

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 30^η Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Α. Ζερβού-Πρόεδρος, Χ. Ζαράρη – Εισηγήτρια και Β. Πισμύρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.11.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2183/23-11-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ..., με δ.τ. «...» που εδρεύει στ.. ... (εφεξής προσφεύγων), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενης και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ..., που εδρεύει στ.. ..., (εφεξής παρεμβαίνων), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 282/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...» και ως εκ τούτου την ανάδειξη της ως προσωρινής αναδόχου, όπως και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη αυτών, ακόμα κι αν δεν αναφέρεται ρητώς στην παρούσα, εκδοθεισών στο πλαίσιο ηλεκτρονικού, ανοικτού, διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΔΕΣΗ ... ΜΕ ΤΟ ΒΙΟΛΟΓΙΚΟ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟ ...», προϋπολογισθείσας αξίας 394.105,70 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. (ΑΔΑΜ: ... Διακήρυξη, αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...).

Ο παρεμβαίνων αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης με την οποία κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.970,53 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης του).

2. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους στις 10.11.2021 δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

3. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στην βλάβη της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

4. Επειδή, στις 24.11.2021, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην κοινοποίηση της προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο φορέα και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 07.12.2021 απόψεις της, κατόπιν σχετικής κλήσης της ΑΕΠΠ τις οποίες αυθημερόν κοινοποίησε και στους ενδιαφερομένους.

5. Επειδή, ο παρεμβαίνων νομίμως και παραδεκτώς κατέθεσε την από 06.12.2021 παρέμβαση του με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης με την οποία κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του δοθέντος ότι ο προσφεύγων στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του.

6. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω νομίμως και παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και υποβάλλεται ενώπιον του 2^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ κατόπιν των με αρ. 2883 και 3013/2021 Πράξεων Προέδρων Κλιμακίων, κατά τα αναφερόμενα στην τελευταία ως άνω Πράξη.

7.Επειδή, ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού, ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί για τους κάτωθι λόγους:
«ΠΡΩΤΟΝ : Μη νόμιμη η αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...» διότι εμπίπτει στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.3 γ' περί συμμετοχής σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού και του άρθρου 22.Α.3. ζ' περί ανακριβούς δηλώσεως των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγου αποκλεισμού, λόγω παράλειψης δηλώσεως στο ΕΕΕΣ των επανορθωτικών μέτρων προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας της λόγω συμμετοχής της σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού.
ΔΕΥΤΕΡΟΝ : Μη νόμιμη η αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...» λόγω παραλείψεως δήλωσης στο ΕΕΕΣ των υπεργολάβων της και παραλείψεως υποβολής εντός του φακέλου προσφοράς της ξεχωριστών ΕΕΕΣ για αυτούς – Απαράδεκτη τροποποίηση προσφοράς. Ειδικότερα, καταρχήν παραθέτει τα αρ. 23.1, 25.3 της διακήρυξης, την κατευθυντήρια οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ.23 και ισχυρίζεται «Ενόψει των ανωτέρω, σαφώς προκύπτει ότι σε περίπτωση ανάθεσης της εκτέλεσης μέρους των δημοπρατούμενων εργασιών σε υπεργολάβο, ο διαγωνιζόμενος οφείλει επί ποινή αποκλεισμού να δηλώσει ρητώς, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, μέσω του ΕΕΕΣ του ότι προτίθεται να κάνει χρήση υπεργολάβου/υπεργολάβων, όπως και το ποσοστό της σύμβασης που θα αναλάβει να εκτελέσει έκαστος εξ' αυτών. Ειδικώς δε για

την περίπτωση της υπό ανάθεση συμβάσεως έργου, στο άρθρο 23.1. της διακήρυξης προβλέπεται η υποχρέωση του/των υπεργολάβων να υποβάλλουν ξεχωριστά ΕΕΕΣ, και τούτο ανεξαρτήτως του εάν το ποσοστό της σύμβασης που θα εκτελέσουν υπερβαίνει ή όχι το 30%, προκειμένου, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 25.1. της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει, ήδη κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, την επαγγελματική καταλληλότητά τους, κατά την έννοια του άρθρου 22.Β, και να επαληθεύσει τη μη συνδρομή, στο πρόσωπό τους, των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.1, 22.Α.2 και 22.Α.9, σύμφωνα με τα κατά περίπτωση ειδικώς προβλεπόμενα στο άρθρο 23 της διακήρυξης. 26. Στην επίμαχη περίπτωση, η «...», κατά την αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς, υπέβαλε έγγραφο με την τεχνική περιγραφή της σύμβασης, όπου στην παράγραφο «Α. Χωματουργικές εργασίες» δηλώνει ότι : «Η οριζόντια διάτρηση θα γίνει από υπεργολάβο και θα διαρκέσει 3 ημέρες. Η εταιρεία μας θα εκτελέσει τις απαραίτητες εκσκαφές ανάντη και κατόντη της διάτρησης με δικά της μέσα και προσωπικό» και στην παράγραφο «Δ. Ηλεκτρομηχανολογικές εργασίες» δηλώνει ότι : «Η προμήθεια και η εγκατάσταση του ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού στο αντλιοστάσιο θα γίνει από υπεργολάβο εκτέλεσης Η/Μ εργασιών και η διάρκεια εκτέλεσης των εργασιών θα είναι 1 μήνας». Ομοίως, τούτο ρητώς δηλώνεται και στην αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς ενώ προσκομίζονται με την προσφορά της οικονομικές προσφορές υπεργολάβων, προκειμένου να υπολογισθεί το σχετικό κόστος. Παρόλα αυτά, μολονότι η ίδια η εταιρεία «...» δηλώνει ρητώς κατά τα ανωτέρω ότι θα αναθέσει την εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών της δημοπρατούμενης σύμβασης σε υπεργολάβους, κατά ευθεία παράβαση των όρων της διακήρυξης, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, δεν δήλωσε ότι προτίθεται να κάνει χρήση κανενός εξ'αυτών. Ειδικότερα, στο Μέρος ΙΙ, πεδίο Δ του ΕΕΕΣ «Δ. 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 «...» απάντησε «ΟΧΙ». Φαίνεται λοιπόν πως κατά την αιτιολόγηση του κόστους της προσφοράς της και την σύνταξη του σχετικού εγγράφου τεχνικής περιγραφής των εργασιών της σύμβασης, η «...» δήλωσε πράγματι την πρόθεσή της να χρησιμοποιήσει για συγκεκριμένες χωματουργικές και ηλεκτρομηχανολογικές εργασίες υπεργολάβους, παραλείποντας προφανώς ότι είχε παραλείψει να δηλώσει τούτο κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της, απαντώντας αρνητικά στο σχετικό ερώτημα. 27. Έτι περαιτέρω, λαμβάνοντας υπόψιν ότι η υπό ανάθεση σύμβαση αφορά στην εκτέλεση έργου ρητώς προβλέπεται στην διακήρυξη η υποχρέωση εκάστου εκ των υπεργολάβων να υποβάλλουν εντός του φακέλου προσφοράς ξεχωριστό ΕΕΕΣ, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να δύναται ευχερώς να ελέγξει την επαγγελματική καταλληλότητα αυτών και την μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, τα οποία ουδόλως υποβλήθηκαν από τους υπεργολάβους της «...». Ένεκα δε της φύσεως της δημοπρατούμενης συμβάσεως, ως συμβάσεως έργου, η υποχρέωση υποβολής ΕΕΕΣ των υπεργολάβων δεν συναρτάται προς το ποσοστό των εργασιών που θα αναλάβουν να εκτελέσουν, αλλά υφίσταται ανεξαιρέτως αυτού, και άλλωστε ρητώς και απαρεγκλίτως προβλέπεται στην παράγραφο 23.1. της διακήρυξης, με συνέπεια να μην υφίσταται κανένας νόμιμος δικαιολογητικός λόγος για την μη υποβολή τους. 28. Εκ των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι η προσφορά της «...» πρέπει να απορριφθεί αφενός μεν λόγω της παραλείψεως της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας να δηλώσει με το ΕΕΕΣ της την πρόθεσή της να χρησιμοποιήσει υπεργολάβους και τα ποσοστά που θα αναθέσει σε έκαστο εξ'αυτών, παρότι τούτο ρητώς δηλώνεται στην τεχνική περιγραφή του έργου, στην αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς της καθώς και σε οικονομικές προσφορές υπεργολάβων, που ομοίως προσκομίζει, αφετέρου δε λόγω της παραλείψεως της να υποβάλλει ξεχωριστά ΕΕΕΣ για καθέναν από τους υπεργολάβους που προτίθεται να χρησιμοποιήσει. 29. Σε κάθε δε περίπτωση,

