

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 20 Μαρτίου 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 09.02.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 178/13.02.2023 της Ένωσης Οικονομικών Φορέων «....» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη Λάρισα, οδός Διονύσου αρ. 39 και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του .... (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενης.

-Και την Παρέμβαση με ημερομηνία 20.02.2022 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....» (στο εξής «η πρώτη παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη ....., οδός ....αρ. ....και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Και την Παρέμβαση με ημερομηνία 23.02.2022 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....» (στο εξής «η δεύτερη παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη ....., οδός .... αρ. .... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ..../2023.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

## **Αριθμός Απόφασης: 523/2023**

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 9.585,06 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ....).
2. Με τη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό ..../2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την υλοποίηση του έργου «....», εκτιμώμενης αξίας 1.917.011,85 ευρώ, πλέον ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις ....2022 (ΑΔΑΜ: ....) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α .... .
3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο .... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και μάλιστα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 345 παρ. 1 και στο αρ. 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.
4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 09.02.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 30.01.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

## **Αριθμός Απόφασης: 523/2023**

5. Με την Πράξη του Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου με αριθμό 275/2023 ορίσθηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 22.02.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό .../21.02.2023, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

6. Η πρώτη παρεμβαίνουσα «....» κατέθεσε παραδεκτά στις 20.02.2023 την παρέμβασή της με όμοια ημερομηνία, η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 22.02.2023, ζητώντας την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

7. Η δεύτερη παρεμβαίνουσα «.....» κατέθεσε παραδεκτά στις 23.02.2023 την παρέμβασή της με όμοια ημερομηνία, η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 24.02.2023, ζητώντας την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

8. Η προσφεύγουσα υπέβαλε παραδεκτά στις 28.02.2023 το υπόμνημά της με όμοια ημερομηνία επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των δύο παραπάνω παρεμβάσεων, το οποίο κοινοποιήθηκε προς όλους τους συμμετέχοντες στις 01.03.2023.

9. Η πρώτη παρεμβαίνουσα κατέθεσε στις 03.03.2023 το με όμοια ημερομηνία υπόμνημά της προς συμπλήρωση των ισχυρισμών που προέβαλε με την παρέμβασή της για την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

10. 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 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».*

11. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του

## **Αριθμός Απόφασης: 523/2023**

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.).

**12.** Με τον πρώτο λόγο προσφυγής και μετά την παράθεση ιστορικού της υπόθεσης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των εταιρειών «....», «....», «....», κατά παράβαση των άρθρων 22, 23 και 25 της διακήρυξης καθώς και των άρθρων 58 και 79 του ν. 4412/2016, για το λόγο ότι δεν δηλώθηκε στα ΕΕΕΣ που υπέβαλαν ότι πρόκειται να προβούν σε υπεργολαβία για την εκτέλεση του υπό ανάθεση έργου, γεγονός το οποίο προκύπτει από την αιτιολόγηση των προσφορών τους, σύμφωνα με το αρ. 88 του ν. 4412/2016. Από την εξέταση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, της ισχύουσας νομοθεσίας, του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης, καθώς και την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών για τον υπό κρίση λόγο προσφυγής προκύπτουν τα εξής:

**13.** 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

## **Αριθμός Απόφασης: 523/2023**

*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».*

**14.** 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 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.

**15.** 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 οποίας 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 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.

**16.** 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 πρότείνει 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*

## **Αριθμός Απόφασης: 523/2023**

υπεργολαβικής σύμβασης με τον αρχικώς προταθέντα υπεργολάβο ή άλλον, που διαθέτει τα αναγκαία, κατά την κρίση της υπηρεσίας αυτής, προσόντα, εφόσον συντρέχει σοβαρός λόγος».

**17.** 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 ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. (...) 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».

