

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 22 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 10.02.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 189/14.02.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «... Α.Τ.Ε.Β.Ε.» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του οικονομικού φορέα «... ΑΤΕ» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμό 11/2023, απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με την οποία οριστική ανάδοχος αναδείχθηκε η εταιρεία «...».

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 670,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας

Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την 01.02.2023, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 10.02.2023, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017, (γ) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα είναι δεύτερη στην σειρά μειοδοσίας και βάλλει κατά της προσφοράς της οριστικής αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση.

3.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή στις 13.02.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος, άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 22.02.2023 ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την ως άνω κοινοποίηση της προσφυγής, παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης.

5.Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε στις 28.02.2023 τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής, οι οποίες όμως δεν λαμβάνονται υπ' όψη λόγω του εκπροθέσμου αυτών, η δε προσφεύγουσα κατέθεσε, στις 06.03.2023, υπόμνημα το οποίο όμως δεν λαμβάνεται υπ' όψη λόγω του εκπροθέσμου.

6.Επειδή, με την υπό Α.Δ.Α.Μ. ... διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, για την επιλογή αναδόχου του έργου «Ασφαλτόστρωση δημοτικών δρόμων Δ.Ε ...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 133.870,97€ άνευ Φ.Π.Α. και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η ως άνω

διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 02.11.2022 με Α.Δ.Α.Μ., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

7.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία «... ΑΕ». Περαιτέρω, πρώτη στη σειρά μειοδοσίας ήταν η παρεμβαίνουσα, δεύτερη η προσφεύγουσα και τρίτη η εταιρεία «... ΑΕ» Με την προσβαλλόμενη απόφαση οριστική ανάδοχος αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα. Κατά της προσβαλλόμενης στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή της.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η παρεμβαίνουσα, προς απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, υπέβαλε την υπ' αρ. πρωτ. Δ24/4194/2022/31.05.2022 ενημερότητα πτυχίου και την από 11.01.2023 υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου της με ενσωματωμένο σ' αυτήν πίνακα, όπου αναφέρονται τα υπό εκτέλεση από αυτήν έργα, καθώς και το ανεκτέλεστο υπόλοιπο κάθε έργου. Πλην όμως, σε κανένα από τα ανωτέρω έγγραφα δεν περιλαμβάνεται το έργο «Καθαρισμός, άρση προσχώσεων και αποκατάσταση βλαβών τεχνικών έργων ρεμάτων Δήμου ...», το οποίο είναι υποέργο του έργου «Αποκατάσταση βλαβών των υποδομών αρμοδιότητας Π.Ε ... στις περιοχές των Δήμων ..., μετά τα έντονα καιρικά φαινόμενα (κακοκαιρία «ΙΑΝΟΣ» της 18-09-2020)», μέρος του οποίου εκτελεί η παρεμβαίνουσα ως εγκεκριμένη υπεργολάβος, βάσει της από 06.09.2022 σύμβασης υπεργολαβίας, που έχει συνάψει με την ανάδοχο του έργου «Λ... Α.Τ.Ε», όπως προκύπτει από την υπ' αριθμό πρωτ. 207697/10530/23.09.2022 απόφαση του Τμήματος Δομών Περιβάλλοντος της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της Γενικής Δ/σης Αναπτυξιακού Προγ/μου Περιβάλλοντος και Υποδομών της Περιφέρειας Στερεάς Ελλάδας (επισυναπτόμενη στην προσφυγή). Σύμφωνα με την ως άνω απόφαση, εγκρίθηκε η «*σύναψη υπεργολαβίας μεταξύ της αναδόχου εταιρείας Λ... ΑΤΕ και της ... ΑΤΕ ως υπεργολάβου για το έργο του θέματος για ποσοστό 25,00% επί των εργασιών του έργου δηλ. για ποσό σύμβασης 619.248,91 € (επί πλέον Φ.Π.Α.)*». Κατά

τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, κατ' αυτόν τον τρόπο, ήτοι παραλείποντας η παρεμβαίνουσα να δηλώσει το ανωτέρω υπό εκτέλεση έργο, παραβίασε όρο 23.5 της διακήρυξης, κατά τον οποίο «...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...». Τέλος, η προσφεύγουσα επικαλείται, ότι η παράλειψη δήλωσης του επίμαχου έργου έχει ως απόρροια την παράλειψη προσκόμισης ασφαλιστικής ενημερότητας για το έργο αυτό.

