

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 21 Οκτωβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρήστος Σώκος και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.09.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1257/12.09.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «... ..» (εφεξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη, επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά της /, όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής: «η αναθέτουσα αρχή»),

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. .../2022 απόφαση της Διεύθυνσης Δασών Νομού ..., με την οποία εγκρίθηκε το από 25.08.2022 2ο Πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας του Διαγωνισμού για την ανάθεση του έργου «Παρόδιοι καθαρισμοί-κλαδεύσεις δασικών δρόμων δημοσίων δασών περιοχής ευθύνης Δασαρχείου ...», δυνάμει του οποίου εγκρίθηκε η κατακύρωση του διαγωνισμού στον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «... ..».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του

Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.100,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 220.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. .../5-5-2022 Διακήρυξη της Αποκεντρωμένης Διοίκησης ... / Δασαρχείο ... προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την εκτέλεση του έργου «Παρόδοιοι καθαρισμοί-κλαδεύσεις δασικών δρόμων δημοσίων δασών περιοχής ευθύνης Δασαρχείου ...» με εκτιμώμενη αξία 220.000,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 09.05.2022, με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το Δασαρχείο ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 345 παρ. 1 και αρ. 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 12.09.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την 01.09.2022, β)

ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, στις 13.09.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 1798/2022 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 19.09.2022 προς την ΕΑΔΗΣΥ και προς όλους τους συμμετέχοντες δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις με αριθμ. Πρωτοκ. 310726/19.09.2022 απόψεις της, προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, με τις οποίες για τους λόγους που αναλυτικά παραθέτει σε αυτές επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 23.09.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» το με όμοια ημερομηνία Υπόμνημά της για την αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

9. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ*

κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

10. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στη μη ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση (ΔΕΕ, απόφαση της 14.02.2019, C-54/18 - Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo, σκ. 35-37.

11. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους

δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

12. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, καταρχήν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest, υποθ. C-6/15, σκέψεις

22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω, ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33).

13. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου «... ..» και συγκεκριμένα ισχυρίζεται τα εξής:

«Σύμφωνα με το άρθρο 23.5 Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού ανάδοχου, συνοδευόμενη 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». Και στο άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτήριων ποιοτικής επιλογής ορίζεται 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»

Ενώ και κατά το άρθρο 79 Α του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι:

«1. Κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)

του άρθρου 79, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παρ. 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν.

1. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

2. [Καταργήθηκε]

3. Το ΕΕΕΣ φέρει υπογραφή με ημερομηνία εντός του χρονικού διαστήματος κατά το οποίο μπορούν να υποβάλλονται προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής. Αν στο διάστημα που μεσολαβεί μεταξύ της ημερομηνίας υπογραφής του ΕΕΕΣ και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής έχουν επέλθει μεταβολές στα δηλωθέντα στοιχεία, εκ μέρους του, στο ΕΕΕΣ, ο οικονομικός φορέας αποσύρει την προσφορά του, χωρίς να απαιτείται απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Στη συνέχεια μπορεί να την υποβάλει εκ νέου με επίκαιρο ΕΕΕΣ.»

Από τον συνδυασμό των ως άνω διατάξεων συνάγεται ότι ο διαγωνιζόμενος οφείλει να δηλώσει ορθώς και αληθώς το ανεκτέλεστο μέρος των έργων που εκτελεί. Πλην όμως από τον έλεγχο των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου αποδεικνύεται ότι κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ και της σχετικής υπεύθυνης δήλωσης περί του ανεκτέλεστου μέρους των έργων που εκτελεί δεν δήλωσε το ανεκτέλεστο μέρος της σύμβασης «Αναδάσωση επιφάνειας έκτασης 7.552,95 τ.μ στη θέση ... Περιφερειακής Ενότητας ...», που υπέγραψε με την ... του ... - ... την 24-11-2021 με διάρκεια σύμβασης 36 μήνες. Την παραπάνω σύμβαση προσάγουμε και επικαλούμαστε προς απόδειξη του σχετικού ισχυρισμού μας. Συνεπώς τόσο το κατατιθέμενο ΕΕΕΣ

όσο και η από 19-7-2022 σχετική υπεύθυνη δήλωση του προσωρινού αναδόχου είναι αναληθείς κατά το μέρος που αποκρύπτεται το ανεκτέλεστο μέρος της παραπάνω σύμβασης η οποία δεν αναφέρεται πουθενά.

