

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 07-04-2023 με την εξής σύνθεση Βασιλική Καραδήμα, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει 1. την από 27-02-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 261/02-03-2023 (εφεξής «πρώτη προσφυγή») του Οικονομικού φορέα ,με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «πρώτος προσφεύγων»), που εδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και 2. την από 28-02-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης 267/02-03-2023 (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ (εφεξής «δεύτερη προσφυγή») του Οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δεύτερος προσφεύγων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα. Οι ως άνω προσφυγές συνεκδικάζονται λόγω συνάφειας.

Αμφότερες οι προσφυγές στρέφονται κατά της «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα ,με την επωνυμία «...», ο οποίος εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με τις ανωτέρω προδικαστικές προσφυγές, αμφότεροι ο προσφεύγοντες αιτούνται την ακύρωση των υπ. αρ. 188/2022, 249/2022, 331/2022 και 9/13-02-2023 αποφάσεων του Διοικητικού Συμβουλίου (ΔΣ) της «...», που εισηγήθηκε την ανάδειξη της εταιρείας «...» ως προσωρινού αναδόχου του διαγωνισμού «...».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 3.750,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»). Για την άσκηση δε της δεύτερης προσφυγής έχει επίσης καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, ποσού 3.750,00 ευρώ (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, την 10-5-2022 προκηρύχθηκε από τον αναθέτοντα φορέα δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου με τίτλο «...», προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ € 750.000., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα ,από οικονομική άποψη, προσφορά βάσει τιμής, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 10-5-2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...».

3. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, δυνάμει του άρθρου 222 παρ.2 σε συνδυασμό με το άρθρο 230 του Ν. 4412/2016 εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκαν η πρώτη την 27-02-2023 και η δεύτερη την 28-2-2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφεύγοντες

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 15-02-2023 μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς αφού σε περίπτωση ευδοκίμησης των προσφυγών στο σύνολό τους, οι προσφεύγοντες υπέβαλαν προσφορές επιδιώκοντας την ανάθεση της σύμβασης σε αυτούς.

5. Επειδή, εμπροθέσμως την 14-03-2023 ο αναθέτων φορέας έχει αναρτήσει στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποιήσει τις απόψεις του επί των κρινόμενων προσφυγών.

6. Επειδή, εμπροθέσμως στις 10-03-2023 (οι προσφυγές του κοινοποιήθηκαν μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 28-02-2023 η πρώτη και 01-03-2023 η δεύτερη αντίστοιχα), μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς, καθώς οι προσφεύγοντες στρέφονται κατά της αποδοχής της προσφοράς του, ο παρεμβαίνων υπέβαλε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» την παρέμβασή του αιτούμενος την απόρριψη των προσφυγών.

7.. Επειδή, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, οι προσφεύγοντες μετείχαν ως υποψήφιοι ανάδοχοι. Μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών και των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζόμενων συντάχθηκαν το 1°, 2°, 3° και 4° πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού. Δυνάμει αυτών, η επιτροπή διαγωνισμού γνωμοδότησε υπέρ της αποδοχής των δικαιολογητικών συμμετοχής όλων των διαγωνιζόμενων, μεταξύ των οποίων και του παρεμβαίνοντος, τον οποίο κατέταξε πρώτο στη σειρά μειοδοσίας με ποσοστό έκπτωσης 43,66%. Δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας είχε αρχικά αναδειχθεί ο «...» με ποσοστό έκπτωσης 27,17%, ο οποίος όμως στην συνέχεια αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό λόγω ανεπαρκών επανορθωτικών μέτρων. Έτσι δεύτερος αναδείχθηκε ο «...» με ποσοστό έκπτωσης 26,67%. Ο προσωρινός μειοδότης «...» κλήθηκε κατόπιν να αιτιολογήσει το ύψος της προσφοράς του, κατ' εφαρμογή του άρθρου 88§5α του ν. 4412/2016, όπως και έπραξε, οι δε εξηγήσεις του έγιναν δεκτές από τον αναθέτοντα φορέα. Τα προαναφερθέντα πρακτικά εγκρίθηκαν δια των προσβαλλόμενων υπ' αριθμ. 188/2022 (ΑΔΑ: «...»), 249/2022 (ΑΔΑ: «...»), 331/2022 (ΑΔΑ: «...») και 9/13-02-2023 (ΑΔΑ: «...») αποφάσεων του Διοικητικού Συμβουλίου της «...».

8. Επειδή, ο δεύτερος προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του βάλλει κατά του αποκλεισμού του ισχυριζόμενος ότι η απόφαση με την οποία αποκλείστηκε η προσφορά του ,λόγω μη επάρκειας επανορθωτικών μέτρων, είναι ακυρωτέα ως αναπιολόγητη.

9. Επειδή, ο αναθέτων με τις απόψεις του προβάλλει ότι ορθώς αποκλείστηκε η προσφορά του δεύτερου προσφεύγοντος.

10. Επειδή, ως προς τον ως άνω ισχυρισμό του δεύτερου προσφεύγοντος από τη μελέτη του φακέλου προκύπτει ότι η εταιρεία «...» γνωστοποίησε με την προσφορά του μέσω του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ότι της έχουν επιβληθεί δύο αποφάσεις πρόωρης καταγγελίας σύμβασης (εκπτώσεις). Ειδικότερα, δήλωσε τα ακόλουθα: «α) Με την με αριθμό πρωτοκόλλου 115999/09-07-2021 απόφαση του συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης «...» και την εκ μέρους της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας «...» τεκμαιρόμενη σιωπηρή αποδοχή της γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Περιφέρειας «...», η οποία περιλαμβάνεται στο 17ο πρακτικό της από 28-06-2021 συνεδρίασης του εν λόγω οργάνου (θέμα 1ο), κηρύχθηκε έκπτωσης από το δημόσιο έργο με τίτλο «...», που εκτελούσε για λογαριασμό της Περιφέρειας «...». β) Με την με αριθμό πρωτοκόλλου 157/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του «...» και την εκ μέρους του Συντονιστή της Αποκεντρωμένης Διοίκησης «...» τεκμαιρόμενη σιωπηρή αποδοχή της γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Περιφέρειας «...», η οποία περιλαμβάνεται στο 21ο πρακτικό της από 04-08-2021 συνεδρίασης του εν λόγω οργάνου (θέμα 1ο), η ένωση οικονομικών φορέων – κοινοπραξία με την επωνυμία «...», ΑΦΜ «...», της οποίας είναι μέλος, κηρύχθηκε οριστικά έκπτωσης από το δημόσιο έργο με τίτλο «...» προϋπολογισμού 1.534,292,00 € χωρίς ΦΠΑ, που εκτελούσε για λογαριασμό του «...». Ως επανορθωτικά μέτρα για τις ως άνω εκπτώσεις δήλωσε τα εξής: «Πρώτα απ' όλα, η δεύτερη απόφαση έκπτωσης που αφορά στην "...» αναφέρεται εκ περισσού, αφού δεν αφορά εμένα προσωπικά ως οικονομικό φορέα, αλλά τρίτο, δηλαδή την εν λόγω κοινοπραξία ως οικονομικό φορέα με αυτοτελή νομική προσωπικότητα. Σε κάθε περίπτωση, για τις ανωτέρω αποφάσεις έχω λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης προκειμένου να αποφευχθεί η επανάληψη αντίστοιχων καταστάσεων, προς διαφύλαξη των συμφερόντων της επιχείρησής μου και

