

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 31 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 23.12.2022 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1848/27.12.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ..., οδός ... αρ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ... (στο εξής «ο αναθέτων φορέας»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Και την Παρέμβαση με ημερομηνία 05.01.2023 της εταιρείας με την επωνυμία «...», διακριτικός τίτλος «...», (στο εξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στον ..., ... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Απόφασης του ... με αριθμό 370 (22/2022) και θέμα: *«Έγκριση Πρακτικού Αξιολόγησης Προσφορών Διαγωνισμού με αρ. .../2022 για την παραχώρηση υπηρεσιών συλλογής και διαχείρισης στερεών αποβλήτων πλοίων»*.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 274/2023

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 4.150,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα, με αριθμό .../7.9.2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 830.000,00 πλέον ΦΠΑ 24%. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 09.08.2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α
3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ο ... ασκεί ως αναθέτων φορέας και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και μάλιστα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 345 παρ. 1 και στο αρ. 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.
4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 23.12.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 13.12.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και

γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Στις 27.12.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Με την Πράξη με αρ. 2585/2022 του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 05.01.2023 διά μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους συμμετέχοντες τις απόψεις της με όμοια ημερομηνία, στις οποίες παραθέτει ισχυρισμούς για την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής καθώς και την απόρριψη του αιτήματος αναστολής. Οι παραπάνω απόψεις κοινοποιήθηκαν ορθά στην προσφεύγουσα στις 09.01.2023.

8. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παραδεκτά στις 05.01.2023 την παρέμβασή της με όμοια ημερομηνία, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την ίδια ημέρα προς όλους τους συμμετέχοντες.

9. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε 11.01.2023 διά μέσου του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους συμμετέχοντες τις απόψεις της με αριθμ. πρωτοκ. 40/10.01.2023, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής. Οι παραπάνω απόψεις ωστόσο δεν λαμβάνονται υπόψη, καθώς υποβλήθηκαν εκπρόθεσμα μετά την πάροδο του διαστήματος 15 ημερών από την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής, όπως προβλέπει το αρ. 365 παρ. 1 εδ. β' του ν. 4412/2016.

10. Η προσφεύγουσα κατέθεσε παραδεκτά και εμπρόθεσμα στις 16.01.2023 το με όμοια ημερομηνία Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής με αριθμ. Πρωτοκ. 40/10.01.2023, καθώς, σύμφωνα με το αρ. 365 παρ. 1 εδ. γ' του ν. 4412/2016, η παραδεκτή κατάθεση συμπληρωματικών Υπομνημάτων εξαρτάται από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και όχι από την εμπρόθεσμη κατάθεσή τους.

11. Σύμφωνα με το αρ. 345 παρ. 2 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών - πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς των τροποποιήσεων αυτών».*

12. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

13. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η

αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκώδικου πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, πάγια γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

14. Με τον πρώτο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στερήθηκε το δικαίωμα να λάβει γνώση και να ελέγξει την πληρότητα της προσφοράς της παρεμβαίνουσας καθώς και να προβάλει τυχόν λόγους κατά αυτής με την υπό κρίση προσφυγή της για το λόγο ότι αμέσως μετά την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης απόφασης, η αναθέτουσα αρχή έθεσε την προσφορά της σε κατάσταση αποκλεισμού στο ΕΣΗΔΗΣ παράνομα και ανεπίκαιρα. Ο παραπάνω ισχυρισμός ωστόσο κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την εικόνα και τις αναρτηθείσες πληροφορίες στον ηλεκτρονικό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού, αμέσως μετά την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών (20.10.2022, 12:32:49), η αναθέτουσα αρχή επέτρεψε την πρόσβαση στις υποβληθείσες προσφορές σε όλους τους διαγωνιζόμενους, καθώς στην καρτέλα «ΚΕΦΑΛΙΔΑ» του διαγωνισμού αναφέρεται ως «*Ημερομηνία δημοσίευσης προσφορών και ενημέρωσης προμηθευτών*» η 20.10.2022 και ώρα 12:49:10. Επομένως, η προσφεύγουσα είχε λάβει πλήρη πρόσβαση στο φάκελο της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ήδη από την υποβολή της, αντίθετα προς τα όσα ισχυρίζεται.

