

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 27 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια, σε αναπλήρωση του Μέλους Σταυρούλας Κουρή, δυνάμει της υπ' αρ. 28/2022 Πράξης Προέδρου της ΕΑΔΗΣΥ, και Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.03.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 448/24.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στ... ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. 30/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη»).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.420,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»),

Αριθμός απόφασης : 729/2022

το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ποσού 483.870,97€.

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. πρωτ. ... Διακήρυξης Ανοικτής Διαδικασίας μέσω του ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΠΑΛΑΙΩΝ ΑΣΦΑΛΤΟΤΑΠΗΤΩΝ & ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ 2021» με εκτιμώμενη αξία χωρίς ΦΠΑ 483.870,97€ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), σύμφωνα με το άρ. 14 της Διακήρυξης. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 05.10.2021, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α ...

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο Δήμος ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε στις 23.03.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του π.δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Η δε υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, απορριπτομένου του σχετικού περί του αντιθέτου ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, ως πλήρης γνώση της πράξης νοείται τόσο η γνώση της έκδοσης όσο και των αιτιολογιών της (βλ. Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' Έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα- Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 779), η δε προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής δεν εκκινεί προτού ο ενδιαφερόμενος λάβει πλήρη γνώση και των αιτιολογιών της

Αριθμός απόφασης : 729/2022

προσβαλλομένης εκτελεστής πράξης (βλ. Φ. Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 67, Π. Δέγλερη, *Οι δημόσιες συμβάσεις στην ενωσιακή έννομη τάξη*, τόμ. 1, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2019, σελ. 177). Στην προσβαλλομένη ρητά γίνεται αναφορά στην αποδοχή των χορηγηθεισών από την παρεμβαίνουσα εξηγήσεων περί της υποβληθείσας προσφοράς της, ως θεωρούμενης ασυνήθιστα χαμηλής, καθότι παρουσίαζε απόκλιση μεγαλύτερη των 10 ποσοστιαίων μονάδων του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή, κατ' εφαρμογή του άρ. 4.1.η της Διακήρυξης, κάλεσε την παρεμβαίνουσα να εξηγήσει την τιμή ή το κόστος που πρότεινε στην προσφορά της, εν συνεχεία *«η εταιρεία απέστειλε εμπρόθεσμα τις εξηγήσεις της μέσω του συστήματος του ΕΣΗΔΗΣ στις 03.01.2022 / 17:03:11 και εγγράφως με αριθμ. πρωτ. 225 στις 4.1.2022. Η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού μελέτησε τον φάκελο και αποδέχθηκε τις εξηγήσεις επισημαίνοντας ότι αυτές αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης βάσει του άρθρου 4.1.η της Διακήρυξης.»*, εντούτοις το ως άνω έγγραφο εξηγήσεων της παρεμβαίνουσας δεν κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους, ει μη μόνον στις 15.03.2022, σε απάντηση σχετικού εγγράφου του προσφεύγοντος, οπότε και λαμβάνεται ως ημερομηνία εκκίνησης της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής, δοθέντος ότι την ημερομηνία αυτή ο προσφεύγων έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης, και ειδικότερα της αιτιολογίας της επί της αποδοχής της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας και όχι στις 11.03.2022, ημερομηνία κατά την οποία κοινοποιήθηκε αρχικά στον προσφεύγοντα η προσβαλλόμενη. Συναφώς, απορριπτέος κρίνεται και ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας περί θέσης άκυρης ψηφιακής υπογραφής επί της προδικαστικής προσφυγής καθότι, ακολουθώντας τις οδηγίες της Αρχής Πιστοποίησης Ελληνικού Δημοσίου (ΑΠΕΔ) περί ελέγχου της εγκυρότητας της ψηφιακής υπογραφής (<https://aped.gov.gr/elegchos-ypografis/>), ανοίγοντας την υπό κρίση προσφυγή, όπως αυτή αναρτήθηκε από τον προσφεύγοντα στις 23.03.2022 και ώρα 16:13:53 στο ΕΣΗΔΗΣ, με το λογισμικό Adobe Reader, εμφανίζεται η σήμανση *«Signed and all signatures are valid»* (μτφ. Υπογεγραμμένο και όλες οι υπογραφές είναι έγκυρες). Μετ' εννόμου

Αριθμός απόφασης : 729/2022

συμφέροντος δε ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, καθότι ο προσφεύγων υπέβαλε την υπ' αρ. συστήματος 233316 προσφορά, η οποία κρίθηκε αποδεκτή και κατετάγη δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, βάσει δε κατά της παρεμβαίνουσας και ήδη προσωρινής αναδόχου, δυνάμει της προσβαλλομένης.

5. Επειδή στις 24.03.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το αρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το αρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 632/2022 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Η δε Πράξη αυτή τροποποιήθηκε με τις υπ' αρ. 823 και 869/2022 Πράξεις της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου.

7. Επειδή στις 04.04.2022 η παρεμβαίνουσα κοινοποίησε διά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την παρέμβασή της εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, μετ' εννόμου συμφέροντος, ως αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχος, δυνάμει της προσβαλλομένης, κατά της προσφοράς της οποίας ο προσφεύγων βάλλει με την υπό κρίση προσφυγή. Με την παρέμβασή της αιτείται την απόρριψη της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης. Την παρέμβαση η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε διά μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 05.04.2022 προς τους ενδιαφερόμενους.

