

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Ελευθερία Καλαμιώτη Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση η οποία διατάχθηκε με την υπ' αρ. Ν64/2021 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, η οποία εκδόθηκε επί της ANM 64/28.07.2021 αίτησης αναστολής της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» - «... με δ.τ. «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα») που αποτελείται από: 1. Την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ... ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και β) Την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «... και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ.. ..., περιοχή ..., οδός ... αρ. ... και ...αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Η ως άνω αίτηση αναστολής στρέφεται κατά της σιωπηρής απόρριψης της από 20.05.2021 Προδικαστικής Προσφυγής, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1030/20-05-2021 κατά της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδος (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και κατά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», ..., 2) ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», η οποία εδρεύει στο ... (οδός ... αρ. ...), 3) ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» με δ.τ. «...», η οποία εδρεύει στο ... (οδός ...αρ. ...), 4) ..., κατοίκου ... (οδός ... αρ. ...), (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που αποτελείται από: 1. Την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ... ..., οδός ..., αρ. ... 2. Την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο ..., οδός ...,

αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και 3) Τον οικονομικό φορέα ..., κατοίκου ..., οδός ..., αρ.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 95 παρ. 5 του Συντάγματος ορίζεται ότι : *«Η διοίκηση έχει υποχρέωση να συμμορφώνεται προς τις δικαστικές αποφάσεις. Η παράβαση της υποχρέωσης αυτής γεννά ευθύνη για κάθε αρμόδιο όργανο, όπως νόμος ορίζει. Νόμος ορίζει τα αναγκαία μέτρα για τη διασφάλιση της συμμόρφωσης της διοίκησης».*

2. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 520/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της καθώς και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

3.Επειδή, μετά την τελεσθείσα σιωπηρή απόρριψη της ανωτέρω προσφυγής, επιστράφηκε υπηρεσιακά στην προσφεύγουσα το κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής της παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), κατ' εφαρμογή του άρθρου 363 του ν.4412/2016 ως ίσχυε. Ακολούθως, όμως, και ενόψει της διαταχθείσας από το Δικαστήριο συμμόρφωσης της ΑΕΠΠ με την ανωτέρω απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, κατατέθηκε από την προσφεύγουσα, δεσμεύθηκε και πληρώθηκε το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού 3.789,56 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ήτοι 757.911 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

4.Επειδή με την υπ' αριθμ. ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου

για την εκπόνηση της μελέτης: «ΜΕΛΕΤΗ ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗΣ – ΔΙΕΥΘΕΤΗΣΗΣ ΣΕ ΥΔΑΤΟΡΕΜΑΤΑ ΤΗΣ ΠΕ ... ΥΠΟΕΡΓΟ: « ΜΕΛΕΤΗ ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗΣ-ΔΙΕΥΘΕΤΗΣΗΣ ΣΤΟΝ ΠΟΤΑΜΟ ...», με κριτήριο ανάθεσης πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής, εκτιμώμενης αξίας 757.911 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

5. Επειδή, η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 13.10.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) στις 29-10-2021 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

6.Επειδή, η διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 20.05.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 14.05.2021 μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα, θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

9. Επειδή με την υπ' αριθμ. Ν64/2021 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων κρίθηκε ότι: «[...] Επειδή, όπως προεκτέθηκε, η Α.Ε.Π.Π. απέρριψε σιωπηρώς τους ανωτέρω ισχυρισμούς των αιτουσών, χωρίς καμία αιτιολογία και, ως εκ τούτου, πιθανολογείται η παράβαση της εκ του νόμου (άρθρα 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 18 του Π.Δ. 39/2017) υποχρέωσής της να αποφανθεί αιτιολογημένα επί της ουσίας των αιτιάσεων της ασκηθείσας ενώπιον της προδικαστικής προσφυγής. Εξάλλου, το Δικαστήριο τούτο δεν δύναται, επ' ευκαιρία εκδίκασης της κρινόμενης αίτησης, να προβεί πρωτογενώς στην εξέταση και πιθανολόγηση των ανωτέρω αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής των αιτουσών, επί των οποίων δεν έχει αποφανθεί η Α.Ε.Π.Π. Κατόπιν τούτων, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη αίτηση, να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαδικασίας του διαγωνισμού και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην Α.Ε.Π.Π., προκειμένου αυτή να ασκήσει την επιβαλλόμενη από τον νόμο αρμοδιότητά της. Η επάνοδος δε της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας υπόθεσης, δεν κωλύεται εκ μόνου του λόγου ότι, όπως έγινε δεκτό στην έβδομη σκέψη, η Α.Ε.Π.Π. καθίσταται αναρμόδια κατά νόμο να κρίνει και να δεχθεί προδικαστική προσφυγή μετά την άπρακτη πάροδο της αποκλειστικής προθεσμίας, εντός της οποίας υποχρεούται να την εξετάσει. Και τούτο γιατί ο περιορισμός αυτός δεν ισχύει σε περιπτώσεις που, όπως εν προκειμένω, πιθανολογείται σοβαρά με δικαστική απόφαση ή με απόφαση, κατά τη διαδικασία των άρθρων 372 του Ν. 4412/2016 και 52 του π.δ.18/1989, ότι η Α.Ε.Π.Π., παραλείποντας να αποφανθεί επί της ουσίας των αιτιάσεων της ασκηθείσας ενώπιον της προδικαστικής προσφυγής, παρέβη τις εκ του νόμου υποχρεώσεις της περί αιτιολογημένης απάντησης στους προβληθέντες ενώπιον της ισχυρισμούς (ΕΑ ΣτΕ 91/2021) [...]».

10. Επειδή στις 24.05.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

11. Επειδή η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπροθέσμως στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 3-06-2021 και με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 3455/2021 παρέμβαση δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 24-05-2021 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης καθώς η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή και ως εκ τούτου, τυχόν αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής είναι βλαπτική για αυτήν (ΣτΕ 1936/2014, βλ. και εξ αντιδιαστολής ΑΕΠΠ 1047/2019, σκ. 8).

12. Επειδή με τη με αρ. 1288/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, ενώ με τη με αρ. 3215/2021 Πράξη της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου, ορίσθηκε εκ νέου Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της ως άνω προσφυγής προς συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Ν64/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών.

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στην ΑΕΠΠ στις 27.05.2021 τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα αυθημερόν.

14. Επειδή η προσφεύγουσα στις 17.06.2021, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε πριν την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού Υπόμνημά της αντικρούοντας την ασκηθείσα παρέμβαση, το οποίο δεν λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο καθώς κατά το προηγούμενο θεσμικό πλαίσιο δεν προβλέπονταν η υποβολή υπομνήματος προς αντίκρουση της παρέμβασης παρά μόνο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν υποτεθεί ότι το εν λόγω υπόμνημα λόγω της άσκησής του μετά την 1-06-2021 καταλαμβάνεται από τις νέες διατάξεις του ν.4782/2021 στο πλαίσιο του

χαρακτήρα τους ως αφορώσες τη διαδικασία ενώπιον της ΑΕΠΠ καταλαμβάνοντας και τις εκκρεμείς διαδικασίες, θα έπρεπε να απορριφθεί ως εκπρόθεσμο η προθεσμία για την υποβολή υπομνήματος από την προσφεύγουσα είναι πέντε (5) ημέρες από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής (η οποία πάντως έλαβε χώρα στις 27-05-2021), ήτοι η προσφεύγουσα θα έπρεπε να το υποβάλει έως και την 1/6.

Περαιτέρω, τόσο η προσφεύγουσα όσο και η παρεμβαίνουσα υπέβαλαν υπομνήματα κατόπιν της δικαστικής αναπομπής της υπόθεσης στην ΑΕΠΠ. Ωστόσο, τα εν λόγω υπομνήματα δεν υποβλήθηκαν παραδεκτως καθώς δεν προβλέπεται από το ισχύον θεσμικό πλαίσιο ούτε αυτή η δυνατότητα ούτε η εκκίνηση εκ νέου της προθεσμίας υποβολής υπομνημάτων ενόψει εξέτασης, εν τοις πράγμασι, το πρώτον της υπόθεσης ενώπιον της ΑΕΠΠ σε συμμόρφωση με δικαστική απόφαση η οποία την αναπέμπει κατόπιν σιωπηρής απόρριψης της προσφυγής. Επομένως, δεν λαμβάνονται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

15. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Ν64/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών.

16. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχαν, τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα υποβάλλοντας τις με αριθμ. συστήματος ΕΣΗΔΗΣ 173923 και 173599 προσφορές τους αντίστοιχα. Με την προσβαλλομένη εγκρίθηκε το Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας και απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας διότι: *«[...]» Σύμφωνα με την Διακήρυξη, άρθρο 22: [... Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο ΕΕΕΣ την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου...]*

➤ Σύμφωνα με το Ε.Ε.Ε.Σ. του Ο.Φ. «... διακ. ...», της ένωσης Ο.Φ. υπ. αρ. [2] του ανωτέρω πίνακα, Μέρος II-Δ, δηλώνεται καταφατική απάντηση 'ΝΑΙ' στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;», αναγράφοντας στην συνέχεια τις επωνυμίες για κάθε μια από τις δυο αναφερόμενες οντότητες.

➤ Σύμφωνα με το Ε.Ε.Ε.Σ. του Ο.Φ. «... με δ.τ. ...», της ένωσης Ο.Φ. υπ. αρ. [2] του ανωτέρω πίνακα, Μέρος II-Δ, δηλώνεται καταφατική απάντηση 'ΝΑΙ' στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;», αναγράφοντας στην συνέχεια τις επωνυμίες για κάθε μια από τις δυο αναφερόμενες οντότητες.

➤ Δεν έχει υποβληθεί μαζί με το Ε.Ε.Ε.Σ. του προσφέροντος οικονομικού φορέα και το Ε.Ε.Ε.Σ. του υπεργολάβου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην Διακήρυξη.

➤ Το μέλος της Επιτροπής κος ... έθεσε ως θέμα την αντίφαση που προκύπτει από την ρητή αναφορά για την υποχρέωση υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. του άρθρου 22 της Διακήρυξης σε σχέση με την αναφορά του άρθρου 23 ως υποχρέωση υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. όταν ο οικονομικός φορέας αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και όταν στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους. Ωστόσο συμφωνεί με την απόφαση της επιτροπής καθώς στο Άρθρο 22 δεν γίνεται σαφής αναφορά σε προϋποθέσεις υποχρέωσης υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. υπεργολάβου ο οποίος συμμετέχει με ποσοστό στην εκτέλεση της Σύμβασης ή όχι, αλλά το αναγράφει ως γενική απαίτηση.

➤ Το μέλος της Επιτροπής κος ..., διαφώνησε με την απόρριψη του ανωτέρω διότι σύμφωνα με το αρ 23.4 της; Διακήρυξης δεν υπερβαίνει η υπεργολαβία το 30%, ώστε να απαιτείται ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. Όσον αφορά

τους άλλους Οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στην διαδικασία, αποτελεί Ένωση.

Κατόπιν διαλογικής συζήτησης, τα μέλη της Επιτροπής κατά πλειοψηφία έκριναν ότι η προσφορά του Ο.Φ. δεν κρίνεται αποδεκτή για τη συνέχιση του διαγωνισμού [...].».

17.Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: «[...] Την όλως ανωτέρω εσφαλμένη κρίση της, την οποία αποδέχτηκε η αναθέτουσα αρχή δια της προσβαλλόμενης απόφασης, η Επιτροπή στηρίζει αποκλειστικά στο γεγονός ότι στο άρθρο 22 της Διακήρυξης αναφέρεται γενικά ότι στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο ΕΕΕΣ την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου, παρά την ρητή διαπίστωσή της ως προς την αντίφαση που προκύπτει από την ρητή αναφορά για την υποχρέωση υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. του άρθρου 22 της Διακήρυξης σε σχέση με την αναφορά του άρθρου 23 ως υποχρέωση υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. όταν ο οικονομικός φορέας αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και όταν στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους. Παρά λοιπόν την ρητή διαπίστωση ως προς την αντίφαση μεταξύ των άρθρων 22 και 23 της διακήρυξης , εισηγήθηκε η επιτροπή τον αποκλεισμό μας με την αιτιολογία ότι στο άρθρο 22 της διακήρυξης δεν γίνεται σαφής αναφορά σε προϋποθέσεις υποχρέωσης υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. υπεργολάβου ο οποίος συμμετέχει με ποσοστό στην εκτέλεση της Σύμβασης ή όχι, αλλά το αναγράφει ως γενική απαίτηση.

Πλην όμως ορθά η σύμπραξή μας συμπλήρωσε στο Μέρος ΙΙ του ΕΕΕΣ τα κάτωθι:

- υπό στοιχ. Γ με τίτλο « Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων και στο ερώτημα « 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: Όχι,

- υπό στοιχ. Δ με τίτλο : Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας Δεν βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας; Απάντηση: Ναι Όνομα της οντότητας ... Ταυτότητα της οντότητας ΔΕΙΓΜΑΤΟΛΗΠΤΙΚΕΣ ΓΕΩΤΡΗΣΕΙΣ ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 9,76% (ΑΦΜ ...) Τύπος ταυτότητας ... Κωδικοί CPV ... Όνομα της οντότητας ... Ταυτότητα της οντότητας ... ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 3,51% (ΑΦΜ ...) Τύπος ταυτότητας ... Κωδικοί CPV ... Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι

χωρίς να διατυπώσει θετική απάντηση στο μέρος IV του ΕΕΕΣ υπό τον τίτλο «Κριτήρια Επιλογής» στο στοιχ. Γ «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα» το πεδίο «Ποσοστό υπεργολαβίας» σύμφωνα με το οποίο :”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. Προσδιορίστε - Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι”

Ειδικότερα:

Σύμφωνα με το άρθρο 58 του ν. 4412/2016 [.....]Η υπεργολαβία αποτελεί σύμβαση μίσθωσης έργου εξ επαχθούς αιτίας, με την οποία ο ανάδοχος της σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεδεμένων με τον εργοδότη και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης. Πρόκειται δηλ. για μία μορφή συμμετοχής στην εκτέλεση της σύμβασης προσώπου διαφορετικού του

αναδόχου αυτής, όπου ο ανάδοχος παραμένει υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος.

Ωστόσο, πολλές φορές η υπεργολαβία συγχέεται με άλλες έννομες σχέσεις του αναδόχου με τρίτα πρόσωπα, που φέρουν κοινά χαρακτηριστικά με τη σύμβαση υπεργολαβίας. Έτσι ο 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 αγαθό στο εν λόγω πλαίσιο . Διακρίνεται επίσης η υπεργολαβία από την υποκατάσταση τρίτου, η οποία νοείται ως η μεταβίβαση των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων του εργολάβου από την εργολαβική σύμβαση σε τρίτον, όσον αφορά το όλον ή το μέρος του αναληφθέντος έργου, κατά τρόπο ώστε να υπεισέρχεται ο τρίτος στην μεταξύ εργοδότη και εργολάβου σχέση. Η υπεργολαβία διακρίνεται από την διαγραφόμενη στο άρθρο 78 του ν. 4412/2016 περίπτωση της "δάνειας" εμπειρίας, όπου προβλέπεται η δυνατότητα του οικονομικού φορέα να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής ως προς την χρηματο-οικονομική επάρκεια ή την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, υπό τον όρο της δυνατότητας απόδειξης ότι θα έχει στη διάθεσή του αναγκαίους πόρους (δάνεια ικανότητα), επαναλαμβάνοντας τη διάταξη που ίσχυε και με την προηγούμενη κοινοτική Οδηγία .

Ο οικονομικός φορέας που συμμετέχει σε μία διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης υποβάλλει το Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ ως μέσο προκαταρκτικής απόδειξης για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού, κατά τα άρθρα 73 και 74 του ν. 4412/2016 όπως; και για τη πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, κατά τα άρθρα 75 έως 77, που απαιτούν τα έγγραφα της σύμβασης.

Για την περίπτωση της υπεργολαβίας υπάρχει ειδικό πεδίο που θα πρέπει να συμπληρώσει ο οικονομικός φορέας σχετικά με το εάν προτίθεται να

αναθέσει κάποιο τμήμα της σύμβασης σε υπεργολάβο (Τμήμα Δ' του Μέρους II των ως άνω εντύπων).

