

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 3-2-2023 με την εξής σύνθεση: Ε. Σβολοπούλου Πρόεδρος, Ι. Θεμελή Εισηγήτρια, και Σ. Σταματοπούλου μέλη

Για να εξετάσει την από 28-12-2022 με ΓΑΚ 1891/29-12-2022 Προδικαστική Προσφυγή της κ. ...,

Κατά του ... (εφεξής ο «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ... ΑΤΕ, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 338/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθ' ο μέρος έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος κατασκευής του έργου ..., προϋπολογισθείσας αξίας ποσού Ευρώ 682.020,81 χωρίς ΦΠΑ, έναντι της αποδεκτής προσφεύγουσας η οποία κατατάχτηκε δεύτερη κατά το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης (χαμηλότερη προσφορά).

Η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης:296/2023

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, ποσού 3.410,11 ευρώ σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την διακήρυξη υπ' αριθ. πρωτ. .../...-...-2022, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό με το παραπάνω αναφερόμενο αντικείμενο και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις ...-...-2022 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ καθ' ύλην και κατά χρόνο, προσηκόντως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε την 28-12-2022 η υπό κρίση προσφυγή με ανάρτηση στην λειτουργικότητα *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής η *επικοινωνία*), εντός της 10ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας από την πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι ι) η προσβαλλόμενη απόφαση, που είναι εκτελεστή πράξη περάτωσης σταδίου οικονομικών προσφορών-ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, κοινοποιήθηκε μεν στην προσφεύγουσα την 13-12-2022 μέσω της *επικοινωνίας*, αλλά άνευ της πλήρους αιτιολογίας αυτής, δηλαδή άνευ της αιτιολόγησης της προσφερόμενης από την παρεμβαίνουσα ασυνήθιστα χαμηλής τιμής, την οποία αιτιολόγηση η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την 20-12-2022 στην προσφεύγουσα κατόπιν του από 19-12-2022 σχετικού αιτήματός της, β) η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του π.δ. 39/2017. Η αναθέτουσα αρχή νομίμως και προσηκόντως προέβη την 30-12-2022 στην προβλεπόμενη, στο άρθ. 365

Αριθμός απόφασης:296/2023

παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016, κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω της *επικοινωνίας*. Κατόπιν τούτου, η παρεμβαίνουσα εμπροθέσμως, προσηκόντως και με προφανές έννομο συμφέρον, καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της, άσκησε παρέμβαση με ανάρτηση στην *επικοινωνία* την 9-1-2023 εντός της 10ήμερης αποκλειστικής νόμιμης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής, (365 παρ. 1, 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017). Την 12-1-2023 εμπροθέσμως και προσηκόντως η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε, εντός της προβλεπόμενης 15ήμερης προθεσμίας από την άσκηση της προσφυγής, το με αριθ. πρωτ. 686/11-1-2023 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (β) του ν. 4412/2016. Η προσφεύγουσα νομίμως, εμπροθέσμως και προσηκόντως κατέθεσε Υπόμνημα την 17-1-2023 εντός της 5ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθ. 365 παρ. 1 περ. (γ) τελευταίο εδ., και παρ. 8 του ν. 4412/2016. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1 και 15 του π.δ. 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 2617/2022 Πράξης της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου περί ορισμού εισηγητή και ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής- κλήση περί απόψεων επί χορήγησης προσωρινών μέτρων.

3. Επειδή σύμφωνα με την υπ' αριθ. 273/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αφού διαπιστώθηκε ότι κατατέθηκαν στον διαγωνισμό δέκα τέσσερις προσφορές, αποφασίστηκε i) να κληθεί η παρεμβαίνουσα για αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της, ως ασυνήθιστα χαμηλής σύμφωνα με το τεκμήριο του άρθ. 88 του ν. 4412/2016, καθόσον η προσφερόμενη τιμή υπερέβη τον μέσο όρο των προσφερομένων τιμών (εκπτώσεων επί του προϋπολογισμού), ο οποίος ΜΟ διαμορφώθηκε σε ποσοστό 18,66%-, και ii) να αποκλεισθούν οι προσφορές τριών οικονομικών φορέων. Κατόπιν της κατάθεσης και αξιολόγησης της αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση δυνάμει της οποίας έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά, με

Αριθμός απόφασης:296/2023

αποτέλεσμα να αναδειχθεί η παρεμβαίνουσα προσωρινή ανάδοχος καταλαμβάνοντας τη πρώτη σειρά μειοδοσίας με προσφερόμενη έκπτωση 24,86%, με αμέσως επόμενη την αποδεκτή προσφεύγουσα με 17,86%. Συνεπώς, η προσφεύγουσα θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, με σκοπό να αποκλεισθεί η προσφορά της αμέσως προτασσόμενης προσωρινής αναδόχου.

