

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιανουαρίου 2025 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19-12-2024 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1863/20-12-2024 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», στο εξής ο «προσφεύγων», που εδρεύει στην ..., οδός ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής: «...», στο εξής η «αναθέτουσα αρχή», που εδρεύει στη ..., οδός ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα: «...», με το διακριτικό τίτλο «...», στο εξής ο «παρεμβαίνων», που εδρεύει στο ..., στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της από2024 απόφασης (εκ του από2024 πρακτικού) του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., ως διενεργούσας αρχής του διαγωνισμού, με θέμα: «Έγκριση Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου κατασκευής του έργου: «...» με αναθέτουσα αρχή την Διοίκηση της ..., κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του προσφεύγοντος.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού 4009,65 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης.
2. Επειδή, το ... (...), ενεργώντας κατ' εντολή, για λογαριασμό και στο όνομα της ..., με την με ΑΔΑΜ ... διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την κατασκευή του έργου «...», εκτιμώμενης αξίας ... ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%. Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) με αξιολόγηση μελέτης (άρ. 50 του ν. 4412/2016).
3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.
4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 19-12-2024, δηλαδή εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας από τη πλήρη γνώση της προσβαλλομένης (9-12-2024).
5. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού με το από2024 Πρακτικό Ι, αφού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών και έλεγξε την προσκόμιση των πρωτότυπων εγγυητικών επιστολών συμμετοχής, διαπίστωσε ότι στον φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» εκάστου συμμετέχοντα περιλαμβάνεται η εγγυητική επιστολή σε ηλεκτρονική μορφή, που φέρει προηγμένη ψηφιακή υπογραφή εκδόσεως Ταμείου Μηχανικών Εργοληπτών Δημοσίων Έργων (ΤΜΕΔΕ). Εν συνεχεία, η Επιτροπή του Διαγωνισμού έλεγξε την εγκυρότητα των εν λόγω εγγυητικών επιστολών, επιβεβαιώνοντας την γνησιότητα τους. Οι συμμετέχοντες, δε, οικονομικοί φορείς κατατάχθηκαν κατά σειρά μειοδοσίας ως ακολούθως: 1. ..., με ποσοστό έκπτωσης 17,44% 2. ..., με ποσοστό έκπτωσης 9,52% 3. ..., με ποσοστό έκπτωσης 2,88% 4. ..., με ποσοστό

έκπτωσης 0,01%. Ακολούθως, η Επιτροπή του Διαγωνισμού ήλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής κατά την σειρά μειοδοσίας. Κατά τη διενέργεια του εν λόγω ελέγχου έκρινε ότι η προσφορά του προσφεύγοντος είναι απορριπτέα, καθώς δεν πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 23.1 της διακήρυξης, καθώς στο Μέρος II του ΕΕΕΣ τους, στο πεδίο «Τμήματα που συμμετάσχει ο ΟΦ» τα μελετητικά γραφεία «...» και «...» δηλώνουν ότι συμμετέχουν ως υπεργολάβοι του οικονομικού φορέα «...», χωρίς ωστόσο ούτε στο ΕΕΕΣ τους αλλά ούτε και στο ΕΕΕΣ του φορέα «...» να αναγράφεται το ποσοστό υπεργολαβίας. Ακολούθως, η Επιτροπή του Διαγωνισμού εισηγήθηκε προς το Διοικητικό Συμβούλιο του ... αφενός την απόρριψη των προσφορών της «...» (όπως και της «...») και αφετέρου την ανάδειξη του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και δ.τ. «...» ως προσωρινού αναδόχου του έργου. Το ως άνω Πρακτικό Ι εγκρίθηκε με το από2024 Απόσπασμα του από2024 πρακτικού του Διοικητικού Συμβουλίου της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...».

