

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 23/08/2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1074/17.07.2023, της προσφεύγουσας εταιρείας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά του: «...» (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 192/2023, απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ... και να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο ... , με διακήρυξη ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού που αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. και έλαβε αριθμό ΑΔΑΜ ... 2023-04-20, προκήρυξε την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου, με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 1.725.806,45 €, πλέον ΦΠΑ, και κάλεσε τους οικονομικούς φορείς, που πληρούσαν τις τασσόμενες από τον νόμο και την διακήρυξη τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις συμμετοχής, να υποβάλουν φάκελλο προσφοράς. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, ορίσθηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας, από οικονομικής άποψης, προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και, ως καταληκτικός χρόνος υποβολής των προσφορών, η 8.5.2023 (άρθρα 14 και 18 της διακήρυξης). Στον διαγωνισμό, που διενεργήθηκε, υπέβαλαν προσφορά έντεκα (11) διαγωνιζόμενοι

Αριθμός Απόφασης:1242/2023

οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, ως πληρούσα το σύνολο των τασσόμενων τυπικών και ουσιαστικών προϋποθέσεων συμμετοχής. Η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών των διαγωνιζομένων, ήτοι των υποφακέλλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά», και στην σύνταξη καταλόγου προσφερόντων, όπως αυτός παράγεται από το υποσύστημα. Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού έλεγξε, εάν προσκομίσθηκαν οι πρωτότυπες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής, σύμφωνα με το άρθρο 3.5 περ. β. της διακήρυξης. Στην συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού κατήρτισε πίνακα μειοδοσίας, τον οποίο και ανήρτησε στον ιστότοπο του διαγωνισμού, κατατάσσοντας στην πρώτη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 43,08%, στην δεύτερη θέση την προσφορά της προσφεύγουσας «...», με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 35,01%, στην τρίτη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με ποσοστό έκπτωσης 33,64%, στην τέταρτη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με ποσοστό έκπτωσης 32,53%, στην πέμπτη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με ποσοστό έκπτωσης 28,64%, στην έκτη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με ποσοστό έκπτωσης 23,85%, στην έβδομη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με ποσοστό έκπτωσης 20,65%, στην όγδοη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με ποσοστό έκπτωσης 18,89%, στην ένατη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με ποσοστό έκπτωσης 16,84%, στην δέκατη θέση την προσφορά της εταιρείας «...», με ποσοστό έκπτωσης 12,65%, και στην ενδέκατη θέση την προσφορά της ... «...», με ποσοστό έκπτωσης 10,64%. Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στον πλήρη έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής του άρθρου 24.2 της διακήρυξης και έκρινε παραδεκτές τις προσφορές όλων των διαγωνιζομένων. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ενημέρωσε την αναθέτουσα Αρχή, ότι θα πρέπει να κινηθεί η διαδικασία του άρθρου 4.1. της διακήρυξης και του άρθρου 88 του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι το ποσοστό έκπτωσης της πρώτης σε σειρά μειοδοσίας διαγωνιζομένης παρουσίαζε απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών, που είχε καθορισθεί σε 25,13%. Ακολούθως, η αναθέτουσα Αρχή κάλεσε, μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την εταιρεία «...» να αιτιολογήσει την, κατά τεκμήριο, ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της, εντός αποκλειστικής

Αριθμός Απόφασης:1242/2023

προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την ως άνω κοινοποίηση. Η ανωτέρω εταιρεία, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση, ανταποκρινόμενη στην πρόσκληση της αναθέτουσας Αρχής, υπέβαλε εμπροθέσμως, στις 06.06.2023, την αιτιολόγηση της προσφοράς της. Η Επιτροπή Διαγωνισμού εξέτασε και αξιολόγησε την κατατεθείσα από την ανωτέρω εταιρεία αιτιολόγηση και έκρινε, ότι είναι πλήρης και ικανοποιητική, την αποδέχθηκε και εισηγήθηκε προς την Οικονομική Επιτροπή του ... την ανάδειξη της εταιρείας «...», ως προσωρινής αναδόχου, με ποσοστό έκπτωσης 43,08%. Η Οικονομική Επιτροπή του ... , στην οποία διαβιβάστηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, με την υπ' αριθμ. 192/2023 προσβαλλόμενη απόφασή της το ενέκρινε και ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την εταιρεία «...». Αντίγραφο της ως άνω απόφασης κοινοποιήθηκε, μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στην προσφεύγουσα στις 30.6.2023, χωρίς όμως η αιτιολόγηση της «...» ν' αναρτηθεί στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., προκειμένου αυτή (προσφεύγουσα) να λάβει πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης. Η προσφεύγουσα με την από 3.7.2023 αίτησή της προς την αναθέτουσα Αρχή, που υπεβλήθη μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ζήτησε ν' αναρτηθεί στον ιστότοπο του διαγωνισμού η αιτιολόγηση που υπέβαλε η εταιρεία «...», προκειμένου αυτή να λάβει πλήρη γνώση της 192/2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ... και να στραφεί κατά της απόφασης αυτής, εφ' όσον την θεωρούσε βλαπτική των εννόμων συμφερόντων της. Η αναθέτουσα Αρχή ανταποκρίθηκε στο αίτημά της και στις 4.7.2023 ενημέρωσε την προσφεύγουσα, μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ότι ανήρτησε στον ιστότοπο του διαγωνισμού την αιτιολόγηση της εταιρείας «...».

