

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 11 Σεπτεμβρίου 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 03.07.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **1001/04.07.2023** της εταιρείας με την επωνυμία «*****» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη *****, οδός ***** αρ. ***** και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του **ΔΗΜΟΥ ******* (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα ***** (στο εξής «ο παρεμβαίνων»), κατοίκου *****, οδός *****αρ. ***.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου **** με αριθμό ***/19.6.2023 και θέμα «Έγκριση 2ου πρακτικού της Ε.Δ. του ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου “Αποκατάσταση χρωματισμών σχολικών κτιρίων Δήμου **** ” και αρ. μελ. 05/2023 προϋπολογισμού 560.000,00 € με ΦΠΑ 24%», κατά το μέρος αυτής με την οποία α. έγιναν αποδεκτές οι εξηγήσεις των οικονομικών φορέων «*****» και «*****» για τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές τους και β. αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του έργου ο οικονομικός φορέας «*****».

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 2.260,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ****).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό **** προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του έργου για την επιλογή αναδόχου για το έργο «Αποκατάσταση χρωματισμών σχολικών κτιρίων Δήμου ****», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 451.612,97 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 12^η.04.2023. 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 03.07.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ήτοι την επόμενη εργάσιμη ημέρα μετά την εκπνοή της προβλεπόμενης προθεσμίας, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 22.06.2023, 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 1204/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 13.07.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με όμοια ημερομηνία για την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

5. Ο παρεμβαίνων κατέθεσε εμπρόθεσμα στις 13.07.2023 την Παρέμβασή του ζητώντας την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, στο μέτρο που στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς του και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

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 τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο της πρώτης ομάδας ισχυρισμών, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα έγινε αποδεκτή από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, παρά το γεγονός ότι στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε ο παρεμβαίνων δεν δηλώθηκε η πρόθεσή του να αναθέσει μέρος της εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου σε υπεργολάβους και συγκεκριμένα στους Σ**** Γ**** και Α **** Α ****, αν και αυτό προκύπτει από την αιτιολόγηση της προσφοράς του, που κατατέθηκε σύμφωνα με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης : 1324/2023

Μετά την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης για τον πιο πάνω λόγο προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

9. Στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζονται τα εξής: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α` 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, και γ) τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθορισθεί σύμφωνα με το άρθρο 84, περί περιορισμού του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που καλούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ίδιες πληροφορίες για τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελεί επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή».

10. 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

Αριθμός Απόφασης : 1324/2023

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. Ωστόσο, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να είναι σε θέση να αποδείξουν με τα κατάλληλα και απαιτούμενα στη Διακήρυξη έγγραφα, όσα δηλώνουν υπεύθυνα με το ΕΕΕΣ. Άλλωστε, το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά την παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986 και η οποία, κατά πάγια νομολογία, αφορά αποκλειστικά και μόνον σε γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα, όχι όμως, μέλλοντα (πρβλ. ΣτΕ 781/2010). Επομένως, αφενός, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΕΕΕΣ υπεύθυνα γεγονότα τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του, συνάμα δε δεσμεύονται ότι, ανά πάσα στιγμή, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οφείλουν να αποδείξουν βάσει των οριζόμενων στη διακήρυξη εγγράφων κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, ότι πληρούν τα δηλωθέντα στοιχεία.

11. 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. Σημειώνεται ότι δεν νοείται υπεργολαβία για αντικείμενο που δεν υπάγεται στο φυσικό αντικείμενο της προκηρυχθείσας δημόσιας σύμβασης, όπως το αντικείμενο αυτό ορίζεται συγκεκριμένα από την ανά περίπτωση Διακήρυξη (ΣτΕ 196/2006, 199/2008, 1190/2009, βλ. και Κατευθυντήρια Οδηγία 10 της ΕΑΑΔΗΣΥ, Απόφαση 139/2015 με θέμα «ΘΕΜΑΤΑ ΠΟΥ ΑΝΑΚΥΠΤΟΥΝ ΚΑΤΑ ΤΗ ΧΡΗΣΗ ΤΗΣ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑΣ ΚΑΙ ΟΡΟΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΗΣ»). Συνεπώς το βασικό χαρακτηριστικό του υπεργολάβου είναι ότι αναλαμβάνει να εκτελέσει ο ίδιος ένα τμήμα της σύμβασης, η εκτέλεση της οποία έχει ανατεθεί καταρχήν στον ανάδοχο και άρα συμφωνία υπεργολαβίας υφίσταται όταν ο ανάδοχος συμφωνεί με τρίτον οικονομικό φορέα ότι ο τελευταίος θα εκτελέσει/υλοποιήσει ένα τμήμα του συμβατικού αντικειμένου. Ουσιαστικά,

