

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 28^η Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 19.10.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1622/20.10.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτων φορέας), όπως εκπροσωπείται νόμιμα. Και

Της παρεμβαίνουσας ετερόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στον ... , όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθούν οι υπ' αριθμ. .../2023, .../2023 και .../2023 αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου της ... , με τις οποίες εγκρίθηκαν τα, από2023,2023 και2023, πρακτικά ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς, των οικονομικών προσφορών και των δικαιολογητικών κατακύρωσης (αντίστοιχα), της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, οι οποίες εκδόθηκαν στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «... της ...», εκτιμώμενης αξίας ... €, πλέον Φ.Π.Α 17%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς των προσβαλλόμενων πράξεων, με τις οποίες αφενός μεν, έγινε δεκτή η τεχνική και

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

οικονομική προσφορά της, αφετέρου δε, αναδείχθηκε προσωρινός και εν συνεχεία, οριστικός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... , ποσού δέκα χιλιάδων πεντακοσίων (10.500,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 19.10.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1622/20.10.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει τις ως άνω πράξεις, καθόσον η κατ' αυτών προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις του ΔΣ του οικείου αναθέτοντος φορέα αναρτήθηκαν στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 09.10.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (2^η κατά σειρά μειοδοσίας, με προσφερθείσα έκπτωση ... %), θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με τις προσβαλλόμενες με αριθμ. .../2023,

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

.../2023 και .../2023 αποφάσεις του ΔΣ της ... μη νομίμως και με ελλιπή/εσφαλμένη αιτιολογία έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...», διότι: i) δεν δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ την λήψη επανορθωτικών μέτρων, παρά τη συνδρομή στο πρόσωπό της του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22. ... περ. ...' της διακήρυξης (σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης), ii) δεν δήλωσε τον υπεργολάβο της στην ενότητα Δ' του Μέρους II του Ε.Ε.Ε.Σ. και iii) υπέβαλε ανεπαρκείς πρόσθετες επεξηγήσεις επί της ασυνήθιστα χαμηλής οικονομικής προσφοράς της.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (26.10.2023), ήτοι, επτά (07) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 19.10.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων της ... , με τις οποίες αφενός μεν, έγινε δεκτή η τεχνική και οικονομική προσφορά της, αφετέρου δε, αναδείχθηκε προσωρινός και εν συνεχεία οριστικός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτως και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, ο οικείος αναθέτων φορέας απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, στις 07.11.2023, η προσφεύγουσα υπέβαλε υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, υπό το πρίσμα του ν. 4412/2016, οι διατάξεις της διακήρυξης που αφορούν στα κριτήρια επιλογής και στους λόγους αποκλεισμού θα πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται ουσιαστικά και όχι τυπολατρικά, με βασικό γνώμονα την εξυπηρέτηση της θεμελιώδους αρχής του ελεύθερου, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, που εγγυάται την ακώλυτη πρόσβαση όλων των υποψηφίων στην αγορά των δημόσιων συμβάσεων (βλ. Α. Σπυριδωνος, «Δημόσιο συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις», ΘΠΔΔ 6/2017, σελ. ... επόμ.). Επομένως, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προβαίνουν σε δήλωση τυχόν συνδρομής λόγου

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, η οποία όχι μόνο δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους, αλλά τους παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται η ορθή εκτέλεσή της σύμβασης, σε περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι. Ειδικότερα, η δήλωση του οικονομικού φορέα στο Ε.Ε.Ε.Σ περί της συνδρομής στο πρόσωπό του κάποιου δυνητικού λόγου αποκλεισμού, η παράθεση σχετικών επεξηγήσεων, όπως και η δήλωση και περιγραφή των τυχόν επανορθωτικών μέτρων που ο ίδιος έλαβε, συνιστούν αναγκαίες προϋποθέσεις για την περαιτέρω θεμελίωση της ευνοϊκής για αυτόν διαδικασίας του άρθρου 73 παρ. 7 και επ. του ν. 4412/2016 (βλ. υπ' αριθμ. 776/2018 απόφαση ΑΕΠΠ).

9. Επειδή, στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ' του ν. 4412/2016, στο οποίο θεσπίστηκε η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει από τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έναν οικονομικό φορέα, εάν αυτός έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προβλέφθηκε ένας νέος λόγος αποκλεισμού, ο οποίος δεν προβλεπόταν μεν ρητώς στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (οδηγία 2004/18/EK και π.δ. 60/2007), ωστόσο, καλυπτόταν υπό την ευρύτερη έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του οικονομικού φορέα σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα», όπως προβλεπόταν στο άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ του π.δ. 60/2007 (βλ. κατευθυντήρια οδηγία 20/2017 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Σε κάθε περίπτωση, η σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια της περίπτωσης στ' του ως άνω άρθρου συνδέεται ρητά με ζητήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων, αφού προβλέπεται ότι ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ερείδεται σε προηγούμενες πλημμέλειες, είτε «επαναλαμβανόμενες», είτε «σοβαρές», κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης.

10. Επειδή, στο ισχύον καθεστώς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ο ενωσιακός και στη συνέχεια, ο εθνικός νομοθέτης προέβλεψε δύο διαφορετικές περιπτώσεις αποκλεισμού, ήτοι, τη σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης και το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα (βλ. περ. στ' και περ. θ' του άρθρ. 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016, αντίστοιχα). Από τη γραμματική διατύπωση των οικείων διατάξεων, προκύπτει ευχερώς ότι η περίπτωση στ' αφορά συγκεκριμένα στην

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, στην δε περίπτωση θ' ουδόλως τίθεται η προϋπόθεση αυτή. Επίσης, ορίζεται ρητά στον νόμο ότι για να εφαρμοσθεί η περίπτωση στ', η οικεία συμπεριφορά θα πρέπει να είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, στοιχείο που ουδόλως προβλέπεται στην περ. θ' του οικείου άρθρου. Επομένως, ο ενωσιακός νομοθέτης, γνωρίζοντας ότι είναι δυνατόν να δημιουργούνται σοβαρές αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα, του οποίου οι επιδόσεις σε παλαιότερες δημόσιες συμβάσεις παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, παρείχε ρητά στις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς τη δυνατότητα να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οικονομικό φορέα που εμπίπτει στην περίπτωση στ' (βλ. αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), προσδιορίζοντας, ωστόσο, τις συνθήκες που πρέπει να συντρέχουν για τη στοιχειοθέτηση την εν λόγω περίπτωσης (πρόωρη καταγγελία προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις) και προβλέποντας την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, κατά τη διαμόρφωση της σχετικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή, η διάταξη της περίπτωσης στ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 απαιτεί καταρχήν η πλημμέλεια να είναι σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη, δηλαδή η οικεία πλήρωση είναι διαζευκτική και όχι σωρευτική. Επομένως, κατά τη γραμματική ερμηνεία της εν λόγω διάταξης, ο οικονομικός φορέας δύναται να εμπίπτει στον οικείο λόγο αποκλεισμού, εφόσον επέδειξε «σοβαρή» πλημμέλεια ή εφόσον διέπραξε πέραν της μία ελάχιστον παρατυπίες (βλ. αιτιολογική σκέψη με αρθρ. 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

12. Επειδή, το ΔΕΕ (βλ. απόφαση της 3^{ης} Οκτωβρίου 2019, υπόθεση C-267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA κατά Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, σκ. 26-29) έκρινε ότι: *«Ειδικότερα, ο λόγος προαιρετικού αποκλεισμού που διαλαμβάνεται στο άρθρο 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας αυτής, στηρίζεται σε ουσιώδες στοιχείο της σχέσεως του αναδόχου της συμβάσεως με την αναθέτουσα αρχή, δηλαδή στην αξιοπιστία του αναδόχου, στην οποία ερείδεται η εμπιστοσύνη της αναθέτουσας*

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

αρχής προς αυτόν (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 29 και 30). Η εμπέδωση σχέσεως εμπιστοσύνης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του αναδόχου προϋποθέτει, επομένως, ότι η εν λόγω αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την αξιολόγηση, στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως, στην οποία προέβη άλλη αναθέτουσα αρχή, προκειμένου, μεταξύ άλλων, να είναι σε θέση να αποδώσει ιδιαίτερη προσοχή στην αρχή της αναλογικότητας κατά το χρονικό σημείο της εφαρμογής των λόγων προαιρετικού αποκλεισμού (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 30 και 32). Η αρχή αυτή επιτάσσει πράγματι να εξετάζει και να εκτιμά η ίδια η αναθέτουσα αρχή τα πραγματικά περιστατικά. Συναφώς, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 32 των προτάσεών του, από το γράμμα του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της οδηγίας 2014/24 προκύπτει ότι η παρατυπία που διέπραξε ο προσφέρων πρέπει να ήταν αρκούτως σοβαρή ώστε να δικαιολογείται, υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, η καταγγελία της συμβάσεως...».

13. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, απόφαση της 22.10.2015, υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, απόφαση της 16.12.2008, υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, απόφαση της 23.12.2009, υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, απόφαση της 19.05.2009, υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, απόφαση της 14.12.2004, υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ απόφαση της 11.07.2002, υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Επίσης, μια άλλη πτυχή της αρχής της αναλογικότητας, αλλά και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αποτελεί και η υποχρέωση αιτιολόγησης των δυσμενών αποφάσεων των αναθετουσών αρχών στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η οποία απορρέει και από τις γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου των κρατών-μελών και συνδέεται άμεσα και με την αρχή της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. υπ' αριθμ. 263/2020 απόφαση ΑΕΠΠ).

14. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

15. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρ. 22... περ. ...' της διακήρυξης.

A) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρόλο που η καθής η προσφυγή δήλωσε στο οικείο πεδίο του Μέρους III του Ε.Ε.Ε.Σ της, ότι έχει κηρυχθεί έκπτωτη από το έργο «...», ουδέν αναφέρει για το ζήτημα της επιβολής ποινικών ρητρών σε βάρος της και ως εκ τούτου, το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ της είναι ελλιπές. Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, δοθέντος ότι, αφενός μεν, η δήλωση του ως άνω πραγματικού γεγονότος (έκπτωση από προηγούμενη σύμβαση), στοιχειοθετεί τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ' του ν. 4412/2016 (βλ. αντίστοιχα, άρθρο 22. ... περ. ...' της διακήρυξης), αφού η έκπτωση ισοδυναμεί με πρόωρη καταγγελία της σύμβασης, αφετέρου δε, δεν ελήφθησαν, αλλά ούτε και δηλώθηκαν στο Ε.Ε.Ε.Σ τυχόν ληφθέντα μέτρα επανόρθωσης, ώστε να αξιολογηθεί η επάρκειά τους από την αρμόδια γνωμοδοτική επιτροπή του άρθρ. 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, η καθής η προσφυγή θα έπρεπε να είχε αποκλειστεί από τη διαδικασία και δη, κατά δέσμια αρμοδιότητα της ...

B) Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς, προκύπτει ότι στο ερώτημα: «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» της ενότητας Γ: «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα» του Μέρους III: «...» του Ε.Ε.Ε.Σ, ο οικονομικός φορέας «...» απάντησε θετικά (ΝΑΙ) και πιο συγκεκριμένα, δήλωσε τα εξής: «Αφορά την από ... κοινοποίηση της απόφασης προϊσταμένης αρχής για οριστική έκπτωση για το έργο: ... ΤΗΣ Τ.Κ. ...» Επίσης, στο (υπο)ερώτημα σχετικά με τα μέτρα επανόρθωσης που τυχόν έχει λάβει προς απόδειξη της αξιοπιστίας του, παρά τη συνδρομή του σχετικού λόγου αποκλεισμού, ο ως άνω οικονομικός φορέας απάντησε: «Έχω εκτελέσει το 90% της εργολαβίας κι εντός της προθεσμίας των 60 ημερών που ορίζει ο νόμος κατέθεσα προσφυγή κατά της παραπάνω απόφασης».

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

Από τα στοιχεία του οικείου φακέλου προκύπτει ότι, κατόπιν κλήσης της από τ... Πρόεδρο της επιτροπής διαγωνισμού, η καθής η προσφυγή υπέβαλε την με αριθμ. κατάθεσης ... προσφυγή ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου ... , με την οποία προσέβαλε την απόφαση με την οποία της επιβλήθηκαν ποινικές ρήτρες στο πλαίσιο εκτέλεσης της προαναφερθείσης εργολαβίας, από την οποία κηρύχθηκε έκπτωτη, από το περιεχόμενο της οποίας προέκυψε ότι έχει, επίσης, ασκηθεί η με αριθμ. καταχώρησης ... προσφυγή ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου ... , με την οποία η εν λόγω εταιρεία προσέβαλε την με αριθμ. πρωτ. ... απόφαση της Προϊσταμένης της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του ... , με την οποία κηρύχθηκε έκπτωτη από την ανωτέρω εργολαβία.

Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η ... περιέλαβε τον δυνητικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. στ' του ν. 4412/2016 (σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις) στο άρθρο 22. ... περ. ...' της επίμαχης διακήρυξης, με συνέπεια, ο λόγος αυτός να καταστεί υποχρεωτικός λόγος αποκλεισμού, υπό την έννοια ότι ο αναθέτων φορέας υποχρεούται να εξετάσει την συνδρομή (ή μη) των προϋποθέσεων του (βλ. και υπ' αριθμ. 20/2017 κατευθυντήρια οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ). Ως, εξάλλου, συνομολογεί και η παρεμβαίνουσα, ο εξεταζόμενος (δυνητικός) λόγος αποκλεισμού, έχει αναχθεί σε υποχρεωτικό, βάσει των όρων της ένδικης διακήρυξης, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο τον αναθέτοντα φορέα, όσο και τους διαγωνιζόμενους (βλ. Ε.Α. 523/2010, 16/2011).

Περαιτέρω, από την επισκόπηση του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 (βλ. αντίστοιχα, άρθρο 22. ... της διακήρυξης), συνάγεται σαφώς ότι στην περίπτωση που ένας οικονομικός φορέας στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει κάποιος εκ των προβλεπόμενων λόγων αποκλεισμού, επικαλεστεί την λήψη σαφών και συγκεκριμένων μέτρων επανόρθωσης (...), η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να αποστείλει τον σχετικό φάκελο εγγράφων και στοιχείων στην εξειδικευμένη και αρμόδια προς τούτο επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/201, ώστε να τα εξετάσει και να αποφανθεί επί της καταλληλότητας και επί της επάρκειάς τους. Ως, εξάλλου, ρητώς προβλέπεται στον νόμο και στην

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

ένδικη διακήρυξη, εάν τα μέτρα επανόρθωσης κριθούν από την επιτροπή ως επαρκή, με το σκεπτικό ότι τεκμηριώνουν την αξιοπιστία του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, παρά τη συνδρομή συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό του, η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας οφείλει να μην τον αποκλείσει εκ μόνου του λόγου αυτού, στην αντίθετη, όμως, περίπτωση, ήτοι εάν τα ληφθέντα μέτρα κριθούν ως ανεπαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας θα πρέπει να αποκλειστεί από τον διαγωνισμό.

