

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 17 Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος, και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος - Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 7/9/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1348/7-9-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία με την επωνυμία «*****.» που εδρεύει στο ***** *****, *****, και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του ΔΗΜΟΥ ***** που εδρεύει στο ***** *****, *****, και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ - ΕΜΠΟΡΙΚΗ - ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «***** ΑΤΕΒΕ» που εδρεύει στη *****, ***** & *****, και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «***** ΑΤΕΒΕ» που εδρεύει στην *****, οδός *****, και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό *****/2023 που περιέχεται στο πρακτικό της 24ης Κατεπείγουσας Συνεδρίασης του παραπάνω οργάνου με θέμα: «Έγκριση του 2ου πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού για τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, σύμφωνα με την ‘ανοικτή διαδικασία’ του άρθρου 27 του ν. 4412/2016 μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), για το έργο: ‘ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ΘΕΑΤΡΟΥ *****».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 8.065,00 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 1.612.903,21 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: *****).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτ. *****/29-6-2023 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης κατασκευής του δημοσίου έργου «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ΘΕΑΤΡΟΥ *****» εκτιμώμενης αξίας 1.612.903,21 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29/6/2023 (ΑΔΑΜ: *****) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α *****. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 18/7/2023.
3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα και οι παρεμβαίνουσες. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το 2ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, έγιναν δεκτές όλες οι προσφορές και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης η δεύτερη παρεμβαίνουσα ***** ΑΤΕΒΕ. Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στις 29/8/2023.
4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (δημόσιο 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. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.
5. Η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα που συμμετέχει παραδεκτά στον διαγωνισμό, ασκεί την προδικαστική προσφυγή με έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους αποκλεισμού των λοιπών δύο διαγωνιζόμενων.
6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους θιγόμενους οικονομικούς φορείς στις 8/9/2023 και υπέβαλε νόμιμα και

εμπρόθεσμα τις απόψεις της επ' αυτής στις 22/9/2023.

7. Η πρώτη παρεμβαίνουσα ***** ΑΤΕΒΕ κατέθεσε την παρέμβασή της στις 18/9/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, καθώς επίσης και με έννομο συμφέρον, με αίτημα τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της. Απορριπτέοι ως απαράδεκτοι είναι οι προβαλλόμενοι με την παρέμβαση λόγοι κατά της αποδοχής της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου ***** ΑΤΕΒΕ, διότι, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 ν. 4412/2016, η παρέμβαση ασκείται νόμιμα μόνο για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

8. Η δεύτερη παρεμβαίνουσα ***** ΑΤΕΒΕ κατέθεσε την παρέμβασή της στις 20/9/2023, μετά την πάροδο της δεκαήμερης αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 362 παρ. 3 ν. 4412/2016 από τις 8/9/2023, οπότε της κοινοποιήθηκε η προδικαστική προσφυγή μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, η δεύτερη παρέμβαση είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη.

9. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣΤΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει με τις κρίσιμες για την επίλυση της διαφοράς διατάξεις τα εξής: *«22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. ... 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. ...*

22. ΣΤ. Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία). 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 ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ 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. ...

Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. 23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπευθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. ... Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ κάθε φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται. Τέλος, επισημαίνεται ότι οι προσφέροντες δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος ΙV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β (‘Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια’), στο πεδίο ‘Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις’. 23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) ... 23.10 Δικαιολογητικά για την απόδειξη της στήριξης σε ικανότητες άλλων φορέων (δάνειας εμπειρίας) του άρθρου 22.ΣΤ. Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, η απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, γίνεται με την υποβολή σχετικού συμφωνητικού των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Ειδικότερα, προσκομίζεται έγγραφο (συμφωνητικό ή σε περίπτωση νομικού