9.Επειδή, η παρεμβαίνουσα επάγεται, ότι στο ΕΕΕΣ της έχει δηλώσει, ότι πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, ότι εκ παραδρομής δεν προσκόμισε την ασφαλιστική ενημερότητα του επίμαχου έργου, ότι αναφορικά με το όριο του ανεκτέλεστου, ακόμη και αν δήλωνε το ποσό της επίμαχης σύμβασης, ύψους 619.248,91 €, και αυτό με την σειρά του προσετίθετο στο ποσό που έχει δηλώσει ως ανεκτέλεστο υπόλοιπο, το τελικό ποσό και πάλι θα ήταν μικρότερο του επιτρεπόμενου εγκεκριμένου ορίου, που γι' αυτήν, η οποία είναι 3^{ης} τάξης κατηγορίας ΜΕΕΠ, είναι 11.250.000,00 €. Τέλος, επικαλείται ότι οι ως άνω ελλείψεις είναι δεκτικές διευκρινίσεων, δυνάμει του άρθρου 103 του ν. 4412/2016.

10.Επειδή, στον όρο 23.1 της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «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...».

11.Επειδή, στον όρο 23.2. «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)» της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/16, και στο άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας...».

12.Επειδή, στο όρο 22.Γ της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «..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...», ενώ στον όρο 23. 5 της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται:...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 ή...».

13.Επειδή, στον μεν όρο 4.2.γ της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά ή σε έντυπη μορφή, εφόσον απαιτείται, σύμφωνα με τα ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινίσεις, κατά την έννοια του άρθρου 102 ν. 4412/2016, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. Αν ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για παράταση της ως άνω προθεσμίας, το οποίο συνοδεύεται με αποδεικτικά έγγραφα από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει αιτηθεί τη

χορήγηση των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών για όσο χρόνο απαιτηθεί για τη χορήγηση των δικαιολογητικών από τις αρμόδιες δημόσιες αρχές. **Το παρόν εφαρμόζεται αναλόγως και στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή τυχόν ζητήσει την προσκόμιση δικαιολογητικών κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών και πριν από το στάδιο κατακύρωσης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παράγραφος 5 εδάφιο α' ν. 4412/2016, τηρουμένων των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας», ο δε όρος 4.2.δ της διακήρυξης ορίζει ότι: «δ) 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 ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) αν 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, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας.».****

14.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, ως έχει τροποποιηθεί με το άρθρ. 44 του ν. 4782/2021 και ισχύει, ορίζεται, ότι «1. Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης».

15.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρ. 23.2 της διακήρυξης, το οποίο τελεί σε πλήρη συμπίρευση με το άρθρο 104 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής στον εν λόγω διαγωνισμό «κρίνονται» α) κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, δια του ΕΕΕΣ, β) κατά τον χρόνο