Αριθμός Απόφασης : 1324/2023

πρόκειται για μια μορφή συμμετοχής στην εκτέλεση της σύμβασης, προσώπου διαφορετικού του αναδόχου αυτής, δηλαδή, η υπεργολαβία, είναι η πιο άμεση μορφή ανάμιξης τρίτου οικονομικού φορέα στην εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, καθότι ο τρίτος φορέας-υπεργολάβος αναλαμβάνει ο ίδιος την εκτέλεση ενός μέρους του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, στη θέση του αναδόχου-εργολάβου.

12. Στο άρθρο 25 της επίμαχης Διακήρυξης με τίτλο «Υπεργολαβία» ορίζεται ότι *«Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Αν ο ανάδοχος πρότείνει συγκεκριμένους υπεργολάβους κατά την υποβολή της προσφοράς του, υποχρεούται, κατά την υπογραφή της σύμβασης εκτέλεσης, να προσκομίσει την υπεργολαβική σύμβαση. Η Διευθύνουσα Υπηρεσία μπορεί να χορηγήσει προθεσμία στον ανάδοχο κατ' αίτησή του, για την προσκόμιση της υπεργολαβικής σύμβασης με τον αρχικώς προταθέντα υπεργολάβο ή άλλον, που διαθέτει τα αναγκαία, κατά την κρίση της υπηρεσίας αυτής, προσόντα, εφόσον συντρέχει σοβαρός λόγος».*

13. Στο άρθρο 23 «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» της επίμαχης Διακήρυξης ορίζεται: *«23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας (...). 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».*

14. Στο άρθρο 23.2. της Διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)» ορίζεται ότι «*Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται:* α) *κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/16, και στο άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας.*».

15. Μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων η Επιτροπή του Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος καθώς και της εταιρείας «****** ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ**» εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Για το λόγο αυτό, κάλεσε με έγγραφό της στις 19.05.2023 τις πιο πάνω εταιρείες να υποβάλουν εξηγήσεις εντός 20 μερών από την κοινοποίηση της σχετικής κλήσης. Ο παρεμβαίνων ανταποκρινόμενος στην πιο πάνω κλήση της Επιτροπής του Διαγωνισμού υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 04.06.2022 δια μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «**13. Εξήγηση χαμηλής προσφοράς ****.pdf**») συνυποβάλλοντας και τα ηλεκτρονικά αρχεία με τις ονομασίες «**2.ΠΡΟΣΦΟΡΑ Σ **** Γ ****.pdf**», «**3.ΠΡΟΣΦΟΡΑ Α **** Α ****.pdf**» και «**4.ΠΡΟΣΦΟΡΑ F ****.pdf**», τα οποία αποτελούν προσφορές που έλαβε και επικαλείται στην αιτιολόγηση της προσφοράς του. Στη συνέχεια, η επιτροπή του διαγωνισμού μετά την εξέταση και αποδοχή της πιο πάνω αιτιολόγησης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος εισηγήθηκε την ανάδειξή του ως προσωρινού αναδόχου της σύμβασης, η οποία και επικυρώθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση.

16. Για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό ο προσφεύγων κατέθεσε ως δικαιολογητικό συμμετοχής το ΕΕΕΣ του (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «**ESPD- **** _signed.pdf**»). Στο Μέρος ΙΙ Δ' αυτού «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» και ειδικότερα στο πεδίο «Πληροφορίες

σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας» και στο ερώτημα: «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» ο παρεμβαίνων έδωσε την απάντηση «Όχι». Αντίστοιχα, στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ «Κριτήρια Επιλογής» στο πεδίο «Ποσοστό υπεργολαβίας» και στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, τότε θα πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους σχετικούς υπεργολάβους, βλέπε μέρος II, ενότητα Γ ανωτέρω. Προσδιορίστε», ο παρεμβαίνων δήλωσε «KANENA ΠΟΣΟΣΤΟ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑΣ - 0,00 %».

