Οι «κατασκευές» της δάνειας εμπειρίας και της υπεργολαβίας στις δημόσιες συμβάσεις[1]

Απόστολος Γέροντας,
Καθηγητής Διοικητικού Δικαίου

1.Η δάνεια εμπειρία

α. Ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας διατυπώθηκε για πρώτη φορά από το ΔΕΚ, στην απόφαση BallastNedamGroepNV κατά του Βελγικού Δημοσίου[2], στην οποία το Δικαστήριο έκρινε ότι την ανάθεση συμβάσεων δημοσίων έργων μπορεί να διεκδικήσει όχι μόνο ένα φυσικό ή νομικό πρόσωπο που εκτελεί το ίδιο τα έργα αυτά , αλλά εξίσου και ένα πρόσωπο που εκτελεί μέσω πρακτορείων ή υποκαταστημάτων η απευθύνεται σε εξωτερικούς, τεχνικούς ή τεχνικές υπηρεσίες ή ακόμη και σε κοινοπραξία εργοληπτών οποιασδήποτε νομικής μορφής[3]. Στη συνέχεια το δικαστήριο διευκρίνισε ότι οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να εκτιμούν τις ικανότητες των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, εφόσον έχουν υποβάλει σχετική αίτηση και αποδεικνύουν ότι θα διαθέτουν τα απαιτούμενα για την εκτέλεση της σύμβασης μέσα των θυγατρικών εταιρειών τους. Περαιτέρω με την απόφαση της 18.3.2004 κρίθηκε ότι απαγορεύεται ο αποκλεισμός ενός διαγωνιζόμενου, που επικαλείται την εμπειρία τρίτου, εκτός αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει τη δυνατότητα να χρησιμοποιήσει τις ικανότητες του τρίτου φορέα[4].

β. Με την Οδηγία 2004/18/ΕΚ θεσπίσθηκε η δυνατότητα ενός οικονομικού φορέα να μπορεί ενδεχομένως και για συγκεκριμένη σύμβαση να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών με αυτούς και πρέπει να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών(άρθρο 47 παρ. 2 και 48 παρ. 3). Με την επίκληση της σχετικής νομολογίας του ΔΕΕ προβλέφθηκε ότι δεν είναι υποχρεωτικό για τον αναθέτοντα μειοδότη να εκπληρώνει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με δικά του μέσα, αλλά μπορεί να προσφύγει στην παροχή των αναγκαίων εγγυήσεων ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκπλήρωση της παροχής που ζητείται από τρίτους, «υπό την προϋπόθεση να μπορεί να αποδείξει την πραγματική δυνατότητα χρησιμοποίησης των ικανοτήτων του δανειοπαρόχου».

---

[1] Η μελέτη αυτή αφιερώνεται στον αγαπημένο μου Καθηγητή και φίλο Γ.Κασιμάτη για όσα μου έχει προσφέρει ως συνεργάτη στο Νομικό Γραφείο του Πρωθυπουργού Α. Παπανδρέου (ν. 1299/1982).

[2]ΔΕΚ απόφ. της 14.4.1994, C-389/92, βλ. ενδεικτικά, Ε.ΜΙχολίτση, Ο θεσμός της «Δάνειας εμπειρίας» αναφορικά με την κάλυψη της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας υποψηφίου και η αμφίσημη πορεία της ελληνικής νομολογίας, ΝΟΔΕΠΕ 2023, σελ. 5 επ., Ι.Ζαχαράκη, Ο θεσμός «¨δάνεια εμπειρία», ΔιΔικ 2021, σελ. 761 επ., Ε.Βλάχου, Η στήριξη του οικονομικού φορέα από τρίτους στις δημόσιες συμβάσεις: οι νέες ενωσιακές ρυθμίσεις και οι διαχρονικοί προβληματισμοί, ΕΔΔΔΔ, 2020,σελ. 5 επ.

[3]Στην υπόθεση αυτή η αρμόδια βελγική αρχή θεώρησε ότι «δεν μπορεί να θεωρηθεί εργολήπτης δημοσίων έργων, δεδομένου ότι είναι εταιρεία Holding, δεν εκτελεί η ίδια τα έργα, αλλά προκειμένου να δικαιολογήσει τις τεχνικές της ικανότητες, επικαλείται τα έργα που έχουν εκτελέσει οι θυγατρικές της εταιρείες, οι οποίες έχουν, όλες, χωριστή νομική προσωπικότητα.

[4]C-314/01. Ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας αποσκοπεί αφενός στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό προς όφελος τόσο των υποψηφίων αναδόχων όσο και των αναθετουσών αρχών και αφετέρου στην πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, ΔΕΕ απόφ. της 7.4.2016, απόφ. της 10.10.2013, C-94/12, βλ. αιτιολ. Έκθεση της οδηγίας 2004/18, σημείο 32.

γ. Η οδηγία 2014/24/ΕΕ προέβη στη διεύρυνση της αντίστοιχης ρύθμισης και ειδικότερα η δάνεια εμπειρία αναφέρεται στα κριτήρια της οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, χωρίς να θεωρείται κρίσιμη η νομική φύση με την δανείζουσα οντότητα και χωρίς βέβαια να αποκλείεται η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να απαιτεί την εκτέλεση κρίσιμων εργασιών από τον ίδιο τον προσφέροντα[5].Η διάταξη του άρθρου 63 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ μεταφέρθηκε στην εσωτερική έννομη τάξη με τη διάταξη του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτόν. Ο άλλος φορέας που δανείζει την εμπειρία είναι «τρίτος» σε σχέση με τον εν εξελίξει διαγωνισμό και δεν ταυτίζεται με τον προσφέροντα και αποδέκτη της εμπειρίας, εφόσον όμως ο προσφέρων επικαλείται την εμπειρία στελέχους της επιχείρησής του, τότε δεν πρόκειται για «τρίτον» προς αυτόν, αλλά αποτελεί μέλος της ομάδας που διεκδικεί το έργο[6]. Αν πρόκειται για συμβάσεις ιδιάζουσας μορφής στις οποίες κυριαρχούν εργασίες με ιδιαιτερότητες, προβλέπεται ότι αποκλείεται να υπάρξει ένας γενικός κανόνας με τον οποίο οι οικονομικοί φορείς να μην δύνανται να συμμετάσχουν σε διαγωνιστικές διαδικασίες με το σκεπτικό ότι στηρίζονται στις ικανότητες και την εμπειρία περισσότερων της μιας επιχείρησης για την ίδια κατηγορία προσόντων. Αυτό συμβαίνει όταν πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η φύση της επίμαχης σύμβασης.

