



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ**

**ΣΕ Β΄ ΕΛΑΣΣΟΝΑ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ**

Συνεδρίασε δημόσια, δημόσια, στις 7 Φεβρουαρίου 2024, με την εξής σύνθεση: Άννα Λιγωμένου, Προεδρεύουσα Αντιπρόεδρος, Κωνσταντίνος Κωστόπουλος, Βασιλική Ανδρεοπούλου Αντιπρόεδροι, Κωνσταντίνα Ζώη, Δέσποινα Καββαδία-Κωνσταντάρα, Γεωργία Τζομάκα, Θεολογία Γναρδέλλη, Βιργινία Σκεύη (εισηγήτρια), Αγγελική Πανουτσακοπούλου, Ευαγγελία Σεραφή και Κωνσταντίνα Σταμούλη. Επίσης μετείχαν οι Σύμβουλοι Γεώργιος Παπαϊσιδώρου και Ελένη Σκορδά ως αναπληρωματικά μέλη. Γραμματέας η Σταυρούλα Τσάλα.

Γενικός Επίτροπος Επικρατείας : Σταμάτιος Πουλής

Για να δικάσει την από 29.1.2024 (ΑΒΔ ...) προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία ... και τον διακριτικό τίτλο ..., που εδρεύει στον Δήμο ... και εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία παραστάθηκε δια των πληρεξουσίων δικηγόρων της Γεωργίου Καραβοκύρη (ΑΜ ΔΣΑ 26876) και Χρήστου Στεφάνου (ΑΜ ΔΣΑ 15935).

Με την ανωτέρω προσφυγή ζητείται η αναθεώρηση της 1638/2023 απόφασης του Εβδόμου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία απορρίφθηκαν οι προσφυγές ανάκλησης της προσφεύγουσας και της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας κατά της 578/2023 Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπούμενο από τον Υπουργό Οικονομικών, παραστάθηκε δια δηλώσεως του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 της Νομικής Συμβούλου του Κράτους Χρυσούλας Τσιαβού.

Κατά της προσφυγής και υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης παρεμβαίνει με την από 6.2.2024 έγγραφη παρέμβασή της (ΑΒΔ ...) η ετερόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία ..., που εδρεύει στη ... και εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία παραστάθηκε δια του πληρεξουσίου δικηγόρου της Αναστασίου - Ευγένιου Χριστοφίλου (ΑΜ ΔΣΑ 24563).

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε, το Δικαστήριο άκουσε:

Τους πληρεξουσίου δικηγόρους της προσφεύγουσας, οι οποίοι ζήτησαν να γίνει δεκτή η προσφυγή αναθεώρησης.

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της παρεμβαίνουσας, ο οποίος ζήτησε να απορριφθεί η προσφυγή αναθεώρησης και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

Τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος ανέπτυξε προφορικά την από 7.2.2024 έγγραφη γνώμη του και πρότεινε να απορριφθεί η προσφυγή αναθεώρησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε στις 21 Φεβρουαρίου 2024 σε τηλεδιάσκεψη με τη χρήση της επίσημης κρατικής πλατφόρμας e:Presence.gov.gr, σύμφωνα με το άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, με παρόντες τους δικαστές που έλαβαν μέρος στη συζήτηση της υπόθεσης, εκτός από τον Αντιπρόεδρο Κωνσταντίνο Κωστόπουλο, που είχε κώλυμα (άρθρο 293 παρ. 3 του ν. 4700/2020) και τη Σύμβουλο Ελένη Σκορδά, που συμμετείχε στη συνεδρίαση ως αναπληρωματικό μέλος (άρθρο 18 παρ. 4 ν. 4820/2021).

**Άκουσε την εισήγηση της Συμβούλου Βιργινίας Σκευή και  
Αφού σκέφθηκε κατά τον νόμο**

**Αποφάσισε τα εξής:**

**1.** Με την υπό κρίση προσφυγή, όπως οι λόγοι της αναπτύσσονται με το από 12.2.2024 παραδεκτώς κατατεθέν υπόμνημα, ζητείται η αναθεώρηση της 1638/2023 απόφασης του Εβδόμου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία απορρίφθηκαν οι προσφυγές ανάκλησης της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας και της ήδη προσφεύγουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία ... και τον διακριτικό τίτλο ... κατά της 578/2023 Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου, ενώ έγινε δεκτή η κατά των προσφυγών ανάκλησης και υπέρ του κύρους της Πράξης έγγραφη παρέμβαση της ετερόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία ... . Με την προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώθηκε η κρίση του Κλιμακίου ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης μεταξύ της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας και της εταιρείας ... για την εκτέλεση του έργου Αποκατάσταση βλαβών επαρχιακού οδικού δικτύου των Δήμων ...» για τον λόγο ότι μη νομίμως αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό η εταιρεία ... (πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας και ήδη παρεμβαίνουσα), επειδή παρέλειψε να δηλώσει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης ως υπεργολάβο τρίτη εταιρεία, στην οποία στηρίχθηκε για την κάλυψη των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τίτλους σπουδών, επαγγελματικά προσόντα και επαγγελματική εμπειρία, καθώς και το ποσοστό του τμήματος της σύμβασης που η τελευταία θα εκτελέσει.

**2.** Η προσφυγή αναθεώρησης, για την άσκηση της οποίας έχει καταβληθεί το προσήκον, σύμφωνα με το άρθρο 335 παρ. 2 του ν. 4700/2020, παράβολο (βλ. το ... ηλεκτρονικό παράβολο), έχει ασκηθεί παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω ως προς τη βασιμότητα των προβαλλόμενων με αυτήν λόγων.

**3.** Το νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου με την επωνυμία «Περιφέρεια Δυτικής Ελλάδας» (αναθέτουσα αρχή στην επίδικη διαγωνιστική διαδικασία) δεν παραστάθηκε, αν και κλητεύθηκε νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 332 παρ. 2 του ν. 4700/2020, να εμφανιστεί στο ακροατήριο κατά τη δικάσιμο της 7<sup>ης</sup>.2.2024, όπως προκύπτει από την αριθμό ... έκθεση επίδοσης της δικαστικής επιμελήτριας του Εφετείου Πατρών ... .