4. Επειδή εφαρμοστέα είναι τα άρθρα 18 παρ. 1, 53 παρ. 2 περ. ιζ), 58, 71, 79, 88, 89, και 131 παρ. 6 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή στην διακήρυξη ορίζεται ότι «... Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ... Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) την πρόθεση του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου.... Άρθρο 25: Υπεργολαβία 25.1 Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τίμημα 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. ...»

6. Επειδή η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τα άρθρα 58, 79 του ν. 4412/2016, τους όρους 22.ΣΤ, 23.1, 25 της διακήρυξης, την κανονιστική φύση των όρων της διακήρυξης και νομολογία των Δικαστηρίων, στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της αναδόχου ισχυριζόμενη ότι «...Στην προκειμένη περίπτωση ο προσωρινός ανάδοχος ... μη νομίμως δεν συμπλήρωσε στο ΕΕΕΣ του το πεδίο που αφορά στους υπεργολάβους, Μέρος ΙΙ, Ενότητα Δ, παρόλο που αυτοί ήταν γνωστοί καθόσον τους δήλωσε στην αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς. Επιπλέον μη νόμιμα δεν κατέθεσε ως όφειλε ΕΕΕΣ για τους υπεργολάβους και επομένως η προσφορά του προσωρινού αναδόχου όφειλε να απορριφθεί. Συγκεκριμένα στην από 21-11-2022 αιτιολόγηση της οικονομικής του προσφοράς ο ως άνω οικονομικός φορέας υπέβαλε ΥΠΟΦΑΚΕΛΟ που τιτλοφορείται ΠΡΟΣΦΟΡΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΩΝ – ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΩΝ εντός του οποίου περιέλαβε και

Αριθμός απόφασης:296/2023

επικαλέσθηκε τις εξής προσφορές: 1) 1) Σε συνέχεια προφορικών επαφών μας και λαμβάνοντας υπόψη τα σχέδια της μελέτης που μου δώσατε και σε συνέχεια της πολυετούς συνεργασίας μας σας προσφέρω: 1. Για την κατασκευή ξυλοτύπων συνήθων χυτών κατασκευών- διάστρωση – συμπίκνωση σκυροδέματος: 15,00€/m² 2. Για την κατασκευή ξυλοτύπων εμφανών κατασκευών- διάστρωση – συμπίκνωση σκυροδέματος: 20,00€/m² 3. Για επεξεργασία επιφάνειας σκυροδέματος βιομηχανικών δαπέδων (περιλαμβάνει την διάστρωση-ελικοπτέρωση- προμήθεια χαλαζιακής – τσιμέντου- σκληρυντών διαμόρφωση αρμών και γέμισμα αρμών με ελαστομερές υλικό: 6,00€/m² Ρητώς σε αυτή αναγράφεται ότι στην προσφερόμενη τιμή συμπεριλαμβάνεται η εργασία και τα υλικά, ενώ ο υπεργολάβος δηλώνει ρητώς ότι θα κατασκευάσει ολόκληρα άρθρα του συμβατικού τιμολογίου. 2) Την από 17-11-2022 προσφορά της ...: «Οικονομική Προσφορά Κατασκευής Δαπέδου ...Αγαπητέ κ...., Εκ μέρους της ... (μέλος του Ομίλου Εταιριών ...), θα θέλαμε να σας υποβάλουμε την παρακάτω τιμή για την κατασκευή δαπέδου με Αρχιτεκτονικό Σκυρόδεμα ... (Ινοπλισμένου με ίνες πολυπροπυλενίου, ελάχιστης κατηγορίας αντοχής C25/30), για συνολική επιφάνεια 1850 m² και τελικό ελάχιστο πάχος 12,00 cm. ... έγχρωμης Βάσης και Φυσικό Αδρανές Βότσαλο 10 mm: 47,00 €/m² Στην παραπάνω τιμή περιλαμβάνονται : - Το κόστος του σκυροδέματος και η μεταφορά του στο έργο - Η άντληση του σκυροδέματος στο σημείο εφαρμογής - Το καλούπωμα των προς σκυροδέτηση τμημάτων βάσει σχεδίου - Η προμήθεια και τοποθέτηση πλαστικής μεμβράνης (150 μm) - Η εφαρμογή του υλικού με τήρηση των κλίσεων και της επιπεδότητας - Η επεξεργασία της επιφάνειας με χειροκίνητα και μηχανικά μέσα - Η προμήθεια και εφαρμογή ειδικού αναστολέα εξάτμισης -Η προμήθεια και εφαρμογή απενεργοποιητή επιφανείας -Το πλύσιμο της επιφάνειας για την αποκάλυψη των αδρανών - Η κοπή συστολικών αρμών σε μέγιστο κάνναβο - Η προμήθεια και εφαρμογή σφραγιστικού υλικού επιφανείας - Το κόστος ασφάλισης του εργατοτεχνικού προσωπικού του συνεργείου εφαρμογής (ένσημα ΙΚΑ).» Ρητώς και σε αυτήν την προσφορά αναγράφεται ότι περιλαμβάνονται και εργασίες. 3) Την από 05-10-2021 προσφορά της ...ΟΕ: Ανοξειδωτο κιγκλίδωμα με διπλό χειρολισθήρα Φ50/3mm Βάσει σχεδίου 7,00m 180,00 1260,00 Προμήθεια- κοπή –