Προς το σκοπό δε της διασφάλισης της τήρησης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην εκτέλεση μια σύμβασης, αποτελεί και η προσθήκη στο πλαίσιο υπεργολαβιών, της πρόβλεψης του ελέγχου των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο των υπεργολάβων (άρθρο 131 παρ. 5 του ν. 4112/2016).

Ειδικότερα ορίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να επαληθεύει ότι δεν υφίστανται στο πρόσωπο των (προτεινόμενων) υπεργολάβων, οι λόγοι αποκλεισμού που ισχύουν για τους οικονομικούς φορείς, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 73 ΚΑΙ 74 ΤΟΥ Ν. 4412/2016, εφόσον ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει σε αυτούς τμήμα/τα της σύμβασης το/τα οποίο/οποία, α) είτε κατά την έναρξη εκτέλεσης της σύμβασης είτε κατά τη διάρκεια αυτής, που υπερβαίνουν το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης.

Στις περιπτώσεις που το ή τα τμήματα υπολείπονται του ως άνω ποσοστού, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια για την επαλήθευση των λόγων αυτών στο πρόσωπο του προτεινόμενου υπεργολάβου.

Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να αναφέρει στα έγγραφα της σύμβασης, εφόσον το αποφασίσει, την τήρηση της διαδικασίας ελέγχου μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του υπεργολάβου, για τις περιπτώσεις που διαθέτει διακριτική ευχέρεια προς τούτο και να μην καταλείπει την ευχέρειά της περί αυτού σε χρόνο μεταγενέστερο της ανάθεσης της σύμβασης διότι κάτι τέτοιο θα ήγειρε σοβαρά ζητήματα παραβίασης της αρχής της διαφάνειας και της αρχής της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των υποψηφίων οικονομικών φορέων δεδομένου ότι, κατά πάγια νομολογία, όλοι οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιμελείς

υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση.

Τα δε πρότυπα έγγραφα της σύμβασης που εγκρίνονται από την ΕΑΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις παρ. 5 του άρθρου 53 του ν. 4412/2016 και την περ. ε' της παρ. 2 του άρθρου 2 του ν. 4013/2011, έχουν δεσμευτική ισχύ για τις αναθέτουσες αρχές ενώ δυνατότητα προσθήκης επιπλέον όρων τεχνικής και οικονομικής ικανότητας των υποψηφίων προσφερόντων χωρεί στα πρότυπα έγγραφα υπό προϋποθέσεις.

Στα αντίστοιχα πρότυπα τεύχη συμβάσεων μελετών Α' και Β (άνω και κάτω των ορίων του ν. 4412/2016), προβλέπεται για την υπεργολαβία στο άρθρο 23: [...]

Επισημαίνεται ωστόσο (υποσημ. 100 και 89 στα πρότυπα τεύχη άνω και κάτω των ορίων αντίστοιχα) ότι ο όρος αυτός μπορεί να τεθεί, κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, και στην περίπτωση ποσοστού μικρότερου του 30% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (πρβλ. παρ. 5 άρθρου 131 του ν. 4412/2016).

Με βάση τα ανωτέρω δεσμευτικά πρότυπα για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης μελετών, οι λόγοι αποκλεισμού, που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης, ελέγχονται για τους υπεργολάβους που αναλαμβάνουν την εκτέλεση μέρους της σύμβασης του αναδόχου, εφόσον το/τα τμήματα της σύμβασης, που ο προσφέρων προτίθεται να τους αναθέσει υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης και σε περίπτωση που διαπιστωθεί ότι συντρέχει ένας από τους λόγους αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, ζητείται από την αναθέτουσα αρχή η αντικατάστασή τους.

Οι ως άνω υποχρεώσεις μπορούν να τεθούν, κατά τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, και για τους οικονομικούς φορείς, που

πρόκειται να αναθέσουν σε υπεργολάβους ποσοστό μικρότερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης. Στη περίπτωση αυτή, πρέπει η αναθέτουσα αρχή να ενσωματώνει τις σχετικές υποχρεώσεις στα έγγραφα της σύμβασης.

Όπως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω, για την περίπτωση της υπεργολαβίας, υπάρχει ειδικό πεδίο στο ΕΕΕΣ το οποίο πρέπει να συμπληρώσει ο οικονομικός φορέας σχετικά με το εάν προτίθεται να αναθέσει κάποιο τμήμα της σύμβασης σε υπεργολάβο (Τμήμα Δ' του Μέρους II).

Εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω τμήματος, τότε αφενός θα πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους υπεργολάβους αυτούς και αφετέρου θα πρέπει να συμπληρωθούν τα σχετικά πεδία του Τμήματος Γ' του Μέρους Β. Εάν μάλιστα στηρίζεται στη ειδική ικανότητα του υπεργολάβου, για την σύμβαση του τμήματος που αυτός θα εκτελέσει, θα πρέπει να συμπληρωθούν τα πεδία για τις ικανότητες αυτές στο Μέρος IV και τυχόν στο Μέρος V.

Από τον συνδυασμό της διάταξης του άρθρου 79-79Α Ν. 4412/2016 με τις διατάξεις των άρθρων 58 και 131 του ν. 4412/2016, προκύπτει ότι η συμπλήρωση χωριστών ΕΕΕΣ, απαιτείται, όταν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει, υπό μορφή υπεργολαβίας, σε τρίτους, τμήμα/τμήματα της σύμβασης που υπερβαίνουν το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης. Στην περίπτωση αυτή, ο Οικονομικός φορέας μεριμνά, για την υποβολή των χωριστών ΕΕΕΣ, στα οποία παρατίθενται οι πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του Μέρους II και του Μέρους III του ΕΕΕΣ για κάθε ένα από τους υπεργολάβους, υπογεγραμμένα από τους ίδιους. Στην περίπτωση αυτή, ο έλεγχος των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο των υπεργολάβων είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή βάσει των διατάξεων του άρθρου 131 του ν. 4412/16.

Εάν όμως τα τμήματα της σύμβασης που θα ανατεθούν με την μορφή υπεργολαβίας δεν υπερβαίνουν το 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης,

εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να αποφασίσει και επομένως να ορίσει στην πρόσκληση ή στην διακήρυξη και στα έγγραφα της σύμβασης εάν οι σχετικές πληροφορίες των ενοτήτων Α και Β του Μέρους II, όπως και του Μέρους III, πρέπει ή δεν πρέπει να παρέχονται για τους υπεργολάβους στις ικανότητες των οποίων δεν βασίζεται ο οικονομικός φορέας, δεδομένου ότι αυτή διατηρεί το δικαίωμα να προβλέψει στα έγγραφα της σύμβασης τον έλεγχο λόγων αποκλεισμού και για τους υπεργολάβους αυτούς (με υποχρέωση αντικατάστασης, σε περίπτωση συνδρομής των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού), βάσει των διατάξεων της παρ. 5 του άρθρου 131 του ν. 4412/2016. Εφόσον αυτό αποφασισθεί από την αναθέτουσα αρχή και διατυπωθεί ρητά, υποβάλλονται ομοίως ξεχωριστά ΕΕΕΣ νομίμως συμπληρωμένα και υπογεγραμμένα από τον κάθε υπεργολάβο που χρησιμοποιεί ο οικονομικός φορέας.

Στην προκειμένη περίπτωση, όπως ήδη αναφέραμε ανωτέρω, ορθά συμπληρώθηκε το ΕΕΕΣ μας και ειδικότερα

α) ότι δεν στηριζόμαστε στις ικανότητες άλλων οντοτήτων δίνοντας σημειώνοντας Όχι - αρνητική απάντηση (υπό στοιχ. Γ με τίτλο « Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων

β) ότι προτιθέμεθα να αναθέσουμε οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας δίνοντας καταφατική απάντηση - Ναι (υπό στοιχ. Δ) αναφέροντας επί λέξει: "Απάντηση: Ναι Όνομα της οντότητας ... Ταυτότητα της οντότητας ... ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 9,76% (ΑΦΜ ...) Τύπος ταυτότητας ... Κωδικοί CPV ... Όνομα της οντότητας ... Ταυτότητα της οντότητας ... ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 3,51% (ΑΦΜ ...) Τύπος ταυτότητας ... Κωδικοί CPV ... Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι.