15. Με τον δεύτερο προβαλλόμενο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απόρριψης της προσφοράς της. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα η προσφορά της κρίθηκε μη αποδεκτή με την αιτιολογία ότι «*δεν προκύπτει ότι η εταιρία θα εκτελέσει το έργο για το οποίο παρέχει στήριξη*», καθώς, κατά τα προβαλλόμενα η εκτίμηση αυτή του αναθέτοντος φορέα είναι πρόδηλα μη νόμιμη, ερειδόμενη στην εσφαλμένη υπόθεση ότι η παραπάνω εταιρεία θα πρέπει να εκτελέσει το σύνολο του έργου. Μετά τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, της ισχύουσας νομοθεσίας και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης, επί του υπό κρίση λόγου προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

16. Ως υπεργολαβία ορίζεται η σύμβαση με την οποία ο ανάδοχος αναθέτει με αμοιβή την εκτέλεση ορισμένων εργασιών σε τρίτο, ο οποίος δεν συνδέεται με

νομικό δεσμό με την αναθέτουσα αρχή, έναντι της οποίας μόνος υπεύθυνος για τις εκτελούμενες από τον υπεργολάβο εργασίες παραμένει ο ανάδοχος, η δε συμβατική σχέση μεταξύ υπεργολάβου και εργολάβου διέπεται από τα άρθρα 681 επομ. ΑΚ, περί μίσθωσης έργου. Σημειώνεται ότι 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, βλ. και Κατευθυντήρια Οδηγία 10 της ΕΑΑΔΗΣΥ (Απόφαση 139/2015 με θέμα «ΘΕΜΑΤΑ ΠΟΥ ΑΝΑΚΥΠΤΟΥΝ ΚΑΤΑ ΤΗ ΧΡΗΣΗ ΤΗΣ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΙΑΣ ΚΑΙ ΟΡΟΙ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΗΣ»), επομένως, το βασικό χαρακτηριστικό του υπεργολάβου είναι ότι αναλαμβάνει να εκτελέσει ο ίδιος ένα τμήμα της σύμβασης, η εκτέλεση της οποία 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 αντικειμένου. 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-υπεργολάβος αναλαμβάνει ο ίδιος την εκτέλεση ενός μέρους του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης, στη θέση του αναδόχου- εργολάβου.

17. Επιπλέον, η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων των οδηγιών, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης, κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής, προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους οικονομικούς φορείς. Το ΕΕΕΣ αποτελεί κατά το νόμο (βλ. παρ. 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016) Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986, και στην οποία, κατά

πάγια νομολογία, δεν μπορούν να βεβαιωθούν γεγονότα μελλοντικά αλλά μόνο γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα (ΣΤΕ 781/2010).