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... , αξίας 8.629,04 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ,

Αριθμός Απόφασης:1242/2023

όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί της προσφυγής στις 31/07/2023, παραδεκτώς, δοθέντος ότι η προσφυγή κατετέθη στις 14/07/2023 η δε καταληκτική ημερομηνία ήταν η 29/07/2023, ημέρα Σάββατο, ως επίσης και η 30/07/2023 ήταν Κυριακή, ημέρα εξαιρετέα. Επ' αυτών κατατέθηκε το από 04/08/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

5. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου προκύπτει, ότι, με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της, η προσφεύγουσα εταιρεία προβάλλει, ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε ν' απορριφθεί, επειδή δεν προαπέδειξε με το ΕΕΕΣ της την μη υπέρβαση του ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων ᾗ δηλαδή, ότι η προσωρινή ανάδοχος περιέλαβε στο ΕΕΕΣ την δήλωση μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου υπολοίπου αλλ' όχι ρητή δήλωση περί του ακριβούς ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων της κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς, όπως απαιτείται από το άρθρο 23.1 της διακήρυξης. Δεδομένου ότι η προσωρινή ανάδοχος είναι εγγεγραμμένη στην 2^η τάξη του ΜΕΕΠ, μη διαθέτουμε ενημερότητα πτυχίου και μη εγγεγραμμένη σε κανένα επίσημο κατάλογο, παραλείπει ουσιώδη δήλωση προαπόδειξης υποχρέωσης που τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, ήτοι την δήλωση του ποσού του ανεκτέλεστου υπολοίπου των εργολαβικών συμβάσεων της, επιχειρώντας μη νόμιμη υποκατάσταση της ελλείπουσας δήλωσης, από άλλη δήλωση, άλλου περιεχομένου και μορφής, ήτοι από εκείνη περί μη υπέρβασης του ορίου ανεκτέλεστου υπολοίπου, και καθ' ήν στιγμήν δεν διαθέτει καν ενημερότητα πτυχίου. Συνεπώς, δεν προαποδεικνύεται με κανένα τρόπο το ζητούμενο, ήτοι το ακριβές ανεκτέλεστο υπόλοιπο των συμβάσεων της, σε κανένα χρόνο, ήτοι ούτε καν στον χρόνο έκδοσης της ενημερότητας πτυχίου, κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής. Τούτο, διότι όπως έχει κριθεί *«στην πράξη αναφέρεται το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου σε ένα δεδομένο χρονικό σημείο και όχι εάν η επιχείρηση πληροί ή όχι τις προϋποθέσεις συμμετοχής σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες του άρθρου 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008. Ως πληροφοριακό, κατά το μέρος αυτό, έγγραφο και στερούμενο εκτελεστότητας, δεν υπόκειται σε ένδικο μέσα και δεν μπορεί να προκαλέσει βλάβη, ούτε καλύπτεται από τεκμήριο νομιμότητας...»*

