

ΘΕΩΡΙΑ & ΠΡΑΞΗ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟ - ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ & ΕΥΡΩΠΑΪΚΟ ΔΙΚΑΙΟ

ΑΝΑΤΥΠΟ

Σοφία Μαυρίδου

Υπ. Διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου, Senior
Counsel, Karatzas & Partners

- | Οικονομικός φορέας
που δανείζει τεχνική
και επαγγελματική ικανότητα
δεν αποτελεί κατ' ανάγκη
και υπεργολάβο
(σχόλιο στην ΕλΣυν 1638/2023)



Ε. ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ

Υπεργολαβία - Αποκλεισμός οικονομικού φορέα από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης - Μη ορισμός υπεργολάβου

ΕΛΣυν 1638/2023 Τμ. Έβδομο

Πρόεδρος: Σ. Ντούνη, Αντιπρόεδρος ΕΛΣυν

Εισηγήτρια: Α. Μαυρομάτη, Σύμβουλος ΕΛΣυν

Δικηγόροι: Κ. Ζησιμόπουλος, Γ. Καραβοκύρης,

Ε. Χριστοφιλόπουλος,

Β. Παπαλόη, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Ι. Κάρκαλης,

Αντεπίτροπος της Επικρατείας

Η υπεργολαβία δεν μπορεί να επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή (απόφαση SC NV Construct SRL σκ. 74) και, ως εκ τούτου, 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 (απόφαση SC NV Construct SRL σκ. 75). Συνεπώς, όπως ορθώς έκρινε το Κλιμάκιο και δεν αμφισβητείται δια των κρινόμενων προσφυγών ανάκλησης, σύμφωνα με την ερμηνεία που δόθηκε από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης σχετικά με την έννοια των ως άνω διατάξεων, ο οικονομικός φορέας που δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δεν αποτελεί κατ' ανάγκη και υπεργολάβο. Ο συνταγματικά κατοχυρωμένος (άρθρο 98 παρ. 1 περ. Β του ισχύοντος Συντάγματος) έλεγχος νομιμότητας των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, ο οποίος εξειδικεύεται με τις διατάξεις του Κεφαλαίου 53 του Ν 4700/2020, είναι αυτεπάγγελτος, καθολικός και ανεξάρτητος των τυχόν υποβληθεισών ενστάσεων, διοικητικών προσφυγών και λοιπών προβλεπόμενων ένδικων βοηθημάτων περιοριζόμενος 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. Δεν νοείται, επομένως, περιορισμός και κατά μείζονα λόγο υπονόμηση των συνταγματικών οριζόμενων αρμοδιοτήτων του Ελεγκτικού Συνεδρίου, δια της προσδόσεως υπεροχής σε πράξεις που εκδίδουν εθνικά διοικητικά όργανα, έναντι των πράξεων του Ελεγκτικού Συνεδρίου που εκδίδονται, με τις εγγυήσεις που απολαμβάνει αυτό ως ανώτατο Δικαστήριο, στο πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου. Στο πλαίσιο αυτού του ελέγχου, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, οι αποφάσεις της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (βλ. και άρθρο 347 του Ν 4412/2016 - Α' 147), που εκδίδονται επί προδικαστικών προσφυγών που ασκούνται από τους έχοντες προς τούτο έννομο συμφέρον, εξετάζοντας τη βασιμότητα των προβαλλόμενων ενώπιόν της πραγματι-

κών και νομικών ισχυρισμών, αναπτύσσουν το δεσμευτικό τους αποτέλεσμα αποκλειστικά έναντι όσων συμπεριφέρονται κατά την έκδοσή της. Δεν δεσμεύουν όμως το Ελεγκτικό Συνέδριο κατά την άσκηση της κατοχυρωμένης στο άρθρο 98 παρ. 1 εδ. Β' του Συντάγματος αρμοδιότητάς του για τον έλεγχο των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, η οποία ρυθμίζεται στα άρθρα 324 επ. του Ν 4700/2020, ασκείται με τις εγγυήσεις που αυτό απολαμβάνει ως Ανώτατο Δικαστήριο, εκτείνεται στο σύνολο της διαγωνιστικής διαδικασίας, συνεπώς και στον έλεγχο της νομιμότητας των αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ και αποσκοπεί, ως ήδη εξετέθη, στη διασφάλιση της αντικειμενικής νομιμότητας της προς ανάθεση σύμβασης. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή, διαθέτει, πάντα, την ευχέρεια να άρει τη διαπιστωθείσα πλημμέλεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Δοθέντος δε, ότι η σύμβαση δεν καταρτίζεται και συνεπώς, δεν κτώνται δικαιώματα οι συμβαλλόμενοι πριν την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο δεν τίθεται διακύβευμα για την ασφάλεια δικαίου και τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των διαγωνιζόμενων αντιθέτως, ενισχύεται η διασφάλιση της αποτελεσματικής εφαρμογής των εθνικών και ενωσιακών κανόνων σχετικά με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, σε επίκαιρο χρονικό σημείο, στο προσυμβατικό στάδιο, κατά το οποίο οι παραβάσεις μπορούν ακόμα να αποκατασταθούν.

Διατάξεις: άρθρο 98 [παρ. 1 εδ. Β'] Συντ.

[...] 2. Με τις υπό κρίση προσφυγές και το από 10.11.2023 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα της εταιρείας «... ΑΤΕ», ζητείται η ανάκληση της 578/2023 πράξης του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης μεταξύ της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας (α' προσφεύγουσας) και της αναδόχου εταιρείας «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΗ ΛΑΤΟΜΙΚΗ ΧΩΜΑΤΟΥΡΓΙΚΗ, ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ & ΕΜΠΟΡΙΑΣ ΕΝΑΛΛΑΚΤΙΚΩΝ ΜΟΡΦΩΝ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ» (β' προσφεύγουσα), για την εκτέλεση του έργου με τίτλο «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ ΕΠΑΡΧΙΑΚΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΤΩΝ ΔΗΜΩΝ ΝΑΥΠΑΚΤΙΑΣ ΚΑΙ ΘΕΡΜΟΥ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.774.193,55 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, και συμβατικού τιμήματος 1.427.596,92 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Οι κρινόμενες προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπροθέσμως και νομοτύπως, ασκούνται δε με έννομο συμφέρον τόσο από την α' προσφεύγουσα, ως αναθέτουσα αρχή, όσο και από τη β' προσφεύγουσα, ως υποψήφια ανάδοχο της ελεγχόμενης σύμβασης. Συνεπώς οι προσφυγές είναι τυπικώς δεκτές και πρέπει να συνεξεταστούν περαιτέρω, ως προς τη βασιμότητα των προβαλλόμενων με αυτές λόγων, λόγω της πρόδηλης μεταξύ τους συνάφειας, καθόσον στρέφονται κατά της ίδιας πράξης, αφορούν στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία και στο ίδιο σχέδιο σύμβασης (βλ. άρθρο 334 παρ. 4 του Ν 4700/2020, πρβ. ΕΛΣυν Ολομ. 505/2021).

3. Παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον παρεμβαίνει υπέρ του κύρους της προβαλλόμενης Πράξης η εταιρία «... Ε.Ε.», δεδομένου ότι με την .../13.9.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδος είχε κηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, ως πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας,

ωστόσο κατόπιν, της 1700/2022 απόφασης της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) αποκλείστηκε, με αποτέλεσμα η ελεγχόμενη σύμβαση αυτή να ανατεθεί σε αυτή, ανατέθηκε στη δεύτερη προσφεύγουσα, που έπεται στη σειρά μειοδοσίας και ο λόγος για τον οποίον αποκλείστηκε κρίθηκε μη νόμιμος με την προσβαλλόμενη Πράξη, την ισχύ και τη διατήρηση της οποίας υποστηρίζει (ΕΛΣυν Ολ 1827/2021, σκ. 18-19, Έβδομο 710/2022, σκ. 2).

4. Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 18 παρ. 1, 75 και 78 του Ν 4412/2016 (Α' 147) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)», όπως το άρθρο 78 τροποποιήθηκε με το άρθρο 26 του Ν 4782/2021 (Α' 36), με τις οποίες ενσωματώθηκαν στην εθνική έννομη τάξη οι ομοίου περιεχομένου διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1, 58 και 63 της Οδηγίας 2014/24, όπως οι τελευταίες έχουν ερμηνευθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με την απόφαση της 26ης.1.2023, στην υπόθεση C-403/21, SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș, 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 (απόφαση SC NV Construct SRL 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 (απόφαση SC NV Construct SRL σκ. 73) και τέλος iii) η υπεργολαβία αποτελεί απλώς έναν από τους τρόπους με τους οποίους ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων (απόφαση SC NV Construct SRL σκ. 74). Παρέπεται, εκ των ανωτέρω, ότι η υπεργολαβία δεν μπορεί να επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή (απόφαση SC NV Construct SRL σκ. 74) και, ως εκ τούτου, 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 διευκρινισen 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 (απόφαση SC NV Construct SRL σκ. 75). Συνεπώς, όπως ορθώς έκρινε το Κλιμάκιο και δεν αμφισβητείται δια των κρινόμενων προσφυγών ανάκλησης, σύμφωνα με την ερμηνεία που δόθηκε από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης σχετικά με την έννοια των ως άνω διατάξεων, ο οικονομικός φορέας που δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δεν αποτελεί κατ' ανάγκη και υπεργολάβο (βλ. και ΕΛΣυν Τμ. Έβδομο 886/2023, 1159/2023).

5. Στην υπό κρίση υπόθεση, από το σύνολο των στοιχείων του φακέλου προκύπτουν όσα εκτίθενται στις σκέψεις 6 έως 14 που ακολουθούν.

6. Σύμφωνα με το άρθρο 11 παρ. 3 της διακήρυξης και την οικεία τεχνική περιγραφή το ελεγχόμενο έργο αφορά σε εργασίες αποκατάστασης βλαβών από φυσικές καταστροφές σε τμήματα του επαρχιακού οδικού δικτύου των Δήμων Ναυπακτίας και Θέρμου, που προκλήθηκαν από τα έντονα καιρικά φαινόμενα που έπληξαν την περιοχή στις 26 Ιανουαρίου 2021. Συγκεκριμένα, η αποκατάσταση βλαβών αφορά στα τμήματα των

επαρχιακών δρόμων του Δ. Ναυπακτίας (1. Επαρχιακή Οδός Αμπελακιώτισσα προς Περδικόβρυση, 2. Επαρχιακή Οδός Κλεπάς - Αράχωβα, 3. Επαρχιακή Οδός Στράνωνμα προς Δορβιτσά) και στα τμήματα των επαρχιακών δρόμων του Δ. Θέρμου: (1. Επαρχιακή Οδός Ανάληψη-Κόφτρα-Αβαρίκος, 2. Αμπέλια-Κοκκινόβρυση). Οι κυριότερες εργασίες αφορούν σε άρση καταπτώσεων, ανακατασκευή τεχνικών απορροής όμβριων, τοίχων αντιστήριξης, καθαρισμό διαμόρφωση τάφρων αποστράγγισης, καθαρισμό-αποκατάσταση φρεατίων απορροής όμβριων υδάτων, αποκατάσταση καθιζήσεων και στρώσεων, αποκατάσταση οριζόντιας και κάθετης σήμανσης όπου απαιτείται ώστε να επανέλθουν τα οδικά τμήματα στην προτέρα κατάσταση.

7. Η επιλογή του αναδόχου του έργου ορίστηκε ότι θα γίνει με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του Ν 4412/2016, μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο 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), ενώ η συνολική προθεσμία εκτέλεσης του έργου ορίστηκε σε 12 μήνες από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης (βλ. άρθρο 12 της διακήρυξης).

8. Ως ημερομηνία λήξης υποβολής προσφορών ορίστηκε η 27η.6.2022, ενώ ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 29η.6.2022. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν επτά (7) οικονομικοί φορείς. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού με το 1ο/30.8.2022 πρακτικό της διαπίστωσε ότι οι τρεις πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας εταιρείες «... ΑΕ» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 45,57%, «... Ε.Ε.» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 41,43% και «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 39,75% υπέβαλαν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, κατά την έννοια του άρθρου 88 παρ.5 α του Ν 4412/2016, διότι οι προσφορές τους εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των (10) ποσοστιαίων μονάδων από το μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που ανερχόταν στο 23,34%. Στη συνέχεια, η Αναθέτουσα Αρχή, με το .../12.7.2022 έγγραφό της, κάλεσε τις ανωτέρω εταιρείες να παράσχουν εξηγήσεις σχετικά με την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, τηρώντας τη διαδικασία του άρθρου 88 του Ν 4412/2016. Κατόπιν της εμπρόθεσμης υποβολής εξηγήσεων, η Επιτροπή του Διαγωνισμού έκρινε ότι η αιτιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «... ΑΕ» που περιλαμβάνεται στο από 2.8.2022 έγγραφό της, είναι ανεπαρκής και γνωμοδότησε υπέρ της απόρριψής της. Αντίθετα, η ίδια Επιτροπή έκρινε ότι οι παρεχόμενες από τις εταιρείες «... Ε.Ε.» και «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», εξηγήσεις, όπως αποτυπώνονται στα από 28.7.2022 και 29.7.2022, αντίστοιχα, έγγραφα αιτιολόγησης των οικονομικών τους προσφορών, είναι επαρκείς και γνωμοδότησε υπέρ της αποδοχής τους. Κατόπιν δε αυτών, η ως άνω Επιτροπή εισηγήθηκε προς την Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας (α) την απόρριψη των παρεχόμενων εξηγήσεων σχετικά με το ύψος της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «... Α.Ε.», την απόρριψη της προσφοράς της και τον αποκλεισμό της από τη συνέχεια του διαγωνισμού. (β) την αποδοχή των παρεχόμενων εξηγήσεων σχετικά με το ύψος των οικονομικών προσφορών των εταιρειών «... Ε.Ε.» και «...»

ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ.» και (γ) την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της εταιρείας «... Ε.Ε.», με μέση έκπτωση 41,43% και οικονομική προσφορά 1.040.362,12 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ). Το Πρακτικό αυτό εγκρίθηκε με τη .../13.9.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας, η οποία κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους ηλεκτρονικά στις 29.9.2022.

9. . Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα «... Ε.Ε.», κληθείσα, κατόπιν του .../12.7.2022 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής, να αιτιολογήσει το ύψος της οικονομικής της προσφοράς, υπέβαλλε τις από 29.7.2022 εξηγήσεις της, μεταξύ των οποίων συμπεριέλαβε και το από 23.6.2022 Έγγραφο συμφωνητικό που είχε συνομολογήσει με την εταιρεία «... . ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ». Στο επίμαχο συμφωνητικό αναφέρεται μεταξύ άλλων : «(...) 2ο Η α' συμβαλλόμενη [«... Ε.Ε.】 θα υποβάλει προσφορά στο διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου «ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΒΛΑΒΩΝ ΕΠΑΡΧΙΑΚΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΤΩΝ ΔΗΜΩΝ ΝΑΥΠΑΚΤΙΑΣ ΚΑΙ ΘΕΡΜΟΥ» (...) και επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες της β' συμβαλλόμενης [... . ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ] (...) 3ο 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 (...) 4ο Επίσης στην περίπτωση που η α' συμβαλλόμενη ανακηρυχθεί ανάδοχος του περιγραφόμενου (...) έργου και καθ' όλη την διάρκεια της συναφθισομένης 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 απარიθμηση είναι ενδεικτική, καθόσον η β' συμβαλλόμενη θα διαθέσει και κάθε άλλο μέσο που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης. 5ο 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 μοιβή, ποσοστό (1,00), (ένα) % επί της συμβατικής αξίας των εκτελεσθεισών εργασιών, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ (...).».