Από τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ από το οποίο προκύπτει ότι προτιθέμεθα να αναθέσουμε υπό μορφήν εργολαβίας α) ... ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 9,76% , στην οντότητα "... Ταυτότητα της οντότητας Τύπος ταυτότητας ... Κωδικοί CPV ... και β) ... ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 3,51% στην οντότητα ... , ήτοι σε

ποσοστό κατώτερο του 30% της αξίας της σύμβασης σε συνδυασμό με το γεγονός ότι στη διακήρυξη του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή δεν ενσωματώνει, κατ' ενάσκηση της διακριτικής της ευχέρειας, ρητή υποχρέωση προσκόμισης ΕΕΕΣ και για τους οικονομικούς φορείς, που πρόκειται να αναθέσουν σε υπεργολάβους ποσοστό μικρότερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, μη νόμιμα αποκλειστήκαμε από την περαιτέρω συνέχεια του διαγωνισμού και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί και να γίνει δεκτή η περαιτέρω συνέχειά μας στο διαγωνισμό με το άνοιγμα και την αξιολόγηση και βαθμολόγηση της τεχνικής μας προσφοράς.

Ο αποκλεισμός μας με την ανωτέρω αιτιολογία παρίσταται μη νόμιμος δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή, εάν ήθελε, κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας, να προσκομίσουν ανεξαρτήτως ποσοστού υπεργολαβίας δηλ. και σε ποσοστό κατώτερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης οι υπεργολάβοι ξεχωριστό ΕΕΕΣ, έπρεπε να διατυπώσει τη διακήρυξη (άρθρο 23) με σαφήνεια και χωρίς αμφισημίες [...]

Επειδή, περαιτέρω, όπως παγίως έχει κριθεί τυχόν πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, προσφορά τους (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987, ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Θ', σελ. 776) [...]

Επειδή εν προκειμένω, παράνομα απορρίφθηκε η προσφορά μας λόγω μη υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ για τους δηλωθέντες υπεργολάβους μολονότι δεν απαιτείτο ρητά από το διακήρυξη αλλά ούτε και από το ν. 4412/2016 δεδομένου ότι δηλώθηκε ποσοστό υπεργολαβίας κατώτερο του 30% άνω του

οποίου είναι υποχρεωτική η προσκόμιση ξεχωριστού ΕΕΕΣ του υπερβολάβου . Η δε αναθέτουσα αρχή δεν τροποποίησε, ενώ είχε τη διακριτική ευχέρεια, το πρότυπο τεύχος της διακήρυξης ζητώντας ρητά την προσκόμιση ΕΕΕΣ υπερβολάβου στην περίπτωση ανάθεσης τμήματος της σύμβασης σε ποσοστό κατώτερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης.

Επειδή, έτι περαιτέρω, έχει κριθεί (ΕλΣυν 524/2012 Τμ. VI) ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣτΕ ΕΑ 18, 19/2011, 179/2009, 61/2011, υπόθ. C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.06.2007) και κατά συνέπεια, δεν είναι κατ' αρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα, και μάλιστα δικαιολογητικά που απαιτούνται από διατάξεις, στις οποίες η διακήρυξη δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στον διαγωνισμό δίκαιο (πρβλ. ΣτΕ 1329, 1616, 1619/2008, 3703/2010, ΕΑ ΣτΕ 254/2008).

Επειδή εν προκειμένω δεν απαιτείτο ούτε από την κείμενη νομοθεσία αλλά ούτε και από τη διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού η υποβολή ΕΕΕΣ από τον υπερβολάβο για ποσοστό κατώτερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης μη νόμιμα αποκλειστήκαμε από την περαιτέρω συνέχεια του διαγωνισμού και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη είναι ακυρωτέα.

Επειδή η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτήπου όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987, ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. Θ', σελ. 776), όπως εν προκειμένω και για το λόγο αυτό είναι ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

Β. ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗΣ

Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Σύμφωνα δε με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού

οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναπαισιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., αριθμ. 516-518).

Όπως αναφέρθηκε αναλυτικά ανωτέρω, μεταξύ άλλων, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, 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).

Επειδή η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (Εφαθ 1959/1970, Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987, ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

Επειδή εν προκειμένω η Επιτροπή Διαγωνισμού δεχόμενη δήθεν την αντίφαση/αμφισημία των όρων 22 και 23 της διακήρυξης εισηγήθηκε τον αποκλεισμό μας από την περαιτέρω συνέχεια του διαγωνισμού ενώ έπρεπε να κάνει δεκτή την προσφορά μας διότι η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα δια της Διακηρύξεως δηλώνοντας ρητά ότι απαιτείται η προσκόμιση επί ποινή αποκλεισμού του ΕΕΕΣ σε περίπτωση υπεργολαβίας ποσοστού κατώτερου του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης και όχι να ερμηνεύσει τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και εν προκειμένω της διακήρυξης σε βάρος μου ως καλόπιστου διαγωνιζόμενου [...].».

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι:
«[.....]B1. Σύμφωνα με τις διατάξεις: [...]

B2. Εχοντες υπόψη:

1. Την από 27/10/20 (ΑΔΑΜ: ...) Διακήρυξη της εν λόγω μελέτης και ιδίως:

α. το άρθρο 22 της Διακήρυξης στο οποίο ορίζεται ότι: [.....]

β. το άρθρο 23 της Διακήρυξης με τίτλο «Υπεργολαβία», στο οποίο, εξειδικεύοντας την απαίτηση υποβολής του ΕΕΕΣ του υπεργολάβου, ορίζεται ότι: [...]

2. Τη με αριθ. 520/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής ΠΔΕ με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό Ι της Ε.Δ. για την ανάθεση εκπόνησης της υπόψη μελέτης.

3. Τη με αριθ. ΓΑΚ 1030/20-05-2021 προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων «...», που υποβλήθηκε εμπρόθεσμα στις 20/05/2021.

B3. Αφού λάβαμε, επιπλέον, υπόψη:

1. Τα ΕΕΕΣ των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων «....», και ιδίως τα κάτωθι δηλωθέντα:

- υπό στοιχεία Γ με τίτλο: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων και στο ερώτημα «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: Όχι

- υπό στοιχεία Δ με τίτλο: Πληροφορίες σχετικά με υπερβολικούς στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας

Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπερβολικής; Απάντηση: Ναι

Όνομα της οντότητας ... Ταυτότητα της οντότητας ... ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 9.76% (ΑΦΜ ...) Τύπος ταυτότητας ... Κωδικοί CPV

Όνομα της οντότητας ... Ταυτότητα της οντότητας ... ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 3,51% (ΑΦΜ ...) Τύπος ταυτότητας ... Κωδικοί CPV ... Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι

2. Την ΚΟ 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» όπου αναγράφεται: [...]

Στη Διακήρυξη του υπόψη διαγωνισμού, δεν έχει ενσωματωθεί, ρητή υποχρέωση προσκόμισης ΕΕΕΣ και για τους υπερβολικούς όταν το ποσοστό της υπερβολικής είναι μικρότερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης.

3. Το Πρακτικό Ι της ΕΔ στο μέρος αυτού όπου αναφέρεται στην απόρριψη της ένωσης οικονομικών φορέων «....»:

«Όσον αφορά τον έλεγχο του Ο.Φ.:

[2]. «... διακ. ...» - «... με δ.τ. ...»

> Σύμφωνα με την Διακήρυξη, άρθρο 22: [... Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο ΕΕΕΣ την πρόθεσή του για ανάθεση υπερβολικής, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του

υπεργολάβου...]

> Σύμφωνα με το Ε.Ε.Ε.Σ. του Ο.Φ. «... διακ. ...», της ένωσης Ο.Φ. υπ. αρ. [2] του ανωτέρω πίνακα, Μέρος II-Δ, δηλώνεται καταφατική απάντηση 'ΝΑΙ' στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;», αναγράφοντας στην συνέχεια τις επωνυμίες για κάθε μια από τις δυο αναφερόμενες οντότητες.

> Σύμφωνα με το Ε.Ε.Ε.Σ. του Ο.Φ. «... με δ.τ. ...», της ένωσης Ο.Φ. υπ. αρ. [2] του ανωτέρω πίνακα, Μέρος II-Δ, δηλώνεται καταφατική απάντηση 'ΝΑΙ' στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;», αναγράφοντας στην συνέχεια τις επωνυμίες για κάθε μια από τις δυο αναφερόμενες οντότητες.