Στην κρινόμενη περίπτωση, παρά το γεγονός ότι η καθής η προσφυγή δεν έλαβε επανορθωτικά μέτρα, ο σχετικός φάκελος στοιχείων και εγγράφων εστάλη – ως προβλέπεται στον νόμο και στη διακήρυξη – στην επιτροπή του άρθρ. 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016, αφού στην συμπροσβαλλόμενη, υπ’ αριθμ. ... απόφαση της ... αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: *«... λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι ο οικ. φορέας «...» έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα το οποίο δήλωσε και αποδέχεται στο ΕΕΕΣ. Το Δ.Σ. της ... δύναται να δεχτεί τον οικ. φορέα «...», εάν αποδεχθεί ότι δεν πλήττεται η αξιοπιστία του και συνεχίζει να διατηρεί τα τυπικά και ποιοτικά προσόντα και το συγκεκριμένο επαγγελματικό παράπτωμα αντιμετωπισθεί ως μεμονωμένο γεγονός, ή δύναται να απορρίψει τη προσφορά που υπέβαλε διότι ο ως άνω οικονομικός φορέας έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ... σε κάθε περίπτωση σχέδιο της απόφασης του Αναθέτοντος Φορέα θα διαβιβαστεί με τα συνημμένα στοιχεία και έγγραφα που αφορούν, στην επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να αποφανθεί σχετικά».* Εν συνεχεία, δηλαδή μετά την υποχρεωτική εκ του νόμου αποστολή του σχετικού φακέλου στην επιτροπή του άρθρ. 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 και την διαπίστωση από την επιτροπή ότι στην προκείμενη περίπτωση στερείται αντικειμένου κρίσης, η ... προέβη σε δική της αξιολόγηση επί της αξιοπιστίας της καθής η προσφυγή, παρά τη συνδρομή του επίμαχου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό της. Ως ειδικότερα αναφέρεται στην υπ’ αριθμ. ... απόφαση του αναθέτοντος φορέα, το γεγονός της έκπτωσης της καθής η προσφυγή από την ανωτέρω εργολαβία παραμένει μεμονωμένο και δεν δύναται να θίξει την αξιοπιστία της συγκεκριμένης εταιρείας, η οποία παραμένει φερέγγυα, καθώς και ουσιαστικά και τυπικά ικανή να ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις της υπό ανάθεση σύμβασης, επειδή έχει εκτελέσει με επιτυχία την με αριθμ. πρωτ. ... σύμβαση για την κατασκευή του έργου «...», με κύριο του έργου τη

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

Γ) Επισημαίνεται ότι για τη διαπίστωση της ύπαρξης «σοβαρής» πλημμέλειας θα πρέπει κατ' αρχήν να πραγματοποιηθεί συγκεκριμένη εκτίμηση από την αναθέτουσα αρχή, αλλά και να εξατομικευθεί η στάση του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας (βλ. αιτιολογική σκέψη 101 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Συνεπώς, η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα θα πρέπει να ληφθεί αιτιολογημένα, δηλαδή θα πρέπει να τεκμηριώνεται σε αυτήν κατά πόσο η συγκεκριμένη πλημμέλεια επηρεάζει τη φερεγγυότητα και την αξιοπιστία του διαγωνιζομένου. Ως, άλλωστε, έχει κριθεί οποιαδήποτε εσφαλμένη ανακριβής ή πλημμελής εκτέλεση συμβάσεως ή μέρους αυτής δύναται μεν να τεκμηριώσει περιορισμένη επαγγελματική επάρκεια του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αλλά δεν ισοδυναμεί αυτόματα με σοβαρό παράπτωμα ή με σοβαρή πλημμέλεια, δηλαδή δεν προεξοφλείται ότι η έκπτωση επηρεάζει τη φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα (βλ. και υπ' αριθμ. 188/2018 απόφαση της Αρχής). Σημειώνεται, επίσης, ότι σε περιπτώσεις, όπως είναι η εξεταζόμενη, θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, τόσο οι περιστάσεις υπό τις οποίες έλαβε χώρα η έκπτωση, όσο και οι τυχόν ενέργειες ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής που έλαβε την απόφαση για την κήρυξη της έκπτωσης (βλ. κατ' αναλογία υπόθεση T-42/96, Eyckeler & Malt AG, σκ. 133).

Εν όψει των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, κατά τον οποίον η μη λήψη επανορθωτικών μέτρων σε σχέση με τον επίμαχο λόγο αποκλεισμού συνεπάγεται, άνευ άλλου τινός, τον αποκλεισμό της καθής η προσφυγή από τον υπόψη διαγωνισμό. Μάλιστα, κατά τα κριθέντα από το ... στην υπόθεση C-267/18 (βλ. σκ. 12 της παρούσας απόφασης), η αναθέτουσα αρχή δεν δεσμεύεται αυτομάτως από την αξιολόγηση στην οποία προέβη άλλη αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως και ως εκ τούτου, οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα όλα τα κρίσιμα στοιχεία, ιδίως δε την απόφαση περί καταγγελίας της σύμβασης και στη συνέχεια, να κρίνει, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, εάν ο διαγωνιζόμενος είναι, κατά τη δική της άποψη, υπεύθυνος για την σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια που διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση ουσιώδους υποχρέωσης που υπείχε στο πλαίσιο προγενέστερης συμβάσεως.

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

Από το σύνολο των προαναφερομένων, συνάγεται εναργώς ότι η τελική εκτίμηση περί της «σοβαρότητας» της πλημμέλειας εναπόκειται, βάσει του άρθρου 73 παρ. 4 του ν. 4412/2016, στην κρίση της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής (βλ. και υπ' αριθμ. 776/2018 απόφαση ΑΕΠΠ, σκ. 51). Επομένως, κατά το στάδιο της επιλογής των διαγωνιζομένων, η αναθέτουσα αρχή που προκηρύσσει νέο διαγωνισμό θα πρέπει να προβεί η ίδια σε αξιολόγηση, σχετικά με την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα τον οποίο αφορά η ως άνω πλημμέλεια, την οποία προφανώς και θα πρέπει να αιτιολογήσει, ως πράξη διακριτικής ευχέρειας, προκειμένου να είναι δυνατός ο έλεγχος καταρχήν από την ΕΑΔΗΣΥ, αλλά και από τον δικαστή.

Όπως προαναφέρθηκε στην σκέψη 8 της παρούσας απόφασης, προκειμένου να διασφαλιστεί η τήρηση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της ανάπτυξης του υγιούς ανταγωνισμού (βλ. ΔΕΕ, υπόθεση C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt -Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, σκ. 35-37), οι λόγοι αποκλεισμού, ως περιγράφονται στις νέες ενωσιακές οδηγίες, αποκτούν ουσιαστικό χαρακτήρα και δεν εξετάζεται μόνο η τυπική εκπλήρωσή τους. Στην υπόθεση C-395/18, Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA, κρίθηκε ότι: «ο προβλεπόμενος από την εθνική ρύθμιση αυτόματος αποκλεισμός του προσφέροντος οικονομικού φορέα, στον βαθμό που στερεί, αφενός, από τον οικονομικό φορέα τη δυνατότητα να προσκομίσει εμπειριστατωμένα στοιχεία ως προς την κατάσταση που τον αφορά και, αφετέρου, από την αναθέτουσα αρχή το περιθώριο εκτίμησης της κατάστασης αυτής δεν μπορεί να θεωρηθεί συμβατός με το άρθρο 57, παράγραφοι 4 και 6, της οδηγίας 2014/24 και με την αρχή της αναλογικότητας». Τέλος, σημειώνεται ότι, ακόμα και εάν η πλημμελής συμπεριφορά κατά την εκτέλεση προηγούμενων δημόσιων συμβάσεων δεν είχε ως αποτέλεσμα την καταγγελία ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ώστε να μπορεί να εφαρμοστεί ο λόγος αποκλεισμού της περ. στ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή δύναται να εξετάσει κατά πόσο η εν λόγω πλημμελής εκτέλεση μπορεί να υπαχθεί στην γενικότερη έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα», ώστε να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα από τη διαδικασία (βλ. κατευθυντήρια οδηγία 20/2017 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ και αποφάσεις 263/2020 και Σ957/2022 της Αρχής).

