

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στις 28 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 24-3-2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 422/27.3.2023 της ... με την επωνυμία «...» - «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα ένωση ή η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και των κατ' ιδίαν ... , ήτοι α) της ανώνυμης εταιρίας «...», που εδρεύει στην ... αριθμός ... , και β) της ανώνυμης εταιρίας «...» που εδρεύει στο ... , οδός ... αριθμός ...

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ... οδός ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της παρεμβαίνουσας ... εταιρειών με την επωνυμία «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα ή η παρεμβαίνουσα ένωση»), που εδρεύει στον ... , οδός ... αρ. ... και εκπροσωπείται νομίμως από τον ... , και των κατ' ιδίαν ... , ήτοι: α) της εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στον ... οδός ... που εκπροσωπείται νόμιμα από τον κ. ... Πρόεδρο Δ.Σ. και Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής, β) της εταιρείας με την επωνυμία: «...» με διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ... , οδός ... και εκπροσωπείται νόμιμα από τον κ. ... Πρόεδρο Δ.Σ. και Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής και γ) της εταιρείας με την επωνυμία: «...» με διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ... οδός ... και εκπροσωπείται νόμιμα από τον κ. ... Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αριθ. πρωτ. ... απόφασης της

## Αριθμός απόφασης: 733 / 2023

αναθέτουσας αρχής με την οποία επικυρώθηκαν τα Πρακτικά ... της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού περί ελέγχου και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, κατά το μέρος που με την απόφαση αυτή απορρίφθηκε η προσφορά της.

Υπέρ του κύρους και της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, άσκησε παρέμβαση η άνω παρεμβαίνουσα ένωση, με αίτημα την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

### **Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, ποσού 15.000,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη, χωρίς Φ.Π.Α., αξία του τμήματος της συμφωνίας -πλαίσιο, για το οποίο ασκείται η προσφυγή, δηλαδή εν προκειμένω του Τμήματος 1 - Υπηρεσίες Τεχνικού και Χρηματοοικονομικού Συμβούλου, ποσού 15.000.000,00 ευρώ, χωρίς Φ.Π.Α. (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου ... ).

2. Το ... με την υπ' αριθμό ... Διακήρυξη προκήρυξε τη διενέργεια διαγωνισμού ανοικτής διαδικασίας με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας και τιμής για την ανάδειξη έως ... «...», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 17.600.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. Σύμφωνα με τον όρο 1.3.3 της Διακήρυξης, η συμφωνία-πλαίσιο υποδιαιρείται στα κάτωθι δύο τμήματα: ΤΜΗΜΑ 1 «...», εκτιμώμενης αξίας 15.000.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ (ή 18.600.000 ευρώ με ΦΠΑ) και ΤΜΗΜΑ 2 «...», εκτιμώμενης αξίας 2.600.000,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ (ή 3.224.000,00 ευρώ με ΦΠΑ). Προσφορές υποβάλλονται **για ένα μόνο** Τμήμα, ενώ ρητώς ορίστηκε ότι δεν επιτρέπεται η συμμετοχή του ίδιου οικονομικού φορέα σε περισσότερες ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλουν προσφορά για το ίδιο Τμήμα. Η περιγραφή των υπό ανάθεση συμβουλευτικών υπηρεσιών περιλαμβάνεται

## **Αριθμός απόφασης: 733 / 2023**

στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής. Η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής ... στις 21/11/2022, ενώ το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25/11/2022 και έλαβε ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ όπου έλαβε τον συστημικό αριθμό ...