υποβολής δικαιολογητικών οριστικού αναδόχου, όπως ορίζεται στο άρθρο 80 ν. 4412/2016 και γ) κατά τη σύναψη της σύμβασης, δια της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρ. 105 παρ. 3 δ του ν. 4412/2016. Ήτοι εκ του άνω άρθρου της διακήρυξης (23.2) και του αντίστοιχου περιεχόμενου άρθρου 104 του ν. 4412/2016, προκύπτει, ότι η συνδρομή της πλήρωσης των προϋποθέσεων συμμετοχής «κρίνεται» σε τρία διακριτά στάδια, ήτοι (α) στο στάδιο υποβολής της προσφοράς, δια του ΕΕΕΣ, (β) στο στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, και (γ) στο στάδιο υπογραφής της σύμβασης. Στα ως άνω διακριτά στάδια προβλέπεται διακριτό μέσο απόδειξης πλήρωσης των κριτηρίων, αφού στο στάδιο της υποβολής της προσφοράς αρκεί η προαπόδειξη μέσω των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ, δηλαδή η δια υπεύθυνης δήλωσης του οικονομικού φορέα προκαταρκτική απόδειξη και, εν συνεχεία, απαιτείται η, μέσω δικαιολογητικών οριστικής απόδειξης, οριστική απόδειξη των προσόντων/όρων προϋποθέσεων που δηλώνονται ως υφιστάμενα και συντρέχοντα δια του ΕΕΕΣ. Είναι δε σαφές, ότι η διακήρυξη και ο νόμος, από αποδεικτικής πλευράς, αρκούνται, δια της προκαταρκτικής κατά την προσφορά απόδειξης, σε απόδειξη με δήλωση. Πλην όμως η δήλωση αυτή στο ΕΕΕΣ θα πρέπει να είναι αληθής και ακριβής. Συνεπώς, τα αξιούμενα προσόντα και οι προϋποθέσεις συμμετοχής θα πρέπει αφ' ενός να υφίστανται ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, αφ' ετέρου να υφίστανται τα αποδεικτικά μέσα, που δύνανται να αποδείξουν, ότι υφίστανται κατά την δια του ΕΕΕΣ δήλωση περί συνδρομής τους. Η ανωτέρω θέση επιρρωνύεται και εκ της δυνατότητας της αναθέτουσας Αρχής, η οποία ρητώς ορίζεται στο άρθρο 4.2.γ, να ζητήσει τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου οποτεδήποτε και προγενεστέρως της ανάδειξης του προσωρινού αναδόχου. Άλλωστε, διαφορετική προσέγγιση, ήτοι εάν ήταν επιτρεπτό στο στάδιο υποβολής του ΕΕΕΣ να μη δηλώνονται στοιχεία, που συντρέχουν κατά την υποβολή του, θα καθιστούσε κενή περιεχομένου και ανεφάρμοστη την διάταξη του άρθρ. 103 παρ. 3 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης πρέπει να διαπιστωθεί η αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ. Εξ άλλου, και στο άρθρο 4.2.δ της διακήρυξης προβλέπεται, ότι η προσφορά του προσωρινού αναδόχου απορρίπτεται, εάν, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διαπιστωθεί είτε ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ είναι εκ προθέσεως απατηλά είτε ότι δεν

προκύπτει, από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, όπως δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ.

16.Επειδή, περαιτέρω, ως έχει κριθεί (1939/2022 ΣΤΕ, σκ. 20): «Επειδή, ...κατά την έννοια των διατάξεων της οδηγίας, το ΕΕΕΣ λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη πλήρωσης των απαιτούμενων προϋποθέσεων συμμετοχής για τις ανάγκες του σταδίου υποβολής της προσφοράς, προκειμένου να μην υποχρεούνται να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά μέσα όλοι οι διαγωνιζόμενοι. Δεν αποτελεί όμως οριστική απόδειξη συνδρομής των προϋποθέσεων αυτών κατά τον χρόνο συμμετοχής για τον οικονομικό φορέα στον οποίο αποφασίζεται να ανατεθεί η σύμβαση, η υποχρέωση του οποίου να αποδείξει ότι πληροί τις προϋποθέσεις αυτές και κατά τον χρόνο συμμετοχής με τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα παραμένει ακέραια και απλώς μετατίθεται σε επόμενο στάδιο το χρονικό σημείο προσκόμισης αποδεικτικών μέσων αναγόμενων και στον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Η δε πρόβλεψη περί προσκόμισης «ενημερωμένων δικαιολογητικών» από τον οικονομικό φορέα στον οποίο αποφασίστηκε η ανάθεση της σύμβασης προϋποθέτει ότι προσκομίζονται πάντως δικαιολογητικά που καλύπτουν και τον χρόνο συμμετοχής. Μόνο με τον τρόπο αυτό διασφαλίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να προβεί στις αναγκαίες επαληθεύσεις για την πλήρωση των προϋποθέσεων στα χρονικά σημεία που πρέπει αυτές να συντρέχουν, και αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστρατήγησης της διαδικασίας, με τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τα κριτήρια συμμετοχής και την ανάθεση της σύμβασης σε οικονομικό φορέα που απέκτησε τις προϋποθέσεις σε στάδιο μεταγενέστερο της υποβολής της προσφοράς. Διαφορετική ερμηνεία της λειτουργίας του ΕΕΕΣ, όχι μόνο ως μέσου προκαταρκτικής, αλλά και οριστικής απόδειξης ότι οι προϋποθέσεις πληρούνται κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, θα καθιστούσε αδύνατο τον έλεγχο της αλήθειας όσων έχουν δηλωθεί στο ΕΕΕΣ και την εξακρίβωση ότι μεταγενέστερες μεταβολές που δηλώνονται είναι πράγματι οψιγενείς, θα είχε δε ως παρεπόμενη συνέπεια την πλήρη αποδυνάμωση του συστήματος κυρώσεων λόγω ψευδών δηλώσεων ή απόκρυψης πληροφοριών, αφού θα είναι αδύνατη ή ιδιαίτερως δυσχερής η απόδειξη στοιχειοθέτησης του πραγματικού των σχετικών παραβάσεων. Εξ άλλου, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει ανά πάσα στιγμή όλα