Αριθμός απόφασης:296/2023

τοποθέτηση στραντζαριστων 20X20mm για κατασκευή καθιστικών 20mmX20mmX0,35m 32 τεμ για καθιστικά 11,20m 15,00 168,00 Προμήθεια-κοπή – τοποθέτηση στραντζαριστων 30X30mm για κατασκευή καθιστικών 30mmX30mmX16m για καθιστικά 16m 20,00 320,00 Προμήθεια-κοπή – τοποθέτηση στραντζαριστων 30X30mm για κατασκευή καθιστικών 30mmX30mmX0,38m 108 τεμ. για θέατρο 41.00m 20,00 820,00 Οι ως άνω προσφορές αφορούν προδήλως, κατά τα ρητώς σε αυτές δηλούμενα, σε εργασίες κατασκευής του έργου. Επομένως, προκύπτει ότι πληρούνται τα τρία γνωρίσματα της υπεργολαβίας και ειδικότερα, η ιδιότητα του υπεργολάβου ως τρίτου έναντι του προσφέροντος, η εκτέλεση από τους ως άνω υπεργολάβους μέρους του συμβατικού αντικειμένου και τρίτον η ανυπαρξία συμβατικής σχέσης μεταξύ τρίτου και αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον και η ίδια η ... ρητώς συνομολογεί ότι οι εν λόγω προσφορές είναι προσφορές υπεργολάβων στην αιτιολόγηση που υπέβαλε, αφού τις έχει συμπεριλάβει σε φάκελο που ονοματίζει προσφορές προμηθευτών - ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΩΝ: Περαιτέρω, από το ΕΕΕΣ της ... ΑΤΕ στο Μέρος II, Ενότητα «Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας. Απάντησε «Δεν βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων» Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας; απάντησε: Όχι. Επομένως, σε συνέχεια των προαναφερθέντων προκύπτει ότι η προσφορά της ... ΑΤΕ μη νομίμως έγινε δεκτή λόγω μη δήλωσης στο ΕΕΕΣ της πρόθεσής της να προσφύγει σε υπεργολάβους (τους ανωτέρω που δήλωσε στην αιτιολόγησή της), προεχόντως δε λόγω της παραλείψεως να υποβάλλει ξεχωριστά ΕΕΕΣ για τους ως άνω υπεργολάβους που προτίθεται να χρησιμοποιήσει...»