8. Επειδή στις 07.04.2022 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε δια μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις υπ' αρ. πρωτ. 7899/07.04.2022 απόψεις της, με τις οποίες, για τους λόγους που ειδικότερα εκεί αναφέρει, ζητεί την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

9. Επειδή στις 12.04.2022 ο προσφεύγων κοινοποίησε δια μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εμπροθέσμως το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά του, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

Αριθμός απόφασης : 729/2022

10. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, παραθέτοντας σχετική νομοθεσία και νομολογία επί των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και της αιτιολογίας της διοικητικής πράξης, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι στο ενσωματωμένο στην προσβαλλομένη 1ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, το οποίο και συνιστά και την αιτιολογία της προσβαλλομένης απόφασης, αναγράφονται ως προς την αποδοχή της αιτιολόγησης της παρεμβαίνουσας ότι *«Η πρόσκληση στάλθηκε μέσω της επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ στις 16.12.2021 / 11:13:29 και η εταιρεία απέστειλε εμπρόθεσμα τις εξηγήσεις της μέσω του συστήματος του ΕΣΗΔΗΣ στις 03.01.2022 / 17:03:11 και εγγράφως με αριθμ. πρωτ. ... στις 4.1.2022. Η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού μελέτησε τον φάκελο και αποδέχθηκε τις εξηγήσεις επισημαίνοντας ότι αυτές αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης βάσει του άρθρου 4.1.η της Διακήρυξης.»*. Ωστόσο, ισχυρίζεται ότι, με το ως άνω περιεχόμενο, η προσβαλλομένη είναι ακυρωτέα για παντελή έλλειψη αιτιολογίας, άλλως και σε κάθε περίπτωση για πλημμελή αιτιολογία, καθόσον προκειμένου να αιτιολογήσει η αναθέτουσα αρχή την αποδοχή της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς και της αιτιολόγησης που υπέβαλε η παρεμβαίνουσα, αναφέρει μόνο το ότι όσα ανέφερε η ως άνω είναι δεσμευτικές συμφωνίες και θα αποτελέσουν τμήμα της σύμβασης χωρίς να δύναται να μεταβληθούν κατά την εκτέλεση του έργου, το δε κρίσιμο ζήτημα στο οποίο όφειλε να απαντήσει αιτιολογημένα η Επιτροπή Διαγωνισμού ήταν εάν η προσφορά της παρεμβαίνουσας όπως αιτιολογήθηκε ήταν ή όχι κερδοφόρος για τον προσωρινό ανάδοχο και εάν εξασφάλιζε ή όχι την άρτια, έντεχνη και εμπρόθεσμη εκτέλεση του έργου, επί δε του ανωτέρω, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού ουδέν ανέφερε στο πρακτικό της και περιορίσθηκε να αναφέρει τη διάταξη του νόμου που προβλέπει ότι η υποβληθείσα αιτιολόγηση είναι δεσμευτική και θα αποτελέσει τμήμα της σύμβασης που θα υπογραφεί. Συναφώς, υποστηρίζει ότι για να διαπιστωθεί η κερδοφορία ή η ζημία της προσφοράς, η Επιτροπή Διαγωνισμού όφειλε να ελέγξει τα κονδύλια που επικαλείται ο διαγωνιζόμενος και αιτιολογημένα είτε να τα αποδεχθεί, είτε εφόσον διαφωνεί, να διατυπώσει τη διαφωνία της και να προσαυξήσει αναλόγως το κόστος κάθε κονδυλίου, εάν δε από την αιτιολογημένη επιβάρυνση με συγκεκριμένα ποσά η

Αριθμός απόφασης : 729/2022

προσφορά καθίσταται ζημιογόνος, τότε η προσφορά απορρίπτεται ως ασυνήθιστα χαμηλή και ζημιογόνος, αντίθετα, εάν η οποιαδήποτε επιβάρυνση είναι μικρότερη του ποσού της κερδοφορίας που αναφέρει ο διαγωνιζόμενος, η προσφορά δεν δύναται νομίμως να απορριφθεί. Επί του πρώτου λόγου της προσφυγής, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι με το περιεχόμενο αυτό ο λόγος είναι προδήλως απορριπτέος ως αβάσιμος επειδή η αναθέτουσα αρχή ήλεγξε την αιτιολόγησή της και τη βρήκε εύλογη και νόμιμη και ότι ουδεμία έτερη υποχρέωση είχε η αναθέτουσα αρχή να αναφερθεί σε συγκεκριμένα κονδύλια, τοσούτο μάλλον εφόσον δεν της ζήτησε να αιτιολογήσει συγκεκριμένα κονδύλια, επομένως ισχυρίζεται ότι η αιτίαση του προσφεύγοντος ερείδεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση και πρέπει να απορριφθεί και ότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων ουδεμία αιτίαση προβάλλει κατά τρόπο συγκεκριμένο για ένα έστω κονδύλιο της αιτιολόγησης που παρείχε, κατά συνέπεια ο σχετικός ισχυρισμός της είναι απολύτως αόριστος και πρέπει να απορριφθεί. Επί του λόγου αυτού η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι *«Αντιστοίχως, η προσβαλλομένη 30/2022 απόφαση Οικονομικής Επιτροπής δεν παρουσιάζει ζητήματα όσον αφορά την αιτιολογία της, αφού αυτή είναι πλήρης, σαφής και ειδική. Συγκεκριμένα, στο κείμενο της προσβαλλόμενης ενσωματώνεται στην ολότητα του πεντασέλιδο πρακτικό επικύρωσης διενέργειας διαγωνισμού, το οποίο προβαίνει σε μνεία στην υποβολή εξηγήσεων εκ μέρους της εταιρείας «...» και στην αποδοχή αυτών. Πιο συγκεκριμένα γίνεται αναφορά στις εξηγήσεις της εταιρείας με επισήμανση ότι αυτές υποβλήθηκαν μέσω του συστήματος του ΕΣΗΔΗΣ στις 03.01.2022/17:03:11 και εγγράφως με αριθμό πρωτ. 225/04.01.2022. Ο ισχυρισμός του προσφεύγοντα είναι αβάσιμος επειδή η αναθέτουσα αρχή ήλεγξε την αιτιολόγησή και έκρινε ότι οι εξηγήσεις που δόθηκαν είναι επαρκείς και σύμφωνες με το άρθρο 88 του Ν. 4412/16, όπως αντικαταστάθηκε, συμπληρώθηκε και τροποποιήθηκε με το άρθρο 32 του Ν. 4782/2021. Η Επιτροπή διαγωνισμού βρήκε λογικές και τεκμηριωμένες τις εξηγήσεις με τις οποίες προκύπτει για τον μειοδότη ένα εύλογο προσδοκώμενο όφελος. Η αναθέτουσα αρχή δεν είναι υποχρεωμένη να αναφερθεί σε συγκεκριμένες δαπάνες ή προσφορές. Επομένως ο λόγος του προσφεύγοντα δεν ευσταθεί και πρέπει να απορριφθεί. Περαιτέρω, δεν υπάρχει ζήτημα παραβίασης του δικαιώματος πληροφόρησης και πρόσβασης στα έγγραφα των υπολοίπων*