**18.** 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».

**19.** Μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων η επιτροπή του διαγωνισμού ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή, ότι θα πρέπει να κινηθεί η διαδικασία που ορίζεται στο αρ. 4.1 της

## Αριθμός Απόφασης: 523/2023

διακήρυξης και στο αρ. 88 του ν. 4412/2016 δεδομένου ότι τα ποσοστά εκπτώσεως των τριών (3) πρώτων σε σειρά μειοδοσίας διαγωνιζομένων, παρουσίαζαν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από το μέσο όρο των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών, που είχε καθορισθεί σε 22,73%. Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ με το έγγραφό της με αριθμό πρωτοκ. 53776/8.12.2022 τις εταιρίες «...», «...» και την ένωση «...» να αιτιολογήσουν τις προσφορές τους, οι οποίες εντοπίστηκαν ως ασυνήθιστα χαμηλές εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών. Οι παραπάνω ανταποκρίθηκαν στην πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής και υπέβαλαν εμπροθέσμα τις αιτιολογήσεις των προσφορών τους, τις οποίες η Επιτροπή του Διαγωνισμού αξιολόγησε και έκρινε πλήρεις και ικανοποιητικές. Μετά τα παραπάνω εισηγήθηκε προς την Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής την ανάδειξη της εταιρίας «...» ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού με ποσοστό έκπτωσης 38,46%. Τέλος, η Οικονομική Επιτροπή αποδεχόμενη την παραπάνω εισήγηση εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση με αριθμό .../2023 και ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την εταιρία «...».

**20.** Για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό η «...» κατέθεσε ως δικαιολογητικό συμμετοχής το ΕΕΕΣ της (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΕΕΕΣ\_signed.pdf». Στο Μέρος ΙΙ 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»**.

**21.** 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 «...» με τα όσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ της δεσμεύτηκε ρητά για την εκτέλεση του



## Αριθμός Απόφασης: 523/2023

επίμαχου έργου με δικό της προσωπικό και ταυτόχρονα για τη μη ανάθεση οποιουδήποτε ποσοστού σε τρίτο με τη μορφή υπεργολαβίας.

22. Παρά τα παραπάνω, στην αιτιολόγηση της προσφοράς που κατέθεσε η «...»(βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ\_signed.pdf»), όπως ορθά αναφέρει και η προσφεύγουσα, δήλωσε απερίφραστα την ανάθεση των εργασιών σε υπεργολάβο, καθώς αναφέρει ότι *«Στην κατασκευή των έργων χρησιμοποιούμε υπεργολάβους και αξιόπιστα συνεργεία, τα οποία επιβλέπουμε, καθοδηγούμε και ελέγχουμε ούτως ώστε να έχουμε πάντοτε την ευθύνη και τον έλεγχο της κατασκευής»*. Επίσης, η «...» επικαλείται και επισυνάπτει στην αιτιολόγηση που κατέθεσε, προσφορές άλλων εταιρειών, που αναλυτικά αναφέρονται στην προσφυγή, τις οποίες έχει λάβει για το συγκεκριμένο έργο και άρα αναμφίβολα σχετίζονται με την εκτέλεση του έργου αυτού και δεν έχουν το χαρακτήρα της απλής «έρευνας αγοράς». Επίσης, στις προσφορές που αναφέρονται στην προσφυγή προς απόδειξη του υπό κρίση ισχυρισμού (βλ. ενδεικτικά τις προσφορές των «...», «...», «...», «...»), αναφέρεται ρητά η εκτέλεση εργασιών από τις προσφέρουσες εταιρείες, πχ. ***γενικές εκσκαφές, εκσκαφή θεμελίων, εργασίες τοποθέτησης, αποξήλωση παγκακίων, καθαίρεση επιστρώσεων, αποξήλωση μεταλλικών κιγκλιδωμάτων, επίστρωση με τσιμεντένιους κυβόλιθους***.