6. Επειδή, ο παρεμβαίνων στις 30-12-2024 άσκησε νόμιμα και εμπρόθεσμα παρέμβαση για την απόρριψη της προσφυγής, έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον, διότι, έχει ήδη αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης και ως εκ τούτου τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

7. Επειδή, με τις υπ 'αριθμ. 2244/2024 πράξη της Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ ορίσθηκε εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης των προσφυγών και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλλει τις απόψεις της, τις οποίες υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 3-1-2025 ενώ στις 8-1-2025 τόσο ο προσφεύγων όσο και ο παρεμβαίνων υπέβαλαν εμπρόθεσμα υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

8 Επειδή, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι, δεν είναι νόμιμη αιτιολογία της προσβαλλομένης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά του λόγω μη δήλωσης του ποσοστού υπεργολαβίας των τρίτων στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται προς πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής ικανότητας σχετικά με την ιδιότητα και τα προσόντα των μελετητών. Και τούτο διότι, οι τρίτοι στις ικανότητες των οποίων

στηρίζεται ο προσφέρων, εφόσον δηλώνονται και ως υπεργολάβοι για την εκτέλεση τμήματος της σύμβασης δεν υποχρεούνται να δηλώσουν το ποσοστό της ανατιθέμενης υπεργολαβίας, υποχρέωση η οποία βαρύνει μόνο τους υπεργολάβους, στις ικανότητες των οποίων δεν στηρίζεται ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, όπως άλλωστε κρίθηκε, κατά τους ισχυρισμούς του, και με την επικαλούμενη υπ αριθ. 1412/2024 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας.

9. Επειδή, ο παρεμβαίνων από την πλευρά του αποκρούει τους ισχυρισμούς ως αβάσιμους, ισχυριζόμενος ότι, η προσφορά της εταιρείας "... " παραβιάζει ευθέως το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (βλ. ιδίως αρ. 22.Δ.α2, αρ. 23.1, αρ. 25.1, Παράρτημα VI της διακήρυξης σε συνδυασμό και με την 23η Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΔΗΣΥ), το οποίο έγινε ανεπιφύλακτα αποδεκτό από την ανταγωνίστρια εταιρεία διά της συμμετοχής της στο διαγωνισμό. Η παραβίαση του κανονιστικού πλαισίου συνίσταται στο γεγονός ότι ενώ η προσφέρουσα εταιρεία "... " δηλώνει στο ΕΕΕΣ της ότι θα στηριχθεί στις δανείζουσες μελετητικές εταιρείες για τη σύνταξη των μελετών από αυτές ως υπεργολάβοι, εντούτοις στο ΕΕΕΣ της δεν αναφέρει το ποσοστό της συναφούς υπεργολαβίας, παρά την αντίθετη ρητή απαίτηση του διαγωνισμού, και ενώ και σε κανένα άλλο σημείο της προσφοράς της δεν το προσδιορίζει διαφορετικά και δη ειδικότερα. Ομοίως και στα ΕΕΕΣ των μελετητών της αναφέρεται ότι εκείνοι αποτελούν τρίτους παρέχοντες δάνεια στήριξη και υπεργολάβους αλλά και πάλι δίχως να προσδιορίζεται το ποσοστό της υπεργολαβίας κατά πρόδηλη παραβίαση του κανονιστικού πλαισίου. Η υποχρεωτική δήλωση του ποσοστού υπεργολαβίας στο ΕΕΕΣ αποτυπώνεται στο αρ. 23.1., στο αρ. 25.1, στο Παράρτημα VI της Διακήρυξης εν σχέσει με το ΕΕΕΣ και στην παραπεμπόμενη σε αυτό 23η Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΔΗΣΥ. Επίσης, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι, η υπ' αριθμ. 1412/2024 απόφαση του ΣΤΕ, την οποία και μόνο επικαλείται ο προσφεύγων, στην προσπάθειά του να επιτύχει την ακύρωση της ορθής και αιτιολογημένης αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής και την περαιτέρω διάσωση της προσφοράς του, αφορά έτερα πραγματικά και νομικά περιστατικά και προδήλως δεν αφορά το αναφυόμενο εν προκειμένω ζήτημα. Ακόμη δε και σε επίπεδο μείζονος συλλογισμού οι σκέψεις που αναφέρει το Ανώτατο

Ακυρωτικό Δικαστήριο επιλύουν διαφορετικό νομικό ζήτημα εν σχέσει με την εξεταζόμενη πλημμέλεια της προσφοράς της εταιρείας "...", που μάλιστα προκύπτει ευθέως από την ad hoc εφαρμοζόμενη διακήρυξη, την οποία ορθά εντόπισε η Επιτροπή Διαγωνισμού και επικύρωσε το Δ.Σ. του

