

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 29^η Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 18.04.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 556/19.04.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία Δήμος ... - Δ/ση ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η με αριθμό 65/2023 απόφαση (Απόσπασμα πρακτικού της υπ' αριθμ. 6/2023 συνεδρίασης της οικονομικής επιτροπής) της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. .../27.03.2023 πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Ο... 2022», εκτιμώμενης αξίας 74.400,00€, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, κωδικοί CPV:, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή – χαμηλότερη τιμή (... 2022-12-07 διακήρυξη, συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ:...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 18.04.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 556/19.04.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 65/2023 πράξη της Ο.Ε της αναθέτουσας αρχής, με θέμα: *«Έγκριση ή μη πρακτικού ανάδειξης προσωρινού αναδόχου του ανοιχτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για το έργο «... 2022» (Α.Μ..../2022, Πρ/μού:74.400,00€ με Φ.Π.Α.)»*, αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 05.04.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ).

Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 65/2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως και ανατιολογήτως έγιναν δεκτές οι διευκρινίσεις που υποβλήθηκαν, στο πλαίσιο της διαδικασίας του άρθρ. 88 του ν. 4412/2016, από τους δύο (2) πρώτους κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικούς φορείς επί της ασυνήθιστα χαμηλής οικονομικής προσφοράς τους και πιο συγκεκριμένα, από τον οικονομικό

φορέα «...» (ποσοστό έκπτωσης 39,29%) και από τον οικονομικό φορέα «...» (ποσοστό έκπτωσης 38,0%) με συνέπεια, ο πρώτος εξ αυτών να αναδειχθεί (μη νομίμως) προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρεία «...» υπολόγισε εσφαλμένα και αόριστα το άμεσο και έμμεσο κόστος και για τον λόγο αυτόν, παραθέτει στην προσφυγή της πίνακες με τα ορθά ποσά που θα έπρεπε, κατά την άποψή της, να είχαν δηλωθεί στην αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της ως άνω εταιρείας. Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο οικονομικός φορέας «...»: α) παρέλειψε να δηλώσει στην ενότητα Δ του Μέρους II («Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα») του Ε.Ε.Ε.Σ τους υπεργολάβους της, όπως και το τμήμα της σύμβασης που θα τους αναθέσει (οι δε τελευταίοι δεν υπέβαλαν αυτοτελές Ε.Ε.Ε.Σ, ως όφειλαν), β) έθεσε εσφαλμένα θετική απάντηση («ΝΑΙ») στο πεδίο της ενότητας Α του Μέρους II του Ε.Ε.Ε.Σ, που αφορά στην εγγραφή σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων, παρόλο που είναι εγγεγραμμένη σε τάξη κατώτερη της 3^{ης} τάξης Μ.Ε.ΕΠ και δεν διαθέτει ενημερότητα πτυχίου και γ) υπέβαλε μαζί με την αιτιολόγηση της προσφοράς της μη ψηφιακά υπογεγραμμένες και μη επικυρωμένες προσφορές τρίτων οικονομικών φορέων (υπεργολάβων), οι οποίες αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, κατά παράβαση των άρθρων 8 παρ. 3 και 12 παρ. 1.2.1 της υπ' αριθμ. 166278/2021 ΚΥΑ και ως εκ τούτου, η προσφορά της καθίσταται απορριπτέα.

5. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../28.04.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, στις 05.05.2023, η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής, όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων

στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001), ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική, όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται, όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους, καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Τόμος 2, 13η έκδ., Νομική Βιβλιοθήκη, αριθμ. 516-518). Πράξη, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣτΕ 2418/1976, 1061/1981). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α. Τάχος «Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας», Εκδόσεις Σάκκουλα), ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ης Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, υπόθεση T-461/08, σκέψη 122, και απόφαση της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, υπόθεση T-183/00, σκέψη 55).

8. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: ●1^{ος} λόγος προσφυγής: έκδοση αναιτιολόγητης απόφασης επί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών.

Α) Ως επισημαίνει η προσφεύγουσα, παρόλο που το προσφερόμενο εκ μέρους των οικονομικών φορέων «...» και «...» ποσοστό έκπτωσης κρίθηκε ότι υπερβαίνει το 10% του μέσου όρου του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών (32,146%) που υποβλήθηκαν στον διαγωνισμό, εντούτοις, στην προσβαλλόμενη απόφαση «...δεν αιτιολογούνται τα κρίσιμα έγγραφα που έκανε αποδεκτά κατά τις αιτιολογήσεις προσφορών των οικονομικών φορέων ... που κλήθηκαν σε διευκρινήσεις, ώστε να γίνουν κατανοητοί οι λόγοι για τους οποίους «οι αιτιολογήσεις οικονομικής προσφοράς των οικονομικών φορέων «έγιναν αποδεκτές από τα μέλη της επιτροπής» καθιστώντας αυτήν την αναφορά αόριστη. Συνεπώς, η έλλειψη αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης έχει ως συνέπεια να μην μπορεί να διαπιστωθεί με βεβαιότητα αν πράγματι έχει τηρηθεί η νόμιμη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης από τη στιγμή που δεν προκύπτει να έχουν ληφθεί υπόψη τα κρίσιμα έγγραφα κατά την έκδοση της απόφασης. Επομένως, η έλλειψη ουσιαστικής αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης η οποία στηρίζεται σε αόριστες αναφορές έχει ως συνέπεια να μην μπορεί να διαπιστωθεί με βεβαιότητα αν πράγματι έχει τηρηθεί η νόμιμη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης από τη στιγμή που δεν φαίνεται να έχουν ληφθεί υπόψη κρίσιμα στοιχεία κατά την έκδοση της απόφασης...». Β) Στην κρινόμενη υπόθεση, τα επιμέρους δηλωθέντα στοιχεία και έγγραφα που περιλαμβάνονται στις αιτιολογήσεις των υπό εξέταση προσφορών δεν αξιολογήθηκαν - ένα προς ένα - στην προσβαλλόμενη πράξη της οικείας αναθέτουσας αρχής, όπως έπρεπε. Άλλωστε, ως προκύπτει από το σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης, ελλείπει οιαδήποτε ρητή αναφορά συγκεκριμένων κρίσεων και αναφορών του υπόψη Δήμου επί των υποβληθέντων στοιχείων και εγγράφων τεκμηρίωσης της «κανονικότητας» των εν λόγω δύο (2) προσφορών. Πιο συγκεκριμένα, στην προσβαλλόμενη απόφαση δεν αναφέρονται - ένα προς ένα - τα υποβληθέντα δια των επίμαχων διευκρινίσεων οικονομικά στοιχεία/έγγραφα και ιδίως, δεν αναφέρονται τα συγκεκριμένα συμπεράσματα, στα οποία καταλήγει η αναθέτουσα αρχή επ' αυτών, αφού ουδεμία ειδική αναφορά υφίσταται ως προς τη συμφωνία (ή μη) των εν λόγω στοιχείων με την ειδικότερη φύση του έργου, τα απαιτούμενα κόστη κλπ, ώστε να προκύπτει άνευ οιασδήποτε αμφιβολίας η έγκαιρη και ομαλή πλήρωση των απαιτήσεων του έργου από

