

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 8 Δεκεμβρίου 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 15.04.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **546/18.04.2023** της εταιρείας με την επωνυμία «**A*** I.K.E.**» και το διακριτικό τίτλο «***** I.K.E.**» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην *******, οδός *******, αρ. ******* και εκπροσωπείται νόμιμα, σε συμμόρφωση με την απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης με αριθμό 470/2023.

ΚΑΤΑ

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

-Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «**Σ*** Ξ*** του Ι*****» (στο εξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στο *******, οδός ******* αρ. *******.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ******** με αριθμό *****/2023**, κατά το μέρος αυτής με το οποίο έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «**Σ*** Ξ*****» και «**Ε*** Α.Τ.Ε.**».

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 4.013,00 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 «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΣΧΟΛΙΚΩΝ ΜΟΝΑΔΩΝ ΔΗΜΟΥ ***» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 802.567,97 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου 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 11η.10.2022. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 09.12.2022 (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 15.04.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 07.08.2023, 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 τις Πράξεις του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 716/2023 και 2084/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 02.05.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με όμοια ημερομηνία για την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

5. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε την παρέμβασή της εμπρόθεσμα στις 28.04.2023, δεδομένου ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε στις 18.04.2023 ζητώντας την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και η προσφεύγουσα κατέθεσε το υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας εμπρόθεσμα στις 04.05.2023.

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*

Αριθμός Απόφασης : Σ 1829/2023

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 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 αποφάσεις ΣτΕ 3629/20, 1217/2018, 2434/2017, 1086/15, 4901/14, 2551/2013, 5022/12, 2635/2009, Ε.Α. ΣτΕ 15/2021, 241/2020, 352/2016 και Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

8. Με την πρώτη ομάδα ισχυρισμών και ειδικότερα με τον πρώτο από αυτούς η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα έγινε αποδεκτή από την Επιτροπή του Διαγωνισμού η προσφορά της παρεμβαίνουσας, παρά το γεγονός ότι στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε δεν δηλώθηκε η πρόθεσή της να αναθέσει μέρος της εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου σε υπεργολάβους, αν και αυτό προκύπτει από την αιτιολόγηση της προσφοράς της, που κατατέθηκε σύμφωνα με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016. 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 πληρούνται 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 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).

Αριθμός Απόφασης : Σ 1829/2023

Επομένως, αφενός μεν, οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΕΕΕΣ υπεύθυνα γεγονότα τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του, αφετέρου 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, 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 αντικειμένου 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 κάλεσε με το έγγραφό της με αριθμό πρωτοκ.

Αριθμός Απόφασης : Σ 1829/2023

21273/18.10.2023 (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «9. pros s*** x*** & e*** gia parochi exigiseon.pdf») την παρεμβαίνουσα καθώς και την εταιρεία «Ε*** ΑΤΕ» να υποβάλουν εξηγήσεις εντός 20 μερών από την κοινοποίηση της σχετικής κλήσης. Η παρεμβαίνουσα ανταποκρινόμενη στην πιο πάνω κλήση της Επιτροπής του Διαγωνισμού υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 07.11.2023 δια μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «7 11 2022_ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ Σ*** Ξ***_SIGNED.pdf»), στην οποία έχουν ενσωματωθεί και προσφορές που έλαβε και επικαλείται στην αιτιολόγηση της προσφοράς της. Στη συνέχεια, η επιτροπή του διαγωνισμού μετά την εξέταση και αποδοχή της πιο πάνω αιτιολόγησης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εισηγήθηκε την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου της σύμβασης, η οποία και επικυρώθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση.

16. Για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό η παρεμβαίνουσα κατέθεσε ως δικαιολογητικό συμμετοχής το ΕΕΕΣ της (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «espd-response-v2-5_S*** X***_signed.pdf»). Στο Μέρος II 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;» η παρεμβαίνουσα έδωσε την απάντηση «**Όχι**».

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 η παρεμβαίνουσα με τα όσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ της δεσμεύτηκε ρητά για την εκτέλεση του επίμαχου έργου με δικό της προσωπικό και ταυτόχρονα για τη μη ανάθεση οποιουδήποτε ποσοστού σε τρίτο με τη μορφή υπεργολαβίας.

