



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ  
ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ**

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, την 12<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2024, με την ακόλουθη σύνθεση: Μαρία Βλαχάκη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Ιωάννα Ρούλια και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευπραξία Δημολιού και Ελευθερία Πρασιανάκη (εισηγήτρια), Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Παραστάθηκε ο Επίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο Αντώνιος Νικητάκης, κωλυομένου του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας.

Γραμματέας: Γεωργία Τζένου, Προϊσταμένη της Γραμματείας του Τμήματος.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 17.10.2024 (Α.Β.Δ. .../17.10.2024) προσφυγή ανάκλησης της ανώνυμης εταιρείας ειδικού σκοπού με την επωνυμία «...Μονοπρόσωπη ΑΕ – Αναπτυξιακός Οργανισμός Τοπικής Αυτοδιοίκησης» και τον διακριτικό τίτλο «...ΑΕ», η οποία εδρεύει στον ... (...), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά του πληρεξούσιου δικηγόρου της Αναστάσιου – Ευγένιου Χριστοφιλόπουλου (Α.Μ. Δ.Σ.Α. 24563).

Με την υπό κρίση προσφυγή ζητείται η ανάκληση της 422/2024 Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Υπέρ της ανωτέρω προσφεύγουσας και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης παρεμβαίνει, με την από 23.10.2024 έγγραφη παρέμβαση, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...Τεχνική – Οικοδομική – Εμπορική – Ναυτιλιακή και Τουριστική Ανώνυμη Εταιρεία» και τον διακριτικό τίτλο «...S.A.», η οποία εδρεύει στην ... (...), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά του πληρεξούσιου δικηγόρου της Ιωάννη Παραρά (Α.Μ. Δ.Σ.Α. 21501).

Το Ελληνικό Δημόσιο παραστάθηκε διά δηλώσεως του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 (Α΄ 127) της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Βασιλικής Παπαλόη.

Κατά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της προσφεύγουσας, ο οποίος ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής ανάκλησης.

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της παρεμβαίνουσας, ο οποίος ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής ανάκλησης και της παρέμβασης. Και

Τον Επίτροπο της Επικρατείας, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη κατ' άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

**Αφού άκουσε την εισήγηση της Παρέδρου Ελευθερίας Πρασιανάκη  
Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου**

**Σκέφθηκε σύμφωνα με τον νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:**

**1.** Για την άσκηση της ένδικης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (βλ. το με κωδικό πληρωμής ... ηλεκτρονικό παράβολο).

**2.** Με την υπό κρίση προσφυγή, όπως αυτή αναπτύσσεται με το από 15.11.2024 νομίμως υποβληθέν υπόμνημα, ζητείται η ανάκληση της 422/2024 πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης μεταξύ της ανώνυμης εταιρείας ειδικού σκοπού με την επωνυμία «...ΑΕ - Αναπτυξιακός Οργανισμός Τοπικής Αυτοδιοίκησης» και τον διακριτικό τίτλο «...ΑΕ» (εφεξής «...ΑΕ») και της ήδη παρεμβαίνουσας αναδόχου εταιρείας με την επωνυμία «...Τεχνική – Οικοδομική – Εμπορική – Ναυτιλιακή και Τουριστική Ανώνυμη Εταιρεία» και τον διακριτικό τίτλο «P. & C. Development S.A.» (εφεξής «...S.A.»), που αφορά στην υλοποίηση του έργου με τίτλο «Βιοκλιματική Ανάπλαση του Παραλιακού Μετώπου της Ακτής Θεμιστοκλέους Δήμου Πειραιά», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 18.991.935,48 ευρώ, προ ΦΠΑ.

**3.** Η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και εν γένει νομοτύπως και, ως εκ τούτου, είναι τυπικά δεκτή και πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω ως προς τη βασιμότητα των προβαλλόμενων με αυτή λόγων.

**4.** Στην υπό κρίση υπόθεση παρεμβαίνει υπέρ της ασκηθείσας προσφυγής και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης, με το από 23.10.2024 δικόγραφό της, η εταιρεία «...S.A.» με προφανές έννομο συμφέρον, ως αναδειχθείσα ανάδοχος κατά τη σχετικώς διεξαχθείσα διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης, και συνεπώς παραδεκτώς, κατ' άρθρο 328 παρ. 3 του ν. 4700/2020.

**5.** Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα: Με την από 23.1.2024 προγραμματική σύμβαση (βλ. σχετικά Ε΄ Κλ. 471/2023) μεταβιβάστηκε από τον Δήμο Πειραιά (κύριο του έργου) στον ήδη προσφεύγοντα αναπτυξιακό οργανισμό ΟΤΑ – ανώνυμη εταιρεία ειδικού σκοπού «...ΑΕ» (φορέας υλοποίησης) η αρμοδιότητα σύνταξης των τευχών δημοπράτησης, διενέργειας της διαδικασίας ανάθεσης, επίβλεψης της εκτέλεσης και παράδοσης κατά την ολοκλήρωση στον Δήμο Πειραιά του έργου με τίτλο «Βιοκλιματική Ανάπλαση του Παραλιακού Μετώπου της Ακτής Θεμιστοκλέους Δήμου Πειραιά», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 18.991.935,48 ευρώ, προ ΦΠΑ. Το έργο, το οποίο χρηματοδοτείται από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας, έχει ως αντικείμενο τη

βιοκλιματική ανάπλαση της Ακτής Θεμιστοκλέους, που εκτείνεται από την οδό Αλεξάνδρου Ζαΐμη έως 20 μέτρα μετά την οδό Στρατηγού Μακρυγιάννη, μήκους 2.510 μέτρων. Ο βασικός στόχος του έργου συνίσταται, σύμφωνα με την οικεία τεχνική περιγραφή, στη συνολική ανάπλαση του διαμορφωμένου τμήματος του αστικού ιστού (πεζοδρόμιο - δρόμος - πεζοδρόμιο) μέχρι τις ρυμοτομικές γραμμές των οικοδομικών τετραγώνων. Στην εργολαβία περιλαμβάνεται η μελέτη - κατασκευή ενιαίου δικτύου πεζοδρομίων και ποδηλατόδρομου, που θα επιτρέψει την ανεμπόδιστη διέλευση πεζών και ποδηλάτων, και νέων κοινόχρηστων χώρων πρασίνου (βλ. αναλυτικά οικεία Τεχνική Περιγραφή).

