

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 20 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 18.11.2022, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1630/18.11.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... απόφαση της οικονομικής επιτροπής της ..., με την οποία εγκρίθηκε το, ..., Πρακτικό (αποσφράγιση - αξιολόγηση των (υπό)φακέλων «δικαιολογητικά συμμετοχής» και «οικονομική προσφορά» - «ανάδειξη προσωρινού μειοδότη») της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του έργου με τίτλο: «ΔΙΚΤΥΟ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΟΜΒΡΙΩΝ ...» προϋπολογισμού 1.520.000,00 πλέον Φ.Π.Α. 24%, Κωδικοί CPV: με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (... διακήρυξη, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα αιτείται όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η παρούσα προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινός 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 επτά χιλιάδων εξακοσίων ευρώ (7.600,00€) 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 18.11.2022, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ ..., 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 την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. ... πράξη της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα 1^ο: «Έγκριση 2ου πρακτικού (1ο Στάδιο: Αποσφράγιση - Αξιολόγηση των (υπό)φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά» - «Ανάδειξη Προσωρινού Μειοδότη») Διεξαγωγής του ηλεκτρονικού, δημοσίου, ανοικτού διαγωνισμού, με Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..., επιλογής αναδόχου για την κατασκευή του έργου με τίτλο: «Δίκτυο αποχέτευσης ομβρίων ...», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε τη με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (2^η σε σειρά κατάταξης), θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, με την οποία στρέφεται κατά του ανταγωνιστή της. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. ... απόφαση της οικείας Περιφέρειας, μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...», με συνέπεια, να αναδειχθεί μη νομίμως προσωρινός

Αριθμός απόφασης: 57/2023

μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης δημόσιου έργου, διότι: α) δεν δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ. τους υπεργολάβους που θα χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση μέρους της εν λόγω σύμβασης, παρόλο που η ίδια δεν διαθέτει ιδιόκτητο μηχανολογικό εξοπλισμό και συγκεκριμένα, μηχανικό εκσκαφέα, ο οποίος είναι απαραίτητος για την εκτέλεση, κατ' ελάχιστον, των εργασιών εκσκαφής και σήμανσης-ασφάλειας της Ομάδας Α', όπως είναι οι εργασίες των Άρθρων Τιμολογίου Α.06, Α.07, Α.08, Α.09, Α.12, Α.13, Α.14, Α.15, Α.32, Α.33 και Α.38 και, επίσης, δεν υποβλήθηκε ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ από τους υπεργολάβους της, αν και τούτο ορίζεται ρητώς στη διακήρυξη και στον νόμο, άλλως, δεν συμπεριέλαβε στο κόστος της οικονομικής της προσφοράς τη δαπάνη για τον εκσκαφέα και τα 2 φορητά που θα χρησιμοποιήσει στο έργο, αλλά ούτε και τη δαπάνη των χειριστών του εκσκαφέα και των οδηγών των οχημάτων, β) η προσφορά της δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές για το υλικό της αντλίας και της πτερωτής, ως προκύπτει από τα υποβληθέντα τεχνικά φυλλάδια της προμηθεύτριας εταιρίας, γ) στην αιτιολόγηση της επίμαχης οικονομικής προσφοράς: i) δεν παρατίθεται οικονομική προσφορά προμήθειας επί τόπου του έργου διαβαθμισμένου θραυστού αμμοχάλικου λατομείου, ούτε και αναγράφεται ή προσμετράται στα «γενικά έξοδα του έργου», όπως αυτά αναλύονται στην τελευταία σελίδα του εγγράφου, με τίτλο «Πίνακας Ανάλυσης Κόστους», το κόστος προμήθειας, επί τόπου του έργου, των απαιτούμενων αδρανών υλικών, ii) δεν παρατίθεται οικονομική προσφορά για την προμήθεια επί τόπου του έργου, των απαραίτητων κροκάλων συλλεκτών ή λίθων λατομείου, όπως ορίζονται στην ΕΤΕΠ 08-02-01-00 και επίσης, δεν αναγράφει ούτε προσμετρά στα «γενικά έξοδα του έργου», όπως αυτά αναλύονται στην τελευταία σελίδα του εγγράφου, με τίτλο: «Πίνακας Ανάλυσης Κόστους», το κόστος εκτέλεσης της παραπάνω εργασίας, iii) δεν παρατίθεται οικονομική προσφορά προμήθειας επί τόπου του έργου των απαιτούμενων μεταλλικών πετασμάτων βιομηχανικής προέλευσης, ενδεικτικού τύπου ... ή αναλόγου ούτε αναφέρεται το ενδεχόμενο ιδιοκτησίας ή μίσθωσης τέτοιων και αφετέρου δεν αναγράφεται και άρα δεν προστίθεται στα «γενικά έξοδα του έργου» το κόστος προμήθειας ή μίσθωσης μεταλλικών αμφιπλεύρων πετασμάτων βιομηχανικής προέλευσης, ενδεικτικού τύπου ... ή αναλόγου, iv) δεν παρατίθεται οικονομική προσφορά για την προμήθεια επί τόπου του έργου, των απαραίτητων σκυροδεμάτων κατηγορίας ... (Α.Τ. ...),