**4.** Υπέρ της απόφασης του Εβδόμου Τμήματος και κατά της προσφυγής αναθεώρησης παρεμβαίνει με το από 6.2.2024 δικόγραφο, του οποίου οι λόγοι αναπτύσσονται στο από 12.2.2024 υπόμνημα, η εταιρεία ..., η οποία είχε ασκήσει ενώπιον του Τμήματος παρέμβαση κατά των προσφυγών ανάκλησης και υπέρ του κύρους της 578/2023 Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου. Το παραδεκτό της παρέμβασης εξετάζεται κατωτέρω (βλ. σκ. 18), καθώς με την προσφυγή αναθεώρησης αμφισβητείται, βάσει του ιστορικού της υπόθεσης, το έννομο συμφέρον της ανωτέρω εταιρείας να παρέμβει κατά την εκδίκαση της διαφοράς που προέκυψε από τον προσυμβατικό έλεγχο.

**5.** Από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν όσα στις σκέψεις 6 έως 12 παρατίθενται:

**6.** Με την ... διακήρυξη της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδος προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την εκτέλεση του έργου «Αποκατάσταση βλαβών επαρχιακού οδικού δικτύου των Δήμων ...» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής - χαμηλότερη τιμή (άρθρο 86 παρ. 2 του ν. 4412/2016) και σύστημα υποβολής προσφορών με επιμέρους ποσοστά έκπτωσης για κάθε ομάδα τιμών ομοειδών εργασιών του τιμολογίου και του προϋπολογισμού (άρθρο 95 παρ. 2 περ. α΄ του ν. 4412/2016). Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, προσδιορίστηκε στο ποσό των 1.774.193,55 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α και ως ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 27η.6.2022.

**7.** Στον διαγωνισμό συμμετείχαν επτά (7) οικονομικοί φορείς. Το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης των τριών πρώτων κατά σειρά μειοδοσίας εταιρειών ... (ποσοστό έκπτωσης 45,57%), ... (ποσοστό έκπτωσης 41,43%) και ... (ποσοστό έκπτωσης 39,75%), υπερέβη το 10% του μέσου όρου του συνόλου των εκπτώσεων (άρθρο 88 παρ. 5α του ν. 4412/2016) και για το λόγο αυτό οι ανωτέρω εταιρείες κλήθηκαν να αιτιολογήσουν την τιμή και το κόστος της προσφοράς τους.

**8.** Η εταιρεία ... (ήδη παρεμβαίνουσα) υπέβαλε τις από 29.7.2022 εξηγήσεις της, καθώς και το από 23.6.2022 έγγραφο συμφωνητικό που είχε συνομολογήσει με την εταιρεία ..., στο οποίο, μεταξύ άλλων, αναφέρεται ότι η δεύτερη ως άνω εταιρεία θα της δανείσει την απαιτούμενη Τεχνική & Επαγγελματική Ικανότητα σύμφωνα με τη διακήρυξη και θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες διαθέτοντας τα απαιτούμενα στελέχη, την εμπειρία και την τεχνογνωσία.

**9.** Οι εξηγήσεις της εταιρείας ... απορρίφθηκαν με συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς της και τον αποκλεισμό της από τη συνέχεια του διαγωνισμού, ενώ έγιναν δεκτές οι εξηγήσεις των επόμενων κατά σειρά μειοδοσίας (δύο) εταιρειών και αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία ... με την ... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας.

**10.** Ο οικονομικός φορέας ... (τρίτη κατά σειρά μειοδοσίας εταιρεία μετά την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας ... και ήδη προσφεύγουσα) άσκησε την

από 10.10.2022 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) κατά της αποδοχής των προσφορών των εταιρειών ... και ... ισχυριζόμενη α) ότι οι ανωτέρω εταιρείες έπρεπε να αποκλειστούν διότι δεν δήλωσαν ως υπεργολάβους τους τρίτους φορείς στους οποίους στηρίχθηκαν για την κάλυψη των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τίτλους σπουδών, επαγγελματικά προσόντα και επαγγελματική εμπειρία, β) ότι η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής περί αποδοχής των προσφορών των ανωτέρω εταιρειών μετά την υποβολή των εξηγήσεων δεν έφερε ειδική αιτιολογία και γ) ότι οι ανωτέρω εταιρείες δεν αιτιολόγησαν επαρκώς την οικονομική τους προσφορά.

**11.** Με την ... απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. η προσφυγή της ... έγινε δεκτή. Ειδικότερα, όσον αφορά την εταιρεία ..., αφού έγινε δεκτό ότι «(...) όταν συντρέχει στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα για την απόδειξη της πλήρωσης κριτηρίων επιλογής που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών ή τα επαγγελματικά προσόντα, ο δανείζων εμπειρία αποκτά κατ' ουσίαν την ιδιότητα του υπεργολάβου και ακολούθως η συμμετέχουσα εταιρεία υποχρεούται να αναφέρει αυτόν στην προσφορά της ως υπεργολάβο και να δηλώσει το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει σε αυτόν υπό μορφή υπεργολαβίας (...)», κρίθηκε, περαιτέρω, ότι η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί καθόσον αυτή, παρά την επίκληση της ικανότητας τρίτου οικονομικού φορέα για την κάλυψη των ανωτέρω κριτηρίων, δεν δήλωσε στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης τη σχετική υπεργολαβία ούτε το ποσοστό του τμήματος της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει στον τρίτο φορέα. Με την ίδια ως άνω απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. απορρίφθηκε ως αβάσιμος ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής και ως αλυσιτελής ο τρίτος.

**12.** Σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας ανακάλεσε την ... απόφασή της και κατακύρωσε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην εταιρεία ... με προσφερόμενη μέση έκπτωση 19,57% και συμβατικό τίμημα 1.425.596,92 ευρώ.

