

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)**

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στις 8 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 01.01.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 15/04.01.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., επί της οδού ... ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ... (... ...) (στο εξής «ο αναθέτων φορέας»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Και την Παρέμβαση με ημερομηνία 16.01.2023 της Ένωσης Εταιρειών «... – ...» αποτελούμενη από τις εταιρείες α) ... ... που εδρεύει στο ... ..., οδός .. ... και β) ... ... & ... ..., που εδρεύει στο ... ..., οδός ... .., ... – ...» και εκπροσωπείται νόμιμα (στο εξής «η παρεμβαίνουσα»).

=====

Με την προδικαστική προσφυγή προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα με αριθμό .../22.12.2022, με την οποία έγινε δεκτό το Πρακτικό αξιολόγησης των αιτήσεων προεπιλογής, κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η αίτηση προεπιλογής της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...), το οποίο υπερβαίνει το νόμιμο κατά το ποσό των 14.400,00 ευρώ, καθώς σύμφωνα με το άρθρο 363 ν. 4412/2016 *«αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ»*.

2. Με την Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος του αναθέτοντος φορέα, με αριθμό .../14.12.2021 εκκίνησε η προεπιλογή υποψήφιων στο πλαίσιο της Α' φάσης διαδικασίας διαπραγμάτευσης με δημοσίευση διαγωνιστικής διαδικασίας για την κατάρτιση συμβάσεων συμφωνίας πλαισίου με αντικείμενο την προμήθεια ... (π.χ. ... και ... -...-...), ... ( ... ) (συστήματα ... για μια πλήρως λειτουργική λύση) και Συστήματος ... ( ... ). Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής. Ο διαγωνισμός διεξήχθη μέσω των Συστημάτων Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών και Ηλεκτρονικών Δημοπρασιών της εταιρείας «cosmoONE», με χρήση της πλατφόρμας «source ONE» και το συστημικό αριθμό ....

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο ... ασκεί ως αναθέτων φορέας και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και μάλιστα του Βιβλίου ΙΙ αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις

διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 345 παρ. 1 και στο αρ. 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

**4.** Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 02.01.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 23.12.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

**5.** Στις 05.01.2023 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

**6.** Με την Πράξη με αρ. 34/2023 του Προέδρου του 1<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

**7.** Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα στις 16.01.2023 διά μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς την ΕΑΔΗΣΥ και όλους τους συμμετέχοντες τις απόψεις της με όμοια ημερομηνία, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

**8.** Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παραδεκτά στις 16.01.2023 την παρέμβασή της με όμοια ημερομηνία, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την ίδια ημέρα προς όλους τους συμμετέχοντες.

**9.** Η προσφεύγουσα κατέθεσε παραδεκτά στις 21.01.2023 το Υπόμνημά της με όμοια ημερομηνία επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

**10.** Ο αναθέτων φορέας κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποίησε προς όλους τους συμμετέχοντες στις 03.02.2023 συμπληρωματικές απόψεις με αριθμό πρωτοκ. .../.../03.02.2022 επί του Υπομνήματος της προσφεύγουσας.

**11.** Η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 07.02.2023 το με όμοια ημερομηνία Υπόμνημά της επί των συμπληρωματικών απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

**12.** Ο αναθέτων φορέας κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποίησε προς όλους τους συμμετέχοντες στις 08.02.2023 συμπληρωματικές απόψεις με αριθμό πρωτοκ. .../.../08.02.2023 επί του Υπομνήματος της προσφεύγουσας με ημερομηνία 07.02.2023.

**13.** Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

**14.** Η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (... ΣτΕ .../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, πάγια 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 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).

**15.** 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 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 ανάμειξης 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.

