

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Μαΐου 2020 με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.03.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 385/31.03.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «» και διακριτικό τίτλο «», που εδρεύει στην, επί της οδού αρ., Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της (.....) (εφεξής «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 123/2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της, κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της και αποκλείστηκε από το διαγωνισμό για τη σύναψη συμφωνίας – πλαίσιο για τη «Λειτουργία της Εγκατάστασης Επεξεργασίας Νερού(.....)».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 11/2020

1. Επειδή, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή φέρεται προς συζήτηση ενώπιον της Επταμελούς Σύθεσης της Αρχής δυνάμει της υπ' αριθμ. 496/2020 Πράξης του Προέδρου της και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό με την ένδειξη «δεσμευμένο», εξοφληθέν δυνάμει του από 30.03.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της), ύψους 15.000,00€, δεδομένου ότι η εκτιμώμενη αξία της συμφωνίας-πλαίσιο χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης και το Φ.Π.Α. ανέρχεται στο ποσό των 9.155.600,00€.

3. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη της προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός με ανοιχτή διαδικασία για τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο με τρεις (3) οικονομικούς φορείς για τη «Λειτουργία της Εγκατάστασης Επεξεργασίας Νερού (.....)», διάρκειας σαράντα (40) μηνών με δικαίωμα προαίρεσης για επιπλέον είκοσι (20) μήνες, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης 13.678.400,00 € πλέον ΦΠΑ και χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης 9.155.600,00 € πλέον ΦΠΑ. [CPV: (Λειτουργία σταθμού καθαρισμού του νερού), (Χημικά επεξεργασίας νερού)]. Περίληψη της Διακήρυξης εστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 12.06.2019. Η Διακήρυξη καταχωρίσθηκε στο

Αριθμός Απόφασης: 11/2020

Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 14.06.2019 με ΑΔΑΜ:, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός). Στο άρθρο 1.3.1 της Διακήρυξης, ορίζεται το αντικείμενο της συμφωνίας – πλαίσιο, ως εξής: «Πρόκειται για συμφωνία πλαίσιο με μεικτό αντικείμενο, παροχής υπηρεσιών και προμήθειας, σύμφωνα με το άρθρο 225 του ν. 4412/2016 με κύριο αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών. Αντικείμενο της συμφωνίας-πλαίσιο είναι η παροχή υπηρεσιών για τη λειτουργία της Εγκατάστασης (κωδ. και ειδικότερα η αποδοτική λειτουργία, συντήρηση και συνολική ευθύνη της Α1 Φάσης της Εγκατάστασης Επεξεργασίας Νερού (.....) από τον ποταμό, για επεξεργασία νερού έως 150.000 m³ ανά ημέρα, καθώς και η προμήθεια των χημικών επεξεργασίας νερού που περιγράφονται στις Τεχνικές Προδιαγραφές, που αποτελούν το Παράρτημα ΙΙ της παρούσας διακήρυξης. Μετά την ολοκλήρωση της κατασκευής της Α2 Φάσης της, η οποία εκτιμάται ότι δεν θα ολοκληρωθεί πριν από 24 μήνες από τη δημοσίευση της παρούσας, (με μέγιστη δυναμικότητα επεξεργασίας νερού επιπλέον 150.000 m³ ανά ημέρα), αντικείμενο της συμφωνίας-πλαίσιο θα είναι η ίδια ως άνω περιγραφόμενη παροχή υπηρεσιών, αλλά η προμήθεια των χημικών επεξεργασίας νερού που περιγράφονται στις Τεχνικές Προδιαγραφές, που αποτελούν το Παράρτημα ΙΙ της παρούσας διακήρυξης θα αφορούν το νερό τόσο της Α1 όσο και της Α2 Φάσης συνολικής μέγιστης δυναμικότητας επεξεργασίας νερού 300.000 m³ ανά ημέρα. Η παροχή υπηρεσιών της συμφωνίας-πλαίσιο κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV):(Λειτουργία σταθμού καθαρισμού του νερού), (Χημικά επεξεργασίας νερού). Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της συμφωνίας-πλαίσιο δίδεται στο Παράρτημα Ι της παρούσας διακήρυξης». Σύμφωνα, δε, με το άρθρο 1.3.3 «Αριθμός συμβαλλομένων οικονομικών φορέων» της Διακήρυξης, η ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας θα οδηγήσει στη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο με τρεις (3) οικονομικούς φορείς, εφόσον υπάρχει επαρκής αριθμός οικονομικών φορέων

που πληρούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και υποβάλλουν αποδεκτές προσφορές, ενώ σε περίπτωση ανάδειξης μικρότερου αριθμού οικονομικών φορέων, μπορεί να συναφθεί συμφωνία-πλαίσιο με λιγότερους ή όλους τους οικονομικούς φορείς (π.χ. έναν ή και δύο οικονομικούς φορείς). Στο διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορές, η προσφεύγουσα (προσφορά με α/α συστήματος) και η διαγωνιζόμενη Κοινοπραξία με την επωνυμία «» (προσφορά με α/α συστήματος).

4. Επειδή, με βάση τα δηλωθέντα στο Ε.Ε.Ε.Σ. από το μέλος «» της διαγωνιζόμενης κοινοπραξίας «», στις 07.08.2019, ο αναθέτων φορέας, με το υπ' αριθμ./07.08.2019 αίτημα διευκρινίσεων, ζήτησε από την «.....» να προσκομίσει (α) την απόφαση 40/2019 της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας, (β) οιοδήποτε κατάλληλο έγγραφο από το οποίο προκύπτει η τήρηση της ρύθμισης του προστίμου που επιβλήθηκε σε βάρος της με την υπ' αριθμ. 642/2017 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, καθώς και (γ) όπως ενημερώσει την εάν εκκρεμεί οιαδήποτε διαδικασία σε βάρος της ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία βρίσκεται σε εξέλιξη ή έχει περατωθεί και (δ) όπως εξειδικεύσει το πλαίσιο μέτρων που έχει λάβει για την αποφυγή επανάληψης παρόμοιων γεγονότων και συμπεριφορών με τα διαπιστωθέντα δια της προαναφερόμενης απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Επίσης, με βάση τα δηλωθέντα στο Ε.Ε.Ε.Σ. από το έτερο μέλος «» της διαγωνιζόμενης κοινοπραξίας, ζητήθηκαν την ίδια ημερομηνία (07.08.2019), ο αναθέτων φορέας, με το υπ' αριθμ./07.08.2019 αίτημα διευκρινίσεων, ζήτησε στην «» να προσκομίσει (α) οποιοδήποτε κατάλληλο έγγραφο από το οποίο προκύπτει η εξόφληση του προστίμου που επιβλήθηκε σε βάρος της με την υπ' αριθμ. 642/2017 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, καθώς και (β) όπως ενημερώσει την εάν εκκρεμεί οιαδήποτε διαδικασία σε βάρος της ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία βρίσκεται σε εξέλιξη ή έχει περατωθεί και (γ) όπως εξειδικεύσει το πλαίσιο μέτρων που έχει λάβει για την αποφυγή επανάληψης παρόμοιων γεγονότων και συμπεριφορών με τα διαπιστωθέντα δια της προαναφερόμενης

απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Τα ως άνω μέλη της διαγωνιζόμενης κοινοπραξίας ανταποκρίθηκαν στα αιτήματα διευκρινίσεων στις 09.08.2019 και στις 12.08.2019 αντίστοιχα. Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε το από 20.08.2019 1^ο Πρακτικό, με το οποίο αφενός, όσον αφορά στην κοινοπραξία «.....» εισηγήθηκε να αποσταλεί το σύνολο των προσκομισθέντων στοιχείων στην Επιτροπή του άρ. 73 παρ. 9 του Ν.4412/2016, προκειμένου να διατυπώσει τη σύμφωνη γνώμη της για τη διαπίστωση της επάρκειας των δηλωθέντων από τις ως άνω εταιρείες, μέλη της υποψήφιας κοινοπραξίας, επανορθωτικών μέτρων. Αφετέρου, όσον αφορά στην προσφεύγουσα, στο 1^ο Πρακτικό αναφέρονται επί λέξει τα κάτωθι : «Σε ότι αφορά την προσφορά της για την κάλυψη του κριτηρίου 2.2.6, στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα (δάνεια εμπειρία) και συγκεκριμένα της εταιρείας “” η οποία προέρχεται από την Τουρκία. Με το από 19/7/2019 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του Προέδρου της επιτροπής Διαγωνισμού ζητήθηκε από το δικηγορικό σχήμα “,,” να γνωμοδοτήσει σχετικά με την δυνατότητα της “” να στηριχθεί στην ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα (δάνεια εμπειρία) και συγκεκριμένα της εταιρείας “.....” η οποία προέρχεται από την Τουρκία στα πλαίσια της κάλυψης του κριτηρίου 2.2.6. της Διακήρυξης του Διαγωνισμού. Με την από 29.7.2019 γνωμοδότηση του, το δικηγορικό σχήμα “,,” πρότεινε να ζητηθεί η γνώμη της ΕΑΑΔΗΣΥ επί των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών καθώς η υπόθεση είναι οριακή, ενώ δεν υπάρχουν αξιόλογα νομολογιακά δεδομένα/ερείσματα υπέρ της μιας ή της άλλης εκδοχής. Με το με αρ. πρ./1.8.2019 έγγραφο της Επιτροπής Διαγωνισμού προς τη Δ/ση Οικονομικού, Τμήμα Προμηθειών ζητήθηκε να διευκρινιστεί η δυνατότητα του συμμετέχοντα φορέα να επικαλεστεί δάνεια εμπειρία της παραπάνω εταιρείας και να διατυπωθεί σχετικό ερώτημα στην ΕΑΑΔΗΣΥ με τα ακόλουθο περιεχόμενο: “... , κατά τη διαδικασία της αποσφράγισης και αξιολόγησης από Την Επιτροπή τον Διαγωνισμού των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής διαπιστώθηκε ότι στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) που

Αριθμός Απόφασης: 11/2020

κατέθεσε ο δηλώνεται στο ΜΕΡΟΣ ΙΙ περιπτώσεις Γ και Δ, ότι ο εν λόγω υποψήφιος πρόκειται να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 307 Του Ν. 4412/2016 και 2.2.8 της Διακήρυξης, προκειμένου να πληρωθεί το κριτήριο επιλογής περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης. Συναφώς, ο ίδιος οικονομικός φορέας δήλωσε ότι δεν προτίθεται να αναθέσει την εκτέλεση μέρους της σύμβασης σε τρίτους υπό τη μορφή της υπεργολαβίας. Τα ίδια ως άνω στοιχεία προκύπτουν και από το ΕΕΕΣ που υπέβαλε στο διαγωνισμό ο τρίτος οικονομικός φορέας (δανειστής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας). Ο τρίτος οικονομικός φορέας, στις δυνατότητες του οποίου δήλωσε ότι στηρίζεται ο, έχει την επωνυμία “.....” και εδρεύει στην πόλη (.....) στην, όπως προκύπτει από τα υποβληθέντα ΕΕΕΣ. Κατόπιν τούτων μας τίθεται το ερώτημα, αν μπορεί να γίνει δεκτή η στήριξη του στην ικανότητα του εν λόγω οικονομικού φορέα με έδρα την, προκειμένου να θεωρηθεί ότι πληρούνται όλα τα οριζόμενα στη Διακήρυξη κριτήρια επιλογής. Το ερώτημα κατατέθηκε από την Δ/ση Οικονομικών προς την ΕΑΑΔΗΣΥ την 20/8/2019 και βρισκόμαστε εν αναμονή της σχετικής απαντήσεως». Το ως άνω 1^ο Πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ’ αριθμ. 314/2019 απόφαση του αναθέτοντος φορέα. Επίσης, με την υπ’ αριθμ. 460/2019 απόφαση του αναθέτοντος φορέα οριστικοποιήθηκε το σχέδιο απόφασης επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων των εταιρειών «» και «.....» ως μελών της «και» στο πλαίσιο διεξαγωγής του διαγωνισμού. Ακολούθως η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε το από 31.10.2019 2ο Πρακτικό, το οποίο, σε συνέχεια του αναφερόμενου στο 1^ο Πρακτικό ερωτήματος προς την ΕΑΑΔΗΣΥ, αναφέρει: «... η Επιτροπή Διαγωνισμού, αφού έλαβε υπόψη της την υπ' αριθμ. ΣΥΜ/4/2019 απόφαση της ΕΑΑΔΗΣΥ, η οποία κοινοποιήθηκε στην την 22.10.2019, κατέληξε:

1. Να ζητηθούν βεβαιώσεις από την Ειδική Νομική Υπηρεσία (ΕΝΥ) και από την αρμόδια πολιτική ή οικονομική διεύθυνση διμερών σχέσεων του Υπουργείου Εξωτερικών, ως προς την ύπαρξη και την τήρηση αμοιβαιότητας από το τρίτο