τους συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς (βλ. και υπ' αριθμ. 768/2022 απόφαση της Αρχής). Τουναντίον, η προσβαλλόμενη απόφαση αρκείται στη διατύπωση καθ' όλα γενικών και αόριστων συμπερασμάτων για τις εξεταζόμενες δύο προσφορές, αφού απλώς αναφέρει τα κάτωθι: «... Στις 23/3/2023 και 24/3/2023 οι οικονομικοί φορείς «...» και «...» προέβησαν σε αιτιολογήσεις της οικονομικής προσφοράς τους, οι οποίες ελέγχθηκαν κι έγιναν αποδεκτές από την Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού, σύμφωνα με το υπ' αριθμ. πρωτ..../27-3-2023 πρακτικό της τελευταίας. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού, αφού ολοκλήρωσε τον πλήρη έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των οικονομικών προσφορών, έκανε με το αριθμ. πρωτ..../27-3-2022 πρακτικό, αποδεκτές τις προσφορές των κατωτέρω διαγωνιζόμενων, καθώς είναι σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές...». Ομοίως, ούτε στις συμπληρωματικές απόψεις του Δήμου έχει τεθεί ειδική τεκμηρίωση επί της αποδοχής των επίμαχων επεξηγήσεων και δη, επί της αποδοχής των συγκεκριμένων κονδυλίων (άμεσο, έμμεσο κόστος, εργολαβικό όφελος κλπ), παρόλο που, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 88 του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 4.1. της εν θέματι διακήρυξης, η αποδοχή της αιτιολόγησης του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα μιας οικονομικής προσφοράς, απαιτεί την παράθεση συγκεκριμένων στοιχείων και όχι γενικόλογες αναφορές.

Για τους ανωτέρω λόγους, αλυσιτελώς προβάλλεται στο έγγραφο απόψεων του εν λόγω Δήμου, ότι η έκπτωση που δόθηκε από τους εν λόγω συμμετέχοντες είναι συνήθης σε ανάλογα έργα και ότι η ίδια η προσφεύγουσα έχει αναδειχθεί τουλάχιστον δύο φορές ανάδοχος σε παρόμοια έργα του Δήμου ..., παρότι προσέφερε ανάλογες εκπτώσεις, καθότι τα ανωτέρω αναφερόμενα ουδόλως αίρουν την έλλειψη επαρκούς, σαφούς και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας. Εξάλλου, η αναφορά σε προγενέστερες διαγωνιστικές διαδικασίες συνδέεται, σε κάθε περίπτωση, και με πλήθος άλλων παραγόντων, όπως είναι για παράδειγμα, η μη άσκηση προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 346 του ν. 4412/2016 ενώπιον της Αρχής ή η διαφορετική φύση και οι διαφορετικές τεχνικοοικονομικές απαιτήσεις των έργων εκείνων σε σχέση με το προκηρυσσόμενο με τον παρόντα διαγωνισμό έργο, κλπ. Πρέπει, επίσης, επισημανθεί ότι, μολονότι ο υπόψη Δήμος διατείνεται ότι στην πλειοψηφία των διαγωνισμών με παρόμοιο αντικείμενο, οι προσφερόμενες εκπτώσεις

κυμαίνονται στο επίμαχο ποσοστό, εντούτοις, ουδέν σχετικό έγγραφο υπέβαλε (π.χ απόφαση κατακύρωσης, πρακτικό επιτροπής, σχέδιο σύμβασης κλπ), προς τεκμηρίωση των σχετικών ισχυρισμών του και απλώς παραπέμπει στην υπ' αριθμ. 44/2021 απόφαση της Ο.Ε. του Δήμου ... περί κατακύρωσης του έργου «... 2020», Πρ/μού: 74.400,00», με την οποία το ως άνω έργο κατακυρώθηκε στην προσφεύγουσα έναντι ποσοστού έκπτωσης 49%.

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται ότι τα διαλαμβανόμενα στην προσβαλλόμενη πράξη του Δήμου ... δεν μπορούν να θεωρηθούν ότι συνιστούν ειδική αιτιολογία, υπό την έννοια του νόμου. Και τούτο, διότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να ελέγχουν ουσιαστικά τις διευκρινίσεις που παρέχονται, στο πλαίσιο της διαδικασίας του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, ήτοι, να ελέγχουν διεξοδικά τα επιμέρους δηλωθέντα κόστη και όχι μόνο το συνολικό κόστος της οικονομικής προσφοράς, όπως εν προκειμένω, διατυπώνοντας με σαφήνεια και με πληρότητα την άποψή τους για κάθε ένα από τα κόστη αυτά ξεχωριστά, ώστε το τελικώς εγκριθέν συνολικό κόστος, να είναι πλήρως και επαρκώς αιτιολογημένο. Εξάλλου, έχει κριθεί ότι το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς πρέπει να εκτιμάται σε συνάρτηση με τη σύνθεση της προσφοράς και με τη φύση της επίμαχης παροχής (βλ. απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-568/13, Data Medical Service, σκέψη 50, απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016, Agriconsulting Europe κατά Επιτροπής, υπόθεση T-570/13, σκέψη 55 και απόφαση της 4ης Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, υπόθεση T-392/15, σκέψη 83). Ως, επίσης, προαναφέρθηκε (βλ. σκέψη 7 της παρούσας), στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (πρβλ., επίσης, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000 κλπ). Επομένως, ο λόγος για τον οποίο η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 65/2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... πρέπει να ακυρωθεί, σχετίζεται με την μη παράθεση ειδικής και επαρκούς αιτιολογίας περί της αποδοχής των εν λόγω προσφορών και ουχί για παράδειγμα, με το γεγονός ότι δεν υποβλήθηκαν επαρκή στοιχεία εκ μέρους των συμμετεχόντων (διότι, εν προκειμένω, υποβλήθηκαν στοιχεία), αφού η εκ του νόμου ζητούμενη ειδική αιτιολογία στην απόφαση της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να αφορά στα εν τοις πράγμασι υποβληθέντα στοιχεία οικονομικής ανάλυσης, τα οποία και επέλεξε ο παρέχων τις

διευκρινίσεις ως πλέον πρόσφορα, προς τεκμηρίωση της «κανονικότητας» της προσφοράς του. Επομένως, το κρίσιμο εν προκειμένω ζήτημα δεν είναι ότι οι επίμαχες επεξηγήσεις - τις οποίες, εξάλλου, επέλεξαν ελευθέρως οι ίδιοι οι συμμετέχοντες να υποβάλλουν, ως δικαιούνταν - δεν επαρκούν για τη διασφάλιση της ομαλής εκτέλεσης του προς ανάθεση έργου, αλλά ότι η διασφάλιση της ομαλής εκτέλεσής του δεν τεκμηριώθηκε επαρκώς και ειδικώς στην προσβαλλόμενη πράξη και δη, με συγκεκριμένες αναφορές στις ειδικές συνθήκες και απαιτήσεις του έργου. Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων και δοθέντος ότι η οικεία αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε εν τέλει δύο οικονομικές προσφορές που εμφανίζονται ως «ασυνήθιστα χαμηλές», χωρίς, ωστόσο, να συμπεριλάβει ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία στη σχετική απόφασή της, ως επιβάλλει ο νόμος και ως παγίως νομολογιακά έχει κριθεί (βλ. σκέψη 7 της παρούσας απόφασης, για την έννοια της αιτιολογίας των διοικητικών πράξεων - πρβλ., επίσης, υπ' αριθμ. 107/2021 απόφαση Διοικ. Εφ. Πειραιά), ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, η δε προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής δέον ακυρωθεί ως ανατιολόγητη, άλλως, ως ελλιπώς αιτιολογημένη.