Αριθμός απόφασης : 729/2022

συμμετεχόντων, ούτε παραβίασης των διατυπώσεων δημοσιότητας, καθώς όπως ομολογεί ο ίδιος ο προσφεύγων, μόλις επικοινωνήσε με την αναθέτουσα αρχή, του κοινοποιήθηκαν άμεσα όλα τα έγγραφα του φακέλου.».

11. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η προσβαλλομένη είναι ακυρωτέα κατά το μέρος που δεν απέρριψε την προσφορά της παρεμβαίνουσας για την υποβολή ανακριβούς ΕΕΕΣ. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι από τον έλεγχο της αιτιολόγησης διαπίστωσε ότι το σύνολο των ασφαλικών εργασιών θα εκτελεσθεί από την εταιρία «...», ωστόσο η προσφορά της εν λόγω εταιρίας αφενός απευθύνεται στην εταιρία «...» και επομένως κακώς ελήφθη υπόψη από την Επιτροπή Διαγωνισμού και αφετέρου φέρεται να χορηγήθηκε στις 29.12.2021 επ' ευκαιρία της αιτιολόγησης και δεν καλύπτει το χρόνο υποβολής των προσφορών (8.11.2021) που είναι ο κρίσιμος χρόνος κοστολόγησης του έργου και ελέγχου της κοστολόγησης. Συναφώς, παραθέτει απόφαση της ΑΕΠΠ επί της εργολαβίας και υποστηρίζει ότι η παρεμβαίνουσα, όταν κλήθηκε προς παροχή επεξηγήσεων περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, αναδείχθηκε το ζήτημα της προσφυγής της σε εργολάβους για την εκτέλεση των εργασιών της ομάδας «ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ», ώστε να αιτιολογηθούν οι δαπάνες εκτέλεσης των εργασιών της συγκεκριμένης ομάδας του έργου. Εν συνεχεία, υποστηρίζει ότι από το τιμολόγιο μελέτης του επίμαχου έργου, προκύπτει ότι το έργο περιλαμβάνει δύο (2) ομάδες εργασιών, ήτοι την ομάδα Α' «ΟΔΟΣΤΡΩΣΙΑ- ΤΕΧΝΙΚΑ» και την «ΟΜΑΔΑ Β' ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ» και ότι η αξία της «ΟΜΑΔΑ Β'- ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ» ανέρχεται σε 339.180€ και της «ΟΜΑΔΑ Α' ΟΔΟΣΤΡΩΣΙΑ- ΤΕΧΝΙΚΑ ΕΡΓΑ» σε 6.915,00€, ήτοι η ομάδα Β' «Ασφαλτικά» αποτελεί το 98% του προϋπολογισμού του έργου και ότι, από την αιτιολόγηση της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι το σύνολο των εργασιών της εν λόγω ομάδας θα εκτελεσθούν από την εταιρία «...». Ακολούθως, παραθέτει το άρ. 25 της Διακήρυξης, ως και την αρνητική απάντηση που η παρεμβαίνουσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ περί εργολαβίας, υποστηρίζοντας ότι η παρεμβαίνουσα απέκρυψε ότι πρόκειται να αναθέσει υπερβολικά την εκτέλεση των εργασιών της ΟΜΑΔΑ Β' ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ, ήτοι το 98% του έργου στην ως άνω εταιρία, συνεπώς η προσφορά της είναι απορριπτέα και για το λόγο αυτό. Επί του λόγου αυτού η παρεμβαίνουσα

Αριθμός απόφασης : 729/2022

υποστηρίζει ότι ο προσφεύγων ερείδεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση διότι με την εν λόγω αιτιολόγηση παρέθεσε ενδεικτικά προσφορά προμηθευτή προκειμένου να αποδείξει ότι οι τιμές της προσφοράς της είναι απόλυτα εφικτές και ρεαλιστικές και ότι δεν δήλωσε ότι έχει ήδη σύμβαση υπεργολαβίας με την ..., επιπλέον ρητά ορίζει την ... ως προμηθευτή ασφαλτομίγματος και όχι ως υπεργολάβο ενώ ρητώς δηλώνει ότι διαθέτει μηχανολογικό εξοπλισμό που παρουσιάζεται στο Πίνακα Μηχανολογικού Εξοπλισμού (βλ. συν. στην αιτιολόγηση έγγραφα) ο οποίος συνάδει με την φύση του έργου και του οποίου γίνεται επίκληση προφανώς επειδή θα χρησιμοποιηθεί στις ασφαλικές εργασίες. Συναφώς, υποστηρίζει ότι με την αναφορά και επίκληση της προσφοράς της εταιρίας ... προς άλλη εταιρία συγγενική της (την ...) απέδειξε ότι ακόμα και η υπεργολαβική ανάθεση των συγκεκριμένων εργασιών που αναφέρει στην αιτιολόγησή της (δεν είναι όλες οι εργασίες της ομάδας Β όπως εσφαλμένα υποστηρίζει ο προσφεύγων) είναι εφικτή, πολλώ δε μάλλον η εκτέλεση εργασιών με ίδια μέσα αλλά με προμήθεια μόνο του ασφαλτομίγματος από την προμηθευτή της ..., παραθέτει δε και σκέψη της υπ' αρ. 469/2022 απόφασης της ΑΕΠΠ. Επί του λόγου αυτού η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι *«Σχετικά με το ζήτημα της επικαλούμενης από τον προσφεύγοντα υπεργολαβίας αναφέρεται ότι όπως προκύπτει από την αρνητική δήλωση του προσωρινού αναδόχου στο σχετικό πεδίο του πληροφοριακού εγγράφου, σε συνδυασμό με τα προσκομιζόμενα, στο πλαίσιο της αιτιολόγησης της προσφοράς του δικαιολογητικά προκύπτει και μπορεί να υποστηριχθεί ότι οι τρίτοι, προς τον προσωρινώς ανάδοχο, οικονομικοί φορείς συμβάλλονται μαζί του όχι στο πλαίσιο υπεργολαβίας, αλλά στο πλαίσιο συμβάσεων παροχής υπηρεσιών ή/και προμηθειών. Ειδικότερα, σύμφωνα με τη Κατευθυντήρια Οδηγία 10/2015 (Απόφαση 139/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), ως σύμβαση υπεργολαβίας ορίζεται: «...η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεδεμένων 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. Η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ». Ως εκ τούτου προαπαιτούμενο για την απόδειξη*

