

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 24-11-2022 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη, Μέλος.

Προκειμένου να εξετάσει την από 19-10-2022 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 1466/19-10-2022 της ... με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη, ... οδός, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «... ..», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. 800/2022 (ΑΔΑ: ...-...) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής σύμφωνα με το άρθρο 5 του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 καταβλήθηκε το παράβολο με αριθμό ... ποσού 3.186 ευρώ. Φέρει δε την ένδειξη «Δεσμευμένο».

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../05-07-2022 διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου με τίτλο: «ΔΙΑΜΟΡΦΩΣΗ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΟΣ ΧΩΡΟΥ», προϋπολογισμού 637.096,77€ πλέον Φ.Π.Α. 24%.

Η ως άνω Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μον. ΑΔΑΜ ... την 05-07-2022 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

3. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ, εμπρόθεσμα, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτά ασκείται η προσφυγή του οικονομικού φορέα, του οποίου η τεχνική προσφορά κρίθηκε ως αποδεκτή.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή είχε αναρτήσει στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποίησε στα θιγόμενα μέρη τις από 26-10-2022 απόψεις της.

5. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων του ν. 4412/2016 και της υπ'αρ. 2071/2022 πράξης της Προέδρου του.

6. Επειδή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, έλαβαν μέρος εννέα οικονομικοί φορείς, και δη οι ακόλουθοι κατά σειρά μειοδοσίας 1. ... 44,88%, 2. ... 21,95%, 3. ... 21,24%, 4. ... 19,53%, 5. ... 19,14%,

6. ... 11,14%, 7. ... 2,00%, 8. ... δ.τ."..." 2,00%, 9. ... 1,00%. Ως παραδεκτές κρίθηκαν όλες οι προσφορές και η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι ο μέσος όρος του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν είναι 15,88% και ότι η προσφορά του ... εμφανίζει απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον ανωτέρω μέσο όρο. Ως εκ τούτου, διαβιβάζοντας στην Αναθέτουσα Αρχή τον «Πίνακα Συμμετεχόντων Κατά Σειρά Μειοδοσίας», μέσω της «Επικοινωνίας» την 8/8/2022, εισηγήθηκε κατ' εφαρμογή της παρ. 4.1 περ. (η) του άρθρου 4 της διακήρυξης και παρ. 2 του άρθρου 88 Ν.4412/2016, την αποστολή σχετικής πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα ..., του οποίου η οικονομική προσφορά τεκμαίρεται ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά. Στις 08/08/2022 απεστάλη, μέσω της «Επικοινωνίας», στον οικονομικό φορέα ..., πρόσκληση υποβολής αιτιολόγησης της οικονομικής του προσφοράς, κατ' εφαρμογή του άρθρου 88 Ν.4412/2016, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών. Η πρόσκληση αφορούσε τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής [ανάλυση τιμών της προσφοράς για τις Ομάδες Εργασιών (Α:

