

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Νοεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 28.9.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1348/29.9.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ...», με διακριτικό τίτλο «... ...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ..., ... αριθμ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά του ... (...), νπδδ (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αριθμ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ... αριθ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της υπ' αριθ. 177/7.7.2022 (όπως διορθώθηκε με την υπ' αριθ. 249/15.9.2022) καθώς και της υπ' αριθ. 243/8.9.2022 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες επικυρώθηκαν τα 1^ο, 2^ο και 3^ο Πρακτικά της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που με τις άνω αποφάσεις αφενός αποκλείστηκε η προσφεύγουσα αφετέρου ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας «...».

Υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής άσκησε παρέμβαση ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας, με αίτημα την καθ' ολοκληρίαν απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1661/2022

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 28-9-2022 ηλεκτρονική απόδειξη πληρωμής της Τράπεζας Πειραιώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο») ποσού 1.798,00€.

2. Επειδή με την υπ' αριθ. .../29.3.2022 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου ανάθεσης της υπηρεσίας με τίτλο «ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΚΟΛΥΜΒΗΤΙΚΩΝ ΔΕΞΑΜΕΝΩΝ ΤΟΥ ...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας Φ.Π.Α. 359.600,00€ χωρίς Φ.Π.Α. (και συμπεριλαμβανομένου αυτού 445.904,00€), πλέον δικαιώματος προαίρεσης ποσού 222.952,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (ήτοι 179.800,00 € για εργασίες και 43.152,00 € για ΦΠΑ). Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης, οι προσφερόμενες υπηρεσίες περιλαμβάνουν εργασίες καθαρισμού των κολυμβητικών δεξαμενών με την χρήση καταλλήλου εξοπλισμού, τη διάθεση των απαιτούμενων χημικών για την απολύμανση και χημική ισορροπία του νερού, όπως επίσης και την περιοδική συντήρηση των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων των μηχανοστασίων (εναλλάκτες, αντλίες, καυστήρες, λέβητες, συσκευές χλωρίωσης – χημικών και επισκευές όπου αναφέρονται), όπως αναλυτικά περιγράφονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α' - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ - ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της Διακήρυξης.

3. Επειδή προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ε.Ε. στις 28-3-2022, ενώ το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 31-3-2022 με μοναδικό ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή σύμφωνα με τη διακήρυξη ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 9-5-2022 και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών η 11-5-2022. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την υπ' αριθ. 177/7-7-2022 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (όπως

διορθώθηκε με την υπ' αριθ. 249/2022 απόφαση ως προς το ποσό της συνολικής προσφοράς του προσωρινού αναδόχου) εγκρίθηκε το 1^ο και 2^ο Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, όπως και του έτερου συμμετέχοντος «....», έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας εταιρείας και αναδείχθηκε η τελευταία προσωρινή ανάδοχος. Εν συνεχεία, με την υπ' αριθ. 249/15-9-2022 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το 3^ο Πρακτικό και αποφασίστηκε η ανάδειξη της παρεμβαίνουσας - μόνης πλέον παραδεκτώς συμμετέχουσας-, ως οριστικής αναδόχου. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης οριστικής κατακύρωσης, ως και κατά της ενσωματωθείσας σε αυτήν κατ' άρθρο 100 του ν. 4412/2016 και 3.1.2 της διακήρυξης απόφασης προσωρινής κατακύρωσης, στρέφεται η προσφεύγουσα αιτούμενη την ακύρωσή τους, για τους λόγους που ειδικώς αναπτύσσει στην υπό εξέταση προσφυγή της.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (υπηρεσίες), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι *«μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος»*. Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική

Αριθμός απόφασης: 1661/2022

προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 ν. 4412/2016, 13 π.δ. 39/2017 όπως ισχύουν.

7. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 19-9-2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 29-9-2022, ενώ επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και είναι ψηφιακώς υπογεγραμμένη.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι μη νομίμως κατά τους ισχυρισμούς της αποκλείστηκε η προσφορά της με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, ματαιώνοντας την προσδοκία της να αναδειχθεί ανάδοχος της σύμβασης. Επιπλέον, μετ' εννόμου συμφέροντος -αφού δεν έχει ακόμη καταστεί οριστικώς αποκλεισθείσα- η προσφεύγουσα βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της έτερης συμμετέχουσας και νυν παρεμβαίνουσας, η οποία δια της προσβαλλόμενης αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος (πρβλ. ΔΕΕ C771-19, ΔΕφΑΘ 101/2020, ΔΕφΠειραιώς 6/2022).

