

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.07.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1089/18.07.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 19/1281/13.06.2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 3/6.06.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το σκέλος που κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...» και ανακηρύχθηκε ο οικονομικός φορέας «...» προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 17.07.2023 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης, σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 60.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για το έργο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ.) στις 10.08.2022 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 17.07.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 4.07.2023 και η αιτιολόγηση των οικονομικών προσφορών των άλλων συμμετεχόντων την 7.07.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο προσφεύγων στις 4.08.2023, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 31.07.2023, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

5. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος πέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων, ο προσφεύγων και οι οικονομικοί φορείς «...» και «...». Με την υπ' αριθμ. 27/1747/4.10.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

και, αφού είχε κληθεί ο πρώτος σε σειρά μειοδοσίας οικονομικός φορέας «...» σε παροχή εξηγήσεων διότι η οικονομική του προσφορά κρίθηκε ασυνήθιστα χαμηλή κατά το τεκμήριο του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού, ενώ δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας κατατάχτηκε ο οικονομικός φορέας «...» και τρίτος ο προσφεύγων. Κατά της εν λόγω απόφασης, ο προσφεύγων άσκησε τη με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1498/2022 προδικαστική προσφυγή, ενόψει δε τούτου η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. 30/2093/8.11.2022 απόφαση ακύρωσε εν μέρει την υπ' αριθμ. 27/1747/4.10.2022 απόφασή της, προκειμένου να επαναληφθεί η διαδικασία από το σημείο που εμφιλοχώρησε σφάλμα και συγκεκριμένα αφενός μεν κάλεσε τους οικονομικούς φορείς «...» και «...» να συμπληρώσουν τις ελλιπείς πληροφορίες του ΕΕΕΣ τους αναφορικά με το ανεκτέλεστο, αφετέρου αιτήθηκε και από τον οικονομικό φορέα «...» την παροχή εξηγήσεων ως προς τον ασυνήθιστα χαμηλό χαρακτήρα της οικονομικής του προσφοράς. Με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκαν αποδεκτές και επαρκείς οι ως άνω διευκρινίσεις των οικονομικών φορέων «...» και «...» και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού ο οικονομικός φορέας «...».

6. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε τρίτος σε σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, κατά 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, 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: «...2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : ...ιζ) τους απαραίτους 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 και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), ή στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις*». 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 (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 205/2021, 170/2020, 196/2006) Συνεπώς, τα τρία καταρχήν διακριτικά γνωρίσματα της υπεργολαβίας είναι πρώτον, η ιδιότητα του υπεργολάβου ως τρίτου έναντι του αναδόχου/προσφέροντος για τη δε ιδιότητα του “τρίτου” στην περίπτωση νομικών προσώπων, αρκεί η αυτοτελής νομική προσωπικότητα ασχέτως δεσμών ή διαχειριστικής ή νομικής εξάρτησης του τρίτου με τον ανάδοχο (Δ.Ε.Κ. της 14.4.1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep I, Συλλογή 1994, σ. Ι1289, σκέψεις 15-18 και της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep II, Συλλογή 1997, σ. Ι-7549, σκέψεις 12, 13). Δεύτερον, η εκτέλεση από τον υπεργολάβο μέρους του συμβατικού αντικειμένου και επομένως δεν νοείται “υπεργολαβία” για αντικείμενο που δεν υπάγεται στο φυσικό αντικείμενο της διαδικασίας, όπως ορίζεται συγκεκριμένα από την ανά περίπτωση διακήρυξη

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

(ΣΤΕ 196/2006, 199/2008, 1190/2009). Τρίτον, η ανυπαρξία συμβατικής σχέσης μεταξύ τρίτου και αναθέτουσας αρχής, αφού μεταξύ αναθέτουσας αρχής-αναδόχου-υπεργολάβου προκύπτει ένα σχήμα τριών αυτοτελών μεταξύ τους διμερών σχέσεων και διμερώς σχετικών ενοχών, όπου ο υπεργολάβος συνδέεται συμβατικά μόνο με τον ανάδοχο, εκτελεί δε τις εργασίες του στο πλαίσιο των δικών του συμβατικών υποχρεώσεων έναντι του ίδιου του αναδόχου (και όχι έναντι της αναθέτουσας), ο ανάδοχος ευθύνεται ο ίδιος έναντι της αναθέτουσας και για ό,τι εκτελεί ο υπεργολάβος, οι δε υποχρεώσεις του αναδόχου έναντι του υπεργολάβου διέπουν καταρχήν τις μεταξύ τους σχέσεις.

