

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 30^η Απριλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος – Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26/03/2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 369/26.03.2020, της προσφεύγουσας με την επωνυμία «» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην, οδός, αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), νομίμως εκπροσωπούμενης και

Κατά της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «-.....», με διεύθυνση με έδρα, οδός, αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 148/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της, ως και κάθε άλλη συναφής πράξη και παράλειψη, προς τον σκοπό να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας, να ανακηρυχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος του έργου και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει να απορριφθεί η υπό εξέταση προσφυγή και να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο e-παράβολο, ύψους ευρώ 8.065,00 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e-παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό με αποδεικτικό της τράπεζας της 24/03/2020 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής με ΑΔΑΜ προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός επιλογής αναδόχου κατασκευής του έργου : «Αντιμετώπιση απρόβλεπτων Προβλημάτων Οδικής Ασφάλειας στο Επαρχιακό Οδικό Δίκτυο για την τριετία 2019-2021», συνολικού προϋπολογισμού 1.612.903,22 ευρώ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 21-2-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν έξι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα με την με α/α συστήματος προσφορά της και παρεμβαίνουσα με την με α/α συστήματος προσφορά της.

3. Επειδή, μετά από την αποσφράγιση και τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και των φακέλων οικονομικής προσφοράς η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 14/6/2019 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) προς όλους τους συμμετέχοντες την με αριθμό/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής μετά του Εισηγητικού Πρακτικού και συνοδευτικής επιστολής (κατ' ορθή επανάληψη) με αριθμό πρωτ. με την οποία μεταξύ άλλων καλούσε την παρεμβαίνουσα όπως εντός δέκα (10) ημερών δικαιολογήσει την προσφορά της, προσκομίζοντας τα απαιτούμενα δικαιολογητικά σύμφωνα με τα άρθρα 88 και 89 του Ν. 4412/2016. Στις 22/6/2019 η παρεμβαίνουσα μέσω της επικοινωνίας ανταποκρινόμενη στην ανωτέρω κλήση της αναθέτουσας αρχής απέστειλε αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς επισυνάπτοντας και

Αριθμός απόφασης: 585/2020

αντίγραφα προσφορών τρίτων οικονομικών φορέων. Εν συνεχεία, στις 12-7-2019 η προσφεύγουσα απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ επιστολή προς την αναθέτουσα αρχή ζητώντας τα στοιχεία αιτιολόγησης που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα. Περαιτέρω, στις 22/10/2019 κοινοποιήθηκε προς την παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) η από 20/09/2019 απόφαση της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού περί πρόσκλησης της παρεμβαίνουσας να παράσχει συμπληρωματικά στοιχεία και πληροφορίες εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίησή της προκειμένου να είναι σε θέση να γνωμοδοτήσει προς την Οικονομική Επιτροπή αρμοδίως και ειδικότερα αιτήθηκε τα εξής « [...]Α. Βεβαιώσεις από την τεχνική υπηρεσία της και τις τεχνικές υπηρεσίες δημόσιων φορέων της περιοχής με αναλυτικά στοιχεία (τίτλος έργου, συμβάσεις, πλήρη οικονομικά στοιχεία, πρωτόκολλα παραλαβής, βεβαίωση περαίωσης έργου, κλπ) σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παρ. 1.4 της αιτιολόγησής της, Β. Προσφορές προμηθευτών υλικών ή μηχανημάτων για την εκτέλεση του έργου με γνήσιο της υπογραφής του προσφέροντα σύμφωνα με το Ν.2690/99, Άρ.11, παρ.2 ή με εγκεκριμένη ηλεκτρονική υπογραφή, όπου να αναγράφεται σαφώς ότι η διάρκεια της προσφοράς του ισχύει καθ' όλην την διάρκεια του έργου μέχρι την περαίωσή του, καθώς και ότι έχει λάβει πλήρη γνώση του τιμολογίου της υπηρεσίας και των τεχνικών προδιαγραφών που συνοδεύουν τα άρθρα. Γ. Τον υπολογισμό και ενσωμάτωση στο γενικό σύνολο των έμμεσων δαπανών του έργου, της παρακράτησης φόρου εργολάβων 3% επί της αξίας του υπό κατασκευή έργου». Η παρεμβαίνουσα ανταποκρίθηκε με τον αυτό τρόπο αποστέλλοντας σχετικά αρχεία την 1/11/2019 ενώ στις 4/11/2019 απέστειλε ηλεκτρονικά πιστοποιητικό ISO. Στις 13/11/2019 η προσφεύγουσα επανήλθε με νέο αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή για λήψη όλων των στοιχείων αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

4. Επειδή, στις 13/3/2020 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας επικοινωνία την προσβαλλόμενη με αριθμό 148/2020 απόφαση της προς τους συμμετέχοντες με την οποία ενέκρινε την από 16.01.2020 γνωμοδότηση της επιτροπής Διαγωνισμού του έργου: «Αντιμετώπιση Απρόβλεπτων Προβλημάτων Οδικής Ασφάλειας στο

Αριθμός απόφασης: 585/2020

Επαρχιακό Οδικό Δίκτυο για την τριετία 2019-2021», ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ: 2.000.000,00€ (με ΦΠΑ) κωδικός έργου», σύμφωνα με την οποία ομόφωνα αποδέχεται το περιεχόμενο της αιτιολόγησης του προσωρινού μειοδότη, ενέκρινε το Πρακτικό Ι Διαξαγωγής της ηλεκτρονικής Δημοπρασίας της Επιτροπής Διαγωνισμού του άνω έργου και τον πίνακα συμμετεχόντων κατά σειρά ποσοστού μειοδοσίας των οικονομικών φορέων, ο οποίος δεν τροποποιήθηκε κατόπιν της αποδοχής της αιτιολόγησης της προσφοράς του πρώτου μειοδότη και ανέδειξε ως Προσωρινό Ανάδοχο του έργου: «Αντιμετώπιση Απρόβλεπτων Προβλημάτων Οδικής Ασφάλειας στο Επαρχιακό Οδικό Δίκτυο για την τριετία 2019-2021» τον οικονομικό φορέα «» με ποσοστό έκπτωσης 59,60%, ήτοι προσφερθείσα οικονομική προσφορά εξακόσια πενήντα τρεις χιλιάδες οκτακόσια ογδόντα ευρώ και πέντε λεπτά (653.880,05€) χωρίς ΦΠΑ.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 26.03.2020 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) - ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η με αριθμό 148/20 προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 16.03.2020, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η ίδια η προσφεύγουσα κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

6. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος από τον δεύτερο σε μειοδοσία οικονομικό φορέα, ο οποίος ευλόγως επιδιώκει την απόρριψη του προσωρινού αναδόχου επί τω τέλει της ανάληψης της σύμβασης.

7. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

8. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 παρ. 1 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής

Αριθμός απόφασης: 585/2020

«επικοινωνία», στις 30.03.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή προς όλους τους συμμετέχοντες, προκειμένου να λάβουν γνώση.

9. Επειδή, στις 9.04.2020 η παρεμβαίνουσα άσκησε την παρέμβασή της με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η οποία κοινοποιήθηκε από την ίδια την παρεμβαίνουσα προς την ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο αυθημερόν και μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) προς την προσφεύγουσα στις 10.04.2020.

10. Επειδή, η παρέμβαση ασκήθηκε εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε προς την παρεμβαίνουσα την 30.03.2020, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), από οικονομικό φορέα με πρόδηλο έννομο συμφέρον καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της συμμετοχής του, και εν γένει παραδεκώς.

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στην ΑΕΠΠ στις 15.04.2020 τις με αρθμ. πρωτ. της 2.04.2020 απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Επισημαίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε ομοίως μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ τις εν λόγω απόψεις της αυθημερόν προς την προσφεύγουσα. Επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της ασκηθείσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως κι εμπροθέσμως την 18.04.2020 υπόμνημα ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ. ΣτΕ 780/2020 ΕΑ ΣτΕ 395/2018, Δ.Εφ. Κομ. 29/2019).

12. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής : *«Α. Δια της 22ης σκέψεως (σελίδες 24-26) της υπ' αριθ 22-23/2020 αποφάσεως του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, κρίθηκε (ορθώς) ότι εφόσον συνάγεται πως ο προσφέρων προτίθεται να χρησιμοποιήσει υπερβολάβους για την εκτέλεση μέρους του αντικειμένου της σύμβασης (ανεξαρτήτως ποσοστού), οφείλει να απαντήσει θετικά στην οικεία ερώτηση του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ. Η παράλειψη τήρησης της υποχρεώσεως αυτής συνεπάγεται την, κατά δέσμια αρμοδιότητα, απόρριψη της προσφοράς ως τυπικά απαράδεκτης. Εξ άλλου, η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιούται να καλέσει τον προσφέροντα που απάντησε αρνητικά στο υπόψη ερώτημα να διευκρινίσει την προσφορά του, κατ' άρθρο*

102 Ν 4412/2016, δεδομένου του ότι η ανακριβής αρνητική απάντηση δεν συνιστά ασάφεια ή επουσιώδη πλημμέλεια.

Β.1. Αμφότερα τα μέλη του οικονομικού φορέα που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος, απάντησαν αρνητικά στο ερώτημα που διαλαμβάνεται στο Κεφάλαιο Δ' (Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στις ικανότητες των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας) του μέρους ΙΙ των ΤΕΥΔ που υπέβαλαν, ήτοι δήλωσαν (υπευθύνως) ότι δεν προτίθενται να αναθέσουν οποιοδήποτε μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας.

2. Πλην όμως, από την υποβληθείσα αιτιολόγηση της προσφοράς τους, αποδεικνύεται το ακριβώς αντίθετο, αποδεικνύεται δηλαδή, ότι σημαντικό μέρος της σύμβασης πρόκειται να εκτελεστεί από υπεργολάβους, στις προσφορές των οποίων βασίζεται, εν πολλοίς, και η απόπειρα δικαιολόγησης του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της. Ειδικότερα, στην υπόψη αιτιολόγηση αναφέρονται τα εξής: α) Οι τεχνικές εργασίες «κατασκευή φατνών» (άρθρο ΑΤ.27. του Τιμολογίου Δημοπράτησης) και «πλήρωση φατνών» (άρθρο ΑΤ.28.), θα εκτελεσθούν από τον υπεργολάβο, σύμφωνα με την επισυναφθείσα προσφορά του. β) Όλες, ανεξαιρέτως, οι προβλεπόμενες ασφαλικές εργασίες και συγκεκριμένα η «απόξεση ασφαλικού οδοστρώματος» (άρθρο ΑΤ 31), η «ασφαλική προεπάλειψη» (άρθρο ΑΤ 32), η «ασφαλική συγκολλητική επάλειψη» (άρθρο ΑΤ 33), η «ασφαλική ισοπεδωτική στρώση» (άρθρο ΑΤ 34) και η «ασφαλική στρώση κυκλοφορίας» (άρθρο ΑΤ 35), θα εκτελεσθούν από την υπεργολάβο εταιρία με την επωνυμία «, σύμφωνα με την επισυναφθείσα προσφορά της. γ) Όλες, ανεξαιρέτως, οι εργασίες σήμανσης που προβλέπονται στα άρθρα ΑΤ 37-40 του Τιμολογίου Δημοπράτησης και ιδίως η εργασία της «διαγράμμισης οδοστρώματος» θα εκτελεσθούν από τον υπεργολάβο, σύμφωνα με την επισυναφθείσα προσφορά του.

3. Επομένως, αποδείχθηκε, υπεράνω λογικής αμφισβητήσεως, ότι σημαντικό τμήμα των προβλεπόμενων εργασιών θα εκτελεσθεί από υπεργολάβους, ότι, δηλαδή, αμφότερα τα μέλη του προσωρινού αναδόχου απάντησαν ανακριβώς στο σχετικό ερώτημα των ΤΕΥΔ που υπέβαλαν, γεγονός που καθιστά, άνευ άλλου τινός, अपαράδεκτη την επίμαχη προσφορά. Παρά ταύτα, η μεν Επιτροπή Διαγωνισμού, χαρακτήρισε ως προμηθευτές τους

Αριθμός απόφασης: 585/2020

οικονομικούς φορείς που πρόκειται να εκτελέσουν της ανωτέρω εργασίες (καίτοι ο ίδιος ο προσωρινός ανάδοχος, ορθά, τους ανέφερε, ρητώς, ως υπεργολάβους), η δε αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να κηρύξει το εν λόγω, προφανές, απαράδεκτο.

Γ. Επειδή συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη, προεχόντως, διότι δεν κήρυξε απαράδεκτη την προσφορά του πρώτου μειοδότη, παρόλο που αποδείχθηκε η ανακριβής συμπλήρωση των εκ μέρους του υποβληθέντων ΤΕΥΔ.

III 2ος ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ Α. Δια της 42ης σκέψεως (σελίδες 51-52) της υπ' αριθ 854/2018 αποφάσεως του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, κρίθηκε (ορθώς) ότι η αιτιολόγηση είναι παράνομη και, κατά δέσμια αρμοδιότητα, απορριπτέα, όταν υφίσταται διαφοροποίηση των σε αυτή διαλαμβανομένων σε σχέση με τα στοιχεία της υποβληθείσας προσφοράς. Β. 1. Όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με την προσφορά του, ο πρώτος μειοδότης θα εκτελούσε μόνος του το έργο. Με την υποβληθείσα αιτιολόγηση όμως, επέρχεται ουσιώδης τροποποίηση της κατατεθείσας προσφοράς, καθόσον ο υπόψη οικονομικός φορέας δεσμεύεται πλέον να εκτελέσει σημαντικό μέρος του έργου με υπεργολάβους.

2. Επομένως, ανεξαρτήτως του απαραδέκτου που προκύπτει από την ανακρίβεια των υποβληθέντων ΤΕΥΔ, η αιτιολόγηση και εντεύθεν η προσφορά του πρώτου μειοδότη θα έπρεπε να απορριφθούν και λόγω της κατά τα ανωτέρω διαφοροποίησης.

Γ. Επειδή συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη και διότι δεν απέρριψε την αιτιολόγηση και εντεύθεν την προσφορά του πρώτου μειοδότη, παρόλο που αποδείχθηκε εκ των υστέρων μεταβολή δια της πρώτης (αιτιολόγησης) των στοιχείων της δεύτερης (προσφοράς).

IV 3ος ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ

Α. «Η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση αποδοχής ή απόρριψης της προσφοράς πρέπει να αιτιολογήσει πλήρως και ειδικώς την απόφασή της. Ειδικότερα η αναθέτουσα αρχή οφείλει, επαληθεύοντας τα στοιχεία της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς με βάση την αιτιολόγηση που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο, να αποφασίσει αιτιολογημένα αν θα δεχθεί ή θα απορρίψει

την προσφορά» (βλ Δ Ράικος/Ε Βλάχου/Ε Σαββίδη «Δημόσιες Συμβάσεις», 1η έκδοση/2018, 1ος τόμος, σελ 867, παρ 35).

Β. 1. Στο από 16-1-2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, που αποτελεί και την μοναδική αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, αναφέρονται, κατά λέξη, τα ακόλουθα σχετικά με την δικαιολόγηση της προσφοράς του πρώτου μειοδότη: «Η Επιτροπή Διαγωνισμού ... έλαβε γνώση του περιεχομένου της απάντησης και των συνημμένων αυτής εγγράφων και διαπίστωσε ότι ανταποκρίνονται πλήρως σε όσα αναφέρει στο σχετικό προς τον προσωρινό μειοδότη έγγραφό της. Η μοναδική παρατήρηση - επιφύλαξη της Επιτροπής αφορά αποκλειστικά στο θέμα του γνησίου της υπογραφής ή της ψηφιακής υπογραφής των προμηθευτών, ωστόσο η παράλειψη αυτή δεν αξιολογήθηκε ως ουσιώδες στοιχείο. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού ομόφωνα γνωμοδοτεί: Την αποδοχή του περιεχομένου της απάντησης του προσωρινού μειοδότη, ως επαρκής και ολοκληρωμένη».

2. Στην προσβαλλόμενη απόφαση παρατίθεται, αυτοουσίως, το ανωτέρω Πρακτικό και διαλαμβάνονται, σχετικώς, τα εξής: «Εγκρίνει την από 16-1-2020 Γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, σύμφωνα με την οποία, ομόφωνα, αποδέχεται το περιεχόμενο της αιτιολόγησης του προσωρινού μειοδότη».

3. Επομένως, απουσιάζει, εντελώς, τόσο από το σώμα της προσβαλλόμενης πράξης, όσο και από τον σχετικό φάκελο, οιαδήποτε αιτιολογία περί των συγκεκριμένων λόγων για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή έκρινε ως δικαιολογημένη την προσφορά του πρώτου μειοδότη, την οποία η ίδια είχε θεωρήσει ως ασυνήθιστα χαμηλή. Απλώς, τόσο η αναθέτουσα αρχή, όσο και η Επιτροπή Διαγωνισμού ανέφεραν, γενικά και αόριστα, ότι οι εξηγήσεις του πρώτου μειοδότη κρίθηκαν, για κάποιους αδιευκρίνιστους λόγους, ικανοποιητικές.

4. Θεωρώ προφανές, ότι η προπαρατεθείσα αιτιολογία είναι γενική, αόριστη και δυνάμενη να επαναληφθεί αυτοουσίως σε κάθε ανάλογη περίπτωση και ότι εν ουδεμία περιπτώσει συνιστά την επιβαλλόμενη ειδική αιτιολόγηση της απόφασης που αποδέχεται ως επαρκή την δικαιολόγηση προσφοράς που κρίθηκε ως ασυνήθιστα χαμηλή.

Γ. Επειδή συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη και ως παντελώς αναιτιολόγητη, άλλως ως πλημμελώς - μη ειδικώς αιτιολογημένη.

V 4ος ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ

A. 1. Προκειμένου να γίνει αποδεκτή η αιτιολόγηση ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, δεν αρκεί να προκύπτει ένα οποιοδήποτε ποσοστό κέρδους για τον προσφέροντα. Αντιθέτως, προαπαιτείται το προσδοκώμενο ποσοστό να είναι εύλογο (βλ ΕΑ ΣτΕ 290/2017, ΑΕΠΠ 650/2019). Η κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς τον εύλογο χαρακτήρα του ποσοστού του προσδοκώμενου κέρδους πρέπει να είναι αιτιολογημένη και ελέγχεται ως προς την υπέρβαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας σύμφωνα και με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής (βλ Ελ Συν VI Τμήμα 157/2016, 2998/2014, 3016/2012, 584/2011 κλπ).

2. Δια της 67ης σκέψεως (σελίδες 119-121) της υπ' αριθ 1055/2019 αποφάσεως του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, κρίθηκε (ορθώς) ότι η αιτιολόγηση είναι απορριπτέα, όταν δεν συνυπολογίζεται οιοδήποτε στοιχείο (ουσιώδους) κόστους που προκύπτει από τις προβλέψεις των τευχών δημοπράτησης (πχ κόστος δανεισμού). Δια των υπ' αριθ 65 και 66 σκέψεων της ίδιας αποφάσεως (σελίδες (115-118), κρίθηκε (ορθώς) ότι η αιτιολόγηση είναι, κατά μείζονα λόγο, απορριπτέα, όταν δεν συνυπολογίζονται δαπάνες που σχετίζονται με την συμμόρφωση προς την περιβαλλοντική νομοθεσία. Το αυτό (απόρριψη αιτιολόγησης και προσφοράς) ισχύει και όταν προκύπτει πρόθεση καταστρατήγησης της εργατικής νομοθεσίας.

3. Το υπό ανάθεση έργο παρουσιάζει ιδιαιτερότητες που επιδρούν αυξητικά στο κόστος κατασκευής του και καθιστούν, αντίστοιχα, επιβεβλημένη την πρόβλεψη αυξημένων περιθωρίων κέρδους, έτσι ώστε αυτό να μπορεί να χαρακτηριστεί ως εύλογο. Ειδικότερα, η προβλεπόμενη από την διακήρυξη (βλ άρθρο 12) διάρκεια εκτελέσεως του (τριετία από της υπογραφής της συμβάσεως) είναι, ιδιαίτερα εκτεταμένη. Επιπροσθέτως, όπως προκύπτει και από την σχετική Τεχνική Περιγραφή, το κόστος της εργολαβίας δεν είναι δυνατό να προϋπολογισθεί με ακρίβεια, καθόσον παρέχεται στην Διευθύνουσα Υπηρεσία η δυνατότητα να το επιβαρύνει, κατά πολύ, με τις εντολές που δικαιούται, κατά την απόλυτη κρίση της, να απευθύνει προς τον ανάδοχο. Συγκεκριμένα, στο υπόψη τεύχος δημοπράτησης προβλέπεται δικαίωμα

επιλογής του χρόνου και του τόπου των επεμβάσεων του αναδόχου από την Διευθύνουσα Υπηρεσία.

Παρέχεται επίσης δικαίωμα στην Διευθύνουσα Υπηρεσία να διατάξει οποτεδήποτε την πραγματοποίηση οποιωνδήποτε και οσωνδήποτε επεμβάσεων κρίνει απαραίτητες, έστω αν δεν αυτές δεν προβλέπονται στα τεύχη δημοπράτησης.

