

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 09^η Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να συνεξετάσει προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων:
α) την, από 31.07.2023, προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1175/01.08.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «Ο. ΑΝΩΝΥΜΗ ... ΕΤΑΙΡΕΙΑ ...» και τον διακριτικό τίτλο «Ο. ΑΤΕ», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και β) την, από 29.07.2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1193/03.08.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «ΑΦΟΙΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «ΑΦΟΙ ... ΑΕ», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «ΑΦΟΙ ...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «ΑΦΟΙ ... ΑΕ», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με τις υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές, οι προσφεύγουσες αιτούνται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση κατακύρωσης της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό Νο2, στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση, με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό Νο1 της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΑΓΡΟΤΙΚΗ ΟΔΟΠΟΙΙΑ ΔΗΜΟΤΙΚΩΝ ΕΝΟΤΗΤΩΝ ΔΗΜΟΥ ...», εκτιμώμενης αξίας 4.838.709,68€ μησυμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (διακήρυξη με ΑΔΑΜ: ..., συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η 1^η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά της (2^η σε σειρά κατάταξης).

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 1^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ..... ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) €, 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). Επειδή, για την άσκηση της 2^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ....ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) €, 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 1^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 31.07.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1175/01.08.2023, 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. Επειδή, περαιτέρω, η 2^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 29.07.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1193/03.08.2023, 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 οι προσφεύγουσες προσβάλλουν την ως άνω πράξη, καθόσον οι κατ' αυτής προδικαστικές προσφυγές έχουν 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 πράξη της αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 19.07.2023.

4. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (3^η σε σειρά κατάταξης με προσφερόμενη έκπτωση 43,67%), θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής: α) μη νομίμως και με ελλιπή αιτιολογία έγιναν δεκτές οι επεξηγήσεις της εταιρείας «Κ. ΑΤΕ» (1^η σε σειρά κατάταξης με προσφερόμενη έκπτωση 58,29%), επί της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της και β) μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «ΑΦΟΙ ... ΑΕ» (2^η σε σειρά κατάταξης με προσφερόμενη έκπτωση 47,43%), διότι δεν προαπέδειξε την μη υπέρβαση των ανώτατων επιτρεπτών ορίων του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργασιών της (τόσο για την ίδια όσο και για τον τρίτο στον οποίο στηρίζεται) και επίσης, δεν δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ. το τμήμα της σύμβασης που πρόκειται να αναθέσει υπερβολικά στον εν λόγω τρίτο.

5. Επειδή, η 2^η προσφεύγουσα που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (2^η σε σειρά κατάταξης), θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως και με ελλιπή αιτιολογία έγιναν δεκτές οι επεξηγήσεις της εταιρείας «Κ. ΑΤΕ» επί της ασυνήθιστα χαμηλής οικονομικής προσφοράς της.

6. 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 (11.08.2023), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της 1^{ης} προδικαστικής προσφυγής στις 01.08.2023 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 (2^η σε σειρά κατάταξης). Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το, από 05.09.2023, έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, στις 17.10.2023 η παρεμβαίνουσα εταιρεία «ΑΦΟΙ ... ΑΕ» υπέβαλε εκπροθέσμως υπόμνημα, ήτοι, κατά παράβαση της προθεσμίας που ορίζεται στο άρθρο 365 παρ. 1 γ) του ν. 4412/2016, το οποίο δεν δύναται να ληφθεί νομίμως υπόψη από την Αρχή.

9. Επειδή για την τεκμηρίωση της προσφερόμενης τιμής, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν με κάθε πρόσφορο τρόπο και – ενδεικτικώς, αλλά όχι αποκλειστικώς – με αναφορά στα στοιχεία της παρ. 2 του άρθρου 88 Ν. 4412/2016 την σοβαρότητα και την φερεγγυότητα των προσφορών τους σε σχέση με την υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. ΔΕΕ, C-568/13, Azienda Ospedaliero – Universitariadi Careggi Firenze, σκ. 50, C-599/10, AE SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψεις 29 και 30). Και ναι μεν τα στοιχεία του άρθρου 88 παρ. 2 του ν. 4412/2016 αναφέρονται ενδεικτικά, και όχι περιοριστικά, τούτο, όμως, δεν σημαίνει ότι οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να τεκμηριώσουν την προσφερόμενη τιμή με στοιχεία κρίσιμα σε σχέση με την συγκεκριμένη σύμβαση, και όχι με την εν γένει επιχειρηματική τους δραστηριότητα ή με προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες (πρβλ. ΔΕΕ AE SAG ELV Slovensko, σκ. 30, ΔΕφΑθ 120/2020). Περαιτέρω, στις περιπτώσεις αυτές, απαιτείται η ανάπτυξη μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του διαγωνιζομένου ενός ουσιαστικού διαλόγου, ο οποίος πρέπει να λαμβάνει χώρα σε χρόνο κατάλληλο, ήτοι κατά την αξιολόγηση των προσφορών και πριν τη λήψη της απόφασης για την ανάθεση της σύμβασης, με σκοπό την αποτροπή αυθαίρετων εκτιμήσεων της αναθέτουσας αρχής και τη διασφάλιση

πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων. Στο πλαίσιο αυτό, δεν αποκλείεται, μετά την αρχική εκτίμηση των απαντήσεων των οικονομικών φορέων, να κληθούν αυτοί εκ νέου, με νέα και συγκεκριμένη πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, να αιτιολογήσουν τα σημεία των προσφορών τους που εξακολουθούν να της προκαλούν αμφιβολίες (ad hoc ΣΤΕ 199/2021).

10. Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αξιολογήσει το σύνολο των υποβαλλόμενων στοιχείων και να κρίνει επ' αυτών με αιτιολογημένη κρίση, πριν την απόφασή της για την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφοράς. Εκ τούτων, παρέπεται ότι η αξιολογική κρίση ως προς τις παρασχεθείσες εξηγήσεις επί της εκάστοτε κατατεθείσας προσφοράς διαγωνιζομένου πρέπει να γίνεται πρωτογενώς από την αναθέτουσα αρχή, η οποία οφείλει να προβεί σε ευρύ έλεγχο ουσίας των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ενώ οι κρίσεις της υπόκεινται σε έλεγχο αιτιολογίας από τα αρμόδια όργανα, όπως εν προκειμένω η ΕΑΔΗΣΥ (πρβλ. ΕλΣυνΜειζ. 804/2018).

11. Επειδή, η δικαιολόγηση αυτής της δυνατότητας εκτίμησης των αναθετουσών αρχών δεν συνεπάγεται την απεριόριστη άσκηση διακριτικής ευχέρειας κατά την εκτίμηση, αλλά και την ενδεχόμενη απόρριψη των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και οι αποφάσεις τους θα πρέπει να καθοδηγούνται από τις γενικές αρχές των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις και της ΣΛΕΕ και να τηρούν τις γενικές αρχές δικαίου και ιδίως την αρχή της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης.

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν [βλ. συναφώς Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β, Καψάλη, «Η αιτιολογία ως ουσιώδης τύπος των ατομικών διοικητικών πράξεων: μια υποβαθμισμένη διαδικαστική εγγύηση», ΕφημΔΔ 4/2010, σελ. 568 (σελ. 571 επ.). Οδε επί της αιτιολογίας έλεγχος συνιστά γνήσιο έλεγχο της διακριτικής εξουσίας και «η διείσδυση του ελέγχου εντός της ουσιαστικής ορθότητας της αιτιολογίας και, επομένως, του πορίσματος που προέκυψε από την άσκηση της διακριτικής εξουσίας, δεν

σημαίνει έλεγχο της σκοπιμότητας αυτού, αλλά αναζήτηση της ενδεχόμενης ασυμφωνίας αυτού προς τα άκρα όρια της διακριτικής εξουσίας» (βλ. Μ. Στασινόπουλο, Δίκαιον των Διοικητικών Πράξεων, Αθήνα, 1982, σελ. 341 και σελ. 381).