9. Επειδή, το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : *«3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων.[...]».*

10. 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*

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

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 [...] 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. [...] 3. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016 για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (L 3), και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή[...]. Ως δε έχει κριθεί το τμήμα της σύμβασης που ανατίθεται υπερβολαβικώς πρέπει να προσδιορίζεται, κατά την υποβολή της προσφοράς, αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό, παράλειψη δε δήλωσης υπερβολαβίας στο ΕΕΕΣ συνιστά ουσιώδη παράλειψη κατά τη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ. και όχι απλώς ελλιπή ή λανθασμένη συμπλήρωση αυτού, με συνέπεια να μη συντρέχει νόμιμος λόγος πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής προς συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ., κατ' άρθρο 102 του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι μια τέτοια συμπλήρωση θα συνιστούσε ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς (Βλ. ΔΕφΑθηνων 1486/2023).

11. Επειδή, το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, όπως διαμορφώθηκε με το άρθρο 32 του ν. 4782/2021 και ισχύει, 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

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

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 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18 [...]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 του 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

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

συμφωνία και τα εν λόγω στοιχεία δεν δύνανται 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 εκ τούτου, για την τεκμηρίωση της προσφερόμενης τιμής, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν με κάθε πρόσφορο τρόπο, και – ενδεικτικώς, αλλά όχι αποκλειστικώς – με αναφορά στα στοιχεία της παρ. 2 του άρθρου 88 Ν. 4412/2016 την σοβαρότητα και την φερεγγυότητα των προσφορών τους σε σχέση με την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. ΔΕΕ C–568/13, 18.12.2014, Azienda Ospedaliero- Universitaria di Careggi-Firenze EU:C:2014:2466, σκ. 50, C-599/10, 29.03.2021, AE SAG ELV Slovensko κ.λπ., EU:C:2012:191, σκέψεις 29 και 30). Και ναι μεν τα στοιχεία του άρθρου 88 παρ. 2 του ν. 4412/2016 αναφέρονται ενδεικτικά και όχι περιοριστικά, τούτο όμως, δεν σημαίνει ότι οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να τεκμηριώσουν την προσφερόμενη τιμή με στοιχεία κρίσιμα σε σχέση με την συγκεκριμένη σύμβαση, και όχι με την εν γένει επιχειρηματική τους δραστηριότητα ή με προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες (ΔΕΦΑΘ 120/2020). Περαιτέρω, ως 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

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

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.

12. Επειδή, το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α΄36) και ισχύει, ορίζει ότι : *«Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης»*. Κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο, ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή της αναθέτουσας αρχής να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα (ΣτΕ ΕπΑν 237/2021). Η ανωτέρω, όμως, δυνατότητα συμπλήρωσης-διευκρίνησης προϋποθέτει αναγκαίως να έχει προηγηθεί σχετική απάντηση/εγγραφή στην προσφορά, που δεν ισχύει όμως σε περίπτωση παντελούς ελλείψεως ουσιωδών στοιχείων της προσφοράς (ΔεφΧανίων 18/2022), οπότε η συμπλήρωση αυτών θα συνιστούσε μεταγενέστερη (μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών)

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

τροποποίηση της προσφοράς που έχει υποβληθεί κατά καταστρατήγηση της αρχής τις ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας.

13. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «... 4.1 η) [...] Ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, τεκμαίρονται οικονομικές προσφορές που 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. Στις παραπάνω περιπτώσεις η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι ημερών από τη κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης η οποία αποστέλλεται μέσω της λειτουργίας Επικοινωνία του υποσυστήματος. Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής εντός της άνω προθεσμίας και δεν υποβάλλει εξηγήσεις η προσφορά του απορρίπτεται ως μη κανονική και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Αν οι εξηγήσεις δεν γίνουν αποδεκτές η προσφορά απορρίπτεται ωστόσο δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, 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. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται τα αναλυτικά αναφερόμενα στα άρθρα 88 και 89 ν. 4412/2016. [...] 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

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

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 υπόλοιπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 64 αυτού. [...] Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής 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 [...] 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».[...] Άρθρο 24 : Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς[...] 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). Άρθρο 25: Υπεργολαβία 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. Αν ο ανάδοχος πρότεινε συγκεκριμένους υπεργολάβους κατά την υποβολή της προσφοράς του, υποχρεούται, κατά την υπογραφή της σύμβασης εκτέλεσης, να προσκομίσει την υπεργολαβική σύμβαση. [...] 25.4 Η αναθέτουσα αρχή: α) ελέγχει την επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, κατά την έννοια του άρθρου 22.Β (άρθρο 75 παρ. 1

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

περ. α' και 2 ν. 4412/2016) και επαληθεύει τη μη συνδρομή, στο πρόσωπό του, των λόγω αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.1, 22.Α.2 και 22.Α.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, 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. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

14. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα λόγω πλημμελούς αιτιολογίας διότι σε κανένα σημείο δεν ορίζονται τα στοιχεία που ελήφθησαν υπόψιν για τη διαμόρφωση της κρίσης της αναθέτουσας αρχής περί αποδοχής των εξηγήσεων των οικονομικών φορέων «...» και «...», πολλώ δε μάλλον καθώς ζητήθηκαν επιπρόσθετες διευκρινίσεις από αμφοτέρους συμμετέχοντες, ενώ δεν προκύπτει από οποιοδήποτε στοιχείο ο έλεγχος των συμπληρωματικών στοιχείων και ο λόγος που κρίθηκαν αυτά αποδεκτά.

15. Επειδή, καταρχάς, από το περιεχόμενο του υπ' αριθμ. 3/6.06.2023 Πρακτικού, το οποίο εγκρίνεται και στο οποίο ερείδεται η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή αποδέχτηκε τις παρασχεθείσες από τους οικονομικούς φορείς «...» και «...» εξηγήσεις, χωρίς να παραθέτει οιαδήποτε αιτιολογία πολλώ δε μάλλον ουδόλως αναλύει τα συγκεκριμένα συμπεράσματα στα οποία κατέληξε κατά την αξιολόγηση ενός εκάστου δεδομένου των εξηγήσεων των «...» και «...»,

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

ενώ, ουδεμία ειδική μνεία προκύπτει ως προς τη συμφωνία ή μη συγκεκριμένων στοιχείων των εξηγήσεων με την ειδικότερη φύση του έργου και τα απαιτούμενα κόστη για την έγκαιρη και ομαλή εκπλήρωση των απαιτήσεων του, ώστε να προκύπτει άνευ οιασδήποτε αμφιβολίας ότι οι οικονομικοί φορείς «...» και «...» δύνανται να εκτελέσει επιτυχώς την υπό ανάθεση σύμβαση. Σημειωτέον ότι, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της παρέθεσε συμπληρωματική αιτιολογία, ως δύναται νομίμως, κατά το άρθρο 365 του ν. 4412/2016, με την οποία όμως αποδέχεται πλήθος ισχυρισμών του προσφεύγοντος ως προς την μη αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...» και άρα, καταρχάς, για το λόγο αυτό, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι πλημμελώς αιτιολογημένη η προσβαλλόμενη απόφαση. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάζει ενδελεχώς ότι η προσφερόμενη χαμηλή τιμή εξηγείται σε σχέση με τις πραγματικές συνθήκες (τοπικές, χρονικές, τεχνικές, οικονομικές κ.λπ.) και τις ιδιαιτερότητες του συγκεκριμένου έργου, το οποίο αυτή αφορά, και επί τη βάση επίκαιρων και αναλυτικών οικονομικών δεδομένων συνοδευόμενων από σχετικά αποδεικτικά έγγραφα, προκειμένου να είναι δυνατή η εκτίμηση της δυνατότητας του οικονομικού φορέα να υλοποιήσει τη σύμβαση, άλλως ελοχεύει ο κίνδυνος ανάθεσης του έργου σε αφερέγγυο διαγωνιζόμενο. Ως εκ τούτου, και βάσει των όσων έγιναν δεκτά υπό σκέψη 10, αλυσίτελως η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις απόψεις της ότι κοινοποίησε συνημένα τις αιτιολογικές εκθέσεις και συμπληρωματικές διευκρινίσεις καθώς και ότι δεν προέβη σε ειδική αναφορά κάποιου στοιχείου εφόσον ουδέν αμφισβητήθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού. Εξάλλου, το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή αιτήθηκε την παροχή πρόσθετων στοιχείων επί αμφοτέρων αιτιολογήσεων επιβάλλει την αναλυτική παράθεση των στοιχείων που έλαβε υπόψιν για τη διαμόρφωση της κρίσης της, άλλως καθίσταται ανέφικτος ο διοικητικός και δικαστικός έλεγχος των αποφάσεων της, συμπεριλαμβανομένης και της κλήσης προς συμπλήρωση των εξηγήσεων. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη σε έλεγχο ορθότητας της αιτιολόγησης των οικονομικών προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...», άλλως με πλημμελή και μη νόμιμη αιτιολογία έκρινε αποδεκτές τις

