

**Η  
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 17 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 07.02.2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - (ΕΑΔΗΣΥ)/216/08.02.2022 Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το δ.τ. «...», που εδρεύει στην Αριδαία, εφεξής προσφεύγων.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στ.. ... (εφεξής παρεμβαίνων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η με αρ. 382/2021 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... κατά το μέρος που ανακήρυξε ως προσωρινή ανάδοχο του κρίσιμου δημόσιου Διαγωνισμού (Διακήρυξη της 18.10.2021 – Α/Α ΕΣΗΔΗΣ Έργων ...) την εταιρεία «...», καθώς και κάθε συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη της αναθέτουσας αρχής.

Ο παρεμβαίνων αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

1. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού 807,00€ αναλογούν e-Παράβολο ( βλ. έγγραφο της ΓΓΠΣ περί δέσμευσης του ως άνω παραβόλου από τη ΓΓΠΣ και το από 07.02.2022 αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64).

2. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά Απόφασης που εκδόθηκε στο πλαίσιο Διακήρυξης Ανοιχτού Ηλεκτρονικού ( ΑΡ. ΕΣΗΔΗΣ ...) Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου: "ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΠΛΑΤΕΙΑΣ ..." Εκτιμώμενης αξίας 161.290,32 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24% ), με κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής ( ΑΔΑΜ ...).

3. Επειδή, η επίμαχη διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας δαπάνης αλλά και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή ο προσφεύγων κατέθεσε την υπό εξέταση προσφυγή του στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 7.02.2022, ήτοι εμπροθέσμως και είναι νομίμως υπογεγραμμένη δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους στις 28.01.2022.

5. Επειδή, προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του για την ακύρωση της προσβαλλόμενης στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη Διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, δοθέντος ότι κατετάγη 2<sup>ος</sup> σε σειρά μειοδοσίας.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στους ενδιαφερομένους την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στις 08.02.2022 και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 14.02.2022 απόψεις της τις οποίες κοινοποίησε στον προσφεύγοντα στις 15.02.2022 και στη συνέχεια στον παρεμβαίνοντα .

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

7. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε την παρέμβαση του στην επικοινωνία του διαγωνισμού στις 18.02.2022, ήτοι εμπροθέσμως με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφορά του κρίθηκε αποδεκτή και έχει μειοδοτήσει.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως και παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατόπιν της με αρ. 264/09.02.2022 Πράξης της Προέδρου του 2<sup>ου</sup> Κλιμακίου.

9. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του ήδη παρεμβαίνοντος έχρηξε απόρριψης λόγω μη πλήρωσης του κριτηρίου περί καταλληλότητας στην κατηγορία πρασίνου, μη δυνάμενος να στηριχθεί στην ικανότητα 3<sup>ωv</sup>. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι από το κατατεθέν και υπογεγραμμένο ψηφιακά στις 04.11.2021 ΕΕΕΣ της εταιρείας ...προκύπτει ότι «κατά τη συμπλήρωση του «Μέρους II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» / «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» & «Γ. Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» και των εκεί ερωτημάτων προβαίνει σε εντελώς λανθασμένες απαντήσεις άλλως νομικά ανακριβείς, κατά το Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων. Συγκεκριμένα, επί των ερωτήσεων υπό «Α»: «Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους» απαντά «ΝΑΙ», «Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...）」 απαντά «...» δηλαδή δηλώνει «...», «Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης» απαντά «...», «Κατά περίπτωση, επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας» απαντά «...» ήτοι το όνομα της ίδιας προσφέρουσας, και τέλος επί της ερώτησης «Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά» απαντά «ΓΙΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ». Προδήλως αντιφατικά, όμως, επί της ακολουθούμενης κατηγορίας ερωτημάτων υπό «Γ»: «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;» απαντά «ΝΑΙ» με

δανείζονται τη «...»· δίχως να προκύπτει πάντως σε ποια κριτήρια επιλογής βασίζεται, μάλιστα η σύγχυση των απαντήσεων της επιτείνεται εάν ληφθεί υπόψη πως στη σελ. 14 η «...» έχει απαλείψει το πεδίο ερωτημάτων περί του τρόπου πλήρωσης της «Γ. Τεχνικής και επαγγελματικής Ικανότητας». Από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης που τίθεται ενώπιον της Σύθεσής Σας, πράγματι, δεν επιβεβαιώνεται η κοινοπρακτική μεταξύ των ετέρων εταιρειών συμμετοχή τους στο Διαγωνισμό, ανεξαρτήτως πως στην περίπτωση αυτή, η συμμετοχή τους θα παραβίαζε την παρ. 7 του άρθρου 96 Ν. 4412/2016 (αποτελούσα τη μοναδική παρ. του άρθρου την οποία άφησε εντελώς αναλλοίωτη το άρθρο 38 Ν. 4782/2021, ΦΕΚ Α΄ 36), και του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 3.1. της Διακήρυξης, διότι ούτε ορίζεται «η έκταση και το είδος της συμμετοχής εκάστου μέλους στην Ένωση», ούτε περαιτέρω «η κατανομή της εργολαβικής αμοιβής μεταξύ τους» με βάση τα κέρδη και τις ζημιές εκ της επιχειρηματικής συμμετοχής τους στην Ένωση αυτή, ούτε ποιος είναι ο «εκπρόσωπος/συντονιστικής αυτής». 10.2. Η δε «...» την οποία επικαλείται η προσφέρουσα «...», υποβάλλει το ηλεκτρονικό αρχείο «ΕΕΕΣ ....\_signed» (εκ σελ. 1-12), υπογραφόμενο ψηφιακά στις 04.11.2021 από τον νόμιμο εκπρόσωπό της. Όμως, από τη μελέτη των σελ. 2-4 προκύπτει πως η «δανείζουσα» προβαίνει σε εντελώς λανθασμένες απαντήσεις άλλως νομικά ανακριβείς ομοίως. Συγκεκριμένα, επί των ίδιων ερωτήσεων υπό «Α»: «Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους» απαντά «ΝΑΙ», «Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...）」 απαντά αντί ως «Μέλος Ένωσης» «...» δίχως να γίνεται κατανοητό τι εννοεί, «Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης» απαντά «...», «Κατά περίπτωση, επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας» απαντά «...» και τέλος επί της «Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά» απαντά «Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΥΠΟΒΑΛΛΕΤΑΙ ΣΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ - Η ΕΤΑΙΡΙΑ ΜΑΣ ΠΑΡΕΧΕΙ ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΣΤΗΝ ... ..». Ακολούθως, επί της κατηγορίας ερωτημάτων υπό «Γ»: «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» απαντά «ΟΧΙ». Ομοίως και εδώ δεν προκύπτει επί ποίων κριτηρίων επιλογής δανείζει την εμπειρίας της. Το μυστήριο των απαντήσεων λύνεται εάν μεταβούμε στο τελικό μέρος «Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής» όπου επί του «B: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» απαντά επί λέξει «Η ... ΔΑΝΕΙΖΕΙ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΟΣΟ ΑΦΟΡΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΑΡΚΕΙΑ ΑΛΛΑ ΚΑΙ ΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ ΣΕ ΕΡΓΑ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΣΤΗΝ ΕΤΑΙΡΙΑ "...»· σημειώνεται βέβαια πως λόγω του μικρού μεγέθους του έργου με βάση της Κατηγορίες Εργασιών και τις Τάξεις ΜΕΕΠ που απαιτεί η Διακήρυξη, δε ζητείται οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την εκτέλεσή του (βλ. άρθρο 100 Ν. 3669/2008 «Κώδικας Δημοσίων Έργων» (ΦΕΚ Α' 116) όπως ισχύει κατά το μεταβατικό στάδιο ισχύος του Π.Δ. 71/2019 «Μητρώα συντελεστών παραγωγής δημοσίων και ιδιωτικών έργων, μελετών, τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών (ΜΗ.Τ.Ε)» (ΦΕΚ Α' 112), η εφαρμογή του οποίου βέβαια έχει ανασταλεί κατά κυβερνητική βούληση. Τέλος , από τη σελ. 11 ομοίως προκύπτει η απάλειψη και από τη «...» των αντίστοιχων ερωτημάτων κατά τα όσα αναφέραμε στην προηγούμενη σκέψη. ΕΠΕΙΔΗ, η ατομική συμμετοχή της «...» επιβεβαιώνεται, τελικώς, από την περιλαμβανόμενη εντός του (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικών Συμμετοχής» της από 29.10.2021 υπεύθυνη δήλωση, ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον ως άνω νόμιμο εκπρόσωπο της «...», δυνάμει της οποίας δεσμεύεται, ομοίως, απέναντι στην αναθέτουσα αρχή: «2. Ο ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΜΟΡΦΗ ΔΑΝΕΙΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΔΑΝΕΙΖΕΤΑΙ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΑΠΟ ΤΟΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΦΟΡΕΑ ... ΜΕ Α.Φ.Μ. ... ΚΑΙ ΑΡΙΘΜΟ ΒΕΒΑΙΩΣΗΣ ΜΕΕΠ ... ΟΠΟΥ ΕΧΕΙ ΤΑΞΗ 2η ΣΤΗΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΟΣΟ ΑΦΟΡΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΑΡΚΕΙΑ ΑΛΛΑ ΚΑΙ ΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ & ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ» και «16. Ο οικονομικός φορέας πληροί όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής κατά τους όρους του άρθρου 22 της διακήρυξης». 12.ΕΠΕΙΔΗ, εξ όλων των ανωτέρω σκέψεων, συμπεραίνουμε ότι το σύνολο του έργου διεκδικεί αποκλειστικά η προσφέρουσα «...», η οποία βέβαια προκειμένου να καλύψει το Κριτήριο

