

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 6 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης – Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή με ημερομηνία 17.06.2022 και ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 865/20.06.2022 της εταιρείας με την επωνυμία «Ανώνυμη Εταιρεία υπό την επωνυμία «...» (εφεξής: η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ... στην οδό ... αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, σε συμμόρφωση με την Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης - Τμήμα Γ' Ακυρωτικό με αρ. 631/2022, η οποία εκδόθηκε για την αίτηση ακύρωσης με ΑΚ 378/2022 της ίδιας εταιρείας κατά της σιωπηρής απόρριψης της παραπάνω προσφυγής.

Κατά της ... (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και την Παρέμβαση με ημερομηνία 30.06.2022 της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο ... επί της οδού ... αρ. ..., (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή της, η οποία καθίσταται εκ νέου εκκρεμής ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ μετά την έκδοση της Απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης με αριθμό 631/2022, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντα φορέα με ημερομηνία 05.06.2022 και αριθμό 170/2022, με την οποία εγκρίθηκε το 2ο Πρακτικό της Επιτροπής του

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

Διαγωνισμού, κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκε επαρκής και αποδεκτή η αιτιολόγηση της προσφοράς της «...» και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, είχε καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του πδ 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).
2. Ο αναθέτων φορέας με την Διακήρυξη με αριθμό .../2022 προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» με εκτιμώμενη αξία 4.973.217,47 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ σύμφωνα με τις διατάξεις του ν.4412/2016, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 27.01.2022 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό
3. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 17.06.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 08.06.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.
4. Στις 20.06.2022 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και το άρ. 9 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017.

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

5. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παραδεκτά στις 30.06.2022 την Παρέμβασή της με όμοια ημερομηνία την οποία ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε προς όλους τους ενδιαφερόμενους την 01.07.2022. Ο αναθέτων φορέας απέστειλε εμπρόθεσμα στις 01.07.2022 προς την ΑΕΠΠ τις απόψεις της με όμοια ημερομηνία, τις οποίες κοινοποίησε την ίδια ημέρα προς όλους τους συμμετέχοντες. Η προσφεύγουσα κατέθεσε παραδεκτά στις 05.07.2022 το Υπόμνημά της με ημερομηνία 03.05.2022 με όμοια ημερομηνία για την απόρριψη των απόψεων του αναθέτοντα φορέα και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας, το οποίο ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε στις 06.07.2022 προς όλους τους συμμετέχοντες.

6. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 30.01.203 Υπόμνημα το οποίο κοινοποίησε την ίδια ημέρα στην ΕΑΔΗΣΥ, για την Παρέμβαση που η ίδια έχει καταθέσει και υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης. Το παραπάνω Υπόμνημα δεν λαμβάνεται υπόψη, καθώς η κατάθεσή του δεν προβλέπεται στο αρ. 365 παρ. 1 ν. 4412/2016 μετά την αναπομπή της υπόθεσης στην ΕΑΔΗΣΥ κατόπιν έκδοσης δικαστικής απόφασης.

7. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η ΔΕΥΑ Βέροιας ασκεί ως αναθέτων φορέας και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016.Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1 και άρθρου 379, παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

8. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

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

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

10. Στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζονται τα εξής: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, 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 των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, και γ) τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθορισθεί σύμφωνα με το άρθρο 84, περί περιορισμού του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που καλούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ίδιες πληροφορίες για τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελεί 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».

11. Η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων των οδηγιών, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης, κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος, τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους οικονομικούς φορείς, ιδία τις ΜΜΕ. Ωστόσο, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να είναι σε θέση να αποδείξουν με τα κατάλληλα και απαιτούμενα στη διακήρυξη έγγραφα, όσα δηλώνουν υπευθύνως με το ΕΕΕΣ. Άλλωστε, το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά την παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986 και η οποία, κατά πάγια νομολογία, αφορά αποκλειστικά και μόνον σε γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα, όχι όμως, μέλλοντα (πρβλ. ΠΕ 160, 58/1984 και ΣτΕ 781/2010). Επομένως, αφενός, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΕΕΕΣ υπευθύνως γεγονότα τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του, προαποδεικνύοντάς τα, συνάμα δε δεσμεύονται ότι, ανά πάσα στιγμή, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οφείλουν να αποδείξουν βάσει των οριζόμενων στη διακήρυξη εγγράφων κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, ότι πληρούν τα δηλούμενα.

