

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 07^η Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 29.05.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 793/30.05.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...». όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η με αριθμό 113/2023 απόφαση κατακύρωσης της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. .../09.05.2023 πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών και οικονομικών προσφορών της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΕΠΙΣΚΕΥΑΣΤΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΚΑΙ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΑ ΧΩΡΟΥ ...», εκτιμώμενης αξίας 345.161,29€, πλέον Φ.Π.Α 24%, κωδικός CPV: ... «Επισκευή και συντήρηση ...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (... 2023-02-06 διακήρυξη, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η υποβληθείσα προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού χιλίων επτακοσίων είκοσι πέντε ευρώ και ογδόντα ενός λεπτού (1.725,81) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 29.05.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 793/30.05.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 113/2023 πράξη της αναθέτουσας αρχής, με θέμα 1^ο: *«Έγκριση του ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ Ι της Επιτροπής Διενέργειας του Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού κάτω των ορίων με Α/Α Συστήματος ... για το έργο με τίτλο «ΕΠΙΣΚΕΥΑΣΤΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΚΑΙ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΑ ΧΩΡΟΥ ...», εκτιμώμενης αξίας 345.161,29€ (πλέον ΦΠΑ 24%), αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 17.05.2023.*

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε τη με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (3^η σε σειρά μειοδοσίας), θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή

τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (βλ. ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 113/2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά των εταιρειών «...» (προσωρινός μειοδότης) και «...» (2^η σε σειρά μειοδοσίας), αφού δεν προαπέδειξαν, ως όφειλαν, το κριτήριο επιλογής της οικονομικής επάρκειας και πιο συγκεκριμένα, την μη υπέρβαση των ανώτατων επιτρεπτών ορίων του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργασιών (κοινός λόγος προσφυγής), η δε τελευταία εταιρεία συμπλήρωσε εσφαλμένα το Μέρος ΙΙ του Ε.Ε.Ε.Σ., αφού δήλωσε ότι είναι εγγεγραμμένη σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων, παρόλο που είναι εγγεγραμμένη στη 2^η τάξη Μ.Ε.ΕΠ και επομένως, δεν διαθέτει ενημερότητα πτυχίου.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (09.06.2023), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 30.05.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της σύμβασης (ποσοστό έκπτωσης 28,14%). Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. 16.06.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, στις 19.06.2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης που αφορούν στην προσφορά του οικονομικού φορέα «...» (προσωρινός μειοδότης), προκύπτουν τα εξής: Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η καθώς η προσφυγή, κατά παράβαση των

προβλεπόμενων στον όρο 23.1. της διακήρυξης, δήλωσε γενικώς και αορίστως στο Ε.Ε.Ε.Σ. της, ότι πληροί την απαίτηση περί μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων. Ωστόσο, η ως άνω δήλωση τυγχάνει μη σύννομη, αφού, ως ρητώς προβλέπεται στην ένδικη διακήρυξη, στο οικείο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ θα πρέπει να αναγράφεται το συγκεκριμένο ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου των εργολαβικών συμβάσεων και όχι απλώς να δηλώνεται ότι η επιχείρηση δεν υπερβαίνει το νόμιμο όριο (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 591/2022, 585/2022, ΕΑΔΗΣΥ 423/2023κλπ).

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται στις απόψεις της ότι ορθώς ζητήθηκαν διευκρινίσεις, δεδομένου ότι: *«... απόρριψη της προσφοράς είναι επιτρεπτή αν παραβιάζεται όρος που έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού και όχι όταν υπάρχουν ασάφειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα, οπότε καλείται ο υποψήφιος για διευκρινίσεις, οι οποίες δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς...»* (ΔΕφΑΘ 317/2018), ενώ *«...η υποβολή ελλιπώς συμπληρωμένου Τ.Ε.Υ.Δ. δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού, εφόσον προσκομίζεται το αντίστοιχο δικαιολογητικό που αίρει την ανωτέρω πλημμέλεια ...»* (ΕλΣυν 1351/2018)». Προς απόδειξη των σχετικών ισχυρισμών της, η αναθέτουσα αρχή παραπέμπει στην κατευθυντήρια οδηγία 23 της ΕΑ.Α.ΔΗ.ΣΥ, όπου αναφέρεται αυτολεξεί ότι: *«Στο εν λόγω πεδίο, ειδικά ως προς τις συμβάσεις έργων, οι ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ δηλώνουν τη μη υπέρβαση των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει»*.

Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι από το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. προκύπτει σαφώς, όχι μόνο ότι συμπλήρωσε το επίμαχο πεδίο, αλλά και ότι δήλωσε ευθαρσώς, υπό τη μορφή προαπόδειξης, πως το ανεκτέλεστο υπόλοιπο δεν είναι ανώτερο από το επιτρεπόμενο. Επίσης, η εν λόγω εταιρεία ισχυρίζεται ότι στο άρθρο 22.Γ της διακήρυξης απλώς ζητείται να μην υφίσταται υπέρβαση των ανώτατων ορίων ανεκτέλεστου και όχι να δηλώνεται αριθμητικά το ανεκτέλεστο ποσό και τούτο προεχόντως, διότι στο Ε.Ε.Ε.Σ/Τ.Ε.Υ.Δ, δεν έχει τεθεί ειδικό πεδίο που να απαιτεί τη συμπλήρωση συγκεκριμένου ποσού. Μάλιστα, η παρεμβαίνουσα αναφέρει χαρακτηριστικά

ότι: «... Κατ' επιταγή των θεμελιωδών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η αναθέτουσα αρχή, πολλώ δε μάλλον ο προσφεύγων, δεν δύναται να ερμηνεύσει διασταλτικά όρο και απαίτηση του ΕΕΕΣ και της διακήρυξης ή να του προσδώσει έννοια, η οποία σαφώς δεν προκύπτει από το λεκτικό του περιεχόμενο. Επιπροσθέτως, όρος της διακήρυξης και πεδίο προς συμπλήρωση του ΕΕΕΣ το οποίο επιδέχεται, ενδεχομένως, περισσότερες ερμηνείες, πρέπει να ερμηνεύεται πάντα υπέρ του παραδεκτού της προσφοράς του διαγωνιζομένου...». Τέλος, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι τόσο η διακήρυξη, όσο και ο νόμος που διέπει τον υπόψη διαγωνισμό, προβλέπουν ρητώς τη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ., σε περίπτωση διαπίστωσης ελλείψεων ή ανάγκης παροχής συμπληρωματικών πληροφοριών. Β) Στο άρθρο 22.Γ («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») της επίμαχης 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. 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». Επίσης, στο άρθρο 23.1. («Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής») της επίμαχης διακήρυξης προβλέπεται, μεταξύ άλλων, ότι: «...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».

Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη, βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς εάν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C-336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, σκέψη 33 και

της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C-309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgna Srl σκ. 22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΣΕ 147/22 σκ. 34). Επακολούθως, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ επί των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, τις οποίες, άλλωστε, μνημονεύει ρητά το ίδιο το άρθρο 42 του ν. 4782/2021. Επίσης, στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021 αναφέρεται ρητά ότι: *«η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί»*. Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ αναφέρεται ρητά ότι στους σκοπούς της οδηγίας συγκαταλέγεται η κατοχύρωση της ασφάλειας δικαίου και η ενσωμάτωση ορισμένων πτυχών της σχετικής πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ, η δε πάγια νομολογία του Δικαστηρίου (ακόμη και μετά τη θέση σε ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) επί του ζητήματος των διευκρινίσεων είναι ότι μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων, των οποίων η κοινοποίηση είχε τεθεί επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, υπό την προϋπόθεση ότι η οικεία απαίτηση είχε τεθεί με σαφήνεια. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από τη σκέψη 93 της απόφασης της 7ης Σεπτεμβρίου 2021, υπόθεση C-927/19, όπου αναφέρεται ρητά ότι: *«Όπως προκύπτει από πάγια νομολογία σχετικά με την ερμηνεία των διατάξεων της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114), η οποία στηρίζεται ιδίως στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και πρέπει να εφαρμόζεται κατ' αναλογία στο πλαίσιο του ως άνω άρθρου 56, παράγραφος 3 (ενν. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ που ενσωματώθηκε με το άρθρο 102 ν. 4412), η αίτηση διευκρίνισης που υποβάλλεται σε οικονομικό φορέα δυνάμει της διατάξεως αυτής δεν μπορεί, εντούτοις, να θεραπεύσει την παράλειψη προσκομίσεως εγγράφων ή*

παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει» (βλ., κατ' αναλογία, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκ. 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, σκ. 36 και 40, της 28ης Φεβρουαρίου 2018, MA.T.I. SUD και Duemme SGR, C-523/16 και C-536/16, σκ. 51 και 52, της 21ης Σεπτεμβρίου 2021, C-927/19 σκ. 93 και, μεταξύ άλλων, απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, απόφαση ΑΕΠΠ 1850_1851_1852/2021 σκ. 32, ΣτΕ 147/2022 σκ. 34κλπ). Τέλος, σημειώνεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, κατά τη συγγραφή των συμβατικών τευχών προμηθειών/γενικών υπηρεσιών, έχουν την ευχέρεια να θεσπίζουν τις διατάξεις που θεωρούν ότι θα πρέπει υποχρεωτικώς να πληρούνται, μη δυνάμενες επακολούθως, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, να θέσουν νομίμως εκποδών τις εν λόγω διατάξεις, αίροντας την αρχή της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Άλλωστε και η ίδια αιτιολογική έκθεση του άρθρου 42 του ν. 4782/2021 ουδόλως καταλύει την αρχή της τυπικότητας εν γένει, πολλώ δε μάλλον, της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης.

Γ) Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, στην ενότητα Β: «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» του Μέρους IV: «Κριτήρια επιλογής» του Ε.Ε.Ε.Σ. και πιο συγκεκριμένα, στο πεδίο: «Άλλες οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις», η καθής η προσφυγή δήλωσε μόνο ότι: «*Η εταιρεία πληροί τις απαιτήσεις για τα επιτρεπτά όρια ανεκτελέστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν.3669/2008.*», η αναθέτουσα αρχή ζήτησε τη συμπλήρωση της προσφοράς της, βάσει του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχα, άρθρ. 9 της διακήρυξης). Μετά την εκ μέρους της καθής η προσφυγή υποβολή υπεύθυνης δήλωσης, στην οποία αναφέρει αριθμητικά το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών της συμβάσεων, η προσφορά της έγινε δεκτή. Ωστόσο, η κλήση της εν λόγω εταιρείας προς συμπλήρωση της προσφοράς της δεν ήταν νόμιμη στην προκείμενη περίπτωση, αφού, όπως έχει κριθεί από την Αρχή «...δεν αρκεί η δήλωση περί μη υπέρβασης ανωτάτου σχετικού ορίου στο ΕΕΕΣ (ΑΕΠΠ 1394/2021), δοθέντος ότι ρητά ο ως άνω σαφής και ειδικός όρος απαίτησε την καταγραφή του συγκεκριμένου

ανεκτέλεστου υπολοίπου, μη αρκούσης της γενικής δήλωσης μη υπέρβασης, ακριβώς δεδομένης της σχετικής απαίτησης, ουσιώδους όρου της διακήρυξης» (βλ. υπ' αριθμ. 939/2022 απόφαση). Επίσης, εφόσον δεν προέκυπτε από το Ε.Ε.Ε.Σ. ότι η καθής η προσφυγή διέθετε ενημερότητα πτυχίου σε ισχύ ή άλλο στοιχείο περί του ότι είχε εξακριβωθεί, αρμοδίως, σε χρόνο προγενέστερο, το ύψος του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων (οπότε, ενδεχομένως, η παράλειψη αναφοράς του ύψους του θα μπορούσε να αποτελέσει αντικείμενο συμπλήρωσης ή αποσαφήνισης), η οικεία αναθέτουσα αρχή δεν μπορούσε να την καλέσει να υποβάλλει το πρώτον σχετική βεβαίωση για το ύψος του, κατ'επίκληση του άρθρου 102 του ν.4412/2016 και του άρθρου 9 της διακήρυξης (βλ. σχετικά υπ' αριθμ.591/2022 απόφαση του Διοικ. Εφετείου Θεσσαλονίκης). Εν όψει των ανωτέρω, αβασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων ότι η προσφορά του ήταν δεκτική διευκρίνισης και τούτο, διότι η αίτηση διευκρινίσεως που υποβάλλεται σε οικονομικό φορέα, δυνάμει της διατάξεως του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκομίσεως εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει, ενώ, όπως προαναφέρθηκε, από κανένα άλλο πεδίο του επίμαχου Ε.Ε.Ε.Σ, αλλά και από κανένα άλλο στοιχείο της εν λόγω προσφοράς, δεν προκύπτει το ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου που ρητά, με πλήρη σαφήνεια και αδιαμφισβήτητα ζητείτο από τη διακήρυξη να δηλωθεί κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και μάλιστα σε συγκεκριμένο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ (βλ. άρθρ. 23.1.της διακήρυξης). Επομένως η καθής η προσφυγή δεν προέβη (προκαταρκτικά) σε απόδειξη της πλήρωσης του όρου που αφορά στην μη υπέρβαση του νόμιμου ορίου ανεκτέλεστου μέρους εργολαβικών συμβάσεων, με αποτέλεσμα να συντρέχει, αυτοτελής, ήτοι μη συνδεδόμενος με την εν τοις πράγμασι υπέρβαση του ως άνω ορίου, λόγος απόρριψης της προσφοράς της (ΔΕΦ Θεσσαλονίκης ad hoc Ν31/2020 σκ. 11), απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής, που ουσιαστικά καταργούν την υποχρέωση προαπόδειξης. Εξάλλου, ως προσφάτως κρίθηκε από το Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο της χώρας, τυχόν κλήση σε παροχή διευκρινίσεων «θα συνιστούσε παροχή δυνατότητας να προσκομισθεί