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

εξηγήσεις τους και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

16. Επειδή, επίσης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...» διότι δεν παρουσίασε ως όφειλε, κατά ρητή επιταγή της αναθέτουσας αρχής, τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει για την εκτέλεση του έργου, ούτε την πρωτοτυπία εκτέλεσης του έργου, παρά εκθέτει πως οι εργασίες κατασκευής αφορούν μόνο εργατικά, εργοδοτικές εισφορές και καύσιμα, επειδή ο απαιτούμενος μηχανολογικός εξοπλισμός είναι ιδιόκτητος, αποφεύγοντας να παρουσιάσει την ζητούμενη μεθοδολογία εκτέλεσης των εργασιών. Επίσης, κατά τον προσφεύγοντα, αν και ο οικονομικός φορέας «...» όφειλε να συμπεριλάβει όλες τις επιμέρους δαπάνες που εμπίπτουν στην κατηγορία του «έμμεσου κόστους» σύμφωνα με την εγκύκλιο 9/2017, προβαίνει σε επιλεκτική χρήση άρθρων της ανωτέρω εγκυκλίου και ειδικότερα, μη νόμιμα υπολογίζει μόνο τις δαπάνες για το κόστος δημοσιεύσεων, για το κόστος προκαταβλητέου φόρου, για το κόστος κρατήσεων, για το κόστος ασφάλισης έργου, για το κόστος μέσων προστασίας και για το κόστος εγγυητικών συμμετοχής και μάλιστα τα προβλεπόμενα από την εν λόγω εγκύκλιο ποσοστά υπολογίζονται επί του προϋπολογισμού της προσφοράς και όχι της υπηρεσίας. Πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο οικονομικός φορέας «...» προέβη δια των συμπληρωματικών του διευκρινίσεων σε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς του.

17. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, κατόπιν της από 6.09.2022 κλήσης της αναθέτουσας αρχής προς παροχή εξηγήσεων επί της οικονομικής του προσφοράς, κατ' εφαρμογήν του τεκμηρίου του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, ο οικονομικός φορέας «...» υπέβαλε την από 25.09.2022 αιτιολόγηση, η οποία, ωστόσο, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, είναι εξαιρετικά ελλιπής, καθώς δεν περιλαμβάνει ανάλυση του κόστους εργασίας, ούτε πλήρη υπολογισμό του εμμέσου κόστους κατά την εγκύκλιο 9/17, ενώ δεν παρουσιάζονται οι επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή οι εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες για την εκτέλεση του έργου, παρά μόνον