Αριθμός απόφασης: 57/2023

... (Α.Τ. ...), ... Α.Τ. ..., ... Α.Τ. ... και ...), δεν παρατίθεται οικονομική προσφορά για την προμήθεια επί τόπου του έργου, απαραίτητου σιδηρού οπλισμού σκυροδεμάτων υδραυλικών έργων (Α.Τ. ...), ν), δεν παρατίθεται οικονομική προσφορά για την προμήθεια επί τόπου του έργου, των απαραίτητων καλυμμάτων φρεατίων από ελατό χυτοσίδηρο (Α.Τ. ...), στεγανών καλυμμάτων από ελατό χυτοσίδηρο (Α.Τ. ...), και χαλύβδινων βαθμίδων με επένδυση από συνθετικά υλικά (Α.Τ. ...), vi) δεν παρατίθεται οικονομική προσφορά προμήθειας του συνόλου των υδραυλικών δικτύων του αντλιοστασίου, συμπεριλαμβανομένων των σωληνώσεων, των υδραυλικών εξαρτημάτων (δικλείδες, δύο αντεπίστροφα ανά καταθλιπτικό αγωγό αντλιοστασίου σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές, κ.λπ.), των στηριγμάτων και των απαιτούμενων υλικών και μικροϋλικών, καθώς και της υδραυλικής βαλβίδας αντεπίστροφής που εγκαθίσταται στην εκβολή του κάθε καταθλιπτικού αγωγού προς την θάλασσα, τύπου flap valve, συμπεριλαμβανομένων των φλαντζών σύνδεσης και των λοιπών απαιτούμενων υλικών και μικροϋλικών, vii) δεν παρατίθεται οικονομική προσφορά προμήθειας του μεταλλικού ερμαρίου τύπου ..., κατάλληλο για τοποθέτηση σε εξωτερικό χώρο σε περιβάλλον θαλασσινού νερού, για την εγκατάσταση του πίνακα χαμηλής τάσης και των συστημάτων αυτοματισμού, ούτε και οικονομική προσφορά προμήθειας των απαιτούμενων συστημάτων γείωσης και αντικεραυνικής προστασίας.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (02.12.2022), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 22.11.2022 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. ... έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή τα εξής: «[...] Ο οικονομικός φορέας «... δ.τ. ...» δεν προτίθεται να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας κανένα μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης, όπως

