

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 12 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 06.03.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 304/07.03.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα Ι. Χ. ΤΟΥ ... (εφεξής ο «προσφεύγων»), με διεύθυνση στην ..., επί της οδού ..., άρ.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της υπ' αρ. .../2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής (ΑΔΑ: ...), καθ' ο μέρος έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρίας «Α... Α.Τ.Ε.» και ανακηρύχθηκε αυτή προσωρινή ανάδοχος, για τους λόγους που αναπτύσσει στην προσφυγή του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το οφειλόμενο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 10.285,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ - ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΟΜΒΡΙΩΝ ΣΤΟ ...» εκτιμώμενης αξίας 2.056.451,61 € (πλέον Φ.Π.Α. 24 %), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 16.11.2022 με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

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

4. Επειδή, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 24.02.2023 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η δε προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στις 06.03.2023 ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» εμπροθέσμως, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017. Μετ' εννόμου συμφέροντος ο προσφεύγων βάλλει κατά της προσβαλλόμενης, καθώς η προσφορά του έγινε αποδεκτή, κατετάγη δεύτερος στη σειρά μειοδοσίας και βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου «Α... ΑΤΕ», επιδιώκοντας την ανάθεση της επίμαχης σύμβασης σε αυτόν.

5. Επειδή στις 08.03.2023 η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, 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. Επειδή, με την υπ' αρ. 428/2023 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η Αναθέτουσα Αρχή όπως καταθέσει απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, στις 16.03.2023 εκδόθηκε η υπ' αρ. Α258/2023 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, η οποία απέρριψε το αίτημα αναστολής- παροχής προσωρινής προστασίας του προσφεύγοντος.

8. Επειδή, στις 21.03.2023 η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε με ηλεκτρονικό μήνυμα τις υπ' αρ. πρωτ. .../20.03.2023 απόψεις της προς την ΕΑΔΗΣΥ και τον προσφεύγοντα, δοθέντος ότι, σύμφωνα με το υπ' αρ. πρωτ. .../14.03.2023 έγγραφο της Αναπλ. Προϊσταμένης της Διεύθυνσης Διαγωνισμών Δημοσίων Συμβάσεων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών του Υπουργείου Μεταφορών και Υποδομών το υποσύστημα ΕΣΗΔΗΣ –Δημόσια Έργα τέθηκε εκτός λειτουργίας από Τρίτη 14/03/2023 και ώρα 18:00 έως και Πέμπτη 23/03/2023 και ώρα 18:00.

9. Επειδή στις 27.03.2023 ο προσφεύγων κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά του εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η πέμπτη ημέρα της οικείας προθεσμίας (26.03.2023) ήταν ημέρα εξαιρετέα (Κυριακή).

10. Επειδή, με την προσβαλλόμενη με θέμα «Έγκριση του 2ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού για την κατασκευή του έργου με τίτλο: "Κατασκευή – Συμπλήρωση του δικτύου ομβρίων στο ..." (Α.Μ. .../2021)», η Οικονομική Επιτροπή της Αναθέτουσας Αρχής αποφάσισε ομόφωνα την έγκριση του υπ' αρ. 2 με ημερομηνία 15.02.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και την κατακύρωση του αποτελέσματος του Διαγωνισμού του επίμαχου έργου στον μειοδότη οικονομικό φορέα "Α... Α.Τ.Ε." ως προσωρινού αναδόχου, ο οποίος προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής με μέση έκπτωση 8,41% αντί του ποσού των 1.891.720,12€ (πλέον Φ.Π.Α.).

11. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ 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 δικαιικού 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 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).

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρ. 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του Ν. 4412/2016 «1. ... Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτόν....». Στο άρ. 21 «Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης» της Διακήρυξης ορίζεται ότι «21.1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία/ες έργου ΥΔΡΑΛΙΚΑ (προϋπολογισμού 2.026.790,56) και που είναι εγκατεστημένα σε:...», στο δε άρ. 22.ΣΤ «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)» προβλέπεται ότι «...Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες....».