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

των αναθετουσών αρχών, με τους οποίους συνεργάζομαι. Τα μέτρα που θα αναφέρω παρακάτω θα πρέπει να συνεκτιμηθούν με τα εξής: (1) κατά του κύρους των ανωτέρω αποφάσεων έκπτωσης έχουν κατατεθεί οι ΠΡ104/2021 και ΠΡ105/2021 προσφυγές ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου «...», με τις οποίες προβάλλονται ουσιώδεις τυπικοί και ουσιαστικοί λόγοι ακύρωσής τους, οι οποίες θα ευδοκιμήσουν μετά βεβαιότητας. Η εκδίκαση των προσφυγών αυτών εκκρεμεί μέχρι σήμερα. (2) το γεγονός ότι τα προβλήματα που προκλήθηκαν κατά την εκτέλεση της σύμβασης με αντισυμβαλλόμενη την ΠΔΕ συνδέονται άμεσα με πολλαπλές θεομηνίες που έπληξαν το έργο, γεγονός που οδήγησε σε αναγκαστικές καθυστερήσεις και αναπόφευκτες ανακατασκευές τμημάτων του έργου που είχαν ήδη εκτελεστεί. Αντίστοιχα κατά την εκτέλεση της σύμβασης με αντισυμβαλλόμενο το «...» οι καθυστερήσεις συνδέονται με το γεγονός ότι επί μακρό χρονικό διάστημα δεν είχε καταστεί εφικτή η έκδοση της αναγκαίας άδειας εκσκαφών από την αρχαιολογική υπηρεσία. Τα γεγονότα αυτά σε συνδυασμό με την πανδημία του COVID-19, την επακόλουθη επιβολή κάθε είδους περιορισμών (υγειονομικών, χωρικών κτλ), την οικονομική κρίση που έπληξε ιδίως τον κατασκευαστικό κλάδο και δη την επιχείρησή μου με συνέπεια την έλλειψη οικονομικής ρευστότητας οδήγησαν στην μη ομαλή εκτέλεση των ανωτέρω συμβάσεων, χωρίς δική μου υπαιτιότητα. (3) το γεγονός ότι και στις δύο συμβάσεις είχε εκτελεστεί πάνω από το 80% του έργου, γεγονός που αποδεικνύει την πραγματική πρόθεσή μου για τήρηση των συμβατικών μου υποχρεώσεων, το δε υπολειπόμενο ανεκτέλεστο μέρος των συμβάσεων είναι σχετικά ήσσονος σημασίας. (4) το γεγονός ότι οι ανωτέρω αποφάσεις έκπτωσης είναι οι μοναδικές που μου έχουν επιβληθεί κατά την άσκηση της επαγγελματικής μου δραστηριότητας που ασκώ για πάνω από 25 έτη. Άρα, η συμπεριφορά μου αποδίδεται είναι εντελώς μεμονωμένη και όχι συστηματική. Λαμβανομένων υπόψη όσων προανέφερα, τα μέτρα που παραθέτω παρακάτω συνιστούν πρόσφορα, αναγκαία και επαρκή μέτρα αποκατάστασης της αξιοπιστίας μου: (1) συνεργάστηκα απολύτως με τις αναθέτουσες αρχές καταβάλλοντας κάθε προσπάθεια ολοκλήρωσης των εργολαβιών και πάντως συναινετικής επίλυσης του ζητήματος που ανέκυψε και συνδράμοντας με ενεργή συνεργασία. Εξήγησα τους λόγους που δημιούργησαν προβλήματα κατά την εκτέλεση των εργολαβιών και τον αποσπασματικό χαρακτήρα τους, διευκρίνισα τα γεγονότα με σαφή τρόπο και

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

διαβεβαίωσα ότι δεν θα επαναληφθούν παρόμοια φαινόμενα σε μελλοντικές εργολαβίες. Από τις αποφάσεις έκπτωσης και έπειτα έχω αναλάβει και εκτελέσει έργα για λογαριασμό διάφορων αναθετουσών αρχών χωρίς προβλήματα κατά την εκτέλεση. (2) διεξήγαγα έρευνα και έκανα καταγραφή των ενεργειών, πράξεων και παραλείψεων των συνεργατών της επιχείρησής μου που ασχολούνται με την μελέτη και διεκπεραίωση των εργολαβιών που αναλαμβάνω. Έλαβα μέτρα αναδιοργάνωσης της δραστηριότητάς μου δίνοντας μεγαλύτερη προσοχή και επιδεικνύοντας μεγαλύτερη επιμέλεια στον προγραμματισμό των εργολαβιών που αναλαμβάνω από τεχνικής και οικονομικής άποψης. Προχώρησα σε ανανέωση του ανθρώπινου δυναμικού που ασχολείται με τις συμβάσεις που εκτελεί η επιχείρησή μου, συνάπτοντας νέες συνεργασίες με σκοπό την υποβοήθηση της παρακολούθησης και εκτέλεσης των εργολαβιών από τεχνικής άποψης, ενώ συνεργάζομαι και με δικηγόρο ειδικό στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων για την παροχή νομικών συμβουλών επί παντός ζητήματος προκύπτει κατά την εκτέλεση μιας εργολαβίας. (3) υιοθέτησα πολιτική εσωτερικών διαδικασιών διαχείρισης δημοσίων συμβάσεων της επιχείρησής με σκοπό τη διασφάλιση της ορθής εκτέλεσης των εργολαβιών που αναλαμβάνω. (4) ανέλαβα πρωτοβουλίες επιμόρφωσης τόσο εμού όσο και των συνεργατών της επιχείρησής που ασχολούνται με τη συμμετοχή της σε διαδικασίες ανάθεσης και εκτέλεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, μέσω της προμήθειας σχετικών νομικών εγχειριδίων και τη διοργάνωση σεμιναρίου με θέμα τις δημόσιες συμβάσεις με εξωτερικό συνεργάτη – νομικό σύμβουλο με ειδίκευση στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. (5) κίνησα τη διαδικασία έκδοσης πιστοποιήσεων ISO για την διασφάλιση της ποιότητας των εσωτερικών διαδικασιών της επιχείρησής». Περαιτέρω, ο δεύτερος προσφεύγων δήλωσε επίσης, με την προσφορά του μέσω του ΕΕΕΣ ότι έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις μη καταβολής φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, για τις οποίες αναφέρει ότι έχουν γίνει ρυθμίσεις, τους αριθμούς πρωτοκόλλου των οποίων αναφέρει επισημαίνοντας ωστόσο στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ ότι δεν διατίθεται σχετική ηλεκτρονική καταγραφή.

11. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στο προσβαλλόμενο υπ'άρ. 3 πρακτικό αναφέρει τα ακόλουθα: «Κατά τον έλεγχο των ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ διαπιστώθηκαν τα εξής: Η εταιρεία «...» γνωστοποίησε με την προσφορά της στη «...», μέσω του

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) / Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), ότι της έχουν επιβληθεί δύο αποφάσεις πρόωρης καταγγελίας σύμβασης (εκπτώσεις): [...] Η εταιρία «...» δηλώνει ότι έχει προσβάλει τις ανωτέρω αποφάσεις με την κατάθεση των ΠΡ104/2021 και ΠΡ105/2021 προσφυγών στο Διοικητικό Εφετείο «...». Επίσης γνωστοποίησε με την προσφορά της στη «...», μέσω του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) / Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), ότι έχει ανεκπλήρωτες υποχρεώσεις μη καταβολής φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης για τις οποίες αναφέρει ότι έχουν γίνει ρυθμίσεις χωρίς ωστόσο να υπάρχει ηλεκτρονική καταγραφή ή να έχει προσκομίσει σχετικά έγγραφα ως επισυναπτόμενα. Μετά την γνωστοποίηση των πρόωρων καταγγελιών σύμβασης και των ανεκπλήρωτων υποχρεώσεων μη καταβολής φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης είναι απαραίτητο να εξεταστεί ο αποκλεισμός ή μη της εταιρείας «...» από τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης με τη «...», σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016. Στο άρθρο 22.Α.4. της σχετικής διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: «Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» ενώ στο άρθρο 22.Α.7 αναφέρεται «Οικονομικός φορέας που εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 22.Α.1 και 22.Α.4, εκτός από την περίπτωση β, μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Για τον σκοπό αυτό, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών

αδικημάτων ή παραπτώματων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση». Επίσης στο άρθρο 22.Α.2. της σχετικής διακήρυξης αναφέρεται ότι αποκλείεται από την συμμετοχή στην διαδικασία σύναψης σύμβασης «όταν ο προσφέρων έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και αυτό έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. ... Δεν αποκλείεται ο προσφέρων, όταν έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του, είτε καταβάλλοντας τους φόρους ή τις εισφορές κοινωνικής ασφάλισης που οφείλει, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, των δεδουλευμένων τόκων ή των προστίμων, είτε υπαγόμενος σε δεσμευτικό διακανονισμό για την καταβολή τους, στο μέτρο που τηρεί τους όρους του δεσμευτικού κανονισμού». Σε σχέση με τις πρόωρες καταγγελίες ο οικονομικός φορέας «...», κάνει μια γενική αναφορά στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) στα επανορθωτικά μέτρα που έχει λάβει, τα οποία ωστόσο κρίνονται ανεπαρκή και δεν αποκαθιστούν την αξιοπιστία της εταιρείας, οπότε δεν μπορεί να γίνει δεκτή στον παρόντα διαγωνισμό, για τους εξής λόγους: Δεν έχει διευκρινίσει τα γεγονότα με ολοκληρωμένο τρόπο, ώστε να εντοπίζεται η αιτία, εντός της εταιρείας, που προκάλεσε την συγκεκριμένη πλημμύεια των καταγγελιών των δύο προηγούμενων δημοσίων συμβάσεων, ώστε να λάβει τα συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτώματων. Αντιθέτως αποδίδει τις καθυστερήσεις στα έργα σε εξωτερικούς παράγοντες (θεομηνίες, Covid, οικονομική κρίση). Παράλληλα όμως αναφέρει λήψη επανορθωτικών μέτρων στην εταιρεία του για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της. Δεν έχει καταθέσει κανένα αποδεικτικό

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

στοιχείο για τα επανορθωτικά μέτρα στην εταιρεία του, προκειμένου να αποκατασταθεί η αξιοπιστία του. Η αξιοπιστία των διαγωνιζόμενων εταιρειών, είναι πολύ σημαντική για την «...», προκειμένου το έργο να εξελιχθεί και να ολοκληρωθεί με τεχνικά άρτιο τρόπο και εντός του προκαθορισμένου χρόνου περαίωσης, διότι είναι συγχρηματοδοτούμενο από την Ε.Ε. και σε κάθε άλλη περίπτωση κινδυνεύει με απένταξη. Η συγκεκριμένη εταιρεία έχει υποπέσει σε επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια πρόωρης καταγγελίας συμβάσεων, σε άλλες Υπηρεσίες, πράγμα που κλονίζει την εμπιστοσύνη της «...» προς αυτή. Επί πλέον όπως έχει ήδη προαναφερθεί δεν έχει καταθέσει κανένα αποδεικτικό στοιχείο για τις ρυθμίσεις σχετικά με τις οικονομικές εκκρεμότητες λόγω μη καταβολής φόρων και εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Σύμφωνα με το άρθρο 73, παρ. 8 του ν.4412/2016: "Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7, εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας σαράντα (40) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή, συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Αν παρέλθει άπρακτη η προθεσμία του πρώτου εδαφίου, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκδώσει απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7 και χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9". Η επιτροπή διαγωνισμού με το υπ' αριθμ. 14172B1/16-8-2022 έγγραφό της απέστειλε στην αρμόδια επιτροπή της παρ. 9 του άρθρου 73 του ν.4412/2016 σχετική επιστολή για Γνωμοδότηση. Το χρονικό διάστημα των σαράντα (40) ημερών από την αποστολή του εγγράφου παρήλθε χωρίς απάντηση από την αρμόδια επιτροπή. Επομένως σύμφωνα με το άρθρο 73, παρ. 8 του ν.4412/2016 «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκδώσει απόφαση για τη διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την παρ. 7 και χωρίς τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παρ. 9». Με την υπ' αριθμ. 305/28-9-2022 (ΑΔΑ: «...») απόφαση του ΔΣ της «...» αποφασίστηκε από τον Αναθέτοντα φορέα η οριστική ανεπάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που περιγράφονται στο ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα «...» για τα οποία δεν υπέβαλε κανένα δικαιολογητικό τεκμηρίωσης σύμφωνα με το άρθρο 73 παρ. 7 και 8 του ν.4412/2016».