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται σχετικά ότι, από τη γραμματική ερμηνεία των κανονιστικών διατάξεων των άρθρων 23.1 και 25 της διακήρυξης συνάγεται η υποχρέωση υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ των υπεργολάβων και των τρίτων, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, σε κάθε δε περίπτωση, υποβάλλεται και το ΕΕΕΣ του μελετητή. Η τελευταία απαίτηση τίθεται ανεξαρτήτως της νομικής μορφής της έννομης σχέσης σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τρίτου προσώπου, ήτοι το ΕΕΕΣ του μελετητή υποβάλλεται ακόμη και στην περίπτωση που αυτός δεν δηλώνεται ως «δανείζων εμπειρία». Εκ τούτου έπεται ότι από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού προβλέπεται πως σε κάθε περίπτωση, ο μελετητής αναλαμβάνει την εκτέλεση της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας, με περαιτέρω συνέπεια την υποχρέωση δήλωσης του ποσοστού υπεργολαβίας τόσο στο ΕΕΕΣ του υποψηφίου όσο και στο ΕΕΕΣ του υπεργολάβου. Περαιτέρω, εκ των ερμηνευτικών παραδοχών στις οποίες προέβη το ΣΤΕ με την απόφαση 1412/20124, προκύπτει ότι εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια του συμμετέχοντος στη διαγωνιστική διαδικασία να επιλέξει την ειδικότερη νομική μορφή της έννομης σχέσης με τον τρίτο. Εκ τούτου έπεται ότι στην περίπτωση που ο ίδιος ο προσφέρων δηλώσει ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής ότι ο «δανείζων εμπειρία» πρόκειται να εκτελέσει τμήμα της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας, ενεργοποιούνται οι σχετικές κανονιστικές διατάξεις της Διακήρυξης που αφορούν στην προαπόδειξη των απαιτήσεων για τους υπεργολάβους. Και ναι μεν στην τελευταία περίπτωση δεν απαιτείται να ελεγχθεί εάν οι υπεργολάβοι βρίσκονται σε κατάσταση που θα δικαιολογούσε τον αποκλεισμό οικονομικών φορέων και εάν διαθέτουν τις απαιτούμενες ικανότητες για την ορθή εκτέλεση των εργασιών, διότι ο έλεγχος αυτός πραγματοποιήθηκε στο πλαίσιο της αξιολόγησης των κρίσιμων προϋποθέσεων για την στήριξη στην ικανότητα σε τρίτους, πλην όμως δεν αναιρείται η υποχρέωση για τη δήλωση του ποσοστού υπεργολαβίας, όταν αυτή προβλέπεται από τις κανονιστικές διατάξεις της Διακήρυξης.

11. Επειδή, στην υπό κρίση διακήρυξη ορίζονται τα ακόλουθα: «22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα[...]α2) Για τις απαιτούμενες μελέτες του έργου: Όλες οι μελέτες, τόσο στο στάδιο του διαγωνισμού όσο και στο στάδιο της εκτέλεσης του έργου, πρέπει να έχουν εκπονηθεί από μελετητές οι οποίοι διαθέτουν τα νόμιμα προσόντα, κατά τις διατάξεις του ν. 4412/2016, τις λοιπές κείμενες διατάξεις σχετικά με τους όρους άσκησης του επαγγέλματος του μελετητή, καθώς και με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης της παρούσας διαδικασίας ανάθεσης. Μεταβολή του προσώπου του μελετητή που γνωστοποιήθηκε στην Αρχή, απαιτεί την προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Αρχής. Τα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα των μελετητών βάσει των προς εκπόνηση μελετών έχουν ως εξής: Κατηγορία 6 - Αρχιτεκτονικές Μελέτες Κτιριακών Έργων: τουλάχιστον 1 μελετητή δετούς εμπειρίας ... Κατηγορία ... – Μελέτες Μηχανολογικές, Ηλεκτρολογικές, Ηλεκτρονικές: τουλάχιστον 1 μελετητή δετούς εμπειρίας Επισημαίνεται ότι: • Οι μελετητές που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα οικεία επαγγελματικά μητρώα που τηρούνται στην Ελλάδα. • Τα ζητούμενα ως άνω έτη εμπειρίας των μελετητών, προσμετρώνται από το έτος κτήσης του αντίστοιχου Πτυχίου / διπλώματος. • Οι μελετητές δεν επιτρέπεται να συνεργάζονται με περισσότερους από έναν διαγωνιζόμενους», «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 (στην περίπτωση αυτή, τόσο στο ΕΕΕΣ του υποψηφίου όσο και στο ΕΕΕΣ του υπεργολάβου δηλώνεται το ποσοστό υπεργολαβίας, ενώ στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ κάθε φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται. Συναφώς, υποβάλλεται και το ΕΕΕΣ του μελετητή». «25.1 Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Αν ο ανάδοχος πρότεινε συγκεκριμένους υπεργολάβους κατά την υποβολή της προσφοράς του, υποχρεούται, κατά την υπογραφή της σύμβασης εκτέλεσης, να προσκομίσει την υπεργολαβική