Αριθμός απόφασης : 729/2022

ύπαρξης σχέσης υπεργολαβίας είναι η απόδειξη της ύπαρξης σχέσης μίσθωσης έργου. Δυνάμει, όμως, των ανωτέρω, όλως αορίστως και αναπόδεικτα επικαλείται ο προσφεύγων την ύπαρξη σύμβασης υπεργολαβίας, χωρίς να θεμελιώνει τους ισχυρισμούς του σε συγκεκριμένα νομικά και τεχνικά στοιχεία, περί της ύπαρξης σύμβασης μίσθωσης έργου. Συγκεκριμένα η αναφορά του προσφεύγοντα στο ότι η εταιρεία ... αναθέτει υπεργολαβικά την εκτέλεση των εργασιών της ΟΜΑΔΑΣ Β΄ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ ήτοι το 98% του έργου στην εταιρία ... είναι εσφαλμένη καθώς στην Αιτιολόγηση είναι σαφές ότι η ... έχει το ρόλο του προμηθευτή ασφαλομίγματος καθώς στις αναλύσεις του κοστολογίου των εξηγήσεων, παρουσιάζεται αναλυτικά η δαπάνη που προκύπτει από την χρήση των μηχανημάτων έργων που θα χρησιμοποιηθούν καθώς και ότι η εταιρεία ... διαθέτει τον απαραίτητο μηχανολογικό εξοπλισμό, ο οποίος συνάδει με τη φύση του έργου. Μόνο σε επιμέρους εργασίες που το κύριο κόστος είναι το ασφαλτόμιγμα, η προσφορά της ... περιλαμβάνει και την «τοποθέτηση» του υλικού, κάτι που είναι αποδεκτό και ενδεικτικό του κοστολογίου. Επιπλέον σας αναφέρουμε ότι ο προσφεύγων ισχυρίζεται πως οι εξηγήσεις της αφενός βασίζονται σε προσφορά της εταιρείας ... που δεν έχει τις τυπικές προϋποθέσεις (ημερομηνία προσφοράς κλπ), αφετέρου ότι με την προαναφερθείσα προσφορά υποκρύπτεται υπεργολαβική ανάθεση του 98% του έργου δηλαδή της κατηγορίας «ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ». Κατά την άποψή μας είναι αποδεκτή η προσφορά της ... με ημερομηνία μεταγενέστερη της υποβολής προσφοράς στον Διαγωνισμό και κατόπιν της ημερομηνίας πρόσκλησης για την παροχή εξηγήσεων. Εάν έπρεπε η τεκμηρίωση της αιτιολόγησης μίας προσφοράς να βασίζεται καθολικά σε δεδομένα που συλλέγονται από τον υποψήφιο ανάδοχο, τότε ο νομοθέτης θα απαιτούσε να υποβάλλονται τα στοιχεία αυτά μέχρι την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς.». Με το υπόμνημά της ο προσφεύγων διερωτάται το πρώτον ποιο είναι το κόστος των ιδιόκτητων ή μισθωμένων μηχανημάτων που θα διαστρώσουν το ασφαλτόμιγμα, εάν η ως άνω εταιρία είναι απλώς προμηθεύτρια, και εάν η εταιρία αυτή διαθέτει φρέζα που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της εργασίας του Α.Τ.4 αξίας 51.000€ και μηχανήμα ...

12. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι από την αιτιολόγηση που υπέβαλε η