•2ος λόγος προσφυγής: παράλειψη δήλωσης υπεργολάβων στο Ε.Ε.Ε.Σ του συμμετέχοντος – παράλειψη υποβολής αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ εκ μέρους των υπεργολάβων. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, μολονότι ο οικονομικός φορέας «...» δήλωσε στην ενότητα Δ του Μέρους II του Ε.Ε.Ε.Σ, ότι δεν βασίζεται στην ικανότητα υπεργολάβων, εντούτοις, από την επισκόπηση του πίνακα ανάλυσης κόστους κατασκευής που περιλαμβάνεται στην αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του, προκύπτει σαφώς ότι, τόσο οι εργασίες της ομάδας Α, όσο και οι εργασίες της ομάδας Β του υπόψη διαγωνισμού, θα εκτελεστούν από τρίτους, «... οι οποίοι ουδόλως έχουν δηλωθεί ή ελεγχθεί, καταστρατηγώντας πλήρως τις διατάξεις περί υπεργολαβίας που υποχρεώνει να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος, αλλά να υποβληθεί και ΕΕΕΣ των υπεργολάβων. Παράλληλα από τα ως άνω στοιχεία, εναργώς προκύπτει ότι πληρούνται τα τρία γνωρίσματα της υπεργολαβίας, που είναι η ιδιότητα του υπεργολάβου ως τρίτου έναντι του προσφέροντος, η εκτέλεση από τον υπεργολάβο του συνόλου ή μέρους του

συμβατικού αντικειμένου και η ανυπαρξία συμβατικής σχέσης του τρίτου (υπεργολάβου) με την αναθέτουσα αρχή ...».

Β) Στο άρθρο 58 «Υπεργολαβία (άρθρο 71 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Στα έγγραφα της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ζητάει από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Ειδικά για τις συμβάσεις έργων, η ανάθεση τμήματος σύμβασης σε υπεργολάβο ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή ως προς την επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου, να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, κατά την έννοια της περ. α' της παρ. 1 και παρ. 2 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, άλλως η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον προσφέροντα να αντικαταστήσει τον υπεργολάβο που δεν πληροί τους ορισμούς της ανωτέρω διάταξης, καθώς και των διατάξεων των άρθρων 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), ή στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις.».

Στο άρθρο 23. («Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής») παρ. 1 της επίμαχης διακήρυξης (βλ. σελ. 38), προβλέπεται ότι: «... Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ κάθε φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται. [...]». Στο άρθρο 25 («Υπεργολαβία») παρ. 1 της επίμαχης διακήρυξης (βλ. σελ. 48-49), προβλέπεται 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.». Επίσης, στην παράγραφο 4 του ως άνω άρθρου προβλέπεται ότι: «Η αναθέτουσα αρχή: α) ελέγχει την επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, κατά την έννοια του άρθρου 22.Β (άρθρο 75 παρ. 1 περ. α' και 2 ν. 4412/2016) και επαληθεύει τη μη συνδρομή, στο πρόσωπό του, των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.1, 22.Α.2 και 22.Α.9 (άρθρα 73 παρ. 1 και 2 και 74 ν. 4412.2016), σύμφωνα με τα κατά περίπτωση ειδικώς προβλεπόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας (άρθρα 79 έως 81 ν. 4412/2016). β) απαιτεί υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν κατόπιν του ελέγχου και της επαλήθευσης της ως άνω περίπτωσης (α), διαπιστώνεται ότι δεν πληρούνται οι όροι επαγγελματικής καταλληλότητας του υπεργολάβου ή όταν συντρέχουν οι ως άνω λόγοι αποκλεισμού του.».».

Επισημαίνεται στο σημείο αυτό ότι, ως υπεργολαβία, ορίζεται η σύμβαση με την οποία ο εργολάβος (στο δε πλαίσιο εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων, ο ανάδοχος), αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με τον εργοδότη (ήτοι, την αναθέτουσα αρχή/τον αναθέτοντα φορέα), έναντι του οποίου μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες παραμένει ο εργολάβος. Δηλαδή, η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεόμενων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης (ΑΠ 139/2014, 2146/2014, 119/2013, 570/2007, ΟΛΣΤΕ 971/1998), ο δε ανάδοχος παραμένει μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος. Η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επόμεν. ΑΚ. Συνεπώς, τα τρία καταρχήν διακριτικά γνωρίσματα της υπεργολαβίας είναι πρώτον, η ιδιότητα του υπεργολάβου ως τρίτου έναντι του αναδόχου/προσφέροντος (επί παραδείγματι οι εργασίες που εκτελεί ο μισθωτός που απασχολεί ο ανάδοχος δεν συνιστούν “υπεργολαβία”, αφού αυτές θεωρούνται ως εργασίες ευθέως εκτελούμενες από τον ίδιο τον ανάδοχο) για τη δε ιδιότητα του «τρίτου» στην περίπτωση νομικών προσώπων, αρκεί η αυτοτελής νομική προσωπικότητα ασχέτως δεσμών ή

διαχειριστικής ή νομικής εξάρτησης του τρίτου με τον ανάδοχο (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 415/2013 και αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 14.4.1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep I, σκέψεις 15-18 και της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep II, σκέψεις 12, 13). Δεύτερον, η εκτέλεση από τον υπεργολάβο μέρους του συμβατικού αντικειμένου και επομένως δεν νοείται «υπεργολαβία» για αντικείμενο που δεν υπάγεται στο φυσικό αντικείμενο της διαδικασίας, όπως ορίζεται συγκεκριμένα από την ανά περίπτωση διακήρυξη (ΣτΕ 196/2006, 199/2008, 1190/2009). Τρίτον, η ανυπαρξία συμβατικής σχέσης μεταξύ τρίτου και αναθέτουσας αρχής, αφού μεταξύ αναθέτουσας αρχής-αναδόχου-υπεργολάβου προκύπτει ένα σχήμα τριών αυτοτελών μεταξύ τους διμερών σχέσεων και διμερώς σχετικών ενοχών, όπου ο υπεργολάβος συνδέεται συμβατικά μόνο με τον ανάδοχο, εκτελεί δε τις εργασίες του στο πλαίσιο των δικών του συμβατικών υποχρεώσεων έναντι του ίδιου του αναδόχου (και όχι έναντι της αναθέτουσας αρχής), ενώ ο ανάδοχος ευθύνεται ο ίδιος έναντι της αναθέτουσας αρχής και για ότι εκτελεί ο υπεργολάβος, οι δε υποχρεώσεις του αναδόχου έναντι του υπεργολάβου διέπουν καταρχήν τις μεταξύ τους σχέσεις. Επίσης, σημειώνεται ότι ο δηλωθείς υπεργολάβος δεν έχει καταρχήν υποχρέωση να υποβάλει αυτοτελές Ε.Ε.Ε.Σ/Τ.Ε.Υ.Δ, πλην εάν το τμήμα της σύμβασης που ο προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει ότι θα αναθέσει σε υπεργολάβο υπερβαίνει το ποσοστό 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης (βλ. και υπ' αριθμ.362/2020 απόφαση της Αρχής, σκέψεις 61 και 62). Ειδικότερα, στη σκέψη 62 της ως άνω απόφασης αναφέρεται ότι: «62. *Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 4.4.3 της διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή θα ελέγξει τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού για τους δηλωθέντες υπεργολάβους, εφόσον οι τελευταίοι θα αναλάβουν την εκτέλεση τμημάτων της υπό ανάθεση σύμβασης τα οποία υπερβαίνουν σωρευτικά ποσοστό 30% της συνολικής της αξίας. Επομένως, και σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 41-42, σε περίπτωση που ένας διαγωνιζόμενος προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά τμήματα της σύμβασης που υπερβαίνουν το 30% της αξίας της, τότε θα πρέπει να υποβληθεί με την προσφορά ΕΕΕΣ για έκαστο των δηλωθέντων υπεργολάβων του προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να δύναται να ελέγχει προαποδεικτικώς τη μη συνδρομή στο πρόσωπό τους των κριτηρίων αποκλεισμού. [...]*». Επίσης, με την υπ' αριθμ. 1060/2022 απόφαση της Αρχής (βλ. σκέψη 3), κρίθηκε ότι: «...Άρα, δια της μη υποβολής ΕΕΕΣ των ως άνω 2