ουσιώδες στοιχείο, απαιτούμενο επί ποινή αποκλεισμού, και όχι απλώς κλήση προς διευκρίνιση επουσιώδους ασάφειας ή προς διόρθωση τυπικού σφάλματος ή επουσιώδους πλημμέλειας» (ΣΤΕ 147/2022 σκέψη 34). Για τους ανωτέρω λόγους, απορριπτέοι ως απαράδεκτοι κρίνονται και οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τους οποίους: «...Το «ποσό» του ανεκτέλεστου, που «ελλείπει», κατά την προσφεύγουσα, είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμο και προϋπάρχον στοιχείο, καθώς προκύπτει από υπάρχουσες βεβαιώσεις ανεκτέλεστου ...». Καταληκτικά, ο μοναδικός λόγος της υπό κρίση προσφυγής που αφορά στην προσφορά του προσωρινού μειοδότη, θα πρέπει να γίνει δεκτός.

9. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης που αφορούν στην προσφορά του οικονομικού φορέα «...» (2^{ος} σε σειρά μειοδοσίας), προκύπτουν τα εξής:

- 1^{ος} λόγος προσφυγής: παράλειψη δήλωσης του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργασιών στο Ε.Ε.Ε.Σ ή σε συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση – μη νόμιμη συμπλήρωση της προσφοράς. Επειδή, η προσφεύγουσα επαναλαμβάνει σε σχέση με την προσφορά της ως άνω εταιρείας όσα υποστήριξε σε σχέση με την προσφορά του 1^{ου} σε σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα («...»), ότι δηλαδή και η εταιρεία «...» δεν δήλωσε στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ της, αλλά ούτε και σε τυχόν συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, το συγκεκριμένο ποσό του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργασιών, ώστε να προαποδείξει την σχετική απαίτηση του όρου 22.Γ. της διακήρυξης, ισχύουν *mutatis mutandis* όσα προαναφέρθηκαν στη σκέψη 8 της παρούσας απόφασης. Πιο συγκεκριμένα, από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς, προκύπτει ότι στο πεδίο: «Άλλες οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» της ενότητας Β του Μέρους IV: «Κριτήρια επιλογής», ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας δήλωσε ότι: «*το ανεκτέλεστο μέρος των εργολαβικών συμβάσεων που έχω αναλάβει δεν υπερβαίνει το όριο που αντιστοιχεί στην τάξη του πτυχίου μου σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία*». Ωστόσο, επειδή ως έχει κριθεί από την Αρχή «...δεν αρκεί η δήλωση περί μη υπέρβασης ανωτάτου σχετικού ορίου στο ΕΕΕΣ (ΑΕΠΠ 1394/2021), δοθέντος ότι ρητά ο ως άνω σαφής και ειδικός όρος απαίτησε την καταγραφή του συγκεκριμένου ανεκτέλεστου υπολοίπου, μη αρκούσης της γενικής δήλωσης μη υπέρβασης, ακριβώς δεδομένης της