> Δεν έχει υποβληθεί μαζί με το Ε.Ε.Ε.Σ. του προσφέροντος οικονομικού φορέα και το Ε.Ε.Ε.Σ. του υπεργολάβου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην Διακήρυξη.

> Το μέλος της Επιτροπής κος ... έθεσε ως θέμα την αντίφαση που προκύπτει από την ρητή αναφορά για την υποχρέωση υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. του άρθρου 22 της Διακήρυξης σε σχέση με την αναφορά του άρθρου 23 ως υποχρέωση υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. όταν ο οικονομικός φορέας αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και όταν στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους. Ωστόσο συμφωνεί με την απόφαση της επιτροπής καθώς στο Άρθρο 22 δεν γίνεται σαφής αναφορά σε προϋποθέσεις υποχρέωσης υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. υπεργολάβου ο οποίος συμμετέχει με ποσοστό στην εκτέλεση της Σύμβασης ή όχι, αλλά το αναγράφει ως γενική απαίτηση.

> Το μέλος της Επιτροπής κος ..., διαφώνησε με την απόρριψη του ανωτέρω διότι σύμφωνα με το αρ 23.4 της Διακήρυξης δεν υπερβαίνει η υπεργολαβία το 30%, ώστε να απαιτείται ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. Κατόπιν διαλογικής συζήτησης, τα μέλη της Επιτροπής κατά πλειοψηφία έκριναν ότι η προσφορά του Ο.Φ. δεν

κρίνεται αποδεκτή για τη συνέχιση του διαγωνισμού.»

B4. Και επειδή

- 1. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν, όσο και τους διαγωνιζόμενους.*
- 2. Σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53 του ν. 4412/2016 και την περ. ε' της παρ. 2 του άρθρου 2 του ν. 4013/2011, για τη σύνταξη των διακηρύξεων για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων έχουν εγκριθεί τα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων της ΕΑΑΔΗΣΥ των οποίων η εφαρμογή είναι υποχρεωτική για τις αναθέτουσες αρχές, παρέχεται, δε, σε αυτές ρήτρα ευελιξίας για την ενσωμάτωση προσθηκών και εν γένει προσαρμογών άρθρων της διακήρυξης (πέραν των όσων ήδη προβλέπονται ρητώς στο κείμενο της πρότυπης διακήρυξης) μόνον εφόσον είναι απόλυτα συμβατές με την ισχύουσα κάθε φορά νομοθεσία (βλ. παρ. 35, άρθρου 11 προτύπου τεύχους της ΕΑΑΔΗΣΥ) .*
- 3. Η Διακήρυξη για την ανάθεση της μελέτης του θέματος έχει συνταχθεί σύμφωνα με τα ισχύοντα Πρότυπα Τεύχη Διακηρύξεων της ΕΑΑΔΗΣΥ και ενσωματώνει στο κείμενο της τα επίμαχα άρθρα 22 και 23 διατυπωμένα κατά λέξη ως τα ταυτάριθμα άρθρα των Προτύπων Τευχών και χωρίς να επιφέρει σε αυτά τα άρθρα οποιαδήποτε μεταβολή ή συμπλήρωση.*
- 4. Στο άρθρο 23 με θέμα «Υπεργολαβία» της Διακήρυξης της μελέτης του θέματος ορίζεται, στην παρ. 23.4 αυτού, η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να επαληθεύει τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18 της Διακήρυξης για τους δηλωθέντες, με το ΕΕΕΣ του προσφέροντος, υπεργολάβους μόνο στην περίπτωση που το τμήμα(τα) της σύμβασης το(α) όποιο(α) προτίθεται να αναθέσει σε αυτούς υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας αυτής. Στην ίδια παράγραφο 23.4 υπάρχει η διευκρινιστική υποσημείωση με αρ.128, όμοια με την αντίστοιχη των Προτύπων Τευχών της ΕΑΑΔΗΣΥ, στην οποία αναφέρεται ότι: «Ο όρος αυτός μπορεί να τεθεί, κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, και στην περίπτωση ποσοστού μικρότερου του 30% της εκτιμώμενης αξίας της*

σύμβασης».

5. Στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων «....» ρητά και σαφώς δηλώνεται ότι η ένωση δεν στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων (άλλων οντοτήτων) για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής που τίθενται στη Διακήρυξη (ως άνω Β3.1), εν προκειμένω δεν στηρίζεται στις ικανότητες των (δύο) υπεργολάβων που δηλώνει ότι προτίθεται να χρησιμοποιήσει, ως εκ τούτου, η εν λόγω ένωση δεν έχει υποχρέωση υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ για τους δηλωθέντες υπεργολάβους, στις ικανότητες των οποίων δεν στηρίζεται για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής της Διακήρυξης (βλ ΚΟ της 23 ΕΑΑΔΗΣΥ στο ως άνω Β3.2).

6. Στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ των μελών της ένωσης «....» δηλώνεται ρητά και σαφώς ότι η ένωση προτίθεται να αναθέσει στους αναφερόμενους στα ΕΕΕΣ υπεργολάβους συγκεκριμένα τμήματα της σύμβασης που αντιστοιχούν σωρευτικά σε ποσοστό <30% της συνολικής αξίας αυτής (ως άνω Β3.1), επομένως δεν είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή η επαλήθευση της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο των δηλωθέντων υπεργολάβων -επαλήθευση η οποία, στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, θα γινόταν, εάν και εφόσον προβλεπόταν, μέσω της υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ για κάθε υπεργολάβο, ως προκαταρκτική απόδειξη, και τον έλεγχο αυτού από την Επιτροπή Διαγωνισμού.

7. Στις περιπτώσεις που το(α) τμήμα(τα) που προτίθεται ο προσφέρων να αναθέσει σε υπεργολάβο/ους υπολείπονται του ποσοστού του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια για την επαλήθευση των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του(ων) προτεινόμενου(ων) υπεργολάβου(ων). Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να αναφέρει στα έγγραφα της σύμβασης, εφόσον το αποφασίσει, εάν οι σχετικές πληροφορίες των ενοτήτων Α και Β του Μέρους II και του Μέρους III του ΕΕΕΣ, πρέπει ή δεν πρέπει να παρέχονται για υπεργολάβους στις ικανότητες των οποίων δεν βασίζεται ο οικονομικός φορέας και, κατά συνέπεια, εάν θα υποβληθεί από αυτούς ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ (ΚΟ 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ

ως άνω Β3.2).

8. Στην εγκεκριμένη Διακήρυξη του διαγωνισμού, με την οποία τέθηκε το κανονιστικό και νομοθετικό πλαίσιο για τη διεξαγωγή της σχετικής διαδικασίας, δεν επιλέχθηκε η τροποποίηση του Πρότυπου Τεύχους Διακηρύξεων της ΕΑΑΔΗΣΥ όσον αφορά στο επίμαχο θέμα (περί υποβολής ΕΕΕΣ από υπεργολάβο όταν το τμήμα της υπεργολαβίας υπολείπεται ποσοστού 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης), ως είχε τη διακριτική ευχέρεια να πράξει η αναθέτουσα αρχή εάν το αποφάσιζε, και, πιο συγκεκριμένα, δεν ενσωματώθηκε ρητή απαίτηση για την προσκόμιση ΕΕΕΣ υπεργολάβου και στην περίπτωση πρόθεσης ανάθεσης σε αυτόν, από τον προσφέροντα, τμήματος της σύμβασης σε ποσοστό κατώτερο του 30% της συνολικής αξίας αυτής. Αντιθέτως, μάλιστα, η Διακήρυξη του διαγωνισμού ορίζει ρητά στο άρθρο 23 ότι:

9. Στη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία δεν απαιτείτο, ούτε από τη Διακήρυξη αλλά και ούτε από την κείμενη νομοθεσία, η επί ποινή αποκλεισμού υποβολή ΕΕΕΣ από υπεργολάβο στον οποίον ο προσφέρων προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης σε ποσοστό κατώτερο του 30% της συνολικής αξίας αυτής.

Για όλους τους παραπάνω αναφερόμενους λόγους η άποψη της Υπηρεσίας είναι ότι:

Το Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού για την ανάθεση εκπόνησης της μελέτης του θέματος ερείδεται επί εσφαλμένης αιτιολογίας, όσον αφορά στον αποκλεισμό της ένωσης οικονομικών φορέων «...» από την περαιτέρω συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, και ως εκ τούτου, η γνωμοδότηση που παρέχεται στην Οικονομική Επιτροπή της ΠΔΕ για την έκδοση απόφασης έγκρισης αυτού (η με αρ.520/2021) είναι εσφαλμένη [...].».

