

ΤΜΗΜΑ ΕΒΔΟΜΟ
(3ο ΔΙΑΚΟΠΩΝ)

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 18 Ιουλίου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Ασημίνα Σαντοριναίου, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Δημήτριος Τσακανίκας και Κωνσταντίνα Σταμούλη, Σύμβουλοι, Αθανάσιος Καρακίδας και Θεόδωρος Μαυροβουνιώτης, Πάρεδροι που μετέχουν με γνώμη συμβουλευτική.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο: Παραστάθηκε ο Αντεπίτροπος της Επικρατείας Ιωάννης Κάρκαλης, που αναπληρώνει νόμιμα τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας, ο οποίος κωλύεται.

Γραμματέας: Μαρία Φορτσερά.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 8.7.2022 (Α.Β.Δ.) προσφυγή ανάκλησης της Ιδιωτικής Κεφαλαιουχικής Εταιρείας με την επωνυμία, με ΑΦΜ, που εδρεύει στην (οδός), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε δια του πληρεξούσιου δικηγόρου της Θωμά Σταυρόπουλου (ΑΜ/ΔΣ Πατρών 1526).

Με την προσφυγή αυτή ζητείται η ανάκληση της πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Υπέρ της προσφυγής ανάκλησης της και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης παρεμβαίνει, με την από 18.7.2022 έγγραφη παρέμβαση, ο

Οργανισμός Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α΄ Βαθμού με την επωνυμία «Δήμος», με ΑΦΜ, που εδρεύει στην (οδός), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε δια της πληρεξούσιας δικηγόρου του Κωνσταντίνας Παπαδοπούλου (ΑΜ/ΔΣ Πατρών 1315).

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπούμενο από τον Υπουργό Οικονομικών, παραστάθηκε δια της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Στελιανής Κουστουμπάρδη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της προσφεύγουσας εταιρείας, ο οποίος ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Την πληρεξούσια δικηγόρο του παρεμβαίνοντος Δήμου, η οποία ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Τη δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου. Και

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση, το Δικαστήριο συνήλθε, κατ' εφαρμογή των άρθρων 295 παρ. 2 και 336 παρ. 1 του ν. 4700/2020, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του και της Γραμματέως του Τμήματος Πελαγίας Κρητικού σε τηλεδιάσκεψη μέσω της δημόσιας υπηρεσίας e-presence.gov.gr.

Αφού άκουσε την εισήγηση του Παρέδρου Αθανασίου Καρακίδα

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με τον νόμο

1. Με την κρινόμενη προσφυγή, όπως οι λόγοι αυτής αναπτύσσονται με το από 18.7.2022 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, για την άσκηση της οποίας έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό πληρωμής), η προσφεύγουσα ζητεί την ανάκληση της Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή σχεδίου σύμβασης μεταξύ του παρεμβαίνοντος

Δήμου και της ίδιας για την εκτέλεση του έργου «ΟΔΟΠΟΙΑ ΚΑΙ ΜΙΚΡΑ ΤΕΧΝΙΚΑ ΕΡΓΑ ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ ΚΑΙ ΑΡΚΤΙΚΟΥ ΔΙΑΜΕΡΙΣΜΑΤΟΣ 2020». Στη δε ανοιγείσα με την κρινόμενη προσφυγή διαδικασία εξέτασης διαφοράς από προσυμβατικό έλεγχο, παραδεκτώς, έχοντας προφανές έννομο συμφέρον, παρεμβαίνει υπέρ της κρινόμενης προσφυγής και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης, ο Δήμος ως αναθέτουσα Αρχή. Η προσφυγή ανάκλησης και η παρέμβαση έχουν ασκηθεί παραδεκτώς και πρέπει να εξεταστούν περαιτέρω ως προς την ουσιαστική τους βασιμότητα.

2. Με την προσβαλλόμενη πράξη κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου της ανωτέρω σύμβασης, με την αιτιολογία ότι μη νομίμως αποκλείστηκε η πρώτη μειοδότη στον ανοικτό διαγωνισμό ανάθεσης της σύμβασης από τη συνέχεια του διαγωνισμού, με βάση την κρίση της απόφασης της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΙΠΠ) ότι στο υποβληθέν από αυτή Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ-ΤΕΥΔ) παρέλειψε να απαντήσει στην ερώτηση του πεδίου «Συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005;». Ειδικότερα, το Κλιμάκιο έκρινε ότι από το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 και καταλαμβάνει τον ανωτέρω διαγωνισμό, ενόψει του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξής του, συνάγεται ότι, όταν μια προσφορά έχει τυπικές ελλείψεις όχι μόνο δεν πρέπει να απορρίπτεται άνευ ετέρου, αλλά επιβάλλεται η αναθέτουσα Αρχή να καλέσει τον οικείο οικονομικό φορέα να συμπληρώσει τις σχετικές ελλείψεις. Κατά συνέπεια, εφόσον το ανωτέρω πεδίο του ΕΕΕΣ προφανώς παρέμεινε εκ παραδρομής ασυμπλήρωτο από την , υφίστατο υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει από αυτήν να υποβάλει τη σχετική πληροφορία υπό τη μορφή ναι/όχι.