10. Κατά της ανωτέρω απόφασης (.../13.9.2022) της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας, ο οικονομικός φορέας «... ΑΤΕ» (β' προσφεύγουσα και τρίτη κατά σειρά μειοδοσίας εταιρεία μετά την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «... ΑΕ») άσκησε την από 10.10.2022 (ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ .../11.10.2022) προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, στρεφόμενη κατά της αποδοχής των προσφορών των εταιρειών «... Ε.Ε.» και «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ». Η προσφυγή αυτή έγινε δεκτή με τη 1700/2022 απόφαση της ανωτέρω Αρχής, με την οποία κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ότι οι προσφορές των ανωτέρω εταιρειών έπρεπε να απορριφθούν, καθόσον αυτές παρέλειψαν να δηλώσουν στο Ευρωπαϊκό Ενιαιο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) σχετική υπερβολαβία, παρά την επίκληση της ικανότητας τρίτων οικονομικών φορέων για την κάλυψη των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τίτλους σπουδών, επαγγελματικά προσόντα και επαγγελματική εμπειρία των τελευταίων, καθώς επίσης και να δηλώσουν αναλυτικά σε ποσοστό επί τοις εκατό το τμήμα των συμβάσεων που προτίθενται να αναθέσουν στους εν

λόγω τρίτους φορείς. Συγκεκριμένα, με την απόφαση αυτή κρίθηκε, όσον αφορά στην εταιρεία «... Ε.Ε.» (παρεμβαίνουσα), ότι η δήλωσή της στο ΕΕΕΣ περί της στήριξής της στις ικανότητες της εταιρείας «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», για την οποία προσκομίζει ΕΕΕΣ σε ότι αφορά τους απαιτούμενους τίτλους σπουδών, καθιστά την τελευταία υπερβολαβία της συμμετέχουσας και όχι απλώς δανειζουσα εμπειρία και, συνεπώς, η ανωτέρω εταιρεία είχε υποχρέωση να απαντήσει θετικά στο ερώτημα του εκ μέρους της υποβληθέντος ΕΕΕΣ περί υπερβολαβίας. Επιπλέον η εν λόγω εταιρεία παρέλειψε, παραβιάζοντας την υποχρέωση που είχε, να δηλώσει αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει στην εταιρεία «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ». Επίσης, με την ίδια απόφαση κρίθηκε ότι με νόμιμη αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή έκρινε επαρκείς τις εξηγήσεις που παρέιχε η εν λόγω εταιρεία ως προς το ύψος της οικονομικής της προσφοράς.

11. Περαιτέρω, όσον αφορά στην εταιρεία «... ΑΕ» με την ως άνω απόφαση κρίθηκε ότι λόγω του γεγονότος ότι στηρίζεται για την πλήρωση όλων ανεξαιρέτως των κριτηρίων επιλογής στις ικανότητες της εταιρείας «... ΑΤΕ», μεταξύ των οποίων και για τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα, η ανωτέρω εταιρεία είχε την υποχρέωση να απαντήσει θετικά στο ερώτημα του υποβληθέντος από αυτήν ΕΕΕΣ περί υπερβολαβίας, καθώς επίσης και να δηλώσει αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει στην «... ΑΤΕ», ενέργειες στις οποίες παράλειψε να προβεί. Με την ίδια απόφαση κρίθηκε ότι η αποδοχή των εξηγήσεων που παρέιχε η εταιρεία «... ΑΤΕ» σχετικά με το ύψος της οικονομικής της προσφοράς είναι πλημμελής. Και τούτο διότι, κατά την ΕΑΔΗΣΥ, εφόσον η εν λόγω εταιρεία αναθέτει μέρος της εκτέλεσης του υπό ανάθεση έργου στην εταιρεία «... και ΣΙΑ Ε.Ε.», της οποίας η προσφορά αναγράφεται ως δεσμευτική, είχε την υποχρέωση να το δηλώσει στο υποβληθέν από αυτήν ΕΕΕΣ, και, πάντως, δεν δύναται να επικαλείται την οικονομική προσφορά της τελευταίας ως έρεισμα για την αιτιολόγηση της δικής της προσφοράς, χωρίς να προκύπτει από τα εκ μέρους της υποβληθέντα έγγραφα η μεταξύ τους σχέση σχετικά με το υπό ανάθεση έργο.

12. Σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας με την 1692/20.12.2022 απόφαση της ανακάλεσε την προαναφερόμενη 1163/2022 όμοια απόφασή της. Κατόπιν, με το 2/8.2.2023 Πρακτικό της η Επιτροπή του Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών των εταιρειών «... ΑΕ», «... Ε.Ε.» και «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και την ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΗ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΗ ΛΑΤΟΜΙΚΗ ΧΩΜΑΤΟΥΡΓΙΚΗ , ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΤΟΥΡΙΣΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ & ΕΜΠΟΡΙΑΣ ΕΝΑΛΛΑΚΤΙΚΩΝ ΜΟΡΦΩΝ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ», με προσφερόμενη μέση έκπτωση 19,57% και έναντι συμβατικού τιμήματος 1.425.596,92 ευρώ. Το Πρακτικό αυτό εγκρίθηκε με την .../21.2.2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας, η οποία κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους στις 11.3.2023.

13. Στη συνέχεια, κατόπιν της από 27.3.2023 ηλεκτρονικής πρόσκλησης της Αναθέτουσας Αρχής, η προσωρινή ανάδοχος κατέθεσε εμπρόθεσμα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, σύμφωνα με το 3ο/15.5.2023 Πρα-

κτικό, αφού ήλεγξε τα δικαιολογητικά, διαπίστωσε ότι αυτά ήταν σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και εισηγήθηκε την κατακύρωση της σύμβασης στην ανωτέρω εταιρεία. Με την .../23.5.2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας εγκρίθηκε το Πρακτικό αυτό και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού στην εταιρεία «... ΑΤΕ». Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους στις 12.6.2023. Όπως βεβαιώνεται δε με το .../18.8.2023 Έγγραφο του Προϊσταμένου Τεχνικών Υπηρεσιών της Π.Ε Αιτωλοακαρνανίας δεν έχουν ασκηθεί άλλες ενστάσεις, προσφυγές ή άλλα ένδικα μέσα κατά του κύρους του διαγωνισμού πέραν της ανωτέρω αναφερόμενης στη σκέψη 7.5 της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

14. Το Κλιμάκιο έκρινε ότι κωλύεται η ελεγχόμενη σύμβαση για το μοναδικό διακωλυτικό λόγο ότι αφού ο οικονομικός φορέας που δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δεν αποτελεί κατ' ανάγκη και υπεργολάβος, ο αποκλεισμός της πρώτης κατά σειρά μειοδοσίας εταιρείας «... Ε.Ε.» από την διαγωνιστική διαδικασία, που συνίσταται στο γεγονός ότι παρέλειψε να δηλώσει αφενός ως υπεργολάβος στο ΕΕΕΣ της, την εταιρεία «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», στην οποία στηρίχθηκε για την κάλυψη των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτούσε η διακήρυξη, αφετέρου το ποσοστό επί τοις εκατό του τμήματος της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει στην τελευταία λογιζόμενη ως υπεργολάβος, είναι μη νόμιμος. Περαιτέρω, το Κλιμάκιο διατύπωσε και ρητές θετικές κρίσεις που καταφάσκουν τη νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως προς επιμέρους, ζητήματα και ειδικότερα, ότι α) νομίμως αποκλείστηκε η εταιρεία «... ΑΤΕ», με την .../2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση προς την 1700/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ, καθόσον στις εξηγήσεις που η εταιρεία αυτή παρείχε στην αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση του ύψους της οικονομικής της προσφοράς γίνεται επίκληση οικονομικών στοιχείων τρίτης εταιρείας και συγκεκριμένα της εταιρείας «... & ΣΙΑ Ε.Ε.», χωρίς να προκύπτει η σχέση που συνδέει τις δύο εταιρείες σχετικά με το υπό ανάθεση έργο, β) με πλήρη και επαρκή αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε τις εξηγήσεις που παρείχε η εταιρεία «... Ε.Ε.», 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.