19. Επειδή η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της υποστηρίζει ότι: «[...] Σύννομος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας, λόγω παραβίασης, εκ μέρους της, της ειδικής και σαφούς και καθολικής εφαρμογής απαίτησης του άρθρου 22 της Διακήρυξης περί υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ για κάθε

ανεξαιρέτως περίπτωση υπεργολαβίας

Ι. Η αιτιολογία, βάσει της οποίας κρίθηκε αποκλειστέα η προσφεύγουσα, καθ' υποφοράν της (κατά πλειοψηφία σχηματισθείσας) Εισήγησης («Πρακτικού Ι») της Επιτροπής Διαγωνισμού, την οποία υιοθέτησε αυτούσια η Προϊστάμενη Αρχή, δια της προσβαλλόμενης, έχει ως εξής: [...]

Σημειώνεται ότι στην παραπάνω Εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού ομονόησαν δύο (2) εκ των συνολικά τριών (3) μελών της, ήτοι οι κ.κ. ... και ..., ενώ μειοψήφησε το μέλος, κος ..., ο οποίος υποστήριξε ότι, κατά την έννοια του άρθρου 23.4 της Διακήρυξης, τότε μόνο απαιτείται η υποβολή ξεχωριστού ΕΕΕΣ εκ μέρους του (ή των) υπεργολάβου/ων, εφόσον η υπεργολαβία υπερβαίνει το 30% της αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης.

Εξάλλου, το (εκ των πλειοψηφούντων) μέλος της Επιτροπής, κος ... «έθεσε ως θέμα», δηλαδή εξέτασε τυχόν αντίφαση, μεταξύ των άρθρων 22 και 23 της Διακήρυξης, αναφορικά με την υποχρέωση υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ του υπεργολάβου και δη ανεξαρτήτως του ποσοστού υπεργολαβίας, προφανώς με αφορμή και στο πλαίσιο της αντίθετης άποψης που εξέφρασε το μειοψηφούν μέλος, πλην όμως κατέληξε τελικώς στην παραδοχή ότι το άρθρο 22 καθιερώνει «γενική», ήτοι καθολική διαγωνιστική υποχρέωση υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ κάθε υπεργολάβου, ανεξαρτήτως του ύψους συμμετοχής του στη σύμβαση, αφού (όπως ρητώς αποφαίνεται, εν τέλει, το ως άνω μέλος) «...στο Άρθρο 22 δεν γίνεται σαφής αναφορά σε προϋποθέσεις υποχρέωσης υποβολής Ε.Ε.Ε.Σ. υπεργολάβου ο οποίος συμμετέχει με ποσοστό στην εκτέλεση της Σύμβασης ή όχι, αλλά το αναγράφει ως γενική απαίτηση.» Ως εκ τούτου και παρά τον (αβάσιμο) ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δήθεν υπήρξε «διαπίστωση» της Επιτροπής, ως συλλογικού οργάνου, περί αντίφασης μεταξύ των άρθρων 22 και 23 της Διακήρυξης, η πραγματικότητα είναι ότι τα δύο εκ των τριών μελών της Επιτροπής ομονόησαν τελικά υπέρ της άποψης ότι, εφόσον το άρθρο 22 της διακήρυξης ρητώς και χωρίς καμία διάκριση, ανάλογα με το ποσοστό υπεργολαβίας, εισάγει καθολική («γενική») υποχρέωση υποβολής ΕΕΕΣ κάθε υπεργολάβου, ανεξαρτήτως ποσοστού της

υπεργολαβίας, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφεύγουσας, η οποία δεν υπέβαλε χωριστά ΕΕΕΣ για τους υπεργολάβους που δήλωσε ότι προτίθεται να απασχολήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης.

II. Η ανωτέρω αιτιολογία παρίσταται απολύτως πλήρης, ειδική και σαφής και τελεί σε απόλυτη αρμονία με το ειδικό και κατ' απόκλιση από το πρότυπο Τεύχος Διακήρυξης διαμορφωθέν κανονιστικό πλαίσιο του νυν ένδικου Διαγωνισμού και δη με τη ρητή, καθολική και χωρίς ΚΑΝΕΝΑ περιορισμό (π.χ. ανάλογα με το ποσοστό υπεργολαβίας) υποχρέωση που καθιερώνει το άρθρο 22 της Διακήρυξης περί υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ κάθε υπεργολάβου που τυχόν θα δηλώσει ο Διαγωνιζόμενος με την Προσφορά του.

Ειδικότερα:

Σύμφωνα με το άρθρο 58 του Ν. 4412/2016 (το οποίο έχει έρεισμα στο άρθρο 71 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) η αναθέτουσα αρχή ζητεί από τους από τους προσφέροντες να αναφέρουν στην προσφορά τους το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν, υπό μορφή υπεργολαβίας, σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν.

Εξάλλου, στο άρθρο 131 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : [...]

Περαιτέρω, σύμφωνα με το Πρότυπο Τεύχος Προκήρυξης ανοιχτής διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων μελετών άνω των ορίων και κάτω των ορίων του ν. 4412/2016 (Α' 147), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016» (Απόφαση 179/2016 της ΕΑΔΔΗΣΥ, ΦΕΚ), το άρθρο 22 έχει το εξής περιεχόμενο: [...]

Περαιτέρω, το άρθρο 23 του Προτύπου Διακήρυξης έχει ως εξής: [...]

Εξάλλου, σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ (Απόφαση 3/24-1- 2018 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), επισημαίνονται τα εξής: [...]

Εν προκειμένω, λοιπόν, ο κανονιστικός νομοθέτης του ένδικου Διαγωνισμού πράγματι έκανε χρήση της ως άνω διακριτικής ευχέρειας να απαιτήσει σε κάθε περίπτωση υπεργολαβίας, δηλαδή ανεξαρτήτως ποσοστού της, την υποβολή

χωριστού ΕΕΕΣ του υπεργολάβου, αφού, κατ' απόκλιση του αντίστοιχου προτύπου Διακήρυξης, περιέλαβε στο άρθρο 22 ειδική, σαφή και αδιάσπικτη πρόβλεψη, σύμφωνα με την οποία:

«Σε περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο ΕΕΕΣ την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου.»

Παρατηρείται, μάλιστα ότι η ίδια ακριβώς «γενική», δηλαδή καθολική διατύπωση που επελέγη από την νυν Αναθέτουσα Αρχή («στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει... την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας...»), χωρίς την -άλλωστε νοηματικά πλεοναστική- φράση «...ανεξαρτήτως ποσοστού υπεργολαβίας.») απαντά και στο άρθρο 23 του Πρότυπου Τεύχους Διακήρυξης Δημοσίων Έργων (άνω των ορίων), από την οποία, ως προείρηται, σύμφωνα με την Οδηγία 23 της ΕΑΔΔΗΣΥ (οράτε σελ. 19, σημείο 3), προκύπτει αρκούντως σαφώς ότι, καθιερώνεται υποχρέωση υποβολής αυτοτελούς ΕΕΕΣ του υπεργολάβου, «...ανεξάρτητα από το ποσοστό της υπεργολαβίας, ήτοι και σε περιπτώσεις ποσοστού μικρότερου του 30%...».

Το άρθρο 23 της Διακήρυξης του ένδικου Διαγωνισμού, εξάλλου, ουδόλως αναιρεί τη σαφήνεια και την καθολικότητα εφαρμογής της πρόβλεψης του άρθρου 22, αφού το ρυθμιστικό πεδίο του είναι διαφορετικό, σε σχέση με το εάν υφίσταται ή όχι υποχρέωση υποβολής ΕΕΕΣ του υπεργολάβου (θέμα που ρυθμίζεται ειδικώς και αποκλειστικώς από το άρθρο 22) και συγκεκριμένα προσδιορίζει ότι είναι «υποχρεωτική» η επαλήθευση των στοιχείων του υπεργολάβου από την Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου περί ποσοστού υπεργολαβίας άνω του 30%, ώστε, εάν διαπιστωθεί η συνδρομή λόγου αποκλεισμού του κατά το άρθρο 18 να ζητηθεί από τον Διαγωνιζόμενο να τον αντικαταστήσει, σε συμφωνία με την παρ. 6 του άρθρου 131 του Ν. 4412/2016.