σχετικής απαίτησης, ουσιώδους όρου της διακήρυξης», μη νομίμως και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, κλήθηκε η εν λόγω εταιρεία από την αναθέτουσα αρχή όπως συμπληρώσει την προσφορά της, δυνάμει του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, ήτοι, όπως υποβάλλει υπεύθυνη δήλωση στην οποία θα αναφέρει αριθμητικά το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών της συμβάσεων. Επομένως, ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής που αφορά στην προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα θα πρέπει να γίνει δεκτός.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: εσφαλμένη συμπλήρωση του Μέρους II του Ε.Ε.Ε.Σ. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στην ενότητα Α: «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του Μέρους II του Ε.Ε.Ε.Σ και δη, στο ερώτημα: *«Κατά περίπτωση, ο οικονομικός «φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού συστήματος (προ)επιλογής;]»,* η καθής η προσφυγή – η οποία, σημειωτέον, είναι εγγεγραμμένη στην 2η τάξη Μ.Ε.ΕΠ και ως εκ τούτου, δεν διαθέτει ενημερότητα πτυχίου — έδωσε εσφαλμένα καταφατική απάντηση («ΝΑΙ»), με αποτέλεσμα να μην εμφανιστεί στο έντυπο και κατά συνέπεια, να μην συμπληρωθεί από την εν λόγω εταιρεία, το επόμενο ερώτημα: *«Ο οικονομικός φορέας είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να την πάρει απευθείας, μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος διατίθεται αυτή δωρεάν;»*. Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η επίμαχη πλημμέλεια άγει υποχρεωτικώς στην απόρριψη της προσφοράς, αφού δεν επιδέχεται διευκρινίσεως, κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι τυχόν παροχή δυνατότητας χορήγησης σχετικών διευκρινίσεων θα είχε, στην προκείμενη περίπτωση, ως συνέπεια την υποβολή νέου εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ, το οποίο θα περιείχε τις παραληφθείσες δηλώσεις, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων, στις απόψεις της ότι: *«... με δεδομένο ότι η εν λόγω πλημμέλεια κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ δεν άγει υποχρεωτικώς σε απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα, είναι δεκτική διευκρινίσεως κατ' άρθρο*

102 του Ν. 4412/2016, πολλώ δε μάλλον μετά την τροποποίηση της ως άνω διάταξης από το Ν. 4782/2021...». Β) Στο συμπροσβαλλόμενο πρακτικό αναφέρεται σχετικά ότι: «Στο κατατεθειμένο ΕΕΕΣ του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...» (2ος μειοδότης): ... Στο (Μέρος ΙΙ: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα) και στο ερώτημα αν «Ο Ο.Φ. είναι εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής ... απάντησε λανθασμένα «ΝΑΙ». Σύμφωνα με την «Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΔΗΣΥ», με θέμα: «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)», απάντηση «ΝΑΙ» δίνουν οι Ο.Φ. που διαθέτουν βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, σε συνδυασμό με ενημερότητα πτυχίου. Ο συνδυασμός αυτός συνιστά τον μοναδικό, επί της παρούσης, εθνικό επίσημο κατάλογο που πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 83 του Ν. 4412/2016...». Κατόπιν διαπίστωσης των ανωτέρω, η οικεία αναθέτουσα αρχή ζήτησε διευκρινίσεις από την καθής η προσφυγή, σύμφωνα με το άρθρ. 102 του Ν. 4412/2016, η οποία υπέβαλε στις 24.03.2023 (μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ), ψηφιακά υπογεγραμμένη υπεύθυνη δήλωσή της, στην οποία δηλώθηκε ότι: «Ο οικονομικός φορέας είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν και ότι η σχετική τεκμηρίωση δεν διατίθεται ηλεκτρονικά». Κατόπιν της χορήγησης των ανωτέρω διευκρινίσεων, η επίμαχη προσφορά έγινε αποδεκτή.

Β) Θα πρέπει καταρχάς να σημειωθεί ότι, σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό και με το Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α του ως άνω νόμου, τα επαγγελματικά μητρώα εργοληπτών δεν συνιστούν «επίσημους καταλόγους εγκεκριμένων οικονομικών φορέων», κατά την έννοια του άρθρου 83 του ίδιου νόμου έως την ψήφιση του ΜΗ.Τ.Ε. (Μητρώο συντελεστών παραγωγής δημοσίων και ιδιωτικών έργων, μελετών, τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών), αλλά μόνο «επαγγελματικά και εμπορικά μητρώα». Ωστόσο, ειδικά το Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων μαζί με την ενημερότητα πτυχίου που προβλέπεται στην παρ. 5 του άρθρου 20 του Ν. 3669/2008, συνιστά επίσημο κατάλογο. Περαιτέρω,