**16.** Έχει γίνει δεκτό ότι η δάνεια εμπειρία διακρίνεται από την υπεργολαβία, κατά το ότι ο διαγωνιζόμενος εξακολουθεί να εκτελεί ο ίδιος το ανατεθέν αντικείμενο της σύμβασης, δύναται, όμως, να στηρίζεται στις δυνατότητες

άλλων φορέων, είτε σε ότι αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, είτε σε ότι αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών του με τους φορείς αυτούς, αρκεί να αποδεικνύει ότι έχει στη διάθεσή του τα αλλότρια αυτά μέσα των φορέων, των οποίων η συμμετοχή είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης. Από αυτά παρέπεται ότι η δάνεια εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα μπορεί να συνίσταται στην παροχή τεχνογνωσίας ή εμπειρίας αλλά και αναγκαίων πόρων (ανθρώπινου δυναμικού) από αυτόν (δανείζοντα) προς τον δανειζόμενο για την εκτέλεση από τον τελευταίο της σύμβασης, χωρίς να αποκλείεται και η περίπτωση εκτέλεσης των εργασιών ή υπηρεσιών από τον τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει τη στήριξη του στον προσφέροντα ή τον υποψήφιο, υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις (βλ. ΔΕφΘεσ. 143/2021 καθώς και ΑΕΠΠ 1777/2021).

**17.** Στο ίδιο πλαίσιο, με την Κατευθυντήρια Οδηγία της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με αριθμό 10/2015 έχει γίνει δεκτό ότι *«η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από τη δάνεια εμπειρία, ήτοι τη δυνατότητα να επικαλείται ο υποψήφιος τα μέσα ή την εμπειρία τρίτων, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής ως προς την οικονομική – χρηματοοικονομική επάρκεια ή την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, υπό τον όρο της δυνατότητας απόδειξης ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, έγκειται στο γεγονός ότι ο «δανειζόμενος» εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων – μέσων που δανείζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής, ενώ στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης, που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος, εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο».*

**18.** Επιπλέον, η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων των οδηγιών, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης, κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής, προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους οικονομικούς φορείς. Το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά το νόμο ( βλ. παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016) Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986, και στην οποία, κατά πάγια νομολογία, δεν μπορούν να βεβαιωθούν γεγονότα μελλοντικά αλλά μόνο γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα (ΣΤΕ 781/2010).

**19.** Η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απόρριψης της αίτησης προεπιλογής της και συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα η προσβαλλόμενη απόφαση έκανε δεκτό ότι *«ο οικονομικός φορέας «...» στηρίζεται στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της εταιρείας «...» για την κατασκευή του ... ..., ωστόσο παρέλειψε να την δηλώσει ως υπεργολάβο που θα αναλάβει την κατασκευή του ... ...»* καθώς, κατά τα προβαλλόμενα, το ΕΕΕΣ που υπέβαλε συμπληρώθηκε ορθά. Μετά τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, της ισχύουσας νομοθεσίας και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης, επί του υπό κρίση λόγου προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

**20.** Στον όρο 4.4 της επίμαχης Πρόσκλησης με τίτλο *«Στήριξη στην Ικανότητα Τρίτων»* ορίζεται ότι *«Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια χρηματοοικονομικής και τεχνικής & επαγγελματικής ικανότητας, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των*



φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Υποχρεούνται επίσης να υποβάλουν τα στοιχεία που αποδεικνύουν την ανωτέρω ικανότητα και να δηλώσουν ότι δεσμεύονται να παράσχουν όλες τις απαιτούμενες εγγυήσεις. Ειδικότερα στην περίπτωση αυτή, ο αιτών έχει την υποχρέωση να αποδείξει με κάθε πρόσφορο τρόπο ότι θα έχει στη διάθεσή του όλους τους ανωτέρω αναγκαίους πόρους. Στη δήλωση του τρίτου καθορίζεται και η διάρκεια ισχύος της. Τα εν λόγω αποδεικτικά μέσα μπορεί να είναι, ενδεικτικά, δήλωση δέσμευσης αρμοδίου οργάνου, ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ του αιτούντος και του επικαλούμενου τρίτου ή παρουσίαση εγγυήσεων άλλης μορφής, προκειμένου η ανωτέρω απαιτούμενη ικανότητα να αποδεικνύεται επαρκώς και κατά τρόπο ικανοποιητικό για τον ... ήδη κατά το χρόνο υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής. Το αντικείμενο της συνεργασίας μεταξύ του αιτούντος και του τρίτου, καθώς και οι παρασχεθείσες εγγυήσεις από τον τρίτο προς τον αιτούντα συμπεριλαμβάνονται στη σύμβαση, εφόσον επιλεγεί αυτός ως ανάδοχος. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, χωρίς όμως να απαιτείται η σύναψη συμφωνητικών υπεργολαβίας. Εφόσον ο αιτών επικαλείται την ικανότητα υπεργολάβων του για την πλήρωση κριτηρίων επιλογής, οι υπεργολάβοι αυτοί θεωρούνται τρίτοι και ισχύουν τα παραπάνω».

21. Επιπλέον, με το Συμπλήρωμα Ν. ... -σημείο ...- της Πρόσκλησης, το οποίο έχει ενταχθεί στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (βλ. αρχείο «signed-....-sympληρωμα-no-3.pdf») διευκρινίστηκε ότι: «σε ό,τι αφορά στα κριτήρια Ποιότητας, Υγείας, Ασφάλειας και Περιβάλλοντος (...) της Παραγράφου 4.2 της Πρόσκλησης, είναι επιτρεπτός ο δανεισμός μόνο του κριτηρίου α/α 11 [συμμόρφωση του οικονομικού φορέα με το διεθνές πρότυπο ασφάλειας και υγείας στην εργασία (Occupational Health and Safety) ISO ... ή

ισοδύναμο] υπό την προϋπόθεση ότι ο δανείζων την εμπειρία θα συμμετέχει στην υλοποίηση της σύμβασης ως υπεργολάβος που θα κατασκευάζει τον ... ..». Επίσης, με τις διευκρινιστικές απαντήσεις που δόθηκαν από τον αναθέτοντα φορέα στις 24.03.2022 και ειδικότερα με την απάντηση στην ερώτηση Α3, διευκρινίστηκε ότι «Το Προϊόν 1 πρέπει να προσφέρεται ως ένα ενιαίο από τον ίδιο προσφέροντα. Στην έννοια του «ίδιου προσφέροντα» περιλαμβάνεται και τυχόν κοινοπραξία ή ένωση εταιρειών που συμμετέχει προσφέροντας το ενιαίο Προϊόν 1 με τη συνεισφορά των μελών της», ενώ με την απάντηση στην ερώτηση Η6, διευκρινίστηκε ότι «Η .../ ... που συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες της εταιρείας που κατασκευάζει τον ... .. για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής τύπου .../ ... με α/α .... Στην περίπτωση αυτή, η εταιρεία στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η .../ ... για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής τύπου .../ ... πρέπει υποχρεωτικά να συμμετέχει στην υλοποίηση της σύμβασης με την ιδιότητα του υπεργολάβου που θα αναλάβει την κατασκευή του ... .., σύμφωνα με το σημείο 6 του Συμπληρώματος Νο 3». Τέλος, στις διευκρινιστικές απαντήσεις που δόθηκαν επί των ερωτήσεων μετά τη δημοσίευση του Συμπληρώματος Νο3 και ειδικότερα με την απάντηση στην ερώτηση 9, διευκρινίστηκε ότι: «Βάσει της παραγράφου 1.4 της Πρόσκλησης δεν είναι δυνατή η κάλυψη μέρους του Προϊόντος 1 από υπεργολάβο. Επομένως δεν είναι δυνατόν ένα μέλος της .../ ... να παρέχει το ... .. και ένας υπεργολάβος να κατασκευάζει τον ... .., ούτε ένας υπεργολάβος να παρέχει τον ... .. και ένας άλλος υπεργολάβος να παρέχει το ... .. Από τον παραπάνω περιορισμό εξαιρείται υπεργολάβος κατασκευής του ... .., ο οποίος έχει συμπεριληφθεί λόγω προϋποθέσεων που προβλέπονται/ προκύπτουν από το σημείο 6 του Συμπληρώματος Νο 3».