Σε κάθε περίπτωση, όμως και εφόσον δεν ορίζεται κάτι διαφορετικό στη Διακήρυξη. εξακολουθεί να ισχύει η παρ. 5 του ως άνω άρθρου, κατ'

εφαρμογή του οποίου υφίσταται πάντα διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής να προβαίνει στην ανωτέρω επαλήθευση ανεξαρτήτως ποσοστού υπεργολαβίας, ακριβώς, δε, για το λόγο αυτό προβλέφθηκε ρητώς, εν προκειμένω, η καθολική απαίτηση του άρθρου 22 της Διακήρυξης περί υποβολής ΕΕΕΣ. ήτοι ανεξαρτήτως ποσοστού υπεργολαβίας, ώστε, σε κάθε περίπτωση, να μπορεί η Αναθέτουσα Αρχή να ασκήσει, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, την ως άνω διακριτική της ευχέρεια να επαληθεύσει τα στοιχεία των υπεργολάβων.

Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, όπως ορθώς έκρινε η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατά την πλειοψηφία των δύο εκ των τριών μελών της, η πρόβλεψη του άρθρου 22 της Διακήρυξης περί υποχρέωσης υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ εκ μέρους του υπεργολάβου, ως εκ της γενικότητας της διατύπωσής της, δηλαδή ελλείπει περιορισμού ισχύος της, ανάλογα με το ποσοστό της υπεργολαβίας, ίσχυε σε κάθε περίπτωση «πρόθεσης ανάθεσης υπεργολαβίας», ώστε ήταν αρκούτως σαφής για κάθε ευλόγως ενημερωμένο και επιμελή Διαγωνιζόμενο τί ακριβώς εννοούσε.

Ως εκ τούτου, αβάσιμοι και απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι, εν προκειμένω «...η αναθέτουσα αρχή δεν τροποποίησε, ενώ είχε τη διακριτική ευχέρεια, το πρότυπο τεύχος της διακήρυξης ζητώντας ρητά την προσκόμιση ΕΕΕΣ υπεργολάβου στην περίπτωση ανάθεσης τμήματος της σύμβασης σε ποσοστό κατώτερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης...» και, κατ' επέκταση, με νόμιμη αιτιολογία εχώρησε ο αποκλεισμός της, εκ του λόγου ότι δεν τήρησε τη σαφή, μονοσήμαντη, αδιάσπικτη και χωρίς όρους ή περιορισμούς (και δη ανάλογα με το ύψος του ποσοστού της υπεργολαβίας) υποχρέωσή της περί υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ για όλους τους δηλωθέντες υπεργολάβους της, η οποία απορρέει ευθέως και χωρίς καμία αμφισημία από το - κατ' απόκλιση της πρότυπης Διακήρυξης - άρθρο 22 της Διακήρυξης [...].».

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και

χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...].».

21. Επειδή στο άρθρο 53 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...]ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ι [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [...]».

22. Επειδή στο άρθρο 58 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «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».

23. Επειδή στο άρθρο 79 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕ- ΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν.

1599/1986 (Α`75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν,

β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77

γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84 [...]».

24. Επειδή το άρθρο 131 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « [...] 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 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 [...]».

25. Επειδή το άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

26. Επειδή το άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. 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».

27. Επειδή στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ότι: «[...] Άρθρο 22: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής

Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας

πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 18 της παρούσας,

β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 19 της παρούσας.

Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά από τα κατωτέρω αναφερόμενα, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.

Το ΕΕΕΣ μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών.

Κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα, η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στο άρθρο 18.1.1 της παρούσας, για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν.

Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα, για την εφαρμογή του παρόντος, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για τη συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το ΕΕΕΣ υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης.

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο ΕΕΕΣ την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου.

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.

Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίζονται στην παρούσα διακήρυξη, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του παρόντος άρθρου, σύμφωνα με το άρθρο 5 (α και β) της παρούσας, καθώς και κατά τη σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με το άρθρο 8.1 της παρούσας. [...]Άρθρο 23: Υπεργολαβία

23.1 Ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει.

23.2 Η τήρηση των υποχρεώσεων της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 από υπεργολάβους δεν αίρει την ευθύνη του κυρίου αναδόχου.

23.3 Η αναθέτουσα αρχή δεν καταβάλλει στον υπεργολάβο την αμοιβή του.

23.4 Αν το(α) τμήμα(τα) της σύμβασης, το(α) οποίο(α) ο προσφέρων προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή:

α) επαληθεύει υποχρεωτικά τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18 της παρούσας για τους υπεργολάβους με το Ε.Ε.Ε.Σ.,

β) απαιτεί υποχρεωτικά από τον προσφέροντα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του [...]».

28. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του

διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

29. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

30. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*,

C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, 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).

31. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

32. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

33. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣτΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣτΕ 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

34. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου...*», «*οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

35. Επειδή το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ συναρτάται αποκλειστικά με τους όρους που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης (διακήρυξη, αίτηση συμμετοχής κλπ) της εκάστοτε διαδικασίας και συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς.

36. Επειδή ως υπεργολαβία ορίζεται η σύμβαση με την οποία ο εργολάβος (δηλαδή στο πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων, ο ανάδοχος) αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με τον εργοδότη (δηλαδή στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων, την αναθέτουσα αρχή/τον αναθέτοντα φορέα), έναντι του οποίου μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες παραμένει ο εργολάβος. Δηλαδή, η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεόμενων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης (ΑΠ 139/2014, 2146/2014, 119/2013, 570/2007, ΟΛΣτΕ 971/1998). Ο δε ανάδοχος παραμένει μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος. Η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ. Σημειώνεται ότι δεν νοείται “υπεργολαβία” για αντικείμενο που δεν υπάγεται στο φυσικό αντικείμενο της διαδικασίας, όπως ορίζεται συγκεκριμένα από την ανά περίπτωση διακήρυξη (ΣτΕ 196/2006, 199/2008, 1190/2009).

37.Επειδή σύμφωνα με την με αρ. 23 Κατευθυντήρια Οδηγία «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» αναγράφεται «Μέρος II. Ενότητα Γ Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη σε ικανότητες άλλων φορέων» [...] «....Διευκρινίζεται ότι, σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, επισυνάπτεται χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του Μέρους II και σύμφωνα με το μέρος III, για κάθε ένα από τους σχετικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. [...]. Το σύνολο των ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ των τρίτων, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, συνυποβάλλονται από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα εντός του φακέλου (φυσικού ή ηλεκτρονικού) «Δικαιολογητικά Συμμετοχής». Περαιτέρω, « [...] Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, τμήμα/τα της σύμβασης το/α οποίο/α υπερβαίνει/ουν σωρευτικά το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, ο οικονομικός φορέας υποβάλλει χωριστά ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, όπου παρατίθενται οι πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του Μέρους II και σύμφωνα με το Μέρος III του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ για κάθε έναν από τους υπεργολάβους. Σε περίπτωση μη υπέρβασης του εν λόγω ποσοστού, εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να αποφασίσει και επομένως να ορίσει στην διακήρυξη ή στην πρόσκληση και στα έγγραφα της σύμβασης εάν οι σχετικές πληροφορίες των ενότητων Α και Β του Μέρους II και του Μέρους III, πρέπει ή δεν πρέπει να παρέχονται για υπεργολάβους στις ικανότητες των οποίων δεν βασίζεται ο οικονομικός φορέας, και κατά συνέπεια, εάν θα υποβληθεί από αυτούς ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ».