**3.** Στον διαγωνισμό, και ειδικώς στο διακριτό Τμήμα Ι αυτού, συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά, πέντε (5) οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα ένωση. Με το με αριθμό ... Πρακτικό της η Επιτροπή του διαγωνισμού, μετά την αποσφράγιση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, εισηγήθηκε να γίνουν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής όλων των συμμετεχόντων, πλην της προσφεύγουσας ..., διότι δεν είχε υποβάλει όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής, όπως αυτά προσδιορίζονται στη Διακήρυξη, και συγκεκριμένα διότι δεν υπέβαλε τα ΕΕΕΣ των υπερβολάβων της, ενώ το ποσοστό υπερβολαβίας που είχε δηλώσει, υπερέβαινε το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας του Τμήματος Ι της συμφωνίας – πλαίσιο, για το οποίο υπέβαλε προσφορά. Ακολούθως, με το με αριθμό ... Πρακτικό της, η Επιτροπή του διαγωνισμού, αφού εξέτασε τις τεχνικές προσφορές των λοιπών, παραδεκτών συμμετεχόντων, διαγωνιζομένων, τις έκρινε αποδεκτές και εισηγήθηκε την ηλεκτρονική αποσφράγιση και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών τους. Τα ανωτέρω Πρακτικά της Επιτροπής του διαγωνισμού επικυρώθηκαν με την υπ' αριθ. ... απόφαση του ... Κατά της τελευταίας αυτής εκτελεστής απόφασης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών στρέφεται η προσφεύγουσα και ζητά την ακύρωσή της, κατά το μέρος που αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της, για τους λόγους και τις αιτίες που αναπτύσσονται στην προσφυγή.

**4.** Η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της (υπηρεσίες), της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α. και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

## **Αριθμός απόφασης: 733 / 2023**

5. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 17-3-2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 24-3-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι ψηφιακά υπογεγραμμένη. Συναφώς, οι αιτιάσεις της παρεμβαίνουσας περί απαράδεκτης άσκησης της προσφυγής λόγω έλλειψης ψηφιακής υπογραφής είναι απορριπτέες ως αβάσιμες, αφού το υποβληθέν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού έγγραφο της προδικαστικής προσφυγής φέρει έγκυρες ηλεκτρονικές υπογραφές των μελών της προσφεύγουσας ..., και συγκεκριμένα φέρει έγκυρες ψηφιακές υπογραφές του κου ... , υπό την ιδιότητα του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας «...» και του κου ... , ως νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας «...». Επιπλέον, η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται με προφανές έννομο συμφέρον, αφού με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας στο στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, ματαιώνοντας την προσδοκία της να προκριθεί στο επόμενο στάδιο της αποσφράγισης των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών και να επιδιώξει την ανάληψη της συμφωνίας – πλαίσιο.

6. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 27-3-2023 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1α του π.δ. 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να ασκήσουν ενδεχομένως το προβλεπόμενο δικαίωμα παρέμβασής τους.

7. Η παρεμβαίνουσα, η προσφορά της οποίας κρίθηκε αποδεκτή στο παρόν στάδιο, άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 4-4-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσφυγής, την με ίδια ημερομηνία παρέμβασή της και με έννομο συμφέρον, επιδιώκοντας την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας ... Η άνω παρέμβαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 5-4-2023.

## Αριθμός απόφασης: 733 / 2023

8. Με την υπ' αριθ. 577/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της προσφυγής.

9. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. εμπροθέσμως στις 6-4-2023, δηλαδή εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την κοινοποίηση της προσφυγής, τις με αριθ. πρωτ. ... απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν (6-4-2023) στους συμμετέχοντες, αιτούμενη παράλληλα την απόρριψη της προσφυγής κατά τα εκεί ειδικώς αναφερόμενα. Επί των άνω απόψεων και προς αντίκρουσή τους, καθώς και προς αντίκρουση της ασκηθείσας παρέμβασης, η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 12-4-2023 το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό Υπόμνημά της, το οποίο όμως υποβλήθηκε εκπροθέσμως, δηλαδή μετά την προβλεπόμενη στο άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, αποκλειστική πενθήμερη προθεσμία από την κοινοποίηση των απόψεων και, ως εκ τούτου, δεν λαμβάνεται υπόψη.

10. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

11. Η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, η προσφορά της απορρίφθηκε κατά κακή εφαρμογή των όρων της Διακήρυξης. Ειδικότερα, με τον **πρώτο** λόγο της προσφυγής, επικαλούμενη τους όρους 2.2.8.2, 2.2.9 και 4.4.3 της Διακήρυξης, προβάλλει ότι στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, δηλαδή στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής για τη συμμετοχή στη συμφωνία – πλαίσιο, η διακήρυξη δεν προβλέπει τη σώρευση των ποσοστών των υπεργολάβων, αλλά τούτο προβλέπεται αποκλειστικά στο επόμενο στάδιο της υποβολής προσφορών για την ανάθεση των επιμέρους εκτελεστικών συμβάσεων, οπότε και θα έχει αποκρυσταλλωθεί το εκτελεστέο φυσικό αντικείμενο. Με τον **δεύτερο** λόγο της προσφυγής, υποστηρίζει ότι εσφαλμένα και κατά κακή εφαρμογή του άρθρου 131 παρ. 6 του ν. 4412/2016, η προσβαλλόμενη απόφαση συμπεριέλαβε στο άθροισμα των ποσοστών των υπεργολάβων και το ποσοστό της υπεργολάβου –

## Αριθμός απόφασης: 733 / 2023

δανειοπαρόχου εταιρείας «...», για την οποία υποβλήθηκε με την προσφορά διακριτό ΕΕΕΣ. Με τον **τρίτο** λόγο ισχυρίζεται ότι το ποσοστό συμμετοχής των υπεργολάβων και η μη υπέρβαση του ποσοστού 30% (άνω του οποίου επιβάλλεται η προσκόμιση ΕΕΕΣ των υπεργολάβων) θα πρέπει να υπολογιστεί με βάση την συνολική αξία της συμφωνίας – πλαίσιο και όχι με βάση την αξία του Τμήματος 1, για το οποίο η ίδια έχει υποβάλει προσφορά. Με τον **τέταρτο** λόγο, υποστηρίζει ότι, κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας, η αναθέτουσα αρχή προσέδωσε στους όρους 2.2.8.2 και 4.4.3 της Διακήρυξης την ίδια ερμηνεία, αξιώνοντας την υποβολή στον παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας δικαιολογητικών συμμετοχής (ΕΕΕΣ υπεργολάβων), που δεν προβλέπονται ρητά και με σαφήνεια από την Διακήρυξη, και χωρίς να υφίσταται από τη Διακήρυξη αλλά και από το υπόδειγμα του ΕΕΕΣ υποχρέωση δήλωσης του ποσοστού της υπεργολαβίας. Τέλος, επικουρικά προβάλλει ότι τα ελλείποντα ΕΕΕΣ των υπεργολάβων της δύναται να προσκομιστούν συμπληρωματικά και ότι τούτο δικαιολογείται από τους, κατά τους ισχυρισμούς της, ασαφείς όρους της Διακήρυξης.

**12.** Η επίμαχη Διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους συμμετέχοντες, σε σχέση με τα τιθέμενα εν προκειμένω ζητήματα προβλέπει τα εξής:

*«2.2.8.2. Υπεργολαβία: Ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα των υπηρεσιών που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Στην περίπτωση που ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) των παρεχόμενων υπηρεσιών υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της συμφωνίας πλαίσιο, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, εφόσον συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού της ως άνω παραγράφου 2.2.3.»*, *«...2.2.9. Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής: Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ κατά τα οριζόμενα*

## Αριθμός απόφασης: 733 / 2023

στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη εκάστου Τμήματος της συμφωνίας-πλαίσιο δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) των υπηρεσιών υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους **σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%)** της συνολικής αξίας της συμφωνίας πλαίσιο, οι υπεργολάβοι υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες δηλώσουν ότι πληρούν, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, οι οποίες επέλθουν ή για τις οποίες λάβουν γνώση μετά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και μέχρι την ημέρα της έγγραφης πρόσκλησης για την σύναψη του συμφωνητικού οι προσφέροντες οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή. Τα μέσα προκαταρκτικής απόδειξης της παραγράφου 2.2.9.1 της παρούσας και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας, προσκομίζονται **διακριτά** για κάθε ένα εκ των δύο Τμημάτων της παρούσας διακήρυξης. **2.2.9.1. Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών:** Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) : i) έχουν δικαίωμα συμμετοχής στη παρούσα διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 2.2.1.2, ii) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και iii) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, α)...β) το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986», «4.4 Υπεργολαβία ..[...] **4.4.3 Η αναθέτουσα**