**6.** Με το από 26.1.2024 Πρακτικό Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της προσφεύγουσας εταιρείας εγκρίθηκε, κατόπιν και του από 30.11.2023 Πρακτικού του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Περιφέρειας Αττικής (... Συνεδρία, 28ο Θέμα), η διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού βάσει του άρθρου 27 του ν. 4412/2016, με αξιολόγηση μελέτης βάσει του άρθρου 50 του ίδιου νόμου, για την ανάθεση της μελέτης – κατασκευής του ως άνω έργου. Σύμφωνα με τη διακήρυξη, που δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (2024...) και στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (Α.Δ.Α.Μ. ...), κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, η οικονομική δε προσφορά των διαγωνιζομένων δίδεται αποκλειστικά κατ' αποκοπή για ολόκληρο το έργο (άρθρο 13.2 της διακήρυξης και άρθρο 95 παρ. 2 γ' του ν. 4412/2016).

**7.** Στον διαγωνισμό υποβλήθηκε μόνο μία προσφορά από την ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία «...S.A.», στην οποία και κατακυρώθηκε το έργο, μετά την αξιολόγηση και βαθμολόγηση της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς της και τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με το από 27.5.2024 Πρακτικό συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του προσφεύγοντος αναπτυξιακού οργανισμού, έναντι συμβατικού τμήματος 18.413.816,80 ευρώ, πλέον ΦΠΑ (έκπτωση 3,10%). Κατά δε του κύρους της οικείας διακήρυξης και της διεξαχθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

**8.** Στο άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης του ελεγχόμενου διαγωνισμού, υπό τον τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία)», προβλέπονται τα ακόλουθα: «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. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα

επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 ή με τη 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. Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. 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). (...) Η εκτέλεση του συνόλου του έργου γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή».

**9.** Με την προσβαλλόμενη Πράξη κρίθηκε ότι το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο η εκτέλεση όλων των εργασιών πρέπει να γίνει υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, σε περίπτωση ένωσης, από έναν από τους συμμετέχοντες σε αυτή, τέθηκε κατά παράβαση της διάταξης της παραγράφου 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016. Και τούτο, υπό την αιτιολογία ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται μεν να απαιτεί την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα, σε καμία, όμως, περίπτωση δεν μπορεί να επιβάλει το σύνολο του έργου να εκτελεστεί από αυτόν. Εξάλλου, δεν αιτιολογείται επαρκώς από την αναθέτουσα αρχή, ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι το αντικείμενο της σύμβασης παρουσιάζει ιδιαιτερότητες ικανές να καταστήσουν ανεπίτρεπτη τη στήριξη στις τεχνικές ικανότητες τρίτων φορέων, υπό την προπεριγραφόμενη έννοια των εξαιρετικών περιστάσεων της παραγράφου 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, το Κλιμάκιο έκρινε ότι η εν λόγω πλημμέλεια παρίσταται ουσιώδης και ότι, ως εκ τούτου, κωλύεται η σύναψη της ελεγχόμενης σύμβασης, διότι η ως άνω πρόβλεψη κατέστησε αδύνατη τη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία δυνητικών υποψηφίων, που δεν πληρούν αυτοτελώς τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης, με αποτέλεσμα να περιοριστεί υπέρμετρα και αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και, ειδικότερα, η πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στον ελεγχόμενο διαγωνισμό. Τούτο, άλλωστε, καταδεικνύει και το γεγονός ότι στο πλαίσιο του διεξαχθέντος διαγωνισμού υποβλήθηκε μόνο μία προσφορά.

**10.** Με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, το σχετικώς υποβληθέν υπόμνημα και την παρέμβαση της αναδόχου εταιρείας προβάλλεται ότι κατά πλημμελή αξιολόγηση των όρων της διακήρυξης

κρίθηκε με την προσβαλλόμενη Πράξη του Κλιμακίου ότι η προπαρατεθείσα ρύθμιση του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 22.ΣΤ της διακήρυξης αποκλείει το δικαίωμα των οικονομικών φορέων να επικαλεστούν τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων για την πλήρωση των κριτηρίων καταλληλότητας. Τούτο δε με τα ακόλουθα επιχειρήματα: α) Στα πρώτα εδάφια της παραγράφου 22.Στ' της διακήρυξης προβλέπεται ρητά η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων. Συναφώς, στο άρθρο 23.10 της διακήρυξης καθορίζονται τα απαιτούμενα δικαιολογητικά για την απόδειξη της στήριξης του προσφέροντος στις ικανότητες άλλων φορέων της παραγράφου 22.ΣΤ και προβλέπεται, ειδικότερα, η προσκόμιση σχετικού ιδιωτικού συμφωνητικού ή άλλου εγγράφου, από το οποίο να συνάγεται η μεταξύ τους συνεργασία και η ρητή δέσμευση του τρίτου περί διάθεσης στον διαγωνιζόμενο συγκεκριμένων πόρων για την εκτέλεση της σύμβασης. Από τη συστηματική, επομένως, ερμηνεία των προβλέψεων της διακήρυξης σαφώς συνάγεται ότι η ρύθμιση περί εκτέλεσης του συνόλου του έργου από τον προσφέροντα έχει την έννοια ότι η σύμβαση θα πρέπει να εκτελεστεί με πόρους και μέσα που ο ίδιος αποδεδειγμένα διαθέτει, είτε οι πόροι αυτοί του ανήκουν, είτε προέρχονται από τρίτο πάροχο στήριξης. β) Η προσβαλλόμενη Πράξη πεπλανημένα συνδέει τον θεσμό της δάνειας εμπειρίας με την εκτέλεση εργασιών από τον δανείζοντα υπολαμβάνοντας ότι η επίμαχη απαίτηση της διακήρυξης περί εκτέλεσης του συνόλου των εργασιών υποχρεωτικά από τον προσφέροντα αποκλείει τη στήριξη σε τρίτους. Η κρίση αυτή έρχεται σε πλήρη αντίθεση προς τα νομολογηθέντα, σε συμφωνία με την από 26.1.2023 απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης επί της υπόθεσης C-403/2021 «SC NV Construct SRL», με την 375/2024 απόφαση της Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου και τη 1412/2024 απόφαση του Δ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας. γ) Η αληθής έννοια της επίμαχης πρόβλεψης της διακήρυξης είναι ότι, ενόψει των ιδιαίτερων συνθηκών εκτέλεσης του έργου και των πρακτικών δυσχερειών στην υλοποίησή του, θα πρέπει να υπάρχει ενιαίος συντονισμός των εργασιών και συγκέντρωση στο πρόσωπο του αναδόχου όλων των αναγκαίων πόρων και μέσων για την κατασκευή του.