**13.** Το Ε΄ Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου επιληφθέν του ελέγχου της προαναφερόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας έκρινε με την 578/2023 Πράξη του ότι μη νομίμως αποκλείστηκε η πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας εταιρεία ... και ότι για τον λόγο αυτό κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης μεταξύ της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας και της ήδη προσφεύγουσας εταιρείας ... . Ερμηνεύοντας τις σχετικές διατάξεις υπό το φως της νομολογίας του ΔΕΕ (απόφαση της 26<sup>ης</sup>.1.2023, στην υπόθεση C-403/21, SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș), το Κλιμάκιο έκρινε ότι ο οικονομικός φορέας που δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δεν αποτελεί κατ' ανάγκη και υπεργολάβο και, συνεπώς, η εταιρεία ..., η οποία δήλωσε την εταιρεία ... ως δανείζουσα σ' αυτήν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, με βάση το από 23.6.2022 ιδιωτικό συμφωνητικό που συνήφθη μεταξύ των δύο εταιρειών, δεν είχε υποχρέωση να δηλώσει την τελευταία

και ως υπεργολάβο, ούτε να δηλώσει το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να της αναθέσει. Το Κλιμάκιο δεν εντόπισε άλλον διακωλυτικό λόγο υπογραφής της σύμβασης πέραν του προαναφερόμενου, ενώ ρητώς δέχθηκε α) ότι νομίμως αποκλείστηκε η εταιρεία ..., καθόσον στις εξηγήσεις προς την αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση του ύψους της οικονομικής της προσφοράς γίνεται επίκληση οικονομικών στοιχείων τρίτης εταιρείας χωρίς να προκύπτει η σχέση που συνδέει τις δύο εταιρείες σχετικά με το υπό ανάθεση έργο και β) ότι αιτιολογημένα η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε τις εξηγήσεις που παρείχε η εταιρεία ..., κατά τη διαδικασία του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, σχετικά με το ύψος της οικονομικής της προσφοράς «καθόσον στην υποβληθείσα από την εν λόγω εταιρεία τεχνική έκθεση αιτιολόγησης εμφανίζεται καθαρό κέρδος ύψους 169.292,57 ευρώ».

**14.** Η κρίση του Κλιμακίου επικυρώθηκε με την ήδη προσβαλλόμενη 1638/2023 απόφαση του Εβδόμου Τμήματος, με την οποία απορρίφθηκαν οι προσφυγές ανάκλησης της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας και της εταιρείας ..., ενώ έγινε δεκτή η παρέμβαση που ασκήθηκε από την εταιρεία ... υπέρ της Πράξης του Κλιμακίου. Ειδικότερα, ως προς την έννοια της διάταξης του δευτέρου εδαφίου της παραγράφου 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία οι οικονομικοί φορείς που δανείζουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα οφείλουν να «εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες», και αφού έλαβε υπόψη την προαναφερόμενη απόφαση του ΔΕΕ (C-403/21, SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș), το Τμήμα δέχθηκε α) ότι όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, προκειμένου να πληροί τις διάφορες κατηγορίες κριτηρίων επιλογής, αρκεί να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζοντας τη σχετική δέσμευση των φορέων αυτών, β) ότι η μεταξύ τους συνεργασία δεν είναι αναγκαίο να έχει τη μορφή υπεργολαβίας και γ) ότι ένας οικονομικός φορέας δεν επιτρέπεται να αποκλειστεί από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης λόγω μη ορισμού υπεργολάβου, στον οποίον προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση συγκεκριμένων υποχρεώσεων, εφόσον διευκρίνισε στην προσφορά του ότι θα εκπληρώσει τις εν λόγω υποχρεώσεις στηριζόμενος στις δυνατότητες άλλου φορέα, χωρίς ωστόσο να συνδέεται με τον φορέα αυτόν με σύμβαση υπεργολαβίας. Με βάση τις ανωτέρω παραδοχές, το Τμήμα έκρινε ότι η συνεργασία μεταξύ της εταιρείας ... και της εταιρείας ... όπως αποτυπώνεται στο από 23.6.2022 έγγραφο ιδιωτικό συμφωνητικό, δεν συνιστά, κατά την αληθή βούληση των μερών, υπεργολαβία αλλά αφορά στην παροχή δάνειας τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, προκειμένου η εταιρεία ... να μπορέσει να υποβάλει παραδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό και αποσκοπεί να διασφαλίσει ότι η δανείζουσα εταιρεία θα συμμετέχει με την πραγματική διάθεση των δάνειων ικανοτήτων της, ήτοι των απαραίτητων πόρων ανθρωπίνου δυναμικού, προϊόντων σωματικής και πνευματικής εργασίας, υλικοτεχνικού εξοπλισμού κ.λπ., στην εκτέλεση της σύμβασης και όχι απλώς τυπικά και μόνο για

την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Όσον αφορά δε την προβλεπόμενη στο ως άνω συμφωνητικό αμοιβή της δανείζουσας την εμπειρία εταιρείας, το Τμήμα δέχθηκε ότι αυτή αφορά τη διάθεση των δάνειων ικανοτήτων και δεν προσιδιάζει αποκλειστικά σε υπεργολαβική σχέση.

**15.** Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής της, η εξέταση του οποίου προτάσσεται, καθόσον συνάπτεται με το παραδεκτό της παρέμβασης, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι εσφαλμένως το Τμήμα έκρινε παραδεκτή την παρέμβαση της εταιρείας ..., καθώς, η εταιρεία αυτή είχε οριστικά αποκλεισθεί από την επίδικη διαγωνιστική διαδικασία μετά την ... απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., κατά της οποίας δεν άσκησε τα προβλεπόμενα ένδικα βοηθήματα. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, δεν είχε πλέον έννομο συμφέρον να παρέμβει στην ενώπιον του Τμήματος δίκη για διαφορά που ανέκυψε από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία.

**16.** Ο συνταγματικά κατοχυρωμένος (άρθρο 98 παρ. 1 περ. β του ισχύοντος Συντάγματος) έλεγχος νομιμότητας που ασκείται από το Ελεγκτικό Συνέδριο σύμφωνα με τις διατάξεις του Κεφαλαίου 53 του ν. 4700/2020 επί των σχεδίων συμβάσεων που υπάγονται στην ελεγκτική του δικαιοδοσία, είναι αυτεπάγγελτος, καθολικός και ανεξάρτητος των πράξεων που εκδίδουν εθνικά διοικητικά όργανα επί ενστάσεων ή διοικητικών προσφυγών στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας (ΕλΣυν Ολ. 1827/2021). Ο έλεγχος αυτός που διενεργείται με τις εγγυήσεις που απολαμβάνει το Ελεγκτικό Συνέδριο ως ανώτατο Δικαστήριο, εκτείνεται στο σύνολο της διαγωνιστικής διαδικασίας συνεπώς και στον έλεγχο της νομιμότητας των αποφάσεων της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. που εκδίδονται επί προδικαστικών προσφυγών στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, περιορίζεται δε μόνον από την ύπαρξη δεδικασμένου στις περιπτώσεις που τα αρμόδια δικαστήρια αποφάνθηκαν επί ζητημάτων που έθεσαν ενώπιόν τους οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό, αιτούμενοι δικαστικής προστασίας (ΕλΣυν Ολ. 180/2022, 1832/2021).