προσώπου απόφαση του αρμοδίου οργάνου διοίκησης αυτού ή σε περίπτωση φυσικού προσώπου υπεύθυνη δήλωση), δυνάμει του οποίου αμφότεροι, διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας και τρίτος φορέας, εγκρίνουν τη μεταξύ τους συνεργασία για την κατά περίπτωση παροχή προς τον διαγωνιζόμενο της χρηματοοικονομικής ή/και τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας του φορέα, ώστε αυτή να είναι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου για την εκτέλεση της Σύμβασης. Η σχετική αναφορά θα πρέπει να είναι λεπτομερής και να αναφέρει κατ' ελάχιστον τους συγκεκριμένους πόρους που θα είναι διαθέσιμοι για την εκτέλεση της σύμβασης και τον τρόπο δια του οποίου θα χρησιμοποιηθούν αυτοί για την εκτέλεση της σύμβασης. Ο τρίτος θα δεσμεύεται ρητά ότι θα διαθέσει στον διαγωνιζόμενο τους συγκεκριμένους πόρους κατά τη διάρκεια της σύμβασης και ο διαγωνιζόμενος ότι θα κάνει χρήση αυτών σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση... Σε περίπτωση που ο τρίτος διαθέτει στοιχεία τεχνικής ή επαγγελματικής καταλληλότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, θα δεσμεύεται ότι θα εκτελέσει τις εργασίες ή υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, δηλώνοντας το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει.....

Άρθρο 25: Υπεργολαβία. 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. ...».

10. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της ***** ΑΤΕΒΕ και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης, παρά το γεγονός ότι παρέλειψε να δηλώσει ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε υπεργολάβο, καθώς επίσης και το ποσοστό της υπεργολαβικής ανάθεσης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ***** ΑΤΕΒΕ δήλωσε ότι στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας σχετικά με την προηγούμενη εμπειρία στον τρίτο οικονομικό φορέα «*****ΑΕ», για τον οποίο υπέβαλε και ξεχωριστό ΕΕΕΣ. Παρότι, όμως, αυτός ο τρίτος οικονομικός φορέας υποχρεούται,

σύμφωνα με το άρθρο 22.Στ' της Διακήρυξης να εκτελέσει τις εργασίες για τις οποίες δανείζει την εμπειρία του, η προσφεύγουσα δεν δήλωσε το ποσοστό της υπεργολαβικής ανάθεσης στο οικείο ερώτημα της Ενότητας Γ' του Μέρους IV του ΕΕΕΣ, με αποτέλεσμα η προσφορά της να είναι απορριπτή, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας.

11. Η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει στα παραπάνω ότι η έννοια της δάνειας εμπειρίας διακρίνεται από αυτή της υπεργολαβίας και ως εκ τούτου, προσφέρων, όπως η ***** ΑΤΕΒΕ, που στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου, δεν υποχρεούται να συμπληρώσει τα πεδία του ΕΕΕΣ σχετικά με την υπεργολαβία. Κατά τους ισχυρισμούς της, για την παραδεκτή επίκληση στήριξης στις ικανότητες τρίτου, αρκεί η δέσμευση του τρίτου ότι θα διαθέσει τους απαιτούμενους πόρους, ανεξάρτητα της φύσης του δεσμού μεταξύ του προσφέροντος και του τρίτου.

12. Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 22.Στ' της Διακήρυξης προκύπτει ότι, όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, οφείλει κατ' αρχήν να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης. Περαιτέρω, σύμφωνα με το ίδιο άρθρο, η επίκληση της ικανότητας (εμπειρίας) τρίτων οικονομικών φορέων, για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής που σχετίζεται με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, είναι επιτρεπτή στην περίπτωση που οι φορείς αυτοί θα εκτελέσουν τις εργασίες, για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Και ναι μεν η υπεργολαβία αποτελεί μόνο έναν από τους τρόπους με τους οποίους ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων και, ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να επιβάλει στους οικονομικούς φορείς να συμβληθούν υπεργολαβικά με τους τρίτους (πρβλ. C-403/21 απόφαση ΔΕΕ/26ης .1.2023). Εφόσον, όμως, από τα στοιχεία της προσφοράς προκύπτει ότι η συμφωνία του προσφέροντος και του τρίτου περιλαμβάνει και υπεργολαβική ανάθεση της εκτέλεσης μέρους της σύμβασης στον τρίτο, ο προσφέρων υποχρεούται, κατά την υποβολή της προσφοράς του, να δηλώσει το ποσοστό της υπεργολαβίας που αντιστοιχεί στο τμήμα αυτό. Η παράλειψη δε αναφοράς του ποσοστού συνιστά ουσιώδη έλλειψη του ΕΕΕΣ και οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς (πρβλ. ΣτΕ 1347/2023, σκ. 12, ΔΕΦΑΘ 507/2023, σκ. 12 *a contrario*).

13. Στην προκείμενη περίπτωση, η ***** ΑΤΕΒΕ υπέβαλε με την προσφορά της, πέραν του ΕΕΕΣ της ίδιας και του τρίτου οικονομικού φορέα, τη δάνεια εμπειρία του οποίου επικαλέστηκε, το μεταξύ τους ιδιωτικό συμφωνητικό με ημερομηνία 17/7/2023 (αρχείο «ΙΔ. ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ_signed_signed»), στο οποίο αναφέρεται ότι *«στην περίπτωση που η α' συμβαλλομένη ανακηρυχθεί ανάδοχος του περιγραφόμενου, στην ως άνω 1η παράγραφο της παρούσας, έργου και καθ' όλη την διάρκεια της συναφθισομένης συμβάσεως, η β' συμβαλλομένη θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες βάσει της διακήρυξης διαθέτοντας, στο σύνολό τους, τα απαιτούμενα στελέχη, την εμπειρία, την τεχνογνωσία, και ότι απαιτείται κατά τη διακήρυξη. Η ανωτέρω απαρίθμηση είναι ενδεικτική, καθόσον η β' συμβαλλομένη θα διαθέσει και κάθε άλλο μέσο που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης»*. Από τον συγκεκριμένο όρο του παραπάνω συμφωνητικού προκύπτει ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας θα αναλάβει την εκτέλεση μέρους της υπό ανάθεση σύμβασης (που δεν προσδιορίζεται), εφόσον η ***** ΑΤΕΒΕ αναδειχθεί ανάδοχος. Επομένως, στην προκείμενη περίπτωση, βάσει της μεταξύ τους συμφωνίας, ο τρίτος, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται η προσφέρουσα για την πλήρωση του κριτηρίου εμπειρίας, έχει τον χαρακτήρα υπεργολάβου.

14. Ωστόσο, η ***** ΑΤΕΒΕ απάντησε αρνητικά («ΟΧΙ») στο ερώτημα της Ενότητας Γ' του Μέρους IV του ΕΕΕΣ της εάν «ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, τότε θα πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους σχετικούς υπεργολάβους, βλέπε μέρος II, ενότητα Γ ανωτέρω» (αρχείο «espd-response-***** ΑΤΕΒΕ-ΘΕΑΤΡΟ *****_ok_signed»). Ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω, η παράλειψη δήλωσης του ποσοστού που προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά η προσφεύγουσα στον τρίτο, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, καθιστά την προσφορά της απορριπτέα, απορριπτόμενων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

15. Με τα παραπάνω δεδομένα, η διαπιστωθείσα πλημμέλεια της προσφοράς της ***** ΑΤΕΒΕ παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για τον αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό και επομένως, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του δεύτερου προβαλλόμενου λόγου αποκλεισμού της (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007).

16. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης, κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας *****ΑΤΕΒΕ, παρά το γεγονός ότι η τελευταία δεν ανέφερε στο ΕΕΕΣ της το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπόλοιπου κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς.