**11.** Με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής προβάλλεται επικουρικός ότι, εάν ήθελε θεωρηθεί ότι η επίμαχη πρόβλεψη εισάγει πράγματι περιορισμό, τούτος αφορά αποκλειστικά στην εκτέλεση εργασιών από τον ίδιο τον προσφέροντα, ήτοι στην απαγόρευση της υπεργολαβικής ανάθεσής τους σε τρίτους φορείς, και δεν αποκλείει τη στήριξη του προσφέροντος σε δάνεια εμπειρία. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή με τον επίμαχο όρο απέβλεψε, όπως προαναφέρθηκε, στη συγκέντρωση στο πρόσωπο του αναδόχου όλων των αναγκαίων για την εκτέλεση της σύμβασης μέσων, προκειμένου να επιτευχθεί ο καλύτερος συντονισμός των εργασιών που απαιτούνται για την υλοποίηση του έργου. Τούτο δε, διότι το έργο πρόκειται να εκτελεστεί εντός

του πυκνού αστικού ιστού της πόλης του Πειραιά και υφίστανται αυξημένες απαιτήσεις ασφάλειας και μη όχλησης των διερχόμενων από την περιοχή, των μόνιμων κατοίκων και των υφιστάμενων επιχειρήσεων. Επίσης, πρόκειται για ένα έργο μείζονος πολιτιστικού και κοινωνικού ενδιαφέροντος, καθώς εντάσσεται στο ευρύτερο έργο της κατασκευής του «Αστικού Περιπάτου» και εκτελείται σε μια περιοχή αυξημένου αρχαιολογικού ενδιαφέροντος, δοθέντος ότι στην περιοχή αυτή βρίσκονται τα Μακρά Τείχη (Τείχη του Κόνωνα). Για τους λόγους αυτούς, υπάρχει αυξημένη ανάγκη ενιαίου συντονισμού του συνόλου των εργασιών και αυστηρού συντονισμού και οργάνωσης των εργοταξίων. Επομένως, πρόκειται για νόμιμο περιορισμό, που δεν αντίκειται στην αρχή της αναλογικότητας, ενόψει των συνθηκών εκτέλεσης του έργου, των πρακτικών δυσχερειών που πρέπει να αντιμετωπιστούν και των στενών χρονικών περιθωρίων της χρηματοδότησης.

**12.** Με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής προβάλλεται, επίσης επικουρικώς, ότι σε περίπτωση που κριθεί από το Δικαστήριο ότι η επίμαχη πρόβλεψη του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης είναι μη νόμιμη, πρόκειται, πάντως, περί μη ουσιώδους πλημμέλειας, η οποία δεν άσκησε εν τοις πράγμασι επιρροή στην ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία και δεν επηρέασε την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού. Τούτο δε λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού προέβλεπε πανηγυρικά τόσο τη δυνατότητα στήριξης σε τρίτους όσο και τη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης εργασιών και, ως εκ τούτου, δεν ήταν επιτρεπτός ο αποκλεισμός, ούτε αποκλείστηκε διαγωνιζόμενος κατ' επίκληση του επίμαχου όρου της διακήρυξης περί εκτέλεσης του συνόλου των εργασιών από τον προσφέροντα. Περαιτέρω, η τυχόν ασάφεια των εγγράφων της σύμβασης δεν απέτρεψε τυχόν ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς από το να συμμετέχουν στο διαγωνισμό, αφού δεν υποβλήθηκαν αιτήματα για την παροχή διευκρινήσεων αναφορικά με το ζήτημα της δυνατότητας ή μη στήριξης σε δάνεια ικανότητα ή υπεργολαβικής ανάθεσης εργασιών, ούτε προσβλήθηκε ο σχετικός όρος της διακήρυξης με άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Η δε μειωμένη συμμετοχή στον διαγωνισμό οφείλεται σε άλλους παράγοντες, όπως οι δυσχερείς οικονομικές συνθήκες και οι αυξημένες δυσκολίες στην εκτέλεση του έργου. Τέλος, προβάλλεται ότι η αναθέτουσα αρχή ενήργησε με πλήρη πεποίθηση περί της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης και του σχετικού όρου της διακήρυξης και χωρίς πρόθεση καταστρατήγησης των οικείων διατάξεων. Επομένως, πρέπει να αναγνωρισθεί η συγγνωστή πλάνη της.