**17.** Υπό το πρίσμα των ανωτέρω εξετάζεται και το έννομο συμφέρον οικονομικού φορέα να συμμετέχει ως παρεμβαίνων σύμφωνα το άρθρο 328 παρ. 3 του ν. 4700/2020 ενώπιον των δικαστικών σχηματισμών του Ελεγκτικού Συνεδρίου στις διαφορές που ανακύπτουν κατά τον προσυμβατικό έλεγχο. Επομένως, το έννομο συμφέρον του παρεμβαίνοντος δεν αίρεται από μόνο τον λόγο ότι στο πλαίσιο διοικητικής διαδικασίας κρίθηκε ότι αυτός έπρεπε να αποκλεισθεί από τον διαγωνισμό, πολύ δε περισσότερο όταν ο διακωλυτικός λόγος υπογραφής της σύμβασης (κατόπιν μειοδοτικού διαγωνισμού) εντοπίζεται, κατά τον προσυμβατικό έλεγχο, στον μη νόμιμο αποκλεισμό του εν λόγω φορέα που είχε καταταγεί πρώτος κατά σειρά μειοδοσίας.

**18.** Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρεία ..., με την ... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδος είχε κηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, ως πρώτη στη σειρά μειοδοσίας, στη συνέχεια όμως και μετά την ... απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. αποκλείστηκε και ανακηρύχθηκε ως προσωρινή

ανάδοχος η ήδη προσφεύγουσα, επόμενη κατά σειρά μειοδοσίας. Ο λόγος δε για τον οποίον η παρεμβαίνουσα αποκλείστηκε κρίθηκε μη νόμιμος με την προαναφερόμενη 578/2023 Πράξη του Κλιμακίου. Την ισχύ και διατήρηση της Πράξης αυτής υποστήριξε με προφανές έννομο συμφέρον, παρεμβαίνοντας ενώπιον του Τμήματος υπέρ του κύρους της, όπως ορθώς κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση. Επομένως ο λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί. Εφόσον, άλλωστε, κατέστη διάδικος στην ενώπιον του Τμήματος δίκη, παραδεκτώς παρεμβαίνει και στην παρούσα δίκη υπέρ της απόφασης του Τμήματος (ΕλΣυν Ολ. 1827/2021, σκ. 18, 19).

**19.** Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει με τους δύο πρώτους λόγους της προσφυγής της ότι το Τμήμα εσφαλμένως ερμήνευσε και εφάρμοσε στη συγκεκριμένη περίπτωση τις διατάξεις των άρθρων 58 και 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016 περί «υπεργολαβίας» και «δάνειας εμπειρίας», αντίστοιχα, κρίνοντας ότι η δανείζουσα εταιρεία δεν έχει την ιδιότητα του υπεργολάβου, παρά το γεγονός ότι δεν θα περιοριστεί απλώς στον δανεισμό του πτυχίου ΜΕΕΠ αλλά θα συμμετάσχει ενεργά στην εκτέλεση της σύμβασης. Συναφώς προβάλλει ότι κατά πλάνη περί τα πράγματα το Τμήμα ερμηνεύοντας την από 23.6.2022 συμφωνία μεταξύ των εταιρειών ... και ... υπέλαβε ότι αυτή δεν συνιστά εργολαβική σύμβαση ενώ το αντίθετο προκύπτει από τους όρους αυτής και ιδίως από το άρθρο 4 όπου αναφέρεται ότι «(...) η β' συμβαλλόμενη θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες βάσει της διακήρυξης (...)» και ότι «(...). Η ανωτέρω απαρίθμηση είναι ενδεικτική, καθόσον η β' συμβαλλόμενη θα διαθέσει και κάθε άλλο μέσο που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης», καθώς και το άρθρο 5, όπου αναφέρεται ότι «(...) η α' συμβαλλόμενη θα καταβάλει στην β' συμβαλλόμενη (...) ως αμοιβή, ποσοστό (1,00), (ένσα) % επί της συμβατικής αξίας των εκτελεσθεισών εργασιών, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ» και ότι «Τα ποσά αυτά θα καταβληθούν στην β' συμβαλλόμενη, τμηματικά και αντιστοίχως της πληρωμής των πιστοποιήσεων του έργου (...)». Κατά την προσφεύγουσα η εκτέλεση εργασιών εκ μέρους του τρίτου οικονομικού φορέα και η ενεργός ανάμιξή του στην εκτέλεση της σύμβασης συνιστά υπεργολαβία, με αποτέλεσμα η παράλειψη δήλωσης στο ΕΕΕΣ του τμήματος του αντικείμενου της σύμβασης που πρόκειται να του ανατεθεί συνιστά νόμιμο λόγο αποκλεισμού.

**20.** Στο άρθρο 75 (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24) του ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζεται: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) (...) γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. (...). Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει (...) τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης (...) 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν

να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας...». Περαιτέρω, στο άρθρο 78 του ίδιου νόμου (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24), υπό τον τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων», ορίζεται: «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα (...) ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80 περί αποδεικτικών μέσων και 81 περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις (...).».