Επιλογής της «Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας» ως προς την Κατηγορία Εργασιών και Τάξη ΜΕΠΠ ως προς το «ΠΡΑΣΙΝΟ» που απαιτεί η Διακήρυξη, εξειδίκευση την οποία, όπως αποδεικνύεται από το επισυναπτόμενο Πτυχίο ΜΕΕΠ ... (σχετική η ... Βεβαίωση) δεν κατέχει καθώς δεν είναι εγγεγραμμένη και για τις εργασίες αυτές, «δανείζεται» την εμπειρία αυτή από την «...» η οποία, όπως προκύπτει από το αντίστοιχο Πτυχίο ΜΕΕΠ ... (σχετική η ... Βεβαίωση) είναι εγγεγραμμένη στο εξειδικευμένο αντικείμενο των «Έργων Πρασίνου» στην «Α2 Τάξη ΜΕΕΠ». 13.ΕΠΕΙΔΗ, το ενωσιακό Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων ανέκαθεν δεν αναγνώριζε την εφαρμογή του παγιωμένου θεσμού της «δάνειας εμπειρίας» όσον αφορά την πλήρωση των απαιτήσεων εκ του Κριτηρίου Επιλογής της «Καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας». Ειδικότερα, στο ελληνικό Δίκαιο των Δημοσίων Έργων ενδιαφερόμενη εργολήπτρια που επιθυμεί να συμμετάσχει σε διαγωνισμό που κατατείνει σε σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου, εάν δεν καλύπτει, μέσω του Πτυχίου ΜΕΕΠ που διαθέτει, όλες τις Κατηγορίες Έργων που απαιτεί η Διακήρυξη, ουδέν δικαίωμα συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία αυτή έχει. Έτσι λοιπόν εάν από τον ηλεκτρονικό έλεγχο στη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ που υπέβαλε επαληθεύεται η έλλειψη αυτή, απαραδέκτως προσφεύγει στην επίκληση της ικανότητας τρίτης εργολήπτριας που στο Πτυχίο ΜΕΕΠ αυτής προκύπτει ότι είναι εγγεγραμμένη στην ελλείπουσα Κατηγορία Έργων. Η εκ των υστέρων αμφισβήτηση κανονιστικού όρου της Διακήρυξης, εξ αφορμής προδικαστικής προσφυγής που υποβάλει ενώπιον της ΑΕΠΠ η εργολήπτρια αμφισβητώντας τον διαγωνιστικό αποκλεισμό της, καθιστά αυτή अपαράδεκτη ελλείπει εννόμου συμφέροντος όπως έχει παγίως κριθεί. ....Διότι αυτονόητα δεν μπορούμε να αναγνωρίσουμε σε εργολάβο γενικό δικαίωμα συμμετοχής του σε όλο το εύρος των κατασκευαστικών συμβάσεων που τον ενδιαφέρει ακόμη και για βασικές ή ειδικές εργασίες επί Κατηγοριών Έργων που επισήμως ουδεμία τεχνική εξειδίκευση έχει να τις εκτελέσει. 15. ΕΠΕΙΔΗ, κατά βασικότατη διάκριση που υιοθετεί ο Ευρωπαϊός νομοθέτης του Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων, όπως προκύπτει από το άρθρο 58 παρ. 1α) και παρ. 2 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η «Καταλληλότητα για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας» αποτελεί, όσον αφορά, την αξιολόγηση του προσφέροντος, χρονικά προγενέστερο

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

«Κριτήριο Επιλογής» έναντι της «Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας» αυτού, επί της οποίας (διάκρισης) έχει αναπόφευκτα βασιστεί και το ελληνικό Δίκαιο των Δημοσίων Έργων όπως προκύπτει από τις ειδικότερες διατάξεις των άρθρων 75 παρ. 1α), παρ. 2 και 76 του Ν. 4412/2016. Στον έλεγχο αξιολόγησης αυτόν έπρεπε κανονικά να είχε υποβάλει η ορισθείσα Επιτροπή Διαγωνισμού την Προσφορά της «...», η οποία, κατ' ακριβολογία, δια της εισφερόμενης νομικής ερμηνείας της, όπως προβλήθηκε ενώπιον της ΑΕΠΠ και επαναλαμβάνεται ενώπιον του Δικαστηρίου Σας, «αποπειράται να καλύψει την οικεία έλλειψη [ως προς την «Καταλληλότητα για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας»] μέσω δάνειας στήριξης στο ΜΕΕΠ τρίτου για την κατηγορία έργων την οποία δεν κατέχει». ΕΠΕΙΔΗ, εν προκειμένω, δια της αποδοχής της Προσφοράς της αντιπάλου εταιρείας η αναθέτουσα αρχή ευθέως παραβίασε την ανέκαθεν παγιωμένη στο ελληνικό Δίκαιο των Δημοσίων Έργων κατεύθυνση, διότι η αντίπαλη εταιρεία ουδέν δικαίωμα συμμετοχής είχε εξαρχής για τον κρίσιμο κατασκευαστικό διαγωνισμό, ενώ ουδεμία εξειδίκευση είχε, όπως παραδέχεται εξάλλου δυνάμει του ΤΥΕΔ που υπέβαλε και επιβεβαιώνεται πράγματι από τον ηλεκτρονικό έλεγχο στο Τμήμα ΜΕΕΠ της Διεύθυνσης Μητρώων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, στα Έργα Κατηγορίας ΠΡΑΣΙΝΟΥ (<http://www.yrex15.gr/Default> ). Εκ της παράβλεψης της απαράδεκτης συμμετοχής της ανταγωνίστριας, επανερχόμαστε σε νομικό ζήτημα που στο Δίκαιο των Δημοσίων Έργων πότε δεν αμφισβητήθηκε σοβαρά από τους Έλληνες εργολάβους ούτε υπό την ισχύ του Ν. 4412/20216, δηλαδή, στην απαράδεκτη επίκληση «δάνειας εμπειρίας» από εργολάβο για την κάλυψη απαιτήσεων που άπτονται του Κριτηρίου Επιλογής της «Καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας», το οποίο, στις εντελώς σπάνιες περιπτώσεις που ανέκυψε ενώπιον της ΑΕΠΠ, επιβεβαίωσε η Ανεξάρτητη Διοικητική Αρχή το απαράδεκτο αυτών όπως προκύπτει από τις κατά χρονολογική σειρά αποφάσεις της: ΑΕΠΠ 754/2019 σκέψεις 55 και 58-59 [ΣΧΕΤΙΚΟ 2Α] ΑΕΠΠ 738/2020 σκέψη 27 [ΣΧΕΤΙΚΟ 2Β] ΑΕΠΠ 588/2021 σκέψη 22 σελ. 26-27 [ΣΧΕΤΙΚΟ 2Γ] με πλέον πρόσφατη την ΑΕΠΠ 1080-1081/2021 σκέψη 3 όπως επικυρώθηκε δικαστικά πλήρως από τη ΔΕφΧαν Ν50/15-10-2021 η οποία είναι η μοναδική σε πανελλήνιο επίπεδο απόφαση

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

από Διοικητικό Εφετείο της Χώρας μας σφραγίζοντας αμετάκλητα το περί «συζήτηση» νομικό θέμα [ΣΧΕΤΙΚΟ 3Α-3Β] ΕΠΕΙΔΗ, επί του σημείου αυτού, πρέπει να επισημανθεί ενώπιον του Κλιμακίου Σας πως αποτέλεσε συνειδητή επιχειρηματική απόφαση της «...» η ατομική -και όχι κοινοπρακτική- συμμετοχή της στον κρίσιμο κατασκευαστικό Διαγωνισμό, ήτοι δίχως τη σύσταση της λεγόμενης «κατασκευαστικής κοινοπραξίας» όπως την προβλέπουν ειδικώς τα άρθρα 19 παρ. 2-3 και 140 Ν. 4412/2016. Αναφέρουμε «συνειδητή» διότι, ανεξαρτήτως εάν αγνοούσε τη χαρακτηριστική νομολογία της ΑΕΠΠ ως μη όφειλε σαν εργολήπτρια που δραστηριοποιείται στα δημόσια έργα, αυτονοήτως γνώριζε πως καμία εξειδίκευση δεν είχε να εκτελεί Έργα ΠΡΑΣΙΝΟΥ μη όντας εγγεγραμμένη στην αντίστοιχη Κατηγορία και προφανώς μην κατέχοντας καμία Τάξη σε αυτά, παρόλα αυτά δεσμεύεται στον προκείμενο Διαγωνισμό απέναντι στον Δήμο ... πως τις Εργασίες ΠΡΑΣΙΝΟΥ θα εκτελέσει η ίδια. 18.ΕΠΕΙΔΗ, ανάμεσα στην ad hoc νομολογία που επικαλεστήκαμε ανωτέρω, χαρακτηριστική είναι η, επικυρωθείσα πλήρως από τη ΔΕφΧαν Ν50/2021, ΑΕΠΠ 1080-1081/2021 σκέψη 3 σελ. 10 δια της οποίας έχει τελειωτικά κριθεί το επίμαχο νομικό ζήτημα: «εάν γινόταν δεκτό, ότι τυχόν καλύπτει τις απαιτήσεις περί κατηγορίας ΠΡΑΣΙΝΟΥ μέσω του τρίτου τότε πάντως θα έπρεπε ο τρίτος να εκτελέσει τις οικείες περί κατηγορίας ΠΡΑΣΙΝΟΥ εργασίες, αφού η εγγραφή στην οικεία κατηγορία συνιστά ειδικό προσωπικό προσόν του οικονομικού φορέα, πλην όμως ουδόλως ο πρώτος προσφεύγων, όπως προκύπτει από το ΤΕΥΔ του και το οικείο ερώτημα του ΜΕΡΟΥΣ IV ΕΝΟΤΗΤΑ Γ αυτού, ως και την εν γένει προσφορά του, αναθέτει, όπως επιβάλλει ο όρος 25.1. οιαδήποτε εργασία και υπεργολαβία στον ...», ώστε εξ όσων φαίνεται τις επίμαχες εργασίες ΠΡΑΣΙΝΟΥ να προτίθεται, εντελώς ανεπίτρεπτα, να εκτελέσει η ίδια η αντίδικος εργολήπτρια. Η τελευταία παρατήρηση επαληθεύεται: ΠΡΩΤΟΝ, από τη σελ. 5 του ΤΕΥΔ της «...» όπου επί της ερώτησης «Κατά περίπτωση, αναφορά του τμήματος ή των τμημάτων για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά» απαντά «Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΑΦΟΡΑ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ»· ΔΕΥΤΕΡΟΝ, από τη σελ. 5 στην ερώτηση «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής...» απαντά «ΝΑΙ – ...» με παντελή έλλειψη αναφοράς πάντως για πιο τμήμα της



## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

κατασκευαστικής σύμβασης θα παράσχει ο τρίτος αυτός δάνεια στήριξη· TRITON, από τη σελ. 6 επί του ερωτήματος «Ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει οποιοδήποτε μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας;» απαντά «ΟΧΙ». 19.ΕΠΕΙΔΗ, εκ της γραμματικής συνάμα και συστηματικής ερμηνείας των κρίσιμων κανονιστικών διατάξεων όπως παρατέθηκαν ανωτέρω στη σκέψη 6, ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται στον μέσο εργολάβο που δραστηριοποιείται στον τομέα των δημοσίων έργων ότι ο συντάκτης της κρίσιμης Διακήρυξης, καθιστάμενη αυτή απρόσβλητη πλέον λόγω μη ακυρωτικής επ' ουδενός προσβολής της [ΣτΕ 2551/2013 και 2543, 3972, 4237/2011], απευθύνθηκε: αφενός σε ατομικούς εργολάβους ή εργολήπτριες εταιρείες οι οποίοι όμως θα πληρούσαν, δια της εγγραφής του στο ΜΕΕΠ, σωρευτικά τις 3 ζητούμενες Κατηγορίες Έργων (: ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ, Η/Μ και ΠΡΑΣΙΝΟ)· αφετέρου σε κατασκευαστικές κοινοπραξίες ήτοι ενώσεις οικονομικών φορέων οι οποίες, έστω συνδυαστικά, θα κάλυπταν τις ίδιες κατηγορίες έργων. Σε ερμηνευτικό σφάλμα οδηγείται η αντίδικος εργολήπτρια αρκούμενη αορίστως στη γενικόλογη εγγραφή στο ΜΕΕΠ το οποίο επισυνάπτει. 20.ΕΠΕΙΔΗ, κατά το μέρος λοιπόν που, σύμφωνα με όσα αναφέραμε ανωτέρω, κατέρχεται στον επίμαχο Διαγωνισμό ατομικά και όχι ως κατασκευαστική κοινοπραξία, παραδεχόμενη πως δεν καλύπτει, δια του Πτυχίου ΜΕΕΠ που κατέχει, όλες τις Κατηγορίες Έργων που απαιτεί η Διακήρυξη, συνομολογεί πως ουδέν δικαίωμα συμμετοχής στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία έχει. Εφόσον λοιπόν η αντίδικος από τη μία πλευρά αποδέχεται πως η Διακήρυξη όρισε ως αναγκαίο προσόν για τη συμμετοχή εκάστου εργολάβου την εγγραφή αυτού στο ΜΕΕΠ, ανάμεσα στις άλλες Κατηγορίες Έργων, συγκεκριμένα για το ΠΡΑΣΙΝΟ, από την άλλη όμως, τελείως εσφαλμένα, επιχειρεί να καλύψει την κρίσιμη Κατηγορία επί της οποίας ουδεμία εξειδίκευση διαθέτει, μέσω επίκλησης στο Πτυχίο ΜΕΕΠ του τρίτου οικονομικού φορέα «...» ώστε: «αν συνέτρεχαν οι αντίθετοι στο άρθρο 76 Ν. 4412/2016 και τις διατάξεις του Ν. 3669/2008, ισχυρισμοί του προσφεύγοντα, ότι το κριτήριο επαγγελματικής δραστηριότητας ανάγεται μόνο στην εν γένει και ανεξαρτήτως κατηγορίας, εγγραφή στο ΜΕΕΠ, τότε δεν θα προέβαινε σε στήριξη σε τρίτο ούτε θα χρειαζόταν καν οιαδήποτε σχετικότητα οιασδήποτε κατηγορίας εγγραφής του με τις τρεις ζητούμενες, ο δε όρος 21.1 θα ήταν άνευ

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

αντικειμένου και δεσμευτικότητας» [ΑΕΠΠ 1080-1081 σκέψη 3 σελ. 9]. Η μόνη ορθή, από τη σκοπιά του Δικαίου των Δημοσίων Έργων, ερμηνεία αυτή επιβεβαιώνεται από το άρθρο άρθρο 76 «Κριτήρια επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου» παρ. 1 Ν. 4412/2016 δια του οποίου, κατά θέληση του κατασκευαστικού νομοθέτη, ειδικά θεσπίζεται η εγγραφή στις απαιτούμενες κατηγορίες του έργου ως επιπλέον κριτήριο για την απόδειξη της καταλληλότητας συγκριτικά με το, γενικό θα μπορούσαμε να πούμε, κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 75 «Κριτήρια επιλογής» παρ. 2 Ν. 4412/2016. Εξάλλου, η θέληση αυτή του κατασκευαστικού νομοθέτη δε μεταβλήθηκε ούτε, πολύ προσφάτως, δια του άρθρου 24 «Κριτήρια επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου - Αντικατάσταση του άρθρου 76 του ν. 4412/2016» Ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α΄ 36/09.03.2021) η έναρξη ισχύος του οποίου πάντως, σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ. 3 Ν. 4782/2021, συνδέεται με διαγωνιστικές διαδικασίες που εκκινούν από την 01.06.2021. 21.ΕΠΕΙΔΗ, σε κάθε περίπτωση, όπως έχει κριθεί με την ΑΕΠΠ 1013/2018 [ΣΧΕΤΙΚΟ 4], ουδόλως η καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας αποδεικνύεται δια μόνης της εν γένει εγγραφής στο ΜΕΕΠ ή το ΜΗΕΕΔΕ όταν αυτό θα αποφασιστεί πολιτικά να εφαρμοστεί τελικώς, αλλά από την εγγραφή στις κατάλληλες σε σχέση με το έργο, Κατηγορίες Έργου που ορίζει η διακήρυξη επί της οποίας υποβάλλεται κάθε φορά η προσφορά, ενώ οι περαιτέρω Τάξεις αφορούν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια που ζητείται να καλύπτει προσφέρων, και αυτό διότι το ζήτημα της εγγραφής στις απαιτούμενες Κατηγορίες Έργου καθορίζει το εξαρχής ζήτημα του δικαιώματος συμμετοχής, το οποίο συνιστά προϋπόθεση για τον έλεγχο κάθε περαιτέρω πλήρωσης προσόντος και το δικαίωμα συμμετοχής κρίνεται επί του προσφέροντα ή της ένωσης προσφερόντων και δεν δύναται η έλλειψη τέτοιου δικαιώματος συμμετοχής του προσφέροντα να αναπληρωθεί από τρίτο. Τέλος, όπως προκύπτει εξ όλων των ανωτέρω η εξεταζόμενη Προσφορά της αντιδίκου είναι πέρα για πέρα παράνομη και δεν δύναται να θεραπευθεί δια της προσφυγής στο άρθρο 102 Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 Ν. 4782/2021, διότι στην αδόκητη περίπτωση αυτή θα έπρεπε να αποδεχθούμε την υποβολή μίας εντελώς νέας Προσφοράς εκ μέρους της

[ΑΕΠΠ 702/2019, 668/2019, 242/2019, 36/2019]

10.Επειδή η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι «*Επί της αιτιάσεων αναφορικά με την επίκληση δάνειας εμπειρίας από τον οικονομικό φορέα ..., και της στήριξης αυτού στις ικανότητες τρίτου, ήτοι της επιχείρησης .....*, οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής έχουν ως εξής: Όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ επί των άρθρων 47 παρ. 2 και 3, και 48 παρ. 3 και 4, της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η οποία καταργήθηκε με την Οδηγία 24/2014/ΕΕ, ωστόσο, υπάρχει αντίστοιχη ρύθμιση με τις παλαιότερες διατάξεις στο άρθρο 63 (όπως αυτό μεταφέρθηκε στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016), αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να μπορεί να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσης των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων, θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους και τα μέσα αυτών, τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI*, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, ο οποίος δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του κοινοτικού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά (βλ. σχετικά την απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze den Mare (CoNISMa)*, Συλλογή της Νομολογίας 2009, I-12129, σκέψη 37 και εκεί παραπομπή σε περαιτέρω κοινοτική νομολογία). Περαιτέρω, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στα σημεία 33 και 37 των προτάσεών του, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επεδίωκε η Οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 αυτής (βλ. τη σκέψη 34 της απόφασης της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA* και

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

*Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, καθώς και εκεί περαιτέρω παρατιθέμενη κοινοτική νομολογία) και πλέον στην αιτιολογική σκέψη 2, 59 και 78 κ.α. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το δικαίωμα που κατοχυρώνεται πιο πάνω, λαμβανομένου υπόψη του σημαντικού ρόλου που διαδραματίζει στο πλαίσιο των ενωσιακών ρυθμίσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί γενικό κανόνα τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές, όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της καταλληλότητας του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης σύμβασης. Κατά την έννοια αυτή, θεωρείται δεδομένο ότι στην πραγματικότητα, η προσφυγή κάποιου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου αποτελεί ένα αυτοτελές μέσο απόδειξης της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σχετικά με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των υποψηφίων αναδόχων. Υπό τις συνθήκες αυτές, το γεγονός ότι, κατά το άρθρο 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ένας οικονομικός φορέας μπορεί «ενδεχομένως» να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά τον τρόπο ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί μόνο κατ' εξαίρεση να στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτων φορέων (απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκέψη 36). Ενόψει των ανωτέρω, οσάκις μια εταιρία επικαλείται, προκειμένου να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητές της για να γίνει δεκτή σε διαδικασία υποβολής προσφορών, τις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τις οποίες συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, ανεξάρτητα από τη νομική φύση τους, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν της ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί περαιτέρω παραπομπή σε κοινοτική νομολογία και απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Όπως προκύπτει τόσο από το αντικείμενο όσο και από το γράμμα των εν λόγω διατάξεων, ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι*

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

προτίθεται να διαθέσει, προς εκτέλεση της σύμβασης, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες (απόφαση της 14ης Απριλίου 1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV*, Συλλογή της Νομολογίας 1994, σελ. I-01289, σκέψη 15). Επισημαίνεται συναφώς ότι δεν απαιτείται να είναι σε θέση ο συνάπτων σύμβαση με αναθέτουσα αρχή να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με δικά του μέσα, προκειμένου να μπορεί να χαρακτηριστεί ως εργολήπτης, αλλά ότι αρκεί να παρέχει τις αναγκαίες εγγυήσεις για το ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκπλήρωση της οικείας παροχής από τρίτους (απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, C-399/98, *Ordine degli Archtetti delle Province di Milano e Lodi*, Συλλογή της Νομολογίας 2001, σελ. I-5409, σκ. 90 και απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa*, σκ. 41). Επομένως, όπως προκύπτει τόσο από τις κοινοτικές ρυθμίσεις όσο και από τη νομολογία του Δικαστηρίου, έχει δικαίωμα υποβολής προσφοράς ή κατάθεσης αίτησης συμμετοχής κάθε πρόσωπο ή φορέας που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της σύμβασης, απευθείας ή μέσω τρίτου (πχ μέσω ιδιωτικού συμφωνητικού περί δέσμευσης πόρων ή μέσω υπεργολαβίας), ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος – δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου – που τον διέπει και ανεξαρτήτως του εάν δραστηριοποιείται στην αγορά επί συστηματικής βάσης ή μόνον ευκαιριακά, ή εάν επιδοτείται από κρατικούς πόρους ή όχι (απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa*, σκ. 42). Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης. Επομένως, είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης παροχής υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους υπολογίζει να προσφύγει αν του ανατεθεί η σύμβαση. Πάντως, αυτή η προσφυγή σε αποδεικτικά στοιχεία τρίτων δεν μπορεί να γίνει δεκτή άνευ όρων. Πράγματι, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, να προβεί σε έλεγχο της ικανότητας των

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

παρεχόντων υπηρεσίες, σύμφωνα με τα απαριθμούμενα κριτήρια. Η επαλήθευση αυτή σκοπεί ιδίως στο να διασφαλίσει την αναθέτουσα αρχή ότι ο υποβάλλων προσφορά πρόκειται όντως να κάνει χρήση των οποιασδήποτε. Εν προκειμένω, ο οικονομικός φορέας ..., σύμφωνα με το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, το άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης και τα ανωτέρω, στηρίχθηκε στις ικανότητες του οικονομικού φορέα ....., όσον αφορά τα επαγγελματικά προσόντα στα έργα ΠΡΑΣΙΝΟΥ και προσκόμισε στο φάκελο συμμετοχής του ΤΕΥΔ του δανειοπαρόχου οικονομικού φορέα, αποδεικνύοντας προκαταρκτικά τους μεταξύ τους δεσμούς και την παροχή δάνειας εμπειρίας, η οποία θα αποδειχθεί λεπτομερώς στο επόμενο διαγωνιστικό στάδιο, δια της προσκόμισης δικαιολογητικών κατ' άρθρο 4.2. της διακήρυξης.