**13.** Ο ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147) ορίζει στο άρθρο 18 ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με

διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού (...), στο άρθρο 71 ότι: «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89, εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης (...) και στα έγγραφα της σύμβασης, (...), β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος (...) πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77, (...)», στο άρθρο 75 ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. (...) 3. (...) 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. (...)» και στο άρθρο 78 ότι: «1. Όσον αφορά τα 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 που ορίζονται στην περ. στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' 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 αυτό (...) Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. (...).

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο».

**14.** Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγονται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

**(i)** Σύμφωνα προς την αρχή της διαφάνειας, η οποία διέπει τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, και προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη διακήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο και αφετέρου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την οικεία σύμβαση (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 29.4.2004 «CAS Succhi di Frutta SpA», C- 496/99, ΕλΣυν Τμ. Μείζονος - Επταμελούς Συνθέσεως 6268/2015, ΣτΕ 3744/2014, 1583/2012).

**(ii)** Οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια να θέτουν στη διακήρυξη τις ελάχιστες απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που πρέπει να πληρούν οι οικονομικοί φορείς, υπό την προϋπόθεση ότι οι απαιτήσεις αυτές συνάδουν με τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής των διακρίσεων, σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην αποτρέπεται η συμμετοχή οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), με στόχο το ευρύτερο δυνατό άνοιγμα στον ανταγωνισμό, συνδέονται με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, χωρίς να επάγονται αδικαιολόγητους ή υπέρμετρους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού, και τελούν σε σχέση αναλογίας με το μέγεθος και τη φύση της σύμβασης (βλ. αιτιολογική σκέψη 83 στο Προόμιο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΕλΣυν Ολ. 505/2021, Τμ. Μειζ. - Επτ. Σύνθ. 1563/2019, 1265/2019, VI Τμ. 2402/2010, πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 18.10.2012 «Edukozivig – Hochtief Construcion AG», C-218/11, σκ. 28 και 32).

**(iii)** Κατά τη θέση των οικείων όρων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να λαμβάνει υπόψη της το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται τις οικονομικές και χρηματοοικονομικές ικανότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες άλλων φορέων, προκειμένου να αποδείξει ότι διαθέτει το επίπεδο ικανότητας που απαιτείται από τη διακήρυξη



(αποφάσεις ΔΕΕ της 2.6.2016 «Pippo Pizzo», C-27/15, σκ. 25, και της 10.10.2013 «Swm Costruzioni 2 SpA, Mannochi Luigino DI», C-94/12, σκ. 29). Τούτο αποσκοπεί στην παροχή δυνατότητας συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς και, συνακόλουθα, στη διασφάλιση ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων, αλλά και των αναθετουσών αρχών. Επιπλέον, η εν λόγω ρύθμιση δύναται να διευκολύνει και την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο επιδιώκει η Οδηγία 2014/24/ΕΕ, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 2 αυτής (πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 14.9.2017 «Casertana Costruzioni Srl», C-223/16, σκ. 31, και της 10.10.2013, «Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino», C-94/12, σκ. 34). (iv) Στην περίπτωση, όμως, που ο προσφέρων οικονομικός φορέας επικαλείται τη στήριξη στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα τρίτων οφείλει να παρέχει τις αναγκαίες εγγυήσεις ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκτέλεση της σύμβασης από τους τρίτους φορείς και να αποδείξει ότι βρίσκονται πράγματι στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οικονομικών φορέων που δεν του ανήκουν και είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης, τούτο δε ανεξαρτήτως της φύσης των δεσμών που τους συνδέουν (πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 2.12.1999 «HolstItalia», C-176/98, σκ. 26, της 10.10.2013 «Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino DI», C-94/12, σκ. 33, και της 2.6.2016 «Pippo Pizzo», C-27/15, σκ. 25). (v) Όπως δε κρίθηκε συναφώς με την 375/2024 απόφαση της Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου (σκ. 21-25), σε συμφωνία με την απόφαση του Δικαστηρίου της Ένωσης της 26.1.2023 «SC NV Construct SRL», C-403/2021, σκ. 72-75 [βλ. και πρόσφατη μεταστροφή της μέχρι σήμερα ισχύουσας νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ ΕΑ 170/2020, ΣτΕ 1612/2022 σκ. 7 κ.ά.) με την απόφαση του Δ' Τμήματος 1412/2024, σκ. 10], 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, με επαγγελματικά προσόντα ή με 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 οι ίδιοι τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, γιατί με τον τρόπο αυτό οι δανείζοντες 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 πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της

7.4.2016 «Partner Apelski Dariusz», C-324/14, σκ. 49). Η νομική φύση των δεσμών μεταξύ των οικονομικών φορέων δεν εξειδικεύεται στις σχετικές διατάξεις, αντιθέτως αφήνεται στη διακριτική ευχέρεια αυτών. Αρκεί, συνεπώς, 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 αυτούς τους πόρους, όπως είναι η σχετική εμπειρία. Η υπερβολαβία, 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 υπερβολάβο (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 του τρίτου φορέα. Αντιθέτως, στη δάνεια εμπειρία, ο φορέας που υποβάλλει την προσφορά είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση κάνοντας χρήση των πόρων (μέσων ή επαγγελματικής εμπειρίας) που δεν διαθέτει ο ίδιος, αλλά τους δανείζεται από τρίτους, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, υπό τον όρο της δυνατότητας να αποδείξει ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους και τα μέσα. Ερμηνευτική εκδοχή, σύμφωνα με την οποία επιβάλλεται στον οικονομικό φορέα που δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να συνδέεται με υπερβολαβική 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 30.9.2022 «ĒDIENS & KM.LV PS», C-592/21, σκ. 23, 26-28). (vi) Ωστόσο, δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες, που απαιτούν ικανότητα μη δυνάμενη να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστονος ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων. Για τον λόγο αυτό, σε μια τέτοια περίπτωση η αναθέτουσα αρχή μπορεί ευλόγως να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από έναν μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, στον βαθμό που η απαίτηση αυτή συνδέεται με το αντικείμενο της οικείας σύμβασης και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 2.6.2016 «Pippo Pizzo», C-27/15, σκ. 28, της 7.4.2016 «Partner Apelski Dariusz», C-324/14, σκ. 40, και της 10.10.2013 «Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino», C-94/12, σκ. 35, Έβδ. Τμ.