18. Παρά τα παραπάνω ωστόσο, από την αιτιολόγηση της προσφοράς που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα, προκύπτουν τα παρακάτω στοιχεία:

Στην προσφορά του «Τ*** Ι***» αναφέρονται αναλυτικά εργασίες που πρόκειται να εκτελέσει ο παραπάνω, όπως ενδεικτικά γενικές εκσκαφές σε

έδαφος γαιώδες – ημιβραχώδες, διάστρωση ασφαλικής συγκολλητικής επάλειψης, γεγονός από το οποίο προκύπτει ότι η προσφορά αυτή αφορά στην εκτέλεση εργασιών από τον πιο πάνω προσφέροντα και στην παροχή των συμφωνηθείσων υπηρεσιών έναντι αμοιβής. Επιπλέον, από την προσφορά της εταιρείας «Α***» προκύπτει ρητά ότι αφορά υλικά και εργασίες, οι οποίες και έχουν κοστολογηθεί σχετικά, όπως επίσης το ίδιο προκύπτει και από την προσφορά της εταιρείας «Χ **** ΚΑΙ ΣΙΑ Ο.Ε.», στην οποία αναφέρεται ότι αφορά την «Πλήρη κατασκευή και τοποθέτηση μπασκέτας καλαθοσφαίρισης ολυμπιακού τύπου». Τέλος και από την προσφορά του «Π*** Β***» προκύπτει ότι αυτή αφορά στην προμήθεια αλλά και την τοποθέτηση υαλοπινάκων.

19. Από τα παραπάνω στοιχεία αποδεικνύεται ότι η παρεμβαίνουσα δεν θα παρέχει τις ζητούμενες εργασίες μόνο με δικό της προσωπικό, όπως έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ της, αλλά θα αναθέσει την εκτέλεση μέρους αυτών και σε τρίτους, από τους οποίους θα λάβει όχι μόνο τον απαιτούμενο εξοπλισμό και τα προϊόντα - υλικά, αλλά και το προσωπικό. Επομένως, από τις παραπάνω διατυπώσεις στις προσφορές που έλαβε και επικαλείται η παρεμβαίνουσα προκύπτει η χρήση υπεργολάβων, καθώς ρητά αναφέρεται ότι οι προσφέρουσες εταιρείες θα αναλάβουν και την εκτέλεση εργασιών με το προσωπικό τους, οι οποίες μάλιστα κοστολογούνται αναλυτικά στις προσφορές αυτές.

20. Από το σύνολο των παραπάνω συνάγεται ότι οι προσφορές που έχει λάβει και επικαλείται η παρεμβαίνουσα για την αιτιολόγηση της προσφοράς της δεν αποτελούν συγκριτικά μεγέθη, αλλά αντίθετα ρητά από αυτές προκύπτει ότι προτίθεται να αναθέσει σε τρίτους την εκτέλεση των εργασιών που αναφέρονται στις εταιρείες αυτές. Αβάσιμα δε ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι οι επίμαχες προσφορές αποτελούν συγκριτικά οικονομικά μεγέθη για την απόδειξη του μη ασυνήθιστα χαμηλού της προσφοράς της, καθώς σύμφωνα με τη ρητή διατύπωση του άρθρου 88 παρ. 5 α του ν. 4412/2016 *«Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και*

τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης». Συνεπώς, η παρεμβαίνουσα δεν έλαβε μόνο οικονομικές προσφορές από τις πιο πάνω εταιρείες ως σημείο αναφοράς των τιμών που ισχύουν στην αγορά για την τεκμηρίωση της προσφοράς της και την προσφερόμενη τιμή, αλλά, κατά τα όσα ρητά δηλώνονται σε αυτές, θα χρησιμοποιήσει τους προμηθευτές της και ως υπεργολάβους για την εκτέλεση εργασιών του υπό ανάθεση αντικειμένου, χωρίς ωστόσο να το 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).

21. Τέλος, η παραπάνω διαπιστωθείσα πλημμέλεια κατά την υποβολή και αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος δεν μπορεί να θεραπευθεί ύστερα από κλήση του κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 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).

22. Συνεπώς, οποιαδήποτε κλήση 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).