**22.** Κατά τους ορθούς ισχυρισμούς του αναθέτοντος φορέα, όπως αυτοί παρατίθενται στη συμπληρωματική αιτιολογία που παραθέτει με τις απόψεις του «κατά τη σαφή γραμματική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων,

αυτοτελώς αλλά και συστηματικώς ερμηνευόμενων, προκύπτει ότι προς παραδεκτή υποβολή αίτησης συμμετοχής οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς πρέπει να προσφέρουν το προϊόν 1, που αποτελείται από τον ... .. και το Σύστημα ... .. – ... .. System (... ..) και το προϊόν 2, ήτοι το ... .. .. (... ..). Ειδικότερα και όσον αφορά το προϊόν 1, αυτό πρέπει να προσφέρεται ως ένα ενιαίο προϊόν από τον ίδιο προσφέροντα, ενώ το αυτό ισχύει, δηλαδή ότι η προσφορά θα αποτελείται υποχρεωτικά από ένα ενιαίο προϊόν και στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση εταιριών/ κοινοπραξία». Σε ότι αφορά δε την πλήρωση του κριτηρίου με α/α 11, κατά τα όσα με σαφήνεια ορίζει η επίμαχη Πρόσκληση και μάλιστα μετά τις διευκρινίσεις που δόθηκαν, είναι επιτρεπτή η επίκληση δάνειας εμπειρίας, υπό την προϋπόθεση ότι ο δανείζων την εμπειρία θα συμμετέχει στην υλοποίηση της σύμβασης ως υπεργολάβος που θα κατασκευάζει τον ... .. (βλ. σημείο 6 του Συμπληρώματος Νο3). Τα δε κριτήρια επιλογής με α/α 9 (... ..) παραγωγής ... .. σε χώρα εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕ) ή του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) ελάχιστης ετήσιας (αθροιστικής) παραγωγικής δυνατότητας 1.000.000 μετρητών) και 11 (Συμμόρφωση του οικονομικού φορέα με το διεθνές πρότυπο ασφάλειας και υγείας στην εργασία (Occupational Health and Safety) ISO ... ή ισοδύναμο), όπως ορθά προβάλλει ο αναθέτων φορέας, θα πρέπει να λογίζονται και να πληρούνται ως συστηματικά ερμηνευόμενα και αλληλοσυμπληρούμενα, καθώς επιβάλλουν το πρόσωπο που καλύπτει το κριτήριο 11, περί της Ποιότητας, Υγείας, Ασφάλειας & Περιβάλλον, να είναι το ίδιο που καλύπτει το κριτήριο 9, ήτοι να είναι αυτό που εισφέρει την Τεχνική & Επαγγελματική Εμπειρία του (Παραγωγική Δυνατότητα) με την ύπαρξη γραμμής (γραμμών) παραγωγής έξυπνων μετρητών ηλεκτρικής ενέργειας, καθώς δεν θα μπορούσε το πρότυπο ασφάλειας και υγείας στην εργασία να αφορά άλλο, παρά μόνο το εργοστάσιο της γραμμής παραγωγής των έξυπνων μετρητών.

**23.** Κατά συνέπεια, στην περίπτωση κατά την οποία για την κάλυψη του κριτηρίου επιλογής με α/α ... ο συμμετέχων φορέας δηλώνει δανεισμό εμπειρίας, τότε, σύμφωνα με το σημείο 6 του Συμπληρώματος Νο3 και τις σχετικές διευκρινιστικές απαντήσεις του αναθέτοντος φορέα, η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία, πρέπει υποχρεωτικά να συμμετέχει στην υλοποίηση της σύμβασης με την ιδιότητα του υπεργολάβου που θα αναλάβει την κατασκευή του ... ..., ήτοι θα πρέπει να ταυτίζεται με αυτή που δηλώνεται ως υπεργολάβος για την κάλυψη του κριτηρίου με α/α 9, δηλαδή την εταιρεία που θα κατασκευάσει το προϊόν 1 (τον ... .. των ... .. και το ... ..), καθώς είναι αυτή που θα διαθέτει το εργοστάσιο με τις .....

**24.** Περαιτέρω, στο άρθρο 287 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Υπεργολαβία» ορίζεται ότι *«Στα έγγραφα της σύμβασης ο αναθέτων φορέας ζητά 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»*. Επίσης, στο Παράρτημα VI της επίμαχης Πρόσκλησης με τίτλο «Οδηγίες Συμπλήρωσης ESPD» και ειδικότερα στο υπόδειγμα ΕΕΕΣ που παρατίθεται, ρητά περιλαμβάνεται πεδίο (Μέρος IV – Γ' «Ποσοστό Υπεργολαβίας»), στο οποίο οι συμμετέχοντες φορείς καλούνται να δηλώσουν το ποσοστό της σύμβασης που τυχόν προτίθενται να αναθέσουν σε τρίτους με τη μορφή υπεργολαβίας.