δ. Στις δημόσιες συμβάσεις στον τομέα του ύδατος και σε ό,τι αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ο οικονομικός φορέας, που αδυνατεί να ανταποκριθεί με ίδια μέσα, έχει δικαίωμα να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς, προκειμένου να αποδείξει στον αναθέτονται φορέα ότι συντρέχουν στο πρόσωπό του απαιτήσεις των κριτηρίων επιλογής που τίθενται στη διακήρυξη και όχι και νέες, επιπρόσθετες απαιτήσεις, που πρέπει να συντρέχουν αποκλειστικά στο πρόσωπο του τρίτου[7]. Στις περιπτώσεις που ζητείται ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας η αναφορά σε τίτλους σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου των υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης η στήριξη στις ικανότητες τρίτου προϋποθέτει ότι ο τρίτος θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες[8] . Η αναθέτουσα αρχή έχει δέσμια αρμοδιότητα ελέγχου της

[5]ΔΕΚ απόφ. της 14.4.1994, C-389/92, της 10.10. 2013, C-94/12

[6]ΔΕφΑθ 28/2015. Η απαίτηση αυτή ισχύει και για τις εταιρείες που είναι συνδεδεμένες μεταξύ τους, όπως π.χ. μητρική-θυγατρική, εφόσον πρόκειται για διακριτά νομικά πρόσωπα. Όσον αφορά τις εταιρείες που ανήκουν στον ίδιο όμιλο επιχειρήσεων, δεν υφίσταται αμάχητο τεκμήριο ότι ο διαγωνιζόμενος διαθέτει τα μέσα των υπόλοιπων εταιρειών. Αντιθέτως και σε αυτές τις περιπτώσεις των ομίλων επιχειρήσεων ή της συγχώνευσης των εταιρειών, απαιτείται η προσκόμιση έγγραφης βεβαίωσης ότι ο δανειοπάροχος δεσμεύεται για τη διάθεση των αναγκαίων πόρων στον διαγωνιζόμενο με το ιδιωτικό συμφωνητικό για συνεργασία με τον δανειοπάροχο παροχής τεχνικής υποστήριξης.

[7]Βλ. Α.Βαρδουνιώτου/Ν-Σ.Μπάσδελη, Ειδικότερες πτυχές της στήριξης οικονομικών φορέων στις ικανότητες τρίτων για την πλήρωση κριτηρίων επιλογής, ΝΟΔΕΠΕ, τ. 12, 2019, σελ. 14 επ. με αναφορά στη νομολογία του ΔΕΕ πριν από τη θέση σε ισχύ των νέων οδηγιών.

[8]πρβλ. Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση C-324/2014.

πλήρωσης των απαιτήσεων ποιοτικής επιλογής στο πρόσωπο του δανείζοντος τρίτου και συνακόλουθα ελέγχου των αλλότριων (οικονομικών και τεχνικών) πόρων[9], υποχρεούμενη να ζητεί από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει τον τρίτο που δεν πληροί τις απαιτήσεις αυτές, λαμβάνοντας περαιτέρω μέριμνα ώστε, σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης η αντικατάσταση αυτού να μην καταλήγει σε ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς[10]. Ο αναθέτων φορέας δέχεται ως προκαταρκτική απόδειξη τη δήλωση του οικονομικού φορέα στο ΕΕΕΣ[11] ότι ο ίδιος πληροί τα κριτήρια επιλογής μέσω του δανεισμού χρηματοοικονομικής ικανότητας ή/και τεχνικής και επαγγελματικής εμπειρίας από τρίτο, ως προς τον οποίο παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες και υποχρεούται να ζητεί πριν από την ανάθεση της σύμβασης τα οικεία δικαιολογητικά που αφορούν στην πλήρωση των κριτηρίων επιλογής[12].

ε. Με βάση τη σχετική διάταξη, ο οικονομικός φορέας προκειμένου να ανταποκριθεί στα παραπάνω κριτήρια, διαθέτει τη δυνατότητα να στηριχθεί στην εμπειρία και τα μέσα τρίτων, οι οποίοι μπορούν να προσφέρουν τις ικανότητές τους, ώστε να επιτευχθεί η έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης και με αυτόν τον τρόπο δεν αποκλείεται από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού, εφόσον μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων[13]. Ο προσφέρων οικονομικός φορέας στρέφεται στις ικανότητες τρίτων προς τον διαγωνισμό οικονομικών φορέων, οι οποίοι διαθέτουν τα σχετικά προσόντα και δηλώνει ότι, εφόσον ανακηρυχθεί ανάδοχος, θα κάνει χρήση τους[14]. Η προσφυγή στις ικανότητες του τρίτου αναφέρεται στην τεχνική-επαγγελματική ικανότητα ή την οικονομική χρηματοοικονομική επάρκεια, προϋποθέτει τη νομική δέσμευση του τρίτου και την υποβολή αυτοτελούς δήλωσης Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης(ΕΕΕΣ) για τον τρίτο, ώστε να είναι εφικτή από την αναθέτουσα αρχή η έρευνα όσον αφορά τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του. Με βάση τα παραπάνω, πρόκειται για δάνεια εμπειρία, όταν αυτός που υποβάλει την προσφορά είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση κάνοντας χρήση των πόρων-μέσων ή επαγγελματικής εμπειρίας που δεν διαθέτει ο ίδιος, αλλά τα δανείζεται από τρίτους, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, για την εκτέλεσή της, δηλαδή προκειμένου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής ως προς την οικονομική-χρηματοοικονομική επάρκεια ή την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, υπό τον όρο της δυνατότητας απόδειξης ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους-μέσα[15]. Ο δανείζων εμπειρία, παραμένει «τρίτος» έναντι της αναθέτουσας αρχής, ήτοι δεν συμβάλλεται μαζί της, δεν καθίσταται ανάδοχος της σύμβασης και δεν θεωρείται υπόλογος σε αυτήν και σε καμιά περίπτωση δεν μπορεί να υποκαταστήσει τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, εκτός από συγκεκριμένες περιπτώσεις στις οποίες ο νόμος απαιτεί να υπάρχει σύνδεση του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα και του τρίτου,

[9]πρβλ. Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση C-324/2014, σκ. 27, πρβλ. ΕλΣυνVIΤμ. 1068/2018, 844/2018
[10]πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 3.6.2021, C-210/2020.
[11]Για το ΕΕΕΣ Βλ. αναλυτικά παρακάτω
[12]ΕΣ Τμ.VII 576/2022
[13]ΣτΕ ΕΑ 206/2020 ΝΟ.ΔΕ.ΠΕ 17/2021, σελ. 47 επ. ΔΕφΑθ 1127/2022. Κατά τη διακήρυξη δεν επιβάλλεται στον τρίτο που παρέχει στήριξη σε διαγωνιζόμενο, οποιαδήποτε δήλωση περί αποδοχής των όρων της διακήρυξης, ΣτΕ 252/2023
[14]ΣτΕ 405/2013, 1217/2018, ΕΣ 1071/2017
[15]ΔΕφΘεσσ 267/2023

τις ικανότητες του οποίου επικαλείται ο πρώτος για να ανταποκριθεί στην κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής[16].