σύμβαση. Η Διευθύνουσα Υπηρεσία μπορεί να χορηγήσει προθεσμία στον ανάδοχο κατ' αίτησή του, για την προσκόμιση της υπεργολαβικής σύμβασης με τον αρχικώς προταθέντα υπεργολάβο ή άλλον, που διαθέτει τα αναγκαία, κατά την κρίση της υπηρεσίας αυτής, προσόντα, εφόσον συντρέχει σοβαρός λόγος.».

12. Επειδή, στο Μέρος IV του ΕΕΕΣ («Κριτήρια Επιλογής»), που διέθεσε η αναθέτουσα αρχή στο ΕΣΗΔΗΣ προς συμπλήρωση από τους οικονομικούς φορείς και το οποίο ταυτίζεται με το πρότυπο του εκτελεστικού κανονισμού 2016/7 της Επιτροπής (... και διορθωτικό ...) , στο κεφάλαιο Γ' «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» περιλαμβάνεται το ακόλουθο πεδίο: «Ποσοστό υπεργολαβίας Ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, τότε θα πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους σχετικούς υπεργολάβους, βλέπε μέρος II, ενότητα Γ ανωτέρω».

13. Επειδή, όπως κρίθηκε προσφάτως νομολογιακά (ΣΤΕ 1412/2024 σκ.10): «[...]η προβλεπόμενη στο άρθρο 58 του ν. 4412/2016 υποχρέωση του προσφέροντος να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους και τους προτεινόμενους υπεργολάβους (και οι συναφείς υποχρεώσεις των άρθρων 131 και 166 του νόμου αυτού), εφαρμόζεται μόνο στην περίπτωση «υπεργολάβων στις ικανότητες των οποίων δεν στηρίζεται ο προσφέρων», όπως τούτο σαφώς αποτυπώνεται, κατά τα προεκτεθέντα, στο τυποποιημένο έντυπο ΕΕΕΣ του Κανονισμού 2016/7, και όχι στην περίπτωση υπεργολάβων στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων». Και τούτο διότι, όπως, έκρινε το ΣΤΕ με την ίδια ως άνω απόφαση: «Στην περίπτωση που (η αναθέτουσα αρχή) προτίθεται να αναθέσει τη σύμβαση στον συγκεκριμένο προσφέροντα ελέγχει επί τη βάσει των προσκομιζόμενων, υποχρεωτικώς πριν την ανάθεση, δικαιολογητικών (βλ. C-469/22, Ambisig, σκ. 25 και 26) αφενός μεν ότι πληρούνται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής στο πρόσωπο τόσο του