17. Από τα παραπάνω δεδομένα συσχετιζόμενα με το γεγονός ότι το ΕΕΕΣ έχει προαποδεικτική ισχύ σχετικά με την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού καθώς και τα δεδομένα συμμετοχής του οικονομικού φορέα στον εκάστοτε διαγωνισμό, προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων με τα όσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ του δεσμεύτηκε ρητά για την εκτέλεση του επίμαχου έργου με δικό του προσωπικό και ταυτόχρονα για τη μη ανάθεση οποιουδήποτε ποσοστού σε τρίτο με τη μορφή υπεργολαβίας.

18. Παρά τα παραπάνω ωστόσο, στην αιτιολόγηση της προσφοράς που κατέθεσε ο παρεμβαίνων, στην οποία επικαλείται προσφορές της «****» (Σ **** Γ ****), του Α **** Α **** καθώς και της F **** Η ****, τις οποίες και συνυποβάλλει δηλώνει απερίφραστα την ανάθεση των εργασιών σε υπεργολάβο, καθώς στην πρώτη από αυτές αναφέρεται ότι «Αναλυτική περιγραφή **εργασίας**: Θα τοποθετηθούν ικριώματα σε εξωτερικές όψεις σχολείων, σε σχολεία του Δήμου ****, σύμφωνα με τις προδιαγραφές περί μέτρων ασφαλείας και θα είναι επενδυμένα με προστατευτική λινάτσα. Τα ικριώματα θα είναι μεταλλική σκαλωσιά προσόψεων κατηγορίας 6,4 και 2 κατά EN 12810-1 με πλαίσια από σωλήνες Φ48,3 +/- 0,5 mm πάχους 3,2-0,3 mm τύπου 3, προστατευτικά κάγκελα και βίδες ρύθμισης ύψους. Εντός της

σκαλωσιάς θα υπάρχει ειδική σκάλα, η οποία θα μπορεί να χρησιμοποιηθεί από το προσωπικό και τους επιβλέποντες και μηχανικούς του έργου. Η τιμή με την οποία θα εκτελεσθούν οι παραπάνω εργασίες είναι (...)», στη δεύτερη από αυτές αναφέρεται «Προσφορά για επισκευαστικές εργασίες», «Προσφορά για βαψίματα» και στην τρίτη από αυτές «Στο κόστος περιλαμβάνονται: Υλικά επεξεργασίας, κόστος εργασίας, αναλώσιμα, ασφάλιση». Από τις παραπάνω διατυπώσεις στις προσφορές των «****» (Σ **** Γ ****), Α **** Α ****, τις οποίες επικαλείται η προσφεύγουσα, αλλά στην τρίτη υποβληθείσα προσφορά της F **** Η ****, προκύπτει η χρήση υπεργολάβου, καθώς ρητά αναφέρεται ότι οι προσφέρουσες εταιρείες θα αναλάβουν και την εκτέλεση εργασιών, οι οποίες μάλιστα κοστολογούνται αναλυτικά στις προσφορές αυτές.

19. Από το σύνολο των παραπάνω συνάγεται ότι οι προσφορές που έχει λάβει και επικαλείται ο παρεμβαίνων για την αιτιολόγηση της προσφοράς του δεν αποτελούν συγκριτικά μεγέθη, αλλά αντίθετα ρητά από αυτές προκύπτει ότι προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση των εργασιών που αναφέρονται στις δύο αυτές εταιρείες. Αβάσιμα δε ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων ότι οι επίμαχες προσφορές αποτελούν απλώς στοιχεία που αποδεικνύουν τους υπολογισμούς του άμεσου κόστους της προσφοράς του, καθώς σαφώς στην πιο πάνω αιτιολόγηση της προσφοράς οι προμηθεύτριες εταιρείες δηλώνουν ότι θα αναλάβουν την εκτέλεση των οικείων εργασιών και μάλιστα κοστολογούν και την εργασία που θα παρέχουν. Συνεπώς, ο παρεμβαίνων δεν έλαβε μόνο οικονομικές προσφορές από τις πιο πάνω εταιρείες ως σημείο αναφοράς των τιμών που ισχύουν στην αγορά για την τεκμηρίωση της προσφοράς του και την προσφερόμενη τιμή, αλλά, κατά τα όσα ρητά δηλώνονται σε αυτές, θα χρησιμοποιήσει τους προμηθευτές του και ως υπεργολάβους για την εκτέλεση εργασιών του υπό ανάθεση αντικειμένου, χωρίς ωστόσο να έχει δηλώσει αυτό στο ΕΕΕΣ της, ούτε και να έχει υποβάλει ξεχωριστά ΕΕΕΣ για τις εταιρείες αυτές (βλ. ad hoc ΔΕφΠειρ. 542/2022, ΕΑΔΗΣΥ Σ219/2023, 1251/2023).