Με βάση τις παραπάνω διαπιστώσεις σε συνδυασμό με το άρθρο 78 ν. 4412/2016, όταν ο υποψήφιος οικονομικός φορέας αδυνατεί να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, έχει το δικαίωμα να συμμετέχει στη διαδικασία ανάθεσης με προσφυγή στις δυνατότητες ενός τρίτου φορέα για την απόδειξη της καταλληλότητάς του (οικονομική, χρηματοοικονομική επάρκεια, τεχνική, επαγγελματική ικανότητα), αρκεί να αποδείξει ότι ο τρίτος φορέας έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους, οι οποίοι θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεσή του αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης[17], με την προσκόμιση κατάλληλων προς τούτο δικαιολογητικών και εγγράφων, όπως επί παραδείγματι σχετικών δηλώσεων δέσμευσης ή συμβάσεων συνεργασίας, ότι θα έχει στη διάθεσή του τα μέσα που ανήκουν στον τρίτο και τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως σε «κατάλληλο επίπεδο ποιότητας»[18] . Ο δανεισμός της ικανότητας μπορεί να βασίζεται σε οιαδήποτε έννομη σχέση εταιρικής εξάρτησης, αλλά και οποιαδήποτε άλλη έννομη σχέση, αρκεί να αποδεικνύεται ότι συνεργασία των δύο οικονομικών φορέων και η διάθεση των πόρων του ενός προς τον άλλον, αρκεί δηλαδή να υφίσταται η συνεργασία ανεξάρτητα από τη φύση του μεταξύ τους νομικού δεσμού[19].
Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί από το ΔΕΕ[20], δεν απαιτείται να είναι σε θέση ο συνάπτων τη σύμβαση με αναθέτουσα αρχή να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με δικά του μέσα, προκειμένου να μπορεί να χαρακτηρισθεί ως εργολήπτης, αλλά αρκεί να παρέχει τις αναγκαίες εγγυήσεις ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκπλήρωση της οικείας παροχής από τρίτους[21]. Όπως συνάγεται από τις κοινοτικές ρυθμίσεις και από τη νομολογία του ΔΕΕ, έχει δικαίωμα υποβολής προσφοράς ή καταθέσεως αιτήσεως συμμετοχής κάθε πρόσωπο ή φορέας που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία διακήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της συμβάσεως, απευθείας ή μέσω τρίτου (π.χ μέσω ιδιωτικού συμφωνητικού περί δέσμευσης πόρων ή μέσω υπεργολαβίας), ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος -δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου- που τον διέπει.Ο οικονομικός φορέας, ο οποίος επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων οντοτήτων, αρκεί να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρου, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό[22]. Κατά συνέπεια, μείζον ζήτημα, κάθε φορά που ανακύπτει η ανάγκη προσφυγής σε δάνεια εμπειρία, είναι η απόδειξη ότι τα μέσα του τρίτου φορέα θα τεθούν πράγματι στη διάθεση του διαγωνιζόμενου φορέα, εφόσον αυτός κηρυχθεί ανάδοχος[23].Οποιαδήποτε έγγραφη δέσμευση του τρίτου κρίνεται επαρκής και ο

[16]Μ.Σειραδάκης, ΘΠΔΔ 12/2022, σελ. 1300 επ. Δεν είναι επιτρεπτή η προσφυγή στη δάνεια εμπειρία για την επαγγελματική καταλληλότητα του υποψηφίου, βάσει της παρ. 2 του άρθρου 75, την οποία πρέπει να διαθέτει αυτοτελώς ο συμμετέχων οικονομικός φορέας.
[17]ΔΕΕ απόφ. της 7.4.2016, C-324/14
[18]ΣτΕ ΕΑ 115/2019 με αναφορά στη σχετική νομολογία, ΔΕφΘεσσ 267/2023
[19]ΔΕΕ απόφ. της 2.12.1999, C-176/98
[20]Απόφ. της 12.7.2001, C-399/98
[21]ΔΕΕ απόφ. της 12.7.2001, C-299/98, της 23.12.2009, C-305/98
[22]ΔΕΕ απόφ. τη 10.10.2013, C-94/12
[23]Στην περίπτωση της δάνειας εμπειρίας είναι ανεπίτρεπτη η αθροιστική πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, δηλαδή κατά ένα μέρος από τον προσφέροντα και κατά ένα μέρος από τοςυ τρίτους φορείς, εκτός εάν αυτό προβλέπεται ρητά από τους όρους της διακήρυξης, ΣτΕ 2631/2020, ΔΕφΑθ 1642/2023. Το ΔΕΕ έχει αναγνωρίσει το παραδεκτό της λεγόμενης «πολλαπλής ή μερικής επικλήσεως» των δυνατοτήτων τρίτων, ΔΕΕ απόφ. της 2.12.1999, C-176/98 και C-134/01, βλ. Χ.Κρικώνη/Α.Κωνσταντέλλια, Η αθροιστική κάλυψη κριτηρίων ποιοτικής επιλογής μεταξύ προσφέροντος και τρίτου δανειοπαρόχου, ΝΟΔΕΠΕ, 2023, σελ. 9 επ., ΕΑΔΗΣΥ

οικονομικός φορέας διαθέτει την ελευθερία να συνάπτει δεσμούς και να επιλέγει τη νομική φύση των δεσμών του με τους τρίτους, Ειδικότερα, η σχέση του οικονομικού φορέα με την τρίτη οντότητα μπορεί να διέπεται από ένα ιδιωτικό συμφωνητικό, ένα μισθωτήριο συμβόλαιο, μια σύμβαση leasing, μια σύμβαση παραχώρησης χρήσης ενός μηχανήματος ή οποιαδήποτε άλλη σχέση ή ακόμη και μια απλή υπεύθυνη δήλωση, εφόσον προβλέπεται από τη διακήρυξη.