Εκκαφές – Αποξηλώσεις – Χωματοουργικά, Β: Σκυροδέματα – Επιστρώσεις και Γ: Λοιπά Τελειώματα) του προϋπολογισμού του έργου, με ανάλυση του κόστους εργασίας και του κόστους της προμήθειας υλικών (σε όποια άρθρα του Τιμολογίου υπάρχουν υλικά)]. Ο οικονομικός φορέας υπέβαλε σε απάντηση της σχετικής πρόσκλησης, εμπροθέσμως στις 27/08/2022, μέσω της «Επικοινωνίας», εξηγήσεις. Ειδικότερα, υπέβαλλε εννέα (9) αρχεία, στα οποία περιλαμβάνονται μεταξύ άλλων αρχεία με οικονομικές αναλύσεις, οργανόγραμμα, χρονοδιάγραμμα και προσφορές. Οι ανωτέρω εξηγήσεις διαβιβάστηκαν, μέσω της «Επικοινωνίας», την 31/8/2022 στην Ομάδα Εργασίας για την αντιμετώπιση ειδικών θεμάτων που αφορούν τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές (Απόφαση 22/2022 Οικονομικής Επιτροπής), προς αξιολόγηση (αρ. πρωτ. 64390/31 8 2022). Η Ομάδα Εργασίας απέστειλε την 8/9/2022 προς την Επιτροπή Διαγωνισμού, μέσω της «Επικοινωνίας», πρόταση αιτήματος περαιτέρω διευκρινίσεων από τον οικονομικό φορέα, προκειμένου να αξιολογήσει τα παρεχόμενα στοιχεία του, όπως αποτυπώνονται στο από 5/9/2022 πρακτικό συνεδρίασης της. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, βάσει του από 5-9-2022 πρακτικού συνεδρίασης της Ομάδας Εργασίας, πρότεινε προς την Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας, κατ' εφαρμογή της παρ. 3 άρθρου 88 και του άρθρου 102 ν. 4412/2016, να ζητήσει από τον οικονομικό φορέα, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίησή της απόφασης της, μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού, να υποβάλει διευκρινίσεις υποβάλλοντας εκ νέου τις ήδη υποβληθείσες προσφορές προμηθευτών με ημερομηνίες, σφραγίδες και υπογραφές. Η Οικονομική Επιτροπή με την υπ' αριθ. 741/2022 (ΑΔΑ: 6Ο1ΣΩ96-ΗΦ7) Απόφασή της, η οποία κοινοποιήθηκε την 14/9/2022, μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού (αρ. πρωτ. 68741/14-9-2022), ζήτησε από τον οικονομικό φορέα, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίησή της απόφασής της, μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού, να υποβάλει εκ νέου τις ήδη υποβληθείσες εκεί αναφερόμενες προσφορές προμηθευτών και συγκεκριμένα:

- 1) την από 19-7-2022 του «...» με υπογραφή και σφραγίδα,
- 2) την από 18-7-2022 της «...-...» με σφραγίδα,
- 3) την από 19-7-2022 της «...-... ..» με σφραγίδα,
- 4) την από 19-7-2022 της «...-...» με υπογραφή και σφραγίδα,

5) την από 19-7-2022 της «... ..» με σφραγίδα. 6) την από 18-7-2022 της «... ..» με υπογραφή και σφραγίδα,

7) την από 19-7-2022 της «...» με υπογραφή και σφραγίδα,

8) την από 20-7-2022 της «...» με υπογραφή και σφραγίδα,

9) του «...» με ημερομηνία και σφραγίδα,

10) την από 20-7-2022 της «...-...» με υπογραφή και σφραγίδα. Ο οικονομικός φορέας ... υπέβαλε σε απάντηση της σχετικής πρόσκλησης τις 23/9/2022, μέσω της «Επικοινωνίας» τις διευκρινίσεις που του ζητήθηκαν. Οι διευκρινίσεις αυτές εξετάστηκαν την 27/09/2022 από την Ομάδα Εργασίας για την αντιμετώπιση ειδικών θεμάτων που αφορούν τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές. Η Ομάδα Εργασίας απέστειλε την 28/9/2022 προς την Επιτροπή Διαγωνισμού, μέσω της «Επικοινωνίας», τις προτάσεις της, όπως αποτυπώνονται στο από 27/9/2022 πρακτικό συνεδρίασης της, αναφορικά τις υποβληθείσες διευκρινίσεις του οικονομικού φορέα, σε συνέχεια της υπ' αριθ. 741/2022 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής. Η Ομάδας Εργασίας πρότεινε την αποδοχή της αιτιολόγησης της χαμηλής προσφοράς που υποβλήθηκε από τον οικονομικό φορέα Η Επιτροπή Διαγωνισμού, έχοντας υπόψη τις από 27/09/2022 προτάσεις της Ομάδας Εργασίας και τις υποβληθείσες εξηγήσεις & διευκρινίσεις του οικονομικού φορέα διατύπωσε την άποψη ότι ο οικονομικός φορέας εξηγεί κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο τιμής της προσφοράς του και με το από 29-09-2022 Πρακτικό της εισηγήθηκε στην Οικονομική Επιτροπή του ... να αναδειχθεί ως προσωρινός ανάδοχος ο με μέση έκπτωση 44,88% και συμβατικό ποσό 354.968,98 € (χωρίς Φ.Π.Α.). Με την υπ' αριθμ. 800/2022 (ΑΔΑ: 6ΖΟ1Ω96-8ΜΝ) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του, που είναι και η προσβαλλόμενη, εγκρίθηκε το ως άνω πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης & αξιολόγησης προσφορών του διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο αναδεικνύεται ως πρώτος μειοδότης ο

