

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 29 Μαρτίου 2024, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 19.02.2024 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 235/20.02.2024 προσφυγή της ... , με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα» ή η «προσφεύγουσα ένωση»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, από 1/2/2024, απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... , με θέμα: «Έγκριση του από 31.01.2024 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού του ηλεκτρονικού ανοιχτού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: ... - απέρριψη προσφοράς προσωρινού αναδόχου - κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής - ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας», καθ' ο μέρος απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της και καθ' ο μέρος αποφασίσθηκε η ματαίωση του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον 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 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με την διακήρυξη, υπό Α.Δ.Α.Μ. ... προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 4.188.984,62 € άνευ Φ.Π.Α. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 09.08.2023, υπό Α.Δ.Α.Μ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

3.Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί: (α) εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 07.02.2024, και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 19.02.2024 (κατά παρέκταση, δεδομένου ότι η 17^η.02.2024 και η 18^η.02.2024 ήταν Σάββατο και Κυριακή αντίστοιχα, άρα εξαιρετέες ημέρες), ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα (ως η μοναδική συμμετέχουσα του εν θέμματα διαγωνισμού) βάλλει κατά της μη νόμιμης – κατά τους ισχυρισμούς της – απόφασης κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της στον διαγωνισμό και κατά της ματαίωσης του διαγωνισμού.

4.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε εμπροθέσμως τις απόψεις της, στις 05.03.2024. Επί των ως άνω απόψεων η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως, στις 11.03.2024 (κατά παρέκταση, δεδομένου ότι η 10^η.03.2024 ήταν Κυριακή και άρα εξαιρετέα ημέρα) το υπόμνημά της.

5.Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Πρώτον, στο **άρθρο 22 της επίμαχης διακήρυξης «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής»** και συγκεκριμένα στο **άρθρο 22.Γ της Διακήρυξης «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια»**, προβλέπονται ρητώς, μεταξύ άλλων, τα εξής: «[...] *Επισημαίνεται ότι: •Οι ανωτέρω απαιτήσεις θα πρέπει να είναι σύμφωνες με τα οριζόμενα αναλυτικά στις διατάξεις των άρθρων 99 και 100 του Ν. 3669/2008, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν.*

•Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης.

•Οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι και στις δύο κατηγορίες έργου, θα πρέπει να πληρούν τα μέγιστα των παραπάνω ποσών, ανά κριτήριο.

*•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...**». Δεύτερον, στο άρθρο 23 της διακήρυξης, «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής», ορίζονται τα εξής: «23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22.Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 22 Β έως Ε-της παρούσας. [...] 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». 23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) 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. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/2016 και το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας. [...] 23.5 Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.ΕΠ ή στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.: [...] Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: • **με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύ, 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 την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενης 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 τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου κατά τις κείμενες διατάξεις.». Επομένως, από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης και ιδίως από την σαφή γραμματική διατύπωση του άρθρου 22.3 αυτής («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 [...], β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης [...] και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης [...]»), προκύπτει σαφώς, ότι κρίσιμο χρόνο για την πλήρωση των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής στο διαγωνισμό, στους οποίους συγκαταλέγονται και οι απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας, αποτελούν και τα τρία ως άνω στάδια σωρευτικά και όχι μόνο το στάδιο υποβολής της προσφοράς. Όπως, άλλωστε ρητώς προβλέπεται και στο άρθρο 23.1 της διακήρυξης, τα δηλούμενα στοιχεία με το ΕΕΕΣ, το οποίο κατατίθεται κατά τον χρόνο της υποβολής προσφοράς, αποτελούν προκαταρκτική μόνον απόδειξη περί της