κράτος (.....), οικονομικός φορέας του οποίου εμμέσως “συμμετέχει”, μέσω δανεισμού εμπειρίας, στη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση. 2. Να ζητηθούν διευκρινίσεις από την προσφέρουσα εταιρεία «, κατ' άρθρα 3.1.1 της Διακήρυξης και 310 ν. 4412/2016. Ενόψει της Απόφασης της ΕΑΑΑΗΣΥ (βλ. σελ. 20, σημεία Β), η ως άνω προσφέρουσα εταιρεία οφείλει να θέσει υπόψη της: α) αποδεικτικά μέσα διάθεσης της των “αναγκαίων πόρων” από την εταιρεία “, (Διακήρυξη, Παράγραφος 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα, Β.9), β) Υπεύθυνη Δήλωσή της, στην οποία να αναφέρεται εάν τα αναφερόμενα στο άρθρο 73 ν. 4412/2016 αποτελούν ποινικά αδικήματα στην, γ) αποδεικτικά μέσα των κριτηρίων επιλογής που έχει δηλώσει η εταιρεία “.....” ότι δανείζει στην προσφέρουσα εταιρεία. Σύμφωνα με το άρθρο 3.1.1. της Διακήρυξης “Ο Αναθέτων Φορέας μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 310 του ν. 4412/2016” και με το άρθρο 310 παρ. 1 ν. 4412/2016 “Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή δεν λαμβάνεται υπόψη”. Όσα από τα ζητούμενα έγγραφα έχουν συνταχθεί σε άλλη γλώσσα, θα πρέπει να προσκομιστούν μεταφρασμένα επίσημα στην ελληνική γλώσσα. Οι παραπάνω διευκρινήσεις θα πρέπει να προσκομιστούν εντός 15 ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ.». Το ως άνω 2ο Πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 487/2019 απόφαση του αναθέτοντος φορέα. Ακολούθως, στις 25.11.2019, με το υπ' αριθμ./25.11.2019 έγγραφό του ο αναθέτων φορέας, ζήτησε τις

Αριθμός Απόφασης: 11/2020

παρακάτω διευκρινίσεις από την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα άρθρα 3.1.1 της διακήρυξης και 310 του Ν. 4412/2016: α) αποδεικτικά μέσα διάθεσής της των «αναγκαίων πόρων» από την εταιρεία (.....), (Διακήρυξη, Παράγραφος 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα, Β.9), β) Υπεύθυνη Δήλωσή της, στην οποία να αναφέρεται εάν τα αναφερόμενα στο άρθρο 73 ν. 4412/2016 αποτελούν ποινικά αδικήματα στην, γ) αποδεικτικά μέσα των κριτηρίων επιλογής που έχει δηλώσει η εταιρεία (.....) ότι δανείζει στην προσφέρουσα εταιρεία. Η προσφεύγουσα υπέβαλε διευκρινήσεις επί των ανωτέρω ερωτημάτων στις 09.12.2019 και συγκεκριμένα υπέβαλε το από 12.7.2019 συμφωνητικό συνεργασίας μεταξύ της και της, συντεταγμένο στην αγγλική γλώσσα και σε επικυρωμένη μετάφραση στα ελληνικά, σύμφωνα με το οποίο η προσφεύγουσα και η «.....» συμφωνούν τα εξής: «ΠΡΟΟΙΜΙΟ. 1. Η σκοπεύει να συμμετάσχει στον ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό που διεξάγει η “.....” (στο εξής αποκαλούμενη “.....”) σχετικά με την «Λειτουργία της Εγκατάστασης Επεξεργασίας Νερού (.....)». Ο διαγωνισμός θα γίνει με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για τη σύναψη συμφωνίας - πλαίσιο με τρεις (3) οικονομικούς φορείς, για τη Λειτουργία της Α1 φάσης τηςδιάρκειας 40 μηνών με δικαίωμα προαίρεσης για επιπλέον 20 μήνες, προ υπολογιζόμενης αξίας 9.155.600,00 € πλέον ΦΠΑ 24 % και δικαίωμα προαίρεσης 4.522.800,00 € πλέον ΦΠΑ 24 %. Στην Α' φάση οι προσφορές θα υποβληθούν ηλεκτρονικά μέχρι την 15η Ιουλίου 2019 και η ηλεκτρονική αποσφράγιση θα λάβει χώρα την 19η Ιουλίου 2019, ή σε οποιαδήποτε άλλη ημερομηνία σε περίπτωση αναβολής ή ακύρωσης και για κάθε δυνατό λόγο. 2. Όσον αφορά στην απαιτούμενη τεχνική/ επαγγελματική ικανότητα, οι οικονομικοί φορείς πρέπει να ικανοποιούν τα πιο κάτω: Συστήματα επεξεργασίας λυμάτων δυναμικότητας τουλάχιστον 100.000 m³ την ημέρα. Η εμπειρία αυτή πρέπει να έχει προκύψει από συμβάσεις που εκτελέστηκαν, δηλαδή βρίσκονταν σε εξέλιξη, κατά τη διάρκεια των τελευταίων πέντε (5) ετών πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, ήτοι από 1.1.2014

έως 31.12.2018. Οι συμβάσεις αυτές θα πρέπει να έχουν αξία ίση ή μεγαλύτερη του 1.831.120,00 €. Οι υπηρεσίες αυτές θα πρέπει να έχουν παρασχεθεί με μία ή περισσότερες συμβάσεις, παράλληλες ή διαδοχικές χρονικά, συνολικής διάρκειας τουλάχιστον δώδεκα (12) μήνες. 3. Όσον αφορά στην στήριξη ικανοτήτων άλλων οντοτήτων, η οδηγία 20014/24/ΕΕ προβλέπει την στήριξη σε οικονομικούς φορείς σχετικά με κριτήρια σχετικά με οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και με τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων ασχέτως των συνδέσεων που έχουν με αυτές. Στην περίπτωση αυτή οι οικονομικοί φορείς θα αποδεικνύουν στην αναθέτουσα αρχή ότι διαθέτουν τους απαιτούμενους πόρους. 4. Ο συνεργάτης δηλώνει ότι μετ' αποδείξεως ότι διαθέτει την απαιτούμενη εμπειρία όπως ζητήθηκε από την και όπως περιγράφεται στην παρ. 1 του παρόντος και αποδέχεται και δεσμεύεται να παράσχει την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα στην σε περίπτωση που η τελευταία κηρυχθεί ανάδοχος και μέχρι την ολοκλήρωση των υποχρεώσεων της και την παράδοση του έργου στην Ειδικότερα τα συμβαλλόμενα μέρη από κοινού συμφωνούν τα ακόλουθα: (α) Ο συνεργάτης στην περίπτωση που η κηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης, αναλαμβάνει την υποχρέωση και δεσμεύεται ρητά να παράσχει στην τελευταία την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα/ εμπειρία που έχει αποκομίσει από την λειτουργία και συντήρηση του έργου Λειτουργία των μονάδων επεξεργασίας λυμάτων της Ασιατικής πλευράς. (β) Η σε περίπτωση που κηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης δεσμεύεται ρητά να αποδεχτεί την παροχή της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας από τον συνεργάτη, δηλαδή την εμπειρία, καθοδήγηση, επίβλεψη και τεχνογνωσία που απαιτούνται για την εκτέλεση του έργου και για όλο το διάστημα που θα απαιτηθεί μέχρι την ολοκλήρωση του. (γ) Τα συμβαλλόμενα μέρη συμφωνούν στην αποκλειστικότητα της μεταξύ τους συνεργασίας τους. (δ) Τα συμβαλλόμενα μέρη συμφωνούν ότι στην περίπτωση που η κηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης, η συνεργασία τους αυτή θα διαρκέσει μέχρι πλήρους ολοκλήρωσης και παράδοσης του έργου στην 5. Τα συμβαλλόμενα

μέρη συμφωνούν ότι σε περίπτωση που η κηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης, οι όροι και οι συνθήκες αυτού του συμφωνητικού θα εξειδικευθούν από κοινού περαιτέρω και με κάθε λεπτομέρεια. 6. Τα συμβαλλόμενα μέρη συμφωνούν ότι η παρούσα θα τερματιστεί αυτομάτως σε περίπτωση που συντρέξει μια από τις κατωτέρω περιπτώσεις: (α) ο διαγωνισμός ακυρωθεί από την σε οποιοδήποτε στάδιο και για οποιοδήποτε λόγο, (β) Η δεν κηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης. 7. Όλοι οι πιο κάτω αναφερόμενοι όροι και συνθήκες θα παραμείνουν σε ισχύ σε περίπτωση που η ημερομηνία του διαγωνισμού μεταφερθεί σε οποιαδήποτε άλλη ημερομηνία και για οποιοδήποτε λόγο.». Επίσης, η προσφεύγουσα υπέβαλε την από 28.11.2019 «Υπεύθυνη Δήλωση» (Solemn Declaration) του νόμιμου εκπροσώπου της, συντεταγμένη στην αγγλική γλώσσα και σε επικυρωμένη μετάφραση στα ελληνικά, σύμφωνα με την οποία «Ο κατωτέρω υπογράφων κ. του και της, γεννηθείς στην (.....),, κάτοχος του Διαβατηρίου με αριθμό, που εκδόθηκε από τον Κυβερνήτη της την 06.06.2013 και με ημερομηνία λήξης 16.03.2022, κάτοικος, στην οδό, Τ.Κ., τηλέφωνο +....., φαξ + και διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείουcom. με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις, ως νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας με την επωνυμία "» με έδρα στο,, στο,, Α.Φ.Μ., στο πλαίσιο του διαγωνισμού για την εκτέλεση της σύμβασης με τίτλο “Λειτουργία της Εγκατάστασης Επεξεργασίας Νερού (.....)” (ΕΣΗΔΗΣ αρ.) με καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής συμμετοχής την 15.07.2019 και ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών 19.07.2019, δηλώνω υπεύθυνα ότι τα κατωτέρω αναφερόμενα στο άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 73 Ν. 4412/2016, ήτοι α) η συμμετοχή σε εγκληματική οργάνωση, β) η δωροδοκία, γ) η απάτη, δ) τα τρομοκρατικά εγκλήματα ή εγκλήματα συνδεδεμένα με τρομοκρατικές δραστηριότητες, ε) η νομιμοποίηση εσόδων από παράνομες δραστηριότητες ή χρηματοδότηση της τρομοκρατίας, στ) η παιδική εργασία και

άλλες μορφές εμπορίας ανθρώπων, αποτελούν κατά το εθνικό δίκαιο της Δημοκρατίας ποινικά αδικήματα.». Τέλος, η προσφεύγουσα υπέβαλε μεταφρασμένα και επικυρωμένα, στην ελληνική γλώσσα, αντίγραφα εγγράφων σχετικά με την εμπειρία της "". Εν συνεχεία, ο αναθέτων φορέας, στις 20.12.2019 με το υπ' αριθμ./26.12.2019 έγγραφο, απηύθυνε στην προσφεύγουσα το ακόλουθο δεύτερο αίτημα διευκρινίσεων «Η εταιρεία σας συμμετέχει στο διαγωνισμό του θέματος στηριζόμενη για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης σε ικανότητες τρίτου φορέα, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 307 του Ν. 4412/2016 και 2.2.8 της διακήρυξης, και συγκεκριμένα στις ικανότητες της εταιρείας "", με έδρα στην Σύμφωνα με τα ΕΕΕΣ που υποβάλατε, προκύπτει ότι ο τρίτος φορέας δεν θα συνδράμει την εταιρεία σας ως υπεργολάβος. Σε συνέχεια των διευκρινίσεων που σας ζητήθηκαν και καταθέσατε εμπρόθεσμα στις 9 Δεκεμβρίου 2019, δεν προκύπτει σαφώς από το συμφωνητικό ο τρόπος συνεργασίας, ειδικά εν όψει της διάταξης του άρθρου 307 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 που απαιτεί, ειδικά όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς να 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, το οποίο έρχεται σε αντίθεση με την δήλωσή σας στο ΕΕΕΣ. Σχετικά με τα προαναφερόμενα, παρακαλούμε όπως υποβάλετε, εντός δεκαπέντε (15) ημερών από τη λήψη της παρούσας, ηλεκτρονικά στο χώρο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.2 περ. Α, Β.1 υποπερ. α, Β.4 και Β.9, όλα τα απαιτούμενα κατά τους όρους της διακήρυξης έγγραφα και στοιχεία που να αποδεικνύουν αναλυτικά και με σαφήνεια: α) τον ακριβή τρόπο συνεργασίας της εταιρείας σας με τον τρίτο φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεστε και ειδικότερα τον τρόπο με τον οποίο θα αποκτήσετε από αυτόν τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης ή τον τρόπο με τον οποίο αυτός θα εκτελέσει τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Δηλαδή εάν ο δανείζων δεν

Αριθμός Απόφασης: 11/2020

συνδράμει την εταιρείας σας ως υπεργολάβος, με ποιο τρόπο θα παράσχει τις υπηρεσίες του; β) ως προς τα αναφερόμενα στο άρθρο 2.2.3.1 της διακήρυξης ποινικά αδικήματα να βεβαιωθεί επιπλέον από την εταιρεία σας και όχι από τον δανείζοντα την εμπειρία με υπεύθυνη δήλωση φέρουσα προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ότι τα αναφερόμενα στο ανωτέρω άρθρο αδικήματα αποτελούν και στην ποινικά αδικήματα.». Η προσφεύγουσα απάντησε στις 03.01.2020 στο ως άνω αίτημα, με το από 03.01.2020 έγγραφό της, σύμφωνα με το οποίο «Σε απάντηση του με αριθμό πρωτ. /20.12.2019 εγγράφου σας για παροχή επιπρόσθετων διευκρινίσεων, παραθέτουμε τα εξής:

α) Κατόπιν του με αριθμό πρωτ. /25.11.2019 αιτήματός σας για παροχή διευκρινήσεων με το οποίο ζητούσατε μεταξύ άλλων να προσκομίσουμε αποδεικτικά μέσα διάθεσης στην εταιρεία μας από την εταιρεία “των αναγκαίων πόρων”, προσκομίσαμε το από 28.11.2019 ιδιωτικό συμφωνητικό συνεργασίας, καθώς και βεβαιώσεις προσήκουσας εκτέλεσης παρόμοιων συμβάσεων από την ανωτέρω εταιρεία, όπως ακριβώς προβλέπονταν στα αποδεικτικά μέσα της Διακήρυξης. Από το ωδε συμφωνητικό προκύπτει με σαφήνεια ότι η Εταιρεία μας θα στηριχθεί για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται από τη Διακήρυξη του Διαγωνισμού, στην εταιρεία, η οποία διαθέτει και θα παράσχει στην Εταιρεία μας τεχνική ικανότητα παρόμοιας λειτουργίας, που έχει εκτελέσει στο παρελθόν. Ειδικότερα, η ανωτέρω εταιρεία, όπως προκύπτει και από τις βεβαιώσεις που προσκομίσαμε, έχει εκτελέσει συμβάσεις κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης του Διαγωνισμού. Δηλαδή, η εταιρεία – πάροχος δάνειας εμπειρίας δεν δανείζει στην Εταιρεία μας προσωπικό ή άλλα επαγγελματικά προσόντα, αλλά την εμπειρία της από την εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων, ώστε δεν είναι εφαρμοστέο το άρθρο 307 παρ. 2 ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, η διακήρυξη απαιτεί για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, εμπειρία σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών που αφορούν ... Διευκρινίζουμε ότι οι πόροι που θα διατεθούν στην Εταιρεία μας από την εταιρεία – πάροχο δάνειας εμπειρίας, εφόσον κηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης είναι η τεχνογνωσία, με ανάλογη καθοδήγηση και επίβλεψη για τη

σωστή λειτουργία, στο πλαίσιο συμβουλευτικών υπηρεσιών (ίδετε παρ. 4 (β) ιδιωτικού συμφωνητικού). Η εταιρεία αποτελεί τρίτο οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου θα στηριχθεί η εταιρεία μας, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8. της Διακήρυξης του Διαγωνισμού και σύμφωνα με το άρθρο 78 Ν. 4412/2016. Οι συμβουλευτικές υπηρεσίες που θα παρασχεθούν από την εταιρεία – πάροχο δάνειας εμπειρίας σε περίπτωση κήρυξης της Εταιρείας μας αναδόχου της σύμβασης δεν συνιστούν υπεργολαβία δεδομένου ότι η σύμβαση δεν θα εκτελεστεί από την εταιρεία – πάροχο δάνειας εμπειρίας αλλά από εμάς. Εξάλλου, αυτή ακριβώς είναι η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από το δικαίωμα στήριξης του οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου φορέα (δάνεια εμπειρία), δηλαδή, 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. β) Με το αίτημά σας για παροχή διευκρινήσεων, αιτείστε να βεβαιωθεί από την εταιρεία μας με υπεύθυνη δήλωση ότι τα αναφερόμενα στο άρθρο 2.2.3.1. της διακήρυξης ποινικά αδικήματα αποτελούν και στην ποινικά αδικήματα. Τούτο όμως, η εταιρεία μας δεν μπορεί να βεβαιώσει, καθώς τούτο προϋποθέτει γνώση του αλλοδαπού δικαίου και συγκεκριμένα αυτό της Μία υπεύθυνη δήλωση με το ως άνω περιεχόμενο, αφενός δεν εμπίπτει στο γνωστικό αντικείμενο του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας μας, αφετέρου αντίκειται στους κανόνες εφαρμογής του αλλοδαπού δικαίου. Εξάλλου, εσείς, ως Αναθέτουσα Δημόσια Αρχή νομιμοποιείστε και ως εκ τούτου έχετε δυνατότητα να απευθυνθείτε στο Ινστιτούτο Διεθνούς και Αλλοδαπού Δικαίου, προκειμένου να αιτηθείτε αυτή τη νομική πληροφορία. Αντίθετα, η εταιρεία μας, ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, δεν νομιμοποιείται να υποβάλλει αίτηση για να χορηγηθεί η άνω νομική πληροφορία και έτσι να είναι δυνατή η σύνταξη και υπογραφή μιας υπεύθυνης δήλωσης που να βεβαιώνει τα ανωτέρω. Προς επίρρωση των ως άνω επικαλούμαστε τη νομολογία των ελληνικών

δικαστηρίων, όπως ΣΤΕ 2866/2012 ... Τέλος, υπενθυμίζουμε ότι σας έχουμε ήδη προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση της αλλοδαπής παρόχου δάνειας εμπειρίας εταιρείας, με την οποία βεβαιώνεται ότι τα εν λόγω αδικήματα αποτελούν ποινικά αδικήματα κατά τοποινικό δίκαιο.». Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνέταξε το από 12.02.2020 3^ο Πρακτικό, το οποίο αναφέρεται στα ως άνω αιτήματα διευκρινίσεων προς την προσφεύγουσα και τις δοθείσες εκ μέρους της απαντήσεις και ακολούθως αναφέρει «Με το από τις 9.1.2020 ηλεκτρονικό μήνυμα της επιτροπής Διαγωνισμού 2B/2019 προς το δικηγορικό σχήμα “,,” στάλθηκαν το με αρ. πρ., 20.12.2019 έγγραφο διευκρινίσεων της επιτροπής προς την εταιρεία καθώς και το από τις 3.1.2020 έγγραφο της εταιρείας ως παροχή των ζητηθέντων διευκρινίσεων και ζητήθηκε η γνωμοδότησή του στα παρακάτω ερωτήματα: Για το μέρος Α των διευκρινίσεων που δόθηκαν από την εταιρεία ερωτήθηκαν τα παρακάτω: 1. Είναι νομικά αποδεκτή η προσφυγή στην εμπειρία της τρίτης εταιρείας, που θα παρέχεται με την μορφή συμβουλευτικών υπηρεσιών (απομακρυσμένα ή επί τόπου του έργου) και όχι με την μορφή υπεργολαβίας; 2. Κρίνεται σκόπιμο να επανέλθουμε με νέο ερώτημα προς την για την παροχή εκ μέρους της αναλυτικών περιγραφών για τις συμβουλευτικές υπηρεσίες που θα του παρέχονται κατά την διάρκεια της σύμβασης; Για το μέρος Β των διευκρινίσεων που δόθηκαν από την εταιρεία ερωτήθηκαν τα ακόλουθα: 1. Είναι αποδεκτό το γεγονός ότι ενώ ζητήθηκε Υπεύθυνη Δήλωση από την “ότι τα αναφερόμενα στο ανωτέρω άρθρο αδικήματα αποτελούν και στην ποινικά αδικήματα” και εφ' όσον αυτή δεν κατατέθηκε να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού της παραπάνω εταιρείας; 2. Κρίνεται σκόπιμο να απευθυνθούμε στο Ινστιτούτο Διεθνούς και Αλλοδαπού Δικαίου για το κατά πόσον τα αναφερόμενα αδικήματα, στο άρθρο 2.2.3.1 της Διακήρυξης, θεωρούνται και στην ποινικά αδικήματα; 3. Σχετικά με το εν λόγω θέμα προτείνεται κάποια επιπλέον ενδεδειγμένη ενέργεια που θα πρέπει να γίνει εκ μέρους της; Με το από 3.2.2020 έγγραφό του (αρ. πρ./10.2.2020), το δικηγορικό σχήμα “,,” γνωμοδότησε σχετικά με τα

ανωτέρω. Συμπερασματικά η γνωμοδότηση του είναι: α. Η ουδόλως υποχρεούται να ζητήσει εκ νέου διευκρινίσεις από την βάσει του άρθρου 3.3.1. της Διακήρυξης σχετικά με τα ειδικότερα στοιχεία της συνεργασίας της με την Μία τέτοια ενέργεια πιθανότατα θα βρισκόταν σε αντίθεση με την τεολογία της σχετικής ρύθμισης καθόσον στον συγκεκριμένο υποψήφιο δόθηκε η ευκαιρία δις να διευκρινίσει επιμέρους στοιχεία της προσφοράς του. β. Η προσφυγή τηςστο άρθρο 2.2.8. της Διακήρυξης σχετικά με την εκπλήρωση των τιθέμενων στο άρθρο 2.2.6. της Διακήρυξης προϋποθέσεων δεν βρίσκεται σε συμφωνία με τα άρθρο 307.2 ν. 4412/2016, στον βαθμό που η δεν θα συμμετέχει στην εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. γ. Σε κάθε περίπτωση, οι διευκρινίσεις που παρείχε η ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα δεν επιτρέπουν τη συναγωγή ασφαλών συμπερασμάτων καθόσον πάσχουν αοριστίας. Κατά την πειστικότερη άποψη, πάντως, η παροχή συμβουλευτικών υπηρεσιών δεν συνιστά εκτέλεση της σύμβασης, κατά την έννοια του άρθρου 307.2 ν. 4412/2016. δ. Η δεν ανταποκρίθηκε στις διευκρινίσεις που της ζητήθηκαν εν σχέσει προς τον ποινικό κολασμό, την έννομη τάξη, των αδικημάτων που μνημονεύονται στο άρθρο 2.2.3.1. της Διακήρυξης και το άρθρο 73 ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η ούτε μπορεί αυτοτελώς αλλά ούτε και υποχρεούται να απευθυνθεί στο Ινστιτούτο Διεθνούς και Αλλοδαπού Δικαίου, Εξάλλου, ούτε υποχρεούται να ενεργοποιήσει εκ νέου τη διαδικασία του άρθρου 3.3.1. της Διακήρυξης. Τελικώς και ενόψει των ανωτέρω: ε. Η θα πρέπει να ενεργοποιήσει τη διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 2.2.9.2.A. της Διακήρυξης και να ζητήσει από την να αντικαταστήσει τον φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται». Κατόπιν των ανωτέρω, στο με το ίδιο ως άνω από 12.02.2020 3^ο Πρακτικό, η Επιτροπή καταλήγει ότι «Η Επιτροπή, αναφορικά με το α' ερώτημα του 2ου κύκλου διευκρινήσεων έχει να παρατηρήσει τα εξής: Ι. Σύμφωνα με τα άρθρο 2.2.8 της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνον εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Το συμπέρασμα αυτό απορρέει

ευθέως από το άρθρο 307.2 ν. 4412/2016, το οποίο ορίζει ρητώς ότι «Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται (...) με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.». II. Η επιχειρηματολογία, ως σημειώθηκε, υπέρ της μη εφαρμογής της τελευταίας αυτής διάταξης στην περίπτωση της. Τούτη η συλλογιστική είναι, όμως, ανέφικτη καθόσον η Διακήρυξη, σε συνδυασμό με τις κρίσιμες ρυθμίσεις του ν. 4412/2016, μόνον δύο μορφές στήριξης του υποψηφίου στην ικανότητα τρίτου αναγνωρίζει: Την οικονομική- χρηματοοικονομική επάρκεια (άρθρο 2.2.5. Διακήρυξης) και την Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (άρθρο 2.2.6. Διακήρυξης). Περαιτέρω, η στήριξη στην ικανότητα τρίτου διέπεται από το άρθρο 307 ν. 4412/2016 και από καμία άλλη διάταξη. III. Βάσει των διευκρινίσεων που παρείχε η, και εκ πρώτης όψεως, προκύπτει ότι η τρίτη, δανείζουσα την εμπειρία, τουρκική εταιρεία δεν θα συμμετάσχει στην εκτέλεση του έργου, ως αναφέρεται, εξάλλου, ρητώς στο από 3.1.2020 έγγραφο. Ωστόσο, τούτο έρχεται σε αντίθεση με την προειρημμένη νομοθετική ρύθμιση, η οποία εφαρμόζεται στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Με άλλες λέξεις, η αφενός δεν διαθέτει την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη εμπειρία αφετέρου δεν την δανείζεται κατά τρόπο σύμφωνο προς το κείμενο νομοθετικό/κανονιστικό πλαίσιο. IV. Σε κάθε περίπτωση, σημειώνεται ότι είναι αμφίβολο αν «η τεχνογνωσία με ανάλογη καθοδήγηση και επίβλεψη» συνιστούν μορφή εκτέλεσης της σύμβασης· αν, δηλαδή, πληρούται όντως η προϋπόθεση που τίθεται στο άρθρο 307.2 ν. 4412/2016 διά της μορφής δανεισμού που επικαλείται η υποψήφια εταιρεία. Οι πληροφορίες που παρασχέθηκαν στο πλαίσιο των διευκρινίσεων, από κοινού με το συμφωνητικό που προσκομίσθηκε, πάσχουν από αοριστία με συνέπεια να είναι εξαιρετικά δύσκολο να εκτιμηθεί, σε νομικό, τουλάχιστον, επίπεδο, ποιο θα είναι τα επίπεδα συμμετοχής της στην επίμαχη σύμβαση. Η Επιτροπή, αναφορικά με το β' ερώτημα του 2ου κύκλου διευκρινίσεων έχει να παρατηρήσει ότι η εταιρεία δεν συμμορφώθηκε πλήρως με τη