Επί του ισχυρισμού της προσφεύγουσας περί μη δυνατότητας προσφυγής σε δάνεια εμπειρία σε σχέση με το κριτήριο της επαγγελματικής ικανότητας/καταλληλότητας. Το κριτήριο επαγγελματικής ικανότητας πληρούνται δια μόνης της εγγραφής σε επαγγελματικό μητρώο (ΜΕΕΠ), η δε εταιρία ... είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ (όπως άλλωστε και ο οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε σε ό,τι αφορά τα έργα πρασίνου). Αντιθέτως, το ζήτημα της εγγραφής σε συγκεκριμένη κατηγορία / τάξη του ΜΕΕΠ άπτεται της αποδείξεως των κριτηρίων τεχνικής καταλληλότητας και χρηματοοικονομικής επάρκειας, η οποία (απόδειξη) πρέπει να χωρεί με κάθε νόμιμο αποδεικτικό μέσο (με τα αποδεικτικά μέσα του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν.4412/2016) και όχι υποχρεωτικά μέσω της εγγραφής σε συγκεκριμένη κατηγορία / τάξη ΜΕΕΠ. Μετά την τροποποίηση του άρθρου 76 του ν. 4412/2016 με το άρθρο 119 του ν.4472/2017, ο καθορισμός των κριτηρίων συμμετοχής και επιλογής αναδόχου δημόσιου έργου αποσυνδέθηκε από την κατάταξή του σε συγκεκριμένες κατηγορίες / τάξεις του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων έργων (Μ.Ε.ΕΠ.), καθώς οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας πληροί τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 του ίδιου νόμου (ν.4412/2016), όπως αυτά εξειδικεύονται από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της εκάστοτε υπό ανάθεση σύμβασης, μπορεί να συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον αποδεικνύει (με τα αποδεικτικά μέσα του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α του ν.4412/2016) ότι πληροί τις τιθέμενες απαιτήσεις

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ρητά καταργούμενης της δυνατότητας των αναθετουσών αρχών να καλούν εκ των προτέρων εταιρείες εγγεγραμμένες σε συγκεκριμένες κατηγορίες / τάξεις του Μ.Ε.Ε.Π (ad hoc ΕΛΣυν 703/2020 Ε' Κλιμάκιο). Συναφώς, ο όρος 23.4 της διακήρυξης, που ορίζει ότι δικαίωμα συμμετοχής στον ελεγχόμενο διαγωνισμό έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται σε έργα κατηγορίας ΜΕΕΠ Οικοδομικών, Η/Μ και Πρασίνου, αναγιγνώσκεται συνδυαστικός με τους όρους 22Δ, 23.5 και 23.6 της διακήρυξης. Από την συνδυαστική ερμηνεία και εφαρμογή των ως άνω διατάξεων προκύπτει ότι δεν είναι δυνατόν α αποκλεισθεί νομίμως υποψήφιος οικονομικός φορέας, ο οποίος ΕΙΝΑΙ ΕΓΓΕΓΡΑΜΜΕΝΟΣ ΣΕ ΕΠΙΣΗΜΟ ΚΑΤΑΛΟΓΟ ΕΡΓΟΛΗΠΤΩΝ (ΜΕΕΠ), ΑΡΑ ΠΛΗΡΟΙ ΑΝΕΥ ΕΤΕΡΟΥ ΤΟ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗΣ ΚΑΤΑΛΛΗΛΟΤΗΤΑΣ, με μόνη την αιτιολογία ότι δεν είναι εγγεγραμμένος σε συγκεκριμένη τάξη/κατηγορία ΜΕΕΠ, χωρίς να εξεταστεί, περαιτέρω, αν πληροί, είτε ατομικώς είτε μέσω της δάνειας εμπειρίας, τις προϋποθέσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που τίθενται από τη διακήρυξη (ΑΕΠΠ 588/2021, ΕΛΣυν 703/2020, πρβλ. επίσης Ε.Σ. VI Τμ. 17/2019). Η ως άνω ερμηνευτική εκδοχή των προπαρατεθέντων όρων της διακήρυξης είναι, εξάλλου, η μόνη συνάδουσα προς τις διατάξεις του άρθρου 76 παρ. 1, 3 και 4 του ν.4412/2016, όπως ισχύουν μετά την τροποποίησή τους με το άρθρο 119 παρ. 5 περ. α' έως δ' του ν. 4472/2017, οπότε και αποσυνδέθηκε ο καθορισμός των κριτηρίων επιλογής από την εγγραφή και κατάταξη σε κατηγορίες / τάξεις του ΜΕΕΠ, αλλά και με τις επιταγές του ενωσιακού δικαίου (βλ. συναφώς την από 20/11/2003 αιτιολογημένη γνώμη της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, με την οποίαν η Ελλάδα εκλήθη στην άμεση αποσύνδεση των κριτηρίων επιλογής σε δημόσιους διαγωνισμούς από την εγγραφή - κατάταξη σε τάξεις ΜΕΕΠ). Αντιθέτως η ερμηνευτική εκδοχή που υποστηρίζει προσφεύγουσα, περί του ότι η προσωρινή μειοδότη ... έπρεπε να είναι εγγεγραμμένη σε όλες τις κατηγορίες/τάξεις ΜΕΕΠ του άρθρου 23.4 της διακήρυξης, οδηγεί σε άτοπο. Ειδικότερα, αν έτσι έχουν τα πράγματα, πρώτον, τι νόημα έχει η αναλυτική πρόβλεψη κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στον όρο 22.Δ.

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

της διακήρυξης; Επίσης, τι νόημα έχει η πρόβλεψη στον όρο 23.6 α της διακήρυξης ότι, σε περίπτωση που το πτυχίο του διαγωνιζομένου δεν καλύπτει τις απαιτήσεις τεχνικής / επαγγελματικής ικανότητας, τότε οι τελευταίες μπορούν να αποδεικνύονται με ένα ή περισσότερα αποδεικτικά μέσα των Προσαρτημάτων ν. 4412/2016; Επίσης, ποιο άραγε το νόημα των προπαρατεθεισών υποσημειώσεων περί υποχρεωτικής αποσύνδεσης της δυνατότητας συμμετοχής στον διαγωνισμό από την εγγραφή σε συγκεκριμένες κατηγορίες/ τάξεις ΜΕΕΠ. Μάλιστα, η ερμηνεία που επικαλείται η προσφεύγουσα θα απόβαινε σε βάρος του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού, αφενός περιορίζοντας τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, αφετέρου παρεμποδίζοντας, άλλως απαγορεύοντας μη νόμιμα τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων. Περαιτέρω, δε στο συγκεκριμένο διαγωνισμό, θα κατέληγε στην ακύρωση του διαγωνισμού ένεκα μειωμένης συμμετοχής, καθόσον θα κατέτεινε στην προσέλευση στο διαγωνισμό, μόνο της προσφεύγουσας, και στην επιβάρυνση της αναθέτουσας αρχής με μία ακριβότερη προσφορά κατά 12,48%. Ήτοι, η ερμηνευτική εκδοχή την οποία υποστηρίζει η προσφεύγουσα αποβαίνει ποικιλοτρόπως σε βάρος του δημοσίου συμφέροντος και του πραγματικού ανταγωνισμού. Κατόπιν τούτων, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι και ουσία αβάσιμες και η προδικαστική προσφυγή δέον να απορριφθεί.

11.Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι «1. Επί των ισχυρισμών της προσφεύγουσας σχετικά με την επίκληση δάνειας εμπειρίας για τα έργα Πρασίνου και της στήριξης στις ικανότητες τρίτου.Σύμφωνα με τις προβλέψεις των διατάξεων των άρθρων 75, 78, ν. 4412/2016 (βλ. και παρακάτω] στο άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης έχει προβλεφθεί η δυνατότητα κάθε προσφέροντος οικονομικού φορέα να επικαλεστεί τις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα («δανείζοντος») ασχέτως της νομικής φύσης του με αυτόν για την κάλυψη όχι μόνο της οικονομικής - χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και κάθε κριτηρίου που σχετίζεται με οιονδήποτε τρόπο με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα ή και τη σχετική επαγγελματική εμπειρία (βλ. σχετική πρόβλεψη δεύτερου εδαφίου παρ. 1 άρθρου 78 ν.



## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

4412/16 και δεύτερο εδάφιο άρθρο 22.ΣΤ διακήρυξης). Η κατοχή πτυχίου ΜΕΕΠ στην κατηγορία Πρασίνου, ευθαρσώς και αδιαστικτως περιλαμβάνεται στα επαγγελματικά προσόντα και σχετίζεται με την επαγγελματική εμπειρία (καθώς, όπως είναι γνωστό, η εγγραφή στο ΜΕΕΠ σε τάξεις και κατηγορίες, γίνεται κατ' επίκληση σχετικής επαγγελματικής εμπειρίας], για την απόδειξη των οποίων προσκομίζονται σε επόμενο στάδιο τα δικαιολογητικά του άρθρου 23.6 της διακήρυξης, και τα οποία (επαγγελματικά προσόντα και τίτλοι σχετικά με την εμπειρία κατ' άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο «δάνειας εμπειρίας» από τρίτο φορέα. Στο στάδιο, της αξιολόγησης των προσφορών, ήτοι πριν την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, η σχετική προαπόδειξη της στήριξης του προσφέροντος οικονομικού φορέα στην τεχνική εμπειρία τρίτου «δανείζοντος» οικονομικού φορέα πραγματοποιείται μέσω της αξιολόγησης των δηλώσεων τόσο του προσφέροντος οικονομικού φορέα όσο και του δανείζοντος τρίτου στα προσκομισθέντα και από τους δύο ΕΕΕΣ. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού, δηλαδή, καλείται να αξιολογήσει, αν από τις προαποδεικτικές δηλώσεις τόσο του προσφέροντος οικονομικού φορέα όσο και του δανείζοντος τρίτου οικονομικού φορέα προκύπτουν: α] η δέσμευση του δανείζοντος τρίτου να παρέχει τις ικανότητες του στον προσφέροντα οικονομικό φορέα για την πλήρωση- μεταξύ άλλων, των επαγγελματικών προσόντων, των τίτλων σπουδών, της επαγγελματικής εμπειρίας κλπ. Ο έλεγχος της πλήρους απόδειξη των προαποδεικτικών δηλώσεων διενεργείται μόνο κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου σύμφωνα με τα άρθρα 4.2, 23.4, 23.6 και 23.10 της Διακήρυξης. Δεν υποχρεούνται δηλαδή, οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς και συνακόλουθα και δανείζοντες αυτούς τρίτοι να προσκομίσουν κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών πριν την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου τα αποδεικτικά έγγραφα των άρθρων 23.4 και 23.10 της Διακήρυξης. Σύμφωνα δε με το άρθρο 23.10 της διακήρυξης, ο τρίτος οικονομικός φορέας - δανειοπάροχος θα προσκομίσει τα αποδεικτικά επαγγελματικής καταλληλότητας,, τίτλους σπουδών και επαγγελματικών προσόντων που διαθέτει στον διαγωνιζόμενο.Εν προκειμένω, η εταιρεία μας κάνοντας ορθώς χρήση του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, επικαλέστηκε την στήριξή της στις ικανότητες

