

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 03 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 27.12.2022 με ΓΑΚ 1874/29.12.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας κοινοπραξίας με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 09.01.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ. αριθμ. 425/6.12.2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής (πρακτικό 51) της αναθέτουσας αρχής, η οποία ενέκρινε το 2ο πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού του έργου κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της και ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την παρεμβαίνουσα ενώ παρέλειψε να την καλέσει για τεκμηρίωση της προσφοράς της ως ασυνήθιστα χαμηλής.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού € 15.000,00.

Αριθμός απόφασης: 307/2023

2. Επειδή, με την από 9-11-2021 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία καταχωρίσθηκε στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ. την 9-11-2021 λαμβάνοντας ΑΔΑΜ ..., προκηρύχθηκε δημόσιος, ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου με τον τίτλο «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 12.290.322,58 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%).

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό, ο οποίος διενεργήθηκε με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 16-12-2021, μετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών, προέκυψε ο πίνακας συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας, στον οποίο κατατάχθηκαν πρώτη η «...» (ποσοστό έκπτωσης 42,85%), δεύτερη η παρεμβαίνουσα «...» (ποσοστό έκπτωσης 41,70), τρίτη η «...» (ποσοστό έκπτωσης 38%) τέταρτη η προσφεύγουσα (ποσοστό έκπτωσης 30,12) και πέμπτη η ΕΝΩΣΗ ΟΦ ... (ποσοστό έκπτωσης 21,80). Ακολούθως η αρμόδια επιτροπή διαγωνισμού πραγματοποίησε έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής όλων των οικονομικών φορέων κατά τον οποίο διαπιστώθηκε ότι όλες οι προσφορές ήταν πλήρεις και πρότεινε ως προσωρινή ανάδοχο του διαγωνισμού την «...», σχετικά δε συντάχθηκε το από 23-12-2021 1ο πρακτικό της εν λόγω επιτροπής. Το εν λόγω πρακτικό εγκρίθηκε στο σύνολο του με την υπ' αριθ. 410/2021 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής. Κατά της αποφάσεως αυτής η «...», καταταγείσα 2η στον πίνακα συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας, άσκησε, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και επ. του ν. 4412/2016 ενώπιον της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, την από 10-1-2022 (ΓΑΚ 53/11-1-2022) προδικαστική προσφυγή της, με την οποία προέβαλε αιτιάσεις που έπλητταν την εγκυρότητα των δικαιολογητικών συμμετοχής της 1ης καταταγείσας εταιρείας. Με την 328/2022 απόφαση του 4ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, κατόπιν αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής και απόρριψης της ασκηθείσας παρέμβασης, η προσβληθείσα απόφαση της οικονομικής επιτροπής ακυρώθηκε κατά το σκέλος της που αφορούσε την αποδοχή της προσφοράς της 1ης καταταγείσας εταιρείας και την ανάδειξη της ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού. Η ως άνω εταιρεία άσκησε την από 17-3-2022 (αριθ. καταχώρησης στο Δικαστήριο ΑΚ 123/18-3-2022) αίτηση

