

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 1^η Αυγούστου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 23.06.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **955/23.06.2023** της **Ε****Μ****** του ******** (στο εξής «η προσφεύγουσα»), κατοίκου ********.

ΚΑΤΑ

-Της **ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ****** (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή») νόμιμα εκπροσωπούμενης.

-Του παρεμβαίνοντος **Π**** Μ****** του ******** (στο εξής «ο παρεμβαίνων») κατοίκου ********.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης των αποφάσεων της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ******** με αριθμούς *****/2023** και *****/2023** με τις οποίες ο οικονομικός φορέας **Μ*** Π***** ανακηρύχθηκε προσωρινός και στη συνέχεια οριστικός ανάδοχος του Τμήματος 12 της σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία του Τμήματος 12 της σύμβασης, για το

Αριθμός Απόφασης : 1295/2023

οποίο ασκείται η προσφυγή ποσού 46.575,00 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ****).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ***/***/***/***/24.02.2023 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την «Ανάδειξη εργολάβων για τον από εδάφους δολωματικό ψεκασμό ελαιοδέντρων στα πλαίσια του Προγράμματος Συλλογικής Καταπολέμησης του Δάκου της Ελιάς στην Περιφέρεια ***– Περιφερειακή Ενότητα ***– Περιφερειακή Ενότητα *** – Περιφερειακή Ενότητα ***για τα έτη 2023 – 2024 – 2025» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 2.785.165,38 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις **.**.2023 (ΑΔΑΜ: ***) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α ****.

3. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 23.06.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 13.06.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 1156/2023 ορίσθηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 05.07.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με όμοια ημερομηνία.

5. Ο παρεμβαίνων κατέθεσε εμπρόθεσμα την παρέμβασή του στις 04.07.2023 δεδομένου ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε στις 26.06.2023 και στη συνέχεια η προσφεύγουσα κατέθεσε τα συμπληρωματικά Υπομνήματά της με ημερομηνίες 05.07.2023 και 06.07.2023 επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος.

6. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ {ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022} κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

7. Η Διακήρυξη, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

8. Με το μόνο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος για το επίμαχο Τμήμα 12 του διαγωνισμού και ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα έγινε αποδεκτή, καθώς ο τελευταίος δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε για τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό την πρόθεσή του να αναθέσει μέρος της εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου σε υποεργολάβο. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται και προσκομίζει με την προσφυγή της το Ιδιωτικό Συμφωνητικό Υπεργολαβίας με ημερομηνία 06.04.2023 μεταξύ του παρεμβαίνοντος και του Ε*** – Χ*** Μ*** (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΣΥΝΝΗΜΕΝΟ ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑΣ.pdf»), στο οποίο αναφέρεται ότι οι παραπάνω δύο συμβαλλόμενοι συμφωνούν για την εκτέλεση του 50% του υπό ανάθεση συμβατικού αντικειμένου από τον δεύτερο (Ε*** – Χ*** Μ***) σε περίπτωση που ο πρώτος (παρεμβαίνων) αναδειχθεί ανάδοχος της σύμβασης. Σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία και το κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης και μετά την εξέταση του φακέλου της υπόθεσης καθώς και

την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών επί του παραπάνω μόνου λόγου προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

9. Στο άρθρο 58 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Υπεργολαβία» 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*». Επίσης, στον όρο 2.2.8.2. της επίμαχης Διακήρυξης με τίτλο «Υπεργολαβία» ορίζεται ότι «*Ο 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. Στην περίπτωση που ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας (...)*». Επίσης, στον όρο 2.2.9.2 Β.10 της Διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: «*Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας **δηλώνει στην προσφορά του** ότι θα κάνει χρήση υπεργολάβων, στις ικανότητες των οποίων δεν στηρίζεται, προσκομίζεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος με αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο προτίθεται να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και υπεύθυνη δήλωση των υπεργολάβων ότι αποδέχονται την εκτέλεση των εργασιών*».

10. Περαιτέρω, ως υπεργολαβία ορίζεται η σύμβαση με την οποία ο ανάδοχος αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή, έναντι της οποίας μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες παραμένει ο ανάδοχος, η δε συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ, περί μίσθωσης έργου.

11. Επιπλέον, η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων των οδηγιών, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης, κατά το στάδιο υποβολής

και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής, προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος, τόσο για τις αναθέτουσες αρχές, όσο και για τους οικονομικούς φορείς. Το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά το νόμο (βλ. παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016) Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986 και στην οποία, κατά πάγια νομολογία, δεν μπορούν να βεβαιωθούν γεγονότα μελλοντικά, αλλά μόνο γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα (ΣΤΕ 781/2010).