**21.** Από τις ανωτέρω διατάξεις, οι οποίες αποτελούν μεταφορά στην εσωτερική έννομη τάξη των αντιστοίχων ρυθμίσεων της ενωσιακής νομοθεσίας, προκύπτει ότι, προς τον σκοπό της παροχής δυνατότητας συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς, της ενίσχυσης της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων και της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, παρέχεται η δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν σε δημόσιο διαγωνισμό να στηριχθούν ως προς συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των μεταξύ τους δεσμών, ώστε να πληρούν τις διάφορες κατηγορίες κριτηρίων επιλογής (δάνεια εμπειρία). Η δάνεια εμπειρία μπορεί να συνίσταται στον δανεισμό τεχνογνωσίας ή εμπειρίας και άλλων αναγκαίων πόρων, όπως ανθρώπινου δυναμικού, προϊόντων σωματικής και πνευματικής εργασίας ή υλικοτεχνικού εξοπλισμού. Ειδικώς δε στην περίπτωση δανεισμού τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την πλήρωση κριτηρίων που σχετίζονται με τίτλους σπουδών, επαγγελματικά προσόντα ή επαγγελματική εμπειρία, απαιτείται, από τη διάταξη του δεύτερου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, οι



δανείζοντες οικονομικοί φορείς να «εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες», προκειμένου αυτοί να συμμετέχουν ενεργά στην εκτέλεση της σύμβασης, με την πραγματική διάθεση των δάνειων ικανοτήτων τους (των απαραίτητων πόρων ανθρωπίνου δυναμικού, προϊόντων σωματικής και πνευματικής εργασίας, υλικοτεχνικού εξοπλισμού κ.λπ.) και όχι μόνο για την αμιγώς τυπική και μόνο πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 7<sup>ης</sup>.4.2016, Partner Apelski Dariusz κατά Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14 ).

**22.** Η νομική φύση των δεσμών μεταξύ των οικονομικών φορέων δεν εξειδικεύεται στις σχετικές διατάξεις, αντιθέτως αφήνεται στη διακριτική ευχέρεια αυτών, αρκεί ο υποψήφιος ανάδοχος να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζοντας τη σχετική δέσμευση των φορέων από τους οποίους δανείζεται τη σχετική εμπειρία.

**23.** Η υπεργολαβία, δηλαδή η σύμβαση μίσθωσης έργου (κατ' άρθρα 681 επ. του ΑΚ) μεταξύ του υποψήφιου αναδόχου δημοσίου έργου και άλλου φυσικού ή νομικού προσώπου με την οποία ο ανάδοχος αναθέτει την κατασκευή μέρους του έργου στον υπεργολάβο (άρθρα 58, 131 και 165 του ν. 4412/2016 και άρθρο 71 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), είναι μία από τις μορφές που μπορεί να έχει η συνεργασία μεταξύ του υποψηφίου αναδόχου και τρίτου φορέα. Στην υπεργολαβία ο ανάδοχος αναθέτει στον υπεργολάβο την εξ ολοκλήρου εκτέλεση τμήματος του έργου, το οποίο, συνεπώς, εκτελείται αποκλειστικά από αυτόν σύμφωνα με τους όρους της σύμβασης που συνάπτεται μεταξύ αυτού και του αναδόχου. Στην περίπτωση αυτή ο υποψήφιος ανάδοχος υποχρεούται με την υποβολή της προσφοράς του, επί ποινή αποκλεισμού της, να δηλώσει τόσο τον υπεργολάβο όσο και το ποσοστό επί τοις εκατό του τμήματος της σύμβασης που προτίθεται να του αναθέσει. Αντιθέτως, αντίστοιχη εξ ολοκλήρου ανάθεση της εκτέλεσης τμήματος του έργου δεν υπάρχει στη δάνεια εμπειρία. Ο φορέας που υποβάλλει την προσφορά είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση κάνοντας χρήση των πόρων – μέσω ή επαγγελματικής εμπειρίας που δεν διαθέτει ο ίδιος, αλλά τα δανείζεται από τρίτους, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, υπό τον όρο της δυνατότητας αποδείξεως ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους και τα μέσα.

**24.** Με την απόφαση της 26<sup>ης</sup>.1.2023, στην υπόθεση C-403/21, SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș, κρίθηκε από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης ότι i) κάθε οικονομικός φορέας έχει δικαίωμα να στηριχθεί ως προς συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των μεταξύ τους δεσμών, προκειμένου να πληροί τις διάφορες κατηγορίες κριτηρίων επιλογής (σκ. 72), ii) όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αρκεί να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζοντας τη σχετική δέσμευση των φορέων αυτών (σκ. 73), iii) η

υπεργολαβία αποτελεί απλώς έναν από τους τρόπους με τους οποίους ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων και ως, εκ τούτου, δεν μπορεί να του επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή (σκ. 74) και iv) δεν είναι σύμφωνος με το άρθρο 63 παράγραφος 1 της οδηγίας 2014/24 ο αποκλεισμός προσφέροντος από διαδικασία σύναψης σύμβασης για το λόγο ότι δεν έχει ορίσει υπεργολάβο, στον οποίο προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση συγκεκριμένων υποχρεώσεων που προβλέπονται από ειδικές ρυθμίσεις και δεν προβλέπονται στα έγγραφα της σύμβασης, εφόσον ο προσφέρων διευκρίνισε στην προσφορά του ότι θα εκπληρώσει τις εν λόγω υποχρεώσεις στηριζόμενος στις δυνατότητες άλλου φορέα, χωρίς ωστόσο να συνδέεται με τον φορέα αυτόν με σύμβαση υπεργολαβίας (σκ. 75).

**25.** Επομένως, η υποστήριξη οικονομικού φορέα που συμμετέχει σε δημόσιο διαγωνισμό από τρίτους μπορεί να λάβει διάφορες μορφές, μία εκ των οποίων μόνο είναι και η υπεργολαβία. Ερμηνευτική εκδοχή, σύμφωνα με την οποία επιβάλλεται στον οικονομικό φορέα που δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να συνδέεται με υπεργολαβική σχέση με τον ανάδοχο, προσκρούει και στη διάταξη του πρώτου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 που ορίζει ότι ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων «ασχέτως των νομικών δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς», καθόσον υπό την εκδοχή αυτή αναιρείται η ευρεία ευχέρεια που παρέχεται με την ως άνω διάταξη στους οικονομικούς φορείς να θέσουν και να διαμορφώσουν ελεύθερα και κατάλληλα τους όρους της μεταξύ τους συνεργασίας συνδυάζοντας, ενδεχομένως, ακόμα και τις ικανότητες πολλών μελών μιας ομάδας οικονομικών φορέων για την εκπλήρωση ενός κριτηρίου επιλογής (βλ. ΔΕΕ διάταξη της 30<sup>ης</sup>.9.2022 “ĒDIENS & KM.LV” PS κατά Ieslodzījuma vietu parvalde, Iepirkumu uzraudzības birojs, C-592/21, σκ. 23, 26-28, αιτιολογική σκέψη υπ’ αρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ σύμφωνα με την οποία ένας από τους σκοπούς της Οδηγίας είναι και η διευκόλυνση συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων).