διευκρίνιση που της ζήτησε η: Τούτο διότι, στον “πρώτο γύρο” διευκρινίσεων προσκόμισε δήλωση της και όχι δική της, ενώ σε δεύτερο χρόνο δήλωσε ρητώς ότι δεν μπορεί να προσκομίσει τη ζητηθείσα υπεύθυνη δήλωση. Τούτο, δε, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι η προσκομισθείσα “υπεύθυνη δήλωση” της δεν φέρει τα χαρακτηριστικά της υπεύθυνης δήλωσης ως αυτή είναι γνωστή στο ελληνικό δίκαιο. Περαιτέρω, το περιεχόμενο της “δήλωσης” της εταιρείας είναι μάλλον ασαφές αν συγκριθεί προς το περιεχόμενο του άρθρου 2.2.3.1. της Διακήρυξης και δη ως προς τον τρόπο που προσδιορίζονται εκεί τα ποινικά αδικήματα που εφόσον έχουν διαπραχθεί συνιστούν λόγο αποκλεισμού. Σε αυτό το σημείο, πρέπει να υπενθυμιστεί ότι σκοπός του συγκεκριμένου ερωτήματος που τέθηκε από την προς την ήταν η διερεύνηση της δυνατότητας της τελευταίας να αποδείξει την μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας. Από την πλευρά της, η θα έπρεπε να είναι σε θέση να ανταποκριθεί στο συγκεκριμένο ερώτημα προσηκόντως, ήτοι υποβάλλοντας τη ζητούμενη υπεύθυνη δήλωση. Στην προκείμενη περίπτωση, δεν τίθεται ζήτημα γνώσης του αλλοδαπού δικαίου εκ μέρους του νομικού συμβούλου της αλλά ζήτημα ενημέρωσής του, από τον συνεργαζόμενο με την ελληνική εταιρεία, οικονομικό φορέα, από τον οποίο προφανώς και αναμένεται η γνώση του δικαίου. Υποβάλλοντας προσφορά στον διαγωνισμό, η προφανώς και γνώριζε το άρθρο 2.2.9.2. της Διακήρυξης, βάσει του οποίου Εξάλλου, η υπέβαλε ΕΕΕΣ για την τούρκικη εταιρεία, υπογεγραμμένο από το νόμιμο εκπρόσωπο της τελευταίας, στο οποίο ο δανείζων εμπειρία οικονομικός φορέας δηλώνει υπευθύνως ότι δεν υπάγεται σε κάποια από τις οριζόμενες στο άρθρο 2.2.3. της Διακήρυξης περιπτώσεις, στις οποίες περιλαμβάνονται, φυσικά, τα ποινικά αδικήματα που μνημονεύονται στο άρθρο 73 ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η γνώριζε εξ αρχής ότι θα καλούταν σε περίπτωση επιτυχούς, γι' αυτήν, έκβασης του διαγωνισμού να προσκομίσει τα αναφερόμενα στο άρθρο 2.2.9.2.Β.1.α. της Διακήρυξης δικαιολογητικά για την τα οποία

Αριθμός Απόφασης: 11/2020

αφορούν στην απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2.2.3. της Διακήρυξης. Αμφότερες οι ενέργειες τόσο η δήλωση στο ΕΕΕΣ της όσα και, σε επόμενο χρόνο, η προσκόμιση των αναγκαίων αποδεικτικών μέσων προϋποθέτουν κατά λογική αναγκαιότητα τη γνώση του δικαίου ενόψει της έδρας εγκατάστασης της εταιρείας. Ως εκ τούτου, η επιχειρηματολογία τηςστο από 3.1.2020 έγγραφό της περί μη υποχρέωσης γνώσης του δικαίου δεν είναι πειστική. Η επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη της όλα τα ανωτέρω και παρά το γεγονός ότι δεν έχει ληφθεί απάντηση στο υπ. αριθ./18.12.2019 έγγραφο της προς την Ειδική Νομική Υπηρεσία και την αρμόδια πολιτική ή οικονομική διεύθυνση διμερών σχέσεων του υπουργείου Εξωτερικών ως προς την ύπαρξη και την τήρηση της αρχής της αμοιβαιότητας εκ μέρους της χώρας προέλευσης της δανείζουσας εταιρείας (.....), σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 2.2.9.2.A. της Διακήρυξης εισηγείται να ζητηθεί από την εταιρεία η αντικατάσταση του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται εντός (20) ημερών από τη σχετική ανάρτηση στην πλατφόρμα ΕΣΗΔΗΣ.». Εν συνεχεία, επί του ως άνω 3^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, το Διοικητικό Συμβούλιο της με την υπ' αριθμ. 123/2020 απόφασή του, αποφάσισε απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, στην ως άνω απόφαση του αναθέτοντος φορέα αναφέρονται επί λέξει τα εξής: «Το Συμβούλιο ... ΑΠΟΦΑΣΙΣΕ: 1. Την απόρριψη του από 12.02.2020 3ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, 2. Το Συμβούλιο, λαμβάνοντας υπόψη την ουσία του πρακτικού της επιτροπής για τον πάροχο της δάνειας εμπειρίας, τα αποτελέσματα της πολυσχιδούς διερεύνησης που έχει γίνει τους τελευταίους μήνες, την μέχρι τώρα αλληλογραφία μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων και της εταιρείας, προσπαθώντας να διασφαλίσει στον μέγιστο δυνατό βαθμό το συμφέρον της εταιρείας και τις προοπτικές υδροδότησης της πόλης, θεωρεί ότι δεν μπορεί να κάνει δεκτή τη συμμετοχή της εταιρείας “.....”, για τους λόγους που ανέφερε ο κ. στο σκεπτικό της απόφασης. Για το λόγο αυτό, η μόνη υποψηφιότητα που παραμένει είναι αυτή της». Η ως άνω υπ' αριθμ.

Αριθμός Απόφασης: 11/2020

123/2020 απόφαση, μετά του 3^{ου} Πρακτικού (καθώς και τα προαναφερθέντα 1^ο και 2^ο Πρακτικά της Επιτροπής διαγωνισμού και υπ' αριθμ. 314/2019, 460/2019 και 487/2019 αποφάσεις του αναθέτοντος φορέα) κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 20.03.2020. Εν συνεχεία, στις 30.03.2020, κατά της προαναφερθείσας υπ' αριθμ. 123/2020 απόφασης του αναθέτοντος φορέα ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή. Στις 03.04.2020, κοινοποιήθηκε τόσο στους διαγωνιζόμενους, όσο και στην Α.Ε.Π.Π., μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η με τίτλο «4^η ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ – ΑΡ. ΑΠΟΦ. 123/2020» απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, στην οποία αναφέρεται επί λέξει «Το Συμβούλιο ... ΑΠΟΦΑΣΙΣΕ 1. Την απόρριψη του από 12/2/2020 3^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού. 2. Το Συμβούλιο, λαμβάνοντας υπόψη την ουσία του πρακτικού της επιτροπής, τα αποτελέσματα της πολυσχιδούς διερεύνησης που έχει γίνει τους τελευταίους μήνες, την μέχρι τώρα αλληλογραφία μεταξύ των υποψηφίων αναδόχων και της εταιρείας, προσπαθώντας να διασφαλίσει στον μέγιστο δυνατό βαθμό το συμφέρον της εταιρείας και τις προοπτικές υδροδότησης της πόλης, θεωρεί ότι δεν μπορεί να κάνει δεκτή τη συμμετοχή της εταιρείας “ ..”, για τους ακόλουθους λόγους που ανέφερε ο κ. “Το έργο Παροχής Υπηρεσιών για την λειτουργία της περιλαμβάνει υπηρεσίες εκπαίδευσης του προσωπικού της στην και υπηρεσία λειτουργίας της Και τα δύο υποέργα απαιτούν την παρουσία In situ εξειδικευμένου επιστημονικού και τεχνικού προσωπικού που να έχει ανάλογη εμπειρία. Το γεγονός ότι ο δανείζων την εμπειρία φορέας δεν θα παρέχει εξειδικευμένο προσωπικό καθιστά αδύνατη την εκτέλεση του έργου σύμφωνα με την διακήρυξη”. Για το λόγο αυτό, η μόνη υποψηφιότητα που παραμένει είναι αυτή της”.....».

5. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ.

Αριθμός Απόφασης: 11/2020

1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 123/2020 απόφαση, όπως αυτή περιορίστηκε και εξειδικεύθηκε με την με τίτλο «4^η ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ – ΑΡ. ΑΠΟΦ. 123/2020», αμφότερες παραπέμπουσες στο 3^ο Πρακτικό και συνεχόμενες με αυτό, κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 20.03.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 30.03.2020, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν. Εξάλλου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τους οποίους η «4^η ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ – ΑΡ. ΑΠΟΦ. 123/2020» δεν πρέπει να ληφθεί υπόψη, διότι διαφοροποιεί προδήλως την αιτιολογία της υπ' αριθμ. 123/2020 απόφασης, προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος, καθώς, εάν συνέτρεχε τοιαύτη περίπτωση, η ασκηθείσα εκ μέρους της προσφυγή κατά της υπ' αριθμ. 123/2020 απόφασης θα ήταν απορριπτέα ως απαράδεκτη (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 206/2014). Επίσης, απαραδέκτως στρέφεται η προσφεύγουσα αυτοτελώς κατά του 3^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, λόγω του αμιγώς γνωμοδοτικού του χαρακτήρα.

7. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, καθώς υφίσταται βλάβη από την προσβαλλόμενη, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της και αποκλείστηκε από το διαγωνισμό.

8. Επειδή, στις 30.03.2020 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς την έτερη διαγωνιζόμενη, μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ./09.04.2020 έγγραφό του, που διαβιβάστηκε στις 09.04.2020 τόσο στην Α.Ε.Π.Π. μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, όσο και στην προσφεύγουσα μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, ο αναθέτων φορέας υπέβαλε τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής. Επί των ως άνω απόψεων, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 30.04.2020 μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, το από 30.04.2020 υπόμνημα.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της προβάλλει ότι με την προσβαλλόμενη ο αναθέτων φορέας παραβίασε την αρχή προστασίας του δημοσίου συμφέροντος. Ειδικότερα, προβάλλει ότι το δημόσιο συμφέρον αποτελεί κεντρική και θεμελιακή αρχή για την οργάνωση και λειτουργία της δημόσιας διοίκησης και βρίσκεται στον πυρήνα της νομιμοποίησης του κράτους, ταυτιζόμενο με το συμφέρον του συνόλου των πολιτών, καθώς αφορά την ικανοποίηση θεμελιωδών αναγκών του, όπως πχ. παιδεία, εθνική άμυνα, δημόσια τάξη, κοινωνική ειρήνη, οικονομική ανάπτυξη και κοινωνική πρόοδος. Περαιτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, στη συνταγματικά κατοχυρωμένη (άρθρα 17 και 106 του Συντάγματος) έννοια του δημοσίου συμφέροντος εμπίπτει πρωτίστως το συμφέρον των πολιτών για την κατασκευή υποδομών και την παροχή από το κράτος υπηρεσιών κοινής ωφελείας κατά το βέλτιστο δυνατό τρόπο, τούτο δε το συμφέρον, ιδίως στην περίπτωση που το Κράτος επιλέγει να αξιοποιήσει τις δυνατότητες ιδιωτικών φορέων για τον παραπάνω σκοπό συνδέεται άρρηκτα με τη θεσμοθέτηση διαφανών και αξιοκρατικών διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Επίσης, η προσφεύγουσα, με το δεύτερο λόγο προσφυγής προβάλλει ότι με την προσβαλλόμενη παραβιάστηκε η αρχή της διαφάνειας, η οποία αποτελεί βασική αρχή που διέπει όλο το πλέγμα των δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και παροχής υπηρεσιών και αποτελεί το επιστέγασμα της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και έχει στην ουσία ως σκοπό να αποκλείει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και κατάχρησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, προϋποθέτει, δε, ότι όλοι οι

όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός, να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του αν προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση. Σύμφωνα με την αρχή της διαφάνειας, κατά την προσφεύγουσα, οι αναθέτουσες αρχές κατά την σύνταξη των προκηρύξεων των συμβάσεων, πρέπει να θέτουν όρους αποδοχής ή αποκλεισμού των προσφορών σαφείς, κατανοητούς και όχι διφορούμενους και εφόσον οι όροι τεθούν, πρέπει και να τηρούνται αυστηρά, ενώ οι αναθέτουσες αρχές δεν δικαιούνται να υποχωρούν από τους τεθέντες όρους και προϋποθέσεις, αλλά πρέπει να τους τηρούν αυστηρά, διότι σε αντίθετη περίπτωση παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης.

11. Επειδή, οι ως άνω λόγοι της προσφυγής προβαλλόμενοι αορίστως, χωρίς να αποδίδουν συγκεκριμένη πλημμέλεια στην προσβαλλόμενη και χωρίς να κατατείνουν σε συγκεκριμένη αιτίαση, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι.

12. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι από το συνδυασμό των άρθρων 75, 305, 307 του ν. 4412/2016, του Παραρτήματος XII, Μέρος Β' του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 και των άρθρων 2.2.6., 2.2.8 και 2.2.9.2. παρ. Β.4. της διακήρυξης, καθίσταται σαφές ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηριχθούν στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, όσον αφορά την χρηματοοικονομική και οικονομική επάρκεια και όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, με σκοπό να δύνανται όσο το δυνατόν περισσότερο οικονομικοί φορείς να συμμετάσχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς, ακόμα και αν δεν πληρούν οι ίδιοι όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής που αφορούν την χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Τούτο, διότι, κατά την προσφεύγουσα, ένας από τους σκοπούς του δικαίου περι

δημοσίων συμβάσεων είναι το άνοιγμα της αγοράς δημοσίων συμβάσεων προς όλους τους οικονομικούς φορείς, ανεξαρτήτως του μεγέθους τους και για το λόγο αυτό η δυνατότητα των προσφερόντων να συμμετέχουν σε διαγωνισμούς μέσω επίκλησης των δυνατοτήτων τρίτων επιχειρήσεων είναι ιδιαίτερα σημαντική για τη διευκόλυνση της πρόσβασης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις αγορές. Στην περίπτωση, δε, που ο υποψήφιος οικονομικός φορέας στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, πρέπει να αποδεικνύεται η μεταξύ τους δέσμευση, καθώς και ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας θα διαθέτει όλους τους αναγκαίους πόρους που είναι απαραίτητοι για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης. Επίσης, κατά την προσφεύγουσα, ο νομοθέτης εξειδικεύει την περίπτωση που η Αναθέτουσα Αρχή απαιτεί για την εκτέλεση της σύμβασης να χρησιμοποιηθεί από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα στελεχιακό δυναμικό με συγκεκριμένα επαγγελματικά προσόντα ή επαγγελματική εμπειρία και θέτει ως ειδική προϋπόθεση προς τούτου, τα στελέχη που θα χρησιμοποιηθούν να εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται τα συγκεκριμένα επαγγελματικά προσόντα ή η συγκεκριμένη επαγγελματική εμπειρία. Τούτο, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, εξειδικεύεται, διότι για την προσήκουσα και ορθή εκτέλεση εργασιών ή υπηρεσιών που απαιτούν εξειδικευμένα επαγγελματικά προσόντα και επαγγελματική εμπειρία, θα ήταν αδύνατο αυτές να εκτελεσθούν από άλλον επαγγελματία που δεν διαθέτει τα εξειδικευμένα αυτά προσόντα και εμπειρία, με αποτέλεσμα τη μη προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης. Ωστόσο, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, στην περίπτωση κατά την οποία η διακήρυξη απαιτεί ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να έχει εκτελέσει στο παρελθόν παρόμοιες συμβάσεις, όπως στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, ο νομοθέτης θεωρεί αρκετό και απαιτεί, στην περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος στηρίζεται σε τρίτο οικονομικό φορέα, να αποδεικνύεται πως θα μπορεί να διαθέσει τους αναγκαίους πόρους για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης. Δεν μπορεί δε, κατά την προσφεύγουσα, να θεωρηθεί ότι αναγκαίο πόρο συνιστά η εκτέλεση της σύμβασης από τον τρίτο οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο υποψήφιος οικονομικός φορέας, διότι τούτο αποτελεί υπεργολαβία,

έννοια προδήλως διακριτή από αυτή της δάνειας εμπειρίας. Εν συνεχεία η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εν προκειμένω δήλωσε με το υποβληθέν εκ μέρους της ΕΕΕΣ, ότι για την πλήρωση της απαιτούμενης εμπειρίας σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών που αφορούν συστήματα επεξεργασίας λυμάτων κατά τη διακήρυξη αναλυτικώς προβλεπόμενα στο άρθρο 2.2.6. παρ. α (ii), θα στηριχθεί στην αλλοδαπή εταιρεία, η οποία διαθέτει μετ' αποδείξεως την απαιτούμενη εμπειρία από την εκτέλεση αντίστοιχων συμβάσεων και η οποία θα διαθέσει όλους τους αναγκαίους πόρους, δηλαδή την τεχνογνωσία που απέκτησε από την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών, καθώς και την καθοδήγησή της προς την εταιρεία μας όπου αυτό καταστεί απαραίτητο, συμμορφούμενη πλήρως με τους όρους της διακήρυξης, αλλά και με το γράμμα του νόμου. Ισχυρίζεται, δε, ότι ο αναθέτων φορέας με την προσβαλλόμενη απόφαση προδήλως έσφαλε, διότι δεν εφάρμοσε ορθά το άρθρο 307 του Ν. 4412/2016 που αφορά την παροχή δάνειας εμπειρίας, τούτο, δε, διότι, αφενός η διακήρυξη για την κάλυψη της τεχνικής και επαγγελματικής εμπειρίας απαιτεί οι οικονομικοί φορείς να έχουν εκτελέσει συμβάσεις με τα χαρακτηριστικά που αναλυτικώς αναφέρονται στο άρθρο 2.2.6. της διακήρυξης, και όχι να διαθέτουν συγκεκριμένη ομάδα έργου με συγκεκριμένα επαγγελματικά προσόντα και επαγγελματική εμπειρία, αφετέρου δεν απαιτείται από τη διακήρυξη ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο υποψήφιος, πρέπει να συμμετέχει στην εκτέλεση της σύμβασης ή να εκτελέσει τμήμα αυτής. Δηλαδή, κατά την προσφεύγουσα, δεν υπάρχει υποχρέωση του τρίτου οικονομικού φορέα να συμμετέχει στην εκτέλεση της σύμβασης, στην περίπτωση που ο αναθέτων φορέας με τη διακήρυξη απαιτεί την εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων και όχι την χρησιμοποίηση από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα ομάδας εκτέλεσης της σύμβασης με συγκεκριμένα επαγγελματικά προσόντα και συγκεκριμένη προηγούμενη επαγγελματική εμπειρία αυτών, εξάλλου, ο αναθέτων φορέας, για την προσήκουσα εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης, δεν θέτει όρο περί διάθεσης από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς προσωπικού με συγκεκριμένους τίτλους σπουδών, επαγγελματικά προσόντα ή προηγούμενη επαγγελματική εμπειρία, ώστε το

προσωπικό αυτό να υποχρεούται να συμμετέχει στην εκτέλεση της σύμβασης όσον αφορά τις εργασίες ή τις υπηρεσίες εκείνες για τις οποίες απαιτούνται συγκεκριμένες ικανότητες. Άλλωστε, ως ισχυρίζεται, έχει κριθεί, ότι η ιδιότητα του τρίτου οικονομικού φορέα δεν αφορά την εκτέλεση τμήματος συμβατικού αντικειμένου, υπό την έννοια ότι για να αποτελεί ένας οικονομικός φορέας πάροχο δάνειας εμπειρίας, ουδόλως απαιτείται αλλά ούτε αρκεί η εκτέλεση μέρους της σύμβασης. Για τη διάγνωση ιδιότητας «τρίτου οικονομικού φορέα» απαιτείται και συγχρόνως αρκεί η παροχή στον υποψήφιο προσφέροντα οικονομικό φορέα στήριξης για την πλήρωση των συγκεκριμένων κατηγοριών κριτηρίων επιλογής, η οποία παρέχεται με την από τον τρίτο οικονομικό φορέα διάθεση προς τον προσφέροντα των από τη διακήρυξη απαιτούμενων και μάλιστα απαιτούμενων ως «κριτήρια επιλογής» περί την οικονομική/χρηματοοικονομική επάρκεια και περί την τεχνική/επαγγελματική ικανότητα, ικανοτήτων, ιδιοτήτων και εν γένει προσόντων τα οποία κατά το γράμμα και το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης έπρεπε να συντρέχουν στο πρόσωπο του προσφέροντος και να κατέχονται και να διατίθενται ευθέως και εξαρχής από αυτόν, πλην όμως, ακριβώς επειδή δεν τα κατέχει και δεν τα διαθέτει, του επιτρέπεται η παραδεκτή συμμετοχή στη διαδικασία μέσω των ικανοτήτων και ιδιοτήτων, που του παρέχει προς αυτόν τον σκοπό, δηλαδή την παραδεκτή συμμετοχή του και τυχόν ανάδειξή του σε ανάδοχο, ο «τρίτος οικονομικός φορέας» (δηλαδή “δανείζει” τις ικανότητες αυτές στον προσφέροντα, ώστε να του επιτρέψει να καταστεί παραδεκτός μετέχων στη διαδικασία και τυχόν ανάδοχος). Η έννοια της στήριξης που παρέχει ο τρίτος οικονομικός φορέας στον προσφέροντα συναρτάται με το ανά περίπτωση και ανά διακήρυξη γράμμα των αντίστοιχων κριτηρίων επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Επομένως, κατά την προσφεύγουσα, είναι πιθανό η διακήρυξη να θέτει κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τα οποία ουδόλως συνίστανται σε συγκεκριμένη ομάδα εκτέλεσης της σύμβασης και επαγγελματικά προσόντα και εμπειρία αυτών που την αποτελούν, αλλά μπορεί να αφορούν προηγούμενες συμβάσεις, όπως συμβαίνει στον επίμαχο Διαγωνισμό, που συνέχονται με την ορθή τεχνική εκτέλεση του συμβατικού

αντικειμένου. Άλλωστε, ως ισχυρίζεται, στην περίπτωση που ο υποψήφιος οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλου φορέα (τρίτου) για την πλήρωση, όπως εν προκειμένω, της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, δεν απαιτείται απαραίτητα τα όποια μέσα, προσόντα, ικανότητες και ιδιότητες αυτός διαθέτει και δανείζει στον προσφέροντα να τυγχάνουν συγκεκριμένης χρήσης σε αυτή καθαυτή την εκτέλεση της σύμβασης, αντίθετα, είναι δυνατόν οι ιδιότητες αυτές να συνιστούν απλώς απόδειξη προς τον αναθέτοντα, στο πλαίσιο της αξιολόγησης, ότι ο προσφέρων είναι επαρκής για να καταστεί ανάδοχος της σύμβασης, τούτο, δε, δε σημαίνει ότι οι πόροι του "τρίτου οικονομικού φορέα" θα παραμείνουν άσχετοι από τη σύμβαση, αλλά ότι, αναλόγως της φύσης τους σύμφωνα και με τη διατύπωση του οικείου κριτηρίου επιλογής, είναι δυνατό να λειτουργήσουν ως διασφαλιστική και εγγυητική δικλείδα, χωρίς να είναι απαραίτητο να χρησιμοποιηθούν, αρκεί ο τρίτος να δεσμεύεται ότι θα τους διαθέσει στον ανάδοχο εάν τούτο απαιτηθεί. Επίσης ισχυρίζεται, ότι είναι δυνατόν οι ιδιότητες αυτές εκ φύσεώς τους να αφορούν κάποια μέσα που θα χρησιμοποιηθούν απαιτητήτως στην εκτέλεση, όμως αυτό δεν είναι απαραίτητο για να διαγνωσθεί ο διαθέτων αυτά στον προσφέροντα ως "τρίτος οικονομικός φορέας", διάγνωση που απλώς προϋποθέτει τα μέσα αυτά να ορίζονται από το γράμμα της διακήρυξης ως κριτήρια επιλογής περί την τεχνική/επαγγελματική ικανότητα. Εάν ο προσφέρων εκτελέσει ο ίδιος, δηλαδή με το προσωπικό του, την άσκηση ιδίου διευθυντικού δικαιώματος επ' αυτού και ως δική του δραστηριότητα, το οικείο μέρος του συμβατικού αντικειμένου, αλλά με χρήση μέσου που θα του διαθέσει τρίτος, τότε ο τρίτος αυτός είναι απλώς "τρίτος οικονομικός φορέας" κατά την έννοια του άρ. 307 Ν. 4412/2016. Αν όμως, ο τρίτος δεν διαθέσει απλώς στον ανάδοχο το μέσο (ώστε να εκτελέσει ο ίδιος ο ανάδοχος ή περαιτέρω τρίτος υπεργολάβος του αναδόχου το οικείο τμήμα του συμβατικού αντικειμένου), αλλά επιπλέον χρησιμοποιήσει ο ίδιος ο τρίτος το μέσο στο πλαίσιο εκ μέρους του εκτέλεσης (ήτοι με τυχόν δικό του προσωπικό, στο πλαίσιο της δικής του εν γένει οργανωτικής επιχειρησιακής δομής και με δική του ευθύνη ως προς την εκτέλεση έναντι του αναδόχου) του οικείου τμήματος του συμβατικού αντικειμένου, τότε ο παραπάνω τρίτος είναι

συγχρόνως και "τρίτος οικονομικός φορέας" και "υπεργολάβος". Εξάλλου, κατά την προσφεύγουσα, η περίπτωση αυτή της σύμπτωσης, όχι απλά επιτρέπεται, αλλά σε συγκεκριμένες περιπτώσεις ρητά επιβάλλεται από το άρθρο 307 παρ. 2, όπως όταν οι "δάνειες ικανότητες" αφορούν κριτήρια ως προς τους τίτλους σπουδών, τα επαγγελματικά προσόντα ως προς συγκεκριμένες ικανότητες ή την επαγγελματική εμπειρία (αφού ο τρίτος οικονομικός φορέας μπορεί να τύχει σύννομης επίκλησης μόνο αν εκτελέσει ο ίδιος τις εργασίες, όπου οι συγκεκριμένες ικανότητες επί των οποίων παρέχει στήριξη, θα χρησιμοποιηθούν). Συνακόλουθα ισχυρίζεται ότι ο τρόπος με τον οποίο θα χρησιμοποιηθούν τα μέσα που προσφέρει ο πάροχος δάνειας εμπειρίας στον υποψήφιο οικονομικό φορέα, εξαρτάται από το απαιτούμενο κριτήριο επιλογής που θέτει η διακήρυξη. Ειδικότερα, στην περίπτωση που η διακήρυξη απαιτεί για την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας την εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων, αρκεί ο τρίτος οικονομικός φορέας να μπορεί να διαθέσει στον προσφέροντα τις αντίστοιχες βεβαιώσεις που αποδεικνύουν την εμπειρία που έχει αποκτήσει ο τρίτος φορέας από την εκτέλεση αυτών των συμβάσεων, καθώς και την τεχνογνωσία που έχει αποκομίσει προκειμένου να εκτελεστεί προσηκόντως η σύμβαση. Μάλιστα, εάν η διακήρυξη δεν απαιτεί, λόγω της φύσης της σύμβασης, ο παρέχων δάνεια εμπειρία, που έχει εκτελέσει παρόμοιες συμβάσεις, κατά τα απαιτούμενα στην διακήρυξη κριτήρια επιλογής, να εκτελέσει τμήμα της σύμβασης, τούτο δεν αποτελεί κριτήριο για το εάν θα κριθεί η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα σύμφωνη με το κείμενο νομοθετικό πλαίσιο που διέπει τον θεσμό της δάνειας εμπειρίας. Από την άλλη πλευρά, σε περίπτωση που το κριτήριο επιλογής που έθετε η διακήρυξη για την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ήταν ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να δηλώσει συγκεκριμένη ομάδα εκτέλεσης της σύμβασης που να διαθέτει συγκεκριμένους τίτλους σπουδών, επαγγελματικά προσόντα ή επαγγελματική εμπειρία, θα έπρεπε να δηλώνεται ότι εκείνοι που θα αποτελέσουν την ομάδα εκτέλεσης της σύμβασης θα εκτελέσουν τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται κατά τη διακήρυξη οι ειδικές αυτές ικανότητες. Εκ των ανωτέρω, ως ισχυρίζεται, συνάγεται ότι στον επίμαχο διαγωνισμό, με δεδομένο