3. Ο ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147) ορίζει στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους

οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια (...)», στο άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», όπως τροποποιήθηκε από 1.6.2021 με το άρθρο 27 του ν. 4782/2021 (Α' 36/9.3.2021), ότι «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων (...) οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (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 πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις (...) περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, (...) Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά. (...)», στο άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» ότι «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της

προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102. (...)), στο άρθρο 93 «Περιεχόμενο φακέλου Δικαιολογητικά Συμμετοχής», όπως τροποποιήθηκε από 1.6.2021 με το άρθρο 35 του ν. 4782/2021, ότι «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει το Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έγγραφο Σύμβασης του άρθρου 79 (...)», και στο άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (Άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, που, σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ. 2 του ίδιου νόμου, όπως τροποποιήθηκε αναδρομικώς από την έναρξη ισχύος του με το άρθρο 22 του ν. 4903/2022 (Α' 46/5.3.2022), ισχύει από τον χρόνο δημοσίευσης του ν. 4782/2021 στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (9.3.2021), ότι «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.». Σύμφωνα, άλλωστε, με την αιτιολογική έκθεση για το άρθρο 42 του ν. 4782/2021: «Με το άρθρο 42 τροποποιείται το άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής. Συγκεκριμένα, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται

ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. 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. Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρίας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».

4. Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτές ισχύουν μετά την αντικατάστασή τους με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 ερμηνευόμενες και με βάση την αρχή της τυπικότητας, που διέπει τη διενέργεια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα Αρχή δεν δύναται να ζητά τη διόρθωση οποιωνδήποτε παραλείψεων των προσφορών και δη των παραλείψεων που κατά τις σχετικές διατάξεις του ν. 4412/2016 ή/και της

οικείας διακήρυξης, συνεπάγονται υποχρεωτικώς τον αποκλεισμό του οικείου προσφέροντος (βλ. ΣτΕ 725, 147/2022, πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/EK2, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 49, της 6.11.2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, σκ. 46, της 10.11.2016, Ciclat, C-199/15, σκ. 30). Η δε θεσπιζόμενη με τις διατάξεις αυτές δυνατότητα της αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει από διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα να συμπληρώσει ή να αποσαφηνίσει (διευκρινίσει) ή να ολοκληρώσει ή να τεκμηριώσει τις πληροφορίες ή τα έγγραφα που πρέπει να υποβάλει με την προσφορά του, όταν αυτές/ά είναι ελλιπείς/ή ή λανθασμένες/ά, δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την υποβολή, στην πραγματικότητα, νέας προσφοράς από τον συγκεκριμένο διαγωνιζόμενο (βλ. απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klairėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, ΣτΕ 725, 147/2022, πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/EK, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 52, της 4.5.2017, C-387/14, Esaprojekt, σκ. 39, της 7.4.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκ. 64, της 10.10.2013, Manova, C-336/12 σκ. 36, της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκ. 40) ούτε τη θεραπεία, με τον τρόπο αυτό, της παράλειψης υποβολής εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή είναι υποχρεωτική από τον νόμο και τη διακήρυξη, δεδομένου ότι η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που ο νόμος και η ίδια έχουν καθορίσει (βλ. απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klairėdos regiono atliekų tvarkymo centras σκ. 93, ΣτΕ 725, 147/2022, πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/EK, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 51, της 10.10.2013, Manova, C-336/12, σκ. 40, της 11.5.2017, Archus και Gama, C-131/16, σκ. 33, της 6.11.2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, σκ. 42). Ειδικότερα, όταν διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας δεν έχει συμπληρώσει καθόλου πεδίο – δήλωση του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου

Σύμβασης (ΕΕΕΣ), που έχει υποβάλει ως δικαιολογητικό συμμετοχής στον οικείο διαγωνισμό, δεδομένου ότι το έγγραφο αυτό συνιστά επίσημη (υπεύθυνη) δήλωση του διαγωνιζόμενου ότι αφενός δεν εμπίπτει στους προβλεπόμενους από τη διακήρυξη λόγους αποκλεισμού και ότι πληροί τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη κριτήρια επιλογής και αφετέρου ότι είναι σε θέση ανά πάσα στιγμή να υποβάλει τα αντίστοιχα προβλεπόμενα στον νόμο και στη διακήρυξη μέσα-δικαιολογητικά, που αποδεικνύουν τα δηλωθέντα κατά το στάδιο της υποβολής της προσφοράς στο ΕΕΕΣ γεγονόςτα, δεν δύναται να διαπιστωθεί ότι αυτός δεν εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού στον οποίο αφορά το μη συμπληρωθέν πεδίο ή ότι αυτός πληροί το κριτήριο επιλογής στο οποίο αφορά το μη συμπληρωθέν πεδίο. Τούτο έχει ως συνέπεια η αναθέτουσα Αρχή να μη δύναται να τον καλέσει να συμπληρώσει (αναπληρώσει) το ελλείπον σχετικό πεδίο το πρώτον μετά την υποβολή της προσφοράς του, καθώς τούτο θα συνιστούσε θεραπεία της επί ποινή απαραδέκτου υποχρέωσής του να υποβάλει με την προσφορά του ως δικαιολογητικό συμμετοχής το ΕΕΕΣ, κατά το μέρος που αυτό αφορά στον σχετικό λόγο αποκλεισμού ή στο σχετικό κριτήριο επιλογής, καθιστώντας με τον τρόπο αυτό την καταρχήν απαράδεκτη προσφορά του εκ των υστέρων παραδεκτή, κατά παράβαση των ρητώς προβλεπόμενων στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων. Αντιθέτως, η αναθέτουσα Αρχή είναι υποχρεωμένη, κατ' άρθρα 91 και 93 του ν. 4412/2016, να απορρίψει την προσφορά του οικείου διαγωνιζόμενου, λόγω μη υποβολής προβλεπόμενου από το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 και την οικεία διακήρυξη δικαιολογητικού συμμετοχής, ήτοι του οικείου ΕΕΕΣ, κατά το μέρος που αυτό αφορά στον σχετικό λόγο αποκλεισμού ή στο σχετικό κριτήριο επιλογής, εκτός αν από άλλα στοιχεία του φακέλου της προσφοράς του αποδεικνύεται ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του ο σχετικός λόγος αποκλεισμού ή ότι αυτός πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής.

5. Με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου εγκρίθηκε η διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) διαγωνισμού για την

ανάθεση του έργου «ΟΔΟΠΟΙΑ ΚΑΙ ΜΙΚΡΑ ΤΕΧΝΙΚΑ ΕΡΓΑ ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ ΚΑΙ ΑΡΚΤΙΚΟΥ ΔΙΑΜΕΡΙΣΜΑΤΟΣ 2020», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.500.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, ήτοι κατώτερη του οικονομικού ορίου του άρθρου 5 περ. α' του ν. 4412/2016, όπως αυτό έχει τροποποιηθεί με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2019/1828 (5.350.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ), και, επομένως, μη εμπίπτων στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2024/14/ΕΕ. Εγκρίθηκαν, επίσης, οι όροι της διακήρυξης για τον ανωτέρω διαγωνισμό, το πλήρες κείμενο της οποίας καταχωρήθηκε (δημοσιεύθηκε) στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις (ΑΔΑΜ:). Σύμφωνα με τη διακήρυξη, αντικείμενο του προς ανάθεση έργου είναι η ανακατασκευή και συντήρηση τμημάτων οδών και πεζοδρομίων που ανήκουν στο Κεντρικό και στο Αρκτικό Διαμέρισμα του Δήμου, καθώς και η κατασκευή μικρών τεχνικών έργων. Ειδικότερα, οι εργασίες του έργου αφορούν κυρίως: α) στην ανακατασκευή και συντήρηση οδών, β) στην ανακατασκευή και συντήρηση πεζοδρομίων και γ) σε μικρά τεχνικά έργα (άρθρο 11.3 της διακήρυξης). Η προθεσμία εκτέλεσης του έργου είναι δώδεκα (12) μήνες από την ημέρα υπογραφής της σχετικής σύμβασης (άρθρο 12 της διακήρυξης). Ως κριτήριο δε ανάθεσής του ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή, άρθρο 14 της διακήρυξης), ενώ ως σύστημα υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό ορίστηκε αυτό των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης (άρθρο 95 παρ. 2α του ν. 4412/2016, άρθρο 13.2 της διακήρυξης).