Αριθμός απόφασης : 729/2022

παρεμβαίνουσα, προκύπτει ότι δεν προέβη σε κανένα υπολογισμό του εμμέσου κόστους του έργου βάσει της Εγκυκλίου 9/2017, την οποία παραθέτει και ότι όχι μόνο δεν προέβη στον υπολογισμό του εμμέσου κόστους βάσει της ως άνω εγκυκλίου, αλλά δεν ανέφερε και τους λόγους, ειδικές συνθήκες που του επέτρεπαν να αποκλίνει από το περιεχόμενο της εγκυκλίου, με αποτέλεσμα να υπολογίζει κατά το δοκούν τα Γενικά Έξοδα έργου- εργοταξίου και έδρας. Συναφώς, υποστηρίζει ότι η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι ο επί τόπου μηχανικός της θα απασχολείται μερικώς στο έργο, ενώ είναι γνωστό τοις πάσι ότι θα πρέπει να είναι αποκλειστικής απασχόλησης, ότι δεν υπολογίζει κανένα κόστος για ποιοτικούς ελέγχους, μολονότι από τα συμβατικά τεύχη και τις ΠΕΤΕΠ επιβάλλονται ποιοτικοί έλεγχοι και ότι υπολογίζει τα γενικά έξοδα έδρας σε ποσοστό 2% επί της αξίας της προσφοράς και ότι του υπολογισμού της υπηρεσίας ως όφειλε, χωρίς να αιτιολογεί πώς προκύπτει το ποσοστό 2%. Επί του λόγου αυτού η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι είναι απολύτως αβάσιμος επειδή η Εγκύκλιος 9/2017 αφενός δεν εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, αφετέρου δεν περιελήφθη στην με αρ. Αποφ. 378/2021 της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής που της κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ και με την οποία της ζητήθηκε αιτιολόγηση και επιπλέον δεν διέπει την αιτιολόγηση που παρέχουν οι οικονομικοί φορείς αλλά απευθύνεται σε υπηρεσίες παρέχοντας διευκρινήσεις σχετικά με το άρθρο 53 παρ. 7 περ. θ του Ν. 4412/2016. Η δε αναθέτουσα αρχή επί του λόγου αυτού υποστηρίζει ότι «...ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έπρεπε να ληφθεί υπόψη η Εγκύκλιος 9/2017 για την αιτιολόγηση και τον υπολογισμό του έμμεσου κόστους του έργου. Επειδή όμως η προαναφερόμενη Εγκύκλιος, δεν εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού αλλά παρέχει διευκρινίσεις για την περ. θ. της παρ. 7 του άρθρου 53 του Ν. 4412/16, και ρυθμίζει θέματα γενικών εξόδων και εργολαβικού οφέλους ... ως εκ τούτου συνάγεται το συμπέρασμα ότι δεν αναφέρεται στα στοιχεία – νομοθετήματα που συμπεριλαμβάνονται στην Διακήρυξη του έργου, δεν είναι υποχρεωτική ή δεσμευτική η χρήση της τόσο από τον προσφέροντα υποψήφιο ανάδοχο όσο και από την Επιτροπή Διαγωνισμού κατά τον έλεγχο των εξηγήσεων που έχει υποβάλλει. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ουδεμία ασάφεια υπάρχει στους όρους διακήρυξης του παρόντος διαγωνισμού, οι οποίοι αντιθέτως είναι απολύτως σύμφωνοι με

Αριθμός απόφασης : 729/2022

τις επιταγές του ν. 4412/2016, τις σχετικές οδηγίες της Ε.Ε., και τις κατευθυντήριες οδηγίες της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.. Ως εκ τούτου, ουδέν περιθώριο ερμηνείας ή παρερμηνείας των όρων υπέρ ή κατά των συμμετεχόντων καταλείπεται. Σημειώνεται ότι η προσφυγή βρίθεται αοριστίας καθώς γίνεται επίκληση νομικών διατάξεων χωρίς να λαμβάνει χώρα η υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών στον επικαλούμενο και αναφερόμενο κανόνα δικαίου.». Επί δε του λόγου αυτού ο προσφεύγων με το υπόμνημά του υποστηρίζει ότι ναι μεν στη Διακήρυξη δεν αναφέρεται ως εφαρμοστέα νομοθεσία η Εγκύκλιος 9/2017, εντούτοις στο τιμολόγιο του έργου, σελ. 4 και 5 παρατίθεται αυτούσιο το περιεχόμενο της εγκυκλίου 9/2017.

13. 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

Αριθμός απόφασης : 729/2022

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 μεταχείρισης 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). Σκοπός δε 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.

14. Επειδή, ως προς τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής που αφορά στην πλημμελώς αιτιολογημένη προσβαλλομένη, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών

Αριθμός απόφασης : 729/2022

περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα δε με το άρ. 17, παρ. 2 του ΚΔΔ, «*Η Αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός αν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης.*». Στοιχεία δε της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Η άσκηση διακριτικής ευχέρειας ανήκει στις φύσει αιτιολογητές πράξεις, η δε αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣΤΕ 3692/2001, 4223/2000) και δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣΤΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣΤΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Με τη δε αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (βλ. *Α. Τάχο*, Ερμηνεία κώδικα διοικητικής διαδικασίας (Ν. 2690/1999), Εκδόσεις Σάκκουλα, 2009) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ, Τ 461/08, EU:T:2011:494, σκ. 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, Strabag Benelux κατά Συμβουλίου, Τ 183/00, EU:T:2003:36, σκ. 55, της 24ης Απριλίου 2013, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Τ 32/08, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2013:213, σκ. 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, AF Steelcase κατά EUIPO, Τ 652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκ. 43). Εν προκειμένω, ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης : 729/2022

ουδόλως προέβη σε καταγραφή με τρόπο διαυγή των σκέψεών της, προκειμένου να καθίσταται ευχερής ο έλεγχος κατ' αρχήν από την ΕΑΔΗΣΥ και εν συνεχεία από τον Δικαστή, συναφώς, ουδόλως προέβη σε ειδική αιτιολογία- τεκμηρίωση, αλλά αντιθέτως, αρκέστηκε στη διατύπωση όλως γενικών και στερεοτυπικών εκφράσεων. Πιο συγκεκριμένα, αρκέστηκε στην όλως γενική και αόριστη διατύπωση *«Η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού μελέτησε τον φάκελο και αποδέχθηκε τις εξηγήσεις επισημαίνοντας ότι αυτές αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης βάσει του άρθρου 4.1.η της Διακήρυξης.»*, η οποία ωστόσο ουδόλως δύναται να χαρακτηριστεί ως, κατά τα ως άνω εκτεθέντα, αιτιολογία σαφής, ειδική και επαρκής, καθιστώντας για το λόγο αυτό ακυρωτέα την προσβαλλομένη, λόγω μη σαφούς, ειδικής και επαρκούς αιτιολόγησης, όπως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων. Περαιτέρω, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης δεν συμπληρώθηκε ούτε με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής οι οποίες δεν απαντούν στους ειδικούς ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Ως αβάσιμος απορρίπτεται ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι *«ουδεμία αιτίαση προβάλλει κατά τρόπο συγκεκριμένο για ένα έστω κονδύλιο της αιτιολόγησης που παρείχαμε»* καθότι με τον πρώτο λόγο της προσφυγής βάλλει κατά της έλλειψης αιτιολογίας της προσβαλλόμενης. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

15. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου της υπό κρίση προσφυγής, σύμφωνα με το άρ. 25 της Διακήρυξης *«Υπεργολαβία»*, *«25.1 Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Αν ο ανάδοχος πρότεινε συγκεκριμένους υπεργολάβους κατά την υποβολή της προσφοράς του, υποχρεούται, κατά την υπογραφή της σύμβασης εκτέλεσης, να προσκομίσει την υπεργολαβική σύμβαση.»*. Σύμφωνα δε με το άρ. 23.1 *«Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου.»*. Εν προκειμένω, σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης : 729/2022

τα άρ. 88 του Ν. 4412/2016 και το άρ. 4.1 της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την υπ' αρ. 378/2021 απόφαση δια μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς την παρεμβαίνουσα, ώστε να εξηγήσει την τιμή ή το κόστος που κατέθεσε με το έντυπο οικονομικής προσφοράς της. Η δε παρεμβαίνουσα απάντησε με αποστολή του φακέλου «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ», ομοίως δια μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Στο έγγραφο με τίτλο «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΦ ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ SIGN f.pdf» που περιλαμβάνεται στον ως άνω φάκελο, αναφέρει για την Ομάδα 1 ΟΔΟΣΤΡΩΣΙΑ – ΤΕΧΝΙΚΑ ΕΡΓΑ ποσό 2.081,80 € (σελ. 8/13), για τη δε Ομάδα 2 ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ, ποσό 113.883,00 € (σελ. 10/13). Για τα δε άρθρα του τιμολογίου δημοπράτησης ως προς την Ομάδα 2 «ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ», η παρεμβαίνουσα προσφέρει τιμή σύμφωνα με τη συνημμένη στο εν λόγω έγγραφο προσφορά της «...», ειδικότερα, στο «Α.Τ.4 Απόξεση ασφαλτικού τάπητα αστικής οδού με χρήση φρέζας» αναφέρεται «Για φρεζάρισμα 1 μ2 σε βάθος ως 5 εκ. οδού (σύμφωνα με την συνημμένη προσφορά)», για «Α.Τ.5 Ασφαλική προεπάλειψη» αναφέρει «Για την ασφαλική προεπάλειψη 1 μ2 (σύμφωνα με την συνημμένη προσφορά)», για την «Α.Τ.6 Ασφαλική συγκολλητική επάλειψη» αναφέρει «Για την ασφαλική συγκολλητική επάλειψη 1 μ2 (σύμφωνα με την συνημμένη προσφορά)», για την «Α.Τ.7 Ασφαλικές συνδετικές (ισοπεδωτικές) στρώσεις συμπυκνωμένου πάχους 0,05m» αναφέρει «Για την κατασκευή ισοπεδωτικής στρώσης σε φρεζαρισμένο οδόστρωμα (σύμφωνα με την συνημμένη προσφορά)» και για την «Α.Τ.8 Ασφαλική στρώση κυκλοφορίας, συμπυκνωμένου πάχους 0,05 m με χρήση κοινής ασφάλτου» αναφέρει «Για την ασφαλικής στρώσης κυκλοφορίας (σύμφωνα με την συνημμένη προσφορά)» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΦ ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ SIGN f.pdf», σελ. 8,9/13). Συναφώς, στο έντυπο οικονομικής προσφοράς της «...» που η παρεμβαίνουσα προσκομίζει στον ως άνω φάκελο, αναφέρεται κατά βάση σε εργασίες, ήτοι η προσφορά γίνεται για εργασίες και όχι για προμήθεια. Ειδικότερα, παρέχονται τιμές για «ΑΠΟΞΕΣΗ ΑΣΦΑΛΤΙΚΟΥ ΤΑΠΗΤΑ ΑΣΤΙΚΗΣ ΟΔΟΥ ΜΕ ΧΡΗΣΗ ΦΡΕΖΑΣ», «ΑΣΦΑΛΤΙΚΗ ΠΡΟΕΠΑΛΕΙΨΗ», «ΑΣΦΑΛΤΙΚΗ ΣΥΓΚΟΛΛΗΤΙΚΗ ΕΠΑΛΕΙΨΗ», «ΑΣΦΑΛΤΙΚΕΣ ΣΥΝΔΕΤΙΚΕΣ ΙΣΟΠΕΔΩΤΙΚΕΣ ΣΤΡΩΣΕΙΣ ΣΥΜΠΥΚΝΩΜΕΝΟΥ ΠΑΧΟΥΣ 0,05 m», «ΑΣΦΑΛΤΙΚΗ ΣΤΡΩΣΗ