## Αριθμός απόφασης: 733 / 2023

αρχή επαληθεύει τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού για τους υπεργολάβους, όπως αυτοί περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.3 και με τα αποδεικτικά μέσα της παραγράφου 2.2.9.2 της παρούσας, εφόσον το(α) τμήμα(τα) της εκτελεστικής σύμβασης, το(α) οποίο(α) ο ανάδοχος προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, υπερβαίνουν **σωρευτικά** το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της εκτελεστικής σύμβασης. Επιπλέον, προκειμένου να μην αθετούνται οι υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή δύναται να επαληθεύσει τους ως άνω λόγους και για τμήμα ή τμήματα της εκτελεστικής σύμβασης που υπολείπονται του ως άνω ποσοστού. Όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί ή δύναται να απαιτήσει την αντικατάστασή του, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στις παρ. 5 και 6 του άρθρου 131 του ν. 4412/2016».

**13.** Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης προκύπτει, ότι η ένδικη διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται με το σύστημα της προαπόδειξης, σύμφωνα με το οποίο οι συμμετέχοντες υποβάλλουν με την προσφορά τους το ΕΕΕΣ ως προαπόδειξη περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και περί πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του όρου **2.2.8.2** της Διακήρυξης, οι οποίες μεταφέρουν στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού τις διατάξεις των άρθρων 58 και 131 του ν. 4412/2016, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς οφείλουν να δηλώνουν στην προσφορά τους το/α τμήμα/τα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπεργολαβικά καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν. Σε περίπτωση δε που το δηλωθέν ποσοστό υπεργολαβίας υπερβαίνει το 30% των εργασιών της σύμβασης πρέπει, κατά ρητή διατύπωση της διακήρυξης, να υποβληθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τον/τους υπεργολάβο/ους, προκειμένου να επαληθευτούν και στο πρόσωπό τους οι λόγοι αποκλεισμού. Άλλωστε, η υποχρέωση υποβολής διακριτών ΕΕΕΣ των υπεργολάβων (στην περίπτωση υπέρβασης του ποσοστού του 30%) ορίζεται στον όρο 2.2.8.2, ο οποίος, ως προς την επαλήθευση της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του υπεργολάβου, παραπέμπει στη διάταξη του όρου 2.2.9.1. της διακήρυξης, η οποία με τη σειρά της προβλέπει, ως προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή των προσφορών, την υποβολή του ΕΕΕΣ. Συνεπώς, σε περίπτωση που το δηλωθέν ποσοστό υπεργολαβίας υπερβαίνει σε ποσοστό



## Αριθμός απόφασης: 733 / 2023

το 30% της αξίας της συμφωνίας -πλαίσιο, πρέπει να προσκομίζεται, με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, διακριτό ΕΕΕΣ για τους δηλωθέντες υπεργολάβους. Το δε ποσοστό αυτό (30%), κατά τη γραμματική διατύπωση της διάταξης του άρθρου 2.2.8.2 υπολογίζεται σωρευτικά – αθροιστικά. Δηλαδή, για την υπέρβαση του ποσοστού 30%, πρέπει το τμήμα της σύμβασης ή το σύνολο των επιμέρους τμημάτων, που ανατίθενται υπεργολαβικώς, να ξεπερνά το ποσοστό αυτό. Τούτο επιβεβαιώνεται και από την ρητή επισήμανση της κατευθυντήριας Οδηγίας 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)», σύμφωνα με την οποία *«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 42 για κάθε έναν από τους υπεργολάβους».*