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή διά της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 29-9-2022 στην έτερη συμμετέχουσα και θιγόμενη από τυχόν αποδοχή της.

10. Επειδή η παρεμβαίνουσα υπέβαλε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 10-10-2022 δια της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την με ίδια ημερομηνία Παρέμβασή της, αιτούμενη την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή, με την υπ' αριθ. 1936/2022 Πράξη Προέδρου του 3ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλλει τις απόψεις της επί της προσφυγής.

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στους συμμετέχοντες και στην ΕΑΔΗΣΥ στις 7-10-2022 τις με αρ. πρωτ. 12888/7-10-2022 απόψεις της, στις οποίες καταγράφει εν συντομία το ιστορικό της υπόθεσης, χωρίς να

διαλαμβάνει κρίση επί των λόγων της προσφυγής. Επί των άνω απόψεων της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 10-10-2022 το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της.

13. Επειδή η προσφεύγουσα με τον **πρώτο λόγο** της προσφυγής της βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της, ισχυριζόμενη ότι απορρίφθηκε με μη νόμιμη αιτιολογία, ενώ καλύπτει πλήρως τις απαιτήσεις της διακήρυξης και συγκεκριμένα την ζητούμενη στο άρθρο 2.2.6 τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Επικουρικά προβάλλει ότι ακόμη και εάν ήθελε κριθεί ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίο στηρίζεται δεν πληροί την τεχνική και επαγγελματική του άρθρου 2.2.6, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει σε αντικατάσταση του τρίτου φορέα, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.7.1 της διακήρυξης. Ακολουθώντας, με το **δεύτερο λόγο** της προσφυγής της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, προβάλλοντας ότι μη νομίμως και κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και του νόμου έγινε δεκτή, και τούτο διότι δεν συνυπέβαλε την διευκρινιστική του ΕΕΕΣ υπεύθυνη δήλωση, ενώ και το ΕΕΕΣ της δεν είναι πλήρες, καθώς ελλείπουν κρίσιμα στοιχεία σε σχέση με τα έγγραφα που αναφέρονται ως τεκμηρίωση.

14. Επειδή στο ν. 4412/2026 προβλέπεται μεταξύ άλλων, στο **άρθρο 75** ότι «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. ... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο

ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. ... 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος», και στο **άρθρο 78** ότι «... 1. 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 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 στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. 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. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), **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, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον**

συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.....[..] **Η αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, γίνεται κατόπιν πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα, για κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. Ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο φορέας του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου. 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. 3. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων».**

15. Επειδή στη διακήρυξη του διαγωνισμού, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο αυτού, δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους συμμετέχοντες, σε σχέση με τα τιθέμενα ζητήματα ορίζονται τα ακόλουθα: **«2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα:** Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να πληρούν αθροιστικά τους πιο κάτω όρους: ▣ Ο υποψήφιος ανάδοχος επί ποινή αποκλεισμού θα πρέπει να διαθέτει αθροιστικά: **α. βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. για έργα Ηλεκτρομηχανολογικά ή και Βιομηχανικά - Ενεργειακά και β. να έχει εκτελέσει την τελευταία τριετία τουλάχιστον δύο ετήσιες συμβάσεις με αντικείμενο τη λειτουργία ή και συντήρηση δύο τουλάχιστον Δημόσιων ή Δημοτικών Κολυμβητηρίων ανά σύμβαση (ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης εντός των ετών 2018-2019-2020). Εναλλακτικά γίνονται δεκτοί οικονομικοί φορείς (φυσικά ή νομικά πρόσωπα) που διαθέτουν δάνεια**

εμπειρία με την προϋπόθεση να πληρούνται αθροιστικά οι όροι της παρούσας παραγράφου από τον κατέχοντα την εμπειρία)»

«2.2.7.1. Στήριξη στην ικανότητα τρίτων: Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν.4412/2016 ή με 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. Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. **Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν κατά περίπτωση τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση από την σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η οποία απευθύνεται στον οικονομικό φορέα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ο φορέας που αντικαθιστά φορέα του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου»**

«2.2.8 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής: Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/2016. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.5 και 2.2.6)».

«2.2.8.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών: 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 παρούσας, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν.4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα Δ' το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν.1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1 (του ανωτέρω Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7).

2.2.8.2 Αποδεικτικά μέσα: Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή

διεξαγωγή της διαδικασίας. **B.4.** Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α. Βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. για έργα Ηλεκτρομηχανολογικά ή και Βιομηχανικά - Ενεργειακά και β. Αποδεικτικά ανάληψης την τελευταία τριετία τουλάχιστον δύο συμβάσεων με αντικείμενο τη λειτουργία ή και συντήρηση Δημόσιων ή Δημοτικών Κολυμβητηρίων (ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης εντός των ετών 2018-2019-2020)».

16. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης, όταν διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου για την απόδειξη κριτηρίου τεχνικής ικανότητας (δάνεια εμπειρία), η αναθέτουσα αρχή επαληθεύει αφενός τη μη συνδρομή στο πρόσωπο του τρίτου λόγων αποκλεισμού και αφετέρου τη συνδρομή των προσόντων που στοιχειοθετούν την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου από τον τρίτο δανείζοντα. Περαιτέρω, η συμμετοχή οικονομικών φορέων με στήριξη στις ικανότητες τρίτων για την απόδειξη τεχνικής ικανότητας γίνεται δεκτή υπό τους ίδιους ακριβώς όρους και προϋποθέσεις συμμετοχής μεμονωμένων οικονομικών φορέων ή ενώσεων οικονομικών φορέων στηριζόμενων σε ίδια ικανότητα, διότι η προσφυγή σε δάνεια εμπειρία δεν επιτρέπεται να οδηγεί σε προνομιακή μεταχείριση οικονομικών φορέων που κάνουν χρήση αυτής έναντι όσων συμμετέχουν με ίδια προσόντα (βλ. Δημήτριο Γ. Ράικο , Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Γ' Έκδοσης, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 468). Τέλος, στην αναθέτουσα αρχή εναπόκειται, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, να ελέγξει, την συνδρομή των κρίσιμων προϋποθέσεων συμμετοχής, επαληθεύοντας τις πληροφορίες που περιέχονται κατ' αρχήν στο ΕΕΕΣ των τρίτων, διαδικασία που διενεργείται υπό τους όρους που ισχύουν για τους ίδιους τους διαγωνιζόμενους **και η οποία ενδέχεται να καταλήξει στην αντικατάσταση των μη πληρούντων τις προϋποθέσεις συμμετοχής τρίτων οικονομικών φορέων** (ΟΛΣΤΕ 1819/2020, σκ. 25). Εφόσον δε οικονομικός φορέας έχει συμμετάσχει ανεπιφύλακτα στον διαγωνισμό, χωρίς να αμφισβητήσει την νομιμότητα των όρων της διακήρυξης με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, οι όροι αυτοί τόσο περί πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής όσο και περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να απαιτήσει από διαγωνιζόμενο να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα, τον οποίο

επικαλέσθηκε προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας, σε περίπτωση που ο εν λόγω τρίτος δεν πληροί το αντίστοιχο κριτήριο ποιοτικής επιλογής, ως κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεσμεύουν τόσο τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς όσο και την αναθέτουσα αρχή.

17. Επειδή, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης, μεταξύ των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας έχει τεθεί και η απαίτηση του όρου 2.2.6 σύμφωνα με την οποία ότι οι συμμετέχοντες πρέπει να διαθέτουν αθροιστικά α) βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ για έργα Ηλεκτρομηχανολογικά ή και Βιομηχανικά – Ενεργειακά και β) να έχουν εκτελέσει την τελευταία τριετία (ημερομηνία υπογραφής σύμβασης εντός των ετών 2018-2019-2020) δύο ετήσιες συμβάσεις με αντικείμενο τη λειτουργία ή και συντήρηση δύο τουλάχιστον Δημόσιων ή Δημοτικών Κολυμβητηρίων ανά σύμβαση. Επιπλέον, ρητώς ορίζεται στο προπαρατεθέν άρθρο της διακήρυξης ότι στην περίπτωση που το υπόψη κριτήριο ποιοτικής επιλογής καλύπτεται από τρίτο δανείζοντα εμπειρία, τότε ο τελευταίος θα πρέπει να πληροί **αθροιστικά** τις άνω δύο προϋποθέσεις, ήτοι τόσο την εγγραφή στο ΜΕΕΠ όσο και την εκτέλεση δύο ετήσιων συμβάσεων, εντός των ετών 2018, 2019 και 2020, με αντικείμενο την λειτουργία ή και συντήρηση δύο τουλάχιστον δημόσιων ή δημοτικών κολυμβητηρίων ανά σύμβαση.