Αριθμός απόφασης : 729/2022

ΚΥΚΛΟΦΟΡΙΑΣ ΣΥΜΠΥΚΝΩΜΕΝΟΥ ΠΑΧΟΥΣ 0,05 m ΜΕ ΧΡΗΣΗ ΚΟΙΝΗΣ ΑΣΦΑΛΤΟΥ» ενώ τιμή για προμήθεια η παρεμβαίνουσα αναφέρει μόνο για το στοιχείο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑΤΟΣ ΑΣ 20» (βλ. αρχείο με τίτλο «3.PROSFORApdf»). Συναφώς, στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της η παρεμβαίνουσα είχε δηλώσει στο σχετικό πεδίο «*Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας; Απάντηση: Όχι*» (βλ. αρχείο με τίτλο «espd-response-v2 ... SIGN.pdf», σελ. 5/14). Κατά την πλειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Αθηνάς Μπουζιούρη και του Μέλους Ειρήνης Αψοκάρδου, από μόνο το γεγονός ότι η παρεμβαίνουσα έλαβε οικονομική προσφορά για την εκτέλεση ορισμένων από τις εργασίες του έργου, προκειμένου να στοιχειοθετήσει την προσφερόμενη από την ίδια τιμή, δεν προκύπτει άνευ ετέρου η πρόθεσή της να αναθέσει την εκτέλεση της σύμβασης υπεργολαβικά, δεδομένου ότι αυτή ρητώς δηλώνει στις από 3/1/2022 έγγραφες εξηγήσεις της, οι οποίες την δεσμεύουν κατ' άρθρο 88 παρ. 5α' Ν. 4412/2016 κατά την εκτέλεση της σύμβασης, την πρόθεσή της να οργανώσει η ίδια το εργοτάξιο (βλ. αρχείο «ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΦ ΑΣΦΑΛΤΙΚΑ SIGN f.pdf», σελ. 4), καθώς επίσης και ότι «το σύνολο των εργασιών θα εκτελεσθεί από το μόνιμα απασχολούμενο προσωπικό της εταιρείας μας και τα ιδιόκτητα μηχανήματα έργου που διαθέτουμε αλλά και από μισθωμένα μηχανήματα έργων ανάλογα με τις απαιτήσεις και ανάγκες του έργου» (βλ. αρχείο ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ ΧΡΟΝΟΔΙΑΓΡΑΜΜΑΤΟΣ SIGN.pdf, σελ. 2). Ως εκ τούτου, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτικός (πρβλ. ΑΕΠΠ 627/2022, σκ. 18, 406/2022, σκ. 49 επ.). Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Εισηγήτριας Β. Πισμύρη, από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η παρεμβαίνουσα προτίθεται να αναθέσει στην εταιρία «...» την εκτέλεση των ως άνω εργασιών, αβασίμως δε ισχυρίζεται ότι «*ρητά ορίζουμε την ... ως προμηθευτή ασφαλτομίγματος και όχι ως υπεργολάβο*» καθότι σαφώς από την ως άνω αιτιολόγηση της προσφοράς της τεκμαίρεται ότι η εν λόγω εταιρία θα αναλάβει και την εκτέλεση των ως άνω αναλυτικά αναφερόμενων στο σχετικό έγγραφο εργασιών, και δεν ορίζεται μόνο ως προμηθευτής ασφαλτομίγματος. Ως υπεργολαβία ορίζεται η σύμβαση με την οποία ο ανάδοχος αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή έναντι της οποίας μόνος υπεύθυνος

Αριθμός απόφασης : 729/2022

για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες παραμένει ο ανάδοχος, η δε συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ, περί μίσθωσης έργου. Σημειώνεται ότι δεν νοείται υπεργολαβία για αντικείμενο που δεν υπάγεται στο φυσικό αντικείμενο της προκηρυχθείσας δημόσιας σύμβασης, όπως το αντικείμενο αυτό ορίζεται συγκεκριμένα από την ανά περίπτωση διακήρυξη (ΣΤΕ 196/2006, 199/2008, 1190/2009, βλ. και Κατευθυντήρια Οδηγία 10 της ΕΑΑΔΗΣΥ (Απόφαση 139/2015 με θέμα «ΘΕΜΑΤΑ ΠΟΥ ΑΝΑΚΥΠΤΟΥΝ ΚΑΤΑ ΤΗ ΧΡΗΣΗ ΤΗΣ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑΣ ΚΑΙ ΟΡΟΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΗΣ»), επομένως, το βασικό χαρακτηριστικό του υπεργολάβου είναι ότι αναλαμβάνει να εκτελέσει ο ίδιος ένα τμήμα της σύμβασης, η εκτέλεση της οποίας έχει ανατεθεί καταρχήν στον ανάδοχο και άρα συμφωνία υπεργολαβίας υφίσταται όταν ο ανάδοχος συμφωνεί με τρίτον οικονομικό φορέα ότι ο τελευταίος θα εκτελέσει/υλοποιήσει ένα τμήμα του συμβατικού αντικειμένου. Ουσιαστικά, πρόκειται για μια μορφή συμμετοχής στην εκτέλεση της σύμβασης, προσώπου διαφορετικού του αναδόχου αυτής, δηλαδή, η υπεργολαβία, είναι η πιο άμεση μορφή ανάμιξης τρίτου οικονομικού φορέα στην εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, καθότι ο τρίτος φορέας-υπεργολάβος αναλαμβάνει ο ίδιος την εκτέλεση ενός μέρους του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, στη θέση του αναδόχου- εργολάβου. Πράγματι, εν προκειμένω, από το συνδυασμό της υποβληθείσας προσφοράς της εταιρίας «...» και της αιτιολόγησης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, συνάγεται ότι η εν λόγω εταιρία θα εκτελέσει εργασίες του υπό ανάθεση αντικειμένου, όπως αναλυτικά προεκτέθηκε. Συναφώς, δεν έλαβε μόνο οικονομική προσφορά για την εκτέλεση ορισμένων από τις εργασίες του έργου, προκειμένου να στοιχειοθετήσει την προσφερόμενη από την ίδια τιμή, αλλά, κατά τα ως άνω, στηρίζεται ρητώς στην εταιρία «...» για την εκτέλεση αυτών, ήτοι εργασιών του υπό ανάθεση αντικειμένου. Επομένως, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη, ως βασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται, γενομένου δεκτού του δεύτερου λόγου της προσφυγής, η προσφορά της παρεμβαίνουσας καθίσταται απορριπτή, καθότι δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ότι προτίθεται να αναθέσει σε εργολάβο εργασίες του συμβατικού αντικειμένου, ούτε υπέβαλε ΕΕΕΣ για εκείνον, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη. Κατόπιν των ανωτέρω, κατά την

Αριθμός απόφασης : 729/2022

γνώμη που κράτησε στο Κλιμάκιο, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

