

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 24 Ιανουαρίου 2025, με την εξής σύνθεση:
Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 16.12.2024 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1845/17.12.2024 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Την παρέμβαση του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. ... (Θέμα...) Πράξη του ... (και η ενσωματωθείσα σε αυτήν υπ' αριθμ. ... Πράξη του ...), κατά το μέρος που, δι' αυτών, δεν απορρίφθηκε η υποβληθείσα προσφορά της εταιρείας «...», αλλά και κατά το μέρος που δεν διαγνώσθηκαν επιπρόσθετοι λόγοι απόρριψης των προσφορών των δύο προσωρινώς αποκλεισθέντων οικονομικών φορέων «...» και «...».

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια,

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο.

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, με κωδικό ... ποσού 15.000,00€, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί: (α) εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, στις 06.12.2024, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, στις 16.12.2024, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) μετ' εννόμου συμφέροντος, διότι η προσφεύγουσα (οριστική ανάδοχος) βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, προβάλλοντας λόγους αποκλεισμού της από τον επίμαχο διαγωνισμό. Εξ άλλου, η αναγνώριση και στον (αρχικό) ανάδοχο εννόμου συμφέροντος να ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή, προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψήφιων του, κρίνεται πλέον επιβεβλημένη στην περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο (ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη, με την οποία κρίνεται το νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από άποψη πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων), δεδομένου ότι ο κίνδυνος να ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό γι' αυτόν αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εντεύθεν προκαλούμενη σε αυτόν ζημία λόγω του αποκλεισμού του κατόπιν άσκησης και ευδοκίμησης προδικαστικών προσφυγών, με αντικείμενο την νομιμότητα της προσφοράς του από τους ανθυποψήφιους του, είτε εκείνων, των οποίων οι προσφορές έχουν γίνει ομοίως δεκτές, είτε και όσων δεν έχουν οριστικώς αποκλεισθεί, είναι χρονικά τουλάχιστον αμεσότερος (ΣΤΕ 899/2022, 1573/2019, Δ.Εφ.Αθ. 512/2024). Περαιτέρω, όπως επίσης έχει κριθεί, το άρθρο 1 παρ. 3 και το άρθρο 2α της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ (ΕΕ L 395) διασφαλίζει το δικαίωμα άσκησης αποτελεσματικών προσφυγών κατά παράτυπων αποφάσεων, που λαμβάνονται στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, παρέχοντας την δυνατότητα σε κάθε αποκλεισθέντα προσφέροντα, να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού αλλά και, επί όσο χρόνο η

αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, μεταγενέστερες αποφάσεις, που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρώνετο ο αποκλεισμός του (Δ.Ε.Ε. υπόθεση C-355/15, “Bietergemeinschaft”, σκ. 34, ΣΤΕ 1518/2022, σκ. 7). Τέλος, ως οριστικώς αποκλεισθείς, μη δυνάμενος να στραφεί κατά της προσφοράς λοιπών διαγωνιζομένων, θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της απόφασης αποκλεισμού του είτε εστράφη μεν κατ’ αυτής αλλά ο αποκλεισμός του έχει επικυρωθεί με απόφαση έχουσα περιβληθεί την ισχύ δεδικασμένου (ΣΤΕ 2432/2023, 1518/2022 σκ. 7-8).

3.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή, στις 16.12.2024, στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και να ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4.Επειδή η παρεμβαίνουσα άσκησε την παρέμβασή της εμπροθέσμως, στις 17.12.2024, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την ως άνω κοινοποίηση της προσφυγής, και με πρόδηλο έννομο συμφέρον, δοθέντος ότι, με την προσφυγή, προβάλλονται λόγοι αποκλεισμού της από τον επίμαχο διαγωνισμό.

5. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε στην ΕΑΔΗΣΥ, μέσω e-mail, τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής, στις 31.12.2024. Ωστόσο, οι ανωτέρω απόψεις δεν αναρτήθηκαν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και, ως εκ τούτου, δεν μπορούν να ληφθούν υπ’ όψη.