20. Τέλος, η παραπάνω διαπιστωθείσα πλημμέλεια κατά την υποβολή και αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος δεν μπορεί να θεραπευθεί ύστερα από κλήση της κατά τα οριζόμενα στο αρ. 102 ν. 4412/2016, καθόσον,

όπως έχει κριθεί, μια προσφορά δεν μπορεί να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής, είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36). Συνεπώς, οποιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εκάστοτε προσφοράς ή την υποβολή μη νόμιμα υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Περαιτέρω, κατά την άσκηση της παραπάνω αρμοδιότητάς της, η αναθέτουσα αρχή όσον αφορά στο αίτημα παροχής διευκρινίσεων, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά τη λήξη της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει καταστήσει αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή τη θέση του υποψήφιου ή των υποψήφιων που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π. C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37) ήτοι οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, όπως στην προκειμένη περίπτωση, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρά αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorghna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

Αριθμός Απόφασης : 1324/2023

21. Κατά συνέπεια, η προσφορά του παρεμβαίνοντος ήταν πλημμελής και απορριπτέα, καθώς δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ του ότι προτίθεται να αναθέσει σε εργολάβους εργασίες του συμβατικού αντικειμένου, ούτε υπέβαλε ξεχωριστά ΕΕΕΣ για τις τρίτες εταιρείες – υπεργολάβους σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών του. Επομένως, ο κρινόμενος λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

22. Με τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο της δεύτερης ομάδας ισχυρισμών η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «**** ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ» και προβάλλει πλημμέλεια αυτής, στο μέτρο που δεν έχει υποβάλει υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη με πίνακα των υπό εκτέλεση έργων και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, όπως απαιτείται για την απόδειξη της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, η οποία ορίζεται ως όρος της οικονομικής επάρκειας των προσφερόντων οικονομικών φορέων στο άρθρο 22.Γ της Διακήρυξης. Επί του παραπάνω λόγου προσφυγής λεκτέα τα εξής:

23. Στον όρο 23 της Διακήρυξης με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: *«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 μια από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επομένης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας (...). Τέλος, επισημαίνεται ότι οι προσφέροντες δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV*

Αριθμός Απόφασης : 1324/2023

του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια») στο πεδίο «Λοιπές Οικονομικές ή Χρηματοοικονομικές απαιτήσεις».

24. Επίσης, στον όρο 22.Γ. της Διακήρυξης «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζονται τα εξής «Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του π.δ. 71/2019, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει. Μετά από τη λήξη των ως άνω μεταβατικών διατάξεων και την πλήρη έναρξη ισχύος του π.δ. 71/2019, οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε., δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 64 αυτού».

25. Στην κρινόμενη περίπτωση η «**** ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ» κατέθεσε στο φάκελο της προσφοράς της το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΕΕΕΣ_ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΕΝΟ_signed.pdf» και στο πεδίο Β του Μέρους ΙV του παραπάνω εγγράφου και στο ερώτημα «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια - Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουνε προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη / γνωστοποίηση - Άλλες οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» η πιο πάνω εταιρεία έδωσε την απάντηση «ΕΧΟΥΜΕ ΑΝΑΛΑΒΕΙ ΤΗΝ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ, ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΤΟ ΑΝΕΚΤΕΛΕΣΤΟ ΜΕΡΟΣ ΤΟΥΣ, ΔΕΝ ΞΕΠΕΡΝΑΕΙ ΤΑ ΠΡΟΒΛΕΠΟΜΕΝΑ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟΝ Ν. 4412/2016».

