

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής,
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 20-6-2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 744/20-6-2019 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 10-6-2019 υπ' αρ. 1290/2019 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» στα τμήματα του 1^{ου}, 5^{ου} και 6^{ου} τομέα, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 106.508,00 ευρώ, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την "Ανάδειξη εργολάβων για τον από εδάφους δολωματικό ψεκασμό ελαιοδέντρων στα πλαίσια του Προγράμματος Συλλογικής Καταπολέμησης του Δάκου της Ελιάς στην Περιφέρεια - Περιφερειακή Ενότητα για το έτος 2019" αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 230.590,80 ευρώ που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. διακήρυξη, η οποία απεστάλη για

δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 25-2-2019 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 28-2-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 28-2-2019 με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 600,00 ευρώ), πληρώθηκε δε δια εμβάσματος της 20-6-2019.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 20-6-2019 Προσφυγή εμπροθέσμως στρέφεται κατά της από 10-6-2019 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα, εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 άνω των ορίων και εμπίπτουσα λόγω του ποσού της και του χρόνου αποστολής της προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. και δη καθ' ο μέρος έγινε αποδεκτή στους Τομείς 1, 5 και 6 η προσφορά του παρεμβαίνοντος. Ο δε προσφεύγων που και αυτός εκρίθη αποδεκτός δια της ίδιας προσβαλλομένης επικαλείται μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος ως ευνοούμενος από τον αποκλεισμό του ανταγωνιστή και μόνου έτερου αποδεκτού μετέχοντος στους ίδιους ως άνω Τομείς, ότι ο τελευταίος υπέβαλε προσφορά χωρίς να διαθέτει τους απαραίτητους κατά τον όρο 2.4.3 της διακήρυξης γεωργικούς ελκυστήρες και το απαιτούμενο προσωπικό, στηριζόμενος για την πλήρωση των ως άνω απαιτήσεων σε τρίτους ιδιοκτήτες ελκυστήρων και οδηγούς-ψεκαστές που δεν απασχολεί με σύμβαση εργασίας, παρότι όμως ούτε ΕΕΕΣ των τρίτων αυτών υπεβλήθη ούτε αυτοί δεσμεύθηκαν καθ' οιονδήποτε τρόπο ενώπιον της αναθέτουσας. Ο δε παρεμβαίνων με την

από 28-6-2019 εμπρόθεσμη, κατόπιν της από 20-6-2019 κοινοποίησης σε αυτόν της προσφυγής, και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούμενη προς διατήρηση του στον διαγωνισμό, παρέμβασή του, επικαλείται ότι οι όροι περί την πλήρωση των οποίων θα χρησιμοποιήσει τρίτους και μέσα τρίτων, δεν συνιστούν κριτήρια επιλογής σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, αλλά τεχνικές προδιαγραφές και σε κάθε περίπτωση δεν προκύπτει από τη διακήρυξη ότι θεσπίσθηκαν ως κριτήρια επιλογής και επομένως δεν όφειλε να υποβάλει ΕΕΕΣ των τρίτων, ενώ σε κάθε περίπτωση προσκόμισε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά για την απόδειξη των συνεργασιών του, καίτοι κατά ρητή μνεία της διακήρυξης στον όρο 2.4.3 αυτής, τούτο δεν απαιτείτο, αλλά ζητήθηκε κατόπιν αιτήματος του προσφεύγοντος, ενώ ο ίδιος δεν απέδειξε πλήρως την εξασφάλιση συνεργασίας με όσους αναφέρει στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ- ΠΙΝΑΚΑΣ Ι φακέλου υποψηφιότητάς του. Η αναθέτουσα με τις από 27-6-2019 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της επικαλείται ότι κατά τον όρο 2.4.3.8 της διακήρυξης, δεν απαιτούντο εξαρχής οι δεσμεύσεις των τρίτων να υποβληθούν με την προσφορά, αλλά τούτο ζητήθηκε κατόπιν αιτήματος του προσφεύγοντος, ότι δεν δύναται να αποκλείσει προσφορά λόγω μη συμπλήρωσης μη συνδεόμενων με τη διακήρυξη πεδίων των ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, ότι δεν τέθηκε κατά τη διακήρυξη ως λόγος αποκλεισμού η μη συμπλήρωση ή η εσφαλμένη συμπλήρωση των πεδίων του ΕΕΕΣ και ότι η μη ορθή συμπλήρωση του Μέρους Γ του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ δεν συνιστά λόγο αποκλεισμού. Με το από 1-7-2019 υπόμνημά του προς αντίκρουση των Απόψεων, ο προσφεύγων επικαλείται ότι οι απαιτήσεις του όρου 2.4.3 δεν συνιστούν τεχνικές προδιαγραφές, αλλά ανεξαρτήτως λεκτικού τους αποτελούν κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ενώ δεν διευκρινίσθηκε από την αναθέτουσα σε τι συνίστανται οι ελλείψεις της δικής του προσφοράς. Επομένως, πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και η προσφυγή και η παρέμβαση και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή, η απαίτηση της διακήρυξης για γεωργικούς ελκυστήρες, οδηγούς αυτών, ως και κάθε σχετικό προσόν του προσωπικού που θα απασχολήσει ο ανάδοχος στην εκτέλεση της σύμβασης, ορίζεται στον όρο 2.4.3