τα δικαιολογητικά πριν από την ανάθεση, επαφιέμενη στην απόλυτη, και δυσχερώς ελέγξιμη εκ μέρους των διαγωνιζομένων, ευχέρειά της, δεν συνιστά αποτελεσματικό μέσο αποτροπής ψευδών δηλώσεων συμμετοχής.... το ΕΕΕΣ λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη πλήρωσης των απαιτούμενων προϋποθέσεων συμμετοχής για τις ανάγκες του σταδίου υποβολής της προσφοράς, προκειμένου να μην υποχρεούνται να προσκομίσουν τα σχετικά αποδεικτικά μέσα όλοι οι διαγωνιζόμενοι. Δεν αποτελεί όμως οριστική απόδειξη συνδρομής των προϋποθέσεων αυτών κατά τον χρόνο συμμετοχής για τον οικονομικό φορέα στον οποίο αποφασίζεται να ανατεθεί η σύμβαση, η υποχρέωση του οποίου να αποδείξει ότι πληροί τις προϋποθέσεις αυτές και κατά τον χρόνο συμμετοχής με τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα παραμένει ακέραια και απλώς μετατίθεται σε επόμενο στάδιο το χρονικό σημείο προσκόμισης αποδεικτικών μέσων αναγόμενων και στον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Η δε πρόβλεψη περί προσκόμισης «ενημερωμένων δικαιολογητικών» από τον οικονομικό φορέα στον οποίο αποφασίστηκε η ανάθεση της σύμβασης προϋποθέτει ότι προσκομίζονται πάντως δικαιολογητικά που καλύπτουν και τον χρόνο συμμετοχής. Μόνο με τον τρόπο αυτό διασφαλίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να προβεί στις αναγκαίες επαληθεύσεις για την πλήρωση των προϋποθέσεων στα χρονικά σημεία που πρέπει αυτές να συντρέχουν, και αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστρατήγησης της διαδικασίας, με τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τα κριτήρια συμμετοχής και την ανάθεση της σύμβασης σε οικονομικό φορέα που απέκτησε τις προϋποθέσεις σε στάδιο μεταγενέστερο της υποβολής της προσφοράς. Έτι περαιτέρω, το σύστημα απόδειξης θα εστερείτο της απαιτούμενης διαφάνειας, διότι άνευ προσκομίσεως από τον υποψήφιο ανάδοχο των δικαιολογητικών που ανάγονται στον χρόνο υποβολής της προσφοράς, οι λοιποί διαγωνιζόμενοι -οι οποίοι δεν έχουν τη δυνατότητα γνώσης πολλών εξ αυτών λόγω νόμιμων περιορισμών- δεν θα έχουν τη δυνατότητα να αμφισβητήσουν αποτελεσματικά την αλήθεια των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ του υποψηφίου αναδόχου και εντεύθεν τη σχετική κρίση της αναθέτουσας αρχής, και να συμβάλουν έτσι αποτρεπτικά και σε ενδεχόμενο συμπαιγνίας μεταξύ αναθετουσών αρχών και οικονομικών φορέων. Εν όψει των ανωτέρω, η διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 κατόπιν της τροποποίησής της με τον ν. 4782/2021 -η οποία άλλωστε απλώς

