

**Αριθμός απόφασης: 149/2017**

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 01.11.2017 με την εξής σύνθεση:  
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη - Εισηγήτρια και  
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή, με  
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών  
(Α.Ε.Π.Π.)/123/04-10-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/21/04-10-  
2017, της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το  
διακριτικό τίτλο «.....», η οποία εδρεύει στ....., οδός ....., νομίμως  
εκπροσωπούμενης.

Κατά της υπ' αριθ. 296/2017 απόφασης τ..... με την έγκριση  
πρακτικού Επιτροπής Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια  
διαφόρων ειδών επισιτιστικής και βασικής υλικής συνδρομής .....στην  
Περιφερειακή Ενότητα ....., προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.318.183,28€  
συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, συνολικά για το έτος 2017, με κριτήριο  
κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο  
βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την  
ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης καθ' ο μέρος την αφορά,  
ισχυριζόμενη ότι εσφαλμένως και κατά παράβαση της Διακήρυξης και του  
οικείου νομοθετικού πλαισίου απορρίφθηκε η προσφορά της κατά το στάδιο  
ελέγχου των «Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» και ως εκ  
τούτου αυτή αποκλείστηκε από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής  
διαδικασίας.

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 167230085957 1201 0085), ποσού 1.680,00€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογισμό της Ομάδας 4, ύψους 335.826,72€ χωρίς ΦΠΑ.

2. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποβάλλει την υπό κρίση Προσφυγή χωρίς να κάνει χρήση του τυποποιημένου προς τούτο εντύπου προδικαστικής προσφυγής, όπως απαιτεί η διάταξη του άρθρου 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016). Παρόλα αυτά, από την επισκόπηση του περιεχομένου της ασκηθείσας Προσφυγής προκύπτει ότι αυτή δεν απόσχει κατά το ουσιώδες μέρος της από τα προδιατυπωμένα πεδία του τυποποιημένου εντύπου, γεγονός που θεραπεύει την έλλειψη χρήσης αυτού, στο μέτρο που η χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν απαιτείται εκ του νόμου επί ποινή απαραδέκτου.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, στα οποία προβλέπεται ότι «1. (σ)ε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», ως εν προκειμένω, αφού η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης στις 27.09.2017 και η Προσφυγή ασκήθηκε στις 04.10.2017.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 296/2017 απόφασης τ..... αναφορικά με την έγκριση πρακτικού της Επιτροπής Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια διαφόρων ειδών επισιτιστικής και βασικής υλικής συνδρομής για .....στην Περιφερειακή Ενότητα .....» προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.318.183,28€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, συνολικά για το έτος 2017, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, ο οποίος και διενεργήθηκε μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και με συστημ. αριθμ. ....

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της για την προσβολή της επίδικης εκτελεστής διοικητικής πράξης, προσδιορίζοντας αυτό ως άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, αφού έχει υποβάλει προσφορά και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη, ειδικότερα, ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, αφού η τελευταία με την ανωτέρω προσβαλλόμενη, απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, ως μη περιέχουσα τα από τη Διακήρυξη προβλεπόμενα/ απαιτούμενα ακριβή δικαιολογητικά, επικαλούμενη (η αναθέτουσα) ότι, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους την υλοποίηση τμήματος της υπό ανάθεση προμήθειας, για έκαστο τρίτο φορέα, απαιτείται να καταθέσει Δήλωση Συνεργασίας, η οποία θα έχει τη μορφή Ιδιωτικού Συμφωνητικού ή Συμβολαιογραφικής Πράξης, η οποία δεν έχει κατατεθεί εν προκειμένω από την προσφεύγουσα, όπως επίσης δεν έχει κατατεθεί και το ΕΕΕΣ του τρίτου φορέα.

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο, το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

10. Επειδή, εν προκειμένω η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία εγκρίθηκε το σχετικό πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και αποκλείσθηκε (η προσφεύγουσα) από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, για τους λόγους που αναφέρει στην Προσφυγή της. Όπως δε επικαλείται σε αυτούς, μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα δεν αναθέτει την εκτέλεση μέρους της συγκεκριμένης σύμβασης σε τρίτους είτε συμβατικά είτε εν τοις πράγμασι. Αναφέρει μάλιστα ότι δεν αποτελεί εταιρία παραγωγής αλλά εμπορίας κρέατος, γεγονός που έχει σαν συνέπεια την προμήθεια των εμπορευμάτων που διαθέτει στους πελάτες της από τρίτους.