Αριθμός απόφασης: 57/2023

αυτό ρητά αναφέρεται στα άρθρα 165 «Υπεργολαβία κατά την εκτέλεση» και 166 «Όροι και διαδικασία υπεργολαβίας» του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ 147/τ. Α'8-08-2016). Είναι απολύτως σαφές ότι η μίσθωση μηχανημάτων για την κατασκευή του έργου, από πλευράς του παραπάνω οικονομικού φορέα, σε καμία περίπτωση δεν αποτελεί καμία μορφής υπεργολαβία, όπως αυτή ορίζεται στα άρθρα 165 και 166 του Ν. 4412/2016. Επίσης, σύμφωνα με το ΦΕΚ 5565/τ.Β'31-10-2022 (Απόφαση Αριθ. Δ11/334219 του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών – «Καθορισμός συντελεστών αναθεώρησης τιμών δημοσίων έργων Α' Τριμήνου 2022, σύμφωνα με την παρ. 23 του άρθρου 153 του Ν. 4412/2016»), οι συντελεστές αναθεώρησης των τριμήνων Α', Β', Γ', Δ' 2021 και Α' 2022 θα εφαρμόζονται χωρίς να συσχετίζονται μεταξύ τους, σε όλα τα εν εξελίξει έργα, ανεξαρτήτως του χρόνου δημοπράτησής τους. Οι συντελεστές αναθεώρησης του Α' τριμήνου 2022 να ισχύουν ως προσωρινοί συντελεστές για τα επόμενα αναθεωρητικά τρίμηνα, μέχρι την έκδοση οριστικών συντελεστών αναθεώρησης. Επομένως επί της ουσίας δεν αμφισβητείται η ενεργοποίηση της παρ. 23 του άρθρου 153 του Ν. 4412/2016 για την αντιμετώπιση μεγάλων αποκλίσεων στις τιμές των υλικών κατασκευής, λόγω των σοβαρών οικονομικών επιπτώσεων στον τομέα εκτέλεσης των δημοσίων έργων, εξαιτίας της διαπιστωμένης και παρατεταμένης αύξησης των τιμών των υλικών. Τέλος, ο προσδιορισμός του εργολαβικού κόστους για την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών ανάγεται στον τρόπο άσκησης της επιχειρηματικής δραστηριότητας του οικονομικού φορέα «...», ο οποίος διαμόρφωσε την οικονομική του προσφορά κατά την ελεύθερη κρίση του, αναλαμβάνοντας και το βάρος του επιχειρηματικού κινδύνου κατά τη διαμόρφωση της τιμής της προσφοράς του, η οποία δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού. Συμπερασματικά, η Υπηρεσία μας εμμένει στις απόψεις της, όπως αυτές διατυπώθηκαν στο 2ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και το οποίο εγκρίθηκε με τη αριθμό ... (ΑΔΑ: //) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας».

7. Επειδή, στις 12.12.2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: Καταρχάς, επισημαίνεται ότι

Αριθμός απόφασης: 57/2023

αβασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων ότι ο 1^{ος} λόγος προσφυγής που αφορά στα δικαιολογητικά συμμετοχής (Ε.Ε.Ε.Σ) προβάλλεται ανεπιπικαίρως. Και τούτο, διότι στο άρθρ. 4.1. της διακήρυξης, μεταξύ άλλων, ορίζεται ότι: «... στ) Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού, την ίδια ημέρα, ελέγχει τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της παρούσας, κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Αν η ολοκλήρωση του ελέγχου αυτού δεν είναι δυνατή την ίδια μέρα, λόγω του μεγάλου αριθμού των προσφορών, ελέγχονται τουλάχιστον οι δέκα (10) πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας. ... η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε παράρτημά του, που υπογράφεται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της. ... 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 (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης, η οποία αποστέλλεται μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του υποσυστήματος. ... Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας) ... Η αποδοχή ή απόρριψη των εξηγήσεων των οικονομικών φορέων, κατόπιν γνώμης της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο ως άνω πρακτικό, ενσωματώνεται στην απόφαση της επόμενης περίπτωσης (θ). ... θ) Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του πρακτικού σε όλους τους προσφέροντες, εκτός από εκείνους, οποίοι αποκλείστηκαν οριστικά, λόγω μη υποβολής ή προσκόμισης της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με την περίπτωση (γ) της παρούσας παραγράφου 4.1 και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και στις οικονομικές προσφορές των λοιπών προσφερόντων. Κατά της απόφασης αυτής χωρεί προδικαστική προσφυγή, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4.3 της παρούσης...». Επομένως, με την προσβαλλόμενη πράξη, που, ως προελέχθη στη σκέψη. 3 της παρούσας, αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 07.11.2022, εγκρίθηκαν τόσο τα δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνικές προσφορές, όσο και οι οικονομικές προσφορές των υποψηφίων, με συνέπεια, να αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος η παρεμβαίνουσα εταιρεία.