περί περιεχομένων φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς και δη τους όρους 2.4.3.3-2.4.3.6 της διακήρυξης, με περαιτέρω κατά τον όρο 2.4.3.8 απαίτηση για υποβολή υπεύθυνης δήλωσης με την οποία θα δηλώνεται «1. ότι για τα αναφερόμενα στην συνημμένη κατάσταση (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II - ΠΙΝΑΚΑΣ I) ονοματεπώνυμα αυτών που θα εργαστούν στη δακοκτονία, έχει εξασφαλιστεί η συνεργασία με κάθε νόμιμο τρόπο (π.χ. υπογραφή συμβάσεων, υπεύθυνων δηλώσεων κ.λ.π.) από την έναρξη εφαρμογής μέχρι στις 15/11/2018 και ότι οι υπογραφές τους στα έγγραφα είναι γνήσιες. 2. ότι οι γεωργικοί ελκυστήρες που θα χρησιμοποιηθούν στο έργο έχουν ασφαλιστήριο συμβόλαιο. 3. ότι θα εξασφαλίσει τον απαραίτητο αριθμό ψεκαστήρων πλάτης που απαιτούν τα συνεργεία ψεκασμού και ότι σε κάθε συνεργείο θα υπάρχουν και δύο (2) εφεδρικοί ψεκαστήρες. 4. ότι θα παρέχει στους ψεκαστές μέσα προστασίας (φόρμες μάσκες γάντια κ.λ.π.) όπως αναφέρονται στις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσας διακήρυξης, τα οποία θα χρησιμοποιούν κατά την ώρα εκτέλεσης των ψεκασμών. 5. ότι αποδέχεται, συντελεί, συνεργάζεται και εξασφαλίζει την ορθή εφαρμογή της χρήσης συστημάτων GIS- GPS στους ελαιοκομικούς τομείς, που η Υπηρεσία θα ορίσει. 6. ότι γνωρίζει πολύ καλά την ελαιοκομική περιοχή για την οποία εκδηλώνει ενδιαφέρον. 7. ότι έλαβε γνώση και αποδέχεται ανεπιφύλαχτα τους όρους της παρούσας διακήρυξης. Στην περίπτωση που ο συμμετέχων είναι νομικό πρόσωπο, συνεταιρισμός ή ένωση, την υπεύθυνη δήλωση θα την υπογράψει ο νόμιμος εκπρόσωπός τους όπως ο νόμος ορίζει.».