Επιπλέον δεν προσκομίστηκε για το παραπάνω έργο ασφαλιστική ενημερότητα κατά παράβαση των διατάξεων 22 Α.2 αλλά και των άρθρων 73 κ.ε του ν. 4412/2016 καθιστώντας μη δυνατό τον έλεγχο των ως άνω προϋποθέσεων για το εν λόγω έργο στο πρόσωπο του συγκεκριμένου διαγωνιζόμενου».

14. Επειδή, μετά τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και την εξέταση του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης καθώς και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του ανωτέρω πρώτου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Σύμφωνα με τον όρο 22 Γ' της επίμαχης Διακήρυξης «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζονται τα εξής: «Για τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια σύμφωνα με το άρθρο 100 του Ν. 3669/2008 όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει σήμερα, και το άρθρο 51 Π.Δ.71/2019, για την παρούσα διακήρυξη δεν απαιτείται ελάχιστο όριο. Οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ., 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 υπόλοιπου 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».

Περαιτέρω, το αρ. 20 του Ν. 3669/2008 «Προαπαιτούμενα συμμετοχής σε διαγωνισμό» ορίζει ότι : 1. Τα προαπαιτούμενα συμμετοχής σε ένα διαγωνισμό είναι τα προβλεπόμενα στα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων δημοσίων έργων τα οποία εγκρίθηκαν με την υπ. αριθμ. Δ17α/02/115/Φ.Ν 443/3.8.2007 (ΦΕΚ1586 Β') απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων, κατ' εφαρμογή της εξουσιοδοτικής διάταξης της παραγράφου 2 του άρθρου 15 του παρόντος. 2. Για τη συμμετοχή εργοληπτικής επιχείρησης οποιασδήποτε τάξης του Μ.Ε.ΕΠ. σε δημοπρασία δημοσίου έργου, το οποίο δεν εμπίπτει στο Πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, απαιτείται η προσκόμιση αποκλειστικά και μόνο του πρωτοτύπου της βεβαίωσης εγγραφής της στο Μ.Ε.ΕΠ.. 3. Κατά την κατάθεση της προσφοράς κάθε προσφέρουσα εργοληπτική επιχείρηση υποχρεούται να υποβάλει βεβαιώσεις των υπηρεσιών για την εξόφληση των ασφαλιστικών εισφορών και τη φορολογική ενημερότητα για τα δημόσια έργα που εκτελεί μόνη της ή σε κοινοπραξία. 4. Κάθε εργοληπτική επιχείρηση Μ.Ε.ΕΠ. προκειμένου να αναλάβει την εκτέλεση μέρους ή του συνόλου δημοσίου έργου, ως ανάδοχος ή ως μέλος αναδόχου κοινοπραξίας ή ως μέλος κατασκευαστικής κοινοπραξίας ή ως αναγνωρισμένος υπεργολάβος, σύμφωνα με το άρθρο 68 του παρόντος, πρέπει να μην έχει μέσα σε ολόκληρη τη χώρα, πριν από τη συμμετοχή της σε διαγωνισμό, ανεκτέλεστο μέρος εργολαβιών δημοσίων έργων του δημόσιου τομέα, ανώτερο από τα πιο κάτω όρια: Για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις μέχρι και την έκτη τάξη, από το τριπλάσιο του ανώτατου ορίου της τάξης τους, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις της έβδομης τάξης, από το τετραπλάσιο του μεγέθους "κύκλος εργασιών", όπως αυτό ορίζεται στην περίπτωση δ' της παραγράφου 2 του άρθρου 99 του παρόντος και χρησιμοποιείται σαν παρονομαστής του κλάσματος α1 του Τμήματος Α του Τύπου Κατάταξης ή από το τετραπλάσιο του μέσου όρου του μεγέθους "κύκλος εργασιών", όπως αυτό ορίζεται στην περίπτωση α' της παραγράφου 2 του άρθρου 99 του παρόντος, εφόσον αυτό είναι μεγαλύτερο. Για την εξεύρεση του μέσου όρου ο κύκλος εργασιών, όπως ορίζεται ανωτέρω, διαιρείται δια του τρία (3). Κάθε χρόνο οι εταιρείες υποβάλλουν στην υπηρεσία Μ.Ε.ΕΠ. τα στοιχεία του κύκλου εργασιών του τελευταίου χρόνου, προκειμένου να επικαιροποιείται ο κύκλος