18. Στον όρο 3.2.3. της επίμαχης Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίζεται ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού: (α) κατά την διάρκεια της τελευταίας πενταετίας πριν από τη διενέργεια του διαγωνισμού, να έχουν εκτελέσει ή να εκτελούν επιτυχώς για χρονικό διάστημα κατ' ελάχιστο εικοσιτεσσάρων (24) μηνών, τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις παροχής Ολοκληρωμένων Υπηρεσιών παραλαβής και διαχείρισης στερεών αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου πλοίων (Παραρτήματα III, V και VI της ... 73/78) σε λιμένες, οι οποίοι εμφανίζουν, έκαστος εξ αυτών, τουλάχιστον αντίστοιχη κίνηση με τον λιμένα της ..., ως προς τον αριθμό, το είδος των πλοίων που κατέπλευσαν στο λιμένα, τον αριθμό των πλοίων που παρέδωσαν στερεά απόβλητα και κατάλοιπα φορτίου, τις ποσότητες των παραληφθέντων κατ' είδος στερεών αποβλήτων και καταλοίπων φορτίου. Η επικαλούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα πρέπει να προέρχεται από συμβάσεις με το προαναφερόμενο αντικείμενο, στις οποίες ο Προσφέρων είναι ανάδοχος είτε αυτοτελώς είτε μέλος ένωσης, σύμπραξης ή κοινοπραξίας. Σε περίπτωση που η επικαλούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα προέρχεται από συμβάσεις στις οποίες ο υποψήφιος οικονομικός φορέας είναι μέλος ένωσης ή σύμπραξης ή κοινοπραξίας, το ποσοστό συμμετοχής του Προσφέροντος στην ένωση, σύμπραξη ή κοινοπραξία θα πρέπει να είναι τουλάχιστον 50%».

19. Επίσης, στον όρο 3.2.5. «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων – Υπεργολαβία» ορίζεται ότι «3.2.5.1. Στήριξη στην ικανότητα τρίτων - Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά: α) τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 3.2.2) πλην του δείκτη βιωσιμότητας ο οποίος σε κάθε περίπτωση θα πρέπει να πληρείται αυτοτελώς από κάθε οικονομικό φορέα και β) τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της

παραγράφου 3.2.3), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 39 του ν. 4413/2016. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους αναγκαίους πόρους, καθ' όλη τη διάρκεια της παραχώρησης, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ) του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 **ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία**, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα **εκτελέσουν** τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες».

20. Έχει γίνει δεκτό ότι η δάνεια εμπειρία διακρίνεται από την υπεργολαβία, κατά το ότι ο διαγωνιζόμενος εξακολουθεί να εκτελεί ο ίδιος το ανατεθέν αντικείμενο της σύμβασης, δύναται, όμως, να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, είτε σε ότι αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, είτε σε ότι αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης 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. Από αυτά παρέπεται ότι η δάνεια εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα μπορεί να συνίσταται στην παροχή τεχνογνωσίας ή εμπειρίας αλλά και 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 στήριξη του στον προσφέροντα ή τον υποψήφιο, υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις (βλ. ΔΕφΘεσ. 143/2021 καθώς και ΑΕΠΠ 1777/2021).

21. Στο ίδιο πλαίσιο, με την Κατευθυντήρια Οδηγία της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με αριθμό 10/2015 έχει γίνει δεκτό ότι «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».

22. Τέλος, στον όρο 3.2.5.2. της επίμαχης Διακήρυξης με τίτλο «Υπεργολαβία» ορίζεται ότι «Ο Υποψήφιος αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Στην περίπτωση που ο υποψήφιος αναφέρει στην προσφορά του ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα(τα) της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους σε ποσοστό που υπερβαίνει το τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης - με την συμπλήρωση και κατάθεση ξεχωριστού ΕΕΕΣ για τον υπεργολάβο - ο αναθέτων φορέας ελέγχει ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 3.1.3 της παρούσας. Ο Υποψήφιος υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, εφόσον συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 3.1.3».

23. Με βάση τα παραπάνω στις περιπτώσεις παροχής στήριξης στον προσφέροντα με βάση συγκεκριμένα κριτήρια, που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα ή με τη σχετική