προσφέροντος όσο και των τρίτων φορέων, αφετέρου δε ότι ο προσφέρων αποδεικνύει ότι θα έχει όντως στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους που δεν του ανήκουν για την εκτέλεση της σύμβασης και ότι οι τρίτοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή θα παράσχουν τις υπηρεσίες που άπτονται ικανοτήτων σχετικών με τίτλους σπουδών, επαγγελματικά προσόντα και τη «σχετική επαγγελματική πείρα». Κατά τον τρόπο αυτό οι ικανότητες των τρίτων ενσωματώνονται στις ικανότητες του προσφέροντος πριν την ανάθεση της σύμβασης, κατόπιν αποτελεσματικού ελέγχου τόσο της αξιοπιστίας όσο και της ικανότητάς τους». Συνεπώς, στην περίπτωση τρίτων στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται/υπεργολάβων ο προσφέρων, ο απαιτούμενος έλεγχος της αξιοπιστίας και ικανότητας αυτών έχει ήδη γίνει με το ΕΕΕΣ, γι' αυτό και δεν χρειάζονται πρόσθετες δηλώσεις, όπως για το ποσοστό της υπεργολαβίας. Αυτό ακριβώς αποτυπώνεται και στο ΕΕΕΣ που κλήθηκε να συμπληρώσει ο νυν προσφεύγων, στο οποίο ορίζεται ότι: «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης». Παρακάτω, ωστόσο, διευκρινίζεται ότι: «εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, τότε θα πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους σχετικούς υπεργολάβους». Επομένως, όπως ήδη έκρινε το ΣΤΕ, ερμηνεύοντας τις σχετικές διατάξεις (βλ. ιδίως άρθρο 58 του ν.4412/2016, που έχει μεταφερθεί στη διακήρυξη στα άρθρα 23.1 και 25.1), η υποχρέωση δήλωσης του ποσοστού της υπεργολαβίας αφορά μόνο τις περιπτώσεις υπεργολάβων, στις ικανότητες των οποίων δεν στηρίζεται ο προσφέρων.

14. Επειδή, εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος με την κάτωθι αιτιολογία: «η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» κρίνεται απορριπτέα καθώς δεν πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 23.1 της Διακήρυξης το οποίο προβλέπει ότι στην περίπτωση δήλωσης υπεργολαβίας, «τόσο στο ΕΕΕΣ του υποψηφίου όσο και στο ΕΕΕΣ του υπεργολάβου δηλώνεται το ποσοστό υπεργολαβίας», καθώς στο Μέρος II του ΕΕΕΣ τους, στο πεδίο «Τμήματα που συμμετάσχει ο ΟΦ» τα μελετητικά γραφεία «...» και «...» δηλώνουν ότι συμμετέχουν ως υπεργολάβοι του

οικονομικού φορέα «...», χωρίς ωστόσο ούτε στο ΕΕΕΣ τους αλλά ούτε και στο ΕΕΕΣ του φορέα «...» να αναγράφεται το ποσοστό υπεργολαβίας. Ως προς τους οικονομικούς φορείς «...» και «...», διαπιστώθηκε η πληρότητα και συμφωνία των υποβληθέντων δικαιολογητικών, σύμφωνα με τους της Διακήρυξης».

15. Επειδή, στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο προσφεύγων δήλωσε στο ΕΕΕΣ του ότι, αναφορικά με τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αφορούν τις απαιτούμενες μελέτες του έργου (22.Δ.α2) στηρίζεται αφενός στις ικανότητες της ... και τον διακριτικό τίτλο Η ..., που κατέχει την τεχνική – επαγγελματική ικανότητα του άρθρου 22.Δ. παρ. (α2) της διακήρυξης και συγκεκριμένα διαθέτει Μελετητικό πτυχίο κατηγορίας ... για Αρχιτεκτονικές Μελέτες Κτιριακών Έργων, και αφετέρου, στις ικανότητες της Η ... που κατέχει την τεχνική – επαγγελματική ικανότητα του άρθρου 22.Δ. παρ. (α2) της διακήρυξης και συγκεκριμένα διαθέτει Μελετητικό πτυχίο κατηγορίας ... για Μελέτες Μηχανολογικές, Ηλεκτρολογικές, Ηλεκτρονικές. Οι εταιρείες, δε, αυτές κατά την απαίτηση του άρθρου 22ΣΤ της διακήρυξης και του αντίστοιχου άρθρου 78 του ν. 4412/2016 «θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες», και για το λόγο αυτό στα ΕΕΕΣ τους δηλώθηκε από την ... ότι: «Η ... κατέχει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παραγράφου α2) του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης ..., και ειδικότερα διαθέτει Μελετητικό πτυχίο κατηγορίας ... για Αρχιτεκτονικές Μελέτες Κτιριακών Έργων. Είναι σε θέση να προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά των αποδεικτικών μέσων του άρθρου 23.6 (δ) όσον αφορά τις αρχιτεκτονικές μελέτες – κατηγορία (...). Η ... ως Τρίτος φορέας - Υπεργολάβος έχοντας λάβει γνώση των τευχών και των όρων δημοπράτησης του διαγωνισμού, τους οποίους μάλιστα αποδέχεται ρητά και ανεπιφύλακτα, δηλώνει και δεσμεύεται ότι θα διαθέσει αποκλειστικά υπέρ της ... Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα της παραγράφου α2) του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης όσον αφορά τις αρχιτεκτονικές μελέτες και κάθε άλλο τεχνικό ή μη πόρο που τυχόν απαιτηθεί ώστε αυτή η ικανότητα να είναι στη διάθεσή της καθ' όλη τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας και για όσο χρονικό διάστημα διαρκέσει η εκτέλεση της σύμβασης σε περίπτωση που της ανατεθεί η σύμβαση. Επίσης δηλώνει και δεσμεύεται ότι θα εκτελέσει ως