εργασιών της τελευταίας κάθε φορά τριετίας και να προκύπτει ο μέσος όρος αυτής σύμφωνα με τα ανωτέρω, ώστε να διαμορφώνεται κάθε χρόνο και το όριο ανεκτέλεστου. Για τον υπολογισμό, σύμφωνα με τα παραπάνω των ανεκτέλεστων υπολοίπων εργασιών εργοληπτικών επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. σε περισσότερες κατηγορίες έργων διαφορετικών τάξεων λαμβάνεται υπόψη η μεγαλύτερη τάξη εγγραφής. Το όριο του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργασιών κάθε έργου διαπιστώνεται με προσκόμιση βεβαίωσης του Μ.Ε.ΕΠ. ή της αρμόδιας υπηρεσίας που εκτελεί το αντίστοιχο έργο και εκδίδεται μέσα στο προηγούμενο εξάμηνο πριν από την ημερομηνία δημοπράτησης του έργου. Ως έργα του ευρύτερου δημόσιου τομέα για την εφαρμογή του ανωτέρω εδαφίου νοούνται τα έργα που ανατίθενται από τους φορείς που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 14 του ν. 2190/1994 (ΦΕΚ 28 Α'), ανεξαρτήτως αν οι φορείς αυτοί εξαιρέθηκαν του πεδίου εφαρμογής της διάταξης αυτής. Στο όριο ανεκτέλεστου υπολοίπου εργασιών δεν υπολογίζονται τα έργα που κατασκευάζονται με μερική ή και ολική αυτοχρηματοδότηση. Με απόφαση του Υπουργού Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων μπορούν να αναπροσαρμόζονται, κατά τις τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ., τα όρια του ανεκτέλεστου μέρους συμβάσεων δημοσίων έργων που εκτελούνται στην ημεδαπή και τα οποία δεν πρέπει να υπερβαίνουν οι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. εργοληπτικές επιχειρήσεις, προκειμένου να αναλάβουν την εκτέλεση του συνόλου ή μέρους δημόσιου έργου, ως ανάδοχοι ή μέλη αναδόχου κοινοπραξίας ή μέλη κατασκευαστικής κοινοπραξίας ή αναγνωρισμένοι υπεργολάβοι. Για την αναπροσαρμογή των ορίων, ο Υπουργός Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων Έργων λαμβάνει υπόψη ιδίως την ανάγκη δίκαιου καταμερισμού των έργων μεταξύ των τάξεων του Μ.Ε.ΕΠ. και το μέγεθος των επιχειρήσεων της κάθε τάξης. Με την ίδια απόφαση καθορίζεται ο τρόπος απόδειξης της μη υπέρβασης του ως άνω ορίου, καθώς και οι φορείς, τα έργα των οποίων υπολογίζονται στο ανεκτέλεστο μέρος».

Επίσης, το αρ. 23 της Διακήρυξης «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» ορίζει ότι «Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης, 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 καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. (...) Ο οικονομικός φορέας φέρει την υποχρέωση, να δηλώσει, μέσω του ΕΕΕΣ, με ακρίβεια στην αναθέτουσα αρχή, ως έχουσα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού, την κατάστασή του σε σχέση με τους λόγους που προβλέπονται στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 22.Α της παρούσης και ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. (...) 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». 23.5 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 υπεργολάβος) 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 υπεργολάβος) 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».

Τέλος, στον όρο 22.Α.4. της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφορών σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος εκ προθέσεως σοβαρών απατηλών δηλώσεων, κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, καθώς και του άρθρου 23 της παρούσας».