6.Επειδή, με την υπ’ αριθμό πρωτ. ... Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός για την «...», συνολικής εκτιμώμενης αξίας 3.225.806,45 € άνευ Φ.Π.Α. Ο εν θέματι διαγωνισμός υποδιαιρείται σε δύο (2) τμήματα. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης: «Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της τιμής». Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), στις 17.04.2024, υπό Α.Δ.Α.Μ. ... , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

7.Επειδή ο επίμαχος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

8.Επειδή η προσφεύγουσα, με το α' σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής, βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, μη νομίμως, στην προσφορά της παρεμβαίνουσας, δεν υποβλήθηκε χωριστό ΕΕΕΣ της εταιρείας «...», η οποία θα αναλάβει να εκτελέσει ποσοστό 29% της υπό ανάθεσης σύμβασης και η οποία («...») δηλώθηκε ρητώς από την παρεμβαίνουσα, ότι αποτελεί υπερβολάβο της και ότι ανήκει και στην Ομάδα Έργου της. Καταληκτικώς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι η ως άνω εταιρεία «...» δεν είναι, απλώς, υπερβολάβος της παρεμβαίνουσας αλλά δανείζων-υπερβολάβος της παρεμβαίνουσας και ότι, ως εκ τούτου, έπρεπε να υποβληθεί χωριστό ΕΕΕΣ για την «...», κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8.1 της Διακήρυξης.

9.Επειδή, ως προς το α' σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει, ότι: **α)** αυτή, στο ΕΕΕΣ της (σελ.5), δήλωσε, ότι: “Η εταιρεία μας θα αναθέσει υπό μορφή υπερβολαβίας τμήμα της σύμβασης ίσο με ποσοστό 29% επί των συνολικών ωρών του έργου «...» (ΤΜΗΜΑ 1: «... & ΤΜΗΜΑ 2: «... 2), στην εταιρεία ... με διακριτικό τίτλο ...”, **β)** η ως άνω εταιρεία «...» υπέβαλε την από 04.07.2024 υπεύθυνη δήλωση περί αποδοχής της υπερβολαβίας (ψηφιακό αρχείο «...»), δηλώνοντας τα εξής: “Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις (2), που προβλέπονται από τις διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν.1599/1986, ως Νόμιμη Εκπρόσωπος–Διαχειρίστρια της εταιρείας ... με διακριτικό τίτλο ... δηλώνω ότι: Αποδέχομαι την εκτέλεση των εργασιών υπό τη μορφή υπερβολαβίας από την εταιρία ... σε ποσοστό 29% επί των συνολικών ωρών του έργου «...» (ΤΜΗΜΑ 1: «... & ΤΜΗΜΑ 2: «... 2) για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών, σύμφωνα με την υπ' αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη και συγκεκριμένα: ΤΜΗΜΑ 1: «...» 43.902 ώρες για τα 2 έτη, ΤΜΗΜΑ 2: «...» 45.390 ώρες για τα 2 έτη”, και **γ)** η ως άνω εταιρεία «...» δεν υπέβαλε χωριστό ΕΕΕΣ. Η δε παρεμβαίνουσα επάγεται, ότι νομίμως