**14.** Στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα ένωση υπέβαλε προσφορά για το διακριτό Τμήμα I της υπό ανάθεση συμφωνίας – πλαίσιο. Περαιτέρω, τα κατ' ιδίαν μέλη της ... υπέβαλαν διακριτά ΕΕΕΣ, δηλώνοντας τους τρίτους οικονομικούς φορείς στους οποίους στηρίζονται, καθώς και τα τμήματα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπεργολαβικά και τους υπεργολάβους που προτείνουν. Ειδικότερα, στο Μέρος II του ΕΕΕΣ, «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», σημείο Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων», αμφότερα τα μέλη της προσφεύγουσας ... δήλωσαν ότι στηρίζονται, ως προς την πλήρωση της αξιούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, στην τρίτη δανειοπάρχοχο εταιρεία «...», η οποία συμμετέχει τόσο ως δανείζουσα τεχνική και επαγγελματική εμπειρία στην προσφεύγουσα ένωση εταιρειών όσο και ως υπεργολάβος σε ποσοστό 4%. Στο σημείο Δ του Τμήματος II του ΕΕΕΣ των μελών της προσφεύγουσας ..., ορίστηκαν ως υπεργολάβοι -στους οποίους δεν στηρίζεται η ένωση για την πλήρωση της αξιούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας- οι ακόλουθοι: 1) Η εταιρεία με την επωνυμία «...», σε ποσοστό 10%, 2) Το ... – Ειδικός Λογαριασμός ... σε ποσοστό 2%, 3) Το

## Αριθμός απόφασης: 733 / 2023

Ίδρυμα «...» σε ποσοστό 6% του Έργου, 4) Ο Ειδικός Λογαριασμός ... (...), σε ποσοστό 2%, 5) Ο Ειδικός Λογαριασμός ... (...) σε ποσοστό 2%, 6) η εταιρεία «...» σε ποσοστό 2% και τέλος 7) η εταιρεία «...» σε ποσοστό 3%. Συνεπώς, το συνολικό δηλωθέν ποσοστό υπεργολαβίας στην προσφορά της προσφεύγουσας ανέρχεται σε 31%, και άρα, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις διατάξεις 2.2.8.2 και 2.2.9.1 της Διακήρυξης έπρεπε να υποβληθούν με την προσφορά της, ως δικαιολογητικά συμμετοχής, διακριτά ΕΕΕΣ των ως άνω δηλωθέντων υπεργολάβων. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, στο πλαίσιο του **πρώτου** λόγου της προσφυγής, ότι από τις διατάξεις των όρων 2.2.8.2 και 4.4.3 της Διακήρυξης συνάγεται, ότι μόνο στο στάδιο υποβολής προσφοράς για την ανάθεση εκτελεστικής σύμβασης εφαρμόζεται «σώρευση» των επί μέρους ποσοστών των περισσότερων υπεργολάβων, ενώ στο στάδιο υποβολής προσφοράς για τη συμμετοχή στη συμφωνία – πλαίσιο τέτοια «σώρευση» δεν γίνεται. Τούτο δε, διότι στο στάδιο υποβολής προσφοράς για τη συμμετοχή στη συμφωνία – πλαίσιο ο προσφέρων δεν γνωρίζει, ποιο θα είναι το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο μίας εκάστης των εκτελεστικών συμβάσεων που θα κληθεί να υλοποιήσει και, επομένως, αδυνατεί να προκαθορίσει, ποια θα είναι η αξία του τμήματος ή των τμημάτων, που θα εκτελέσει έκαστος υπεργολάβος, σε σχέση με την αξία των εκτελεστικών συμβάσεων, στις οποίες οι υπεργολάβοι θα εμπλακούν. Ο ισχυρισμός αυτός είναι εσφαλμένος και δεν στηρίζεται στο νόμο ούτε στη Διακήρυξη. Καταρχάς, στο άρθρο 132 παρ. 1 του ν. 4412/2016 περιέχεται ρητή απαγόρευση της τροποποίησης και των συμφωνιών - πλαίσιο, κατά τη διάρκειά τους, ενώ οι συμβάσεις που συνάπτονται σε εκτέλεση συμφωνίας – πλαίσιο δεν δύνανται να συνεπάγονται ουσιώδεις τροποποιήσεις στους όρους της συμφωνίας αυτής. Στο πλαίσιο αυτό έχει κριθεί (βλ. ΕΛΣυν VI Τμήμα 2510/2016) ότι ο ανάδοχος δεσμεύεται να χρησιμοποιήσει τους υπεργολάβους που έχει δηλώσει με την προσφορά του στη συμφωνία -πλαίσιο και δεν δύναται επί παραδείγματι να αναθέσει μέρος της εκτελεστικής σύμβασης σε υπεργολάβο που δεν είχε δηλωθεί ούτε να προβεί σε αντικατάσταση υπεργολάβου που είχε δηλωθεί στην προσφορά που υπέβαλε για την ανάθεση της συμφωνίας – πλαίσιο. Άρα, με την υποβολή της προσφοράς του στη συμφωνία – πλαίσιο δηλώνει στο σύνολό τους τους υπεργολάβους που θα χρησιμοποιήσει και στις εκτελεστικές συμβάσεις. Περαιτέρω, στους προπαρατεθέντες όρους 2.2.8.2