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ αναφέρει στις απόψεις της ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή διότι «..Η εταιρία «... ΑΤΕ» στην αιτιολόγηση που υπέβαλε ανέφερε ότι δεν θα αναθέσει κανένα ποσοστό της σύμβασης σε υπεργολάβο και ότι το έργο θα εκτελεσθεί από την ίδια .. Η κατάθεση προσφορών από συνεργάτες και προμηθευτές της δεν υποκρύπτουν υπεργολαβία αλλά έγιναν προκειμένου η προσωρινή ανάδοχος να δικαιολογήσει τον υπολογισμό του άμεσου κόστους. Δεδομένου ότι η εταιρία «... ΑΤΕ» διαθέτει επαρκή εμπειρία για την εκτέλεση του έργου,

Αριθμός απόφασης:296/2023

θεωρήθηκε και ορθά από την Επιτροπή Διαγωνισμού και την Οικονομική Επιτροπή ότι οι προσφορές συνεργατών και προμηθευτών της που κατέθεσε δεν αποτελούν ένδειξη υπεργολαβίας, αλλά μέσο για την απόδειξη της εκτίμησης του άμεσου κόστους των εργασιών καθώς αποτελούν ενδεικτικό και όχι περιοριστικό τρόπο υπολογισμού του εκτιμώμενου κόστους...» Η προσφεύγουσα αναφέρει στο υπόμνημα ότι η αναθέτουσα αρχή συνομολόγησε τους ισχυρισμούς της και αναφέρεται εκτενώς σε νομολογία των Δικαστηρίων περί της έννοιας της υπεργολαβίας.

9. Επειδή η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τον όρο 25 της διακήρυξης την κανονιστική φύση της διακήρυξης, και αποφάσεις της ΕΑΔΗΣΥ και των Δικαστηρίων αναφέρει ότι «...Στην παρούσα περίπτωση η εταιρία μας απαντώντας στην πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής με την αιτιολόγηση της προσφοράς της υπέβαλε προσφορές συνεργατών της ως συγκριτικά στοιχεία των τρεχουσών τιμών της αγοράς για ορισμένες εργασίες προκειμένου να στοιχειοθετήσει την προσφερόμενη από αυτήν τιμή γι' αυτές και τη βιωσιμότητα και το κερδοφόρο της προσφοράς της. Εύλογο είναι κάθε διαγωνιζόμενος για να κοστολογήσει ένα έργο προκειμένου να συμμετάσχει σε διαγωνιστική διαδικασία για την ανάληψή του να προσφεύγει σε εταιρίες ή ιδιώτες συνεργάτες προκειμένου να αποκτήσει πληροφορίες για το ύψος της τιμής συγκεκριμένου προϊόντος ή υπηρεσίας προκειμένου να υποβοηθηθεί στην εκτίμηση των πραγματικών δεδομένων συγκεκριμένης χρονικής στιγμής που είναι ο χρόνος υποβολής των προσφορών. Αυτή είναι η συνήθης πρακτική και αυτή ακολουθείται από όλους τους σώφρονες και συνετούς εργολάβους. Από το σύνολο των εγγράφων που προσκομίσαμε με την αιτιολόγηση της οικονομικής προφοράς μας συνάγεται ότι η αληθής μας πρόθεση και βούληση είναι να εκτελεσθεί το έργο αποκλειστικά από την εταιρία μας. Για το λόγο αυτό άλλωστε η εταιρία μας ζήτησε και έλαβε προσφορές από προμηθευτές για το σύνολο των υλικών που πρόκειται να χρησιμοποιηθούν – ενσωματωθούν στο έργο. Με την εν λόγω αιτιολόγηση επομένως απλά παραθέτουμε ενδεικτικά προσφορές προμηθευτών και συνεργατών μας προκειμένου να αποδείξουμε ότι οι τιμές της προσφοράς μας είναι απόλυτα εφικτές και ρεαλιστικές. Από μόνο το γεγονός ότι η εταιρία μας έλαβε οικονομική προσφορά για την εκτέλεση ορισμένων από τις εργασίες του έργου, προκειμένου να