Αριθμός Απόφασης:1242/2023

(Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 419/2023, σελ. 29). Βεβαιουμένου, συνεπώς, δια της ενημερότητας πτυχίου, του ποσού του ανεκτέλεστου υπολοίπου εκάστου υποψηφίου, ο οποίος επικαλείται την συνδρομή της, σε συγκεκριμένο χρόνο ήτοι στον χρόνο έκδοσης της ενημερότητας πτυχίου, ουδόλως ικανοποιείται η απαίτηση της διακήρυξης για σαφή και ρητή δήλωση του ακριβούς ποσού ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, όταν ο τελευταίος δεν συμπίπτει με τον χρόνο έκδοσης της ενημερότητας πτυχίου. Συνεπώς, όσα αναφέρονται από την αναθέτουσα Αρχή και την παρεμβαίνουσα, ότι στο ΕΕΕΣ αρκεί μόνο να δηλωθεί η μη υπέρβαση του ανεκτέλεστου ορίου και ότι το ακριβές ποσό θα πρέπει να δηλωθεί μόνο κατά την φάση υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, είναι απορριπτέα ως αβάσιμα (βλ. ad hoc 1478/2023 ΔΕφΑΘ σκέψη 15). Η αναθέτουσα Αρχή και η παρεμβαίνουσα ισχυρίζονται, ότι, από την εγγραφή της προσωρινής αναδόχου στο ΜΕΕΠ στην 2η τάξη στα έργα οδοποιίας, προκύπτει και η μη υπέρβαση του ανωτάτου ορίου ανεκτελέστου υπολοίπου εργαλαβικών συμβάσεων. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, καθώς για την εγγραφή μιας εργοληπτικής επιχείρησης στο ΜΕΕΠ δεν απαιτείται η προσκόμιση βεβαιώσεων ανεκτελέστου. Βεβαιώσεις ανεκτελέστου προσκομίζονται μόνο για την έκδοση της ενημερότητας πτυχίου και όχι για την εγγραφή στο ΜΕΕΠ. Τόσον η αναθέτουσα Αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα ισχυρίζονται, ότι η αναθέτουσα Αρχή δεν μπορεί ν' απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας, χωρίς να την καλέσει προηγουμένως, κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, να συμπληρώσει το ΕΕΕΣ, αναγράφοντας το ακριβές ποσό του ανεκτελέστου. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο, διότι, κατά την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, των Διοικητικών Δικαστηρίων και της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., η παράλειψη ικανοποίησης απαίτησης, που τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, αποτελεί ουσιώδη πλημμέλεια της προσφοράς και άρα μη δυνάμενη να διορθωθεί εκ των υστέρων και τούτο, διότι (βλ. ΣΤΕ 1552/2022, 1553/2022) «(...) οι διατάξεις του άρθρου 310 του ν. 4412/2016, στις οποίες παραπέμπουν, όπως τροποποιηθείσες με το άρθρο 121 του ν.4782/2021 εφαρμόζονται στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία, ερμηνευόμενες σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τη διενέργεια των διαγωνισμών για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, δεν έχουν την έννοια ότι επιτρέπουν στην

Αριθμός Απόφασης:1242/2023

αναθέτουσα αρχή να δέχεται τη διόρθωση οποιωνδήποτε παραλείψεων. Εξ άλλου, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από υποψήφιο, να διευκρινίσει την προσφορά του, δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την υποβολή, στην πραγματικότητα, νέας προσφοράς από τον συγκεκριμένο υποψήφιο ούτε να θεραπεύεται με τον τρόπο αυτόν η παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή επιβάλλεται από την Διακήρυξη, δεδομένου ότι η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια, που η ίδια έχει καθορίσει [πρβλ. ΣτΕ 147/2022 (με τις εκεί παραπομπές στη νομολογία του Δ.Ε.Ε.), 725/2022, ως προς την ερμηνεία του αντίστοιχου άρθρου 102 του ν. 4412/2016, το οποίο είναι εφαρμοστέο επί διαγωνισμών διεπομένων από τις διατάξεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, L 94».Εν όψει των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση, δια της οποίας δεν απερρίφθη η προσφορά της εταιρείας «...» για παράβαση του άρθρου 23.1 της διακήρυξης, τυγχάνει εσφαλμένη και πρέπει ν' ακυρωθεί (ΕΑΔΗΣΥ 672/2023, 858/2023, 423/2023, ΑΕΠΠ 939/2022 κ.α.)