7. Επειδή η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυρίζεται ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση, μη νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά του μειοδότη και προσωρινού αναδόχου για δύο λόγους. Ειδικότερα με τον πρώτο λόγο προβάλλεται ότι ο μειοδότης δεν συμπλήρωσε στο ΕΕΕΣ του το πεδίο που αφορά στους υπερβολάβους, Μέρος II, Ενότητα Δ, παρόλο που αυτοί

ήταν γνωστοί εφόσον ο ίδιος 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 έπρεπε κατά τον προσφεύγοντα να απορριφθεί. Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων προβάλλει ότι όπως προκύπτει από τις προσφορές των ... – ..., αυτές αφορούν προδήλως, κατά τα ρητώς σε αυτές δηλούμενα, σε εργασίες κατασκευής του έργου, πέραν της προμήθειας υλικών. 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 προβάλλεται ότι ενώ και ο ίδιος ο μειοδότης ρητώς συνομολογεί ότι οι εν λόγω προσφορές είναι προσφορές υπεργολάβων στην αιτιολόγηση που υπέβαλε, εντούτοις στο ΕΕΕΣ του 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. Εξαλλου κατά τον προσφεύγοντα, οι ανωτέρω πλημμέλειες δεν μπορούν να τύχουν συμπληρώσεως/διευκρινίσεως, στο πλαίσιο του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, διότι, εν προκειμένω τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση της ήδη υποβληθείσας προσφοράς.

8. Επειδή με το δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η υποβολή των ως άνω προσφορών (που υπεβλήθησαν στο πλαίσιο εξηγήσεων ως προς το ύψος της προσφοράς) χωρίς ημερομηνία και υπογραφή/σφραγίδα είναι πλημμελής διότι αφενός τα σχετικά έγγραφα δεν έχουν καμία δεσμευτικότητα, αφετέρου επειδή δεν μπορεί να διαπιστωθεί ότι είχαν συνταχθεί προ της ημερομηνίας του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου η εκ μέρους της οικονομικής επιτροπής διαπίστωση των ως άνω ελλείψεων δεν μπορούσε να οδηγήσει σε συμπλήρωση αυτών (άλλωστε η συμπλήρωση είναι δεδομένο ότι έλαβε χώρα μετά την πρόσκληση με την απόφαση 741/2022 της αναθέτουσας ενώ οι προσφορές έπρεπε να έχουν συνταχθεί

προ της υποβολής της προσφοράς), αλλά αντιθέτως όφειλε η αναθέτουσα αρχή να αποκλείσει άνευ ετέρου και δίχως να καλέσει προς συμπλήρωση την προσφορά του ως άνω διαγωνιζομένου.