ακυρώσεως – αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ. 516/2022 απόφαση. Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή σε συμμόρφωση με την ως άνω δικαστική απόφαση δεν περιορίσθηκε να αποκλείσει μόνο την αρχική μειοδότη, αλλά με την υπ. αριθμ. 425/6.12.2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής (πρακτικό 51), ενέκρινε το 2ο πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού και απέκλεισε επίσης την προσφορά της παρεμβαίνουσας αλλά και των εταιρειών «...», με την αιτιολογία ότι παρέλειψαν να αναφέρουν τη σύσταση υπεργολαβίας όσο και τον προσδιορισμό ποσοστού επί τοις εκατό των τμημάτων της σύμβασης που εκτελείται από τους οικονομικούς φορείς στους οποίους στηρίζονται (Δάνεια Εμπειρία). Κατόπιν, η επιτροπή διαγωνισμού προέβη εκ νέου σε έλεγχο ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών των παραδεκτών προσφορών και διαπίστωσε ότι καμιά οικονομική προσφορά των οικονομικών φορέων δεν είναι μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Συγκεκριμένα, ο μέσος όρος του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν είναι 31,75% ($41,7+21,8=63,5/2$) και για να κριθεί οικονομική προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή θα πρέπει να είναι μεγαλύτερη του 41,75% και ως εκ τούτου ανέδειξε ως προσωρινή αναδόχο του διαγωνισμού την παρεμβαίνουσα με ποσοστό έκπτωσης 41,70%.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 14.12.2022, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 27.12.2022, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδ. α και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα προσδοκά την ακύρωση αυτής προς το σκοπό να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας και να της ανατεθεί η σύμβαση.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 28.12.2022 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της, πλην όμως δεν απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ απόψεις προς αντίκρουση αυτής, παρότι κλήθηκε νομίμως προς τούτο.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις

Αριθμός απόφασης: 307/2023

του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 28.12.2022, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 09.01.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η προσφορά της και έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζει ότι η προσφορά της παρανόμως απορρίφθηκε αρχικά χωρίς να έχει ασκηθεί κατ' αυτής καμιά προσφυγή, η δε συμμετοχή της καλύπτεται από διοικητικό δεδικασμένο, μη δυνάμενο να αμφισβητηθεί από την αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένα θεώρησε, χωρίς ειδική αιτιολόγηση, δεδομένο, ότι η προσφορά της είναι απολύτως όμοια περίπτωση με την περίπτωση της αποκλεισθείσας μειοδότης, γεγονός που δεν ισχύει διότι για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας προσέφυγε στην δάνεια εμπειρία της εταιρείας «...» για την κάλυψη του τεχνικού ΜΕΚ Β' βαθμίδας Η/Μ εργασιών, και συμφωνήθηκε ρητώς, η δανείζουσα να διαθέσει το κατάλληλο έμπειρο στέλεχος της, ..., Μηχανολόγο Μηχανικό με ΜΕΚ Γ' στα Η/Μ, το οποίο θα δίνει τις

απαραίτητες οδηγίες και κατευθύνσεις για την έγκαιρη και έντεχνη κατασκευή των Η/Μ εργασιών του έργου. Επομένως, δεν πρόκειται για ανάθεση της εκτέλεσης τμήματος της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί σε τρίτους, δηλαδή σε οικονομικούς φορείς μη συνδεδεμένους με την αναθέτουσα αρχή με νομικό δεσμό, ούτε αποτελεί ανάθεση τμήματος της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είχε ανάγκη μόνον της ειδικής επαγγελματικής ικανότητας - εμπειρίας ενός στελέχους που δεν διέθετε, ήτοι ενός τεχνικού ΜΕΚ Β΄ βαθμίδας Η/Μ εργασιών, καθώς όλα τα υπόλοιπα στελέχη που ήταν απαραίτητα για τις Η/Μ εργασίες, υπήρχαν και συνεπώς, πέραν της ανάγκης δανεισμού του στελέχους αυτού, ανάγκη υπεργολαβίας δεν υπήρχε και ο δανεισμός της χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν επιβάλλει υπεργολαβία, αλλά μόνον αλληλέγγυα ευθύνη έναντι του κυρίου του έργου.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: όσον αφορά το επίμαχο ζήτημα σχετικά με την παράλειψη αναφοράς σύστασης υπεργολαβίας και τον προσδιορισμό ποσοστού επί τοις εκατό των τμημάτων της σύμβασης που εκτελείται από τους οικονομικούς φορείς στους οποίους στηρίζονται οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, κρίθηκε στα πλαίσια του παρόντος διαγωνισμού κατά τον αποκλεισμό της εταιρείας «...» με την υπ' αριθμ. 516/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου ... επί λέξει ότι *«Επειδή, η αιτούσα, αμφισβητώντας την κρίση αυτή, διατείνεται ότι τα υποβληθέντα εκ μέρους της Ε.Ε.Ε.Σ. είναι καθ' όλα νόμιμα, δοθέντος ότι δεν υφίστατο καμία υποχρέωσή της να δηλώσει την ως άνω στήριξη στο Ε.Ε.Ε.Σ. και ως υπεργολαβία, λόγω του ότι ο δανείζων τους τίτλους σπουδών ή τα επαγγελματικά προσόντα θα πρέπει να εκτελέσει τις εργασίες ή υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, υποχρέωση δε τέτοια θα δημιουργούνταν μόνον εάν η εταιρεία «...» αναλάμβανε και την εκτέλεση της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας. Προς τούτο, προκειμένου να αποδείξει ότι θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους πόρους και τη δέσμευση της εταιρείας «...» ότι θα της παράσχει την αναγκαία κατά το άρθρο 22Δ [Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα] της διακήρυξης στελέχωση από τεχνικούς - μηχανικούς, υπέβαλε: α) Ε.Ε.Ε.Σ. του ανωτέρω οικονομικού φορέα, β) συνοδευτικές υπεύθυνες δηλώσεις για το κάθε Ε.Ε.Ε.Σ., γ) ιδιωτικό συμφωνητικό δέσμευσης της εταιρείας «...», δ) απόφαση Δ.Σ. της ίδιας και της εταιρείας «...».*