**26.** Η Διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού, επαναλαμβάνοντας εν πολλοίς τις νομοθετικές διατάξεις, προέβλεπε τα ακόλουθα: (i) Στο άρθρο 22.Β με τίτλο «Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας» ότι «Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. (...)». (ii) Στο άρθρο 22.Δ με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ότι «Δεν ζητούνται πρόσθετες απαιτήσεις, πέραν των προβλεπόμενων στο π.δ. 71/2019 (Α’ 112), για την εγγραφή και κατάταξη σε τάξη των οικείων μητρώων, αντίστοιχου προϋπολογισμού και κατηγορίας έργου (...)». (iii) Στο άρθρο 22 ΣΤ με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)» ότι «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 αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα (...) ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες». (iv) Στο άρθρο 23.1 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» ότι «Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), (...) Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ κάθε φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται (...)». (v) Στο άρθρο 23.2. με τίτλο «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)» ότι «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) (...) Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών, υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι (...) και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (...)». (vi) Στο άρθρο 23.6 με τίτλο «Δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας (...)» ότι «Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.ΕΠ ή στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε: από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει 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 ΙΙ του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.)». (vii) Στο άρθρο 25.1 με τίτλο «Υπεργολαβία» ότι «Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει».

**27.** Η εταιρεία ..., προκειμένου να καλύψει το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης, δήλωσε στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.). ότι θα λάβει δάνεια εμπειρία από την εταιρεία ... . Συγκεκριμένα, ανέγραψε ως απάντηση στη σχετική ερώτηση του Ε.Ε.Ε.Σ. στο Μέρος ΙΙ «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό

φορέα» τα κάτωθι: «Μέσα μελέτης και έρευνας, Γ. «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, Βασίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, ναι». Όνομα της οντότητας ... . Περαιτέρω, στο Μέρος IV: «Κριτήρια επιλογής, Γ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, Τεχνικός εξοπλισμός και μέτρα για την εξασφάλιση της ποιότητας «Η εταιρία διαθέτει τη τεχνική στελέχωση όπως αυτά ορίζονται (...) Δάνεια εμπειρία από ΜΕΕΠ ... . Μέσα Μελέτης και έρευνας, «ΜΕΕΠ ... . ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΑΠΟ ΜΕΕΠ ..., Τίτλοι σπουδών και επαγγελματικών προσόντων ΜΕΕΠ .... ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΑΠΟ ΜΕΕΠ ... . Ποσοστό υπεργολαβίας ΟΧΙ.». Αντίστοιχα, η β' συμβαλλόμενη εταιρία ανέγραψε ως απάντηση στη σχετική ερώτηση του Ε.Ε.Ε.Σ. στο Μέρος IV «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα: «Η εταιρεία ... ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΙΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΕΧΕΙ ΠΤΥΧΙΟ ΜΕΕΠ 3<sup>ης</sup> ΤΑΞΗΣ ΣΤΗΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΟΔΟΠΟΙΑ ΚΑΙ ΠΛΗΡΟΙ ΤΙΣ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΠΑΡΕΧΕΙ ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΣΤΗΝ ΕΤΑΙΡΙΑ ... ΜΕ ΜΕΕΠ ....», ενώ στην ερώτηση «Τίτλοι σπουδών κι επαγγελματικών προσόντων» ανέγραψε τα στελέχη της, κατόχους των απαιτούμενων επαγγελματικών προσόντων και των αντίστοιχων τίτλων σπουδών.

**28.** Περαιτέρω, στο από 23.6.2022 ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ των ως άνω εταιριών, το οποίο προσκομίστηκε σύμφωνα με το άρθρο 23.10 της διακήρυξης προς απόδειξη της στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνειας εμπειρίας) του άρθρου 22.ΣΤ, συμφωνούνται τα εξής: « «(...) 2<sup>ο</sup> Η α' συμβαλλόμενη ... θα υποβάλει προσφορά στο διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ ΕΠΑΡΧΙΑΚΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΤΩΝ ΔΗΜΩΝ ...» (...) και επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες της β' συμβαλλόμενης [...] (...) 3<sup>ο</sup> Προς τον ίδιο σκοπό της παραδεκτής υποβολής προσφοράς στον εν λόγω διαγωνισμό και της εν συνεχεία εκτέλεσης του ανωτέρω έργου η β' συμβαλλόμενη ρητά συμφωνείται και συνομολογείται ότι θα δανείσει στην α' συμβαλλόμενη (...) την απαιτούμενη Τεχνική & Επαγγελματική Ικανότητα (...) 4<sup>ο</sup> Επίσης στην περίπτωση που η α' συμβαλλόμενη ανακηρυχθεί ανάδοχος του περιγραφόμενου (...) έργου και καθ' όλη την διάρκεια της συναφθσομένης συμβάσεως, η β' συμβαλλόμενη θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες βάσει της διακήρυξης διαθέτοντας, στο σύνολό τους, τα απαιτούμενα στελέχη, την εμπειρία, την τεχνογνωσία, και ότι απαιτείται κατά τη διακήρυξη. Η ανωτέρω απαρίθμηση είναι ενδεικτική, καθόσον η β' συμβαλλόμενη θα διαθέσει και κάθε άλλο μέσο που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης. 5<sup>ο</sup> Για την ανωτέρω διάθεση, η α' συμβαλλόμενη θα καταβάλει στην β' συμβαλλόμενη το σύνολο των αποδεδειγμένων δαπανών και εν γένει εξόδων που θα απαιτηθούν. Θα της καταβάλλει επίσης, ως αμοιβή, ποσοστό (1,00), (ένα) % επί της συμβατικής αξίας των εκτελεσθεισών εργασιών, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ (...).».