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

της δανειοπαρόχου ... προσκομίζοντας στο διαγωνισμό ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ της συγκεκριμένης εταιρείας. Η δε στήριξη στην εμπειρία της ... σε έργα Πρασίνου, όπως αυτή μεταφράζεται δια της εγγραφής της στην οικεία κατηγορία του ΜΕΕΠ, ουδόλως αποτελεί μη αποδεικτό τρόπο επίκλησης δάνειας εμπειρίας, όπως αβάσιμα διατείνεται η προσφεύγουσα. Κατά το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 και σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης, είναι επιτρεπτή η στήριξη των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων στις ικανότητες τρίτων, οποίες [ικανότητες] αφορούν επαγγελματικά προσόντα, τίτλους σπουδών και επαγγελματική εμπειρία. Η εγγραφή στην κατηγορία Πρασίνου της δανειοπαρόχου ..., συνιστά επαγγελματικό προσόν και σχετική επαγγελματική εμπειρία σε έργα Πρασίνου, απεικονιζόμενη στην εγγραφή της σε οικεία τάξη του ΜΕΕΠ. Συναφώς δε ορθά και βάσιμα η συγκεκριμένη δανειοπάροχος εταιρεία την δάνεισε στην εταιρεία μας και την επικαλεστήκαμε, και ο σχετικό ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί. Η νομολογική και θεωρητική ερμηνεία του θεσμικού πλαισίου περί της δάνειας εμπειρίας και της υπερβολαβίας. Με τις διατάξεις του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 [βλ. και 70 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ], παρέχεται στους υποψήφιους αναδόχους η δυνατότητα να επικαλούνται, για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που καθορίζονται από τους αναθέτοντες φορείς και, κατ' επέκταση, για τη συμμετοχή τους σε δημόσιους διαγωνισμούς, τις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων και, μάλιστα, ανεξαρτήτως της φύσης των δεσμών που τους συνδέουν με αυτούς. Ο δανεισμός της ικανότητας μπορεί να έχει ως νομική βάση οποιαδήποτε έννομη σχέση εταιρικής εξάρτησης, αλλά και οποιαδήποτε άλλη έννομη σχέση, αρκεί να αποδεικνύεται στην πράξη η συνεργασία μεταξύ των δύο οικονομικών φορέων και η διάθεση των πόρων του ενός προς τον άλλον. Αρκεί δηλαδή να υφίσταται η εν λόγω συνεργασία ανεξάρτητα από τη φύση του μεταξύ τους νομικού δεσμού (λ.χ. μητρική και θυγατρική εταιρία, εταιρία holding και εξαρτημένων εταιριών κ.λπ.). [ΔΕΚ Απόφαση της 2.12.1999, υπόθεση C-176/98, Holst Italia κατά Comune di Cagliari]. Για τη διασφάλιση, ωστόσο, της πραγματικής δυνατότητας και της ουσιαστικής δεσμεύσεως του τρίτου ότι θα παράσχει πράγματι στον υποψήφιο ανάδοχο τις δάνειες ικανότητες, στις οποίες στηρίζεται για τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ο τελευταίος θα πρέπει να

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

αποδεικνύει έναντι του αναθέτοντος φορέα, με την προσκόμιση κατάλληλων προς τούτο δικαιολογητικών και εγγράφων, όπως επί παραδείγματι σχετικών δηλώσεων δέσμευσης ή συμβάσεων συνεργασίας, ότι θα έχει στη διάθεσή του τα μέσα που ανήκουν στον τρίτο και τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης σε «κατάλληλο επίπεδο ποιότητας» (πρβλ. ΔΕΕ, απόφαση της 14.9.2017, *Casertana Costruzioni Sri*, C- 223/16, απόφαση της 2.6.2016, *Pirro Pizzo*, C-27/15, απόφαση της 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, απόφαση της 10.10.2013, *Swm Costruzioni 2* και *Mannocchi Luigino*, C-94/12, απόφαση της 18.3.2004, υπόθεση C-314/01, *Siemens AG Osterreich* κατά *Bietergemeinschaft EDS/ORGA*, απόφαση της 2.12.1999, *HolstItalia* κατά *Comunedì Cagliari*, C176/98, απόφαση της 14.4.1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep I* και απόφαση της 18.12.1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep II* κ.ά.). Με τις ίδιες διατάξεις, επιβάλλεται στους διαγωνιζόμενους η υποχρέωση να υποβάλουν, με τον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής τους, αυτοτελές έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ. και για τους τρίτους, προκειμένου, κατ' αυτόν τον τρόπο, να δηλώνεται υπεύθυνα, και για αυτούς, ότι πληρούν τις καθοριζόμενες από τη διακήρυξη προϋποθέσεις συμμετοχής και ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο αυτών ή των νομίμων εκπροσώπων τους λόγοι που θα επέβαλαν ή θα δικαιολογούσαν, κατά περίπτωση, τον αποκλεισμό τους από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία. Στον αναθέτοντα, εξάλλου, φορέα εναπόκειται να ελέγξει, (βλ. και άρθρο 80 παρ. 2 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ), τη συνδρομή των, κατά τα ανωτέρω, κρίσιμων προϋποθέσεων συμμετοχής, κατόπιν επαλήθευσης, κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, των πληροφοριών που περιέχονται στο Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. άρθρα 73 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 57 παρ. 1 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ], διαδικασία που διενεργείται υπό τους όρους που ισχύουν για τους ίδιους τους διαγωνιζόμενους και η οποία ενδέχεται να καταλήξει στην αντικατάσταση των μη πληρούντων τις προϋποθέσεις συμμετοχής τρίτων οικονομικών φορέων (βλ. σχετ. την επί του άρθρου 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ αιτιολογική σκέψη, στην οποία, μεταξύ άλλων, αναφέρεται ότι το Ε.Ε.Ε.Σ. περιλαμβάνει και τις «απαραίτητες πληροφορίες όσον αφορά τις οντότητες, στις ικανότητες των οποίων βασίζεται ο οικονομικός φορέας, ούτως ώστε η επαλήθευση των πληροφοριών αυτών να

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

διενεργείται μαζί και με τους ίδιους όρους με την επαλήθευση που αφορά τον κύριο οικονομικό φορέα»). Ακέραιη, κατά τα λοιπά, παραμένει και για τον τρίτο, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος, η υποχρέωση προσκομίσεως, κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, όλων των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν την ακρίβεια των στοιχείων που έχουν δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ., μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και τα δικαιολογητικά που βεβαιώνουν γεγονότα ή καταστάσεις (ποινικές καταδίκες, διάπραξη επαγγελματικών παραπτώματων, πτώχευση κ.α.) που συναρτώνται με λόγους αποκλεισμού, υποχρέωση που, άλλωστε, υφίστατο και κατά το προγενέστερο του ν. 4412/2016 καθεστώ, υπό τη μορφή της υποβολής δικαιολογητικών συμμετοχής για όλους τους οικονομικούς φορείς, τις ικανότητες των οποίων επικαλούνταν οι διαγωνιζόμενοι (πρβλ. και ΣτΕ 2827/2014, ΣτΕ ΕΑ 415/2013, 410/2013, 405/2013, 284/2013, 374/2013 κ.ά.). Με την υποβολή, εξάλλου, του Ε.Ε.Ε.Σ. και την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα επαλήθευση της ακρίβειας των περιεχομένων στο έντυπο αυτό δηλώσεων τόσο κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, όπως, επίσης, με την άσκηση της εξουσίας αντικατάστασης των τρίτων που δεν πληρούν τους όρους συμμετοχής στον διαγωνισμό, αφενός μεν εξασφαλίζονται επαρκώς τα συμφέροντα του αναθέτοντος φορέα, αφετέρου δε αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστρατήγησης της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, με την έμμεση συμμετοχή σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων, για τους οποίους συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού (πρβλ. ΣτΕ 2827/2014, ΣτΕ ΕΑ 415/2013, 410/2013, 405/2013, 284/2013, 374/2013) (1580/2020 Α.Ε.Π.Π. σκ. 21). Ως υπεργολαβία, πάλι, (βλ. 287, 336 ν. 4412/2016 και 88 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) 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