38. Επειδή με την υπό εξέταση προσφυγή της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της με την αιτιολογία ότι στο άρθρο 22 αναφέρεται η υποχρέωση υποβολής του ΕΕΕΣ του υπεργολάβου ως γενική απαίτηση, διότι παρά τη ρητή διαπίστωση της

αναθέτουσας αρχής ως προς την αντίφαση μεταξύ των άρθρων 22 και 23 της Διακήρυξης καθώς και παρά του ότι με βάση τα δεσμευτικά πρότυπα για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης μελετών, οι λόγοι αποκλεισμού, που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης, ελέγχονται για τους υπεργολάβους που αναλαμβάνουν την εκτέλεση μέρους της σύμβασης του αναδόχου, εφόσον το/τα τμήματα της σύμβασης, που ο προσφέρων προτίθεται να τους αναθέσει υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης και σε περίπτωση που διαπιστωθεί ότι συντρέχει ένας από τους λόγους αποκλεισμού στο πρόσωπό τους, ζητείται από την αναθέτουσα αρχή η αντικατάστασή τους, ενώ οι εν λόγω υποχρεώσεις μπορούν να τεθούν, κατά τη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, και για τους οικονομικούς φορείς, που πρόκειται να αναθέσουν σε υπεργολάβους ποσοστό μικρότερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης με ενσωμάτωσή τους στα έγγραφα της σύμβασης, εν προκειμένω θα όφειλε να υποβληθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τον υπεργολάβο και να συμπληρωθούν τα οικεία πεδία του Μέρους II Γ και του Μέρους IV Δ. Εξάλλου, κατά την προσφεύγουσα, υπάρχει ειδικό πεδίο στο ΕΕΕΣ το οποίο πρέπει να συμπληρώσει ο οικονομικός φορέας σχετικά με το εάν προτίθεται να αναθέσει κάποιο τμήμα της σύμβασης σε υπεργολάβο, ήτοι το Μέρος II Δ, το οποίο και συμπλήρωσε. Επομένως, ως διατείνεται η προσφεύγουσα, από τον συνδυασμό των εφαρμοστέων διατάξεων, η συμπλήρωση χωριστών ΕΕΕΣ, απαιτείται, όταν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει, υπό μορφή υπεργολαβίας, σε τρίτους, τμήμα/τμήματα της σύμβασης που υπερβαίνουν το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης και εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να αποφασίσει και επομένως να ορίσει στην πρόσκληση ή στην διακήρυξη και στα έγγραφα της σύμβασης εάν οι σχετικές πληροφορίες των ενότητων Α και Β του Μέρους II, όπως και του Μέρους III του ΕΕΕΣ, πρέπει ή δεν πρέπει να παρέχονται για τους υπεργολάβους στις ικανότητες των οποίων δεν βασίζεται ο οικονομικός φορέας, δεδομένου ότι αυτή διατηρεί το δικαίωμα να προβλέψει

στα έγγραφα της σύμβασης τον έλεγχο λόγων αποκλεισμού και για τους υπεργολάβους αυτούς (με υποχρέωση αντικατάστασης, σε περίπτωση συνδρομής των υποχρεωτικών λόγων αποκλεισμού), βάσει των διατάξεων της παρ. 5 του άρθρου 131 του ν. 4412/2016.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι η προσφεύγουσα δεν στηρίζεται στις ικανότητες των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ της υπεργολάβων και, παράλληλα, το ποσοστό συμμετοχής τους είναι κατώτερο του 30% και, ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα δεν όφειλε να υποβάλει γι'αυτούς ξεχωριστό ΕΕΕΣ και η ίδια δεν επέλεξε τροποποιήσει το Πρότυπο Τεύχος Διακηρύξεων όσον αφορά στο επίμαχο θέμα και να ορίσει ρητώς την υποχρέωση υποβολής ΕΕΕΣ από υπεργολάβο όταν το τμήμα της υπεργολαβίας υπολείπεται ποσοστού 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, ως είχε τη διακριτική ευχέρεια να πράξει με αποτέλεσμα η γνώμη της Επιτροπής διαγωνισμού ερείδεται επί εσφαλμένης αιτιολογίας.

Εξάλλου, στην παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας καθώς το άρθρο 22 αφορά σε καθολική απαίτηση υποβολής ΕΕΕΣ από τον υπεργολάβο, ανεξαρτήτως ποσοστού και προκειμένου η αναθέτουσα αρχή, αν το θελήσει, να ασκήσει τη διακριτική της ευχέρεια και να επαληθεύσει τα στοιχεία του υπεργολάβου ακόμα και στην περίπτωση που η υπεργολαβία υπολείπεται του ποσοστού του 30% της σύμβασης.

39. Επειδή, σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 22 προβλέπεται ότι στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο ΕΕΕΣ την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου, ενώ στο άρθρο 23.1 ότι ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει και στο 23.4 ότι, αν το(α) τμήμα(τα) της σύμβασης, το(α) οποίο(α) ο προσφέρων προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό

(30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή επαληθεύει υποχρεωτικά τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18 της Διακήρυξης για τους υπεργολάβους με το ΕΕΕΣ και απαιτεί υποχρεωτικά από τον προσφέροντα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του.

40. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η προσφεύγουσα στα αντίστοιχα ΕΕΕΣ που έχουν υποβάλει τα μέλη που συμμετέχουν στην ένωση έχουν απαντήσει «ΝΑΙ» στο ερώτημα του Μέρους II-Ενότητα Δ «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε τμήμα της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» με την κάτωθι αναφορά «Όνομα της οντότητας ... Ταυτότητα της οντότητας ... ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 9,76% (ΑΦΜ ...) Τύπος ταυτότητας ... Κωδικοί CPV ... Όνομα της οντότητας ... Ταυτότητα της οντότητας ... ΜΕ ΠΟΣΟΣΤΟ 3,51% (ΑΦΜ ...) Τύπος ταυτότητας ... Κωδικοί CPV ...», ενώ δεν έχει συμπληρώσει το ερώτημα του Μέρους IV «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.

Προσδιορίστε». Επιπλέον, η προσφεύγουσα δεν έχει υποβάλει ΕΕΕΣ του δηλωθέντος υπεργολάβου, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητεί ούτε η ίδια.

41. Επειδή, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα, αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή, εάν ήθελε, κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας, οι συμμετέχοντες να προσκομίσουν ανεξαρτήτως ποσοστού υπεργολαβίας, δηλαδή, και σε ποσοστό κατώτερο του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης οι υπεργολάβοι ξεχωριστό ΕΕΕΣ, έπρεπε να

το διατυπώσει στη Διακήρυξη (άρθρο 23) με σαφήνεια και χωρίς αμφισημίες. Και τούτο διότι, στο άρθρο 22 το οποίο αφορά στα αποδεικτικά μέσα των κριτηρίων επιλογής, αναφέρεται ρητώς και σαφώς στην υποχρέωση του οικονομικού φορέα, στην περίπτωση που δηλώνει στο ΕΕΕΣ την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, να υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου. Η υποχρέωση αυτή ισχύει και για τον/τους τρίτο/ους όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων. Επομένως, τόσο στην περίπτωση υπεργολάβου με στήριξη όσο και στην περίπτωση υπεργολάβου χωρίς στήριξη, στο άρθρο 22 θεσπίζεται η γενική υποχρέωση υποβολής ΕΕΕΣ και του υπεργολάβου χωρίς αναφορά σε ποσοστό, βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, ενώ το ποσοστό της υπεργολαβίας (άνω ή κάτω του 30%) καθορίζει, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, το εάν η αναθέτουσα έχει δέσμια αρμοδιότητα ή διακριτική ευχέρεια να επαληθεύσει τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού για τους υπεργολάβους με το ΕΕΕΣ κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 131 του Ν.4412/2016. Η δε καθολική υποχρέωση υποβολής ΕΕΕΣ του υπεργολάβου διασφαλίζει και την περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή ασκήσει την ως άνω διακριτικής ευχέρεια μέσω του ΕΕΕΣ του υπεργολάβου. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί ορθής συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ ανάλογα με το εάν ο προσφέρων στηρίζεται ή όχι στις ικανότητες του υπεργολάβου καθώς και τις περιπτώσεις που συμπληρώνεται το ποσοστό της σύμβασης που θα εκτελέσει ο υπεργολάβος στο ΕΕΕΣ τυγχάνουν απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι διότι η προσφορά της προσφεύγουσας δεν απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη λόγω πλημμελούς συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ των σχετικών με την υπεργολαβία πεδίων αλλά λόγω μη υποβολής ΕΕΕΣ των δηλωθέντων οικονομικών φορέων στο ΕΕΕΣ της ως υπεργολάβων.

42. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

43. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

44.Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 42, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.6 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 21 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 10 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΚΑΛΑΜΙΩΤΗ

Η Γραμματέας
ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ
α/α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