οι ανωτέρω πλημμέλειες προφανέστατα 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 εκ μέρους της διαγωνιζόμενης «...». 30. Ακόμα δε και για την υποθετική περίπτωση που η προσωρινή ανάδοχος «...» ισχυριστεί ότι ορθώς απάντησε αρνητικά στο ερώτημα του ΕΕΕΣ της σχετικά με την χρήση υπεργολάβων, και ως εκ τούτου ορθώς δεν υπέβαλε ΕΕΕΣ των υπεργολάβων, η απάντηση τούτη έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τα δηλούμενα με την τεχνική περιγραφή του έργου ότι : «Η οριζόντια διάτρηση θα γίνει από υπεργολάβο και θα διαρκέσει 3 ημέρες. Η εταιρεία μας θα εκτελέσει τις απαραίτητες εκσκαφές ανάντη και κατόντη της διάτρησης με δικά της μέσα και προσωπικό» και ότι : «Η προμήθεια και η εγκατάσταση του ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού στο αντλιοστάσιο θα γίνει από υπεργολάβο εκτέλεσης Η/Μ εργασιών και η διάρκεια εκτέλεσης των εργασιών θα είναι 1 μήνας», τα οποία, ούτως ή άλλως, μεταβάλλουν ανεπίτρεπτα τα ήδη δηλωθέντα με το ΕΕΕΣ της, με συνέπεια και μόνον εξ'αυτού του λόγου να πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «...». **Ομοίως, δηλώνεται ρητά και στην μαθηματική ανάλυση της αιτιολόγησης της εταιρείας ... ότι το έργο θα εκτελεσθεί από υπεργολάβους, ενώ έχουν συμπεριληφθεί συγκεκριμένες προσφορές υπεργολάβων και μέσα στην προσφορά της εταιρείας».**

ΤΡΙΤΟΝ : Η ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της εταιρείας ..., οφείλεται σε μη συμμόρφωση με τις διατάξεις της εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας, κι επομένως κατά την παρ. 3 του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 είναι απορριπτέα. Σε κάθε περίπτωση η προσκομισθείσα αιτιολόγηση της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς παρουσιάζει ουσιώδεις πλημμέλειες και ελλείψεις και μη νομίμως κρίθηκε ικανοποιητική από την Αναθέτουσα Αρχή και προβαίνει σε σχετική ανάλυση.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και θεμελίωσης των προϋποθέσεων παραδεκτού ισχυρίζεται ότι «Επί του πρώτου λόγου Ο λόγος αυτός τυγχάνει προδήλως απορριπτέος ως ερειδόμενος σε εσφαλμένη – στη κυριολεξία ανύπαρκτη – προϋπόθεση και ως αβάσιμος. Περαιτέρω, καθ' ο μέρος δι' αυτού προβάλλονται ισχυρισμοί που αφορούν τρίτους (συγκεκριμένα την Αναθέτουσα Αρχή) προβάλλεται απαραδέκτως ελλείψει εννόμου συμφέροντος.....Στο σχετικό ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» απαντήσαμε καταφατικά, ως οφείλαμε, και εξηγήσαμε τους λόγους απάντησής μας σημειώνοντας ότι έχουμε εξοφλήσει τη χρηματική κύρωση που μας επιβλήθηκε και ότι από την στιγμή διαπίστωσης του γεγονότος (14.07.2017) έχει παρέλθει η τριετία, ήτοι, το ανώτατο χρονικό διάστημα κατάγνωσης του λόγου αποκλεισμού που αφορά στην σύναψη αντι – ανταγωνιστικών συμφωνιών. Συνεπώς, εφόσον δηλώσαμε ρητώς και ξεκάθαρα το πραγματικό γεγονός, την ημερομηνία διαπιστώσεως και την παρέλευση της τριετίας, ο λόγος αποκλεισμού έχει παρέλθει προφανώς και έχει εξαλειφθεί, δοθέντος, ότι, δεν μπορεί να ισχύει επ' άπειρον. Είναι απολύτως εσφαλμένο το υποστηριζόμενο ότι εφόσον απαντήσαμε θετικά στο οικείο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ οφείλαμε, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, να περιγράψουμε αναλυτικά και τα επανορθωτικά μέτρα που λάβαμε προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας μας. ...Συνεπώς, όλα τούτα είναι απολύτως ξεκάθαρα στο νόμο και βεβαίως δεν αντικρούονται από αβάσιμα συμπεράσματα του τύπου «δοθείσης της θετικής απαντήσεως στο ερώτημα σχετικά με την συμμετοχή σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, αυτονοήτως συνάγεται ότι θα πρέπει να απαντηθούν προσηκόντως και όλα τα επόμενα σχετικά πεδία που παράγονται στο ΕΕΕΣ, κατόπιν της θετικής απαντήσεως και συνεπώς να περιγραφούν αναλυτικά τα μέτρα αποκατάστασης που έχει λάβει ο διαγωνιζόμενος.» που δεν ευρίσκουν νομικό έρεισμα πουθενά. Συναφώς λεκτέο, ότι, το εάν πληρείται σε μία

υπόθεση ένας λόγος αποκλεισμού ή όχι μπορεί ευχερώς να διαγνωσθεί. Εν προκειμένω με μόνη την περίοδο βεβαίωσης του σχετικού γεγονότος καταδεικνύεται ότι δεν συντρέχει ο λόγος αυτός. Συνεπώς, εφόσον δεν συντρέχει, τότε, τυγχάνει αλυσιτελής κάθε εξέταση επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων. Εάν και εφόσον όμως ήθελε τυχόν η Α.Α να τα αξιολογήσει, τότε, βεβαίως και θα τα προσκομίζαμε. Δεν κληθήκαμε όμως (ορθώς ως προαναφέρθηκε). Εξ άλλου, όπως προκύπτει και από το Ε.Ε.Ε.Σ δηλώσαμε καταφατικά ότι έχουμε λάβει όλα τα απαραίτητα μέτρα.