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

συνοπτικώς αναφέρεται ότι «Οι εργασίες κατασκευής αφορούν μόνο εργατικά, εργοδοτικές εισφορές και καύσιμα γιατί είναι ιδιόκτητος ο απαιτούμενος μηχανολογικός εξοπλισμός, «...» μηχανήμα, ΦΙΧ κλπ απαιτούμενα μέσα για την εκτέλεση των «...», οι άδειες κυκλοφορίας των οποίων και επισυνάπτονται. Τα υπόλοιπα στοιχεία κόστους είτε προβλέπονται από την νομοθεσία περί Δημοσίων έργων είτε είναι τρέχουσες τιμές αγοράς». Ενόψει τούτου, η αναθέτουσα αρχή αιτήθηκε με το με αριθμ. πρωτ. 77608/7750/16.05.2023 έγγραφο την παροχή συμπληρωματικών εξηγήσεων και συγκεκριμένα ζητήθηκε από τον οικονομικό φορέα «...» α) να συμπεριληφθούν όλες οι επιμέρους δαπάνες που εμπίπτουν στην κατηγορία του «έμμεσου κόστους» σύμφωνα με την εγκύκλιο 9/2017, β) να συνυπολογιστεί επί το ορθό το κόστος δημοσιεύσεων σύμφωνα με τα συνημμένα παραστατικά, γ) να παρουσιαστεί αναλυτικά η δαπάνη που αφορά το κόστος εργασίας και επιπλέον να τεκμηριωθεί ο δηλωθείς απαιτούμενος αριθμός εργαζομένων, δ) να τεκμηριωθεί το κόστος ασφάλισης του έργου με την προσκόμιση σχετικής προσφοράς και ε) να προσκομιστούν τα πιστοποιητικά που αφορούν τα υλικά των «...» (ΕΛΟΤ), τα οποία πρέπει να βρίσκονται σε συμμόρφωση με τις απαιτήσεις του σχετικού άρθρου της μελέτης. Ο δε οικονομικός φορέας «...» υπέβαλε την 6.06.2023 πρόσθετες εξηγήσεις, εντούτοις και πάλι δεν έχει συμπεριλάβει όλες τις δαπάνες που αφορούν το έμμεσο κόστος, σύμφωνα με την εγκύκλιο 9/17, ως ζητήθηκε ρητώς από την αναθέτουσα αρχή και αρα, καταρχάς, για το λόγο αυτό, οι εξηγήσεις του έπρεπε να κριθούν απορριπτέες από την αναθέτουσα αρχή, καθώς ο οικονομικός φορέας «...» δεν ανταποκρίθηκε στο διάλογο με την αναθέτουσα αρχή περί της οικονομικής του προσφοράς. Επιπροσθέτως, ο οικονομικός φορέας «...» υπολόγισε το έμμεσο κόστος με βάση τον προϋπολογισμό της προσφοράς του και όχι με βάση τον προϋπολογισμό του έργου, ως απαιτεί η υπ' αριθμ. 9/2017 εγκύκλιος, με συνέπεια η προσφορά του να καταλήγει ζημιογόνος, ως αποδεικνύει ο προσφεύγων με συγκεκριμένους υπολογισμούς, ενώ αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή επικαλείται το μη δεσμευτικό χαρακτήρα της ως άνω εγκυκλίου καθώς, ο οικονομικός φορέας «...» δεν επικαλέστηκε στην αιτιολόγηση ευνοϊκές