ότι το κριτήριο επιλογής για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αφορά την εμπειρία από την εκτέλεση συμβάσεων με τα προβλεπόμενα στην διακήρυξη χαρακτηριστικά, και λαμβανομένων υπόψη των προρρηθέντων αμέσως πιο πάνω, ο πάροχος δάνειας εμπειρίας δεν απαιτείται να συμμετέχει στην εκτέλεση της σύμβασης, αλλά αρκεί να διαθέσει τους αναγκαίους πόρους, δηλαδή την τεχνογνωσία κλπ που έχει αποκομίσει από την εκτέλεση των συμβάσεων αυτών και συνεπώς η προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα είναι προδήλως μη νόμιμη και αβάσιμη, έχει εφαρμόσει εσφαλμένως το νόμο και ως εκ τούτου είναι ακυρωτέα. Ακολουθώντας, ως προς τις διευκρινίσεις που ζήτησε ο αναθέτων φορέας από την προσφεύγουσα σχετικά με τον πάροχο δάνειας εμπειρίας, ισχυρίζεται, ότι κατόπιν του με αριθμό πρωτ./25.11.2019 αιτήματος του αναθέτοντος φορέα για παροχή διευκρινήσεων με το οποίο της ζητήθηκε, μεταξύ άλλων, να προσκομίσει αποδεικτικά μέσα διάθεσης στην ίδια από την εταιρεία «των αναγκαίων πόρων», προσκόμισε το από 28.11.2019 ιδιωτικό συμφωνητικό συνεργασίας, καθώς και βεβαιώσεις προσήκουσας εκτέλεσης παρόμοιων συμβάσεων από την ανωτέρω εταιρεία, όπως ακριβώς προβλέπονταν στα αποδεικτικά μέσα της διακήρυξης. Από το συμφωνητικό αυτό, προκύπτει, ως προβάλλει, με σαφήνεια ότι η ίδια θα στηριχθεί για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, στην εταιρεία, η οποία διαθέτει και θα παράσχει στην προσφεύγουσα τεχνική ικανότητα παρόμοιας λειτουργίας, που έχει εκτελέσει στο παρελθόν. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η ανωτέρω εταιρεία, όπως προκύπτει και από τις βεβαιώσεις που προσκόμισε η προσφεύγουσα, έχει εκτελέσει συμβάσεις κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης, δηλαδή, η εταιρεία - πάροχος δάνειας εμπειρίας δεν δανείζει στην προσφεύγουσα προσωπικό ή άλλα επαγγελματικά προσόντα, αλλά την εμπειρία της από την εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων, ώστε δεν είναι εφαρμοστέο το άρθρο 307 παρ. 2 ν. 4412/2016, επικαλείται, δε, τη ζητούμενη από τη διακήρυξη εμπειρία όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, και αναφέρει ότι οι πόροι που θα διατεθούν στην ίδια από την εταιρεία - πάροχο δάνειας εμπειρίας, εφόσον κηρυχθεί ανάδοχος της σύμβασης

είναι η τεχνογνωσία, με ανάλογη καθοδήγηση και επίβλεψη για τη σωστή λειτουργία, στο πλαίσιο συμβουλευτικών υπηρεσιών, παραπέμποντας το προαναφερθέν ιδιωτικό συμφωνητικό. Κατά την προσφεύγουσα, η εταιρεία αποτελεί τρίτο οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου θα στηριχθεί η ίδια, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8. της Διακήρυξης και σύμφωνα με το άρθρο 78 Ν. 4412/2016 και οι συμβουλευτικές υπηρεσίες που θα παρασχεθούν από την εταιρεία - πάροχο δάνειας εμπειρίας σε περίπτωση κήρυξης της ίδιας ως αναδόχου της σύμβασης δεν συνιστούν υπεργολαβία, δεδομένου ότι η σύμβαση δεν θα εκτελεστεί από την εταιρεία - πάροχο δάνειας εμπειρίας αλλά από την ίδια. Εξάλλου, ως ισχυρίζεται, αυτή ακριβώς είναι η βασική διάκριση της υπεργολαβίας από το δικαίωμα στήριξης του οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου φορέα (δάνεια εμπειρία), δηλαδή, 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.

13. Επειδή, ακολούθως, με τον τέταρτο λόγο προσφυγής προβάλλονται ισχυρισμοί αναφορικά με την αναφερόμενη στο 3^ο Πρακτικό ενδεχόμενη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του δανείζοντος την προσφεύγουσα εμπειρία και τις διευκρινίσεις που ζητήθηκαν σχετικώς από την προσφεύγουσα.

14. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του, για τους τρίτο και τέταρτο λόγους προσφυγής προβάλλει, ότι εκ του συμβατικού αντικειμένου προκύπτει ότι η υπό δημοπράτηση σύμβαση είναι σύμβαση μεικτού χαρακτήρα (προμηθειών και υπηρεσιών) με προέχοντα χαρακτήρα αυτόν της παροχής υπηρεσιών επί τόπου της εγκατάστασης και ο ανάδοχος που θα επιλεγεί θα πρέπει να διαθέσει το εξειδικευμένο προσωπικό και την τεχνογνωσία που κατέχει, τα μέσα και τους εν γένει πόρους του επί τόπου του έργου για την παροχή των λεπτομερώς περιγραφόμενων στα συμβατικά τεύχη υπηρεσιών, με κύριο αντικείμενο τη λειτουργία και συντήρηση της

εγκατάστασης και του εξειδικευμένου, ευαίσθητου, υψηλότατου κόστους εξοπλισμού που έχει ήδη εγκατασταθεί στο πλαίσιο της Α1 φάσης του έργου και αυτού που θα εγκατασταθεί στα πλαίσια της Α2 Φάσης. Ως εκ του εξειδικευμένου συμβατικού αντικειμένου, που δεν μπορεί να υλοποιηθεί από οιονδήποτε οικονομικό φορέα, αλλά μόνο από όσους διαθέτουν ειδικά προσόντα και τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ο αναθέτων φορέας, ως ισχυρίζεται, υιοθέτησε εύλογους όρους ειδικής τεχνικής ικανότητας όχι μόνον συνδεόμενους αλλά απόλυτα δικαιολογημένους και επιβαλλόμενους από το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Στην επιλογή αυτή προέβη, ως προβάλλει, προκειμένου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016, να διασφαλίσει ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Ισχυρίζεται, δε, ότι προέβλεψε το δικαίωμα των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, να μετάσχουν στο διαγωνισμό επικαλούμενοι τη στήριξη τρίτων οικονομικών φορέων, υπό τους όρους των άρθρων 307 ν. του 4412/2016 και 2.2.8 και 2.2.9.2 παρ. Β9 της διακήρυξης, εκ των οποίων προκύπτει ότι οι ενδιαφερόμενοι μπορούν βεβαίως να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων προς αυτούς οικονομικών φορέων, υπό τον απαραίτητο όρο ότι διασφαλίζεται η δέσμευση των υπόψη τρίτων φορέων να παράσχουν στους οικονομικούς φορείς, τους αναγκαίους πόρους και προκειμένου περί της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, τους ανθρώπινους πόρους, τα τεχνικά μέσα και την εμπειρία καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, εφόσον ήθελε ανατεθεί στον διαγωνιζόμενο προς διασφάλιση της προσήκουσας εκπλήρωσης των εξ αυτής απορρεουσών υποχρεώσεων. Ως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας, οι «αναγκαίοι πόροι», όσον αφορά σε κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας είναι, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 75 παρ. 4 ν. 4412/2016, οι ανθρώπινοι πόροι (προσωπικό), τα μηχανικά μέσα και η εμπειρία που έχει αποκτήσει κάποιος οικονομικός φορέας από την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης που πληροί τα κριτήρια της διακήρυξης και η οποία διατίθεται προδήλως διά του προσωπικού του, είναι, δε, αυτονόητο, ότι ο αναθέτων φορέας δεν έθεσε τις διατάξεις περί δάνειας ικανότητας προς

παροχή στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς της δυνατότητας τυπικής μόνον πλήρωσης των προϋποθέσεων, αλλά διά της ρητής απαίτησης να αποδεικνύεται η δέσμευση των τρίτων παρόχων ικανότητας να θέσουν στη διάθεση του διαγωνιζομένου τους αναγκαίους για την εκπλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεων πόρους, απέβλεψε στη διασφάλιση ότι θα διατίθενται καθ' όλη τη διάρκεια της παροχής των υπηρεσιών οι ανθρώπινοι πόροι, τα μηχανικά μέσα και η τεχνογνωσία που απαιτούνται ώστε να διασφαλίζεται ότι οι υπηρεσίες θα εκτελούνται απρόσκοπτα, όταν, όπου και όπως απαιτούν οι προδιαγραφές της σύμβασης. Εξάλλου, κατά τον αναθέτοντα φορέα, η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που αξίωσε εν προκειμένω αφορά, όπως εκτέθηκε, στη λειτουργία και συντήρηση εγκαταστάσεων επεξεργασίας νερού κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στη διάταξη του άρθρου 2.2.6. της διακήρυξης. Εκ των ανωτέρω, δε, κατά τον αναθέτοντα φορέα προκύπτει, ότι οι αναγκαίοι πόροι στους οποίους αφορούσε η απαιτούμενη να αποδειχθεί δέσμευση του τρίτου οικονομικού φορέα αφορούσαν στους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία που σχετίζονται με την λειτουργία και συντήρηση της εγκατάστασης, πόροι οι οποίοι θα πρέπει να διασφαλίζεται ότι θα είναι στη διάθεση του οικονομικού φορέα που θα αναδειχθεί ανάδοχος και θα αναλάβει την παροχή των υπηρεσιών σχετικών με την εγκατάσταση. Ισχυρίζεται, περαιτέρω, ότι είναι πρόδηλο ότι ως εκ της φύσης των δημοπρατούμενων υπηρεσιών, το κύριο αντικείμενο της σύμβασης απαιτείται να εκτελεστεί στο χώρο της εγκατάστασης, όπου και ευρίσκεται εγκατεστημένος ο ευαίσθητος, τεχνικά πολύπλοκος και υψηλότατου κόστους εξοπλισμός της τον οποίο θα λειτουργήσει και συντηρήσει ο επιλεγθησόμενος ανάδοχος, συνακόλουθα, κατά λογική και πρακτική αναγκαιότητα επί τόπου του έργου πρέπει να διατίθενται οι πόροι, ανθρώπινοι και τεχνικοί, καθώς και η τεχνογνωσία, ώστε οι υπηρεσίες να παρέχονται με το απαιτούμενο επίπεδο ποιότητας, στο οποίο απέβλεψε ο αναθέτων φορέας θεσπίζοντας τα κριτήρια ειδικής τεχνικής ικανότητας και εμπειρίας. Ήτοι, ο αναθέτων φορέας, ως προβάλλει, αξίωσε δέσμευση διάθεσης των πόρων, χωρίς να αξιώνει συγκεκριμένη νομική φύση της εννόμου σχέσης μεταξύ του διαγωνιζομένου και

του τρίτου. Τα ανωτέρω, ως ισχυρίζεται, ισχύουν πολύ περισσότερο όταν πρόκειται για συμβάσεις που, λόγω της φύσης τους και των συνθηκών εκτέλεσης του αντικειμένου τους, απαιτούν πόρους και τεχνογνωσία που δεν μπορεί να μεταβιβασθεί στον διαγωνιζόμενο με απλή εξ αποστάσεως παροχή συμβουλών, καθοδήγησης και εποπτείας και, πάντως εν προκειμένω η διακήρυξη δεν προέβλεπε τη δυνατότητα επίκλησης δάνειας ικανότητας βάσει «χαλαρών συμβατικών δεσμών», αλλά απαιτούσε σαφή δέσμευση διάθεσης των αναγκαίων πόρων για την εκτέλεση της σύμβασης, η, δε, διάθεση των πόρων σημαίνει έμπρακτη και ουσιαστική συνεισφορά ανθρώπινων πόρων (προσωπικού που είναι φορέας της αξιούμενης ικανότητας και εμπειρίας) τεχνικών μέσων και εμπειρίας και όχι απλά παροχή συμβουλών άνευ της διαθέσεων των απαιτούμενων πόρων. Ανεξαρτήτως, δε, του ότι η διακήρυξη χάριν διασφάλισης μεγαλύτερου ανταγωνισμού παρέσχε τη δυνατότητα επιλογής της νομικής φύσης της έννομης σχέσης στους συμβαλλομένους (διαγωνιζόμενο και τρίτους), αυτό δε σημαίνει ότι η δέσμευση διάθεσης των αναγκαίων πόρων δε θα έπρεπε να αποδειχθεί ή ότι θα ήταν αποδεκτή επίκληση στήριξης στις ικανότητες τρίτου εάν η τοιαύτη επίκληση ερείδεται σε αβέβαιους και ασαφείς συμβατικούς όρους που καθιστούν αμφίβολη την απαιτούμενη δέσμευση του τρίτου να διαθέσει τους κατά τα άνω απαιτούμενους πόρους τούτο, δε, πολύ περισσότερο εν προκειμένω, που η φύση του δημοπρατούμενου έργου καθιστά επιβεβλημένη την επί τόπου παρουσία εξειδικευμένου προσωπικού που γνωρίζει να λειτουργεί, συντηρεί και επεμβαίνει επί του υψηλής τεχνολογίας εγκατεστημένου εξοπλισμού, που έχει άριστη γνώση της εγκατάστασης και έχει τις δεξιότητες που απαιτούνται για να διασφαλισθεί η αδιάκοπη παροχή των υπηρεσιών. Εν συνεχεία, ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται, ότι η προσφεύγουσα εκλήθη, διά του από 25.11.2019 εγγράφου της Επιτροπής Διαγωνισμού, προς παροχή διευκρινίσεων αναφορικά με την από μέρους της πλήρωση του κριτηρίου της προβλεπόμενης στη διακήρυξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, για την οποία είχε επικαλεστεί τις ικανότητες της τρίτης παρούχου ικανότητας, μεταξύ άλλων, δε, η Επιτροπή ζήτησε την προσκόμιση αποδεικτικού δέσμευσης διάθεσης των

