

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31.10.2022 με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1532/1.11.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 728/6.10.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 1/22.09.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη»)

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης „κατα το σκέλος που κρίνονται αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...», «...», «...» και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ.39/2017, ποσού 3.964,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 31.10.2022 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και

υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 792.741,94 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την από 29.06.2022 Διακήρυξη προκηρύξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για το έργο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας ,από οικονομική άποψη, προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 983.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 29.06.2022 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 31.10.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 20.10.2022 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο προσφεύγων στις 18.11.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021 δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 15.11.2022, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

5. Επειδή, στον υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δέκα οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και οι «...», «...» και «...». Συμφωνα με το υπ' αριθμ. Ι/22.09.2022 Πρακτικό, διαμορφώθηκε ο ακόλουθος πίνακας μειοδοσίας : 1.«...», 2. «...», 3. «....»

4. Προσφεύγων, 5. «...» και η Επιτροπή Διαγωνισμού κάλεσε τους εν λόγω διαγωνιζόμενους να παρέχουν εξηγήσεις, κατ' άρθρον 88 του ν. 4412/2016.

Κατόπιν δε αποδοχής των εξηγήσεων όλων των οικονομικών φορέων, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανακήρυξη του οικονομικού φορέα «...» ως προσωρινού αναδόχου. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε τέταρτος σε σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων «... ...», «... ...» και «...», ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

7. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ)» (ΦΕΚ Α' 200/24.10.16) ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως : [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)[...]».

8. Επειδή, το άρθρο 58 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « Στα έγγραφα της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ζητάει από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Ειδικά για τις συμβάσεις έργων, η ανάθεση τμήματος σύμβασης σε υπεργολάβο ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή ως προς την επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου, να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, κατά την έννοια της περ. α' της παρ. 1 και παρ. 2 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, άλλως η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον προσφέροντα να αντικαταστήσει τον υπεργολάβο που δεν πληροί τους ορισμούς της ανωτέρω

διάταξης, καθώς και των διατάξεων των άρθρων 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων[...]. Κατά πάγια δε νομολογία, η ανάθεση της εκτέλεσης τμήματος της σύμβασης σε τρίτους, ήτοι σε οικονομικούς φορείς μη συνδεδεμένους με την αναθέτουσα αρχή με νομικό δεσμό, αποτελεί ανάθεση τμήματος της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας, ανεξαρτήτως της ειδικότερης νομικής φύσης και μορφής της σχέσης, βάσει της οποίας θα αναλάβουν αυτοί έναντι του αναδόχου την εκτέλεση των σχετικών εργασιών (βλ. ΕΑ ΣτΕ 205/2021, 170/2020).

9. Επειδή, το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 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, [...] Το ΕΕΕΣ αποτελείται από 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.[...]». Συνεπώς, το ΕΕΕΣ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, προϋποθέτει δε και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον υποβάλλοντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν

επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου (βλ. ΣΤΕ 277/2021).