6. Επειδή, επί του θεσμού της «δάνειας ικανότητας», σύμφωνα με το άρθρο 78 του ν.4412/2016 και την σχετική νομολογία του ΔΕΕ, καθώς και ως προς την έννοια του τρίτου, σε σχέση με τον προσφέροντα, οικονομικού φορέα, λεκτέα τα κάτωθι. Ο «τρίτος» διακρίνεται από τον προσφέροντα με βάση το στοιχείο της ανεξαρτησίας (ή αντίστροφα της εξάρτησης) κατά την άσκηση της δραστηριότητας, για την οποία παρέχεται η στήριξη, η οποία εξάρτηση, στα φυσικά πρόσωπα, αποδεικνύεται κατά τεκμήριο με την ύπαρξη σχέσης εξαρτημένης εργασίας μεταξύ φυσικού προσώπου και προσφέροντος, χωρίς, όμως, ν' αποκλείεται, κατά περίπτωση, να προκύπτει και στο πλαίσιο συμβάσεων παροχής ανεξαρτήτων υπηρεσιών ή έργου. Επίσης, κατά συνδυαστική εφαρμογή της Διακήρυξης, προκύπτει, ότι, στο στάδιο του ελέγχου πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής, ελέγχεται το περιεχόμενο των δηλώσεων του ΕΕΕΣ, το οποίο λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, ενώ ο έλεγχος των επί μέρους αποδεικτικών στοιχείων αφορά στο στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

7. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα διατείνεται, ότι η παρεμβαίνουσα δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ της, ότι προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση μέρους της σύμβασης σε υπεργολάβους και ότι, κατ' επέκταση, δεν υπέβαλε τα ΕΕΕΣ

Αριθμός Απόφασης:1242/2023

των υπεργολάβων της αυτοτελώς. Στην ένδικη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα μη νομίμως δεν συμπλήρωσε στο ΕΕΕΣ το πεδίο που αφορά στους υπεργολάβους Μέρος ΙΙ, Ενότητα Δ, παρ' όλο που αυτοί ήταν γνωστοί, καθ' όσον τους δήλωσε στην αιτιολόγηση που υπέβαλε. Επιπλέον, μη νόμιμα δεν κατέθεσε, ως όφειλε, και ΕΕΕΣ των υπεργολάβων που θα χρησιμοποιήσει και επομένως η προσφορά της έπρεπε ν' απορριφθεί. Ειδικότερα, στην από 6.6.2023 αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της, η ως άνω εταιρεία, «...», δηλώνει κατά λέξη τα εξής: *«Τα συνεργεία με τα οποία θα συνεργαστεί η εταιρεία μας έχουν στην διάθεση τους όλα τα απαραίτητα μηχανήματα και το κατάλληλο εργατικό προσωπικό έτσι ώστε με τις υποδείξεις των έμπειρων μηχανικών μας αλλά και με την καθοδήγηση της Υπηρεσίας το έργο να είναι άρτιο και να ολοκληρωθεί εντός του χρονοδιαγράμματος»*. Επέκεινα, από την προσφορά της εταιρείας «...», που επικαλείται η παρεμβαίνουσα, αποδεικνύεται, ότι αυτή («...») θα εκτελέσει τις αναφερόμενες στην προσφορά της εργασίες, γεγονός που επιβεβαιώνεται και από τον πίνακα ανάλυσης κόστους εργασιών ανά άρθρο, που έχει υποβάλει η «...», στον οποίο υπάρχει στήλη με τίτλο «ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ», στην οποία και ρητώς δηλώνεται, ότι οι ως άνω εργασίες θα εκτελεσθούν από την «...» βάσει της προσφοράς της, την οποία και μόνον επικαλείται για την αιτιολόγηση της δικής της προσφοράς. Περαιτέρω, το αυτό συντρέχει για την προσφορά του ... , από την οποία αποδεικνύεται πλήρως και χωρίς να καταλείπεται εύλογη αμφιβολία, ότι αυτός θα εκτελέσει τις αναφερόμενες στην προσφορά του εργασίες, γεγονός που επιβεβαιώνεται και από τον πίνακα κόστους ανάλυσης δαπανών ανά άρθρο, που έχει υποβάλει η «...» και στον οποίο υπάρχει στήλη με τίτλο «ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ», στην οποία και ρητώς δηλώνεται, ότι οι άνω εργασίες θα εκτελεσθούν από τον ... βάσει της προσφοράς του, την οποία και μόνον επικαλείται για την αιτιολόγηση της δικής της προσφοράς. Τα ήδη κριθέντα ισχύουν ... τόσο για την προσφορά του ... προς την παρεμβαίνουσα όσο και γι' αυτές του «...» και «...». Από τις αποφάσεις των δικαστηρίων (ΔΕφΛαρ. ΑΑ98/2023, ΔΕφΑθ. 346/2021), όσο και της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. (ΑΕΠΠ 88/2022) προκύπτει, ότι υπεργολαβία υπάρχει όσες φορές υφίσταται ανάθεση της εκτέλεσης τμήματος της σύμβασης, που θα συναφθεί, σε τρίτους, δηλαδή σε οικονομικούς φορείς, που δεν συνδέονται με την αναθέτουσα Αρχή με νομικό δεσμό, ανεξαρτήτως της ειδικότερης νομικής φύσης της σχέσης, βάσει της