επαγγελματική εμπειρία συγκλίνει, τρόπον τινά, η περίπτωση της δάνειας εμπειρίας με την περίπτωση της υπεργολαβίας, κατά το ότι ανακύπτει ως αναγκαία προϋπόθεση η υποχρεωτική εκτέλεση των εργασιών ή υπηρεσιών από τον τρίτο οικονομικό φορέα, που παρέχει τη στήριξη του στον προσφέροντα. Κατά συνέπεια, στην περίπτωση αυτή, όταν δηλαδή συντρέχει στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα για την απόδειξη της πλήρωσης κριτηρίων επιλογής, που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών, τα επαγγελματικά προσόντα, ή την επαγγελματική εμπειρία, ο δανείζων εμπειρία αποκτά κατ' ουσίαν την ιδιότητα του υπεργολάβου και συνακόλουθα η συμμετέχουσα εταιρεία υποχρεούται να αναφέρει αυτόν στην προσφορά της ως υπεργολάβο και να δηλώσει το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει σε αυτόν υπό μορφή υπεργολαβίας, σύμφωνα και με τα οριζόμενα στο αρ. 58 του ν. 4412/2016 (βλ. και ΕΑΔΗΣΥ 1299/2022).

24. Στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα κατέθεσε με την προσφορά της το ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «01 espd EPE ... 7-10-22_signed.pdf», το οποίο αποτελεί το ΕΕΕΣ για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Στο Μέρος II Γ' αυτού και στο ερώτημα «*Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;*» η προσφεύγουσα έδωσε την απάντηση: «**Ναι**» και δήλωσε ως όνομα της οντότητας την εταιρεία «... ...». Ειδικότερα, σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες της «... ...» η προσφεύγουσα δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ότι «*Ο οικονομικός φορέας «... ...» στηρίζει, τόσο κατά το στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας αλλά κυρίως κατά την εκτέλεση της σύμβασης, την εταιρεία «...», παρέχοντας όλους τους αναγκαίους πόρους και μέσα, προκειμένου για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής της παραγράφου 3.2.3.α της με αριθμό .../2022 και ημερομηνία 07/09/2022 διακήρυξης (... 2022- 09-08) του παρόντος διαγωνισμού (ad hoc εμπειρίας), σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 3.2.5.1 της διακήρυξης και του άρθρου 39 του ν. 4413/2016. Ειδικότερα*

παρέχει στήριξη συμπληρωματικά προς την εταιρεία «...» ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που διαθέτει και την οποία έχει αποκτήσει μέσω της πολυετούς εκτέλεσης συμβάσεων, χρονικής διάρκειας μεγαλύτερης των 24 μηνών, παροχής ολοκληρωμένων υπηρεσιών παραλαβής και διαχείρισης στερεών καταλοίπων και καταλοίπων φορτίου πλοίων στο λιμάνι του ... και ..., που εμφανίζουν πολύ μεγαλύτερη κίνηση από το λιμάνι του ..., σε όλες τις παραμέτρους, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού».

25. Η παραπάνω δήλωση της προσφεύγουσας περί της στήριξής της στις ικανότητες της εταιρείας «... ..» σε ό,τι αφορά στην προηγούμενη επαγγελματική εμπειρία καθιστά την τελευταία υπεργολάβο της προσφεύγουσας και όχι απλώς δανείζουσα εμπειρία. Ωστόσο, από το Ιδιωτικό Συμφωνητικό (βλ. αρχείο με την ονομασία «01b ... Private agreement Cooperation_transl EN-GR_tc.pdf»), μεταξύ της προσφεύγουσας και της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας, που κατατέθηκε στο φάκελό της, δεν προκύπτει η μεταξύ τους σχέση υπεργολαβίας. Και αυτό γιατί από το περιεχόμενο του παραπάνω συμφωνητικού προκύπτει μόνο η διάθεση των αναγκαίων πόρων και τεχνογνωσίας προς την προσφεύγουσα και όχι η εκτέλεση ή υλοποίηση τμήματος του συμβατικού αντικειμένου απευθείας από την «... ..» με δικό της προσωπικό. Ενδεικτικά αναφέρεται ότι σύμφωνα με τα όσα συμφωνήθηκαν μεταξύ των εταιρειών η δέσμευση της «... ..» προς την προσφεύγουσα περιορίζεται στις εξής ενέργειες *«Εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία έναρξης ισχύος της παρούσας σύμβασης, η ... συμφωνεί να μεταβιβάσει στην..., την τεχνογνωσία της ... σχετικά με τις υπηρεσίες Λιμενικών Εγκαταστάσεων Υποδοχής για στερεά απόβλητα και κατάλοιπα φορτίου πλοίων σε Ευρωπαϊκά λιμάνια, θα πραγματοποιηθούν επιτόπιες επισκέψεις των Επιστημονικών Υπευθύνων και των Συντονιστών Έργων της ... στις εγκαταστάσεις του ..., προκειμένου να υπάρξει επαρκής ειδική εκπαίδευση στις διαδικασίες που ακολουθούν τα Ευρωπαϊκά λιμάνια, σχετικά με τις υπηρεσίες Λιμενικών Εγκαταστάσεων Υποδοχής για στερεά*

