ... (Αρ. πρωτ.: ...), Ενημερότητα Πτυχίου σε ισχύ (Αρ. πρωτ.: ...). Το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων της εταιρείας δεν υπερβαίνει τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστο υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν 3669/2008, όπως ισχύει. Η εταιρεία δεν έχει ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων ανώτερο του νόμιμου ορίου. Το συνολικό ανεκτέλεστο της εταιρείας για τα έργα υπό εκτέλεση είναι: 8.849.515,57 €. Η εταιρεία «...» με δ.τ. «...» είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ, για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του π.δ. 71/2019, δεν υπερβαίνει τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστο υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει.».

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, ο προσφεύγων πληροί το κριτήριο ... επάρκειας του άρθρου 22. Γ της διακήρυξης, ενώ ειδικά όσον αφορά τον ελάχιστο κύκλο τριετίας δεν χρειαζόταν να δηλώσει κάτι άλλο, πέραν της εγγραφής του στο ΜΕΕΠ, προς απόδειξη των ζητούμενων στοιχείων. Συνεπώς, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» δεν είναι δυνατόν να απορριφθεί για λόγο που δεν προβλέπεται στη διακήρυξη. Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων αναφέρεται σε αποφάσεις, που εκδόθηκαν επί διαφορετικών πραγματικών περιστατικών, και ιδίως επί διακηρύξεων που περιείχαν διαφορετικούς όρους/απαιτήσεις.

15. Επειδή, ακόμη σύμφωνα με το άρθρο 22 παρ. 22.Δ. Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα της διακήρυξης: «Οι οικονομικοί φορείς πρέπει να πληρούν κατ' ελάχιστο τις απαιτήσεις του άρθρου 52 παρ.2 του ΠΔ 71/2019 , και υπό τους όρους των άρθρων 12 και 13 του ΠΔ 71/2019, για την κατηγορία του άρθρου 21 της παρούσας. Οι οικονομικοί φορείς πρέπει επίσης να πληρούν κατ' ελάχιστο τις απαιτήσεις του άρθρου 53 παρ.2α του ΠΔ 71/2019, για την κατηγορία του άρθρου 21 της παρούσας.». Σύμφωνα με το άρθρο 23.6 παρ. (α) διακήρυξης, «Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.ΕΠ ή στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.: • είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 65 του π.δ. 71/2019, και από την πλήρη έναρξη ισχύος του τελευταίου, βεβαίωση εγγραφής στο Τμήμα ΙΙ του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων ... Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.) • είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ δεν καλύπτονται από την ως άνω βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016, ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 22.Δ απαίτηση.». Πιο συγκεκριμένα σύμφωνα με: **i)** το ΠΔ 71/2019, άρθρο 52 παρ. 2 Στην πρώτη (1η) τάξη του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. κατατάσσεται εργοληπτική επιχείρηση, αν διαθέτει τις εξής ελάχιστες προϋποθέσεις: Περιλαμβάνει στη στελέχωση ανά κατηγορία τουλάχιστον έναν τεχνικό Μ.Ε.Κ. Γ` βαθμίδας της αντίστοιχης κατηγορίας. Εναλλακτικά, μπορεί να αντικατασταθεί ο ένας τεχνικός Μ.Ε.Κ. Γ` βαθμίδας με δύο τεχνικούς Μ.Ε.Κ. Β` βαθμίδας, και ο ένας εκ των δύο τεχνικών Μ.Ε.Κ. Β` βαθμίδας με δύο τεχνικούς Μ.Ε.Κ. Α` βαθμίδας της αντίστοιχης κατηγορίας [...] **5.** Στην τέταρτη (4η) τάξη του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. από δύο τεχνικούς Μ.Ε.Κ. Β` βαθμίδας της αντίστοιχης κατηγορίας[...]» **ii)** Το Π.Δ. 71/2019, άρθρο 53 παρ.2, ορίζει τα ακόλουθα: «2. Τα ελάχιστα όρια εμπειρίας σε ευρώ (€) της ανωτέρω περίπτωσης α της παρ. 1, ανά εκάστη κατηγορία και τάξη κατάταξης ορίζονται ως εξής: Για την κατάταξη στις τάξεις Α1 και Α2 δεν απαιτείται ελάχιστο όριο εμπειρίας. α. Για την πρώτη τάξη: 62.000 € [...]δ. Για την τέταρτη τάξη: 625.000 €. Σύμφωνα με το Ν.3669/2008,