και ορθώς δεν υπέβαλε διακριτό ΕΕΕΣ για την υπεργολάβο εταιρεία «...», η οποία θα εκτελέσει υπεργολαβικά το 29% του ποσοστού της σύμβασης. Επικαλείται δε το άρθρο 2.2.8.2 «Υπεργολαβία» της Διακήρυξης, στο οποίο ορίζεται, ότι: «Ο 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. Στην περίπτωση που ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, εφόσον συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού της ως άνω παραγράφου 2.2.3.». Εν προκειμένω, πρώτον, στο Παράρτημα Ι-Μέρος Α της Διακήρυξης (σελ. 56), που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής, ορίζεται, ότι: «Ο συνολικός αριθμός απασχολούμενου ... σε καθημερινή βάση (Δευτέρα έως Παρασκευή) θα είναι ογδόντα πέντε (85) άτομα, για επτάμιση (7,5) ώρες το κάθε άτομο. Τα άτομα αυτά θα κατανέμονται σε δύο βάρδιες (πρωινή - απογευματινή) σύμφωνα με υπόδειξη της Υπηρεσίας και ανάλογα με τις εκάστοτε ..., με τον μεγαλύτερο αριθμό όμως να απασχολείται στην πρωινή βάρδια (6:00πμ. έως 13:30 πμ.). Η κατανομή του παραπάνω ... θα προσαρμόζεται ανάλογα με τις ... και ο Ανάδοχος οφείλει να προσαρμόζεται στις αποφάσεις του αρμοδίου οργάνου σχετικά με τις εκάστοτε παρουσιαζόμενες ... Η ... θα πρέπει να είναι συνεχής και αποκλειστική και θα καθοριστεί επακριβώς κατά ..., βάρδιες, ώρες και καθήκοντα από την αρμόδια Υπηρεσία για κάθε ... και σύμφωνα με τους όρους και τους ... που περιγράφονται στη διακήρυξη ...». Δεύτερον, στο άρθρο 2.2.8.1 «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» της Διακήρυξης ορίζεται, ότι: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους 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. Ειδικά, όσον αφορά τα

κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνον εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. **Τα φυσικά πρόσωπα που δηλώνονται από τον προσφέροντα στην Ομάδα Έργου και δεν αποτελούν ίδιους πόρους του προσφέροντος, κατά την παρ. 2.2.6.[I].γ της παρούσας, αποτελούν τρίτους, στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας και απαιτείται η υποβολή διακριτών ΕΕΕΣ και των σχετικών αποδεικτικών μέσων, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρούσα ...».** Άρα, εφ' όσον ο προσφέρων καλύπτει θέσεις της Ομάδας Έργου με πρόσωπα, που δεν απασχολεί ο ίδιος, τα πρόσωπα αυτά δεν αποτελούν ίδιους πόρους του προσφέροντος, αλλά τρίτους, στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, και απαιτείται η υποβολή διακριτών ΕΕΕΣ. Εν ολίγοις, οι τρίτοι, που στελεχώνουν την Ομάδα Έργου του προσφέροντος και θα εκτελέσουν το συμβατικό αντικείμενο υπηρεσιών της υπό ανάθεση σύμβασης, συνιστούν και υπεργολάβους (ΕΑΔΗΣΥ 781, 783/2022, σελ. 24). Απορριπτέοι είναι οι ειδικότεροι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, ότι στην Διακήρυξη δεν προβλέπεται Ομάδα Έργου. Τούτο, διότι, στην Διακήρυξη (σελ. 64), προβλέπονται «... με ωράριο εργασίας 6:00 έως 13:30 και 13.30 έως 21:00 που θα επιβλέπουν τον ... και θα είναι υπόλογοι στο ..., που υπολογίζονται στο σύνολο του δυναμικού των ογδόντα πέντε (85) ατόμων.». Η παρεμβαίνουσα δήλωσε, ότι τρίτος φορέας, και δη η εταιρεία «...», θα εκτελέσει υπεργολαβικά το 29% της σύμβασης, ήτοι θα εκτελέσει καθήκοντα ..., που απαιτούνται για την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης. Εν προκειμένω, τα πρόσωπα της εταιρείας «...» είναι και τρίτοι, στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται η παρεμβαίνουσα και υπεργολάβοι. Εξ άλλου, εάν κάποιος οικονομικός φορέας έχει ταυτόχρονα την ιδιότητα φορέα, στον οποίο ο προσφέρων στηρίζεται (δανείζοντος οικονομική επάρκεια ή τεχνική ικανότητα) και υπεργολάβου, θα εφαρμοσθούν στο πρόσωπό του οι κανόνες της Διακήρυξης που αναφέρονται, τόσο στους δανείζοντες όσο και στους υπεργολάβους. Συνεπώς, όπως έχει ήδη κριθεί (ΣΤΕ 421/2020, 1656/2023), θα πρέπει κατ' αρχάς να προσκομίσει Ε.Ε.Ε.Σ. ως