**29.** Όπως έγινε δεκτό και από το Τμήμα, ο βασικός σκοπός που τα συμβαλλόμενα μέρη κατάρτισαν τη μεταξύ τους, ως άνω συμφωνία, διατυπώνεται ρητά στον 2<sup>ο</sup> και στον 3<sup>ο</sup> όρο του ως άνω συμφωνητικού και συνίσταται στην παροχή δάνειας τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, εκ μέρους της β' συμβαλλόμενης ..., προς την α' συμβαλλόμενη ..., προκειμένου αυτή να μπορέσει να υποβάλει παραδεκτή προσφορά στον επίδικο διαγωνισμό. Οι υπόλοιποι όροι του συμφωνητικού, πλαισιώνουν αυτό το βασικό σκοπό, με τη θέσπιση επιμέρους υποχρεώσεων και δικαιωμάτων των αντισυμβαλλόμενων μερών. Η διατύπωση του 4<sup>ου</sup> όρου του εν λόγω συμφωνητικού επαναλαμβάνει τη διατύπωση της αντίστοιχης διάταξης του εδ. β' της παρ. 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 περί δάνειας εμπειρίας. Επομένως, η ρητή μνεία στο άρθρο 4<sup>ο</sup> του συμφωνητικού ότι η β' συμβαλλόμενη «θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες», συνάγεται ότι αποσκοπεί να διασφαλίσει ότι η δανείζουσα εταιρεία θα συμμετέχει με την πραγματική διάθεση των δάνειων ικανοτήτων της, ήτοι των απαραίτητων πόρων ανθρωπίνου δυναμικού, προϊόντων σωματικής και πνευματικής εργασίας, υλικοτεχνικού εξοπλισμού κ.λπ., ενεργά στην εκτέλεση της σύμβασης, κατά τη ρητή απαίτηση τόσο του νόμου όσο και της διακήρυξης. Την αυτή έννοια έχει και η αναφορά της φράσης ότι η β' συμβαλλόμενη «θα διαθέσει και κάθε άλλο μέσο που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης». Ικανοποιείται δηλαδή η απαίτηση της διάταξης του εδαφίου β' της παρ. 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, η οποία επαναλαμβάνεται και στη διακήρυξη (άρθρο 22.ΣΤ σκ. 26) με την πρόβλεψη αντίστοιχου συμβατικού όρου, ο οποίος, μάλιστα, ακολουθεί παρόμοια γλωσσική διατύπωση με τη νομοθετική διάταξη και εφαρμόζεται στο πλαίσιο του ενοχικού δεσμού που αναπτύσσεται μεταξύ της δανειολήπτριας και δανείζουσας εταιρείας. Το γεγονός δε ότι για την παροχή της δάνειας εμπειρίας θα καταβληθεί αμοιβή, στο ποσό και με τον τρόπο που καθορίζεται στο άρθρο 5, ήτοι σταδιακά ανάλογα με την πορεία των εργασιών δεν καθιστά την εν λόγω συμφωνία υπεργολαβία, καθόσον η καταβολή αμοιβής δεν προσιδιάζει αποκλειστικά σε υπεργολαβική σχέση.

**30.** Κατόπιν των ανωτέρω, λαμβάνοντας υπόψη α) ότι η δάνεια εμπειρία και η υπεργολαβία προβλέπονται ως διακριτές μορφές προσφυγής στις ικανότητες τρίτων φορέων τόσο στον νόμο όσο και στη διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, β) ότι σύμφωνα με την ερμηνεία των σχετικών διατάξεων ο δανείζων τεχνική και επαγγελματική εμπειρία δεν φέρει αναγκαίως την ιδιότητα του υπεργολάβου, γ) ότι η νομική μορφή της συνεργασίας μεταξύ του συμμετέχοντος στον διαγωνισμό φορέα και του παρέχοντος την τεχνική και επαγγελματική εμπειρία καθορίζεται από τους συνεργαζόμενους φορείς υπό την προϋπόθεση ότι διασφαλίζεται η δέσμευση αυτών να διαθέτουν τους αναγκαίους για την εκτέλεση της σύμβασης πόρους και δ) ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση ούτε από το ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ των συνεργαζόμενων εταιρειών ούτε από άλλο στοιχείο του φακέλου

προκύπτει ότι συμφωνείται η εκτέλεση συγκεκριμένου τμήματος του δημοπρατούμενου έργου από την εταιρεία ... γεγονός που θα προσέδιδε στην εν λόγω συνεργασία τον χαρακτηρισμό της υπεργολαβίας, ορθώς το Τμήμα, ερμήνευσε τις διατάξεις του άρθρου 78 παρ. 1β του ν. 4412/2016 επικαλούμενο και την πρόσφατη απόφαση του ΔΕΕ και στη συνέχεια στη συγκεκριμένη περίπτωση τη βούληση των συμβαλλομένων μερών κρίνοντας αφενός ότι ο δανείζων τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δεν αποτελεί κατ' ανάγκη και υπεργολάβο και αφετέρου ότι η μορφή συνεργασίας μεταξύ της ως άνω εταιρείας και της παρεμβαίνουσας, όπως αποτυπώνεται στο από 23.6.2002 ιδιωτικό συμφωνητικό, δεν συνιστά υπεργολαβία. Επομένως, παρίσταται ορθή η κρίση του Τμήματος και του Κλιμακίου ότι μη νομίμως αποκλείστηκε από τον επίδικο διαγωνισμό η εταιρεία ... και οι περί αντιθέτου προβαλλόμενοι λόγοι της προσφυγής είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι ενώ είναι δεκτοί οι υπέρ της απόφασης του Τμήματος σχετικώς προβαλλόμενοι από την παρεμβαίνουσα λόγοι.

**31.** Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής προβάλλεται ότι εσφαλμένως το Τμήμα απέρριψε ως απαράδεκτο, με την αιτιολογία ότι στρεφόταν κατά θετικής κρίσης του Κλιμακίου, τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι τόσο η οικονομική προσφορά της εταιρείας ... όσο και η απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί αποδοχής των εξηγήσεών της δεν αιτιολογούνταν επαρκώς. Προβάλλεται ειδικότερα ότι η κρίση του Κλιμακίου ως προς το ανωτέρω ζήτημα αποτελεί κρίση προδήλως αρνητική και αν το Κλιμάκιο εξέταζε τα ανωτέρω ζητήματα θα έκρινε ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας και κατά συνέπεια ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης με την προσφεύγουσα.