επιβεβαίωσε τα ισχύοντα βάσει της προϊσχύουσας ρύθμισης, ότι δηλαδή οι προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται με την υποβολή του ΕΕΕΣ, χωρίς να μεταβάλλει το κανονιστικό της περιεχόμενο ή τις κρίσιμες διατάξεις του άρθρου 79 περί ΕΕΕΣ-, ερμηνευόμενη σύμφωνα με τους δεσμευτικούς κανόνες της οδηγίας 2014/24, έχει την έννοια ότι ο προσωρινός ανάδοχος πρέπει να προσκομίζει αποδεικτικά μέσα, από τα οποία να αποδεικνύεται ότι τόσο κατά το χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς όσο και κατά το χρονικό σημείο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής...».

17. Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, προκύπτουν τα κάτωθι. Η παρεμβαίνουσα υπέβαλε προσφορά στις 18.11.2022 και στο ΕΕΕΣ της (βλ. προσφορά της, ψηφιακό αρχείο «ΕΕΕΣ», σελ. 13) στο Μέρος IV αυτού, και δη στο πεδίο «Β. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», δήλωσε ότι *«Η ΤΑΞΗ ΜΕΕΠ ΚΑΛΥΠΤΕΙ ΤΙΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ - ΔΗΛΩΝΩ ΠΩΣ ΔΕΝ ΕΧΟΥΜΕ ΥΠΕΡΒΕΙ ΤΟ ΟΡΙΟ ΑΝΕΚΤΕΛΕΣΤΟΥ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΗΝ ΤΑΞΗ ΤΟΥ ΜΕΕΠ 3^η (Το συνολικό ανεκτέλεστο είναι: 4.627.888,49 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ)...»*. Εν συνεχεία, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στις 11.01.2023 (βλ. «επικοινωνία» Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ» με ημερομηνία 11.01.2023). Μεταξύ αυτών προσκόμισε και α) την με αρ. πρωτ. Δ24/4194/2022/31.05.2022 ενημερότητα πτυχίου (ψηφιακό αρχείο «ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑ ΠΤΥΧΙΟΥ pdf»), και β) την από 11.01.2023 υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου της με ενσωματωμένο σε αυτήν πίνακα, όπου αναφέρονται τα υπό εκτέλεση απ' αυτήν έργα, καθώς και το ανεκτέλεστο υπόλοιπο κάθε έργου (ψηφιακό αρχείο «Υ.Δ ... Α.Τ.Ε ΑΝΕΚΤΕΛΕΣΤΟ ΝΕΟ (5)_signed, pdf»). Όμως, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, σε κανένα από τα ανωτέρω έγγραφα δεν περιλαμβάνεται το έργο «Καθαρισμός, άρση προσχώσεων και αποκατάσταση βλαβών τεχνικών έργων ρεμάτων Δήμου ...», το οποίο είναι υποέργο του έργου «Αποκατάσταση βλαβών των υποδομών αρμοδιότητας Π.Ε ... στις περιοχές των Δήμων ..., ... μετά τα έντονα καιρικά φαινόμενα (κακοκαιρία «ΙΑΝΟΣ» της 18-09-2020)», μέρος του οποίου εκτελεί η παρεμβαίνουσα ως εγκεκριμένη υπεργολάβος, βάσει της από 06.09.2022 σύμβασης υπεργολαβίας (ύψους 619.248,91 €), που έχει συνάψει με την ανάδοχο του έργου «Λ... Α.Τ.Ε», όπως