Αριθμός Απόφασης:1242/2023

οποίας θ' αναλάβουν αυτοί έναντι του αναδόχου την εκτέλεση των εργασιών (ΣΤΕ ΕΑ 170/2020, 205/2021, ΔΕΦΑΘ. 346/2021 κ.α.). Από το περιεχόμενο των εν λόγω προσφορών προκύπτει, ότι η κάθε μία από αυτές αφ' ενός μεν έχει δοθεί για το επίμαχο υπό δημοπράτηση έργο, βάσει των οριζόμενων τεχνικών προδιαγραφών αυτού και σε απόλυτη ταύτιση με τις εργασίες, που καταγράφονται στο Τιμολόγιο Μελέτης, αφ' ετέρου δε, αφορούσε τόσο στο κόστος των υλικών όσο και στο κόστος εκτέλεσης των επιμέρους εργασιών, που περιλαμβάνονται στο φυσικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Υπό τα δεδομένα αυτά, οι οικονομικές προσφορές των ως άνω οικονομικών φορέων, οι οποίες επισυνάφθηκαν στα έγγραφα αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς, φέρουν τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της ανάθεσης, υπό μορφή υπεργολαβίας, των αντίστοιχων επιμέρους εργασιών του υπό ανάθεση έργου στους ανωτέρω τρίτους οικονομικούς φορείς, μη συνδεδεμένους με οποιαδήποτε σχέση με την αναθέτουσα Αρχή και ανεξάρτητα από την ειδικότερη νομική φύση της σχέσης, βάσει της οποίας θ' αναλάβουν αυτοί έναντι του αναδόχου την εκτέλεση των εργασιών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 170/2020, 196/2006, πρβλ. επίσης, ως προς την έννοια του υπεργολάβου, ΑΠ 119/2013, 570/2007). Η κατά τ' ανωτέρω παραδοχή ενισχύεται από το γεγονός, ότι σε κανένα σημείο του εγγράφου, που υπεβλήθη προς αιτιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, δεν αναφέρεται ρητώς - ούτε άλλως προκύπτει - ότι οι συνυποβληθείσες οικονομικές προσφορές των ανωτέρω οικονομικών φορέων αποτελούν συγκριτικά στοιχεία με βάση τις τιμές της αγοράς, τα οποία αιτιολογούν τον υπολογισμό του κόστους της προσφοράς της. Εν όψει των ανωτέρω, η παράλειψη δήλωσης στο ΕΕΕΣ, της πρόθεσης της παρεμβαίνουσας ν' αναθέσει σε υπεργολάβους μέρος των εργασιών, που περιλαμβάνονται στο αντικείμενο της επίδικης σύμβασης, καθώς και η παράλειψη υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ για τους φορείς αυτούς, ώστε να ελέγξει η αναθέτουσα Αρχή την συνδρομή στο πρόσωπό τους των κριτηρίων επιλογής και την μη ύπαρξη λόγων αποκλεισμού, καθιστούν την προσφορά του μη νόμιμη. Εν όψει των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας Αρχής και της παρεμβαίνουσας εταιρείας, ότι η υποβολή προσφορών που συνοδεύεται, όπως εν προκειμένω, με την αιτιολόγηση από συνεργάτες, δεν υποκρύπτει σύμβαση υπεργολαβίας, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι (ΔΕΦΑΘ 718/2023).