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεδεμένων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση μέρους της σύμβασης (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. Συνεπώς, τα τρία καταρχήν διακριτικά γνωρίσματα της υπεργολαβίας είναι πρώτον, η ιδιότητα του υπεργολάβου ως τρίτου έναντι του αναδόχου/προσφέροντος (επί παραδείγματι οι εργασίες που εκτελεί ο μισθωτός που απασχολεί ο ανάδοχος δεν συνιστούν "υπεργολαβία", αφού αυτές θεωρούνται ως εργασίες ευθέως εκτελούμενες από τον ίδιο τον ανάδοχο, βλ. για έννοια "τρίτου" σε Απόφαση Α.Ε.Π.Π 253/2017} για τη δε ιδιότητα του "τρίτου" στην περίπτωση νομικών προσώπων, αρκεί η αυτοτελής νομική προσωπικότητα ασχέτως δεσμών ή διαχειριστικής ή νομικής εξάρτησης του τρίτου με τον ανάδοχο (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 415/2013 και Αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 14.4.1994, C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*, Συλλογή 1994, σ. 11289, σκέψεις 15-18 και της 18.12.1997, C-5/97, *Ballast Nedam Groep II*, Συλλογή 1997, σ. 17549, σκέψεις 12, 13}. Δεύτερον, η εκτέλεση από τον υπεργολάβο μέρους του συμβατικού αντικείμενου και επομένως, 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}. Τρίτον, η ανυπαρξία συμβατικής σχέσης μεταξύ τρίτου και αναθέτουσας αρχής, αφού μεταξύ αναθέτουσας αρχής - αναδόχου - υπεργολάβου, προκύπτει ένα σχήμα τριών αυτοτελών μεταξύ τους διμερών και σχέσεων και διμερώς σχετικών ενοχών, όπου ο υπεργολάβος συνδέεται συμβατικά μόνο με τον ανάδοχο, εκτελεί δε τις εργασίες του στο πλαίσιο των δικών του συμβατικών υποχρεώσεων έναντι του ίδιου του αναδόχου (και όχι έναντι της αναθέτουσας}, ο ανάδοχος ευθύνεται ο ίδιος έναντι της αναθέτουσας και για ό,τι εκτελεί ο υπεργολάβος, οι δε υποχρεώσεις του αναδόχου έναντι του υπεργολάβου διέπουν καταρχήν τις μεταξύ τους σχέσεις. Η δε αναθέτουσα αρχή/φορέας δύναται να εξοφλεί τις υποχρεώσεις του αναδόχου προς τον υπεργολάβο, αλλά και πάλι ούτως αποσβένει τη δική της οφειλή έναντι του αναδόχου, δηλαδή καταβάλλει μεν για λογαριασμό τρίτου αλλά αντί καταβολής

σε αυτόν και επομένως δεν δημιουργείται μια αυτοτελής και νέα ενοχή μεταξύ αναθέτουσας και υπεργολάβου. Επομένως ο υπεργολάβος δεν καθίσταται αντισυμβαλλόμενος ανάδοχος) της αναθέτουσας αρνήσ/φορέα και η πρόταση υπεργολαβία από τον προσφέροντα δεν συνιστά ένωση οικονομικών φορέων ή κοινοπραξία, περίπτωση όπου το σύνολο των μελών συνιστούν προσφέροντες. Από τη συστηματική ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων των άρθρων 78 και 287 ν. 4412/2016 λοιπόν, καταδεικνύεται η πλήρης αυτοτέλεια/διακριτότητα μεταξύ των εννοιών της «δάνειας εμπειρίας» και της «υπεργολαβίας». Η βασική διάκριση της «υπεργολαβίας» από τη «δάνεια εμπειρία» έγκειται στο γεγονός ότι ο «δανειζόμενος» εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων/μέσων που δανείζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής, ενώ στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο. [ΣτΕ ΕΑ 405/2013,409/2013, 410/2013,415/2013]. Τονίζουμε, ωστόσο, πως καμία από τις ανωτέρω παρατιθέμενες διατάξεις ούτε επιβάλλει ούτε απαγορεύει την σύμπτωση των ιδιοτήτων αυτών στο πρόσωπο τρίτου ή τρίτων έναντι του προσφέροντος οικονομικού φορέα. Θα πρέπει να επαναλάβουμε, δε, πως σε περίπτωση προσφυγής σε δάνεια εμπειρία για την κάλυψη απαιτήσεων τεχνικής εμπειρίας ρητά προβλέπεται πως ο δανείζων εμπειρία τρίτος οικονομικός φορέας υποχρεούται όπως χορηγήσει τους πόρους/μέσα που διαθέτει στον δανειζόμενο για να κάνει χρήση ο τελευταίος. Ταυτόχρονα ρητά προκύπτει ότι η συμφωνία αυτή μεταξύ αναδόχου και δανείζοντος τρίτου θα πρέπει να αποδεικνύεται προσηκόντως στον αναθέτοντα φορέα,. ωστόσο, να απαιτείται η εν λόγω συμφωνία να λάβει υποχρεωτικά συγκεκριμένο τύπο, δεσμό. Με απλά λόγια, ο δανειοπάροχος δεν απαιτείται από τη διακήρυξη και το νόμο, να είναι ταυτόχρονα και υπεργολάβος, όπως αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα.Σχετικά με τα ανωτέρω στην υπ' αριθμ. 10/2015 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. δίνεται ορισμός της έννοιας της «υπεργολαβίας» στα δημόσια έργα και ταυτόχρονα επισημαίνεται πως αυτή αποτελεί διακριτή έννοια έναντι της «δάνειο»: εμπειρία 78 και 287 ν. 4412/2016, γίνεται συνεπώς, δεκτό κατά τα ανωτέρω, ότι η «δάνεια εμπειρία» και η «υπεργολαβία» αποτελούν αυτοτελείς,

διαφορετικές αλλά και ουδώςως υποχρεωτικά σωρευθείσες ιδιότητες, στο πρόσωπο ενός τρίτου από τον υποψήφιο οικονομικού φορέα. Προκύπτει με σαφήνεια, δηλαδή, πως σύμφωνα με την ερμηνεία του κανονιστικού πλαισίου όπως την διενεργεί στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων της για την έκδοση οδηγιών η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ένας τρίτος οικονομικός φορέας, που παρέχει σύμφωνα με το άρθρο 78 ν. 4412/2016 δάνεια εμπειρία σε προσφέροντα οικονομικό φορέα, νόμιμα δύναται παράλληλα να μην εκτελέσει υπεργολαβικά τμήμα της εν λόγω σύμβασης που θα συναφθεί μεταξύ του προσφέροντα οικονομικού φορέα και της αναθέτουσας αρχής/φορέα, αλλά να επιλεγθεί άλλος τρόπος συνεργασίας (δια της μίσθωσης/διάθεσης προσωπικού και εξοπλισμού κλπ). Η εκπλήρωση, δηλαδή, των υποχρεώσεων από την δάνεια εμπειρία δεν εξαρτάται/επηρεάζεται από την τυχόν υπεργολαβικής ή μη εκτέλεσης. Η προσφεύγουσα όλως αόριστα και αβάσιμα ισχυρίζεται ότι η εταιρεία μας προέβη σε ανακριβή δήλωση κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕ/ΤΕΥΣ καθότι απάντησε θετικά μόνο στο πεδίο «Γ. Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων οντοτήτων» σχετικά με την εταιρεία «...» στα επαγγελματικά προσόντα, εμπειρία και ικανότητες της οποίας ως προς τα έργα Πρασίνου στηρίζεται της για την εκτέλεση του δημοπρατούμενου έργου αλλά όχι και στο πεδίο του Μέρους IV: «Κριτήρια Επιλογής» που αφορά το ποσοστό υπεργολαβίας που προτίθεται να αναθέσει σε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται παραβιάζοντας έτσι -κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας- την υποχρέωση προκαταρκτικής απόδειξης όλων των κρίσιμων στοιχείων και απαιτήσεων της διακήρυξης και δηλώνοντας ότι θα εκτελέσει μόνη της όλο το έργο, χωρίς υπεργολαβική ανάθεση στην ... Ομοίως υποστηρίζει ότι και η δανειοπάροχος ... δεν δήλωσε ότι θα εκτελέσει υπεργολαβικά εργασίες. Συνακόλουθα, δε, υποστηρίζει ότι η πλημμέλεια του ΕΕΕΣ της προσωρινής αναδόχου και της δανειοπαρόχου άγει σε αποκλεισμό μας. Για την υποστήριξη του ισχυρισμού αυτού, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, η προσφεύγουσα απολύτως αβάσιμα ταυτίζει την έννοια της δάνειας εμπειρίας με αυτή της υπεργολαβίας. Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω οι ως άνω έννοιες είναι απολύτως διακριτές και η στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα γίνεται ανεξαρτήτως των σχέσεων και των νομικών δεσμών του διαγωνιζόμενου με τον δανειοπάροχο. Θα αποτελέσει δε αντικείμενο του επόμενου διαγωνιστικού

σταδίου ο σχετικός έλεγχος της σχέσης δανεισμού. Συναφώς δε οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσα είναι πλήρως αβάσιμοι και απορριπτέοι. Σε κάθε περίπτωση οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας ερείδονται σε (παρ)ερμηνείες όρων της διακήρυξης και ουδόλως προβλέπεται στη διακήρυξη περιορισμός ως προς τη χρήση δάνειας εμπειρίας ή υποχρέωση ταύτισης του παρέχοντος δάνεια εμπειρία και της απασχόλησής του στο έργο μέσω υπεργολαβίας. Συνεπώς δε δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος της προσφοράς μας η διακήρυξη, προκειμένου να αποκλειστούμε και να λάβει χώρα «βουτιά» 12,24% ποσοστιαίων μονάδων στον επόμενο στη σειρά μειοδοσίας. Κατ' επιταγή των θεμελιωδών αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η αναθέτουσα αρχή, πολλώ δε μάλλον προσφεύγων, δεν δύναται να ερμηνεύσει διασταλτικά όρο της διακήρυξης ή να του προσδώσει έννοια η οποία σαφώς δεν προκύπτει από το λεκτικό του περιεχόμενο. Επιπροσθέτως, όρος της διακήρυξης ο οποίος επιδέχεται, ενδεχομένως, περισσότερες ερμηνείες, πρέπει να ερμηνεύεται πάντα υπέρ του παραδεκτού της προσφοράς του διαγωνιζομένου διότι διαφορετικά παραβιάζονται οι αρχές της διαφάνειας του διαγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της προστασίας του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, καθώς επίσης και οι αρχές της χρηστής διοίκησης, της προστασίας της εύλογης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, αλλά και της καλής πίστης. (Βλ. ad hoc ΕΑ ΣτΕ 30/2006, 31/2006, 423/2011, 424/2011, 532/2004 κ.ά.) Πρέπει δε να τονιστεί ότι η οποιαδήποτε τυχόν ασάφεια των όρων και των τευχών της Διακήρυξης δεν αντιτάσσεται κατά της προσφοράς ενός διαγωνιζόμενου (βλ. ΣτΕ ΕΑ 22/2017, σκ. 8, 82/2016, σκ. 19, 425/2011, σκ. 11). Επομένως, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι η Διακήρυξη ή το ΕΕΕΣ είναι ασαφή (κάτι το οποίο, βεβαίως, δεν ισχύει), καθώς ουδόλως υφίσταται περιορισμός ως προς την επίκληση της δάνειας εμπειρίας για συγκεκριμένες ικανότητες ή επαγγελματικά προσόντα, σε κάθε περίπτωση δεν θα μπορούσε να απορριφθεί, δυνάμει της ερμηνείας της προσφεύγουσας η προσφορά μας.