## Αριθμός απόφασης: 733 / 2023

και 2.2.9 της Διακήρυξης, που αναφέρονται στο στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής για την επιλογή των αντισυμβαλλομένων της συμφωνίας – πλαίσιο, ρητώς προβλέπεται ότι, σε περίπτωση που ο προσφέρων δηλώνει ότι θα αναθέσει υπεργολαβικά τμήμα ή τμήματα των υπηρεσιών σε ποσοστό που υπερβαίνει το 30% της συνολικής αξίας της συμφωνίας – πλαίσιο, τότε η αναθέτουσα αρχή ελέγχει τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και στο πρόσωπο των δηλωθέντων υπεργολάβων. Η επαλήθευση αυτή, κατά το άρθρο 2.2.9.1 λαμβάνει χώρα με την υποβολή, μαζί με την προσφορά, των ΕΕΕΣ των υπεργολάβων. Περαιτέρω δε, ουδεμία έννομη επιρροή ασκεί η μνεία της λέξης «σωρευτικά» στον όρο 4.4.3 της Διακήρυξης, ο οποίος αφορά στο στάδιο της ανάθεσης των εκτελεστικών συμβάσεων, ούτε βεβαίως το γεγονός ότι η λέξη «σωρευτικά» αναφέρεται μόνον στη διάταξη του όρου 4.4.3 αναιρεί το περιεχόμενο της σαφούς και ρητής διάταξης του όρου 2.2.8.2 της διακήρυξης και την εκεί προβλεπόμενη, σε συνδυασμό με το άρθρο 2.2.9.1, υποχρέωση υποβολής διακριτών ΕΕΕΣ για τους δηλωθέντες υπεργολάβους, όταν το συνολικό δηλωθέν ποσοστό υπεργολαβίας υπερβαίνει σωρευτικά το 30% της αξίας της σύμβασης, όπως εν προκειμένω. Ούτε, εξάλλου, το γεγονός ότι στο στάδιο ανάθεσης των εκτελεστικών συμβάσεων προβλέπεται αυστηρότερο πλαίσιο και δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ελέγξει τα κωλύματα συμμετοχής υπεργολάβων ακόμη και μικρότερου ποσοστού του 30%, αναιρεί την υποχρέωση που ρητώς προβλέπεται στους προπαρατεθέντες όρους 2.2.8.2 και 2.2.9. της Διακήρυξης. Σε κάθε δε περίπτωση, εάν ήθελε θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα πλήττει τους συγκεκριμένους όρους της Διακήρυξης, οι οικείες αιτιάσεις της προβάλλονται απαραδέκτως και ανεπιπικαίρως, ενόψει της ανεπιφύλακτης συμμετοχής της στο διαγωνισμό. Συναφώς, σύμφωνα με την ανάπτυξη που προηγήθηκε στην ανωτέρω σκέψη 14, ορθώς και σύμφωνα με τη Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή άθροισε το σύνολο όλων των τμημάτων, που η προσφεύγουσα ένωση δήλωσε ότι θα αναθέσει υπεργολαβικά και απαίτησε την υποβολή με τα δικαιολογητικά συμμετοχής ΕΕΕΣ για όλους τους υπεργολάβους. Ενόψει των ανωτέρω, ο **πρώτος** λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και ως μη ερειδόμενος στη Διακήρυξη, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