Περαιτέρω και εν συνεχεία στη σελ. 22 της διακήρυξης και εντός του όρου 2.4.3 κατόπιν των ως άνω απαιτήσεων αναφέρθηκαν τα εξής « *Επισημαίνεται ότι: Α) Δεν χρειάζεται να προσκομισθούν στην επιτροπή διεξαγωγής του διαγωνισμού οι συμβάσεις, οι υπεύθυνες δηλώσεις, αντίγραφα αδειών κυκλοφορίας των γεωργικών ελκυστήρων, αντίγραφα αδειών οδήγησης των οδηγών των γεωργικών ελκυστήρων και τα άλλα έγγραφα με τα οποία οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό εξασφάλισαν τις προαναφερόμενες συνεργασίες συγκρότησης συνεργείων. Αυτά θα παραμείνουν στο διαγωνιζόμενο, με την υποχρέωση να τα προσκομίσει στην επιτροπή ή στην υπηρεσία, σε περίπτωση που αυτό κριθεί σκόπιμο. Β) Σε περίπτωση αδυναμίας του εργολάβου συγκρότησης συνεργείων*

ψεκασμού σε κάποιο Τομέα, από αυτά που παρουσιάστηκαν στο διαγωνισμό, θα έχει ως αποτέλεσμα, ο εργολάβος που θα αναλάβει το έργο να υποστεί τις συνέπειες της ψευδούς δηλώσεως καθώς και τις συνέπειες που προβλέπονται από το διαγωνισμό για την εγγύηση καλής εκτέλεσης της σύμβασης. Ο ελάχιστος προβλεπόμενος αριθμός ψεκαστικών συγκροτημάτων απεικονίζεται στον ΠΙΝΑΚΑ II του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II. Οι ελκυστήρες και το προσωπικό που χρησιμοποιούνται στην τεχνική προσφορά ενός Τομέα, δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιηθούν στην τεχνική προσφορά άλλου Τομέα από τον ίδιο ή διαφορετικό υποψήφιο. Εφόσον αυτό ισχύει, αποτελεί λόγο αποκλεισμού του/των εργολάβων από όλες τις περιοχές που συμμετέχουν τα κοινά μέσα.».

Περαιτέρω, κατά τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης περί στήριξης σε ικανότητες τρίτων για την πλήρωση κριτηρίων επιλογής ορίζεται ότι «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας 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 (πρβλ. άρθρο 78 παρ.1 του ν. 4412/2016). 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. 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.», παρότι πάντως κανένα τέτοιο κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας δεν ορίστηκε από τη διακήρυξη και ενώ η αναφορά του παραπάνω όρου 2.2.6 περί δάνειας εμπειρίας σε κριτήρια επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του όρου 2.2.6 είναι προδήλως αντιφατική και επομένως δεν έχει και καμία εφαρμογή. Το δε ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II της διακήρυξης περιλαμβάνει πίνακες όπου θα πρέπει να