δανείζων, ανεξάρτητα από το ποσοστό της συνολικής αξίας της σύμβασης, για το οποίο είναι απαραίτητος. Στο δε άρθρο 2.2.8.1, ουδεμία αμφισημία γεννάται, το οποίο (άρθρο) διατυπώνεται αδιαστίκτως και κατά τρόπο σαφή, ώστε να παρέχεται σε όλους τους υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο αυτού, κατ' απόρριψη των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Στην συγκεκριμένη περίπτωση, εφ' όσον η παρεμβαίνουσα, όπως συνομολογεί και η ίδια, δεν προσκόμισε ξεχωριστό ΕΕΕΣ για την εταιρεία «...», η οποία είναι, κατά τα αναφερόμενα ανωτέρω, δανείζουσα-υπεργολάβος εταιρεία και όχι μόνο υπεργολάβος, η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί. Τέλος, ακόμη και στην περίπτωση, που η ως άνω εταιρεία «...» είναι μόνον υπεργολάβος και όχι υπεργολάβος-δανείζουσα εμπειρία, πάλι θα έπρεπε να υποβληθεί χωριστό ΕΕΕΣ γι' αυτήν. Τούτο, διότι, στο 2.2.8.1 της Διακήρυξης, ρητώς ορίζεται, ότι: «Τα φυσικά πρόσωπα που δηλώνονται από τον προσφέροντα στην Ομάδα Έργου και δεν αποτελούν ίδιους πόρους του προσφέροντος, κατά την παρ. 2.2.6.[Ι].γ της παρούσας, αποτελούν τρίτους, στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας και απαιτείται η υποβολή διακριτών ΕΕΕΣ και των σχετικών αποδεικτικών μέσων, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρούσα.». Ως εκ τούτου, ουδεμία αμφισημία γεννάται, ως προς την ανωτέρω κανονιστική ρύθμιση, η οποία διατυπώνεται αδιαστίκτως και κατά τρόπο σαφή, ώστε να παρέχεται σε όλους τους υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο αυτής. Εξ άλλου, είναι διάφορο το ρυθμιστικό πεδίο του ως άνω άρθρου 2.2.8.2 της Διακήρυξης, το οποίο επικαλείται η παρεμβαίνουσα, δεδομένου ότι με αυτό τίθενται ρητώς, με ακρίβεια και σαφήνεια, οι προϋποθέσεις, βάσει των οποίων η αναθέτουσα Αρχή διατηρεί δεσμία αρμοδιότητα, ως προς την επαλήθευση της συνδρομής των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του υπεργολάβου. Αναλυτικότερα, η υποχρέωση να περιλαμβάνεται αυτοτελές Ε.Ε.Ε.Σ., ως προς τον προτεινόμενο υπεργολάβο, προκύπτει εκ της γενικής διατύπωσης του άρθρου 2.2.8.1 της Διακήρυξης, ανεξαρτήτως του ποσοστού της υπεργολαβίας επί της συνολικής αξίας της σύμβασης. Παράλληλα, στην Διακήρυξη, προβλέπεται η υποχρεωτική, κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας Αρχής, επαλήθευση της συνδρομής στο πρόσωπο αυτού των λόγων αποκλεισμού, σε περίπτωση που το ποσοστό της υπό ανάθεση υπεργολαβίας υπερβαίνει το 30% της συνολικής αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης

(άρθρο 2.2.8.2 της Διακήρυξης). Ως εκ τούτου, σε περίπτωση, που το τμήμα της υπό ανάθεση υπεργολαβίας υπολείπεται του 30% της συνολικής αξίας της σύμβασης, η υποχρέωση του διαγωνιζομένου οικονομικού φορέα προς υποβολή αυτοτελούς Ε.Ε.Ε.Σ για τον προτεινόμενο υπεργολάβο –που είναι τρίτος- προβλέπεται ρητώς από το άρθρο 2.2.8.1 της Διακήρυξης, το δε ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 2.2.8.2 της Διακήρυξης αφορά σε αυτήν ταύτη την επαλήθευση, όχι δε και στην υποχρέωση υποβολής αυτοτελούς για τον προτεινόμενο υπεργολάβο Ε.Ε.Ε.Σ. (Δ.Εφ.Πατρών 25/2023). Άρα, το α' σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτό.