23. Από το σύνολο των παραπάνω συνάγεται ότι οι προσφορές που έχει λάβει και επικαλείται η «...» για την αιτιολόγηση της προσφοράς της δεν αποτελούν απλώς προσφορές προμηθευτών της για τα απαιτούμενα υλικά, αλλά αντίθετα ρητά από αυτές προκύπτει ότι προτίθεται και να αναθέσει μέρος της εκτέλεσης των εργασιών σε κάποιες από τις εταιρείες αυτές. 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

## Αριθμός Απόφασης: 523/2023

έχει υποβάλει ξεχωριστά ΕΕΕΣ για τις εταιρείες αυτές, όπως είχε την υποχρέωση, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της (βλ. ad hoc ΔεφΠειρ. 542/2022, με την οποία ακυρώθηκε η απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ 729/2022 που επικαλείται η «...» και ΕΑΔΗΣΥ Σ219/2023, 423/2023).

24. Όμοιο ισχυρισμό προβάλλει η προσφεύγουσα και κατά της «...». Ειδικότερα, η παραπάνω εταιρεία υπέβαλε ως δικαιολογητικό συμμετοχής το ΕΕΕΣ της (βλ. αρχείο με την ονομασία «1.espd-response-v2 ...\_s.pdf»), στο Μέρος ΙΙ Δ' του οποίου «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;*» έδωσε την απάντηση «**Όχι**».

25. Πλην όμως και παρά την παραπάνω ρητή δέσμευσή της για την εκτέλεση του έργου με δικό της προσωπικό και τη μη ανάθεση τμήματος αυτού σε τρίτο με τη μορφή υπεργολαβίας, η «...» στην αιτιολόγηση της προσφοράς της (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «1.ΔΙΕΥΚΡΙΝΗΣΕΙΣ ... ΣΕ .....\_s.pdf») δήλωσε την ανάθεση των εργασιών σε υπεργολάβο, καθώς αναφέρει ότι «*Οι συνθήκες του έργου σε συνδυασμό με τις τιμές αγοράς υλικών, εξοπλισμού και παροχής υπηρεσιών που μας έχουν προσφέρει οι Προμηθευτές και Συνεργάτες μας, έχουν συντελέσει στον προσδιορισμό της προσφερόμενης έκπτωσης*». Επίσης, η «...» επικαλείται και επισυνάπτει στην αιτιολόγηση που κατέθεσε, προσφορές άλλων εταιρειών, που αναλυτικά αναφέρονται στην προσφυγή, τις οποίες έχει λάβει για το συγκεκριμένο έργο και άρα αναμφίβολα σχετίζονται με την εκτέλεση του έργου αυτού και δεν έχουν το χαρακτήρα της απλής «έρευνας αγοράς». Επίσης, στις προσφορές που αναφέρονται στην προσφυγή προς απόδειξη του προβαλλόμενου ισχυρισμού (βλ. ενδεικτικά τις προσφορές των «...», «...», «...», «...», «...») αναφέρεται ρητά η εκτέλεση εργασιών από τις προσφέρουσες εταιρείες, πχ. *γενικές εκσκαφές, εκσκαφή θεμελίων, επίστρωση με τσιμεντένιους κυβόλιθους, κατασκευή ρείθρων, ασφαλική στρώση, ασφαλική προεπάλειψη κ.λ.π.*

## Αριθμός Απόφασης: 523/2023

Μάλιστα, στην προσφορά του ... προς την «...» αναφέρεται ρητά ότι *«Στην τιμή περιλαμβάνονται οι κάθε είδους σύνδεσμοι που απαιτούνται για τη στερέωση του κιγκλιδώματος στο οπλισμένο σκυρόδεμα. Πλήρης περαιωμένη εργασία κοπής, κατασκευής, τοποθέτησης, στερέωσης, βαφής, υλικά και μικροϋλικά»* και επίσης στην προσφορά του ... αναφέρεται ότι *«Η παρούσα προσφορά αφορά πάσης φύσεως ηλεκτρολογικές εργασίες της ομάδας Ηλεκτρομηχανολογικά του παραπάνω έργου»*. Κατά συνέπεια, κατά το βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, από το περιεχόμενο της αιτιολόγησης της προσφοράς της «...» προκύπτει μια σαφήνεια η πρόθεσή της να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε υπεργολάβο, που ωστόσο παρέλειψε να δηλώσει το γεγονός αυτό στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε. Επομένως, παρέλειψε με τον τρόπο αυτό και να αποδείξει τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής για τους υπεργολάβους που θα χρησιμοποιήσει κατά παράβαση των προαναφερόμενων όρων της διακήρυξης, αποκρουπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της «...».