στ. Η επίκληση από τον οικονομικό φορέα της εμπειρίας τρίτων συνεπάγεται την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να προβεί στον έλεγχο, αν οι φορείς στους οποίους προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας πληρούν τα κριτήρια επιλογής και αν ενδεχομένως συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 73 και 74 του ν. 4412/2016. Για τον λόγο αυτό ο διαγωνιζόμενος έχει την υποχρέωση να υποβάλλει, με τον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής του και αυτοτελές έντυπο ΕΕΕΣ και για τους τρίτους, ώστε να ερευνηθεί αν πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία και δεν συντρέχουν οι προβλεπόμενοι από τις σχετικές διατάξεις λόγοι αποκλεισμού. Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγξει στην συνδρομή των προϋποθέσεων συμμετοχής και των πληροφοριών που αναφέρονται στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης[24],ο δε τρίτος στις ικανότητες του οποίου προτίθεται να στηριχθεί ο διαγωνιζόμενος, υποχρεούται να προσκομίσει, κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, όλα τα δικαιολογητικά που επιβεβαιώνουν την ακρίβεια των στοιχείων που έχουν δηλωθεί στο ΕΕΕΣ σχετικά με τη δυνατότητα συμμετοχής και τους λόγους αποκλεισμού[25].

Εφόσον η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι ένας οικονομικός φορέας δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής ή συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, μπορεί να ζητήσει την αντικατάστασή του, που λαμβάνει χώρα μετά από πρόκληση προς τον οικονομικό φορέα μέσα σε αποκλειστική προθεσμία 30 ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης[26]. Το ΔΕΕ έκρινε ότι η αναθέτουσα αρχή εφαρμόζει την εκ του νόμου προβλεπόμενη δυνατότητα αντικατάστασης του τρίτου φορέα, οφείλει να μεριμνήσει, σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, σύμφωνα με το άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24, ώστε η αντικατάστασή του οικείου φορέα να μην οδηγηθεί σε ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς του εν λόγω προσφέροντος, δηλαδή δεν πρέπει να συνεπάγεται την υποβολή νέας προσφοράς[27].

588/2021. Η νομολογία του ΔΕΕ έκρινε ότι δεν θεσπίζεται καταρχήν απαγόρευση στήριξης ενός υποψηφίου ή προσφέροντος στις δυνατότητες ενός ή περισσότερων τρίτων, επιπλέον των δικών τους δυνατοτήτων, για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που έχει καθορίσει η Αναθέτουσα Αρχή, ΔΕΕ C-94/2012, C-27/2015. Έτσι, κρίθηκε ότι είναι δυνατή η σώρευση των δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων αρκεί να αποδεικνύεται ότι ο προσφέρων θα έχει στη διάθεσή του τα αναγκαία, για την εκτέλεση της σύμβασης, μέσα. Η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση, υπό το πρίσμα της οποίας είναι επιτρεπτή η αθροιστική πλήρωση κριτηρίων από τους οικονομικούς φορείς, συνάδει με την αρχή του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, η οποία αποσκοπεί στη επίτευξη της μεγαλύτερης δυνατής συμμετοχής σε διαγωνιστική διαδικασία προς όφελος, τόσο των οικονομικών φορέων όσο και των αναθετουσών αρχών.

[24]ΕΕΕΣ, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, ΕΣ Μείζ. Επταμ. Σύνθ 1262/2019, ΣτΕ 1647/2022

[25]ΣτΕΟλ. 1819/2020. Οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας υποχρεούνται στην υποβολή πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας κατά τρόπο που να καλύπτουν τόσο τον χρόνο υποβολής της προσφοράς όσο και τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου, ΕΑΑΔΗΣΥ 178/2022

[26]ΣτΕ16472022. Βλ. Φ.Α.Ράϊκου, Αντικατάσταση του τρίτου φορέα στις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες: Δέσμια αρμοδιότητα ή διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής; ΝΟΔΕΠΕ, τ. 22, 2022, σελ. 14 επ.

[27]ΔΕΕ απόφ. της 29.3.2012, C-599/10, της 7.4.2016, C-324/14, της 11.5.2017, C-131/16.

Σημειωτέον ότι ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο αρχικός φορέας δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου(άρθρο 78 παρ. 1 τελ. εδ, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 26 του ν. 4782/2021). Όπως έχει επισημανθεί, η προσφυγή στη στήριξη των ικανοτήτων άλλων φορέων αντανακλά μια όψη της αρχής του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις, δηλαδή πρόκειται για διεύρυνση του κύκλου των ενδιαφερόμενων και συνιστά βασικό εργαλείο και μηχανισμός για την εγκαθίδρυση εσωτερικής αγοράς και απλοποίησης της διαγωνιστικής διαδικασίας και ειδικότερα πρόκειται για «μια εκδοχή «υπό-σύμβασης», η οποία συνιστά όπως και η υπεργολαβία εξαίρεση στον κανόνα της αυτοπρόσωπης εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης»[28]. Σύμφωνα με τη θεμελιώδη αρχή του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις επιδιώκεται η ευρύτερη δυνατή συμμετοχή των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων[29] προς το συμφέρον τόσο της αγοράς όσο και των επιχειρήσεων και για την επίτευξη αυτού του σκοπού οι όροι της διακήρυξης για την προσφυγή στην δάνεια εμπειρία πρέπει να ερμηνεύονται με ευρύτητα, χωρίς αυτό να συνεπάγεται την εκτέλεση του συνόλου της σύμβασης από τον τρίτο δανειστή εμπειρίας, πράγμα που σημαίνει ότι η εξ ολοκλήρου εκτέλεση συνιστά μη νόμιμη υποκατάσταση. Δεν αποκλείεται η ίδια η διακήρυξη να προβλέπει περιορισμούς στην επίκληση δάνειας εμπειρίας και ειδικότερα συγκεκριμένα κεφάλαια της σύμβασης που κρίνονται ουσιώδη να εκτελούνται από τον ίδιο τον ανάδοχο, διαφορετικά ανατρέπεται η φιλοσοφία της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία συνίσταται στην ανάδειξη του καταλληλότερου αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης.

Όταν ο οικονομικός φορέας δεν είναι σε θέση να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης μπορεί να συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία με προσφυγή στις δυνατότητες τρίτου φορέα για την απόδειξη της καταλληλότητάς του(οικονονομική, χρηματοοικονομική επάρκεια, τεχνική, επαγγελματική ικανότητα) αρκεί να αποδείξει ότι ο τρίτος φορέας έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους, οι οποίοι θα βρίσκονται στη διάθεση του αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης[30]. Προς τον σκοπό αυτόν πρέπει να προσκομίζονται τα κατάλληλα δικαιολογητικά και έγγραφα, όπως π.χ. δηλώσεις δέσμευσης ή συμβάσεις συνεργασίας, ότι θα έχει στη διάθεσή του τα μέσα που ανήκουν στον τρίτο και τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης σε «κατάλληλο επίπεδο ποιότητας»[31].Οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας υποχρεούνται στην υποβολή πιστοποιητικών φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας κατά τρόπο που να καλύπτουν τόσο τον χρόνο υποβολής της προσφοράς όσο και τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου[32].

2. Η υπεργολαβία.