11. Επειδή η προσφεύγουσα, με το β' σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής, βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας: «...Η εταιρεία ..., κατά τα ρητώς αναφερόμενα στο εδάφιο α' του όρου 2.2.8.2. της διακήρυξης που αφορά ειδικά την “Υπεργολαβία” και το τελευταίο εδάφιο του όρου 2.4.3.2 που αναφέρεται στο αναγκαίο περιεχόμενο της “Τεχνική[ς] προσφορά[ς]” και σύμφωνα με την ως άνω νομολογία, όφειλε να αναφέρει με αυτήν, πέραν του υπεργολάβου και το “τμήμα” της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας. Εξάλλου, ο όρος “τμήμα”, πέραν του ότι χρησιμοποιείται για τον προσδιορισμό της έννοιας της υπεργολαβίας τόσο από τον ν.4412/2016 (άρθρο 58) όσο και από τη διακήρυξη, από την τελευταία χρησιμοποιείται και κάθε φορά που γίνεται λόγος γι' αυτήν, όπως στον όρο 2.2.8.2. προκειμένου να τη διακρίνει από τις λοιπές περιπτώσεις στήριξης στην ικανότητα τρίτων, στον όρο 2.2.9.2 προκειμένου να προσδιορίσει πώς αποδεικνύεται, στον όρο 4.4.1. προκειμένου να επισημάνει ότι ο ανάδοχος που θα κάνει χρήση υπεργολαβίας, δεν απαλλάσσεται από τις συμβατικές του υποχρεώσεις και ευθύνες. Ο δε όρος “ποσοστό” που ομοίως συνδέεται με την υπεργολαβία, χρησιμοποιείται από τη Διακήρυξη, μετά τη θέσπιση της υποχρέωσης του φορέα να δηλώσει το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελεστεί με υπεργολαβία όχι αυτοτελώς, αλλά πάντοτε σε σχέση μ' αυτό (το τμήμα), αφού γίνεται λόγος για “ποσοστό της σύμβασης” που εκτελείται με υπεργολαβία, μόνο εάν και όταν “το τμήμα/τα που ανατίθενται στον υπεργολάβο ξεπερνούν το 30% του συνόλου της σύμβασης” και πάντα προκειμένου να επισημανθεί ότι στην

περίπτωση αυτή, ο υπεργολάβος ελέγχεται περί του εάν συντρέχουν στον πρόσωπό του οι λόγοι αποκλεισμού του όρου 2.2.3. Ως εκ τούτου, κατά τη Διακήρυξη οι όροι “τμήμα” και “ποσοστό” της σύμβασης είναι “διακριτοί” και δεν ταυτίζονται (ad hoc κριθέντα δυνάμει της ΤρΔΕφΚομ 76/2024, ΔΕφΘεσ/νίκης 186/2020, ΣΤΕ 1412/2024 σκέψη 10)...».

12.Επειδή, ως προς το β' σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα παραθέτει και επικαλείται δικαστικές αποφάσεις, οι οποίες δεν έχουν εφαρμογή στον επίμαχο διαγωνισμό. Τούτο, διότι υφίσταται μία ειδοποιός διαφορά στην κρινόμενη περίπτωση, σε σχέση με τις περιπτώσεις των υπό επίκληση δικαστικών αποφάσεων. Συγκεκριμένα, στα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ Ι και ΙΙ της Διακήρυξης, δεν υφίσταται οιαδήποτε κατανομή του ... – ... σε ... της αναθέτουσας Αρχής, ώστε, κατ' επέκταση, να τυγχάνει εφαρμογής η δήλωση υπεργολάβου για κάποιο τμήμα της υπό ανάθεση σύμβασης. Αντιθέτως, η ίδια η Διακήρυξη (σελ. 64) προβλέπει και αναφέρει γενικώς την απασχόληση ατόμων -ογδόντα πέντε (85) άτομα-, για επτά και ημίσεια (7,5) ώρες απασχόλησης ανά άτομο χωρίς καμμία κατανομή του ... αυτού ανά ..., κλπ. Ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι τυχόν προσδιορισμός του τμήματος της σύμβασης, που θα ανατεθεί σε υπεργολάβο, μπορεί να γίνει με σαφήνεια από τους οικονομικούς φορείς, μόνο με προσδιορισμό των ..., που θα αναλάβει ο εκάστοτε υπεργολάβος και όχι με βάση τις ώρες, καθώς μόνον έτσι θα είναι ευχερώς επαληθεύσιμη από την Αναθέτουσα Αρχή η σχετική δήλωση, είναι αβάσιμοι και δεν εδράζονται σε κανέναν όρο της Διακήρυξης. Άρα, το β' σκέλος του πρώτου λόγου της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέο.