Από την επισκόπηση δε των στοιχείων αυτών, όπως εκθέτει η αιτούσα, προκύπτει ότι πρόκειται περί δάνειας στήριξης για πλήρωση τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας της διαγωνιζόμενης και όχι για περίπτωση υπεργολαβίας και, επομένως, η προσφορά της είναι απολύτως σύμφωνη με το νόμο και τη διακήρυξη, ενώ, περαιτέρω, ουδεμία αντίφαση υπάρχει μεταξύ του Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε και των ως άνω εγγράφων της προσφοράς της. Κατά την έννοια, όμως, του σχετικού όρου της διακήρυξης (άρθρο 25.1), σύμφωνα με όσα προεκτέθηκαν, η ανάθεση της εκτέλεσης τμήματος της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί σε τρίτους, δηλαδή σε οικονομικούς φορείς μη συνδεδεμένους με την αναθέτουσα αρχή με νομικό δεσμό, αποτελεί «ανάθεση τμήματος της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας», ανεξαρτήτως της ειδικότερης νομικής φύσης της σχέσης βάσει της οποίας θα αναλάβουν αυτοί έναντι του αναδόχου την εκτέλεση των σχετικών εργασιών. Επομένως, το τμήμα αυτό της σύμβασης θα πρέπει να προσδιορίζεται κατά την υποβολή της προσφοράς, αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό %. Λαμβανομένου δε υπόψη ότι, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ. της διακήρυξης, το οποίο αποδίδει το ρυθμιστικό περιεχόμενο του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η επίκληση της ικανότητας τρίτων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αναφέρονται στους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του διαθέσιμου προσωπικού είναι επιτρεπτή μόνο στην περίπτωση που οι εν λόγω οικονομικοί φορείς θα εκτελέσουν τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, αυτοί έχουν υποχρεωτικά τον χαρακτήρα υπεργολάβου υπό την ανωτέρω έννοια, χωρίς να ασκεί επιρροή το είδος της σύμβασης που θα συνάψουν με τον ανάδοχο για την εκτέλεση των σχετικών εργασιών. Κατά συνέπεια, η αιτούσα εταιρία όφειλε να αναφέρει στην προσφορά της το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελούσε, σε περίπτωση αναδείξεώς της ως αναδόχου, η μνημονευόμενη στο Ε.Ε.Ε.Σ. της - εταιρία «...» την ικανότητα της οποίας επικαλέστηκε για την πλήρωση του ανωτέρω 22.Δ. κριτηρίου της διακήρυξης, η οποία, άλλωστε, δεν θα περιορίζονταν στη διάθεση της τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας, αλλά θα εκτελούσε, ως υπεργολάβος, τις αντίστοιχες εργασίες. Η παράλειψη, επομένως, αναφοράς, αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό %, των τμημάτων της σύμβασης που θα εκτελούνταν από την ως άνω εταιρία συνιστούσε ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς της αιτούσας, η οποία επέφερε, κατά τα άρθρα 23.1, 24.2 και 25 της διακήρυξης, την απόρριψή