12. Ως υπεργολαβία ορίζεται η σύμβαση με την οποία ο ανάδοχος αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή, έναντι της οποίας μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες παραμένει ο ανάδοχος, η δε συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ, περί μίσθωσης έργου. Σημειώνεται ότι δεν νοείται υπεργολαβία για αντικείμενο που δεν υπάγεται στο φυσικό αντικείμενο της προκηρυχθείσας δημόσιας σύμβασης, όπως το αντικείμενο αυτό ορίζεται συγκεκριμένα από την ανά περίπτωση διακήρυξη (ΣτΕ 196/2006, 199/2008, 1190/2009, βλ. και Κατευθυντήρια Οδηγία 10 της ΕΑΑΔΗΣΥ (Απόφαση 139/2015 με θέμα «ΘΕΜΑΤΑ ΠΟΥ ΑΝΑΚΥΠΤΟΥΝ ΚΑΤΑ ΤΗ ΧΡΗΣΗ ΤΗΣ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑΣ ΚΑΙ ΟΡΟΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΗΣ»), επομένως, το βασικό χαρακτηριστικό του υπεργολάβου είναι ότι αναλαμβάνει να εκτελέσει ο ίδιος ένα τμήμα της σύμβασης, η εκτέλεση της οποία έχει ανατεθεί καταρχήν στον ανάδοχο και άρα συμφωνία υπεργολαβίας υφίσταται όταν ο ανάδοχος συμφωνεί με τρίτον οικονομικό φορέα ότι ο τελευταίος θα εκτελέσει/υλοποιήσει ένα τμήμα του

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

συμβατικού αντικειμένου. Ουσιαστικά, πρόκειται για μια μορφή συμμετοχής στην εκτέλεση της σύμβασης, προσώπου διαφορετικού του αναδόχου αυτής, δηλαδή, η υπεργολαβία, είναι η πιο άμεση μορφή ανάμιξης τρίτου οικονομικού φορέα στην εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, καθότι ο τρίτος φορέας-υπεργολάβος αναλαμβάνει ο ίδιος την εκτέλεση ενός μέρους του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, στη θέση του αναδόχου-εργολάβου.

13. Στο άρθρο 25 της επίμαχης Διακήρυξης με τίτλο «Υπεργολαβία» ορίζεται ότι *«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. Αν ο ανάδοχος πρότεινε συγκεκριμένους υπεργολάβους κατά την υποβολή της προσφοράς του, υποχρεούται, κατά την υπογραφή της σύμβασης εκτέλεσης, να προσκομίσει την υπεργολαβική σύμβαση. Η Διευθύνουσα Υπηρεσία μπορεί να χορηγήσει προθεσμία στον ανάδοχο κατ' αίτησή του, για την προσκόμιση της υπεργολαβικής σύμβασης με τον αρχικώς προταθέντα υπεργολάβο ή άλλον, που διαθέτει τα αναγκαία, κατά την κρίση της υπηρεσίας αυτής, προσόντα, εφόσον συντρέχει σοβαρός λόγος.*

14. Στο άρθρο 23 «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» της επίμαχης Διακήρυξης ορίζεται: *«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 υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή*

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Το ΕΕΕΣ φέρει υπογραφή με ημερομηνία εντός του χρονικού διαστήματος, κατά το οποίο μπορούν να υποβάλλονται προσφορές. Αν στο διάστημα που μεσολαβεί μεταξύ της ημερομηνίας υπογραφής του ΕΕΕΣ και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έχουν επέλθει μεταβολές στα δηλωθέντα στοιχεία, εκ μέρους του, στο ΕΕΕΣ, ο οικονομικός φορέας αποσύρει την προσφορά του, χωρίς να απαιτείται απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Στη συνέχεια μπορεί να την υποβάλει εκ νέου με επίκαιρο ΕΕΕΣ. Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ. Κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ, καθώς και της συνοδευτικής υπεύθυνης δήλωσης, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 22.Α.1 της παρούσας, για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν 128. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα, για την εφαρμογή του παρόντος, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 33 Ο οικονομικός φορέας φέρει την υποχρέωση, να δηλώσει, μέσω του ΕΕΕΣ, με ακρίβεια στην αναθέτουσα αρχή, ως έχουσα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού, την κατάστασή του σε σχέση με τους λόγους που προβλέπονται στο άρθρο 73 του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 22.Α της παρούσης 131 και ταυτόχρονα να επικαλεσθεί και τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. Επισημαίνεται ότι, κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παρ. 10 του άρθρου 73, περί λόγων αποκλεισμού, ή η εφαρμογή της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 (Α' 93), αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης. Οι προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού των περ. ζ' ή/ και θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του παρόντος και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου. Όσον αφορά τις υποχρεώσεις για την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (περ. α' και β' της παρ. 2 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) αυτές θεωρείται ότι δεν έχουν αθετηθεί εφόσον δεν έχουν καταστεί ληξιπρόθεσμες ή εφόσον έχουν υπαχθεί σε δεσμευτικό διακανονισμό που τηρείται. Στην περίπτωση αυτή, ο οικονομικός φορέας δεν υποχρεούται να απαντήσει καταφατικά στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ, με το οποίο ερωτάται εάν ο οικονομικός φορέας έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης ή, κατά περίπτωση, εάν έχει αθετήσει τις παραπάνω υποχρεώσεις του. 132 Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης. 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».