13.Επειδή η προσφεύγουσα, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή (προσφορά) ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα ουδόλως απέδειξε την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.6. υπό σημείο 2.1., περί υλοποίησης μιας ... τουλάχιστον ίσης με 106.398,83 τμ., καθισταμένης της προσφοράς της απορριπτέας, κατ' άρθρο 2.4.6. της Διακήρυξης.

14. Επειδή, ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Πρώτον, στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, ορίζονται τα εξής: «Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: ΤΜΗΜΑ 1 : «... (επιφάνεια 44.900m²)», εκτιμώμενης αξίας 1.593.936,45 € πλέον ΦΠΑ 24% 382.544,75 € (ΣΥΝΟΛΟ 1.976.481,20 €) ΤΜΗΜΑ 2 : «... (επιφάνεια 56.698,83m²)», εκτιμώμενης αξίας 1.631.870,00 € πλέον ΦΠΑ 24% 391.648,80 € (ΣΥΝΟΛΟ 2.023.518,80 €)». Δηλαδή, σύμφωνα με το ως άνω άρθρο, η επιφάνεια των δύο τμημάτων της επίμαχης σύμβασης ανέρχεται σε 101.598,83 m² (44.900+56.698,83=101.598,83). Δεύτερον, με το υπ' αριθμό πρωτ.: ... έγγραφο της αναθέτουσας Αρχής, ρητώς διευκρινίσθηκε, ότι τα ορθά στοιχεία των ... είναι τα εξής: Τμήμα 1 -> 46.100,00 τ.μ. και Τμήμα 2 -> 60.298,83 τ.μ.. Άρα, το συνολικό άθροισμα της επιφάνειας των δύο τμημάτων ανέρχεται σε 106.398,83 τ.μ. Η ως άνω διευκρίνιση, που δεν αμφισβητήθηκε από τους διαγωνιζόμενους, εντάχθηκε στο κανονιστικό πλαίσιο του οικείου διαγωνισμού, δεσμεύοντας ανεπιφύλακτα τόσο τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς όσο και την αναθέτουσα Αρχή (ΣτΕ 444/2022). Τρίτον, στο άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης, ορίζεται, ότι: «Ο Υποψήφιος Ανάδοχος (επί ποινή αποκλεισμού) θα πρέπει να πληροί και να τεκμηριώνει επαρκώς τις παρακάτω ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής στο Διαγωνισμό. Ο Υποψήφιος Ανάδοχος οφείλει να αποδείξει τις ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής, καταθέτοντας με την προσφορά του (εντός του Φακέλου Δικαιολογητικών Συμμετοχής) τα ακόλουθα στοιχεία τεκμηρίωσης: 2.1 α) Ο Υποψήφιος Ανάδοχος να έχει επιτυχώς υλοποιήσει τουλάχιστον μία (1) ... επιφάνειας τουλάχιστον ίσης σε τ.μ. με την επιφάνεια του τμήματος για το οποίο συμμετέχει στο διαγωνισμό ή σε περίπτωση συμμετοχής για περισσότερα τμήματα, τουλάχιστον ίσης σε τ.μ. με το άθροισμα της επιφάνειας των τμημάτων για τα οποία συμμετέχει ...». Εν προκειμένω, από την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας –η οποία υπέβαλε προσφορά και για τα δύο τμήματα του διαγωνισμού- προκύπτει, ότι αυτή κατέθεσε το ψηφιακό αρχείο «...», στο «σώμα» του οποίου αναγράφονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «...(... : 32.276 τ.μ., ... : 56.388 τ.μ., ... : 7.200 τ.μ. ... : 39.688 τ.μ. **σύνολο ...: 135.552 τ.μ**)...». Άρα, η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι σύμφωνη με το άρθρο 2.2.6., υπό σημείο 2.1.α, περί υλοποίησης μίας ... επιφάνειας τουλάχιστον ίσης με 106.398,83 τμ, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της