Επί του δεύτερου λόγου Και ο λόγος τούτος τυγχάνει απορριπτέος ως προδήλως αβάσιμος. Όλη η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας στηρίζεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, και δη επί της εσφαλμένης υπόθεσης ότι η εταιρεία μας προτίθεται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης υπεργολάβους. Όπως όμως υπευθύνως έχουμε δηλώσει στα σχετικά πεδία του Ε.Ε.Ε.Σ, για την εκτέλεση της σύμβασης η εταιρεία μας δεν πρόκειται να χρησιμοποιήσει υπεργολάβους (είτε αυτοτελώς, είτε ως τρίτους στην τεχνική ικανότητα των οποίων θα στηριχθεί) αλλά θα εκτελέσει η ίδια τη σύμβαση, με ίδια μέσα και προσωπικό. Τα πρόσωπα που κατά την προσφεύγουσα συνιστούν «υπεργολάβοι» τυγχάνουν συνήθεις εξωτερικοί συνεργάτες μας και όχι υπεργολάβοι με την έννοια των άρθρων 58, 165 και 166 του ν. 4412/2016 ώστε να πρέπει να συμπληρωθεί το Ε.Ε.Ε.Σ ή να δηλωθεί ποσοστό υπεργολαβίας και να επαληθευτούν οι λόγοι ποιοτικής επιλογής. Πουθενά η διακήρυξη δεν ανέφερε και μάλιστα ρητά και επί ποινή απόρριψης της προσφοράς ότι και τα πρόσωπα που εμπίπτουν στη κατηγορία τούτη των «εξωτερικών συνεργατών» πρέπει να συμπληρώσουν Ε.Ε.Ε.Σ. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ερείδεται στην εσφαλμένη παραδοχή ότι η εταιρεία μας προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε τρίτους, υπεργολάβους, γεγονός που δεν ισχύει. Η εταιρεία μας δεν προτίθεται να στηριχθεί σε τρίτους για την εκτέλεση του έργου. Για το λόγο αυτό απάντησε και «ΟΧΙ» στο στοιχείο Δ του Μέρους II του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ με τίτλο

«Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας», η δε δήλωσή της είναι απολύτως αληθής. Οι συνήθεις συνεργάτες, που η προσφεύγουσα χαρακτηρίζει ως «υπεργολάβους» της εταιρείας μας, δεν σημαίνει ότι αποτελούν υπεργολάβους, που θα αναλάβουν τμήμα της εκτέλεσης της σύμβασης για την εταιρεία μας. Ούτε ακόμη τηρούνται οι διατυπώσεις για τους υπεργολάβους, που ορίζονται από τη Διακήρυξη και το νόμο, αν ο οικονομικός φορέας δεν προτίθεται να αναθέσει τμήμα του έργου σε υπεργολάβους. Ο οικονομικός φορέας που συμμετέχει στο Διαγωνισμό οφείλει να αποδείξει τη συμμόρφωσή του με τις τεχνικές απαιτήσεις, η δε διαδικασία αυτή ουδόλως συγχέεται με τη διαδικασία που προβλέπεται για τους υπεργολάβους. Εξ άλλου, σύμφωνα με το άρθρο 22.στ της διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς, χρησιμοποιούν υπεργολάβους μόνο εάν πρόκειται για εκτέλεση εργασιών ή υπηρεσιών για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες και αφορούν σε κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, Τέτοια περίπτωση δεν υπάρχει εν προκειμένω μιας και η εταιρεία μας είναι εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.ΕΠ στις κατηγορίες και τάξεις του έργου και συνεπώς τεχνικά και επαγγελματικά ικανή και κατάλληλη. Πέραν της σχετικής δήλωσης στο Ε.Ε.Ε.Σ, η πρόθεση της Εταιρείας μας να μην χρησιμοποιήσει υπεργολάβους αποδεικνύεται και από διάφορα άλλα σημεία της προσφοράς της, η οποία υιοθετεί έναν και μοναδικό τρόπο υλοποίησης του έργου, με χρήση των ίδιων δυνάμεων (στελεχών και μονίμου προσωπικού) της και με χρήση συνήθων συνεργατών. Η Εταιρεία μας διαθέτει τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσει τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, σύμφωνα με όσα αναλυτικά και δεσμευτικά περιγράφονται στην Προσφορά μας. Συνεπώς, από όλα τα ανωτέρω στοιχεία, δεν υπάρχει κανένα περιθώριο παρερμηνείας ότι η Εταιρεία μας δεν θα αναθέσει κανένα τμήμα της σύμβασης σε υπεργολάβους. Κατόπιν των ανωτέρω, προκύπτει ανενδοίαστα ότι οι αιτιάσεις

της προσφεύγουσας κατά της Εταιρείας μας, είναι καθ' όλα αβάσιμες. Το ίδιο ισχύει και ως προς το σκέλος της προδικαστικής προσφυγής, που η προσφεύγουσα επικαλείται «παράβαση» της Εταιρείας μας, που δεν καθορίζει το ποσοστό υπεργολαβίας ώστε να μπορεί να επαληθευτεί η ποιοτική τους κατάσταση. Οι ισχυρισμοί αυτοί της προσφεύγουσας είναι, εκτός από αβάσιμοι, και αλυσιτελείς, αφού εξ ορισμού δεν υπάρχει περίπτωση ανάθεσης σε υπεργολάβους από την Εταιρεία μας. Συνεπώς, δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η Αναθέτουσα Αρχή ορθώς αξιολόγησε την προσφορά της Εταιρείας μας και ορθώς την αποδέχθηκε. Ειδικότερα, οι δύο προσφορές που υποβάλαμε στην αιτιολόγηση της οικονομικής μας προσφοράς – και αναφέρει η προσφεύγουσα – σαφώς και δεν αφορούν σε υπεργολάβους με την έννοια των παραπάνω άρθρων, καθώς: α) Η προσφορά της ... (βλ. σχ. 4) αφορά προμήθεια αντλιών και ηλεκτρολογικών πινάκων στο έργο καθώς και εργασίες σύνδεσης των αντλιών εντός του αντλιοστασίου και ηλεκτρολογικές εργασίες σύνδεσης των αντλιών στους ηλεκτρολογικούς πίνακες του αντλιοστασίου. Η εταιρεία μας θεώρησε σκόπιμο οι εργασίες σύνδεσης των αντλιών να γίνουν από την προμηθεύτρια εταιρεία και όχι από άλλον υδραυλικό και ηλεκτρολόγο για λόγους συνολικής ευθύνης της προμηθεύτριας επι της καλής λειτουργίας του αντλιοστασίου. Η προσφορά αυτή σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί «υπεργολαβία» των άρθρων 58, 165, 166 του Ν. 4412/2016 ώστε να προκύπτει υποχρέωση δήλωσης από την εταιρεία μας στο Ε.Ε.Ε.Σ και υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ από την εταιρεία ... η οποία δεν είναι καν εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.ΕΠ ούτε υφίσταται τέτοια υποχρέωση εγγραφής για αυτήν. Ο προσδιορισμός και η αναφορά στην λέξη «υπεργολάβος» στην αιτιολόγηση της εταιρείας μας της προσφοράς της ... έγινε υπό την έννοια των διατάξεων του Αστικού Κώδικα και του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος. Δηλαδή ότι με την εταιρεία ... θα συνταχθεί ιδιωτικό συμφωνητικό πριν την προμήθεια, τοποθέτηση και σύνδεση των αντλιών και των πινάκων στο αντλιοστάσιο το οποίο συμφωνητικό θα κατατεθεί στην αρμόδια Δ.Ο.Υ. β) Η «οικονομική