13. Επειδή, με τον μόνο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι, σε περίπτωση κατά την οποία η στήριξη σε τρίτους οικονομικούς φορείς αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα αυτών ή τη σχετική απαιτούμενη επαγγελματική εμπειρία, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες των τρίτων φορέων, μόνον εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις αντίστοιχες εργασίες ή υπηρεσίες, για τις οποίες

απαιτούνται οι συγκεκριμένοι τίτλοι σπουδών, τα συγκεκριμένα επαγγελματικά προσόντα και η σχετική επαγγελματική εμπειρία. Αναφέρει δε ότι στην περίπτωση αυτή, είναι υποχρεωτική η αναφορά του τμήματος της σύμβασης (αναλυτικά και σε ποσοστό %) που θα εκτελέσει ο τρίτος ως υπεργολάβος, καθώς και των στοιχείων του και πως, κατά τη ρητή απαίτηση της Διακήρυξης, ο ανάδοχος υποχρεούται κατά την υπογραφή της σύμβασης να προσκομίσει την υπεργολαβική σύμβαση με τους υπεργολάβους που πρότεινε, ώστε να εξασφαλίζεται η εκτέλεση του αρχικά ορισμένου τμήματος της σύμβασης από τον υπεργολάβο. Εν προκειμένω, αναφέρει πως η «Α... Α.Τ.Ε.» στην ενότητα Γ του μέρους II του ΕΕΕΣ της δήλωσε ότι θα στηριχθεί στις ικανότητες του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «Κ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και δ.τ. «Κ... Α.Τ.Ε.Ε.» και πως, στο μέρος IV δήλωσε ότι *«Η Εταιρεία στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου και λαμβάνει δάνεια εμπειρία κάλυψης των κριτηρίων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας των άρθ. 22.Γ, 22.Δ, 23.5 και 23.6 της οικείας διακήρυξης από τον οικονομικό φορέα Κ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ, με δ.τ. Κ... Α.Τ.Ε.Ε.»*, παραθέτει δε και απόσπασμα του προσκομιζόμενου Ιδιωτικού Συμφωνητικού Δάνειας Εμπειρίας μεταξύ αυτής και της «Κ... Α.Τ.Ε.Ε.». Ακολουθώντας, υποστηρίζει ότι, υποχρεωτικά, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης, αλλά και το άρ.78 του ν. 4412/2016, η «Κ... Α.Τ.Ε.Ε.» πρέπει να εκτελέσει τις εργασίες ως προς τις οποίες δανείζει την, κατά τα άνω, τεχνική ικανότητά της και, κατά συνέπεια, υποχρεωτικώς είναι υπεργολάβος της «Α...Α.Τ.Ε.» και πως, η ως άνω συμμετέχουσα εταιρία όφειλε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ της την ύπαρξη υπεργολαβίας, και συγκεκριμένα να δηλώσει στην ενότητα Γ του μέρους IV του ΕΕΕΣ της το τμήμα της σύμβασης (αναλυτικά και σε ποσοστό) που προτίθεται να αναθέσει υπό τη μορφή υπεργολαβίας στην «Κ... Α.Τ.Ε.Ε.», την ικανότητα του οποίου επικαλείται για την πλήρωση των κριτηρίων των άρθρων 22.Γ και ιδίως 22.Δ της Διακήρυξης, κάτι που δεν έπραξε. Επομένως, ισχυρίζεται ότι η παράλειψη αναφοράς, τόσο της σύστασης υπεργολαβίας (και προσδιορισμού του υπεργολάβου), όσο και του προσδιορισμού αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό %, των τμημάτων της σύμβασης που θα