23. 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 μπορεί, 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

Αριθμός Απόφασης : Σ 1829/2023

υποψήφιων που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π. C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37). Οφείλει δηλαδή η αναθέτουσα αρχή 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).

24. 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 Lavorgna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

25. Κατά συνέπεια, η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι πλημμελής και απορριπτέα, καθώς δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ της 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 της. Επομένως, ο κρινόμενος πρώτος λόγος της πρώτης ομάδας ισχυρισμών της προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

26. Με τη δεύτερη ομάδα ισχυρισμών, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «E*** ΑΤΕ» και με τον πρώτο από τους προβαλλόμενους λόγους υποστηρίζει ότι, όπως και η παρεμβαίνουσα, στο ΕΕΕΣ που κατέθεσε δεν δηλώθηκε η πρόθεσή της να αναθέσει μέρος της εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου σε υπεργολάβους, αν και αυτό προκύπτει από την αιτιολόγηση της προσφοράς της, που κατατέθηκε σύμφωνα με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016.

27. Από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και μετά τα όσα

αναφέρθηκαν παραπάνω, προκύπτει ότι και ο λόγος αυτός προβάλλεται βάσιμα. Και αυτό γιατί στο Μέρος II Δ' του ΕΕΕΣ που κατέθεσε η «Ε*** ΑΤΕ», βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΕΕΕΣ Ε*** ΑΤΕ_signed.pdf» 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;» έδωσε την απάντηση «Όχι».

28. Ωστόσο, από την αιτιολόγηση της προσφοράς της (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ Ε*** ΑΤΕ.pdf») και τις επισυναπτόμενες σε αυτήν προσφορές προκύπτει η χρήση υπεργολάβων, καθώς ρητά αναφέρεται ότι οι προσφέρουσες εταιρείες θα αναλάβουν και την εκτέλεση εργασιών, οι οποίες μάλιστα κοστολογούνται αναλυτικά στις προσφορές αυτές και όχι μόνο την προμήθεια υλικών.

29. Συγκεκριμένα, στην οικονομική προσφορά του «L*** L***» αναφέρεται ρητά ότι «για την εκτέλεση των εργασιών επένδυσης τοίχων με κεραμικά πλακίδια (...) προσφέρω την τιμή των 5,00 ευρώ/ τ.μ.». Επίσης, από την επισυναπτόμενη προσφορά της «Α*** F***» προκύπτει ότι η εταιρεία αυτή θα προμηθεύσει τα υλικά και θα αναλάβει υπεργολαβικά και την εκτέλεση των απαιτούμενων εργασιών. Το ίδιο προκύπτει και από την προσφορά του Π*** Χ***, ο οποίος δηλώνει ότι οι προσφερόμενες τιμές αφορούν εργασίες χρωματισμών και ελαιοχρωματισμών, ενώ επίσης στην προσφορά της «Δ*** ΑΚΤΕ» περιγράφονται εργασίες ασφαλικής συγκολλητικής επάλειψης. Συνεπώς, και η «Ε*** ΑΤΕ» έχει παραλείψει να δηλώσει στο ΕΕΕΣ της τη χρήση υπεργολάβων, η οποία όμως προκύπτει από το περιεχόμενο της αιτιολόγησης της προσφοράς της, γεγονός που καθιστά την προσφορά της πλημμελή και απορριπτέα κατά το βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας.

30. Μετά τα παραπάνω, η προσφορά της παρεμβαίνουσας και της «Ε*** ΑΤΕ» είναι απορριπτέες, καθώς οι λόγοι που εξετάσθηκαν παραπάνω κρίθηκαν βάσιμοι και έγιναν δεκτοί, ενώ παρέλκει η εξέταση των υπόλοιπων ισχυρισμών που προβάλλονται κατά των προσφορών των εταιρειών αυτών, δεδομένου ότι οι πιο πάνω πλημμέλειες, παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα

Αριθμός Απόφασης : Σ 1829/2023

για την απόρριψή τους (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019 κ.α.).

31. 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 έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και της «ΕΝΕΡΓΟΝ ΑΤΕ».
- 3.** Απορρίπτει την παρέμβαση.
- 4.** Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στις 8 Δεκεμβρίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