αναγραφεί ο ιδιοκτήτης του ανά περίπτωση ελκυστήρα με τα στοιχεία αυτού, του ελκυστήρα, του οδηγού και του ψεκαστή, μαζί με αναφορά στο πιστοποιητικό ορθολογικής χρήσης φαρμάκων του τελευταίου και τέτοιος πίνακας με το σύνολο των ανά Ομάδα-Τομέα απαιτούμενων συνεργείων θα πρέπει να υποβληθεί για κάθε επιμέρους Τομέα, αναφέρεται δε στο Παράρτημα αυτό ότι *«Κάθε ψεκαστικό συγκρότημα αποτελείται από το γεωργικό ελκυστήρα με τον οδηγό του και τον ψεκαστή που χειρίζεται το μπεκ (αυλό), ο εξοπλισμός εφαρμογής γεωργικών φαρμάκων φέρει το αυτοκόλλητο σήμα καταλληλότητας (sticker), ο οδηγός ή ο ψεκαστής, ο ένας εκ των δύο, του κάθε ψεκαστικού συγκροτήματος, είναι κάτοχος πιστοποιητικού γνώσεων ορθολογικής χρήσης γεωργικών φαρμάκων.»*, ενώ το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ αναφέρει πως *«Σκοπός του έργου είναι η εφαρμογή δολωματικών ψεκαμών στους ελαιώνες της Περιφερειακής Ενότητας Αιτωλνίας, για την προστασία της ελαιοπαραγωγής από το δάκο. Οι ψεκασμοί θα γίνονται από εδάφους με ψεκαστικά συνεργεία που αποτελούνται από ψεκαστικά συγκροτήματα και ψεκαστήρες πλάτης, όπου απαιτείται. Κάθε ψεκαστικό συγκρότημα απαρτίζεται από γεωργικό ελκυστήρα με βυτίο χωρητικότητας 500 λίτρων, τον οδηγό και τον ψεκαστή ο οποίος θα χειρίζεται το μπεκ (αυλό). Για τα ελαιόδεντρα που δεν έχει πρόσβαση το ψεκαστικό μηχάνημα, το συνεργείο θα διαθέτει επιπλέον ένα ή περισσότερους ψεκαστές με επινώτιες ψεκαστήρες. Τα συνεργεία ψεκασμού συγκροτούνται με ευθύνη και μέριμνα του εργολάβου ανά Τομέα σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Κάθε συνεργείο αποτελείται από ψεκαστικά συγκροτήματα, σύμφωνα με τον Πίνακα II του Παραρτήματος II. ...8. Το κάθε ψεκαστικό συγκρότημα αποτελείται από το γεωργικό ελκυστήρα, τον οδηγό και τον ψεκαστή. Ο οδηγός κάθε ψεκαστικού συγκροτήματος πρέπει να είναι κάτοχος του πιστοποιητικού γνώσεων ορθολογικής χρήσης γεωργικών φαρμάκων και σε περίπτωση που αυτός δεν το διαθέτει να είναι κάτοχος ο ψεκαστής (βάσει του αρ. 19 ν. 4036/2012 ΦΕΚ. Α΄8) και ΚΥΑ 8197/90920/2013 (Β΄1883).9. Ο εξοπλισμός εφαρμογής γεωργικών φαρμάκων πρέπει να φέρει Πιστοποιητικό Επιθεώρησης που εντάσσει τον εξοπλισμό στην Κατηγορία I ή II και να συνοδεύεται από αυτοκόλλητο σήμα καταλληλότητας (sticker), όπως*

προβλέπεται στην ΥΑ Ε8 1831/39763/2015 (ΦΕΚ Β' 671). ...15. Χρησιμοποιούνται τα ψεκαστικά συγκροτήματα (τρακτέρ, οδηγός, ψεκαστής) του Πίνακα Ι, όπως αυτά κατατέθηκαν στο διαγωνισμό στα «Δικαιολογητικά συμμετοχής - Τεχνική προσφορά». Για να υπάρξει δυνατότητα χρησιμοποίησης άλλων ψεκαστικών συγκροτημάτων, διαφορετικών από αυτά που κατατέθηκαν, λόγω ανωτέρας βίας (βλάβη του τρακτέρ, ασθένεια των εργαζομένων, αθέτηση συμφωνίας με το προσωπικό, κλπ.), πρέπει προηγουμένως να το επιτρέψει η Δ.Α.Ο.Κ., αφού κατατεθούν τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά... 19. Ο εργολάβος με την έκδοση εντολής για την έναρξη του 1ου ψεκασμού, θα δώσει στον τομέαρχη δακοκτονίας, κατάσταση (βάσει του Πίνακα Ι) με τα ονοματεπώνυμα των οδηγών και των ψεκαστών, των αριθμών των αδειών των τρακτέρ, των αριθμών των διπλωμάτων των οδηγών, των ασφαλειών των τρακτέρ και του χρόνου λήξης τους, τη κατοχή του πιστοποιητικού γνώσεων ορθολογικής χρήσης γεωργικών φαρμάκων, καθώς και του πιστοποιητικού επιθεώρησης του εξοπλισμού, υπογεγραμμένη από τον ίδιο.».