9. Επειδή, το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, όπως τελικώς διαμορφώθηκε με το άρθρο 32 του ν. 4782/2021 και ισχύει, εν προκειμένω, ορίζει ότι : « 1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. [...] 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, [...] 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο [...] 5α. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, σε κάθε περίπτωση, τεκμαίρονται προσφορές που υποβάλλονται σε διαγωνισμό και εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. 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.[...]». Σύμφωνα δε με την αιτιολογική έκθεση ως άνω άρθρου «Καθορίζεται ένα συνδυασμένο όριο έκπτωσης άνω του οποίου ο οικονομικός φορέας υποχρεούται μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής να υποβάλλει έγγραφες εξηγήσεις, τυχόν δε άρνησή του επάγεται την κήρυξη της προσφοράς του ως απαράδεκτης και καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Τα δε οικονομικά στοιχεία των εξηγήσεων που παραθέτει ο οικονομικός φορέας προς την αναθέτουσα αρχή αποτελούν δεσμευτική συμφωνία και τα εν λόγω στοιχεία δεν δύναται να μεταβληθούν σε μεταγενέστερο χρόνο». Από τις ως άνω διατάξεις προκύπτει ότι, υπό το νέο νομικό πλαίσιο, θεσπίζεται το τεκμήριο της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, το οποίο είναι μαχητό και άρα η αναθέτουσα αρχή έχει δέσμια αρμοδιότητα να καλέσει τον οικονομικό φορέα, για την προσφορά του οποίου συντρέχει «καταρχάς» το εν λόγω τεκμήριο, προκειμένου να δώσει εξηγήσεις επί της προσφοράς του και, έτσι, να του δώσει τη δυνατότητα να ανατρέψει το σε βάρος του συντρέχον τεκμήριο. Εφαρμόζονται δε και σε αυτήν την περίπτωση κατά τα λοιπά οι διατάξεις του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 σχετικά με την παροχή εξηγήσεων από τους οικονομικούς φορείς και την αξιολόγηση αυτών από τις αναθέτουσες αρχές (βλ. και ΣΤΕ 1555/2022). Ως δε έχει κριθεί νομολογιακά, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, σε περίπτωση που διαπιστώσει αιτιολογημένα ότι τα στοιχεία και οι εκτιμήσεις του συμμετέχοντος δεν ανταποκρίνονται στην πραγματικότητα ή κλονίζονται σοβαρά, να απορρίψει την προσφορά (ΣΤΕ 2745/2019 και απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 27.11.2001, C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani, σκέψεις 82 και 83). Η αξιολόγηση της αναθέτουσας αρχής προφανώς πρέπει να λαμβάνει τα ανά περίπτωση προκύπτοντα στοιχεία ενώ δεν είναι δεσμευτικές οι όποιες γενικές κρίσεις π.χ. περί συνήθους ποσοστού έκπτωσης, περί αντίστοιχων πρότερων συμβάσεων της ίδιας αναθέτουσας αρχής σε ίδιο αντικείμενο, περί επιχειρηματικής απόφασης επέκτασης δραστηριοτήτων ή απόκτησης εμπειρίας κλπ.

10. Επειδή, το άρθρο 96 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] 7. Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά [...] Στην προσφορά απαραίτητως πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής». Ως δε έχει κριθεί (βλ. ΣτΕ 1020/2022), ο όρος «εκπρόσωπος/συντονιστής» αναφέρεται στον συντονιστή της ένωσης, δηλαδή στο μέλος της ένωσης, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο έχει επιφορτιστεί να συντονίζει, διά του επιστημονικού και τεχνικού προσωπικού του, τεχνικά και οργανωτικά τα μέλη της ένωσης κατά την εκτέλεση της σύμβασης και να εκπροσωπεί κατά τούτο την ένωση έναντι της αναθέτουσας αρχής για την παραγωγή του σύνθετου αντικειμένου της εργολαβίας και δεν αφορά στο φυσικό πρόσωπο που είναι εξουσιοδοτημένο να εκπροσωπεί την ένωση κατά τη διαγωνιστική διαδικασία. Ταυτίζεται δε με τον όρο «επικεφαλής εταίρος», όπως αυτός χρησιμοποιείται στην αιτιολογική σκέψη (18) της οδηγίας 2014/25/ΕΕ [“leader partner” στην αγγλική έκδοση αυτής] και με τον όρο «συντονιστής», όπως αυτός χρησιμοποιείται στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ και το οποίο αναφέρεται στον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση.

11. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...] 3.1[...] Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται, σύμφωνα με τα ανωτέρω, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής. Η εν λόγω δήλωση περιλαμβάνεται είτε στο ΕΕΕΣ (Μέρος ΙΙ. Ενότητα Α) είτε στη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση που δύναται να υποβάλλουν τα μέλη της ένωσης [...] 22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια [...] 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 υπερβαίνουντα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 64 αυτού.[...] 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 υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης. 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. [...]Τέλος, επισημαίνεται ότι οι προσφέροντες δηλώνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργολαβικών συμβάσεων στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ, Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»), στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις»[...] 23.5 Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ [...] Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: • με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει, συνοδευόμενης, ανά περίπτωση, από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το

συνολικό ανεκτέλεστο, για τα έργα που είναι υπό εξέλιξη και δεν συμπεριλαμβάνονται στην ενημερότητα πτυχίου ή • με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενης από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, κατά τις κείμενες διατάξεις[...]

24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα υπό (α) και (β) στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ). [...]

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. [...]

25.4 Η αναθέτουσα αρχή: α) ελέγχει την επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, κατά την έννοια του άρθρου 22.B (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.A.1, 22.A.2 και 22.A.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). [...]

Κατά δε 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. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι

διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

12. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν είναι νομίμως αιτιολογημένη ως προς την αποδοχή των εξηγήσεων καθώς η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε αόριστες και ελλιπείς αναφορές, δίχως να αναφέρει ποιους οικονομικούς φορείς αφορούν οι διαπιστώσεις της και ποια στοιχεία έλαβε υπόψιν ο κάθε συμμετέχων για τον υπολογισμό του εκτιμώμενου κόστους, αλλά με μοναδικό κριτήριο την εμπειρία έκρινε ότι επεξηγούνται οι χαμηλές προσφορές. Περαιτέρω, κατά τον προσφεύγοντα, μη νομίμως κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «... ...», «... ...» και «...» διότι στις εξηγήσεις τους δηλώνουν υπερβολαβικές δαπάνες και χρησιμοποίηση υπερβολάβων, ωστόσο, παρέλειψαν να δηλώσουν στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ τους ότι θα αναθέσουν υπερβολαβικά την εκτέλεση τμημάτων της σύμβασης, η εν λόγω δε πλημμέλεια των προσφορών τους δεν είναι δεκτική συμπλήρωσης κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016. Επίσης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς «... ...», «... ...» και «...» παρέλειψαν να δηλώσουν είτε στα ΕΕΕΣ τους είτε σε συμπληρωματική υπεύθυνη δήλωση το ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών τους συμβάσεων και να προσκομίσουν πίνακα των υπό εκτέλεση έργων. Πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι τα μέλη της ένωσης οικονομικών φορέων «...» δεν δήλωσαν στα ΕΕΕΣ τους την κατανομή της μεταξύ τους αμοιβής καθώς και τον εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης.

13. Επειδή, όπως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 5, από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης, στην οποία παρατίθεται το υπ' αριθμ. Ι/22.09.2022 Πρακτικό, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή αποδέχτηκε τις παρασχεθείσες εξηγήσεις του προσφεύγοντος και των οικονομικών φορέων «... ...», «... ...» και «...» δίχως να παρατίθενται αναλυτικά στην προσβαλλόμενη ούτε τα στοιχεία εκείνα των εξηγήσεων που ελάβε υπόψιν η αναθέτουσα αρχή, για την εξαγωγή της ως άνω διαπίστωσης, ούτε τα συγκεκριμένα συμπεράσματα στα οποία κατέληξε κατά την αξιολόγηση ενός εκάστου δεδομένου των εξηγήσεων. Η δε γενική και αόριστη αναφορά στην προσβαλλόμενη ότι