13.Επειδή, εάν κάποιος διαγωνιζόμενος προβάλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, οπότε γεννάται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να απαντήσει με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία επί των προβληθέντων ουσιωδών ισχυρισμών, αφού προηγουμένως ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις από το διαγωνιζόμενο που φέρεται ότι έχει υποβάλει την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά (βλ. ΣΤΕ 4249/2010, 3546/2009, ΕπΑνΣΤΕ 295/2011, 1260, 41/2010, 815, 747, 127/2009, 1079, 1069/2009, 866, 187, 45/2008, ΔΕφΑθ (ακυρωτικό) 1528/2014 και Ε.Σ. VI Τμ. 70/2012, 3202, 2235, 2234, 2232, 2090, 584/2011, 3678, 3355, 3134/2009).

14. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση 1^η προσφυγή και στην υπό κρίση 2^η προσφυγή, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} κοινός λόγος προσφυγής: υποβολή μη τεκμηριωμένων επεξηγήσεων από την εταιρεία «Κ. ΑΤΕ» επί της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της- μη νόμιμη αποδοχή της αιτιολόγησης της προσφοράς. Θα πρέπει καταρχάς να σημειωθεί ότι στην προκείμενη περίπτωση δόθηκε η δυνατότητα στην καθής η προσφυγή να υποστηρίξει την οικονομική προσφορά της, κατά τρόπο πλήρη και λυσιτελή ως προς όλα τα σημεία της, δεδομένου ότι με την σχετική πρόσκληση του Δήμου της ζητήθηκε να αιτιολογήσει εν συνόλω την προσφορά της. Επομένως, η εταιρεία «Κ.ΑΤΕ» φέρουσα το βάρος απόδειξης για την ανατροπή του τεκμηρίου της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της, όφειλε να επικαλεσθεί, κατά την κρίση της, κάθε πρόσφορο και επαληθεύσιμο στοιχείο που να δικαιολογεί το ύψος της προσφοράς της, ώστε να ανατρέψει το σχετικό τεκμήριο. Ωστόσο, από την επισκόπηση του οικείου φακέλου προκύπτει ότι μη νομίμως και με πλημμελή αιτιολογία κρίθηκε επαρκής η αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της. Και τούτο, διότι τα στοιχεία αιτιολόγησης που χορήγησε η καθής η προσφυγή είναι καταφανώς ελλιπή, η δε αιτιολόγηση της προσφοράς

της συνίσταται στην απλή αναφορά ατεκμηρίωτων στοιχείων, με συνέπεια να καθίσταται αδύνατη η διαμόρφωση ασφαλούς κρίσης ως προς το παραδεκτό της. Αναλυτικότερα: • Όσον αφορά στο άμεσο κόστος, που αποτελεί το συνολικό κόστος των επί μέρους εργασιών οι οποίες συνθέτουν το φυσικό αντικείμενο του έργου και περιλαμβάνει τα κόστη υλικών (ενσωματούμενων ή χρησιμοποιούμενων), εργατικών, μηχανικού εξοπλισμού και πιθανών υπερβολών (βλ. εγκύκλιο 9/2017 του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, με τίτλο: «Παροχή διευκρινίσεων σχετικά με το άρθρο 53 παρ. 7 περ. θ' (Γενικά έξοδα και εργολαβικό όφελος) του ν. 4412/2016 Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)»), προέκυψαν τα εξής: • κατά παράβαση των οριζόμενων στην παρ. 2 του άρθρου 89 του ν. 4412/2016, δεν υποβλήθηκαν τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της συμμόρφωσης προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την περίπτωση δ της παρ. 2 του άρθρου 88. Σύμφωνα με το άρθρ. 89 παρ. 2 του ως άνω νόμου, ο προσφέρων υποχρεούται να προσκομίσει τα κάτωθι έγγραφα: α) τη συλλογική σύμβαση εργασίας (ΣΣΕ), στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι και β) δικαιολογητικά, από τα οποία προκύπτουν οι νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων και οι αντίστοιχες ασφαλιστικές εισφορές τους. Συνεπώς, ως βασίμως ισχυρίζεται ο 2^{ος} προσφεύγων, εάν δεν υποβληθούν τα υποχρεωτικά αυτά στοιχεία, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να διαπιστώσει την συμμόρφωση της προσφοράς με τις υποχρεώσεις του άρθρου 18 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και συνεπακόλουθα, τυχόν αποδοχή της εν λόγω προσφοράς, έρχεται σε αντίθεση με τις ρητές απαιτήσεις του νόμου. • δεν υποβλήθηκε χρονοδιάγραμμα κατασκευής του έργου, ώστε να αποτυπωθούν οι χρόνοι υλοποίησης των επιμέρους εργασιών, οι απαιτούμενοι πόροι (προσωπικό και μηχανικός εξοπλισμός), όπως και οι χρόνοι απασχόλησης τους, με αποτέλεσμα να είναι αντικειμενικά αδύνατος ο έλεγχος κατανομής και επάρκειας των απαιτούμενων πόρων, προκειμένου (σε συνδυασμό με την ανάλυση των άρθρων του προϋπολογισμού του έργου) να προκύψει η ορθότητα της δαπάνης εργασιών που δηλώθηκε στην οικονομική προσφορά. Ως, εξάλλου, έχει κριθεί διαγωνιζόμενος του οποίου η οικονομική προσφορά θεωρείται ως «ασυνήθιστα χαμηλή» οφείλει, καλούμενος προς τούτο από την

αναθέτουσα αρχή, να υποβάλει πλήρη ανάλυση της σύνθεσης της προσφοράς του, με παράθεση συγκεκριμένων στοιχείων κόστους, και να αποδείξει ότι το κόστος αυτό ανταποκρίνεται στο χρονοδιάγραμμα υλοποίησής της συμβάσεως και τους αναγκαίους προς τούτο πόρους (προσωπικό, χρόνος εκτελέσεως κλπ), ώστε να καλύπτονται πλήρως οι απαιτήσεις της διακηρύξεως και των λοιπών τευχών δημοπρατήσεως και να διασφαλίζεται εύλογο όφελος για τον ανάδοχο.» (βλ. Δ.Εφ.Θεσ. 253/2022). Τουναντίον, οι μόνες χρονικές παραδοχές που περιλαμβάνονται στην επίμαχη αιτιολόγηση είναι η όλως αόριστη αναφορά: «Γ. ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΥΛΟΠΟΙΟΙΗΣΗΣ Το Έργο προβλέπεται από την διακήρυξη να ολοκληρωθεί σε δώδεκα (12) ημερολογιακούς μήνες από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης. Τα επιδιωκόμενα ορόσημα των τμηματικών προθεσμιών ορίζονται ως εξής : Εντός έξι (6) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης ο Ανάδοχος να έχει υλοποιήσει το 60% του έργου, εντός του 2023. Εντός (6) πρώτων έξι μηνών Του 2024 ο Ανάδοχος υποχρεούται να έχει υλοποιήσει το υπόλοιπο 40%.» και η επίσης αόριστη αναφορά: «Ομάδα κόστους 1 ... Ο χρόνος απασχόλησης του προσωπικού στο Έργο έχει προκύψει από τις απαιτήσεις της Γ.Σ.Υ. σε συνδυασμό με το πρόγραμμα υλοποίησης που παρουσιάζεται στην παράγραφο Γ ανωτέρω.». Εν όψει των ανωτέρω, γίνεται εν προκειμένω δεκτό, ότι η παράλειψη υποβολής χρονοδιαγράμματος ισοδυναμεί με παντελή έλλειψη τεκμηρίωσης των αναφερόμενων δαπανών, με συνέπεια να είναι εξ αντικειμένου αδύνατη η διαμόρφωση ασφαλούς κρίσης της αναθέτουσας αρχής ως προς τα κόστη αυτά. • δεν υποβλήθηκε πίνακας διαθεσιμότητας μηχανικού εξοπλισμού (είτε ιδιόκτητου είτε μισθωμένου), για το συγκεκριμένο έργο και επίσης δεν έχουν υπολογιστεί οι αποδόσεις των μηχανημάτων, οι χρόνοι απασχόλησης και τα σχετικά κόστη λειτουργίας, συντήρησης, καυσίμων, χειριστών, αποσβέσεων κλπ. Δοθέντος δε ότι το δηλωθέν κόστος εκτέλεσης των εργασιών της μελέτης παρίσταται εν προκειμένω αυθαίρετο και ατεκμηρίωτο, καθίσταται εξ αντικειμένου αδύνατη και η διαμόρφωση ασφαλούς κρίσης της αναθέτουσας αρχής ως προς το κόστος αυτό. • στην αιτιολόγηση δεν υφίσταται καμία τεκμηρίωση ως προς τα κόστη μεταφοράς και εργατικής δαπάνης που περιλαμβάνονται στον πίνακα «Ανάλυση Άμεσου Κατασκευαστικού Κόστους» του Παραρτήματος 1 της αιτιολόγησης.