Αριθμός απόφασης:296/2023

στοιχειοθετήσει την προσφερόμενη από αυτήν τιμή, δεν προκύπτει άνευ ετέρου η πρόθεσή μας να αναθέσουμε την εκτέλεση της σύμβασης υπερβολικά, δεδομένου ότι η εταιρία μας ρητά δηλώνει στην αιτιολόγησή της, η οποία την δεσμεύει κατ' άρθρο 88§5α του Ν. 4412/2016 κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ότι θα εκτελέσει το επίμαχο έργο, όπως έχει εκτελέσει και άλλα πολλά παρόμοια έργα οργανώνοντας η ίδια το εργοτάξιο της και χρησιμοποιώντας στελέχη της και προσωπικό της που απασχολεί σε μόνιμη βάση καθώς και ιδιόκτητα μηχανήματα, όπως ρητά αναφέρεται στην έκθεση αιτιολόγησης οικονομικής προσφοράς και τα παραρτήματά της που υποβάλαμε και στην οποία αναφέρονται κατά λέξη : «Η αναλυτική τεκμηρίωση του άμεσου κόστους βασίστηκε στη μεγάλη εμπειρία της εταιρείας στην εκτέλεση παρόμοιων έργων και μάλιστα με υψηλές εκπτώσεις, την πολύ καλή γνώση των τοπικών συνθηκών αφού η εταιρεία μας εκτέλεσε και εκτελεί έργα στην περιοχή του ..., τον ιδιόκτητο εξοπλισμό και μηχανήματα που διαθέτει και το τεχνικό και εργατοτεχνικό προσωπικό που απασχολεί σε μόνιμη βάση για την εκτέλεση των έργων της...» Εν όψει των ανωτέρω επαναλαμβάνουμε και πάλι ότι ορθά η εταιρία μας στο ερώτημα «ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό τη μορφή υπερβολικής;» απάντησε «ΟΧΙ» και όσα περί υποβολής ελλιπούς ΕΕΕΣ που αναφέρει η αιτούσα είναι απορριπτικά ως αβάσιμα... 2. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η εταιρία μας προτίθεται να αναθέσει υπερβολικά την εκτέλεση τμημάτων του έργου είναι απορριπτικός σε κάθε περίπτωση ως αορίστως προβαλλόμενος και αναπτόδεικτος... Στην παρούσα περίπτωση η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρία μας για την εκτέλεση του έργου θα χρησιμοποιήσει δήθεν ως υπερβολάβους τον «...», την εταιρία «...» και την εταιρία «... ΟΕ» χωρίς να αναφέρει και να αποδεικνύει αν έχουν υπογραφεί μεταξύ της εταιρίας μας και των άνω δήθεν υπερβολάβων της συμφωνητικά υπερβολικής και το κυριότερο χωρίς να αναφέρει ποιος από την εταιρία μας ή τους δήθεν υπερβολάβους θα έχει την διεύθυνση και την εποπτεία των δήθεν υπερβολαβικώς ανατεθειμένων εργασιών...» Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα αναφέρεται στην έννοια της πρόσθησης και των βοηθών εκπλήρωσης κατά τον ΑΚ.