5. Επειδή, η στήριξη σε ικανότητες τρίτου κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 προβλέπεται όσον αφορά την κάλυψη προσόντων που έχουν εκ της διακήρυξης θεσπισθεί ως κριτήρια επιλογής (Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018), ήτοι ως οι ιδιότητες εκείνες που θα πρέπει να συντρέχουν καταρχήν στο πρόσωπο του προσφέροντος προκειμένου αυτός να κριθεί ποιοτικά κατάλληλος για την καταρχήν αποδοχή του ως επιλέξιμος για την ανάθεση σε αυτόν της σύμβασης (Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017), επιλογή που περαιτέρω θα λάβει χώρα κατ' εφαρμογή του ανά περίπτωση κριτηρίου ανάθεσης. Το δε κριτήριο ανάθεσης συνίσταται στην περίπτωση της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, στην πλήρωση των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών για την αποδοχή της προσφοράς και στην περίπτωση κριτηρίου σχέσης ποιότητας/τιμής, αντιστοίχως στην πλήρωση των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών (που οδηγούν σε ελάχιστη βαθμολόγηση 100, ως ισούται η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς) και περαιτέρω την υπερκάλυψη των προδιαγραφών αυτών (προς βαθμολόγηση άνω του 100 και έως 120) και εν

τέλει τη συσχέτιση της βαθμολόγησης τεχνικής προσφοράς με την οικονομική (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 328/2018). Αυτός είναι και ο διαχωρισμός (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017) από τη μία πλευρά μεταξύ τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες εξάλλου συνιστούν απαιτούμενα (ή επιθυμητά στην περίπτωση της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής) στοιχεία που πρέπει να συντρέχουν στο ίδιο το αντικείμενο της προσφοράς (αγαθού ή υπηρεσίας), η απόδειξή τους λαμβάνει χώρα δια του φακέλου τεχνικής προσφοράς και ελέγχεται στο στάδιο τεχνικών προσφορών και κριτηρίων επιλογής από την άλλη, που συνιστούν απαιτούμενα στοιχεία που πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του προσφέροντος, η απόδειξή τους λαμβάνει χώρα σε προκαταρκτικό επίπεδο δια του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ κατ' άρ. 79 Ν. 4412/2016 και περαιτέρω σε οριστικό επίπεδο δια των δικαιολογητικών κατακύρωσης (εκτός αν άλλως ορίζει η ανά περίπτωση διακήρυξη) και ελέγχεται στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής (και εκ νέου σε αυτό των δικαιολογητικών κατακύρωσης). Επιπλέον, η στήριξη σε τρίτους οικονομικούς φορείς κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 συνιστά μια εκ του νόμου παρεχόμενη δυνατότητα στους προσφέροντες, προς διευκόλυνση συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, όπως χρησιμοποιήσουν προσωπική ιδιότητα τρίτου (μη προσφέροντος) οικονομικού φορέα προς εκ μέρους τους πλήρωση απαιτούμενης ιδιότητας, εκ της διακήρυξης ορισθείσας ως κριτήριο επιλογής (τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ή οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας). Άρα, δεν νοείται στήριξη σε ικανότητες τρίτου επί ζητουμένων που δεν ορίστηκαν ως κριτήρια επιλογής. Επομένως, αν η διακήρυξη θεσπίζει τεχνική απαίτηση (όχι ως κριτήριο επιλογής, αλλά ως τεχνική προδιαγραφή της προσφερόμενης υπηρεσίας), η οποία θα καλυφθεί από τον προσφέροντα με πόρο άλλου οικονομικού φορέα, ο τελευταίος δεν συνιστά τρίτο οικονομικό φορέα κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016, άρα δεν είναι εφαρμοστέες επί της εισφοράς του πόρου του οι κατά νόμο και κατά τη διακήρυξη διατυπώσεις περί παρέχοντος στήριξη προς πλήρωση κριτηρίου επιλογής τρίτου οικονομικού φορέα. Ενδέχεται πάντως, αναλόγως είδους συνεισφοράς, να συνιστά υπερβολάβο, ήτοι τρίτο οικονομικό φορέα που δεν