Στην προκειμένη περίπτωση ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «... ..» κατέθεσε ΕΕΕΣ (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «espd-response-v2 (15)_signed.pdf»), στου οποίου το Μέρος IV – Β' δηλώνει ότι «*Η εταιρεία μας δεν υπερβαίνει τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει*», χωρίς ωστόσο να προβαίνει σε δήλωση του ύψους του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων, έστω και συνολικά, αν όχι και με αναλυτική καταγραφή εκάστου έργου, όπως απαιτεί ο όρος 23 της Διακήρυξης. Εν συνεχεία, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης ο ανωτέρω οικονομικός φορέας κατέθεσε σύμφωνα με τον όρο 23.5 της Διακήρυξης Υπεύθυνη Δήλωση (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΔΗΛΩΣΗ 4_signed.pdf»), στην οποία δηλώνει ότι «*Τα έργα που εκτελώ αυτήν την στιγμή είναι αυτά που αναφέρονται στον πίνακα των ανεκτέλεστων έργων που σας προσκομίζω όπως αυτός ισχύει στις 19/07/2022*» καθώς και το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΠΙΝΑΚΑΣ ΑΝΕΚΤΕΛΕΣΤΟΥ ..._signed.pdf», στο οποίο δηλώνει τα εξής υπό εκτέλεση έργα «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ & ΠΡΟΒΟΛΗ ΑΝΑΡΡΙΧΗΤΙΚΟΥ ΠΕΔΙΟΥ ... ΥΠΟΕΡΓΟ 1 ΣΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ ΚΑΙ ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΩΝ ΑΝΑΡΡΙΧΗΤΙΚΩΝ ΜΟΝΟΠΑΤΙΩΝ», «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ & ΠΡΟΒΟΛΗ ΑΝΑΡΡΙΧΗΤΙΚΟΥ ΠΕΔΙΟΥ ... ΥΠΟΕΡΓΟ ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΕΚΣΥΓΧΡΟΝΙΣΜΟΣ ΑΝΑΡΡΙΧΗΤΙΚΟΥ ΠΕΔΙΟΥ» και «ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΠΕΖΟΠΟΡΙΚΩΝ ΔΙΑΡΟΜΩΝ ΔΗΜΟΥ ... ΥΠΟΕΡΓΟ 1». Πλην όμως, κατά τον ισχυρισμό της

προσφεύγουσας, ο οποίος δεν αμφισβητήθηκε από τον προσωρινό ανάδοχο ούτε και από την αναθέτουσα αρχή, ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «... ...» κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (19.07.2022 και έπειτα κατόπιν παρατάσεως 18.08.2022) όσο και κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς του (16.06.2022) εκτελούσε και το έργο «Αναδάσωση επιφάνειας έκτασης 7.552,95 τ.μ. στην θέση ... Περιφερειακής Ενότητας ...» με αναθέτουσα αρχή την του Δήμου ... – ... και ημερομηνία έναρξης της σύμβασης 24.11.2021 διάρκειας 36 μηνών (ΑΔΑΜ ... 2021- 11-25), το οποίο όμως δεν δήλωσε ούτε στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του, ούτε περιέλαβε στον Πίνακα των υπό εκτέλεση έργων που προσκόμισε συνοδεύοντας την με όμοιο περιεχόμενο υπεύθυνη δήλωσή του. Κατά τα ανωτέρω, η προσφορά του οικονομικού φορέα «... ...» παρίσταται πλημμελής, στο μέτρο που κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης απέκρυψε πληροφορίες από την αναθέτουσα αρχή κατά την έννοια του όρου 2.2 Α4 της Διακήρυξης, οι οποίες άπτονται της πλήρωσης των Κριτηρίων Επιλογής (εν προκειμένω οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) και συγκεκριμένα δεν δήλωσε σύμβαση που τελεί υπό εκτέλεση, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο αυτής, το οποίο ως και ανωτέρω εκτέθηκε, δεν αμφισβητείται. Κατόπιν της ανωτέρω ανακριβούς δήλωσης του εν λόγω οικονομικού φορέα κατά παράβαση του όρου 23 της Διακήρυξης (πέραν της αυτοτελούς παράβασης που αυτή αποτελεί, δοθέντος ότι το επίμαχο υπό εκτέλεση έργο δεν είχε δηλωθεί ούτε στο ΕΕΕΣ αυτού, στο οποίο ο φορέας είχε αρκестεί μόνο σε δική του αναπόδεικτη δήλωση περί μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου υπολοίπου) δεν είχε τη δυνατότητα η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει με ακρίβεια την υπέρβαση ή μη του ανώτατου επιτρεπτού ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων κατά τα ρητώς απαιτούμενα στη Διακήρυξη. Θα πρέπει τέλος να γίνει δεκτό ότι στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού δεν χωρεί κλήση του προσωρινού αναδόχου σε συμπλήρωση της προσφοράς του κατά το αρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, καθώς και στη δυνητική περίπτωση κατά την οποία τα ήδη υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης συμπληρώνονταν με τη συμπερίληψη της μη υποβληθείσας υπό εκτέλεση σύμβασης του Προσωρινού Αναδόχου με το Δήμο ... – ..., τα αποδεικτικά έγγραφα θα βρίσκονταν σε ασυμφωνία με τα

δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα «... ..», τα οποία δεν δύναται να συμπληρωθούν στον παρόντα χρόνο, αφενός λόγω του διακριτού των δύο σταδίων του εν λόγω διαγωνισμού και αφετέρου γιατί τυχόν συμπλήρωση των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ κατά τα ως άνω θα ισοδυναμούσε με τροποποίηση της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου (βλ. και ΣτΕ 725/2022). Η δε μη προσκόμιση ασφαλιστικής ενημερότητας για το επίμαχο υπό εκτέλεση έργο αποτελεί παρακολουθηματική προς την ανωτέρω πλημμέλεια της προσφοράς του οικονομικού φορέα «... ..». Συνεπεία των ανωτέρω ο πρώτος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

15. Επειδή, με τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου «... ..» και συγκεκριμένα ισχυρίζεται τα εξής: «Κατά το ως άνω άρθρο της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «2 2. Α.4. 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 ακεραιότητα του...», ενώ και το άρθρο 23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α παρ ε' ορίζει ότι «(ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22 υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικά για την περίπτωση θ της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22 για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ υποβάλλονται πιστοποιητικά χορηγούμενα από τα αρμόδια επιμελητήρια και φορείς, δεν έχουν διαπράξει σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα». Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 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 παρούσης κρίνονται: α) κατά την υποβολή της προσφοράς....». Συνεπώς ο κάθε διαγωνιζόμενος θα πρέπει να πληροί τους όρους και τις προϋποθέσεις των άρθρων 21 και 22 της Διακήρυξης σε όλα τα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Από τον έλεγχο όμως των

δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου προκύπτει ότι κατέθεσε το υπ' αριθμ. Β1210/19-7-2022 πιστοποιητικό πειθαρχικού ελέγχου μέλους του Γεωτεχνικού Επιμελητηρίου Ελλάδος, από το οποίο προκύπτει ότι πληρούσε τις απαιτήσεις της Διακήρυξης κατ' άρθρο 22 Λ.4 παρ. θ μόνο κατά τον χρόνο της κατακύρωσης και όχι κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς ήτοι την 17-6-2022».

16. Επειδή, μετά τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και την εξέταση του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης καθώς και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του ανωτέρω δεύτερου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Στο άρθρο 104 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το αρ. 44 του Ν. 4782/202, «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής - Οψιγενείς μεταβολές» 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. 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». Περαιτέρω, στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4782/2022 σχετικά με το αρ. 44 αναφέρονται τα εξής: «Με το άρθρο 44 τροποποιείται το άρθρο 104 του ν. 4412/2016 ως προς τις μεταβολές που επέρχονται στο πρόσωπο του προσφέροντος οικονομικού φορέα μετά την υποβολή της προσφοράς του και μέχρι την ανάθεση της σύμβασης. Ειδικότερα προβλέπεται, καταρχάς, ότι οι 373 387 προϋποθέσεις και οι απαιτήσεις συμμετοχής κρίνονται κατά την

υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, μόνο με την υποβολή του ΕΕΕΣ, ήτοι χωρίς να απαιτείται πλέον η υποβολή άλλων αποδεικτικών μέσων για το χρονικό εκείνο σημείο, ενώ, σε περίπτωση που ο υποψήφιος ανάδοχος δηλώσει αμελλητί στην αναθέτουσα αρχή μεταγενέστερες μεταβολές στο πρόσωπό του, δεν καταπίπτει η εγγύηση συμμετοχής σε βάρος του. Με τις προτεινόμενες διατάξεις μειώνεται το διοικητικό βάρος για τους οικονομικούς φορείς κατά τη φάση υποβολής των προσφορών και αποφεύγεται η επιβολή κυρώσεων σε συνεπείς οικονομικούς φορείς που εγκαίρως ενημερώνουν την αναθέτουσα αρχή για μεταβολές που έχουν επέλθει στο πρόσωπό τους».

Επιπλέον, στον όρο 23.2. της επίμαχης Διακήρυξης «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) 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». Στην προκειμένη περίπτωση προς απόδειξη της

μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του όρου 2.2. Α.4. περ. θ της Διακήρυξης κατά τον οποίο ο οικονομικός φορέας αποκλείεται από τη συμμετοχή στην διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει σε αμφιβολία την ακεραιότητα του, κατέθεσε προσηκόντως κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (19.07.2022 και έπειτα κατόπιν παρατάσεως 18.08.2022) σύμφωνα με τον όρο 23.3 της Διακήρυξης το με ημερομηνία 19.07.2022 Πιστοποιητικό Πειθαρχικού Ελέγχου του Γεωτεχνικού Επιμελητηρίου Ελλάδος (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «Πειθαρχικό Γεωτεε.pdf»), ενώ δεν είχε την υποχρέωση να προσκομίσει αυτά με ημερομηνία έκδοσης καλύπτουσα και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, έχοντας προαποδείξει την μη συνδρομή των επίμαχων λόγων αποκλεισμού κατά το χρόνο αυτό δια της υποβολής του ΕΕΕΣ (βλ. Μέρος III

Γ' αυτού, δια της αρνητικής απάντησης στο ερώτημα «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;»), σύμφωνα με το αρ. 104 του Ν. 4412/2016 και τον όρο 23.2 της Διακήρυξης. Συνεπεία των ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

17. Επειδή, με τον τρίτο προβαλλόμενο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου «... ..» και συγκεκριμένα ισχυρίζεται τα εξής: *«Κατά το ίδιο ως άνω άρθρο της Διακήρυξης 23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α παρ. β ορίζεται ότι : «Για τους προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι ή εκτελούν έργα στην Ελλάδα τα σχετικά δικαιολογητικά που υποβάλλονται είναι: πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας που εκδίδεται από την Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Εσόδων (ΑΑΔΕ)» Από τον έλεγχο όμως των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου προκύπτει ότι η υπ' αριθμ. 74381467 φορολογική ενημερότητα που κατέθεσε αφορούσε είσπραξη χρημάτων από φορείς του Δημοσίου και όχι την συμμετοχή του σε διαγωνισμό, όπως απαιτούσε η Διακήρυξη αλλά και προβλέπει η φορολογική νομοθεσία. Τα είδη φορολογικής ενημερότητας είναι διακριτά καθώς προβλέπεται ρητώς η έκδοση φορολογικής ενημερότητας για συμμετοχή σε διαγωνισμό. Ειδικά μάλιστα για τις φορολογικές ενημερότητες για συμμετοχή σε διαγωνισμό με απόφαση της ΑΑΔΕ με ισχύ από 11-1-2021, δίνεται η δυνατότητα στους διαγωνιζόμενους να την ζητούν για προγενέστερο της αιτήσεως τους, χρόνο και μέχρι 3 μήνες πριν. Από τα ανωτέρω συνάγεται με απόλυτη ακρίβεια ότι για συμμετοχή σε διαγωνισμό θα πρέπει να προσκομίζεται φορολογική (όπως και ασφαλιστική) ενημερότητα αποκλειστικά για αυτό το λόγο (συμμετοχή σε διαγωνισμό) και όχι για οποιοδήποτε άλλο λόγο όπως εν προκειμένω για είσπραξη χρημάτων».*

18. Επειδή, μετά τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και την εξέταση του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης καθώς και των

εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών επί του ανωτέρω τρίτου λόγου προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