άρθρο 100, παρ. 4: «Στην τέταρτη, πέμπτη, έκτη και έβδομη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. κατατάσσονται εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. ή επιχειρήσεις που προέρχονται από συγχώνευση εργοληπτικών επιχειρήσεων εγγεγραμμένων στο Μ.Ε.ΕΠ, με την εφαρμογή του τύπου κατάταξης, αν διαθέτουν τις εξής ελάχιστες προϋποθέσεις: «8.α) Περιλαμβάνουν στη βασική και συμπληρωματική τους στελέχωση τον αντίστοιχο, για κάθε τάξη ελάχιστο αριθμό τεχνικών εγγεγραμμένων στο Μ.Ε.Κ., ως εξής:[...] 1. Στην τέταρτη τάξη, για τη βασική κατηγορία έργων απαιτείται στελέχωση τουλάχιστον δύο (2) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Δ` βαθμίδας, και δύο (2) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Γ βαθμίδας. Για κάθε πρόσθετη κατηγορία έργων μέχρι και την τέταρτη, απαιτείται συμπληρωματική στελέχωση τουλάχιστον (2) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Δ` βαθμίδας. Για κάθε επιπλέον κατηγορία απαιτείται συμπληρωματική στελέχωση ενός (1) τεχνικού Μ.Ε.Κ. Δ` βαθμίδας[...]

β) Διαθέτουν αθροιστικά εμπειρία την τελευταία τριετία για τη βασική κατηγορία έργων είκοσι πέντε τοις εκατό (25%) του κύκλου εργασιών της τάξης στην οποία ζητείται η κατάταξη, όπως αυτός ορίζεται στην περίπτωση δ` της παραγράφου 2 του άρθρου 99 του παρόντος και πέντε τοις εκατό (5%) για κάθε πρόσθετη κατηγορία έργων. Η διάταξη αυτή δεν ισχύει για την έβδομη τάξη». Περαιτέρω, στην ιστοσελίδα του ... Υποδομών και Μεταφορών, της Γενικής Γραμματείας Υποδομών, της Διεύθυνσης Μητρώων (<http://www...>) είναι αναρτημένα τα αποσπάσματα των ισχύοντων πινάκων που αφορούν τις «Προϋποθέσεις Κατάταξης – Αναβάθμισης Μητρώου ΜΕΕΠ». Όπως προκύπτει και από τα ως άνω στοιχεία, η κατάταξη – αναβάθμιση μητρώου ΜΕΕΠ των εργοληπτικών επιχειρήσεων γίνεται με βάση το άρθρο 100 του ν.3669/2008 και το άρθρο 107 του ν.4199/2013 μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου (31-12-2023) και την έναρξη ισχύος του π.δ. 71/2019.

16. Επειδή, σύμφωνα με δήλωση του οικονομικού φορέα «...» στα πεδία του ΕΕΕΣ «Μέρος IV: Κριτήρια Επιλογής, Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» και συγκεκριμένα τις παραγράφους: - «Για τις συμβάσεις έργων: εκτέλεση έργων του είδους που έχει προσδιοριστεί» και - «Για τις συμβάσεις έργων: Τεχνικό προσωπικό ή τεχνικές υπηρεσίες για την εκτέλεση του έργου» στις οποίες αναγράφεται από τον οικονομικό φορέα ότι: «Η εταιρεία ... είναι

εγγεγραμμένη στην 4η Τάξη του ΜΕΕΠ στην κατηγορία έργα «...» και διαθέτει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, όπως αυτή ορίζεται από την Διακήρυξη και τον νόμο, Αρ. Μ.Ε.Ε.Π.: ... (Αρ. πρωτ.: ...), Ενημερότητα Πτυχίου σε ισχύ (Αρ. πρωτ.: ...).»

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η εταιρεία ... πληροί τα κριτήρια επιλογής, που προβλέπονται στο άρθρο 22 παρ. 22.Δ. της διακήρυξης, δηλαδή τα προβλεπόμενα στο άρθρο 52 παρ.2 του π.δ. 71/2019, υπό τους όρους των άρθρων 12 και 13 του π.δ. 71/2019 και το άρθρο 53 παρ.2α του π.δ. 71/2019 για την κατηγορία του άρθρου 21 (...). Συνεπώς, οι ως άνω ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι αβάσιμοι. Σημειωτέον ότι, ακόμα και να υπήρχε κάποια έλλειψη στα ανωτέρω δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου, η προσφορά του δεν θα ήταν απορριπτέα, αλλά, εφόσον έχουν γίνει οι απαιτούμενες δηλώσεις, το ΕΕΕΣ του θα μπορούσε να συμπληρωθεί σύμφωνα με το άρθρο 103 του ν.4412/2016 καθώς πρόκειται για τον προσωρινό ανάδοχο. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί και ως προς τα δύο σκέλη του.