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

Δ) Στην υπό εξέταση περίπτωση, η καθής η προσφυγή δεν δήλωσε την λήψη επανορθωτικών μέτρων στο Ε.Ε.Ε.Σ της, με συνέπεια η γνωμοδοτική επιτροπή του άρθρ. 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 να αποφανθεί ότι στερείται αντικειμένου κρίσεως. Ως δε χαρακτηριστικά αναφέρεται στο με αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο της εν λόγω επιτροπής: «... η Επιτροπή απέχει από την έκδοση γνώμης, αφενός επειδή δεν προκύπτει η κατάγνωση λόγου αποκλεισμού από την αναθέτουσα αρχή, αφετέρου επειδή ο οικονομικός φορέας δεν δηλώνει επανορθωτικά μέτρα». Σημειώνεται στο σημείο αυτό ότι η άσκηση προσφυγής κατά της απόφασης με την οποία η καθής η προσφυγή κηρύχθηκε έκπτωτη — η οποία (προσφυγή) σημειωτέον δεν υποβλήθηκε ενώπιον του αναθέτοντος φορέα, η δε άσκησή της προέκυψε από την κατάθεση της με αριθμ. ... προσφυγής, που ασκήθηκε κατά της απόφασης με την οποία επιβλήθηκαν ποινικές ρήτρες στην εταιρεία, ως απόρροια της έκπτωσής της — δεν δύναται, σε καμία περίπτωση, να θεωρηθεί ως «επανορθωτικό μέτρο», υπό την έννοια του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχα, του άρθρου 22.Α.7 της διακήρυξης). Ως, επίσης, αναφέρει η επιτροπή διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού: «... Η Επιτροπή Διαγωνισμού από τα παραπάνω συμπεραίνει ότι είναι δεδομένο ότι ο οικονομικός φορέας «...», μολονότι εκλήθη, δεν υπέβαλε επανορθωτικά μέτρα, αφού δεν συνιστά επανορθωτικό μέτρο η υποβολή απλώς της προσφυγής που έχει ασκήσει και εκκρεμεί ενώπιον δικαστηρίου (ΑΕΠΠ 1524/2021)». Ομοίως, στο με αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο της γνωμοδοτικής επιτροπής επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 προς τη ... αναφέρεται ότι: «... Επιπλέον, επισημαίνεται ότι η άσκηση προσφυγών και ενδίκων βοηθημάτων στο πλαίσιο προδικαστικής ή δικαστικής έννομης προστασίας, δεν συνιστά επανορθωτικό μέτρο κατά την έννοια της παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, παρά δηλώνει μόνο την αμφισβήτηση εκ μέρους του οικονομικού φορέα της συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού. Εν προκειμένω, ο οικονομικός φορέας δηλώνει ως «επανορθωτικό μέτρο» μόνο την άσκηση προσφυγής κατά της απόφασης οριστικής έκπτωσης από προηγούμενο έργο. Επομένως, ουδέν επανορθωτικό δηλώνεται και ως εκ τούτου η παρούσα Επιτροπή δεν έχει αντικείμενο κρίσης.». Εν όψει των προαναφερόμενων, κρίνονται βάσιμες οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος, κατά τις οποίες: «Το ότι, δε, ο υποψήφιος αμφισβήτησε τη νομιμότητα της έκπτωσής του τόσο ενώπιον της Διοίκησης όσο και δικαστικώς,

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

δεν δύναται να άρει το συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού, διότι για την οριστικοποίηση της έκπτωσης δεν απαιτείται η έκδοση σχετικής δικαστικής απόφασης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 274/2018), ούτε είναι δυνατός ο παρεμπόδιων έλεγχος της απόφασης της αρμόδιας για τη διεξαγωγή του διαγωνισμού Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία κηρύχθηκε έκπτωτος, ως προς το ζήτημα της υπαιτιότητάς του, στο πλαίσιο της παρούσας δίκης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 214/2018, σκ. 13, 387/2016 σκ. 9).». Ωστόσο, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η ... προκειμένου να σχηματίσει την άποψη ότι η καθής η προσφυγή παραμένει αξιόπιστη και επομένως, δεν διακυβεύεται η ομαλή εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, δεν έλαβε υπόψη της την άσκηση προσφυγής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου ... κατά της απόφασης με την οποία κηρύχθηκε έκπτωτη από το έργο «... ΤΗΣ ...», αλλά ούτε και την άσκηση προσφυγής κατά της απόφασης επιβολής ποινικών ρητρών σε βάρος της, συνεπεία της έκπτωσής της από το ως άνω έργο. Τουναντίον, ο οικείος αναθέτων φορέας εξέτασε επιμελώς, τόσο εάν η επίμαχη πλημμέλεια, που συντελέστηκε στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, είναι «επαναλαμβανόμενη», όσο και εάν η πλημμέλεια αυτή είναι «σοβαρή», υπό την έννοια του άρθρ. 73 παρ. 4 περ. στ' του ν. 4412/2016. Πιο συγκεκριμένα, από την επισκόπηση της συμπροσβαλλόμενης, με αριθμ. ... απόφασης προκύπτει ότι η κρίση της ... περί της διατήρησης της αξιοπιστίας και της φερεγγυότητας της καθής η προσφυγή είναι τεκμηριωμένη και αμερόληπτη, διότι ερείδεται τόσο στο γεγονός ότι πρόκειται για μεμονωμένο περιστατικό και επομένως, δεν υφίσταται «επαναλαμβανόμενη» πλημμελής συμβατική συμπεριφορά στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης, όσο και στο γεγονός ότι η εν λόγω εταιρεία ολοκλήρωσε έντεχνα και εμπρόθεσμα την εργολαβία: «...», με κύριο του έργου τη ... , παρά το γεγονός ότι είχε προηγουμένως κηρυχθεί έκπτωτη από το έργο: «...» της ... και επομένως, δεν υφίσταται «σοβαρή» πλημμελής συμβατική συμπεριφορά στο πλαίσιο προγενέστερης σύμβασης, που να θίγει ανεπανόρθωτα την ικανότητά της να εκτελέσει αποτελεσματικά την παρούσα σύμβαση. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση του αναθέτοντος φορέα (που, σημειωτέον, ελήφθη κατ' εκτίμηση των πραγματικών δεδομένων που είχε στη διάθεσή του), νομίμως κρίθηκε ότι η οριστική έκπτωση του προσωρινού αναδόχου από συγκεκριμένη εργολαβία, λόγω καθυστέρησης

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

ολοκλήρωσής της, την οποία, ωστόσο, εκτέλεσε κατά ποσοστό ...%, ουδόλως τον εμπόδισε να ολοκληρώσει έντεχνα και εμπρόθεσμα έτερη - και δη μεταγενέστερη της επίμαχης έκπτωσης - εργολαβία (βλ. με αριθμ. πρωτ. ... εργολαβική σύμβαση με ... και με αριθμ. πρωτ. ... βεβαίωση περαίωσης εργασιών). Λαμβανομένου συνεπώς υπόψη, ότι η πλημμελής συμπεριφορά στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης θα πρέπει να είναι αρκούντως σοβαρή, ώστε να δικαιολογείται (υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας) η καταγγελία της συμβάσεως, στην προκειμένη περίπτωση ορθώς κρίθηκε – κατόπιν εκτίμησης συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών, όπως είναι η ολοκλήρωση της εργολαβίας από την οποία ο προσωρινός ανάδοχος κηρύχθηκε έκπτωτος σε ποσοστό ...%, η έντεχνη εκτέλεση νέας εργολαβίας μετά την κήρυξη της έκπτωσης κλπ – ότι δεν κλονίστηκε η σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ της ... και του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα (πρβλ. ad hoc ΕΑ ΣΤΕ 20/2020 και ΔΕφ Θεσσαλονίκης Γ' ακυρωτικό 45/2023, σκέψεις 12 και 13). Καταληκτικά και δοθέντος ότι η πλημμελής συμπεριφορά της καθής η προσφυγή κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης είχε μεν ως αποτέλεσμα την καταγγελία ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ως ρητώς προβλέπεται στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ' του ν. 4412/2016, ωστόσο, κατά την αιτιολογημένη αξιολογική κρίση της ... –η οποία ελήφθη σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας– η συμπεριφορά της αυτή δεν ήταν ούτε «επαναλαμβανόμενη», αλλά ούτε και «σοβαρή», υπό την έννοια του ανωτέρω άρθρου, νομίμως αποφασίστηκε η συνέχιση της συμμετοχής της στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. Συναφώς, ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

