

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 6-12-2022 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Προκειμένου να εξετάσει την από 31-10-2022 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 1533/01-11-2022 του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο προσφεύγων), που εδρεύει στη οδός ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του ν.π.δ.δ με την επωνυμία «... .. –», (εφεξής η Αναθέτουσα Αρχή) ,όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Και κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, με την επωνυμία, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται κατ' ορθή εκτίμηση του περιεχομένου της την ακύρωση της υπ' αριθμ. 220/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής σύμφωνα με το άρθρο 5 του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο με αριθμό ... ποσού 1657,30 ευρώ. Φέρει δε την ένδειξη «Δεσμευμένο».

2. Επειδή, με την από 28-04-2022 διακήρυξη δημοπρασίας με ΑΔΑΜ: ... 2022-04-28 η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό δημόσιο ανοικτό

διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου με τίτλο: ««...», προϋπολογισμού 331.459,79 € (άνευ Φ.Π.Α. 24%). Η ως άνω Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

3. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ, εμπρόθεσμα, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτά ασκείται η προσφυγή του οικονομικού φορέα, του οποίου η τεχνική προσφορά κρίθηκε ως αποδεκτή.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή είχε αναρτήσει στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποίησε στα θιγόμενα μέρη τις από 26-10-2022 απόψεις της.

5. Επειδή, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, έλαβαν μέρος οκτώ οικονομικοί φορείς, και δη οι ακόλουθοι κατά σειρά μειοδοσίας: 1 ... 2 3 ... 4 ... 6 ... 7 ... Η επιτροπή διαγωνισμού διαπίστωσε ότι ο οικονομικός φορέας "... "δεν υπέβαλε εγγυητική επιστολή συμμετοχής και εισηγήθηκε με το 1ο Πρακτικό της την απόρριψη της οικείας προσφοράς. Με την υπ' αρ. 135/2022 Α.Ο.Ε. εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό και ο οικονομικός φορέας "... ..." αποκλείστηκε από την συνέχιση της διαδικασίας. Εν συνεχεία, η επιτροπή διαγωνισμού διαπίστωσε ότι οι προσφορές των οικονομικών φορέων και εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν και χαρακτηρίστηκαν ως ασυνήθιστα χαμηλές. Τα ανωτέρω περιελήφθησαν στο 2ο Πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού. Με την 164/2022 απόφασή της η Οικονομική Επιτροπή του αποφάσισε την έγκριση του ως άνω υπ' αριθμ. πρωτ. .../04-07-2022 Δ.Ν.Φ.-Ν.Χ. 2ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και αποφασίστηκε επίσης να ζητηθεί από τους οικονομικούς φορείς ... και να εξηγήσουν επακριβώς την τιμή που προτείνουν στην προσφορά τους, σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Ν.4412/2016 Άρθρο 88 και στην παράγραφο 4/4.1/η της Διακήρυξης εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Οι δύο συμμετέχοντες υπέβαλαν στις 16.09.2022 τις σχετικές αιτιολογήσεις τους . Με το 3ο από 03-10- 2022 Πρακτικό της η Ε.Δ.

έκρινε ανεπαρκή την αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα ..., ενώ αποδέχθηκε την αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα Με την 220/2022 (προσβαλλόμενη) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του αποφασίσθηκε η έγκριση του ως άνω Πρακτικού, η απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα ..., και η αποδοχή της αιτιολόγησης του οικονομικού φορέα Προσωρινός ανάδοχος ανεδείχθη ο με ποσοστό έκπτωσης 40,50%.

6. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας με την προσφυγή του αλλά και με το εν γένει παραδεκτώς υποβληθέν από 15-11-2022 υπόμνημά του ισχυρίζεται με την προσβαλλόμενη απόφαση ότι, μη νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά του μειοδότη προσωρινού αναδόχου και νυν παρεμβαίνοντος . Ειδικότερα, προβάλλει ότι ο μειοδότης δεν συμπλήρωσε στο ΕΕΕΣ του το πεδίο που αφορά στους υπεργολάβους, Μέρος ΙΙ, Ενότητα Δ, παρόλο που αυτοί ήταν γνωστοί εφόσον ο ίδιος τους δήλωσε στην αιτιολόγηση της οικονομικής του προσφοράς. Επιπλέον μη νόμιμα δεν κατέθεσε ως όφειλε ΕΕΕΣ για τους υπεργολάβους και επομένως, η προσφορά του προσωρινού αναδόχου έπρεπε κατά τον προσφεύγοντα να απορριφθεί. Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων προβάλλει ότι, όπως προκύπτει από την από 16-09-2022 αιτιολόγηση της οικονομικής του προσφοράς, ο παρεμβαίνων επικαλέσθηκε την εξής προσφορά της ..., η οποία αφορά συμβατικές εργασίες του εν θέματι έργου αφού ρητώς αναφέρει τα εξής: «Έργο: ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΣΤΙΣ ΚΤΙΡΙΑΚΕΣ ΥΠΟΔΟΜΕΣ ΚΑΙ ΣΤΟΥΣ ΑΥΛΕΙΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ ΣΧΟΛΙΚΩΝ ΜΟΝΑΔΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...

Για το παραπάνω έργο σας προσφέρω:

Αποξήλωση ειδών υγιεινής15,00€/ΤΕΜ.

Τοποθέτηση ειδών υγιεινής25,00€/ΤΕΜ.

Οι τιμές αφορούν εργασία άνευ υλικών.

Οι τιμές δεν περιλαμβάνουν τον ΦΠΑ 24%.

Οι τιμές περιλαμβάνουν τις εισφορές του ΕΦΚΑ».

Κατά τον προσφεύγοντα , ο παρεμβαίνων επικαλέσθηκε επιπροσθέτως την προσφορά της ACCESS Sports για τις εργασίες:

«ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΚΟΥΣΙΩΝ ΑΚΡΥΛΙΚΗΣ ΕΠΙΦΑΝΕΙΑΣ ΓΗΠΕΔΩΝ ΜΠΑΣΚΕΤ 1000Μ2 ΣΕ ΝΕΑ ΑΣΦΑΛΤΟ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΣΗ ITF ΜΠΑΣΚΕΤΑ Ο/Τ ΜΕ