εκτελεστούν από τον δανείζοντα οικονομικό φορέα και υπερβολάβο συνιστά ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς της «Α...Α.Τ.Ε.», η οποία έπρεπε να επιφέρει την απόρριψή της, αναφέρει δε ότι η ουσιώδης αυτή παράλειψη δεν είναι δεκτική συμπλήρωσης ή διευκρίνισης κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016, καθώς κάτι τέτοιο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη τροποποίηση προσφοράς, καθώς και ευθεία παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Εν συνεχεία, αναφέρει ότι ο παρέχων στήριξη ως προς τους τίτλους σπουδών, τα επαγγελματικά προσόντα και τη σχετική επαγγελματική εμπειρία που απαιτεί η διακήρυξη για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας οικονομικός φορέας «Κ... Α.Τ.Ε.Ε.» είναι συγχρόνως αναγκαία και υπερβολάβος, σε αντίθετη δε περίπτωση, απαραδέκτως τυγχάνει επίκλησης προς πλήρωση του κριτηρίου επιλογής και δεν λαμβάνεται υπόψη η στήριξη του και πως απαραδέκτως η ανωτέρω συμμετέχουσα εταιρία επικαλείται τη στήριξη του παραπάνω τρίτου οικονομικό φορέα για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και απαιτήσεων της διακήρυξης και άρα, δεδομένου ότι δεν πληροί η ίδια τα οικεία προσόντα, η προσφορά της είναι άνευ ετέρου αποκλειστέα. Επιπλέον, υποστηρίζει πως με την προσφορά της και ασχέτως της πρόωρης υποβολής του ως μέσου οριστικής απόδειξης κατ' άρ. 23.10 της διακήρυξης περί της στήριξης στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων υπέβαλε το από 14.12.2022 Ιδιωτικό Συμφωνητικό Δάνειας Εμπειρίας μεταξύ αυτής και της «Κ... Α.Τ.Ε.Ε.», σε αυτό αναφέρεται ότι ο τρίτος θα εκτελέσει τις εργασίες για τις οποίες παρέχει την στήριξη, πλην όμως ουδόλως προσδιορίζουν αυτές ούτε κατ' είδος ούτε κατά ποσοστό των εργασιών της όλης υπό ανάθεση σύμβασης, παρότι η αναφορά του οικείου ποσοστού ζητήθηκε στο ΕΕΕΣ, αλλά και επιβάλλεται κατά τη διακήρυξη και τις σχετικές νομοθετικές διατάξεις και πως η όλως αόριστη αναφορά στην «*κατασκευή εργασιών κατηγορίας ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ έργων της εν λόγω σύμβασης*», ουδόλως καλύπτει την υποχρέωση ρητής αναφοράς αναλυτικά και σε ποσοστό του τμήματος που θα εκτελεστεί από τρίτο οικονομικό φορέα, δεδομένου μάλιστα ότι το υπόψη έργο περιλαμβάνει δημοπρατείται βάσει του τιμολογίου μελέτης Υδραυλικών Έργων. Βάσει των ανωτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η παράλειψη αναφοράς τόσο της σύστασης υπερβολαβίας, όσο και του