παρέχει στήριξη προς πλήρωση κριτηρίου επιλογής, αλλά εκτελεί μέρος του συμβατικού αντικειμένου (χωρίς να αποκλείεται οι δύο ιδιότητες να συμπίπτουν στο πρόσωπο του ίδιου οικονομικού φορέα, εφόσον ο τρίτος εισφέρει ιδιότητα κριτηρίου επιλογής και συγχρόνως θα εκτελέσει μέρος του συμβατικού αντικειμένου). Μόνη της πάντως, η παροχή από τρίτο ενός παγίου ή άλλου υλικού πόρου προς πλήρωση προδιαγραφής, χωρίς όμως αυτός ο πόρος να τυγχάνει χρήσης από τον τρίτο για την εκτέλεση της οικείας, εντός της συμβάσεως, λειτουργίας για την οποία ο πόρος προορίζεται (αλλά αντίθετα, κατά την προσφορά, το πάγιο θα το χρησιμοποιήσει ο ίδιος ο προσφέρων με δικό του τυχόν προσωπικό και υπό τη δική του άμεση οργανωτική και διοικητική ευθύνη), τότε δεν υφίσταται υπεργολαβία, αλλά ο τρίτος αποτελεί απλό πάροχο υπηρεσιών ή αγαθών προς τον προσφέροντα, περί της παροχής του οποίου δεν υφίστανται διατυπώσεις (όπως αντίστοιχα δεν συνιστά υπεργολαβία η εκμίσθωση ακινήτου, όπου ο ίδιος ο ανάδοχος θα εκτελέσει εργασίες σχετιζόμενες με το συμβατικό αντικείμενο).

6. Επειδή, κατά τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι τα πρόσωπα που θα εργασθούν στην εκτέλεση της σύμβασης, οι ελκυστήρες και οι πιστοποιήσεις-άδειες κάθε είδους ψεκαστών, οχημάτων και οδηγών, αφενός είχαν θεσπισθεί ως τεχνικές προδιαγραφές και όχι ως κριτήρια επιλογής, αφετέρου ρυθμίζονταν ειδικά και εξαντλητικά από τους προπαρατεθέντες όρους, χωρίς να καταλείπουν περιθώριο ερμηνείας περί του ότι υπόκεινται σε διατυπώσεις περί κριτηρίων επιλογής, άρα και σε στήριξη σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016. Το τι είναι δε κριτήριο επιλογής και άρα αντικείμενο της στήριξης σε ικανότητες τρίτων, εφόσον η διακήρυξη ήδη έχει γίνει αποδεκτή από τους μετέχοντες ανεπιφύλακτα (οπότε η όποια εφαρμογή, δεσμεύεται από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης), όπως εν προκειμένω και η διαδικασία τελεί πλέον σε αξιολόγηση, δεν αποτελεί αντικείμενο ελεύθερης ερμηνείας, πράγμα που θα καθιστούσε έωλη τη διαδικασία και θα έθιγε την αντικειμενική, διαφανή και ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων, αλλά εξαρτάται από το ίδιο το περιεχόμενο

της διακήρυξης, το οποίο εν προκειμένω ουδόλως θέσπιζε τα ως άνω προσόντα ως κριτήρια επιλογής. Εξάλλου, ο ίδιος ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης που ρυθμίζει ειδικώς τη στήριξη σε ικανότητες τρίτων ουδόλως αναφέρεται στις οικείες απαιτήσεις και τους όρους όπου αυτές θεσπίζονταν. Επομένως, δεν μπορεί να γίνει δεκτή οιαδήποτε ερμηνεία της διακήρυξης δια της οποίας το πρώτον θα συνάγονταν νέες υποχρεώσεις των διαγωνιζομένων και επομένως λόγοι αποκλεισμού, χωρίς κανένα έρεισμα στο γράμμα της διακήρυξης, πολλώ δε μάλλον σαφές και ορισμένο και ούτως, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί το πρώτον κατά την αξιολόγηση ότι οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να προσκομίσουν ΕΕΕΣ τρίτων και να τηρήσουν τις εν γένει περί στήριξης κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 διατυπώσεις, όσον αφορά τα οχήματα και το προσωπικό των συνεργείων, ενώ τα ζητήματα αυτά και ρυθμίζονταν από ειδικές διατάξεις και διατυπώσεις που θέσπισε η διακήρυξη (και ουδόλως αμφισβητείται ότι τηρήθηκαν) και δεν ρυθμίζονταν και δεν αναφέρονταν επουδενί στις οικείες περί στήριξης σε ικανότητες τρίτων διατάξεις της διακήρυξης. Εξάλλου, προς τούτο είναι εν όλω απορριπτέοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί στήριξης σε μέσα, προσωπικό και εξοπλισμό τρίτων, στοιχεία που μόνος του χαρακτηρίζει ως «τεχνική ικανότητα» και ότι η χρήση τέτοιων πόρων τρίτων συνιστά κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016, διότι πρωτίστως όλα τα ανωτέρω ερείδονται επί ερμηνειών της διακήρυξης και απόπειρας του να υπαγάγει τους όλως αυτοτελείς και διακριτούς από τα κριτήρια επιλογής της διακήρυξης, όρους του άρ. 2.4.3 αυτής που με σαφήνεια αφορά την τεχνική προσφορά (και τούτο προκύπτει και από τη σύνδεση των όρων αυτών με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ) στην έννοια των κριτηρίων επιλογής, ώστε να συναχθεί και υποχρέωση τήρησης των διατυπώσεων στήριξης κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 σε ικανότητες τρίτων και τούτο παρότι η τελευταία ρυθμίζεται από τον όρο 2.2.6 που ουδόλως αναφέρεται στα απαιτούμενα των όρων του άρ. 2.4.3 και του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι. Εξάλλου, ακόμη και αν υποτίθετο ότι η διακήρυξη υπονοούσε όντως ότι η χρήση ελκυστήρων και εργατών που δεν ανήκουν και δεν απασχολούνται αντιστοίχως από τον προσφέροντα συνιστά περίπτωση εφαρμογής του όρου 2.2.6 αυτής περί στήριξης σε ικανότητα τρίτου προς πλήρωση κριτηρίου