4. Εξ άλλου, από την Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων (ΕΣΥ) του έργου, προβλέπεται πλειάδα, κοστοβόρων, πρόσθετων απαιτήσεων από τον ανάδοχο, χωρίς δικαίωμα επιπλέον αμοιβής, εκ των οποίων επισημαίνονται οι εξής: α) Σύμφωνα με το άρθρο 9.1.1., ο ανάδοχος υποχρεούται (επί τριετία) να προσλάβει ως προϊστάμενο εργοταξιακού γραφείου, πολιτικό μηχανικό, απόφοιτο ΑΕΙ, με τουλάχιστον πενταετή εμπειρία σε ανάλογα έργα, για πλήρη και αποκλειστική απασχόληση. Υποχρεούται επίσης να προσλάβει και έτερο μηχανικό ως αναπληρωτή του, καθώς επίσης και τεχνικό ασφαλείας, β) Στο άρθρο 12.3.1. προβλέπεται ότι «για τις ανάγκες παρακολούθησης καί επίβλεψης του έργου ο ανάδοχος υποχρεούται να διαθέτει επιβατικό όχημα με οδηγό κατάλληλο για τις συνθήκες βατότητας των οδών προσπέλασης στον χώρο εκτέλεσης του έργου, για την μεταφορά των επιβλεπόντων ή λοιπών υπηρεσιακών παραγόντων, οποτεδήποτε του ζητηθεί καθ' όλη την διάρκεια του έργου, καθημερινά. Η διάθεση του ως άνω οχήματος θα γίνεται αδαπάνως για την υπηρεσία και χωρίς οιαδήποτε πρόσθετη αποζημίωση προς αυτόν», γ) Στο άρθρο 5.2.5. ορίζονται οι ακόλουθες, ιδιαίτερα αυξημένες και χωρίς δικαίωμα ιδιαίτερης αμοιβής, υποχρεώσεις του αναδόχου προς τον σκοπό της τήρησης των περιβαλλοντικών διατάξεων: «Ο ανάδοχος έχει την υποχρέωση απόρριψης των περισσευμάτων των προϊόντων εκσκαφής σε χώρους που έχουν ήδη καθορισθεί ή θα καθορισθούν, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, για την απόρριψη στερεών αποβλήτων, καθώς και σε προς ανάπλαση χώρους, σύμφωνα με τους όρους δημοπράτησης του έργου και τις προτεραιότητες που θα τεθούν γι' αυτό τον σκοπό από την υπηρεσία. Για το λόγο αυτό θα πρέπει να υποβάλει προς έγκριση πριν από την πραγματοποίηση των εργασιών αποκομιδής των προϊόντων εκσκαφής από την υπηρεσία και τις αρμόδιες αρχές, σχέδιο όπου θα αναφέρονται αναλυτικά οι χώροι απόθεσης, τα έργα αποκατάστασης, η ποιότητα των υλικών που θα

αποτεθούν, τα δρομολόγια και ο τύπος των φορτηγών που θα χρησιμοποιηθούν και κάθε άλλη λεπτομέρεια σχετικά με την απομάκρυνση και απόθεση των υλικών εκσκαφής. Η απόθεση των περισσευμάτων εκσκαφών θα γίνεται στους προαναφερθέντες χώρους με τις ισχύουσες διατάξεις και τις υποδείξεις της υπηρεσίας και των αρμοδίων αρχών. Επισημαίνεται ότι ο ανάδοχος του έργου θα είναι υπεύθυνος για την εφαρμογή των παραπάνω και στην περίπτωση υπερβολών ή μισθωμένων αυτοκινήτων».

B.1. Σύμφωνα με την υποβληθείσα αιτιολόγηση, το αναμενόμενο κέρδος του προσωρινού αναδόχου ανέρχεται στο ποσό των 25.000 ευρώ. Το ποσό αυτό είναι ασήμαντο - αμελητέο τόσο αφ' εαυτού, όσο και σε σχέση με το ποσό της προσφοράς του πρώτου μειοδότη (πολλώ δε μάλλον σε σχέση με το εκτιμώμενο κόστος της υπό ανάθεση σύμβασης). Πράγματι, ενόψει των διδαγμάτων της κοινής πείρας και λογικής, ουδείς διακινδυνεύει εύλογα 653.000 ευρώ (ποσό της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου), προκειμένου, υπό μέλλουσες και εντελώς αβέβαιες προϋποθέσεις, να κερδίσει, στην καλύτερη περίπτωση και μετά από μία τριετία, 25.000 ευρώ. Είναι, μάλιστα, χαρακτηριστικό, το ότι ο πρώτος μειοδότης εξαρτά την επίτευξη του υπόψη απειροελάχιστου κέρδους, από την ευνοϊκή εξέλιξη των πραγμάτων σε ποσοστό 100%, καθόσον δεν έχει προβλεφθεί το οιοδήποτε κονδύλιο για την αντιμετώπιση νέων συνθηκών (πχ ατύχημα ή βλάβη στον μηχανολογικό εξοπλισμό, ανατίμηση υλικών κλπ) που, μετά βεβαιότητας, θα προκύψουν κατά την τριετία εκτελέσεως της εργολαβίας και δύνανται να εκμηδενίσουν την εν λόγω ασήμαντη κερδοφορία και να την μετατρέψουν σε σημαντική ζημία.

2. Πέραν των ανωτέρω, ο προσωρινός ανάδοχος δεν έχει προβλέψει το οιοδήποτε ποσό για την κάλυψη των προαναφερομένων υποχρεώσεων που επιβάλλονται από την ΕΣΥ (αλλά και από την περιβαλλοντική & εργατική νομοθεσία) και συγκεκριμένα: α) Για την επί τριετία αμοιβή έμπειρου πολιτικού μηχανικού - απόφοιτου ΑΕΙ, πλήρους και αποκλειστικής απασχολήσεως, του αναπληρωτή του και του τεχνικού ασφαλείας, β) Για το κόστος μεταφοράς των περισσευμάτων των εκσκαφών με φορτηγά σε αδειοδοτημένο χώρο διαχείρισης στερεών αποβλήτων, γ) Για την επί τριετία διατήρηση οχήματος και οδηγού για την μετακίνηση των επιβλεπόντων. Το πρόσθετο κόστος συμμόρφωσης σε οιαδήποτε εκ των τριών

Αριθμός απόφασης: 585/2020

ανωτέρω υποχρεώσεων, υπερκαλύπτει το ελάχιστο περιθώριο κέρδους που προσδοκά ο προσωρινός μειοδότης και καθιστά, άνευ άλλου τινός, ζημιογόνο και απορριπτέα την προσφορά του.

3. Από τα ανωτέρω προκύπτει, ότι ουδόλως αιτιολογήθηκε η ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά του πρώτου μειοδότη αλλά και ότι, αντιθέτως, αποδείχθηκε πως αυτή θα είναι, μετά βεβαιότητας και υπό την αυτονόητη προϋπόθεση τήρησης των συμβατικών του υποχρεώσεων και της περιβαλλοντικής & εργατικής νομοθεσίας, ζημιογόνος.

Γ. Επειδή συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη και διότι δεν απέρριψε την αιτιολόγηση και εντεύθεν την προσφορά του πρώτου μειοδότη, παρόλο που αποδείχθηκε ότι αυτή είναι ζημιογόνος και δεν διασφαλίζει την τήρηση της περιβαλλοντικής και εργατικής νομοθεσίας.

VI 5ος ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ

A. 1. Σύμφωνα με το άρθρο 221 παρ 6 Ν 4412/2016, «για τη συγκρότηση και τη λειτουργία των συλλογικών οργάνων στις αναθέτουσες αρχές, που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του ν. 2690/1999 (Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας), εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις του ως άνω νόμου».

2. Όπως προβλέπεται από την διάταξη του άρθρου 7 παρ 1-2 περ α' & γ' του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Αμεροληψία των Διοικητικών Οργάνων), δεν μπορεί να είναι μέλος συλλογικού οργάνου, αρμόδιου για λήψη απόφασης ή και για διατύπωση γνώμης, πρόσωπο που εξαρτά από την έκβαση της υπόθεσης προσωπικό συμφέρον ή που έχει ιδιαίζουσα σχέση με τους ενδιαφερομένους. Ο ορισμός τέτοιου προσώπου ως μέλους συλλογικού οργάνου, συνεπάγεται κακή συγκρότησή του, επιφέρουσα ακυρότητα όλων των εντεύθεν εκδιδόμενων πράξεων - γνωμοδοτήσεων και αποφάσεων (βλ ΣτΕ 679/2019, σκέψη 10), ιδίως εφόσον αυτές άπτονται της ασκήσεως διακριτικής ευχέρειας.

3. Για τη νόμιμη συγκρότηση συλλογικού οργάνου απαιτείται ο ορισμός όλων των μελών (τακτικών και αναπληρωματικών) που προβλέπει ο νόμος (βλ ΣτΕ 243/2010, 191/2009). Δεν αρκεί η παρουσία των μελών που αποτελούν αριθμητικώς την απαρτία, διότι θα ήταν άγνωστο ποιο θα μπορούσε να είναι το περιεχόμενο της απόφασης του συλλογικού οργάνου σε

περίπτωση διορισμού όλων των μελών αυτού (βλ ΣτΕ 3880, 3879/1983). Κατ' εξαίρεση, σύμφωνα με το άρθρο 13 παρ 5 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, «το συλλογικό όργανο μπορεί να λειτουργήσει, όχι όμως πέρα από ένα τρίμηνο, αν κάποια από τα μέλη του εκλείψουν ή αποχωρήσουν για οποιονδήποτε λόγο ή απολέσουν την ιδιότητα βάσει της οποίας ορίστηκαν, εφόσον, κατά τις συνεδριάσεις του, τα λοιπά μέλη επαρκούν ώστε να υπάρχει απαρτία». Ως έκλειψη μέλους του συλλογικού οργάνου νοείται και η διαρκής (οριστική και μόνιμη) αδυναμία του να ασκήσει τα καθήκοντά του για τον οιονδήποτε νομικό ή πραγματικό λόγο.

4. Σύμφωνα με το άρθρο 221 παρ 8 περ β' εδ ββ' Ν 4412/2016, όταν ως κριτήριο ανάθεσης χρησιμοποιείται η πλέον συμφέρουσα, από οικονομική άποψη, προσφορά μόνο βάσει τιμής και η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης του έργου υπερβαίνει το 1.000.000 ευρώ, χωρίς να συνυπολογίζεται το κονδύλιο του ΦΠΑ, η Επιτροπή Διαγωνισμού αποτελείται από επτά μέλη, στα οποία συμπεριλαμβάνεται ένας εκπρόσωπος των εργοληπτικών οργανώσεων και ο αναπληρωτής του.

B. 1. Εκ του από 18-3-2019 ΤΕΥΔ που υπέβαλε στον διαγωνισμό η εταιρία «», ήτοι το ένα εκ των μελών του προσωρινού αναδόχου, που συμμετέχει σε αυτόν με ποσοστό 50%, και συγκεκριμένα από το Κεφάλαιο Β' του Μέρους Ι (Πληροφορίες σχετικά με τους νομίμους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα), προκύπτει ότι νόμιμη εκπρόσωπος και ομόρρυθμο μέλος της είναι η του, ήτοι το ένα εκ των επτά τακτικών μελών της Επιτροπής Διαγωνισμού. Συνεπώς, από 18-3-2019, οπότε και υποβλήθηκε η προσφορά του οικονομικού φορέα «», η Επιτροπή Διαγωνισμού έπαυσε να είναι νομίμως συγκροτημένη, καθόσον ένα εκ των τακτικών μελών της, εξέλειπε, ήτοι απώλεσε οριστικά τη νομική δυνατότητα συμμετοχής σε αυτήν, δεδομένου του ότι έχει ιδιαίτερες σχέσεις με τον ανωτέρω οικονομικό φορέα (ως νόμιμη εκπρόσωπος και ομόρρυθμη εταίρος του ενός εκ των μελών του) και εξαρτά προσωπικό συμφέρον από την ανάθεση του έργου σε αυτόν.

2. Πλην όμως, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνεδρίασε στις 16-1-2020, όταν δηλαδή είχε, προ πολλού, παρέλθει το τρίμηνο από την απώλεια της νομίμου συγκροτήσεώς της, χωρίς να έχει εμφιλοχωρήσει αντικατάσταση του

τακτικού μέλους της που εξέλειπε, προκειμένου (ασκώντας την σχετική διακριτική της ευχέρεια) να εξετάσει τη νομιμότητα και πληρότητα της αιτιολογήσεως της προσφοράς του πρώτου μειοδότη.

Γ. Επειδή συνεπώς, η από 16-1-2020 Γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού περί αποδοχής της αιτιολόγησης του πρώτου μειοδότη είναι άκυρη και λόγω κακής συγκροτήσεώς της και εντεύθεν, τυγχάνει παράνομη και άκυρη και η προσβαλλόμενη απόφαση, που την υιοθέτησε.

VII 6ος ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ

A. 1. Σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 14 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, για τη νομιμότητα της αποφάσεως ή γνωμοδοτήσεως συλλογικού οργάνου, απαιτείται να έχουν προσκληθεί όλα τα τακτικά ή, σε περίπτωση κωλύματος, τα αναπληρωματικά του μέλη. Σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της δεύτερης παραγράφου της ανωτέρω διατάξεως «η πρόσκληση η οποία περιλαμβάνει την ημερήσια διάταξη, γνωστοποιείται, από το γραμματέα, στα μέλη του συλλογικού οργάνου τουλάχιστον σαράντα οκτώ (48) ώρες πριν από τη συνεδρίαση, μπορεί δε να γίνει και με τηλεφώνημα, τηλεγράφημα, τηλεομοιοτυπία ή άλλο πρόσφορο μέσο, εφόσον το γεγονός τούτο αποδεικνύεται από σχετική σημείωση σε ειδικό βιβλίο, η οποία πρέπει να φέρει χρονολογία και την υπογραφή του προσώπου που έκανε την πρόσκληση».

2. Γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού που συνεδρίασε χωρίς να αποδεικνύεται η νομότυπη (κατά τα ανωτέρω, ήτοι μη αρκούσης τυχόν παράδοσης επιστολής σε επιχείρηση ταχύ μεταφορών) πρόσκληση των τακτικών και αναπληρωματικών μελών που απουσίασαν είναι παράνομη και εντεύθεν είναι παράνομη και η εν συνεχεία εκδιδόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής (βλ ad hoc ΕΑ ΣτΕ 274/2017, σκέψεις 6 & 7, αδημ, προσκομιζόμενη).

B.1. Από το σώμα του από 16-1-2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, δια του οποίου κρίθηκε (κατά διακριτική ευχέρεια) ως επαρκής η αιτιολόγηση που υπέβαλε ο πρώτος μειοδότης, αποδεικνύεται, ότι από την σχετική συνεδρίαση απουσίασαν τα τακτικά μέλη και και οι αντίστοιχοι αναπληρωτές τους, και, που δεν κλητεύθηκαν (δεδομένου και του ότι στο υπόψη Πρακτικό, σε αντίθεση με το προγενέστερο, δεν μνημονεύεται, καν, τυχόν κλήτευσή τους).

2. Εξ άλλου, η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν συνεδρίαζε σε τακτές ημερομηνίες, ούτε και τα τακτικά και αναπληρωματικά μέλη της που απουσίασαν είχαν δηλώσει προηγουμένως κώλυμα συμμετοχής τους στην επίμαχη συνεδρίαση.

Γ. Επειδή συνεπώς, η από 16-1-2020 Γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού περί αποδοχής της αιτιολόγησης του πρώτου μειοδότη είναι άκυρη, και λόγω κακής συνθέσεώς της, εντεύθεν δε, τυγχάνει παράνομη και άκυρη και η προσβαλλόμενη απόφαση, που την υιοθέτησε.

A. ΙΙΧ 7ος ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ

1. Στο άρθρο 22.Α.4. της σχετικής διακήρυξης προβλέπονται τα ακόλουθα: «Αποκλείεται από την συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... δ) Εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 του Ν 4412/2016, δεν μπορεί να θεραπευτεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα. ... η) Εάν ο οικονομικός φορέας επιχείρησε να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης...».

2. Σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ. 3 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας «το όργανο ή το μέλος του συλλογικού οργάνου, εφόσον κρίνει ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος που επιβάλλει την αποχή του, οφείλει να το δηλώσει αμέσως στην προϊστάμενη αρχή ή στον προεδρεύοντα του συλλογικού οργάνου, αντιστοίχως, και να απέχει από οποιαδήποτε ενέργεια».

3. Από την διάταξη του άρθρου 24 Ν 4412/2016 απαγορεύεται, απολύτως, η συμμετοχή σε οποιαδήποτε διαδικασία λήψης απόφασης προσώπου που συμμετέχει, ταυτόχρονα, στα όργανα διοίκησης και εκπροσώπησης διαγωνιζομένου οικονομικού φορέα.

B. 1. Είναι προφανές ότι η ιδιότητα της ως τακτικού μέλους της Επιτροπής Διαγωνισμού, αλλά και ως νομίμου εκπροσώπου ενός εκ των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων, αποτελεί τον ορισμό της κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων, ενόψει μάλιστα και του ότι η εν λόγω

Επιτροπή αξιολόγησε και την αιτιολόγηση της προσφοράς του οικονομικού φορέα που εκπροσωπείται από το τακτικό μέλος της.

2. Εξ άλλου, το μέλος του συλλογικού οργάνου, και εν προκειμένω της Επιτροπής Διαγωνισμού, ανεξαρτήτως της συμμετοχής του στις συνεδριάσεις του, έχει το δικαίωμα να λαμβάνει γνώση των στοιχείων του φακέλου, ακόμα και αυτών που δεν είναι προσβάσιμα στους διαγωνιζόμενους, να επικοινωνεί με τα λοιπά μέλη, να καταθέτει υπομνήματα, να εκφράζει απόψεις και, γενικά, να συμμετέχει σε οποιοδήποτε, τυπικό ή και άτυπο, στάδιο λήψης της απόφασης.

3. Η, εφόσον αποφάσισε να συμμετάσχει σε οικονομικό φορέα που κατέθεσε προσφορά στον διαγωνισμό στην Επιτροπή διεξαγωγής του οποίου είχε οριστεί τακτικό μέλος, είχε μία και μόνο νόμιμη επιλογή: Να εφαρμόσει το άρθρο 7 παρ 3 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, ήτοι να προβεί άμεσα σε σχετική δήλωση προς τον Πρόεδρό της.

4. Πλην όμως, η δεν προέβη στην ανωτέρω οφειλόμενη ενέργεια. Αντιθέτως, ουδέποτε δήλωσε το κώλυμά της και ουδέποτε υπέβαλε την παραίτησή της. Με τον τρόπο αυτό εμπόδισε την συμμετοχή στις συνεδριάσεις του αναπληρωτή της, αλλά και την αποκατάσταση της νόμιμης συγκρότησης της Επιτροπής, δια της αντικαταστάσεώς της. Έτσι, η, κατά Νόμο, επταμελής Επιτροπή, κατέστη εξαμελής, στερηθείσα των προβλεπομένων υπηρεσιών του εκπροσώπου των εργοληπτικών οργανώσεων, η γνώμη του οποίου, λόγω της, κατά τεκμήριο, ειδικής του πείρας σχετικά με το κόστος εκτέλεσης των δημοσίων έργων, έχει βαρύνουσα σημασία κατά την διαδικασία ελέγχου των αιτιολογήσεων των προσφορών. Επιπροσθέτως, μεσούσης της διαδικασίας ελέγχου της προσφοράς του οικονομικού φορέα που εκπροσωπεί, διατήρησε τη νομική και πραγματική δυνατότητα, να λαμβάνει γνώση των στοιχείων του φακέλου, να επικοινωνεί με τα λοιπά μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού, αλλά και να παρίσταται (υπό διπλή ιδιότητα) ενώπιον της Οικονομικής Επιτροπής της

Γ. Επειδή συνεπώς, η προσβαλλόμενη απόφαση είναι άκυρη και διότι, αντί να κηρύξει απαράδεκτη την προσφορά του πρώτου μειοδότη, σύμφωνα με τα άρθρα 22.Α.4.δ. και 22.Α.4.η. της διακήρυξης, τον ανακήρυξε

προσωρινό ανάδοχο.». Περαιτέρω, με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα υποστηρίζει προσέτι τα εξής: « *Α ΕΠΙ ΤΩΝ ΑΠΟΨΕΩΝ ΤΗΣ*

Ι ΕΠΙ ΤΟΥ 1ου ΕΔΑΦΙΟΥ

(1ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

1. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι οι υπεργολάβοι, στους οποίους (ρητώς) αναφέρεται ο ίδιος ο προσωρινός μειοδότης (στην αιτιολόγηση της προσφοράς του), είναι «*ΣΤΗΝ ΣΥΝΤΡΙΠΤΙΚΗ ΤΟΥΣ ΠΛΕΙΟΨΗΦΙΑ*», προμηθευτές υλικών. Ο εν λόγω ισχυρισμός τυγχάνει (προδήλως) αβάσιμος (από νομικής και από πραγματικής απόψεως), αλλά και αλυσιτελής.

2. Στο 6ο εδάφιο του 1ου κεφαλαίου («*Εισαγωγική Έκθεση*») της αιτιολογικής έκθεσης του προσωρινού μειοδότη αναφέρονται τα εξής: «*Παράλληλα η εταιρία μας ΔΕΣΜΕΥΕΤΑΙ να συνεργαστεί με αναγνωρισμένα & έμπειρα συνεργία ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΩΝ για όσες εργασίες δεν διαθέτει ίδια μέσα, ΔΕΣΜΕΥΣΗ ΠΟΥ ΑΠΟΤΥΠΩΝΕΤΑΙ ΓΡΑΠΤΩΣ ΣΤΗΝ ΠΑΡΟΥΣΑ ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ της οικονομικής προσφοράς*». Θεωρώ, ότι ενόψει της ανωτέρω, ρητής και ανενδοίαστης, δέσμευσης του ίδιου του προσωρινού μειοδότη για την χρησιμοποίηση υπεργολάβων, δεν χρήζει διεξοδικού σχολιασμού η απόπειρα της αναθέτουσας αρχής να εμφανίσει τους υπεργολάβους ως προμηθευτές.