12. Στην κρίνόμενη περίπτωση ο παρεμβαίνων κατέθεσε στον ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς του το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «14. ΕΕΕΣ Π*** Μ*** _signed.pdf»). Στο Μέρος II Δ του ΕΕΕΣ και στο πεδίο «Πληροφορίες σχετικά με υπερβολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας - Δεν βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων - Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπερβολαβίας;» ο παρεμβαίνων έδωσε την απάντηση «Όχι». Περαιτέρω, στο Μέρος IV Γ' και στο ερώτημα «Ποσοστό υπερβολαβίας - Ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπερβολαβίας το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπερβολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπερβολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, τότε θα Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) / Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) 12 πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους σχετικούς υπερβολάβους, βλέπε μέρος II, ενότητα Γ ανωτέρω - Προσδιορίστε» ο παρεμβαίνων δήλωσε τα εξής «0 % – ΔΕΝ ΘΑ ΑΝΑΘΕΣΩ ΜΕΡΟΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΣΕ ΤΡΙΤΟΥΣ ΥΠΟ ΜΟΡΦΗ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑΣ». Επίσης, στον ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς του παρεμβαίνοντος με αριθμό 328860, την οποία κατέθεσε στις 07.04.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δεν περιλαμβάνεται κανένα άλλο έγγραφο (π.χ. Υπεύθυνη Δήλωση, Ιδιωτικό Συμφωνητικό κλπ), από το οποίο να προκύπτει η πρόθεσή

του να αναθέσει μέρος της εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου σε τρίτο οικονομικό φορέα με τη μορφή υπεργολαβίας και του οποίου το περιεχόμενο να έρχεται σε αντίθεση με τις παραπάνω αρνητικές δηλώσεις στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος στα πεδία που προορίζονται για τη δήλωση της υπεργολαβίας. Επομένως, το Ιδιωτικό Συμφωνητικό Υπεργολαβίας με ημερομηνία 06.04.2023 μεταξύ του παρεμβαίνοντος και του Ε*** – Χ*** Μ***, το οποίο επικαλείται η προσφεύγουσα και προσκομίζει η ίδια συνημμένα προς την προσφυγή της προς απόδειξη του γεγονότος ότι ο παρεμβαίνων προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε τρίτο – υπεργολάβο, έχοντας προβεί σε προηγούμενη αντίθετη δήλωση στο ΕΕΕΣ του, δεν αποτελεί έγγραφο της προσφοράς του και δεν μπορεί να αξιολογηθεί ως τέτοιο. Μάλιστα ο όρος 2.1.2 της Διακήρυξης με τίτλο «Επικοινωνία - Πρόσβαση στα έγγραφα της Σύμβασης» ορίζει ότι *«Όλες οι επικοινωνίες σε σχέση με τα βασικά στοιχεία της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, καθώς και όλες οι ανταλλαγές πληροφοριών, ιδίως η ηλεκτρονική υποβολή, εκτελούνται με τη χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), η οποία είναι προσβάσιμη μέσω της Διαδικτυακής πύλης (www.promitheus.gov.gr)»*, διατύπωση από την οποία προκύπτει πως τα έγγραφα που μπορούν να ληφθούν υπόψη για την αξιολόγηση των προσφορών των οικονομικών φορέων είναι μόνο αυτά που αποστέλλονται ηλεκτρονικά προς την αναθέτουσα αρχή δια μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού. Άλλωστε και ο προαναφερθείς όρος 2.2.9.2 Β.10 της Διακήρυξης ορίζει ότι ο οικονομικός φορέας έχει την υποχρέωση να προσκομίσει έγγραφα σχετικά με την υπεργολαβία στην περίπτωση που δηλώσει σε κάποιο σημείο της προσφοράς του ότι προτίθεται να κάνει χρήση υπεργολάβων. Στην κρινόμενη περίπτωση ωστόσο ο παρεμβαίνων δεν δηλώνει σε κανένα σημείο της προσφοράς του ότι προτίθεται να προβεί σε σύναψη υπεργολαβίας, ούτε και έχει προσκομίσει έγγραφα τα οποία να έρχονται σε αντίφαση ή να αναιρούν τη δήλωσή του αυτή, ενώ δεν μπορεί να θεωρηθεί ως τέτοιο έγγραφο το Ιδιωτικό Συμφωνητικό που επικαλείται και προσκομίζει η προσφεύγουσα, το οποίο δεν περιλαμβάνεται στον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού και δεν έχει κατατεθεί ως στοιχείο της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Επομένως, η δήλωση στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος περί του ότι δεν σκοπεύει να αναθέσει την εκτέλεση μέρους της σύμβασης σε

Αριθμός Απόφασης : 1295/2023

τρίτο με τη μορφή υπεργολαβίας, δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς του, καθώς δεν βρίσκεται σε αναντιστοιχία με τα έγγραφα που περιλαμβάνονται στον ηλεκτρονικό φάκελο αυτής, το δε Ιδιωτικό Συμφωνητικό, που προσκομίζει η προσφεύγουσα, δεν αποτελεί αποδεικτικό στοιχείο περί της πρόθεσης του παρεμβαίνοντος να συστήσει υπεργολαβία, καθώς δεν αποτελεί στοιχείο της προσφοράς του κατά τα οριζόμενα στον όρο 2.1.2 της Διακήρυξης, σε αντίθεση με τα όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Συνεπώς, ο μόνος λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

13. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Δέχεται την παρέμβαση.
- 3.** Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 1^η Αυγούστου 2023 και εκδόθηκε στις 19 Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