

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23.04.2019, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Εισηγητής και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 01.04.2019 (ημερομηνία καταχώρησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 411/02.04.2019, του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη ..., ..., αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του αναθέτοντος φορέα, (εφεξής «αναθέτων φορέας» ή «...»), που εδρεύει στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία: «...», που εδρεύει στο ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται και η οποία κατέθεσε την από 09.04.2019 Παρέμβασή της (ημερομηνία καταχώρησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Εθνικό Σύστημα Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων).

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθ. 4493/21.03.2019 απόφασης του Δ.Σ. του ... (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), καθ' ό μέρος επικύρωσε το Πρακτικό 1/08.03.2019 και το οποίο έκρινε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «...», κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή, αναφορικά με την υπ' αριθ. ... διακήρυξη του ... για την «Ανάθεση υπηρεσιών καθαρισμού χερσαίων χώρων και εγκαταστάσεων ...».

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

Με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα, εταιρεία «...», αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. ... διακήρυξη του προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την «Ανάθεση υπηρεσιών καθαρισμού χερσαίων χώρων και εγκαταστάσεων ...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης, προϋπολογισθείσας αξίας 300.000,00 € για τρία έτη, πλέον Φ.Π.Α. 24%, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 31.01.2019 με ΑΔΑΜ: ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 05.02.2019, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό α/α ...

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 1.500,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης. Το εν λόγω παράβολο έχει νομίμως υποβληθεί, όπως αποδεικνύεται από το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (Α.Ε.Π.Π.) και έχει πληρωθεί το νόμιμο ποσό, ως αποδεικνύεται από την προσκομιζόμενη απόδειξη πληρωμής αυτού.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 για την άσκηση της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της κατά τα ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του χωρίς Φ.Π.Α. (300.000,00 €), σύμφωνα με τα άρθρα 345 παρ. 1 και 6 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του δημοσίευσης της διακήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (31.01.2019), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 και συνεπώς υπάγεται στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 22.03.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 01.04.2019, ήτοι εντός της δεκαήμερης, προβλεπόμενης εκ του νόμου, προθεσμίας.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης,

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπόψη προσβαλλόμενης, δοθέντος ότι στον υπό κρίση διαγωνισμό, η προσφεύγουσα εταιρεία, μετείχε ως υποψήφιος ανάδοχος, υποβάλλοντας νόμιμη προσφορά, η οποία και έγινε αποδεκτή κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών, αιτούμενη όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» και ήδη παρεμβαίνουσας, αφού, ως ισχυρίζεται, δεν πληρούνται από την εταιρεία αυτή οι τιθέμενοι από τη διακήρυξη όροι και συνεπώς υφίσταται βλάβη των συμφερόντων της. Κατ' ακολουθίαν και εκ των ανωτέρω συνάγεται, ότι υφίσταται πρόδηλο έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας προς άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, αφού μειώνεται η πιθανότητα κατακύρωσης στο πρόσωπό της, της υπό ανάθεση σύμβασης, δοθέντος ότι επιτρέπεται, παρά τω Νόμω και τη διακήρυξη, ως αναφέρει, η συμμετοχή της προαναφερόμενης εταιρείας στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει ο οικονομικός φορέας, εταιρεία «...», αφού η εν λόγω Προσφυγή, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες και έλαβαν γνώση αυτής, σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, στις 02.04.2019 και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 09.04.2019, ήτοι εντός της δεκαήμερης νόμιμης προθεσμίας. Επιπλέον, υφίσταται πρόδηλο έννομο συμφέρον στο πρόσωπο της παρεμβαίνουσας εταιρείας όπως παρέμβει, κατ' άρθρο 362 του Ν. 4412/2106, διότι αυτή μετείχε ως υποψήφιος ανάδοχος, υποβάλλοντας νόμιμη προσφορά στον υπό εξέταση διαγωνισμό, η οποία και έγινε αποδεκτή κατά το στάδιο

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και με την Προσφυγή αιτείται όπως ακυρωθεί η προσφορά της.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν τόσο η υπό κρίση Προσφυγή, όσο και η Παρέμβαση, είναι τυπικά παραδεκτές και θα πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

10. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 1713/09.04.2019 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο ισχυρισμό της υποστηρίζει ότι θα πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...» για το λόγο ότι η εταιρεία αυτή στηρίχθηκε στις ικανότητες των οικονομικών φορέων «...» και «...» και ότι αν και στο Τ.Ε.Υ.Δ. που υπέβαλε απάντησε «ΝΑΙ» στο ερώτημα περί δάνειας εμπειρίας (Μέρος ΙΙ στοιχείο Γ), στο αντίστοιχο πεδίο περί υπεργολαβίας (Μέρος ΙΙ στοιχείο Δ), απάντησε «ΟΧΙ» και δεν παρέθεσε τις απαιτούμενες σχετικές πληροφορίες.