- 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη δήλωση υπεργολάβου στο Μέρος II του Ε.Ε.Ε.Σ. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ανάμεσα στις προσφορές που υπέβαλε η καθής η προσφυγή μαζί με την αιτιολόγηση επί της ασυνήθιστα χαμηλής οικονομικής προσφοράς της, περιλαμβάνεται και η προσφορά του ..., πολιτικού μηχανικού - ..., στην οποία αναφέρεται ότι: «Για τις ανάγκες του παραπάνω έργου, σας προσφέρουμε τις παρακάτω τιμές εκτέλεσης: α/α ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ... 1 Απόξεση ... παχ. ... εκ. ...€/μ2. 2 Ασφαλική στρώση κυκλοφορίας ... με την Απαιτούμενη προεπάλειψη & τη συγκολλητική ...€/μ2. Στις παραπάνω τιμές δεν συμπεριλαμβάνεται η αξία του Φ.Π.Α.». Κατά την

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

άποψη της προσφεύγουσας, επειδή η ως άνω προσφορά αντιστοιχεί επακριβώς στις εργασίες των άρθρων ... («Απόξεση ασφαλικού οδοστρώματος παχ. ... εκ.»), ... («Ασφαλτική προεπάλειψη»), ... («Ασφαλτική συγκολλητική επάλειψη») και ... («Ασφαλτική στρώση κυκλοφορίας, συμπυκνωμένου πάχους ...m με χρήση κοινής ασφάλτου») του συμβατικού τεύχους του τιμολογίου μελέτης, συνάγεται σαφώς ότι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας δεν θα εκτελέσει ο ίδιος τις προαναφερόμενες εργασίες, αλλά προτίθεται να τις αναθέσει στον ως ... πολιτικό μηχανικό, από τον οποίον, άλλωστε, έλαβε και σχετική προσφορά. Εν όψει των ανωτέρω, η προσφορά της καθής η προσφυγή θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, διότι παρέλειψε να δηλώσει στην ενότητα Δ του Μέρους II: «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του Ε.Ε.Ε.Σ, ότι θα αναθέσει μέρος των προς ανάθεση εργασιών στον ως άνω υπεργολάβο της.

- Ο αναθέτων φορέας αναφέρει, μεταξύ άλλων, ότι η προσφορά του ... είναι ενδεικτική και όχι δεσμευτική για την καθής η προσφυγή και ότι υποβλήθηκε, προκειμένου η τελευταία να αιτιολογήσει την τιμή που προσέφερε με την οικονομική της προσφορά.

- Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η ανάθεση ενός εξαιρετικά μικρού ποσοστού της εκτελούμενης σύμβασης σε εξειδικευμένο συνεργείο, ως εν προκειμένω, στ... ... , δεν συνιστά, σε καμία περίπτωση, υπεργολαβία και τούτο, διότι οι ανατιθέμενες εργασίες υπολείπονται του ποσοστού 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης και επομένως, αντιστοιχούν σε ελάχιστο τμήμα αυτής. Β) Στο άρθρο 25 («Υπεργολαβία») παρ. ... της επίμαχης διακήρυξης, ορίζεται ότι: *«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. Η Διευθύνουσα Υπηρεσία μπορεί να χορηγήσει προθεσμία στον ανάδοχο κατ' αίτησή του, για την προσκόμιση της υπεργολαβικής σύμβασης με τον αρχικώς προταθέντα υπεργολάβο ή άλλον, που διαθέτει τα αναγκαία, κατά την κρίση της υπηρεσίας αυτής, προσόντα, εφόσον συντρέχει σοβαρός λόγος».* Επίσης, στην παρ. ... της διακήρυξης, προβλέπεται ότι: *«... Ο αναθέτων φορέας: α) ελέγχει, σε κάθε περίπτωση, την*

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου, κατά την έννοια του άρθρου 22.Β (άρθρα 58 και 75 παρ. 1 περ. α' και 2 ν. 4412/2016), να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, β) επαληθεύει, σύμφωνα με τα, κατά περίπτωση ειδικώς προβλεπόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, (άρθρα 79 έως 81 ν. 4412/2016) 161, τη μη συνδρομή στο πρόσωπό του: i) των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22.Α, πλην της παραγράφου ... αυτού, αν το(α) τμήμα(τα) της σύμβασης το (α) οποίο (α) ο κύριος ανάδοχος είχε αναφέρει στην προσφορά του, κατά το άρθρο 58 του ν. 4412/2016 ή κατά την έναρξη εκτέλεσης της σύμβασης ή κατά τη διάρκεια αυτής, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 131 του ν. 4412/2016, ότι προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, υπερβαίνει το ποσοστό του ... (...%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, όπως αυτή έχει τροποποιηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 132 του ίδιου νόμου και ii) των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22. ..., 22. ... και 22. ... (άρθρα 73 παρ. 1 και 2 και 74 ν. 4412.2016), αν το (α) τμήμα(τα) της σύμβασης, το (α) οποίο (α) ο κύριος ανάδοχος είχε αναφέρει στην προσφορά του, κατά το άρθρο 58 ή κατά την έναρξη εκτέλεσης της σύμβασης ή κατά τη διάρκεια αυτής, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 131 του ν. 4412/2016, ότι προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, δεν υπερβαίνει το ποσοστό του ... (...%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, όπως αυτή έχει τροποποιηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 132 του ίδιου νόμου ...».

Περαιτέρω, στο άρθρο 23 («Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής») παρ. ... της διακήρυξης ορίζεται ότι: «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. ... της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 ... της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας [...]

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

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

Β) Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς, προκύπτει ότι στο ερώτημα: «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» της ενότητας Δ: «Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας» του Μέρους ΙΙ του Ε.Ε.Ε.Σ η καθής η προσφυγή έδωσε αρνητική απάντηση (ΟΧΙ). Ωστόσο, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, από την εξέταση της προσφοράς τ... πολιτικού μηχανικού, ..., συνάγεται αφενός μεν, η πρόθεση της καθής η προσφυγή να αναθέσει υπεργολαβικά στον ως άνω τρίτο την εκτέλεση των εργασιών των άρθρων ... («Απόξεση ασφαλικού οδοστρώματος παχ. ... εκ.»), ... («Ασφαλτική προεπάλειψη»), ... («Ασφαλτική συγκολλητική επάλειψη») και ... («Ασφαλτική στρώση κυκλοφορίας, συμπυκνωμένου πάχους ...m με χρήση κοινής ασφάλτου») του συμβατικού τεύχους του τιμολογίου μελέτης, αφετέρου δε, η πρόθεση του εν λόγω πολιτικού μηχανικού να εκτελέσει τις προαναφερθείσες εργασίες. Μάλιστα, τα ανωτέρω αναφερόμενα επιρρωνύονται και από το γεγονός ότι στην προσφορά τ... ... γίνεται λόγος για εργασίες (απόξεση ασφαλικού οδοστρώματος κλπ) και ουχί για προμήθεια υλικών ή εξοπλισμού (π.χ ... με ... ή ... κλπ), ως αναφέρεται στην προσφορά τ... ... (προμηθευτής), ... οποί..., επίσης, συνυποβλήθηκε μαζί με την αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της καθής η προσφυγή. Συναφώς, στην υποβληθείσα προσφορά της εταιρείας «...» γίνεται λόγος μόνο για προσφερόμενο εξοπλισμό και για προσφερόμενα εξαρτήματα, όπως για παράδειγμα για ... πλαστικό ...mm (TEM 1), για ... φ... ανοιχτό ... (TEM ...), για ρακόρmm ανοιχτό ... (TEM ...)