3. Πέραν της προπαρατεθείσας, ρητής, αναφοράς - δέσμευσης, η αβασιμότητα του εν λόγω ισχυρισμού προκύπτει ευθέως και εξ άλλων λόγων. Πράγματι, οι περισσότερες από τις ενέργειες που σταχυολόγησε και ανέφερε ενδεικτικά η αναθέτουσα αρχή, αφορούν σε προμήθειες. Ουδέποτε ισχυρίσθηκα ότι η μίσθωση μηχανημάτων ή η προμήθεια συρματοπλέγματος, συρμάτων & συρματοκιβωτίων, δύο πινακίδων και αδρανών υλικών, εμπίπτουν στην έννοια της υπεργολαβίας (πάντως, οι εργασίες «ασφαλική συγκολλητική επάλειψη» και «ασφαλική προεπάλειψη», εμπίπτουν στην ανωτέρω έννοια, καθόσον σύμφωνα με την σχετική προσφορά, στην τιμή συμπεριλαμβάνεται και η διάστρωση των υλικών, με μηχάνημα του υπεργολάβου). Αντίθετα, στην προδικαστική προσφυγή μου έκανα λόγο για ενέργειες που φέρουν αδιαμφισβήτητα των χαρακτήρα των εργασιών (και ως εκ τούτου θα εκτελεστούν από υπεργολάβους και όχι από προμηθευτές),

όπως «κατασκευή φατνών», «πλήρωση φατνών», «απόξεση ασφαλικού οδοστρώματος», «ασφαλτική ισοπεδωτική στρώση», «διαγράμμιση οδοστρώματος», «τοποθέτηση στηθαίων ασφαλείας» κλπ.

4. Σε κάθε περίπτωση, από την ίδια την αναφορά στην (δήθεν) συντριπτική πλειοψηφία των προσφορών που αφορούν σε προμήθειες, προκύπτει, αυταποδείκτως, ότι υφίσταται και μειοψηφία προσφορών που αφορούν σε εργασίες - υπεργολαβίες.

5. Η αναθέτουσα αρχή επιχειρεί να υποβαθμίσει την σημασία του συνομολογουμένου και από την ίδια γεγονότος, ήτοι της πρόθεσης χρησιμοποίησης υπεργολάβων, ισχυριζόμενη ότι (δήθεν) οι υπεργολαβίες αφορούν σε μικρό μέρος της υπό ανάθεση σύμβασης. Ο εν λόγω ισχυρισμός είναι αλυσιτελής. Όπως (ορθά) κρίθηκε δια της 22ης σκέψεως της υπ' αριθ 22-

23/2020 αποφάσεως του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ (βλ, ιδίως, τελευταίο στίχο της 25ης σελίδας), το απαράδεκτο της προσφοράς διαγωνιζομένου που δήλωσε ανακριβώς πως δεν θα χρησιμοποιήσει υπεργολάβους, δεν αίρεται από το μικρό (ή και ελάχιστο) ποσοστό της σύμβασης που πρόκειται να τους αναθέσει. Άλλωστε, στο ΤΕΥΔ (που όφειλαν να συμπληρώσουν αληθώς οι διαγωνιζόμενοι) δεν ερωτάται αν πρόκειται να χρησιμοποιηθούν υπεργολάβοι για την εκτέλεση μεγάλου ή σημαντικού μέρους της σύμβασης. Αντίθετα ερωτάται, σαφέστατα - ξεκάθαρα, αν ο προσφέρων πρόκειται να χρησιμοποιήσει (γενικώς) υπεργολάβους, για οποιοδήποτε μέρος - ποσοστό της εκτέλεσης της δημοπρατούμενης σύμβασης.

6. Βέβαια, ο υπόψη ισχυρισμός εκτός από αλυσιτελής, τυγχάνει και αβάσιμος από πραγματικής απόψεως, καθώς από την επίμαχη αιτιολογική έκθεση, σαφώς, προκύπτει, ότι το ποσοστό της συμβάσεως που πρόκειται να ανατεθεί σε υπεργολάβους, κάθε άλλο παρά αμελητέο τυγχάνει. Ειδικότερα, στον υπεργολάβο «» ανατίθεται το σύνολο της ομάδας εργασιών «ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ», η οποία, σύμφωνα με τον Πίνακα 3 της υπόψη αιτιολογικής έκθεσης («Προϋπολογισμός προσφοράς - αναδιάρθρωση με ομαδοποίηση εργασιών υπεργολάβων & υπολειπόμενων εργασιών συνολικού ύψους έως 5%»), αντιπροσωπεύει το 39,66% της αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης. (συνεπώς, ειδικά για τον υπόψη υπεργολάβο, δεν θα αρκούσε η αναφορά του στο ΤΕΥΔ του προσωρινού μειοδότη, αλλά θα έπρεπε και ο ίδιος

να υποβάλει, δικό του, ΤΕΥΔ). Τα αυτά ισχύουν και όσον αφορά στους λοιπούς υπεργολάβους. Λχ ο υπεργολάβος, θα αναλάβει ολόκληρη την ομάδα εργασιών «ΣΗΜΑΝΣΗ», που αντιπροσωπεύει το 9,08% της σύμβασης, τρία εκ των πέντε άρθρων της οποίας (διαγράμμιση οδοστρώματος, τοποθέτηση στηθαίων και τοποθέτηση πινακίδων) αφορούν, αδιαμφισβήτητα, σε εργασίες.

Ο υπεργολάβος θα αναλάβει ολόκληρη υποομάδα τεχνικών εργασιών, που αντιπροσωπεύει το 8,19% της σύμβασης, δύο εκ των τριών άρθρων της οποίας (κατασκευή φατνών και πλήρωση φατνών) αφορούν, επίσης, σε εργασίες. Αποδεικνύεται δηλαδή, από την ίδια την αιτιολογική έκθεση, ότι σε υπεργολάβους θα ανατεθεί, περίπου, το ήμισυ (50%) της δημοπρατούμενης σύμβασης.

7. Τα αναφερόμενα περί του ότι ο προσωρινός μειοδότης διαθέτει την απαιτούμενη τεχνική και οικονομική επάρκεια είναι αυτονόητα (αν δεν διέθετε τις απαιτούμενες προϋποθέσεις καταλληλότητας, η προσφορά του θα ήταν, ούτως ή άλλως, απαράδεκτη), αλλά και, εντελώς, άσχετα με τον σχολιαζόμενο 1ο λόγο της προδικαστικής προσφυγής μου. Εν προκειμένω, κρίσιμα δεν είναι τα προσόντα του προσωρινού μειοδότη, αλλά η (ανεξάρτητη των όποιων προσόντων του), δέσμευσή του να χρησιμοποιήσει υπεργολάβους, αν και δεν το είχε δηλώσει, ως όφειλε, κατά την υποβολή της προσφοράς του.

8. Ομοίως άσχετα είναι και τα αναφερόμενα περί άλλων εργολαβιών που (υποτίθεται ότι) έχει εκτελέσει κατά το παρελθόν με επιτυχία ο προσωρινός μειοδότης. Θα τονίσω όμως, ότι, κατά την άποψή μου, είναι ανεπίτρεπτο μία δημόσια αρχή να αναφέρεται με τόσο αόριστο τρόπο σε πραγματικά περιστατικά, ήτοι να επικαλείται εκτέλεση άλλων έργων, χωρίς να τα προσδιορίζει.

II ΕΠΙ ΤΟΥ 2ου ΕΔΑΦΙΟΥ

(2ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

1. Θεωρώ, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αντιλήφθηκε το νόημα του 2ου λόγου της προδικαστικής προσφυγής μου. Ειδικότερα, ισχυρίζομαι (επικαλούμενη τα κριθέντα δια της 42ης σκέψεως της υπ' αριθ 854/2018 αποφάσεως του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ), ότι δια της προσφοράς του, ο

προσωρινός μειοδότης δεσμεύτηκε να εκτελέσει το έργο χωρίς υπεργολάβους, πλην όμως, δια της αιτιολογικής του εκθέσεως (βλ το προπαρατεθέν 6ο εδάφιο του 1ου κεφαλαίου αυτής) δεσμεύεται για το αντίθετο, ήτοι για την χρησιμοποίηση υπεργολάβων, μεταβάλλοντας έτσι, εκ των υστέρων, την προσφορά του.

2. Η αναθέτουσα αρχή απαντά στα ανωτέρω επικαλούμενη, ότι είναι αμφίβολο το αν οι υπεργολάβοι που θα χρησιμοποιήσει ο προσωρινός μειοδότης έχουν τα νόμιμα προσόντα, ότι δηλαδή η προσφορά του είναι κατά μείζονα λόγο απαράδεκτη!!!

3. Περεταίρω, η αναθέτουσα αρχή διατείνεται, ότι δεν υφίστανται συμβάσεις υπεργολαβίας. Και εν προκειμένω, μία δημόσια αρχή, όπως η, όφειλε να αποφύγει την διατύπωση τέτοιων ισχυρισμών. Με δεδομένο το ότι ούτε καν ο ίδιος ο προσωρινός μειοδότης, τόσο δια της αιτιολογικής του εκθέσεως, όσο και δια της παρεμβάσεώς του, επικαλείται την ανυπαρξία τέτοιων συμβάσεων, διερωτώμαι περί του πως, από πού και με ποιον τρόπο συνήγαγε η αναθέτουσα αρχή το υπόψη συμπέρασμα!!! Άλλωστε, η εν λόγω αιτίαση (εκτός από, πλήρως, ατεκμηρίωτη) τυγχάνει και αβάσιμη, καθόσον οι συμβάσεις καταρτίστηκαν δια των εγγράφων προτάσεων των υπεργολάβων και δια της εγγράφου - ρητής αποδοχής τους από τον προσωρινό μειοδότη (βλ 185 επ ΑΚ). Σε κάθε περίπτωση, ο εν λόγω ισχυρισμός είναι αλυσιτελής, τόσο διότι στο στάδιο του διαγωνισμού αρκεί και προσύμφωνο (βλ ΑΠ 119/2013), όσο και διότι κρίσιμη δεν είναι ούτε η ταυτοποίηση των υπεργολάβων, ούτε η δέσμευσή τους έναντι του υποψηφίου αναδόχου, αλλά η ρητώς διατυπούμενη δέσμευση του προσφέροντα έναντι της αναθέτουσας αρχής να χρησιμοποιήσει (οποιαδήποτε) τρίτα πρόσωπα για την εκτέλεση μέρους της δημοπρατούμενης σύμβασης.

III ΕΠΙ ΤΟΥ 3ου ΕΔΑΦΙΟΥ

(3ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

1. Δια της υπ' αριθ 11/2019 αποφάσεώς της, η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι η προσφορά του προσωρινού μειοδότη φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, ότι δηλαδή, κατ' αρχάς, δεν διασφαλίζει την έντεχνη εκτέλεση του έργου με ένα εύλογο ποσοστό κέρδους και, ιδίως την τήρηση της εργατικής και περιβαλλοντικής νομοθεσίας. Κατόπιν τούτων διέταξε την αιτιολόγησή της,

προκειμένου να διαπιστώσει αν τυχόν προκύπτουν αντίθετα συμπεράσματα, αν δηλαδή η ανωτέρω κρίση της ανατρέπεται από τις εξηγήσεις του προσφέροντα.

2. Ενώπιόν Σας, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η φράση «οι εξηγήσεις ανταποκρίνονται πλήρως στα ζητούμενα» αρκεί για την αιτιολόγηση της κρίσης περί του ότι τελικά αποδείχθηκε πως η επίμαχη προσφορά δεν ήταν ασυνήθιστα χαμηλή, ότι δηλαδή, παρά τα κριθέντα δια της υπ' αριθ 11/2019 αποφάσεώς της, διασφαλίζει έντεχνη εκτέλεση του έργου, εύλογο ποσοστό κέρδους και τήρηση της εργατικής & περιβαλλοντικής νομοθεσίας!!!

3. Πέραν των διαλαμβανομένων στην εξεταζομένη προσφυγή μου (περί της υποχρέωσης ειδικής και πλήρους αιτιολογήσεως της αποφάσεως που, είτε δέχεται, είτε απορρίπτει τις δικαιολογήσεις των προσφορών) αντιτείνω ότι, αν ίσχυαν αυτά που ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή (περί του ότι μία σύντομη, απλή, γενική και αόριστη φράση είναι αρκετή), οι δημόσιοι διαγωνισμοί θα μπορούσαν να μετατραπούν σε διαδικασίες απ' ευθείας αναθέσεως. Ειδικότερα, θα ήταν δυνατό να διατάσσονται, κατά κανόνα, αιτιολογήσεις, να απορρίπτονται αιτιολογημένα αυτές των μη αρεστών εργολάβων και να γίνονται δεκτές, χωρίς εξηγήσεις, οι δικαιολογήσεις που υπέβαλαν οι υποψήφιοι που επιθυμεί η αναθέτουσα αρχή (χωρίς δυνατότητα να διαπιστωθεί, καν, η τήρηση του ίσου μέτρου κρίσης, αφού, σε αντίθεση με την απόρριψη, η αποδοχή των εξηγήσεων θα μπορούσε να είναι πλήρως ανατιολογήτη).

4. Στην πραγματικότητα βέβαια, η απόφαση που αποδέχεται την αιτιολόγηση της προσφοράς πρέπει, όπως και κάθε διοικητική πράξη, να έχει πλήρη και επαρκή αιτιολογία, διότι μόνο τότε είναι εφικτός ο ακυρωτικός της έλεγχος. Σε αντίθετη περίπτωση, ήτοι με αιτιολογίες του τύπου «για αδιευκρίνιστους λόγους, ικανοποιούμαι από τις εξηγήσεις του προσφέροντα επειδή έτσι μου αρέσει», δεν είναι δυνατό να διαπιστωθεί η ορθότητα της κρίσης του διοικητικού οργάνου, περί του ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις των άρθρων 8889 Ν 4412/2016 (έντεχνη εκτέλεση, εύλογο κέρδος, τήρηση νομοθεσίας).

IV ΕΠΙ ΤΟΥ 4ου ΕΔΑΦΙΟΥ

(4ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

Αριθμός απόφασης: 585/2020

1. Όπως προαναφέρθηκε, η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι η προσφορά του προσωρινού μειοδότη φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή. Για να καταλήξει στην εν λόγω κρίση έλαβε, ασφαλώς, υπόψη την τριετή διάρκεια του έργου και την εντός αυτής δυνατότητα μειώσεως (ή και αυξήσεως) του κόστους του, εμμένοντας, παρά ταύτα στην (κατ' αρχάς) διαπίστωση περί του ότι δεν διασφαλίζεται η τήρηση των προϋποθέσεων των άρθρων 88-89 Ν 4412/2016. Επομένως, οι σχετικοί ισχυρισμοί που διαλαμβάνονται στα απόψεις της αναθέτουσας αρχής, δεν μπορούν να χρησιμεύσουν προς αιτιολόγηση της αποδοχής των εξηγήσεων του προσωρινού μειοδότη.

2. Εξ άλλου, επιστρατεύεται και το (αχαρακτήριστο) επιχείρημα περί του ότι το ποσό των 25.000 ευρώ αποτελεί εύλογο κέρδος διότι υπερβαίνει την μέση ετήσια δαπάνη των νοικοκυριών η οποία ανέρχεται σε 16.969 ευρώ!!! Δεν θα αναφέρω ότι το ποσό αυτό (25.000 ευρώ) είναι προ φόρων (και δεν συμπεριλαμβάνει τις λοιπές ανελαστικές δαπάνες που μνημονεύονται στην προσφυγή μου), ούτε και θα επικαλεσθώ ότι πρόκειται περί της κερδοφορίας εργοληπτικών επιχειρήσεων και όχι για τους μισθούς - αποδοχές των νοικοκυριών των ιδιοκτητών τους. Αντίθετα, θα προσχωρήσω στην λογική του παραλόγου και θα εκλάβω ως κρίσιμο μέγεθος την ετήσια δαπάνη ενός νοικοκυριού. Εν προκειμένω όμως, υφίστανται δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι (τουλάχιστον) δύο νοικοκυριά. Περεταίρω, το (υποτιθέμενο) κέρδος των 25.000 ευρώ, δεν αφορά ένα έτος (ώστε να μπορεί να συγκριθεί με το ετήσιο εισόδημα ενός νοικοκυριού) αλλά τριετία. Με βάση αυτά τα δεδομένα, προκύπτει ότι το ετήσιο κέρδος που αναμένει κάθε ένας εκ των οικονομικών φορέων που συναποτελούν τον προσωρινό μειοδότη ανέρχεται σε (25.000 ευρώ συνολικά : 3 έτη = 8.333 ευρώ ετησίως : 2 νοικοκυριά =) 4.166,5 ευρώ. Δηλαδή, κάθε ένα εκ των νοικοκυριών των ιδιοκτητών των μελών της παρεμβαίνουσας, θα διακινδυνεύει ετησίως 100.000 ευρώ, για να εξασφαλίσει κέρδος -εισόδημα 350 ευρώ τον μήνα!!! Συνεπώς, είναι προφανές ότι ούτε και με τέτοια (επαναλαμβάνω, αχαρακτήριστα) επιχειρήματα είναι δυνατό να τεκμηριωθεί ο εύλογος χαρακτήρας του (αντικειμενικά) αμελητέου (δήθεν) κέρδους που προσδοκά ο προσωρινός μειοδότης.

3. Αντί των ανωτέρω «επιχειρημάτων», θα ανέμενα, έστω και εκ των υστέρων, να παραθέσει η αναθέτουσα αρχή κάποια αιτιολογία περί των λόγων

για τους οποίους κρίθηκε ως εύλογο το ανωτέρω ποσό, παρόλο που δεν συμπεριλαμβάνονται σε αυτό: α) οι αναλογούντες φόροι, β) οι νόμιμες αμοιβές του απαιτούμενου, έμπειρου, πολιτικού μηχανικού, πλήρους απασχολήσεως και του αναπληρωτή του, γ) οι δαπάνες για τη, νόμιμη, απομάκρυνση και διάθεση των περισσευμάτων των εκσκαφών, δ) το κόστος για την διατήρηση οχήματος και οδηγού προς μεταφορά της επίβλεψης, ε) οιοδήποτε κονδύλιο για την αντιμετώπιση εκτάκτων περιστάσεων (ανατιμήσεις, βλάβες, ζημιές, ατυχήματα, δικηγορικές αμοιβές) κλπ. Αντ' αυτού έλαβα την απάντηση περί του ότι οι ανωτέρω δαπάνες «αποτελούν συνήθεις απαιτήσεις παρόμοιων έργων», η οποία, όχι μόνο είναι περιττή (καθόσον δεν ισχυρίσθηκα το αντίθετο, αλλά τόνισα ότι, *a fortiori*, εν προκειμένω οι δαπάνες αυτές προβλέπονται ρητά και από τα τεύχη δημοπράτησης) αλλά και (ιδίως) επιβεβαιώνει τους δικούς μου ισχυρισμούς. Πράγματι, εφόσον πρόκειται περί συνήθων δαπανών, αυτές θα έπρεπε, κατά μείζονα λόγο, να κοστολογηθούν και να αφαιρεθούν από το (υποτιθέμενο) κέρδος του προσωρινού μειοδότη (μετατρέποντας το, αυτομάτως, σε ζημία).

4. Τέλος, σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή, στην αιτιολόγηση του προσωρινού μειοδότη «γίνονται αναφορές α) τόσο για το προσωπικό που θα απασχοληθεί στο έργο β) όσο και για τα έξοδα του γραφείου, που καλύπτουν τις παραπάνω απαιτήσεις». Αν και επανέλεγα, επισταμένως, την επίμαχη αιτιολογική έκθεση, δεν μπόρεσα να ανεύρω την οιαδήποτε αναφορά στο απασχοληθσόμενο προσωπικό και ιδίως την οποιαδήποτε μνεία στο κόστος των αμοιβών του (απαιτούμενου από την ΕΣΥ) έμπειρου πολιτικού μηχανικού ΠΕ, πλήρους - τριετούς απασχολήσεως και του αναπληρωτή του. Βρήκα όμως αναφορά στα έξοδα γραφείου τα οποία εκτιμώνται (για ολόκληρη την τριετία) σε 2.200 ευρώ. Διερωτώμαι λοιπόν περί του κατά πόσο είναι δυνατό να υποστηρίζεται, λογικοφανώς, ότι οι 2.200 ευρώ, αρκούν για την μεταφορά της περίσσειας των εκσκαφών, για την πληρωμή δύο μηχανικών, για τα έξοδα κίνησης του οχήματος μεταφοράς της επίβλεψης (και ενδεχομένως του κόστους κτήσεώς ή μισθώσεώς του), τις αποδοχές του οδηγού του, την πληρωμή των φόρων κλπ!!!

Ν ΕΠΙ ΤΟΥ 5ου ΕΔΑΦΙΟΥ

(5ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

Αριθμός απόφασης: 585/2020

1. Η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ότι, κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών, η εκπρόσωπος των εργοληπτικών οργανώσεων - διαχειρίστρια ενός εκ των μελών του προσωρινού μειοδότη, περιήλθε σε οριστική αδυναμία συμμετοχής στην Επιτροπή Διαγωνισμού.