προσφορά» (βλ. σχ. 5) του ... αφορά την οριζόντια κατευθυνόμενη διάτρηση στα πλαίσια του έργου. Επίσης η «οικονομική προσφορά» αυτή σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί «υπεργολαβία» των άρθρων 58, 165, 166 του Ν. 4412/2016 ώστε να προκύπτει υποχρέωση δήλωσης από εμάς στο Ε.Ε.Ε.Σ και υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ από τον ... ο οποίος δεν είναι καν εγγεγραμμένη επιχείρηση στο Μ.Ε.ΕΠ και ούτε υφίσταται τέτοια υποχρέωση για αυτόν. Ο προσδιορισμός και η αναφορά στην αιτιολόγηση της εταιρείας μας, για την «οικονομική προσφορά του ..., στην λέξη «υπεργολάβος» έγινε υπό την έννοια των διατάξεων του Αστικού Κώδικα και Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, δηλαδή ότι με την εταιρεία ... θα συνταχθεί ιδιωτικό συμφωνητικό πριν την έναρξη της διάτρησης στο έργο το οποίο και θα κατατεθεί στην αρμόδια Δ.Ο.Υ. Ουσιαστικά για την εκτέλεση της οριζόντιας διάτρησης που απαιτεί το έργο θα χρησιμοποιηθεί μόνο το διατρητικό μηχάνημα του ... αλλά όλες οι υπόλοιπες εργασίες, όπως εκσκαφές, σωληνώσεις, κολλήσεις των σωληνώσεων, τοποθέτηση των σωληνώσεων στο όρυγμα κλπ θα εκτελεστούν από την εταιρεία μας. Από καμία διάταξη του ν. 4412/16 δεν προκύπτει ότι κάθε εξωτερικός συνεργάτης – συνεργείο έχει κατ' ανάγκη την έννοια του υπεργολάβου και συνεπώς ως τέτοιος πρέπει να δηλώνεται, να συντάσσει Ε.Ε.Ε.Σ, να επαληθεύονται στο πρόσωπό του οι λόγοι ποιοτικής επιλογής κ.ο.κ. Αν ίσχυε αυτό κάθε προμηθευτής θα αποτελούσε και αυτός υπεργολάβο με την έννοια των άρθρων 58, 165, 166 του Ν. 4412/2016 όπως και κάθε συνεργείο που θα εκτελούσε κάποιες μεμονωμένες εργασίες. Δηλαδή οι ηλεκτρολόγοι, οι υδραυλικοί, οι εταιρείες κατασκευής και τοποθέτησης κουφωμάτων, οι εταιρείες κατασκευής μονώσεων, κιγκλιδωμάτων ή άλλων μεταλλικών κατασκευών, τα συνεργεία κατασκευής εργασιών σκυροδεμάτων, στεγών, πλακιδίων, οι εταιρείες εκτέλεσης χωματουργικών εργασιών σε έργο κλπ. δεν δηλώνονται στο Ε.Ε.Ε.Σ καθώς δεν συνιστούν υπεργολάβους και ορθώς. Τέτοια περίπτωση είναι και η εξεταζόμενη. Όλοι οι εμπλεκόμενοι στην κατασκευή ενός έργου που

εκδίδουν, είτε τιμολόγιο παροχής υπηρεσιών, είτε τιμολόγιο εκτέλεσης τεχνικού έργου, με βάση τον Αστικό Κώδικα και τις διατάξεις του Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος υποχρεούνται να υπογράψουν ιδιωτικό συμφωνητικό με τον ανάδοχο το οποίο έχει καθιερωθεί στην αγορά να ονομάζεται «υπεργολαβικό συμφωνητικό» και με την ονομασία αυτή κατατίθεται στην αρμόδια Δ.Ο.Υ. Δεν υπάρχει κάποιος άλλος τρόπος φορολογικής αντιμετώπισης αυτής της σχέσης. Εξ άλλου, πριν την έναρξη των εργασιών αυτών βεβαίως και θα ενημερώναμε την αναθέτουσα αρχή για τα στοιχεία των δύο ως άνω συνεργατών μας. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι στην αιτιολόγηση της προσφοράς της ... για τις αντλίες και τους πίνακες χρησιμοποιεί την προσφορά της εταιρείας “elmech systems” από όπου προκύπτει ότι οι πίνακες θα κατασκευαστούν από την εταιρεία αυτή και όχι από την (βλ. σχ. 6) Επίσης δηλώνεται ότι οι εργασίες παρασκευής του ασφαλτομίγματος θα γίνουν από την εταιρεία «...» (βλ. σχ.7). Σύμφωνα με αυτά που μας προσάπτει θα έπρεπε και η ... να δηλώσει τις ανωτέρω δύο εταιρείες ως υπεργολάβους πράγμα όμως που δεν έκανε, ώστε, πέραν του ότι ο εν λόγω ισχυρισμός προβάλλεται αβάσιμα και ενδεχομένως παρελκυστικά τυγχάνει απορριπτέος και ως απαραδέκτως προβαλλόμενος ελλείψει εννόμου συμφέροντος. Τέλος, υπό την ενδεχόμενη εκδοχή ότι από την τεχνική προσφορά μας δημιουργείται κάποια ασάφεια ως προς τον τρόπο εκτέλεσης της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης από την εταιρεία μας, αυτή, δεν επιφέρει αυτομάτως απόρριψη της προσφοράς μας, όπως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, αλλά αντιθέτως δημιουργεί υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να μας καλέσει προς παροχή διευκρινίσεων. Και τούτο κατ’ εφαρμογήν του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει ιδίως μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 42 του ν. 4782/2021. Συνοψίζοντας για όλους αυτούς τους λόγους και η δεύτερη αιτίαση της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

Επί του τρίτου λόγου, ο παρεμβαίνων προβαίνει σε αναλυτικούς μαθηματικούς υπολογισμούς και ισχυρίζεται στη συνέχεια ότι «και ο τρίτος