18. Επειδή, σύμφωνα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο οικονομικός φορέας «...» δεν συμπλήρωσε ορθά το ΕΕΕΣ του, αναφορικά με την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, γι'αυτό και η αναθέτουσα αρχή του ζήτησε να υποβάλλει υπεύθυνη δήλωση και να αναφέρει τα στοιχεία των έργων, όπως ζητείται από το ΕΕΕΣ.

19. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι, εφόσον μετά από σχετικό αίτημά της, ο ανωτέρω φορέας προσκόμισε τα ελλείποντα δικαιολογητικά, η προσφορά του ορθώς έγινε δεκτή.

20. Επειδή, ο οικονομικός φορέας «...» στα πεδία του ΕΕΕΣ: *ι. «Μέρος IV: Κριτήρια Επιλογής, Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»*, και συγκεκριμένα στην παράγραφο στην οποία αναφέρει ότι: *«Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουν προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης*

που αναφέρονται στην προκήρυξη /γνωστοποίηση. Για τις συμβάσεις έργων: εκτέλεση έργων του είδους που έχει προσδιοριστεί Μόνο για τις δημόσιες συμβάσεις έργων: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει εκτελέσει τα ακόλουθα έργα του είδους που έχει προσδιοριστεί. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως πέντε έτη και να επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα πέντε έτη.» , ο εν λόγω οικονομικός φορέας αναγράφει ως απάντηση: «Περιγραφή ΔΕΝ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ, Ποσό 1 EUR, Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης, 01.01.2011 - 01.01.2011, Αποδέκτες ΔΕΝ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ, Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι», και ii. «Μέρος IV: Κριτήρια Επιλογής, Α: Καταλληλότητα» όπου ο εν λόγω οικονομικός φορέας αναγράφει «Διαδικτυακή Διεύθυνση <http://www...> Επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων: Αριθμός μητρώου ΜΕΕΠ ... με αρ.πρ. ... για τις κατηγορίες έργων ... (Ενημερότητα πτυχίου με αρ. πρωτ ...»

21. Επειδή, όπως προκύπτει από τις ανωτέρω διατάξεις (βλ. σκ.15), η κατάταξη – αναβάθμιση μητρώου ΜΕΕΠ των εργοληπτικών επιχειρήσεων γίνεται με βάση το άρθρο 100 του ν.3669/2008 και το άρθρο 107 του ν.4199/2013 μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου (31-12-2023) και την έναρξη ισχύος του π.δ. 71/2019. Βάσει του άρθρου 100 του ν. 3669/2008 δεν υπάρχει ως απαίτηση ελάχιστο όριο εμπειρίας για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις 3ης τάξεως ΜΕΕΠ, όπως είναι ο οικονομικός φορέας ... γι' αυτό και η αναθέτουσα αρχή του ζήτησε να υποβάλλει υπεύθυνη δήλωση στην οποία θα δήλωνε την εμπειρία του από προηγούμενες συμβάσεις, την οποία υπέβαλε εμπρόθεσμα. Ωστε, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ο ως άνω οικονομικός φορέας παρέλειψε να υποβάλλει «τα άλλα αποδεικτικά μέσα», που κατά τη διακήρυξη απαιτούνται για την απόδειξη των κριτηρίων, που δεν καλύπτονται από το ΜΕΕΠ με βάση την τάξη του κάθε συμμετέχοντος, τα οποία υποβλήθηκαν για πρώτη φορά μετά από αίτημα της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαπίστωσε ότι δεν είχαν υποβληθεί. Περαιτέρω, όπως επίσης βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, η πλημμέλεια της προσφοράς του ανωτέρω οικονομικού φορέα, η οποία συνίσταται σε παράλειψη υποβολής αποδεικτικού εγγράφου, που ζητείται επί ποινή

αποκλεισμού για την απόδειξη κριτηρίου επιλογής, δεν δύναται παραδεκτά να συμπληρωθεί με τη διαδικασία του άρθρου 102 του ν.4412/2016. Και τούτο, διότι η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 234/2020, ΔΕφΘεσ 149/2020 κ.α.) και, ως εκ τούτου, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