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

συνθήκες που να δικαιολογούν το μειωμένο κόστος έργου και την παρασχεθείσα έκπτωση. Εξάλλου, δια των συμπληρωματικών του διευκρινίσεων ο οικονομικός φορέας «...» προέβη σε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση της οικονομικής του προσφοράς διότι, αφενός μεν υπολογίζει το συνολικό κόστος του έργου στο ποσό των 17.397,10 ευρώ και το εκτιμώμενο κέρδος στο ποσό των 1.001,58 ευρώ, ενώ στην αρχική του από 25.09.2022 αιτιολόγηση είχε αναφέρει κόστος εργασιών ποσού 16.425,44 ευρώ και κέρδος 1.834,53 ευρώ, αφετέρου, αν και αρχικά είχε αναφέρει ότι απαιτούνται 4 ημέρες εργασίες για την εκτέλεση του έργου εν συνεχεία επαύξησε αυτές σε 6 ημέρες που συνεπάγεται ότι τροποποιείται και η ημερήσια ποσότητα «...» σε σχέση με την αρχική αιτιολόγηση της προσφοράς του. Οι δε αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής ότι οι ως άνω τροποποιήσεις επήλθαν λόγω του αιτήματός της περί παροχής πρόσθετων επεξηγήσεων θα πρέπει να απορριφθούν ως προδήλως αβάσιμες, καθώς οι όποιες παρεχόμενες πρόσθετες διευκρινίσεις διαγωνιζόμενου επί της αιτιολόγησης της οικονομικής του προσφοράς θα πρέπει να ερείδονται επί της αρχικής και να συμπληρώνουν το περιεχόμενό της και όχι να έρχονται σε αντίθεση ή να μεταβάλλουν τα ήδη δηλωθέντα. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων ότι η οικονομική προσφορά του διαγωνιζόμενου «...» καταλήγει σε ζημιογόνο εκτέλεση του έργου, και άρα η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να μην αποδεχτεί τις εξηγήσεις του, ο δε σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

18. Επειδή, επίσης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...» διότι εσφαλμένα και μη νόμιμα αναγράφει πως η «...» πρέπει να αντιμετωπιστεί με εργασίες με θερμοπλαστικά ή ψυχοπλαστικά υλικά, καθώς η μελέτη του έργου αναφέρεται σε «...», αλλά και η προσφορά του προμηθευτή του αφορά ακρυλικό χρώμα «...». Περαιτέρω, κατά τον προσφεύγοντα, δεν περιγράφεται πουθενά ο τύπος του «...» μηχανήματος που θα χρησιμοποιηθεί, ώστε να προκύπτει η παραγωγικότητα που αναγράφει, αλλά ούτε και έχει υπολογιστεί το κόστος εργασίας, Εξάλλου, ο

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

προσφεύγων προβάλλει ότι στην αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...» δεν υπολογίζεται στο άμεσο κόστος η δαπάνη μεταφοράς των υλικών στον τόπο του έργου. Επιπροσθέτως, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η προμηθεύτρια εταιρεία «...» δεν έχει σκοπό εκμίσθωσης οχημάτων και μηχανημάτων, ούτε είναι παραγωγός υλικών «...» και άρα η προσφορά της δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Πέραν των ανωτέρω, κατά τον προσφεύγοντα, εκ των προσκομισθέντων με τις συμπληρωματικές διευκρινίσεις του διαγωνιζόμενου «...» πιστοποιητικών δεν προκύπτει η συμμόρφωση με τις απαιτήσεις της μελέτης για τα υλικά. Τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά της εταιρείας «...», για το υλικό ακρυλικό χρώμα «...» κατηγορίας P7, είναι ασυνήθιστα χαμηλή και ανακριβής, με αποτέλεσμα τον εσφαλμένο υπολογισμό της αξίας του ακρυλικού χρώματος «...», ενώ με βάση το πραγματικό του άμεσο κόστος η εκτέλεση του έργου από τον διαγωνιζόμενο «...» καταλήγει να είναι ζημιογόνος.

19. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 15, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της συνομολογεί τη βασιμότητα πλειόνων ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί ελλείψεων και ανακριβειών της αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...». Συγκεκριμένα, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητεί η αναθέτουσα αρχή, στις εξηγήσεις του οικονομικού φορέα «...» δεν τεκμηριώνεται ο τρόπος υπολογισμού της παραγωγικότητας του «...» μηχανήματος, ούτε υπολογίζεται το κόστος μεταφοράς των υλικών στο τόπο του έργου αλλά και το κόστος της κάθετης σήμανσης. Όσον αφορά δε την εταιρεία «...», η προσφορά της δεν μπορεί να ληφθεί υπόψιν ως μέρος της αιτιολόγησης του οικονομικού φορέα «...», καθώς, ως αποδέχεται και η αναθέτουσα αρχή, εκ του καταστατικού της εταιρείας «...» προκύπτει ότι δεν περιλαμβάνονται στους σκοπούς της η μίσθωση μηχανημάτων έργου και η εμπορία υλικών «...», αντικείμενα τα οποία όμως αφορά η προσφορά της στο υπό ανάθεση έργο. Άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή δεν αμφισβητεί αλλά τουναντίον αποδέχεται ότι ούτε τα προσκομισθέντα από τον οικονομικό φορέα «...» πιστοποιητικά αποδεικνύουν τη συμμόρφωση με τις τεχνικές απαιτήσεις της μελέτης και άρα δεν έπρεπε να