α. Ως υπεργολαβία θεωρείται η σύμβαση μίσθωσης έργου εξ επαχθούς αιτίας, με την οποία ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, που δεν συνδέονται με τον εργοδότη-δηλαδή στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων με την αναθέτουσα αρχή-, με νομικό δεσμό και με σκοπό την

[28]βλ. Ι. Μαθιουδάκης, Η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων στις δημόσιες συμβάσεις μετά τον ν. 4782/2021-Εφαλτήριο ενός ευρύτερου ανταγωνισμού, ΕφημΔΔ 2/2022, σελ. 198 επ.
[29]ΔΕΕ απόφ. της 7.9.2016, C-549/2014, της 26.9.2019, C-6363/2018
[30]Για τις προϋποθέσεις παραδεκτής στήριξης στις τεχνικές ικανότητες τρίτου, βλ. Κ.Γιαννακόπουλος, Δημόσιες συμβάσεις και συμβάσεις παραχώρησης, 2019, σελ. 245 επ., ΔΕΕ απόφ. της 2.12.1999, C-176/98, της 12.7.2001, C-399/98, της 18.10.2016, C-218/11, ΔΕφΚομΑ 88/2022
[31]ΣτΕ ΕΑ 115/2019, ΔΕΕ απόφ. της 14.9.2017, C-223/16
[32]ΕΑΑΔΗΣΥ 178/2022

εκτέλεση μέρους της σύμβασης[33]. Η βασική δε διάκριση της υπεργολαβίας από τη δάνεια εμπειρία έγκειται στο γεγονός ότι ο δανειζόμενος εξακολουθεί να είναι εκείνος που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων/ μέσων που δανείζεται από τρίτους κατά την εκτέλεση αυτής, ενώ στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο[34].

Η δάνεια εμπειρία διακρίνεται από την υπεργολαβία, κατά το ότι ο διαγωνιζόμενος εξακολουθεί ο ίδιος να εκτελεί το ανατεθέν αντικείμενο της σύμβασης, δύναται, όμως, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, είτε όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, είτε όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ανεξάρτητα από τη νομική φύση των δεσμών του με τους φορείς αυτούς, αρκεί να αποδεικνύει ότι έχει στη διάθεσή του τα αλλότρια αυτά μέσα των φορέων των οποίων η συμμετοχή είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης[35]. Από αυτά παρέπεται ότι η δάνεια εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα μπορεί να συνίσταται στην παροχή τεχνογνωσίας ή εμπειρίας αλλά και των αναγκαίων πόρων(ανθρώπινου δυναμικού) από αυτόν(δανείζοντα) προς τον δανειζόμενο για την εκτέλεση από τον τελευταίο της σύμβασης, χωρίς να αποκλείεται και η περίπτωση εκτέλεσης των εργασιών ή υπηρεσιών από τον τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει τη στήριξή του στον προσφέροντα ή τον

---

[33]ΑΠ 570/2007, 119/2013, Βλ. αναλυτικά, Α.Τσιρωνάς, Η «υπεργολαβία» στις δημόσιες συμβάσεις ως «επιχειρηματική επιλογή». Μια contra legem ερμηνεία του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. β΄του ν. 4412/2016, ΝΟΔΕΠΕ 2023, τ. 28, σελ. 7 επ. με παραπομπές στη σχετική νομολογία, Β.Γιαννακού/Μ.Πανταλού, Ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας και της υπεργολαβίας υπό το πρίσμα των πρόσφατων νομολογιακών εξελίξεων, ΘΠΔΔ 11/2023, σελ. 1166 επ., Δ.Ράϊκος, Δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, 2017, σελ. 631 επ., Θ.Γουρνά/Δ.Λιαροστάθη, Η δυσχερής οριοθέτηση της δάνειας εμπειρίας από την υπεργολαβία υό το φως της εθνικής και ενωσιακής νομολογίας ενόψει της πρόσφατης απόφασης του ΔΕΕ για την υπόθεσηC-403/2021, ΝΟΔΕΠΕ τ. 25, 2023, σελ. 23 επ., Α.Γέροντας, Η δάνεια εμπειρία, υπεργολαβία και η συμπλήρωση ή διευκρίνιση των προσφορών. Ανατροπές και αδιέξοδα, ΝΟΔΕΠΕ, τ. 24, 2022, σελ. 21 επ.,, Πετρόπουλος Μ. Οι περιορισμοί στη δυνατότητα προσφυγής στη δάνεια εμπειρία με βάση την πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ, ΕφημΔΔ, 2017, σελ. 168 επ. ΕΣ 1674/2024, 2390/2016 VI Τμ. Του ΕΣ, βλ. Μ.Σειραδάκης, Από την de lege Ferenda «δάνεια εμπειρία» στην de lege Lata υπεργολαβία, ΕΕΔ, 2016 Τεύχος 4, σελ.. 533 επ., του ίδιου. Λόγοι αποκλεισμού και κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων-Η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κι η κάλυψή τους μέσω της στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορές, ΘΠΔΔ 2022, σελ.. 1300 επ., ΕΣ Τμ. VII 1194/2023. σκεψ. 22 του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση C-24/14, ο οποίος επισημαίνει ότι «πρώτο, όσον αφορά τη στήριξη στις δυνατότητες τρίτων, σημειώνεται ότι οι δυνατότητες αυτές ενσωματώνονται στις ικανότητες του υποψηφίου πριν από την ανάθεση της σύμβασης, ενώ η σύμβαση υπεργολαβίας συνάπτεται κατά το χρονικό σημείο εκτέλεσης της σύμβασης. Δεύτερον η υπεργολαβία υπόκειται σε περιορισμούς οι οποίοι δεν εφαρμόζονται στην περίπτωση στήριξη στις δυνατότητες άλλων φορέων. Έτσι, στο άρθρο 25 της οδηγίας 2004/18 ορίζεται ότι, στη συγγραφή υποχρεώσεων, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί ή μπορεί να υποχρεώνεται από ένα κράτος μέλος να ζητήσει από τον προσφέροντα να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό ,μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Στη συνέχεια, η εν λόγω διάταξη ορίζει ότι η εκδήλωση αυτής της πρόθεσης δεν αίρει την ευθύνη του κυρίου οικονομικού φορέα…»

[34]ΣτΕ ΕΑ 405,409, 410, 415/2013, ΣτΕ 1347/2023, ΔΕφΑθ 1127/2022, 1791/2023, ΔΕφΘεσσ 267/2023. Το ΔεφΑθ με την υπ΄αριθμ. 507/2023 απόφαση έκρινε ότι δεν νοείται υπεργολαβία στο αντικείμενο της ένδικης σύμβασης που αφορά την παροχή νομικών υπηρεσιών, δεδομένου ότι η ανάδοχος δανειζόμενη δικηγορική εταιρεία εξακολουθεί να είναι εκείνη που θα εκτελέσει τη σύμβαση, κάνοντας χρήση των πόρων/μέσων που δανείζεται από τρίτους, ήτοι από τους εξωτερικούς της συνεργάτες. Αντιθέτως, στην υπεργολαβία το ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, υπό τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο, βλ. επίσης ΑΕΠΠ328/2022. Για τη διάκριση δάνειας εμπειρίας και υπεργολαβίας.