της (βλ. ΣτΕ ΕΑ 205/2021, 170/2020, 3112/2007, παρβλ και ΣτΕ 754/2020). Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η οποία ήχθη στην αυτή κρίση, ορθά ερμήνευσε και εφάρμοσε τις διατάξεις της διακήρυξης, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με την υπό κρίση αίτηση πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα».

Όσον αφορά τον αρχικό ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί διοικητικού δεδικασμένου σχετικά με την προσφορά της, αυτός απορρίπτεται ως αβάσιμος διότι μέχρι την ολοκλήρωση του διαγωνισμού η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να ελέγξει αν οι προηγούμενες πράξεις που αφορούν τον διαγωνισμό είναι νομικώς πλημμελείς και μπορεί να απορρίψει οποιαδήποτε προσφορά, ακόμη και όταν αυτή, με προηγούμενη πράξη της, είχε χαρακτηριστεί ως αποδέκτη στην περίπτωση που διαπιστώσει απόκλιση από απαράβατο όρο της διακηρύξεως (Ε.Α.ΣτΕ 520/2007, 779/2006 κ.α., ΣτΕ 4166/1996 7μελ., καθώς και 2262/2004, 3335/1998, 1262/1999).

Το άρθρο 22. ΣΤ της διακήρυξης ορίζει 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, 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 ν. 4412/2016 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 via τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν ο 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.». Η προσφεύγουσα στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της στο Μέρος ΙΙ: «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα Τμήμα Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων» στο ερώτημα: «Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια

επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;» απάντησε θετικά ότι στηρίζεται στην τεχνική ικανότητα της εταιρείας «...». Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι η εταιρεία «...» παρέχει στήριξη στην προσφεύγουσα επί των κριτηρίων της απαιτούμενης από τη διακήρυξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και σύμφωνα με το άρθρο 22 ΣΤ όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α ν. 4412/2016 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. Επομένως, εφόσον η εταιρεία «...» παρέχει στήριξη στην προσφεύγουσα όσον αφορά την επαγγελματική εμπειρία των Η/Μ εργασιών, τότε συνάγεται ότι είναι υποχρεωμένη να εκτελέσει και τις αντίστοιχες Η/Μ εργασίες της σύμβασης. Συναφώς προκύπτει ότι από τη στιγμή που η τρίτη παρέχουσα στήριξη εταιρεία «...» είναι υποχρεωμένη να εκτελέσει τις Η/Μ εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, τότε είναι συγχρόνως αναγκαία και υπερβολάβος, με αποτέλεσμα την υποχρέωση αναφοράς στα ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας και της τρίτης παρέχουσας στήριξης εταιρείας του ποσοστού υπερβολαβίας και του τμήματος που ανατίθεται υπερβολαβικά, σύμφωνα με το άρθρο 25.2 της διακήρυξης, όπως εξάλλου κρίθηκε με την υπ' αριθμ. 516/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι η προσφεύγουσα και η εταιρεία «...», όφειλαν να δηλώσουν στα ΕΕΕΣ τους την ύπαρξη υπερβολαβίας και το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελούσε η τελευταία, την ικανότητα της οποίας επικαλέστηκε για την πλήρωση των άρθρων 22Γ και 22Δ της διακήρυξης η προσφεύγουσα, γεγονός που δεν έπραξαν όμως, με αποτέλεσμα η παράλειψη αυτή να συνιστά ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς της επί ποινή απόρριψης, μη δυνάμενης να συμπληρωθεί με κλήση από την αναθέτουσα αρχή κατά άρθρο 102 του Ν.4412/2016. Ως εκ τούτου οι υπό κρίση αιτιάσεις της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμες.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας πρέπει να απορριφθεί ως ασυνήθιστα χαμηλή διότι μετά την τυχόν ακύρωση της προσβαλλόμενης όσον αφορά τον αποκλεισμό της ίδιας, ο μέσος όρος παραδεκτών προσφορών θα ανήρχετο στο