υπεργολάβων, η προσφορά του καθ' ου τελεί σε ουσιώδη παράβαση των ανωτέρω όρων της διακήρυξης και δεν δύναται άλλωστε, ένεκα και του είδους της έλλειψης, να διορθωθεί πλέον, αφού το ζητούμενο των ανωτέρω όρων συνίστατο στον κρίσιμο χρόνο της υποβολής της προσφοράς, απόδειξη δια τότε, μέσω του ΕΕΕΣ, δηλώσεως, περί απουσίας λόγων αποκλεισμού, έλλειψη που δεν διορθώνεται, ακόμη και αν υποβάλλονταν το πρώτον πλέον και άρα, μετά την υποβολή της προσφοράς και το κρίσιμο συναφές σημείο, ΕΕΕΣ αυτών και σχετικές δηλώσεις τους...». Τέλος, με την ΕΑ ΣτΕ 170/2020 κρίθηκε (βλ. σκέψη 9) ότι:«[...] Κατά την έννοια, όμως, του σχετικού όρου της διακήρυξης [...] η ανάθεση της εκτέλεσης τμήματος της συναφθσόμενης συμβάσεως σε τρίτους, δηλαδή σε οικονομικούς φορείς μη συνδεδεμένους με την αναθέτουσα αρχή με νομικό δεσμό, αποτελεί «ανάθεση τμήματος της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας», ανεξαρτήτως της ειδικότερης νομικής φύσης της σχέσης βάσει της οποίας θα αναλάβουν αυτοί έναντι του αναδόχου την εκτέλεση των σχετικών εργασιών (πρβλ. ΕΑ 196/2006, πρβλ., επίσης, ως προς την έννοια του “υπεργολάβου”, ΑΠ 119/2013, 570/2007). Επομένως, το τμήμα αυτό της σύμβασης θα πρέπει να προσδιορίζεται κατά την υποβολή της προσφοράς, αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό %. Λαμβανομένου υπόψη ότι, σύμφωνα με το άρθρο [...] της διακήρυξης, το οποίο αποδίδει το ρυθμιστικό περιεχόμενο του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η επίκληση της ικανότητας τρίτων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αναφέρονται στους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του διαθέσιμου προσωπικού είναι επιτρεπτή μόνο στην περίπτωση που οι εν λόγω οικονομικοί φορείς θα εκτελέσουν τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, αυτοί έχουν υποχρεωτικά τον χαρακτήρα υπεργολάβου υπό την ανωτέρω έννοια, χωρίς να ασκεί επιρροή το είδος της σύμβασης που θα συνάψουν με τον ανάδοχο για την εκτέλεση των σχετικών εργασιών. Κατά συνέπεια, η αιτούσα εταιρία όφειλε να αναφέρει στην προσφορά της το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελούσαν, σε περίπτωση αναδείξεως της ως αναδόχου, οι - μνημονευόμενοι στο Ε.Ε.Ε.Σ. και την τεχνική προσφορά της - οικονομικοί φορείς την ικανότητα των οποίων επικαλέστηκε για την πλήρωση του ανωτέρω [...] κριτηρίου της διακήρυξης. Την ίδια υποχρέωση υπείχε, εξάλλου, η αιτούσα και ως προς τους μνημονευθέντες οικονομικούς φορείς [...] οι οποίοι, κατά τα

αναφερόμενα στην τεχνική προσφορά της, δεν θα περιορίζονταν στη διάθεση αναγκαίου για την εκτέλεση της σύμβασης μηχανολογικού εξοπλισμού, αλλά θα διέθεταν και τους χειριστές του εξοπλισμού αυτού και, ως εκ τούτου, θα εκτελούσαν, ως υπεργολάβοι, τις αντίστοιχες εργασίες. Η παράλειψη, επομένως, αναφοράς, αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό %, των τμημάτων της σύμβασης που θα εκτελούνταν από τους ως άνω οικονομικούς φορείς συνιστούσε ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς της αιτούσας, η οποία επέφερε, [...] την απόρριψή της [...].».

Γ) Στην αιτιολόγηση της υπό εξέταση οικονομικής προσφοράς, η καθής η προσφυγή δήλωσε τα κάτωθι: «Ομάδα Α': ...: A/A 1, Διαγράμμιση οδοστρώματος με ανακλαστική βαφή, αριθμ. τιμ. E-17.1, μονάδα μέτρησης μ2, αρχική ποσότητα 8.200,00, τιμή μονάδας 3,80, δαπάνη εργασίας μετά την έκπτωση 19.007,60, ανάλυση κόστους κατασκευής (περιγραφή) : εργασία (προσφορά 8.200,00 μ2 X 0,50 ευρώ/μ = 4.100,00), A/A 2, Διαγράμμιση οδοστρώματος με θερμοπλαστικά ή ψυχροπλαστικά υλικά, αριθμ. τιμ. E-17.2, μονάδα μέτρησης μ2, αρχική ποσότητα 210,00, τιμή μονάδας 19,70, δαπάνη εργασίας μετά την έκπτωση 2.523,57, ανάλυση κόστους κατασκευής (περιγραφή) : εργασία (προσφορά 210,00 μ2 X 3,50 ευρώ/μ = 735,00). A/A 3, Οριζόντια διαγράμμιση ειδικών επισημάνσεων (λέξεις, στοπ, βέλη κάθε είδους, σήματα ΑΜΕΑ κλπ) με θερμοπλαστικά ή ψυχροπλαστικά υλικά, αριθμ. τιμ. N/E-17.2-1, μονάδα μέτρησης τεμ., αρχική ποσότητα 12,00, τιμή μονάδας 25,00, δαπάνη εργασίας μετά την έκπτωση 183,00, ανάλυση κόστους κατασκευής (περιγραφή) : εργασία (προσφορά 12,00 τεμ. X 3,50 ευρώ/τεμ. = 42,00). A/A 5, Στύλος πινακίδων από γαλβ. Σιδηροσωλήνα 40 μ., αριθμ. τιμ. E-10.1, μονάδα μέτρησης τεμ., αρχική ποσότητα 23,00, τιμή μονάδας 31,10, δαπάνη εργασίας μετά την έκπτωση 436,33, ανάλυση κόστους κατασκευής (περιγραφή): εργασία άνευ υλικών (προσφορά 23,00 τεμ. X 6,50 ευρώ/τεμ. = 425,50). Ομάδα Β': ... : A/A 6, Αδροποίηση επιφάνειας υφιστάμενων ασφαλικών οδοστρωμάτων με τη μέθοδο της σφαιριδιοβολής, αριθμ. τιμ. Δ-12 ΣΧΕΤ., μονάδα μέτρησης μ2, αρχική ποσότητα 2.800,00, τιμή μονάδας 2,30, δαπάνη εργασίας μετά την έκπτωση 3.799,60, ανάλυση κόστους κατασκευής (περιγραφή) : προμήθεια και εργασία (προσφορά 2.800,00 μ2 X 1,20 ευρώ/μ = 3.360,00)».Επίσης, η καθής η προσφυγή υπέβαλε μαζί με την αιτιολόγησή της τις προσφορές των κάτωθι τρίτων οικονομικών φορέων (συνεργείων):