15. Στο άρθρο 23.2. της Διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)» ορίζεται ότι «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/16, και στο άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας».

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

16. Με τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Συγκεκριμένα, προβάλλει ότι η παρεμβαίνουσα δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ της, ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό τη μορφή υπεργολαβίας, αν και από την αιτιολογία της προσφοράς της, που κατέθεσε μετά από σχετική κλήση του αναθέτοντα φορέα, προέκυψε ότι θα χρησιμοποιήσει υπεργολάβους για την εκτέλεση του υπό ανάθεση έργου. Μετά την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης επί του πιο πάνω λόγου προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

17. Μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων η επιτροπή του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι ο μέσος όρος του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών ήταν ίσος με 30,71% και ως εκ τούτου εισηγήθηκε ότι θα πρέπει να εφαρμοστεί η διαδικασία του άρθρου 4 παρ. 4.1 η' της Διακήρυξης για τις προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...». Στη συνέχεια, ο αναθέτων φορέας απέστειλε Πρόσκληση στους οικονομικούς φορείς «...» και «...» με αριθμό πρωτοκ. 1627/19.04.2022 να υποβάλλουν, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι ημερών από την κοινοποίησή της, εξηγήσεις σχετικά με το κόστος για την κατασκευή του παραπάνω έργου, που περιλαμβάνεται στην προσφορά τους. Η παρεμβαίνουσα ανταποκρίθηκε στην παραπάνω Πρόσκληση του αναθέτοντα φορέα και απέστειλε στις 07.05.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, τις εξηγήσεις της με όμοια ημερομηνία για την αιτιολόγηση της προσφοράς της.

18. Στη συνέχεια, η επιτροπή του διαγωνισμού με το Πρακτικό της 03.06.2022, εισηγήθηκε ότι η αιτιολόγηση της παρεμβαίνουσας είναι επαρκής καθώς εξηγείται με ικανοποιητικό τρόπο το επίπεδο του κόστους του έργου και προτείνεται η αιτιολόγησή της (και κατ' επέκταση η προσφορά της) να γίνει αποδεκτή με βάση τα οριζόμενα στο άρθρο 88 παρ. 3 ν. 4412/16 και την τροποποίηση του πίνακα παραδεκτών προσφορών κατά σειρά μειοδοσίας ως

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

εξής: 1. ... με ποσοστό μέσης έκπτωσης [%] 46,00 2. ... με ποσοστό μέσης έκπτωσης [%] 33,00 3. ... με ποσοστό μέσης έκπτωσης [%] 24,00 4. ... με ποσοστό μέσης έκπτωσης [%] 24,00 5. ... με ποσοστό μέσης έκπτωσης [%] 19,00, 6. ... με ποσοστό μέσης έκπτωσης [%] 17,00 και την ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα «...» με μέση έκπτωση 46,00%. Η παραπάνω εισήγηση εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντα φορέα, ο οποίος και ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο του έργου την παρεμβαίνουσα.

19. Για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό η παρεμβαίνουσα κατέθεσε ως δικαιολογητικό συμμετοχής το ΕΕΕΣ της (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΕΕΕΣ ...-sign.pdf»). Στο Μέρος II Δ' αυτού «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» και ειδικότερα στο πεδίο «Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας» και στο ερώτημα: *«Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;»* η παρεμβαίνουσα έδωσε την απάντηση **«Όχι»**. Αντίστοιχα, στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ «Κριτήρια Επιλογής» στο πεδίο «Ποσοστό υπεργολαβίας» και στο ερώτημα *«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. Προσδιορίστε»*, η παρεμβαίνουσα δήλωσε **«0»** (μηδέν).

20. Από τα παραπάνω δεδομένα συσχετιζόμενα με το γεγονός ότι το ΕΕΕΣ έχει προαποδεικτική ισχύ σχετικά με την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού καθώς και τα δεδομένα συμμετοχής του οικονομικού φορέα στον εκάστοτε διαγωνισμό, προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

με τα όσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ της δεσμεύτηκε ρητά για την εκτέλεση του επίμαχου έργου με δικό της προσωπικό και ταυτόχρονα για τη μη ανάθεση οποιουδήποτε ποσοστού σε τρίτο με τη μορφή υπεργολαβίας.