**2. Επί των ισχυρισμών περί φερόμενων ελλείψεων στη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ της εταιρείας μας και της δανειοπαρόχου.** Ακόμη, ωστόσο και αληθής να ήταν οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε, δεν υπάρχει πλήρης έλλειψη συμπλήρωσής του



ΕΕΣΕΣ/ΤΕΥΔ, αλλά αντίθετα, ρητά η διακήρυξη και ο νόμος που διέπει τον υπόψη διαγωνισμό προβλέπει συμπλήρωση του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ στην περίπτωση ελλείψεων. Οι δε αιτιάσεις της προσφεύγουσας, περί «έλλειψης», όχι μόνο παραγνωρίζουν τις ρητές προβλέψεις της διακήρυξης και του νόμου, αλλά παραπέμπουν σε προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς και νομολογία και αγνοούν τη διακήρυξη και το νόμο. Κατά τούτο δε εκτός από αβάσιμα, προβάλλονται και αλυσιτελώς, διότι δεν χωρεί αποκλεισμός του προσωρινού αναδόχου για τέτοιο λόγο. Ειδικότερα: Το άρθρο 9 της διακήρυξης ορίζει ότι:«Η αναθέτουσα αρχή τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ. ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης, μέσω της λειτουργικότητας « Επικοινωνία» του υποσυστήματος, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσαμε ο προγενέστερος χαρακτήρα σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσαμε.» Από την ανωτέρω, ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης, την οποία παραγνωρίζει η προσφεύγουσα, και σε αντίθεση με τα υποστηριζόμενα από αυτή, προκύπτει ευθαρσώς, πως - αν υποτεθεί ότι υπάρχει έλλειψη από το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ σε δήλωση ή συμπλήρωση σε αυτό, η οποία αφορά αντικειμενικά εξακριβώσιμο και προγενεστέρως υπάρχων στοιχείο (την ύπαρξη δάνειας εμπειρίας και της δηλώσεις πραγματικών καταστάσεων), τότε ζητείται η συμπλήρωση - αποσαφήνιση από την αναθέτουσα αρχή και δεν επέρχεται αποκλεισμός, όπως ισχυρίζεται η

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

προσφεύγουσα. Συναφώς δε ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί ελλείψεων μας στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, όχι μόνο είναι αβάσιμος, αλλά προβάλλεται και αλυσιτελώς, αφού και δεκτός να εγένετο, δεν μπορεί να άγει σε αποκλεισμό μας. Μάλιστα, υπενθυμίζουμε, ότι κατά τις κανονιστικές ρήτρες της διακήρυξης, και δη του άρθρου 4.2 της διακήρυξης, η εταιρεία μας θα κληθεί, στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, να προσκομίσει δικαιολογητικά και να αποδείξει την αλήθεια των δηλώσεων του ΤΕΥΔ και τη συνεργασία - στήριξη στην εμπειρία τρίτου φορέα. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, περί των δηλώσεων στο ΤΕΥΔ και του τρόπου στήριξης-επίκλησής της δάνειας εμπειρίας της .... δεν εξετάζονται στο παρόν στάδιο. Σε πλήρη εναρμόνιση με τη διακήρυξη, συναφώς προβλέπει και το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει στον υπόψη διαγωνισμό, μετά την τροποποίηση του με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021, το οποίο ορίζει τα εξής: «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ. ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι [20] ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Μάλιστα, όπως προκύπτει από τις διατάξεις τόσο της διακήρυξης ανωτέρω, όσο και του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει, έχει απαλειφθεί πλέον η δυναμικότητα της αναζήτησης διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων, όταν υπάρχει έλλειψη στο ΕΕΕΣ (πρβλ. το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 υπό την προγενέστερη μορφή του όπου ανέφερε «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως» ενώ υπό την ισχύουσα μορφή του αναφέρει, «οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν») εισάγοντα πλέον υποχρεωτικότητα για την αναθέτουσα αρχή να καλέσει σε συμπλήρωση προς όφελος του δημόσιου συμφέροντα και αποφυγής αποκλεισμού της καλύτερης προσφοράς για όλως επουσιώδεις και ανούσιους

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

λόγους. Κατ' αυτό τον τρόπο, είναι σαφές πως - ακόμη και αληθής υποτιθέμενη η οιαδήποτε έλλειψη - όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε, δεν δύναται να άγει σε αποκλεισμό μας, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Δηλαδή, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι αβάσιμα αιτείται η αντίδικος την απόρριψη της προσφοράς μας και τον αποκλεισμό μας με την προδικαστική προσφυγή της, ο λόγος που προβάλλει - ακόμη και στην απίθανη περίπτωση που κριθεί βάσιμος, όπερ κατηγορηματικά αρνούμαστε- δεν άγει σε αποκλεισμό μας, αλλά αφενός στην κατ' άρθρο 106 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 επανάληψη της διαδικασίας από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, αφ' ετέρου στην κατ' άρθρο 79 παρ. 5 περιπτ. γ του Ν. 4412/2016, και την κατ' άρθρο 9 της διακήρυξης και 102 του Ν. 4412/2016 πρόσκληση προς συμπλήρωση και διευκρίνιση παραληφθέντων δικαιολογητικών (πρβλ. ΑΕΠΠ 1473/2020 - σελίδα 6-7, ΕΑ ΣτΕ 17/2020 - σκέψη 9} και στην εκ νέου αποδοχή της προσφοράς μας και την κατακύρωση του έργου σε εμάς. Όπως έχει κριθεί, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον προσφεύγοντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του (ΣτΕ 2068/2008, 4022/2006). Αντιστοίχως, έχει κριθεί ότι η ακύρωση πράξεως, παρίσταται αλυσιτελής, εφόσον δεν μπορεί να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο από τον αιτούντα αποτέλεσμα, ήτοι η κατακύρωση της σύμβασης (πρβ. ΣτΕ Ολ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣτΕ 2861- 2862/2015, 79/2013 εν συμβ, 3, 3561/2011, 1193/2009}. Ειδικότερα, ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται, η αίτηση ακυρώσεως-και η προσφυγή κατ' αναλογία-, η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτή δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και επομένως δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης. Η λυσιτέλεια, ως στοιχείο του παραδεκτού, ελέγχεται αυτεπαγγέλτως και σε επίπεδο συγκεκριμένου προβαλλόμενου λόγου (πρβ. ΣτΕ Ολ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣτΕ 2861- 2862/2015, 79/2013 εν Συμβ}. Εν προκειμένω συνεπώς, ακόμη και αληθής να υποτεθεί η έλλειψη στο ΤΕΥΔ, όπερ αρνούμαστε, δεν δύναται να οδηγήσει σε αποκλεισμό μας.

12. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι :  
Άρθρο 21 «Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

«21.1. Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία/ες έργου ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ και Η/Μ και ΠΡΑΣΙΝΟΥ...:

... 21.2. Οικονομικός φορέας συμμετέχει είτε μεμονωμένα είτε ως μέλος ένωσης.

21.3. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων συμμετέχουν υπό τους όρους των παρ. 2, 3 και 4 του άρθρου 19 και των παρ. 1 (ε) και 3 (β) του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016. Δεν απαιτείται από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς.

Άρθρο 22 «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής»: «Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, ισχύουν τα εξής : - αναφορικά με τις απαιτήσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, αυτές θα πρέπει να ικανοποιούνται από κάθε μέλος της ένωσης - αναφορικά με τις απαιτήσεις του άρθρου 22.Β της παρούσας, **κάθε μέλος της ένωσης θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένο στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο, σύμφωνα με τα ειδικότερα στο ως άνω άρθρο, τουλάχιστον σε μια από τις κατηγορίες που αφορά στο υπό ανάθεση έργο. Περαιτέρω, αθροιστικά πρέπει να καλύπτονται όλες οι κατηγορίες του έργου.**

22.Β. «Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας» (σελ. 39): «... Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του Π.Δ. 71/2019 ή στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημόσιων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), από την έναρξη ισχύος του τελευταίου ή στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, ανά περίπτωση, **στην κατηγορία/-ιες έργου του άρθρου 21 της παρούσας...**»

άρθρο 22.Δ. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να πληρούν τις ελάχιστες απαιτήσεις του άρθρου 52 παρ. 2 και 1 και των άρθρων 12 και 13 του Π.Δ. 71/2019, στις κατηγορίες έργου του άρθρου 21 της παρούσας αντίστοιχα (ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ και Η/Μ και ΠΡΑΣΙΝΟΥ), όπως αυτό ισχύει κατά τα αναλυτικά

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

οριζόμενα στο Π.Δ. 71/2019, ιδίως κατά την μεταβατική περίοδο εφαρμογής του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. (άρθρο 65 του Π.Δ. 71/2019, όπως ισχύει)...» και 22.ΣΤ. «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)» (σελ. 40): «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται... Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων (για τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα)...».

23.4. «Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22.Β.» (σελ. 45): «(α) Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 65 του Π.Δ. 71/2019, και από την πλήρη έναρξη ισχύος του τελευταίου βεβαίωση εγγραφής στο Τμήμα Ι του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), ή βεβαίωση εγγραφής στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, ανά περίπτωση, στην/στις κατηγορία/ες ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ και Η/Μ και ΠΡΑΣΙΝΟΥ...».

άρθρο 24 «Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς» (σελ. 51): «24.1 Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφακέλους: (α) υποφάκελο με την ένδειξη “Δικαιολογητικά Συμμετοχής” (β) υποφάκελο με την ένδειξη “Οικονομική Προσφορά” σύμφωνα με τα κατωτέρω: 24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος “Δικαιολογητικά Συμμετοχής” πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: α) το ΤΕΥΔ ... β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας...».

13. Επειδή, 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. Η παράβαση ουσιαστών

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

όρων της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο (C243/89 σκ 37) και στοχεύει στη διασφάλιση της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

14. Επειδή, 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 (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110). Περαιτέρω, η αυστηρή ερμηνεία και εφαρμογή των όρων της διακήρυξης σχετίζεται με τη μονοσήμαντη ερμηνεία των όρων της και τη σύστοιχη αυτής αρχή της διαφάνειας, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο Διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νική, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Universale- Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, ΣτΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23).

15. Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις 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), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά το αίτημα παροχής διευκρινήσεων, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37) ήτοι οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850\_1851\_1852/2021 σκ. 32 και 320/2022 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη και **ΣΤΕ Δ Τμήμα 147/2022 σκ.34** ).

Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgna Srl σκ.22 και Clairpedos σκ. 94 εκδοθείσες υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

Επακολούθως, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ επί των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας τις οποίες άλλωστε, αφενός, μνημονεύει ρητά το ίδιο το αρ. 42 ν. 4782/2021, αφετέρου, στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021 στο άρ.42 ομοίως ρητά αναγράφεται ότι «η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί». Εξάλλου, η Οδηγία 2014/24/ΕΕ στην αιτιολογική σκέψη 2 ρητά αναφέρει ότι στους σκοπούς της Οδηγίας συγκαταλέγεται και η κατοχύρωση της ασφάλειας δικαίου και ενσωμάτωση ορισμένων πτυχών από τη σχετική πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η δε πάγια νομολογία του ΔΕΕ ακόμη και μετά τη θέση σε ισχύ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ επί του ζητήματος των διευκρινήσεων είναι ότι μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση είχε τεθεί επί ποινή απόρριψης της προσφοράς υπό την προϋπόθεση ότι η οικεία απαίτηση είχε τεθεί με σαφήνεια. Τέλος, και η ίδια αιτιολογική έκθεση του αρ. 42 ν. 4782, αναφέρεται σε αυστηρά τυπικούς λόγους και ουδόλως καταλύει την αρχή της τυπικότητας εν γένει, πολλώ δε μάλλον της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης, πόσο μάλλον της πλήρωσης των ουσιαστικών απαιτήσεων.

16. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του ήδη παρεμβαίνοντος χρήζει απόρριψης και τούτο διότι ο ήδη παρεμβαίνων συμμετείχε αυτοτελώς στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία, και όχι υπό τη μορφή ένωσης προς κάλυψη της απαίτησης της διακήρυξης περί εγγραφής στην κατηγορία Πρασίνου, ήτοι δεν πληροί το κριτήριο περί καταλληλότητας στο οποίο και παγίως δεν παρέχεται νομίμως στήριξη. Επικαλείται δε πλήθος αποφάσεων της Αρχής και Απόφαση του ΔΕΦ .... Τέλος, ισχυρίζεται ότι η εν λόγω πλημμέλεια δεν δύναται να θεραπευθεί δια της προσφυγής στο άρθρο



## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

102 Ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 Ν. 4782/2021, διότι στην περίπτωση αυτή θα έπρεπε να αποδεχθούμε την υποβολή μίας εντελώς νέας Προσφοράς.

Τόσο ο παρεμβαίνων όσο και η αναθέτουσα αρχή υπεραμύνονται των οικείων ισχυρισμών ισχυριζόμενοι κατ' αρχήν ότι τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής ελέγχονται σε μεταγενέστερο στάδιο, αλλά και ότι δεν υφίσταται ζήτημα μη δυνατότητας στήριξης προς κάλυψη της οικείας απαίτησης κατά τις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης.

17. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι «Η ... ΔΑΝΕΙΖΕΙ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΟΣΟ ΑΦΟΡΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΑΡΚΕΙΑ ΑΛΛΑ ΚΑΙ ΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΟΙΚΑΝΟΤΗΤΑ ΣΕ ΕΡΓΑ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΣΤΗΝ ΕΤΑΙΡΙΑ "...". Στην από 29.10.2021 υπεύθυνη δήλωση, ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον νόμιμο εκπρόσωπο της «...», αναγράφεται ότι «2. Ο ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΜΟΡΦΗ ΔΑΝΕΙΑΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΔΑΝΕΙΖΕΤΑΙ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΑΠΟ ΤΟΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΦΟΡΕΑ .... ΜΕ Α.Φ.Μ. ... ΚΑΙ ΑΡΙΘΜΟ ΒΕΒΑΙΩΣΗΣ ΜΕΕΠ ... ΟΠΟΥ ΕΧΕΙ ΤΑΞΗ 2η ΣΤΗΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΟΣΟ ΑΦΟΡΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΑΡΚΕΙΑ ΑΛΛΑ ΚΑΙ ΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ & ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ». Επίσης, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου ο ήδη παρεμβαίνων δεν είναι εγγεγραμμένος στην Κατηγορία Πρασίνου (βλ. Βεβαίωση Τμήματος ΜΕΕΠ με αρ. πρωτ. ...).

18. Επειδή, το θεσμικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων και δη το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, όπως μεταφέρθηκε στο κείμενο της διακήρυξης με το άρθρο 22ΣΤ, δεν προβλέπει τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που σχετίζονται με την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, αφού κατά τη ρητή διατύπωση της παρ. 1, ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας επιφυλάσσεται μόνο για τις περιπτώσεις της παρ. 3 και 4 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, οι οποίες όμως αφορούν στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, αντίστοιχα.

Εν προκειμένω, σύμφωνα με το άρ. 22.Β. της διακήρυξης « Καταλληλότητα

για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας» ρητά ορίζεται ότι «ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα **απαιτείται** να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) ....**στην κατηγορία/- ιες έργου του άρθρου 21 της παρούσας**» όπου στο αρ. 21 «Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης» ορίζεται ομοίως ρητά ότι 21.1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία/ες έργου **ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ και Η/Μ και ΠΡΑΣΙΝΟΥ**. Επομένως, το δικαίωμα συμμετοχής περιορίζεται αποκλειστικά στους οικονομικούς φορείς που η εγγραφή τους στο ΜΕΕΠ καλύπτει σωρευτικά τις δύο ανωτέρω κατηγορίες έργων ή στις ενώσεις που συνδυαστικά τα μέλη τους πληρούν τις ανωτέρω κατηγορίες, ενώ η κατ' άρ. 22B ζητούμενη εγγραφή στο ΜΕΕΠ δεν αρκεί να υπάρχει γενικά και αόριστα, όπως εσφαλμένα επικαλείται ο παρεμβαίνων αλλά η εγγραφή του στο ΜΕΕΠ συναρτάται με το άρ. 21.1 της διακήρυξης και πρέπει να συντρέχει και να καλύπτει επί όλων των ανωτέρω κατηγοριών του έργου (ad hoc ΑΕΠΠ 1081\_1082/2021). Ειδικότερα, ο εκάστοτε Οικονομικός φορέας εφόσον συμμετέχει μεμονωμένα, ως εν προκειμένω ο παρεμβαίνων, οφείλει να είναι εγγεγραμμένος σε αμφότερες τις ως άνω κατηγορίες, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος καθόσον ναι μεν καταργήθηκαν οι Τάξεις, όχι όμως οι κατηγορίες ( βλ. και αρ. 75, 76 και 78 ν. 4412/2016 ως ισχύουν και Πράξη 703/2020 Ε Κλιμάκιο Ελ Συν σκ. ΙΙΙ την οποία επικαλείται μεν η αναθέτουσα αρχή ωστόσο συγχέοντας και ταυτοποιώντας την έννοια της Τάξης (που καταργήθηκε πράγματι) με την έννοια της «Κατηγορίας» που «υφίσταται»)). Επομένως, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων δεν είχε εξ αρχής δικαίωμα συμμετοχής στην επίμαχη διαδικασία αυτοτελώς, ως και ο ίδιος επέλεξε, διότι δεν πληροί την απαίτηση περί εγγραφής στην κατηγορία Πρασίνου, την οποία η διακήρυξη **ρητά απαιτεί**, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας αρχής ως αβάσιμων. Εάν γινόταν δεκτό, ότι ο παρεμβαίνων καλύπτει τις απαιτήσεις περί κατηγορίας ΠΡΑΣΙΝΟΥ μέσω του τρίτου τότε πάντως θα έπρεπε ο τρίτος να εκτελέσει τις οικείες περί κατηγορίας ΠΡΑΣΙΝΟΥ εργασίες, αφού η εγγραφή στην οικεία κατηγορία συνιστά ειδικό προσωπικό προσόν του

## Αριθμός απόφασης: 458 /2022

οικονομικού φορέα, πλην όμως ουδόλως ο παρεμβαίνων, όπως προκύπτει από το ΤΕΥΔ του και το οικείο ερώτημα του ΜΕΡΟΥΣ IV ΕΝΟΤΗΤΑ Γ αυτού, ως και την εν γένει προσφορά του, αναθέτει, όπως επιβάλλει ο όρος 25.1. οιαδήποτε εργασία και υπεργολαβία στον τρίτο. Ομοίως απορριπτόμενων των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος ότι δεν είναι δυνατός ο έλεγχος της πλήρωσης του κριτηρίου της καταλληλότητας στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, καθόσον ουδείς αρνείται την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί μη πλήρωσης του επίμαχου κριτηρίου εκ μέρους του παρεμβαίνοντος, και ναι μεν η κατακυρωτική απόφαση αποτελεί αυτοτελώς βλαπτική πράξη για τον προσφεύγοντα, ωστόσο, εφόσον τα προαποδεικτικά δηλωθέντα, αμφισβητούνται, από έτερο συμμετέχοντα, ως εν προκειμένω, ο οποίος αποδεικνύει την μη πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής εκ μέρους συνδιαγωνιζομένου του, τότε κατ' εφαρμογή της αρχής της αποτελεσματικότητας, ταχύτητας και προστασίας του ιδίου του δημοσίου συμφέροντος, επιτρέπουν την κάμψη της προαπόδειξης ως άλλωστε και το ίδιο το αρ. 79 παρ. 5 ν.4412/2016 προβλέπει, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντα ότι ο έλεγχος διενεργείται μόνο κατά την κατακύρωση. Τέλος, δεν χωρεί διευκρίνηση ούτε παρέχεται δυνατότητα εκ του θεσμικού πλαισίου που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης προς παροχή διευκρινήσεων εκ μέρους του παρεμβαίνοντος και να δηλώσει τυχόν επακολούθως ότι συμμετέχει ως μέλος ένωσης καθόσον τούτο αποτελεί ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς του μη επιτρεπόμενη, καθώς αυτό θα προϋπέθετε το πρώτον σχετική συμφωνία των μερών και άρα, μεταβολή της ρητής ιδιότητας ενός εξ αυτών, ως μέλους, με συνέπεια την ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς, τον ορισμό καθηκόντων «επιγενόμενου» μέλους αυτής, εν μέσω της αξιολόγησης θίγοντας ούτως την αρχή της ίσης μεταχείρισης (βλ. σκ. 15 της παρούσας). Επίσης, απορριπτέοι είναι και η ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι θίγεται το δημόσιο συμφέρον δοθέντος ότι η προσφορά του προσφεύγοντος δεν προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή και τούτο διότι ομοίως λόγοι, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008). Συνεπώς, γίνεται δεκτό το αίτημα της προσφυγής, απορριπτόμενων των

## **Αριθμός απόφασης: 458 /2022**

ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας αρχής και η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας, οι δε έτεροι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος προβάλλονται αλυσιτελώς και τούτο διότι ανεξαρτήτως τυχόν βασιμότητας των λοιπών πλημμελειών της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, η προσβαλλόμενη πάσχει απόρριψης λόγω μη εξαρχής δυνατότητας συμμετοχής αυτοτελώς.

19. Επειδή, θα πρέπει να υπομνησθεί ότι η Αρχή σύμφωνα με το άρ. 367 ν. 4412/2016, ως ισχύει, επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος.

20. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

21. Επειδή, κατ'ακολουθία η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να απορριφθεί η παρέμβαση και η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας ως προς την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και επακολούθως της ανακήρυξης του ως προσωρινού μειοδότη.

22. Επειδή, επακολούθως πρέπει να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προσφυγή

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε στις 29 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Αικατερίνη Ζερβού**

**Ευαγγελία Πέτρου**