Εν όψει των ανωτέρω, μη νομίμως και με πλημμελή αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτή την αιτιολόγηση της εν λόγω εταιρείας, τουναντίον, όφειλε να την απορρίψει, λόγω του σοβαρού κλονισμού που προκύπτει από τις προαναφερόμενες ελλείψεις που αφορούν στο άμεσο κόστος του έργου. Σημειώνεται, επίσης, ότι οι ως άνω ελλείψεις, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η καθής η προσφυγή δήλωσε στο έγγραφο επεξηγήσεων ότι η προσφορά της στοχεύει σε «*οριακή μόνο κερδοφορία*» (βλ. Κεφάλαιο «Α. ΕΙΣΑΓΩΓΗ» της αιτιολόγησης), καθιστούν όλως επισφαλή την υπό εξέταση προσφορά.

• Όσον αφορά στο έμμεσο κόστος του έργου, λεκτέα είναι τα εξής:

- Άρθρο Τιμολογίου (Α.Τ.) 1 «Γενικές εκσκαφές σε έδαφος γαιώδες-ημιβραχώδες» (βλ. Παράρτημα 1 της αιτιολόγησης, κατηγορία: χωματουργικά, α/α 1). Στον πίνακα κόστους του Παραρτήματος 1 της αιτιολόγησης, η καθής η προσφυγή αναφέρει ότι το κόστος της εν λόγω εργασίας είναι 2,00 €/m³, χωρίς να προβαίνει σε περαιτέρω ανάλυση. Επίσης, στην στήλη «ΜΕΤΑΦΟΡΙΚΑ ΜΙΚΡΟΎΛΙΚΑ» του σχετικού πίνακα του Παραρτήματος 1 δεν έχει υπολογίσει κανένα απολύτως κόστος, παρόλο που, σύμφωνα με το τιμολόγιο μελέτης, στην εργασία εκσκαφών συμπεριλαμβάνεται και η μεταφορά των προϊόντων εκσκαφών σε απόσταση 30km.
- Άρθρο Τιμολογίου (Α.Τ.) 2 «Καθαίρεση οπλισμένων σκυροδεμάτων» (βλ. Παράρτημα 1 της αιτιολόγησης, κατηγορία: χωματουργικά, α/α 2). Ομοίως, στον πίνακα κόστους του Παραρτήματος 1 της αιτιολόγησης, η καθής η προσφυγή δεν έχει υπολογίσει κανένα απολύτως κόστος στην στήλη «ΜΕΤΑΦΟΡΙΚΑ ΜΙΚΡΟΎΛΙΚΑ», παρότι το κόστος αυτό συμπεριλαμβάνεται στο τιμολόγιο μελέτης του έργου.
- Άρθρο Τιμολογίου (Α.Τ.) 17 «Προμήθεια, μεταφορά στη θέση εγκατάστασης, και τοποθέτηση προκατασκευασμένων τσιμεντοσωλήνων κατά ΕΛΟΤ EN 1916 Τσιμεντοσωλήνες αποχέτευσης κλάσεως αντοχής 120 κατά ΕΛΟΤ EN 1916 Ονομαστικής διαμέτρου D1000 mm» (βλ. Παράρτημα 1 της αιτιολόγησης, κατηγορία: τεχνικά, α/α 12). Για την εν λόγω εργασία, η εταιρεία έχει υπολογίσει τη δαπάνη προμήθειας από τρίτο προμηθευτή και τη δαπάνη της εργασίας. Ωστόσο, από την συνημμένη στην αιτιολόγηση οικονομική προσφορά για την προμήθεια των τσιμεντοσωλήνων, προκύπτει ότι δεν συμπεριλαμβάνεται το κόστος μεταφοράς των ως άνω υλικών στον

τόπο του έργου. Κατά συνέπεια, το κόστος της σχετικής εργασίας θα πρέπει να επιβαρυνθεί και με μεταφορική δαπάνη 78 χιλιομέτρων, από την ... (έδρα προμηθευτή «Κ. Α. Α.») στο ... (τόπο εκτέλεσης του έργου). Επίσης, λαμβανομένης υπόψη αφενός μεν, της φύσης του εν λόγω υλικού και του ιδιαίτερα μεγάλου βάρους ανά τεμάχιο (σχεδόν 900kg/τεμ), προκύπτει ότι η μεταφορά των τσιμεντοσωλήνων απαιτεί επικαθήμενη πλατφόρμα και τον αντίστοιχο τράκτορα, αφετέρου δε, του συνολικού αριθμού των 50 τεμαχίων του Π/Υ προκύπτει ότι θα απαιτεί η εκτέλεση δύο τουλάχιστον δρομολογίων και συνεπακόλουθα, επιπλέον δαπάνη ποσού 800€ (υπολογίζοντας, ως ελάχιστο κόστος το ποσό των 400€ ανά δρομολόγιο). Επιπλέον, στην επίμαχη αιτιολόγηση δεν έχει υπολογιστεί η προμήθεια του ελαστικού δακτυλίου στεγάνωσης, ενώ δεν γίνεται κάποια αναφορά ως προς τη χρήση γερανοφόρου οχήματος και ως εκ τούτου, δεν έχουν υπολογισθεί τα αντίστοιχα κόστη. Ως ορθώς επισημαίνει η 1^η προσφεύγουσα: «... η ρεαλιστική ημερήσια απόδοση ενός συνεργείου τριών ατόμων και ενός γερανοφόρου οχήματος είναι, κατά το μέγιστο δυνατό, η εγκατάσταση 15 μέτρων σωλήνων. Με ημερήσιο κόστος γερανοφόρου οχήματος κατ' ελάχιστον 250€, προκύπτει ότι το ρεαλιστικό κόστος εκτέλεσης της υπόψη εργασίας είναι $(159,00€ + 250,00€) / 15 m = 27€/μ$, δηλαδή προκύπτει επιβάρυνση του κόστους κατά $(27 - 3) \times 50m = 1.200.00€$.».

- Άρθρα Τιμολογίου (Α.Τ.) 19 και 20 «Υπόβαση οδοστρωσίας μεταβλητού πάχους» και «Βάση πάχους 0,10m (Π.Τ.Π.Ο-150)», αντίστοιχα (βλ. Παράρτημα 1 της αιτιολόγησης, κατηγορία: οδοστρωσία, α/α 1, 2). Για την εκτέλεση των εργασιών αυτών, ως κόστος προμήθειας υλικών ελήφθησαν υπόψη οι τιμές προσφοράς από την εταιρεία «Ι. Ι.Κ.Ε». Η 1^η προσφεύγουσα καταγγέλλει το γεγονός ότι η ως άνω εταιρεία είναι εταιρεία ανακύκλωσης και τα δευτερογενή υλικά που παράγει, αφενός μεν, είναι άνευ πιστοποίησης, αφετέρου δε, δεν είναι συμβατής προέλευσης με αυτά που αναφέρονται στην προδιαγραφή του τιμολογίου, αφού στο τιμολόγιο αναφέρεται ότι οι εργασίες αυτές εκτελούνται σύμφωνα με την ΕΤΕΠ 05-03-03-00.Πέραν των ανωτέρω αναφερόμενων, από την σύγκριση της δαπάνης μεταφοράς μεταξύ των δύο άρθρων τιμολογίου, συνάγεται σαφώς ότι η εταιρεία κοστολογεί αυθαίρετως τα συγκεκριμένα υλικά. Ειδικότερα, για την εργασία με ΑΤ-19, στη στήλη

«ΜΕΤΑΦΟΡΙΚΑ ΜΙΚΡΟΎΛΙΚΑ» του πίνακα υπολογισμού κόστους (βλ. Παράτημα 1 της αιτιολόγησης), υπολογίζεται δαπάνη μεταφοράς 0,80€ ανά κυβικό μέτρο υλικού, ενώ το αντίστοιχο ποσό στην εργασία με ΑΤ-20, υπολογίζεται σε 0,12€ ανά τετραγωνικό μέτρο, στρώσης πάχους 0,10m (το 1/10 του ενός m³). Επομένως, για την εργασία με ΑΤ-20 η μεταφορά ενός m³ υλικού κοστίζει $10 \times 0,12 = 1,20\text{€/m}^3$, ενώ η μεταφορά στην εργασία με ΑΤ-19 του ίδιου υλικού (και για την ίδια απόσταση) κοστίζει 0,80€/m³. Ως ορθώς επισημαίνει ο 1^{ος} προσφεύγων, μία εμπεριστατωμένη κοστολόγηση θα είχε ως αποτέλεσμα την ίδια δαπάνη μεταφοράς υλικών των δύο άρθρων τιμολογίου, δεδομένου ότι αποτελούν υλικά με το ίδιο ειδικό βάρος.