υπεργολάβος τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητές της στο τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει.» και από την ... ότι «Η ... κατέχει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παραγράφου α2) του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης ..., και ειδικότερα διαθέτει Μελετητικό πτυχίο κατηγορίας ... για Ηλεκτρομηχανολογικές μελέτες. Είναι σε θέση να προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά των αποδεικτικών μέσων του άρθρου 23.6 (δ) όσον αφορά τις ηλεκτρομηχανολογικές μελέτες – κατηγορία (...). Η ... ως Τρίτος φορέας - Υπεργολάβος έχοντας λάβει γνώση των τευχών και των όρων δημοπράτησης του διαγωνισμού, τους οποίους μάλιστα αποδέχεται ρητά και ανεπιφύλακτα, δηλώνει και δεσμεύεται ότι θα διαθέσει αποκλειστικά υπέρ της ... Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα της παραγράφου α2) του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης όσον αφορά τις ηλεκτρομηχανολογικές μελέτες και κάθε άλλο τεχνικό ή μη πόρο που τυχόν απαιτηθεί ώστε αυτή η ικανότητα να είναι στη διάθεσή της καθ' όλη τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας και για όσο χρονικό διάστημα διαρκέσει η εκτέλεση της σύμβασης σε περίπτωση που της ανατεθεί η σύμβαση. Επίσης δηλώνει και δεσμεύεται ότι θα εκτελέσει ως υπεργολάβος τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητές της στο τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει.». Επομένως, στη συγκεκριμένη περίπτωση ο προσφεύγων έχει δηλώσει ότι οι ως άνω δύο εταιρείες είναι τρίτοι οικονομικοί φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αφορούν τις απαιτούμενες μελέτες του έργου, και ενόψει της απαίτησης του όρου 22ΣΤ της διακήρυξης θα εκτελέσουν τις μελέτες αυτές, συνιστώντας ταυτόχρονα υπεργολάβους του. Το γεγονός αυτό άλλωστε δεν αμφισβητείται, αντιθέτως στην εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ρητά αναφέρει ότι (σελ. 20 προσφυγής): «Ως εκ τούτου, οι ως άνω δύο εταιρείες είναι τρίτοι οικονομικοί φορείς στις ικανότητες των οποίων στηριζόμαστε για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αφορούν τις απαιτούμενες μελέτες του έργου, και ενόψει της απαίτησης του όρου 22ΣΤ της διακήρυξης θα εκτελέσουν τις μελέτες αυτές και συνεπώς συνιστούν ταυτόχρονα υπεργολάβους μας.». Περαιτέρω, ο προσφεύγων δεν δήλωσε στο

ΕΕΕΣ του κανένα ποσοστό υπεργολαβίας, το ίδιο δε έπραξαν και οι υπεργολάβοι του, δηλαδή οι ανωτέρω μελετητικές εταιρείες.