22. Επειδή, ο προσφεύγων με τον τρίτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι η εταιρεία ... η οποία παρέχει στήριξη στην εταιρεία ... αναφορικά με την πλήρωση του κριτηρίου της ... και ... επάρκειας, δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ότι δεν έχει παραβιάσει την περιβαλλοντική νομοθεσία. Πλην όμως, όπως αποδείχθηκε από την υπεύθυνη δήλωση, που υπέβαλε κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, της είχε επιβληθεί πρόστιμο για παράβαση της περιβαλλοντικής νομοθεσίας, κατόπιν του οποίου είχε λάβει τα επανορθωτικά μέτρα που ανέφερε στην ανωτέρω δήλωση. Ωστόσο, δεν προσκόμισε την προβλεπόμενη από τον νόμο σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ώστε, μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτή την ανωτέρω προσφορά.

23. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι, παρά την ύπαρξη της ανωτέρω παράβασης, αυτή δεν έλαβε χώρα στο πλαίσιο δημόσιας σύμβασης, ώστε, σύμφωνα με σχετική γνωμοδότηση της νομικής υπηρεσίας της, έκρινε ότι δεν υφίσταται λόγος αποκλεισμού της προσφοράς.

24. Επειδή, ο προσφεύγων-με το υπόμνημα του ισχυρίζεται ότι οι ανωτέρω ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής είναι νόμω αβάσιμοι σύμφωνα με όσα αναλυτικά εξέθεσε με την προσφυγή του.

25. Επειδή, όπως προκύπτει από το άρθρο 22.Α.4. της διακήρυξης, το οποίο επαναλαμβάνει τη ρύθμιση του άρθρου 73 παρ. 4 (θ) του ν.4412/2016: *«Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] (θ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητά του[...]»*. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 22.Α.7. Οικονομικός φορέας που εμπίπτει

σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 22.A.1 και 22.A.4109, εκτός από την περίπτωση β, μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση 22.A.8. Η απόφαση για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 8 και 9 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Ακόμη σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ για τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων: [...]Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και, εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22.A της παρούσας. Η αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν λόγοι

αποκλεισμού της παρούσας, γίνεται κατόπιν πρόσκλησης προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα, για κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. Ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο φορέας του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου».

26. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη : **1)** τη ρύθμιση της διάταξης 22.A.4 της διακήρυξης, που αντιστοιχεί στην περίπτωση θ' της παρ. 4 του άρ. 73 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, και συνιστά, με την υιοθέτησή της, υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού από τον επίμαχο διαγωνισμό **2)** το περιεχόμενο του συγκεκριμένου σχετικού ερωτήματος του ΕΕΕΣ, που αποτελεί αναπόσπαστο παράρτημα της Διακήρυξης, («Πληροφορίες σχετικά με [...]επαγγελματικό παράπτωμα») **3)** τη βαρύνουσα θέση που επέχει το ΕΕΕΣ για τη λειτουργία του θεσμού της προαπόδειξης, σε συνδυασμό με τους όρους 22.A.4 και 4.2 της διακήρυξης περί των συνεπειών της υποβολής ανακριβούς ΕΕΕΣ **4)** το γεγονός ότι, αν κατά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) είναι εκ προθέσεως απατηλά ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία [...]iii) από τα δικαιολογητικά, που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας[...]η προσφορά απορρίπτεται[...]»),**5)** ότι, όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019) η απάντηση οικονομικού φορέα σε ερώτημα του ΕΕΕΣ αναφορικά με το Μέρος ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον και δεν είναι αντικείμενο ερωτήματος η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος και **6)** τον σκοπό θέσπισης των λόγων αποκλεισμού, που συνίσταται στην πληρέστερη δυνατή ενημέρωση της αναθέτουσας αρχής, περί της προηγούμενης συμπεριφοράς των συμμετεχόντων, στην οποία συμπεριλαμβάνεται και η συμπεριφορά τους σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες, ο επίμαχος, αναχθείς από τη διακήρυξη σε αυτοτελή, λόγος αποκλεισμού αφορά την