Αριθμός απόφασης: 57/2023

•^{1ος} λόγος προσφυγής: Μη δήλωση υπεργολαβίας στο Ε.Ε.Ε.Σ. – μη υποβολή ξεχωριστών Ε.Ε.Ε.Σ από τους υπεργολάβους – μη συνυπολογισμός της δαπάνης μίσθωσης του εσκαφέα και των φορτηγών, όπως και της δαπάνης για τους χειριστές/οδηγούς στην οικονομική προσφορά. Κατά την προσφεύγουσα, μη νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά της καθής η προσφυγή, παρά το γεγονός ότι: α) συντρέχει περίπτωση παράλειψης δήλωσης υπεργολαβικής ανάθεσης της σύμβασης στο Ε.Ε.Ε.Σ της εταιρίας και β) δεν υποβλήθηκαν ξεχωριστά Ε.Ε.Ε.Σ. από τους υπεργολάβους της. Ως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, σύμφωνα με όσα δήλωσε η ίδια η καθής η προσφυγή κατά την αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς, δεν διαθέτει ιδιόκτητο μηχανολογικό εξοπλισμό και συγκεκριμένα μηχανικό εκσκαφέα, ο οποίος είναι απαραίτητος για την εκτέλεση (κατ' ελάχιστον) των εργασιών εκσκαφής και σήμανσης-ασφάλειας της Ομάδας Α', όπως τις εργασίες των Άρθρων Τιμολογίου Α.06, Α.07, Α.08, Α.09, Α.12, Α.13, Α.14, Α.15, Α.32, Α.33 και Α.38. Τούτο συνεπάγεται ότι στο πλαίσιο εκτέλεσης του επίδικου έργου θα χρησιμοποιηθεί εξοπλισμός και υπαλληλικό προσωπικό «τρίτου», ήτοι, την εργασία εκσκαφής θα την εκτελέσει «τρίτος» οικονομικός, που θεωρείται υπεργολάβος και ο οποίος, κατ' επέκταση, επιβαρύνεται με όλες τις παρεπόμενες για την υπεργολαβία υποχρεώσεις (βλ. ΣτΕ ΕΑ 170/2020, ΑΕΠΠ: ad hoc 770, 771/2020 κλπ). Μάλιστα, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, δεν δύναται να τύχει εφαρμογής το άρ. 102 του ν. 4412/2016 διότι, με τις συμπληρώσεις και τις διευκρινίσεις δεν είναι δυνατή η το πρώτον δήλωση ενός «τρίτου», ως υπεργολάβου, αλλά ούτε και ο προσδιορισμός του αντικειμένου και των εργασιών που αυτός θα αναλάβει, αφού τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή προσφοράς, κατά παράβαση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ανόθευτου ανταγωνισμού. Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, τόσο η δαπάνη μίσθωσης και τα καύσιμα του εσκαφέα και των 2 φορτηγών που δήλωσε ότι θα μισθώσει η παρεμβαίνουσα, όσο και η δαπάνη των χειριστών και των οδηγών, αντίστοιχα, δεν συνυπολογίστηκαν στην επίμαχη οικονομική προσφορά. Στο άρθρο 25 («Υπεργολαβία») της επίμαχης διακήρυξης ορίζεται ότι: *«25.1 Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό*

Αριθμός απόφασης: 57/2023

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.». Επίσης, στο άρθρο 23 («Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής») της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «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.».