12. Επειδή, από τα παραπάνω προκύπτει ότι ο αναθέτων φορέας τήρησε την εκ του νόμου προβλεπόμενη διαδικασία αξιολόγησης επανορθωτικών μέτρων. Όμως, από τη μελέτη της προσβαλλομένης δεν προκύπτει ότι ο αναθέτων δεν αιτιολόγησε κατά τρόπο επαρκή την απόφασή της περί αποκλεισμού της προσφοράς του δεύτερου προσφεύγοντος λόγω ανεπάρκειας επανορθωτικών μέτρων. Αντίθετα, ως αιτιολογία ανέφερε τόσο την έλλειψη εντοπισμού εκ μέρους του δεύτερου προσφεύγοντος των εσωτερικών εταιρικών ζητημάτων και ελλείψεων που οδήγησαν στις εκπτώσεις και την απόδοση αυτών μόνο σε εξωγενείς παράγοντες, την απουσία απτών μέτρων για την αποφυγή παρόμοιων καταστάσεων και κυρίως την έλλειψη στοιχειοθέτησης και απόδειξης των επικαλούμενων επανορθωτικών μέτρων. Η παραπάνω συνεπώς κρίση, η οποία ενσωματώνεται στο σώμα της προσβαλλομένης δεν παρίσταται αναίτιολογητη και κατά τούτο δεν προκύπτει ότι είναι παράνομη και ακυρωτέα. Συνεπώς, ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

13. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ο πρώτος προσφεύγων και με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του ο δεύτερος προσφεύγων προβάλλουν ότι στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του ο παρεμβαίνων δήλωσε αναληθώς / ανακριβώς ότι είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων και παράλληλα δεν απάντησε καν, πολλώ δε μάλλον θετικά ως όφειλε, στην ερώτηση αν *«θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων»*.

14. Επειδή, ως προς τον ως άνω προβαλλόμενο λόγο η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι αυτός αβασίμως προβάλλεται καθώς ο παρεμβαίνων έχει προσηκόντως συμπληρώσει όλα τα πεδία του Μέρους ΙΙΙ σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού και ειδικότερα, όσον αφορά την εκπλήρωση των φορολογικών και ασφαλιστικών του υποχρεώσεων κατά τα προβλεπόμενα στην διακήρυξη, γεγονός που δεν αμφισβητείται από τους προσφεύγοντες, οπότε δεν τίθεται ζήτημα αποκλεισμού της προσφοράς του λόγω της ως άνω εσφαλμένης απάντησης στο ΕΕΕΣ, καθώς από αυτό προκύπτει προαποδεικτικώς ότι δεν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού, εξάλλου τούτο θα ελεγχθεί επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξής του ως αναδόχου, όταν κληθεί σύμφωνα με το άρθρο 4.2 της οικείας διακήρυξης

να υποβάλλει ως προσωρινός ανάδοχος ,σύμφωνα με το άρθρο 23.3 της οικείας διακήρυξης, φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα. Σε κάθε περίπτωση προβάλλει ότι στις 27-5-2022, που ήταν η καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών στο επίμαχο διαγωνισμό, η «...», ως αναθέτουσα Αρχή, είχε στην κατοχή της από άλλα έργα που είχε αναθέσει στον ανακηρυχθέντα προσωρινό ανάδοχο, ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα αυτού, όπως προκύπτει από το υπ' αρ. «...» αποδεικτικό ενημερότητος της ΑΑΔΕ, ισχύον για δύο μήνες ήτοι μέχρι 18- 6-2022 και το υπ' αρ. πρωτ. «...» αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητος, ισχύον μέχρι την 30-6-2022 και κατά συνέπεια αποδεικνύετο ότι ήταν ασφαλιστικά και φορολογικά ενήμερος κατά την ανωτέρω ημερομηνία.

15. Επειδή, ο παρεμβαίνων επί του ως άνω λόγου των δύο προσφυγών υποστηρίζει ότι το συγκεκριμένο πεδίο (Μέρος II), που αφορά σε επιχειρήσεις εγγεγραμμένες σε σύστημα Εγκεκριμένων Οικονομικών Φορέων συμπληρώθηκε από μέρους του καταφατικά εκ πλάνης – παραδρομής, ωστόσο στο Μέρος III του ΕΕΕΣ απάντησε κανονικά στα ερωτήματα περί φορολογικών και ασφαλιστικών οφειλών, ενώ εκ του νόμου και της διακήρυξης υπέχει την υποχρέωση να προσκομίσει τα σχετικά έγγραφα ενημερότητας, εφόσον ανακηρυχθεί ανάδοχος του έργου.

16. Επειδή, στο άρθρο 23.9 της οικείας διακήρυξης ορίζονται τα εξής. *«Επίσημοι κατάλογοι εγκεκριμένων οικονομικών φορέων (α)Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους ή διαθέτουν πιστοποίηση από οργανισμούς πιστοποίησης που συμμορφώνονται με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης, κατά την έννοια του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, μπορούν να υποβάλλουν στις αναθέτουσες αρχές πιστοποιητικό εγγραφής εκδιδόμενο από την αρμόδια αρχή ή το πιστοποιητικό που εκδίδεται από τον αρμόδιο οργανισμό πιστοποίησης. Στα πιστοποιητικά αυτά αναφέρονται τα δικαιολογητικά βάσει των οποίων έγινε η εγγραφή των εν λόγω οικονομικών φορέων στον επίσημο κατάλογο ή η πιστοποίηση και η κατάταξη στον εν λόγω κατάλογο. Η πιστοποιούμενη εγγραφή στους επίσημους καταλόγους από τους αρμόδιους οργανισμούς ή το πιστοποιητικό, που εκδίδεται από τον οργανισμό πιστοποίησης, συνιστά τεκμήριο καταλληλότητας όσον αφορά τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής, τις οποίες καλύπτει ο επίσημος κατάλογος ή το*

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

πιστοποιητικό. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής των δικαιολογητικών που αναφέρονται στο πιστοποιητικό εγγραφής τους».

17. Επειδή, περαιτέρω στο αρ.23 της επίμαχης διακήρυξης ορίζονται τα εξής: «Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΑ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν.1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές η τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22.Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22. Β-Ε 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 [...]Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας [...]Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)».

18. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διάγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Περαιτέρω, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών.