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

κλπ και ως εκ τούτου, συνάγεται ευχερώς ότι η ως άνω εταιρεία αποτελεί προμηθευτή και ουχί υπεργολάβο του συγκεκριμένου συμμετέχοντος.

Εν όψει των ανωτέρω, αβασίμως προβάλλεται από τον αναθέτοντα φορέα ότι τα άρθρα του τιμολογίου μελέτης Α.Τ ..., ... και ..., εμπεριέχουν, κατά κύριο λόγο, προμήθεια υλικών (...), που πρόκειται να ενσωματωθούν στο έργο και επομένως, δια της εκτέλεσης των εργασιών διάστρωσης της ασφάλτου ... εν λόγω πολιτικός μηχανικός δεν αποκτά την ιδιότητα του υπεργολάβου. Επίσης, αβασίμως προβάλλεται από τ... ... ότι, σύμφωνα με τον προϋπολογισμό του έργου, το κόστος της εργασίας του άρθρου του τιμολογίου μελέτης Α.Τ ... (το οποίο αφορά μόνο στην εκτέλεση εργασίας, χωρίς ...) ανέρχεται στο ποσό των ... ευρώ (... m2 X ... ευρώ), ήτοι σε ποσοστό μόλις ...% του συνολικού προϋπολογισμού του έργου και επομένως, τυχόν παράλειψη δήλωσης του υπεργολάβου της εν λόγω εργασίας, συνιστά επουσιώδη πλημμέλεια της προσφοράς, που δεν δύναται να οδηγήσει στον αποκλεισμό της εταιρείας. Και τούτο, διότι ουδόλως μπορεί να αρθεί ο χαρακτηρισμός μίας σύμβασης, ως σύμβασης υπεργολαβίας, με επίκληση του ποσοστού που καταλαμβάνουν στο συνολικό έργο οι εργασίες που πρόκειται να εκτελεσθούν υπεργολαβικά. Άλλωστε, το γεγονός ότι οι εργασίες των άρθρων Α.Τ. ..., ..., ... και ... του τιμολογίου μελέτης υπολείπονται σε αξία του ποσοστού ...% του συνολικού προϋπολογισμού του υπόψη έργου, ασκεί επιρροή μόνο ως προς τον έλεγχο που διενεργεί ο αναθέτων φορέας ως προς τον υπεργολάβο (εφόσον, βεβαίως, ο τελευταίος έχει δηλωθεί από τον διαγωνιζόμενο), αλλά και ως προς την υποχρέωση του υπεργολάβου να υποβάλλει αυτοτελές Ε.Ε.Ε.Σ (ή όχι). Επισημαίνεται στο σημείο αυτό ότι στο άρθρο 25 («Υπεργολαβία») παράγραφος ... περ. ... i) της εν θέματι διακήρυξης προβλέπονται οι επαληθεύσεις στις οποίες προβαίνει η ... , όταν η σύμβαση υπεργολαβίας υπερβαίνει το ... % της συνολικής αξίας της σύμβασης, στην δε περίπτωση ... ii) του ανωτέρω άρθρου προβλέπονται οι επαληθεύσεις στις οποίες προβαίνει η ... , όταν η σύμβαση υπεργολαβίας δεν υπερβαίνει το ... % της συνολικής αξίας της σύμβασης, ως εν προκειμένω. Επομένως, οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, κατά τους οποίους η ανάθεση ενός εξαιρετικά μικρού ποσοστού της εκτελούμενης σύμβασης σε εξειδικευμένο συνεργείο, δεν συνιστά υπεργολαβία, θα πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι και περαιτέρω, ως αβάσιμοι και τούτο, διότι ουδόλως επεξήγησε ο παρεμβαίνων

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

ποια διαφορά υφίσταται ανάμεσα στην ανάθεση μέρους/τμήματος της σύμβασης σε εξειδικευμένο συνεργείο και στην ανάθεση μέρους/τμήματος της σύμβασης σε υπεργολάβο, υπό την έννοια του άρθρου 25 της ένδικης διακήρυξης. Ως, εξάλλου, κρίθηκε με την υπ' αριθμ. .../2020 απόφαση της Ε.Α. ΣΤΕ: «[...] Κατά την έννοια, όμως, του σχετικού όρου της διακήρυξης (υποάρθρο ... παρ. ...), η ανάθεση της εκτέλεσης τμήματος της συναφθσόμενης συμβάσεως σε τρίτους, δηλαδή σε οικονομικούς φορείς μη συνδεδόμενους με την αναθέτουσα αρχή με νομικό δεσμό, αποτελεί «ανάθεση τμήματος της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας», ανεξαρτήτως της ειδικότερης νομικής φύσης της σχέσης βάσει της οποίας θα αναλάβουν αυτοί έναντι του αναδόχου την εκτέλεση των σχετικών εργασιών (πρβλ. ΕΑ 196/2006, πρβλ., επίσης, ως προς την έννοια του "...", ΑΠ 119/2013, 570/2007)».

Επιπροσθέτως, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, σε κανένα σημείο της αιτιολόγησης της εν λόγω οικονομικής προσφοράς δεν αναφέρεται ότι η προσφορά τ... ... «... αποτελεί συγκριτικό στοιχείο με βάση τις τιμές της αγοράς, που αιτιολογεί τον υπολογισμό του κόστους της προσφοράς της, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της (ΔΕΦΑΘ 1486/2023, 718/2023)...». Από το σύνολο των προεκτεθέντων συνάγεται ότι μη νομίμως τέθηκε αρνητική απάντηση («ΟΧΙ») στο ερώτημα: «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» του Μέρους ΙΙ του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ, καθώς τούτο είχε ως συνέπεια, ο οικείος αναθέτων φορέας να μην είναι σε θέση να ελέγξει εάν ο υπεργολάβος πληροί τα τιθέμενα κριτήρια επιλογής, αλλά ούτε και εάν συντρέχουν (ή όχι) στο πρόσωπό του οι λόγοι αποκλεισμού της διακήρυξης. Ως, εξάλλου, κρίθηκε στην υπ' αριθμ. .../2017 απόφαση της Αρχής (βλ. σκέψη 14): «[...] Η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα δεν αίρει την υποχρέωση, προς νόμιμη επίκληση και λήψη υπόψη των ικανοτήτων αυτών, ρητής αναφοράς της στο ... του προσφέροντος και περαιτέρω την υποβολή εκ του προσφέροντος αυτοτελούς ... συνταχθέντος και ψηφιακά υπογεγραμμένου εκ του τρίτου οικονομικού φορέα περί τη μη συνδρομή στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού και τη συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων, στην περίπτωση δε που οι παραπάνω προϋποθέσεις δεν πληρούνται ή δεν υποβληθεί το οικείο ... του τρίτου οικονομικού φορέα ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

μπορούν να λογιστούν υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου, ως συνδυαζόμενη και συνεχόμενη με τις ικανότητες του τρίτου είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη...».

Σε συνέχεια των ανωτέρω θα πρέπει, επίσης, να επισημανθεί ότι ο σκοπός της διαδικασίας αιτιολόγησης μιας οικονομικής προσφοράς είναι όχι μόνο η διαπίστωση της οικονομικής φερεγγυότητάς της, αλλά και η επαλήθευση αυτών που έχουν δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ, καθόσον είναι, σε κάθε περίπτωση, δυνατόν κατά την αιτιολόγηση μιας οικονομικής προσφοράς να αναδειχθούν ανακρίβειες ή πλημμέλειες που έλαβαν χώρα είτε από αμέλεια, είτε και από δόλο του συμμετέχοντος κατά την συμπλήρωση του εν λόγω εντύπου. Τέλος, επισημαίνεται ότι η επίμαχη πλημμέλεια της προσφοράς δεν δύναται να θεραπευθεί, κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει και τούτο, διότι τυχόν παροχή δυνατότητας συμπλήρωσης του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ, θα προϋπέθετε την επανυποβολή νέου, ορθώς συμπληρωμένου εντύπου, μετά την πάροδο της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών στον υπόψη διαγωνισμό και επομένως, θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς και θα προσέδιδε αθέμιτο ... στην καθής η προσφυγή σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων, κατά παράβαση της θεμελιώδους αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ανόθευτου ανταγωνισμού. Εξάλλου, κατά τα παγίως νομολογιακά κριθέντα, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών και υποβολής εγγράφων, των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη, βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς εάν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει.

Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι, αφενός μεν, σε καμία διάταξη του νόμου ή της διακήρυξης δεν προβλέπεται η άρση του χαρακτηρισμού μίας σύμβασης, ως σύμβασης υπεργολαβίας, βάσει του ποσοστού που καταλαμβάνουν στο συνολικό έργο οι εργασίες που πρόκειται να ανατεθούν υπεργολαβικά, αφετέρου δε, δεν πρόκειται περί επουσιώδους σφάλματος, αλλά περί παράλειψης δήλωσης στο Ε.Ε.Ε.Σ επί ποινή αποκλεισμού ζητούμενων στοιχείων (όπως είναι η επωνυμία του υπεργολάβου και το τμήμα της σύμβασης που θα του ανατεθεί υπεργολαβικά), τα οποία, κατά

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

πάγια νομολογία, δεν είναι δεκτικά διευκρίνισης, δυνάμει του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

- 3^{ος} λόγος: μη νόμιμη αποδοχή ανεπαρκών επεξηγήσεων επί ασυνήθιστα χαμηλής οικονομικής προσφοράς. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως και με ανεπαρκή/εσφαλμένη αιτιολογία έγιναν δεκτές οι επεξηγήσεις που υπέβαλε η καθής η προσφυγή επί της οικονομικής της προσφοράς (προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 42,40%), η οποία κρίθηκε ως ασυνήθιστα χαμηλή, υπό την έννοια του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, διότι παρουσίαζε απόκλιση μεγαλύτερη των ... (...) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των υποβληθεισών παραδεκτών προσφορών. Β) Επισημαίνεται καταρχάς ότι η θέσπιση ενός συστήματος ελέγχου και εντοπισμού των υπερβολικά χαμηλών προσφορών εξυπηρετεί τη διασφάλιση του υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού και αποτρέπει τις αυθαίρετες εκτιμήσεις από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής, προς όφελος των διαγωνιζομένων. Παρόλα αυτά, οι διατάξεις των ενωσιακών οδηγιών δεν διατυπώνουν με σαφήνεια την έννοια της «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» και δεν προσδιορίζουν με ακρίβεια την έκταση της ευχέρειας των αναθετουσών αρχών/αναθετόντων φορέων να αποδεχθούν τις έγγραφες διευκρινίσεις του προσφέροντος ή να τις απορρίψουν. Η άσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής δεν εκφεύγει του δικαστικού ελέγχου, καθώς οι ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί που προβάλλονται με προδικαστική προσφυγή από συνδιαγωνιζόμενο θα πρέπει να απαντηθούν αιτιολογημένα και επαρκώς από αυτήν, σε περίπτωση δε που αποδειχθεί ότι υφίστανται αμφιβολίες για στοιχεία της οικονομικής προσφοράς, ο οικονομικός φορέας καλείται να προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά προς αιτιολόγηση των «αμφιλεγόμενων» στοιχείων της προσφοράς του.

Από την επισκόπηση του οικείου φακέλου προκύπτει ότι η καθής η προσφυγή υπέβαλε την, από2023, αιτιολόγηση επί της οικονομικής της προσφοράς, συνοδευόμενη από έγγραφο υπό τον τίτλο: «...», στο οποίο παραθέτει το κόστος ... του έργου (άμεσο κόστος), στο δε βασικό έγγραφο της αιτιολόγησης παρατίθενται συνοπτικά οι δαπάνες του έμμεσου κόστους του έργου (... , ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., γενικά έξοδα ...). Μετά την υποβολή των ως άνω εγγράφων από την καθής η προσφυγή, η επιτροπή διαγωνισμού της

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

ζήτησε (βλ. το, από2023, έγγραφο) να παράσχει πρόσθετα στοιχεία επί συγκεκριμένων ποσών της επίμαχης αιτιολόγησης. Πιο συγκεκριμένα, η επιτροπή διαγωνισμού ζήτησε: i) να διευκρινιστούν τα στοιχεία που αφορούν στο κόστος μισθοδοσίας του εργατοτεχνικού προσωπικού (... , ... κλπ), σύμφωνα με τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας, ii) να αιτιολογηθεί πλήρως (καθόσον από τα προσκομισθέντα στοιχεία προέκυπτε υποκοστολόγηση των χωματουργικών εργασιών), η επίδοση των μηχανημάτων και να προσκομιστούν περαιτέρω στοιχεία για το κόστος τους (... , ... , ... , ... κλπ), διότι πρόκειται για έργο εντός κατοικημένης περιοχής με δίκτυα ... , σε συνδυασμό με τις λοιπές συμβατικές εργασίες (... , ... , ... και ...), iii) να αιτιολογηθεί πλήρως το έμμεσο κόστος του έργου, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην με αριθμό .../2017 εγκύκλιο του ... , iv) να υπολογιστεί το κόστος μεταφοράς των υλικών επί τόπου του έργου στην περιοχή τ... ..., καθόσον κάποιες από τις υποβληθείσες προφορές ανέφεραν ως τόπο παράδοσης την αποθήκη του προμηθευτή, επιπλέον δε να επικαιροποιηθούν οι προσφορές, ο χρόνος ισχύος των οποίων είχε λήξει, αλλά και να διευκρινιστεί ο τόπος παράδοσης των υλικών, όπου αυτός δεν αναφερόταν. Εν συνεχεία και προς διευκρίνιση των ανωτέρω ζητημάτων, η καθής η προσφυγή υπέβαλε το, από2023, έγγραφο διευκρινίσεων, οι δε πρόσθετες αυτές διευκρινίσεις της κρίθηκαν ως επαρκείς από την επιτροπή διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, η οποία εισηγήθηκε την αποδοχή της επίμαχης αιτιολόγησης. Ωστόσο, από την επισκόπηση του, από2023, εγγράφου παροχής πρόσθετων διευκρινίσεων της καθής η προσφυγή, προκύπτουν οι εξής πλημμέλειες: i) Παρότι η επιτροπή διαγωνισμού ζήτησε από την καθής η προσφυγή να διευκρινίσει τα στοιχεία του κόστους μισθοδοσίας του εργατοτεχνικού προσωπικού (π.χ ... , ... , κλπ), σύμφωνα με τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας, η εν λόγω εταιρεία παρείχε στοιχεία μόνο για το κόστος μισθοδοσίας τ... χειριστή, Επομένως, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα «... Κατ' αυτόν τον τρόπο απέφυγε να δώσει συγκεκριμένα στοιχεία για το εργατικό κόστος που βαρύνει το έργο, στοιχείο που η ... είχε θεωρήσει απαραίτητο να γνωρίζει, προκειμένου να προτείνει θετικά ή αρνητικά για την αποδοχή της αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς του. Στο έργο προβλέπεται η εκτέλεση πλήθους εργασιών, στις οποίες θα εργασθεί εργατοτεχνικό προσωπικό και για καμία ειδικότητα εργαζομένων, πλην ... συγκεκριμένου χειριστή μηχανήματος, ο υπόχρεος σε