451/2023, σκ. 8). (vii) Στο πλαίσιο αυτό, στο άρθρο 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016 (βλ. και άρθρο 63 παρ. 2 οδηγίας 2014/24/ΕΕ) προβλέπεται ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί ευλόγως να απαιτήσει «την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, στην περίπτωση που η προσφορά υποβάλλεται από ένωση φορέων, από έναν μόνον οικονομικό φορέα», στον βαθμό που η απαίτηση αυτή συνδέεται με το αντικείμενο της οικείας σύμβασης και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 2.6.2016 «Pippo Pizzo», C-27/15, σκ. 24, 26, 27 και 28, της 10.10.2013, C-94/12, σκ. 30, 33, 34, 35 και 36, Έβδ. Τμ. 741/2022, σκ. 8, VI Τμ. 979/2019, σκ. IV). Περαιτέρω, από τον χρησιμοποιούμενο στην ως άνω διάταξη όρο «ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων» προκύπτει σαφώς ότι η βούληση του νομοθέτη της Ένωσης, όπως μεταφέρθηκε στην εθνική έννομη τάξη με την παρ. 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, είναι, σύμφωνα με τους σκοπούς που εξαγγέλλονται στις αιτιολογικές σκέψεις 1 και 2 της Οδηγίας 2014/24, να περιορίσει, εφαρμόζοντας ποιοτική και όχι απλώς ποσοτική προσέγγιση, τις υποχρεώσεις που μπορούν να απαιτηθούν αποκλειστικά από τον προσφέροντα ή σε έναν φορέα που μετέχει σε ένωση οικονομικών φορέων, προκειμένου να μην αποθαρρύνει τη συμμετοχή μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις διαδικασίες διαγωνισμού για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Τούτο έχει ως συνέπεια απαίτηση κανονιστικής ρύθμισης της διαγωνιστικής διαδικασίας για εκτέλεση των παροχών της σύμβασης κατά το μεγαλύτερο μέρος τους – πολλώ δε μάλλον στο σύνολό τους - από τον προσφέροντα να αντιβαίνει στην προσέγγιση αυτή, να υπερβαίνει το περιεχόμενο των ως άνω στοχευμένων όρων και να αντιστρατεύεται τον σκοπό της ενωσιακής νομοθεσίας στον τομέα αυτό, ο οποίος συνίσταται στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό και στη διευκόλυνση της πρόσβασης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 28.4.2022, C-642/20 «Caruter Srl», σκ. 42 και 44, Έβδ. Τμ. 1194/2023 σκ. 8).

**15.** Με τα δεδομένα αυτά και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 14 της παρούσας, το Δικαστήριο κρίνει ότι η πρόβλεψη του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 22.ΣΤ της ως άνω διακήρυξης, που προβλέπει ότι «η εκτέλεση του συνόλου του έργου γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή» είναι μη νόμιμη, διότι τέθηκε κατά παράβαση της παραγράφου 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, που επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές να απαιτήσουν την αυτοδύναμη, χωρίς δηλαδή την στήριξη στην τεχνική ικανότητα τρίτων, εκτέλεση ορισμένων μόνο κρίσιμων καθηκόντων και, πάντως, όχι του συνόλου του έργου από τον προσφέροντα ή έναν από τους συμμετέχοντες σε προσφέρουσα ένωση.

**16.** Ειδικότερα, οι ρυθμίσεις του εδαφίου β΄ της παραγράφου 1 και στην παράγραφο 2 του άρθρου 78, οι οποίες ρυθμίζουν την περίπτωση στήριξης στην τεχνική [και όχι στην οικονομική ικανότητα τρίτων (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 28.4.2022, C-642/20 «Caruter Srl», σκ. 40)] αποτελούν ακριβή μεταφορά στο εθνικό δίκαιο των αντίστοιχων προβλέψεων του εδαφίου β΄ της παραγράφου 1 και της παραγράφου 2 του άρθρου 63 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Οι ρυθμίσεις αυτές εισάγουν νέες προϋποθέσεις, οι οποίες δεν περιλαμβάνονταν στο προγενέστερο νομικό καθεστώς, ήτοι στις προϊσχύουσες διατάξεις του άρθρου 48 παρ. 3 και 4 της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 7.4.2016 «Partner Apelski Dariusz», C-324/14, σκ. 91), αλλά προστέθηκαν κατόπιν σχετικών περιπτώσεων που απασχόλησαν τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ένωσης. Κι ενώ η ρύθμιση του εδαφίου β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 78 αποβλέπει στη διασφάλιση, όπως προαναφέρθηκε, της πραγματικής και ενεργού συμμετοχής του τρίτου δανείζοντος τεχνική ικανότητα φορέα στην υλοποίηση της σύμβασης με τους πόρους και τα μέσα που του ανήκουν και τα οποία αποτελούν αντικείμενο δανεισμού, χωρίς τούτο να συνεπάγεται κατ' ανάγκην την υπεργολαβική ανάθεση τμήματος της σύμβασης σε αυτόν (βλ. ανωτέρω σκ. 14(iv) και 14(v) της παρούσας, απόφαση ΔΕΕ της 7.4.2016 «Partner Apelski Dariusz», C-324/14, σκ. 49, ΕλΣυν Ολ. 375/2024, σκ. 21, 23), η ρύθμιση της παραγράφου 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 (βλ. και παρ. 2 του άρθρου 63 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ρυθμίζει διαφορετική και όχι «αντίστροφη» περίπτωση, όπως λανθασμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Ειδικότερα, με την τελευταία αυτή διάταξη της παρ. 2, ο ενωσιακός νομοθέτης θέλησε όπως προαναφέρθηκε (βλ. ανωτέρω σκ. 14(vii) της παρούσας) να ρυθμίσει και να περιστείλει την πρακτική των αναθετουσών αρχών να θέτουν απαιτήσεις αυτοδύναμης (με ίδιους πόρους και μέσα) εκτέλεσης των εργασιών της σύμβασης, ήτοι τη θέσπιση περιορισμών από τις αναθέτουσες αρχές στο δικαίωμα των προσφερόντων να στηρίζονται στην τεχνική ικανότητα τρίτων, επιτρέποντας τούτο μόνον κατ' εξαίρεση, κατά την εκτέλεση δηλαδή ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων, και σε καμία περίπτωση για το σύνολο των εργασιών (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 14.7.2016 «Wrocław - Miasto na prawach powiatu», C-406/14, σκ. 37, και της 28.4.2022 «Caruter Srl», C-642/20, σκ. 42 και 44). Τούτο δε, προκειμένου να προστατευθεί έτι περαιτέρω το θεμελιώδες -για τον ανταγωνισμό και τη διασφάλιση της ευρύτερης δυνατής συμμετοχής των επιχειρήσεων στους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, συμπεριλαμβανομένων των μικρομεσαίων- δικαίωμα των προσφερόντων να στηρίζονται στην τεχνική ικανότητα τρίτων φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. και Α. Ταμαμίδης, «Η δάνεια εμπειρία – Νομολογιακή Αντιμετώπιση», ΘΠΔΔ 7/2013, σελ. 593 επ.). Επομένως, τα δύο ανωτέρω εδάφια των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 78 δεν ρυθμίζουν αντίστροφες, αλλά διαφορετικές