Εκ των ως άνω όρων της διακήρυξης, προκύπτει σαφώς η υποχρέωση του διαγωνιζόμενου να αναφέρει στην προσφορά του, αφενός μεν, το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό τη μορφή υπεργολαβίας σε «τρίτους», αφετέρου δε, η υποχρέωσή του να δηλώσει τους υπεργολάβους που προτείνει. Επίσης, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλλει ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ για τους υπεργολάβους που θα χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης. Στην προκείμενη περίπτωση, με το με αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, ζητήθηκε από την καθής η προσφυγή να χορηγήσει - εντός είκοσι (20) ημερών - εξηγήσεις, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό των οικονομικών μεγεθών με τις οποίες διαμορφώθηκε η προσφορά της, οι οποίες να αιτιολογούν την απόκλιση πέραν των 10 μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των παραδεκτών προσφορών. Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς και των διευκρινίσεων που παρασχέθηκαν από την καθής η προσφυγή, προκύπτει ότι η εν λόγω εταιρεία δήλωσε ότι: «Για την κατασκευή του έργου θα χρησιμοποιηθεί ο ιδιόκτητος εξοπλισμός καθώς και το υπαλληλικό προσωπικό χειριστών & οδηγών. Επιπλέον, θα μισθωθεί ένας (1) μηχανικός εκσκαφέας ... με κάδο ... και δύο (2) φορητά τεσσάρων αξόνων χωρητικότητας ... με σκοπό την αύξηση της παραγωγικότητας (εκσκαφών & μεταφορών). Τα παραπάνω μας δίνουν συγκριτικό πλεονέκτημα στην εκτέλεση των χωματουργικών εργασιών, καθώς τα μόνα έξοδα μας για τα ιδιόκτητα μηχανήματα είναι η μεταφορά των μηχανημάτων, το καύσιμο κίνησης, η συντήρηση και η ασφάλεια, ενώ για τα μισθωμένα είναι το ημερήσιο μίσθωμα και το καύσιμο κίνησης. Ο χειρισμός του μηχανολογικού εξοπλισμού θα γίνει από εξειδικευμένο προσωπικό της εταιρείας μας, το οποίο διαθέτει τις απαιτούμενες από τον νόμο άδειες...». Επιπροσθέτως στην τελευταία σελίδα

Αριθμός απόφασης: 57/2023

του εγγράφου με τίτλο: «Πίνακας Ανάλυσης Κόστους», που επισυνάπτει, παραθέτει, ως αιτιολόγηση του κόστους των παραπάνω εργασιών, το εξής κονδύλια: «Μίσθωση εκσκαφέα για διάστημα 5 μηνών 50.000,00 €», «Κόστος καυσίμων οχημάτων και μηχανημάτων: € 50/ημέρα x 25 ημέρες/μήνα x 8 μήνες , ήτοι δαπάνη 10.000,00 €». Ως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, η μη δήλωση ιδιόκτητου εκσκαφέα στην προσφορά της, σε συνδυασμό με τη δήλωση στην αιτιολόγηση, ότι θα μισθώσει τον εν λόγω μηχανήμα, ουδόλως υποκρύπτει υπεργολαβική σχέση, η οποία θα έπρεπε να δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ και εν γένει στην προσφορά της, καθώς η μίσθωση του αναγκαίου εξοπλισμού για την εκτέλεση ενός έργου, δεν συνιστά άνευ άλλου τινός σύμβαση υπεργολαβίας. Και τούτο, διότι με την μίσθωση, ο εξοπλισμός επέρχεται στη νομή και στην κατοχή του μισθωτή, ο οποίος και θα τον χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση του έργου, σε αντίθεση με την ανάθεση υπεργολαβίας, όπου ο «τρίτος» εκτελεί ο ίδιος τμήμα των εργασιών του έργου. Εν όψει δε των ανωτέρω δηλώσεων και στοιχείων που περιλαμβάνονται στην εξεταζόμενη οικονομική προσφορά, ο παρεμβαίνων απέδειξε ότι η επίμαχη μίσθωση εκσκαφέα έλαβε χώρα, προκειμένου οι εργασίες να εκτελεσθούν από τον ίδιο και το προσωπικό του και όχι από κάποιον «τρίτο» και επομένως, δεν ήταν υποχρεωμένος να δώσει θετική απάντηση στο σχετικό με την υπεργολαβία πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ του.