ύπαρξη επαγγελματικού παραπτώματος. Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς και οι τρίτοι, στις ικανότητες των οποίων στηρίζονται, όφειλαν να δηλώσουν στο προκείμενο ερώτημα του ΕΕΕΣ εκείνα τα πραγματικά περιστατικά, που μπορούν κατά τα βασικά χαρακτηριστικά τους να συγκροτήσουν τον οικείο λόγο αποκλεισμού(ΔΕΦΑθηνών Α 614/2022, σκ. 14). Όστε, ανεξαρτήτως της νομικής εκτίμησης του συμμετέχοντος ή του τρίτου, ο τελευταίος όφειλε, αφενός να απαντήσει θετικά στο οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ, και αφετέρου να παραθέσει τα πραγματικά περιστατικά, επεξηγώντας ενδεχομένως τους λόγους για τους οποίους κατά την κρίση του δεν συνιστούν λόγο αποκλεισμού, ή και εκθέτοντας τυχόν ληφθέντα εκ μέρους του σχετικά επανορθωτικά μέτρα, προς άρση του λόγου αυτού αποκλεισμού. Άλλωστε η εκτίμηση περί της αξιοπιστίας τους δεν απόκειται στον ίδιο, αλλά στην αναθέτουσα αρχή, η οποία, σε κάθε περίπτωση οφείλει να ακολουθήσει τη νόμιμη διαδικασία. Ειδικά δε σε ό,τι αφορά τα επανορθωτικά μέτρα οφείλει να ζητά τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 του ν. 4412/2016.

27. Επειδή, εν προκειμένω, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων και δεν αρνείται η αναθέτουσα αρχή, μεσούσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, με αφορμή υπεύθυνη δήλωση, που υποβλήθηκε κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, αποδείχθηκε ότι ο τρίτος φορέας, στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε ο συμμετέχων, είχε ενδεχομένως υποπέσει σε επαγγελματικό παράπτωμα αναφορικά με την παραβίαση της περιβαλλοντικής νομοθεσίας. Συγκεκριμένα αυτός δήλωσε ότι, κατόπιν αυτοψίας από Κλιμάκιο του, διαπιστώθηκε ότι είχε αποθηκεύσει στις εγκαταστάσεις του μη, αν και δεν διέθετε άδεια και του επιβλήθηκε πρόστιμο ύψους 89.669 ευρώ, καθώς η παράβαση με βάση την οικεία νομοθεσία χαρακτηρίστηκε ως σημαντική. Εν συνεχεία, η δανείζουσα εταιρεία αναφέρεται στην άσκηση προσφυγής, η οποία, όπως αναφέρει, έγινε εν μέρει δεκτή και στη λήψη μέτρων, που κατά την άποψή της συνιστούν επανορθωτικά μέτρα για την αντιμετώπιση της παράβασης. Κατόπιν των ανωτέρω, όπως παγίως γίνεται δεκτό και ήδη αναλύθηκε, ο τρίτος, ο οποίος επίσης κατά τη διακήρυξη ελέγχεται για την τυχόν ύπαρξη λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του, όπως και ο συμμετέχων, όφειλε να δηλώσει

με το ΕΕΕΣ του την ύπαρξη των ως άνω πραγματικών περιστατικών, τα οποία ενδεχομένως να εμπίπτουν στην έννοια της παράβασης που επιφέρει τον αποκλεισμό, ώστε η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να το κρίνει. Εφόσον δε η αναθέτουσα αρχή διαπίστωνε την ύπαρξη τέτοιας παράβασης, όφειλε να αποστείλει την υπόθεση στην αρμόδια Επιτροπή για την παροχή γνώμης αναφορικά με την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων. Συνεπώς, εφόσον κατά τα ανωτέρω ο τρίτος απάντησε ανακριβώς στο οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ και απέκρυψε τις παραπάνω, κρίσιμες για τη διαπίστωση του επίμαχου λόγου αποκλεισμού, πληροφορίες, η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως έκανε δεκτή άνευ ετέρου την προσφορά του συμμετέχοντος, αλλά όφειλε να ζητήσει την αντικατάστασή του. Επομένως, ο τρίτος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός και η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή, ώστε να πράξει τα νόμιμα σύμφωνα με όσα ανωτέρω εκτέθηκαν.

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει και να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το σκέλος αυτής, που έκανε δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...», και περαιτέρω παρέλειψε να ζητήσει από τον οικονομικό φορέα «...» την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στη σκέψη 25. Ωστε, το καταβληθέν παράβολο πρέπει να επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή εν μέρει.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το σκέλος αυτής, που έκανε δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...».

Ακυρώνει την παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα «...» την αντικατάσταση του δανείζοντος εμπειρία ... και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, ώστε να πράξει τα δέοντα σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός απόφασης:1534/2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10-10-2023 και εκδόθηκε στις 30-10-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