λόγος προβάλλεται αβάσιμα και απαραδέκτως ελλείπει εννόμου συμφέροντος. Θα θέλαμε εδώ να αναφέρουμε ότι για την εταιρεία μας συντρέχουν ιδιαίτερα ευνοϊκές συνθήκες στην κατασκευή του έργου καθώς είμαστε τοπικός οικονομικός φορέας στην περιοχή εκτέλεσης του έργου. Σε απόσταση μόνο 5χλμ από το κέντρο βάρους του έργου υπάρχουν οι μόνιμες εργοταξιακές εγκαταστάσεις μας σε έκταση 45 στρεμμάτων στον δήμο της ..., όπου διαθέτουμε πλήρως επανδρωμένα συνεργεία επιδιόρθωσης βλαβών μηχανημάτων και φορτηγών, αποθήκες υλικών, ασφατικό συγκρότημα, ΑΕΚΚ κλπ, επίσης η εταιρεία μας διαθέτει μεγάλη γκάμα μηχανημάτων έργου και φορτηγών. Η κύρια έδρα της εταιρείας μας είναι στην διπλανή πόλη της Έδεσσας και έτσι το έργο μπορεί να εκτελεστεί από το υπάρχον διοικητικό προσωπικό και τους υπάρχοντες μηχανικούς της εταιρείας μας χωρίς να χρειασθεί να προσλάβουμε νέο προσωπικό, τα έξοδα μετακίνησης προσωπικού και μηχανημάτων θα είναι ελάχιστα λόγω εγγύτητας του έργου στις εγκαταστάσεις μας. Τα τελευταία χρόνια η εταιρεία μας ασχολείται μόνο με παρόμοια έργα αποχέτευσης κοντά στην έδρα της, έχει αποκτηθεί μεγάλη εμπειρία αλλά επιτυγχάνει και οικονομία κλίμακας. Οι μηχανικοί και το διοικητικό προσωπικό μπορούν να επιβλέπουν και να διεκπεραιώνουν ταυτόχρονα περισσότερα του ενός έργα. Έτσι το έμμεσο άλλα και το άμεσο κόστος στα έργα που εκτελούμε ελαχιστοποιείται. Αξίζει εδώ να σημειωθεί ότι η εταιρεία μας είναι κοινοπραξία με όλα τα μέλη του ΔΣ και οι μέτοχοι να ανήκουν στην οικογένεια, επίσης τα 3 από τα 4 μέλη του ΔΣ είναι πολιτικοί μηχανικοί που απασχολούνται ενεργά στην εκτέλεση των έργων της εταιρείας.»...».

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται επί του 1^{ου} λόγου ότι η σχετική δήλωση στο ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα ... περιείχε όλες τις απαραίτητες πληροφορίες, κρίθηκε νόμιμη και διαπιστώθηκε ότι δεν συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Επί του 2^{ου} λόγου ισχυρίζεται ότι θεωρήθηκε ότι δεν είχε την υποχρέωση δήλωσης υπεργολάβων και η προσφορά

θεωρήθηκε νόμιμη. Άρα δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού. Επί του 3^{ου} λόγου ισχυρίζεται ότι επί θεμάτων που άπτονται κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας η Προϊσταμένη Αρχή δεν μπορεί να εκφέρει άποψη επί της αποδοχής ή μη του λόγου της ένστασης, ως προς τον ισχυρισμό περί μείωσης των συντελεστών εμμέσου κόστους ότι εσφαλμένα υπολογίστηκε βάσει εγκύκλιου με μειωμένα ποσοστά, χωρίς να παρουσιάζονται πραγματικά στοιχεία κόστους, ως προς το σύνολο των λοιπών ισχυρισμών του προσφεύγοντος η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η αιτιολόγηση του κόστους από την εταιρεία ... κρίνεται επαρκής.

10.Επειδή ο προσφεύγων με το από 13.12.2021 κατατεθέν υπόμνημα του ισχυρίζεται ότι *«Μη νομίμως η Αναθέτουσα Αρχή δεν έκανε δεκτό τον 1ο λόγο της προσφυγής καθόσον η δήλωση στο ΕΕΕΣ της εταιρείας ... είναι πλημμελής και δεν πληροί τους όρους της Διακήρυξης. ... Αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής μας, μη νομίμως έκρινε η Αναθέτουσα Αρχή ότι η προσφορά της «...» δήθεν «δεν είχε την υποχρέωση δήλωσης υπερβολάβων».* 2.1. Και τούτο διότι η ίδια η εταιρεία «...» δηλώνει ρητώς στην τεχνική περιγραφή της σύμβασης που υπέβαλε (παράγραφος «Α. Χωματουργικές εργασίες»), όπως αναλυτικά εκθέτουμε στην προσφυγή μας (παρ. 26), ότι θα αναθέσει την εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών της δημοπρατούμενης σύμβασης σε υπερβολάβους, πλην όμως, κατά ευθεία παράβαση των όρων της διακήρυξης, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της, δεν δήλωσε ότι προτίθεται να κάνει χρήση κανενός εξ'αυτών. 2.2. Ειδικότερα, στο Μέρος II, πεδίο Δ του ΕΕΕΣ «Δ. Πληροφορίες σχετικά με υπερβολάβους 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 υπερβολαβίας;», η «...» απάντησε «ΟΧΙ». 2.3. Πλην όμως, σαφώς προκύπτει εκ των διατάξεων της Διακήρυξης ότι σε περίπτωση ανάθεσης της εκτέλεσης μέρους των δημοπρατούμενων εργασιών σε υπερβολάβο, ο διαγωνιζόμενος οφείλει επί

ποιινή αποκλεισμού να δηλώσει ρητώς, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, μέσω του ΕΕΕΣ του ότι προτίθεται να κάνει χρήση υπεργολάβου/υπεργολάβων, όπως και το ποσοστό της σύμβασης που θα αναλάβει να εκτελέσει έκαστος εξ'αυτών. Ειδικότερα, στο άρθρο 23.1. της διακήρυξης προβλέπεται η υποχρέωση του/των υπεργολάβων να υποβάλλουν ξεχωριστά ΕΕΕΣ, και τούτο ανεξαρτήτως του εάν το ποσοστό της σύμβασης που θα εκτελέσουν υπερβαίνει ή όχι το 30%, προκειμένου, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 25.1. της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει, ήδη κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, την επαγγελματική καταλληλότητά τους, κατά την έννοια του άρθρου 22.Β, και να επαληθεύσει τη μη συνδρομή, στο πρόσωπό τους, των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.1, 22.Α.2 και 22.Α.9, σύμφωνα με τα κατά περίπτωση ειδικώς προβλεπόμενα στο άρθρο 23 της διακήρυξης. 2.4. Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή μας πρέπει να γίνει δεκτή οι δε Απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής με τις οποίες κρίθηκε ότι δήθεν η «...» δεν είχε υποχρέωση δήλωσης των υπεργολάβων καθώς και η από 06.12.2021 Παρέμβαση της εταιρείας ... είναι για τους ανωτέρω λόγους, που αναλυτικά εκτίθενται στην προσφυγή μας, απορριπτέες.

Όσον αφορά, τον τρίτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι μη νομίμως διαλαμβάνει η Αναθέτουσα Αρχή στις Απόψεις της ότι δήθεν δεν μπορεί να εκφέρει άποψη επί της αποδοχής ή μη του λόγου της ένστασης. ... Αναφορικά, με τους λόγους της προσφυγής που αφορούν στα επιμέρους θέματα της αιτιολόγησης, ορθώς η Αναθέτουσα Αρχή έκανε δεκτό τον λόγο της προσφυγής που αφορά στη μείωση συντελεστών έμμεσου κόστους (υπό παρ. 3.3 της προσφυγής. Αναφορικά δε, με τον ισχυρισμό της Παρεμβαίνουσας της, κατά τον οποίο «η ... έπρεπε να απορριφθεί από την συνέχεια του διαγωνισμού» ισχυρίζεται ότι καταρχάς απαραδέκτως η παρεμβαίνουσα εταιρεία στην υπό κρίση Παρέμβασή της βάλλει κατά της εταιρείας του καθόσον μη νομίμως με την ένδικη Παρέμβασή ζητά την απόρριψη της προσφοράς του.