προκύπτει από την υπ' αριθμό πρωτ. 207697/10530/23.09.2022 απόφαση του Τμήματος Δομών Περιβάλλοντος της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της Γενικής Δ/σης Αναπτυξιακού Προγ/μου Περιβάλλοντος και Υποδομών της Περιφέρειας Στερεάς Ελλάδας. Και αυτό, κατά παράβαση κατ' αρχάς του ρητού όρου 23.5 της διακήρυξης, στον οποίο ορίζεται, ότι: *«Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται:...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 ή...»*. Με αυτήν την παράλειψη δήλωσης του επίμαχου έργου, η παρεμβαίνουσα δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ το ποσό της επίμαχης σύμβασης, ποσού 619.248,91 €, και το οποίο (ποσό) περαιτέρω δεν προστέθηκε στο συνολικό ποσό του ανεκτέλεστου, που έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ της. Οι δε ειδικότεροι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι, ακόμα και αν δήλωνε το ποσό της επίμαχης σύμβασης, ύψους 619.248,91 €, και αυτό με τη σειρά του προσετίθετο στο ποσό που έχει δηλώσει ως ανεκτέλεστο υπόλοιπο, το τελικό ποσό και πάλι θα ήταν μικρότερο του επιτρεπόμενου εγκεκριμένου ορίου, που γι' αυτήν, η οποία είναι 3ης τάξης κατηγορίας ΜΕΕΠ, είναι 11.250.000,00 €, τυγχάνουν απορριπτέοι ως άμοιροι νομικής επιρροής. Και τούτο, διότι δεν ανατρέπουν το γεγονός, ότι το ποσό της επίμαχης σύμβασης δεν συμπεριελήφθη στο ΕΕΕΣ της, και δη στο πεδίο περί ανεκτέλεστου, κατά παράβαση των όρων 23.2 και 23.5 διακήρυξης και του άρθρου 104.ν 4412/2016. Αλλ' ούτε και δηλώθηκε από την παρεμβαίνουσα, κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατά παράβαση του όρων 23.2 και 23.5 της διακήρυξης και του άρθρου 104.ν 4412/2016. Εν ολίγοις, η παρεμβαίνουσα δεν συμπεριέλαβε ούτε στο ΕΕΕΣ της, στο πεδίο περί του ανεκτέλεστου, την επίμαχη σύμβαση ούτε δήλωσε αυτήν, κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και του νόμου. Περαιτέρω, οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι η παράλειψη δήλωσης του επίμαχου έργου έχει ως απόρροια και την παράλειψη προσκόμισης ασφαλιστικής ενημερότητας για το έργο αυτό πρέπει να γίνουν

δεκτοί, κατ' άρθρο 23.3.β.2 της διακήρυξης. Τέλος, οι ανωτέρω ελλείψεις στην προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν είναι δεκτικές διευκρινίσεων, κατ' άρθρο 102 και 103 του ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι η παράλειψη αυτή συμπερίληψης του ποσού της επίμαχης σύμβασης στο ΕΕΕΣ και στον πίνακα περι ανεκτέλεστου συνιστά ουσιώδη παράλειψη, διότι η εν λόγω εταιρεία παρέλειψε να προβεί σε δήλωση, που τίθεται επί απαράβατου όρου της διακήρυξης. Εξ άλλου, δεν πρόκειται για παράλειψη, η οποία θα ήταν δυνατό να αρθεί με την παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρο 102 και 103 του ν. 4412/2016. Τούτο δε, καθ' όσον η αναθέτουσα Αρχή έχει, βάσει των τελευταίων αυτών διατάξεων, σχετική δυνατότητα να καλέσει τον διαγωνιζόμενο να συμπληρώσει στοιχεία του φακέλλου του, αλλά η δυνατότητα αυτή παρέχεται υπό προϋποθέσεις, ήτοι εφ' όσον δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα, με τρόπο ώστε να του δίδεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων, και εφ' όσον η διευκρίνιση-συμπλήρωση αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα. Η ανωτέρω, όμως, δυνατότητα συμπλήρωσης-διευκρίνισης εν προκειμένω θα συνιστούσε μεταγενέστερη (μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) τροποποίηση της προσφοράς, που έχει υποβληθεί, κατά καταστρατήγηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας (πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 346/2017, 184/2017, 135/2018), δεδομένου ότι δεν είναι δυνατή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής, η αναπλήρωση μη υποβληθέντων στοιχείων ή πληροφοριών (πρβλ. ΣτΕ 827/2019, 1490/2019, 18/2022 Δ.Εφ.Χανίων κ.ά.). Εν όψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, πρέπει να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας.

18.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η προδικαστική προσφυγή να γίνει δεκτή, ν' απορριφθεί η παρέμβαση και ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος ανέδειξε οριστική ανάδοχο την παρεμβαίνουσα.

19. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 542/2023

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 11 Απριλίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