9. Επειδή η αναθέτουσα με τις από 26-10-2022 απόψεις της ως προς τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο προβάλλει ότι η ύπαρξη οικονομικής προσφοράς «τρίτου» για άρθρο του τιμολογίου του δημοπρατούμενου έργου (εργασία ή/και υλικό) σε καμία περίπτωση δεν δύναται να αποτελεί «νομική δέσμευση» (όπως λ.χ. συμφωνητικό) μεταξύ αναδόχου σύμβασης και άλλου νομικού ή φυσικού προσώπου («τρίτου») μη συνδεδεμένου με τον εργοδότη, αλλά ενδεικτικό οικονομικό στοιχείο προκειμένου ο προσφέρων οικονομικός φορέας να αιτιολογήσει με οικονομικά δεδομένα την χαμηλή προσφορά του κατά το άρθρο 88 ν.4412/2016. Εκτέλεση δε τμήματος σύμβασης από υπεργολάβο, σύμφωνα με το ν. 4412/2016, υφίσταται εφόσον έχει συναφθεί σύμβαση μίσθωσης έργου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 165 και 166 ν.4412/2016 τηρουμένου του άρθρου 131 του ίδιου νόμου. Ως εκ τούτου, οι αναφερόμενες στην προδικαστική προσφυγή υποβληθείσες οικονομικές προσφορές που αποτελούν αναπόσπαστο κομμάτι της αιτιολόγησης χαμηλής προσφοράς του προσφέροντος, δεν δύναται να αποτελούν στοιχεία υποκρύπτοντα υπεργολαβία κατά το ν.4412/2016, προκειμένου να απαιτείται η δήλωση στο αντίστοιχο πεδίο του ΕΕΕΣ. Ως προς τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι η κλήση επανυποβολής ήδη υποβληθέντων στοιχείων με την υπ' αριθ. 741/2022 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 3 του άρθρου 88 και του άρθρου 102 ν.4412/2016, είναι ορθή καθόσον οι υποβληθείσες προσφορές έχουν συνταχθεί πριν την ημερομηνία υποβολής προσφοράς του οικονομικού φορέα στον διαγωνισμό (20/7/2022) και έγινε προκειμένου να διορθωθούν ελλείψεις (π.χ. σφραγίδα ή/και υπογραφή) κατά το πνεύμα του νομοθέτη (σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν.4782/21 ήτοι «...τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους...»). Άλλωστε ουδεμία τροποποίηση/αλλοίωση ως προς το περιεχόμενο (οικονομικά στοιχεία) των προσφορών υπήρξε (υποβληθέντα στοιχεία την 27-8-2022 και 23-9-2022) και ως εκ τούτου δεν

δύναται να αμφισβητηθεί το περιεχόμενο τους ως προς τον χρόνο σύνταξής τους.

10. Επειδή στο άρθρο 58 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, ορίζεται ότι «στα έγγραφα της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ζητάει από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Ειδικά για τις συμβάσεις έργων, η ανάθεση τμήματος σύμβασης σε υπεργολάβο ελέγχεται από την αναθέτουσα αρχή ως προς την επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου, να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, κατά την έννοια της περ. α' της παρ. 1 και παρ. 2 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, άλλως η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον προσφέροντα να αντικαταστήσει τον υπεργολάβο που δεν πληροί τους ορισμούς της ανωτέρω διάταξης, καθώς και των διατάξεων των άρθρων 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), ή στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις».

11. Επειδή στους όρους της διακήρυξης ορίζονται τα εξής: «22.ΣΤ. Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία) Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. [...] 23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω

οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου.[...] Άρθρο 25: Υπεργολαβία 25.1 Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Αν ο ανάδοχος πρότεινε συγκεκριμένους υπεργολάβους κατά την υποβολή της προσφοράς του, υποχρεούται, κατά την υπογραφή της σύμβασης εκτέλεσης, να προσκομίσει την υπεργολαβική σύμβαση. Η Διευθύνουσα Υπηρεσία μπορεί να χορηγήσει προθεσμία στον ανάδοχο κατ' αίτησή του, για την προσκόμιση της υπεργολαβικής σύμβασης με τον αρχικώς προταθέντα υπεργολάβο ή άλλον, που διαθέτει τα αναγκαία, κατά την κρίση της υπηρεσίας αυτής, προσόντα, εφόσον συντρέχει σοβαρός λόγος. 25.2 Η τήρηση των υποχρεώσεων της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν 4412/2016 από υπεργολάβους δεν αίρει την ευθύνη του κυρίου αναδόχου. 25.3 Η αναθέτουσα αρχή: α) ελέγχει την επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, κατά την έννοια του άρθρου 22.Β (άρθρο 75 παρ. 1 περ. α' και 2 ν. 4412/2016) και επαληθεύει τη μη συνδρομή, στο πρόσωπό του, των λόγω αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.1, 22.Α.2 και 22.Α.9 (άρθρα 73 παρ. 1 και 2 και 74 ν. 4412.2016), σύμφωνα με τα κατά περίπτωση ειδικώς προβλεπόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας (άρθρα 79 έως 81 ν. 4412/2016). β) απαιτεί υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν κατόπιν του ελέγχου και της επαλήθευσης της ως άνω περίπτωσης (α), διαπιστώνεται ότι δεν πληρούνται οι όροι επαγγελματικής καταλληλότητας του υπεργολάβου ή όταν συντρέχουν οι ως άνω λόγοι αποκλεισμού του».