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

ληφθούν υπόψιν από την Επιτροπή Διαγωνισμού στο πλαίσιο της αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς του διαγωνιζόμενου «...». Πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων αποδεικνύει ότι η τιμή προσφοράς των υλικών από την εταιρεία «...» δεν ανταποκρίνεται στις πραγματικές τιμές της αγοράς, με αποτέλεσμα το άμεσο κόστος να διαμορφώνεται σε διπλάσιο ποσό από το αναφερόμενο στην αιτιολόγηση και να καθιστά την προσφορά του διαγωνιζόμενου «...» και ζημιογόνο, ενώ προδήλως αβασίμως η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι το εν λόγω ζήτημα δεν αφορά τη διαδικασία και τη νομιμότητα του διαγωνισμού. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να μην αποδεχτεί τις εξηγήσεις του διαγωνιζόμενου «...», ο δε σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

20. Επειδή, εξάλλου, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» διότι παρέλειψε να δηλώσει στο υποβληθέν ΕΕΕΣ τους υπεργολάβους που θα χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση του υπό ανάθεση έργου και δεν προσκόμισε ξεχωριστό ΕΕΕΣ για αυτούς. Ειδικότερα, κατά τον προσφεύγοντα η προσφορά της εταιρείας «...» που υποβλήθηκε με την αιτιολόγηση του οικονομικού φορέα «...» αφορά την εκτέλεση του συνόλου του έργου αφού τεχνηέντως αναφέρεται ότι οι χειριστές θα προσληφθούν από τον οικονομικό φορέα «...» ο οποίος δεν αποδεικνύει ότι απασχολεί εξειδικευμένο προσωπικό όπως είναι οι χειριστές «...» μηχανημάτων από την στιγμή μάλιστα που δεν έχει και στην κυριότητά του τέτοιου είδους μηχανήματα, η δε ως άνω πλημμέλεια καθώς και η μη προσκόμιση ΕΕΕΣ του ως άνω υπεργολάβου δεν είναι δεκτική διευκρίνισης, κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016.

21. Επειδή, εκ της συνδυαστικής εφαρμογής των άρθρων 23.1 και 25.1 της διακήρυξης προκύπτει ότι ο διαγωνιζόμενος οφείλει να δηλώσει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους και τους υπεργολάβους που προτείνει καθώς επίσης και να υποβάλλει ΕΕΕΣ για έκαστο δηλωθέντα υπεργολάβο προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να δύναται να ελέγξει τη μη συνδρομή στο

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

πρόσωπο των δηλωθέντων υπεργολάβων των λόγων αποκλεισμού αλλά και την επαγγελματική ικανότητά τους να εκτελέσουν το τμήμα που πρόκειται να τους ανατεθεί υπεργολαβικά.

22. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο οικονομικός φορέας «...» δήλωσε στο ΕΕΕΣ ότι δεν προτίθεται να αναθέσει κάποιο τμήμα της σύμβασης υπεργολαβικά σε τρίτους. Στη αιτιολόγηση της οικονομικής του προσφοράς ο οικονομικός φορέας «...» προσκόμισε την προσφορά της εταιρείας «...», η οποία αφορά μόνον την παροχή υλικών και τη μίσθωση οχημάτων, ενώ στην ανάλυση του άμεσου κόστους του οικονομικού φορέα «...» περιλαμβάνεται το κόστος προσωπικού (χειριστές, βοηθοί, οδηγοί, εργάτης) εκ του οποίου προκύπτει ότι αποτελούν προσωπικό του εν λόγω συμμετέχοντος, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αόριστα, αναπόδεικτα και αβάσιμα, ενώ, σε κάθε περίπτωση, αν η αναθέτουσα αρχή είχε αμφιβολίες ως προς το δηλωθέν στην αιτιολόγηση κόστος προσωπικό του οικονομικού φορέα «...» θα εδύνατο να αιτηθεί νομίμως την παροχή συμπληρωματικών εξηγήσεων. Ως εκ τούτου, εν προκειμένω, δεν συντρέχει παράλειψή του οικονομικού φορέα «...» να δήλωσει υπεργολαβική ανάθεση στο ΕΕΕΣ του και να προσκομίσει ΕΕΕΣ υπεργολάβου, ο δε σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