11. Επειδή ο παρεμβαίνων ομοίως με το από 13.12.2021 Υπόμνημα του, ισχυρίζεται αναφορικά με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ότι ως προς τον 3^ο λόγο της προσφυγής σφάλει και ότι επιπλέον έπρεπε να γνωρίζει ότι η ίδια εγκύκλιος 9 αναφέρει ότι τα ποσοστά «αποτελούν μία πρώτη αδρή προσέγγιση» και επίσης αναφέρει ότι είναι αρχικά ενδεικτικά ποσοστά κόστους επί του προϋπολογισμού του έργου για έργα που έχουν συμβατικό χρονικό διάστημα κατασκευής 12 μήνες. Η κοινή παραδοχή είναι ότι τα χρονικώς συνηρητημένα έξοδα των έργων όταν το χρονικό διάστημα κατασκευής είναι μικρό μειώνονται ενώ όσο αυτό μεγαλώνει αυξάνονται. Η Α.Α δεν έπρεπε να προσκολληθεί μόνο στα ποσοστά της εγκυκλίου αλλά υποχρεούται να προβεί σε αξιολόγηση του ύψους των χρονικώς συνηρητημένων εξόδων της αιτιολόγησής μας βάσει και των αναφερομένων στην αιτιολόγηση ότι για την εταιρεία μας συντρέχουν ιδιαίτερα ευνοϊκές συνθήκες στην κατασκευή του έργου καθώς είμαστε τοπικός οικονομικός φορέας στην περιοχή εκτέλεσης κλπ..... Ως προς τις υπόλοιπες αιτιάσεις της προσφυγής, ισχυρίζεται ότι οι απόψεις της Α.Α δικαιώνουν τα αναφερόμενά μας στην παρέμβαση. Η Α.Α στο πέρας των απόψεών της καταλήγει στο συμπέρασμα ότι : «Άρα η αιτιολόγηση του κόστους από την εταιρεία ΑΞΙΟΝ ΤΕΧΝΙΚΗ κρίνεται επαρκής».

12. Επειδή, στο άρθρο 58 « Υπεργολαβία» του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, ορίζεται « 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».

13. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, ορίζεται «Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, και γ) τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθορισθεί σύμφωνα με το άρθρο 84, περί περιορισμού του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που καλούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης.

14. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, άμεσης εφαρμογής για

τα κράτη -μέλη, καθιερώνεται το τυποποιημένο έντυπο για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Επίσημη Εφημ. ΕΕ L3/16 της 6-1- 2016 και διορθωτικά). Περαιτέρω, όπως αναφέρεται στο Παράρτημα 1 του Εκτελεστικού Κανονισμού: «..... **Κατά την προετοιμασία των εγγράφων της προμήθειας για μια δεδομένη διαδικασία προμήθειας, οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς πρέπει να δηλώνουν στην προκήρυξη διαγωνισμού, στα έγγραφα της προμήθειας που αναφέρονται στην προκήρυξη διαγωνισμού ή στις προσκλήσεις επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος ποιες πληροφορίες θα ζητηθούν από τους οικονομικούς φορείς, συμπεριλαμβανομένης ρητής δήλωσης σχετικά με το αν οι πληροφορίες που ορίζονται στα μέρη II και III (2) πρέπει ή δεν πρέπει να παρέχονται για υπερβολάβους στις ικανότητες των οποίων δεν βασίζεται ο οικονομικός φορέας (3 Πρβλ. το άρθρο 71 παράγραφος 5 τρίτο εδάφιο της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).**

15. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται

«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: Υπεργολαβία 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.

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.

25.3 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.

16. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο. Η δε παράβαση ουσιωδών όρων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI) και αντιστοίχως η παραβίαση τους εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, 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)..

17. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. ό.π C-278/14, σκ. 27).

18. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να

διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37).

19. Επειδή, ως υπεργολαβία ορίζεται η σύμβαση με την οποία ο εργολάβος (δηλαδή στο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων, ο ανάδοχος) αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με τον εργοδότη (δηλαδή στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, 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 επομ. 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, Συλλογή 1994, σ. Ι1289, σκέψεις 15-18 και της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep II, Συλλογή 1997, σ. Ι-7549, 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 και 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), ο ανάδοχος ευθύνεται ο ίδιος έναντι της αναθέτουσας και για ό,τι εκτελεί ο υπεργολάβος, οι δε υποχρεώσεις του αναδόχου έναντι του υπεργολάβου διέπουν καταρχήν τις μεταξύ τους σχέσεις. Η δε αναθέτουσα αρχή δύναται να εξοφλεί τις υποχρεώσεις του αναδόχου προς τον υπεργολάβο, αλλά και πάλι ούτως αποσβένει τη δική της οφειλή έναντι του αναδόχου, δηλαδή καταβάλλει μεν για λογαριασμό τρίτου αλλά αντί καταβολής σε αυτόν κατά την ΑΚ 417 (και επομένως δεν δημιουργείται μια αυτοτελής και νέα ενοχή μεταξύ αναθέτουσας και υπεργολάβου). Επομένως, ο υπεργολάβος δεν καθίσταται αντισυμβαλλόμενος της αναθέτουσας και ανάδοχος, η πρόταση υπεργολαβίας από τον προσφέροντα δεν συνιστά

ένωση οικονομικών φορέων ή κοινοπραξία, περίπτωση όπου το σύνολο των μελών συνιστούν προσφέροντες.

20. 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, C-336/12, 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/EE).

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. Συναφώς, έχει κριθεί ότι τα κράτη μέλη, εφόσον κάνουν χρήση της δυνατότητας που προβλέπεται στο άρθρο 56 της οδηγίας 2014/24/EE, «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, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32, 53/2022 σκ.17 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη).

21. Επειδή ο προσφεύγων με το 2^ο λόγο της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι ο ήδη παρεμβαίνων και προσωρινός ανάδοχος μη νομίμως δεν συμπλήρωσε στο ΕΕΕΣ του το πεδίο που αφορά στους υπεργολάβους, Μέρος II, Ενότητα Δ, παρόλο που αυτοί ήταν γνωστοί καθόσον τους δήλωσε

στην προσφορά του, επίσης δεν κατέθεσε ως όφειλε ΕΕΕΣ για τους υπερβολάβους και επομένως η προσφορά του όφειλε να απορριφθεί.

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η προσφορά του ήδη παρεμβαίνοντος θεωρήθηκε νόμιμη και δεν συντρέχει λόγος απόρριψης.

Ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι εξ ορισμού δεν υπάρχει περίπτωση ανάθεσης σε υπερβολάβους από την Εταιρεία του, ότι οι δύο προσφορές που υπέβαλε στην αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς – και αναφέρει η προσφεύγουσα – σαφώς και δεν αφορούν σε υπερβολάβους, ότι δεν προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε τρίτους, υπερβολάβους, ούτε προτίθεται να στηριχθεί σε τρίτους για την εκτέλεση του έργου. Η «οικονομική προσφορά» (βλ. σχ. 5) του ... αφορά στην οριζόντια κατευθυνόμενη διάτρηση στα πλαίσια του έργου. Επίσης η «οικονομική προσφορά» αυτή σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί «υπεργολαβία» των άρθρων 58, 165, 166 του Ν. 4412/2016 ώστε να προκύπτει υποχρέωση δήλωσης στο Ε.Ε.Ε.Σ και υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ από τον Ο προσδιορισμός και η αναφορά στην αιτιολόγηση της προσφοράς του, για την «οικονομική προσφορά του ...», στην λέξη «υπεργολάβος» έγινε υπό την έννοια των διατάξεων του Αστικού Κώδικα και Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, δηλαδή ότι με την εταιρεία ... θα συνταχθεί ιδιωτικό συμφωνητικό πριν την έναρξη της διάτρησης στο έργο το οποίο και θα κατατεθεί στην αρμόδια Δ.Ο.Υ. Ουσιαστικά για την εκτέλεση της οριζόντιας διάτρησης που απαιτεί το έργο θα χρησιμοποιηθεί μόνο το διατρητικό μηχάνημα του ... αλλά όλες οι υπόλοιπες εργασίες, όπως εκσκαφές, σωληνώσεις, κολλήσεις των σωληνώσεων, τοποθέτηση των σωληνώσεων στο όρυγμα κλπ θα εκτελεστούν από την εταιρεία μας. Από καμία διάταξη του ν. 4412/16 δεν προκύπτει ότι κάθε εξωτερικός συνεργάτης – συνεργείο έχει κατ' ανάγκη την έννοια του υπερβολάβου και συνεπώς ως τέτοιος πρέπει να δηλώνεται, να συντάσσει Ε.Ε.Ε.Σ, να επαληθεύονται στο πρόσωπό του οι λόγοι ποιοτικής επιλογής κ.ο.κ. Αν ίσχυε αυτό κάθε προμηθευτής θα αποτελούσε και αυτός υπερβολάβο με την έννοια των

άρθρων 58, 165, 166 του Ν. 4412/2016 όπως και κάθε συνεργείο που θα εκτελούσε κάποιες μεμονωμένες εργασίες.

22. Επειδή στο άρθρο 23.1. της διακήρυξης προβλέπεται η υποχρέωση του προσφέροντος, εφόσον προτίθεται να προβεί σε υπεργολαβική ανάθεση, να υποβάλλει με το δικό του ΕΕΕΣ και το/α ΕΕΕΣ υπεργολάβου/ων, και τούτο ανεξαρτήτως του εάν το ποσοστό της σύμβασης που θα εκτελέσουν, οι τελευταίοι, υπερβαίνει ή όχι το 30%, προκειμένου, σύμφωνα με το άρθρο 25.1. της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει τα οριζόμενα στο άρθρο 25.3 πριν την ανάθεση της σύμβασης. Περαιτέρω, σύμφωνα με την από 9/2021 **τεχνική έκθεση** του έργου, η τοποθέτηση αγωγού **με οριζόντια διάτρηση** αποτελεί παραδοτέο και απαίτηση του έργου (βλ. σελ 16 Α.Τ.: 12 08 Άρθρο 3.19 Τοποθέτηση αγωγού - περίβλημα ωθητικού αγωγού ακαθάρτων με οριζόντια διάτρηση εξωτερικής διαμέτρου Φ200mm Κωδικός Αναθεώρησης ..., και σελ 26/38 αρ. 4 Προθεσμία Περαιτώσεως όπου ορίζεται ότι «Κατά τους δύο επόμενους μήνες θα πρέπει ο ανάδοχος να έχει ολοκληρώσει και την κατασκευή του ωθητικού αγωγού με οριζόντια διάτρηση»). Επομένως, αναντίρρητα η οριζόντια διάτρηση αποτελεί απαίτηση της διακήρυξης και αντικείμενο του έργου.

23. Επειδή σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου κατά την αιτιολόγηση της οικονομικής του προσφοράς, ο παρεμβαίνων υπέβαλε έγγραφο με την τεχνική περιγραφή του έργου, όπου στην παράγραφο «Α. Χωματουργικές εργασίες» δηλώνει ότι : «*Η οριζόντια διάτρηση θα γίνει από υπεργολάβο και θα διαρκέσει 3 ημέρες. Η εταιρεία μας θα εκτελέσει τις απαραίτητες εκσκαφές ανάντη και κατόντη της διάτρησης με δικά της μέσα και προσωπικό*». Ομοίως, κατέθεσε την από 09.09.2021 Οικονομική Προσφορά του ..., Πολιτικού Μηχανικού, στην οποία αναγράφεται «Ο κάτωθι υπογεγραμμένος ..., Πολιτικός Μηχανικός, για την εκτέλεση εργασιών οριζόντιας κατευθυνόμενης διάτρησης στα πλαίσια της εργολαβίας «**ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΔΕΣΗ Τ... ΜΕ ΤΟΝ ΒΙΟΛΟΓΙΚΟ ΣΤΑΘΜΟ ...**»,

προσφέρω τιμή 170€ ανά μέτρο διάτρησης για σωλήνα Φ225. Στο τίμημα δεν περιλαμβάνεται ο ΦΠΑ, ο οποίος θα αναγράφεται στο εκδοθέν τιμολόγιο και βαρύνει τον πελάτη. Η τιμή αφορά αποκλειστικά: Μεταφορά επί τόπου και εγκατάσταση ειδικού εξοπλισμού προώθησης και κινητηρίων διατάξεων του (γεννήτριες, υδραυλικές αντλίες κλπ) για την εκτέλεση των διατρήσεων. Εφαρμογή τεχνικών διείσδυσης για την διέλευση δικτύων χωρίς τομή, σε κατάλληλα προς τούτο εδάφη. Ενσωμάτωση των σωληνώσεων. Αποσυναρμολόγηση και αποκομιδή του εξοπλισμού μετά την ολοκλήρωση των εργασιών. (ακολουθεί 2η σελίδα) Ειδικοί όροι: 1) Χορήγηση προκαταβολής 30% επί του ποσού της σύμβασης. Μετά το πέρας των εργασιών, θα εκδοθεί το σχετικό τιμολόγιο και θα εξοφληθεί άμεσα ο υπερβολάβος. 2) Ο πελάτης υποχρεούται: - να παράσχει επί τόπου των διατρήσεων όλες τις απαιτούμενες από το νόμο άδειες για την εκτέλεση των εργασιών. - να προμηθεύσει στον υπερβολάβο έντυπες ή ψηφιακές απεικονίσεις διερχόμενων από το σημείο διάτρησης δικτύων Οργανισμών Κοινής Ωφελείας (ΔΕΔΔΗΕ, ΕΥΔΑΠ, Φυσικό Αέριο, ΟΤΕ, δίκτυα ανεξάρτητων παρόχων τηλεπικοινωνιών, δημοτικός οδοφωτισμός κλπ). - να παρέχει διαρκώς και αδιαλείπτως νερό στον κατασκευαστή κατά τη διάρκεια των διατρήσεων. - να αναλάβει την απάντληση/αποκομιδή του μείγματος μπεντονίτη από τα φρεάτια εισόδου και εξόδου (εάν αυτό απαιτείται, κατά περίπτωση). - να προμηθευτεί τις προς ενσωμάτωση σωλήνες, να τις προσκομίσει επί τόπου του έργου και να αναλάβει τις απαιτούμενες συγκολλήσεις. - να αναλάβει την αποκατάσταση και πιθανό κόστος αποζημίωσης σε περίπτωση προξένησης βλάβης σε υφιστάμενα δίκτυα κοινής ωφέλειας υπό την προϋπόθεση ότι το δίκτυο αναπάντεχα βρέθηκε στην υποδειχθείσα διαδρομή (δεν αποτυπώνεται στις έντυπες ή ψηφιακές ενημερώσεις δικτύων που δόθηκαν στον υπερβολάβο). - να εκτελέσει τις χωματουργικές εργασίες που απαιτούνται (σκάμματα εισόδου και εξόδου, διαστάσεων που θα υποδειχθούν από τον υπερβολάβο κλπ). - να αναλάβει τη φύλαξη του εξοπλισμού του υπερβολάβου εκτός ωραρίου, σε