19. Επειδή, το ΕΕΕΣ αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής, που επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας, που το υποβάλλει, πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από την οικεία διακήρυξη και ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι, κατά περίπτωση, προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού (ΣΤΕ 569/2019, 2723/2018, ΣΤΕ ΕΑ 135/2018, 251/2018, 99/2018, 27/2018, 40/2019, βλ. και ΣΤΕ ΕΑ 129/2018 σχετ. με το άρθρο 79Α του ν. 4412/2016). Επιτυγχάνεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, η διευκόλυνση της συμμετοχής των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων και, κυρίως, των μικρομεσαίων επιχειρήσεων σε δημόσιους διαγωνισμούς, με την απαλλαγή τους από την υποχρέωση συγκέντρωσης «σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών και άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τους λόγους αποκλεισμού και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής» (βλ. τις 84-85 αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Η υποχρέωση προσκόμισης των εγγράφων αυτών παραμένει μεν, πλην, μετατίθεται χρονικά στο στάδιο της ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου, διατηρουμένης, πάντως, της ευχέρειας του αναθέτοντος φορέα να ζητά, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, πρόσθετα στοιχεία και δικαιολογητικά για την απόδειξη των περιεχομένων στο ΕΕΕΣ δηλώσεων και πληροφοριών.

20. Επειδή, εν προκειμένω στην εξεταζόμενη περίπτωση, η απάντηση «ΝΑΙ» του παρεμβαίνοντος στην ερώτηση του ΕΕΕΣ: *«Κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού*

συστήματος (προ)επιλογής];», κατ' επίκληση της εγγραφής της στη 2η τάξη ΜΕΕΠ, συνιστά δήλωση, η οποία είναι καταρχάς ανακριβής, γεγονός που δεν αμφισβητείται από τον παρεμβαίνοντα. Περαιτέρω, αυτή η δήλωση, είχε ως αποτέλεσμα να μην ενεργοποιηθεί το ερώτημα του ΕΕΕΣ «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν;», οπότε ο παρεμβαίνων δεν απάντησε σε αυτό το ερώτημα.

21. Επειδή, ως έχει ad hoc κριθεί (βλ. ΣτΕ 212/2021 σκ. 9-10), η αρνητική απάντηση στο σχετικό υποερώτημα του ΕΕΕΣ περί προσκόμισης βεβαιώσεων σχετικά με την πληρωμή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εφόσον ο διαγωνιζόμενος δεν όφειλε να είχε απαντήσει λόγω μη εγγραφής του σε επίσημο κατάλογο, δεν επάγεται έννομες συνέπειες ως προς τη δέουσα προαπόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού που σχετίζεται με την καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Τούτο δε διότι, δηλώνεται περαιτέρω στο ειδικό πεδίο του Μέρους VI του ΕΕΕΣ, όπως άλλωστε έχει εν προκειμένω κάνει ο παρεμβαίνων, χωρίς τούτο να αμφισβητείται από τους προσφεύγοντες, ότι είναι σε θέση να προσκομίσει τα πιστοποιητικά και λοιπά αποδεικτικά έγγραφα που προβλέπει η διακήρυξη και άρα η συγκεκριμένη πλημμέλεια δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού της προσφοράς. Συνεπώς ο οικείος λόγος πρέπει να απορριφθεί.

22. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της πρώτης και της δεύτερης προσφυγής οι προσφεύγοντες υποστηρίζουν ότι ο παρεμβαίνων υπέβαλε αναληθές / ανακριβές ΕΕΕΣ μη δηλώνοντας τον υπεργολάβο που σκοπεύει να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση του επίδικου έργου, εφόσον τελικά αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος, ενώ παράλληλα παρέλειψε να υποβάλλει με την προσφορά του αντίστοιχο ΕΕΕΣ του συγκεκριμένου υπεργολάβου, ως όφειλε. Ειδικότερα, οι προσφεύγοντες υποστηρίζουν ότι όταν ο παρεμβαίνων, κλήθηκε προς παροχή επεξηγήσεων, γιατί η οικονομική του προσφορά κρίθηκε «ασυνήθιστα χαμηλή», επικαλέστηκε την προσφορά του εργολάβου - εμπειροτέχνη κ. «...» για τις εργασίες των ΑΤ 6 «Αποκατάσταση επίστρωσης

πεζοδρομίου, νησίδας ή πλατείας στις θέσεις ορυγμάτων υπογείων δικτύων» και 8 «Υπόβαση οδοστρωσίας μεταβλητού πάχους».

23. Επειδή, ο αναθέτων ζητά την απόρριψη του οικείου λόγου ως νόμω και ουσία αβάσιμου καθώς όπως προβάλλει από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει ότι ο εμπειροτέχνης - εργολάβος, κ. «...» θα απασχοληθεί ως επίσημος υπεργολάβος, την έννοια του νόμου, αφού δεν δηλώνεται κάτι τέτοιο από τον παρεμβαίνοντα, σύμφωνα με το άρθρο 165 του νόμου 4412/2016. Εξάλλου, δεν θεωρείται «υπεργολαβία» οποιαδήποτε μίσθωση έργου ή σύμβαση παροχής υπηρεσιών ή προμηθειών ή ανάθεση εργασιών σε τρίτο, οι οποίες (συμβάσεις) διέπονται από τον κοινό Αστικό Κώδικα. Στην συγκεκριμένη περίπτωση η προσφορά του κ. «...» προκύπτει από την αιτιολόγηση της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και από το τμήμα της αιτιολόγησης με τίτλο «Προμηθευτές/ Προσφορές υλικών» και ως εκ τούτου η εν λόγω προσφορά δεν αποτελεί ανάθεση εκ μέρους του προσωρινού αναδόχου στον κ. «...» και αποδοχή από αυτόν της κατασκευής των εν λόγω εργασιών υπό μορφήν υπεργολαβίας, αλλά συνιστά απλά μία προσφορά για να αποδείξει το κόστος των εργασιών και υλικών και που κατά την εκτέλεση του έργου μπορεί να λάβει την μορφή προμήθειας εργασίας από το προσωπικό του εμπειροτέχνη - εργολάβου και προμήθεια υλικών.

24. Επειδή, ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι το έγγραφο της προσφοράς του «...» δεν πληροί τα χαρακτηριστικά σύμβασης, αφού σε αυτό δεν περιέχεται συμφωνία περί ανάθεσης και εκτέλεσης έργου, παρά μόνο υποβολή πρότασης. Επομένως, σύμβαση εργολαβίας δεν υφίσταται. Περαιτέρω υποστηρίζει ότι το εν λόγω έγγραφο δεν απεικονίζει κατάρτιση σύμβασης ή πρόθεση κατάρτισης σύμβασης υπεργολαβίας, αλλά μια απλή προσφορά, την οποία προσκόμισε προκειμένου, στο πλαίσιο της αιτιολόγησης της προσφοράς του, να αποδείξει κατά τον πλέον αναλυτικό τρόπο, το κόστος των απαιτούμενων εργασιών και υλικών.

25. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 23.1 και 25 της διακήρυξης, σε περίπτωση υπεργολαβίας, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να προβαίνουν σε σχετική δήλωση στο ΕΕΕΣ τους, αλλά και να υποβάλλουν αντίστοιχο ΕΕΕΣ για τον υπεργολάβο, έτσι ώστε να διακριβωθεί η εκ μέρους του πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού. Περαιτέρω, όπως έχει παγίως κριθεί, σε περίπτωση μη συμμόρφωσης με τα ανωτέρω ή

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

στην περίπτωση υποβολής σχετικής ανακριβούς δήλωσης, η προσφορά του υποψηφίου αναδόχου είναι απορριπτέα.

26. Επειδή, εν προκειμένω στη σελίδα 39 του ηλεκτρονικού αρχείου .pdf με τίτλο «ΕΠΕΚΤΑΣΕΙΣ ΔΙΚΤΟΥ ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΝΕΑ_signed», ο παρεμβαίνων δηλώνει αυτολεξεί ότι οι εργασίες ΑΤ 6 και 8 θα εκτελεστούν *«σύμφωνα με την επισυναπτόμενη προσφορά»*. Στην προσφορά του «...», η οποία απευθύνεται στον παρεμβαίνοντα στο πλαίσιο του έργου «...», αναφέρεται: *«προσφέρω δώδεκα ευρώ (12,00€)/τετραγωνικό μέτρο (μ2) για την αποκατάσταση επίστρωσης πεζοδρομίου, νησίδας ή πλατείας στις θέσεις ορυγμάτων υπόγειων δικτύων σύμφωνα με το άρθρο 6 του τιμολογίου της μελέτης του έργου. Στην τιμή, συμπεριλαμβάνονται τα υλικά και η εργασία από οποιοδήποτε υλικό επίστρωσης για κάθε είδους αποκατάσταση. Προσφέρω δέκα ευρώ (10,00€)/κυβικό μέτρο (μ3) για την κατασκευή υπόβασης οδοστρωσίας μεταβλητού πάχους από θραυστά υλικά σύμφωνα με το άρθρο 8 του τιμολογίου της μελέτης του έργου»*.

27. Επειδή, από τα παραπάνω δεν προκύπτει ότι η ως άνω προσφορά, η οποία φέρει ημερομηνία 20-5-2022, ήτοι προ της υποβολής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, έχει ενδεικτικό χαρακτήρα αλλά επισυνάπτεται αυτούσια και κατά την αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος γίνεται αντικείμενο επίκλησης ως έχει με τη φράση *«σύμφωνα με την επισυναπτόμενη προσφορά»*. Συνεπώς, εν προκειμένω προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων είχε την πρόθεση χρήσης εργολάβου για την υλοποίηση μέρους του έργου, τον οποίο θα έπρεπε να έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ του υποβάλλοντας ταυτόχρονα ξεχωριστό ΕΕΕΣ για αυτόν, άλλως να έχει ρητώς επεξηγήσει ότι το κόστος για τις συγκεκριμένες εργασίες αιτιολογείται βάσει ενδεικτικών απλώς προσφορών και στοιχείων της «αγοράς», όπως η προκείμενη. Συνεπώς ο δεύτερος λόγο της πρώτης και της δεύτερης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

28. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της πρώτης προσφυγής και τον τέταρτο λόγο της δεύτερης προσφυγής προβάλλεται ότι η αποδοχή της αιτιολόγησης του παρεμβαίνοντος έλαβε χώρα χωρίς να αιτιολογείται ειδικά και τούτο διότι, στο 4^ο πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού αναφέρεται απλώς ότι οι παρασχεθείσες εξηγήσεις *«κρίθηκαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού ικανοποιητικές»* χωρίς καμία περαιτέρω εξειδίκευση και κρίση επί των

στοιχείων που προσκόμισε ο παρεμβαίνων. Περαιτέρω με επιμέρους ισχυρισμούς τόσο ο πρώτος όσο και ο δεύτερος προσφεύγων προβάλλουν η αιτιολόγηση της προσβαλλομένης ήταν ιδιαίτερως σημαντική και έπρεπε να είναι αναλυτική καθώς προκύπτει ότι ο παρεμβαίνων δεν αιτιολόγησε επαρκώς την προσφορά του, η οποία είναι κατά τους προσφεύγοντες τελικά ζημιογόνα.

29. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις του αναθέτοντος, ο τρίτος λόγος της πρώτης προσφυγής, ο οποίος κατά το πρώτο σκέλος του, ήτοι αυτό της μη νόμιμης αιτιολογίας της αποδοχής των εξηγήσεων του αναδόχου και νυν παρεμβαίνοντος, συμπίπτει με τον πρώτο σκέλος του τέταρτου λόγου της δεύτερης προσφυγής, είναι βάσιμος. Ειδικότερα, η αναθέτουσα απαντώντας στους προβαλλόμενους από τον πρώτο προσφεύγοντα ισχυρισμούς συνομολογεί τα εξής: *«Η Επιτροπή Διαγωνισμού μετά από επαναξιολόγηση του φακέλου «Αιτιολόγησης Κόστους Προσφοράς του «...» και των διευκρινίσεων που προσκομίσθηκαν συμπληρωματικά μετά από αίτημα της Επιτροπής Διαγωνισμού για συμπληρωματικές πληροφορίες και λαμβάνοντας υπόψη τα αναφερόμενα στην προσφυγή του «...», έχει τις εξής απόψεις: 1. (Σημείο II.Γ.4 της προσφυγής) Από την προσκομισθείσα μισθολογική κατάσταση του Μαΐου 2022 φαίνεται ότι το μηνιαίο κόστος για τον χειριστή «...» είναι 957.636. Ωστόσο δεν λήφθηκαν υπόψη τα δώρα Χριστουγέννων και Πάσχα και ότι η πραγματική απασχόληση του εργαζόμενου είναι 11 μήνες. Επομένως το πραγματικό μηνιαίο κόστος του εργαζόμενου είναι $(957.63 \times 14)/11 = 1,218.806$. Αυτό αυξάνει την σχετική δηλωθείσα δαπάνη κατά $(1,218.80 - 957.63) \times 9 = 2,350.556$. 2. (Σημεία II.Γ.5, II.Γ.6, I.Γ.7 της προσφυγής). Σε ότι αφορά στην μεταφορά και νόμιμη απόρριψη των προϊόντων εκσκαφής και καθαιρέσεων, η οποία είναι αποκλειστική ευθύνη του Αναδόχου, σύμφωνα με το άρθρο 7.2 της Συγγραφής Υποχρεώσεων, κατόπιν έρευνας της αγοράς αποσαφηνίσθηκε ότι η μεταφορά των αποβλήτων εκσκαφών και καθαιρέσεων επιβαρύνει τον παραγωγό αυτών των αποβλήτων, δηλ. τον ανάδοχο και ότι υπάρχει και κόστος για την υποδοχή τους. Ο υπολογισμός του όγκου των προϊόντων εκσκαφής και της δαπάνης μεταφοράς, που περιγράφεται στην προσφυγή του «...» είναι εύλογος. Ο όγκος των προϊόντων εκσκαφών είναι 7.670 tn και η δαπάνη μεταφοράς ανέρχεται στο ποσόν των 23,774.156 στην περίπτωση, που χρησιμοποιήσει*