πλοία-απόβλητα, η ... θα παρέχει στην ... από την ημερομηνία έναρξης ισχύος της παρούσας σύμβασης και σε αποκλειστική βάση, πλήρη πρόσβαση σε κάθε είδους υλικό, αρχεία, πρωτόκολλα, δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, ετικέτες, κατευθυντήριες γραμμές, δεδομένα και πληροφορίες, καθώς και τεχνική βοήθεια σχετική με το αντικείμενο της παρούσας συμφωνίας. Οι γραπτές οδηγίες εργασίας και οι συνήθεις λειτουργίες που χρησιμοποιούνται από το ... στα Ευρωπαϊκά λιμάνια, θα προσαρμοστούν κατάλληλα και θα διατεθούν επίσης στην ..., προκειμένου να εφαρμοστούν στο παρόν Έργο» κ.α., οι οποίες δεν αποτελούν υλικές ενέργειες εκτέλεσης της υπηρεσίας παρά μόνο «συμβουλευτικές» υπηρεσίες. Ειδικά δε σε ότι αφορά τη διάθεση προσωπικού της «... ...» προς την προσφεύγουσα στο παραπάνω συμφωνητικό προβλέπεται ότι «Η ... θα θέτει το προσωπικό της εύλογα διαθέσιμο στην ... για να απαντά σε οποιεσδήποτε ερωτήσεις που σχετίζονται με την τεχνογνωσία της ... και να παρέχει τη συνεχή υποστήριξη και βοήθεια που μπορεί εύλογα να ζητήσει η ...», διατύπωση από την οποία προκύπτει με σαφήνεια ότι δεν πρόκειται για ουσιαστική διάθεση του προσωπικού με σκοπό την εκτέλεση του έργου, αλλά μόνο για παροχή τεχνογνωσίας και κατευθύνσεων.

26. Συνεπώς, γίνεται δεκτό ότι ορθά η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της παρεμβαίνουσας λόγω του γεγονότος ότι από τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ και από το Ιδιωτικό Συμφωνητικό, που κατέθεσε, δεν δηλώθηκε και δεν προκύπτει ότι «... ...» θα εκτελέσει την υπηρεσία, για την οποία δεσμεύθηκε ότι θα παρέχει στήριξη, ως υπεργολάβος της προσφεύγουσας, ιδιότητα την οποία απέκτησε λόγω του γεγονότος ότι παρέχει στήριξη σχετικά με την προηγούμενη επαγγελματική εμπειρία, σύμφωνα με τον όρο 3.2.5.1 της Διακήρυξης.

27. Μετά τα παραπάνω η προσφορά της προσφεύγουσας κρίνεται απορριπτέα, καθώς ο λόγος που εξετάσθηκε και αφορά τη μη αποδοχή της προσφοράς της δεν γίνεται δεκτός ως αβάσιμα προβαλλόμενος. Επομένως

Αριθμός Απόφασης: 274/2023

παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των υπολοίπων λόγων της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι η παραπάνω πλημμέλεια της προσφοράς της, παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη αυτής (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

28. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Δέχεται την Παρέμβαση.
3. Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 31 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 20 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