18. Επειδή με τον **πρώτο** λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι με μη νόμιμη αιτιολογία απορρίφθηκε η προσφορά της ως μη καλύπτουσα την αξιούμενη τεχνική ικανότητα του άρθρου 2.2.6 μέσω επίκλησης δάνειας εμπειρίας, και τούτο διότι ο τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίο στηρίζεται για την επίτευξη της άνω ζητούμενης εμπειρίας διαθέτει την τελευταία τριετία τέσσερις συμβάσεις με τέσσερα κολυμβητήρια, αριθμός που αθροιστικά είναι ο ίδιος με εκείνον που ζητά η Διακήρυξη (δύο συμβάσεις για δύο κολυμβητήρια ανά σύμβαση, τέσσερις συμβάσεις για ένα κολυμβητήριο η καθεμία). Όπως προκύπτει από το υποβληθέν ΕΕΕΣ του δανείζοντος εμπειρία ..., στο Μέρος IV -Κριτήρια Επιλογής, Τμήμα Γ – Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα έχει δηλώσει τέσσερις διακριτές συμβάσεις προς απόδειξη της ζητούμενης εμπειρίας ως εξής: α) «Συντήρηση και επισκευή Εγκαταστάσεων κολυμβητηρίου» με αποδέκτη το ... για το χρονικό διάστημα από 02.01.2018 – 31.12.2018, β) «Συντήρηση και επισκευή

Εγκαταστάσεων κολυμβητηρίου» με αποδέκτη το ... για το χρονικό διάστημα από 01.01.2019 – 31.12.2019, γ) «Συντήρηση και επισκευή Εγκαταστάσεων κολυμβητηρίου» με αποδέκτη το ... για το χρονικό διάστημα 01.01.2020 - 28.2.2020 και δ) «Συντήρηση κολυμβητηρίου ...» για το χρονικό διάστημα από 16.9.2022 – 15.9.2022. Άρα, ο τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίο η προσφεύγουσα στηρίζεται έχει δηλώσει τέσσερις διακριτές συμβάσεις με ένα κολυμβητήριο ανά σύμβαση, *αντί των δύο συμβάσεων με δύο κολυμβητήρια ανά σύμβαση* που απαιτεί η Διακήρυξη. Και ναι μεν κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας καλύπτεται αθροιστικά η απαίτηση της Διακήρυξης περί τεσσάρων κολυμβητηρίων, πλην όμως η απαίτηση του όρου 2.2.6 κατά τη ρητή και σαφή της διατύπωση απαιτεί δύο τουλάχιστον συμβάσεις *με δύο κολυμβητήρια ανά σύμβαση*, όρο που δεν πληροί προαποδεικτικώς ο τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίο η προσφεύγουσα στηρίζεται. Η δε ερμηνεία της προσφεύγουσας περί αθροιστικής κάλυψης της οικείας απαίτησης δεν βρίσκει έρεισμα στη Διακήρυξη, καθόσον δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των δύο συμβάσεων με δύο κολυμβητήρια ανά σύμβαση, και ενώ μάλιστα η προσφεύγουσα αποδέχθηκε τον οικείο όρο δια της ανεπιφύλακτης συμμετοχής της στο διαγωνισμό. Απορριπτέοι ως αβάσιμοι, αλλά και ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι ο τρίτος δανείζων εμπειρία είναι ο Διευθύνων Σύμβουλος και Τεχνικός Διευθυντής της προσφεύγουσας με αποτέλεσμα να προσμετρώνται στην εμπειρία του και οι συμβάσεις της προσφεύγουσας. Τούτο διότι αφενός στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του δανείζοντος τρίτου δηλώνονται μόνον οι τέσσερις προπαρατεθείσες συμβάσεις αφετέρου κατά τη ρητή διατύπωση του όρου 2.2.6 της διακήρυξης στην περίπτωση επίκλησης δάνειας εμπειρίας οι όροι του άνω άρθρου πρέπει να καλύπτονται αθροιστικά από τον τρίτο. Εν προκειμένω, ο κ. Δ. Θεολογίτης δηλώνεται ως τρίτος δανείζων εμπειρία και άρα στο πρόσωπό του πρέπει να συντρέχουν σωρευτικώς οι απαιτήσεις του άρθρου 2.2.6. Ενόψει των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και ως μη ερειδόμενος στη διακήρυξη, ενώ παρίσταται βάσιμη και σύμφωνη με τη διακήρυξη η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, κατ' αποδοχή των οικείων αιτιάσεων της παρεμβαίνουσας.