11. Επειδή, με το από 10.10.2017 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της κρινόμενης Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής. Αναφέρει δε σχετικά ότι σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 «Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητα (άρθρο 75 παρ. 4 )». Επίσης «Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος (άρθρο 75 παρ.5). Σε ότι αφορά την προμήθεια των ειδών των Ομάδων του Πίνακα Α, απαιτείται να διασφαλίζεται ότι η παραγωγή (σε ότι αφορά τα είδη των Ομάδων 1-5), η μεταποίηση (σε ότι αφορά τα είδη των Ομάδων 1-5), η συσκευασία, η αποθήκευση, η μεταφορά, η διακίνηση και η διάθεση των τροφίμων πραγματοποιείται με υγιεινό τρόπο και ότι οι αντίστοιχες επιχειρήσεις τροφίμων εφαρμόζουν, διατηρούν και αναθεωρούν διαδικασίες HACCP, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην ΚΥΑ 487/4-10-2000, όπως αυτή ισχύει. Η αρμόδια Επιτροπή κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών παρατήρησε ότι εφόσον δεν φέρει ISO παραγωγής θα πρέπει σύμφωνα με την διακήρυξη ο οικονομικός

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

φορέας, εάν προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους την υλοποίηση τμήματος της υπό ανάθεση προμήθειας, για έκαστο τρίτο φορέα, απαιτείται να καταθέσει Δήλωση Συνεργασίας, η οποία θα έχει τη μορφή Ιδιωτικού Συμφωνητικού ή Συμβολαιογραφικής Πράξης, που θα αναφέρει τουλάχιστον τα ακόλουθα: την έγκριση συμμετοχής στο διαγωνισμό, την περιγραφή τμήματος / ποσοστού της προμήθειας που προτίθεται ο οικονομικός φορέας να αναθέσει στον τρίτο φορέα, την Επωνυμία του τρίτου φορέα, την Ημερομηνία και τυχόν λοιπούς όρους που αναφέρονται στη Δήλωση Συνεργασίας, ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος του τρίτου φορέα έχει αποδεχθεί έναντι του προσφέροντα οικονομικού φορέα την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης. Εφόσον ο οικονομικός φορέας αναθέτει πάνω από το 30 % σε τρίτους είναι υπεργολαβία και δεν αναφέρεται ούτε στο ΕΕΕΣ αλλά ούτε και σαν μορφή ιδιωτικού συμφωνητικού». Για αυτούς τους λόγους απέρριψε και την προσφορά της προσφεύγουσας.

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 131 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ): «1. Η τήρηση των υποχρεώσεων της παρ. 2 του άρθρου 18 από υπεργολάβους υπόκειται σε παρακολούθηση και έλεγχο από τις αρμόδιες εθνικές αρχές. 2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να προβλέπουν στα έγγραφα της σύμβασης ότι, κατόπιν αιτήματος του υπεργολάβου και εφόσον η φύση της σύμβασης το επιτρέπει, η αναθέτουσα αρχή καταβάλλει απευθείας στον υπεργολάβο την αμοιβή του για την εκτέλεση προμήθειας, υπηρεσίας ή έργου, δυνάμει σύμβασης υπεργολαβίας με τον ανάδοχο. Στην περίπτωση αυτή, στα έγγραφα της σύμβασης καθορίζονται τα ειδικότερα μέτρα ή οι μηχανισμοί που επιτρέπουν στον κύριο ανάδοχο να εγείρει αντιρρήσεις ως προς αδικαιολόγητες πληρωμές, καθώς και οι ρυθμίσεις που αφορούν αυτόν τον τρόπο πληρωμής. 3. Οι παράγραφοι 1 και 2 και το άρθρο 58 δεν αίρουν την ευθύνη του κύριου αναδόχου. 4. Στις περιπτώσεις των συμβάσεων έργων και όσον αφορά τις υπηρεσίες που πρόκειται να παρασχεθούν σε εγκαταστάσεις υπό την άμεση εποπτεία της αναθέτουσας αρχής, μετά την ανάθεση της σύμβασης και το αργότερο κατά την έναρξη της εκτέλεσής της, ο κύριος