ποσοστό του 31.2% και η προσφορά της παρεμβαίνουσας έχει έκπτωση 41.7%. Σε κάθε περίπτωση όμως, όπως ισχυρίζεται, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να κρίνει ύποπτη την προσφορά της παρεμβαίνουσας ως ασυνήθιστα χαμηλή και να την καλέσει προς παροχή των αναγκαίων διευκρινίσεων, διότι η απόκλιση της από τον μέσο όρο (μετά τον αποκλεισμό της ίδιας της προσφεύγουσας) οριακά ήταν επαρκής.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Όσον αφορά τον αρχικό ισχυρισμό της προσφεύγουσας σχετικά με την υποθετικό υπολογισμό του μέσου όρου παραδεκτών προσφορών λαμβάνοντας ως δεδομένο ότι η ίδια έχει υποβάλει παραδεκτή προσφορά, αυτός απορρίπτεται ως αβάσιμος διότι όπως εκτέθηκε αναλυτικά στη σκέψη 9 της παρούσας, κρίθηκε ότι νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της με την προσβαλλόμενη πράξη.

Εν συνεχεία, οι ισχυρισμοί της σχετικά με την σε κάθε περίπτωση ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της παρεμβαίνουσας βασίζονται μόνο στο γεγονός ότι αυτή ήταν 9,95% χαμηλότερη από τον μέσο όρο, χωρίς να προβάλει ειδικότερες αιτιάσεις ή δεδομένα βάσει των οποίων να προκύπτει πως όντως υπάρχουν ενδείξεις για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά που θα όφειλε η αναθέτουσα αρχή να εξετάσει περαιτέρω. Ως εκ τούτου οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας παρίστανται αορίστως προβαλλόμενοι και πρέπει να απορριφθούν.

12. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο ισχυρίζεται ότι η αμφισημία και η ασάφεια της διακήρυξης περιόρισε και επηρέασε τον ανταγωνισμό, παρασύροντας την πλειοψηφία των οικονομικών φορέων που συμμετείχαν και μάλιστα εκείνων που έκαναν χρήση δάνειας εμπειρίας, στην υποβολή απαράδεκτων προσφορών.

13. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο προκύπτουν τα εξής: η προσφεύγουσα συμμετείχε ανεπιφύλακτα στον εν λόγω διαγωνισμό αποδεχόμενη πλήρως τους όρους αυτού. Επομένως, στο παρόν στάδιο ανεπίκαιρα και ως εκ τούτου απαράδεκτα προβάλλει ισχυρισμούς σχετικά με την αμφισημία του επίμαχου ζητήματος δάνειας εμπειρίας και υπερβολαβίας. Επίσης, το γεγονός ότι τρεις εκ των πέντε συμμετεχόντων κρίθηκε ότι υπέβαλαν μη νόμιμη προσφορά, δεν αποτελεί απόδειξη ασάφειας της διακήρυξης, αφού

Αριθμός απόφασης: 307/2023

δύο συμμετέχοντες, μεταξύ των οποίων και η παρεμβαίνουσα, έχουν υποβάλει παραδεκτή προσφορά συμμορφούμενοι με την απαίτηση της διακήρυξης. Επομένως, ο τρίτος λόγος πρέπει επίσης να απορριφθεί.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 03 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 23 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