α) την, από 15.12.2022, προσφορά της εταιρείας «...», στην οποία αναγράφονται τα κάτωθι: *«η προσφορά μας για τις εργασίες αδροποίησης με την μέθοδο της σφαιριδιοβολής είναι 1,20 ευρώ ανά τετραγωνικό μέτρο»*. Από την επισκόπηση της ως άνω προσφοράς, σε συνδυασμό με το συμβατικό τεύχος, υπό τον τίτλο: «ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ 2022» του ένδικου διαγωνισμού, προκύπτει ότι οι εργασίες αδροποίησης που θα παράσχει η ως άνω Ι.Κ.Ε, οι οποίες εντάσσονται στην ομάδα Β («...») του διαγωνισμού, ανέρχονται στο ποσό των 6.440,00 ευρώ(και με την προσφερόμενη έκπτωση 41%, στο ποσό των 3.799,60 ευρώ). β) την, από 15.12.2022, προσφορά της εταιρείας «...», στην οποία αναγράφονται τα κάτωθι: *«Προμήθεια και τοποθέτηση πινακίδας Ρ Φ65 Τύπου ΙΙ επί στύλου 25 €/ΤΕΜ. Προμήθεια στύλου πινακίδων 40 μμ, 12€/τεμ, [...]. Διαγράμμιση οδοστρώματος με ανακλαστική βαφή (εργασία) 0,50€/μ², Διαγράμμιση οδοστρώματος με θερμοπλαστικά ή ψυχροπλαστικά υλικά (εργασία) 3,50 €/μ², Οριζόντια διαγράμμιση ειδικών επισημάνσεων (εργασία) 3,50€/τεμ. Οριζόντια διαγράμμιση ειδικών επισημάνσεων (προμήθεια) 10,00 €/τεμ»*.

Από την επισκόπηση της ανωτέρω προσφοράς, σε συνδυασμό με το συμβατικό τεύχος υπό τον τίτλο: «ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ 2022» του ένδικου διαγωνισμού, προκύπτει σαφώς ότι η εταιρεία «...», πέραν του ότι θα προμηθεύσει στην καθής η προσφυγή υλικά για την εκτέλεση των εργασιών της ομάδας Α (π.χ προμήθεια στύλου πινακίδων 40μμ), θα παράσχει και τις εργασίες διαγράμμισης της ως άνω ομάδας του διαγωνισμού (όπως για παράδειγμα, τις εργασίες διαγράμμισης οδοστρώματος με θερμοπλαστικά ή ψυχροπλαστικά υλικά, τις εργασίες διαγράμμισης οδοστρώματος με ανακλαστική βαφή κλπ), οι οποίες ανέρχονται στο συνολικό ποσό των 35.597,00 ευρώ(και με την προσφερόμενη έκπτωση 39%, στο ποσό των 22.903,91 ευρώ). Επομένως, η καθής η προσφυγή, σε αντίθεση π.χ με τη συμμετέχουσα εταιρεία «...», η οποία δήλωσε στην αιτιολόγηση της προσφοράς της ότι: *«Για την εκτέλεση των εργασιών διαγράμμισης και τοποθέτησης πινακίδων, χρησιμοποιείται το μόνιμο προσωπικό της εταιρείας που διαθέτει πολυετή εμπειρία σε αντίστοιχα έργα καθώς και ο ιδιόκτητος στόλος διαγραμμιστικών οχημάτων αυτής.»*, θα χρησιμοποιήσει τρίτους (υπεργολάβους) για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου. Εξάλλου, στην εξεταζόμενη περίπτωση πληρούνται και τα τρία (3) προαναφερόμενα

γνωρίσματα της υπεργολαβίας, ήτοι, η ιδιότητα των υπεργολάβων ως τρίτων έναντι του συγκεκριμένου προσφέροντος, η εκτέλεση από αυτούς μέρους του συμβατικού αντικειμένου και τέλος, η ανυπαρξία συμβατικής σχέσης μεταξύ των εν λόγω τρίτων και της αναθέτουσας αρχής.

Επομένως, ότι οι προαναφερόμενες δύο εταιρείες (τρίτοι), οι οποίες θα εκτελέσουν τις προς ανάθεση εργασίες, δεν αποτελούν σε καμία περίπτωση προμηθευτές εν γένει ή εκμισθωτές του απαιτούμενου εξοπλισμού, για τους οποίους δεν προβλέπεται υποχρέωση υποβολής αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ. Τουναντίον, λαμβανομένου υπόψη ότι, αφενός μεν, η εταιρεία «...» θα εκτελέσει εργασίες της ομάδας Α («...») του υπόψη διαγωνισμού, συνολικού ποσού 35.597,00€ (31.160,00€ + 4.137,00 € + 300,00€ = 35.597,00€), αφετέρου δε, η εταιρεία «...» θα παράσχει, όπως προαναφέρθηκε, τις εργασίες αδροποίησης της ομάδας Β του διαγωνισμού, συνολικής αξίας 6.440,00€, ήτοι, θα παρασχεθούν σωρευτικά από υπεργολάβους/τρίτους εργασίες συνολικής αξίας 42.037,00€ (35.597,00€ + 6.440,00€ = 42.037,00€) - με την δε προσφερόμενη έκπτωση, θα παρασχεθούν σωρευτικά εργασίες συνολικής αξίας 26.703,51€ - προκύπτει ότι το ποσοστό συμμετοχής των ανωτέρω δύο (2) υπεργολάβων υπερβαίνει το ποσοστό 30% της συνολικής αξίας της προς ανάθεση σύμβασης και ως εκ τούτου, οι συγκεκριμένοι τρίτοι είχαν υποχρέωση, όπως υποβάλλουν ξεχωριστό/αυτοτελές έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ.(βλ. και υπ' αριθμ. Σ130/2022 απόφαση της Αρχής), ενώ η καθής η προσφυγή όφειλε, βάσει του άρθρου 23.1. της διακήρυξης, να δηλώσει στο δικό της Ε.Ε.Ε.Σ (Μέρος ΙΙ, ενότητα Δ) τα ονόματα των υπεργολάβων και το ποσοστό της υπεργολαβικής ανάθεσης της σύμβασης σε αυτούς, ώστε να δύναται να ελεγχθεί από την αναθέτουσα αρχή εάν συντρέχουν (ή όχι) λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, αλλά και εάν πληρούνται οι απαιτήσεις καταλληλότητας. Τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγονται ευχερώς και από τον «πίνακα ανάλυσης κόστους» που υπέβαλε η καθής η προσφυγή μαζί με την αιτιολόγηση της προσφοράς της, στον οποίον αναφέρει αναλυτικά τόσο τις προσφορές που έλαβε από τις ως άνω εταιρείες-υπεργολάβους για την εκτέλεση των εργασιών διαγράμμισης και αδροποίησης του υπόψη διαγωνισμού, όσο και την προσφορά που έλαβε από την 2^η εξ αυτών για την προμήθεια των υλικών της ομάδας Α.

Θα πρέπει, επίσης, να σημειωθεί ότι η επίμαχη πλημμέλεια της προσφοράς άγει στον υποχρεωτικό αποκλεισμό της καθής η προσφυγή και δεν μπορεί να τύχει επιτρεπτής συμπλήρωσης/διευκρίνισης, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 (βλ. και υπ' αριθμ. 88/2022 απόφαση της Αρχής, σκέψη 24). Και τούτο, διότι τυχόν παροχή δυνατότητας συμπλήρωσης της εν λόγω προσφοράς, θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ανόθευτου ανταγωνισμού, αφού, θα εισήγαγε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων. Εξάλλου, κατά πάγια νομολογία, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να «θεραπεύσει» την παράλειψη παροχής πληροφοριών και εγγράφων, των οποίων η υποβολή ήταν υποχρεωτική βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, αφού η υποχρέωση διαφάνειας έχει, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 16.04.2015, υπόθεση C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκέψη 25 και ΔΕΕ, απόφαση της 29.03.2012, υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovenko a.s. κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν εάν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους, στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. υπόθεση C-278/14, σκέψη 27). Συναφώς, έχει κριθεί ότι τα κράτη μέλη, εφόσον κάνουν χρήση της δυνατότητας που προβλέπεται στο άρθρο 56 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, «... οφείλουν να μεριμνούν ώστε να μη διακυβεύεται η επίτευξη των σκοπών που επιδιώκει η οδηγία αυτή και να μη θίγεται η πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων της ούτε των άλλων συναφών διατάξεων και αρχών του δικαίου της Ένωσης, ειδικότερα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων, υπ' αριθμ. 1386/2021 απόφαση ΑΕΠΠ, σκ.46, υπ' αριθμ. 1850_1851_1852/2021 απόφαση ΑΕΠΠ, σκ. 32, υπ' αριθμ. 53/2022 απόφαση ΑΕΠΠ, σκ.17, υπ' αριθμ. 88/2022 απόφαση ΑΕΠΠ, σκ. 24 κλπ). Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

●3^{ος} λόγος προσφυγής: εσφαλμένη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ σχετικά με την εγγραφή σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων.

Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» (προσωρινός μειοδότης), έδωσε ανακριβείς και εσφαλμένες απαντήσεις στα ερωτήματα της ενότητας Α του Μέρους ΙΙ του Ε.Ε.Ε.Σ. σχετικά με την εγγραφή σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων. Και τούτο διότι, αφού – όπως ο ίδιος αναφέρει στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ – είναι εγγεγραμμένος στις τάξεις Α2 και Α1 (αντίστοιχα) για τις κατηγορίες έργων οδοποιία, οικοδομικά, υδραυλικά και λιμενικά, δεν δύναται συγχρόνως να κατέχει και ενημερότητα πτυχίου, αφού η ενημερότητα πτυχίου χορηγείται μόνο σε περίπτωση εγγραφής στην 3η τάξη Μ.Ε.ΕΠ και άνω. Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η εν λόγω πλημμέλεια άγει σε υποχρεωτική απόρριψη της προσφοράς και δεν επιδέχεται διευκρίνιση, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει *«...καθώς δεν πρόκειται για ασάφεια ή σύγχυση που η επίλυσή της καλύπτεται ευχερώς από το ίδιο το έγγραφο ή με κάποια τυπική διευκρίνιση επ' αυτού αλλά, αντιθέτως, τυχόν κλήση κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 θα ισοδυναμούσε με υποβολή άλλου ΕΕΕΣ, με διαφορετικές απαντήσεις, (βλ. ΑΕΠΠ 1519/2021 σκ. 25 και ΑΕΠΠ 953, 954/2022 σκ. 49).*

Β) Από την επισκόπηση του επίμαχου Ε.Ε.Ε.Σ προκύπτουν τα εξής: Στο ερώτημα: *«Κατά περίπτωση, ο οικονομικός «φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού συστήματος (προ)επιλογής;]»* της ενότητας Α «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του Μέρους ΙΙ του Ε.Ε.Ε.Σ, η καθής η προσφυγή έδωσε καταφατική απάντηση («ΝΑΙ») και στο επόμενο πεδίο: *«Αναφέρετε την ονομασία του καταλόγου ή του πιστοποιητικού και τον σχετικό αριθμό εγγραφής ή πιστοποίησης, κατά περίπτωση:»* δήλωσε: «ΜΕΕΠ ...». Ακολούθως, στο πεδίο: *«Αναφέρετε τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή ή η πιστοποίηση και κατά περίπτωση, την κατάταξη στον επίσημο κατάλογο»*, η εν λόγω εταιρεία δήλωσε: *«Αριθμός Πρωτ. .../.../26-09-2017, Α2 Οδοποιία, Α1 Οικοδομικά, Α1 Υδραυλικά, Α1 Λιμενικά»*. Σύμφωνα με το άρθρο πρώτο της υπ' αριθμ. Δ15/οικ/15658/2013 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ Β' 2300/16.09.2013), με θέμα: «Τροποποίηση της με αριθ.

Δ15/οικ/2498/28.07.2005 (Β' 1105) Υπουργικής Απόφασης με θέμα "Έκδοση Ενημερότητας Πτυχίου και Βεβαιώσεων ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων δημοσίων έργων, υποβολή Εκθέσεων δραστηριότητας ανωνύμων εταιρειών και Πιστοποιητικών εκτέλεσης έργων", η ενημερότητα πτυχίου χορηγείται σε κάθε εργοληπτική επιχείρηση που είναι εγγεγραμμένη στις τάξεις 3η έως και 7η του Μ.Ε.ΕΠ. Επίσης, στην κατευθυντήρια οδηγία με αρ. 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ αναφέρεται (βλ. σελ. 11) ότι: «Στο ως άνω πεδίο, (εννοείται στο Μέρος II, Ενότητα Α Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, περί εγγραφής σε επίσημο κατάλογο/Μητρώο) ως προς τις συμβάσεις έργων, οι ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις, οι οποίες διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, συμπληρώνουν την ένδειξη «ΝΑΙ», καθώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των παρ. 4 και 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008, οι οποίες εξακολουθούν να ισχύουν, η βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, σε συνδυασμό με την ενημερότητα πτυχίου, συνιστά τον μοναδικό, επί της παρούσης, εθνικό "επίσημο κατάλογο" (βλ. και υπ' αριθμ. 1001/2018 Απόφαση 7^{ου} κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 29).

Επομένως, για την ορθή συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ., θα πρέπει τα υποερωτήματα (α) έως (ε) της ενότητας Α του Μέρους II («Πληροφορίες για τον οικονομικό φορέα»), να συμπληρώνονται μόνο από τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που διαθέτουν συνδυαστικά βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ και ενημερότητα πτυχίου, ενώ ειδικά για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς προβλέπεται ότι στο πεδίο (γ) της ως άνω ενότητας, θα πρέπει να συμπληρώσουν τα δικαιολογητικά εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ, την τάξη τους και τα δικαιολογητικά χορήγησης της ενημερότητας πτυχίου. Από την άλλη πλευρά, οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που διαθέτουν μόνο εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ και αδυνατούν, λόγω της τάξης πτυχίου τους, να προσκομίσουν επιπλέον και ενημερότητα πτυχίου, τα ζητήματα που σχετίζονται με την εγγραφή τους στο εν λόγω Μητρώο, θα πρέπει να τα συμπληρώσουν στο Μέρος IV («Κριτήρια επιλογής») και ειδικότερα στην ενότητα Α («Επαγγελματική καταλληλότητα»). Επομένως, λαμβανομένου υπόψη ότι, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα, θετική απάντηση στο επίμαχο ερώτημα περί εγγραφής σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων δύναται να δοθεί μόνο από τις επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στην 3^η τάξη Μ.Ε.ΕΠ και άνω, οι οποίες διαθέτουν και ενημερότητα πτυχίου, γίνεται, εν προκειμένω, δεκτό ότι ο οικονομικός φορέας «...» απάντησε πλημμελώς στο επίμαχο πεδίο του