[35]ΔΕφΘεσσ 267/2023, ΔΕφΑθ 1208/2023, βλ. ενδεικτικά, Στ.Μαυρίδη/Ιω. Συκούδη, Η υπεργολαβία και η στήριξη στην ικανότητα τρίτων στις δημόσιες συμβάσεις έργων, ΔιΔικ 2023, σελ. 540 επ.

υποψήφιο, υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις[36]. Αποτελεί δε επιχειρηματική επιλογή η απόφαση του αναδόχου να επιλέξει τη στήριξη στον τρίτο με τη μορφή της υπεργολαβίας ή δάνειας εμπειρίας για την εκτέλεση της σύμβασης[37]. Σε καμία περίπτωση δεν επιτρέπεται η σχετική επιλογή να ερμηνευθεί διαφορετικά από τον τρόπο με τον οποίο δηλώθηκε στο ΕΕΕΣ, διότι τότε στερείται ο συμμετέχων στον διαγωνισμό του δικαιώματος επιλογής του τρόπου εκτέλεσης της σύμβασης. Η δε αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει τον διαγωνιζόμενο που επιλέγει τη δάνεια εμπειρία, μόνο αν αυτός δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει τη δυνατότητα χρήσης των ικανοτήτων του τρίτου ή ότι ο τρίτος δεν πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας του τίθενται[38].

β. Ως υπεργολαβία νοείται η σύμβαση μίσθωσης έργου, με την οποία ο εργολάβος(ανάδοχος) αναθέτει με αμοιβή σε τρίτον, ο οποίος δεν συνδέεται με νομικό δεσμό με τον εργοδότη(φορέα του έργου), έναντι του οποίου μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον εργολάβο εργασίες παραμένει ο εργολάβος[39], ήτοι ότι οι συγκεκριμένες εργασίες εκτελούνται αποκλειστικά από την ίδια έναντι αμοιβής από την παρεμβαίνουσα[40], η δε συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 681 επ. του ΑΚ περί μίσθωσης έργου[41]. Το βασικό χαρακτηριστικό του υπεργολάβου είναι ότι αναλαμβάνει να εκτελέσει ο ίδιος τμήμα της σύμβασης, η εκτέλεση της οποίας έχει ανατεθεί, καταρχήν, στον ανάδοχο και, άρα, συμφωνία υπεργολαβίας υφίσταται όταν ο ανάδοχος συμφωνεί με τρίτον οικονομικό φορέα ότι ο τελευταίος θα εκτελέσει/υλοποιήσει ένα τμήμα του συμβατικού

---

[36]ΔΕφΘεσσ 143/2021

[37]ΔΕφΑθ 1127/2022.Με το προσκομιζόμενο ιδιωτικό συμφωνητικό αποδεικνύεται η δέσμευση του τρίτου φορέα να εκτελέσει ο ίδιος ή/και το προσωπικό του τις εργασίες ή τις υπηρεσίες, για τις οποίες απαιτούνται οι επίμαχες τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες, ΔΕφΑθ 1002/2023. Για τη δέσμευση του τρίτου φορέα, ΣτΕ 1553/2022. Οι αποφάσεις ΣτΕ 1553 και 1612/2022, οι οποίες υιοθέτησαν τη συλλογιστική της ΕΑ 170/2020 ταυτίζουν τον θεσμό της δάνειας εμπειρίας με την υπεργολαβία πράγμα που συνεπάγεται τον υπέρμετρο περιορισμό της δυνατότητας του εκάστοτε αναδόχου να οργανώσει, κατά την απόλυτη κρίση του, την εκτέλεση της σύμβασης.

[38]ΔΕΕ απόφ. της 18.3.2004, C-314/16, ΔΕφΘεσσ 267/2023.

[39]ΑΠ 119/2013, 520/2007, 572/2019, ΣτΕ 1656/2023. Με την απόφαση της 26.1.2023 του ΔΕΕ κρίθηκε ότι η υπεργολαβία αποτελεί απλώς έναν από τους τρόπους με τους οποίους ένας φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων, κάτι που συνεπάγεται πως δεν μπορεί να του επιβληθεί από την αναθέτουσα αρχή(C-403/2023). Στην απόφαση αυτή κρίθηκε ότι το άρθρο 63 παρ. 1 της οδηγίας 2014/24 έχει την έννοια ότι αντιτίθεται στον αποκλεισμό προσφέροντος από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για τον λόγο ότι δεν έχει ορίσει τον υπεργολάβο στον οποίο προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση υποχρεώσεων που απορρέουν από ειδικές ρυθμίσεις που ισχύουν για τις σχετικές με την επίμαχη σύμβαση δραστηριότητες και δεν προβλέπονται στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, όταν ο εν λόγω προσφέρων διευκρίνισε στην προσφορά του ότι θα εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του στηριζόμενος στις δυνατότητες άλλου φορέα, χωρίς ωστόσο να συνδέεται με τον φορέα αυτόν με σύμβαση υπεργολαβίας, ΝΟΔΕΠΕ τ. 25, 2023, σελ. 28 επ.

[40]ΣτΕ 1647/2022, ΔΕφΑθ 1127/2022, 718/2023. Η προσφυγή από τη διακήρυξη «στη χρήση τεχνικού προσωπικού» που δεν ανήκει στον προσφέροντα, δεσμεύεται όμως να συνεργαστεί με αυτόν, διακρίνεται από την έννοια της στήριξης σε ικανότητες τρίτου και από την έννοια της εργολαβίας, ΔΕφΑθ 906/2023. Εφόσον ο προσφέρων υποψήφιος ανάδοχος πρόκειται να εκπονήσει μέρος του έργου μέσω υπεργολάβων οφείλει να αναφέρει στην σχετική προσφορά του όχι μόνο το ποσοστό της υπεργολαβίας αλλά το συγκεκριμένο τμήμα της σύμβασης που θα ανατεθεί στον υπεργολάβο από τον συμμετέχοντα φορέα. Ο υπεργολάβος οφείλει να αποδεικνύει ότι δεν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό κατά τα οριζόμενα στην οικεία προκήρυξη, ΔΕφΑθ 1642/2023.