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

ανάδοχος υποχρεούται να αναφέρει στην αναθέτουσα αρχή το όνομα, τα στοιχεία επικοινωνίας και τους νόμιμους εκπροσώπους των υπεργολάβων του, οι οποίοι συμμετέχουν στα εν λόγω έργα και υπηρεσίες, εφόσον είναι γνωστά τη συγκεκριμένη χρονική στιγμή. Ο κύριος ανάδοχος υποχρεούται να γνωστοποιεί στην αναθέτουσα αρχή κάθε αλλαγή των πληροφοριών αυτών, κατά τη διάρκεια της σύμβασης, καθώς και τις απαιτούμενες πληροφορίες σχετικά με κάθε νέο υπεργολάβο, τον οποίο ο κύριος ανάδοχος χρησιμοποιεί εν συνεχεία στα εν λόγω έργα και υπηρεσίες. Το πρώτο και δεύτερο εδάφιο δεν ισχύει για τους προμηθευτές. Οι υποχρεώσεις του πρώτου και δεύτερου εδαφίου επεκτείνονται:

α) στις συμβάσεις προμηθειών, στις συμβάσεις υπηρεσιών, πλην όσων αφορούν υπηρεσίες που πρόκειται να παρασχεθούν στις εγκαταστάσεις υπό την άμεση εποπτεία της αναθέτουσας αρχής ή στους προμηθευτές που συμμετέχουν σε συμβάσεις έργων ή υπηρεσιών, β) στους υπεργολάβους των υπεργολάβων του κύριου αναδόχου και σε κάθε περαιτέρω υπεργολάβο μεταξύ όσων περιλαμβάνονται στην αλυσίδα υπεργολαβίας.

5. Προκειμένου να μην αθετούνται οι υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως 81, να επαληθεύσουν τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού για τους υπεργολάβους, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή: α) απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού του και β) μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού του.

6. Κατά παρέκκλιση από την προηγούμενη παράγραφο, αν το(α) τμήμα(τα) της σύμβασης το (α) οποίο (α) ο κύριος ανάδοχος είχε αναφέρει στην προσφορά του, κατά το άρθρο 58 ή κατά την έναρξη εκτέλεσης της σύμβασης ή κατά τη διάρκεια αυτής, σύμφωνα με την παρ. 4, ότι προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, όπως αυτή έχει τροποποιηθεί, σύμφωνα με το άρθρο 132, η αναθέτουσα αρχή: α) επαληθεύει υποχρεωτικά τη συνδρομή

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

των λόγων αποκλεισμού για τους υπεργολάβους, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74 και β) απαιτεί υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του. 7. Στις περιπτώσεις επαλήθευσης των λόγων αποκλεισμού για τους υπεργολάβους, σύμφωνα με τις παραγράφους 5 και 6, οι απαιτούμενες πληροφορίες συνοδεύονται από τις υπεύθυνες δηλώσεις και των υπεργολάβων, σύμφωνα με το άρθρο 79. Ωστόσο, όταν οι υπεργολάβοι παρουσιάζονται μετά την ανάθεση της σύμβασης, προσκομίζουν τα πιστοποιητικά και λοιπά σχετικά δικαιολογητικά αντί της υπεύθυνης δήλωσης. 8. Ειδικά κατά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, εφαρμόζεται η παρ. 4 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α΄115).» Περαιτέρω το άρθρο 58 του Ν. 4412/2016 αναφέρει: «Στα έγγραφα της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ζητάει από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει.»

13. Επειδή, η Διακήρυξη αναφέρει στο πεδίο Β2. Γενικοί Όροι Ανοικτού Διαγωνισμού, στο άρθρο 32 -Υπεργολαβίες: «Ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο Προμηθευτής 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...». Στο άρθρο 10 Υποφάκελος Α΄- Περιεχόμενο 1<sup>ης</sup> Ενότητας «Προσωπική Κατάσταση» : «Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους την υλοποίηση τμήματος της υπό ανάθεση προμήθειας, για έκαστο τρίτο φορέα απαιτείται να καταθέσει Δήλωση Συνεργασίας, η οποία θα έχει τη μορφή Ιδιωτικού Συμφωνητικού ή Συμβολαιογραφικής Πράξης που θα αναφέρει τουλάχιστον τα ακόλουθα...». Στο άρθρο 4 – Λόγοι αποκλεισμού – Ουσιώδεις των όρων των Τευχών Δημοπράτησης αναφέρεται: «Επιπλέον, σε περίπτωση που ένας οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει σε τρίτους φορείς, με τη