προσδιορισμού αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό %, των τμημάτων της σύμβασης που θα εκτελούνταν συνιστά ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς του της «Α... Α.Τ.Ε.», η οποία πρέπει να επιφέρει τον αποκλεισμό της, ομοίως δε είναι απορριπτέα η προσφορά της λόγω αοριστίας και αντιφατικότητας, καθώς αφενός στο Ε.Ε.Ε.Σ. της δηλώνεται ότι δεν θα έχει υπεργολάβο και αφετέρου στο από 14.12.2022 προσκομιζόμενο Ιδιωτικό Συμφωνητικό δηλώνεται ότι η εταιρία «Κ... Α.Τ.Ε.Ε.» θα εκτελέσει τις σχετικές εργασίες. Η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι η παραπάνω εταιρία δεν πρόκειται να χρησιμοποιήσει υπεργολάβους (είτε αυτοτελώς, είτε ως τρίτους στην τεχνική ικανότητα των οποίων θα στηριχθεί) αλλά θα εκτελέσει η ίδια τη σύμβαση, με ίδια μέσα και προσωπικό, συνεπικουρούμενο από την εταιρία από την οποία δανείζεται την εν θέματι εμπειρία, ώστε, η δανείζουσα εταιρία δεν είναι υπεργολάβος, με την έννοια των άρ. 58, 165 και 166 του Ν. 4412/2016 ώστε να πρέπει να συμπληρωθεί το ΕΕΕΣ ή να δηλωθεί ποσοστό υπεργολαβίας και να επαληθευτούν οι λόγοι ποιοτικής επιλογής. Περαιτέρω, ισχυρίζεται πως πουθενά η διακήρυξη ανέφερε, και μάλιστα ρητά και επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, ότι και τα πρόσωπα που εμπίπτουν στη κατηγορία αυτή των «εξωτερικών συνεργατών» πρέπει να συμπληρώσουν ΕΕΕΣ και πως δεν τηρούνται οι διατυπώσεις για τους υπεργολάβους, που ορίζονται από τη Διακήρυξη και το νόμο, αν ο οικονομικός φορέας δεν προτίθεται να αναθέσει τμήμα του έργου σε υπεργολάβους. Ακόμη, αναφέρει ότι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, εκτός από αβάσιμοι, και αλυσιτελείς, αφού εξ ορισμού δεν υπάρχει περίπτωση ανάθεσης σε υπεργολάβους από την «Α...Α.Τ.Ε.» και πως η ουσιαστική δυνατότητα χρήσης των «μέσων» (οικονομικών και χρηματοοικονομικών ή/και τεχνικών και επαγγελματικών) αποτελεί αξιολογικό στοιχείο εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, ενώ η νομική φύση της «δέσμευσης» αυτών είναι αδιάφορη, δηλαδή δύναται, για παράδειγμα, να συνίσταται σε ιδιωτικό συμφωνητικό, σύμβαση ή σε υπεύθυνη δήλωση μεταξύ των μερών, αρκεί να έχει ακολουθηθεί ο έγγραφος τύπος, αναφέρεται δε σε εισήγηση στο πλαίσιο επιστημονικού συνεδρίου, ως προς τη διχογνωμία 7που έχει ανακύψει για το εάν οι οικονομικοί φορείς οφείλουν ή δεν οφείλουν

να δηλώσουν στο ΕΕΕΣ τους “δανείζοντες” τρίτους φορείς και ως υπεργολάβους καθώς και να αναφέρουν στην προσφορά τους το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσουν οι τελευταίοι. Ο προσφεύγων με το υπόμνημά του αναφέρει πως αβάσιμα υποστηρίζει ότι η «Α... Α.Τ.Ε.» δεν έχει καμία πρόθεση να αναθέσει υπεργολαβικά τμήμα της σύμβασης, καθώς «θα εκτελέσει η ίδια τη σύμβαση, με ίδια μέσα και προσωπικό», ενώ στο προσκομιζόμενο Ιδιωτικό Συμφωνητικό ρητά δηλώνεται ότι η «Κ...Α.Τ.Ε.Ε.» θα εκτελέσει τμήμα της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να προσδιορίζεται αυτό σαφώς και χωρίς να έχει δηλωθεί ποσοστό υπεργολαβίας και πως αβάσιμα ισχυρίζεται ότι *«Από καμία διάταξη του ν. 4412/16 προκύπτει ότι κάθε συνεργαζόμενος τρίτος ή ο δανείζων την εμπειρία του, έχει κατ’ ανάγκη την έννοια του υπεργολάβου και συνεπώς ως τέτοιος πρέπει να δηλώνεται, να συντάσσει Ε.Ε.Ε.Σ, να επαληθεύονται στο πρόσωπό του οι λόγοι ποιοτικής επιλογής κ.ο.κ.»* αναφέροντας ότι ουδεμία σχέση έχει η υποβολή ξεχωριστού ΕΕΕΣ προκειμένου η Αναθέτουσα Αρχή να ελέγξει την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και τη μη συνδρομή στο πρόσωπό τους λόγων αποκλεισμού, υποστηρίζει δε, ότι στις περιπτώσεις που, λαμβανομένων υπόψη της φύσης και των σκοπών ορισμένης σύμβασης και των σχετικών διατάξεων, οι ικανότητες ενός τρίτου φορέα, οι οποίες είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της σύμβασης, δεν είναι δυνατό να μεταβιβασθούν στον προσφέροντα, ο τελευταίος μπορεί να επικαλείται τις εν λόγω ικανότητες, μόνον στην περίπτωση που ο τρίτος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης. Επιπλέον, αναφέρει ότι η Αναθέτουσα Αρχή φάσκει και αντιφάσκει προσπαθώντας να δικαιολογήσει την απόφασή της να αποδεχθεί την προσφορά της «Α... Α.Τ.Ε.» και πως δεν απαντά επί της ουσίας των ισχυρισμών του, παρά όλως αορίστως αναφέρει διατάξεις τις οποίες άλλοτε ερμηνεύει κατά το δοκούν και άλλοτε δεν ερμηνεύει καν, παραθέτει δε απόσπασμα της εισήγησης στην οποία η Αναθέτουσα Αρχή παραπέμπει, ειδικότερα, στην, όπως αναφέρει, ορθότερη και επικρατέστερη νομολογιακά γνώμη περί του υπόψη ζητήματος.