Επίσης, βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων ότι σε κανέναν όρο της ένδικης διακήρυξης δεν ζητείται η υποβολή των αποδεικτικών μίσθωσης, όπως το μισθωτήριο και η δήλωση συμφωνητικού στη ΔΟΥ, όταν συντρέχει περίπτωση μίσθωσης μηχανημάτων, απορριπτομένων ως αβάσιμων και περαιτέρω, ως απαράδεκτων, των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, κατά τους οποίους η παράλειψη υποβολής μισθωτηρίου συμβολαίου του εκσκαφέα (κατατεθειμένου στην αρμόδια ΔΟΥ, ήδη κατά την ημερομηνία υποβολής προσφορών), που να αποδεικνύει το γεγονός της μίσθωσης και τους όρους αυτής, καθώς και λίστα με το υπαλληλικό προσωπικό χειριστών και οδηγών, συνεπάγεται ότι το κονδύλιο της μίσθωσης του εκσκαφέα και των δύο (2) φορτηγών, όπως και το κονδύλι της αμοιβής του ανωτέρω προσωπικού δεν προσμετρήθηκαν στην οικονομική της προσφορά. Σε κάθε περίπτωση, ο προσφεύγων ουδόλως απέδειξε προς υποστήριξη των ισχυρισμών του, ότι η επίμαχη μίσθωση του εκσκαφέα υποκρύπτει σύμβαση υπεργολαβίας,

Αριθμός απόφασης: 57/2023

τουνατίον, αναφέρει στην προσφυγή του, ότι λόγω μη διάθεσης ιδιόκτητου εσκαφέα, πιθανολογείται η ανάθεση μέρους της σύμβασης σε τρίτους. Με βάση τα προλεχθέντα και δοθέντος: α) ότι δεν ήταν απαιτητή η υποβολή αποδεικτικών εγγράφων για τη μίσθωση εσκαφέα ή άλλου εξοπλισμού, β) ότι ουδόλως αποδείχθηκε η ανάθεση μέρους των σχετικών εργασιών σε «τρίτους», γ) ότι οι επίμαχες εργασίες θα εκτελεστούν από το προσωπικό του παρεμβαίνοντος και δ) ότι τα επίμαχα κονδύλια για τη μίσθωση και τα καύσιμα του εσκαφέα, όπως και οι δαπάνες των χειριστών/οδηγών συνυπολογίστηκαν στην οικονομική προσφορά (βλ. Πίνακα ανάλυσης κόστους), ο 1^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και περαιτέρω, ως αόριστος, αναπόδεικτος και συνεπώς, ως απαράδεκτος.

- 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη πλήρωση τεχνικών προδιαγραφών για το κέλυφος αντλίας και την πτερωτή. Κατά την προσφεύγουσα, η επίμαχη προσφορά θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και τούτο, διότι δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της εν θέματι διακήρυξης, αφού, ως προκύπτει από την επισκόπηση τεχνικού φυλλαδίου της προμηθεύτριας εταιρείας «...» («1. ... (στα ελληνικά: κέλυφος αντλίας): Cast iron EN ... (στα ελληνικά: χυτοσιδηρό)»), «2. Impeller (στα ελληνικά: πτερωτή): Stainless steel ... (στα ελληνικά: ανοξείδωτος χάλυβας)»), η προσφερόμενη αντλία δεν είναι από ανοξείδωτο χάλυβα τουλάχιστον EN 1.4408, ως ζητείται και επίσης, ότι η πτερωτή δεν πληροί τις οικείες τεχνικές προδιαγραφές.

Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι: «*Η διαπίστωση του προσφεύγοντος, εάν και εφόσον ισχύει, δεν αφορά στην εταιρεία μας, αλλά στα τεχνικά φυλλάδια που ίσως εκ παραδρομής η προμηθεύτρια εταιρεία μας έστειλε πιθανόν λανθασμένα. Δοθέντος, δε, ότι η προσφερόμενη αντλία περιγράφηκε στην τεχνική μας προσφορά επακριβώς, η πλήρωση των επίμαχων προδιαγραφών δια της προσκόμισης των ορθών τεχνικών φυλλαδίων μπορεί να θεραπευτεί δια των διευκρινίσεων, καθώς συνιστά αντικειμενικώς εξακριβώσιμο γεγονός...».*

Υπενθυμίζεται ότι στη σελ. 59 του συμβατικού τεύχους «...» και πιο συγκεκριμένα, στο κεφάλαιο 16, με τίτλο: «ΑΝΤΛΙΕΣ ΟΜΒΡΙΩΝ», ορίζεται πως: 1. «*Το κέλυφος αντλίας και κινητήρα κατασκευάζεται από ανοξείδωτο χάλυβα*» και ότι «*Τα υλικά κατασκευής του αντλητικού συγκροτήματος θα είναι*

Αριθμός απόφασης: 57/2023

κατ' ελάχιστο : • Κέλυφος αντλίας: Ανοξειδωτο ... • Κέλυφος κινητήρα: Ανοξειδωτο ...» και 2 ότι «Η περρωτή θα είναι από ...». Επίσης, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν στον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Δημήτριος Ι. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Σάκκουλας, 2017, σελ. 195-197). Περαιτέρω, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣΤΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) εκτός εάν ορισμένες είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣΤΕ ΕΑ 230/2012, 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.- Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011). Επίσης, γίνεται δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους, συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομισθούν νέα, κρίσιμα κατά τη διακήρυξη, στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας/προσόντος που ενώ, όχι μόνο δεν αποδείχθηκε, αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του Διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα.

Εν όψει των ανωτέρω κρίνονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος, κατά τους οποίους προς απόδειξη πλήρωσης των τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών, αρκεί η θέση σχετικής δήλωσης στην τεχνική της προσφορά, αφού η δήλωση αυτή θα πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να αποδεικνύεται με τα κατάλληλα τεχνικά έγγραφα. Επίσης, όπως παραδέκτως προβάλλεται από τον παρεμβαίνοντα, ότι δεν φέρει ευθύνη για τα πιθανώς εσφαλμένα τεχνικά φυλλάδια που της χορηγήθηκαν από την προμηθεύτρια

Αριθμός απόφασης: 57/2023

εταιρία της. Και τούτο, διότι βάσει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, από την οποία απορρέει και το καθήκον επιμέλειας του προσφέροντος, τα έγγραφα (π.χ τεχνικά φυλλάδια, πιστοποιητικά ISO, βεβαιώσεις κατασκευαστών, πιστοποιήσεις CE κλπ), που υποβάλλουν οι υποψήφιοι, προς απόδειξη της καταλληλότητας των προσφερόμενων ειδών, θα πρέπει να συμφωνούν με όσα δηλώνουν στην τεχνική τους προσφορά, άλλως, η προσφορά τους καθίσταται άνευ άλλου τινός απορριπτέα και δη κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής.