Αριθμός απόφασης:296/2023

10. Επειδή όπως προκύπτει από τα έγγραφα της διαδικασίας στο ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε, ούτε προκύπτει από άλλο στοιχείο της προσφοράς της ότι θα αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε τρίτους με μορφή υπεργολαβίας (βλ. κατατεθέν ΕΕΕΣ σελ. 4 ερώτημα Δ), ούτε υποβλήθηκε με την προσφορά της ΕΕΕΣ υπεργολάβου. Περαιτέρω, στην αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς σύμφωνα με το άρθ. 88 του ν. 4412/2016 δήλωσε ότι «*Το άμεσο κόστος προκύπτει από την τεκμηρίωση του τελικού κόστους του έργου, όπως αυτή αναλύεται στα παραρτήματα 1 και 2... όπως έχουμε δηλώσει στο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (ΤΕΥΔ) δεν θα αναθέσουμε σε υπεργολάβο ποσοστό της σύμβασης..*» (βλ. αρχείο με τον τίτλο *ΕΚΘΕΣΗ ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ* σελ. 2 και 3). Στο Παράρτημα 1 με τη τεκμηρίωση της οικονομικής προσφοράς, στο αρχείο με τον τίτλο *ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗ ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗΣ ΑΜΕΣΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ* η παρεμβαίνουσα, για συγκεκριμένα άρθρα του τιμολογίου, παραθέτει τιμές ληφθείσες από προσφορές των φορέων ... (σελ. 6), ... ΟΕ (σελ. 14, 15), και ... (σελ. 7, 8, 14). Στο δε Παράρτημα 2 με τη τεκμηρίωση της οικονομικής προσφοράς, στον ηλεκτρονικό φάκελο με τον τίτλο *ΠΡΟΣΦΟΡΕΣ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΩΝ-ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΩΝ*, περιλαμβάνονται αρχεία με τους τίτλους,, και ... ΟΕ, όπου υποβάλλονται προς την παρεμβαίνουσα τιμές σχετικά με συγκεκριμένες εργασίες του επίμαχου έργου. Από τα στοιχεία της προσφοράς της παρεμβαίνουσας περιλαμβανομένης της αιτιολόγησης της προσφοράς της προκύπτει ότι δεν υπάρχει δήλωση περί υπεργολαβίας, ούτε κάποιο συμφωνητικό υπεργολαβίας, ούτε εν γένει στοιχείο περί σύναψης υπεργολαβικής σύμβασης. Οι επικαλούμενες από την προσφεύγουσα ως άνω προσφορές τιμών από τρίτους, αποτελούν συγκριτικά στοιχεία με βάση τις τιμές της αγοράς, τα οποία αιτιολογούν τον υπολογισμό του άμεσου κόστους της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, είναι προσφορές συνεργατών και προμηθευτών της και δεν αποτελούν δηλώσεις υπεργολαβίας, ούτε υποκρύπτουν υπεργολαβία. Κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας είθισται ένας οικονομικός φορέας να παραθέτει συγκριτικά στοιχεία που συνάδουν με τα επικρατούντα στην αγορά προκειμένου να αιτιολογήσει ότι η προσφορά του, παρότι ασυνήθιστα χαμηλή κατά το νόμιμο τεκμήριο, όμως αιτιολογείται

Αριθμός απόφασης:296/2023

επαρκώς σύμφωνα με τα άρθ. 88 και 89 του ν. 4412/2016, είναι βιώσιμη, και δεν διακινδυνεύεται η προσήκουσα εκτέλεση του έργου. Συνεπώς, η προσφυγή είναι απορριπτέα ως αβάσιμη, επί εσφαλμένης προϋπόθεσης στηριζόμενη διότι βασίζεται στην εκδοχή ότι η παρεμβαίνουσα έχει δηλώσει υπερβολαβική ανάληψη μέρους της σύμβασης από τους τρεις ως άνω φορείς. Ενώ όμως, όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα εν προκειμένω πρόκειται για παράθεση ενδεικτικών τιμών στην αγορά, σχετικά με την εκτέλεση των συγκεκριμένων εργασιών προκειμένου έτσι να αιτιολογηθεί το άμεσο κόστος των εργασιών και η οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας (βλ. ad hoc ΕΑΔΗΣΥ 1267/2022 Εισηγήτρια Μ. Βύρρα και επικύρωση αυτής με ΔΕφΠειρ .../2022). Περαιτέρω, είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός της (σελ. 23 του υπομνήματος της προσφεύγουσας) ότι τα δηλούμενα στην αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες, και επομένως, εφόσον δηλώθηκαν τιμές προερχόμενες από τρίτους, άρα οι εν λόγω τρίτοι θα αναλάβουν και την εκτέλεση των αντίστοιχων εργασιών. Και τούτο, διότι ο σκοπός, η λειτουργία και η εφαρμογή των νόμιμων διατάξεων περί αιτιολόγησης μιας ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς (άρθ. 88 και 89 του ν. 4412/2016) σχετίζονται με το εάν μία οικονομική προσφορά μπορεί να εκτιμηθεί ως βιώσιμη, παρότι ασυνήθιστα χαμηλή και ουδόλως κατατείνει στην ίδρυση υποχρέωσης όπως χρησιμοποιηθούν στο έργο οι συγκεκριμένοι εκείνοι προμηθευτές υλικών ή εργασιών που αναφέρονται στην εν λόγω αιτιολόγηση. Πολλώ δε μάλλον, που οι εν λόγω προμηθευτές δεν αναφέρονται στην αιτιολόγηση ως ενεστώτες ή μέλλοντες αντισυμβαλλόμενοι του προσφέροντος, ούτε επί σκοπώ σύναψης σύμβασης για την εκτέλεση του εν θέματι έργου, αλλά ως προσφέροντες στην αγορά συγκεκριμένες τιμές αγαθών και υπηρεσιών. Περαιτέρω, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα παραθέτει στην προσφυγή και στο υπόμνημα εκτενή νομολογία περί της έννοιας της υπερβολαβίας, δεδομένου ότι στις εν λόγω δικαστικές αποφάσεις μνημονεύονται περιπτώσεις, όπου είχε δηλωθεί στις επίμαχες προσφορές η εκτέλεση εργασιών από τρίτους φορείς και μάλιστα ρητώς δεν επρόκειτο για τιμές τρίτων που αναφέρθηκαν στην αιτιολόγηση της προσφοράς *προκειμένου να στοιχειοθετήσει* (εννοεί η προσφέρουσα) *την προσφερόμενη από την ίδια τιμή, αλλά ... για την εκτέλεση ... εργασιών* (βλ.