12. Επειδή, στο άρθρο 78 του ν. 4412/2016 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. {...}. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. {...} 2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή».

13. Επειδή, στο άρθρο 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της διακήρυξης ορίζεται ότι «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν τουλάχιστον γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη: έτος (2016) κύκλος εργασιών (100.000,00) νόμισμα (ευρώ) έτος (2017) κύκλος εργασιών (100.000,00) νόμισμα (ευρώ) έτος (2018) κύκλος εργασιών (100.000,00) νόμισμα (ευρώ).

14. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.8 «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» 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 [...]. Τέλος,

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

στον όρο 2.2.9.1 «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών» της διακήρυξης ορίζεται «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα III, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΤΕΥΔ καταρτίζεται από τις αναθέτουσες αρχές βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Α της Απόφασης 158/2016 της ΕΑΑΔΗΣΥ και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες της Κατευθυντήριας Οδηγίας 15/2016 (ΑΔΑ: ...). Το ΤΕΥΔ σε επεξεργάσιμη μορφή είναι αναρτημένο στην ιστοσελίδα της ΕΑΑΔΗΣΥ [...], ενώ στον όρο 2.2.9.2. «αποδεικτικά μέσα» της διακήρυξης ορίζεται ότι «[...] Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4- 2.2.8) [...]».

15. Επειδή, στην Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της ΕΑΑΔΗΣΥ αναφέρεται ότι: «Τα βασικά στοιχεία του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, που διαμορφώθηκε νομολογιακά πριν ακόμα αποτυπωθεί στις κοινοτικές οδηγίες, είναι: α) η αδυναμία του υποψήφιου οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί με τα δικά του μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης, την οποία επιθυμεί να συνάψει, και η προσφυγή του σε δυνατότητες τρίτου φορέα (χρηματοδοτικές ή τεχνικές δυνατότητες) για την απόδειξη της καταλληλότητας του και β) η

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

υποχρέωση του υποψήφιου οικονομικού φορέα να αποδείξει ότι ο τρίτος φορέας έχει τη δυνατότητα να διαθέσει τους επικαλούμενους πόρους και ότι οι πόροι αυτοί θα βρίσκονται πράγματι στη διάθεση του πρώτου για την εκτέλεση της σύμβασης. Το τελευταίο σημείο, το οποίο αναδεικνύεται και ως το βασικό σημείο ενασχόλησης της νομολογίας, σημαίνει σε αδρές γραμμές ότι ναι μεν επιτρέπεται η επίκληση εμπειρίας ή και μέσων τρίτων, οσάκις ενδείκνυται και για δεδομένη σύμβαση, όμως η παροχή και η χρήση των ικανοτήτων αυτών πρέπει αφενός να αποδεικνύεται, αφετέρου να είναι απολύτως δεσμευτική για τα συμβαλλόμενα μέρη, αλλά και επιπλέον να παρέχονται ικανές εγγυήσεις στην αναθέτουσα αρχή ώστε λυσιτελώς να εξασφαλίζεται αυτή για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση του έργου». Συναφώς, δε, προβλέπεται στην Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ με θέμα : «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)» και ειδικά σε σχέση με την υποχρέωση υποβολής ξεχωριστού ΕΕΕΣ από τους τρίτους δανείζοντες την εμπειρία τους οικονομικούς φορείς ότι: «Διευκρινίζεται ότι, σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, επισυνάπτεται χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του Μέρους II και σύμφωνα με το μέρος III, για κάθε ένα από τους σχετικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. Δεδομένου ότι η στήριξη παρέχεται προκειμένου να ανταποκριθεί ο οικονομικός φορέας στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο Μέρος IV, συμπληρώνονται επιπρόσθετα και οι πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με το Μέρος IV και τυχόν το Μέρος V για κάθε έναν από τους φορείς, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. Το σύνολο των ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ των τρίτων, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, συνυποβάλλονται από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα εντός του φακέλου (φυσικού ή ηλεκτρονικού) «Δικαιολογητικά Συμμετοχής». Το/α χωριστό/ά ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ θα πρέπει να είναι δεόντως συμπληρωμένο/α και υπογεγραμμένο/α από τον νόμιμο εκπρόσωπο του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

του άρθρου 79Α του ν.4412/2016. Εφόσον ο τρίτος φορέας είναι φυσικό πρόσωπο, το χωριστό ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ υπογράφεται μόνο από αυτόν».