- Άρθρα Τιμολογίου (Α.Τ.) 23 και 24, «Ασφαλτικές συνδετικές (ισοπεδωτικές) στρώσεις συμπυκνωμένου πάχους 0,05m» και «Ασφαλτική στρώση κυκλοφορίας, συμπυκνωμένου πάχους 0,05 m με χρήση κοινής ασφάλτου» αντίστοιχα (βλ. Παράτημα 1 της αιτιολόγησης, κατηγορία: Ασφαλτικά, α/α 3, 4). Για την εκτέλεση των ως άνω εργασιών, για το κόστος προμήθειας υλικών ελήφθησαν υπόψη οι τιμές προσφοράς από την εταιρεία «Κ. Α. Α.Ε.». Η τιμή προσφοράς ανά τόνο ασφαλτοσκυροδέματος είναι 26,00€, τιμή στην οποία προφανώς δεν έχει συμπεριληφθεί η δαπάνη της ασφάλτου. Δεδομένου ότι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (06.02.2023), η τιμή της ασφάλτου ήταν — σύμφωνα με τη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή — 370,520€/tn στα διυλιστήρια (επιβαρυνόμενη δε με τη μεταφορά της, η τιμή ανά τόνο διαμορφώνεται στο ποσό των 400€ περίπου) και ότι η περιεκτικότητα ασφάλτου σε έναν τόνο ασφαλτομίγματος κυμαίνεται από 43 έως 48 κιλά, προκύπτει τελικά ότι απαιτούνται $400,00\text{€/tn} \times 0,045\text{tn} = 18\text{€}$ μόνο για την άσφαλο. Αντίστοιχα, το κόστος των αδρανών υλικών κυμαίνεται σε 7,00 – 7,50€ ανά τόνο, χωρίς τον υπολογισμό της μεταφοράς τους από το λατομείο παραγωγής και του κόστους λειτουργίας και παραγωγής του συγκροτήματος παραγωγής ασφαλτοσκυροδέματος. Για τους ανωτέρω λόγους, χρήζει επεξηγήσεων η τιμή μονάδας προσφοράς ασφαλτικού της εταιρείας «Κ. Α. Α.Ε.», καθώς είναι σημαντικά χαμηλότερη οιασδήποτε εύλογης αξίας. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, ο κόστος της ασφάλτου για την ποσότητα του ασφαλτοσκυροδέματος των δύο άρθρων τιμολογίου που θα πρέπει να

επιβαρύνει τη δαπάνη κατασκευής του έργου είναι, κατά τους υπολογισμούς του 1^{ου} προσφεύγοντος $(125.000\text{m}^2 + 125.000\text{m}^2) \times 0,05\mu \times 2,4\text{tn/m}^3 \times 18\text{€/tn} = 540.000.00\text{€}$.

• Έξοδα εγγυητικής επιστολής. Εν προκειμένω η καθής η προσφυγή έχει προβεί σε εσφαλμένο υπολογισμό των εξόδων της εγγυητικής επιστολής καλής εκτέλεσης, όπως το κόστος αυτό αποτυπώνεται στον σχετικό Πίνακα του Παραρτήματος II της αιτιολόγησης. Πιο συγκεκριμένα, η εταιρεία αναφέρει ότι το ποσοστό προμήθειας της εγγυητικής επιστολής ανά τρίμηνο είναι 0,40% επί της αξίας της εγγυητικής επιστολής. Η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης του έργου είναι ποσού $4.838.709,68 \times 5\% = 241.935,48\text{€}$, δηλαδή η προμήθεια ανά τρίμηνο ανέρχεται σε $241.935,48\text{€} \times 0,40\% = 967,74\text{€}$. Ο ελάχιστος χρόνος για τον οποίο θα πρέπει να υπολογιστεί η εγγύηση είναι δώδεκα μήνες (τέσσερα τρίμηνα), ο συμβατικός χρόνος, δεκαπέντε μήνες, ο χρόνος υποχρεωτικής συντήρησης (πέντε τρίμηνα) και τρεις μήνες για την παραλαβή (ένα τρίμηνο), δηλαδή συνολικά 10 τρίμηνα κατ' ελάχιστον. Επομένως, οι προμήθειες για την εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης ανέρχονται στο ποσό των $(967,74\text{€} \times 10 = 9.677,40\text{€})$, ήτοι απαιτείται το επιπλέον ποσό των 8.565,40€ σε σχέση με το ποσό που υπολόγισε η καθής η προσφυγή.

• Έξοδα εργαστηριακών ελέγχων. Εν προκειμένω δεν έχουν κοστολογηθεί οι εργαστηριακοί έλεγχοι για πλήθος εργασιών που θα πρέπει να εκτελεστούν, σύμφωνα με τα συμβατικά τεύχη και τις ισχύουσες για το προς ανάθεση έργο προδιαγραφές. Πιο συγκεκριμένα, στο έργο επιβάλλεται η διεξαγωγή εργαστηριακών ελέγχων των εργασιών με Α.Τ. 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 19, 20, 23 και 24. Ειδικότερα, για τις εργασίες των Άρθρων Τιμολογίου 19, 20, απαιτούνται οι εργαστηριακές δοκιμές που προβλέπονται στην ΕΤΕΠ 05-03-03-00 «Στρώσεις οδοστρωμάτων από ασύνδετα αδρανή υλικά», ενώ για τις εργασίες των Άρθρων Τιμολογίου 23, 24, απαιτούνται οι εργαστηριακές δοκιμές που προβλέπονται στην ΕΤΕΠ 05-03-11-04 «Ασφαλτικές στρώσεις κλειστού τύπου ασφαλτικού σκυροδέματος». Από τα παραπάνω προκύπτει ότι το κόστος των εργαστηριακών δοκιμών δεν είναι αμελητέο, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι οι ποσότητες μόνο των εργασιών με Α.Τ. 19, 20, 23 και 24 αφορούν διάστρωση 125.000 m². Επίσης, για τους εργαστηριακούς ελέγχους των ασφαλικών εργασιών (ΑΤ-23 & 24) απαιτούνται, σύμφωνα με τον ΕΤΕΠ,

ανά ημέρα εργασίας από δύο δοκιμές κοκκομετρικής ανάλυσης αδρανών, προσδιορισμού ποσοστού ασφάλτου, Marshall (ευστάθειας – παραμόρφωσης – κενών) και ανά 5.000 m² διαστρωμένης επιφάνειας λήψη τριών πυρήνων για τον έλεγχο της συμπίκνωσης και του πάχους στρώσης. Ως αναφέρει ο 1^{ος} προσφεύγων, τα ανωτέρω κόστη, με τιμές τιμολογίων τμημάτων ελέγχων υλικών και ποιότητας δημοσίων έργων κρατικών φορέων, προσδίδουν δαπάνη $[(125.000\text{m}^2 + 125.000\text{m}^2) / 5.000\text{m}^2] \times 190\text{€/ημέρα} + [(125.000\text{m}^2 + 125.000\text{m}^2) / 5.000\text{m}^2] \times 3 \text{ τεμ} \times 40\text{€} = 15.500\text{€}$ και τούτο, χωρίς να υπολογίζεται δαπάνη για τους αρχικούς ελέγχους των αδρανών υλικών και της μελέτης σύνθεσης, ενώ αντίστοιχο ποσό απαιτείται και για τους εργαστηριακούς ελέγχους των εργασιών οδοστρωσίας (ΑΤ-19 & 20).

Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να κρίνει εάν όντως συντρέχουν στην προκειμένη περίπτωση οι ευνοϊκές εκείνες συνθήκες, υπό τις οποίες ο οικονομικός φορέας μπορεί να εκτελέσει το έργο και οι οποίες πράγματι δικαιολογούν την οικονομία που ο προσφέρων προβάλλει ότι επιτυγχάνει με την συνδρομή τους, ώστε τελικώς να αξιολογηθεί ως αιτιολογημένη με τα αποδεικνυόμενα μεγέθη η υποβαλλόμενη προσφορά του (πρβλ ΔΕΕ απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, C-599/10, Slovensko, σκέψεις 28-34, απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψεις 159-161, απόφαση της 27^{ης} Νοεμβρίου 2001, C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani, σκέψεις 51 έως 59 και 82 έως 85), ο 1^{ος} - κοινός - λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής που αφορά στην εταιρεία «ΑΦΟΙ ... ΑΕ»: μη προαπόδειξη του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργασιών στο Ε.Ε.Ε.Σ. του συμμετέχοντος και του τρίτου στον οποίον στηρίζεται - παράβαση του άρθρου 23.1 της διακήρυξης. Α) Η 1^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ως άνω εταιρεία, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και της αρχής της τυπικότητας που διέπει του δημόσιους διαγωνισμούς, επέλεξε να μην αναφέρει αριθμητικά στο Ε.Ε.Ε.Σ της το ποσό του ανεκτέλεστου υπόλοιπου των εργολαβικών της συμβάσεων.

• Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι: i) το έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το οποίο το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών δηλώνεται στην ενότητα Β του Μέρους IV του Ε.Ε.Ε.Σ. ή και στην

συνοδευτική του Ε.Ε.Ε.Σ. υπεύθυνη δήλωση, δεν εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του υπόψη διαγωνισμού, διότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 2 παρ. 3 της διακήρυξης, ήτοι, δεν υπήρξε έγγραφο αίτημα από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, ii) υπέβαλε όλα τα δικαιολογητικά που απαιτούνται στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και περαιτέρω, δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. «Μέρος IV: α. γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής»), ότι πληροί όλα τα κριτήρια επιλογής της διακήρυξης, στα οποία συμπεριλαμβάνεται και το κριτήριο της οικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης και iii) δεν θα μπορούσε να απορριφθεί η προσφορά της, επειδή δεν συμπεριέλαβε σε αυτήν δήλωση που δεν ζητείται ρητώς στη διακήρυξη, σε κάθε δε περίπτωση, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, αλλά θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τέλος, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι οποτεδήποτε και εάν κληθεί από την αναθέτουσα αρχή, θα αποδείξει προσηκόντως τα όσα δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ. της, καθώς και ότι όλες οι συμβάσεις που εκτελούσε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, είναι αυτές που αναφέρονται στην ενημερότητα πτυχίου της.

- Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται καταρχάς ότι σε κανέναν όρο της παρούσας διακήρυξης δεν προβλέπεται ότι θα πρέπει να δηλώνεται το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι, επειδή εκ παραδρομής δεν συμπεριέλαβε στο Ε.Ε.Ε.Σ. του διαγωνισμού το Μέρος IV: «Κριτήρια επιλογής» και συνεπακόλουθα, ούτε την ενότητα Β: «Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια», αλλά ούτε και το πεδίο: «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» (στο οποίο παραπέμπει το άρθρο 23 παρ. 1 της διακήρυξης), υποχρεώθηκε να αποστείλει την, από 31.01.2023, διευκρίνιση προς τους οικονομικούς φορείς *«... με την οποία, πάντως, επίσης δεν απαιτείται οι διαγωνιζόμενοι να δηλώνουν κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού την αναγραφή του επακριβούς ανεκτέλεστου υπολοίπου των εκτελούμενων εκ μέρους τους συμβάσεων...»*, διότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο

δηλώνεται κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης (βλ. παρ. 23.5 της διακήρυξης). Τέλος, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι η επιτροπή διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού δεν θα μπορούσε, σε καμία περίπτωση, να απορρίψει την προσφορά της εταιρείας «ΑΦΟΙ ... ΑΕ», πριν την καλέσει για παροχή σχετικών διευκρινίσεων.

Β) Στο άρθρο 22.Γ. («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») της διακήρυξης ορίζεται ότι: *«Ισχύει η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια που ορίζεται στο άρθρο 100 του Ν.3669/2008 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 του Ν. 4199/2013, ανά κατηγορία και τάξη ΜΕΕΠ αντίστοιχη με την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης και προκύπτει από τη βεβαίωση της παρ. 23.5.α της παρούσας. Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, 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. ... 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.»*

Στο άρθρο 23 («Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής») παρ. 1 της διακήρυξης, 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».*

Στην παρ. 23.5 («Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ») της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: *«Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α)για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.ΕΠ ή στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.: - είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία*

αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει, μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 65 του π.δ. 71/2019, και από την πλήρη έναρξη ισχύος του τελευταίου, βεβαίωση εγγραφής στο Τμήμα II του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.) [...] Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: • με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει, συνοδευόμενης, ανά περίπτωση, από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τα έργα που είναι υπό εξέλιξη και δεν συμπεριλαμβάνονται στην ενημερότητα πτυχίου ή [...]».

Τέλος, στην επίμαχη, από 31.01.2023, διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται ρητώς ότι: «Κατόπιν ερωτήματος σχετικά με την δήλωση ανεκτέλεστου υπολοίπου στο ΕΕΕΣ όπως αναγράφεται στο άρθρ. 23.1 (σελ. 40) της οικείας Διακήρυξης ... 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». Σας γνωρίζουμε ότι αυτό μπορεί να δηλωθεί και με Υ/Δ».

Επομένως, από τη συνδυασμένη ερμηνεία των άρθρων 22.Γ και 23.1 της διακήρυξης, ως περαιτέρω αυτά περαιτέρω διευκρινίστηκαν με το, από 31.01.2023, ηλεκτρονικό μήνυμα της αναθέτουσας αρχής, προκύπτει ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών συμβάσεων θα πρέπει να δηλώνεται στο πεδίο: «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» της ενότητας Β: «Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια» του Μέρους IV του Ε.Ε.Ε.Σ. ή και στη συνοδευτική του Ε.Ε.Ε.Σ. υπεύθυνη δήλωση, απορριπτομένων των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας, κατά τους οποίους η επίμαχη απαίτηση δήθεν δεν περιλαμβάνεται στους όρους της διακήρυξης και επομένως, τυχόν αποδοχή της ερμηνευτικής εκδοχής της προσφεύγουσας θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίησή της. Συναφώς, απορριπτέος κρίνεται ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, κατά τον οποίο η επίμαχη διευκρίνιση δεν εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού,

διότι δόθηκε κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους (μέσω ΕΣΗΔΗΣ) στις 31.01.2023 επί ερωτήματος που τέθηκε παρατύπως προφορικά την ίδια ημέρα (31.01.2023). Επισημαίνεται ότι στο άρθρο 2. παρ. 3 της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως την 30/01/2023¹³ η αναθέτουσα αρχή παρέχει σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, το αργότερο στις 02/02/2023. Απαντήσεις σε τυχόν διευκρινίσεις που ζητηθούν, αναρτώνται στον δημόσια προσβάσιμο ηλεκτρονικό χώρο του διαγωνισμού στην προαναφερόμενη πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ- ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΡΓΑ μαζί με τα υπόλοιπα έγγραφα της σύμβασης προς ενημέρωση των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι είναι υποχρεωμένοι να ενημερώνονται με δική τους ευθύνη μέσα από τον υπόψη ηλεκτρονικό χώρο.». Επομένως, δεδομένου ότι η ως άνω διευκρίνιση κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους εντός της προθεσμίας που προβλέπεται στο ως άνω άρθρο, θεωρείται εμπρόθεσμη, ουδόλως δε επιδρά στο κύρος της το γεγονός ότι το σχετικό ερώτημα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα υποβλήθηκε, εν προκειμένω, προφορικά. Και τούτο, διότι στο οικείο άρθρο δεν προβλέπεται ότι το σχετικό ερώτημα θα πρέπει να διατυπώνεται με έγγραφο τύπο, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η παρεμβαίνουσα, τουναντίον, προβλέπεται μόνο ότι η διευκρινιστική απάντηση της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να αναρτάται στον δημόσια προσβάσιμο ηλεκτρονικό χώρο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), προϋπόθεση που, σε κάθε περίπτωση, πληρούται στην προκείμενη περίπτωση.