επιλογής τούτο αφενός ουδόλως προκύπτει καθ' οιαδήποτε σαφήνεια και επομένως δεν δύναται να αποτελέσει έρεισμα αποκλεισμού, αφετέρου θα αντέφασκε με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ και τον ειδικό Πίνακα του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΙΙ ως και τη ρητή επισήμανση του όρου 2.4.3, οι οποίοι ρητά προσδιορίζουν τι απαιτείται και τι δεν απαιτείται να υποβληθεί για τους συνεργαζόμενους τρίτους (όπως ρητά επισημαίνεται ότι δεν απαιτείται να υποβληθούν αποδεικτικά δέσμευσης αυτών και τούτο σε αντίθεση με τον όρο 2.2.6 περί δάνειας εμπειρίας που αναφέρει ότι πρέπει να υποβληθούν τέτοια αποδεικτικά για τον κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 τρίτο οικονομικό φορέα), με αποτέλεσμα ουδόλως ενόψει των ανωτέρω να δύνανται να στηριχθούν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, ο οποίος σε κάθε περίπτωση ανεπιφύλακτα μετείχε στη διαδικασία, αποδεχόμενος το σύνολο των όρων αυτής. Σημειωτέον δε, ότι οι εντός του υπομνήματος ισχυρισμοί του περί του ότι δεν έπρεπε να ληφθεί υπόψη το λεκτικό των οικείων όρων που επικαλείται, ακριβώς διότι δεν είχαν σχέση με κριτήρια επιλογής, είναι όλως απαράδεκτοι διότι ανεπικαίρως εν τέλει βάλλουν κατά της δεσμευτικότητας της διακήρυξης με αληθές αντικείμενό τους, την ερμηνεία αυτών ως διαφορετικού περιεχομένου από το γράμμα τους, ενώ εξάλλου ουδόλως η μη υπαγωγή του 2.4.3 στο ειδικό παράρτημα τεχνικών προδιαγραφών, αναιρεί ότι το άρθρο αυτό αναφερόταν στο περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς, πολλώ δε μάλλον ενώ τα εκεί ζητούμενα τελούσαν κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη σε άμεση σχέση με τις προδιαγραφές του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται. Εξάλλου, τα ως άνω αποδεικνύονται και από το ότι ούτε ο ίδιος ο προσφεύγων τήρησε οιαδήποτε διατύπωση «στήριξης σε ικανότητα τρίτου» όσον αφορά τα συνεργεία και δη το προσωπικό ες που περιέλαβε στον πίνακα του Παραρτήματος ΙΙ που υπέβαλε με την προσφορά του ούτε ανέφερε και απασχολούμενους στο ΕΕΕΣ του ούτε υπέβαλε τα ΕΕΕΣ αυτών ούτε υπέβαλε τις δεσμεύσεις των τελευταίων με την προσφορά του (εξάλλου, αν υποθεθεί ότι εξαρχής απαιτούνταν, η το πρώτον υποβολή κατά την αξιολόγηση, ακόμη και αν αφορούσε το σύνολο των μετεχόντων, δεν θα αναιρούσε την παράβαση από όλους και άρα τη χρεία αποκλεισμού όλων των προσφορών, ακόμη και της δικής του, λόγω της