6. Περαιτέρω, η διακήρυξη ορίζει στο άρθρο 3 ότι «(...) 3.2 Στον ηλεκτρονικό φάκελο προσφοράς περιέχονται: (α) ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής». (...) 3.5 Ο χρήστης – οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του υποσυστήματος, όπως περιγράφεται κατωτέρω: α) Τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» είναι τα οριζόμενα στο άρθρο 24.2 της παρούσας (...)», στο άρθρο 9 «Συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» ότι «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, κατά τη

διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, να καλέσει τους οικονομικούς φορείς, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του υποσυστήματος, να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει (...) μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σ' αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016 (...) Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.», στο άρθρο 22.Α.5 ότι «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης (διαγωνισμό), οικονομικός φορέας εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (εθνικός λόγος αποκλεισμού)», στο άρθρο 23 «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» ότι «23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 (...) του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, (...) 23.3 Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α. (...) Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα παρακάτω δικαιολογητικά: (α) (...) (στ) Δικαιολογητικά της παρ. Α.5 του Άρθρου 22. Για την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της παραγράφου Α.5 του άρθρου 22 υποβάλλονται, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος είναι ανώνυμη εταιρία: Δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης μετοχών· (...) - Πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής του κράτους της έδρας, από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές είναι ονομαστικές που να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. - 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 εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς. (...)» και στο άρθρο 24 «Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς» ότι «24.1 Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους: (α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» (...) 24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: - α) Το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (...)). Επομένως, η διακήρυξη ορίζει, κατ' εφαρμογή των άρθρων 79, 91 και 93 του ν. 4412/2016 (βλ. σκέψεις 3 και 4), ότι απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού (απόρριψης) της οικείας προσφοράς η υποβολή μ' αυτή ως δικαιολογητικού συμμετοχής του ΤΕΥΔ του οικείου προσφέροντος, ήτοι του ΕΕΕΣ που αυτός συμπληρώνει ως επίσημη (υπεύθυνη) δήλωση ότι, μεταξύ άλλων, δεν εμπίπτει στον προβλεπόμενο από την παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 περί ονομαστικοποίησης μετοχών, όπως αυτό έχει τροποποιηθεί με τα άρθρα 8 του ν. 3414/2005 (Α' 279), 375 παρ. 10 του ν. 4412/2016 και 239 του ν. 4782/2021, υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού του από τη διαδικασία του διαγωνισμού και είναι σε θέση ανά πάσα στιγμή να υποβάλει τα αντίστοιχα προβλεπόμενα στον νόμο και στη διακήρυξη μέσα (δικαιολογητικά) απόδειξης που το ΕΕΕΣ αντικαθιστά κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς. Τα μέσα δε αυτά είναι, προκειμένου για προσφέρουσες ημεδαπές ανώνυμες εταιρείες, αφενός το πιστοποιητικό της Υπηρεσίας Γενικού Εμπορικού Μητρώου (ΓΕΜΗ) του οικείου Επιμελητηρίου, που αποδεικνύει απλώς ότι οι μετοχές της εταιρείας είναι ονομαστικές αφετέρου η αναλυτική κατάσταση που αποδεικνύει 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.

7. Μέχρι την καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής προσφορών (29.6.2021) στον ανωτέρω διαγωνισμό υποβλήθηκαν προσφορές από έξι (6) οικονομικούς φορείς, μεταξύ των οποίων η Η

τελευταία υπέβαλε ως δικαιολογητικό συμμετοχής το από 23.6.2021 ψηφιακά υπογεγραμμένο ΤΕΥΔ (ΕΕΕΣ), στο πεδίο Δ. «ΑΛΛΟΙ ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ» του Μέρους ΙΙΙ: «Λόγοι αποκλεισμού», του οποίου, με τίτλο «Ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις. Άρθρο 8 παρ. 4 του ν. 3310/2005», δεν απάντησε είτε με ΝΑΙ είτε με ΟΧΙ στην ερώτηση αν «Συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005;» αλλά παρέπεμψε μόνο δίπλα στον τίτλο «Ονομαστικοποίηση μετοχών εταιρειών που συνάπτουν δημόσιες συμβάσεις. Άρθρο 8 παρ. 4 του ν. 3310/2005» σε ιστοσελίδα της Υπηρεσίας ΓΕΜΗ του Επιμελητηρίου Κατά την ορισθείσα δε ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η επιτροπή του διαγωνισμού προέβη σε αποσφράγιση των προσφορών των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων και κατέταξε αυτές κατά σειρά μειοδοσίας, ως ακολούθως: 1)
, με έκπτωση 47.80%, 2), με έκπτωση 35.64%, 3)

, με έκπτωση 28.96%, 4)
, με έκπτωση 25.10%, 5)
, με έκπτωση 22.31%, και 6)
, με έκπτωση 18.27%. Ακολούθησε έλεγχος, κατά σειρά μειοδοσίας, της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επί μέρους ποσοστών έκπτωσης, της ομαλής σχέσης των οικονομικών προσφορών, των δικαιολογητικών συμμετοχής και ειδικώς των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής των ανωτέρω διαγωνιζόμενων. Από τον έλεγχο αυτό διαπιστώθηκε ότι όλοι οι διαγωνιζόμενοι υπέβαλαν παραδεκτές προσφορές. Ενόψει αυτών, η επιτροπή του διαγωνισμού, με το 1/5.7.2021 πρακτικό της, εισηγήθηκε την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της πρώτης στη σειρά μειοδοσίας, με μέση έκπτωση 47,80%. Αυτό δε το πρακτικό εγκρίθηκε με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου

8. Η άσκησε κατά της ανωτέρω απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής την από 30.8.2021 προδικαστική προσφυγή στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ, νυν Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων ή ΕΑΔΗΣΥ, βλ. άρθρο 3 του ν. 4912/2022, Α΄ 59/17.3.2022). Με την προσφυγή αυτή ζήτησε την ακύρωση της ανωτέρω απόφασης, κατά το μέρος που μ' αυτή έγινε δεκτή η προσφορά της, προβάλλοντας, μεταξύ άλλων, ότι η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί, αφού στο ανωτέρω πεδίο - ερώτημα του ΕΕΕΣ της αυτή δεν απάντησε, και δη αρνητικά, στο αν συντρέχουν ή όχι οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 περί ονομαστικοποίησης μετοχών, και, επομένως, δεν συμπλήρωσε το υποχρεωτικώς εκ της διακήρυξης επί ποινή αποκλεισμού συμπληρωτέο πεδίο του ΕΕΕΣ, η μη συμπλήρωση του οποίου δεν δύναται να αντικατασταθεί από την προαναφερόμενη σχετική παραπομπή σε ιστοσελίδα της Υπηρεσίας ΓΕΜΗ του Επιμελητηρίου, αφού από το ΓΕΜΗ δεν παρέχονται οι σχετικές με την ονομαστικοποίηση των μετοχών πληροφορίες. Με την δε απόφαση της ΑΕΠΠ, η προσφυγή αυτή έγινε δεκτή και ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση της ως άνω Οικονομικής Επιτροπής, κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της προσωρινής μειοδότης εταιρείας, με την αιτιολογία ότι η προσφορά αυτή έπρεπε να απορριφθεί, αφού η εταιρεία αυτή παρέλειψε να απαντήσει στο ανωτέρω πεδίο - ερώτημα του ΕΕΕΣ για τη συνδρομή ή όχι στο πρόσωπό της των προϋποθέσεων εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 περί ονομαστικοποίησης μετοχών, χωρίς να προκύπτει η απόδειξη της πλήρωσης της εν λόγω απαίτησης από την παραπομπή στην ιστοσελίδα της αρμόδιας Υπηρεσίας ΓΕΜΗ, εφόσον κατά τις οικείες διατάξεις και το άρθρο 23.3 περ. στ της διακήρυξης η σχετική απόδειξη προκύπτει προεχόντως από το μετοχολόγιο της εταιρείας ως εξήχθη τις τελευταίες τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς. Περαιτέρω δε, κρίθηκε κατ' επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, περιεχόμενο της οποίας αποτελεί και η απαγόρευση της εκ των υστέρων τροποποίησης της οικείας προσφοράς κατά τρόπο που να ευνοεί την ανωτέρω προσωρινή μειοδότης εταιρεία

έναντι έτερου ή έτερον συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, ότι δεν μπορούν να τύχουν εφαρμογής στην προκειμένη περίπτωση οι διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 ακόμα και όπως αυτές διαμορφώθηκαν μετά την αντικατάσταση του άρθρου αυτού με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, διότι η δυνητική συμπλήρωση παράλειψης δεν δύναται να βαίνει έως του σημείου πλήρους καταστρατήγησης υποχρεωτικών όρων της διακήρυξης, που έθεσαν την βάση της επί ίσοις όροις συμμετοχής των υποψηφίων. Αντιθέτως, υφίσταται δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας Αρχής να απορρίψει την ανωτέρω προσφορά, δεδομένου και του γεγονότος ότι δεν υφίσταται στη διακήρυξη ρητή μνεία περί δυνατότητας της ανωτέρω διαγωνιζόμενης εταιρείας να καλύψει την ανωτέρω παράλειψη απάντησής της στο επίμαχο πεδίο του ΕΕΕΣ.

9. Ακολούθως, με την απόφαση της ως άνω Οικονομικής Επιτροπής: α) ακυρώθηκε η απόφασή της, β) αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό η αρχικώς αναδειχθείσα προσωρινή μειοδότηρια, σε εκτέλεση της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ, και γ) εγκρίθηκε το 2/8.11.2021 πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού περί ανάδειξης της δεύτερης στη σειρά μειοδοσίας ως προσωρινής αναδόχου του ανωτέρω έργου, με μέση έκπτωση 35,64%.