26. Από τους προπαρατεθέντες όρους της Διακήρυξης προκύπτει ότι το ΕΕΕΣ αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη για το ότι συντρέχουν

Αριθμός Απόφασης : 1324/2023

στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα τα κριτήρια επιλογής για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό. Ειδικότερα, κατά την ειδική, ρητή και σαφή πρόβλεψη του άρθρου 23.1 της επίμαχης Διακήρυξης, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του συγκεκριμένου διαγωνισμού δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους διαγωνιζόμενους, οι συμμετέχοντες όφειλαν να αναγράψουν, όχι μόνο το γεγονός της μη υπέρβασης, αλλά και το ύψος του ανεκτέλεστο υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 591/2022, 585/2022, ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, ΕΑΔΗΣΥ 423/2023, σκ. 23-25, 858/2023, 1251/2023). Η δε παράλειψη αναφοράς του συγκεκριμένου στοιχείου στο ΕΕΕΣ το καθιστά ελλιπές, και μάλιστα, κατά τρόπο που δεν συμπληρώνεται με τις διατάξεις του άρθρου 102 ν. 4412/2016, διότι αυτό θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων συμπλήρωση ουσιώδους πληροφορίας που απαιτείται από τη Διακήρυξη (βλ. ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, σκ. 19).

27. Κατά συνέπεια σύμφωνα με την διατύπωση του όρου 23.1 της Διακήρυξης, με την οποία εφιστάται η επιμέλεια των διαγωνιζομένων στο γεγονός ότι θα πρέπει να δηλωθεί στο ΕΕΕΣ κατά το στάδιο της προαπόδειξης των κριτηρίων επιλογής το τρέχον ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων και όχι μόνο το γεγονός ότι αυτό δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του άρθρου 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, η προσφορά της εταιρείας «**** ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ» είναι πλημμελής καθώς, κατά το βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας δεν έχει γίνει αναφορά στο τρέχον ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο, καθώς το ΕΕΕΣ της με το παραπάνω περιεχόμενο δεν είναι σύμφωνο με τους δεσμευτικούς όρους της επίμαχης Διακήρυξης, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

28. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της «**** ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ», παρότι η τελευταία παρέλειψε, όπως προαναφέρθηκε, να αναφέρει το ύψος του ανεκτέλεστο υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων, είναι μη

Αριθμός Απόφασης : 1324/2023

νόμιμη και ακυρωτέα κατά το μέρος αυτό, δεδομένου ότι η συγκεκριμένη προσφορά, ελλείπει της σχετικής δήλωσης στο ΕΕΕΣ, δεν είναι σύμφωνη με τον όρο 23.1 της επίμαχης Διακήρυξης και βάσιμα προβάλλεται ότι θα έπρεπε να δηλωθεί το ανεκτέλεστο υπόλοιπο (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 591/2022, 585/2022, ΔΕφΚομοτηνής 44/2023, ΕΑΔΗΣΥ 423/2023, σκ. 23-25), ανεξάρτητα από το γεγονός ότι σε αυτό το στάδιο δεν ήταν υποχρεωτική η κατάθεση πίνακα των υπό εξέλιξη έργων. Κατά συνέπεια, ο κρινόμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

29. Μετά τα παραπάνω, οι προσφορές των «****» και «**** ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ» είναι απορριπτέες, καθώς οι λόγοι που εξετάσθηκαν κρίθηκαν βάσιμοι και έγιναν δεκτοί, ενώ παρέλκει η εξέταση των υπολοίπων λόγων προσφυγής, δεδομένου ότι οι πιο πάνω πλημμέλειες, παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη αυτών (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νίκης 83/2019 κ.α.).

30. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με το σκεπτικό και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγιναν δεκτές οι προσφορές των εταιρειών «****» και «**** ΙΔΙΩΤΙΚΗ ΚΕΦΑΛΑΙΟΥΧΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ».
- 3.** Απορρίπτει την παρέμβαση.
- 4.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 26 Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός Απόφασης : 1324/2023

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