**32.** Όπως έγινε δεκτό ανωτέρω (σκ. 16) ο προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας των δημοσίων συμβάσεων που ασκείται από το Κλιμάκιο ή τον Επίτροπο, κατά περίπτωση ανάλογα με το ύψος του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης, είναι καθολικός, υπό την έννοια ότι ελέγχεται το σύνολο της νομιμότητας της υποβληθείσας προς έλεγχο διαγωνιστικής διαδικασίας, των επιμέρους σταδίων αυτής και του σχεδίου σύμβασης. Ο έλεγχος αυτός διενεργείται με ειδική και ταχεία διαδικασία, ώστε να μην παρακωλύεται η συμβατική δράση των δημοσίων φορέων με την επί μακρόν διατήρηση αμφισβητήσεων σχετικών με την υπογραφή συμβάσεων και να διασφαλίζεται η εξισορρόπηση μεταξύ της διαφύλαξης του δημοσίου συμφέροντος κατά την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων και της μη παρακώλυσης της συναλλακτικής δράσης των δημοσίων φορέων (ΕλΣυν Ολ. 1101/2023, 1384/2021). Για τον λόγο αυτόν οι θετικές πράξεις στο πλαίσιο διενέργειας του προσυμβατικού ελέγχου, παράγουν οριστικότητα και δεν δύναται να ανατραπούν είτε οίκοθεν είτε κατόπιν υποβολής αιτήσεως εκ μέρους των ενδιαφερομένων (ΕλΣυν Ολ. 1101/2023 1830/2021).

**33.** Για την ταυτότητα του νομικού λόγου και στο ίδιο πνεύμα ασφάλειας δικαίου, σταθερότητας των διαμορφούμενων με τον προσυμβατικό έλεγχο πραγματικών και νομικών καταστάσεων και διασφάλισης της πρακτικής

αποτελεσματικότητας του ελέγχου και της ταχείας διεκπεραίωσής του, οριστικότητα παράγουν και οι περιλαμβανόμενες σε αρνητικές Πράξεις θετικές κρίσεις, ρητές ή σιωπηρές, που καλύπτουν κατά τον ασκούμενο από το Κλιμάκιο ή τον Επίτροπο πρωτογενή προσυμβατικό έλεγχο κάθε νομικό ζήτημα που είχε ανακύψει κατά την εξέταση της νομιμότητας μίας συγκεκριμένης διαδικασίας ανάθεσης και έχει κριθεί κυρίως ή παρεμπιπτόντως, ακόμα και σιωπηρώς, εφόσον η σχετική κρίση ήταν αναγκαία για την ολοκλήρωση του ελέγχου. Η οριστικότητα στην περίπτωση αυτή έχει την έννοια ότι πέραν των πλημμελειών που αναδεικνύονται με την τελειωτική του ελέγχου Πράξη, δεν διαπιστώθηκαν άλλες πλημμέλειες. Επομένως απαραδέκτως προβάλλονται με την προσφυγή ανάκλησης λόγοι που στρέφονται κατά θετικής, υπό την ανωτέρω έννοια, κρίσης του Κλιμακίου. Εξ άλλου, οι συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία υποψήφιοι ή οι ανακηρυχθέντες ανάδοχοι δύνανται αυτοτελώς να προσφύγουν στις αρμόδιες δικαστικές αρχές και να ζητήσουν την ικανοποίηση των εννόμων συμφερόντων τους, που απορρέουν είτε κατά τη διαγωνιστική διαδικασία είτε κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης.

**34.** Στην υπό κρίση υπόθεση, το Κλιμάκιο με την 578/2023 Πράξη του έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης για τον μοναδικό διακωλυτικό λόγο που αφορά στον μη νόμιμο αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας. Κατά τα λοιπά δεν εντόπισε άλλη πλημμέλεια, ενώ σχετικά με την αιτιολογία της οικονομικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας το Κλιμάκιο, αφού εξέτασε το σύνολο των στοιχείων του φακέλου, μεταξύ των οποίων τη τεχνική έκθεση αιτιολόγησης που υπέβαλε η εταιρεία ... και την ... απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. με την οποία απορρίφθηκαν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη επαρκούς αιτιολόγησης από την αναθέτουσα αρχή της αποδοχής των εξηγήσεων της ..., έκρινε ότι νομίμως διεξήχθη η διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης. Ειδικότερα, το Κλιμάκιο ρητώς έκρινε ότι «με πλήρη και επαρκή αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή αποδέχτηκε τις εξηγήσεις που παρείχε η εταιρεία ..., κατά τη διαδικασία του άρθρου 88 του ν. 4412/2016, σχετικά με το ύψος της οικονομικής της προσφοράς, καθόσον στην υποβληθείσα από την εν λόγω εταιρεία «τεχνική έκθεση αιτιολόγησης» εμφανίζεται καθαρό κέρδος ύψους 169.292,57 ευρώ». Η ως άνω κρίση του Κλιμακίου, κατά το μέρος αυτό, δεν μπορεί να θεωρηθεί αρνητική όπως εσφαλμένως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Αντιθέτως, η κρίση αυτή, η οποία στηρίχθηκε στον έλεγχο των υποβληθέντων στοιχείων, αποτελεί θετική κρίση η οποία δεν προσβάλλεται παραδεκτώς και για τον λόγο αυτόν ορθώς απορρίφθηκε με την ίδια αιτιολογία από το Τμήμα. Επομένως, ο λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

**35.** Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή αναθεώρησης πρέπει να απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση της εταιρείας ..., και να διαταχθεί η κατάπτωση υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου του κατατεθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προσφυγή αναθεώρησης.

Δέχεται την παρέμβαση της εταιρείας ... . Και

Διατάσσει την κατάπτωση υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου του κατατεθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη, την 21<sup>η</sup> Φεβρουαρίου 2024, κατ' εφαρμογή του άρθρου 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020.

**Η ΠΡΟΕΔΡΕΥΟΥΣΑ ΑΝΤΙΠΡΟΕΔΡΟΣ    Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ**

**ANNA ΛΙΓΩΜΕΝΟΥ**

**BIRGINIA ΣΚΕΥΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ ΤΣΑΛΑ**

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση, στις 3 Απριλίου 2024 (βλ. πρακτικό δημοσίευσης με όμοια ημερομηνία).

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ ΤΣΑΛΑ**