17. Η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει στα παραπάνω με τις απόψεις της ότι ορθά έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας ***** ΑΤΕΒΕ που δήλωσε στο ΕΕΕΣ της, αλλά και σε συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, τη μη υπέρβαση του ανεκτέλεστου, καθώς επίσης και ότι είναι εγγεγραμμένη στην 5η τάξη του ΜΕΕΠ. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η παράλειψη αναγραφής του ακριβούς ποσού για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων θεωρείται επουσιώδης και δεν αποτελεί λόγο αποκλεισμού, αλλά μπορεί να συμπληρωθεί με τη διαδικασία του άρθρου 102 ν. 4412/2016. Τέλος, κατά τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, σε κάθε περίπτωση, η μη υπέρβαση του ανεκτέλεστου θα αποδειχθεί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

18. Ομοίως, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι δήλωσε τον αριθμό μητρώου Μ.Ε.ΕΠ. και την Ενημερότητα Πτυχίου και άρα, πληρούνται οι όροι της Διακήρυξης. Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι ανέφερε τα δικαιολογητικά, στα οποία βασίσθηκε η εγγραφή της και παρέπεμψε στις νομοθετικές διατάξεις, οι οποίες αναφέρουν τα δικαιολογητικά, που πρέπει να προσκομιστούν για την εγγραφή στο ΜΕΕΠ και για την απόκτηση της Ενημερότητας Πτυχίου. Κατά τους ισχυρισμούς της, από τις παραπάνω δηλώσεις της ευχερώς διαπιστώνεται η εγγραφή της στο ΜΕΕΠ που αποτελεί το ζητούμενο αποδεικτικό για την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας.

19. Από τις προεκτεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης προκύπτει ότι το ΕΕΕΣ αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη για το ότι συντρέχουν στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα τα κριτήρια επιλογής για

την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό. Ειδικότερα, κατά την ειδική, ρητή και σαφή πρόβλεψη του άρθρου 23.1 της Διακήρυξης του προκείμενου διαγωνισμού, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους, οι συμμετέχοντες όφειλαν να αναγράψουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 341/2023, 591/2022, 585/2022, ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, ΕΑΔΗΣΥ 1424/2023, 1423/2023, 1397/2023, 1234/2023, 858/2023, 423/2023, σκ. 23-25, κ.α.). Η δε παράλειψη δήλωσης του συγκεκριμένου στοιχείου στο ΕΕΕΣ το καθιστά ελλιπές, και μάλιστα, κατά τρόπο που δεν συμπληρώνεται με τις διατάξεις του άρθρου 102 ν. 4412/2016, διότι αυτό θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων συμπλήρωση ουσιώδους πληροφορίας που απαιτείται από τη Διακήρυξη (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 341/2023, ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, σκ. 19).

20. Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η παρεμβαίνουσα ***** ΑΤΕΒΕ υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής το ΕΕΕΣ της (αρχείο «0.espd-response-*****_signed»), στο οποίο έχει απαντήσει το ερώτημα του Μέρους IV σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ως εξής: «*Η εταιρεία μας είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ με αριθμό 18322 και κατατάσσεται στην 5η τάξη για έργα κατηγορίας οικοδομικά και ηλεκτρομηχανολογικά. Η βεβαίωση είναι και τεκμήριο βάσει ισχύουσας νομοθεσίας πως υπερκαλύπτει τα ζητούμενα στην παράγραφο 22.Γ της οικίας διακήρυξης σε συνδυασμό με τα αναγραφόμενα στο άρθρο 23.5 (α) και εκ περισσού σας δηλώνουμε πως τα ίδια κεφάλαια της εταιρείας μας (βάσει των οικονομικών μας καταστάσεων του έτους 2021- ο ισολογισμός του έτους 2022 δεν έχει ακόμη συνταχθεί, ούτε έχει υποβληθεί η δήλωση φόρου εισοδήματος του έτους 2022 καθώς η εκ νόμου απορρέουσα προθεσμία είναι η 31/08/2023) ανέρχονται σε 4.624.028,78 €, τα ενσώματα πάγια σε 3.200.726,09 € ενώ ο κύκλος εργασιών της τελευταίας τριετίας ανέρχεται σε : 30.296.997,40 €. Η εταιρεία μας ως οικονομικός φορέας εγγεγραμμένος στο ΜΕΕΠ και για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του π.δ. 71/2019, δηλώνω ότι*

δεν υπερβαίνει τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει».

21. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω, το ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας με το παραπάνω περιεχόμενο δεν είναι σύμφωνο με τη Διακήρυξη, διότι, κατά παράβαση της ρητής απαίτησης του άρθρου 23.1 της Διακήρυξης, παρέλειψε να αναγράψει το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο οριζόμενο από τον παραπάνω όρο της Διακήρυξης πεδίο. Κατά συνέπεια, η προσφορά της παρεμβαίνουσας ***** ΑΤΕΒΕ έπρεπε να απορριφθεί λόγω πλημμέλειας των δικαιολογητικών συμμετοχής, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

22. Ενόψει του ρητού όρου της Διακήρυξης να αναγράφεται το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο επίμαχο πεδίο του ΕΕΕΣ, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η απαίτηση αυτή καλύπτεται από τη δήλωση της εγγραφής της στο ΜΕΕΠ και της κατοχής ενημερότητας πτυχίου. Αλυσιτελώς δε ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να ανατρέξει στην ιστοσελίδα της αρμόδιας για την τήρηση του ΜΕΕΠ υπηρεσίας για να διαπιστώσει τα στοιχεία της εγγραφής της στο ΜΕΕΠ, διότι, πέραν του ότι στην οικεία ερώτηση του ΕΕΕΣ εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά η προσφεύγουσα απάντησε αρνητικά, συνομολογεί με την παρέμβαση ότι από την ιστοσελίδα δεν προκύπτουν τα στοιχεία του ανεκτέλεστου. Επίσης, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι το ύψος του ανεκτέλεστου θα ελεγχθεί κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, διότι, ενόψει των προπαρατεθεισών διατάξεων της Διακήρυξης, το ανεκτέλεστο πρέπει να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ, στο πλαίσιο της προαπόδειξης της συνδρομής των προϋποθέσεων συμμετοχής, οι δε σχετικές δηλώσεις επαληθεύονται με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η δε η διαπιστωθείσα πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν είναι ιάσιμη σύμφωνα με τα άρθρα 102 ν. 4412/2016 και 3.1.2.1 της Διακήρυξης, αφού τυχόν συμπλήρωση του ελλείποντος στοιχείου που ρητά απαιτείτο από τη Διακήρυξη θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση του ΕΕΕΣ.

23. Τέλος, απορριπτέος ως αλυσιτελής είναι ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής σχετικά με το ότι ούτε η προσφεύγουσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ το ακριβές ποσό ανεκτέλεστου υπόλοιπου εκτελούμενων συμβάσεων της κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής. Και τούτο, διότι η νομιμότητα της απόφασης της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας θα μπορούσε να ελεγχθεί μόνο με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, και όχι παρεμπιπτόντως με την προσβολή ισχυρισμών με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, επιφυλασσόμενης πάντως της δυνατότητας της τελευταίας να ανακαλέσει την αποδοχή της προσφοράς, στην περίπτωση που διαπιστώσει τη συνδρομή πλημμέλειας σε αυτή, όπως η παράλειψη δήλωσης του ανεκτέλεστου υπόλοιπου στο ΕΕΕΣ (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 127/2015, 607/2010, 1123/2008, 56/2008, ΔΕφΑθ 143/2020, ΔΕφΠειρ 293/2021, Ν77/2020, ΕΑΔΗΣΥ 591,592/2023, 1428/2023 κ.α.). Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

24. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, οι παρεμβάσεις να απορριφθούν και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 6 Νοεμβρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