δεσμευτικότητας του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης). Παρά υπέβαλε ΕΕΕΣ τρίτου οικονομικού φορέα και ιδιωτικό συμφωνητικό του τελευταίου με τον ίδιο, όπου αναφέρεται ότι ο τρίτος έχει συνάψει ιδιωτικά συμφωνητικά «μίσθωσης» με 24 συνεργεία, πράγμα που σημαίνει ότι αν όντως το προσωπικό αποτελούσε κριτήριο επιλογής και η χρήση μη απασχολούμενων από τον προσφέροντα συνιστούσε «δάνεια εμπειρία» τότε και ο προσφεύγων έπρεπε να υποβάλει ΕΕΕΣ του τρίτου, όπου περαιτέρω ο τελευταίος θα επικαλείτο δική του «στήριξη» επί των 24 συνεργείων και των προσώπων που τα απαρτίζουν και επιπλέον να υποβληθούν και τα ΕΕΕΣ των τελευταίων και αν μάλιστα έπρεπε να υποβληθούν και οι δεσμεύσεις των τρίτων που θα συνεργαστούν με τον ανάδοχο, θα έπρεπε να είχαν υποβληθεί από τον προσφεύγοντα με την προσφορά του, όχι απλώς η δέσμευση του ενός παραπάνω τρίτου, αλλά και των τρίτων με τους οποίους ο τελευταίος θα συνεργαστεί. Τα ως άνω εν τέλει αποδεικνύουν πως αν μη τι άλλο ουδεμία υποχρέωση πολλώ δε μάλλον σαφής υπήρχε περί όσων επικαλείται ο μη τηρήσας καν όσα ισχυρίζεται ότι έπρεπε να τηρηθούν προσφεύγων, με αποτέλεσμα οι ισχυρισμοί του να είναι και αβάσιμοι, αλλά και απαραδέκτως προβαλλόμενοι λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 97/2018 και 67, 170/2019). Αλυσιτελώς δε επικαλείται μια συγκεκριμένη δικαστική απόφαση επί άσχετου με τον επίδικο, διαγωνισμού και επί τη βάσει άλλης διακήρυξης, με άλλους όρους (η οποία δεν περιλάμβανε διακριτά τα κριτήρια επιλογής όπως η προκείμενη και μάλιστα δεν περιλάμβανε ρητό όρο, όπως ο προκείμενος 2.2.6, περί του αποκλειστικού πεδίου εφαρμογής των περισχημάτων σε ικανότητες τρίτων), αποπειρώμενος να εξαγάγει κάποιον τυχόν κανόνα περί του ότι όποτε ζητείται οιοδήποτε είδος τεχνικού προσόντος σε διαδικασία ανάθεσης υπηρεσίας, όπως εν προκειμένω, τούτο συνιστά στήριξη κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 και αυτό χωρίς καμία προς τούτο πρόβλεψη της διακήρυξης και κανένα έρεισμα στο γράμμα της, χωρίς καν το οποίο προσόν να θεσπίζεται ως κριτήριο επιλογής ή ακόμη και κατά παράβαση σαφών όρων της προκείμενης διακήρυξης και των ανεπιφύλακτα αποδεκτών όρων αυτής. Κατ'

αποτέλεσμα των ανωτέρω, το σύνολο των λόγων και των ισχυρισμών του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

8. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο ποσού 600,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29-7-2019 και εκδόθηκε στις 2-8-2019

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΚΩΝ/ΝΟΣ ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