Για τους ανωτέρω λόγους, απαραδέκτως προβάλλει η παρεμβαίνουσα ότι τυχόν υποβολή προφορικού ερωτήματος από ενδιαφερόμενη εταιρεία συνεπάγεται την ακυρότητα της εκδοθείσας επ' αυτού απάντησης της αναθέτουσας αρχής, ως δε ευχερώς συνάγεται από τα προαναφερθέντα, η οικεία αναθέτουσα αρχή απαίτησε σαφέστατα την αναγραφή του αριθμητικού ποσού του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργασιών στο Μέρος IV του Ε.Ε.Ε.Σ. και όχι απλώς να δηλωθεί το εάν τυχόν υπάρχει υπέρβαση των ανώτατων επιτρεπτών ορίων. Θα πρέπει στο σημείο αυτό να επισημανθεί ότι τα ανωτέρω αναφερόμενα ισχύουν ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι στο έγγραφο απόψεων που απέστειλε η αναθέτουσα αρχή στην ΕΑΔΗΣΥ, κατ' ουσίαν αναιρεί τα όσα ρητώς όρισε στο προαναφερθέν έγγραφο διευκρινίσεων προς

τους οικονομικούς φορείς. Ειδικότερα, παρότι με τις διευκρινίσεις της η αναθέτουσα όρισε ρητώς ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο θα δηλωθεί είτε στην ενότητα Β του Μέρους IV, είτε στην συνοδευτική του Ε.Ε.Ε.Σ. υπεύθυνη δήλωση [η οποία, σημειωτέον (δήλωση) ήταν προσφορότερο μέσο στην κρινόμενη περίπτωση, διότι είχε απαλειφθεί η ενότητα Β του Μέρους IV από το Ε.Ε.Ε.Σ. που διαμόρφωσε ως πρότυπο η αναθέτουσα], εντούτοις, στις απόψεις της απαραδέκτως υποστηρίζει ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο δηλώνεται μόνο κατά το στάδιο της κατακύρωσης από τον προσωρινό μειοδότη.

Λαμβανομένου συνεπώς υπόψη ότι, κατά τους ως άνω σαφείς και ειδικούς όρους της διακήρυξης (ως αυτοί περαιτέρω διευκρινίστηκαν νομίμως), ζητήθηκε η καταγραφή του συγκεκριμένου ανεκτέλεστου υπολοίπου εργασιών, μη αρκούσης της γενικής δήλωσης περί μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων (βλ. ΑΕΠΠ 1394/2021), μη νομίμως δεν δηλώθηκε το ακριβές ποσό από την παρεμβαίνουσα. η οποία (όπως, άλλωστε, και ουδείς εκ των υποψηφίων), δεν προσέβαλε επικαίρως τον επίμαχο όρο της διακήρυξης. Επίσης, στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε ο δανειοπάροχος της παρεμβαίνουσας («Α. Α.Τ.Ε.Ε.»), δεν δηλώθηκε το ακριβές αριθμητικό ποσό του ανεκτέλεστου, αλλά δηλώθηκε απλώς ότι: «...*Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΔΕΝ ΥΠΕΡΒΑΙΝΕΙ ΤΟ ΑΝΩΤΑΤΟ ΟΡΙΟ ΑΝΕΚΤΕΛΕΣΤΟΥ ΥΠΟΛΟΙΠΟΥ ΕΡΓΟΛΑΒΙΚΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ, ΟΠΩΣ ΙΣΧΥΕΙ ΚΑΙ ΘΑ ΠΡΟΣΚΟΜΙΣΤΕΙ ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑ ΠΤΥΧΙΟΥ ΣΕ ΙΣΧΥ*» (βλ. σελ. 4 του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ). Στο σημείο αυτό, θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι επίμαχες παραλείψεις είχαν ως αποτέλεσμα να μην μπορέσει η αναθέτουσα αρχή να προβεί στον έλεγχο/επαλήθευση της πλήρωσης της οικείας απαίτησης της διακήρυξης. Εν όψει των ανωτέρω και δοθέντος ότι από κανένα στοιχείο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, δεν προκύπτει το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου που ρητά, με σαφήνεια και αδιαμφισβήτητη ζητείτο να δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ. κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών (και μάλιστα, σε συγκεκριμένο πεδίο του εντύπου), μη νομίμως και αναιτιολόγητα, έγινε δεκτή η προσφορά της. Περαιτέρω, σημειώνεται ότι ουδόλως αρκεί στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, η απλή αναφορά στο Ε.Ε.Ε.Σ. πως η επίμαχη απαίτηση καλύπτεται από τη βεβαίωση Μ.Ε.Ε.Π., ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η παρεμβαίνουσα και τούτο, διότι τυχόν αποδοχή της

άποψης αυτής, θα συνεπαγόταν κατάργηση του θεσμού της προαπόδειξης (βλ. και υπ' αριθμ. 939/2022, 423/2023, 672/2023, 858/2023 αποφάσεις της Αρχής). Επομένως, απορριπτέος κρίνεται ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, κατά τον οποίο το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών ταυτίζεται με τα έργα που αναφέρονται στην ενημερότητα πτυχίου της. Και τούτο, διότι οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι δεν εγγεγραμμένες στην 3^η τάξη και άνω, (όπως η καθής η προσφυγή), δεν θεωρούνται εγγεγραμμένες σε επίσημο κατάλογο και επομένως, ουδόλως απαλλάσσονται της υποχρέωσης προαπόδειξης πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και μη συνδρομής λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, δια της παροχής των αντίστοιχων πληροφοριών στο Ε.Ε.Ε.Σ. Μάλιστα, ακόμη στις περιπτώσεις, όπου η βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. συνοδεύεται από ενημερότητα πτυχίου (και επομένως, αποτελεί εγγραφή σε επίσημο κατάλογο οικονομικών φορέων), ο υποψήφιος ουδόλως απαλλάσσεται της υποχρέωσης να δηλώσει το ακριβές ποσό ανεκτέλεστου υπολοίπου των συμβάσεων που εκτελούσε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του. Και τούτο διότι στο άρθρο 23.5 περ. α) της διακήρυξης ορίζεται, ως μέσο απόδειξης της μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου, η ενημερότητα πτυχίου συνοδευόμενη, όμως, από πίνακα των υπό εκτέλεση έργων, με αναφορά του υπολοίπου ανεκτέλεστου (ανά έργο και συνολικά). Επομένως, η ενημερότητα πτυχίου, που έχει ετήσια διάρκεια, δεν αποτελεί το κρίσιμο δικαιολογητικό που βεβαιώνει το ανεκτέλεστο, αφού δεν συνιστά ένα επίκαιρο αποδεικτικό μέσο. Λαμβανομένου υπόψη ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο μεταβάλλεται διαρκώς με την πρόοδο των εργασιών, δεν αποκλείεται κατά την έκδοση της ενημερότητας πτυχίου, ένας οικονομικός φορέας να έχει υπερβεί τα όρια του ανεκτέλεστου και ακολούθως, με την πρόοδο των εργασιών, να μειωθεί το ανεκτέλεστο, αλλά και αντιστρόφως, δηλαδή ένας οικονομικός φορέας να υπερβεί τα όρια του ανεκτέλεστου μετά την έκδοση της ενημερότητας πτυχίου. Υπό το ανωτέρω σκεπτικό, η ενημερότητα πτυχίου αποτελεί ατομική διοικητική πράξη, πλην, όμως, κατά το μέρος με το οποίο βεβαιώνεται σ' αυτήν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών, δεν είναι εκτελεστή, αλλά φέρει αμιγώς πληροφοριακό χαρακτήρα. Τούτο, διότι στην πράξη αναφέρεται το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου σε ένα δεδομένο χρονικό σημείο και όχι εάν η επιχείρηση πληροί ή όχι τις προϋποθέσεις συμμετοχής σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες του άρθρου

20 παρ. 4 του ν. 3669/2008. Ως πληροφοριακό, κατά το μέρος αυτό, έγγραφο και στερούμενο εκτελεστότητας, δεν υπόκειται σε ένδικα μέσα και δεν μπορεί να προκαλέσει βλάβη, ούτε καλύπτεται από τεκμήριο νομιμότητας...» (βλ. υπ' αριθμ. 419/2023 απόφαση της Αρχής, σελ. 29).

Γ) Επίσης, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, η εξεταζόμενη προσφορά δεν ήταν, σε καμία περίπτωση, δεκτική διευκρίνισης ως προς το κρινόμενο ζήτημα και τούτο, διότι οι διευκρινίσεις που υποβάλλονται, δυνάμει της διατάξεως του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, δεν μπορούν να «θεραπεύσουν» 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. Εξάλλου, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών, στην δε 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, 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» (βλ. ΣτΕ 147/2022, σκ. 34). Ως, άλλωστε, έχει κριθεί: *«...η αναθέτουσα αρχή δεν έχει την ευχέρεια να ζητήσει συμπλήρωση ή διευκρίνιση από οικονομικό φορέα, ο οποίος ουδεμία απάντηση έδωσε σε ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ σχετικό με την πλήρωση ποιοτικού κριτηρίου»* (βλ. ΣτΕ 827/2019, 1490/2019, 725/2022, 505/2021). Μάλιστα, σε παρόμοια περίπτωση, όπου επίσης τέθηκε στο Μέρος IV του προσαρμοσμένου από την αναθέτουσα αρχή Ε.Ε.Ε.Σ μόνο η «α. Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής», η Αρχή έκρινε ότι: *«... Ως, προκύπτει από το συνολικό περιεχόμενο των στοιχείων του φακέλου, ως προς το ζήτημα της μη πληρώσεως του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας της παρεμβαίνουσας, η εταιρεία ..., πέραν του*

ότι απάντησε θετικά στο Μέρος IV: Κριτήρια Επιλογής, Α: Καταλληλότητα - Εγγραφή στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο δεν έχει δηλώσει είτε στο ΕΕΕΣ είτε σε ξεχωριστή υπεύθυνη δήλωση και συνεπώς, η προσφορά τυγχάνει μη σύννομη, διότι παρέλειψε στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε να δηλώσει την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής που τέθηκαν στο άρθρο 22Γ της διακήρυξης και πιο συγκεκριμένα, να δηλώσει την μη υπέρβαση του ανεκτέλεστο ορίου και δεν συνυπέβαλε επιπρόσθετη υπεύθυνη δήλωση με την οποία θα βεβαίωνε την πλήρωση του εν λόγω κριτηρίου επιλογής. Συνεπώς, απέτυχε να προαποδείξει τα ζητούμενα κριτήρια επιλογής που συνιστούν, επί ποινή αποκλεισμού, ουσιώδεις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό. [...]».(βλ. υπ' αριθμ. 1025/2022 απόφαση)

Δ) Ειδικά ως προς τον ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής, κατά τον οποίον οι προσφέροντες δεν είχαν υποχρέωση να δηλώσουν το ανεκτέλεστο στην ενότητα Β του Μέρους IV του Ε.Ε.Ε.Σ, διότι τόσο η ενότητα αυτή, όσο και το ίδιο το Μέρος IV του εντύπου, είχαν απαλειφθεί από το προσαρμοσμένο από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ του διαγωνισμού, θα πρέπει να σημειωθεί ότι ανεξαρτήτως του ότι η αναθέτουσα αρχή απαιτούσε μόνο τη συμπλήρωση της «α. Γενικής ένδειξης για όλα τα κριτήρια επιλογής», καθίσταται σαφές ότι, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στον Εκτελεστικό Κανονισμό (ΕΕ) 2016/7, κατά την υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ, οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς όφειλαν να παραθέσουν τα στοιχεία εκείνα που θα προαποδείκνυαν ότι πληρούνταν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ήτοι, όφειλαν να συμπεριλάβουν και συμπληρώσουν όλες τις ενότητες του Μέρους IV: «Κριτήρια επιλογής» του εντύπου (Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια, Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα και Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και Πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης). Συνεπώς, το γεγονός ότι βάσει του άρθρου 2 («Εγγραφα της σύμβασης και τεύχη») παρ. 1 της διακήρυξης, το Ε.Ε.Ε.Σ. συμπεριλήφθηκε μεταξύ των «εγγράφων της σύμβασης», δεν υποχρέωνε τους υποψήφιους φορείς να συμπληρώσουν και να υποβάλουν το προσαρμοσμένο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής Ε.Ε.Ε.Σ, το οποίο περιείχε μόνο την ως άνω «α. Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής», δεδομένου ότι αυτό δεν προβλεπόταν ως αποκλειστικό ή δεσμευτικό υπόδειγμα. Εξάλλου, η συμπλήρωση του αναρτημένου στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού

εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ και κατ' επέκταση, η συμπλήρωση μόνο της ενότητας «α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής», θα οδηγούσε σε αδυναμία της αναθέτουσας αρχής να προβεί στις αναγκαίες επαληθεύσεις για την πλήρωση εκάστου κριτηρίου (και εν προκειμένω του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας), επαληθεύσεις, οι οποίες κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών είναι εφικτές μόνο μέσω του Ε.Ε.Ε.Σ., διατρέχοντας έτσι τον κίνδυνο καταστράτηγησης της διαδικασίας, με τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τα κριτήρια συμμετοχής (πρβλ. ΣτΕ 1939/2022 σκ. 20). Ως εκ τούτου και δεδομένης της σαφούς και αδιαμφισβήτητης διατύπωσης των διατάξεων της παρ. 22.Γ και του άρθρ. 23.1. της διακήρυξης, σε συνδυασμό με την προαναφερθείσα διευκρίνιση της αναθέτουσας, η καθής η προσφυγή, ως επιμελής και ευλόγως ενημερωμένος οικονομικός φορέας, όφειλε να συμπληρώσει το Ε.Ε.Ε.Σ., διαμορφώνοντάς το σύμφωνα με τους όρους του ένδικου διαγωνισμού. Μάλιστα, ακριβώς επειδή η καθής η προσφυγή διατηρούσε αμφιβολία ως προς την ορθή συμπλήρωση του επίμαχου στοιχείου στο Ε.Ε.Ε.Σ., ζήτησε την παροχή σχετικών διευκρινίσεων, ενέργεια η οποία οδήγησε στην έκδοση του, από 31.01.2023, διευκρινιστικού ηλεκτρονικού μηνύματος της αναθέτουσας αρχής.

Καταληκτικά, το γεγονός ότι ο οικονομικός φορέας «ΑΦΟΙ ... ΑΕ» διαμόρφωσε το κατατεθέν Ε.Ε.Ε.Σ. κατά τέτοιο τρόπο, ώστε στο Μέρος IV να παρέχεται η δυνατότητα απάντησης μόνο στην ενότητα: «α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής», είχε ως αποτέλεσμα να διαγραφούν οι επιμέρους ενότητες του οικείου Μέρους (στις οποίες συμπεριλαμβάνεται και η ενδεδειγμένη για τη δήλωση του ανεκτέλεστου υπολοίπου ενότητα Β («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») και ως εκ τούτου, να μην δηλωθεί το ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργασιών στο Ε.Ε.Ε.Σ του, αλλά ούτε και σε συνοδευτική του Ε.Ε.Ε.Σ υπεύθυνη δήλωση, αντίστοιχου περιεχομένου.

Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων και λαμβανομένου υπόψη ότι η παράλειψη συμπλήρωσης του επίμαχου πεδίου δεν είναι δεκτική συμπλήρωσης, δυνάμει του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, αφού η μόνη δυνατή συμπλήρωση προϋποθέτει την τροποποίηση ήδη υποβληθείσας προσφοράς, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση 1^{ης} προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός. Και τούτο, διότι η παράλειψη προαπόδειξης της μη υπέρβασης του

νόμιμου ορίου ανεκτέλεστου μέρους εργολαβικών συμβάσεων, έχει ως συνέπεια να συντρέχει αυτοτελής, ήτοι, μη συνδεόμενος με την εν τοις πράγμασι υπέρβαση του ως άνω ορίου, λόγος απόρριψης της προσφοράς (ΔΕΦ Θεσσαλονίκης ad hoc N31/2020, σκέψη 11)

•^{3ος} λόγος προσφυγής: παράλειψη δήλωσης στο Ε.Ε.Ε.Σ του ποσοστού υπεργολαβικής ανάθεσης τμήματος της σύμβασης σε τρίτο - παράβαση των άρθρων 22.ΣΤ και 25 της διακήρυξης.

Α) Η 1^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, όπως προκύπτει από τη σύμβαση παροχής δάνειας εμπειρίας που συνήφθη μεταξύ της εταιρείας «ΑΦΟΙ ... ΑΕ» και της εταιρείας «Α. Α.Τ.Ε.Ε.», η τελευταία ανέλαβε την υποχρέωση να παράσχει δάνεια εμπειρία στην πρώτη, στην κατηγορία οδοποιία, για την πλήρωση των απαιτήσεων των κριτηρίων επιλογής των άρθρων 22.Γ («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») και 22.Δ («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»), η δε επαγγελματική εμπειρία της εταιρείας «Α. Α.Τ.Ε.Ε.» αποδεικνύεται από την βεβαίωση Μ.Ε.ΕΠ. (4η τάξη στην κατηγορία οδοποιία). Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, παρόλο που αφενός μεν, τμήμα της σύμβασης θα εκτελεστεί από την ως άνω εταιρεία, αφετέρου δε, η εταιρεία αυτή ήταν ήδη γνωστή στην καθής η προσφυγή κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών, η τελευταία παρέλειψε να δηλώσει στην ενότητα Δ του Μέρους ΙΙ του Ε.Ε.Ε.Σ της το ποσοστό που προτίθεται να της αναθέσει υπεργολαβικά, τουναντίον, τη δήλωσε μόνο στην ενότητα Γ του Μέρους ΙΙ, ως τρίτο οικονομικό φορά στον οποίο στηρίζεται για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής (δάνεια εμπειρία).

• Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι δεν συντρέχει καμία από τις περιοριστικά αναφερόμενες στον νόμο και στη διακήρυξη περιπτώσεις, κατά τις οποίες ο πάροχος δάνειας εμπειρίας συνιστά υποχρεωτικά και υπεργολάβο του προσφέροντος και επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

Β) Στο άρθρο 22.ΣΤ. («Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)» της διακήρυξης, προβλέπεται ρητώς και σαφώς ότι: *«Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής*

φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους, τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.».

Στο άρθρο 25 («Υπεργολαβία») της διακήρυξης προβλέπεται ότι: «25.1 Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. ...».

Περαιτέρω, από την επισκόπηση του Ε.Ε.Ε.Σ. του ως άνω τρίτου, προκύπτει ότι στην ενότητα Α του Μέρους II, δηλώθηκε ότι: «Ο ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΜΑΣ ΦΟΡΕΑΣ, ΒΑΣΗ ΤΟΥ 22ΣΤ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ (ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ), ΘΑ ΠΑΡΑΣΧΕΙ ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΣΤΗΝ «ΑΦΟΙ ... Α.Ε». Η ΟΠΟΙΑ, ΠΡΟΚΕΙΜΕΝΟΥ ΝΑ ΣΥΜΜΕΤΑΣΧΕΙ ΣΤΟΝ ΕΝ ΛΟΓΩ Δ/ΣΜΟ ΘΑ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΣΤΗΡΙΧΘΕΙΣΤΙΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΑΛΛΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΦΟΡΕΑ (ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ) ΚΑΘΩΣ ΔΕΝ ΚΑΛΥΠΤΕΙ ΤΗΝ ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΗ ΤΑΞΗ ΣΤΗΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΤΩΝ ΕΡΓΩΝ ΟΔΟΠΟΪΑΣ ΤΟΥ Μ.Ε.ΕΠ. ΤΗΣ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΕΙ Ο ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ (Η «ΑΦΟΙ ... Α.Ε.» ΕΧΕΙ 3Η ΤΑΞΗ ΚΑΙ Η ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΑΠΑΙΤΕΙ 4Η ΤΑΞΗ), ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΔΙΑΘΕΤΕΙ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΜΑΣ. (βλ. ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ)».

Επίσης, στο προσκομισθέν, από 02.02.2023, ιδιωτικό συμφωνητικό που συνήφθη μεταξύ των προαναφερόμενων οικονομικών φορέων (προσφέροντος και τρίτου), δεν αναφέρεται συγκεκριμένα σε τι συνίσταται η παροχή της δάνειας εμπειρίας, εντούτοις, στο συμφωνητικό αυτό γίνεται ρητή αναφορά στο άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης, στο οποίο – ως προελέχθη – προβλέπεται ότι σε περίπτωση δανεισμού επαγγελματικών προσόντων (ως εν προκειμένω), ο δανείζων εμπειρία θα πρέπει να εκτελέσει ο ίδιος τις σχετικές εργασίες. Λαμβανομένου συνεπώς υπόψη ότι τα στοιχεία της δάνειας εμπειρίας, που κατά τους όρους της ένδικης διακήρυξης, άγουν σε εκτέλεση του αντίστοιχου συμβατικού αντικειμένου από τον τρίτο οικονομικό φορέα,

είναι οι τίτλοι σπουδών, τα επαγγελματικά προσόντα και η επαγγελματική εμπειρία, συνάγεται ότι στο πρόσωπο της εταιρείας «Α. Α.Τ.Ε.Ε.» συντρέχει η περίπτωση της σύμπτωσης των ιδιοτήτων του δανείζοντος εμπειρία και του υπεργολάβου, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου, σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή αποβλέπει - κατ' εξαίρεση - στην εκτέλεση των εργασιών αποκλειστικά από τον ίδιο τον προσφέροντα, όταν ο τελευταίος δανείζεται από τρίτον οικονομικό φορέα τα στοιχεία της περ. στ) του Μέρους II: «Τεχνική ικανότητα» του Παραρτήματος XII: «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 (ήτοι τους τίτλους σπουδών, τα επαγγελματικά προσόντα και την επαγγελματική εμπειρία), τούτο θα πρέπει να προβλέπεται ρητώς και σαφώς στη διακήρυξη (βλ. σχετικώς υπ' αριθμ. 1197/2022 απόφαση της Αρχής, σκ. 16). Σε κάθε περίπτωση, η παρεμβαίνουσα ουδόλως απέδειξε ότι η ως άνω εταιρεία (τρίτος) δεν θα εκτελέσει μέρος του συμβατικού αντικείμενου, ήτοι ότι δεν εμπίπτει σε μια εκ των περιοριστικά αναφερόμενων στον νόμο και στη διακήρυξη περιπτώσεων, κατά τις οποίες ο δανείζων επαγγελματική εμπειρία συνιστά υποχρεωτικά και υπεργολάβο της συμμετέχουσας επιχείρησης. Καταληκτικά και δοθέντος ότι αφενός μεν, ουδόλως προβλέφθηκε στη διακήρυξη ότι το σύνολο των προς ανάθεση εργασιών θα πρέπει να εκτελεστούν αποκλειστικά από τον ίδιο τον συμμετέχοντα, αφετέρου δε, ο δανεισμός της 4^{ης} τάξης Μ.Ε.ΕΠ από τον ως άνω τρίτο, την οποία, εξάλλου, (τάξη) δεν διαθέτει η καθής η προσφυγή, συνιστά δανεισμό επαγγελματικού προσόντος και επαγγελματικής εμπειρίας, υπό την έννοια του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης, ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση 1^{ης} προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των αναφερόμενων στη σκέψη 14, η υπό κρίση 1^η προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και αντίστοιχα, θα πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση. Επίσης, η υπό κρίση 2^η προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

16. Επειδή, κατά τα προεκτεθέντα στη σκέψη 15, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η 1^η προσφεύγουσα. Ομοίως, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η 2^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 την 1^η προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την 2^η προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση κατακύρωσης της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ ..., σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην 1^η προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) €.

Διατάσσει την επιστροφή στην 2^η προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 09^η Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε την 30^η Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