στην κατευθυντήρια οδηγία με αρθρ. 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ αναφέρεται (βλ. σελ. 11) ότι: «Στο ως άνω πεδίο (εννοείται στο Μέρος II, Ενότητα Α Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, περί εγγραφής σε επίσημο κατάλογο/Μητρώο) ως προς τις συμβάσεις έργων, οι ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις, οι οποίες διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, συμπληρώνουν την ένδειξη «ΝΑΙ», καθώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των παρ. 4 και 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008, οι οποίες εξακολουθούν να ισχύουν, η βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, σε συνδυασμό με την ενημερότητα πτυχίου, συνιστά τον μοναδικό, επί της παρούσης, εθνικό “επίσημο κατάλογο”».

Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, εσφαλμένα δόθηκε θετική απάντηση στο επίμαχο πεδίο του Μέρους II του Ε.Ε.Ε.Σ, δοθέντος ότι αφενός μεν, η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ χωρίς ενημερότητα πτυχίου δεν θεωρείται «επίσημος κατάλογος εγκεκριμένων οικονομικών φορέων», αφετέρου δε, σύμφωνα με την ΥΑ Δ15/οικ/15658/2013 (ΦΕΚ Β΄ 2300), η ενημερότητα πτυχίου δεν χορηγείται σε εργοληπτικές επιχειρήσεις κατώτερες της 3ης τάξης, όπως είναι η καθής η προσφυγή. Η ορθή συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ από οικονομικό φορέα που διαθέτει μόνο εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ και αδυνατεί λόγω τάξης του πτυχίου, να προσκομίσει επί πλέον ενημερότητα πτυχίου - όπως, εν προκειμένω, η καθής η προσφυγή - είναι στο Μέρος IV και ειδικότερα στην Ενότητα Α, όπου θα πρέπει στην ερώτηση 1), να συμπληρώσει το σχετικό επαγγελματικό μητρώο στο οποίο ανήκει, όπερ και έπραξε. Ωστόσο, επειδή η εγγραφή σε επίσημο κατάλογο δεν έχει τεθεί στη διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού, παρά μόνο η απαίτηση καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας — κριτήριο το οποίο πληροί η εν λόγω εταιρεία και δεν αμφισβητεί η προσφεύγουσα — δεν τίθεται ζήτημα απόρριψης της προσφοράς της (βλ. και υπ’ αριθμ. 1001/2018 και 406/2022 αποφάσεις της Αρχής, σκέψεις 41 και 46-47, αντίστοιχα). Εξάλλου, στην προκείμενη περίπτωση, η καθής η προσφυγή υπέβαλε συμπληρωματικώς υπεύθυνη δήλωση, από την οποία προκύπτει η δέσμευσή της να προσκομίσει βεβαίωση περί μη ύπαρξης ασφαλιστικών ή/και φορολογικών οφειλών, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Περαιτέρω, όπως έχει κρίνει το ΔΕΕ «η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν

υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας. Υπό τις περιστάσεις αυτές, οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της αναλογικότητας δεν αντίκεινται στην παροχή, από την αναθέτουσα αρχή στον οικονομικό φορέα, της δυνατότητας θεραπείας της παραλείψεώς του και εκπληρώσεως της επίμαχης υποχρεώσεως εντός προθεσμίας οριζόμενης από την αναθέτουσα αρχή» (βλ. απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, PippoPizzo C-27/15, σκέψη 51)». Καταληκτικά και δοθέντος ότι από το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ προκύπτει προαποδεικτικώς ότι η καθής η προσφυγή πληροί τα κριτήρια επιλογής της εν θέματι διακήρυξης, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής που αφορά στην προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα, θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

11. Επειδή, η ασκηθείσα παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την με αριθμό 113/2023 απόφαση κατακύρωσης της οικονομικής επιτροπής του ..., με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. .../09.05.2023 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού, κατά το μέρος που αποδέχθηκε την προσφορά των οικονομικών φορέων «...» και «...», σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού χιλίων επτακοσίων είκοσι πέντε ευρώ και ογδόντα ενός λεπτού (1.725,81).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 07 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 27 Ιουλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1139/2023

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