2. Συνομολογείται δηλαδή, ότι από το ανωτέρω χρονικό σημείο και εφεξής, το εν λόγω συλλογικό όργανο απώλεσε τη νόμιμη συγκρότησή του και ότι θα μπορούσε να συνεδριάζει νόμιμα (με την συμμετοχή, πάντως, του αναπληρωτή του μέλους που περιήλθε σε οριστική αδυναμία συμμετοχής) μόνο επί τρίμηνο. Προκύπτει δηλαδή, ότι κατά τον χρόνο εκδόσεως της γνωμοδοτήσεως περί αποδοχής της αιτιολόγησης του προσωρινού μειοδότη (20-1-2020), δεν υφίστατο ένα εκ των προβλεπομένων μελών της υπόψη Επιτροπής.

3. Πρέπει να τονισθεί εκ νέου, η κομβική σημασία του μέλους που εξέλιπε, γεγονός που κατέστησε, κατά μείζονα λόγο, επιβεβλημένη την αντικατάστασή του, ήτοι την εκ νέου συγκρότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού. Θεωρώ αδιαμφισβήτητο το γεγονός, ότι ο έλεγχος της αιτιολόγησης προσφοράς, προϋποθέτει και εξειδικευμένες γνώσεις περί των συνθηκών της αγοράς αλλά και επαγγελματική - επιχειρηματική εμπειρία, τις οποίες στερούνται τα λοιπά μέλη της Επιτροπής - δημόσιοι υπάλληλοι. Γι' αυτόν ακριβώς τον λόγο, ήτοι για να διασφαλίσει την συμμετοχή στην Επιτροπή ενός προσώπου που να γνωρίζει λχ πόσο κοστίζει στην πραγματικότητα - στην αγορά η τάδε ή η δείνα εργασία, ο νομοθέτης συμπεριέλαβε σε αυτήν έναν εκπρόσωπο των εργοληπτικών οργανώσεων. Εξ αιτίας, λοιπόν, της έλλειψης εκπροσώπου των εργοληπτικών οργανώσεων, αφέθηκαν τα λοιπά μέλη της Επιτροπής να εκτιμήσουν την επάρκεια της αιτιολόγησης με βάση γνωστά σε αυτά, πλην όμως τελείως απρόσφορα κριτήρια (το μέσο ετήσιο εισόδημα των νοικοκυριών!!!).

VI ΕΠΙ ΤΟΥ 6ου ΕΔΑΦΙΟΥ

(6ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

1. Η αναθέτουσα αρχή (σε αντίθεση με την παρεμβαίνουσα) δεν τολμά να ισχυριστεί ότι στην, κρίσιμη, από 20-1-2020 συνεδρίαση της Επιτροπής Διαγωνισμού, οπότε και ελέγχθηκε η αιτιολόγηση του προσωρινού μειοδότη, κλήθηκαν: α) η κα ή β) ο αναπληρωτής της, κος

..... (ο έτερος εκπρόσωπος των εργοληπτικών οργανώσεων), γ) ο κος (εκπρόσωπος της οικείας) ή δ) ο αναπληρωτής του, κος Διατείνεται απλώς, ότι με πρωτοβουλία των λοιπών μελών της Επιτροπής, η σύνθεσή της «διαμορφώθηκε» σε πενταμελή από επταμελής που ήταν αρχικά, γεγονός που (υποτίθεται πως) δεν έχει σημασία, διότι υπήρχε απαρτία.

2. Θεωρώ ότι πρόκειται περί σαφούς συνομολογήσεως της βασιμότητας του δού λόγου της προσφυγής μου.

VII ΕΠΙ ΤΟΥ 7ου ΕΔΑΦΙΟΥ

(7ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

1. Η αναθέτουσα αρχή παραδέχεται ότι, εκτός από τα τυπικά στάδια της διαδικασίας - για τα οποία συντάσσονται πρακτικά, υφίστανται και άτυπα. Πράγματι, όπως είναι λογικό, αναμενόμενο και σύνηθες στην πράξη, τα μέλη των συλλογικών οργάνων, ιδίως όταν πρόκειται για περίπλοκα ζητήματα (όπως είναι και αυτό του ελέγχου των αιτιολογήσεων) επικοινωνούν και ανταλλάσσουν απόψεις, οποτεδήποτε κρίνουν - εκτός του πλαισίου των σχετικών συνεδριάσεων.

2. Κατόπιν τούτων, απορώ περί του τρόπου με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή συνήγαγε το συμπέρασμα για την μη συμμετοχή της κας «σε οποιοδήποτε άτυπο στάδιο λήψης της απόφασης, που να σχετίζεται με την Επιτροπή Διαγωνισμού», παρόλο, μάλιστα, που το εν λόγω μέλος της δεν παραιτήθηκε αλλά επέμεινε στην διατήρηση της θέσεώς του.

B ΕΠΙ ΤΗΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΕΩΣ

I ΕΠΙ ΤΩΝ ΕΔΑΦΙΩΝ Α & Β

(1ος & 2ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται τα ακόλουθα:

1. Ότι δεν είχε ανάγκη επικλήσεως των δυνατοτήτων τρίτων οικονομικών φορέων για την κάλυψη των προϋποθέσεων οικονομικής επάρκειας και τεχνικής ικανότητας και γι αυτό απάντησε αρνητικά στο ερώτημα περί του αν θα χρησιμοποιήσει υπεργολάβους. Προφανώς, συγχέει τις έννοιες α) αφενός της δάνειας εμπειρίας (για την οποία υπάρχει ξεχωριστή ερώτηση στο ΤΕΥΔ) στην οποία προσφεύγουν οι οικονομικοί φορείς που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις καταλληλότητας και β) αφετέρου της υπεργολαβίας, στην

οποία προσφεύγουν οι υποψήφιοι που τις πληρούν, αλλά, είτε επειδή αυτό επιβάλλεται από την διακήρυξη, είτε κατ' επιλογή τους, αποφασίζουν να χρησιμοποιήσουν και τρίτα πρόσωπα κατά την εκτέλεση της σύμβασης.

2. Ότι σύμφωνα με την αιτιολόγησή της η χρησιμοποίηση υπερβολών παρουσιάζεται, απλώς, ως ενδεχόμενο. Αναφέρομαι στο προπαρατεθέν (υπό Α.Ι.2.) 6ο εδάφιο του 1ου κεφαλαίου της αιτιολογικής της έκθεσης, όπου διαλαμβάνεται ρητή δέσμευσή της να χρησιμοποιήσει υπερβολούς, για όσες εργασίες (ήδη) δεν διαθέτει τα κατάλληλα μέσα.

3. Ότι ούτε η προμήθεια υλικών, ούτε η μίσθωση μηχανημάτων συνιστά υπερβολαβία. Ουδέποτε ισχυρίστηκα τα αντίθετο. Ισχυρίζομαι όμως, ότι υπερβολαβία συνιστούν, οπωσδήποτε, εργασίες όπως η κατασκευή φαντών, η αποξήλωση της ασφάλτου, η διαγράμμιση του οδοστρώματος κλπ.

4. Ότι η υπ' αριθ 22-23/2020 απόφαση του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ την οποία επικαλούμαι, αφορά (μη δηλωθείσα στο ΤΕΥΔ) υπερβολαβία ποσοστού 37%. Στην πραγματικότητα, η εν λόγω απόφαση (όπως προκύπτει από απλή ανάγνωσή της) αφορά σε υπερβολαβία απειροελάχιστου ποσοστού, η οποία διαπιστώθηκε από αναφορά σε τεχνική έκθεση του υποψηφίου περί του ότι για την αντιμετώπιση τυχόν βλαβών θα προσφύγει σε εξωτερικά συνεργεία.

5. Ότι οι εργασίες που, σύμφωνα και με την ίδια, έχουν τον χαρακτήρα της υπερβολαβίας, αντιπροσωπεύουν μικρό ποσοστό της υπό ανάθεση σύμβασης. Αντιτείνω, ότι σύμφωνα με τον Πίνακα 3 της αιτιολογικής της έκθεσης, οι εργασίες αυτές αντιστοιχούν στο ήμισυ, περίπου, του συμβατικού αντικειμένου (βλ ανωτέρω, υπό Α.Ι.6).

6. Ότι η ανάγκη υπερβολών μπορεί να προκύψει και μετά τη σύναψη της σύμβασης, οπότε και ο ανάδοχος δεν κωλύεται να τους χρησιμοποιήσει, έστω και αν είχε απαντήσει αρνητικά στο σχετικό πεδίο του ΤΕΥΔ. Τούτο είναι αληθές, πλην όμως στην παρούσα περίπτωση δεν πρόκειται περί δυνητικής υπερβολαβίας, αλλά περί ήδη ειλημμένης, κατά το προσυμβατικό στάδιο, αποφάσεως - δεσμεύσεως για χρησιμοποίηση υπερβολών (βλ την υπ' αριθ 10/2015 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ, «Θέματα που ανακύπτουν κατά την χρήση της υπερβολαβίας και όροι εφαρμογής της», όπου αναφέρονται τα ακόλουθα: «Η υπερβολαβία διακρίνεται

σε υποχρεωτική, όταν η αναθέτουσα αρχή θέτει εκ προοιμίου την υποχρέωση αναθέσεως τμήματος της σύμβασης σε τρίτον ή όταν είναι γνωστό εξ υπαρχής στον υποψήφιο ανάδοχο ότι Κα συνεργαστεί με υπερβολάβο για την εκτέλεση ορισμένων εργασιών - τμήματος του συμβατικού αντικειμένου και σε δυνητική, όταν η σχέση της υπερβολαβίας για την εκτέλεση ορισμένων εργασιών προκύπτει στο στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης και για λόγους που δεν ήταν γνωστοί στον ανάδοχο κατά την υπογραφή της σύμβασης»).

II ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΔΑΦΙΟΥ Γ

(3ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

1. Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η απόφαση αποδοχής της δικαιολόγησης προσφοράς που έχει, προηγουμένως, κριθεί ως ασυνήθιστα χαμηλή, δεν χρήζει «ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας».

2. Ακόμα όμως και υπό την ανωτέρω, αβάσιμη, εκδοχή, είναι αναντίρρητο το ότι, πάντως, απαιτείται κάποια (εννοείται πλήρης και επαρκής) αιτιολογία, έστω και μη ειδική - εμπειριστατωμένη.

3. Παρά ταύτα, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα (υπό Α.ΙΙ.) εν προκειμένω, δεν υφίσταται οιαδήποτε αιτιολογία.

III ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΔΑΦΙΟΥ Δ

(4ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται τα ακόλουθα:

1. Ότι διαθέτει εμπειρία. Πλην όμως, ούτε και αυτή προσδιορίζει (και, ασφαλώς, δεν προσκομίζει) τις συγκεκριμένες συμβάσεις από τις οποίες προκύπτει η (υποτιθέμενη) εμπειρία της.

2. Ότι διαθέτει πολιτικό μηχανικό. Πλην όμως, σύμφωνα με το άρθρο 9.1.1. της ΕΣΥ, δεν αρκεί οποιοσδήποτε πολιτικός μηχανικός. Προαπαιτείται αυτός να είναι απόφοιτος ΑΕΙ και να διαθέτει τουλάχιστον πενταετή εμπειρία σε ανάλογα έργα.

3. Ότι διαθέτει τα απαιτούμενα φορτηγά («ΙΧΦ»). Πλην όμως, ουδέν ισχυρίζεται για το απαιτούμενο από το άρθρο 12.3.1. της ΕΣΥ, επιβατικό αυτοκίνητο για την μεταφορά της επίβλεψης και για τον οδηγό του.

4. Ότι η τήρηση των διατάξεων της περιβαλλοντικής νομοθεσίας δεν αποτελεί αυτοτελώς κοστολογούμενη δαπάνη. Πλην όμως, στην προσφυγή μου, δεν κάνω λόγο, γενικά, για την τήρηση των περιβαλλοντικών

διατάξεων, αλλά αναφέρομαι ειδικά σε συγκεκριμένη εργασία, η, άνευ ιδιαίτερης αμοιβής, εκτέλεση της οποίας επιβάλλεται από συγκεκριμένο άρθρο (5.2.5.) της ΕΣΥ («απόρριψη των περισσευμάτων των προϊόντων εκσκαφής»).

IV ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΔΑΦΙΟΥ Ε

(5ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, προδήλως αβάσιμα, κατά την άποψή μου, ότι η οριστική αδυναμία μέλους συλλογικού οργάνου να συμμετάσχει στις συνεδριάσεις του, λόγω μονίμου και μη δυνάμενου να αρθεί κωλύματος - σύγκρουσης συμφερόντων, δεν συνεπάγεται απώλεια της ιδιότητάς του.

VI ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΔΑΦΙΟΥ ΣΤ

(6ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

1. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται (αντιφατικά σε σχέση με τα, αμέσως, ανωτέρω) ότι δεν υφίστατο λόγος να καλείται στις συνεδριάσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού, επειδή ήταν γνωστό το, οριστικό, κώλυμά της. Δεν αναφέρει όμως τον λόγο για τον οποίο δεν καλείτο, τουλάχιστον, ο αναπληρωτής της - επίσης εκπρόσωπος των εργοληπτικών οργανώσεων.

2. Διατείνεται, περεταίρω, ότι (μη προσδιοριζόμενο) κώλυμα υφίστατο και στο πρόσωπο του 7ου μέλους της Επιτροπής, ήτοι του εκπροσώπου της οικείας Πέραν του ότι τούτο δεν προκύπτει από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής και ότι, συνεπώς, ο σχετικός ισχυρισμός τυγχάνει, τελείως, αναπόδεικτος, και σε αυτή την περίπτωση η παρεμβαίνουσα δεν επικαλείται λόγους για την μη κλήση στην, κρίσιμη, από 20-1-2020, συνεδρίαση του αναπληρωτή του.

3. Τέλος, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι, δήθεν, η αποδοχή των αιτιάσεών μου για κακή συγκρότηση, άλλως κακή σύνθεση της Επιτροπής Διαγωνισμού θα οδηγούσε σε ακύρωση όλων των πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι και του Πρακτικού δια του οποίου κατετάγην δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας, αλλά και της απόφασης δια της οποίας διετάχθη η αιτιολόγηση της προσφοράς της. Ο υπόψη ισχυρισμός είναι νόμω και ουσία αβάσιμος. Ειδικότερα: α) Από νομικής απόψεως, το, από 26-3-2019, 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, δια του οποίου κατετάγην δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας εκδόθηκε κατά δεσμία αρμοδιότητα (αφού κριτήριο κατακύρωσης ήταν μόνο η τιμή) και επομένως, ακόμα και αν συνέτρεχε

περίπτωση παράνομης συγκρότησης ή συνθέσεώς της δεν θα στοιχειοθετείτο λόγος ακυρώσεώς του (βλ ΣτΕ 1968/2013, ΕΑ ΣτΕ 82/2014, 44/2014,259/2012). Επίσης, δεν θα στοιχειοθετείτο, φυσικά, λόγος ακυρώσεως, της εν συνεχεία ληφθείσας απόφασης που (άνευ εισηγήσεως της Επιτροπής Διαγωνισμού) διέταξε την αιτιολόγηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η οποία, ναι μεν εκδόθηκε κατά διακριτική ευχέρεια, πλην όμως από όργανο (Οικονομική Επιτροπή), η νόμιμη συγκρότηση και σύνθεση του οποίου δεν αμφισβητείται. β) Από πραγματικής απόψεως, το από 26-3-2019 1ο Πρακτικό συνετάγη εντός του τριμήνου, κατά την διάρκεια του οποίου, παρά την έλλειψη νόμιμης συγκρότησης που προέκυψε στις 18-3-2019 (οπότε και κατατέθηκε η προσφορά της παρεμβαίνουσας, εξ αιτίας της οποίας επήλθε οριστική αδυναμία της νομίμου εκπροσώπου της να συμμετέχει στην Επιτροπή Διαγωνισμού), μπορούσε να συνεδριάζει νόμιμα, βεβαιώνεται δε σε αυτό (σε αντίθεση με το 2ο Πρακτικό) ότι είχαν προσκληθεί νόμιμα όλα τα μέλη της Επιτροπής.

VII ΕΠΙ ΤΟΥ ΕΔΑΦΙΟΥ Ζ

(7ος λόγος της προδικαστικής προσφυγής μου)

1. Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι η κα δεν επηρέασε την λήψη των σχετικών αποφάσεων, επειδή, λόγω του κωλύματός της, δεν παρέστη στις συνεδριάσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού. Δεν εξηγεί όμως τον λόγο για τον οποίο, η διαχειρίστρια του ενός εκ των μελών της, απέφυγε να παραιτηθεί, ως όφειλε.

2. Ισχυρίζεται εξ άλλου, ότι δεν έτυχε ευνοϊκής μεταχείρισης, διότι μόνο αυτή κλήθηκε να αιτιολογήσει την προσφορά της. Πλην όμως, η (δυσμενής) απόφαση για την αιτιολόγηση της προσφοράς της λήφθηκε από την Οικονομική Επιτροπή, ενώ αντιθέτως, η (ευμενής) παντελώς αναιτιολόγητη, εισήγηση περί αποδοχής των εξηγήσεών της, συντάχθηκε από το συλλογικό όργανο στο οποίο συμμετείχε η κα».

13. Επειδή, η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της αναφέρει αυτολεξεί τα κάτωθι «...[...]

Σε σχέση με την προσβαλλομένη πράξη και το κύρος αυτής:

Α και Β) Ως προς την συνεργασία με υπεργολάβους και την αλήθεια ή μη της υποβληθείσας προσφοράς.

Η κοινοπραξία μας συμμετείχε στην διαδικασία του διαγωνισμού αυτοδυνάμως και χωρίς χρεία αναφοράς ή επίκλησης τρίτων για την κάλυψη των απαιτούμενων προσόντων οικονομικών και τεχνικών. Για το λόγο αυτό στην σχετική επιλογή του πεδίου του ΤΕΥΔ συμπληρώθηκε η ένδειξη ΟΧΙ ως προς την σύμπραξη υπεργολάβων.

Η επιλογή μας αυτή, δηλαδή η κατασκευή του έργου αυτοδυνάμως και όχι με χρήση υπεργολάβων παραμένει και σήμερα ισχυρή.

Στην υποβληθείσα αιτιολόγηση της προσφοράς μας αναφέρουμε ρητώς ότι διαθέτουμε όλα τα απαραίτητα προσόντα, οικονομικές δυνατότητες, μηχανικά μέσα και ανθρώπινο δυναμικό για την εκτέλεση των εργασιών. Ωστόσο αναφέραμε πως διασφάλιση της αναθέτουσας αρχής πως, αν από τις τεχνικές απαιτήσεις του έργου χρειαστεί λόγω έλλειψης κάποιου ειδικότερου μέσου θα συνεργαστούμε με τρίτους για να κατασκευαστεί αρτίως το έργο.

Οι προσφορές που επισυνάφθηκαν στην αιτιολόγηση, αναφέρονται σε προμήθεια υλικών ή μίσθωση μηχανημάτων. Ούτε η προμήθεια υλικού ούτε η μίσθωση μηχανημάτων αποτελεί υπεργολαβία.

Ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεόμενων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης. Ο ανάδοχος παραμένει μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος (ΟλΣτΕ 991/1998). Η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ. Ο υπεργολάβος διακρίνεται από τον προμηθευτή δημόσιας σύμβασης, καθώς ο υπεργολάβος αναλαμβάνει να υλοποιήσει - εκτελέσει μέρος του αντικείμενου της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ ο προμηθευτής αναλαμβάνει να παράσχει - διαθέσει συγκεκριμένο/α αγαθό/ά στο εν λόγω πλαίσιο.

Υπό την ως άνω έννοια, έχει κριθεί πως, σε διαδικασία ανάθεσης εκπόνησης μελέτης με αντικείμενο την αξιολόγηση περιβαλλοντικού θορύβου, ο τρίτος που παραχωρεί υλικοτεχνική υποδομή (ηχώμετρα) σε διαγωνιζόμενο δεν είναι υπεργολάβος αλλά προμηθευτής (ΔΕφΑθ 476, 477 και 478/2011).

Στην προκειμένη περίπτωση από την απλή επισκόπηση των συνημμένων προσφορών, οι οποίες είναι και το μόνο στοιχείο που επικαλείται

η προσφεύγουσα για να αποδείξει τον όλως αβάσιμο ισχυρισμό της προκύπτει ξεκάθαρα ότι πρόκειται για προμηθευτές και όχι για υπεργολάβους Εξάλλου εξάλλου [sic] ακόμα και αν υπάρχει και κάποια εργασία τοποθέτησης σε αυτές και πάλι αντιπροσωπεύει το έλασσον τμήμα της προσφοράς άρα αυτή η σύμβαση θεωρείται σύμβαση προμήθειας καθώς το μείζον τμήμα του αντικειμένου της αφορά προμήθειες). Σε κάθε περίπτωση οι προσφορές αυτές αφορούν ελάχιστο τμήμα του συμβατικού αντικειμένου (πολύ δε μικρότερο από το 30%, ενώ στην επικαλούμενη από την ανάδοχο απόφαση της ΑΕΠΠ η υπεργολαβία αφορούσε το 37% του συμβατικού αντικειμένου ώστε θα έπρεπε ο υπεργολάβος να υποβάλλει και ο ίδιος ΤΕΥΔ!), ώστε δεν επιφέρουν ιδιαίτερη διαφορά σε σχέση με το σύνολο του έργου. Υπογραμμίζεται δε ότι κατά το αρθ. 165 ο ανάδοχος μπορεί να γνωστοποιήσει στοιχεία του υπεργολάβου κατά την υπογραφή της σύμβασης εκτέλεσης, τούτο δε παρίσταται εύλογο καθώς ενδέχεται μετά την υποβολή της προσφοράς να υπάρξει διαφοροποίηση συνθηκών και θα ήταν προδήλως καταχρηστικό να ανατρέπεται ένα και πλέον έτος μετά την υποβολή της μια προσφορά επειδή ο ανάδοχος επέλεξε μετά να χρησιμοποιήσει υπεργολάβο σε ήσσονος σημασίας και έκτασης εργασίες.