κάποιοι οικονομικοί φορείς έλαβαν υπόψιν την υπ' αριθμ. 9/25.04.2097 εγκύκλιο του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών για τον υπολογισμό των εξόδων του έργου αλλά με χρήση διαφορετικού προϋπολογισμού, προδήλως δεν αποτελεί επαρκή αιτιολόγηση, καθώς δεν αναφέρονται οι οικονομικοί φορείς που αφορά η ως άνω διαπίστωση ούτε ο τρόπος που η υιοθέτηση ή μη της ως άνω εγκυκλίου σε συνδυασμό με τη χρήση διαφορετικού προϋπολογισμού καθιστά τις οικονομικές τους προσφορές αποδεκτές. Ομοίως, αορίστως και δίχως ουδεμία πρόσθετη επεξήγηση η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται στις απόψεις της ότι αρκετοί συντελεστές των πινάκων υπολογισμού κόστους λαμβάνονται υπόψιν με βάση προηγούμενα έργα. Επίσης, αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή προβάλλει στις απόψεις της ότι ο προσφεύγων είναι ένας εκ των οικονομικών φορέων που χρησιμοποίησε λανθασμένο προϋπολογισμό ως προς τα γενικά έξοδα του έργου, καθώς, αφενός μεν το εν λόγω δεδομένο και μόνον δεν καθιστά την απόφασή της επαρκώς αιτιολογημένη, αφετέρου η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτές τις εξηγήσεις του προσφεύγοντος, ενώ επισημαίνεται ότι η προσβαλλόμενη βάλλεται κατά του σκέλους που αφορά την αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων «... ...», «... ...» και «...». Επιπροσθέτως, η γενική μνεία στην προσβαλλόμενη ,περί της εμπειρίας των διαγωνιζομένων, ουδόλως δύναται νομίμως να «θεραπεύσει» τις ελλείψεις που, ως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, διαπίστωσε στον εκ μέρους τους τρόπο υπολογισμού του εκτιμώμενου κόστους, ώστε να αιτιολογείται η επάρκεια των εξηγήσεών τους. Σε κάθε δε περίπτωση, μόνον η εμπειρία διαγωνιζομένου δεν συνεπάγεται το ρεαλιστικό χαρακτήρα της παρεχόμενης έκπτωσης, διότι η προσφερόμενη τιμή πρέπει να εξηγείται σε σχέση με τις πραγματικές συνθήκες και τις ιδιαιτερότητες του συγκεκριμένου έργου, το οποίο αυτή αφορά, και επί τη βάσει επίκαιρων σχετικών στοιχείων, προκειμένου να είναι δυνατή η εκτίμηση της σοβαρότητας, της φερεγγυότητας και της δυνατότητας του οικονομικού φορέα να υλοποιήσει τη σύμβαση.

14. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 23.1 της διακήρυξης προβλέπεται η υποχρέωση του διαγωνιζομένου να δηλώσει στο ΕΕΕΣ την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλοντας συγχρόνως το ΕΕΕΣ του τυχόν

δηλωθέντος υπερβολάβου, ώστε η αναθέτουσα αρχή να δύναται να ελέγξει την καταλληλότητα του υπερβολάβου και τη μη συνδρομή στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού, κατά τα αναφερόμενα στο άρθρο 25 της διακήρυξης.

15. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, οι οικονομικοί φορείς «... ..», «... ..» και «...» δεν δήλωσαν στα υποβληθέντα με τις προσφορές τους ΕΕΕΣ ότι προτίθενται να αναθέσουν υπερβολαβικά την εκτέλεση τμημάτων του έργου, εντούτοις, από τα προσκομισθέντα με τις εξηγήσεις τους στοιχεία προκύπτει αδιαμφισβητήτως ότι θα προβούν στη χρήση υπερβολάβων. Συγκεκριμένα, στον πίνακα αιτιολόγησης κοστολογικών δαπανών που προσκόμισε ο οικονομικός φορέας «... ..» γίνεται ρητή μνεία σε δαπάνη υπερβολάβων ύψους 170.173,80€ και επισυνάπτεται η σχετική προσφορά του υπερβολάβου «...». Επίσης, ο οικονομικός φορέας «... ..» δηλώνει στην τεχνική έκθεση-αιτιολόγηση προσφοράς ότι, προκειμένου να ελαχιστοποιήσει το κόστος, θα χρησιμοποιήσει μηχανολογικό εξοπλισμό, μηχανήματα και ανθρώπινο δυναμικό της εταιρείας «...» και παραθέτει την προσφορά της. Εξάλλου, η ένωση οικονομικών φορέων «...» αναφέρει στον πίνακα ανάλυσης των εργασιών διαγράμμισης και σήμανσης τις τιμές που προσφέρει ο οικονομικός φορέας «...», στη δε προσφορά του γίνεται ρητή μνεία ότι οι τιμές αφορούν πλήρως περαιωμένες εργασίες και συμπεριλαμβάνουν την προμήθεια των απαιτούμενων υλικών και μικροϋλικών, την εργασία, τα γενικά έξοδα, αμοιβές και ασφαλιστικές εισφορές του προσωπικού και τα έξοδα μεταφοράς και άρα, εναργώς συνάγεται ότι το αντικείμενο του έργου θα εκτελεστεί υπερβολαβικά από τον ως άνω τρίτο φορέα. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, αβασίμως η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι δεν προκύπτει δέσμευση υπερβολαβικής ανάθεσης των εργασιών από τους οικονομικούς φορείς «... ..», «... ..» και «...», η δε παράλειψή τους αφενός μεν να δήλωσουν τις σχετικές υπερβολαβικές αναθέσεις στα ΕΕΕΣ τους, αφετέρου να προσκομίσουν τα ΕΕΕΣ των υπερβολάβων είχε ως αποτέλεσμα την αδυναμία της αναθέτουσας αρχής να προβεί στον, κατ' άρθρον 25 της διακήρυξης, έλεγχο των ως άνω δηλωθέντων υπερβολάβων. Άλλωστε, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, η ως άνω έλλειψη των προσφορών των οικονομικών φορέων

«... ...», «... ...» και «....» δεν δύναται να θεραπευθεί δια διευκρινίσεων σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2012, καθώς, εν προκειμένω, η κλήση τους προς συμπλήρωση των ελλείψεων θα συνεπαγόταν την εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς τους και τη θεραπεία πλημμέλειας που επιφέρει τον αποκλεισμό. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει τις προσφορές των οικονομικών φορέων «... ...», «... ...» και «....» και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

16. Επειδή, στο άρθρο 22.Γ της διακήρυξης τίθεται ως απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας οι συμμετέχοντες που είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ να μην υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, στο δε άρθρο 23.1 της διακήρυξης ρητώς προβλέπεται ότι οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να δηλώσουν στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» της Ενότητας Β του Μέρους IV του ΕΕΕΣ την πλήρωση ή μη του κριτηρίου περί ανεκτέλεστου, καθώς και ότι δύναται να υποβάλλουν συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση προς συμπλήρωση των πληροφοριών που παρέχουν στο ΕΕΕΣ τους. Επομένως, εκ των προαναφερθέντων όρων της διακήρυξης προκύπτει σαφώς η υποχρέωση των συμμετεχόντων να δηλώσουν προαποδεικτικώς είτε δια του ΕΕΕΣ είτε δια συνοδευτικής δήλωσης τη μη υπέρβαση των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων. Το δε γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού αρχείο ΕΕΕΣ όπου για την προαπόδειξη των κριτηρίων επιλογής αρκεί η συμπλήρωση μόνον της γενικής ένδειξης «α», ουδόλως αναιρεί την εκ του άρθρου 23.1 της διακήρυξης συγκεκριμένη υποχρέωση προαπόδειξης του ανεκτέλεστου ορίου, διότι οι διαγωνιζόμενοι ως ευλόγως ενημερώμενοι υποψηφίοι οφείλουν να μεριμνήσουν για την ορθή συμπλήρωση του ΕΕΕΣ τους, το οποίο άλλωστε αποτελεί έγγραφο που δημιουργείται από τους διαγωνιζόμενους δια της πρόσβασης στην ηλεκτρονική υπηρεσία του ΕΣΗΔΗΣ, σε κάθε δε περίπτωση δύναται να συμπληρώσουν τις πληροφορίες του αναρτηθέντος από την αναθέτουσα αρχή ΕΕΕΣ δια συνοδευτικής δήλωσης.

17. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, οι οικονομικοί φορείς «... ...», «... ...» και «...» προσκόμισαν ΕΕΕΣ με συμπληρωμένη μόνον τη γενική ένδειξη «α» ως προς τα κριτήρια επιλογής και δίχως να επισυνάπτουν συνοδευτική δήλωση περί του ανεκτέλεστου, με αποτέλεσμα τη μη δήλωση κατά το στάδιο της προαπόδειξης του σχετικού κριτηρίου κατά παράβαση του άρθρου 23.1 της διακήρυξης. Αβασίμως, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι δεν απαιτείται κατά το στάδιο της προαπόδειξης η υποβολή δήλωσης περί του ανεκτέλεστου, αλλά και αλυσιτελώς, διότι οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος δεν αφορούν τη μη υποβολή εκ των ως άνω διαγωνιζομένων της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 23.5 της διακήρυξης αλλά τη μη συμπλήρωση του ειδικού πεδίου της ενότητας Β του Μέρους IV του ΕΕΕΣ σε συνδυασμό με την απουσία συνοδευτικής του ΕΕΕΣ δήλωσης, ελλείψεις μη δεκτικές διευκρίνισης. Ωστόσο, αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι οι συμμετέχοντες όφειλαν να υποβάλλουν και πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων, καθώς το εν λόγω έγγραφο κατά το άρθρο 23.5 της διακήρυξης αποτελεί δικαιολογητικό κατακύρωσης. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει τις προσφορές των οικονομικών φορέων «... ...», «... ...» και «...» και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

18. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, στο άρθρο 3.1 της διακήρυξης προβλέπεται ρητώς ότι σε περίπτωση που ο συμμετέχων αποτελεί ένωση οικονομικών φορέων οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού, να προσδιορίζει στην προσφορά την έκταση και το είδος συμμετοχής έκαστου μέλους καθώς και τον εκπρόσωπο/συντονιστή της ένωσης.

19. Επειδή, από την επισκόπηση της προσφοράς της ένωσης οικονομικών φορέων «...» προκύπτει ότι στο Μέρος II - Πληροφορίες για τον οικονομικό φορέα έκαστου ΕΕΕΣ των μελών της δηλώνεται ότι «Ο Οικονομικός Φορέας συμμετέχει στην κατανομή της κατασκευής του έργου και στα κέρδη και τις ζημίες της ένωσης με ποσοστό 50,00%» χωρίς ωστόσο να αναφέρεται ο εκπρόσωπος/συντονιστής της ένωσης, ως συνομολογεί και η

αναθέτουσα αρχή. Η δε μνεία στο πεδίο του ΕΕΕΣ- Πληροφορίες σχετικά με τους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα περί κοινής διαχείρισης- εκπροσώπησης της ένωσης οικονομικών φορέων, ουδόλως δύναται να θεωρηθεί, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 10, δήλωση του εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης, ήτοι του μέλους εκείνου της ένωσης που έχει επιφορτιστεί να συντονίζει τεχνικά και οργανωτικά και να εκπροσωπεί την ένωση έναντι της αναθέτουσας αρχής κατά την εκτέλεση της σύμβασης. Συνεπώς, εκ των ανωτέρω δηλώσεων που εμπεριέχονται στα ΕΕΕΣ των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων «...» προκύπτει μεν η κατανομή της μεταξύ τους αμοιβής αλλά όχι ο εκπρόσωπος/ συντονιστής της ένωσης και άρα η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να απορρίψει την προσφορά της και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 728/6.10.2022 απόφαση κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων», «... ..» και «...» και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων ,κατ' άρθρο 363 παρ. 5 του ν.44122016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 728/6.10.2022 απόφαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 20 Δεκεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**