10. Εν συνεχεία, προσκλήθηκε, με το .../30.12.2021 έγγραφο του Διευθυντή Έργων Υποδομής του Δήμου, η ανωτέρω νέα προσωρινή ανάδοχος εταιρεία να υποβάλει τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία αυτή υπέβαλε εμπροθέσμως στις 5.1.2022. Η επιτροπή δε του διαγωνισμού, με το 3/19.1.2022 πρακτικό της, αφού έλαβε υπόψη της τα υποβληθέντα δικαιολογητικά, διαπίστωσε ότι αυτά είναι πλήρη και σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και εισηγήθηκε την κατακύρωση του διαγωνισμού στον οικονομικό φορέα Με την δε απόφαση της ως άνω Οικονομικής Επιτροπής, που κοινοποιήθηκε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στους λοιπούς διαγωνιζόμενους στις 18.2.2022, εγκρίθηκε το ανωτέρω πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού και κατακυρώθηκε οριστικώς το ανωτέρω έργο στην ανωτέρω

προσωρινή ανάδοχο εταιρεία (.....), με μέση έκπτωση 35,64% και σύνολο δαπάνης κατά την προσφορά 784.453,02 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

11. Με την ήδη προσβαλλόμενη πράξη του Ε΄ Κλιμακίου, κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης μεταξύ του Δήμου και της ανωτέρω ήδη προσφεύγουσας οριστικής αναδόχου εταιρείας, με την αιτιολογία ότι μη νομίμως αποκλείστηκε η ανωτέρω αρχική προσωρινή μειοδότηρια από τον διαγωνισμό για τον λόγο ότι στο υποβληθέν από αυτήν ανωτέρω ΕΕΕΣ δεν απάντησε στο προαναφερόμενο πεδίο – ερώτημα αν «Συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005». Τούτο δε, διότι από τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, που καταλαμβάνουν και την ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία, ενόψει του χρόνου δημοσίευσης της ανωτέρω διακήρυξης (4.6.2021), συνάγεται ότι, όταν μια προσφορά έχει τυπικές ελλείψεις, όχι μόνο δεν πρέπει η προσφορά αυτή να απορρίπτεται άνευ ετέρου αλλά επιβάλλεται η αναθέτουσα Αρχή να καλέσει τον οικείο οικονομικό φορέα να συμπληρώσει τις ελλείψεις. Κατά συνέπεια, εφόσον το προαναφερόμενο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ παρέμεινε εκ παραδρομής ασυμπλήρωτο από την διαγωνιζόμενη, υφίστατο υποχρέωση της αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει από την εταιρεία αυτή να υποβάλει τη σχετική πληροφορία υπό τη μορφή ναι/όχι. Η υποχρέωση δε αυτή της αναθέτουσας Αρχής ουδόλως συνεπάγεται την κατάργηση της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τη διενέργεια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημόσιων συμβάσεων, αλλά αποτρέπει, απλώς, την εφαρμογή αυτής κατά τρόπο άκαμπτο και φορμαλιστικό. Κατ' αυτόν τον τρόπο εξυπηρετείται ο επιδιωκόμενος, από τη διάταξη του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, σκοπός, που είναι η ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού και ο περιορισμός των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής τους. Περαιτέρω δε, με την κλήση της ανωτέρω εταιρείας να υποβάλει τη σχετική πληροφορία υπό τη μορφή ναι/όχι, δεν παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης

και δεν τροποποιείται η προσφορά της με τέτοιο τρόπο, ώστε να της δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων, ενώ, τέλος, σε καμία περίπτωση δεν ζητείται από αυτήν η προσκόμιση το πρώτον δικαιολογητικών που απαιτούνται από τη διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, δεδομένου ότι, για τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 περί ονομαστικοποίησης μετοχών, υπάρχει υποχρέωση προσκόμισής τους, με την επιφύλαξη του άρθρου 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016, μόνο κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, κατά το οποίο και μόνο δύναται να κηρυχθεί μια προσφορά απαράδεκτη για τον λόγο αυτό.

12. Με την κρινόμενη προσφυγή και την υπέρ αυτής παρέμβαση προβάλλεται ότι εσφαλμένως κρίθηκε με την προσβαλλόμενη πράξη ότι η παράλειψη της αρχικής προσωρινής αναδόχου να απαντήσει στο ανωτέρω πεδίο – ερώτημα του ΕΕΕΣ, που αφορά στη συνδρομή ή μη στο πρόσωπό της του υποχρεωτικού λόγου αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 περί ονομαστικοποίησης μετοχών, μπορεί να θεραπευθεί, κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021. Ειδικότερα, οι γενικές αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, στις οποίες κάνει ρητή αναφορά και το προαναφερόμενο άρθρο του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, επιβάλλουν η δυνατότητα διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων των προσφορών να μην ερμηνεύεται από την αναθέτουσα Αρχή υπό την έννοια ότι αυτή δύναται να δέχεται διορθώσεις παραλείψεων, που κατά τη ρητή πρόβλεψη εγγράφων της οικείας σύμβασης επάγονται τον αποκλεισμό του οικείου οικονομικού φορέα. Διευκρίνιση, δηλαδή, ή συμπλήρωση προσφοράς χωρεί μόνο επί καταρχήν νομίμως υποβληθέντων στοιχείων της και όχι προς αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νομίμως υποβληθέντων στοιχείων αυτής, έτσι ώστε να μην καταλήγει, στην πραγματικότητα, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, στο να υποβάλλει ο οικείος προσφέρων νέα προσφορά ούτε στο να καλείται αυτός για διευκρινίσεις –