Σε κάθε περίπτωση για την απόρριψη της προσφοράς του αναδόχου θα πρέπει η διαφορά που διαπιστώνεται να είναι ουσιώδης και τέτοια που να διαφοροποιεί σημαντικά τον τρόπο εκτέλεσης του έργου ή τα στοιχεία του αναδόχου (πχ τα προσόντα του). Τέτοια περίπτωση δεν συντρέχει εν προκειμένω.

Επομένως και με βάση τα παραπάνω δεν υπάρχει κανένα ζήτημα αναλήθειας ή ανακρίβειας του υποβληθέντος ΤΕΥΔ.

Συνακόλουθα δεν υπάρχει και κανένα ελάττωμα ως προς την αιτιολογία της απόφασης της αναθέτουσας αρχής δια της αποδοχής των ως άνω δεδομένων ως αληθινών.

Γ) Ως προς την πληρότητα της αιτιολογίας της:

Κατά τις κρίσεις που διατυπώθηκαν στην υπ' αριθ. 854/2018 οριστική απόφαση της ΑΕΠΠ και δη στο σημείο 29 (σελ. 40 επ.), «προτού οι αναθέτουσες αρχές απορρίψουν μία προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή, ζητούν εγγράφως λεπτομέρειες σχετικά με τα συστατικά στοιχεία των

προσφορών που κρίνονται χρήσιμα για την εκτίμηση ή την εξακρίβωση της προφανούς ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς (βλ. C- 292/07, Επιτροπή κατά Βελγίου). Ήδη με το άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως ενσωματώθηκε στην εθνική νομοθεσία με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, προβλέπεται ότι οι εξηγήσεις μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου. Η ως άνω απαρίθμηση δεν είναι εξαντλητική, αλλά ούτε απλώς ενδεικτική και, συνεπώς, δεν αφήνει τις αναθέτουσες αρχές ελεύθερες να καθορίσουν ποιοι είναι οι σχετικοί παράγοντες που πρέπει να ληφθούν υπόψη πριν από την απόρριψη μιας προσφοράς που φαίνεται να είναι ασυνήθιστα χαμηλή (C-292/07 σκ. 159, και C-599/10 SAG ELV Slovensko σκ. 30). Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή λαμβάνει τη σχετική απόφαση σχετικά με την απόρριψη ή μη, στην περίπτωση δε απόρριψης προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να αιτιολογήσει την απόφαση της (βλ. άρθρο 84 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 341 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016)». Από το τελευταίο σημείο προκύπτει ανενδίαστα ότι απαίτηση ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας υφίσταται μόνον εφόσον η απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι η απόρριψη της προσφοράς ως ιδιαίτερα χαμηλής. Αν η απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι η αποδοχή της προσφοράς, τότε η αιτιολογία της απόφασης αυτής προκύπτει ευθέως αφενός μεν από τις αναφορές του πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού που έκρινε την προσφορά κατ' αρχήν αποδεκτή ως προς τα τυπικά της στοιχεία αφετέρου δε από τις αναφορές της υποβληθείσας από πλευράς του υποψηφίου αναδόχου αιτιολόγησης, ώστε παρέλκει περαιτέρω αιτιολόγηση της απόφασης. Τούτο συμβαίνει και στην προκειμένη περίπτωση, συνδυαστικά δε με τις αναφορές

τόσο στο κανονιστικό πλαίσιο όσο και στην υπ' αριθ./6-2-2020 εισήγηση της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της, η οποία έχει συμπεριληφθεί ολόκληρη στην επίμαχη απόφαση και αποτελεί σώμα και δη τμήμα του αιτιολογικού αυτής και στην οποία γίνεται ρητώς μνεία ότι ελήφθη υπόψη η υποβληθείσα από πλευράς μας αναφορά αιτιολόγησης προσφοράς, ώστε τα περιεχόμενα σε αυτήν είναι τμήμα της αιτιολόγησης της εισήγησης.

Εκ των ανωτέρω λοιπόν προκύπτει ότι στην προκειμένη περίπτωση δεν απαιτείτο ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία στην απόφαση της αναθέτουσας αρχής καθώς αυτή ήχθη σε αποδοχή της υποβληθείσας προσφοράς, σε κάθε δε περίπτωση εκ του συνδυασμού των αποφάσεων και του περιεχομένου αυτών, οι οποίες ελήφθησαν υπόψη για την έκδοσή της και κατά συνέπεια αποτελούν τμήμα της αιτιολογίας της (ήτοι την εισήγηση της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων και της υποβληθείσας αιτιολόγησης της προσφοράς μας, η οποία ελήφθη υπόψη από την ως άνω Διεύθυνση ως ρητώς αναφέρεται στο κείμενο της εισήγησής της) προκύπτει ότι η εκδοθείσα απόφαση της αναθέτουσας αρχής είχε πλήρη και σε κάθε περίπτωση επαρκή και ειδική αιτιολογία. Άρα παρίσταται νόμιμη ως προς το σημείο αυτό, αποδεικνυομένων αβασίμων όσων περί του αντιθέτου αναφέρει η προσφεύγουσα.

Δ) Ως προς την αποδοχή της αιτιολόγησης της προσφοράς μας ίδια δε ως προς την πληρότητα και ορθότητα αυτής:

Το εν λόγω έργο αφορά κυρίως επισκευές και αποκαταστάσεις βατότητας οδών και εμπεριέχει αρκετές εργασίες ασφαλικών. Όπως προκύπτει από τα υποβληθέντα κατά την αιτιολόγηση έγγραφά μας, το μέλος της κοινοπραξίας έχει μεγάλη εμπειρία σε συναφή έργα, μόλις πρόσφατα δε ανέλαβε (ως μέλος άλλης κοινοπραξίας) συναφές έργο εντός των ορίων του

Η εμπειρία της εταιρίας αποτελεί αυτοτελή παράγοντα ο οποίος συνεπάγεται γνώση αντιμετώπισης των ειδικών συνθηκών αυτού του είδους έργων και επιφέρει αυτοτελώς μείωση του προβλεπόμενου κόστους.

Περαιτέρω η έκταση του έργου σε βάθος τριετίας δεν αποτελεί οπωσδήποτε παράγοντα που επιδρά αυξητικά στο κόστος του έργου αλλ' αντιθέτως μπορεί να επιδράσει και μειωτικά ανάλογα με τις αλλαγές στις

οικονομικές συνθήκες. Ως χαρακτηριστικό παράδειγμα αναφέρεται η, γνωστή ως πασιδήλο γεγονός σχολιασθέν στο διεθνή Τύπο, ραγδαία μείωση των τιμών του πετρελαίου κατά το τελευταίο έτος, ήτοι μετά την υποβολή της προσφοράς μας, η οποία έχει θετικό για εμάς αντίκτυπο τόσο στις τιμές των καυσίμων όσο και στις τιμές των ασφαλικών, δηλαδή δύο κατηγορίες προϊόντων με βαρύνουσα σημασία για την κατασκευή του έργου των οποίων οι τιμές έχουν μειωθεί σε ποσοστό άνω του 15% για την πρώτη και 30% για την δεύτερη.

Εξάλλου αμφότερα τα μέλη της κοινοπραξίας ως προκύπτει από τα ήδη έγγραφα κατά την υποβολή της προσφοράς αλλά και κατά την αιτιολόγησή της έχουν στελεχωθεί με έμπειρα στελέχη και έχουν ήδη ως μόνιμο προσωπικό διαθέσιμο στην κοινοπραξία πολιτικό μηχανικό, ώστε δεν απαιτείται αυτοτελώς πρόσληψη νέου προσώπου. Έτι περαιτέρω ως καταδείξαμε με την αιτιολόγηση της προσφοράς μας διαθέτουμε κατάλληλα οχήματα για την πρόσβαση στο χώρο του έργου (ΙΧΦ), τα οποία θα είναι διαθέσιμα και για την ανάγκες προσέλευσης των επιβλεπόντων εφόσον ζητηθεί μαζί με τους επίσης μόνιμους εργάτες ή υπαλλήλους μας- οδηγούς.

Εξάλλου η τήρηση της περιβαλλοντικής (όπως εξάλλου και κάθε άλλης ισχύουσας) νομοθεσίας δεν αποτελεί πρόσθετη εργασία αλλά αυτονόητη υποχρέωση του αναδόχου, η οποία έχει ήδη ληφθεί υπόψη κατά την υποβολή της προσφοράς και τον υπολογισμό τιμών για τις αντίστοιχες εργασίες (κυρίως χωματουργικές). Σε καμία δε περίπτωση η συμμόρφωση με την νομοθεσία δεν συνιστά πρόσθετη επιβάρυνση για το συγκεκριμένο έργο, όπως αναληθώς χαρακτηρίστηκε από την προσφεύγουσα, ούτε επιδρά ουσιωδώς στο κόστος αυτού. Σημειωτέον ότι στην περίπτωση που κρίθηκε από την υπ' αριθ. 1055/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα, η εκεί εξεταζόμενη έλλειψη της προσφοράς δεν αφορούσε γενικά την τήρηση της περιβαλλοντικής νομοθεσίας αλλά αυτοτελή εργασία απομάκρυνσης απορριμμάτων επιπλέον της εργασίας απομάκρυνσης χωμάτων- πετρών, προβλεπόμενη ρητώς στην διακήρυξη εκείνου του έργου, η οποία δεν κοστολογήθηκε από την ανάδοχο αν και ζητήθηκε και εκεί αιτιολόγηση προσφοράς, περίπτωση δηλαδή ξεκάθαρα διαφορετική από την προκείμενη.

Τέλος και ως προς το ύψος του κέρδους, αυτό είναι προφανώς εύλογο καθώς είναι ένα σημαντικό ποσό (σχεδόν διπλάσιο του μέσου ετήσιου οικογενειακού εισοδήματος που προκύπτει από έρευνες του ΥΠΟΙΚ ότι ανέρχεται σε 14.500 περίπου). Εξάλλου το εργολαβικό κέρδος δεν αποτυπώνεται μόνο στο καθαρό κέρδος που προκύπτει από την εξέταση της προσφοράς αλλά και από τα λοιπά έμμεσα κέρδη που αποκομίζει η εκάστοτε ανάδοχος, όπως η εξασφάλιση εμπειρίας, η αύξηση του ανεκτέλεστου η οποία επιδρά θετικά στις εμπορικές της συναλλαγές (τράπεζες, προμηθευτές), η εξασφάλιση ταμειακών ροών που επιτρέπουν διασφάλιση θέσεων εργασίας κλπ. Εξάλλου ο προσδιορισμός του ποσοστού κέρδους σε 3% έχει ήδη κριθεί επανειλημμένα ως εύλογο ποσοστό κέρδους.

Επομένως και ως προς την κρίση της αυτή η προσβαλλομένη απόφαση ήταν νόμιμη και ορθή.

Ε) Ως προς την συγκρότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, δηλαδή του διοικητικού οργάνου που εξέδωσε την από 16-1-2020 γνωμοδότηση περί αποδοχής της αιτιολόγησης μας.

Το διοικητικό όργανο έχει νόμιμη συγκρότηση εφόσον έχουν διορισθεί όλα τα μέλη του, τακτικά και, εφόσον προβλέπονται, αναπληρωματικά (ΣΤΕ 3879/1983, 4027/1989). Εάν η πράξη διορισμού ή η εκλογή κάποιου μέλους πάσχει από ακυρότητα, αυτό δεν επηρεάζει την νόμιμη συγκρότηση του οργάνου μέχρι την ακύρωση ή ανάκλησή της (ΣΤΕ3058/2009).

Συμφώνως προς τον κανόνα ότι υπάρχει νόμιμη συγκρότηση του οργάνου μόνο όταν υπάρχουν όλα τα τακτικά και αναπληρωματικά του μέλη, ένα όργανο που έχει συγκροτηθεί νόμιμα παύει να έχει νόμιμη συγκρότηση όταν ένα ή περισσότερα μέλη ελλείπουν με την εξαίρεση του αρθ. 13 ΚΔΔιαδ

Η έννοια της έλλειψης ωστόσο δεν ταυτίζεται με την έννοια του κωλύματος. Ως έλλειψη μέλους όταν αυτό αποβιώσει, χάσει οριστικά την ιδιότητα του μέλους λόγω παραίτησης, απόλυσης ή έκπτωσης (ΣΤΕ 3267/1967), ή όταν χάσει την ιδιότητα βάσει της οποίας έγινε μέλος του οργάνου.

Σε περίπτωση κωλύματος, νομικού ή πραγματικού, δεν τίθεται ζήτημα της συγκρότησης του οργάνου, ει μη μόνον αν πλέον είναι αδύνατος ο σχηματισμός απαρτίας. Στην περίπτωση του κωλύματος τακτικού μέλους είναι

δυνατό (αλλά όχι απαραίτητο αν σχηματίζεται σε κάθε περίπτωση απαρτία) να μετέχει το αναπληρωματικό μέλος στη θέση του.

Στην προκειμένη περίπτωση το διοικητικό όργανο της Επιτροπής Διαγωνισμού συγκροτήθηκε νομίμως. Η επιλογή της, τακτικού μέλους της Επιτροπής, να μετέχει στο διαγωνισμό μέσω της εταιρίας της και μέλους της κοινοπραξίας μας, δημιούργησε νομικό κώλυμα ως προς την συμμετοχή της στις συνεδριάσεις της Επιτροπής για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό, ωστόσο δεν είχε ως συνέπεια την έλλειψη αυτής από την ιδιότητα του μέλους. Επομένως κανένα θέμα δεν υπήρχε ως προς την συγκρότηση του οργάνου, κάθε δε αντίθετος ισχυρισμός είναι απορριπτός.

Στ) Ως προς την κακή σύνθεση της Επιτροπής Διαγωνισμού:

Για την νόμιμη σύνθεση του συλλογικού οργάνου χρειάζεται πρόσκληση προς συνεδρίαση όλων των μελών του. Η ύπαρξη της πρόσκλησης είναι πραγματικό γεγονός και πρέπει να αποδεικνύεται εξ εγγράφου. Από καμία διάταξη δεν προκύπτει πως απαιτείται να αναγράφεται στο πρακτικό συνεδρίασης αλλά είναι απαραίτητο να έχει λάβει χώρα. Κατ' εξαίρεση δεν απαιτείται πρόσκληση μελών όταν δεν είναι δυνατό να μετάσχουν στην συνεδρίαση λόγω αντικειμενικού κωλύματος που είναι γνωστό και προκαλεί είτε για λόγους νομικούς είτε για λόγους πραγματικούς αδυναμία προσέλευσης (ΣτΕ 2626/1988, ΣτΕ 1442/1997).

Στην προκειμένη περίπτωση και δη για την επίμαχη συνεδρίαση αφενός μεν απεστάλη πρόσκληση σε όλα τα μέλη, αφετέρου πέραν της και ο έτερος απών εκωλύετο ώστε και η προς αυτόν πρόσκληση δεν απαιτείτο και σε κάθε περίπτωση νομίμως ήταν απών και καλώς προχώρησε η Επιτροπή σε συνεδρίαση δοθέντος ότι είχε απαρτία. Άρα ούτε στο σημείο αυτό υπήρχε πλημμέλεια της διαδικασίας.

Υπογραμμίζεται ωστόσο πως αν ήθελε κριθεί ότι η διαδικασία έπασχε είτε λόγω κακής συγκρότησης είτε λόγω κακής σύνθεσης του οργάνου της Επιτροπής Διαγωνισμού αυτό θα οδηγούσε σε εν συνόλω ακύρωση των αποφάσεων που εξέδωσε και όχι σε ακύρωση της συμμετοχής ή μόνο της κατάταξης της πρώτης των μετεχόντων αλλά σε συνολική ακύρωση των αποφάσεων που εξέδωσε η Επιτροπή.

Ζ) Ως προς το κώλυμα της για τη συμμετοχή της στις συνεδριάσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού:

Στην Επιτροπή Διαγωνισμού ορίζεται, μεταξύ άλλων, εκπρόσωπος της με τον νόμιμο αναπληρωτή του. Εν προκειμένω διορίστηκε η με νόμιμο αναπληρωτή της τον Η τυγχάνει επίσης και νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας, η οποία αποτελεί ένα εκ των δύο μελών της κοινοπραξίας μας. Μέχρι την υποβολή της προσφοράς από την κοινοπραξία μας δεν υπήρχε κανένα κώλυμα ως προς την συμμετοχή της ως άνω στη Επιτροπή. Μετά δε την απόφαση των μελών μας για σύσταση κοινοπραξίας και συμμετοχή στον εν λόγω διαγωνισμό, ότε και πλέον προέκυψε νομικό κώλυμα λόγω της ιδιότητάς της ως μετέχουσας στο Διαγωνισμό, ουδεμία συμμετοχή είχε η ως άνω στις συνεδριάσεις πολλώ δε μάλλον στις διαδικασίες της Επιτροπής Διαγωνισμού.

Για να συντρέχει λόγος αποκλεισμού μετέχοντος φορέα στην διαδικασία ή παραβίαση των προβλεπομένων στο αρθ. 24 ν. 4412/2016 περί απαγόρευσης συμμετοχής σε διαδικασία λήψης αποφάσεων προσώπου που συμμετέχει σε όργανα διοίκησης ή εκπροσώπησης οικονομικού φορέα, θα πρέπει το πρόσωπο αυτό να μετείχε στις διαδικασίες, δηλαδή να είχε επαφή με τα λοιπά μέλη και εν γένει δυνατότητα επηρεασμού ή αλλαγής του αποτελέσματος.

Στην προκειμένη περίπτωση καμία τέτοια δυνατότητα δεν υπήρξε καθώς η μεν υποβολή των προσφορών έγινε ηλεκτρονικά, στη συνέχεια δε καμία συμμετοχή της δεν υπήρξε στην όλη διαδικασία. Άρα δεν υπήρχε και καμία δυνατότητα επηρεασμού του αποτελέσματος καθ' οιονδήποτε τρόπο.

όσα έλαβαν χώρα στην συγκεκριμένη περίπτωση είναι η πάγια πρακτική που ακολουθείται καθώς επανειλημμένα έχει συμβεί οι ορισθέντες από την εργολήπτες σε Επιτροπές Διαγωνισμών εν τέλει να μετέχουν ως υποψήφιοι ανάδοχοι. Για το λόγο αυτό δι' αυτοεξαιρέσεως δεν συμμετέχουν στις διαδικασίες των Επιτροπών Διαγωνισμών.

Άλλωστε η αμεροληψία της συγκεκριμένης Επιτροπής Διαγωνισμού και εν συνόλω της διαδικασίας τουλάχιστον ως προς εμάς προκύπτει και από τις

αποφάσεις που ελήφθησαν καθώς μόνο η κοινοπραξία μας (καθώς η προσφεύγουσα τελικά εξαιρέθηκε με ύστερη τροποποίηση) κλήθηκε να αιτιολογήσει την προσφορά της καθώς θεωρήθηκε ιδιαίτερα χαμηλή, ενέργεια προδήλως δυσμενής.

Επομένως ούτε και από αυτή την πλευρά πάσχει πλημμέλειας τόσο η απόφαση της αναθέτουσας αρχής όσο και η σύνολη διαδικασία ανάθεσης».

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της παραθέτοντας το ιστορικό της υπόθεσης υποστηρίζει συναφώς τα εξής : «...[..] 1ος λόγος

Τα μέλη του οικονομικού φορέα που ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος, κατά την υποβολή της προσφοράς δήλωσαν ότι δεν θα χρησιμοποιήσουν υπεργολάβους σημειώνοντας το αντίστοιχο πεδίο στο Κεφάλαιο Δ' του μέρους II των ΤΕΥΔ που υπέβαλαν. Στην αιτιολόγηση της οικονομικής τους προσφοράς αναφέρουν ότι «η εταιρεία μας δεσμεύεται να συνεργαστεί με αναγνωρισμένα και έμπειρα συνεργεία...» και υποβάλει σχετικές προσφορές οι οποίες ως επί το πλείστον αφορούν προμήθεια υλικών ή μίσθωση μηχανημάτων και όχι εργασία. Επίσης αναφέρεται ότι διαθέτει την τεχνική επάρκεια, την απαιτούμενη πιστοληπτική ικανότητα και ικανό και πεπειραμένο στελεχιακό δυναμικό για την εκτέλεση του έργου ισχυρισμοί που ενισχύονται από την αναφορά σε εκτέλεση παρόμοιων έργων τόσο στην Υπηρεσία μας όσο και σε Τεχνικές Υπηρεσίες της ευρύτερης περιοχής με αρμονική συνεργασία κατά το παρελθόν.

Από αναλυτική επεξεργασία των υποβαλλομένων προσφορών που εμπεριέχονται στην αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα «» προκύπτει ότι αυτές αφορούν στη συντριπτική τους πλειοψηφία προμήθεια υλικών όπως ενδεικτικά π.χ. προμήθεια συρματοπλέγματος και συρμάτων συρματοκιβωτίων με απλό γαλβάνισμα, προμήθεια πινακίδας κινδύνου τύπου II μεσαίου μεγέθους, ασφαλική συγκολλητική, ασφαλική προεπάλειψη, αδρανή υλικά ή μίσθωση μηχανημάτων.