Αριθμός απόφασης:296/2023

ΔΕφΠειρ .../2022 μνημονευόμενη μάλιστα από την προσφεύγουσα στην σελ. 13 επ. του υπομνήματος). Ενώ αντίθετα, εν προκειμένω, έχει δηλωθεί επανειλημμένα στην επίμαχη προσφορά το ακριβώς αντίθετο (βλ. παραπάνω), ότι δηλαδή ουδεμία εργασία θέλει ανατεθεί υπεργολαβικά και ότι οι παρατεθείσες τιμές τρίτων φορέων φέρονται κατά την αιτιολόγηση της προσφοράς ως ενδεικτικές τιμές στην αγορά για την εκτέλεση των εν λόγω εργασιών, χωρίς να προκύπτει από κανένα στοιχείο της προσφοράς ότι οι εν λόγω εργασίες δεν θα εκτελεσθούν από την ίδια την παρεμβαίνουσα, αλλά από τους προσφέροντες τις εν λόγω τιμές τρίτους. Περαιτέρω, είναι απορριπτέος και ο ισχυρισμός της παρέμβασης ότι η προσφυγή είναι αόριστη διότι δεν προσκομίζεται με την προσφυγή υπεργολαβική σύμβαση με τους ως άνω τρίτους, αφού δεν απαιτείται σύναψη υπεργολαβικής σύμβασης προκειμένου να υποστηριχθεί ότι μέρος της σύμβασης θα ανατεθεί σε τρίτους υπεργολαβικά. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τον όρο 25.1 της διακήρυξης η εν λόγω υπεργολαβική σύμβαση προσκομίζεται κατά την υπογραφή της σύμβασης και όχι με την κατάθεση της προσφοράς. Επίσης είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς και οι ισχυρισμοί της παρέμβασης περί πρόστησης και βοηθών εκπλήρωσης διότι οι αναφερόμενες διατάξεις του ΑΚ ρυθμίζουν θέματα αστικής ευθύνης προς τρίτους και δεν καθορίζουν ουδέ αναφέρονται στην νομική φύση της σύμβασης ή της δικαιοπραξίας εφ' ής στηρίζεται η σχέση μεταξύ του βοηθού εκπλήρωσης ή του προστηθέντος με τον υπέγγυο της -αντικειμενικής- ευθύνης από τις πράξεις ή παραλείψεις των προσώπων αυτών. Συνεπώς, για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή και να γίνει δεκτή η παρέμβαση και οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής διότι δεν προέκυψε από την επίμαχη αιτιολόγηση της προσφοράς, ούτε από την προσφορά της παρεμβαίνουσας ότι θα αναθέσει υπεργολαβικά μέρος της σύμβασης σε τρίτο και, συνεπώς, αφ' ενός μεν ορθά έγινε δεκτό το υποβληθέν ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ αφ' ετέρου δε δεν συνέτρεξε υποχρέωση προσκόμισης ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ υπεργολάβου.

11. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθ. 363 παρ. 5 ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε την 3-2-2023 και εκδόθηκε την 22-2-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
Ε. Σβολοπούλου**

**Η Γραμματέας
Δ. Κυριαζή**