πλήρωσης των όρων και των προϋποθέσεων της διακήρυξης. Άρα, κατ' άρθρο 23.2 της διακήρυξης, ο συμμετέχων θα πρέπει να μην ξεπερνά το ανώτατο όριο ανεκτέλεστου, σωρευτικώς, κατά την υποβολή της προσφοράς του, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά το στάδιο σύναψης της σύμβασης. Εν προκειμένω, ο όρος περί ανεκτέλεστου, που τίθεται στο άρθρο 22.Γ της επίμαχης διακήρυξης ως κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας, αποτελεί αυτούσια επανάληψη του περιεχομένου του αντίστοιχου άρθρου του πρότυπου τεύχους διακήρυξης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), για τα έργα με αξιολόγηση μελέτης (μελετοκατασκευές), κατ' άρθρο 50 του ν. 4412/2016, στο οποίο (πρότυπο τεύχος) επίσης κατατάσσεται συστηματικά, ως κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας, όπως και στην επίμαχη διακήρυξη. Άλλωστε η προσφεύγουσα ένωση, στα ΕΕΕΣ των δύο μελών της, δήλωσε το υπόλοιπο ανεκτέλεστων έργων της στο Μέρος IV ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ, περίπτωση Β «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΑΡΚΕΙΑ», υποπερίπτωση «ΆΛΛΕΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΕΣ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ», το οποίο λειτουργεί, ως προαπόδειξη του κριτηρίου, όπως προαναφέρθηκε. Επιπλέον, η διάταξη του άρθρου 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008 δεν αποτελεί αναχρονιστική διάταξη, που περιλαμβάνεται μόνο στον ν. 3669/2008, όπως εσφαλμένως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Αντιθέτως, με το άρθρο 64 του π.δ. 71/2019 (του οποίου οι διατάξεις βρίσκονται προσωρινά σε αναστολή ισχύος μέχρι και την 31η Δεκεμβρίου 2024 σύμφωνα με το άρθρο 114 του ν. 5079/2023) επαναλαμβάνεται η απαίτηση περί μη υπέρβασης του ορίου ανεκτέλεστου συμβάσεων δημοσίων έργων, ως προϋπόθεση για την συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων. Σημειωτέον, ότι, ως προς την νομιμότητα του σχετικού όρου της διακήρυξης, ως δήθεν αντίθετου στο ευρωπαϊκό δίκαιο, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, παρ' ότι προβάλλεται ανεπικαίρως, καθώς η προσφεύγουσα δεν εστράφη επικαίρως κατ' αυτού δια προδικαστικής προσφυγής, επισημαίνεται, ότι, όπως έχει κριθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-27, C-28 & C- 29/86, το συνολικό ύψος της δαπάνης των ταυτοχρόνως εκτελουμένων έργων: *«...μπορεί να αποτελεί στοιχείο για την εκτίμηση, κατά τρόπο συγκεκριμένο, της οικονομικής και χρηματοδοτικής*

ικανότητας της επιχείρησης, σε σχέση με τις υποχρεώσεις της». Τρίτον, αναφορικά με τον κρίσιμο χρόνο διαπίστωσης των προϋποθέσεων συμμετοχής σε διαγωνισμό για την σύναψη σύμβασης δημόσιων έργων, λεκτέα τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (το οποίο ενσωματώνεται σχεδόν αυτούσιο στο ως άνω άρθρο 23.2 της επίμαχης διακήρυξης: «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.». Όπως, δε, έχει κριθεί (ΔΕφΑΘ 436/2023, σκ. 12): «... η έρευνα της συνδρομής των προϋποθέσεων ή των λόγων αποκλεισμού των οικονομικών φορέων λαμβάνει χώρα σε τρία χρονικά στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι κατά την υποβολή της προσφοράς ως προς όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακυρώσεως για τον προσωρινό ανάδοχο και κατά τη σύναψη της συμβάσεως για τον οριστικό ανάδοχο. Συνεπώς, τόσο το ΕΕΕΣ όσο και τα εν γένει έγγραφα και πιστοποιητικά, με βάση τα οποία πραγματοποιείται ο εν λόγω έλεγχος, έχουν ως περίοδο αναφοράς τα ανωτέρω τρία χρονικά σημεία, προκειμένου οι αναθέτουσες Αρχές να αποκτούν επικαιροποιημένη πληροφόρηση για την κατάσταση, στην οποία βρίσκονται, αντιστοίχως, οι οικονομικοί φορείς, ο προσωρινός και ο οριστικός ανάδοχος σε σχέση με τους προβλεπόμενους λόγους αποκλεισμού.». Συναφώς, με την υπ' αρ. 2325/2023 απόφαση της Ολομέλειας του ΣΤΕ (Δίκη-πιλότος), στην οποία παραπέμφθηκε αίτηση με την υπ' αριθμ. 1939/2022 απόφαση του Δ' Τμήματος του ΣΤΕ, κρίθηκαν, αναφορικά με την ερμηνεία του άρθρου 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, τα ακόλουθα: «Η διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως το άρθρο αυτό αντικαταστάθηκε με τον ν. 4782/2021, ερμηνευόμενη σε συνδυασμό με τις λοιπές διατάξεις του ν. 4412/2016 [όπως ισχύουν], έχει την έννοια ότι ο προσωρινός ανάδοχος, όταν καλείται σύμφωνα με το άρθρο 103 του ίδιου νόμου να υποβάλει προς έλεγχο στον αναθέτοντα φορέα τα αναφερόμενα στο άρθρο 80 δικαιολογητικά - από τα οποία πρέπει να αποδεικνύεται αφενός η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού

και αφετέρου η συνδρομή των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στη διακήρυξη, υποχρεούται να προσκομίζει τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την πλήρωση των προϋποθέσεων της διακήρυξης σε δύο, σωρευτικώς, χρονικά σημεία, ήτοι τόσο κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του όσο και κατά τον μεταγενέστερο χρόνο που προηγείται της οριστικής κατακύρωσης.». Περαιτέρω, έχει κριθεί ότι, αναφορικά με την μη υπέρβαση των ορίων ανεκτέλεστου, υποχρεωτικά η περίοδος αναφοράς των προσκομιζόμενων στοιχείων πρέπει να καλύπτει τόσο τον χρόνο υποβολής αυτών με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, όσο και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (ΔΕφΠειρ 132/2023). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα -και μοναδική προσφέρουσα του επίμαχου διαγωνισμού- έχοντας αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος, όχι απλώς δεν απέδειξε, κατά το στάδιο της προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ότι δεν υπερβαίνει το όριο ανεκτέλεστου, αλλά, πολλώ μάλλον, δήλωσε ρητώς, ότι υπερέβαινε αυτό. Πιο αναλυτικά, κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, που υπέβαλε η προσφεύγουσα, κατόπιν σχετικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα Αρχή, το μέλος της προσφεύγουσας ένωσης, εργολήπτρια εταιρεία «...» (που είναι εγγεγραμμένη στην 3η τάξη του ΜΕΕΠ), δεν πληρούσε την απαίτηση του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης περί μη υπέρβασης του ανώτατου ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, κατ' άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Μάλιστα, υπερέβαινε αυτό, όπως η ίδια δήλωσε με την προσκομιζόμενη από 19-12-2023 υπεύθυνη δήλωσή της και τον συνοδευτικό αυτής πίνακα έργων, δηλώνοντας ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων ύψους € 12.708.716,07, ενώ το ανώτατο όριο για την 3η τάξη ΜΕΕΠ ανέρχεται εκ του νόμου σε € 11.250.000,007, γεγονός που συνομολογεί και με την προσφυγή της (σελ. 12 αυτής). Τέταρτον, στο άρθρο 4.2 περ. δ' της διακήρυξης, με τίτλο «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης», ορίζεται, 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) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα,