Συνεπώς δεν προκύπτει από πουθενά ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας ότι «σημαντικό τμήμα των προβλεπόμενων εργασιών θα εκτελεστεί από υπεργολάβους» και ορθά δεν είχε σημειωθεί το αντίστοιχο πεδίο στα ΤΕΥΔ.

2ος λόγος

Ο Ν. 4412/2016 ορίζει επακριβώς τη διαδικασία της υπεργολαβίας για την οποία αναφέρει «Ο υπεργολάβος έχει τα αντίστοιχα προσόντα για την εκτέλεση του έργου που αναλαμβάνει και ανήκει σε τάξη και κατηγορία έργου, αντίστοιχη με το ποσό της σύμβασης μίσθωσης έργου...». Σε καμία περίπτωση δεν προκύπτει από τις προσφορές που ενσωματώθηκαν στην αιτιολόγηση της προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....» ότι τα συγκεκριμένα συνεργεία καλύπτουν τα προσόντα που απαιτούνται για να θεωρηθεί σύμβαση έργου μεταξύ του προσωρινού μειοδότη και άλλης εργοληπτικής επιχείρησης. Υπεργολαβία είναι η σύμβαση μίσθωσης έργου και ο υπεργολάβος αναλαμβάνει να εκτελέσει τμήμα του αντικειμένου της σύμβασης γεγονός που δεν προκύπτουν από κανένα σημείο της αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς του παραπάνω οικονομικού φορέα. Επιπλέον αυτού δεν υπάρχουν σχετικές συμβάσεις υπεργολαβίας ούτε κατά τη φάση της υποβολής προσφοράς, ούτε κατά τη φάση της αιτιολόγησης της προσφοράς.

Συνεπώς δεν προκύπτει καθ' οιονδήποτε τρόπο ουσιώδης τροποποίηση της κατατεθείσας προσφοράς ή εγκυρότητας των ΤΕΥΔ.

3ος λόγος

Στο από 16-01-2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, αναφέρεται ότι «Η Επιτροπή Διαγωνισμού...έλαβε γνώση του περιεχομένου της απάντησης και των συνημμένων αυτής εγγράφων και διαπίστωσε ότι ανταποκρίνονται πλήρως σε όσα αναφέρει στο σχετικό στο σχετικό προς τον προσωρινό μειοδότη έγγραφό της...Κατόπιν η Επιτροπή Διαγωνισμού ομόφωνα γνωμοδοτεί: Την αποδοχή του περιεχομένου της απάντησης του προσωρινού μειοδότη, ως επαρκής και ολοκληρωμένη». Από την παραπάνω έκφραση προκύπτει ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού αιτιολογεί την απόφασή της αφού αφενός έκρινε την προσφορά αποδεκτή, αφετέρου αναφέρει την πλήρη ανταπόκριση του προσωρινού μειοδότη στις απαιτήσεις της.

Επιπλέον και σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία και ειδικότερα το Ν.4412/16 εξειδικεύεται η πλήρως και ειδικώς αιτιολόγηση των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής στους λόγους απόρριψης των προσφορών που κρίθηκαν ασυνήθιστα χαμηλές (άρθρο 341 παρ.1 περ. γ). Στη συγκεκριμένη

περίπτωση η Επιτροπή Διαγωνισμού και εν συνεχεία η Οικονομική Επιτροπή έκριναν την προσφορά του οικονομικού φορέα «» αποδεκτή, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στα σχετικά πρακτικά και δεν απαιτείτο περαιτέρω αιτιολόγηση.

Συνεπώς η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής είναι επαρκώς αιτιολογημένη και έγκυρη.

4ος λόγος

Ιδιαίτερα σημαντικό κατά την αιτιολόγηση της προσφοράς των οικονομικών φορέων είναι το προσδοκώμενο ποσοστό κέρδους να είναι εύλογο. Η προσφεύγουσα εταιρεία αναφέρει τις ιδιαιτερότητες του έργου που κατά την εκτίμησή της επιδρούν αυξητικά στο κόστος κατασκευής. Στην πραγματικότητα κάτι τέτοιο δεν ισχύει και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να προκύψει με βεβαιότητα. Αντίθετα η μεγάλη διάρκεια (τριετία) κατασκευής του έργου δίνει τη δυνατότητα στον ανάδοχο εξέτασης περισσότερων εναλλακτικών λύσεων κάθε φορά για την επίτευξη οικονομικότερου αποτελέσματος και καλύτερης διαχείρισης των χρηματικών ροών του έργου. Επιπλέον ο ισχυρισμός ότι το κόστος επιβαρύνεται με τις εντολές που μπορεί να δώσει η Διευθύνουσα Υπηρεσία οποιωνδήποτε και οσωνδήποτε παρεμβάσεων δεν ισχύει διότι κατ' ουσία δρα οικονομικότερα δεδομένου ότι η σωστή και έντεχνη ικανοποίηση των εντολών της Διευθύνουσας Υπηρεσίας από τον ανάδοχο αναστέλλει την επανεμφάνιση παρόμοιας εντολής για τα ίδια σημεία του έργου τα επόμενα χρόνια μέσα στην τριετία.

Επιπλέον η εκτέλεση ενός έργου με χρονικό ορίζοντα την τριετία ενδέχεται να έχει και ευεργετικό οικονομικό αντίκρυσμα για τον ανάδοχο αλλά σε κάθε περίπτωση αυτό εξαρτάται από τη γενικότερη οικονομική κατάσταση τόσο της Ελληνικής όσο και της παγκόσμιας οικονομίας. Αξίζει να επισημάνουμε τη μεγάλη πτώση της τιμής του πετρελαίου την παρούσα χρονική στιγμή που επιδρά μειωτικά στο κόστος του έργου.

Αναφορικά με τον ισχυρισμό για περαιτέρω απαιτήσεις που προκύπτουν από την Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων δηλαδή την πρόσληψη προσωπικού, τη διάθεση οχήματος με οδηγό για τη μεταφορά των επιβλεπόντων και την υποχρέωση τήρησης των περιβαλλοντικών όρων για τη απόθεση των περισσευμάτων των προϊόντων εκσκαφής αυτά αποτελούν

Αριθμός απόφασης: 585/2020

συνήθειες απαιτήσεις παρόμοιων έργων. Ειδικότερα στην αιτιολόγηση της προσφοράς γίνονται αναφορές τόσο για το προσωπικό που θα απασχοληθεί στο έργο όσο και για τα έξοδα του γραφείου που καλύπτουν τις παραπάνω απαιτήσεις.

Σε απόλυτη αριθμητική αξία το αναμενόμενο κέρδος του προσωρινού αναδόχου ανέρχεται σε 25.000 € ή 3% επί της σύμβασης. Όταν η μέση ετήσια δαπάνη των νοικοκυριών είναι περίπου 16.969 € σύμφωνα με την ΕΛΣΤΑΤ το παραπάνω εργολαβικό κέρδος είναι ευλόγως ικανοποιητικό.

Συνεπώς η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ορθή διότι ικανοποιεί την απαίτηση εύλογου κέρδους.

5ος λόγος

Η συγκρότηση του συλλογικού οργάνου της Επιτροπής Διαγωνισμού προϋπάρχει της χρονικής στιγμής υποβολής προσφορών. Η συγκρότηση έγινε νόμιμα και ορθά τηρώντας όλες τις διαδικασίες που προβλέπονται από την ισχύουσα νομοθεσία. Κώλυμα θα υπήρχε αν το μέλος της επιτροπής συμμετείχε καθ' οιονδήποτε τρόπο στις συνεδριάσεις της επιτροπής διαγωνισμού. Όπως προκύπτει όμως από τα πρακτικά κάτι τέτοιο δεν συνέβη.

Συνεπώς η συγκρότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού έγινε ορθά και νόμιμα και η από 16-01-2020 γνωμοδότηση είναι νόμιμη και έγκυρη.

6ος λόγος

Για τη συνεδρίαση της Επιτροπής Διαγωνισμού απεστάλη πρόσκληση με μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας που αποτελεί και τη συνήθη πρακτική σε παρόμοιες περιπτώσεις (συνημμένο 1). Άρα συνεπώς η γνωμοδότηση της Επιτροπής είναι νόμιμη εφόσον είχε καταρχήν απαρτία και επιπροσθέτως δεν συμμετείχε στη διαδικασία γνωμοδότησης η καθώς είχε συμμετοχή σε οικονομικό φορέα που υπέβαλε προσφορά. Από πουθενά δεν προκύπτει ότι θα έπρεπε να είχε γίνει στο πρακτικό ιδιαίτερη αναφορά στην πρόσκληση συνεδρίασης του οργάνου της επιτροπής.

Συνεπώς η από 16-01-2020 γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού και εν συνεχεία η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής είναι ορθή και έγκυρη καθώς είναι σωστή η σύνθεση της Επιτροπής όπως διαμορφώθηκε τελικά χωρίς την παρουσία της

7ος λόγος

Στις Επιτροπές Διαγωνισμών εκτός των υπολοίπων μελών συμμετέχει και εκπρόσωπος των εργοληπτικών οργανώσεων. Στη συγκεκριμένη περίπτωση εκ μέρους της ορίστηκε μέλος η με αναπληρωτή τον Κατά τη χρονική στιγμή της συγκρότησης της επιτροπής δεν τίθεται κανένα θέμα κωλύματος από κανένα μέλος αυτής.

Από τη στιγμή όμως που η ως νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας συμμετέχει ως οικονομικός φορέας στο διαγωνισμό δεν πρέπει να έχει καμία συμμετοχή και ανάμιξη στη διαδικασία λήψης οποιασδήποτε απόφασης. Από όλα τα πρακτικά και τα έγγραφα της επιτροπής δεν προκύπτει καμία συμμετοχή της στην όλη διαδικασία, δεν προκύπτει ότι έλαβε γνώση των στοιχείων του φακέλου, δεν προκύπτει ότι συμμετοχή σε οποιοδήποτε τυπικό ή και άτυπο στάδιο λήψης της απόφασης που να σχετίζεται με την επιτροπή διαγωνισμού ούτε ότι παρέστη με διπλή ιδιότητα ενώπιον της Οικονομικής Επιτροπής.

Κατά το στάδιο συγκρότησης της Επιτροπής Διαγωνισμού είναι αβέβαιο ακόμη στον εκάστοτε εκπρόσωπο των εργοληπτικών οργανώσεων αν θα συμμετέχει στο διαγωνισμό ως υποψήφιος. Επειδή πρακτικά πολλές φορές συμβαίνει να συμμετέχει τελικά, στις περιπτώσεις αυτές η πάγια τακτική είναι να μην παίρνει μέρος στην όλη διαδικασία της επιτροπής διαγωνισμού.

Συνεπώς η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ορθή καθώς η δεν είχε καμία συμμετοχή στη διαδικασία της επιτροπής διαγωνισμού.[...]

15. Επειδή το άρθρο 18 με τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» προβλέπει : «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης...[.].». Το, δε, άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

Περαιτέρω, το άρθρο 79 του αυτού Νόμου με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» αναφέρει ρητώς «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕ- ΕΣ), το οποίο αποτελείται από 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 των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 84.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά.

Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών.

Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο ΕΕΕΣ, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ` ή/και θ` του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου.

Όταν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε βάση δεδομένων, σύμφωνα με την παρ. 6, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις πληροφορίες που απαιτούνται για τον συγκεκριμένο σκοπό, όπως την ηλεκτρονική διεύθυνση της βάσης δεδομένων, τυχόν δεδομένα αναγνώρισης και, κατά περίπτωση, την απαραίτητη δήλωση συναίνεσης.

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν να χρησιμοποιήσουν εκ νέου ΕΕΕΣ το οποίο έχει ήδη χρησιμοποιηθεί σε προηγούμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον επιβεβαιώνουν ότι οι πληροφορίες του εγγράφου εξακολουθούν να είναι αληθείς. 2. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων «πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328», οι αναθέτουσες αρχές δέχονται ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση 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 των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν,
- β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77, γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 και
- δ) εφόσον η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεσης σύμβασης υπερβαίνει το ένα εκατομμύριο (1.000.000) ευρώ εκτός ΦΠΑ, ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 3310/2005 (Α` 30).

Τα δεύτερο έως πέμπτο εδάφια της παραγράφου 1 εφαρμόζονται αναλόγως και στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων.

3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή.

4. Για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53, μπορεί να εκδίδει αντίστοιχο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης, όπου απαιτείται, κατά τις διατάξεις του παρόντος. Μέχρι την έκδοση του τυποποιημένου εντύπου του προηγούμενου εδαφίου, γίνεται δεκτή υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986.

5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.

Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α' της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82. 6. Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, 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.

Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη

σύμβαση ή συνάψει τη συμφωνία- πλαίσιο, διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά. Για τον σκοπό του πρώτου εδαφίου, η Γενική Δ/ση και και οι αρμόδιοι φορείς τήρησης των βάσεων δεδομένων, διασφαλίζουν ότι οι βάσεις δεδομένων, οι οποίες περιέχουν σχετικές πληροφορίες για τους οικονομικούς φορείς και μπορούν να χρησιμοποιούνται από τις αναθέτουσες αρχές, μπορούν επίσης να χρησιμοποιούνται υπό τις ίδιους όρους από τις αναθέτουσες αρχές άλλων κρατών-μελών. 7. Η Γενική και του και, διαθέτει και ενημερώνει στο e-Certis πλήρη κατάλογο των βάσεων δεδομένων, οι οποίες περιλαμβάνουν σχετικές πληροφορίες για τους οικονομικούς φορείς και μπορούν να χρησιμοποιούνται από τις αναθέτουσες αρχές άλλων κρατών μελών. Κατόπιν αιτήσεως, η εν λόγω Γενική Διεύθυνση κοινοποιεί στα λοιπά κράτη-μέλη και στην Αρχή κάθε πληροφορία που αφορά τις βάσεις δεδομένων του παρόντος άρθρου». Επίσης, το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές» προβλέπει τα εξής « 1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής.

2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά

τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18.ν 4. Εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή λόγω χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, η προσφορά μπορεί να απορρίπτεται αποκλειστικά για αυτό τον λόγο, μόνο μετά από διαβούλευση με τον προσφέροντα και εφόσον αυτός δεν είναι σε θέση να αποδείξει, εντός επαρκούς προθεσμίας, την οποία ορίζει η αναθέτουσα αρχή, ότι η εν λόγω ενίσχυση είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά κατά την έννοια του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει προσφορά υπό τις συνθήκες αυτές, ενημερώνει σχετικώς την Επιτροπή. 5. Εφόσον ζητηθεί, η Αρχή θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, στο πλαίσιο διοικητικής συνεργασίας, κάθε πληροφορία που η Ελλάδα έχει στη διάθεσή της όπως νόμους, κανονισμούς, συλλογικές συμβάσεις καθολικής ισχύος ή εθνικά τεχνικά πρότυπα— σχετικά με τα δικαιολογητικά και τα έγγραφα που προσκομίζονται σε σχέση με τις λεπτομέρειες που αναφέρονται στην παράγραφο 2.

6. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, μπορεί να εκδίδονται εγκύκλιοι του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής ανά κατηγορία έργου και μελέτης και ανά εκτιμώμενη αξία σύμβασης και για την εκτίμηση των παρεχόμενων κατά τα ανωτέρω εξηγήσεων. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλίνει από τα οριζόμενα στις ανωτέρω εγκυκλίους, έπειτα από σύμφωνη γνώμη του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου». Το, δε, άρθρο 89 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Δικαιολογητικά σχετικά με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές» αναφέρει τα κάτωθι «1. Για την απόδειξη ότι η χορηγηθείσα κρατική ενίσχυση είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά, κατά την έννοια του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 88, ο προσφέρων προσκομίζει, εντός της τεθείσας προθεσμίας, ιδίως και κατά περίπτωση τα κατωτέρω έγγραφα: α) σε περιπτώσεις χορήγησης ενίσχυσης στο πλαίσιο του

Κανονισμού *de minimis* (ενισχύσεις ήσσονος σημασίας), την κανονιστική πράξη του μέτρου ενίσχυσης και την ατομική πράξη έγκρισης χορήγησης της ενίσχυσης όταν προβλέπεται η έκδοσή της, β) στις λοιπές περιπτώσεις: αα) δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. είτε της εγκριτικής του μέτρου ενίσχυσης απόφασης της Επιτροπής είτε του συνοπτικού δελτίου πληροφοριών του μέτρου ενίσχυσης και ββ) την κανονιστική πράξη του μέτρου ενίσχυσης και την ατομική πράξη έγκρισης χορήγησης της ενίσχυσης όταν προβλέπεται η έκδοσή της. 2. Για την απόδειξη της συμμόρφωσης προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την περίπτωση δ` της παρ. 2 του άρθρου 88, ο προσφέρων προσκομίζει, εντός της τεθείσας προθεσμίας, τα παρακάτω: α) αναφορά στη Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (ΣΣΕ), στην οποία υπάγονται οι εργαζόμενοι, και β) δικαιολογητικά, από τα οποία προκύπτουν οι νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων και οι αντίστοιχες ασφαλιστικές εισφορές τους». Τέλος, το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών» προβλέπει ρητώς ότι « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102. δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης. ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ της παραγράφου 4 του άρθρου 73», και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε

Αριθμός απόφασης: 585/2020

αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. στ) Προσφορά υπό αίρεση. ζ) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών στις περιπτώσεις α' και β' της παρ. 2 του άρθρου 95. η) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή γενικών υπηρεσιών, προσφορά η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται η κατάθεση δειγμάτων, η μη προσήκουσα κατάθεση τους. 2. Η παράγραφος 1 εφαρμόζεται αναλόγως στο πλαίσιο της διαδικασίας αξιολόγησης των αιτήσεων συμμετοχής στην κλειστή διαδικασία, τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση ή στη σύμπραξη καινοτομίας».

17. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας

και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μηκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ΄, σελ. 776).

18. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην

Αριθμός απόφασης: 585/2020

αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

19. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑΘ 271/2011). Περαιτέρω, 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 μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (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).

20. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο, όσον αφορά το προσκομισθέν από αμφότερα τα μέλη της ένωσης ΤΕΥΔ και δη την συμπλήρωση του Μέρους ΙΙ. Δ: Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας: Στην ερώτηση υπό τον τίτλο «υπεργολαβική ανάθεση» «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» απαντούν «ΟΧΙ».

21. Επειδή, το άρθρο 25 της διακήρυξης πιλοφορούμενο «υπεργολαβία» αναφέρει ρητώς «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.

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) επαληθεύει υποχρεωτικά τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α της παρούσας για τους υπεργολάβους και ότι διαθέτουν τα αντίστοιχα προσόντα για την εκτέλεση του έργου που αναλαμβάνουν σύμφωνα με το άρθρο 165 του ν. 4412/2016, με το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ).

β) απαιτεί υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του και ότι δεν καλύπτει τα αντίστοιχα προσόντα για την εκτέλεση του έργου που αναλαμβάνει σύμφωνα με το άρθρο 165 του ν. 4412/2016».

22. Επειδή, το έντυπο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, όπως προβλέπεται από τον εθνικό νομοθέτη, κατά μεταφορά στην εσωτερική έννομη τάξη των αντίστοιχων προβλέψεων της ενωσιακής νομοθεσίας (άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), 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, όμως, 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 Ε.Ε.Ε.Σ./ΤΕΥΔ δηλώσεων και πληροφοριών (βλ. άρθρο 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016).

23. Επειδή, εξάλλου, στο μεν άρθρο 71 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι : *«1. Η τήρηση των υποχρεώσεων του άρθρου 18 παράγραφος 2 από υπεργολάβους εξασφαλίζεται μέσω ενδεδειγμένης δράσης των αρμόδιων εθνικών αρχών που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. 2. Στα έγγραφα της προμήθειας, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί ή μπορεί να υποχρεώνεται από ένα κράτος μέλος να ζητεί 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»*. Περαιτέρω, στο άρθρο 58 του Ν. 4412/2016 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»*.

24. Επειδή, με την υποβολή, εξάλλου, του ΤΕΥΔ και την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής επαλήθευση της ακρίβειας των περιεχόμενων στο έντυπο

Αριθμός απόφασης: 585/2020

αυτό δηλώσεων τόσο κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, όπως, επίσης, με την άσκηση της εξουσίας αντικατάστασης των τρίτων που δεν πληρούν τους όρους συμμετοχής στον διαγωνισμό, αφενός μεν εξασφαλίζονται επαρκώς τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής, αφετέρου, δε, αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστράτηγησης της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, με την έμμεση συμμετοχή σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων, για τους οποίους συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού ή οι οποίοι δεν πληρούν τα ελάχιστα απαιτούμενα από την οικεία διακήρυξη κριτήρια καταλληλότητας (βλ. ΔεφΘες1/2020, πρβλ. ΣτΕ 2827/2014, ΣτΕ ΕΑ 415/2013, 410/2013, 405/2013, 284/2013, 374/2013).