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

μισθωμένο φορτηγό και 19,2006 στην περίπτωση, που η μεταφορά γίνει με ιδιόκτητο φορτηγό. Στην δεύτερη περίπτωση απαιτούνται 96 ημέρες συνεχούς απασχόλησης του φορτηγού της επιχείρησης. Επίσης στην μελέτη του έργου και συγκεκριμένα την Τεχνική Περιγραφή αναφέρεται ότι τα προϊόντα εκσκαφής «Θα απομακρύνονται αμέσως και θα απορρίπτονται σε εγκεκριμένους χώρους διάθεσης σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, όπως αναλυτικά αναφέρεται στην παράγραφο 2 του άρθρου 7.2 της Σ. Υ. του έργου». Επομένως ο ισχυρισμός του «...», που αναγράφεται στην παρέμβασή του, ότι η μεταφορά των προϊόντων εκσκαφής θα γίνει με την εταιρεία «...» μέσω συνδυαστικών μεταφορών, χωρίς καμία οικονομική επιβάρυνσή του, είναι μη ρεαλιστικός. Στα παραπάνω θα πρέπει να προστεθεί και η δαπάνη απόθεσης των υλικών. Λαμβάνοντας υπόψη τους τιμοκαταλόγους στο διαδίκτυο των εταιρειών «...», και θεωρώντας ότι υπάρχει έκπτωση της τάξεως του 30% επί των τιμών του τιμοκαταλόγου λαμβάνεται κόστος 1.36 ανά τόνο. Η συνολική ποσότητα προϊόντων εκσκαφών είναι 7,670 tn και η δαπάνη ανέρχεται στο ποσόν των 9,9716. 3. (Σημείο II.Γ.8,9 της προσφυγής). Στον πίνακα «Δαπάνης Προσωπικού - Διοίκησης και κατασκευής του έργου» ο Ανάδοχος «...» δηλώνει να έχει ο ίδιος τα καθήκοντα Μηχανικού επί τόπου, Οδηγού φορτηγού και Λογιστικής-Γραμματειακής υποστήριξης. Αυτό είναι μη ρεαλιστικό. Επομένως για την ομαλή εκτέλεση των εργασιών του έργου υπάρχει η ανάγκη πρόσληψης οδηγού φορτηγού. Ο υπολογισμός της δαπάνης ενός οδηγού που περιγράφεται στην προσφυγή του «...» είναι εύλογος και ανέρχεται στο ποσόν των 20,530.446. 4. (Σημείο II.Γ.11 της προσφυγής). Στην κοστολόγηση δεν έχει συμπεριληφθεί η παρακράτηση φόρου για τεχνικά έργα, η οποία είναι 3% επί της αξίας του υπό κατασκευή έργου (ν. 4172/2013, άρθρο 64, παράγραφος 1). Το ποσό σύμβασης μετά την προσφερόμενη έκπτωση 43,66% είναι 349,438.796, οπότε ο φόρος είναι 10.483,166 (3% x 349,438.796). Επί πλέον σύμφωνα με το άρθρο 8.1 της Διακήρυξης υπάρχουν κρατήσεις υπέρ ΕΑΑΔΗΣΥ 244,606 (0.07% x 349,438.796), υπέρ ΑΕΠΠ 209,666 (0.06% x 349,438.796) και υπέρ ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ 69.886 (0.02% x 349,438.796). Επομένως η συνολική δαπάνη για φόρους και κρατήσεις ανέρχεται στο ποσόν των 11,007.306.5. (Σημείο II.Γ. 12 της προσφυγής) Στην αιτιολόγηση του κόστους προσφοράς του «...» αναγράφεται κόστος εγγυητικών 5006. Με δεδομένο ότι η εγγυητική επιστολή

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

Καλής Εκτέλεσης είναι 37,5006 (5% χ 750,0006) και το ΤΜΕΔΕ λαμβάνει προμήθεια ανά τρίμηνο 0.45% χ 37,5006 = 168.756 συν επιβάρυνση χαρτοσήμων 3.6% x 168.75 = 6.086, μέχρι την επιστροφή της εγγύησης, το κόστος για 11 τρίμηνα (η διάρκεια του έργου είναι 18 μήνες και ο ελάχιστος χρόνος υποχρεωτικής συντήρησης 15 μήνες) ανέρχεται σε 11 x (168.75+6.08) = 1,923,136 ήτοι 1,423.136 περισσότερο από το κόστος που είχε δηλώσει για τις εγγυητικές. Φυσικά το ποσόν αυτό θα είναι μεγαλύτερο στην περίπτωση παράτασης του έργου. 6. (II.Γ. 13) Σε ότι αφορά στην δαπάνη μεταφοράς των αδρανών υλικών από το λατομείο, αυτή δεν συμπεριλαμβανόταν στην προσφορά της εταιρείας «...», που προσκομίσθηκε στην αιτιολόγηση της προσφοράς. Μετά από διευκρινίσεις που ζητήθηκαν προσκομίσθηκε έγγραφο ορθής επανάληψης, στο οποίο περιλαμβάνεται και η μεταφορά. Ωστόσο το έγγραφο δεν φέρει την ημερομηνία της ορθής επανάληψης, η οποία θα έπρεπε να είναι μεταγενέστερη της ημερομηνίας που ζητήθηκαν οι διευκρινίσεις. Ως εκ τούτου είναι αμφίβολης αξιοπιστίας και δεν γίνεται δεκτή. Όπως φαίνεται στους επισυναπτόμενους σχετικούς υπολογισμούς, η δαπάνη αυτή ανέρχεται στο ποσόν των 40.1456 στην περίπτωση που χρησιμοποιήσει μισθωμένο φορτηγό και 35.1756 στην περίπτωση που η μεταφορά γίνει με ιδιόκτητο φορτηγό. Στην δεύτερη περίπτωση απαιτούνται 201 ημέρες συνεχούς απασχόλησης του φορτηγού της επιχείρησης. Από τα παραπάνω φαίνεται ότι η υποκοστολόγηση του έργου στην Αιτιολόγηση Κόστους Προσφοράς του «...», ξεπερνά κατά πολύ το δηλωθέν τελικό κέρδος μετά των φόρων 26,929.456. Εν κατακλείδι εισηγούμαστε να γίνει εν μέρει αποδεκτή η προσφυγή του οικονομικού φορέα «...», με απόρριψη των δύο πρώτων σκελών και αποδοχή του τρίτου σκέλους. Κατά συνέπεια η προσφορά του «...» προτείνεται να απορριφθεί ως ζημιογόνα και μη ρεαλιστική».