15. Με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της, η δεύτερη κατά σειρά προσφεύγουσα μέμφεται τη θετική κρίση του Κλιμακίου, καθ' ο μέρος έκρινε ότι με πλήρη και επαρκή αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή αποδέχθηκε τις εξηγήσεις που παρείχε η εταιρεία «... Ε.Ε.», κατά τη διαδικασία του άρθρου 88 του Ν 4412/2016, σχετικά με το ύψος της οικονομικής της προσφοράς, ενώ έπρεπε να κριθεί ως αποκλειστέα.

16. Ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος, διότι όπως προκύπτει από το άρθρο 328 παρ. 1 του Ν 4700/2020 και ενόψει της ταχύτητας διεκπεραίωσης του προσυμβατικού ελέγχου και της διασφάλισης της πρακτικής αποτελεσματικότητάς του, δεν προσβάλλονται παραδεκτως οι θετικές κρίσεις πράξης του Κλιμακίου, καθ' ο μέρος, με αυτές, κρίθηκε ότι νομίμως διεξήχθη η διαδικασία ανάθεσης ελεγχόμενης σύμβασης (ΕΛΣυν ΟΛ 381/2022, 1384/2021).

17. Με αμφότερες τις προσφυγές ανάκλησης προβάλλεται, περαιτέρω, ότι από πλάνη περί τα πράγματα κρίθηκε ότι η εταιρεία «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» δεν είναι υπεργολάβος της «... Ε.Ε.», διότι εκ του από 23.6.2022 Έγγραφο ιδιωτικού συμφωνητικού μεταξύ των άνω εταιρειών προκύπτει ότι η δεύτερη κατά σειρά ως άνω εταιρεία, δεν δανείζει απλά τις ικανότητές της, ως δανειοπάροχος, αλλά απεναντίας αναλαμβάνει να εκτελέσει υπεργολαβικά τμήματα της σύμβασης. Οι προσφεύγουσες υποστηρίζουν ειδικότερα ότι η ρητή μνεία στο άρθρο 4ο του παρατιθέμενου στη σκέψη 9 συμφωνητικού, ότι η β' συμβαλλόμενη, δανειοπάροχος, αφενός «θα εκτελέσει τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες», αφετέρου ότι «θα διαθέσει και κάθε άλλο μέσο που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης» καταδεικνύουν ότι θα αναλάβει αυτή εναργή ρόλο στην εκτέλεση των εργασιών του έργου και κατά συνέπεια ότι θα εκτελέσει ως υπεργολάβος τμήματα του υπόψιν έργου. Έτι, περαιτέρω, ότι η καταβολή αμοιβής στη β' συμβαλλόμενη ανάλογα με τις δαπάνες και τα έξοδα που θα απαιτηθούν και σε ποσοστιαίο ύψος αναλόγως της αξίας των εκτελεσθεισών εργασιών παραπέμπουν σε υπεργολαβική σχέση.

18. Παρατηρείται ότι η διατύπωση του 4ου όρου του εν λόγω συμφωνητικού είναι παρόμοια με τη διατύπωση της αντίστοιχης διάταξης του εδ. β' της παρ. 1 του άρθρου 78 του Ν 4412/2016 η οποία ορίζει «(...) Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΙΙΙ 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.». Σε συμφωνία και με την ερμηνεία που δόθηκε στην αντίστοιχου περιεχομένου διάταξη του άρθρου 63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24 από το Δικαστήριο της Ε.Ε. με την μνημονευόμενη απόφασή του SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș, η διάταξη του δεύτερου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 του Ν 4412/2016, που απαιτεί οι οικονομικοί φορείς που δανείζουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να «εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες», έχει την έννοια ότι αυτοί θα συμμετέχουν με την πραγματική διάθεση των δάνειων ικανοτήτων τους, ήτοι των απαραίτητων πόρων ανθρώπινου δυναμικού, προϊόντων σωματικής και πνευματικής εργασίας, υλικοτεχνικού εξοπλισμού κ.λπ., ενεργά στην εκτέλεση της σύμβασης, κατά τρόπο που να μπορεί να διασφαλιστεί ότι δεν συμμετείχαν στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης με σκοπό την αμιγώς τυπική και μόνο πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 7ης.4.2016, Partner Apelski Dariusz κατά Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14).

19. Κατά την κρίση του Τμήματος ο βασικός σκοπός που τα συμβαλλόμενα μέρη κατάρτισαν τη μεταξύ τους, ως άνω συμφωνία, διατυπώνεται ρητά στο 2ο και τον 3ο όρο του άνω συμφωνητικού και συνίσταται, σύμφωνα με αυτούς, στην παροχή της δάνειας τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, εκ μέρους της β' συμβαλλόμενης «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», προς την α' συμβαλλόμενη «... Ε.Ε.» προκειμένου να μπορέσει να υποβάλει η πρώτη παραδεκτή προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό. Οι υπόλοιποι όροι του συμφωνητικού, πλαισιώνουν αυτό το βασικό σκοπό, με τη θέσπιση επιμέρους υποχρεώσε-

ων και δικαιωμάτων των αντισυμβαλλομένων μερών. Αναζητώντας, επομένως, την πραγματική βούληση των συμβαλλόμενων μερών, χωρίς προσήλωση στις λέξεις, όπως επιβάλλει το άρθρο 173 ΑΚ (ΠΔ/γμ 456/17/24.10.1984, Α' 164), η ρητή μνεία στο άρθρο 4ο του εν λόγω 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 δανειοπάροχος ως άνω εταιρεία θα συμμετέχει με την πραγματική διάθεση των δανείων ικανοτήτων της, ήτοι των απαραίτητων πόρων ανθρωπίνου δυναμικού, προϊόντων σωματικής και πνευματικής εργασίας, υλικοτεχνικού εξοπλισμού κ.λπ., ενεργά στην εκτέλεση της σύμβασης. 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 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 δανειοπαρόχου εταιρείας.

20. Πέραν τούτου, αβασίμως υποστηρίζεται ότι η θέσπιση αμοιβής, σύμφωνα με όσα ορίζονται στο 5ο άρθρο του εν λόγω συμφωνητικού παραπέμπει σε υπερβολαβική σχέση, διότι από καμία διάταξη, ούτε και από τα διδάγματα της κοινής πείρας, προκύπτει αφενός ότι η δανειοπάροχος διαθέτει δωρεάν τις ικανότητές της, αφετέρου ότι η ποσοστιαία αμοιβή επί των εργασιών και η απόδοση των δαπανών στις οποίες αποδεδειγμένα θα υποβληθεί η δανειοπάροχος (όπως π.χ. αμοιβές εξειδικευμένου δανειζόμενου προσωπικού) προσιδιάζει αποκλειστικά σε υπερβολαβική σχέση. Ο προβαλλόμενος, επομένως, λόγος πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

21. Με αμφότερες τις προσφυγές προβάλλεται περαιτέρω ότι υπάρχει αντίφαση στην κρίση της προσβαλλόμενης πράξης διότι ενώ δέχθηκε ότι ορθώς αποκλείστηκε η δεύτερη μειοδότης εταιρεία «... ΑΤΕ», διότι δεν προέκυπε η σχέση που συνέδεε αυτή με την τρίτη εταιρεία «... & ΣΙΑ Ε.Ε.», εντούτοις στην περίπτωση της πρώτης μειοδότης «... Ε.Ε.» δεν υπεισήθη καθόλου στην κατ' ουσίαν εξέταση της σχέσης που τη συνέδεε με την τρίτη εταιρεία «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», ενώ εάν πραγματοποιούσε έλεγχο στους όρους του από 23.6.2022 ιδιωτικού μεταξύ τους συμφωνητικού θα κατέληγε ότι πρόκειται για σύμβαση ανάθεσης υπερβολαβίας.