**26.** Τέλος, η Ένωση Εταιρειών «...» στα ΕΕΕΣ που υπέβαλε για τα μέλη της (βλ. ηλεκτρονικά αρχεία με τις ονομασίες «ΕΕΕΣ ....\_signed.pdf» και «ΕΕΕΣ ...\_signed.pdf» δήλωσε στο Μέρος II Δ' «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;»* την απάντηση «Όχι».

**27.** Παρά την παραπάνω αρνητική απάντησή της, η «...» στην αιτιολόγηση της προσφοράς της επισυνάπτει και επικαλείται προσφορές άλλων εταιρειών, από το περιεχόμενο των οποίων προκύπτει η εκτέλεση μέρους του έργου από τρίτους με τη μορφή υπεργολαβίας. Ενδεικτικά, στην προσφορά της «...» αναφέρεται ρητά ότι αυτή αφορά την προμήθεια ασφάλτου και την εργασία διάστρωσης και συμπύκνωσης, στην προσφορά του ο προμηθευτής ... ρητά αναφέρει ότι *«σας στέλνω γραπτώς την προσφορά μας για την εκτέλεση της εργασίας κατασκευής χυτού δαπέδου έγχρωμου σκυροδέματος»* και στην

### **Αριθμός Απόφασης: 523/2023**

προσφορά του ...επίσης ρητά αναφέρεται η εκτέλεση εργασιών κατασκευής ξυλότυπων χυτών μικροκατασκευών, η κατασκευή ξυλότυπων εμφανών σκυροδεμάτων κ.λ.π. Τέλος, όλες οι επισυναπτόμενες στην αιτιολόγηση προσφορές αναφέρουν ότι έχουν παρασχεθεί για το συγκεκριμένο έργο και άρα δεν έχουν το χαρσκήρα απλής έρευνας αγοράς, αλλά αντίθετα υποδηλώνουν την επικειμένη ανάθεση υπεργολαβίας, χωρίς όμως αυτή να έχει δηλωθεί προσηκόντως στο ΕΕΕΣ της «...».

**28.** Τέλος, η παραπάνω διαπιστωθείσα πλημμέλεια κατά την υποβολή και αποδοχή των προσφορών των πιο πάνω εταιρειών δεν μπορεί να θεραπευθεί ύστερα από κλήση τους 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). Συνεπώς, 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 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 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 μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ

## **Αριθμός Απόφασης: 523/2023**

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 Lavorgna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

**29.** Κατά συνέπεια, κατά το βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, η προσφορές των εταιρειών «...», «...»και της ένωσης εταιρειών «...» είναι πλημμελείς και απορριπτέες, καθώς δεν δήλωσαν στα ΕΕΕΣ τους ότι προτίθενται να αναθέσουν σε υπεργολάβους εργασίες του συμβατικού αντικειμένου, ούτε υπέβαλαν ξεχωριστά ΕΕΕΣ για τις τρίτες εταιρείες – υπεργολάβους σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών των παρεμβαίνουσών και της αναθέτουσας αρχής.

**30.** Μετά την αποδοχή του παραπάνω λόγου προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο οι προσφορές των «...», «...»και «...» κρίνονται απορριπτέες, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των υπολοίπων λόγων προσφυγής, δεδομένου ότι η παραπάνω πλημμέλεια παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη των προσφορών των εταιρειών αυτών (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019 κ.α.).

**31.** Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή κατά το σκεπτικό και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός Απόφασης: 523/2023**

1. Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
2. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.
3. Απορρίπτει τις Παρεμβάσεις.
4. Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 6 Απριλίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**