Αριθμός Απόφασης:1242/2023

8. Επειδή, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 882/2021, ΕΑ ΣΤΕ 168/2021), προκειμένου περί διαγωνισμών, που διενεργούνται ηλεκτρονικώς μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όλα τα έγγραφα που υποβάλλονται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, μέσω του Συστήματος, απαιτείται να φέρουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Εφ' όσον, συνεπώς, η υποχρέωση τήρησης της εν λόγω διατύπωσης προβλέπεται ρητώς στην προκείμενη διακήρυξη και συνάγεται σαφώς από τις οικείες διατάξεις, απαιτείται, επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς, η ψηφιακή υπογραφή του προσφέροντος οικονομικού φορέα στο υποβαλλόμενο Ε.Ε.Ε.Σ., χωρίς να υπάρχει δυνατότητα αναπλήρωσης αυτής με διαφορετικού είδους υπογραφή, ακόμη και με επικυρωμένο το γνήσιο αυτής. Στην περίπτωση δε που ο προσφέρων φορέας στηρίζεται στις ικανότητες (χρηματοοικονομικές – τεχνικές – επαγγελματικές) άλλων φορέων, οι οποίοι, επομένως, οφείλουν να υποβάλουν και οι ίδιοι το Ε.Ε.Ε.Σ., πρέπει το τελευταίο, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, να φέρει ψηφιακή υπογραφή, δεδομένου ότι οι συμμετέχοντες φορείς, που «δανείζουν» τις ικανότητές τους, βρίσκονται ουσιαστικώς, όσον αφορά στην πραγμάτωση του σκοπού του προκηρυσσόμενου έργου, στην ίδια θέση με αυτήν του προσφέροντος οικονομικού φορέα, αφού, χωρίς τις δικές τους ικανότητες, δεν θα ήταν δυνατή η συμμετοχή του προσφέροντος φορέα. Εν όψει τούτων, επί διαγωνισμών, που διεξάγονται μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπως ο επίμαχος, υφίσταται νομοθετική πρόβλεψη, από την οποία συνάγεται σαφώς, ότι όλα τα ηλεκτρονικώς υποβαλλόμενα έγγραφα θα πρέπει να φέρουν προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή (ΔΕφΧαν 38/2023).

9. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί, για τον επιπρόσθετο λόγο, ότι η παρεμβαίνουσα επικαλέσθηκε προσφορές προμηθευτών της, οι οποίες δεν φέρουν υπογραφές των προσφερόντων ή των νομίμων εκπροσώπων τους. Η παρεμβαίνουσα, για την αιτιολόγηση της προσφοράς της, επικαλείται προσφορές προμηθευτών και υπεργολάβων της, όπως ανωτέρω αναφέρθηκε, τις οποίες και υπέβαλε με τον φάκελλο της αιτιολόγησής της. Από την επισκόπηση των υποβληθεισών προσφορών των προμηθευτών και συνεργείων, που επικαλείται η προσφεύγουσα, και συγκεκριμένα των προσφορών των «...», «...», «...», «...», «...», «...» και «...», προκύπτει ότι αυτές δεν φέρουν υπογραφές των

Αριθμός Απόφασης:1242/2023

προσφερόντων ή των νομίμων εκπροσώπων τους και συνεπώς δεν δεσμεύουν αυτούς και επομένως κακώς έγιναν δεκτές με την προσβαλλόμενη απόφαση. Η αναθέτουσα Αρχή και η παρεμβαίνουσα ισχυρίζονται, ότι η έλλειψη υπογραφών στις προσφορές των προμηθευτών και υπερβολών δεν επηρεάζει την εγκυρότητα αυτών και ορθώς ελήφθησαν υπ' όψη από την αναθέτουσα Αρχή ως στοιχεία της αιτιολόγησης. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτός ως αβάσιμος. Και τούτο, διότι αφ' ενός το κρίσιμο ζητούμενο εν προκειμένω είναι ν' αποδεικνύεται, ότι τα αναφερόμενα σε κάθε μία από τις προσφορές στοιχεία προέρχονται από συγκεκριμένους προμηθευτές και υπερβολούς και αφορούν στο επίμαχο έργο, ώστε να είναι δυνατό ν' αξιολογηθεί, εάν ανταποκρίνονται στα πραγματικά δεδομένα της σύμβασης ή όχι, αφ' ετέρου η απαιτούμενη υπογραφή των επικληθεισών προσφορών συνέχεται με την δεσμευτικότητα αυτών και επομένως με την δεσμευτικότητα της ίδιας της προσφοράς του συμμετέχοντος φορέα, δοθέντος ότι οι επικληθείσες προσφορές συνεχονται ευθέως με την υποβληθείσα οικονομική προσφορά της συμμετέχουσας, αποσκοπούν δε στην επίτευξη οικονομικώς συμφέρουσας προσφοράς της τελευταίας, πράγμα το οποίο πρέπει να επαληθεύεται και στην περίπτωση, που η προσφορά του οικονομικού φορέα τεκμαίρεται ως ασυνήθιστα χαμηλή. (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 292/2023). Συνεπώς, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας και της παρεμβαίνουσας, ότι η έλλειψη υπογραφών στις προσφορές προμηθευτών και υπερβολών δεν επηρεάζει την νομιμότητά τους, είναι απορριπτός ως αβάσιμος.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή, ν' απορριφθεί η παρέμβαση, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Αριθμός Απόφασης:1242/2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23/08/2023 και εκδόθηκε στις 08/09/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