**15.** Με τον **δεύτερο λόγο** της προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νομίμως και κατά κακή εφαρμογή του άρθρου 131 παρ. 6 του ν. 4412/2016 συνυπολογίστηκε από την αναθέτουσα αρχή το ποσοστό 4% υπεργολαβίας, που ανατίθεται στην εταιρεία «...», η οποία έχει επιπλέον δηλωθεί ως τρίτη δανειοπάροχος, και έτσι ελέγχεται ως προς τα κωλύματα συμμετοχής βάσει άλλης διατάξεως (άρθρο 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016). Οι εν λόγω αιτιάσεις της προσφεύγουσας δεν βρίσκουν έρεισμα στη Διακήρυξη και στο νόμο και είναι απορριπτέες ως νόμω και ουσία αβάσιμες. Τούτο, διότι η σύμπτωση στον άνω οικονομικό φορέα της ιδιότητας του δανειοπάροχου και του υπεργολάβου δεν επηρεάζει την υποχρέωση προσμέτρησης του ποσοστού υπεργολαβίας που θα εκτελέσει. Δηλαδή, εφόσον η άνω εταιρεία δηλώθηκε ως υπεργολάβος με ποσοστό 4%, ορθώς συνυπολογίστηκε και προσμετρήθηκε από την αναθέτουσα το ποσοστό αυτό για την ανεύρεση του συνολικού ποσοστού υπεργολαβικής αναθέσεως (βλ. ad hoc ΣΤΕ Τμήμα Β 421/2020 σκ. 11, με την οποία έγινε δεκτό ότι, το ποσοστό υπεργολαβίας που ανατίθεται σε τρίτον ο οποίος ταυτόχρονα δανείζει και τεχνική ή επαγγελματική ικανότητα, προσμετράται για την διαπίστωση υπέρβασης του ορίου 30%). Επομένως, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί κατ' αποδοχή των αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

**16.** Με τον **τρίτο** λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα επάγεται ότι το ποσοστό των υπεργολάβων που δηλώνει έπρεπε να υπολογιστεί επί της συνολικής αξίας των δύο τμημάτων της υπό ανάθεση συμφωνίας – πλαίσιο. Οι ισχυρισμοί αυτοί προβάλλονται αβασίμως και χωρίς έρεισμα στη Διακήρυξη. Τούτο, διότι ρητώς προβλέπεται ότι η συμφωνία – πλαίσιο διαιρείται σε δύο διακριτά Τμήματα με δικαίωμα των οικονομικών φορέων να υποβάλλουν προσφορά μόνο για το ένα Τμήμα (άρθρο 1.3.3. της Διακήρυξης). Η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά για το Τμήμα 1 και, επομένως, ορθώς αξιολογήθηκε η προσφορά της και τα δικαιολογητικά συμμετοχής που υπέβαλε με βάση τους όρους συμμετοχής που αφορούν στο υπόψη Τμήμα, κατ' αποδοχή των οικείων αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

**17.** Τέλος, με τον **τέταρτο** λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά την ορθή ερμηνεία των όρων 2.2.8.2 και 4.4.3 της Διακήρυξης δεν