[41]Δεν νοείται υπεργολαβία για αντικείμενο που δεν υπάγεται στο φυσικό αντικείμενο της προκηρυχθείσας δημόσιας σύμβασης, όπως το αντικείμενο αυτό ορίζεται συγκεκριμένα από την ανά περίπτωση διακήρυξη, ΣτΕ 196/2006, 199/2008, 1190/2009, Κατευθυντήρια οδηγία 10 της ΕΣΣΔΗΣΥ, απόφ. 139/2015, Σ.Σταματοπούλου, Ο θεσμός της υπεργολαβίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων στο νέο πλαίσιο της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και στις διατάξεις του ν. 4412/2016, ΝΟΔΕΠΕ, τ. 16, 2020, σελ. 24 επ., 27 επ.

αντικειμένου[42]. Ουσιαστικά, πρόκειται για μια μορφή συμμετοχής στην εκτέλεση της σύμβασης, προσώπου διαφορετικού του αναδόχου αυτής, δηλαδή, η υπεργολαβία, είναι η πιο άμεση μορφή ανάμειξης τρίτου οικονομικού φορέα στην εκτέλεση δημόσιας σύμβασης, καθότι ο τρίτος φορέας/υποεργολάβος αναλαμβάνει ο ίδιος την εκτέλεση ενός μέρους του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, στη θέση του αναδόχου-εργολάβου[43]. Η υπεργολαβία αποτελεί απλώς έναν από τους τρόπους με τους οποίους ο προσφέρων μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, συνεπώς ούτε η τυχόν επίκληση «δάνειας εμπειρίας», η στήριξη δηλαδή σε ικανότητες τρίτων για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, θα μπορούσε να οδηγήσει υποχρεωτικά στο συμπέρασμα ότι ο νομικός δεσμός μεταξύ «δανειζόμενου και δανείζοντος» είναι σύμβαση ανάθεσης υπεργολαβίας στον τρίτο που παρέχει στήριξη[44].

γ. Οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς που προτίθενται να αναθέσουν τμήμα του αντικειμένου της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτο, υποχρεούνται να δηλώσουν στο ΕΕΕΣ που θα υποβάλλουν, τόσο το τμήμα(ποσοστό) της σύμβασης, όσο και τα στοιχεία του τρίτου οικονομικού φορέα, στον οποίο προτίθενται να αναθέσουν την εκτέλεση του τμήματος αυτού[45], συνυποβάλλοντας, παράλληλα μαζί με το δικό τους ΕΕΕΣ, και του ΕΕΕΣ του υπεργολάβου, ώστε η αναθέτουσα αρχή να δύναται να προβεί σε έλεγχο της επαγγελματικής καταλληλόλητας του υπεργολάβου και να επαληθεύσει τη μη συνδρομή στο πρόσωπο του των προβλεπόμενων από τις σχετικές διατάξεις λόγων αποκλεισμού. Με τον τρόπο αυτό αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστρατήγησης της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, με την έμμεση συμμετοχή σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων, για τους οποίους συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού ή οι οποίοι δεν πληρούν τα ελάχιστα απαιτούμενα από την οικεία διακήρυξη κριτήρια καταλληλόλητας[46].

Ο προσφέρων είναι υποχρεωμένος να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, το δε ανατεθέν τμήμα της σύμβασης που αναλαμβάνει ο υπεργολάβος εκτελείται από τον τελευταίο, με τους όρους της σύμβασης που συνάπτει ο ανάδοχος με τον υπεργολάβο[47]. Στην περίπτωση αυτή ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που θα αναθέσει, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει, στο δε ΕΕΕΣ υποχρεούται να δηλώσει την πρόθεσή του αυτή, υποβάλλοντας και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου.

Ο νόμος(άρθρο 58 του ν. 4412/2016) προβλέπει ρητά την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να προβαίνει στον έλεγχο της επαγγελματικής καταλληλόλητας του υπεργολάβου, ώστε να καθίσταται εφικτή η διασφάλιση της ποιοτικής εκτέλεσης των συμβάσεων έργων, με τον αποκλεισμό της ανάθεσης τμήματος του έργου σε υπεργολάβους που δεν διαθέτουν την απαραίτητη επαγγελματική καταλληλόλητα για την εκτέλεσή του[48]. Σε κάθε

---

[42]ΣτΕ 1612/2022, 292/2024, ΕΑ 170/2020, 15, 205/2021. Η παράλειψη αναφοράς αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό% των τμημάτων της σύμβασης που θα εκτελούνταν από τους τρίτους οικονομικούς φορείς, ως υπεργολάβων, συνιστούσε ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς που επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς, ΣτΕ ΕΑ 170/2020. Δεν συνιστά σύμβαση υπεργολαβίας ο συμβατικός δεσμός μεταξύ του υποψηφίου αναδόχου και τρίτου, όταν ο τρίτος δεσμεύεται να παράσχει στον υποψήφιο ανάδοχο συγκεκριμένο εξοπλισμό προς εκτέλεση συμβατικών εργασιών από τον ίδιο τον υποψήφιο ανάδοχο υπό την επίβλεψη και την ευθύνη του, έστω και κατά την οικεία συμφωνία ο τρίτος παρέχει στον υποψήφιο ανάδοχο τον εξοπλισμό, όπως π.χ όχημα με χειριστή που αναλαμβάνει το κόστος λειτουργίας του εξοπλισμού, π.χ το πετρέλαιο για την κίνηση του οχήματος.

[43]ΕΑΔΗΣΥ 1738/2023.

[44]ΔΕΕ απόφ.της 26.1.2023, C-403/21, ΣτΕ 1612/2022.

[45]ΣτΕ 1612/2022, ΕΑ 205/2021

[46]ΣτΕ Ολ. 1819/2020, 56/2024(Δ.Τμ.), ΝΟΔΕΠΕ, τ. 29, 2024, σελ. 37 επ.

[47]ΣτΕ 56/2024

[48]Βλ. αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021

περίπτωση κρίνεται αναγκαίος ο έλεγχος και των κριτηρίων επιλογής και ιδίως της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του υπεργολάβου, αν δηλαδή μπορεί να ανταποκριθεί στις τεχνικές απαιτήσεις της εκάστοτε σύμβασης.
Τα τρία χαρακτηριστικά της υπεργολαβίας, η ιδιότητα του υπεργολάβου ως τρίτου έναντι του προσφέροντος, η εκτέλεση από τους υπεργολάβους μέρους του συμβατικού αντικειμένου και τρίτον η ανυπαρξία συμβατικής σχέσης μεταξύ του τρίτου και αναθέτουσας αρχής, αποτελούν τα γνωρίσματα της ανάθεσης υπό μορφή υπεργολαβίας των επιμέρους εργασιών του έργου και ανεξάρτητα από την ειδικότερη νομική φύση της σχέσης, βάσει της οποίας θα αναλάβουν αυτοί έναντι του αναδόχου την εκτέλεση της σύμβασης[49].