απαιτούμενων πόρων που προβλέπεται στο άρθρο Β.9 της διακήρυξης, η προσφεύγουσα, δε, προσκόμισε το από 12.07.2019 ιδιωτικό συμφωνητικό συνεργασίας μεταξύ της ίδιας και της τρίτης παρόχου ικανότητας, στο οποίο αναφέρεται μόνον ότι η τρίτη πάροχος ικανότητας αναλαμβάνει την υποχρέωση και δεσμεύεται ρητά να θέσει στη διάθεση της προσφεύγουσας την τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα και την εμπειρία της ενώ οι ειδικότεροι όροι και προϋποθέσεις θα καθορισθούν με μεταξύ τους ιδιωτικό συμφωνητικό εφόσον η προσφεύγουσα αναδεικνυόταν ανάδοχος. Σύμφωνα με τον αναθέτοντα φορέα είναι προφανές ότι το ως άνω συμφωνητικό ήταν εντελώς αόριστο ως προς το αν η τρίτη πάροχος ικανότητας ανέλαβε δεσμεύσεις και ποιες ακριβώς είναι αυτές, καθώς η αόριστη αναφορά περί δέσμευσης παροχής τεχνικής ικανότητας δεν μπορούσε να αξιολογηθεί εάν ήταν επαρκής, εάν αφορούσε στους απαιτούμενους πόρους ή όχι και σε καταφατική περίπτωση ποιους συγκεκριμένους πόρους αφορούσε, ώστε να κριθεί εάν η δέσμευση είχε κάποιο ουσιαστικό περιεχόμενο ή έγκειτο σε υπόσχεση παροχής «τεχνικής ικανότητας», χωρίς να είναι σαφές σε τι αυτή συνίστατο και πώς η υπόσχεση αυτή σκοπεύτο να υλοποιηθεί. Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού ζήτησε εκ νέου διευκρινίσεις αναφορικά με τον ακριβή τρόπο της συνεργασίας και τον τρόπο διάθεσης των απαιτούμενων πόρων και σε απάντηση η προσφεύγουσα επεσήμανε ότι η τρίτη πάροχος ικανότητας δεν δανείζει «προσωπικό ή άλλα επαγγελματικά προσόντα», παρά μόνον την εμπειρία της από εκτελεσθείσες συμβάσεις και ότι οι πόροι που τελικώς θα διατεθούν από την τρίτη πάροχο ικανότητας συνίστανται στην τεχνογνωσία, «με ανάλογη καθοδήγηση και επίβλεψη για τη σωστή λειτουργία, στο πλαίσιο συμβουλευτικών υπηρεσιών». Εκ των ανωτέρω παρασχεθεισών διευκρινίσεων προκύπτει εναργώς, κατά τον αναθέτοντα φορέα, ότι η τρίτη πάροχος ικανότητας δεν έχει δεσμευθεί να παράσχει ανθρώπινους πόρους και τεχνικά μέσα, παρά να παράσχει τεχνογνωσία υπό τη μορφή απλών συμβουλευτικών υπηρεσιών, με καθοδήγηση και επίβλεψη, πλην όμως, οι πόροι αυτοί δεν είναι «οι απαιτούμενοι» πόροι που πρέπει να αποδεικνύεται ότι διατίθενται για την εκτέλεση της σύμβασης, διότι αφενός οι απαιτούμενοι να διατεθούν πόροι επί

δανεισμού τεχνικής ικανότητας και εμπειρίας είναι οι ανθρώπινοι και μηχανικοί πόροι και η εμπειρία και αφετέρου η εκτέλεση της σύμβασης στο αξιούμενο επίπεδο ποιότητας απαιτεί αναγκαίως την επί τόπου παρουσία εξειδικευμένου προσωπικού που θα έχει τη δυνατότητα άμεσης επέμβασης και καθημερινής επίδειξης δεξιοτήτων στον χειρισμό του εξειδικευμένου εξοπλισμού της εγκατάστασης επί καθημερινής βάσης, έτσι ώστε η απαιτούμενη εμπειρία και τεχνογνωσία να μην μπορεί να μεταβιβασθεί με απλή παροχή συμβουλών και καθοδήγησης χωρίς επί τόπου του έργου των φορέων της τεχνικής ικανότητας και εμπειρίας, ενώ η ρητή άρνηση της διάθεσης (με οποιαδήποτε έννομη σχέση) από την τρίτη πάροχο στην διαγωνιζόμενη προσωπικού για την επί τόπου συνδρομή στην παροχή των υπηρεσιών σημαίνει ότι δεν διατίθενται οι απαιτούμενοι για την εκτέλεση της σύμβασης πόροι, contra στα όσα ρητώς ορίζονται στη διακήρυξη. Εξάλλου, ως ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας, η δέσμευση παροχής τεχνογνωσίας χωρίς ταυτόχρονη δέσμευση διάθεσης του φορέα της τεχνογνωσίας, δηλαδή του απαιτούμενου προσωπικού που είναι φορέας της κτηθείσας από την εκτέλεση προηγούμενης παρόμοιας σύμβασης εμπειρίας είναι κενή περιεχομένου και δεν είναι δυνατόν να είναι ρεαλιστική και αληθής δέσμευση μεταφοράς τεχνογνωσίας με ταυτόχρονη άρνηση της διάθεσης των φορέων αυτής, άνευ των οποίων δεν είναι δυνατή η μεταβίβαση της κτηθείσας εμπειρίας. Επιπλέον, ως ισχυρίζεται, λαμβανομένου υπόψη του αντικειμένου των δημοπρατούμενων υπηρεσιών και των απαιτήσεων των τευχών, κατά τις οποίες απαιτείται η επί τόπου παρουσία προσωπικού με δεξιότητα χειρισμού του μεγάλης αξίας και προηγμένου τεχνολογικά εξοπλισμού της εγκατάστασης και η άμεση επέμβαση στο πλαίσιο της καθημερινής λειτουργίας και συντήρησης, καθώς επίσης και του γεγονότος ότι η πάροχος ικανότητας εδρεύει στην και μακριά από τον τόπο παροχής των υπηρεσιών, καθίσταται πρόδηλο ότι η απαιτούμενη «τεχνογνωσία» δεν είναι δεκτική μεταβίβασης διά συμβουλευτικών αμιγώς υπηρεσιών, καθώς τέτοιου είδους υπηρεσίες με εκ του μακρόθεν καθοδήγηση του ευρισκόμενου επί τόπου του έργου μη αρκούντως εξειδικευμένου προσωπικού του αναδόχου δεν συνιστούν διάθεση των αναγκαίων πόρων και δεν συνιστούν επαρκές μέσο για

την διασφάλιση της εκτέλεσης της σύμβασης με το απαιτούμενο επίπεδο ποιότητας, ενώ η απλή παροχή συμβουλευτικών υπηρεσιών, με καθοδήγηση και επίβλεψη, λόγω του ότι συνιστά χαλαρή συμβατική δέσμευση υπολείπεται των πράγματι απαραίτητων για την εκτέλεση της σύμβασης να διατεθούν πόρων. Εκ των ανωτέρω ο αναθέτων φορέας καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η στήριξη στις ικανότητες της τρίτης παρόχου λαμβάνει χώρα περισσότερο για την τυπική εκπλήρωση των απαιτήσεων της διακήρυξης, χωρίς ωστόσο να διασφαλίζει τη διάθεση των πράγματι απαιτούμενων για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης πόρων, πλην όμως, η διασφάλιση της πρακτικής αποτελεσματικότητας των περί δάνειας ικανότητας διατάξεων αλλά και επίτευξης του στόχου της διασφάλισης του συμφέροντος του αναθέτοντος φορέα αλλά και του ίδιου του δημοσίου συμφέροντος δεν καθιστούν επαρκή τη διάθεση «τεχνογνωσίας διά της παροχής συμβουλευτικών υπηρεσιών» εκ του μακρόθεν χωρίς παράλληλη διάθεση προσωπικού, με οποιαδήποτε έννομη σχέση, αλλά αντιθέτως, απαιτούν ουσιαστική και πραγματική συμμετοχή του τρίτου στην εκτέλεση της σύμβασης, με οποιαδήποτε έννομη σχέση, προϋπόθεση που δεν πληρούται στη συγκεκριμένη περίπτωση. Ως εκ του γεγονότος, δε, ότι εν προκειμένω ουδεμία δέσμευση ανελήφθη από την τρίτη πάροχο ικανότητας για ουσιαστική συμμετοχή στην εκτέλεση του έργου, η δέσμευση και οι διατιθέμενοι εκ μέρους της πόροι δεν θα μπορούσαν να αξιολογηθούν ως επαρκείς. Κατόπιν των ανωτέρω, ο αναθέτων φορέας, ως προβάλλει, επικαλούμενος την με τίτλο «4^η ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ – ΑΡ. ΑΠΟΦ. 123/2020» απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του, αποφάσισε τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας, ουσιαστικά, ως ισχυρίζεται, λόγω μη πλήρωσης του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και μη επάρκειας των διατιθέμενων από την τρίτη πάροχο ικανότητας πόρων, που υπολείπονται των πράγματι απαιτούμενων σε περίπτωση δανεισμού τεχνικής ικανότητας, πολύ περισσότερο λαμβανομένου υπόψη του αντικειμένου της σύμβασης που απαιτεί παρουσία επί τόπου της εγκατάστασης εξειδικευμένου προσωπικού, προβάλλει, δε, ότι νόμιμα απεφάνθη ότι η μη διάθεση από τη τρίτη πάροχο ικανότητας εξειδικευμένου προσωπικού επί τόπου του έργου

σημαίνει ότι δεν διατίθενται οι απαιτούμενοι πόροι για τη διασφάλιση της προσήκουσας εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης, κατά παραβίαση των ρητώς οριζόμενων στη διακήρυξη, αφού δηλώθηκε ευθέως από την τρίτη πάροχο δάνειας ικανότητας ότι οι «αναγκαίοι πόροι» δεν θα διατεθούν. Ισχυρίζεται περαιτέρω, ότι η αντικατάσταση της δέσμευσης παροχής των απαιτούμενων πόρων για την εκτέλεση της σύμβασης, όπου, όπως και όταν προβλέπουν τα τεύχη και οι εν γένει προδιαγραφές, που προβλέπει η διακήρυξη με χαλαρή δέσμευση παροχής συμβουλευτικών υπηρεσιών (αντί διάθεσης των απαιτούμενων πόρων) δεν θα ήταν επιτρεπτή, καθώς θα συνιστούσε απόκλιση από τα οριζόμενα στη διακήρυξη και παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων, επιπλέον, δε, δε θα μπορούσε να αποδεχθεί ως παραδεκτή τη συμμετοχή της προσφεύγουσας, καθώς δεν διασφάλιζε την ουσιαστική και ενεργό συμμετοχή του τρίτου, κατόχου της απαιτούμενης για την εκτέλεση της σύμβασης, ικανότητας, όπως απαιτούν και προϋποθέτουν οι διατάξεις περί στήριξης στις ικανότητες τρίτων, αφού εκ του συνόλου των προσκομισθέντων εγγράφων προέκυπτε ευλόγως το συμπέρασμα ότι εν προκειμένω η στήριξη ελάμβανε χώρα προς τυπική μόνον πλήρωση των τεθέντων ουσιαστικών κριτηρίων χωρίς δέσμευση διάθεσης των απαιτούμενων ανθρωπίνων και τεχνικών πόρων, που είναι απαραίτητη προϋπόθεση για τη προσήκουσα διάθεση τεχνικής ικανότητας και προσήκουσας «μεταβίβασης» της τεχνικής ικανότητας από τον τρίτο στο διαγωνιζόμενο. Συνακόλουθα, κατά τον αναθέτοντα φορέα, προκύπτει ότι η προδικαστική προσφυγή ερείδεται επί εσφαλμένης βάσης, ήτοι η προσφεύγουσα υπολαμβάνει ως δεδομένο ότι η προσφορά της αποκλείστηκε, διότι ο τρίτος δεν είναι υπεργολάβος και δεν θα εκτελέσει το αντικείμενο της σύμβασης, ωστόσο, οι λόγοι για τους οποίους αποκλείστηκε η προσφεύγουσα είναι αποκλειστικώς όσοι ανωτέρω αναφέρονται και διαλαμβάνονται στην με τίτλο «4^η ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ – ΑΡ. ΑΠΟΦ. 123/2020» απόφαση και ουδόλως αναφέρονται σε μη σύναψη υπεργολαβίας ή στη μη εκτέλεση της σύμβασης εκ μέρους της τρίτης παρόχου δάνειας ικανότητας, αλλά, αντιθέτως, δυνάμει της ως άνω απόφασης ο αναθέτων φορέας διαπίστωσε στην ουσία την μη επάρκεια