16. Επειδή, εκ των εκτεθέντων ως άνω, προκύπτει ότι, ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας δίνει τη δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να συμμετέχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς στηριζόμενοι στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ή οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια τρίτων, εφόσον αποδεικνύουν τη δέσμευση αυτών προς τούτο και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό τους λόγοι αποκλεισμού. Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί από το ΔΕΕ, επιτρέπεται η σώρευση των δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των ελάχιστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή, και ιδία ως προς τη σώρευση των δυνατοτήτων του λήπτη και του παρέχοντος τη χρηματοοικονομική δυνατότητα και δεν υποχρεούται να πληροί τα κριτήρια επιλογής αυτοτελώς έκαστος φορέας αλλά αρκεί να τα πληροί συνολικά η προσφορά, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται μόνο από έναν οικονομικό φορέα (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, σελ. 447). Επιπλέον, με τη διάταξη του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 προσδιορίζονται ρητά οι περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί την εκτέλεση της σύμβασης είτε από κοινού από τον προσφέροντα και τον δανείζοντα την εμπειρία τρίτο φορέα, όταν η δανειζόμενη εμπειρία αφορά στην πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, είτε μόνον από τον προσφέροντα, όταν πρόκειται για την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων στις περιπτώσεις συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών.

17. Επειδή, περαιτέρω, στην Κατευθυντήρια Οδηγία 10 της ΕΑΑΔΗΣΥ αναφέρεται ότι: «[...] 1. Ως υπεργολαβία ορίζεται η εξ επαχθούς αιτίας σύμβαση μίσθωσης έργου, δια της οποίας ο ανάδοχος σύμβασης αναλαμβάνει νομικές δεσμεύσεις έναντι άλλων νομικών ή φυσικών προσώπων, μη συνδεδεμένων με τον εργοδότη με νομικό δεσμό και με σκοπό την εκτέλεση

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

μέρους της σύμβασης. Ο ανάδοχος παραμένει μόνος υπεύθυνος για το εκτελούμενο από τον υπεργολάβο μέρος. Η συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ [...]. Επίσης, η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από τη δάνεια εμπειρία, ήτοι τη δυνατότητα να επικαλείται ο υποψήφιος τα μέσα ή την εμπειρία τρίτων, ανεξαρτήτως των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς, 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, 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 [...].».

18. Επειδή, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι, προϋπόθεση για την κατάγνωση της ιδιότητας του υπεργολάβου είναι η εκτέλεση από τον υπεργολάβο μέρους του συμβατικού αντικειμένου, σε αντίθεση με τον τρίτο δανείζοντα την εμπειρία του οικονομικό φορέα, ο οποίος, όπως ορίζεται εκ του νόμου, δεσμεύεται να παρέχει στον προσφέροντα τα μέσα και τη στήριξη για την πλήρωση των απαιτούμενων εκ της διακήρυξης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής περί οικονομικής/χρηματοοικονομικής επάρκειας και περί τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας, προσόντα τα οποία θα έπρεπε κατ' αρχήν να συντρέχουν στο πρόσωπο του προσφέροντα και να διατίθενται από αυτόν, πλην όμως, εφόσον ο προσφέρων δεν τα διαθέτει, επιτρέπεται η παραδεκτή συμμετοχή του μέσω της εξασφάλισης των προσόντων αυτών από τον τρίτο δανείζοντα οικονομικό φορέα, χωρίς ουδόλως να απαιτείται, αλλά ούτε και να αρκεί για την κατάγνωση της ιδιότητας του τρίτου οικονομικού φορέα η εκτέλεση μέρους της σύμβασης. Άλλωστε, ως ήδη εκτέθηκε ως άνω, μόνη περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί την εκτέλεση της σύμβασης από κοινού από τον προσφέροντα και τον δανείζοντα τρίτο οικονομικό φορέα είναι

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

όταν η δανειζόμενη εμπειρία αφορά στην πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, και πάλι όμως ουδόλως αρκεί για την κατάγνωση της ιδιότητας του τρίτου οικονομικού φορέα η από κοινού εκτέλεση της σύμβασης με τον προσφέροντα, αλλά κατ' αρχήν απαιτείται η εκ μέρους του στήριξη για την πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής/χρηματοοικονομικής επάρκειας.

19. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση και από τη θεώρηση της προσφοράς της εταιρείας «...» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, προκύπτει ότι αυτή υπέβαλε την προσφορά της και προς κάλυψη του όρου 2.2.5 της διακήρυξης περί γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών 100.000,00 € για τα έτη 2016, 2017 και 2018, η εταιρεία δηλώνει «ΝΑΙ» στο πεδίο Γ «Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων ΦΟΡΕΩΝ» του υποβληθέντος Τ.Ε.Υ.Δ, στηριζόμενη στην ικανότητα του οικονομικού φορέα «...» του οποίου προσκομίζεται Υπεύθυνη Δήλωση με την οποία αυτός δηλώνει ότι δεσμεύεται να διαθέσει τους αναγκαίους οικονομικούς πόρους για την πλήρωση του κριτηρίου 2.2.5 της διακήρυξης, καθώς και το αντίστοιχο Τ.Ε.Υ.Δ. του φορέα αυτού, ως απαιτείται, σύμφωνα με το πεδίο Γ του Τ.Ε.Υ.Δ. και την προαναφερόμενη Κ.Ο. 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, ενώ δήλωσε «ΟΧΙ» στο πεδίο Δ «πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας». Συνεπώς, νομίμως, η εταιρεία «...» επικαλείται στήριξη σε δάνεια εμπειρία και όχι υπεργολαβική υποστήριξη της, αφού δεν υφίσταται ουδεμία αναφορά σε εκτέλεση μέρους της σύμβασης από τον φορέα «...» παρά μόνον ο δανεισμός εμπειρίας από τον φορέα αυτόν και κατά τούτο οι σχετικές δηλώσεις της προσωρινής αναδόχου εταιρείας και ήδη παρεμβαίνουσας στα πεδία Γ και Δ (Μέρος ΙΙ) του υποβληθέντος Τ.Ε.Υ.Δ. είναι απολύτως ακριβείς και ουδεμία πλημμέλεια υφίστανται σε αυτές. Επιπλέον και δοθέντος ότι υπεβλήθη τόσο η σχετική δήλωση δέσμευσης του δανείζοντος την εμπειρία, φορέα «...», όσο και το Τ.Ε.Υ.Δ. αυτού, καλύπτονται οι σχετικοί όροι 2.2.8, 2.2.9.1. και 2.2.9.2. της διακήρυξης (βλ. σκέψη 14 της παρούσας), αφού προσκομίζεται σχετική δέσμευση του φορέα στην ικανότητα του οποίου

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

στηρίζεται η προσφέρουσα εταιρεία «...», καθώς και το σχετικό Τ.Ε.Υ.Δ. αυτής προς πλήρωση των όρων 2.2.9.1 και 2.2.9.2 της διακήρυξης.

20. Επειδή, τούτων δοθέντων ο λόγος αυτός της Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

21. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο ισχυρισμό της υποστηρίζει ότι θα πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...» για το λόγο ότι ενώ για τον πρώτο δανείζοντα εμπειρία, φορέα «...» προσκομίσθηκε το σχετικό Τ.Ε.Υ.Δ. και Υπεύθυνη Δήλωση, για τον δεύτερο δανείζοντα εμπειρία, φορέα «...», δεν προκομίσθηκε αντίστοιχο Τ.Ε.Υ.Δ. και Ιδιωτικό Συμφωνητικό, αλλά μόνον Υπεύθυνη Δήλωση, η οποία είναι ελλιπής ως προς τα αναγραφόμενα στοιχεία της, ονοματεπώνυμο πατρός, μητρός, ημερομηνία γέννησης, ημερομηνία έκδοσης Α.Δ.Τ. και βεβαιώνεται το γνήσιο της υπογραφής άλλου προσώπου από το υπευθύνως δηλούν, ήτοι ... αντί

22. Επειδή, στο άρθρο 2.2.6. «*Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα*» της διακήρυξης ορίζεται ότι «*Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) [...] β) [...] γ) [...] δ) να διαθέτουν τον απαιτούμενο τεχνικό εξοπλισμό, όπως αυτός περιγράφεται στο Παράρτημα II (Τεχνικές Προδιαγραφές - Απαιτήσεις) της παρούσας*». Στο Παράρτημα II «*Τεχνικές Προδιαγραφές – Απαιτήσεις*» ορίζεται «*[...] Γ. ΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΟΣ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ [...] Ο Ανάδοχος οφείλει να διαθέσει τουλάχιστον τον προαναφερόμενο εξοπλισμό της προσφοράς του, σε χρονικό διάστημα το πολύ ενός (1) μηνός από την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης. Τα ζητούμενα μέσα μπορούν να είναι ιδιόκτητα ή μισθωμένα και σε κάθε περίπτωση συνεχώς διαθέσιμα για τις ανάγκες καθαρισμού του λιμένα. Για την περίπτωση των οχημάτων απαιτείται αυτά να είναι εφοδιασμένα με άδεια κυκλοφορίας*».