23. Επειδή, τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...» διότι δεν δήλωσαν στα ΕΕΕΣ το συγκεκριμένο ανεκτέλεστο υπόλοιπο των εργολαβικών συμβάσεων, η δε αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 κάλεσε τους εν λόγω συμμετέχοντες να συμπληρώσουν την έλλειψη των ΕΕΕΣ τους.

24. Επειδή, στο άρθρο 22Γ της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας, μεταξύ άλλων, οι διαγωνιζόμενοι να μην υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, στο δε άρθρο 23.1 της διακήρυξης ρητώς και σαφώς προβλέπεται ότι, στο υποχρεωτικώς υποβαλλόμενο με την προσφορά ΕΕΕΣ, οι υποψήφιοι πρέπει να δηλώσουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

εργολαβικών συμβάσεων και δη στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» του Μέρους IV Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια»). Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, σε συνδυασμό με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τον τρόπο σύνταξης εν γένει των προσφορών στο πλαίσιο των διαδικασιών διενέργειας δημοσίων διαγωνισμών, προκύπτει ότι η υποβολή στον υπό κρίση διαγωνισμό εκ μέρους διαγωνιζόμενου ΕΕΕΣ χωρίς δήλωση του συγκεκριμένου ανεκτέλεστου υπολοίπου αποτελεί ουσιώδη παράλειψη που καθιστά υποχρεωτική την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. *ad hoc* ΔΕφΚομ 168/2022, ΔΕφΘεσ 383/2022, 416/2021).

25. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, οι οικονομικοί φορείς «...» και «...» δεν δήλωσαν στο πεδίο «Λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις» του Μέρους IV Ενότητα Β («Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια») των ΕΕΕΣ τους συγκεκριμένο ανεκτέλεστο υπόλοιπο, ήτοι ποσό, αλλά απλώς ότι δεν υπερβαίνουν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο και άρα, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη συντρέχει λόγος αποκλεισμού των προσφορών τους. Παρά ταύτα, ως έχει εκτεθεί υπό σκέψη 5, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. 30/2093/8.11.2022 απόφαση κάλεσε τους οικονομικούς φορείς «...» και «...» να συμπληρώσουν την ως άνω έλλειψη του ΕΕΕΣ τους, οι δε εν λόγω διαγωνιζόμενοι προσκόμισαν νέες υπεύθυνες δηλώσεις, στις οποίες το πρώτον αναφέρουν το συγκεκριμένο ποσό ανεκτέλεστου υπολοίπου. Ωστόσο, βάσει της υποχρέωσης των διαγωνιζομένων να υποβάλλουν ΕΕΕΣ πλήρως συμπληρωμένο ως προς όλα τα κριτήρια επιλογής, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 12, η κλήση της αναθέτουσας αρχής, δια διευκρινίσεων κατ' άρθρον 102 του ν. 4412/2016, προς τους οικονομικούς φορείς «...» και «...» να διορθώσουν τα ελλιπή ως προς τη δήλωση του ανεκτέλεστου υπολοίπου ΕΕΕΣ τους, είχε ως αποτέλεσμα την ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση των προσφορών τους και τη θεραπεία πλημμέλειας που επάγεται αποκλεισμό. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να απορρίψει τις προσφορές των

Αριθμός απόφασης: 1400 /2023

οικονομικών φορείς «...» και «...» και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 19/1281/13.06.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...» και την ανακήρυξη του οικονομικού φορέα «...» ως προσωρινού αναδόχου και τέλος, να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 19/1281/13.06.2023 προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 9 Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**