Επομένως, γίνονται, εν προκειμένω, δεκτοί οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, σύμφωνα με τους οποίους, αφής στιγμής η παρεμβαίνουσα συνομολογεί ότι η αντλία που περιγράφεται στο τεχνικό φυλλάδιο της εταιρείας «...», την οποία και προσφέρει στον υπόψη διαγωνισμό, αποκλίνει από τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές όσον αφορά στο υλικό κατασκευής του κελύφους αντλίας και της πτερωτής, μη νομίμως και αβασίμως επικαλείται στην ασκηθείσα παρέμβασή της«... επ' ευκαιρία κινδύνου απόρριψης της οικονομικής της προσφοράς, την δήθεν ευθύνη της οποιασδήποτε προμηθεύτριας εταιρείας για την παροχή ορθών τεχνικών φυλλαδίων εντός προδιαγραφών, σε διαγωνισμό στον οποίο μόνη η ίδια συμμετέχει και οφείλει να καταστρώσει μία, μεταξύ άλλων, εντός προδιαγραφών ... προσφορά». Μάλιστα, θα πρέπει να σημειωθεί ότι η οικεία αναθέτουσα αρχή ουδέν αναφέρει στις απόψεις της ως προς το εξεταζόμενο ζήτημα, δια της παράλειψης δε τούτης, συνάγεται τεκμήριο ομολογίας για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος (βλ. άρθρ. 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016).

Τέλος, σημειώνεται ότι σε κανένα σημείο της επίμαχης διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές είναι προαιρετικές, οι οποίες, κατά τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία, αποτελούν ενιαίο σύνολο (Ε.Α ΔΕφΑΘ 230/2012). Επομένως, σύμφωνα με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο της κρινόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας ευχερώς συνάγεται ότι τα προσφερόμενα προϊόντα, απαιτείται να συγκεντρώνουν σωρευτικά τα σχετικώς απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά και δη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι ουδόλως αποδείχθηκε και δη, με τα κατάλληλα τεχνικά έγγραφα, (ως έδει), ότι τα προσφερόμενα είδη (αντλία και

Αριθμός απόφασης: 57/2023

ππερωτή), που περιγράφονται στο τεχνικό φυλλάδιο της εταιρείας «...», πληρούν τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές (απαράβατοι όροι) της εν θέματι διακήρυξης, η προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα καθίσταται υποχρεωτικώς απορριπτέα. Συναφώς, ο 2^{ος} λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός, ως βάσιμος.

9. Επειδή, η εξέταση των τρίτου λόγου προσφυγής για την ακύρωση της προσβαλλόμενης, υπ' αριθμ. ... πράξης του αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που αποδέχθηκε την προσφορά του παρεμβαίνοντος, παρέλκει ως αλυσιτελής, δοθέντος ότι η προαναφερόμενη στη σκέψη 8 της παρούσας πλημμέλεια της προσβαλλόμενης ως άνω πράξης (μη πλήρωση τεχνικής προδιαγραφής: απαράβατου όρου), παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 818/2018, σκ. 62 και ΑΕΠΠ 839/2018, σκ. 53, 969/2019 σκ. 49). Σε κάθε δε περίπτωση, η επίμαχη προσφορά θα έπρεπε, κατά τα προρρηθέντα, να είχε απορριφθεί κατά το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το αίτημα της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής για απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, θα πρέπει να γίνει δεκτό και αντίστοιχα, θα πρέπει να απορριφθεί το αίτημα της ασκηθείσας παρέμβασης.

11. 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 ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση, κατά το σκεπτικό.

Ακυρώνει την με αριθμό ... απόφαση της οικονομικής επιτροπής της Περιφέρειας ..., κατά τα αναφερόμενα ειδικότερα στο σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού επτά χιλιάδων εξακοσίων ευρώ (7.600,00€).

Αριθμός απόφασης: 57/2023

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 09 Ιανουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