21. Παρά τα παραπάνω ωστόσο, στην αιτιολόγηση της προσφοράς που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ...-sign.pdf») και συγκεκριμένα στο σημείο που αιτιολογεί την εργασία «Αποκαταστάσεις ασφαλικών οδοστρωμάτων» δηλώνει απερίφραστα την ανάθεση των εργασιών σε υπεργολάβο, καθώς αναφέρει ότι *«Πριν την έναρξη των ασφαλοστρώσεων θα γίνει καθαρισμός των τομών των οδών μία μέρα πριν την ασφαλοστρωση από τα συνεργεία μας τα οποία θα αποτελούνται από 2 εκσκαφείς, 2 φορτηγά, 2 bobcat, και 4 εργάτες, και την επόμενη ημέρα θα γίνονται οι εργασίες ασφαλοστρώσης από **συνεργαζόμενο υπεργολάβο**, από τον οποίο έχουμε προσφορά για προμήθεια, μεταφορά και εργασία ασφαλοστρώσης, και ο οποίος θα εργασθεί με 1 φέντεραλ, 1 φίνισερ, 4 εργάτες και 1 οδοστρωτήρα τύμπανο. Την μέρα που θα γίνεται η ασφαλοστρωση, τα **συνεργεία μας** θα καθαρίζουν τις επόμενες τομές»*. Από την παραπάνω διατύπωση προκύπτει πρώτον η χρήση υπεργολάβου, δεύτερον το γεγονός ότι η σχετική προσφορά που έχει λάβει η παρεμβαίνουσα περιλαμβάνει εκτός από την προμήθεια και την εκτέλεση εργασιών ασφαλοστρώσης και τρίτον, από τη χρήση της έκφρασης *«τα συνεργεία μας θα καθαρίζουν»* στην τελευταία πρόταση, η σαφής διάκριση μεταξύ του υπεργολάβου, ο οποίος θα εκτελέσει την κύρια εργασία και των συνεργείων της παρεμβαίνουσας, τα οποία θα καθαρίζουν τις τομές. Επίσης, στο ίδιο αρχείο για την εργασία «Διέλευση αγωγού κάτω από αρδευτική τάφρο, σιδηροδρομικές γραμμές και Επαρχιακή οδό» ρητά δηλώνεται ότι *«Η διέλευση του αγωγού κάτω από αρδευτική τάφρο, σιδηροδρομικές γραμμές και Επαρχιακή οδό θα γίνει από **συνεργαζόμενο συνεργείο**, το οποίο θα τοποθετείται λίγες μέρες πριν φτάσουμε στα σημεία που πρέπει να γίνει η διάτρηση»*, διατύπωση η οποία πέρα από το ότι αποκαλύπτει τη χρήση συνεργαζόμενου και άρα τρίτου συνεργείου, διακρίνει επίσης τις εργασίες α. στην διέλευση αγωγού, την οποία

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

θα εκτελέσει ο τρίτος, και β. στη διάτρηση, την οποία θα εκτελέσει η παρεμβαίνουσα.

22. Περαιτέρω, στην προσφορά της εταιρείας «...» με ημερομηνία 09.03.2022, την οποία επικαλείται η παρεμβαίνουσα για την αιτιολόγηση της προσφοράς της, δίνεται ρητά διαφορετική τιμή ανά τόνο για την προμήθεια ασφαλτομείγματος και διαφορετική τιμή για τη μεταφορά και διάστρωσή του, οι οποίες συνιστούν αναμφίβολα εργασίες εκτέλεσης και επομένως υποδηλώνουν την ανάθεση υπεργολαβίας στην εταιρεία «...». Ακόμα, στην προσφορά της εταιρείας «...» με ημερομηνία 07.03.2022, επί της οποίας -μεταξύ άλλων- στήριξε η παρεμβαίνουσα την αιτιολόγηση της προσφοράς της αναφέρεται ότι *«Η προσφορά μας περιλαμβάνει υλικά και εργασία για την πλήρη λειτουργία των αντλιοστασίων και την παραλαβή τους από την Υπηρεσία»*, η οποία μαρτυρά την εκτέλεση των οικείων εργασιών, πέρα από την προμήθεια των απαιτούμενων υλικών. Συναφώς, στην προσφορά διατρήσεων της εταιρείας «...» περιλαμβάνονται οι παρακάτω δηλώσεις *«Έπειτα από αίτηση προσφορά για δονητική διείσδυση για τη διέλευση δικτύων χωρίς τομή του εδάφους και την τοποθέτηση χαλύβδινου αγωγού 1φ400 σας γνωρίζουμε ότι αναλαμβάνουμε την εργασία με την μέθοδο ...Σημειώνεται ότι... η παρούσα προσφορά αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι της Σύμβασης Υπεργολαβίας. Η έναρξη θα καθορίζεται ανάλογα με τη διαθεσιμότητα του εξοπλισμού και θα εξαρτηθεί από την ημερομηνία ανάθεσης της Υπεργολαβίας. Η εταιρεία μας δεν αποδέχεται ότι οι εμπορικοί/συμβατικοί όροι της Σύμβασης υπεργολαβίας είναι διαδοχικοί της Κύριας Σύμβασης... Η παραπάνω προσφορά είναι αποτελεί αναπόσπαστο κομμάτι του Συμφωνητικού Υπεργολαβίας και είναι πνευματικό δικαίωμα της εταιρείας»*.