25. Επειδή, έχει κριθεί από το ΔΕΕ (απόφαση της 14.7.2016, C-406/14 WROCLAW - MIASTO NA PRAWACH POWIATU) ερμηνεύοντας τις (ομοίου περιεχομένου προς τις προμνησθείσες διατάξεις των άρθρων 71 και 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) διατάξεις των άρθρων 25 της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ και 48 της Οδηγίας 92/50/ΕΟΚ, καταρχήν ότι όταν τα έγγραφα του διαγωνισμού προβλέπουν υποχρέωση των προσφερόντων να προσδιορίζουν στις προσφορές τους το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται ενδεχομένως να αναθέσουν σε υπεργολάβους, καθώς και τα ονόματα των υπεργολάβων αυτών, η αναθέτουσα αρχή έχει το δικαίωμα να απαγορεύσει τη χρήση υπεργολάβων των οποίων δεν έχει μπορέσει να ελέγξει τις ικανότητες κατά το στάδιο της εξέτασης των προσφορών και της επιλογής του αναδόχου, όσον αφορά βασικά τμήματα της σύμβασης (βλ. υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, Siemens και ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, σκέψη 45).

26. Επειδή, στην Κατευθυντήρια 23 (απόφαση 3/24-1-2018) της ΕΑΔΔΗΣΥ με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» αναφέρεται μεταξύ άλλων (σελ. 17) το εξής «Επισημαίνεται, τέλος, ότι οι κατασκευαστές/ παραγωγοί ή/ και οι κάθε είδους «προμηθευτές» ειδών/υλικών/προϊόντων των οικονομικών φορέων/συμμετεχόντων δεν αποτελούν, κατά γενικό κανόνα, τρίτους φορείς,

υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στις ικανότητες των οποίων αυτοί στηρίζονται και, συνεπώς, δεν απαιτείται η υποβολή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ εκ μέρους τους, με την επιφύλαξη των οριζόμενων στην επόμενη παράγραφο. Στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής για τον έλεγχο της καταλληλότητας των προσφερόντων, όπως να διαθέτει συγκεκριμένες εγκαταστάσεις, μηχανήματα ή τεχνικό εξοπλισμό για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, τότε, εφόσον ο προσφέρων δεν διαθέτει ο ίδιος τις απαιτούμενες εγκαταστάσεις ή μηχανήματα και στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων ως προς αυτά, ο οικονομικός φορέας που παρέχει στον προσφέροντα τις εν λόγω εγκαταστάσεις/μηχανήματα είναι τρίτος, κατά τα προαναφερθέντα, και απαιτείται να προσκομίσει ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, στο οποίο δηλώνει ότι στηρίζει τον προσφέροντα ως προς το συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής, ήτοι διαθέτει τις συγκεκριμένες εγκαταστάσεις/μηχανήματα που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή» (βλ. ΔεφΛαρ 7/2019).

27. Επειδή, στη διαχείριση των δημοσίων συμβάσεων από τις αναθέτουσες αρχές παρατηρείται συχνά μια σύγχυση της έννοιας – συνεπώς και της χρήσης – της υπεργολαβίας με άλλες έννομες σχέσεις του αναδόχου με τρίτα πρόσωπα, που φέρουν κοινά χαρακτηριστικά με την σύμβαση υπεργολαβίας. Έτσι ο υπεργολάβος διακρίνεται από τον προμηθευτή δημόσιας σύμβασης, καθώς ο υπεργολάβος αναλαμβάνει να υλοποιήσει / εκτελέσει μέρος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ ο προμηθευτής αναλαμβάνει να παράσχει /διαθέσει συγκεκριμένο/ α αγαθό /α στο εν λόγω πλαίσιο (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σχετικές διατάξεις – Νομολογία , Τόμος 1, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018 σελ. 581 κι εκεί παρατιθέμενες παραπομπές). Ειδικότερα, το ισχύον νομικό πλαίσιο που διέπει τις υπεργολαβίες επιδιώκει με τις νεοεισαχθείσες διατάξεις της αφενός την ενίσχυση του ανταγωνισμού και τη διευκόλυνση συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων σε διαγωνιστικές διαδικασίες, που λόγω του μεγέθους τους, τούτο δεν θα ήταν καταρχήν εφικτό, αφετέρου την τήρηση των αρχών της διαφάνειας στην αλυσίδα της υπεργολαβίας, καθώς και τη

διασφάλιση του εννόμου συμφέροντος της αναθέτουσας αρχής για την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση του αντικειμένου της ανατεθείσας σύμβασης, μέσω της θέσπισης πλέον αυστηρών μέτρων ελέγχου και εποπτείας των υπεργολάβων με σκοπό τη συμμόρφωση αυτών, κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, στις απορρέουσες από το περιβαλλοντικό, κοινωνικό και εργατικό δίκαιο υποχρεώσεις. Εμβληματική διάταξη που σε συνέχεια του προηγούμενου καθεστώτος η αναφορά του τμήματος που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας (άρθρο 58 του Ν. 4412/2016) και κρίσιμη η εισαχθείσα με το άρθρο 131 του Ν. 4412/2016 δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής υπό συγκεκριμένους όρους να προβλέψει στα έγγραφα της σύμβασης την καταβολή απευθείας στον υπεργολάβο της αμοιβής του για το τμήμα της προμήθειας, υπηρεσίας ή έργου. Καθίσταται σαφές ότι η ως άνω διάταξη δεν αλλοιώνει την έννοια της υπεργολαβίας, λόγω της αναφοράς σε προμήθεια αλλά περιλαμβάνει ορθώς και τις μικτές συμβάσεις ή και συμβάσεις έργου όπως συνάγεται από το γράμμα και πνεύμα του άρθρου [βλ. Επιμελητές : Ε. Ε. Κουλουμπίνη, Ηλίας Μάζος, Ι. Κίτσος, Δημόσιες Συμβάσεις, Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, (Δ. Κοκοτσής, Η υπεργολαβία, σελ. 191-203)]

28. Επειδή, ο οικείος όρος της διακήρυξης (αρ. 25) αναφέρεται σε υπεργολαβία, που συνδέεται άρρηκτα με παροχή υπηρεσίας ή εκτέλεση έργου και όχι με προμήθεια προϊόντων κατά τα ανωτέρα διαληφθέντα. Εξάλλου, προς επίρρωση των ανωτέρω εξαχθέντων πορισμάτων, ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεδόμενων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης. Ο ανάδοχος είναι ο μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος (ΑΠ 570/2007, ΟΛΣΤΕ 971/1998, ΕλΣυν Τμήμα Ι 1413/2017), ενώ κρίσιμο εν προκειμένω παραμένει το γεγονός ότι ο τρίτος, στον οποίο ανατίθενται ρητά προσδιορισμένες εργασίες, λειτουργεί ως βοηθός εκπλήρωσης του αρχικού αναδόχου, έναντι του οποίου και μόνον υπέχει ευθύνη με βάση τη σύμβαση υπεργολαβίας και δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή (ΟΛΣΤΕ 971/1998, ΑΠ 2146/2014, 119/2013, 570/2007, ΕφΛάρισας

379/2013). Τέλος, η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. του ΑΚ (πρβλ. την ΑΠ 570/2007 και για το γεγονός ότι ο χαρακτηρισμός από τα μέρη μιας συμβατικής σχέσης ως «υπεργολαβίας» δεν αναιρεί τον αληθή χαρακτήρα και την αναγνώρισή της πρωτοτύπως από το Δικαστήριο ή εν προκειμένω την Αρχή ως διαφορετικού τύπου σύμβασης, εφόσον η ενοχική αυτή σχέση δεν πληροί τα τυπολογικά στοιχεία της υπεργολαβίας). Έτι περαιτέρω, διευκρινίζεται ότι ο υπεργολάβος διακρίνεται από τον προμηθευτή δημόσιας σύμβασης, καθώς ο υπεργολάβος αναλαμβάνει να υλοποιήσει-εκτελέσει μέρος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ ο προμηθευτής αναλαμβάνει να παράσχει-διαθέσει συγκεκριμένο/α αγαθό/ά στο εν λόγω πλαίσιο (βλ. και τη με αριθμό πρωτοκόλλου/03.09.2015 Κατευθυντήρια Οδηγία με θέμα: «Θέματα που ανακύπτουν κατά τη χρήση της υπεργολαβίας και όροι εφαρμογής της», Απόφαση 139/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Ομοίως, έχει κριθεί (ΔΕΦΑΘ Αναστ. 476-478/2011) ότι η απλή διάθεση σε συμμετέχουσα σε διαγωνισμό εταιρεία, από τρίτο οικονομικό φορέα, κατά τα διαλαμβανόμενα στην υπεύθυνη δήλωση του εκπροσώπου της εταιρείας αυτής, συγκεκριμένων οργάνων, για την απόδειξη της υλικοτεχνικής της ικανότητας, δεν αποτελεί υπεργολαβία, η οποία προϋποθέτει την, εκ μέρους του εργολάβου της κύριας σύμβασης, ανάθεση υλοποίησης μέρους του έργου, για το οποίο αυτός είχε υποβάλει την προσφορά, σε τρίτο. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση είναι δυνατή η σώρευση στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα δύο ιδιοτήτων, ήτοι τόσο του προμηθευτή όσο και του υπεργολάβου.

29. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

30. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑθ).

31. Επειδή, από την επισκόπηση του οικείου φακέλου, και λαμβάνοντας υπόψη την αιτιολόγηση που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα, ως κριθείσα η οικονομική της προσφορά ασυνήθιστα χαμηλή, προκύπτει ότι ο υποψήφιος προτείνει την υπεργολαβική ανάθεση συγκεκριμένων υπηρεσιών, καθόσον πέραν της αναφοράς ανάθεσης συγκεκριμένων υπηρεσιών που κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα καταδεικνύει την συμφωνία υπεργολαβίας, υφίσταται και συγκεκριμένη ρητή αναφορά οικονομικών φορέων ως υπεργολάβων στο υποβληθέν έγγραφο αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς [βλ. 6. ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ (ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΟΣ), 7. ΣΗΜΑΝΣΗ (ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΟΣ)]. Η ταυτότητα, δε, των υπεργολάβων καθώς και το ποσοστό συμμετοχής τους προκειμένου, μάλιστα να καταστεί σαφής η δυνητική υποχρέωση υποβολής από μέρους τους ξεχωριστού ΤΕΥΔ ουδόλως δηλώθηκε στο ΤΕΥΔ της παρεμβαίνουσας, γεγονός που δεν δύναται να συμπληρωθεί εκ των υστέρων (βλ. ΕΑ ΣτΕ 135/2018).

32. Επειδή, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η κατά περίπτωση υπεργολαβία συνιστά έλασσον τμήμα έκαστης προσφοράς που εντοπίζεται στην παρασχεθείσα αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς έναντι της προμήθειας προβάλλεται αλυσιτελώς ως και ο αντίστοιχος ισχυρισμός περί μη υπέρβασης του 30% του συμβατικού αντικειμένου, καθόσον το σχετικό πεδίο δεν απαιτείται να συμπληρωθεί μόνο στην περίπτωση που ο υπεργολάβος αναλαμβάνει ποσοστό του συνολικού αντικειμένου της σύμβασης ποσοστού

Αριθμός απόφασης: 585/2020

30% ή άνω, ενώ αβασίμως προβάλλεται από την παρεμβαίνουσα ότι δεν συνιστά διαφοροποίηση στον τρόπο εκτέλεσης της σύμβασης η παράλειψη αναφοράς συγκεκριμένης ανάθεσης υπηρεσιών υπεργολαβικά σε τρίτους (πρβλ. ΣΤΕ 421/2020). Περαιτέρω οι ειδικότεροι προβαλλόμενοι από την προσφεύγουσα ισχυρισμοί ως προς το ποσοστό υπεργολαβίας απορρίπτονται ως αναπόδεικτοι ενώ αλυσιτελώς προβάλλει η αναθέτουσα αρχή την εκ μέρους της παρεμβαίνουσας κριτηρίων επιλογής, ως της τεχνικής ικανότητας, καθώς ο προβαλλόμενος λόγος αφορά την παράλειψη δήλωσης υπεργολάβου, στις ικανότητες του οποίου δεν στηρίζεται ο προσφέρων. Επομένως, ο πρώτος λόγος κρίνεται ως βάσιμος.

33. Επειδή, κατά τον δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης επί τη βάσει της εκ των υστέρων τροποποίησης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Υποστηρίζει, επομένως, ότι ενώ με βάση το υποβληθέν ΤΕΥΔ εντός της προσφοράς της η παρεμβαίνουσα δηλώνει υπευθύνως ότι θα εκτελέσει το έργο μόνη της, δευτερευόντως και εξ αφορμής της ανάγκης τεκμηρίωσης της οικονομικής της προσφοράς κατόπιν σχετικού αιτήματος της αρμόδιας Επιτροπής, επικαλείται την συνεργασία της με συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς για την εκτέλεση υπηρεσιών, ήτοι επικαλείται συμφωνίες υπεργολαβίας, τροποποιώντας απαραδέκτως την προσφορά της.

34. Επειδή, δεδομένης της αποδοχής ως βασίμου του πρώτου λόγου, ερειδόμενου επί της προϋπόθεσης ότι οι συμφωνίες υπεργολαβίες δεν συνιστούν μεταγενέστερη τροποποίηση της προσφοράς, αλλά λαμβάνοντας υπόψη τα εκατέρωθεν προβληθέντα, συνιστούν υφιστάμενο γεγονός, το οποίο δεν δηλώθηκε στο επίμαχο ΤΕΥΔ, ο δεύτερος προβαλλόμενος λόγος παρίσταται αβάσιμος, άλλως και όλως επικουρικός τυγχάνει αντιφατικός ως προς τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο και ως εκ τούτου ομοίως αβάσιμος.

35. Επειδή, δεδομένης της αποδοχής του πρώτου λόγου της προσφυγής, που συνεπάγεται την απόρριψη της οικείας προσφοράς καθίσταται αλυσιτελής η εξέταση του τρίτου και τέταρτου λόγου προσφυγής, καθώς η τυχόν απόρριψή τους ουδόλως μεταβάλλει τις ως άνω αναφερθείσες έννομες συνέπειες της αποδοχής του πρώτου λόγου της προσφυγής (ΣΤΕ 308/2020).

36. Επειδή, αναφορικά με τον πέμπτο λόγο προσφυγής προβάλλεται η πλημμελής συγκρότηση της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού λόγω της συμμετοχής σε αυτή της, ως εκπροσώπου των εργοληπτικών οργανώσεων, η οποία τυγχάνει και εκπρόσωπος της εταιρείας «» μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων, που συνιστά την παρεμβαίνουσα.

37. Επειδή, η δραστηριότητα των διοικητικών οργάνων, και επομένως και η προσβαλλόμενη, έχει πάντοτε ως σκοπό την άμεση ή την έμμεση ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμ. 1, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 15η έκδ., 2017, αρ. 77 επόμε., σελ. 79 επόμε.)

38. Επειδή, στο άρθρο 7 του Ν. 2690/1999 (ΚΔΔ) με τίτλο « Αμεροληψία των διοικητικών οργάνων» προβλέπεται ρητώς « 1. Τα διοικητικά όργανα, μονομελή ή συλλογικά, πρέπει να παρέχουν εγγυήσεις αμερόληπτης κρίσης κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους. 2. Τα μονομελή όργανα, καθώς και τα μέλη των συλλογικών οργάνων, οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια ή διαδικασία που συνιστά συμμετοχή σε λήψη απόφασης ή διατύπωση γνώμης ή πρότασης εφόσον : α) η ικανοποίηση προσωπικού συμφέροντός τους συνδέεται με την έκβαση της υπόθεσης, ή β) είναι σύζυγοι ή συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατα` ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε έως και τέταρτου βαθμού, με κάποιον από τους ενδιαφερόμενους, ή γ) έχουν ιδιαίτερο δεσμό ή ιδιόζουσα σχέση ή εχθρότητα με τους ενδιαφερομένους. 3. Το όργανο ή το μέλος του συλλογικού οργάνου, εφόσον κρίνει ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος που επιβάλλει την αποχή του, οφείλει να το δηλώσει αμέσως στην προϊστάμενη αρχή ή στον προεδρεύοντα του συλλογικού οργάνου, αντιστοίχως, και να απέχει από οποιαδήποτε ενέργεια. Στις περιπτώσεις αυτές, η προϊστάμενη αρχή, ή το συλλογικό όργανο, αποφαινεται το ταχύτερο δυνατόν.

4. Αίτηση εξαίρεσης μονομελούς οργάνου, ή μέλους συλλογικού οργάνου, μπορούν να υποβάλουν οι ενδιαφερόμενοι σε όλα τα στάδια της διαδικασίας. Η αίτηση υποβάλλεται στην προϊστάμενη αρχή, ή στον προεδρεύοντα του συλλογικού οργάνου, ή στο αποφασίζον όργανο, κατά περίπτωση. Κατά τα λοιπά, εφαρμόζονται και στην περίπτωση αυτή τα οριζόμενα στην τελευταία περίοδο της προηγούμενης παραγράφου. 5. Η εξαίρεση μπορεί να

διατάσσεται και αυτεπαγγέλτως από την προϊστάμενη αρχή ή το συλλογικό όργανο. 6. Τα οριζόμενα στις προηγούμενες παραγράφους δεν εφαρμόζονται σε περίπτωση που δηλώνεται αποχή, ή ζητείται η εξαίρεση, τώσων μελών συλλογικού οργάνου ώστε τα απομένοντα να μη σχηματίζουν την κατά την παρ. 1 του άρθρου 14 απαρτία».

39. Επειδή, για τη νόμιμη συγκρότηση διοικητικού οργάνου απαιτείται και αρκεί καταρχήν ο διορισμός όλων των τακτικών μελών αυτού (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 105/2018, πρβλ. ΣΕ 3558/1978 Ολομ., 5057/1987 επτ.). Οι κανόνες, δε, για τη συγκρότηση ισχύουν και επί συλλογικών οργάνων που συνιστώνται με σκοπό την εκπλήρωση κάποιου συγκεκριμένου έργου (ΣΤΕ 508/1991).

40. Επειδή, εξάλλου, στο άρθρο 13 του ν. 2690/1999 «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ Α΄ 45), ορίζεται ότι: «1. Για τη νόμιμη συγκρότηση συλλογικού οργάνου απαιτείται ο ορισμός, με πράξη, όλων των μελών (τακτικών και αναπληρωματικών) που προβλέπει ο νόμος ... 2. ... 3. ... 4. ... 5. Το συλλογικό όργανο μπορεί να λειτουργήσει, όχι όμως πέρα από ένα τρίμηνο, αν κάποια από τα μέλη του εκλείψουν ή αποχωρήσουν για οποιοδήποτε λόγο ή απωλέσουν την ιδιότητα βάσει της οποίας ορίστηκαν εφόσον, κατά τις συνεδριάσεις του, τα λοιπά μέλη επαρκούν ώστε να υπάρχει απαρτία. 6. ...» και στο άρθρο 14 παρ. 3 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: «3. Τα αναπληρωματικά μέλη καλούνται προς αναπλήρωση απόντων ή κωλυομένων μελών της ίδιας κατηγορίας, εκτός αν ο ορισμός τους δεν έχει γίνει κατά τέτοια αντιστοιχία».

41. Επειδή, διακριτική ευχέρεια ή εξουσία υπάρχει, όταν οι κανόνες που καθορίζουν την αρμοδιότητα δεν προκαθορίζουν ακριβώς την ενέργεια του διοικητικού οργάνου αλλά του αφήνουν περιθώριο δράσης. Ειδικότερα, η αρμοδιότητα έχει χαρακτήρα διακριτικής ευχέρειας όταν, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις, το σχετικό όργανο: α) μπορεί, αλλά δεν έχει υποχρέωση να εκδώσει τη διοικητική πράξη ή β) πρέπει να εκδώσει την πράξη, μπορεί όμως να καθορίζει κατά την κρίση του το χρονικό σημείο έκδοσής της ή γ) μπορεί να επιλέξει μεταξύ περισσότερων ρυθμίσεων τις οποίες επιτρέπει η εφαρμογή των διατάξεων αυτών (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τόμ. 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδοση, αριθμ. 149, σελ. 139). Η πράξη, δε, που εκδίδεται στα πλαίσια διακριτικής ευχέρειας

της αναθέτουσας αρχής, ελέγχεται μόνο στα ακραία όριά της, που καθορίζονται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514). Οι, δε, πράξεις διακριτικής ευχέρειας χρήζουν ειδικής και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας.

42. Επειδή, με βάση τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, καθίσταται σαφές ότι αφ' ης στιγμής υπεβλήθη στη διαγωνιστική διαδικασία η προσφορά της παρεμβαίνουσας, προέκυψε ζήτημα τεκμηρίου μεροληψίας του τακτικού μέλους της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, η οποία έδει αμελλητί να προβεί σε δήλωση κωλύματος, με σκοπό την αντικατάστασή της, καθόσον το κώλυμά της ταυτίζεται με όλη τη διάρκεια της λειτουργίας της εν θέματι Επιτροπής, ήτοι της διενέργειας της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, η, δε, αξιολόγηση στο παρόν στάδιο περιλαμβάνει ενέργειες κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας, ως είναι η καταρχήν κρίση περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, η πρόσκληση για αιτιολόγησή της και η αποδοχή της παρασχεθείσας αιτιολόγησης και κρίσης περί του παραδεκτού της προσφοράς. Επομένως, κρίνεται βάσιμος ο καταρχήν ισχυρισμός περί πλημμελούς συγκρότησης της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού (ΣΤΕ 679/2019).