Ε.Ε.Ε.Σ., η δε εσφαλμένη αυτή καταφατική απάντηση είχε ως συνέπεια να μην «εμφανισθεί» (προς συμπλήρωση) το ερώτημα που αφορά στη δέσμευση του οικονομικού φορέα για την προσκόμιση των σχετικών πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, το οποίο «εμφανίζεται» μόνο σε περίπτωση θέσης αρνητικής απάντησης («ΟΧΙ») στο εν λόγω πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. Ωστόσο, η εγγραφή σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων, ήτοι, η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ σε συνδυασμό με την κατοχή ενημερότητας πτυχίου, δεν είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού στην ένδικη διακήρυξη. Αντιθέτως, επί ποινή αποκλεισμού είχε τεθεί η απαίτηση καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, που καλύπτεται με μόνη την εγγραφή του υποψηφίου στο Μ.Ε.ΕΠ στην ορισθείσα από τη διακήρυξη κατηγορία (βλ. άρθρο 21: «Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης» της επίμαχης διακήρυξης), απαίτηση την οποία, σε κάθε περίπτωση, πληροί η καθής η προσφυγή (η οποία μάλιστα δήλωσε και τον σχετικό αριθμό εγγραφής της στο Μ.Ε.ΕΠ) και ουδόλως αμφισβητεί η προσφεύγουσα. Επομένως, παρόλο που στην προκείμενη περίπτωση, η καθής η προσφυγή – η οποία, σημειωτέον, δεν δήλωσε ότι κατέχει ενημερότητα πτυχίου, ούτε, άλλωστε, δύναται εν τοις πράγμασι να κατέχει – προέβη σε εκ παραδρομής συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ, επιλέγοντας τη λέξη «ΝΑΙ» στο ερώτημα περί του εάν είναι εγγεγραμμένη σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων, δεν συντρέχει περίπτωση παραβίασης επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενου όρου της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, η καθής η προσφυγή έδωσε αρνητική απάντηση («ΟΧΙ») στο πεδίο της ενότητας Β του Μέρους ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») του Ε.Ε.Ε.Σ, που σχετίζεται με την τυχόν ύπαρξη ανεκπλήρωτων υποχρεώσεων ως προς την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Θα πρέπει, επίσης, να επισημανθεί ότι στην περίπτωση που επίκειται αποκλεισμός του διαγωνιζόμενου από τη διαγωνιστική διαδικασία, η παροχή δυνατότητας διευκρινίσεων είναι, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, υποχρεωτική, αφού ως ρητώς ορίζεται στο ως άνω άρθρο, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση *«είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα»*, οι οικονομικοί φορείς καλούνται όπως υποβάλλουν, συμπληρώσουν, αποσαφηνίσουν ή ολοκληρώσουν τις σχετικές πληροφορίες

ή τη σχετική τεκμηρίωση. Συνεπώς, τυχόν κλήση της καθής η προσφυγή προς παροχή σχετικών διευκρινίσεων, στο πλαίσιο του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, δεν μπορούσε να οδηγήσει στον κλονισμό των αρχών της διαφάνειας και της αμεροληψίας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, κατά το άρθρο 18 του ν. 4412/2016, τουναντίον, θα εξυπηρετούσε νομίμως το δημόσιο συμφέρον χάριν ανάπτυξης και διατήρησης του ανταγωνισμού, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι στο Μέρος II του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ δηλώθηκε η εγγραφή της καθής η προσφυγή στο Μ.Ε.Ε.Π, με αποτέλεσμα, να πληρούται το επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενο κριτήριο καταλληλότητας του άρθρου 21 της διακήρυξης. Όπως, εξάλλου, έχει κρίνει το ΔΕΕ: *«η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας. Υπό τις περιστάσεις αυτές, οι αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της αναλογικότητας δεν αντίκεινται στην παροχή, από την αναθέτουσα αρχή στον οικονομικό φορέα, της δυνατότητας θεραπείας της παραλείψεώς του και εκπληρώσεως της επίμαχης υποχρεώσεως εντός προθεσμίας οριζόμενης από την αναθέτουσα αρχή»* (βλ. απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Pippo Pizzo C-27/15, σκέψη 51)». Από τα ανωτέρω αναφερόμενα, συνάγεται εναργώς ότι το οικείο σφάλμα ήταν δεκτικό διευκρίνισης, διότι δεν σχετίζεται με παράλειψη πλήρωσης προϋπόθεσης που είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού στη διακήρυξη, αλλά ούτε και με παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη, βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης. Επομένως, ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

●4^{ος} λόγος: υποβολή μη ψηφιακά υπογεγραμμένων και μη επικυρωμένων ιδιωτικών εγγράφων (προσφορών) τρίτων οικονομικών φορέων μαζί με την αιτιολόγηση της προσφοράς του διαγωνιζόμενου – μη υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του διαγωνιζόμενου για τα ιδιωτικά έγγραφα τρίτων οικονομικών φορέων. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι προς τεκμηρίωση της ασυνήθιστα χαμηλής οικονομικής προσφοράς του, ο

οικονομικός φορέας «...» (προσωρινός ανάδοχος), υπέβαλε την, από 15.12.2022, προσφορά της εταιρείας «...», την, από 15.12.2022, προσφορά της εταιρείας «...», την, από 15.12.2022, προσφορά της εταιρείας «...» και την, από 15.12.2022 προσφορά της εταιρείας «...», οι οποίες, όμως, έχουν αναρτηθεί στο σύστημα Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, χωρίς να φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή του εκδότη τους ή χωρίς νόμιμη επικύρωση και χωρίς να συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα περί του ότι αποτελούν ακριβή αντίγραφα εκ του πρωτοτύπου. Ως ειδικότερα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η επίμαχη προσφορά θα έπρεπε να είχε απορριφθεί ως απαράδεκτη, διότι οι προσφορές των ανωτέρω εταιρειών (υπεργολάβων), οι οποίες αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, δεν έχουν υποβληθεί προσηκόντως, ήτοι, κατά τον τρόπο που απαιτούν οι διατάξεις της ΚΥΑ που εφαρμόζεται στα έγγραφα που διακινούνται μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, η οποία επιβάλλει την υποβολή των ιδιωτικών εγγράφων, είτε ως πρωτότυπα ηλεκτρονικά έγγραφα φέροντα ηλεκτρονική υπογραφή, είτε ως νομίμως επικυρωμένα αντίγραφα, είτε ως απλά αντίγραφα συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση του διαγωνιζόμενου. Προς απόδειξη των σχετικών ισχυρισμών της, η προσφεύγουσα παραπέμπει στα άρθρα 8 παρ. 3 και 12 παρ. 1.2.1 της υπ' αριθμ. 166278/2021ΚΥΑ με θέμα: «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)» των Υπουργών Οικονομικών, Υποδομών και Μεταφορών και Επικράτειας» (ΦΕΚ Β 2813/30.6.2021), Β) Στο άρθρο 8 παρ. 3 της ως άνω ΚΥΑ προβλέπεται ότι: «Οι Οικονομικοί Φορείς υποβάλλουν μέσω του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ-Δημόσια Έργα τα κατά περίπτωση δημόσια και ιδιωτικά έγγραφα καθώς και αυτά που έχουν συνταχθεί / παραχθεί από τους ίδιους, τα οποία γίνονται αποδεκτά σύμφωνα με την παρ. 1.2.1 του άρθρου 12 της παρούσας.». Επίσης, στο άρθρο 12 παρ. 1.2.1 της ως άνω ΚΥΑ προβλέπεται ότι: «1.2.1 Όσον αφορά τα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στους ανωτέρω υποφακέλους, οι οικονομικοί φορείς τα καταχωρίζουν μέσω του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ-Δημόσια Έργα ως εξής: Τα έγγραφα που καταχωρίζονται στην ηλεκτρονική προσφορά, και δεν απαιτείται να

προσκομισθούν και σε έντυπη μορφή, γίνονται αποδεκτά κατά περίπτωση, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις: α) είτε των άρθρων 13, 14 και 28 του ν. 4727/2020 (Α' 184) περί ηλεκτρονικών δημοσίων εγγράφων που φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή ή σφραγίδα. Εφόσον πρόκειται για αλλοδαπά δημόσια ηλεκτρονικά έγγραφα, εάν φέρουν επισημείωση e-Apostille, β) είτε του άρθρου 15 του ν. 4727/2020 (Α' 184) περί ηλεκτρονικών ιδιωτικών εγγράφων που φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή ή σφραγίδα, γ) είτε του άρθρου 27 του ν. 4727/2020 (Α' 184) περί εγγράφων που εκδίδονται μέσω της Ενιαίας Ψηφιακής Πύλης της Δημόσιας Διοίκησης (gov.gr), ο οποίος στη συνέχεια δύναται να ταυτοποιηθεί από το Διαχειριστή του), δ) είτε του άρθρου 11 του ν. 2690/1999 (Α' 45), όπως αυτός έχει τροποποιηθεί και ισχύει, περί βεβαίωσης του γνησίου της υπογραφής-επικύρωσης των αντιγράφων, ε) είτε της παρ. 2 του άρθρου 37 του ν. 4412/2016, περί χρήσης ηλεκτρονικών υπογραφών σε ηλεκτρονικές διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων, στ) είτε της παρ. 8 του άρθρου 92 του ν. 4412/2016, περί συνυποβολής υπεύθυνης δήλωσης στην περίπτωση απλής φωτοτυπίας ιδιωτικών εγγράφων.».