προσφεύγουσας. Σημειωτέον, ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι στους ... υπολογίζονται μόνον οι ... είναι μία εσφαλμένη κατά το δοκούν ερμηνεία της προσφεύγουσας. Τούτο, διότι ένας ... δεν είναι μόνον ένας ... κατ' απόρριψη των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, ο όρος «...» αναφέρεται σε ένα ... που είναι ... από τις καιρικές συνθήκες, όπως η βροχή, ο ήλιος και ο άνεμος. Συνήθως, αυτός ο ... περιλαμβάνει ... ή άλλες κατασκευές που έχουν ... Ο όρος "... " αναφέρεται σε ένα περιβάλλον ή ένα ... που είναι περιφραγμένος ή κλεισμένος από όλες τις πλευρές, χωρίς ανοιχτές εξόδους. Συνήθως, οι κλειστοί ... δεν έχουν φυσικό αερισμό ή είναι περιορισμένοι, όσον αφορά στην κυκλοφορία του αέρα. Εν όψει των ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

15.Επειδή οι λόγοι της προσφυγής, ως προς τους οικονομικούς φορείς «...» και «...», είναι απορριπτέοι, ως απαράδεκτοι. Τούτο, διότι η προσβαλλόμενη, κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά των διαγωνιζομένων αυτών, είναι επωφελής, ως προς το διατακτικό της, για την προσφεύγουσα και συνεπώς η πράξη απόρριψης μιας προσφοράς δεν μπορεί, υπό το πρίσμα αυτό, να προσβληθεί παραδεκτώς από άλλον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό, με αίτημα την αντικατάσταση των αιτιολογιών της απόρριψης ή την προσθήκη επιπλέον τοιούτων. Οι δε διαφορετικοί ή επιπλέον λόγοι απόρριψης προσφοράς μπορεί να προβληθούν από έτερο συνδιαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα μόνο σε περίπτωση, που η αρχική απόρριψη ακυρωθεί ή ανακληθεί και η αρχικώς απορριφθείσα προσφορά γίνει εκ των υστέρων αποδεκτή, οπότε ο έτερος συνδιαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας θα δικαιούται, είτε να ασκήσει και αυτός προδικαστική προσφυγή κατά της εκ των υστέρων αποδοχής της προσφοράς είτε να προσφύγει δικαστικώς κατά της ως άνω αποδοχής, προβάλλοντας νέες αιτιάσεις κατά της επίμαχης προσφοράς. Ως εκ τούτου, εν προκειμένω, δοθέντος ότι οι εν λόγω οικονομικοί φορείς δεν αμφισβήτησαν τον αποκλεισμό τους δια προδικαστικής προσφυγής, οι ισχυρισμοί της υπό κρίση προσφυγής, περί απόρριψης της προσφοράς των οικονομικών φορέων «...» και «...» για έτερους, επιπροσθέτως των αναφερομένων στην προσβαλλόμενη, λόγων, προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και τυγχάνουν απορριπτέοι, ως απαράδεκτοι (1606/2021 ΑΕΠΠ). Εν όψει των ανωτέρω, οι σχετικοί λόγοι της προσφυγής είναι απορριπτέοι.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να απορριφθεί η παρέμβαση, και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

17.Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το παράβολο που κατέθεσε.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Ιανουαρίου 2025 και εκδόθηκε στις 12 Φεβρουαρίου 2025, στην Αθήνα.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