16. Επειδή, επί του τρίτου λόγου της υπό κρίση προσφυγής, όπως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα και η αναθέτουσα αρχή, η υπ' αρ. 9/25-4-2017 (ΑΔΑ 6Η6Κ465ΦΘΞ-3Υ5) Εγκύκλιος του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών με θέμα «Παροχή διευκρινίσεων σχετικά με το άρθρο 53 παρ. 7 περ. θ' (Γενικά έξοδα και εργολαβικό όφελος) του Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» δεν είναι υποχρεωτική και δεσμευτική για την αιτιολόγηση των προσφορών των υποψηφίων που εμφανίζονται κατ' αρχήν ως ασυνήθιστα χαμηλές. Το άρ. 53, παρ. 7 περ. θ' του Ν. 4412/2016 ειδικότερα ορίζει ότι *«θ) Στις τιμές του προϋπολογισμού και του τιμολογίου, τόσο της υπηρεσίας όσο και της προσφοράς, περιλαμβάνεται κάθε σχετική δαπάνη, καθώς και τα γενικά έξοδα και όφελος της εργοληπτικής επιχείρησης. Αν γίνεται ρητή μνεία στα έγγραφα της σύμβασης μπορεί να προστίθεται στην εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσοστό γενικών εξόδων και οφέλους, που ορίζεται σε δεκαοκτώ τοις εκατό (18%), ανεξαρτήτως πηγής χρηματοδότησης, στο οποίο συμπεριλαμβάνεται η υπ' αρ.8371/27.7.2016 συμφωνία μεταξύ εργοληπτικών ενώσεων και της ΠΟΕΜΔΥΔΑΣ, όπως ισχύει ή τυχόν μελλοντικές συμφωνίες και ποσοστό δύομισι τοις χιλίοις (2,5%) υπέρ των Μηχανικών Τεχνολογικής Εκπαίδευσης (ΤΕ) της Π.Ο.ΜΗ.Τ.Ε.Δ.Υ. τακτικών υπαλλήλων (μόνιμων ή αορίστου χρόνου) που απασχολούνται στο δημόσιο, ν.π.δ.δ. και στους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης α' και β' βαθμού, που βαρύνει κάθε λογαριασμό πληρωμής έργου. Με απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών καθορίζονται οι προϋποθέσεις και η διαδικασία για το άνοιγμα τραπεζικού λογαριασμού, συλλογής και απόδοσης του ποσοστού, ο φορέας διακίνησης και απόδοσης στους δικαιούχους, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια.»*. Περαιτέρω, στο «ΤΙΜΟΛΟΓΙΟ ΜΕΛΕΤΗΣ ΕΡΓΩΝ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ» της υπ' αρ. 32/2021 Μελέτης αναφέρεται ότι *«Οι τιμές μονάδας του παρόντος Τιμολογίου προσαυξάνονται κατά το ποσοστό Γενικών Εξόδων (Γ.Ε.) και Οφέλους του Αναδόχου (Ο.Ε.), στο οποίο περιλαμβάνονται οι πάσης φύσεως δαπάνες οι οποίες δεν μπορούν να κατανεμηθούν σε συγκεκριμένες εργασίες αλλά αφορούν συνολικά το κόστος του έργου όπως,*

Αριθμός απόφασης : 729/2022

κρατήσεις ή υποχρεώσεις αυτού, όπως δαπάνες διοίκησης και επίβλεψης του Έργου, σήμανσης εργοταξίων, φόροι, δασμοί, ασφάλιστρα, τόκοι κεφαλαίων κίνησης, προμήθειες εγγυητικών επιστολών, έξοδα λειτουργίας γραφείων κ.λπ., τα επισφαλή έξοδα πάσης φύσεως καθώς και το προσδοκώμενο κέρδος από την εκτέλεση των εργασιών. Το ως άνω ποσοστό Γ.Ε. & Ο.Ε. , ανέρχεται σε δέκα οκτώ τοις εκατό (18%) του προϋπολογισμού των εργασιών, όπως αυτός προκύπτει βάσει των τιμών του Τιμολογίου Προσφοράς του αναδόχου, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, και διακρίνεται σε...». Όπως δε έχει κριθεί (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 769/2005, σκ. 10, 280/2005, σκ. 8, 279/2005, σκ. 8, ΔΕΦΑΘ 252/2020, σκ. 17, ΔΕΦΠΑτρών 9/2022, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 208/2020, σκ. 12), ο βάσει των τυχόν εγκυκλίων, και εν προκειμένω της Εγκυκλίου 9/2017 του Υπουργού ΥΠΟΜΕ, υπολογισμός των απαιτούμενων για την κατασκευή του υπό ανάθεση έργου δαπανών δεν έχει την έννοια ότι, κατά την αιτιολόγηση προσφοράς που εμφανίζεται εκ πρώτης όψεως ως ασυνήθιστα χαμηλή, αποκλείεται η εκ μέρους διαγωνιζομένου επίκληση και απόδειξη της συνδρομής για την επιχείρησή του ειδικών συνθηκών, ενόψει των οποίων η δαπάνη εκτέλεσης του συγκεκριμένου έργου είναι μικρότερη (ή και μεγαλύτερη) από αυτή που θα προέκυπτε από την εφαρμογή των συντελεστών της Εγκυκλίου. Ειδικότερα, οι προσφέροντες δύνανται να αποκλίνουν με δική τους ανάλυση της οικονομικής προσφοράς τους, πλην όμως ο μη υποχρεωτικός για αυτούς χαρακτήρας του συστήματος της ως άνω εγκυκλίου, ουδόλως αναιρεί ότι, αν μη τι άλλο η υιοθέτηση του, συνιστά όλως παραδεκτό μέσο αιτιολόγησης οικονομικής προσφοράς (βλ. και ΑΕΠΠ 274/2021, σκ. 3), λαμβάνοντας υπόψη ότι δεν προσδιορίζεται κατά τρόπο συγκεκριμένο ο τρόπος δικαιολόγησης της προσφοράς, αλλά έγκειται στην ευχέρεια του προσφέροντος, εντούτοις, στην περίπτωση κατά την οποία, όπως στην προκείμενη, δεν υιοθετήθηκε για την αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς από την παρεμβαίνουσα η ως άνω εγκύκλιος, ουδόλως δεσμεύεται από αυτήν, ήτοι ουδόλως όφειλε να υπολογίσει τις προσφερόμενες τιμές της με βάση τα εκεί ειδικότερα οριζόμενα, όπως αβασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει. Επομένως, απορρίπτεται ως αβάσιμος και ο τρίτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής.

17. Επειδή η εισήγηση γίνεται δεκτή.

Αριθμός απόφασης : 729/2022

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27.04.2022 και εκδόθηκε στις 16.05.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