22. Επί του λόγου αυτού, το Τμήμα, λαμβάνοντας υπόψη ότι η εταιρεία «... ΑΤΕ» στο πλαίσιο των εξηγήσεων που υπέβαλε, κληθείσα κατόπιν του .../12.7.2022 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής, να αιτιολογήσει το ύψος της οικονομικής της προσφοράς, συμπεριέλαβε και την οικονομική προσφορά της τρίτης εταιρείας «... & ΣΙΑ Ε.Ε.» που απευθυνόταν προς αυτήν (την εταιρεία «... ΑΤΕ»), στην πρώτη σελίδα της οποίας αναφέρεται «ΘΕΜΑ : Οικονομική Δεσμευτική Προσφορά για το ανωτέρω έργο. Κύριοι Σας επισυνάπτουμε την Οικονομική Προσφορά μας που αφορά το ανωτέρω έργο» και στις επόμενες σελίδες περιέχεται πίνακας στον οποίον αναφέρονται οι εργασίες του προϋπολογισμού της μελέτης του υπ' όψιν έργου, κατ' είδος και ποσότητα, συνολικά και επί των οποίων η εν λόγω τρίτη εταιρεία δηλώνει προς την εταιρεία «... ΑΤΕ» την οικονομική της δεσμευτική προσφορά, σε περίπτωση ανά-

ληψης του εν λόγω έργου, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι δεν δύναται να γίνει σύγκριση ούτε υφίσταται αναλογία μεταξύ των δεσμών της εταιρείας «... ΑΤΕ» με τον δανειζόντα αυτή οικονομικό φορέα και εκείνων της παρεμβαίνουσας «... Ε.Ε.» με την δανειζούσα την ίδια εμπειρία. Τούτο, διότι σε αντίθεση με την περίπτωση της παρεμβαίνουσας «... Ε.Ε.», στην περίπτωση της «... ΑΤΕ» δεν υπήρχε Έγγραφο συμφωνητικό μεταξύ αυτής και της τρίτης εταιρείας «... & ΣΙΑ Ε.Ε.», από το οποίο να καθίσταται διαφανής η σχέση μεταξύ των δύο εταιρειών. Ούτε εξάλλου η εταιρεία «... & ΣΙΑ Ε.Ε.» παρείχε δάνεια ικανότητα στην διαγωνιζόμενη «... ΑΤΕ». Επισημαίνεται δε, ότι το Τμήμα δεν υπεισέρχεται σε κρίση ως προς τη νομιμότητα της οριστικής θετικής κρίσης του Κλιμακίου, ως προς την νομιμότητα του αποκλεισμού της εταιρείας «... ΑΤΕ», η οποία δεν δύναται να ανατραπεί κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα (βλ. σκ. 16). Διαπιστώνεται ωστόσο, κατόπιν όλων των ανωτέρω ότι ο προβαλλόμενος λόγος ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης διότι αφενός οι προαναφερόμενες περιπτώσεις είναι διαφορετικές μεταξύ τους, αφετέρου προκύπτει ότι το Κλιμάκιο διενήργησε ουσιαστικό έλεγχο στη σχέση που υφίσταται μεταξύ της εταιρείας «... Ε.Ε.» και της τρίτης δανειοπαρόχου αυτής εταιρείας «... ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», εξ ου και έκρινε διαφορετικά τις δύο περιπτώσεις. Ο προβαλλόμενος επομένως λόγος πρέπει να απορριφθεί.

23. Με το πρώτο σκέλος, του δεύτερου λόγου, της α' προσφυγής, προβάλλεται, ακόμα, ότι η προσβαλλόμενη έσφαλε κρίνοντας ότι ο αποκλεισμός της εταιρείας «... Ε.Ε.» ήταν παράνομος, διότι με βάση το άρθρο 367 παρ. 3 του Ν 4412/2016 η αναθέτουσα αρχή όφειλε να συμμορφωθεί στο διατακτικό της 1700/2022 απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ που έκρινε αντιθέτως με το Κλιμάκιο.

24. Το Δικαστήριο επισημαίνει ότι ο συνταγματικά κατοχυρωμένος (άρθρο 98 παρ.1 περ. β του ισχύοντος Συντάγματος) έλεγχος νομιμότητας των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, ο οποίος εξειδικεύεται με τις διατάξεις του Κεφαλαίου 53 του Ν 4700/2020, είναι αυτεπάγγελτος, καθολικός και ανεξάρτητος των τυχόν υποβληθεισών ενστάσεων, διοικητικών προσφυγών και λοιπών προβλεπόμενων ένδικων βοηθημάτων (ΕΛΣυν Ολ 1832/2021) περιοριζόμενος 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, Τμ. Μειζ.-Επτ. Σύνθ. 763/2019, 1354/2018). Δεν νοείται, επομένως, περιορισμός και κατά μείζονα λόγο υπονόμηση των συνταγματικώς οριζόμενων αρμοδιοτήτων του Ελεγκτικού Συνεδρίου, δια της προσδόσεως υπεροχής σε πράξεις που εκδίδουν εθνικά διοικητικά όργανα, έναντι των πράξεων του Ελεγκτικού Συνεδρίου που εκδίδονται, με τις εγγυήσεις που απολαμβάνει αυτό ως ανώτατο Δικαστήριο, στο πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου (βλ. ΕΛΣυν Τμ Έβδομο 1815/2021, σκ. 33, 963/2022, σκ. 5, Τμ VI 1254/2019, σκ. 17, πρβ. ΕΛΣυν Ολ 1377/2021).

25. Στο πλαίσιο αυτού του ελέγχου, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, οι αποφάσεις της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (βλ. και άρθρο 347 του Ν 4412/2016 - Α' 147), που εκδίδονται επί προδικαστικών προσφυγών που ασκούνται από τους έχοντες προς τούτο έννομο συμφέρον, εξετάζοντας τη βασιμότητα των προβαλλόμενων ενώπιόν της πραγματικών

και νομικών ισχυρισμών, αναπτύσσουν το δεσμευτικό τους αποτέλεσμα αποκλειστικά έναντι όσων συμμετέχουν κατά την έκδοσή της. Δεν δεσμεύουν όμως το Ελεγκτικό Συνέδριο κατά την άσκηση της κατοχυρωμένης στο άρθρο 98 παρ.1 εδ. Β' του Συντάγματος αρμοδιότητάς του για τον έλεγχο των συμβάσεων μεγάλης οικονομικής αξίας, η οποία ρυθμίζεται στα άρθρα 324 επ. του Ν 4700/2020, ασκείται με τις εγγυήσεις που αυτό απολαμβάνει ως Ανώτατο Δικαστήριο, εκτείνεται στο σύνολο της διαγωνιστικής διαδικασίας, συνεπώς και στον έλεγχο της νομιμότητας των αποφάσεων της ΕΑΔΗΣΥ και αποσκοπεί, ως ήδη εξετέθη, στη διασφάλιση της αντικειμενικής νομιμότητας της προς ανάθεση σύμβασης (Τμ. Μειζ.-Επτ. Σύνθεσης 3376/2017, 506/2014, ΈΒδ. Τμ. 963/2022, σκ. 8, 1815/2021, σκ. 33, VI Τμ. 1254/2019).

26. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή, διαθέτει, πάντα, την ευχέρεια να άρει τη διαπιστωθείσα πλημμέλεια, συμμορφούμενη προς την απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Δοθέντος δε, ότι η σύμβαση δεν καταρτίζεται και συνεπώς, δεν κτώνται δικαιώματα οι συμβαλλόμενοι πριν την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο (βλ. αρ. 324-327 Ν 4700/2020, αρ. 105 παρ. 3 γ Ν 4412/2016, ως τροποποιήθηκε με το αρ. 45 Ν 4782/2021) δεν τίθεται διακείμεμα για την ασφάλεια δικαίου και τη δικαιολογημένη εμπιστοσύνη των διαγωνιζομένων (πρβ. αποφάσεις ΔΕΚ της 29.4.1999, Erich Ciola, C-224/1997, της 13.1.2004, Kühne & Heitz, C-453/00, της 19.9.2006, i-21 Germany και Arcor, C-392/04 και C-422/04, ΔΕΕ της 18.11.2021, État belge, C-413/2020, της 20.5.2021, College van burgemeester en wethouders van de gemeente Purmerend, C-120/2019, της 14.5.2020, FMS, FNZ (C-924/19 PPU) SA, SA junior (C-925/19 PPU), της 20.12.2017, Incyte Corporation, C-492/16, της 4.10.2012, Hristo Byankov, C-249/11 κ.α.), αντιθέτως, ενισχύεται η διασφάλιση της αποτελεσματικής εφαρμογής των εθνικών και ενωσιακών κανόνων σχετικά με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, σε επίκαιρο χρονικό σημείο, στο προσυμβατικό στάδιο, κατά το οποίο οι παραβάσεις μπορούν ακόμα να αποκατασταθούν (απόφαση του ΔΕΕ της 11.11.2014, Ministero dell'Interno κατά Fastweb SpA, C 19/13, σκ. 45-46, 59, της 19.6.2003 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) και Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), C315/2001, σκ. 44-46). Πρέπει επομένως ο σχετικός προβαλλόμενος λόγος να απορριφθεί ως αβάσιμος.

27. Ο προβαλλόμενος από την α' προσφεύγουσα λόγος περί συνδρομής συγγνωστής πλάνης στο πρόσωπό της είναι απορριπτός ως απαράδεκτος, δοθέντος ότι η συγγνωστή πλάνη των οργάνων της αναθέτουσας αρχής ως προς τη νομιμότητα της ακολουθούμενης διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης δεν αποτελεί παραδεκτό λόγο προσφυγής αναθεώρησης, καθόσον θα αλλοίωνε το χαρακτήρα και θα έθιγε την πρακτική αποτελεσματικότητα του προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ο οποίος είναι έλεγχος αντικειμενικής νομιμότητας της εκάστοτε υποβαλλόμενης προς έλεγχο διαδικασίας ανάθεσης που αποβλέπει στη θεραπεία της αντικειμενικής ακεραιότητάς της (βλ. ΕΛΣυν Ολ 1325/2023, σκ. 22, 505/2021, 1403/2022, 551, 1100/2023, σκ. 27).

28. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω οι κρινόμενες προσφυγές ανάκλησης πρέπει να απορριφθούν να καταπέσει υπέρ του Δη-

μοσίου το κατατεθέν από την δεύτερη κατά σειρά προσφεύγουσα παράβολο και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

[Απορρίπτει τις προσφυγές ανάκλησης της «Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας» και της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «Οδός Ανώνυμη Τεχνική, Εργοληπτική, Κατασκευαστική, Οικοδομική, Λατομική, Χωματοουργική, Εμπορική, Τουριστική Εταιρεία Παραγωγής και Εμπορίας Εναλλακτικών Μορφών Ενέργειας» και το διακριτικό τίτλο «... ΑΤΕ». Δέχεται την παρέμβαση της ετερόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «... Ε.Ε.».]

Παρατηρήσεις

Οικονομικός φορέας που δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δεν αποτελεί κατ' ανάγκη και υπερβολάβο

Ένα από τα πιο επίκαιρα και σημαντικά θέματα που έχουν ανακύψει στο πεδίο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων αφορά στην εφαρμογή του αρ. 78 παρ. 1 Ν 4412/2016 που αντικατοπτρίζει τη διάταξη του αρ. 63 παρ. 1 της Οδηγίας ΕΕ 2024/14, κατά την οποία, η επίκληση της ικανότητας τρίτων για την πλήρωση κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αφορούν τίτλους σπουδών και επαγγελματικά προσόντα ή επαγγελματική εμπειρία σε εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων, είναι επιτρεπτή μόνο εφόσον οι τρίτοι εκτελέσουν τις εργασίες ή υπηρεσίες. Σε αυτή δε τη περίπτωση απαιτείται απόδειξη διάθεσης αναγκαίων πόρων, ιδίως μέσω σχετικής δέσμευσης του τρίτου¹.

Μετά από πλήθος αντίθετων αποφάσεων που εκδόθηκαν από το Συμβούλιο της Επικρατείας και τα Διοικητικά Εφετεία σχετικά με το αν η δάνεια εμπειρία στις περιπτώσεις αυτές έχει υποχρεωτικά μορφή υπερβολαβίας (που ήταν και η «κρατούσα» άποψη της νομολογίας μέχρι πρόσφατα)² και δεν αρκεί η δέσμευση του τρίτου ότι θα πράσκει τους αναγκαίους πόρους³ ή εάν αποτελεί επιχειρηματική επιλογή η απόφαση του αναδόχου για στήριξη σε τρίτον με τη μία ή την άλλη μορφή και αρκεί η δέσμευση του τελευταίου ανεξαρτήτως της μορφής της συνεργασίας του με τον προσφέροντα⁴, τη λύση φάνηκε να δίνει το ΔΕΕ με την απόφασή του της 26ης.1.2023 στην υπόθεση C-403/21 (SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș)⁵. Σύμφωνα με την απόφαση αυτή (εφόσον δεν ορίζεται κά-

1. Το ζήτημα της σχέσης δάνειας εμπειρίας και υπερβολαβίας υπό το πρίσμα των πρόσφατων νομολογιακών εξελίξεων αναπτύχθηκε από τη Δικηγορική μας Εταιρία στο 3ο Συνέδριο Δημοσίων Συμβάσεων της Νομικής Βιβλιοθήκης, που έλαβε χώρα στις 15.12.2023.
2. ΣτΕ 1612/2022, ΣτΕ ΕΑ170/2020, ΔΕφΘεσ 516/2022 (ΤΝΠ QUALEX).
3. ΣτΕ 1552-1553/2022, ΣτΕ 1792/2022, ΣτΕ ΕΑ 205/2021, ΔΕφΑθ 236/2023, ΔΕφΑθ 1939/2021 πλειοψ. (ΤΝΠ QUALEX).
4. ΔΕφΑθ 1127/2022, ΔΕφΑθ 1939/2021 μειοψ., ΔΕφΘεσ Αν. 143/2021 (ΤΝΠ QUALEX).
5. Βλ. Πισμίρη Β., «Παρατηρήσεις στην ΔΕΕ υπόθ. C-403/21, απόφ. της 26.1.2023 - Το ζήτημα της «υποχρεωτικής υπερβολαβίας» υπό τη σκοπιά της απόφασης ΔΕΕ της 26ης Ιανουαρίου 2023 επί της υπόθεσης C-403/21» (SC NV Construct SRL κατά Județul Timiș) ΘΠΔΔ 7/2023, 818 - 821.