μεταξύ τους περιπτώσεις με την πρώτη να επιβάλει την ουσιαστική σύμπραξη του δανειζοντος τεχνική ικανότητα τρίτου στην εκτέλεση της σύμβαση προς διασφάλιση της άρτιας υλοποίησης των εργασιών της [βλ. και Κατευθυντήρια Οδηγία 14, αρ. πρωτ. 2076/25.4.2016, της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), Α. Γέροντας «Η δάνεια εμπειρία, υπεργολαβία και η συμπλήρωση ή διευκρίνιση των προσφορών – Ανατροπές και αδιέξοδα», ΘΠΔΔ 1/2023, σελ. 1, Θ. Ροζής «Ο πάροχος δάνειας εμπειρίας ως υπεργολάβος στις δημόσιες συμβάσεις, Παρατηρήσεις στη ΣτΕ 1553/2022», ΘΠΔΔ, 10/2022, σελ. 1141επ., Ε. Καλλιτσιώτη «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων», Δημόσιες Συμβάσεις, Ν. 4412/2016, Νομική Βιβλιοθήκη 2019, σελ. 323επ.], και την δεύτερη να περιορίζει τη δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να αποκλείουν τη στήριξη των προσφερόντων στην τεχνική ικανότητα τρίτων, παρά μόνο για ορισμένα κρίσιμα καθήκοντα (βλ. Έβδ. Τμ. 1194/2023 σκ. 10, VI Τμ. 979/2019 σκ. IV, Ε' Κλ. 53/2024, σκ. 4, 466/2023, σκ. 4, 310/2023 σκ. 4, Στ' Κλ.302/2022 σκ. 9 και 518/2021, σκ. 12, και Ζ' Κλ. 369/2023, σκ. 8). Επομένως, αντίθετα προς ότι υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η απόφαση 375/2024 της Ολομέλειας του Ελεγκτικού Συνεδρίου και η συναφής απόφαση 1412/2024 του Συμβουλίου της Επικρατείας ερμήνευσαν, σύμφωνα και με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ένωσης (απόφαση της 26.1.2023 «SC NV Construct SRL», C-403/2021, σκ. 72-75), την έννοια του εδαφίου β' της παραγράφου 1 του άρθρου 78 επιλύοντας το ειδικότερο ζήτημα της νομικής φύσης των δεσμών προσφέροντος – τρίτου δανειζοντος τεχνική ικανότητα, που ουδόλως σχετίζεται με το περιεχόμενο και τους σκοπούς που εξυπηρετεί η ρύθμιση της παραγράφου 2 του άρθρου 78.

**17.** Πρέπει, επίσης, να επισημανθεί ότι στο αντίστοιχο πρότυπο τεύχος της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. για συμβάσεις έργου άνω των ορίων, στην παράγραφο 22.ΣΤ «περί στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων», επαναλαμβάνονται στα πρώτα εδάφια όλες οι ρυθμίσεις της παραγράφου 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 (ήτοι το καταρχήν δικαίωμα του προσφέροντος οικονομικού φορέα να στηρίζεται στην οικονομική και τεχνική ικανότητα άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς, η υποχρέωση των τρίτων δανειζόντων τεχνική ικανότητα να εκτελέσουν τις εργασίες που σχετίζονται με τις ικανότητες που δανείζουν, η από κοινού ευθύνη για την εκτέλεση της σύμβασης προσφέροντος οικονομικού φορέα και τρίτου δανειζοντος οικονομική/χρηματοοικονομική επάρκεια, η δυνατότητα στήριξης της ένωσης στις ικανότητες των συμμετεχόντων σε αυτή ή τρίτων, ο έλεγχος από την αναθέτουσα αρχή της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο των τρίτων που δανείζουν ικανότητα και η υποχρέωση του οικονομικού φορέα να αντικαταστήσει τρίτο δανειζοντα που δεν πληροί κριτήριο επιλογής ή στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει

λόγος αποκλεισμού). Στο τελευταίο δε εδάφιο του άρθρου αυτού (του πρότυπου τεύχους της Ε.Α.Δ.Η.Σ.Υ.) προβλέπεται, σε πλήρη αντιστοιχία προς τα οριζόμενα στην παράγραφο 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, ότι «(η) εκτέλεση των ... γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή», προκειμένου να συμπληρωθεί αναλόγως από τις αναθέτουσες αρχές, εφόσον το κρίνουν αναγκαίο, με την αναφορά συγκεκριμένων καθηκόντων που απαιτούν να εκτελεστούν από τον προσφέροντα απευθείας, ήτοι χωρίς στήριξη στην τεχνική ικανότητα τρίτων, υπό τους περιορισμούς και τις προϋποθέσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 78. Μάλιστα, στη διευκρινιστική δήλωση που συνοδεύει το συγκεκριμένο εδάφιο αναφέρονται τα εξής: «Προαιρετική επιλογή συμπλήρωσης του εδαφίου. Σύμφωνα με το άρθρο 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016 στην περίπτωση συμβάσεων έργων οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα».

**18.** Στην υπό κρίση περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή ορίζοντας ότι «η εκτέλεση του συνόλου των εργασιών γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα», συμπλήρωσε το συγκεκριμένο πεδίο κατά τρόπο προδήλως εσφαλμένο και καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, αφού από τη διάταξη του άρθρου 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και της αντίστοιχης ενωσιακής ρύθμισης του άρθρου 63 παρ.2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν επιτρέπεται σε καμία περίπτωση και υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις η εκτέλεση του συνόλου του έργου να απαιτηθεί να γίνει από τον προσφέροντα ή από έναν από τους συμμετέχοντες σε ένωση οικονομικών φορέων. Μετά και τις ανωτέρω παραδοχές, είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι οι ισχυρισμοί περί ιδιαίτερων συνθηκών και πρακτικών δυσχερειών κατά την υλοποίηση του έργου, που επιβάλλουν τον ενιαίο συντονισμό από τον ανάδοχο του συνόλου των εργασιών. Ούτε όσα έγιναν ανωτέρω δεκτά αναιρούνται από τη συμπερίληψη στην ίδια παράγραφο του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης της δυνατότητας στήριξης του οικονομικού φορέα στην τεχνική ικανότητα άλλων φορέων, καθώς πρόκειται περί προφανώς αντίθετων μεταξύ τους ρυθμίσεων, που λογικά αλληλοαναιρούνται, κατόπιν της συμπλήρωσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά τρόπο μη επιτρεπόμενο του τελευταίου εδαφίου του οικείου πρότυπου τεύχους που προπαρατέθηκε. Με τα δεδομένα αυτά, ο πρώτος λόγος της υπό κρίσης προσφυγής ανάκλησης και της υπέρ αυτής ασκηθείσας παρέμβασης θα πρέπει να απορριφθεί.

**19.** Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ανάκλησης και της ασκηθείσας παρέμβασης προβάλλεται επικουρικά ότι, σε περίπτωση που κριθεί ότι στην εν λόγω ρύθμιση της διακήρυξης εμπεριέχεται περιορισμός, αυτός αφορά αποκλειστικά στην υπεργολαβική ανάθεση εργασιών, την οποία θέλει να αποκλείσει η αναθέτουσα αρχή λόγω των αυξημένων

απαιτήσεων ενιαίου συντονισμού του έργου, και όχι στη στήριξη στη δάνεια ικανότητα άλλων φορέων. Πρόθεση, δηλαδή, της αναθέτουσας με την εν λόγω ρύθμιση ήταν να αποτρέψει την υπεργολαβική ανάθεση εργασιών και τον κατακερματισμό του έργου σε περισσότερους υπεργολάβους και όχι να αποκλείσει τη χρήση μέσων και πόρων προερχόμενων από άλλους φορείς, υπό τον όρο αυτοί να ελέγχονται πλήρως από τον προσφέροντα. Ωστόσο, και υπό την εκδοχή αυτή η εν λόγω πρόβλεψη της διακήρυξης παρίσταται πλημμελής. Καταρχάς, ένας τέτοιος ισχυρισμός αναιρείται από το γεγονός ότι στο άρθρο 25 της οικείας διακήρυξης προβλέπεται και ρυθμίζεται αναλυτικά η χρήση υπεργολάβων από τον ανάδοχο ενώ, περαιτέρω, η επίμαχη ρύθμιση συμπεριλήφθηκε στην παράγραφο 22.ΣΤ της διακήρυξης, που αφορά στη στήριξη στη δάνεια ικανότητα τρίτων. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, ένας περιορισμός τέτοιας έντασης, που αποκλείει την υπεργολαβική ανάθεση του συνόλου των εργασιών της σύμβασης, αντίκειται προδήλως στην ενωσιακή και εθνική νομοθεσία, η οποία θα ανεχόταν μεν τον αποκλεισμό της χρήσης υπεργολάβων μόνο, όμως, για βασικά καθήκοντα και όχι κατά τρόπο γενικό και αφηρημένο, υπό τη μορφή ποσοστού, ή για το σύνολο του έργου. Σχετικά το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι οι ποσοτικοί περιορισμοί στην ανάθεση υπεργολαβιών, που περιλαμβάνονταν στο άρθρο 68 του προϋσχύσαντος Κώδικα Δημοσίων Έργων (ν. 3669/2018) δεν συμπεριλήφθησαν στις διατάξεις του ν. 4412/2016 (βλ. σχετικά Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. 10/2015, παράγραφο ΙΙΙ.2 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, ενδεικτικά απόφαση ΔΕΕ της 18.4.2004 «Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner», C-314/01, σκ. 45-46, Δ. Ράικος, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδης, άρθρο 58. Υπεργολαβία, σε «Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016 – Ερμηνεία κατ' άρθρο», Τόμος 1, Εκδόσεις Σάκκουλας 2018, σελ. 578 επ.). Και τούτο, με το σκεπτικό ότι οι ποσοτικοί περιορισμοί στη χρήση υπεργολάβων -πολλώ δε μάλλον, ο πλήρης αποκλεισμός της χρήσης αυτών- αντιβαίνει προδήλως στην πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη για άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό και διασφάλιση της ευρύτερης δυνατής συμμετοχής ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στις διαγωνιστικές διαδικασίες ανάθεσης (βλ. άρθρα 58 του ν. 4412/2016 και 71 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και αποφάσεις ΔΕΕ της 14.7.2016 «Wrocław – Miasto na prawach powiatu», C-406/14, σκ. 35, και της 26.9.2019 «Vitaly SpA», C-63/18, σκ. 26-28, 30, 40 και 43). Με τα δεδομένα αυτά, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής ανάκλησης και της υπέρ αυτής ασκηθείσας παρέμβασης θα πρέπει επίσης να απορριφθεί.