## Αριθμός απόφασης: 733 / 2023

απαιτείται, στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, να αναφερθεί το τμήμα της σύμβασης που θα ανατεθεί στον υπεργολάβο, ούτε το ποσοστό της αξίας της συμφωνίας – πλαίσιο που αυτό αντιπροσωπεύει. Κατά τους ισχυρισμούς της, η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση επιβεβαιώνεται από την διατύπωση του οικείου Τμήματος του ΕΕΕΣ, όπου ζητείται μεν να αναφερθεί εάν ο οικονομικός φορέας θα χρησιμοποιήσει υπεργολάβους και ποιοί είναι αυτοί, αλλά δεν ζητείται να αναφερθεί ποιοί είναι το τμήμα της σύμβασης που θα ανατεθεί στον υπεργολάβο ούτε το ποσοστό της συμφωνίας – πλαίσιο που αυτό αντιπροσωπεύει. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και ως μη ερειδόμενος στη Διακήρυξη. Αυτό, γιατί όπως προεκτέθηκε στο πλαίσιο του πρώτου λόγου της προσφυγής, από την συνδυαστική ερμηνεία και εφαρμογή των όρων 2.2.8.2 και 2.2.9 της Διακήρυξης, καθίσταται σαφές ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς οφείλουν να δηλώσουν το τμήμα ή τα τμήματα των υπηρεσιών που προτίθενται να αναθέσουν υπεργολαβικά, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν. Η δήλωση αυτή γίνεται μέσω του υποβληθέντος ΕΕΕΣ (άρθρο 2.2.9.1), αλλά και με τον φάκελο της τεχνικής προσφοράς όπως ρητώς προβλέπεται στο άρθρο 2.4.3.2 της ένδικης διακήρυξης (*«2.4.3.2. Τεχνική προσφορά.....Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα των υπηρεσιών της συμφωνίας πλαίσιο που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν*). Σε κάθε δε περίπτωση, εάν ήθελε υποτεθεί ότι η προσφεύγουσα υπονοεί ότι διατηρούσε αμφιβολίες ως προς το συγκεκριμένο σημείο του ΕΕΕΣ, στο οποίο όφειλε να συμπεριλάβει τη σχετική δήλωση, είχε τη δυνατότητα να υποβάλει συνοδευτική του ΕΕΕΣ υπεύθυνη δήλωση, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.1.της διακήρυξης ή να απευθύνει σχετικό διευκρινιστικό ερώτημα, το οποίο δεν έπραξε. Πάντως, από την επισκόπηση του ΕΕΕΣ των μελών της προσφεύγουσας ..., αλλά και από τον φάκελο της τεχνικής προσφοράς της προκύπτει ότι ανέφερε τόσο στο οικείο Τμήμα του ΕΕΕΣ, όσο και στις, συνημμένες στην τεχνική προσφορά της, Υπεύθυνες Δηλώσεις τους υπεργολάβους που θα χρησιμοποιήσει και το ποσοστό εκάστου εξ αυτών, σε πλήρη συμπόρευση προς τις απαιτήσεις των οικείων όρων της Διακήρυξης. Ενόψει των ανωτέρω, ο **τέταρτος** λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και ως μη ερειδόμενος στη Διακήρυξη. Τέλος, ως προς τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί υποχρέωσης της αναθέτουσας

## **Αριθμός απόφασης: 733 / 2023**

αρχής να την καλέσει σε συμπληρωματική υποβολή των ελλειπόντων ΕΕΕΣ των υπεργολάβων της, και μάλιστα όχι κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, αλλά λόγω των ασαφών όρων της Διακήρυξης, αυτές είναι απορριπτέες, καθώς, σύμφωνα με την ανάπτυξη που προηγήθηκε, ουδεμία ασάφεια υφίσταται στις κρίσιμες διατάξεις της Διακήρυξης, ενώ σε κάθε περίπτωση, εάν διατηρούσε αμφιβολίες ως προς συγκεκριμένους όρους, η προσφεύγουσα είχε δικαίωμα υποβολής διευκρινιστικού ερωτήματος, το οποίο δεν προκύπτει ότι υπέβαλε, ούτε επικαλείται το αντίθετο. Επισημαίνεται δε, ότι ορθώς η αναθέτουσα αρχή δεν εφάρμοσε εν προκειμένω το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, καθώς όπως έχει ad hoc κριθεί (βλ. ΣΤΕ 147/2022, 1646/2022) η συμπλήρωση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων, τα οποία δεν έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τη Διακήρυξη και απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού.

**18.** Κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, η παρέμβαση να γίνει δεκτή και να διαταχθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου της προσφεύγουσας (άρθρο 363 του ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 18 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ**

**ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ**