

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος και εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 20/1/2022 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 96/21-1-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «....» (εφεξής «η προσφεύγουσα») που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, ως και

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» που εδρεύει στ... ..., οδός ... (εφεξής «η παρεμβαίνουσα»), και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπόψη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της υπ' αριθ. 683/31-12-2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., αφενός κατά το μέρος, που έκρινε αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού σε αυτήν, καθώς και κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 4.937,60 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την

από 18/1/2022 απόδειξη πληρωμής στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, η οποία ανέρχεται σε 987.520,16 ευρώ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την από 16/9/2021 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΟΛΟΚΛΗΡΩΜΕΝΟ ΕΡΓΟ ΑΝΑΠΛΑΣΗΣ ... ΕΝΤΟΣ ΟΡΙΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» εκτιμώμενης αξίας 1.224.525,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%). Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 6/10/2021. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά τρεις οικονομικοί φορείς, εκ των οποίων ένας αποκλείστηκε κατά το στάδιο ελέγχου των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών, και απέμειναν η ήδη προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, η οποία κατετάγη πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας και εν συνεχεία, με την προσβαλλόμενη, της κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού. Κατά της προσβαλλόμενης κατακυρωτικής απόφασης ασκείται η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή με αίτημα την ακύρωση της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και της κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού σε αυτή.

3. Επειδή, η Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 17/9/2021 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό Α/Α

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου της σύμβασης (έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής 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 Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα

Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, στις 20/1/2021 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Είναι δε και εμπρόθεσμη δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 10/1/2022.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως συμμετέχουσα στον διαγωνισμό και καταταγείσα δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας, ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον, συνιστάμενο στην προσδοκία ανάληψης της σύμβασης σε περίπτωση αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας και ακύρωσης της κατακυρωτικής απόφασης.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στον θιγόμενο οικονομικό φορέα στις 21/1/2022.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 4/2/2022, νομίμως και εμπροθέσμως, και τις κοινοποίησε στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς στις 8/2/2022.

9. Επειδή, στις 31/1/2022 η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής, παρέμβαση δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης και με πρόδηλο έννομο συμφέρον, δοθέντος ότι με την προδικαστική προσφυγή προβάλλονται λόγοι αποκλεισμού της και ακύρωσης της κατακυρωτικής απόφασης.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως συμπληρωματικό υπόμνημα επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 11/2/2022, δοθέντος ότι η απόψεις της κοινοποιήθηκαν στις 8/2/2022.

11. Επειδή, με την υπ' αριθ. 112/2022 Πράξη της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν.

13. Επειδή, με τον **πρώτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η παρεμβαίνουσα δεν υπέβαλε την υπεύθυνη δήλωση των άρθρων 22.Δ. αρ. 2 και 23.6.δ' της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η **προσφεύγουσα** προβάλλει τα εξής: «Όπως προαναφέρθηκε, η εταιρεία με την επωνυμία '....' στηρίχθηκε, για τη συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία, στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, και συγκεκριμένα στην εμπειρία της εταιρείας '....'. Ωστόσο, η προσωρινή ανάδοχος ' ...' δεν υπέβαλε, κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, την ως άνω Υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, -ούτε της ίδιας ούτε του τρίτου στηρίζοντος αυτήν (εταιρείας '....'),- με την οποία να δεσμεύεται να παρουσιάσει τη λειτουργία του συστήματος όμοιας κατασκευής με το υπό προμήθεια είδος (υπόγειο σύστημα με πρέσες συμπίεσης σε κάδους κοινής χρήσης), το οποίο θα πρέπει να είναι σε λειτουργία για τουλάχιστον δύο (2) έτη (ΑΡΘΡΟ 12 ΟΜΑΔΑΣ Γ της Μελέτης). Επομένως, και σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσφορά της προσωρινής αναδόχου, εταιρείας με την επωνυμία '', έπρεπε να απορριφθεί άνευ ετέρου, κατ' άρθρα 4.2.δ της διακήρυξης και 103 παρ. 3, 4 και 5 του ν. 4412/2016, λόγω μη υποβολής αξιούμενου από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, εγγράφου, κατά παράβαση των άρθρων 22.Δ. αρ. 2 , 23.6. δ., 22.ΣΤ. και 23.2 της διακήρυξης, ως εκ τούτου δε, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής τυγχάνει για το λόγο αυτό ακυρωτέα». Η **αναθέτουσα αρχή** αντιτάσσει με τις απόψεις της ότι «-Την 18η .11.2021 υπεβλήθη η Υπεύθυνη Δήλωση των άρθρ. 22.Δ.2 και 23.6.δ' της Διακήρυξης υπογεγραμμένη από το νόμιμο εκπρόσωπο και διαχειριστή της προσωρινής αναδόχου εταιρείας '' με ημερομηνία υπογραφής 17.11.2021. - Την 18η .11.2021 υπεβλήθη η Υπεύθυνη Δήλωση των άρθρ. 22.Δ.2 και 23.6.δ' της Διακήρυξης υπογεγραμμένη από το νόμιμο εκπρόσωπο της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας '...' με ημερομηνία υπογραφής 17.11.2021. - Την 07η.12.2021 υπεβλήθη εκ νέου η Υπεύθυνη Δήλωση των άρθρ. 22.Δ.2 και 23.6.δ' της Διακήρυξης υπογεγραμμένη από το νόμιμο εκπρόσωπο της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας '....' με ημερομηνία υπογραφής 30.11.2021, στην οποία δεσμεύεται να παρουσιάσει τη λειτουργία συστήματος όμοιας κατασκευής με το υπό προμήθεια είδος (υπόγειο σύστημα με πρέσες συμπίεσης σε κάδους κοινής χρήσης), το οποίο θα πρέπει να είναι σε λειτουργία τουλάχιστον δύο (2)

έτη (ΑΡΘΡΟ 12 ΟΜΑΔΑΣ Γ), όποτε ζητηθεί. Συνεπώς, κατά τη γνώμη μας, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί, καθώς η εν λόγω Υπεύθυνη Δήλωση των άρθρ. 22.Δ.2 και 23.6.δ' της Διακήρυξης υπεβλήθη νομίμως, εμπροθέσμως και επί της ουσίας αποδεκτή τόσο για την προσωρινή ανάδοχο εταιρεία '.....', όσο και για τη δανείζουσα αυτής εμπειρία, εταιρεία '...'. Η **παρεμβαίνουσα** προβάλλει επί του προκειμένου ότι η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση έχει υποβληθεί με ημερομηνία υπογραφής στις 17.11.2021, ήτοι μετά την κοινοποίηση της πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρ. 23.11 της Διακήρυξης και προσθέτει ότι εντός της παραταθείσας προθεσμίας για προσκόμιση των δικαιολογητικών υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση υπογεγραμμένη αυθημερόν. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 23.6.δ' της Διακήρυξης απαιτείτο η υποβολή, προς απόδειξη αντίστοιχου προσόντος τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ.2 της Διακήρυξης, με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης υπεύθυνης δήλωσης του οικονομικού φορέα περί δέσμευσής του να παρουσιάσει τη λειτουργία του συστήματος όμοιας κατασκευής με το υπό προμήθεια είδος (υπόγειο σύστημα με πρέσες συμπίεσης σε κάδους κοινής χρήσης), το οποίο θα πρέπει να είναι σε λειτουργία τουλάχιστον δύο έτη. Περαιτέρω, ενόψει της στήριξης της παρεμβαίνουσας στην τεχνική ικανότητα τρίτου, αυτή όφειλε να προσκομίσει, κατ' άρθρο 22.ΣΤ' της Διακήρυξης, με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα για την απόδειξη της συνδρομής των σχετικών κριτηρίων επιλογής στο πρόσωπο του τρίτου. Από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, προκύπτει ότι στον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης που υπεβλήθη από την παρεμβαίνουσα διά της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 18/11/2021 περιείχετο η από 17/11/2021 υπεύθυνη δήλωση του τρίτου δανείζοντος εμπειρία (αρχείο με τίτλο «Υ.Δ. 22.Δ.2_....pdf») και περιεχόμενο: «*Η εταιρεία δεσμεύεται να παρουσιάσει τη λειτουργία συστήματος όμοιας κατασκευής με το υπό προμήθεια είδος (υπόγειο σύστημα με πρέσες συμπίεσης σε κάδους κοινής χρήσης) [ΑΡΘΡΟ 12 ΟΜΑΔΑΣ Γ], όποτε ζητηθεί. Την παρούσα δήλωση κάνω για τον διαγωνισμό του έργου «ΟΛΟΚΛΗΡΩΜΕΝΟ ΕΡΓΟ ΑΝΑΠΛΑΣΗΣ ΛΕΩΦΟΡΟΥ ... ΕΝΤΟΣ ΟΡΙΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» ... (ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ) που διεξήχθη ηλεκτρονικά στις 06/10/2021, με αρ. συστήματος ..., όπου συμμετέχει*

ο οικονομικός φορέας «...», και η εταιρεία «...», συμμετέχει μόνο ως τρίτος οικονομικός φορέας, δανείζων μέρος της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας που απαιτείται, ήτοι εκπληρώνει την απαίτηση των άρθρων 22.Ε.4.& 22.Ε.5. της διακήρυξης». Επομένως, το επίμαχο δικαιολογητικό υπεβλήθη νόμιμα και εμπρόθεσμα από την παρεμβαίνουσα και, ως εκ τούτου, οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι. Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, με τον **δεύτερο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η κατακυρωτική απόφαση πρέπει να ακυρωθεί λόγω μη προσήκουσας προσκόμισης από την παρεμβαίνουσα των απαιτούμενων πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας του τρίτου, στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε για την απόδειξη της εν λόγω προϋπόθεσης συμμετοχής. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: «*Η εταιρεία με την επωνυμία ‘....’ στηρίχθηκε, για τη συμμετοχή της στη διαγωνιστική διαδικασία, στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, και συγκεκριμένα στην εταιρεία ‘....’, μεταξύ άλλων και για την πλήρωση της απαίτησης του άρθρου 22.Ε. αρ. 5 της διακήρυξης (Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, Πιστοποιητικό ISO 3834 του εργοστασίου κατασκευής) [βλ. και την από 4-10-2021 υπεύθυνη δήλωση της εταιρείας ‘....’]. Ωστόσο, η προσωρινή ανάδοχος ‘....’ δεν υπέβαλε, κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εν ισχύ, Πιστοποιητικό ISO 3834 του εργοστασίου κατασκευής (εταιρείας ‘....’), που θα βεβαιώνει την διαδικασία συγκόλλησης βάσει του EN ISO 3834 (ΑΡΘΡΟ 12 ΟΜΑΔΑΣ Γ της Μελέτης), καθώς το υποβληθέν ως άνω πιστοποιητικό (ISO 3834) της ‘....’ έχει λήξει ήδη από την 6 -11-2021, ήτοι σε χρόνο προγενέστερο και από την πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής προς την προσωρινή ανάδοχο ‘....’, που έλαβε χώρα την 8-11-2021 (βλ. και το με αρ. πρωτ. ... έγγραφο/πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής περί υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης) και, επομένως, δεν καλύπτει το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατ’ άρθρο 23.2 της διακήρυξης. Επομένως, και σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσφορά της προσωρινής ανάδοχου, εταιρείας με την επωνυμία ‘....’, έπρεπε να απορριφθεί άνευ ετέρου, κατ’ άρθρα 4.2.δ της διακήρυξης και 103 παρ. 3, 4 και 5 του ν. 4412/2016, λόγω μη υποβολής αξιούμενου από τη*

διακήρυξη του διαγωνισμού, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, εγγράφου (εν ισχύ Πιστοποιητικού ISO 3834 του τρίτου στηρίζοντος αυτήν οικονομικού φορέα), κατά παράβαση των άρθρων 22.Ε. αρ. 5, 23.7. αρ. 5, 22.ΣΤ. και 23.2 της διακήρυξης, ως εκ τούτου δε, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής τυγχάνει και για το λόγο αυτό ακυρωτέα». Η **αναθέτουσα αρχή** αντιτάσσει με τις απόψεις τα εξής: «Την 18η.11.2021 υπεβλήθη Πιστοποιητικό ISO 3834-4:2006 της εταιρείας ‘....’, η οποία δανείζει ως τρίτος οικονομικός φορέας στην εταιρεία ‘.....’, μέρος της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας που απαιτείται στα άρθρα 22.Ε.4.& 22.Ε.5. της διακήρυξης, διαθέτοντας μεταξύ άλλων το εν λόγω Πιστοποιητικό ISO 3834. Στο ως άνω υποβληθέν πιστοποιητικό αναγράφεται ως περίοδος ισχύος το χρονικό διάστημα από 7 Νοεμβρίου 2018 έως 6 Νοεμβρίου 2021. Ως εκ τούτου, πράγματι και κατά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, το Πιστοποιητικό ISO 3834-4:2006 της εταιρείας ‘....’ που κατατέθηκε ,κατόπιν της πρόσκλησης για την υποβολή δικαιολογητικών βάσει του άρθρου 4.2 της Διακήρυξης, μέσω της λειτουργίας ‘επικοινωνία’ του συστήματος, δεν ήταν σε ισχύ κάτι που διέφυγε κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών από την Αναθέτουσα Αρχή. Ωστόσο, η έλλειψη αυτή θεωρούμε ότι είναι δεκτική συμπλήρωσης, σύμφωνα με τη ρητή πρόβλεψη του άρθρου 103 παρ. 2 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021 και ισχύει». Η **παρεμβαίνουσα** προβάλλει τα εξής: «παραλείψαμε να υποβάλουμε Πιστοποιητικό ISO 3834 του εργοστασίου κατασκευής (εταιρείας ‘...’) που να καλύπτει το χρόνο μετά την πρόσκληση για την προσκόμιση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Όμως, καμία από τις ανωτέρω παραλείψεις δεν αποτελεί λόγο, άνευ ετέρου, αποκλεισμού της εταιρείας μας, σύμφωνα με το άρθρ. 103 του ν.4412/2016. Εν προκειμένω, η Αναθέτουσα Αρχή, αφ’ ης στιγμής διαπίστωνε την έλλειψη των δύο επίμαχων δικαιολογητικών, όφειλε να μας καλέσει να τα προσκομίσουμε και μόνο στη περίπτωση που παραλείπαμε την υποβολή τους, να προβεί σε αποκλεισμό μας. Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας είναι μεν βάσιμος, ως προς το γεγονός της μη προσκόμισης των συγκεκριμένων δικαιολογητικών, αβάσιμος, όμως, ως προς τον άνευ ετέρου αποκλεισμό της εταιρείας μας».

15. Επειδή, οι διατάξεις του άρθρου 103 παρ. 1 και 2 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν με τις διατάξεις του άρθρου 43 Ν. 4782/2021 και

ισχύουν στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία που εκκίνησε στις 18/11/2021, ορίζουν τα εξής: «1. Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 2690/1999 (Α' 74), όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. Τα δικαιολογητικά υποβάλλονται στην αναθέτουσα αρχή μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102, εντός 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, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα με τα οποία 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. Ο προσωρινός ανάδοχος μπορεί να αξιοποιεί τη δυνατότητα του προηγούμενου εδαφίου και εντός της προθεσμίας της πρόσκλησης της παρ. 1». Στην προκείμενη δε Διακήρυξη περιέχεται η αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 4.2.γ' που επαναλαμβάνει την ανωτέρω ρύθμιση του Νόμου. Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του άρθρου 103 Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατόπιν ελέγχου των υποβληθέντων κατ' αρχήν από τον προσωρινό ανάδοχο δικαιολογητικών κατακύρωσης, να τον καλέσει να καλύψει, εντός δεκαήμερης προθεσμίας, τυχόν ελλείψεις των εν λόγω δικαιολογητικών - είτε με την υποβολή αρχικώς μη υποβληθέντος δικαιολογητικού είτε με τη συμπλήρωση αρχικώς μεν υποβληθέντος, αλλά μη πληρούντος τις απαιτήσεις της διακήρυξης

δικαιολογητικού - σε περίπτωση κατά την οποία οι ελλείψεις αυτές επάγονται αποκλεισμό του προσωρινού αναδόχου. Η αρχική, δηλαδή, παράλειψη η πλημμελής υποβολή εκ μέρους του αναδόχου κάποιου από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, δεν συνεπάγεται αυτομάτως και άνευ ετέρου τον αποκλεισμό του από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, αλλά υποχρεώνει, κατ' αρχήν, την αναθέτουσα αρχή να προβεί στην οφειλόμενη κατά τα ως άνω κλήση του προσωρινού αναδόχου προς συμπλήρωση του ελλείποντος ή/και ελλιπούς δικαιολογητικού. Μόνον εφόσον έχει προηγηθεί η προσήκουσα κατά τα ως άνω κλήση του προσωρινού αναδόχου από την 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 ΑΕΠΠ, 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 τελευταία, προκειμένου αυτή να εκπληρώσει προηγουμένως την ανωτέρω διαδικαστική υποχρέωσή της, 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).

16. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, όπως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα και συνομολογούν η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, προς απόδειξη της συνδρομής της προβλεπόμενης στο άρθρο 22.Ε.5 της Διακήρυξης προϋπόθεσης συμμετοχής στο πρόσωπο του τρίτου δανείζοντος εμπειρία, η παρεμβαίνουσα στις 18/11/2021 υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης το υπ' αριθ. ... πιστοποιητικό ISO κατά το πρότυπο ΕΛΟΤ EN ISO 3834:4-2006, η ισχύς του οποίου είχε λήξει από 6/11/2021. Ενόψει, όμως, των γενομένων δεκτών στην ανωτέρω σκέψη, η διαπιστούμενη πλημμέλεια του ανωτέρω δικαιολογητικού κατακύρωσης, δεν άγει άνευ ετέρου σε αποκλεισμό της, αλλά υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να την καλέσει να συμπληρώσει το ελλείπον στοιχείο. Για τους λόγους αυτούς,

πρέπει να γίνει δεκτός ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να ασκήσει την προβλεπόμενη στα άρθρα 103 Ν. 4412/2016 και 4.2.γ' της Διακήρυξης αρμοδιότητά της καλώντας την παρεμβαίνουσα για συμπλήρωση του ελλείποντος δικαιολογητικού κατά τα ανωτέρω. .

17. Επειδή, με τον **τρίτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας προβάλλοντας ότι αυτή δεν υπέβαλε αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας «....» και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολογίου), των άρθρων 23.3.στ. και 22.Α.5 της διακήρυξης. Ειδικότερα, η **προσφεύγουσα** ισχυρίζεται τα εξής: «Ως ήδη προελέχθη, η εταιρεία με την επωνυμία '....' στηρίχθηκε, για τη συμμετοχή της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, και συγκεκριμένα της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία '....'. Ωστόσο, η προσωρινή ανάδοχος ' ...' δεν υπέβαλε, κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, την ως άνω αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας '...' και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολόγιο), όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της εταιρείας, το πολύ τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς, για την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της παραγράφου Α.5 του άρθρου 22. Επομένως, και σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσφορά της προσωρινής ανάδοχου, εταιρείας με την επωνυμία '', έπρεπε να απορριφθεί άνευ ετέρου, κατ' άρθρα 4.2.δ της διακήρυξης και 103 παρ. 3, 4 και 5 του ν. 4412/2016, λόγω μη υποβολής αξιούμενου από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, εγγράφου του ως άνω τρίτου στηρίζοντος αυτήν οικονομικού φορέα, ως είχε υποχρέωση, λόγω του εταιρικού τύπου του τελευταίου (ανώνυμη εταιρεία), κατά παράβαση των άρθρων 23.3. στ., 22.Α.5, 22.ΣΤ. και 23.2 της προκείμενης διακήρυξης, ως εκ τούτου δε, η προσβαλλόμενη, με την παρούσα, απόφαση της αναθέτουσας αρχής τυγχάνει ακυρωτέα και για το λόγο αυτό». Ως προς τον προκείμενο λόγο αποκλεισμού η μεν **αναθέτουσα αρχή** αντιτάσσει ότι οι οικείες διατάξεις του Ν. 3310/2005 δεν τυγχάνουν εφαρμογής στον προκείμενο διαγωνισμό, διότι η εκτιμώμενη αξία του υπολείπεται του ορίου εφαρμογής του

1.000.000,00 ευρώ, η δε **παρεμβαίνουσα** συνομολογεί τη μη υποβολή του μετοχολογίου και προβάλλει ότι η εν λόγω πλημμέλεια θεραπεύεται κατ' άρθρο 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016.

18. Επειδή, η Διακήρυξη του προκείμενου διαγωνισμού, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα τον αναθέτοντα φορέα και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012), έχει συμπεριλάβει τον επίμαχο εθνικό λόγο αποκλεισμού στο άρθρο 22.Α.5, το οποίο προβλέπει ότι «*Αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οικονομικός φορέας εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (εθνικός λόγος αποκλεισμού). Οι υποχρεώσεις της παρούσης αφορούν στις ανώνυμες εταιρείες που υποβάλλουν προσφορά αυτοτελώς ή ως μέλη ένωσης ή που συμμετέχουν στο μετοχικό κεφάλαιο άλλου νομικού προσώπου που υποβάλλει προσφορά ή σε νομικά πρόσωπα της αλλοδαπής που αντιστοιχούν σε ανώνυμη εταιρεία. Εξαιρούνται της υποχρέωσης αυτής: α) οι εισηγμένες στα χρηματιστήρια κρατών-μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (Ο.Ο.Σ.Α.) εταιρείες, β) οι εταιρείες, τα δικαιώματα ψήφου των οποίων ελέγχονται από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις επενδύσεων (investment firms), εταιρείες διαχείρισης κεφαλαίων/ενεργητικού (asset/fund managers) ή εταιρείες διαχείρισης κεφαλαίων επιχειρηματικών συμμετοχών (private equity firms), υπό την προϋπόθεση ότι οι τελευταίες αυτές εταιρείες ελέγχουν, συνολικά ποσοστό που υπερβαίνει το εβδομήντα πέντε τοις εκατό (75%) των δικαιωμάτων ψήφων και είναι εποπτευόμενες από Επιτροπές Κεφαλαιαγοράς ή άλλες αρμόδιες χρηματοοικονομικές αρχές κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή του Ο.Ο.Σ.Α.» και, επιπροσθέτως, έχει προβλέψει στο 23.3.στ' τα αποδεικτικά μέσα για την απόδειξη της μη συνδρομής του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού, μεταξύ των οποίων και το μετοχολόγιο. Ενόψει των ανωτέρω, ανεξαρτήτως του ότι εν προκειμένω η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης υπολείπεται του κατά νόμο προβλεπόμενου ελάχιστου ορίου εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 8 παρ. 4 Ν. 3310/2005 που ανέρχεται σε 1.000.000,00 ευρώ, η προσωρινή ανάδοχος υποχρεούτο κατά τις ανωτέρω διατάξεις της Διακήρυξης να προσκομίσει το επίμαχο δικαιολογητικό κατακύρωσης, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.*

Ενόψει, όμως, των γενομένων δεκτών ανωτέρω, η διαπιστούμενη και συνομολογούμενη από την παρεμβαίνουσα παράλειψη προσκόμισης του ανωτέρω δικαιολογητικού κατακύρωσης, δεν άγει άνευ ετέρου σε αποκλεισμό της, αλλά υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να την καλέσει να συμπληρώσει το ελλείπον στοιχείο. Για τους λόγους αυτούς, πρέπει να γίνει δεκτός ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να ασκήσει την προβλεπόμενη στα άρθρα 103 Ν. 4412/2016 και 4.2.γ' της Διακήρυξης αρμοδιότητά της και να καλέσει τον οικονομικό φορέα για συμπλήρωση του ελλείποντος δικαιολογητικού.

19. Επειδή, με τον **τέταρτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας λόγω μη προσήκουσας προσκόμισης πιστοποιητικού φορολογικής ενημερότητας και αποσπασμάτων ποινικού μητρώων για τη Διοίκηση της εταιρείας «...», κατά παράβαση των άρθρων 23.3.α και 23.3.β της διακήρυξης. Ειδικότερα, η **προσφεύγουσα** ισχυρίζεται τα εξής: «Όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, στο ιστορικό της παρούσας (υπό Α.4), η εταιρεία '...' κατέθεσε στις 18/11/2021 αίτημα παράτασης για την προσκόμιση αποσπάσματος ποινικού μητρώου όλων των μελών του Δ.Σ. της εταιρείας '...' και βεβαίωσης φορολογικής ενημερότητας κατά την 6/10/2021 της '...', δυνάμει δε της με αριθ. 554/26-11-2021 απόφασής της, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... παρέτεινε την προθεσμία υποβολής των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου κατά 15 ημερολογιακές ημέρες. Σύμφωνα δε με την προσβαλλόμενη απόφαση, η εταιρεία '.', μέσω δύο μηνυμάτων της, στις 07/12/2021 και στις 14/12/2021, κατέθεσε το σύνολο των υπολειπόμενων δικαιολογητικών. 5.1. Από την επισκόπηση, ωστόσο, των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, και στο βαθμό που αυτά ήταν προσβάσιμα στην εταιρεία μας στο οικείο πεδίο του ΕΣΗΔΗΣ, δεν προκύπτει να έχουν υποβληθεί, άλλως να έχουν αναρτηθεί σε σημείο προσβάσιμο για την εταιρεία μας, τα ανωτέρω έγγραφα, για τα οποία χορηγήθηκε παράταση για την υποβολή τους από την αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση των άρθρων 23.3.α , 23.3.β, 22.ΣΤ. και 23.2 της διακήρυξης (βλ. συνημμένα 19 αρχεία στα οποία απεικονίζεται η οθόνη του ΕΣΗΔΗΣ και η λήψη των αρχείων που αναρτήθηκαν στον διαγωνισμό). 5.2. Σε κάθε, όμως, περίπτωση, ειδικά για το πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας της '...', ακόμα κι αν αυτό υποβλήθηκε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της

προσωρινής αναδόχου, και δη με περιεχόμενο -χρόνο αναφοράς της βεβαίωσης- τον ακριβώς αιτούμενο από την '....' προς την ..., ήτοι την 6-10-2021, δεν καλύπτει το χρόνο υποβολής της προσφοράς, κατ' άρθρο 23.2 της διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφορά της '....' υπεβλήθη στον διαγωνισμό την 5-10-2021, ήτοι σε χρόνο προγενέστερο από τον τυχόν βεβαιούμενο από την ... (6-10-2021), ως εκ τούτου δε, η προσβαλλόμενη, με την παρούσα, απόφαση της αναθέτουσας αρχής τυγχάνει ακυρωτέα και για το λόγο αυτό. Συμπερασματικά, εκ των ανωτέρω, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, ελλείψεων - πλημμελειών των δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας '....', η προσφορά της θα έπρεπε να έχει απορριφθεί υποχρεωτικώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω αναλυτικά εκτιθέμενα, αυτοτελώς, και για καθέναν από τους αναφερόμενους ως άνω λόγους, και, συνακόλουθα, η κατακύρωση της σύμβασης να γίνει στην εταιρεία μας, που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, ως εκ τούτου δε, η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα». Η **αναθέτουσα αρχή** αντιτάσσει ως προς τον ανωτέρω λόγο της προδικαστικής προσφυγής τα εξής: «Κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης διαπιστώσαμε τα εξής: 1. Την 07.12.2021 υπεβλήθησαν τα αποσπάσματα ποινικού μητρώου όλων των μελών του Δ.Σ. της εταιρείας '....' με τους κάτωθι αριθμούς Πρωτοκόλλου: - ... (...) - ... (...) - ... (...) - ... (...) - ... (...) - ... (...) 2. Την 07.12.2021 υπεβλήθη το υπ' αριθ. ... Αποδεικτικό Φορολογικής Ενημερότητας σε παρελθόντα χρόνο, με το οποίο βεβαιώνεται ότι η εταιρεία '....' ήταν φορολογικά ενήμερη την 27.09.2021 (κατόπιν αίτησης της εταιρείας για έκδοση αποδεικτικού για το διάστημα 27.09.2021 έως 07.10.2021). 3. Την 14.12.2021 υπεβλήθη το υπ' αριθ. ... Αποδεικτικό Φορολογικής Ενημερότητας σε παρελθόντα χρόνο, με το οποίο βεβαιώνεται ότι η εταιρεία '....' ήταν φορολογικά ενήμερη την 06.10.2021 (κατόπιν αίτησης της εταιρείας για έκδοση αποδεικτικού για την 06.10.2021). Κατόπιν των ανωτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν κατατέθηκαν τα απαιτούμενα αποσπάσματα ποινικού μητρώου όλων των μελών του Δ.Σ. της εταιρείας '...' και η βεβαίωση φορολογικής ενημερότητας αυτής που να καλύπτει το χρόνο υποβολής προσφοράς, κρίνεται αβάσιμος και απορριπτέος καθώς αυτά υπεβλήθησαν νομίμως και εμπροθέσμως». Η **αναθέτουσα αρχή** αντιτάσσει ότι όλα τα ανωτέρω δικαιολογητικά έχουν υποβληθεί από την

παρεμβαίνουσα. Η **παρεμβαίνουσα** προβάλλει ως προς τα ανωτέρω τα εξής: '[...] μετά την τροποποίηση του άρθρ. 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016 με το άρθρ. 44 του ν. 4782/2021, ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποχρεούται να προσκομίζει τα δικαιολογητικά του χρόνου υποβολής της προσφοράς του, καθώς οι προϋποθέσεις και οι απαιτήσεις συμμετοχής κρίνονται μόνο με την υποβολή του ΕΕΕΣ. Β.3.2. Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρεία μας υπέβαλε ΕΕΕΣ για τη δανειοπάροχο εταιρεία '...', στο οποίο η τελευταία έχει απαντήσει στο Μέρος ΙΙΙ, πεδίο Β. Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, 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', ΟΧΙ. Με τον τρόπο αυτό και δίχως να απαιτείται κάτι περαιτέρω, αποδείχθηκε ότι κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς (5.10.2021), δεν συνέτρεχε στο πρόσωπο της δανειοπαρόχου εταιρείας '...' ο λόγος αποκλεισμού του άρθρ. 22.Α.2 της Διακήρυξης. Εξυπακούεται δε ότι το προσκομισθέν αποδεικτικό ενημερότητας 'για χρέη προς το Δημόσιο σε παρελθόντα χρόνο) με ημερομηνία έκδοσης 14.12.2021, το οποίο βεβαιώνει ότι η εταιρεία '...' ήταν φορολογικά ενήμερη για τα χρέη της στο Δημόσιο την 6.10.2021, ήτοι κατά την ημερομηνία λήξης υποβολής προσφορών, προσκομίσθηκε εκ περισσού, σε κάθε δε περίπτωση δεν αίρει τη ρητή δήλωση της δανειοπαρόχου εταιρείας στο ΕΕΕΣ της περί μη ύπαρξης ανεκπλήρωτων υποχρεώσεων όσον αφορά στην καταβολή φόρων. Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας ότι η προσκομισθείσα βεβαίωση φορολογικής ενημερότητας της εταιρείας '...' δεν καλύπτει το χρόνο υποβολής της προσφοράς κι ως εκ τούτου πρέπει να αποκλεισθούμε από το διαγωνισμό, είναι απολύτως αβάσιμος, καθώς αντιβαίνει στη σαφή διάταξη του άρθρ. 23.2 της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία οι προϋποθέσεις και οι απαιτήσεις συμμετοχής κρίνονται για το χρόνο υποβολής της προσφοράς, μόνο με την υποβολή του ΕΕΕΣ».

20. Επειδή, το άρθρο 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με τις διατάξεις του Ν. 4782/2021 και ισχύει, ορίζει τα εξής: «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». Στη δε Διακήρυξη περιελήφθη η αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 23.2. Από τη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων, προκύπτει ότι η συνδρομή των κριτηρίων επιλογής στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων ελέγχεται σε τρία χρονικά σημεία, ήτοι στον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους, στον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και στον χρόνο εξέτασης της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης. Συγκεκριμένα, το άρθρο 104 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, όπως ισχύει κατόπιν της τροποποίησής του με το άρθρο 44 Ν. 4782/2021, ορίζει ότι «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». Κατά τη γραμματική διατύπωση της εν λόγω διάταξης, ο ανωτέρω έλεγχος συνδρομής των κριτηρίων επιλογής στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς βασίζεται αποκλειστικά στις υποβαλλόμενες με το ΕΕΕΣ δηλώσεις των διαγωνιζομένων, χωρίς να απαιτείται να υποβληθεί οποτεδήποτε το αντίστοιχο αποδεικτικό μέσο με χρόνο ισχύος που να καλύπτει τη συγκεκριμένη χρονική στιγμή. Τούτο επιβεβαιώνεται πλήρως από την αιτιολογική έκθεση του άρθρου 44 Ν. 4782/2021, σύμφωνα με την οποία «οι 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 [...] Με τις προτεινόμενες διατάξεις μειώνεται το διοικητικό βάρος για τους οικονομικούς φορείς κατά τη φάση υποβολής των προσφορών [...]». Επομένως, σύμφωνα και με τη ρητή βούληση του νομοθέτη που εκφράζεται ρητώς στην αιτιολογική έκθεση, ο νόμος αρκείται πλέον ρητώς για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και της συνδρομής κριτηρίων επιλογής στο πρόσωπο των διαγωνιζομένων κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς στην υπεύθυνη δήλωσή τους που αποτυπώνεται

στο ΕΕΕΣ, χωρίς να απαιτείται πλέον οι διαγωνιζόμενοι να συγκεντρώνουν τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα και να τα διαθέτουν σε ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 80 παρ. 12 Ν. 4412/2016, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς τους, ώστε να διευκολύνεται η συμμετοχή τους και να απαλλάσσονται από το πρόσθετο διοικητικό βάρος που προϋποθέτει η διαρκής συγκέντρωση δικαιολογητικών. Τα επιμέρους αποδεικτικά μέσα πρέπει να προσκομίζονται σε ισχύ κατ' άρθρο 80 παρ. 12 Ν. 4412/2016 μόνο κατά τον χρόνο υποβολής του φακέλου δικαιολογητικών κατακύρωσης.

21. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, όσον αφορά το πρώτο σκέλος του τέταρτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε σχετικά με τον τρίτο δανείζοντα εμπειρία: α) κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς (5/10/2021) το από 4/10/2021 ΕΕΕΣ του τρίτου, στο οποίο είχε συμπληρωθεί προσηκόντως το περί μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού λόγω μη εκπλήρωσης φορολογικών υποχρεώσεων με την απάντηση «ΟΧΙ» και β) κατά τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (18/11/2021) το εν ισχύ υπ' αριθ. πρωτ. ... πιστοποιητικό φορολογικής ενημερότητας. Ενόψει των γενομένων δεκτών στην προηγούμενη σκέψη, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε κατά τα άνω όλα τα απαιτούμενα από τον νόμο και τη Διακήρυξη δικαιολογητικά για την απόδειξη της φορολογικής ενημερότητας του τρίτου δανείζοντος εμπειρία στα δύο κρίσιμα χρονικά σημεία της υποβολής προσφοράς και της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, ενώ, σύμφωνα με τις νέες διατάξεις του άρθρου 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και τις αντίστοιχες προβλέψεις της Διακήρυξης, δεν απαιτείτο η προσκόμιση αποδεικτικού μέσου, ήτοι βεβαίωσης φορολογικής ενημερότητας, σε ισχύ κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Ως εκ τούτου, ο τέταρτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος κατά το πρώτο σκέλος του.

Επειδή, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη του μέλους Ε. Αψοκάρδου, σύμφωνα με το άρθρο 23.1 της Διακήρυξης το οποίο παραπέμπει στο άρθρο 79 του Ν.4412/2016 (το οποίο ενσωματώνει το άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ στην εθνική έννομη τάξη), κατά την υποβολή προσφορών, οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το ΕΕΕΣ 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 δεν εμπίπτει, μεταξύ άλλων, στις καταστάσεις εκείνες που συνιστούν λόγους αποκλεισμού (βλ. και Παράρτημα Ι-Οδηγίες του Κανονισμού 2016/7 περί θέσπισης του ΕΕΕΣ). Σύμφωνα με το άρθρο 22.Α.2 της Διακήρυξης η αθέτηση των φορολογικών υποχρεώσεων του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα συνιστά λόγο αποκλεισμού, ενώ με το άρθρο 22.ΣΤ οι λόγοι αποκλεισμού δεν θα πρέπει να συντρέχουν και για τους φορείς στις ικανότητες των οποίων επέλεξε να στηριχθεί ο προσφέρων. Κατά τα προβλεπόμενα δε στο άρθρο 23.2 της Διακήρυξης, το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ), το οποίο υπό δ προβλέπει ότι αν, μεταξύ άλλων, κατά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το ΕΕΕΣ είναι εκ προθέσεως απατηλά ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, 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. Σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, και δοθέντος ότι με το ΕΕΕΣ δηλώνονται υπευθύνως παρόντα ή παρελθόντα και όχι μελλοντικά γεγονότα (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 1388/2019, σκ. 37, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου), προκύπτει αναμφίβολα ότι τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ, ως εν προκειμένω η εκπλήρωση των φορολογικών υποχρεώσεων της παρεμβαίνουσας και του τρίτου οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της προκειμένου η παρεμβαίνουσα να δύναται να συμμετάσχει νομίμως στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία. Σύμφωνα δε με το άρθρο 79 του Ν.4412/2016, το οποίο δεν τροποποιήθηκε κατά τούτο από τον Ν.4782/2021, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας (παρ. 5), δοθέντος ότι το ΕΕΕΣ παρέχει προαπόδειξη προς τον

σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ιδίως επί τον σκοπό της διευκόλυνσης συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων και τη μείωση του χρόνου προετοιμασίας μιας προσφοράς, η οποία ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον υποβάλλοντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 1331/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Ομοίως, στην αιτιολογική έκθεση του Ν.4782/2021 αναφέρεται ρητώς ότι: *«Ειδικότερα προβλέπεται, καταρχάς, ότι οι 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»* (βλ. σελ. 373-374). Εξάλλου, κατά τη γραμματική ερμηνεία του άρθρου 104, οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς με την υποβολή του ΕΕΕΣ και όχι κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ήτοι κατά το στάδιο αυτό θα πρέπει να αποδεικνύεται, μεταξύ άλλων, η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού κατά τον χρόνο συμμετοχής. Σε αντίθετη περίπτωση, δεν θα ήταν δυνατός ο έλεγχος της ακρίβειας των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ, ως ρητώς προβλέπει το άρθρο 4.2 δ της Διακήρυξης. Επομένως, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι, μετά την τροποποίηση του άρθρ. 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 με το άρθρ. 44 του Ν. 4782/2021, ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποχρεούται να προσκομίζει τα δικαιολογητικά του χρόνου υποβολής της προσφοράς του, καθώς οι προϋποθέσεις και οι απαιτήσεις συμμετοχής κρίνονται μόνο με την υποβολή του ΕΕΕΣ τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Τούτων παρέπεται ότι εφόσον δεν αμφισβητείται ότι η εταιρεία '....' ήταν φορολογικά ενήμερη την 06.10.2021, ήτοι δεν καλύπτεται ο χρόνος υποβολής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας που έλαβε χώρα στις 5-10-2021, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει να συμπληρώσει το ελλείπον στοιχείο προτού κάνει δεκτή την προσφορά της, να καλέσει την παρεμβαίνουσα προς υποβολή του επίμαχου δικαιολογητικού και

να εξετάσει τη συμμόρφωση του οικονομικού φορέα προς την πρόσκληση αυτή.

22. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής κατά το έτερο σκέλος αυτού, αμφισβητείται η προσκόμιση εκ μέρους της παρεμβαίνουσας αποσπασμάτων ποινικού μητρώου για τον τρίτο δανείζοντα εμπειρία. Όπως, όμως, βασίμως προβάλλουν η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, και προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, κατόπιν αποδοχής από την αναθέτουσα αρχή του από 18/11/2021 αιτήματος παράτασης για την υποβολή των επίμαχων δικαιολογητικών που είχαν αναζητηθεί, αλλά δεν είχαν ακόμη εκδοθεί κατά την ανωτέρω ημερομηνία, και χορήγησης τριακονθήμερης παράτασης, η παρεμβαίνουσα υπέβαλε στις 7/12/2021 τα από 15/11/2021 αποσπάσματα ποινικού μητρώου για τα μέλη της Διοίκησης της τρίτης δανείζουσας εμπειρία ανώνυμης εταιρείας. Ως εκ τούτου, ο τέταρτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και κατά το σκέλος του αυτό.

23. Επειδή, με τον **πέμπτο λόγο** της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ισχυριζόμενη τα εξής: «Μη υποβολή ασφαλιστικής ενημερότητας του έργου με τίτλο 'ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΟΔΟΥ ... ΑΠΟ ΤΗΝ ΟΔΟ ... ΠΡΟΣ ΚΑΙ ΕΩΣ ΤΗΝ ΟΔΟ ...' σε ισχύ την ημέρα υποβολής των κατακυρωτικών εγγράφων κατά παράβαση διατάξεων των καθοριζόμενων όρων 4.2.δiii , 22.α.2 και 23.3 της διακήρυξης: 6.1. Σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 80 παρ.12 και 104 του Ν.4412/2016 και τους όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι ο προσωρινός ανάδοχος οφείλει να καταθέσει τόσο κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, όσο και κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, ασφαλιστική ενημερότητα, που καλύπτει τις ασφαλιστικές υποχρεώσεις του α) ως φυσικό ή νομικό πρόσωπο για το προσωπικό τους με σχέση εξαρτημένης εργασίας, β) για έργα που εκτελεί μόνος του ή σε κοινοπραξία καθώς και γ) για τα στελέχη του που έχουν υποχρέωση ασφάλισης στο ΕΤΑΑ - ΤΜΕΔΕ. Ως προς τον χρόνο ισχύος των αναγκών δικαιολογητικών το άρθ. 104 του ν. 4412/2016, αλλά και ο όρος 23.2 της διακήρυξης ορίζουν ότι το δικαίωμα συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα στη διαδικασία κρίνεται σωρευτικώς, σε τρία χρονικά σημεία, ήτοι στο χρονικό σημείο υποβολής της προσφοράς του, κατά το χρονικό σημείο υποβολής των

δικαιολογητικών προς οριστική κατακύρωση και κατά τη σύναψη της σύμβασης (βλ. ΣτΕ ΕΑ 23/2020, ΔΕφΧαν 38/2019, 500/2020 ΑΕΠΠ). Προκειμένου, λοιπόν, ο οικονομικός φορέας να συμμετάσχει νομίμως στον εν λόγω δημόσιο διαγωνισμό και συγκεκριμένα να αποδείξει τη μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του όρου 22.α.2 της διακήρυξης (αθέτηση των υποχρεώσεων του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης), θα πρέπει να αποδείξει ότι είναι φορολογικά και ασφαλιστικά ενήμερος τόσο κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού όσο και κατά τον χρόνο κατακύρωσης αυτού (βλ. ΔΕφΧαν 38/2019, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 17/2018, 249/2018). 6.2. Εν προκειμένω, η συμμετέχουσα στο διαγωνισμό, εταιρία με την επωνυμία '...', υπέβαλε στο φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης της έγγραφο με τίτλο 'Πίνακας ανεκτέλεστου' με ημερομηνία ψηφιακής υπογραφής την 17/11/2021, όπου περιέχεται πίνακας των υπό εκτέλεση έργων της. Στην 5^η γραμμή του πίνακα δηλώνεται ανεκτέλεστο υπόλοιπο ποσού 424.132,42€ από σύμβαση ενεργού έργου με τίτλο 'ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΟΔΟΥ ... ΑΠΟ ΤΗΝ ΟΔΟ ... ΠΡΟΣ ΚΑΙ ΕΩΣ ΤΗΝ ΟΔΟ ...' με φορέα εκτέλεσης τον Δήμο ... Πράγματι, όπως προκύπτει από την ιστοσελίδα του Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), στη διεύθυνση ... η σύμβαση για το ανωτέρω έργο έχει υπογραφεί και αναρτηθεί στον εν λόγω διαδικτυακό τόπο την 18/10/2021 με ΑΔΑΜ ..., ωστόσο η προσωρινή ανάδοχος, ενώ υπέβαλε ασφαλιστικές ενημερότητες για όλα τα υπόλοιπα έργα του από 17/11/2021 πίνακα ανεκτέλεστου, παρέλειψε να υποβάλλει με τα κατακυρωτικά της ασφαλιστική ενημερότητα για το ανωτέρω έργο, ισχύουσα κατά την ημερομηνία υποβολής του φακέλου κατακυρωτικών της εγγράφων, αρχικών και συμπληρωματικών, ως όφειλε σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις του ν. 4412/2016 και της διακήρυξης του διαγωνισμού. Επομένως, και σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσφορά της προσωρινής ανάδοχου, εταιρείας με την επωνυμία '...', έπρεπε να απορριφθεί άνευ ετέρου, κατ' άρθρα 4.2.δ της διακήρυξης και 103 παρ. 3, 4 και 5 του ν. 4412/2016, λόγω μη υποβολής αξιούμενου από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, εγγράφου αυτής, κατά παράβαση των άρθρων 4.2.δiii, 22.α.2 και 23.3. της προκείμενης διακήρυξης, ως εκ τούτου δε, η προσβαλλόμενη, με την παρούσα, απόφαση της αναθέτουσας αρχής τυγχάνει ακυρωτέα και για το λόγο αυτό». Η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα προβάλλουν ότι

ασφαλιστική ενημερότητα του έργου με τίτλο «ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΟΔΟΥ ... ΑΠΟ ΤΗΝ ΟΔΟ ... ΠΡΟΣ ΚΑΙ ΕΩΣ ΤΗΝ ΟΔΟ ...», σε ισχύ την ημέρα υποβολής των κατακυρωτικών εγγράφων, υπήρχε εντός του φακέλου δικαιολογητικών της παρεμβαίνουσας. Πρόκειται για την υπ' αριθμ. πρωτ. ... βεβαίωση ασφαλιστικής ενημερότητας του έργου με ισχύ από 22.10.2021 (ημερομηνία υπογραφής σύμβασης 18.10.2021) έως 21.4.2022. Πράγματι, επιβεβαιώνεται από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού η υποβολή της ανωτέρω βεβαίωσης ασφαλιστικής ενημερότητας με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης στις 18/11/2021 (αρχείο με τίτλο «ΑΣΦΑΛΙΣΤΙΚΗ ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑ ΑΝΑΠΛΑΣΗΣ ... 21 04 2022.pdf»). Ως εκ τούτου, ο πέμπτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος.

24. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

25. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, κατά τα ανωτέρω.

26. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

27. Επειδή, κατόπιν της αποδοχής της προσφυγής, πρέπει να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 21 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ελευθερία Καλαμιώτη

Παναγιώτα Καλαντζή