14. Επειδή, επί του μόνου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Η εταιρία «Α... Α.Τ.Ε.» στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της

δήλωσε στο πεδίο Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων ότι «Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;

Απάντηση: Ναι Όνομα της οντότητας Κ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ, δ.τ.: Κ... Α.Τ.Ε.Ε.», στο δε ερώτημα περί του εάν προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας, απάντησε αρνητικά (βλ. αρχείο με τίτλο «ΕΕΕΣ 01 ΑΠ 27319», σελ. 4, 5/15). Συναφώς, στο υποβληθέν με την προσφορά της από 14.12.2022 «ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΔΑΝΕΙΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ» με την ανωτέρω εταιρία αναφέρεται ότι «Η εταιρεία Α...Α.Τ.Ε., προς τον σκοπό της εκτέλεσης των ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ εργασιών του Έργου (άρθ. 23.4 ό.π.), αποφασίζει την αποκλειστική συνεργασία και στήριξη στις ικανότητες της εταιρείας Κ... Α.Τ.Ε.Ε., σύμφωνα με την παρ. 22.ΣΤ ό.π. περί δάνειας εμπειρίας. Αφενός, η Κ... Α.Τ.Ε.Ε. δεσμεύεται ρητά ότι θα συνεργαστεί αποκλειστικά και θα παράσχει προς την Α... Α.Τ.Ε. την οικονομική επάρκεια, εμπειρία και τεχνογνωσία, ικανότητα και υπηρεσίες, ως και όλα τα αναγκαία μέσα, όπως το εργατοτεχνικό, διοικητικό και επιστημονικό της προσωπικό (ενδεικτική απαρίθμηση), σύμφωνα με τις απαιτήσεις της οικείας διακήρυξης, τόσο κατά την συμμετοχή της στη διαδικασία επιλογής αναδόχου, όσο και καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της ανωτέρω σύμβασης με τις τυχόν παρατάσεις της, σε περίπτωση που η Α... Α.Τ.Ε. ανακηρυχθεί ανάδοχος του Έργου. Αφετέρου, η εταιρεία Α... Α.Τ.Ε. δεσμεύεται ρητά ότι αποδέχεται τη διάθεση εκ μέρους της Κ... Α.Τ.Ε.Ε. των προαναφερόμενων πόρων και δυνατοτήτων, τόσο κατά την συμμετοχή της στη διαδικασία επιλογής αναδόχου, όσο και καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της ανωτέρω σύμβασης με τις τυχόν παρατάσεις της, σε περίπτωση που η ίδια αναδειχθεί ανάδοχος του Έργου.» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΑΠ 273198», σελ. 2-3/3). Όπως λίαν προσφάτως κρίθηκε από το ΔΕΕ (απόφαση της 26ης Ιανουαρίου 2023, υπόθεση C-403/21, SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș), «Στην περίπτωση που οι υποχρεώσεις που απορρέουν από ειδικές ρυθμίσεις που