**25.** Στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα κατέθεσε με την προσφορά της το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «espd-response-v2 ...\_signed.pdf», το οποίο αποτελεί το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Στο Μέρος II Γ' αυτού και στο ερώτημα περί της στήριξης στις ικανότητες τρίτων η προσφεύγουσα έδωσε την απάντηση: **«Ναι»** και δήλωσε μεταξύ των οντοτήτων, από τις οποίες δανείζεται εμπειρία την εταιρεία «.....». Ειδικότερα, όπως και η ίδια προβάλλει με την προσφυγή της, σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες της «.....» για την πλήρωση του κριτηρίου με α/α 9 η

προσφεύγουσα κατέθεσε την από 07.06.2022 δήλωση της πιο πάνω εταιρείας («...»), η οποία θα αναλάμβανε την παραγωγή των έξυπνων μετρητών (εξοπλισμός πεδίου), έχουσα εργοστασιακή μονάδα στην Κόρινθο, και η οποία παρείχε με ξεχωριστή δήλωση («A01\_Cover Letter\_signed.pdf») δάνεια εμπειρία και δέσμευση περί της κατασκευής του εξοπλισμού πεδίου.

**26.** Η παραπάνω δήλωση της προσφεύγουσας περί της στήριξής της στις ικανότητες της εταιρείας «...» σε ό,τι αφορά την πλήρωση του κριτηρίου 9, καθιστά την τελευταία υπεργολάβο της προσφεύγουσας και όχι απλώς ως εταιρεία δανείζουσα εμπειρία. Και αυτό πρωτίστως γιατί η «...» θα διαθέσει στην προσφεύγουσα το εργοστάσιο για την παραγωγή του εξοπλισμού πεδίου, εκτελώντας την κατασκευή αυτού, όπως και η προσφεύγουσα συνομολογεί και δευτερευόντως γιατί το κριτήριο 9, όπως παραπάνω εκτίθεται, συνδέεται άρρηκτα με το κριτήριο 11, το οποίο εφόσον πληρούται με στήριξη σε τρίτο, θα πρέπει ο τρίτος να εκτελέσει το αντικείμενο της σύμβασης, για το οποίο απαιτούνται οι σχετικές επαγγελματικές ικανότητες και να δηλώνει ρητά την υπεργολαβική εκτέλεση του συγκεκριμένου αντικειμένου.

**27.** Κατά συνέπεια, όπως έχει κριθεί μεταξύ άλλων και με την ΣΤΕ ΕΑ 170/2022 και σύμφωνα και με τα οριζόμενα στην υπ' αριθμ. 23 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» (βλ. σελ 18 αυτής), η προσφεύγουσα είχε την υποχρέωση να δηλώσει αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό το Τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει στην «...», ενέργεια στην οποία παράλειψε να προβεί. Μάλιστα, στην επίμαχη Πρόσκληση και συγκεκριμένα στο Παράρτημα VI αυτής περιλαμβάνεται υπόδειγμα ΕΕΕΣ, το οποίο περιλαμβάνει στο Μέρος IV αυτού πεδίο για τη δήλωση του ποσοστού υπεργολαβίας και όπως έχει κριθεί, τα κείμενα των συνημμένων στις διακηρύξεις υποδειγμάτων προσφοράς, εγγυητικής και ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ

αποτελούν διατάξεις της διακήρυξης ειδικές και λεπτομερείς, οι οποίες διέπουν κατά τρόπο αποκλειστικό το ζήτημα του ακριβούς περιεχομένου των οικείων δικαιολογητικών συμμετοχής που αφορούν (ΣΤΕ ΕΑ 195/2010, σκ. 6, ΔΕφΠειρ Ν42/2020, ΔΕφΑΘ 36, 118, 187/2017, 36/2017). Παρά ταύτα, από το υποβληθέν ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας προκύπτει ότι στο Μέρος IV Γ' και στο ερώτημα περί ποσοστού υπεργολαβίας (Subcontracting proportion) έχει δηλώσει 0 (μηδέν). Κατόπιν αυτού, η προσφεύγουσα συμπλήρωσε πλημμελώς το ΕΕΕΣ της, καθώς δεν δήλωσε σε αυτό όχι μόνο το ποσοστό της σύμβασης που πρόκειται να αναθέσει σε υπεργολάβο, αλλά και το γεγονός ότι μεταξύ αυτής και της «...» προκύπτει σχέση υπεργολαβίας.