12. 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 διαγωνιζόμενους. Η δε

παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών 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).

13. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

14. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

15. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους. Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

16. Επειδή μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του

προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Κατά την άσκηση δε της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή όσον αφορά τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψήφιους να διευκρινίσουν την προσφορά τους, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 41, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 37). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/EE). Επακολούθως, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη

θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας.

17. Επειδή εν προκειμένω, ως προς τον πρώτο λόγο της προφυγής, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και όπως άλλωστε συνομολογεί και η αναθέτουσα, ο προσωρινός ανάδοχος δεν συμπλήρωσε στο ΕΕΕΣ του το πεδίο που αφορά στους υπεργολάβους, Μέρος II, Ενότητα Δ, ενώ αυτοί ήταν γνωστοί καθόσον κατόπιν στην αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς προσκόμισε προσφορές των ... – ... -..., ..., ..., οι οποίες αφορούν σε εκτέλεση εργασιών που αφορούν στο δημοπρατούμενο έργο. Τις δε ως άνω προσφορές, δεν παρέθεσε ο προσωρινός ανάδοχος ενδεικτικά και ως συγκριτικά οικονομικά στοιχεία προς αιτιολόγηση της προσφοράς του, αλλά τους χαρακτήρισε ο ίδιος ως «υπεργολάβους» του στο έγγραφο αιτιολόγησης της οικονομικής του προσφοράς (βλ. το από 27-8-2022 φύλλο ανάλυσης άρθρων όπου ρητώς αναφέρει τον ..., τον ..., τον ... κλπ. ως υπεργολάβους, και το συγκενρωτικό πίνακα αιτιολόγησης όπου συμπεριλαμβάνει στον υπολογισμό τις ίδιες τις προσφορές της ... και του ...). Επιπλέον των ως άνω, ο προσωρινός ανάδοχος δεν κατέθεσε ΕΕΕΣ για τους ως άνω υπεργολάβους κατά τα οριζόμενα στο νόμο και τη διακήρυξη. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προφυγής πρέπει να γίνει δεκτός δεδομένου ότι η αναθέτουσα όφειλε όπως ορθά υποστηρίζει ο προσφεύγων να απορρίψει την προσφορά του αναδόχου λόγω μη δήλωσης των εν θέματι υπεργολάβων στο ΕΕΕΣ και μη υποβολή χωριστών ΕΕΕΣ για αυτούς.

18. Επειδή εν προκειμένω, ως προς το δεύτερο λόγο της προφυγής, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και όπως συνομολογεί και η αναθέτουσα, οι ως άνω αναφερόμενες προσφορές που υπέβαλε ο προσωρινός ανάδοχος στο πλαίσιο εξηγήσεων ως προς το ύψος της προσφοράς του, ήταν ανυπόγραφες και χωρίς ημερομηνία. Τούτο δε έχει ως αποτέλεσμα να καταλείπεται αμφιβολία και να δημιουργείται ασάφεια αναφορικά με την ίδια την προφορά, αφού δεν καθίσταται δυνατή πολλώ δε μάλλον ευχερής η διαφανής διακρίβωση της ισχύος της προσφοράς κατά το

χρόνο της υποβολής της, αφού αυτή δεν συνοδεύεται από ενυπόγραφες προσφορές με συγκεκριμένη ημερομηνία και δη προγενέστερη της υποβολής της προσφοράς. Εξάλλου, μη νομίμως η αναθέτουσα ζήτησε συμπλήρωση αυτών σε μεταγενέστερο στάδιο (ενώ οι προσφορές έπρεπε να έχουν συνταχθεί προ της υποβολής της προσφοράς) και μάλιστα τις έκανε δεκτές ανακηρύσσοντας τον προσωρινό ανάδοχο, ενώ αντιθέτως όφειλε να αποκλείσει άνευ ετέρου και δίχως να καλέσει προς συμπλήρωση την προσφορά του ως άνω διαγωνιζομένου. Συνεπώς, και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

19. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../2022 (ΑΔΑ: ...-...) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού ευρώ 3.186.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε 14-12-2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**