16. Επειδή, επομένως, με βάση όσα έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, ορθώς ο προσφεύγων, ο οποίος προτείνει υπεργολάβους, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, δεν δήλωσε οποιοδήποτε ποσοστό υπεργολαβίας αλλά αρκέστηκε στην υποβολή των ΕΕΕΣ τους. Τούτο δε, σε αντίθεση με τα όσα αβάσιμα ισχυρίζονται τόσο ο παρεμβαίνων όσο και η αναθέτουσα αρχή, ουδόλως παραβιάζουν το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, που θα πρέπει να ερμηνεύεται με τον τρόπο που κρίθηκε με την υπ' αρ. 1412/2024 απόφαση του ΣΤΕ και ήδη εκτέθηκε ανωτέρω και που, άλλωστε προκύπτει από το ίδιο το ΕΕΕΣ που κλήθηκε στη συγκεκριμένη περίπτωση να συμπληρώσει ο προσφεύγων, το οποίο ήταν διαθέσιμο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Περαιτέρω, αλυσιτελώς, τόσο ο παρεμβαίνων όσο και η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζονται ότι η ανωτέρω απόφαση του ΣΤΕ δεν αφορά το υπό κρίση ζήτημα αλλά απλώς αυτό αναφέρθηκε στη μείζονα σκέψη του Δικαστηρίου, που έκρινε επί άλλου νομικού ζητήματος. Και τούτο διότι, η κρίση του ΣΤΕ επί του ενώπιον του κριθέντος ζητήματος ερείδεται στο πρόκριμα ότι οι απαιτήσεις που τίθενται από το νόμο και τη διακήρυξη σχετικά με τη δήλωση του υπεργολάβου και του τμήματος (ποσοστού) που αυτός θα εκτελέσει έχουν ως δικαιολογητικό έρεισμα τη δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να ελέγχουν εάν οι υπεργολάβοι πληρούν τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής και ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό τους λόγοι αποκλεισμού. Όταν όμως οι υπεργολάβοι είναι ταυτόχρονα και τρίτοι στηρίζοντες, το δικαιολογητικό αυτό έρεισμα εκλείπει, αφού οι τρίτοι υποβάλλουν ούτως ή άλλως ΕΕΕΣ προς απόδειξη πλήρωσης των αναγκαίων κριτηρίων επιλογής και προς προαπόδειξη ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό τους λόγοι αποκλεισμού. Ως εκ τούτου κρίθηκε ότι οι απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης σχετικά με τους υπεργολάβους αφορούν μόνον τους υπεργολάβους στις ικανότητες των οποίων οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται. Αβασίμως, δε, προβάλλει ο παρεμβαίνων ότι δεν είναι δυνατή η επίκληση της ως άνω νομολογίας ακόμη και σε περιπτώσεις που υφίσταται όντως υπεργολαβία με βάση τις δηλώσεις των μερών, όπως εν προκειμένω και, επομένως θα πρέπει να εφαρμοσθούν

οι περί εργολαβίας διατάξεις της διακήρυξης. Και τούτο διότι, από τη συνδυαστική ερμηνεία των άρθρων 23.1 και 25 της διακήρυξης, υπό το φως των όσων έγιναν δεκτά με την 1412/2024 ΣΤΕ, προκύπτει ότι η υποχρέωση δήλωσης ποσοστού στο ΕΕΕΣ αφορά αποκλειστικά τους υπεργολάβους, στις ικανότητες των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας και το επίμαχο ερώτημα του ΕΕΕΣ δεν αφορά υπεργολάβους που συνιστούν ταυτόχρονα και δανειοπαρόχους. Σημειωτέον ότι η 1412/2014 ΣΤΕ ερμήνευσε το άρθρο 58 του Ν. 4412/2016, το οποίο επαναλαμβάνεται στην πρότυπη διακήρυξη των έργων στο άρθρο 25 και το οποίο εμπεριέχεται αυτούσιο στην επίμαχη διακήρυξη. Σε κάθε περίπτωση οι ισχυρισμοί που προβάλλει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της δεν μπορούν να γίνουν δεκτοί καθώς θα πρέπει να επαναδιατυπωθούν με βάση τα όσα εισέφερε η ανωτέρω απόφαση του ΣΤΕ σχετικά με την ερμηνεία των επίμαχων διατάξεων του νόμου, και κατ' επέκταση της διακήρυξης. Συνεπώς, ο λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

17.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του προσφεύγοντος και να απορριφθεί η παρέμβαση. Τέλος, πρέπει να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016 .

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή και

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη από2024 απόφαση (εκ του από2024 πρακτικού) του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., ως διενεργούσας αρχής του διαγωνισμού, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό .

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24-1-2025 και εκδόθηκε στις 3-2-2025 στην Αθήνα

Αριθμός απόφασης: 158/2025

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΙΑ ΠΛΟΣΚΑ