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του οικονομικός φορέας δεν έδωσε στοιχεία (κανένα απολύτως κοστολογικό στοιχείο).». Εν όψει των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, κατά τους οποίους δεν ήταν δήθεν υποχρεωμένος να υποβάλλει πλήρη λίστα κόστους απασχολούμενων, οι δε Αναλυτικές Περιοδικές Δηλώσεις (...) του εργατοτεχνικού προσωπικού που υπέβαλε το πρώτον με την ασκηθείσα παρέμβασή του, δεν μπορούν να ληφθούν νομίμως υπόψη από την Αρχή, καθότι δεν υποβλήθηκαν, όπως έπρεπε, ενώπιον του οικείου αναθέτοντος φορέα, ο οποίος αξιολόγησε τις πρόσθετες διευκρινίσεις του και εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη. Άλλωστε, και από τις ΑΠΔ που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα – οι οποίες, όπως προαναφέρθηκε, δεν λαμβάνονται υπόψη από την Αρχή – προκύπτει για παράδειγμα ότι οι εισφορές τ... .. είναι διαφορετικές από τις εισφορές τ... .., παρόλο που η καθής η προσφυγή υποστήριξε ότι οι μισθοί του απασχολούμενου προσωπικού της είναι ίδιοι και επομένως, δεν υπάρχουν διαφορές τις οποίες θα έπρεπε να παραθέσει με τις παρασχεθείσες (πρόσθετες) διευκρινίσεις της προς τη ii) Παρότι η επιτροπή διαγωνισμού ζήτησε από την καθής η προσφυγή να αιτιολογήσει πλήρως την επίδοση των μηχανημάτων και να προσκομίσει περαιτέρω στοιχεία για το κόστος (... , ... , ... , ... κλπ), η εν λόγω εταιρεία δήλωσε απλώς ότι τα μηχανήματά της είναι καινούργια και δεν υφίστανται βλάβες, χωρίς να κοστολογήσει τις βλάβες και τα απαιτούμενα ανταλλακτικά, ως ζητήθηκε. Επομένως, η καθής η προσφυγή παρέλειψε να παράσχει συγκεκριμένα και σαφή στοιχεία ως προς το κόστος των εργασιών συντήρησης και λίπανσης των μηχανημάτων, οι οποίες (εργασίες) είναι απαραίτητες για την σωστή λειτουργία τους, ανεξάρτητα από την παλαιότητά τους. Τέλος, όσον αφορά στην επίδοση των μηχανημάτων, γίνεται, εν προκειμένω, δεκτό ότι η καθής η προσφυγή εσφαλμένα παραπέμπει στην εκτέλεση άλλου έργου της ίδιας υπηρεσίας, καθότι τα στοιχεία αυτά δεν είναι υποχρεωτικώς γνωστά στα μέλη της συγκεκριμένης επιτροπής διαγωνισμού, η οποία εκλήθη να αξιολογήσει την αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς που υπέβαλε στον επίδοχο διαγωνισμό. Για τους προαναφερόμενους λόγους, αορίστως και συνεπώς, απαραδέκτως προβάλλεται από την παρεμβαίνουσα, ότι το κόστος συντήρησης των μηχανημάτων που διαθέτει είναι πολύ μικρότερο από το κόστος συντήρησης παλαιών μηχανημάτων (20ετίας ή 30ετίας), καθότι πρόκειται για

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

καινούργια μηχανήματα. iii) Παρότι η επιτροπή διαγωνισμού ζήτησε από την καθής η προσφυγή να αιτιολογήσει πλήρως το έμμεσο κόστος, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ' αριθμ. .../2017 εγκύκλιο του ... , η εν λόγω εταιρεία ουδόλως αιτιολόγησε την οικονομική προσφορά της, βάσει των ποσοστών που αναφέρονται στην ως άνω εγκύκλιο, αλλά απλώς παρέθεσε το συνολικό ποσό του έμμεσου κόστους που βαρύνει το προς ανάθεση έργο, χωρίς περαιτέρω επεξηγήσεις. Εξάλλου, δεδομένου ότι η ίδια η παρεμβαίνουσα συνομολογεί ότι εφάρμοσε την ως άνω εγκύκλιο για τον υπολογισμό του έμμεσου κόστους, ο ισχυρισμός της ... περί δυνατότητας απόκλισης από τις προβλέψεις της εγκυκλίου πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Και τούτο, διότι από τη στιγμή που ο διαγωνιζόμενος επιλέξει για την αιτιολόγηση της προσφοράς του τη μέθοδο υπολογισμού του έμμεσου κόστους που υποδεικνύεται από την ως άνω εγκύκλιο, έχει υποχρέωση να την εφαρμόσει στο σύνολό της (ΔΕΦΑΘ 148/2020, ΣΤΕ 1401/2007, ΣΤΕ ΕΑ Μ769/2005).

iv) Τέλος, παρότι η επιτροπή διαγωνισμού ζήτησε από την καθής η προσφυγή να υπολογίσει το κόστος μεταφοράς των υλικών επί τόπου του έργου στην περιοχή τ... .. και να διευκρινίσει τον τόπο παράδοσης των υλικών (όπου αυτός δεν αναφερόταν), ο εν λόγω οικονομικός φορέας απάντησε μόνο σε σχέση με το πρώτο ζήτημα που αφορά στο κόστος των μεταφορών, χωρίς να παράσχει πληροφορίες και συγκεκριμένα στοιχεία ως προς τα λοιπά ζητήματα που έθεσε η επιτροπή διαγωνισμού. Εν όψει των ανωτέρω, αορίστως και επομένως, απαραδέκτως προβάλλεται από την παρεμβαίνουσα ότι: *«... οι περισσότερες παραδόσεις των υλικών γίνονται στο έργο...»*.

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται σαφώς ότι μη νομίμως και με εσφαλμένη αιτιολογία έγινε δεκτή η εν λόγω οικονομική προσφορά, αφού η καθής η προσφυγή παρέλειψε να παρουσιάσει το κόστος μισθοδοσίας για το σύνολο του εργατοτεχνικού προσωπικού που θα απασχοληθεί στο υπόψη έργο, να αιτιολογήσει πλήρως το έμμεσο κόστος, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην υπ' αριθμ. .../2017 εγκύκλιο του ... και να διευκρινίσει τον τόπο παράδοσης των υλικών, ως ειδικώς και συγκεκριμένα ζητήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα. Επιπροσθέτως, με ελλιπή και συνεπώς, εσφαλμένη αιτιολογία έγινε, εν προκειμένω, δεκτό ότι συντρέχουν ευνοϊκές συνθήκες όσον αφορά στον απαιτούμενο ιδιόκτητο εξοπλισμό και στα μηχανήματα για την κατασκευή του υπόψη έργου, αφού η καθής η προσφυγή παρέλειψε να

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

παράσχει σαφή και συγκεκριμένα στοιχεία ως προς το κόστος συντήρησης και λίπανσης των μηχανημάτων έργου της, ως της είχε ζητηθεί από την επιτροπή. Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός του αναθέτοντος φορέα, κατά τον οποίο η επίμαχη αιτιολόγηση ορθώς έγινε αποδεκτή, διότι δήθεν η προσφορά συμμορφώνεται με τις υποχρεώσεις του άρθρου 18 παρ. 2 του ν. 4412/2016, που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, θα πρέπει να απορριφθεί ως αόριστος, αναπόδεικτος και συνεπώς, ως απαράδεκτος. Με βάση τα προαναφερόμενα, η συμπροσβαλλόμενη, με αριθμ. ... πράξη του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, με την οποία η καθής η προσφυγή ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος της οικείας σύμβασης, θα πρέπει να ακυρωθεί ως μη νόμιμη και ως ανεπαρκώς αιτιολογημένη, για τους προαναφερόμενους δε λόγους, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των επιμέρους ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί υποκοστολόγησης του άμεσου και έμμεσου κόστους του έργου. Συναφώς, ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τις υπ' αριθμ. .../2023, .../2023 και .../2023 αποφάσεις του ΔΣ της ..., που εκδόθηκαν στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ ... , σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο αναλυτικό σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού δέκα χιλιάδων πεντακοσίων (10.500,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 28^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 18^η Δεκεμβρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1873/2023

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