23. Επειδή, εν προκειμένω και όπως προκύπτει από τη θεώρηση της προσφοράς της εταιρείας «...» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, αυτή, προς πλήρωση του όρου 2.2.6. στοιχείο (δ) της διακήρυξης, κατέθεσε Υπεύθυνη Δήλωση της ..., την οποία υπέγραψε ο ... σύμφωνα με το υπ' αριθ.

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

... πληρεξούσιο ενώπιον του Κ.Ε.Π. ..., με την οποία δηλώνεται ότι η επιχείρηση της ... θα παραχωρήσει έναντι μισθώματος τα οχήματα που ζητούνται στο Παράρτημα ΙΙ παρ. Γ της διακήρυξης, υπογράφοντας σχετικό ιδιωτικό συμφωνητικό με την εταιρεία «...», εφόσον η τελευταία ανακηρυχθεί ανάδοχος.

24. Επειδή και σύμφωνα με τα όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω κατά την εξέταση του πρώτου λόγου της Προσφυγής (βλ. σκέψεις 12 - 18), εναργώς συνάγεται ότι η εταιρεία «...» επικαλείται δάνεια εμπειρία προς πλήρωση του τεχνικού και επαγγελματικού, ως πιλοφορείται, κριτηρίου επιλογής του όρου 2.2.6. στοιχείο (δ) και συνεπώς απαιτείτο σχετική δέσμευση του φορέα που δανείζει την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα, καθώς και η υποβολή του αντίστοιχου Τ.Ε.Υ.Δ. του φορέα αυτού, σύμφωνα με την προαναφερόμενη Κ.Ο. 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ, έγγραφο που, όμως δεν υποβλήθηκε. Ως εκ τούτου, νομίμως, η εταιρεία «...» επικαλείται στήριξη σε δάνεια εμπειρία και για την πλήρωση του όρου 2.2.6. (δ) της διακήρυξης, προσκομίζοντας σχετική Υπεύθυνη Δήλωση δέσμευσης της δανείζουσας την εμπειρία ..., εντούτοις δεν προσκομίσθηκε το αντίστοιχο Τ.Ε.Υ.Δ. του φορέα αυτού, ως απαιτείται κατά τα προαναφερόμενα και συνεπώς δεν πληρούνται οι όροι 2.2.9.1 και 2.2.9.2 της διακήρυξης και η προσφορά της θα πρέπει να απορριφθεί.

25. Επειδή, και αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι υφίστανται πλημμέλειες της προαναφερόμενης Υπεύθυνης Δήλωσης της ..., ήτοι η μη αναγραφή ονοματεπώνυμου πατρός, μητρός, ημερομηνία γέννησης, ημερομηνία έκδοσης Α.Δ.Τ., θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι αυτές είναι ανέλεγκτες από την Α.Ε.Π.Π., δοθέντος ότι η αρμόδια διοικητική υπηρεσία, Κ.Ε.Π. ..., έχει νομίμως επικυρώσει το γνήσιο της υπογραφής και συνεπώς η σχετική Υπεύθυνη Δήλωση φέρει τεκμήριο νομιμότητας, σε κάθε, δε, περίπτωση οι επικαλούμενες πλημμέλειες είναι επουσιώδεις, κατ' άρθρο 310 του Ν. 4412/2016.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν ο λόγος αυτός της προσφεύγουσας θα πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, κατά τα προρρηθέντα.

Αριθμός απόφασης: 512 / 2019

27. Επειδή, τούτων δοθέντων, η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει μερικώς δεκτή ως νόμω και ουσία βάσιμη, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ποσού 1.500,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 4493/21.03.2019 απόφαση του Δ.Σ. του ..., καθ' ό μέρος επικύρωσε το Πρακτικό 1/08.03.2019 και έκρινε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «....».

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού χιλίων πεντακοσίων ευρώ (1.500,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 23 Απριλίου και εκδόθηκε στις 13 Μαΐου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νεκταρία–Πηνελόπη Ταμανίδη

Ευαγγελία Ζαφειράτου