## Αριθμός απόφασης: 149/2017

μορφή υπεργολαβίας τμήμα της σύμβασης που υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας αυτής (άρθρο 131, Ν.4412/2016), οι παραπάνω λόγοι αποκλεισμού αναφέρονται και σε κάθε τρίτο φορέα χωριστά. Στο άρθρο 19 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση Φακέλου «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης»: «Επιπλέον, σε περίπτωση που ο συμμετέχων στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, προτίθεται να αναθέσει σε τρίτους φορείς με τη μορφή υπεργολαβίας τμήμα της σύμβασης που υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας αυτής (άρθρο 131, Ν.4412/2016), η αναθέτουσα αρχή ελέγχει...». Στο άρθρο 12 Υποφάκελος Α΄ - Περιεχόμενο 3<sup>ης</sup> Ενότητας «Ειδική Επαγγελματική Εμπειρία – Τεχνική Ικανότητα» αναφέρεται: «12.4.β) Εφόσον οι οικονομικός φορέας δεν συσκευάζει (για τα είδη της Ομάδας 6) είτε δεν κατασκευάζει/ παράγει (για τα λοιπά είδη) ο ίδιος το υπό προμήθεια είδος, σε δική του επιχειρηματική μονάδα, δηλώνεται η επιχειρηματική μονάδα, στην οποία θα συσκευαστεί (για τα είδη της Ομάδας 6) ή θα κατασκευαστεί/ παραχθεί (για τα λοιπά είδη) το προσφερόμενο είδος και ο τόπος εγκατάστασης της». Στο άρθρο 13 Υποφάκελος Α΄ Περιεχόμενο 4<sup>ης</sup> Ενότητας «Τεχνική Προσφορά» αναφέρεται, μεταξύ άλλων: «Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν συσκευάζει ο ίδιος το υπό προμήθεια είδος... επιχείρηση από την οποία θα προμηθεύεται τα διακινούμενα είδη».

14. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση των ανωτέρω διατάξεων καθώς και των ως άνω όρων της Διακήρυξης, αποκλείσθηκε από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού, επιπροσθέτως, σύμφωνα και με την Κατευθυντήρια Οδηγία 10/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων «Ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη 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 επ. ΑΚ. Ο

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

υπεργολάβος διακρίνεται από τον προμηθευτή δημόσιας σύμβασης, καθώς ο υπεργολάβος αναλαμβάνει να υλοποιήσει-εκτελέσει μέρος του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ ο προμηθευτής αναλαμβάνει να παράσχει-διαθέσει συγκεκριμένο/α αγαθό/α στο εν λόγω πλαίσιο».

15. Επειδή, στον Ν. 4412/2016 μνημονεύονται δύο περιπτώσεις, όπου ο προσφέρων μπορεί να χρησιμοποιήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης έναν τρίτο φορέα, ο οποίος δεν θα συνδέεται συμβατικά με την αναθέτουσα αρχή. Η μία από αυτές είναι η περίπτωση της υπεργολαβίας (βλ. παραπάνω σκ.12). Η δεύτερη αφορά στη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων. Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016: « 1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα 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 αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.

3. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων.»

16. Επειδή, βάσει των ανωτέρω, στο ισχύον νομοθετικό πλαίσιο που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις, θα πρέπει να 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 την προϋπόθεση της δυνατότητας απόδειξης ότι θα έχει στη διάθεση του τους αναγκαίους πόρους) έγκειται στο 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

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

σύμβασης που αναλαμβάνει να υλοποιήσει ο υπεργολάβος, εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο.

17. Επειδή, τυχόν μη ύπαρξη των ανωτέρω ικανοτήτων εκ μέρους του οικονομικού φορέα, θα σήμαινε αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό. Προς το σκοπό αυτό, το άρθρο 78 του Ν.4412/2016 εισάγει την δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων, ενσωματώνοντας το άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Συνακόλουθα, κάθε οικονομικός φορέας που επιδιώκει να συμμετάσχει σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας ή υπηρεσιών και ο οποίος δεν διαθέτει τις απαιτούμενες χρηματοοικονομικές ή τεχνικές ικανότητες, μπορεί να λάβει μέρος στην διαγωνιστική διαδικασία στηριζόμενος στις ικανότητες (χρηματοοικονομικές ή τεχνικές) τρίτου φορέα προς απόδειξη της καταλληλότητας του.