Στην προκειμένη περίπτωση ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «... ...» σύμφωνα με τον όρο 23.3 περ. β της Διακήρυξης κατέθεσε ως δικαιολογητικό κατακύρωσης το υπ' αριθμ. 74381467/08.06.2022 Αποδεικτικό Ενημερότητας για Χρέη προς το Δημόσιο με ημερομηνία ισχύος έως τις 08.08.2022, έχοντας προηγουμένως στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του δώσει αρνητική απάντηση στο ερώτημα *«Ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά την καταβολή φόρων, τόσο στη χώρα στην οποία είναι εγκατεστημένος όσο και στο κράτος μέλος της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντα φορέα, εάν είναι άλλο από τη χώρα εγκατάστασης;»*. Κατά τα ανωτέρω και δεδομένου ότι ο χρόνος ισχύος της κατατεθείσας φορολογικής ενημερότητας καλύπτει το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ότι επίσης η διατύπωση του όρου 23.3 β' δεν απαιτεί συγκεκριμένο τύπο φορολογικής ενημερότητας, επί του οποίου να αναγράφεται ότι αυτή έχει εκδοθεί ειδικά για τη συμμετοχή του φορέα σε διαγωνισμό, το εν λόγω δικαιολογητικό κατακύρωσης ορθώς έγινε δεκτό από την αναθέτουσα αρχή, απορριπτομένου του τρίτου λόγου προσφυγής. Σε κάθε περίπτωση πάντως θα πρέπει επίσης να επισημανθεί ότι σύμφωνα με το αρ. 103 Ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε με το αρ. 43 του Ν. 4782/2021, υπό το πρίσμα της αποφυγής αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων από τις διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για τυπικούς λόγους που οφείλονται στην ελλιπή ή μη τυπικώς προσήκουσα προσκόμιση των δικαιολογητικών του αρ. 103, αλλά όχι στην πραγματική συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του οικονομικού φορέα από τη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, εφόσον τα δικαιολογητικά που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο παρουσιάζουν ελλείψεις ή εφόσον αυτά δεν προσκομισθούν, να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο προς παροχή διευκρινίσεων των ήδη υποβληθέντων δικαιολογητικών και προς συμπλήρωση τυχόν ελλειπόντων δικαιολογητικών. Μόνον εφόσον έχει προηγηθεί η προσήκουσα, κατά τα ως άνω, κλήση του προσωρινού αναδόχου από την η αναθέτουσα αρχή και η εξέταση της συμμόρφωσης του

οικονομικού φορέα προς αυτήν, μπορεί η αναθέτουσα αρχή να προβεί στην απόρριψη των δικαιολογητικών κατακύρωσης λόγω ελλείψεων που δεν θεραπεύτηκαν κατά την ανωτέρω διαδικασία (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 37/2021, σκ. 19, 29/2019, σκ. 11, ΔΕφΠειρ Ν60/2021, σκ. 13). Περαιτέρω, η ΕΑΔΗΣΥ, όταν εξετάζει διαφορά επί κατακυρωτικής απόφασης σχετικά με την πληρότητα και το περιεχόμενο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οφείλει, στην περίπτωση που ακυρώσει την προσβαλλόμενη λόγω ελλείψεων ή ελαττωμάτων των, κατ' αρχήν αποδεχθέντων, από την αναθέτουσα αρχή δικαιολογητικών κατακύρωσης, να αναπέμψει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου αυτή να εκπληρώσει προηγουμένως την ανωτέρω διαδικαστική υποχρέωσή του, ήτοι να καλέσει τον προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή των επίμαχων δικαιολογητικών και να εξετάσει τη συμμόρφωση του οικονομικού φορέα προς την πρόσκληση αυτή (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 37/2021, σκ. 21, ΔΕφΠειρ Ν60/2021, σκ. 14). Επομένως, ακόμα και αν ήθελε γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, δεν θα εδύνατο να οδηγήσει στην απόρριψη της προσφοράς της χωρίς την προηγούμενη κλήση της κατά το αρ. 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016.

19. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή εν όλω.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή κατά το σκεπτικό.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κατατεθέν παράβολο θα πρέπει να επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.
3. Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 9 Νοεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