19. Επειδή η προσφεύγουσα επικουρικά προβάλλει ότι μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε τον αποκλεισμό της χωρίς προηγουμένως να την καλέσει να αντικαταστήσει τον τρίτο, στον οποίο στηρίζεται και ο οποίος κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής δεν πληροί την αξιούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας βασίμως προβάλλεται και πρέπει να γίνει δεκτός. Τούτο διότι όπως ανωτέρω αναπτύχθηκε (βλ. σκ. 16), σύμφωνα με το άρθρο 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016 που ενσωματώνεται και στην υπό κρίση διακήρυξη στο άρθρο 2.2.7.1, η αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση που κατά τον έλεγχο που διενεργεί προαποδεικτικώς διαπιστώσει στο πρόσωπο του τρίτου δανείζοντος εμπειρία τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή την μη πλήρωση των τιθέμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής πρέπει να ζητήσει και μάλιστα κατά δέσμια αρμοδιότητα την αντικατάστασή του. Άρα, η αιτίαση της προσφεύγουσας ως προς το σκέλος της αυτό πρέπει να γίνει δεκτή και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να προβεί στις δέουσες ενέργειες, όπως ορίζονται στο άρθρο 2.2.7.1 της διακήρυξης και 78 του ν. 4412/2016 απευθύνοντας σχετική κλήση στην προσφεύγουσα προς αντικατάσταση του τρίτου στον οποίο στηρίζεται για την πλήρωση του όρου 2.2.6.

20. Επειδή αναφορικά με το **δεύτερο** σκέλος της προσφυγής που βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, γίνονται δεκτά τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα επικαλούμενη το άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης υποστηρίζει ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, ενώ δεν είχε συνυποβάλει την εκεί αναφερόμενη υπεύθυνη δήλωση, με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ. Όμως, κατά τη ρητή διατύπωση του άνω άρθρου της διακήρυξης, η υποβολή της άνω υπεύθυνης δήλωσης είναι προαιρετική («δύνатаι»), ως εκ τούτου ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στο ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας λείπουν κρίσιμα στοιχεία και συγκεκριμένα α) στο πεδίο «Καταβολή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης» (σελ. 9 του ΕΕΕΣ) έχει απαντήσει «όχι», πλην όμως στα αναλυτικά στοιχεία αναφοράς του εγγράφου στα οποία αναφέρεται δεν έχει αναγραφεί αριθμός εγκυρότητάς του, ώστε να καθίσταται δυνατός ο έλεγχος αυτού και β) στα πεδία «πτώχευση», «Διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης», «Διαδικασία πτωχευτικού

συμβιβασμού», «Ανάλογη κατάσταση προβλεπόμενη σε εθνικές νομοθετικής και κανονιστικές διατάξεις», η παρεμβαίνουσα έχει απαντήσει με το πεδίο «Όχι», πλην όμως στα αναλυτικά στοιχεία αναφοράς του εγγράφου στο οποίο αναφέρεται αναγράφεται μόνον ένας αριθμός πιστοποιητικού χωρίς και πάλι να καθίσταται δυνατή η επαλήθευση της εγκυρότητάς του, καθώς δεν έχει αναγραφεί ο κωδικάριθμος του εγγράφου για τον έλεγχο. Όπως προκύπτει από την επισκόπηση του κατατεθειμένου ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας, η τελευταία προς απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού έχει απαντήσει «όχι» αναφέροντας αναλυτικά τα στοιχεία των πιστοποιητικών που αποδεικνύουν τα ανωτέρω δηλωθέντα. Εν όψει των ανωτέρω, η συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας στα επίμαχα πεδία παρίσταται νόμιμη, επαρκής και πλήρης, έχοντας προαποδείξει κατά τους όρους της διακήρυξης τη μη συνδρομή στο πρόσωπό της των λόγων αποκλεισμού, και τούτο ενώ σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν προβλέπεται ότι πρέπει να αναγράφεται ο κωδικάριθμος του προς έλεγχο εγγράφου/πιστοποιητικού. Άλλωστε, εάν η αναθέτουσα αρχή διατηρούσε αμφιβολίες είχε τη δυνατότητα κατ' άρθρο 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016 να καλέσει την παρεμβαίνουσα να υποβάλλει τα επίμαχα πιστοποιητικά οποτεδήποτε και πριν την ανάδειξη οριστικού αναδόχου. Άρα, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέοι στο σύνολό τους.

21. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος έκρινε άνευ ετέρου αποκλειστέα την προσφορά της προσφεύγουσας και χωρίς προηγούμενη κλήση της προς αντικατάσταση του τρίτου, στον οποίο στηρίζεται προς πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6. Η δε παρέμβαση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, κατά το μέρος που απορρίπτεται η προσφυγή.

22. Επειδή σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7 Νοεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 25 Νοεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