ισχύουν για τις σχετικές με την επίμαχη σύμβαση δραστηριότητες και οι οποίες δεν προβλέπονται στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης αποτελούν πράγματι κριτήρια επιλογής κατά την έννοια του άρθρου 58 της οδηγίας 2014/24, υπενθυμίζεται ότι το άρθρο 63, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 προβλέπει το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να στηριχθεί, ως προς συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση, στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των μεταξύ τους δεσμών, προκειμένου να πληροί τις διάφορες κατηγορίες κριτηρίων επιλογής που απαριθμούνται στο άρθρο 58, παράγραφος 1, της εν λόγω οδηγίας και καθορίζονται στις παραγράφους 2 έως 4 του ίδιου άρθρου (πρβλ. αποφάσεις της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2* και *Mannocchi Luigino*, C 94/12, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33, και της 7ης Σεπτεμβρίου 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C 927/19, EU:C:2021:700, σκέψη 150). Εξάλλου, από την τελευταία περίοδο του άρθρου 63, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 προκύπτει σαφώς ότι, όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αρκεί να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, προσκομίζοντας τη σχετική δέσμευση των φορέων αυτών. Κατά συνέπεια, είναι πρόδηλο ότι η υπεργολαβία αποτελεί απλώς έναν από τους τρόπους με τους οποίους ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων και, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να του επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, ... το άρθρο 63, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24 έχει την έννοια ότι αντιτίθεται στον αποκλεισμό προσφέροντος από διαδικασία σύναψης σύμβασης για τον λόγο ότι δεν έχει ορίσει τον υπεργολάβο στον οποίο προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση υποχρεώσεων που απορρέουν από ειδικές ρυθμίσεις που ισχύουν για τις σχετικές με την επίμαχη σύμβαση δραστηριότητες και δεν προβλέπονται στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, όταν ο εν λόγω προσφέρων διευκρίνισε στην προσφορά του ότι θα εκπληρώσει τις εν λόγω υποχρεώσεις στηριζόμενος στις δυνατότητες άλλου φορέα, χωρίς ωστόσο να συνδέεται με τον φορέα αυτόν με σύμβαση υπεργολαβίας.» (σκ. 72-75). Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι το περιεχόμενο του άρ. 78, παρ. 1 του Ν.

4412/2016, που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη τις διατάξεις του άρ. 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, καθώς και του άρ. 2.2.8.1 της Διακήρυξης, που έχει όμοιο με αυτήν περιεχόμενο, δεν ερμηνεύονται με την έννοια ότι αποκλείεται προσφέρων από τη διαγωνιστική διαδικασία γιατί δεν έχει ορίσει τον υπερβολάβο στον οποίο προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση υποχρεώσεων που απορρέουν από ειδικές ρυθμίσεις που ισχύουν για τις σχετικές με την επίμαχη σύμβαση δραστηριότητες και δεν προβλέπονται στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, εφόσον διευκρίνισε στην προσφορά του ότι θα εκπληρώσει τις εν λόγω υποχρεώσεις στηριζόμενος στις δυνατότητες άλλου φορέα, χωρίς ωστόσο, να συνδέεται με αυτόν με σύμβαση υπερβολαβίας. Συναφώς, η υπερβολαβία αποτελεί έναν εκ των τρόπων, βάσει των οποίων οικονομικός φορέας δύναται να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων, εντούτοις, δεν δύναται να επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή. Κατά συνέπεια, αρκεί η δήλωση της παρεμβαίνουσας ότι θα στηριχθεί στα ανωτέρω φυσικά πρόσωπα για την πλήρωση κριτηρίου που αφορά σε τίτλους σπουδών, και στη δέσμευσή τους ότι οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες/υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες και δεν απαιτείται αυτοί να δηλωθούν ως υπερβολάβοι της, εφόσον δεν έχει συναφθεί σχετική σύμβαση μεταξύ τους, δοθέντος ότι η βούληση της Α...Α.Τ.Ε. δεν ήταν να αναθέσει στην εταιρία Κ... Α.Τ.Ε.Ε. τις σχετικές εργασίες ως υπερβολάβος, αλλά ως τρίτη, δανείζουσα σε αυτήν εμπειρία. Επομένως, ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, το δε παράβολο να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Αριθμός απόφασης : 646/2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12.04.2023 και εκδόθηκε στις 02.05.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ι.Σ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