των παραπάνω δικαιολογητικών, ή 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 (με την επιφύλαξη των παραγράφων 7 και 8 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 περί λήψης επανορθωτικών μέτρων), 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. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης του ... για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μέχρι τη σύναψη της σύμβασης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής η προσκομισθείσα, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας, εγγύηση συμμετοχής. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, ή αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι: α) δεν βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στο άρθρο 22.A και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής των άρθρων 22.B έως 22.E, όπως αυτά έχουν καθοριστεί στην παρούσα, η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται.». Πέμπτον, στο άρθρο 15 της διακήρυξης, με τίτλο «Εγγύηση συμμετοχής», ορίζεται, ότι «Για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται η κατάθεση από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, κατά τους όρους της παρ. 1 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016, εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ποσοστού 2% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, που ανέρχεται στο ποσό των ογδόντα τριών χιλιάδων επτακοσίων εβδομήντα εννέα ευρώ και εξήντα εννέα λεπτών (83.779,69 €)». Η ως άνω εγγυητική επιστολή περιλαμβάνει, σύμφωνα με τον όρο 15.2 περ. (ζ) της διακήρυξης, ότι «αα) η εγγύηση παρέχεται ανέκκλητα και ανεπιφύλακτα, ο δε εκδότης παραιτείται του δικαιώματος της διαιρέσεως και της διζήσεως, και ββ) ότι σε περίπτωση κατάπτωσης αυτής, το ποσό της κατάπτωσης υπόκειται στο εκάστοτε ισχύον τέλος χαρτοσήμου.», ενώ συντάσσεται σύμφωνα με το υπόδειγμα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, που περιλαμβάνεται στο

Παράρτημα IV της διακήρυξης. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 15.4 της διακήρυξης, η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, εφ' όσον ο προσφέρων: «• αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, • παρέχει, εν γνώσει του, ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες που αναφέρονται στο άρθρο 22, • δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας δικαιολογητικά, • στις περιπτώσεις των παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών από τον προσωρινό ανάδοχο, αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα άρθρο 4.2 της παρούσας, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, ή αν, από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής [...]». Σημειωτέον, ότι όλους τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης η προσφεύγουσα ένωση αποδέχθηκε ρητά και ανεπιφύλακτα ως νόμιμους, με τις από 6-10- 2023 (για την εταιρεία «...») και από 7-10-2023 (για την εταιρεία «...») υπεύθυνες δηλώσεις, κατ' άρθρο 8 ν. 1599/1986, των νομίμων εκπροσώπων τους. Έκτον, το άρθρο 104 παρ. 2 και 3 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, μέχρι τη σύναψη της σύμβασης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής κατά την παρ. 2, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72, περί εγγυήσεων.». Περαιτέρω, στο άρθρο 103 παρ. 5 του ν. 4412/2016 ορίζονται τα εξής: «5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παρ. 1 και τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί

κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οψιγενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, σύμφωνα με το άρθρο 72, περί εγγυήσεων, εφόσον είχε προσκομισθεί, και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει των ειδικότερων κριτηρίων ανάθεσης, όπως είχαν οριστεί στα έγγραφα της σύμβασης, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν αποδείξει ότι: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, η διαδικασία ματαιώνεται.». Ιδίως η υποχρέωση του προσφέροντος, να δηλώσει στην αναθέτουσα Αρχή την επέλευση οποιασδήποτε οψιγενούς μεταβολής «αμελλητί», συνιστά υποχρέωση να δηλωθεί αμέσως η σχετική οψιγενής μεταβολή, χωρίς να αναμείνει ο υποψήφιος το επόμενο στάδιο ελέγχου του δικαιώματος συμμετοχής του στον διαγωνισμό για να την δηλώσει, άλλως απειλείται με κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής του, κατ' άρθρο 104 παρ. 3 του ν. 4412/2016. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ένωση, παρ' ότι, με τα ΕΕΕΣ των μελών της, είχε δηλώσει, κατά το στάδιο της υποβολής της προσφοράς της, ότι δεν υπερέβαινε το όριο του ανεκτέλεστου, κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, που υπέβαλε ως προσωρινή ανάδοχος, κατόπιν σχετικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα Αρχή, διαπιστώθηκε ότι το μέλος της προσφεύγουσας ένωσης, εργολήπτρια εταιρεία «...», που είναι εγγεγραμμένη στην 3η τάξη του ΜΕΕΠ, δεν πληρούσε την απαίτηση του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης περί μη υπέρβασης του ανώτατου ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, κατ' άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, και, συγκεκριμένα, υπερέβαινε αυτό, όπως η ίδια άλλωστε δήλωσε με την προσκομιζόμενη από 19-12-2023 υπεύθυνη δήλωσή της και τον συνοδευτικό αυτής πίνακα έργων, δηλώνοντας ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων ύψους €