**28.** Συνεπώς, γίνεται δεκτό ότι ορθά η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας λόγω του γεγονότος ότι στο ΕΕΕΣ, που κατέθεσε, δεν δηλώθηκε και δεν προκύπτει το ποσοστό της υπηρεσίας που θα εκτελέσει η «...» ως υπεργολάβος της προσφεύγουσας, ιδιότητα την οποία απέκτησε ιδίως λόγω του γεγονότος ότι παρέχει στήριξη σχετικά με την πλήρωση του κριτηρίου 9, ήτοι της παραγωγικής δυνατότητας (το οποίο πάντως βρίσκεται και σε αλληλεξάρτηση με το κριτήριο 11).

**29.** Αλυσιτελώς επίσης η προσφεύγουσα αναπτύσσει ισχυρισμούς προς απόδειξη του γεγονότος ότι πληροί τα κριτήρια επιλογής με α/α 9 και 11, είτε η ίδια είτε δια της στήριξης σε τρίτο φορέα, καθώς η πλήρωσή τους δεν αμφισβητήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα με την προσβαλλόμενη. Ομοίως αλυσιτελώς προβάλλεται ότι ο ρόλος της «...» προκύπτει από τα λοιπά έγγραφα που υπέβαλε η προσφεύγουσα με την αίτηση προεπιλογής της, καθώς σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αληθής υποτιθέμενος ο ισχυρισμός, δεν μπορεί να υποκαταστήσει την υποχρέωση της προσφεύγουσας σε προσήκουσα συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της κατά τα παραπάνω.

**30.** Επιπλέον, η παραπάνω διαπιστωθείσα πλημμέλεια κατά την υποβολή της

αίτησης συμμετοχής της προσφεύγουσας δεν μπορεί να θεραπευθεί ύστερα από κλήση της κατά τα οριζόμενα στο αρ. 310 ν. 4412/2016, καθόσον, όπως έχει κριθεί, 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. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36). Οπότε, κάθε τυχόν ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εκάστοτε προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Περαιτέρω, κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητάς της η αναθέτουσα αρχή όσον αφορά το αίτημα παροχής διευκρινίσεων, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37) ήτοι οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850\_1851\_1852/2021 σκ. 32). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων, των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, όπως στην προκειμένη περίπτωση, δεδομένου ότι η

αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorghna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

**31.** Τέλος, αβάσιμα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με το Υπόμνημά της ότι ο αναθέτων φορέας για πρώτη φορά με τις απόψεις του με ημερομηνία 16.01.2023 προβάλλει ότι αφού η ελληνική εταιρεία θα ήταν υπεργολάβος της, κακώς συμπλήρωσε στο πεδίο Γ του Μέρους IV του ΕΕΕΣ το ποσοστό του έργου που θα εκτελούσε η θυγατρική εταιρεία με «0», καθώς η παραπάνω αναφορά του αναθέτοντος φορέα στις απόψεις του δεν αποτελεί μεταβολή ή επέκταση της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης, αλλά συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, την οποία είχε το δικαίωμα να παραθέσει, εξειδικεύοντας το λόγο απόρριψης της αίτησης προεπιλογής της προσφεύγουσας σχετικά με την ορθή δήλωση περί της υπεργολαβίας.

**32.** Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί, να καταπέσει το αναλογούν παράβολο ύψους 600,00 ευρώ και να επιστραφεί το υπερβάλλον παράβολο ύψους 14.400,00 ευρώ.

### **Για τους λόγους αυτούς**

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Δέχεται την Παρέμβαση.
3. Ορίζει την κατάπτωση του αναλογούντος παράβολου ύψους 600,00 ευρώ και την επιστροφή του υπερβάλλοντος παράβολου ύψους 14.400,00 ευρώ.



**Αριθμός Απόφασης: 306 / 2023**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8 Φεβρουαρίου και εκδόθηκε στις 23 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**