43. Επειδή, αναφορικά με τον δευτερεύοντα ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί παρέλευσης τριμήνου από το χρόνο απώλειας ιδιότητας μέλους της Επιτροπής από την κα δέον ειπείν τα εξής. Έλλειψη

Αριθμός απόφασης: 585/2020

μέλους υπάρχει όταν αποβιώσει ή χάσει οριστικά την ιδιότητα του μέλους, λόγω παραίτησης, απόλυσης ή έκπτωσης από το συλλογικό όργανο, καθώς επίσης και αν χάσει την ιδιότητα βάσει της οποίας έγινε ή διορίσθηκε μέλος του συλλογικού οργάνου, λόγω παραίτησης ή έκπτωσης ή λήξης της θητείας του ή μετάθεσης. Το συλλογικό όργανο αποκτά πάλι νόμιμη συγκρότηση, μόλις διοριστεί το μέλος που ελλείπει. Το αναπληρωματικό μέλος μπορεί να μετέχει, για να αναπληρώσει τακτικό μέλος της ίδιας κατηγορίας, μόνον όταν το τακτικό μέλος απουσιάζει ή κωλύεται, όχι δε όταν ελλείπει. Συμμετοχή αναπληρωματικού μέλους, αντί του τακτικού μέλους που ελλείπει, συνεπάγεται παράνομη συγκρότηση του συλλογικού οργάνου (ΣΤΕ 518/2009, 1582/2003, 1211/2002, 1514/1995). Εξάλλου, όταν οι σχετικές διατάξεις προβλέπουν θητεία των μελών του διοικητικού οργάνου, η αντικατάσταση του μέλους που έχει διορισθεί πριν από τη λήξη της θητείας επιτρέπεται μόνο για σοβαρό λόγο σχετικό με την άσκηση των καθηκόντων του, η δε πράξη αντικατάστασης πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένη και μετά από τήρηση του ουσιώδους τύπου της προηγούμενης ακρόασης. Η μη νόμιμη αντικατάσταση μέλους συνεπάγεται κακή συγκρότηση του συλλογικού οργάνου (ΓΝΜ ΝΣΚ 282/2017, ΣΤΕ 1168/2017, 1431/2016, 1877/2016).

44. Επειδή, επομένως, εν προκειμένω, δεν υφίσταται απώλεια *per se* της ιδιότητας του τακτικού μέλους στο πρόσωπο της, κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα ανωτέρω, βάσει των οποίων κρίθηκε η βασιμότητα του ισχυρισμού της προσφεύγουσας περί πλημμελούς συγκρότησης του συλλογικού οργάνου. Υπό αυτήν την έννοια, ο εν θέματι ισχυρισμός παρίσταται προεχόντως αντιφατικός ως προς την επίκληση του τεκμηρίου μεροληψίας του αυτού τακτικού μέλους και υπό αυτή την έννοια και αβάσιμος. Όλως επικουρικώς, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι έχει απολέσει η κα την ιδιότητα του τακτικού μέλους, γεγονός που δεν υποστηρίζεται από το διαμορφούμενο φάκελο της προσφυγής.

45. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, αλυσιτελώς κι επομένως απαραδέκτως, προβάλλεται ο έκτος λόγος προσφυγής περί πλημμελούς σύνθεσης της Επιτροπής Διενέργειας επί τη βάσει μη νομότυπης πρόσκλησης των μελών της (ΣΤΕ 308/2020).

46. Επειδή, με τον τελευταίο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων στο πρόσωπο της, η οποία έχει ταυτόχρονα την ιδιότητα του τακτικού μέλους της αρμόδιας Επιτροπής και της νομίμου εκπροσώπου μέλους της παρεμβαίνουσας ένωσης. Στηρίζει, δε, μεταξύ άλλων την επικαλούμενη κατάσταση επηρεασμού στην πρόσβαση στις πληροφορίες και δυνητική διενέργεια προπαρασκευαστικών διασκέψεων της Επιτροπής.

47. Επειδή, το άρθρο 24 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Συγκρούσεις συμφερόντων» ορίζει τα εξής «1. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα, κατά τις επόμενες παραγράφους, για: α) την αποτελεσματική πρόληψη, β) τον εντοπισμό και γ) την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. 2. Κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων συντρέχει ιδίως όταν τα πρόσωπα της επόμενης παραγράφου, έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παρ. 4, το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης.

3. Η σύγκρουση συμφερόντων αφορά ιδίως τα ακόλουθα πρόσωπα: α) μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων, υπό την έννοια του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221), ο οποίος ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλαμβανομένων των μελών των αποφαινόμενων ή/και γνωμοδοτικών οργάνων ή/και β) τα μέλη των οργάνων διοίκησης ή άλλων οργάνων της αναθέτουσας αρχής ή/και γ) τους συζύγους και συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατ' ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε έως και τέταρτου βαθμού των προσώπων των περιπτώσεων α` και β`, τα οποία: αα) εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας,

καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης ή/και ββ) μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της.

4. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου ως «συμφέροντα» νοούνται προσωπικά, οικογενειακά, οικονομικά, πολιτικά ή άλλα κοινά συμφέροντα με τους υποψηφίους ή προσφέροντες ή με τους υπεργολάβους αυτών ή με οποιοδήποτε μέλος υποψήφιας/προσφέρουσας ένωσης οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και αντικρουόμενων επαγγελματικών συμφερόντων, όπως ιδίως: α) Η συμμετοχή προσώπου της παρ. 3 στα όργανα διοίκησης ή διαχείρισης ενός οικονομικού φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή. β) Η κατοχή από πρόσωπο των περιπτώσεων α` ή/και β` της παρ. 3, ποσοστού άνω του 0,5% των μετοχών, εταιρικών μεριδίων ή άλλης φύσης δικαιωμάτων επί του κεφαλαίου οικονομικού φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον η κατοχή του ανωτέρω ποσοστού επιτρέπει τη συμμετοχή στη διαχείριση του φορέα αυτού.

γ) Η ύπαρξη, κατά τη χρονική περίοδο που έχει ως αφετηρία δώδεκα (12) μήνες πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και λήξη την ημέρα σύναψης αυτής, συμβατικού δεσμού που αφορά είτε στην παροχή εξηρημένης εργασίας είτε στην εκτέλεση έργου ή παροχή υπηρεσιών ή προμήθεια αγαθών μεταξύ ενός προσώπου των περιπτώσεων α` ή/και β` της παρ. 3, με οικονομικό φορέα, που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης.

5. Τα πρόσωπα που αναφέρονται στις περιπτώσεις α` και β` της παρ. 3 υποχρεούνται να γνωστοποιήσουν εγγράφως στην αναθέτουσα αρχή τυχόν σύγκρουση συμφερόντων των ιδίων ή των συγγενικών τους προσώπων, υπό την έννοια της περίπτωσης γ` της παραγράφου 3, σε σχέση με οποιονδήποτε υποψήφιο ή προσφέροντα, από τη στιγμή που λαμβάνουν γνώση της εν λόγω σύγκρουσης, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να προβεί σε διορθωτικές ενέργειες, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 6. Παράλληλα, τα πρόσωπα αυτά οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια σχετική με τη διενέργεια της διαδικασίας σύναψης.

6. Η αναθέτουσα αρχή αποφαινεται αιτιολογημένα επί της συνδρομής ή μη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων. Αν η αναθέτουσα αρχή αποφανθεί ότι

συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, ενημερώνει αμέσως την Αρχή και λαμβάνει αμελλητί τα κατάλληλα μέτρα, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και προς αποφυγή στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, στα οποία μπορεί να συμπεριλαμβάνεται η εξαίρεση του συγκεκριμένου προσώπου από οποιαδήποτε συμμετοχή στη σχετική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφαρμοζομένων και των διατάξεων των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 7 του ν. 2690/1999 (Α` 45).

7. Εάν μια σύγκρουση συμφερόντων είναι αδύνατον να αρθεί με άλλον τρόπο, ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος σχετίζεται με αυτή, αποκλείεται από τη διαδικασία, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην περίπτωση δ' της παρ. 4 του άρθρου 73.

8. Η αναθέτουσα αρχή συντάσσει και αποστέλλει στην Αρχή γραπτή έκθεση, η οποία περιλαμβάνει τις περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων που εντοπίστηκαν, καθώς και όλα τα επακόλουθα μέτρα που ελήφθησαν, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 341».

48. Επειδή το καθήκον τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισεως αποτελεί την ίδια την ουσία των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων, με τις οποίες σκοπεύεται, ιδίως, να ευνοηθεί η ανάπτυξη ενός πραγματικού ανταγωνισμού στους τομείς που εμπíπτουν στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής τους και με τις οποίες θεσπίζονται κριτήρια όσον αφορά την ανάθεση της σχετικής συμβάσεως με σκοπό τη διασφάλιση ενός τέτοιου ανταγωνισμού (απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, Συλλογή 2002, σ. 1-7213, σκέψη 81 και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία).

49. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αρχή της ίσης μεταχείρισεως επιβάλλει παρόμοιες καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τρόπο διαφορετικό και διαφορετικές καταστάσεις να μην αντιμετωπίζονται κατά τον ίδιο τρόπο, εκτός εάν κάτι τέτοιο δικαιολογείται αντικειμενικώς(βλ. απόφαση της 12ης Ιουλίου 2007, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, T-250/05, EU:T:2007:225, σκέψη 45 ,αποφάσεις της 14ης Δεκεμβρίου 2004, C-434/02, Arnold André, που δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στη Συλλογή, σκέψη 68 καθώς και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία, και C-210/03, Swedish Match κ.λπ., που δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στη Συλλογή, σκέψη 70 και η παρατιθέμενη σ' αυτή νομολογία). Ειδικότερα, η αρχή της ίσης μεταχείρισεως επιβάλλει,

κατά τη νομολογία, να έχουν όλοι οι προσφέροντες τις ίδιες ευκαιρίες κατά τη διατύπωση των όρων των προσφορών τους και συνεπάγεται, ως εκ τούτου, ότι οι προσφορές αυτές υπόκεινται στους ίδιους όρους για όλους τους προσφέροντες. Η αρχή της διαφάνειας, η οποία συνιστά αναγκαία απόρροια της προαναφερθείσας αρχής, έχει κατ' ουσίαν ως σκοπό τον αποκλεισμό του κινδύνου ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και οι επιμέρους κανόνες της διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων (απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 2009, *Brink's Security Luxembourg* κατά Επιτροπής, T-437/05, Συλλογή, EU:T:2009:318, σκέψεις 114 και 115). Η αρχή της διαφάνειας συνεπάγεται, επιπλέον, ότι όλα τα ουσιώδη τεχνικά στοιχεία για την ορθή κατανόηση της προκηρύξεως διαγωνισμού ή της συγγραφής υποχρεώσεων τίθενται, το συντομότερο δυνατό, στη διάθεση όλων των επιχειρήσεων που μετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό, έτσι ώστε, αφενός, όλοι οι ευλόγως ενημερωμένοι και επιμελείς προσφέροντες να μπορούν να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τα ερμηνεύσουν κατά τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, η αναθέτουσα αρχή να έχει τη δυνατότητα να ελέγξει αποτελεσματικά εάν οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν τον οικείο διαγωνισμό (βλ. απόφαση της 29ης Ιανουαρίου 2014, *European Dynamics Belgium* κ.λπ. κατά EMA, T-158/12, EU:T:2014:36, σκέψη 60 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

50. Επειδή κατά την νομολογία του ΔΕΕ, υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων όταν η αμερόληπτη και αντικειμενική άσκηση των καθηκόντων της αναθέτουσας αρχής ή η ίση μεταχείριση ενός υποψηφίου/προσφέροντος/αιτούντος στο πλαίσιο διαδικασίας αναθέσεως ή εκτέλεσεως συμβάσεως διακυβεύεται για λόγους οικογενειακούς, συναισθηματικούς, πολιτικής ή εθνικής συγγένειας, οικονομικού συμφέροντος ή για κάθε άλλο λόγο κοινών συμφερόντων με τον δικαιούχο προγραμμάτων χρηματοδοτούμενων από την [Ενωση]. Υφίσταται κίνδυνος συγκρούσεως συμφερόντων όταν, για παράδειγμα, άτομο που μετέχει στη διαδικασία (επιτροπή αξιολογήσεως, αναθέτουσα αρχή, κ.λπ.) μπορεί να προσποριστεί

το ίδιο ή να προσπορίσει σε άλλον άμεσα ή έμμεσα αδικαιολόγητα πλεονεκτήματα επηρεάζοντας το αποτέλεσμα της διαδικασίας· ή όταν ένας εμπειρογνώμονας ή μια εταιρία [έχει] τη δυνατότητα να αποκτά προνομιακές πληροφορίες που να συνεπάγονται αθέμιτο ανταγωνισμό στο πλαίσιο μεταγενέστερων ή συναφών διαδικασιών (T-403/12 της 13ης Οκτωβρίου 2015, Intrasoft International SA. Κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκέψη 72). Συναφώς έχει κριθεί ότι λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων που έχουν εμπλακεί σε προετοιμασία σχεδίου (για παράδειγμα, στη σύνταξη των όρων αναφοράς) πρέπει να αναλύονται κατά περίπτωση. Κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ο αποκλεισμός πρέπει να στηρίζεται στην ύπαρξη πραγματικού κινδύνου συγκρούσεως συμφερόντων, που να τεκμηριώνεται από τις ειδικές περιστάσεις της συγκεκριμένης υποθέσεως. Αυτόματος αποκλεισμός αποστερεί τον υποψήφιο/προσφέροντα/αιτούντα από το δικαίωμα υποβολής αποδεικτικών στοιχείων ικανών να διαλύσουν κάθε υπόνοια συγκρούσεως συμφερόντων. Ωστόσο, ο κίνδυνος της σύγκρουσης συμφερόντων πρέπει να είναι πράγματι διαπιστωμένος, κατόπιν συγκεκριμένης αξιολογήσεως της προσφοράς και της καταστάσεως του προσφέροντος, ώστε να είναι δυνατό ο τελευταίος να αποκλειστεί από τη διαδικασία. Προς τούτο, απλό ενδεχόμενο συγκρούσεως συμφερόντων δεν είναι αρκετό (απόφαση Deloitte Business Advisory κατά Επιτροπής, σκέψη 62 ανωτέρω, EU:T:2007:107, σκέψη 67).

51. Επειδή η έννοια της συγκρούσεως συμφερόντων έχει αντικειμενικό χαρακτήρα και, για να χαρακτηριστεί μια κατάσταση ως τέτοια, δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι προθέσεις των ενδιαφερομένων, και ειδικότερα η καλή τους πίστη (βλ. απόφαση της 20ής Μαρτίου 2013, Nexans Γαλλία κατά Κοινής Επιχείρησης Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, σκέψη 115 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

52. Επειδή συναφώς έχει κριθεί ότι η δυνατότητα του διαγωνιζομένου, ακόμη και αν δεν έχει τέτοια πρόθεση, να επηρεάσει τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών ώστε να καταστούν ευνοϊκότεροι γι' αυτόν συνιστά κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων. Συναφώς, η σύγκρουση συμφερόντων συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως των υποψηφίων και της αρχής της παροχής ίσων ευκαιριών στους διαγωνιζομένους (απόφαση του

Αριθμός απόφασης: 585/2020

Δικαστηρίου της 3ης Μαρτίου 2005, C-21/03 και C-34/03, Fabricom, Συλλογή 2005, σ. I-1559, σκέψεις 29 και 30, και απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 17ης Μαρτίου 2005, T160/03, AFCon Management Consultants κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2005, σ. II981, σκέψη 74). Ωστόσο, δεν υφίσταται απόλυτη υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποκλείει συστηματικά τους διαγωνιζομένους που βρίσκονται σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, εφόσον ο αποκλεισμός αυτός δεν δικαιολογείται στις περιπτώσεις που δεν είναι δυνατόν να αποδειχθεί ότι η κατάσταση αυτή δεν άσκησε επιρροή στη συμπεριφορά τους στο πλαίσιο της διαδικασίας πρόσκλησης υποβολής προσφορών και δεν υπάρχει πραγματικός κίνδυνος εμφάνισης πρακτικών ικανών να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό μεταξύ των διαγωνιζομένων (βλ., συναφώς, αποφάσεις του Δικαστηρίου Fabricom, σκέψη 114 ανωτέρω, σκέψεις 33 έως 36 της 19ης Μαΐου 2009, C538/07, Assitur, Συλλογή 2009, σ. I4219, σκέψεις 26 έως 30, και της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, Συλλογή 2009, σ. I-12169, σκέψεις 39 και 40). Ο αποκλεισμός ενός διαγωνιζομένου, όμως, σε μία σύγκρουση συμφερόντων είναι αναγκαίος όταν δεν υπάρχει καταλληλότερη λύση για να αποφευχθεί η παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας (απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 12ης Μαρτίου 2008, T-345/03, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Συλλογή 2008, σ. II-341, σκέψεις 71 επ.· βλ. επίσης, συναφώς, αποφάσεις Assitur, σκέψη 116 ανωτέρω, σκέψη 21, και Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 116 ανωτέρω, σκέψεις 39 και 40, C-415/10 της 20ης Μαρτίου 2013, Nexans France κατά Ευρωπαϊκής κοινής επιχείρησης για τον ITER και την ανάπτυξη της πυρηνικής σύντηξης, σκέψη 114-117). Πρέπει συνεπώς να εξεταστεί, στο πλαίσιο αντικειμενικής αναλύσεως στην οποία δεν θα λαμβάνονται υπόψη οι προθέσεις της υποψήφιας, αν ο κίνδυνος συγκρούσεως συμφερόντων προκύπτει από την κατάσταση της τελευταίας αυτής και από συγκεκριμένη αξιολόγηση της προσφοράς της.

53. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης όλων των διαγωνιζομένων επιβάλλει την εξουδετέρωση των πλεονεκτημάτων του μέχρι τούδε συμβαλλομένου ή του επιλεγέντος υποψηφίου. Περαιτέρω, σε περίπτωση διαπίστωσης - υφιστάμενης πλημμέλειας, δέον είναι να εξετασθεί

εάν, ελλείψει της πλημμέλειας αυτής, η διαδικασία θα μπορούσε να καταλήξει σε διαφορετικό αποτέλεσμα (απόφαση της 12ης Μαρτίου 2008, T-345/03 Ευρωπαϊκή Δυναμική – Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής Α.Ε. κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σκέψη 160 επ.).

54. Επειδή, οι μη εκτελεστές διοικητικές πράξεις κατανέμονται μεταξύ άλλων σε α) Εσωτερικά διαβιβαστικά έγγραφα ήτοι έγγραφα εσωτερικής αλληλογραφίας της Διοίκησης τα οποία δεν απευθύνονται στον διοικούμενο αλλά σχετίζονται με τη συνεννόηση οργάνων της Διοίκησης προς αντιμετώπιση ορισμένου θέματος (ΣΤΕ 690/1990), β) σε συστάσεις-υποδείξεις, οι οποίες είναι έγγραφα τα οποία απευθύνονται στους διοικουμένους και τους προειδοποιούν για ορισμένη συμπεριφορά ή τους υποδεικνύουν την τήρηση των υποχρεώσεων τους (ΣΤΕ 3054/1991) και γ) Πράξεις υποκείμενες σε έγκριση, όπου ο νόμος σε ορισμένες περιπτώσεις προβλέπει ότι πράξη διοικητικού οργάνου πρέπει να εγκριθεί υπό ετέρου διοικητικού οργάνου, οπότε εκτελεστή διοικητική πράξη είναι μόνον η εγκριτική (ΣΤΕ 3104/1990). Στη σύνθετη διοικητική ενέργεια υπάρχει περίπτωση να προηγηθούν της τελικώς εκδιδόμενης πράξεως άλλες εκτελεστές πράξεις ως ενδιάμεσες πράξεις της διοικητικής αυτής διαδικασίας. Η νομολογία δέχεται ότι μετά την έκδοση της τελικής οι προηγούμενες εκτελεστές ενσωματώνονται στην τελευταία και έτσι στερούνται του εκτελεστού χαρακτήρα τους, παραδεκτώς, δε, προσβάλλεται μόνον η τελική (ΣΤΕ2198/1975).

55. Επειδή, επομένως, η προκείμενη απόφαση της αρμόδιας Επιτροπής συνιστά απλή γνώμη του αρμοδίου οργάνου προς το αποφασίζον όργανο, το οποίο εν προκειμένω «υιοθέτησε» συλλήβδην την εισήγηση, καθιστώντας την αιτιολογία της παραδεκτώς προσβαλλόμενης εκτελεστής πράξης.

56. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του οικείου φακέλου, το τακτικό μέλος, απείχε από τις συνεδριάσεις της αρμόδιας Επιτροπής, οι οποίες έλαβαν χώρα σε συνέχεια της ολοκλήρωσης της διαδικασίας υποβολής προσφορών. Επομένως, δεν προκύπτει αδιαμφισβήτητα η εμπλοκή της στο έργο της εν λόγω Επιτροπής και ως εκ

Αριθμός απόφασης: 585/2020

τούτου, η δυνατότητά της επηρεασμού, πολλώ, δε, μάλλον, η επίτευξη αυτού αναφορικά με την κρίση του συγκεκριμένου συλλογικού οργάνου ως και των μελών αυτού.

57. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει όλως αορίστως και σε κάθε περίπτωση αναποδείκτως την πρόσβαση της κας στις πληροφορίες και τα έγγραφα της αρμόδιας Επιτροπής καθώς και τη συμμετοχή της δεύτερης σε άτυπες προπαρασκευαστικές συνεδριάσεις της Επιτροπής στα πλαίσια λήψης της εισήγηση για την προσβαλλόμενη απόφαση.

58. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

59. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και η παρέμβαση να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους 8.065,00 ευρώ με κωδικό, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 30η Απριλίου 2020 και εκδόθηκε την 20η Μαΐου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ευαγγελία Μιχολίτση

Φωτεινή Μαραντίδου