18. Επειδή, επέκεινα και όσον αφορά την προσήκουσα συμμετοχή οικονομικού φορέα σε δημόσιο διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης συγκεκριμένου προϊόντος, θα πρέπει είτε να έχει ο ίδιος (ο οικονομικός φορέας) τις χρηματοοικονομικές και τεχνικές ικανότητες που απαιτούνται για την κατασκευή/ παραγωγή του υπό προμήθεια προϊόντος, είτε εφόσον λειτουργεί ως μεσάζων προμηθευτής (π.χ. εισαγωγική εταιρία), να απευθυνθεί στον τρίτο φορέα που παράγει/κατασκευάζει το προϊόν και να στηριχθεί σε αυτόν για την εξασφάλιση αρχικά του προϊόντος και την προμήθεια του εν συνεχεία, στην αναθέτουσα αρχή. Σε αυτή την περίπτωση, δέον να γίνει δεκτό ότι η σχέση του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα με τον τρίτο δεν χαρακτηρίζεται ως υπεργολαβία, καθώς δεν πρόκειται για ανάθεση τμήματος της σύμβασης σε τρίτο και επιπλέον, ο προμηθευτής (δανειζόμενος) είναι αυτός που θα εκτελέσει τη σύμβαση και όχι ο τρίτος. Όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω (βλ. σκ. 14), ο υπεργολάβος διακρίνεται από τον προμηθευτή δημόσιας σύμβασης, καθώς ο υπεργολάβος αναλαμβάνει να υλοποιήσει – εκτελέσει μέρος του αντικειμένου

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ ο προμηθευτής αναλαμβάνει να παράσχει – διαθέσει συγκεκριμένο/α αγαθό/ά στο εν λόγω πλαίσιο.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, αυτοτελώς ερμηνευόμενα αλλά και σε συνδυασμό μεταξύ τους, η προσφεύγουσα αποτελεί προμηθεύτρια εταιρία, η οποία στηρίζεται στους πόρους και την τεχνική ικανότητα άλλων εταιριών/ φορέων, προκειμένου να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή την δική της καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Κατά συνέπεια, εφαρμογή έχουν οι σχετικές διατάξεις του Ν. 4412/2016 (για τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων) αλλά και οι σχετικοί όροι της Διακήρυξης.

20. Επειδή, εξάλλου η μη εξασφάλιση της σοβαρότητας και δεσμευτικότητας των προθέσεων τόσο του τρίτου όσο και του προσφέροντα καθώς και η μη παροχή εγγυήσεων προς την αναθέτουσα αρχή για τη διάθεση συγκεκριμένων πόρων θα ισοδυναμούσε με ευθεία παραβίαση της Οδηγίας, που επιτάσσει ότι οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια και δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί ο αντικειμενικός σκοπός που είναι η προσήκουσα, έγκαιρη και έντεχνη εκτέλεση του έργου (Βλ. σχετικά Κατευθυντήρια Οδηγία 14/2016 Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Δυνατότητα Δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων»).

21. Επειδή, εν προκειμένω, σύμφωνα με το άρθρο 10 Υποφάκελος Α – Περιεχόμενο 1<sup>ης</sup> Ενότητας «Προσωπική Κατάσταση» της Διακήρυξης : «Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων τρίτων φορέων (Αρ. 78 Ν. 4412/2016), πρέπει να αποδεικνύει με τη προσφορά του ότι θα έχει στη διάθεση του τα αναγκαία προς τούτο μέσα, προσκομίζοντας έγγραφη δέσμευση τους, ότι θα θέσουν στη διάθεση του τα αναγκαία μέσα και θα εκτελέσουν κάθε απαιτούμενη εργασία. Σε αυτή την περίπτωση, για έκαστο τρίτο φορέα, απαιτείται να καταθέσει τα πρακτικά αποφάσεων του Διοικητικού Συμβουλίου (σε περίπτωση Α.Ε.) ή απόφαση των διαχειριστών (σε περίπτωση Ε.Π.Ε. ή Ο.Ε. ή Ε.Ε.), μαζί με τη σχετική Δήλωση