τι ειδικότερο από τη διακήρυξη), η υπεργολαβία αποτελεί απλώς έναν από τους τρόπους με τους οποίους ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων και δεν μπορεί να επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή, ενώ αρκεί να αποδεικνύεται η δέσμευση του τρίτου χωρίς να πρέπει αυτός υποχρεωτικά να δηλώνεται ως υπεργολάβος.

Συμφώνως προς την ανωτέρω κρίση του ΔΕΕ, το Ελεγκτικό Συνέδριο με την πρόσφατη η υπ' αριθ. 1638/2023 απόφαση του Έβδομου Τμήματος, έκρινε ότι οικονομικός φορέας που δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δεν αποτελεί κατ' ανάγκη και υπεργολάβο, παραθέτοντας μια εξαιρετικά ενδιαφέρουσα ανάλυση της έννοιας του άρθρου 78 παρ. 1 του Ν 4412/2016 σε σχέση και με την πραγματική βούληση των μερών ως προς τη συμμετοχή της δανειοπαρόχου εταιρείας στην εκτέλεση της σύμβασης.

Η κρίση του Δικαστηρίου

A. Στην υπό κρίση υπόθεση το Έβδομο Τμήμα του Ελεγκτικού Συνεδρίου επιλήφθηκε προσφυγής ανάκλησης κατά Πράξης του Ε' Κλιμακίου, το οποίο έκρινε ότι κωλύεται η ελεγχόμενη σύμβαση για τον μοναδικό δικαιωτικό λόγο ότι, αφού ο οικονομικός φορέας που δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δεν αποτελεί κατ' ανάγκη και υπεργολάβο, ο αποκλεισμός της πρώτης κατά σειρά μειοδοσίας εταιρείας από τη διαγωνιστική διαδικασία, που συνίσταται στο γεγονός ότι παρέλειψε να δηλώσει αφενός ως υπεργολάβο στο ΕΕΕΣ της την εταιρεία στην οποία στηρίχθηκε για την κάλυψη των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτούσε η διακήρυξη, αφετέρου το ποσοστό επί τοις εκατό του τμήματος της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει στην τελευταία λογιζόμενη ως υπεργολάβο, είναι μη νόμιμος. Περαιτέρω, το Κλιμάκιο διατύπωσε ρητές θετικές κρίσεις που καταφάσκουν τη νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως προς επιμέρους, ζητήματα.

B. Ως προς το κύριο ως άνω ζήτημα, το Ελεγκτικό Συνέδριο έκρινε, ότι κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 18 παρ. 1, 75 και 78 του Ν 4412/2016, με τις οποίες ενσωματώθηκαν οι ομοίου περιεχομένου διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1, 58 και 63 της Οδηγίας 2014/24, όπως οι τελευταίες έχουν ερμηνευθεί από το ΔΕΕ στην υπόθεση C-403/21 - SC NV Construct SRL:

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,

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,

iii. η υπεργολαβία αποτελεί απλώς έναν από τους τρόπους με τους οποίους ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων,

και άρα, η υπεργολαβία δεν μπορεί να επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή.

Γ. Ως εκ τούτων, ένας οικονομικός φορέας δεν επιτρέπεται να αποκλειστεί από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης λόγω μη ορισμού υπεργολάβου, στον οποίο 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. Συνεπώς, κατά το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με την ερμηνεία που δόθηκε από το ΔΕΕ σχετικά με την έννοια των ως άνω διατάξεων, ο οικονομικός φορέας που δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα δεν αποτελεί κατ' ανάγκη και υπεργολάβο (βλ. και ΕλΣυν Τμ. Έβδομο 886/2023⁶, 1159/2023).

Ειδικότερα επί της δέσμευσης του τρίτου και της πραγματικής βούλησης των μερών

A. Κρίθηκε συγκεκριμένα, ότι η διάταξη του Β' εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, που απαιτεί οι οικονομικοί φορείς που δανείζουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να «εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες», έχει την έννοια ότι αυτοί θα συμμετέχουν με την πραγματική διάθεση των δάνειων ικανοτήτων τους, ήτοι των απαραίτητων πόρων ανθρωπίνου δυναμικού, προϊόντων σωματικής και πνευματικής εργασίας, υλικοτεχνικού εξοπλισμού κ.λπ., ενεργά στην εκτέλεση της σύμβασης, κατά τρόπο που να μπορεί να διασφαλιστεί ότι δεν συμμετείχαν στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης με σκοπό την αμιγώς τυπική και μόνο πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής.

B. Με βάση τα ανωτέρω, το Ελεγκτικό Συνέδριο αναζήτησε την πραγματική βούληση των συμβαλλόμενων μερών, χωρίς προσήλωση στις λέξεις, όπως επιβάλλει το άρθρο 173 ΑΚ, συνήγαγε δε, με βάση τα πραγματικά περιστατικά της εξεταζόμενης περίπτωσης:

(α) ότι η ρητή μνεία στο συμφωνητικό μεταξύ της δανειολήπτριας και της δανειοπαρόχου εταιρείας ότι η δανειοπάροχος «θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες», αποσκοπεί στο να διασφαλιστεί ότι η δανειοπάροχος θα συμμετέχει ενεργά στην εκτέλεση της σύμβασης με την πραγ-

6. «...παρίσταται βάσιμος ο προβαλλόμενος με την υπό κρίση προσφυγή λόγος ότι ο οικονομικός φορέας (...) δεν είχε κατ' αρχήν υποχρέωση να δηλώσει ως υπεργολάβο τον οικονομικό φορέα που του δανείζει τεχνική και επαγγελματική ικανότητα κατά την έννοια των άνω διατάξεων των άρθρων 307 παρ. 2 του Ν 4412/2016 και 12 της διακήρυξης. Τέλος, για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό αρκεί, όπως προαναφέρθηκε (...) ο οικονομικός φορέας να αποδείξει ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους δάνειους πόρους με τη δέσμευση του οικονομικού φορέα που δανείζει του πόρους αυτούς, κάτι το οποίο εν προκειμένω δεν αμφισβητήθηκε, και, συνεπώς, όπως έγινε δεκτό και στην προηγούμενη σκέψη, δεν ήταν απαραίτητο να υφίσταται άμεσος νομικός δεσμός μεταξύ του αναδόχου οικονομικού φορέα (...) και του τρίτου δανειζόντος τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (...), διότι υπό την αντίθετη εκδοχή θα αναιρούταν η ευρεία διακριτική ευχέρεια των οικονομικών φορέων (...) να θέσουν και να διαμορφώσουν ελεύθερα και κατάλληλα, τους όρους της μεταξύ τους συνεργασίας».

ματική διάθεση των δάνειων ικανοτήτων της, ήτοι των απαραίτητων πόρων ανθρωπίνου δυναμικού, προϊόντων σωματικής και πνευματικής εργασίας, υλικοτεχνικού εξοπλισμού κ.λπ., και

(β) ότι την ίδια έννοια έχει και η αναφορά της φράσης ότι η δανειοπάροχος «θα διαθέσει και κάθε άλλο μέσο που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης»,

και συνεπώς, ότι ικανοποιείται η απαίτηση της διάταξης του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. Β' του Ν 4412/2016 με την πρόβλεψη αντίστοιχου συμβατικού όρου, ο οποίος, ακολουθεί παρόμοια γλωσσική διατύπωση με τη νομοθετική διάταξη.