3.Συμπερασματικές παρατηρήσεις

α. Το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 καθιερώνει υποχρεωτικούς λόγους αντικατάστασης του τρίτου, όταν αυτός δεν πληροί συγκεκριμένα κριτήρια ποιοτικής επιλογής ή όταν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74, ενώ αντίθετα θεμελιώνονται προαιρετικοί λόγοι αντικατάστασης όταν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Στην πρώτη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να απαιτήσει από τον προσφέροντα την αντικατάσταση του τρίτου, ενώ στη δεύτερη, θεσπίζεται διακριτική ευχέρεια, να σταθμίσει, αν κατά πόσο θα ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου ή όχι.
Η αναθέτουσα αρχή διαθέτει τη δυνατότητα να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου δανειστή εμπειρίας, εφόσον στο πρόσωπό του συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού(άρθρο 57 παρ. 1 και 4 της οδηγίας 2014/24), που δεν γνωρίζει ο προσφέρων και σε αυτή την περίπτωση δεν επιτρέπεται η απόρριψη της προσφοράς του διαγωνιζομένου, αλλά πρέπει να ακολουθήσει πρόσκληση της αντικατάστασης του τρίτου, πράγμα που θεμελιώνεται στη αρχή της αναλογικότητας[50]. Σε αυτή την περίπτωση πρέπει να δοθεί χρόνος στον προσφέροντα να αναζητήσει οικονομικό φορέα, που θα του δανείσει την εμπειρία του για την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου, χωρίς να αποκλείεται η παροχή της δυνατότητας στον προσφέροντα σε συνεργασία με τον τρίτο να προβούν στη λήψη διορθωτικών μέτρων, προκειμένου να παραμείνει το αρχικό σχήμα, το οποίο θα διεκδικήσει την ανάθεση και εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου, καθόσον η αναζήτηση άλλου τρίτου οικονομικού φορέα δεν φαίνεται να είναι πάντοτε εφικτή λαμβανομένου υπόψη και των ασφυκτικών προθεσμιών, που προβλέπονται για την περαιτέρω διαδικασία και εξέλιξη του διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση και με την επίκληση της αρχής της αναλογικότητας κρίνεται αναγκαία η θεραπεία τυχόν πλημμελειών που εμφανίζονται στο πρόσωπο του τρίτου και η αντικατάστασή του θα πρέπει να είναι το έσχατο μέσο για την αντιμετώπιση αυτής της εξέλιξης, ώστε να καταστεί δυνατή η συμμετοχή στην περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού. Η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ζητήσει τη λήψη διορθωτικών μέτρων για την θεραπεία πλημμελειών, ώστε να καταστεί ο εν λόγω φορέας αξιόπιστος[51] και μόνον όταν αποδειχθεί ότι τα συγκεκριμένα μέτρα είναι ανεπαρκή, είναι δυνατή η

[49]ΣτΕ ΕΑ 205/2021, 170/2020, ΑΠ 572/2019, ΔΕφΑθ 1127/2022, 1791/2023, ΔΕφΘεσσ 267/2023. Βλ. την υπ΄αριθμ. 10/2015 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΔΗΣΥ

[50]ΣτΕ 2287/2022. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει τον διαγωνιζόμενο που επιλέγει τη δάνεια εμπειρία, μόνο αν αυτός δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει τη δυνατότητα χρήσης των ικανοτήτων του τρίτου ή ότι ο τρίτος δεν πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας που τίθενται, ΔΕΕ απόφ. της 18.3.2004, C-314/02, της 14.4.1994, C-389/92, της 13.12.2012, C-465/11, της 3.10.2019, C-267/18, της 30.1.2020, C-395/18, της 3.6.2021, C-210/20, ΣτΕ ΕΑ 226/2013, 409/2013, βλ. Μ.Σειραδάκης, ΘΠΔΔ 12/2022, σελ. 1303 επ.

[51]ΔΕΕ απόφ. της 3.10.2019, C-267/18

αντικατάσταση του συγκεκριμένου φορέα, χωρίς βέβαια αυτό να συνεπάγεται ουσιώδη τροποποίηση της προσφοράς, δηλαδή η αντικατάσταση δεν επιτρέπεται να οδηγεί στην ουσιώδη μεταβολή της αρχικής προσφοράς[52].

Επειδή η σύναψη της υπο-σύμβασης υπόκειται στην έγκριση της αναθέτουσας αρχής, η οποία ως διοικητική πράξη μπορεί να προσβληθεί ενώπιον των αρμοδίων δικαστηρίων αποκλειστικά και μόνον από τον διαγωνιζόμενο και όχι από τον τρίτο δανείζοντα εμπειρία, ακόμη και όταν ο διαγωνιζόμενος δεν προβαίνει στην αμφισβήτηση της απόφασης.

β. Όπως έχει ήδη επισημανθεί η προσφυγή στη δάνεια εμπειρία συνιστά «μορφή οιονεί διεύρυνσης» των υποκειμένων της διαγωνιστικής διαδικασίας και ενισχύει τον ελεύθερο ανταγωνισμό με τη μορφή της συμμετοχής στη διαδικασία αυτή των μικρομεσαίων επιχειρήσεων. Με τον θεσμό αυτό μπορούν να ενταχθούν στην διαδικασία εκτέλεσης της σύμβασης μια σειρά από μικρομεσαίες επιχειρήσεις ή άλλων οικονομικών φορέων ως δανειοπάροχοι σε δημόσιες συμβάσεις και με αυτόν τον τρόπο αντιμετωπίζονται οι δυσχέρειες και τα εμπόδια που ενυπάρχουν στις διαγωνιστικές διαδικασίες και προσφέρει διέξοδο σε εκείνους τους οικονομικούς φορείς που δεν μπορούν να ανταποκριθούν στο σύνολο των κριτηρίων επιλογής, που θεσπίζονται από τους όρους της διακήρυξης. Η επίκληση της δάνειας εμπειρίας δεν επιτρέπεται όμως να εξελιχθεί σε ένα σχήμα στο οποίο ο αρχικός ανάδοχος μετατρέπεται σε «μεσάζοντα», όπως συμβαίνει στις περιπτώσεις της καθαριότητας, της φύλαξης ή της εστίασης και αποξενώνεται από τον συμβατικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή πράγμα που υπονομεύει τις θεμελιώδεις αρχές της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδιαίτερα την αρχή της διαφάνειας, ενώ υφίσταται ισχυρές ρωγμές και η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού.

[52]ΔΕΕ απόφ. της 3.6.2021, C-210/20