Ωστόσο, από την ραγματική διατύπωση του άρθρου 12 παρ. 1.2.1. της ως άνω ΚΥΑ, το οποίο αναφέρεται ρητά στα «έγγραφα που καταχωρίζονται στην ηλεκτρονική προσφορά» ή «στα στοιχεία και δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στους ανωτέρω υποφάκελους» προκύπτει σαφώς ότι οι απαιτήσεις που προβλέπονται σε αυτό (όπως π.χ η απαίτηση περί θέσης ψηφιακής υπογραφής, η απαίτηση περί υποβολής υπεύθυνης δήλωσης για το ότι τα ιδιωτικά έγγραφα αποτελούν ακριβή αντίγραφα εκ του πρωτοτύπου κλπ), αφορούν αποκλειστικά στα έγγραφα και στα δικαιολογητικά που περιλαμβάνονται στον (υπο)φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής, στον (υπο)φάκελο της τεχνικής προσφοράς και στον (υπο)φάκελο της οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζόμενων και δεν καταλαμβάνουν τα ιδιωτικά έγγραφα τρίτων, που υποβάλλονται ως συνημμένα έγγραφα μαζί με την αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς, στο πλαίσιο της διαδικασίας που περιγράφεται στο άρ. 88 του ν. 4412/2016. Άλλωστε, επειδή στην ως άνω ΚΥΑ (ούτε, όμως, και στην ένδικη διακήρυξη), δεν προβλέπεται ρητά ο αποκλεισμός του υποψηφίου, λόγω υποβολής μη ψηφιακά υπογεγραμμένων ή μη επικυρωμένων ιδιωτικών εγγράφων τρίτων, που επισυνάπτονται στην αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του ή λόγω μη υποβολής υπεύθυνης

δήλωσης του υποψηφίου για το ότι τα ιδιωτικά έγγραφα τρίτων είναι ακριβή αντίγραφα εκ των πρωτοτύπων, τυχόν αποκλεισμός της καθής η προσφυγή για τον εξεταζόμενο λόγο, θα έβαινε πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, κατά παράβαση της θεμελιώδους αρχής της αναλογικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Εν όψει των ανωτέρω, ο 4^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

• 5^{ος} λόγος προσφυγής: εσφαλμένος υπολογισμός άμεσου και έμμεσου κόστους. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μολονότι ο οικονομικός φορέας «...» δήλωσε στην υποβληθείσα αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του, ότι έλαβε υπόψη του την εγκύκλιο 9/25.04.2017 (ΑΔΑ: 6Η6Κ465ΧΘΞ-3Φ5) αναφορικά με τα γενικά έξοδα και το εργολαβικό όφελος, εντούτοις, προέβη σε εσφαλμένο υπολογισμό τους και επομένως, η προσφορά του θα πρέπει να απορριφθεί ως ζημιογόνος. Επίσης, η εν λόγω εταιρεία ισχυρίζεται ότι η καθής η προσφυγή εσφαλμένα αναφέρει στον συγκεντρωτικό πίνακα κερδοφορίας το ποσό των 37.200,00€, στο οποίο συμπεριέλαβε απρόβλεπτα 15% (4.827,18€) και αναθεώρηση (191,64€), ενώ όφειλε να δηλώσει το ορθό ποσό των 32.181,18€, στο οποίο δεν συμπεριλαμβάνονται τα απρόβλεπτα και η αναθεώρηση. Προς απόδειξη δε των σχετικών ισχυρισμών της, η προσφεύγουσα παραθέτει (σε πίνακες) τα ορθά, κατά την κρίση της, ποσά που αντιστοιχούν στο άμεσο και έμμεσο κόστος του έργου. Β) Επισημαίνεται καταρχάς, ότι η έννοια της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν ορίζεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016, ωστόσο, έχει κριθεί ότι το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς θα πρέπει να εκτιμάται σε συνάρτηση με τη σύνθεση της προσφοράς και με τη φύση της επίμαχης παροχής (βλ. απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016, Agriconsulting Europe κατά Επιτροπής, T-570/13, σκέψη 55 και απόφαση της 4ης Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T- 392/15, σκέψη 83). Περαιτέρω, ως έχει κριθεί από την Αρχή, ένας διαγωνιζόμενος που εγείρει ζήτημα σε σχέση με το ύψος μιας προσφοράς, οφείλει να επικαλεσθεί συγκεκριμένα στοιχεία που αποδεικνύουν επαρκώς και ορισμένως, σε συγκριτικό επίπεδο, την υποκοστολόγηση εκ μέρους των συνυποψήφιων του.

Μάλιστα, πέραν της επικλήσεως συγκεκριμένων στοιχείων οφείλει να προσκομίζει και τα έγγραφα που αποδεικνύουν τους ισχυρισμούς του (βλ. υπ' αριθμ. 573/2018 απόφαση της Αρχής, σκ. 20-24). Ωστόσο, οι προβαλλόμενοι δια της υπό κρίση προσφυγής ισχυρισμοί, σύμφωνα με τους οποίους η καθής η προσφυγή προέβη σε εσφαλμένους υπολογισμούς, δεν είναι ούτε ειδικοί, ούτε συγκεκριμένοι, τουναντίον, τυγχάνουν αόριστοι και ιδίως, ατεκμηρίωτοι. Επίσης, παρόλο που η προσφεύγουσα παραθέτει πίνακες π.χ υπό τον τίτλο: «Ορθός υπολογισμός έμμεσου κόστους» κλπ, που, κατά την άποψή της, περιέχουν τα ορθά ποσά, το γεγονός ότι οι πίνακες αυτοί δεν συνοδεύονται από συγκεκριμένα στοιχεία για τις αγοραίες τιμές, έχει ως συνέπεια να εμφανίζονται ως αυθαίρετοι και επομένως, ως ατεκμηρίωτοι (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 309/2016). Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι: i) οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, δεν παρίστανται ουσιώδεις, διότι στηρίζονται σε αναπόδεικτους και ως εκ τούτου, σε αυθαίρετους υπολογισμούς (ΕΑ ΣτΕ 127/2009, υπ' αριθμ. 448/2021 απόφαση ΑΕΠΠ κλπ) και ii) ουδόλως αποδείχθηκε ότι η υπό εξέταση προσφορά είναι ζημιογόνος, άλλως, ότι εγκυμονεί κινδύνους για την έγκαιρη και ομαλή εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης, ο 5^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής απορρίπτεται ως απαράδεκτος.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την με αριθμό 65/2023 απόφαση (Απόσπασμα πρακτικού της υπ' αριθμ. 6/2023 συνεδρίασης της οικονομικής επιτροπής) της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «... 2022», κατά το σκεπτικό της παρούσας.

Αριθμός απόφασης: 910/2023

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 19 Ιουνίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