περίπτωση που οι εργασίες εκτελεστούν σε βάθος χρόνου. - να αναλάβει την αποκατάσταση των χώρων του εργοταξίου».

Επομένως, προκύπτει ότι πληρούνται τα τρία γνωρίσματα της υπεργολαβίας (βλ. σκ. 19 της παρούσας) και ειδικότερα, η ιδιότητα του υπεργολάβου ως τρίτου έναντι του προσφέροντος και ήδη παρεμβαίνοντος, η εκτέλεση από τον κ. ... μέρους του συμβατικού αντικειμένου (βλ. ανάλυση στην προηγούμενη σκέψη) και τρίτον η ανυπαρξία συμβατικής σχέσης μεταξύ τρίτου και αναθέτουσας αρχής, απορριπτόμενων προεχόντως ως αόριστων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος ότι σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί «υπεργολαβία» των άρθρων 58, 165, 166 του Ν. 4412/2016 ώστε να προκύπτει υποχρέωση δήλωσης στο Ε.Ε.Ε.Σ και υποβολή Ε.Ε.Ε.Σ από τον Ομοίως απορριπτέοι είναι και οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος ότι ο προσδιορισμός και η αναφορά στην αιτιολόγηση της προσφοράς του, για την «οικονομική προσφορά του ..., στην λέξη «υπεργολάβος» έγινε υπό την έννοια των διατάξεων του Αστικού Κώδικα και Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος, εξάλλου δεν προσδιορίζει ο παρεμβαίνων σε τί συνίσταται η εκ μέρους του επικαλούμενη διαφοροποίηση, ομοίως απορριπτέοι είναι και οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος ότι για την εκτέλεση της οριζόντιας διάτρησης που απαιτεί το έργο θα χρησιμοποιηθεί μόνο το διατρητικό μηχάνημα καθόσον προκύπτει τόσο από την κατατεθείσα από 09.09.2021 προσφορά του κ. ..., όσο και από την αιτιολόγηση της προσφοράς του ίδιου του παρεμβαίνοντος (σελ. 4) ότι **«Η οριζόντια διάτρηση θα γίνει από υπεργολάβο**, όπου ενώ πράγματι, όπως ορθώς ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, προκύπτει ότι ο ίδιος θα εκτελέσει τις απαραίτητες εκσκαφές ανάντη και κατόντη της διάτρησης με δικά του μέσα και προσωπικό, ωστόσο, τούτα δεν αφορούν και στην εκτέλεση της οριζόντιας διάτρησης, ούτε βέβαια προκύπτει ότι θα γίνει χρήση μόνο των μηχανημάτων/εξοπλισμού, σε αυτή την περίπτωση δε, η προσφορά του κ. ... θα ήταν ουσιωδώς διαφορετική, εξάλλου δεν αποδεικνύεται ότι ο προσφεύγων δύναται να μισθώσει αποκλειστικά και

μόνο το μηχάνημα χωρίς μίσθωση έργου. Απορριπτόμενων, και των ισχυρισμών του προσφεύγοντος ότι υπεργολάβο θα χρησιμοποιήσει και ο προσφεύγων τον οποίο ομοίως δεν δήλωσε, καθόσον η από 08.09.2021 Προσφορά των Αφων Ιωακειμίδη αφορά στην προμήθεια ασφαλτομίγματος και μίσθωση μηχανημάτων, η προσφορά της Elmech αφορά στην προμήθεια αντλιών λυμάτων και σε προμήθεια πίνακα pilar, και τούτο διότι οι προμηθευτές εν γένει και οι εκμισθωτές εξοπλισμού, εν προκειμένω, δεν αποτελούν «υπεργολάβους», δεν τίθεται ζήτημα μίσθωσης έργου ή εκτέλεσης εργασιών, ούτε ο εξοπλισμός περιλαμβάνεται στην τεχνική ικανότητα ώστε να απαιτείται στήριξη σε ικανότητα τρίτων και επακολούθως αυτοτελές εκ μέρους τους ΕΕΕΣ (βλ. ΚΟ ΕΑΑΔΗΣΥ με αρ. 23). Συνεπώς, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι βάσιμοι, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας αρχής ενώ παράλληλα δεν συντρέχει παραβίαση της αρχής του ίδιου μέτρου κρίσης, εάν δε ο παρεμβαίνων επιθυμούσε να προσάψει στην προσφορά του προσφεύγοντος έτερες πλημμέλειες, νομίμως εδύνατο, δια της κατάθεσης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, χωρίς ουδόλως να στερείτο αυτής της δυνατότητας λόγω του ότι ο ίδιος (ο παρεμβαίνων) ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος (ΣτΕ 1573/2019).

24. Επειδή, περαιτέρω, ομοίως σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου 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;* απάντησε: **Όχι**

Επομένως, σε συνέχεια των αναγραφέντων στις σκέψεις 22-23 της παρούσας, προκύπτει ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος μη νομίμως έγινε δεκτή λόγω μη δήλωσης στο ΕΕΕΣ της πρόθεσής του να προσφύγει σε υπεργολάβους, προεχόντως δε λόγω της παραλείψεως να υποβάλλει

ξεχωριστά ΕΕΕΣ για υπεργολάβο που προτίθεται να χρησιμοποιήσει. Περαιτέρω, οι ανωτέρω πλημμέλειες, ως ομοίως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων δεν μπορούν να τύχουν συμπληρώσεως/διευκρίνισеως, 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, εν πάσει περιπτώσει μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών και 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. σκ. 20 της παρούσας). Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας ως προς την αποδοχή της προσφοράς του παρεβαίνοντος. Οι δε έτεροι λόγοι του προσφεύγοντος προβάλλονται αλυσιτελώς και τούτο διότι και αβάσιμοι υποτιθέμενοι δεν δύνανται να άγουν στην απόρριψη του αιτήματος της προσφυγής.

25. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, πρέπει να επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 88/2022

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 19 Ιανουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Αικατερίνη Ζερβού

Σάββας Μακρίδης