ΠΡΟΣΤΑΤΕΥΤΙΚΟ ΚΟΡΜΟΥ ΠΛΗΡΩΣ ΤΟΠΟΘΕΤΗΜΕΝΗ ΜΕ ΠΡΟΣΤΑΤΕΥΤΙΚΟ ΑΝΤΙΑΝΕΜΙΚΟ ΔΙΧΤΥΓΗΠΕΔΟΥ, ΣΕΤ ΟΡΘΟΣΤΑΤΕΣ ΒΟΛΛΕΥ ΜΕ ΠΡΟΣΤΑΤΕΥΤΙΚΟ –ΑΝΤΕΝΕΣ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ[...] -Με την παραγγελία σας προκαταβολή (11.749,00€) μετρητής και το υπόλοιπο (11.749€)με την παράδοση μετρητής. -Χρόνος παράδοσης όλου του έργου 3-4 εβδομάδες .Έναρξη εργασιών άμεσα και εφόσον το επιτρέπουν οι καιρικές συνθήκες. -Στις τιμές περιλαμβάνονται: 1)Τα μεταφορικά για όλα τα υλικά μέχρι το γήπεδο. 2)Το κόστος μεταφοράς και οι εργασίες των τεχνικών . 3) Τα υλικά θα είναι όλα πιστοποιημένα. 4) Οι ασφαλιστικές εισφορές των εργαζομένων.». Επομένως, ο προσωρινός ανάδοχος ουσιαστικά «ανέθεσε» κατά τον προσφεύγοντα στην ως άνω εταιρεία την εκτέλεση συνολικά του προαναφερόμενου τμήματος της εργολαβίας. Κατά τον προσφεύγοντα, ο παρεμβαίνων επικαλέσθηκε επιπροσθέτως την εξής από 19-05-2022 προσφορά της: «ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΕΡΓΑΣΙΑΣ ΜΟΝ. ΠΟΣΟΤΗΤΑ ΤΙΜΗ ΜΟΝ. ΚΟΣΤΟΣ (Ε)Εκσκαφή θεμελίων τεχνικών έργων και τάφρων, πλάτους έως 5,00m. M3 160 3,00 480,00 Τομή οδοστρώματος με ασφατοκόπτη. M 120 0.25 30,00 Ασφαλτική συγκολλητική επάλειψη. M2 2000 0.35 400,00 Ασφαλτικές συνδετικές (ισοπεδωτικές) στρώσεις συμπυκνωμένου πάχους 0,05m. M2 1000 7.00 7.000,00 Ασφαλτική στρώση κυκλοφορίας συμπυκνωμένου πάχους 0,05 m με χρήση κοινής ασφάλτου. M2 1000 8.00 8.000,00 Βάση οδοστρώσεως πάχους 0,10m (ΠΤΠ Ο-155). M2 200 1.2 240».Άλλωστε, όπως υποστηρίζει ο προσφεύγων και ο ίδιος ο προσωρινός ανάδοχος, στον κατάλογο που παραθέτει στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II της αιτιολόγησής του ρητώς χαρακτηρίζει τις ως άνω προσφορές ως : «Προσφορές Υλικών- Υπεργολάβων». Ο ίδιος παραδέχεται, επομένως, ότι θα χρησιμοποιήσει υπεργολάβους, δεδομένου ότι, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο προσωρινός ανάδοχος έχει αναθέσει πληθώρα συμβατικών εργασιών (π.χ. άρθρα συμβατικού τιμολογίου Α1.4 , Α1.10 , Ε1.3 , Ε1.6 , ΣΤ1.4 , ΣΤ1.7 , ΣΤ1.8 , ΣΤ1.9 , ΣΤ1.10 , ΣΤ1.11 , ΣΤ2.1 , ΣΤ2.2 , ΣΤ2.3 , ΣΤ2.4 , ΣΤ2.5 , ΣΤ2.7 , ΣΤ2.12) σε υπεργολάβους. Επιπλέον προβάλλεται ότι ενώ και ο ίδιος ο μειοδότης ρητώς συνομολογεί ότι οι εν λόγω προσφορές είναι προσφορές υπεργολάβων στην αιτιολόγηση που υπέβαλε, εντούτοις στο ΕΕΕΣ του στο Μέρος II, Ενότητα «Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας. Απάντησε «Δεν βασίζεται

σε ικανότητες άλλων οντοτήτων». Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας; Απάντηση: Όχι. Εξαλλου κατά τον προσφεύγοντα, οι ανωτέρω πλημμέλειες δεν μπορούν να τύχουν συμπληρώσεως/διευκρινίσεως, στο πλαίσιο του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, διότι, εν προκειμένω τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της ήδη υποβληθείσας προσφοράς.

7. Επειδή, με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η υποβολή των ως άνω προσφορών (που υπεβλήθησαν στο πλαίσιο εξηγήσεων ως προς το ύψος της προσφοράς) χωρίς υπογραφή/σφραγίδα και με ημερομηνία μεταγενέστερη της υποβολής προσφοράς είναι πλημμελής διότι αφενός τα σχετικά έγγραφα δεν έχουν καμία δεσμευτικότητα, αφετέρου δεν έχουν συνταχθεί όπως θα έπρεπε προ της ημερομηνίας του διαγωνισμού (19-5-2022). Ως εκ τούτου η εκ μέρους της οικονομικής επιτροπής διαπίστωση των ως άνω ελλείψεων δεν μπορούσε να οδηγήσει σε συμπλήρωση αυτών, αλλά αντιθέτως όφειλε η αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει άνευ ετέρου και δίχως να καλέσει προς συμπλήρωση την προσφορά του ως άνω διαγωνιζομένου. Ειδικότερα προς επίρρωση του ως άνω λόγου ο προσφεύγων προβάλλει ότι η προσφορά της ... φέρει ημερομηνία 13-9-2022, όπως και η προσφορά της ... (ομοίως 13-09-2022), ενώ χωρίς υπογραφή υπεβλήθησαν οι προσφορές των ..., ..., ... και

8. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 10-11-2022 απόψεις, οι οποίες υπεβλήθησαν εν γένει παραδεκτως αντίθετα από όσα ισχυρίζεται ο προσφεύγων με το από 15-11-2022 υπόμνημά του, ζητά την απόρριψη της προσφυγής, ενώ ως προς τους λόγους αυτής προβάλλει ότι η ύπαρξη οικονομικής προσφοράς «τρίτου» για άρθρο του τιμολογίου του δημοπρατούμενου έργου (εργασία ή/και υλικό) σε καμία περίπτωση δεν δύναται να αποτελεί «νομική δέσμευση» (όπως λ.χ. συμφωνητικό) μεταξύ αναδόχου σύμβασης και άλλου νομικού ή φυσικού προσώπου («τρίτου») μη συνδεόμενου με τον εργοδότη, αλλά ενδεικτικό οικονομικό στοιχείο προκειμένου ο προσφέρων οικονομικός φορέας να αιτιολογήσει με οικονομικά δεδομένα την χαμηλή προσφορά του κατά το άρθρο 88 ν.4412/2016. Ως εκ

τούτου, οι αναφερόμενες στην προδικαστική προσφυγή υποβληθείσες οικονομικές προσφορές που αποτελούν αναπόσπαστο κομμάτι της αιτιολόγησης χαμηλής προσφοράς του προσφέροντος, δεν δύναται να αποτελούν στοιχεία υποκρύπτοντα υπεργολαβία κατά το ν.4412/2016, προκειμένου να απαιτείται η δήλωση στο αντίστοιχο πεδίο του ΕΕΕΣ. Τέλος, ως προς τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι κατ' εφαρμογή της παραγράφου 3 προαναφερόμενου άρθρου 88 ζητήθηκαν από τον παρεμβαίνοντα εξηγήσεις και όχι αποδείξεις της προσφοράς του και ως εκ τούτου ουδεμία σχέση έχουν οι ημερομηνίες των προσκομισθέντων εγγράφων.

9. Επειδή, ο παρεμβαίνων με την εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς ασκηθείσα παρέμβασή του ζητά την απόρριψη της προσφυγής ισχυριζόμενος ότι οι προσφορές που προσκόμισε, κατά την αιτιολόγηση της προσφοράς του, δεν αποτελούσαν συμβάσεις, αλλά ενδεικτικά συγκριτικά οικονομικά στοιχεία προς επίρρωση των οικονομικών μεγεθών που ο ίδιος είχε επικαλεστεί, ούτε εξάλλου είχε την πρόθεση να χρησιμοποιήσει υπεργολάβους για την εκτέλεση του έργου ,πράγμα που αποδεικνύεται από την αρνητική περί αυτού δήλωση στο ΕΕΕΣ του. Συνεπώς, και κατά τούτο είναι ανευ σημασίας το γεγονός ότι οι προσκομισθείσες προσφορές φέρουν ημερομηνία μεταγενέστερη της προσφοράς αφού σκοπούν απλώς στην αιτιολόγηση αυτής.

10. Επειδή, στο άρθρο 58 του ν. 4412/2016 "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 21425/ΕΕ)φεκ Α' 200/24.10.2016, όπως ισχύει, 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».

11. Επειδή, στους όρους της διακήρυξης ορίζονται τα εξής: «22.ΣΤ. Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία) Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. [...] 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. 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.[...] Άρθρο 25: 25.1 Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. 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. Σε περίπτωση υπεργολαβίας ισχύει το άρθρο 81 του Ν.4782/2021.25.2 Η τήρηση των υποχρεώσεων της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν 4412/2016 από υπεργολάβους δεν αίρει την ευθύνη του κυρίου αναδόχου.[...] 25.4 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 λόγω 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».

12. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

13. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους

οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

14. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

15. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους. Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

16. Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται 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. αποφάσεις 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) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι 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). Κατά την άσκηση δε της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει η αναθέτουσα

αρχή όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, 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. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 41, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37). 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, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, 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 Lavorgha Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Επακολούθως, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

17. Επειδή, εν προκειμένω, ως προς τον πρώτο λόγο της προφυγής, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και όπως άλλωστε συνομολογούν και ο παρεμβαίνων αλλά και η αναθέτουσα, ο προσωρινός ανάδοχος δεν συμπλήρωσε στο ΕΕΕΣ του το πεδίο που αφορά στους υπεργολάβους, Μέρος II, Ενότητα Δ, ενώ αυτοί ήταν γνωστοί καθόσον κατόπιν στην αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς προσκόμισε προσφορές των εταιρειών ..., ..., ... κλπ, τις οποίες περιλαμβάνει ονομαστικά και αυτούσιες (ως προς το ποσό) στους πίνακες αιτιολόγησης της προσφοράς του και οι

οποίες αφορούν σε εκτέλεση εργασιών που αφορούν στο δημοπρατούμενο έργο. Τις δε ως άνω προσφορές, δεν παρέθεσε ο προσωρινός ανάδοχος ενδεικτικά και ως συγκριτικά οικονομικά στοιχεία προς αιτιολόγηση της προσφοράς του, αλλά τους χαρακτήρισε ο ίδιος ως «υπεργολάβους» του στο έγγραφο αιτιολόγησης της οικονομικής του προσφοράς όπου αναφέρονται αυτολεξεί τα ακόλουθα: *«Η υλοποίηση του έργου θα γίνει κατά κύριο λόγο με εξειδικευμένο εργατοτεχνικό προσωπικό με μεγάλη εμπειρία από αντίστοιχα έργα πέραν της 10ετίας, ενώ ένα μέρος των ενεργειών της δράσης που απαιτούνται για την υλοποίησή του θα ανατεθεί σε τρίτους (υπεργολάβοι), υπό την προϋπόθεση όμως ότι ο Οικονομικός Φορέας θα συνεχίσει να διατηρεί τον πλήρη έλεγχο τόσο της διοίκησης όσο και της υλοποίησης του μέρους της δράσης που τους έχει ανατεθεί. Οι παραπάνω υπεργολάβοι είναι εξειδικευμένα συνεργεία και εφαρμόζουν τις βέλτιστες πρακτικές και μεθόδους κατασκευής και έχουν επιλεγεί με γνώμονα την εξυπηρέτηση των αναγκών και των στόχων του έργου επιδεικνύοντας υψηλή ποιότητα παρεχόμενων υπηρεσιών, αξιοπιστία μεγάλη ευθύνη και εξαιρετική συνέπεια στην τήρηση των συμφωνιών και των χρονοδιαγραμμάτων»*. Επιπλέον των ως άνω, ο προσωρινός ανάδοχος δεν κατέθεσε ΕΕΕΣ για τους ως άνω υπεργολάβους κατά τα οριζόμενα στο νόμο και τη διακήρυξη. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός δεδομένου ότι η αναθέτουσα όφειλε όπως ορθά υποστηρίζει ο προσφεύγων να απορρίψει την προσφορά του αναδόχου λόγω μη δήλωσης των εν θέματι υπεργολάβων στο ΕΕΕΣ και μη υποβολή χωριστών ΕΕΕΣ για αυτούς.

18. Επειδή, ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και συνομολογεί η αναθέτουσα αλλά και ο παρεμβαίνων, οι ως άνω αναφερόμενες προσφορές που υπέβαλε ο προσωρινός ανάδοχος στο πλαίσιο εξηγήσεων ως προς το ύψος της προσφοράς του, ήταν ανυπόγραφες ή έφεραν ημερομηνία μεταγενέστερη της υποβολής προσφοράς. Τούτο δε έχει ως αποτέλεσμα να καθίσταται μη νόμιμη η ίδια η προφορά, αφού δεν προκύπτει ως πλήρης, σαφής και ισχύουσα κατά το χρόνο της υποβολής της, στο μέτρο που αυτή δεν συνοδεύεται από ενυπόγραφες προσφορές με ημερομηνία προγενέστερη της υποβολής της και. Συνεπώς, μη νομίμως η αναθέτουσα έκανε δεκτή την προσφορά του

παρεμβαίνοντας ανακηρύσσοντας τον προσωρινό ανάδοχο κατά τα βασίμως προβαλλόμενα εκ μέρους του προσφεύγοντος .

19. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση. Τέλος, ενόψει αυτών πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων κατ' άρθρο 363 παρ.5 ν.4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 220/2022) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του «... .. –» κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού 1657,30 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 23 Δεκεμβρίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