Καταληκτικές σκέψεις

Το σκεπτικό της απόφασης του Ελεγκτικού Συνεδρίου, που επαναλαμβάνει την ήδη εκπεφρασμένη θέση του ίδιου Τμήματος για το περί ου ο λόγος ζήτημα, είναι αδιαμφισβήτητα συνεπές με τη βούληση του ενωσιακού (και του εθνικού) νομοθέτη όπως αυτή εκφράστηκε στο άρθρο 63 παρ. 1 της Οδηγίας ΕΕ 2024/14 και ερμηνεύτηκε από το ΔΕΕ, που δεν είναι άλλη από την κάμψη της υπέρμετρης τυπικότητας σε βάρος της ουσίας. Μιας υπέρμετρης τυπικότητας που δυστυχώς έχει θέσει εσφαλμένα κατ' επανάληψη εκτός διαγωνιστικών διαδικασιών πολλούς διαγωνιζόμενους, μολονότι προέκυπτε από τα δικαιολογητικά συμμετοχής η δέσμευση/βούληση του τρίτου και του προσφέροντα ως προς την ενεργή συμμετοχή του τρίτου στην εκτέλεση της σύμβασης.

Και τούτο, ειδικά αν κανείς αναλογιστεί ότι:

- Υπάρχει σαφής διάκριση μεταξύ υπεργολάβου και δανειζοντος ικανότητα στον νόμο.

- Ο νόμος δεν προσδιορίζει το είδος της σχέσης μεταξύ δανειζοντος και προσφέροντος, και άρα η επιβολή της υπεργολαβίας ως μοναδικής μορφής άσκησης μιας δραστηριότητας αντιβαίνει στην αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων και το άρθρο 63, αφού κατ' αυτό αρκεί η δέσμευση του τρίτου για να αποδειχθεί η συμμόρφωση με τα κριτήρια επιλογής.

- Ο δανειζών εμπειρία, ακόμα και όταν υποχρεούται να εκτελέσει εργασίες, μπορεί να συνδέεται με διάφορες μορφές με τον προσφέροντα, όπως σύμβαση δανεισμού μισθωτού, σύμβαση συνεργασίας κ.λπ., και όχι υποχρεωτικά υπεργολαβίας (αρκεί να προκύπτει η δέσμευσή του κατά τα ανωτέρω).

- Η επιβολή στους προσφέροντες της υποχρέωσης να δηλώνουν ρητά τους τρίτους ως υπεργολάβους ήδη από την υποβολή της προσφοράς τους συνιστά υπέρμετρη απαίτηση η οποία μειώνει τον ανταγωνισμό κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας (σκ. 65 στην ΔΕΕ C-403/21).

- Ο δανειζών εμπειρία διαθέτει πιο ευρύ και πιο ουσιαστικό ρόλο από τον υπεργολάβο, αφού ο μεν πρώτος οφείλει να πληροί τα κριτήρια επιλογής, ενώ ο δεύτερος απλώς εκτελεί τις εργασίες.

- Η χρήση της δάνειας ικανότητας δεν είναι πάντα μέγεθος μετρήσιμο, συνεπώς καθίσταται δυσχερής ο προσδιορισμός του τμήματος των εργασιών που θα αναλάβει ο τρίτος.

Είναι μάλιστα αξιοσημείωτος ο τρόπος με τον οποίο προσέγγισε το Ελεγκτικό Συνέδριο τον έλεγχο της δέσμευσης

του τρίτου που απαιτεί το άρθρο 63, με την αναζήτηση της αληθινής βούλησης των μερών κατά το άρθρο 173 ΑΚ. Ειδικότερα, η ερμηνεία της δήλωσης Βουλήσεως αποτελεί ουσιαστικό στοιχείο της αρχής της ιδιωτικής πρωτοβουλίας (αυτονομία της ιδιωτικής βούλησης). Με τη διάταξη του άρθρου 173 ΑΚ καθιερώνεται το προβάδισμα της «αληθινής» βούλησης έναντι της λεκτικής διατύπωσης της δήλωσης με σκοπό την προστασία της ιδιωτικής αυτονομίας (υποκειμενική ερμηνεία)⁷. Το σύνολο δε των εκφραστικών μέσων (συνήθως λέξεων) που χρησιμοποιήθηκαν για τη δήλωση, αποτελεί τη βάση για την αναζήτηση της αληθινής βούλησης. Αυτά όμως τα μέσα, ιδίως οι λέξεις, που χρησιμοποιήθηκαν δεν λαμβάνονται υπόψη κατά το γλωσσικό τους περιεχόμενο, αλλά κατά το νόημα που ο δηλών εκφράζει.

Γίνεται μάλιστα (ορθά) δεκτό, ότι η αναζήτηση της αληθινής δηλωθείσας βούλησης είναι έργο (και υποχρέωση) οποιουδήποτε έχει σχέση με τη δήλωση αυτή και όχι μόνο του ερμηνευτή (π.χ. του δικαστή, ενώπιον του οποίου θα αχθεί η αμφισβήτηση ως προς το αληθές νόημα της δήλωσης βουλήσεως)⁸.

Αν και η ΑΚ 173 αναφέρεται σε ερμηνεία δήλωσης βουλήσεως, εφαρμόζεται σε κάθε είδους δικαιοπραξίες και επομένως και στις συμβάσεις. Σε αυτή τη διάταξη, λοιπόν, στηρίχθηκε το Ελεγκτικό Συνέδριο για να εξετάσει την αληθινή βούληση δανειοπάροχου και δανειολήπτη ως προς τη συμμετοχή του πρώτου στην εκτέλεση της σύμβασης, όπως αυτή εκφράστηκε στο μεταξύ τους συμφωνητικό. Το ίδιο προφανώς θα ίσχυε ακόμα και αν αντί του συμφωνητικού είχε προσκομιστεί λ.χ. μονομερής δήλωση του δανειοπάροχου απευθυντέα στον δανειολήπτη.

Εκ των ανωτέρω, συνάγεται ανενδοίαστα η υποχρέωση των αναθετουσών αρχών (και εν τέλει των αρμοδίων δικαστηρίων) να αναζητούν στα προσκομιζόμενα δικαιολογητικά συμμετοχής την αληθινή βούληση δανειοπάροχου και δανειολήπτη ως προς τη συμμετοχή του πρώτου στην εκτέλεση της σύμβασης. Η προσέγγιση μάλιστα αυτή του Ελεγκτικού Συνεδρίου αποτελεί τη μόνη ορθολογική προσέγγιση του ζητήματος και υπηρετεί απολύτως τον σκοπό της διάταξης του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24, πυρήνας της οποίας είναι η διεύρυνση του ανταγωνισμού προς όφελος των οικονομικών φορέων και των αναθετουσών αρχών.

Σοφία Μαυρίδου

Υπ. Διδάκτωρ Δημοσίου Δικαίου, Senior Counsel,
Karatzas & Partners

7. Α. Γεωργιάδης, ΣΕΑΚ, έκδ. 2023, σ. 433, Α. Γεωργιάδης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 5η έκδ. 2019, σ. 535.

8. Ι. Σπυριδάκης, Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, 3η έκδ., 2022, σ. 989, 991.



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Εκδοση | Εκπαίδευση | Καινοτομία

ΑΘΗΝΑ - ΚΕΝΤΡΙΚΑ:

Μαυρομιάλη 23, 106 80 | T 210 3678800 (30 γραμμές) | F 210 3678922 | E info@nb.org

ΑΘΗΝΑ:

Μαυρομιάλη 2, 106 80 | T 210 3607521 | F 210 3603975 | E m2bookstr@nb.org

ΠΑΤΡΑ:

Κανάρη 15, 262 22 | T 2610 361600 | F 2610 361515 | E nbpatra@nb.org

ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ:

Φράγκων 1, 546 26 | T 2310 545618, 2310 532134 | F 2310 551530 | E nbthess@nb.org

www.nb.org