**20.** Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής ανάκλησης και της ασκηθείσας παρέμβασης προβάλλεται ομοίως επικουρικός, ότι στην περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι η επίμαχη πρόβλεψη της διακήρυξης παρίσταται πλημμελής, πάντως αυτή ουδόλως επηρέασε τον ανταγωνισμό

για τους λόγους που αναφέρονται στη σκέψη 12 της παρούσας, με αποτέλεσμα να μην στοιχειοθετείται ουσιώδης, διακωλυτική της σύναψης του σχεδίου σύμβασης, πλημμέλεια. Ωστόσο, κατά την κρίση του Τμήματος, η ανωτέρω πλημμέλεια παρίσταται ουσιώδης καθιστώντας μη νόμιμη την ελεγχόμενη διαδικασία ανάθεσης στο σύνολό της. Τούτο δε, διότι η πλημμέλεια εντοπίζεται στις διατάξεις της διακήρυξης που καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό και αντικειμενικά είναι πρόσφορη να νοθεύσει τον ελεύθερο ανταγωνισμό, αφού λειτουργεί αποτρεπτικά σε επίπεδο εκδήλωσης ενδιαφέροντος συμμετοχής από μικρομεσαίες επιχειρήσεις, οι οποίες δεν έχουν τη δυνατότητα παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών αυτοδύναμα, μετακυλίωντας το βάρος προσβολής ενδεχόμενου αποκλεισμού τους στις ίδιες τις τυχόν ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις (βλ. Έβδ. Τμ. 1194/2023, σκ. 10). Τούτο καθίσταται εμφανές εκ του ότι στον διαγωνισμό υποβλήθηκε μόνο μία προσφορά και σε αυτήν δεν γίνεται στήριξη σε δάνειες ικανότητες τρίτου, ούτε υπεργολαβική ανάθεση εργασιών.

**21.** Τέλος, απορριπτέος είναι και ο τέταρτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής, με τον οποίο η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ενήργησε με πλήρη πεποίθηση περί της νομιμότητας της διαδικασίας και δίχως να εμφορείται από πρόθεση καταστρατήγησης των οικείων νομοθετικών διατάξεων, με γνώμονα αποκλειστικά την προστασία του δημοσίου συμφέροντος και την ικανοποίηση των αυξημένων αναγκών της ελεγχόμενης σύμβασης. Κατά συνέπεια, πρέπει να αναγνωρισθεί σε αυτή συγγνωστή πλάνη χάριν της ασφάλειας δικαίου. Και τούτο, διότι η συγγνωστή πλάνη των οργάνων της αναθέτουσας αρχής που διενεργούν τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης δεν αποτελεί παραδεκτό λόγο προσφυγής ανάκλησης, καθόσον θα αλλοίωνε το χαρακτήρα και θα έθιγε την πρακτική αποτελεσματικότητα του προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ως ελέγχου αντικειμενικής νομιμότητας της εκάστοτε υποβαλλόμενης προς έλεγχο διαδικασίας ανάθεσης (βλ. και ΕλΣυν Ολομ. 1325/2023, σκ. 22, 505/2021, σκ. 33, Έβδ. Τμ. 1638/2023, σκ. 27, 741/2022, σκ. 13, και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

**22.** Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πρέπει η κρινόμενη προσφυγή και η υπέρ αυτής και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης ασκηθείσα παρέμβαση να απορριφθούν, να μην ανακληθεί η 422/2024 Πράξη του Ε' Κλιμακίου και να διαταχθεί η κατάπτωση υπέρ του Δημοσίου του κατατεθέντος για την άσκηση της προσφυγής παραβόλου (βλ. άρθρα 310 παρ. 1 και 336 παρ. 1 του ν. 4700/2020).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προσφυγή ανάκλησης της ανώνυμης εταιρείας ειδικού σκοπού με την επωνυμία «... Μονοπρόσωπη ΑΕ - Αναπτυξιακός Οργανισμός Τοπικής Αυτοδιοίκησης».



Απορρίπτει την παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «...Τεχνική – Οικοδομική – Εμπορική – Ναυτιλιακή και Τουριστική Ανώνυμη Εταιρεία».

Δεν ανακαλεί την 422/2024 Πράξη του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου υπέρ του Δημοσίου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, στις 9 Δεκεμβρίου 2024.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΜΑΡΙΑ ΒΛΑΧΑΚΗ**

**Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ  
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΠΡΑΣΙΑΝΑΚΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΓΕΩΡΓΙΑ ΤΖΕΝΟΥ**

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου, στις 17 Δεκεμβρίου 2024.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΜΑΡΙΑ ΒΛΑΧΑΚΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΓΕΩΡΓΙΑ ΤΖΕΝΟΥ**