23. Από το σύνολο των παραπάνω συνάγεται ότι οι προσφορές που έχει λάβει και επικαλείται η παρεμβαίνουσα για την αιτιολόγηση της προσφοράς της δεν αποτελούν απλώς προσφορές προμηθευτών της για τα απαιτούμενα υλικά, αλλά αντιθέτως ρητά από αυτές προκύπτει ότι προτίθεται και να αναθέσει μέρος

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

της εκτέλεσης των εργασιών αυτών σε κάποιες από τις εταιρείες αυτές. Αβάσιμα δε ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι «η προμήθεια υλικών και η εκτέλεση εργασιών από προτεινόμενα από εμάς συνεργεία δεν αποτελούν «υπεργολαβία» κατά τις διατάξεις του άρθρου 131 του Ν. 4412/2016», καθώς σαφώς στην πιο πάνω αιτιολόγηση της προσφοράς της οι προμηθεύτριες εταιρείες δεν περιορίζονται μόνο στην προμήθεια των υλικών, αλλά δηλώνουν και ότι θα αναλάβουν δια υπεργολαβίας και την εκτέλεση των οικείων εργασιών. Συνεπώς, η παρεμβαίνουσα δεν έλαβε μόνο οικονομικές προσφορές από τις πιο πάνω εταιρείες ως σημείο αναφοράς των τιμών που ισχύουν στην αγορά για την τεκμηρίωση της προσφοράς της και την προσφερόμενη τιμή, αλλά, κατά τα όσα ρητά δηλώνονται σε αυτές, θα χρησιμοποιήσει τους προμηθευτές της και ως υπεργολάβους για την εκτέλεση εργασιών του υπό ανάθεση αντικειμένου, χωρίς ωστόσο να έχει δηλώσει αυτό στο ΕΕΕΣ της, ούτε και να έχει υποβάλει ξεχωριστά ΕΕΕΣ για τις εταιρείες αυτές (βλ. ad hoc ΔεφΠειρ. 542/2022).

24. Τέλος, η παραπάνω διαπιστωθείσα πλημμέλεια κατά την υποβολή και αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν μπορεί να θεραπευθεί ύστερα από κλήση της κατά τα οριζόμενα στο αρ. 102 Ν. 4412/2016, καθόσον, όπως έχει κριθεί, μια προσφορά δεν μπορεί να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36). Οπότε, οποιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εκάστοτε προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Περαιτέρω, κατά την άσκηση της παραπάνω αρμοδιότητάς της, η

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

αναθέτουσα αρχή όσον αφορά στο αίτημα παροχής διευκρινίσεων, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π. C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37) ήτοι οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγόρευσης των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, όπως στην προκειμένη περίπτωση, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρά αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorghna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

25. Κατά συνέπεια, κατά το βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι πλημμελής και απορριπτέα, καθώς δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ότι προτίθεται να αναθέσει σε εργολάβους εργασίες του συμβατικού αντικειμένου, ούτε υπέβαλε ξεχωριστά ΕΕΕΣ για τις τρίτες εταιρείες – υπεργολάβους σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας και του αναθέτοντα φορέα.

26. Μετά την αποδοχή του παραπάνω λόγου προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο η προσφορά της παρεμβαίνουσας κρίνεται απορριπτέα, παρέλκει ως

Αριθμός Απόφασης: Σ219/2023

αλυσιτελής η εξέταση των υπολοίπων λόγων προσφυγής, δεδομένου ότι η παραπάνω πλημμέλεια παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

27. Με βάση τα προαναφερθέντα η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η αιτιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και αναδείχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.
3. Απορρίπτει την Παρέμβαση.
4. Διατάσσει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 6 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 7 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