συμπληρώσεις μη υποβληθείσας με τον τρόπο και εντός του χρόνου που ρητώς απαιτεί η οικεία διακήρυξη συγκεκριμένης δήλωσης ή πληροφορίας που σχετίζεται με υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού από τον διαγωνισμό, όπως συνέβη εν προκειμένω με την ανωτέρω αρχική προσωρινή μειοδότηρια εταιρεία, η οποία δεν υπέβαλε το επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενο δικαιολογητικό συμμετοχής ΕΕΕΣ (ΤΕΥΔ) συμπληρωμένο κατά τον τρόπο και στον χρόνο που απαιτούσε η διακήρυξη αλλά και το άρθρο 79 του ν. 4412/2016. Άλλωστε, η εκ των υστέρων κλήση της για συμπλήρωση του εν λόγω παραλειφθέντος πεδίου θα σήμαινε την εκ νέου υποβολή εκ μέρους της ολόκληρου του ΕΕΕΣ με συμπληρωμένο το επίμαχο πεδίο του μετά τον χρόνο της αρχικής υποβολής της προσφοράς της, και, επομένως, την κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων αναπλήρωση επί ποινή αποκλεισμού υποχρεωτικού εγγράφου της προσφοράς της (δικαιολογητικού συμμετοχής), που δεν υποβλήθηκε κατά τον χρόνο και τον τρόπο που προβλέπεται στη διακήρυξη. Επικουρικώς δε η προσφεύγουσα εταιρεία προβάλλει ότι η δια της προσβαλλόμενης Πράξης αντίθετη με την ανωτέρω κρίση της ΑΕΠΠ (νυν ΕΑΔΗΣΥ) κρίση του Κλιμακίου ότι η παράλειψη της ανωτέρω διαγωνιζόμενης εταιρείας (.....) να απαντήσει στο ανωτέρω πεδίο – ερώτημα του ΕΕΕΣ, μπορεί να θεραπευθεί, κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, παραβιάζει την πρακτική αποτελεσματικότητα της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ «Για το συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων περί της εφαρμογής των διαδικασιών προσφυγής στον τομέα της σύναψης συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων», όπως αυτή έχει ενσωματωθεί στο ελληνικό δίκαιο με τις διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) του ν. 4412/2016, κατά το μέρος που αυτές προβλέπουν την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά των πράξεων διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων στην ΑΕΠΠ (νυν ΕΑΔΗΣΥ) (άρθρα 347 έως 371 του Βιβλίου IV).

13. Ενόψει των ανωτέρω και σύμφωνα με όσα έγιναν ερμηνευτικώς δεκτά στη σκέψη 4 σχετικά με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό

αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, το Τμήμα κρίνει ότι η αναθέτουσα Αρχή δεν είχε τη διακριτική ευχέρεια να καλέσει την ανωτέρω διαγωνιζόμενη αρχική προσωρινή μειοδότη εταιρεία (.....) να συμπληρώσει (αναπληρώσει) το ανωτέρω ελλείπον πεδίο – ερώτημα του ΕΕΕΣ το πρώτον μετά την υποβολή της προσφοράς της, καθώς τούτο θα συνιστούσε παροχή δυνατότητας να υποβάλει αυτή ουσιώδες στοιχείο (δικαιολογητικό) της προσφοράς της, απαιτούμενο επί ποινή αποκλεισμού από τα άρθρα 79, 91 και 93 του ν. 4412/2016 αλλά και 23 και 24 της διακήρυξης (βλ. σκέψη 6), μετά την υποβολή της προσφοράς και όχι επιτρεπόμενη κλήση προς συμπλήρωση ή αποσαφήνιση ή ολοκλήρωση ή τεκμηρίωση υποβληθέντος ήδη με την προσφορά της εγγράφου (δικαιολογητικού) ή των σχετικών πληροφοριών. Τούτο διότι τυχόν κλήση της ανωτέρω διαγωνιζόμενης εταιρείας να συμπληρώσει το ανωτέρω πεδίο – δήλωση του ΕΕΕΣ, που έμεινε κενό, με συνέπεια να μην προκύπτει ότι αυτή δεν εμπίπτει στον προβλεπόμενο από την παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 περί ονομαστικοποίησης μετοχών αλλά και από τη διακήρυξη υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό, θα συνιστούσε θεραπεία της κατ' άρθρα 79, 91 και 93 του ν. 4412/2016 (βλ. σκέψεις 3 και 4) αλλά και 23 και 24 της διακήρυξης (βλ. σκέψη 6) επί ποινή απαραδέκτου (αποκλεισμού) υποχρέωσής της να υποβάλει με την προσφορά της ως δικαιολογητικό συμμετοχής το ΕΕΕΣ, κατά το μέρος που αυτό αφορά στον ανωτέρω λόγο αποκλεισμού, καθιστώντας με τον τρόπο αυτό την καταρχήν απαράδεκτη προσφορά της παραδεκτή, κατά παράβαση των ρητώς προβλεπόμενων στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων. Αντιθέτως, η αναθέτουσα Αρχή ήταν υποχρεωμένη να απορρίψει την προσφορά της ανωτέρω εταιρείας, λόγω μη υποβολής προβλεπόμενου από τον νόμο και τη διακήρυξη (βλ. ανωτέρω) δικαιολογητικού συμμετοχής, ήτοι του οικείου ΕΕΕΣ, κατά το μέρος που αυτό αφορά στον ανωτέρω λόγο αποκλεισμού, δεδομένου και του ότι δεν αποδεικνύεται από άλλα στοιχεία του φακέλου της προσφοράς της ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό της ο ανωτέρω υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού. Ειδικότερα, η προαναφερόμενη

περιλαμβανόμενη στο ανωτέρω ΕΕΕΣ σχετική παραπομπή στην ιστοσελίδα της αρμόδιας Υπηρεσίας ΓΕΜΗ δεν αποδεικνύει τη μη συνδρομή του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπο της ανωτέρω εταιρείας αλλά μόνο δυνητικά ότι απλώς οι μετοχές της εταιρείας είναι ονομαστικές. Η μη συνδρομή του ανωτέρω λόγου αποκλεισμού θα αποδεικνυόταν, άλλωστε, μόνο αν στην προσφορά περιλαμβανόταν, σύμφωνα και με το άρθρο 23.3 περ. στ' της διακήρυξης, η αναλυτική κατάσταση που αποδεικνύει 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. Επομένως, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα με την υπό κρίση προσφυγή, εσφαλμένως το Κλιμάκιο έκρινε με την προσβαλλόμενη πράξη του ότι η παράλειψη συμπλήρωσης του ανωτέρω πεδίου του ΕΕΕΣ από την ανωτέρω εταιρεία μπορούσε να συμπληρωθεί, κατόπιν σχετικής κλήσης της από την αναθέτουσα Αρχή, κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021.

14. Κατόπιν αυτών, γενομένου δεκτού του κύριου λόγου της υπό κρίση προσφυγής και παρελκούσης ως αλυσιτελούς της εξέτασης του επικουρικού λόγου αυτής, ο οποίος πάντως ερείδεται επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης, αφού η ανωτέρω σύμβαση έργου, προϋπολογισμού 1.500.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2024/14/ΕΕ (σκέψη 5) και συνακόλουθα ούτε στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (άρθρο 1) , πρέπει η κρινόμενη προσφυγή και η ασκηθείσα παρέμβαση να γίνουν δεκτές, να ανακληθεί η προσβαλλόμενη πράξη και να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το καταβληθέν παράβολο (άρθρο 310 παρ. 1 σε συνδυασμό με το άρθρο 336 παρ. 1 του ν. 4700/2020, Α' 127). Μετά δε από αυτά πρέπει να κριθεί ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος για έλεγχο σχεδίου της ανωτέρω δημόσιας σύμβασης έργου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή ανάκλησης.

Δέχεται την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ανακαλεί την πράξη του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του καταβληθέντος παραβόλου.

Αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης μεταξύ του Δήμου και της για την εκτέλεση του έργου «ΟΔΟΠΟΙΑ ΚΑΙ ΜΙΚΡΑ ΤΕΧΝΙΚΑ ΕΡΓΑ ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ ΚΑΙ ΑΡΚΤΙΚΟΥ ΔΙΑΜΕΡΙΣΜΑΤΟΣ 2020».

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη στις 21 Ιουλίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΣΗΜΙΝΑ ΣΑΝΤΟΡΙΝΑΙΟΥ

Ο ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ ΚΑΡΑΚΟΪΔΑΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του 8^{ου} Τμήματος Διακοπών του Δικαστηρίου στις 22 Αυγούστου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΛΕΝΗ ΛΥΚΕΣΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