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

Συνεργασίας, η οποία θα έχει τη μορφή Ιδιωτικού Συμφωνητικού ή Συμβολαιογραφικής Πράξης, που θα αναφέρει τουλάχιστον τα ακόλουθα: I. την έγκριση συμμετοχής στο διαγωνισμό. II. Ο τρίτος οικονομικός φορέας θα θέσει στη διάθεση του προσφέροντα οικονομικού φορέα τα αναγκαία μέσα για την εκτέλεση της σύμβασης III. Την Επωνυμία του τρίτου φορέα IV. Την Ημερομηνία και τυχόν λοιπούς όρους που αναφέρονται στη Δήλωση Συνεργασίας V. ότι ειδικά και μόνο σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας (ως υποψήφιος ανάδοχος) στηρίζεται στις ικανότητες του τρίτου φορέα όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο οικονομικός φορέας και ο τρίτος φορέας είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης». Επίσης, στο άρθρο 19 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση Φακέλου «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης» της Διακήρυξης αναφέρεται σχετικά: «Επιπλέον, σε περίπτωση που ο συμμετέχων στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση πρόκειται να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων τρίτων φορέων (Άρ. 78 Ν.4412/2016), η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74».

22. Επειδή, η προσφεύγουσα σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερόμενα, δέον να χαρακτηριστεί ως προμηθεύτρια εταιρία η οποία στηρίζεται στους πόρους και την τεχνική ικανότητα άλλων εταιριών/ φορέων, προκειμένου να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή την δική της καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. ως άνω σκ.19) και θα έπρεπε κατ' ακολουθίαν να προσκομίσει, σύμφωνα με το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο αλλά και τους όρους της Διακήρυξης, σχετικές Δηλώσεις Συνεργασίας με τη μορφή και τα στοιχεία που απαιτούνται αλλά και να συμπληρώσει προσηκόντως και αναλόγως το ΕΕΕΣ.

23. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. 296/2017 προσβαλλόμενη απόφαση της, απέκλεισε την προσφεύγουσα από τη συνέχιση

## Αριθμός απόφασης: 149/2017

της διαγωνιστικής διαδικασίας, κρίνοντας τα δικαιολογητικά ως μη ακριβή, με την αιτιολογία ότι η προσφεύγουσα προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά τμήμα της σύμβασης, χωρίς να έχει δηλώσει τούτο και χωρίς να έχει προσκομίσει τα απαιτούμενα προς τούτο δικαιολογητικά, καθώς και διαπιστώνοντας πλημμέλειες στα ήδη προσκομισθέντα (βλ. ΕΕΕΣ). Έχει δε κριθεί συναφώς ότι, όταν η διοικητική πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία, το κύρος της δεν θίγεται (ΣΤΕ 2239/1970, 4698/1988, ΔΠρΘεσ 71/2000). Επομένως, η πλημμελής αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την υπό κρίση προσφυγή απόφασης δεν έχει, εν προκειμένω, επίπτωση στο κύρος αυτής, διότι ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας ως απαράδεκτη, ήτοι και με την μη ορθή αιτιολογία η προσβαλλόμενη είναι ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ. Μ. Πικραμένος, Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος, εκδ. Σάκκουλα, 2012, σελ. 344 επόμε.).

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η προσβαλλόμενη απόφαση στηρίχθηκε σε εσφαλμένη ερμηνεία της σχετικής διάταξης (βλ. σκ.12, 15) και επομένως η αιτιολογία της πράξης εμφανίζει πλημμέλεια, εντούτοις όμως, όταν η πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία, το κύρος της δεν θίγεται (ΣΤΕ 4698/88). Στην προκειμένη δε περίπτωση, προβαίνοντας στην εκτίμηση των στοιχείων του φακέλου και λαμβάνοντας υπόψη το ουσιαστικό περιεχόμενο του σχετικού δικαιώματος, ενόψει των αιτημάτων της Προσφυγής και των απόψεων που εκτέθηκαν κατά την έκδοση της διοικητικής πράξης, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

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

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός απόφασης: 149/2017**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 1<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2017 και εκδόθηκε στις 21 Νοεμβρίου 2017.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Βασιλική Κ. Μπάκου**