30. Επειδή, κατά τον παρεμβαίνοντα, ο σχετικός λόγος είναι αβάσιμος και απορριπτός καθώς από καμία διάταξη νόμου δεν προκύπτει η υποχρέωση του αναθέτοντος να προβεί σε ειδική αιτιολόγηση της απόφασής του να αποδεχτεί τις εξηγήσεις που δίδει ο υποψήφιος στο πλαίσιο της διαδικασίας των άρθρων 88-89 του ν. 4412/2016. Και τούτο διότι, κατά την διάταξη του άρθρου 88 η ύπαρξη ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δεν οδηγεί σε αυτόματο αποκλεισμό του προσφέροντος οικονομικού φορέα, αλλά δημιουργεί σε αυτόν την υποχρέωση να αιτιολογήσει το ύψος της προσφοράς

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

του. Καταρχάς δηλαδή η συμμετοχή του φορέα είναι σύννομη και μόνο αν οι εξηγήσεις δεν καλύψουν τον αναθέτοντα επέρχεται αποκλεισμός του υποψηφίου. Περαιτέρω ο παρεμβαίνων απαντά στους επί μέρους ισχυρισμούς των προσφευγόντων, ισχυριζόμενος ότι η προσφορά του δεν είναι ζημιογόνος.

31. Επειδή, όπως έχει γίνει δεκτό από το ΔΕΕ η υποχρέωση διαφάνειας, με βάση την οποία οφείλουν να ενεργούν οι αναθέτουσες αρχές, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, έχει κατ' ουσίαν ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους τους (αποφάσεις ΔΕΕ της 29-03-2012, C-599/2010, SAG ELV Slovensko κλπ, σκέψη 25, της 16-04-2015, C-278/14, Enterprise Focused Solutions, σκέψη 26). Ο σκοπός δε αυτός δεν θα επετυγχάνετο στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή διατηρούσε την ευχέρεια να μην εφαρμόζει είτε τους όρους, στους οποίους η ίδια υπέβαλε με τη διακήρυξη (απόφαση ΔΕΕ της 16-04-2015, C-278/14, Enterprise Focused Solutions, σκέψη 27), είτε όρους επιβαλλόμενους με διατάξεις αναγκαστικού δικαίου, οι οποίοι, μεταξύ άλλων, προσδιορίζουν επακριβώς τις αρμοδιότητες των οργάνων που είναι επιφορτισμένα με τη διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Εξάλλου, σκοπός των άρθρων 88 και 89 του ν. 4412/2016 είναι να εξασφαλιστεί η προσήκουσα εκτέλεση της υπό σύναψη σύμβασης και δη το γεγονός ότι το συμβατικό αντάλλαγμα θα επαρκέσει για την υλοποίηση του φυσικού αντικείμενου της συναφθισόμενης σύμβασης με τη χρήση των συγκεκριμένων τεχνικών λύσεων που προτείνει ο υποψήφιος ανάδοχος.

32. Επειδή, από τα στοιχεία το φακέλου προκύπτει ότι το πρακτικό 4 της επιτροπής διαγωνισμού αναφέρει τα ακόλουθα *«Στις 24-1-2023, ο μειοδότης υπέβαλε εμπρόθεσμα, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ τις διευκρινίσεις που του ζητήθηκαν, οι οποίες κρίθηκαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού ικανοποιητικές»*. Ωστόσο, ο αναθέτων με τις απόψεις του προέβη σε εντελώς διαφορετικές κρίσεις επί των επεξηγήσεων του παρεμβαίνοντος, συνομολογώντας ότι, όπως ορθώς προβάλλεται από τον πρώτο προσφεύγοντα, η προσβαλλόμενη παρίσταται ακυρωτέα λόγω εσφαλμένης αιτιολογίας. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη, η οποία δεν περιείχε καμία αιτιολόγηση της αποδοχής των επεξηγήσεων του παρεμβαίνοντος, ήταν αφενός ανατιολόγητη αφού όπως η

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

αναθέτουσα συνομολογεί είχε κάνει δεκτές επεξηγήσεις της προσφοράς, όπως ενδεικτικά ότι ο παρεμβαίνων θα αναλάμβανε τα καθήκοντα του οδηγού, του επιβλέποντος μηχανικού και της γραμματειακής/διοικητικής υποστήριξης του έργου, πράγμα που κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας δεν είναι εφικτό, τις οποίες όφειλε να έχει απορρίψει. Περαιτέρω δε ορισμένες από τις εξηγήσεις του παρεμβαίνοντος δεν θα έπρεπε να έχουν γίνει δεκτές από τον αναθέτοντα λόγω παράβασης της εργατικής, όπως δηλαδή ότι ο παρεμβαίνων έχει υπολογίσει να χρησιμοποιήσει τον χειριστή «...» για 9 μήνες, με μηνιαίο κόστος 957,63 ευρώ (σελίδα 9 του ηλεκτρονικού αρχείου .pdf με τίτλο «ΕΠΕΚΤΑΣΕΙΣ ΔΙΚΤΟΥ ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΝΕΑ_signed»). Υπολογίζει δε έτσι το συνολικό κόστος της απασχόλησης του χειριστή «...» στο ποσό των 8.618,67 ευρώ (957,63 ευρώ μηνιαίος μισθός επί 9 μήνες ίσον 8.618,67 ευρώ συνολικό κόστος). Όμως, στις νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων περιλαμβάνονται και τα επιδόματα Χριστουγέννων και Πάσχα, καθώς και το επίδομα αδείας, τα οποία δεν υπολογίστηκαν όπως προκύπτει από την αιτιολόγηση της προσφοράς του. Τα σφάλματα αυτά μεταξύ άλλων αναγνώρισε και συνομολόγησε ο αναθέτων με τις απόψεις του. Συνεπώς, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα λόγω πλημμελούς και εσφαλμένης αιτιολογίας και ο σχετικός λόγος της πρώτης και δεύτερης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός. Ενόψει δε των ανωτέρω παρέλκει η εξέταση των επιμέρους υποστηρικτικών του ως άνω λόγου ισχυρισμών των προσφυγών.

33. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η πρώτη προσφυγή, εν μέρει δεκτή η δεύτερη να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις και να απορριφθεί η παρέμβαση. Τέλος, πρέπει να επιστραφούν στους προσφεύγοντες τα κατατεθέντα παράβολα κατ' άρθρο 363 του ν.4412/16.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τις υπ. αρ. 188/2022, 249/2022, 331/2022 και 9/13-02-2023 αποφάσεις κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης: 625,626 / 2023

Διατάσσει την επιστροφή των κατατεθέντων παραβόλων στους προσφεύγοντες.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 07-04-2023 και εκδόθηκε την 27-04-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Βασιλική Καραδήμα

Η Γραμματέας

Αναστασία Ρουμελιώτη