12.708.716,07, ενώ το ανώτατο όριο για την 3^η τάξη ΜΕΕΠ ανέρχεται εκ του νόμου σε € 11.250.000,009, γεγονός, που συνομολογεί η προσφεύγουσα και με την προσφυγή της (σελ. 12 αυτής). Η δε προσφεύγουσα συνομολογεί περαιτέρω με την προσφυγή της (σελ. 12 αυτής) επί λέξει, ότι «*Στο χρονικό διάστημα που μεσολάβησε από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς μας, μέχρι και την ημερομηνία υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η ... ανέλαβε την εκτέλεση τεσσάρων ακόμα έργων.*». Σημειωτέον ότι το χρονικό διάστημα, στο οποίο αναφέρεται η προσφεύγουσα, είναι το διάστημα από τις 7- 10-2023, ότε και υπέβαλε τον αρχικό πίνακα ανεκτέλεστου με την προσφορά της μέχρι και τις 19-12-2023, ότε και, κατόπιν πρόσκλησης από την αναθέτουσα Αρχή, προσκόμισε τον μεταγενέστερο πίνακα των υπό εκτέλεση έργων του μέλους «...», με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Δηλαδή, η προσφεύγουσα σε διάστημα πλέον των δύο μηνών ουδέποτε ενημέρωσε, ως όφειλε, με οποιονδήποτε τρόπο την αναθέτουσα Αρχή, σχετικά με την οφινγενή μεταβολή της υπέρβασης του ανεκτέλεστου ορίου, που επήλθε στο μέλος της «...», παρά μόνον μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσής της. Τότε μόνον (ήτοι, κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης) η προσφεύγουσα ένωση προσκόμισε την από 19-12-2023 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του μέλους «...», με την οποία δήλωνε, ότι υπερέβη το ανώτατο όριο της τάξης της, αφού δήλωσε ποσό ανεκτέλεστων έργων ύψους € 12.708.716,07, γεγονός που επιβεβαιώθηκε με τον υποβαλλόμενο από 19-12-2023 πίνακα υπό εκτέλεση έργων της. Συνεπώς, κατά τ' ανωτέρω αναφερόμενα στην διακήρυξη και στον ν. 4412/2012, η αναθέτουσα Αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα, δεσμευόμενη από τον νόμο και την διακήρυξη, όφειλε να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης, να αποφασίσει την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της και να ματαιώσει τον επίμαχο διαγωνισμό, ως άγονο, ελλείψει άλλης παραδεκτής προσφοράς, κατ' άρθρα 91 παρ. 1 και 106 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016 και 4.2 περ. δ' της διακήρυξης. Η δε κατάπτωση της επίμαχης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ορθώς έλαβε χώρα, αφού η προσφεύγουσα ουδέποτε και ουδαμώς ενημέρωσε την αναθέτουσα Αρχή σχετικά με την επέλευση στο πρόσωπό της οφινγενούς μεταβολής, προκειμένου να διασώσει την εγγυητική επιστολή της, κατά τα ρητώς προβλεπόμενα στην διακήρυξη και στο άρθρο

Αριθμός Απόφασης: 607/2024

104 παρ. 2 και 3 του ν. 4412/2016. Βάσει των αναλυτικώς εκτεθέντων, όλοι οι λόγοι της προσφυγής τυγχάνουν απορριπτέοι, αφού νομίμως αποφασίσθηκε η κατάπτωση της επίμαχης εγγυητικής και η ματαίωση του εν θέματι διαγωνισμού.

6.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει ν' απορριφθεί.

7.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να διαταχθεί η κατάπτωση του παραβόλου που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Μαρτίου 2024 και εκδόθηκε στις 16 Απριλίου 2024 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