των διατιθέμενων από τη τρίτη πάροχο ικανότητας πόρων και την έλλειψη δέσμευσης διάθεσης αυτών, συνεκτιμώντας το αντικείμενο της σύμβασης και δεν αξίωσε την απόδειξη συγκεκριμένης έννομης σχέσης ή την εκτέλεση εκ μέρους της τρίτης παρόχου δάνειας ικανότητας του έργου, όπως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, αλλά, ο αναθέτων φορέας, αξιολόγησε μόνον την έλλειψη δέσμευσης διάθεσης των απαιτούμενων πόρων από τη τρίτη πάροχο ικανότητας στην προσφεύγουσα, ώστε να εκτελεστεί το αντικείμενο της σύμβασης από την προσφεύγουσα προσηκόντως και σύμφωνα με τη σύμβαση. Εξάλλου, ως προβάλλει, το γεγονός ότι η διακήρυξη αξίωνε εμπειρία στην εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων εκ μέρους των διαγωνιζομένων δεν σήμαινε ότι δεν απαιτείτο να διατεθούν, βάσει οιασδήποτε έννομης σχέσης, οι ανθρωπίνου πόροι, αφού η διάθεση ανθρωπίνων πόρων αποτελεί το κατ' εξοχήν και κύριο μέσο διάθεσης και μεταφοράς της αξιούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, περιλαμβανομένης της εμπειρίας, είναι, δε, προφανές, ότι η εμπειρία και η τεχνογνωσία που έχει ένας οικονομικός φορέας δεν μπορούν να μεταφερθούν σε άλλον φορέα ει μη μόνο διά των ανθρωπίνων πόρων και του προσωπικού που είναι ο φυσικός φορέας της εμπειρίας και της τεχνογνωσίας, συνακόλουθα, η κρίση του αναθέτοντος φορέα ότι εκ της μη διάθεσης των απαιτούμενων πόρων δεν διασφαλίζεται η προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης είναι απολύτως νόμιμη. Ο αναθέτων φορέας, ως περαιτέρω προβάλλει, δεν απέκλεισε εν προκειμένω την προσφεύγουσα επειδή δεν απέδειξε ειδική έννομη σχέση (υπεργολαβία) ή επειδή ο τρίτος δεν θα ανέλαμβανε την εκτέλεση της σύμβασης, αλλά επειδή δεν διασφαλίζεται η εκ μέρους του τρίτου διάθεση των πράγματι απαιτούμενων πόρων, και βασικά των ανθρωπίνων πόρων, από την τρίτη πάροχο ικανότητας στην προσφεύγουσα για την από τη τελευταία εκτέλεση της σύμβασης και προσήκουσα παροχή των υπηρεσιών, η, δε, ουσιαστική και ενεργός συμμετοχή του τρίτου με τη διάθεση των απαιτούμενων πόρων, ανεξαρτήτως του με ποια μορφή θα ελάμβανε χώρα αυτή ή δυνάμει ποιας έννομης σχέσης, ήταν απαραίτητη, βάσει της διακήρυξης και του εν γένει κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού και η προσφεύγουσα δεν συμμορφώθηκε προς τους προαναφερθέντες όρους, αφού οι χαλαροί

νομικοί δεσμοί της επικληθείσας έννομης σχέσης, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι συνίσταντο σε απλή παροχή συμβουλευτικών υπηρεσιών εκ του μακρόθεν, χωρίς δέσμευση διάθεσης των απαιτούμενων πόρων, ήταν ανεπαρκής και για τη μεταβίβαση της τεχνογνωσίας και για τη διασφάλιση της προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης, συνεκτιμωμένου του αντικειμένου αυτής.

15. Επειδή, η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της προβάλλει, ότι για την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ήτοι για την απαιτούμενη εμπειρία σε εκτέλεση αντίστοιχων συμβάσεων, κατά τα αναλυτικώς προβλεπόμενα στη διακήρυξη, στηρίχθηκε στις ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα «,» που αποδεδειγμένα έχει την απαιτούμενη εμπειρία, προς απόδειξη, δε, αυτού, υπέβαλε με την προσφορά της, μεταξύ άλλων, το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα και, κατόπιν αιτήματος του αναθέτοντος φορέα, το ιδιωτικό συμφωνητικό δέσμευσης εξειδικεύοντας τους πόρους που θα παράσχει και απόφαση του διαχειριστικού της οργάνου, συμμορφούμενη πλήρως με τους όρους και τις προϋποθέσεις της διακήρυξης, η οποία, ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας είχε θέσει μόνο την εμπειρία από την εκτέλεση αντίστοιχων συμβάσεων και πιστοποιητικά για έλεγχο ποιότητας, ενώ δεν απαιτεί οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν εξειδικευμένο τεχνικό και επιστημονικό προσωπικό για την εκτέλεση της σύμβασης, αλλά την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης με περιεχόμενο ότι θα διαθέσουν για την εκτέλεση της σύμβασης το ελάχιστο απαιτούμενο επιστημονικό και λοιπό προσωπικό σε αριθμό και ειδικότητες και με την απαιτούμενη εμπειρία που ζητείται στο άρθρο 12 των Τεχνικών Προδιαγραφών, την οποία υπέβαλε με την προσφορά της και δεν αμφισβητήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα. Κατά την προσφεύγουσα, ο αναθέτων φορέας εκ των υστέρων ισχυρίζεται ότι λόγω της φύσης της σύμβασης απαιτείται εξειδικευμένο τεχνικό και επιστημονικό προσωπικό, το οποίο μάλιστα, κατά την άποψή του, σε περίπτωση που για την τεχνική ικανότητα ο υποψήφιος οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, ο τελευταίος θα πρέπει να διαθέσει για να εκτελέσει τη σύμβαση, πλην όμως στους όρους που αφορούν στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που ο ίδιος ο αναθέτων φορέας έχει

Αριθμός Απόφασης: 11/2020

θέσει, ουδέν αναφέρει και απαιτεί περί διάθεσης από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς εξειδικευμένου και με συγκεκριμένη εμπειρία τεχνικού και επιστημονικού προσωπικού προκειμένου να είναι παραδεκτή η συμμετοχή των οικονομικών φορέων στο διαγωνισμό. Μάλιστα, κατά την προσφεύγουσα, στην προσβαλλόμενη απόφαση και στο 3^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, το σκεπτικό του αναθέτοντος φορέα στηρίχθηκε σε εσφαλμένη ερμηνεία του νόμου, κατά την οποία τα άρθρα 78 και 307 του ν. 4412/2016 απαιτούν ότι σε περίπτωση στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ο τρίτος οικονομικός φορέας οφείλει να εκτελέσει τη σύμβαση, ωστόσο, τα άρθρα αυτά έχουν εφαρμογή μόνο στην περίπτωση που η διακήρυξη θέτει ως κριτήριο για την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν επιστημονικό ή/και τεχνικό προσωπικό με συγκεκριμένη εμπειρία και εξειδικευμένες ικανότητες και όχι στην περίπτωση που απαιτεί να διαθέτουν εμπειρία από την εκτέλεση αντίστοιχων συμβάσεων. Ισχυρίζεται επίσης, ότι στην ορθή επανάληψη της προσβαλλομένης, αφού ο αναθέτων φορέας είχε λάβει γνώση του περιεχομένου της προδικαστικής της προσφυγής, αναφέρει στο διατακτικό ότι απαιτείται εξειδικευμένο προσωπικό λόγω της φύσης της σύμβασης, ώστε δε νοείται αυτό να μην είναι το προσωπικό που συμμετείχε στην εκτέλεση της σύμβασης που επικαλείται ότι της προσφέρει ως δάνεια εμπειρία ο τρίτος οικονομικός φορέας «.....». Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, εσφαλμένως ερμηνεύει ο αναθέτων φορέας το άρθρο 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016, καθώς ο νομοθέτης με το άρθρο αυτό δίνει τη δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να επιβάλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν την ύπαρξη των αναγκαίων πόρων είτε αυτοί είναι ανθρώπινοι πόροι είτε τεχνικοί είτε η απόκτηση εμπειρίας, ενώ δεν εξειδικεύει πως οι πόροι που πρέπει να διατεθούν σε κάθε περίπτωση είναι οι παραπάνω, αλλά ότι κατά περίπτωση είναι οι παραπάνω, ανάλογα με τις απαιτήσεις της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που θέτει η διακήρυξη. Δηλαδή, όταν η αναθέτουσα αρχή θέτει ως απαίτηση τη διάθεση εξειδικευμένου προσωπικού, ο αναγκαίος πόρος που διατίθεται είναι ο ανθρώπινος πόρος που πρέπει να εκτελέσει και τη σύμβαση,

ενώ όταν θέτει την εκτέλεση αντίστοιχων συμβάσεων με την δημοπρατούμενη, οι αναγκαίοι πόροι είναι η εμπειρία που έχει αποκομίσει, η τεχνογνωσία κλπ. Άλλωστε, ως προβάλλει, στην περίπτωση που ενώ δεν απαιτείται από τη διακήρυξη ο οικονομικός φορέας να διαθέτει εξειδικευμένο τεχνικό ή επιστημονικό προσωπικό, όπως εν προκειμένω, δήλωνε πως τη σύμβαση θα εκτελέσει τρίτος, λόχου χάριν προσωπικό που θα διατεθεί από τον τρίτο οικονομικό φορέα, θα επρόκειτο για ανάθεση υπεργολαβίας και όχι για στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα. Κατά την προσφεύγουσα, ο αναθέτων φορέας επιδιώκει να ερμηνεύσει τους όρους της διακήρυξης κατά τρόπο που αντίκειται στις θεμελιώδεις αρχές της τυπικότητας, της ισότητας και της διαφάνειας, καθώς η ερμηνεία που επιχειρεί να δώσει, είναι αβάσιμη, γιατί ουδεμία απαίτηση περί διάθεσης εξειδικευμένου προσωπικού έχει θέσει, ήτοι, επιχειρεί εκ των υστέρων να επιβάλει την πλήρωση απαίτησης που δε συμπεριλαμβάνεται στη διακήρυξη, Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του αβασίμως αφενός ισχυρίζεται ότι η μη διάθεση προσωπικού από τον τρίτο οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται η ίδια για την εκτέλεση της σύμβασης, αλλά η δέσμευση παροχής τεχνογνωσίας, καθοδήγησης, επίβλεψης, είναι κενή περιεχομένου και αφετέρου εξομοιώνει την παροχή τεχνογνωσίας με την παροχή ανθρώπινου δυναμικού, διότι είναι αδύνατο η τεχνογνωσία να μεταβιβαστεί στο προσωπικό που θα διατεθεί από την προσφεύγουσα εφόσον κηρυχθεί ανάδοχος για την εκτέλεση της σύμβασης. Επίσης, κατά την προσφεύγουσα, ο αναθέτων φορέας θέτει ως ανυπέρβλητο εμπόδιο το γεγονός ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας έχει έδρα στην Τουρκία και κατά την άποψή του ουδείς θα μπορεί να καθοδηγήσει και να επιβλέψει την εκτέλεση της σύμβασης ή να μεταβιβάσει την τεχνογνωσία στο προσωπικό που θα απασχολήσει, ενώ παράλληλα ισχυρίζεται ότι το προσωπικό που θα διαθέσει η προσφεύγουσα και θα εκτελέσει τη σύμβαση δεν υπάρχει περίπτωση να είναι ικανό να χειριστεί τον εξοπλισμό της εγκατάστασης. Η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται ο αναθέτων φορέας περί άρνησής της να διατεθεί τεχνικό και επαγγελματικό προσωπικό από τον τρίτο οικονομικό φορέα για την εκτέλεση

της σύμβασης, ο τρίτος οικονομικός φορέας θα της παράσχει την εμπειρία που αποκόμισε από την εκτέλεση αντίστοιχων συμβάσεων μέσω παροχής τεχνογνωσίας, καθοδήγησης και επίβλεψης, που δε θα πραγματοποιηθεί εξ αποστάσεως, αλλά σε τακτά χρονικά διαστήματα θα επισκέπτεται την εγκατάσταση έμπειρο στέλεχος του τρίτου οικονομικού φορέα, το οποίο είναι αυτονόητο ότι θα παρευρίσκεται στην εγκατάσταση και όποτε αυτό καθίσταται αναγκαίο, ώστε να επιτευχθεί η ομαλή εκτέλεση της σύμβασης. Τούτο όμως, κατά την προσφεύγουσα, δεν σημαίνει ότι τα έμπειρα στελέχη που θα συνδράμουν το επιστημονικό και τεχνικό προσωπικό που θα διαθέσει, θα εκτελέσουν την σύμβαση, γιατί, στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για σύμβαση υπεργολαβίας. Επίσης, κατά την προσφεύγουσα, η δέσμευση που αναλήφθηκε από τον τρίτο οικονομικό φορέα δεν είναι τυπική ή χαλαρή, ούτε αναλήφθηκε για την τυπική εκπλήρωση των απαιτήσεων της σύμβασης, αλλά, με τις διευκρινίσεις που παρέθεσε στον αναθέτοντα φορέα κατόπιν του αιτήματός του, κατέστησε σαφές ποιοι είναι οι πόροι που θα της διατεθούν, ανταποκρινόμενη πλήρως στο αίτημα και αποδεικνύοντας ότι οι πόροι είναι επαρκείς για την ομαλή και εμπρόθεσμη εκτέλεση της σύμβασης.

16. Επειδή, στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 ορίζεται 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. 2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε

ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων υπηρεσιών, εφόσον οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ειδική έγκριση ή να είναι μέλη συγκεκριμένου οργανισμού για να μπορούν να παράσχουν τη σχετική υπηρεσία στη χώρα καταγωγής τους, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να τους ζητεί να αποδείξουν ότι διαθέτουν την έγκριση αυτή ή ότι είναι μέλη του εν λόγω οργανισμού. Με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων που εκδίδεται μετά από γνώμη του Τεχνικού Επιμελητηρίου Ελλάδος ή με κοινή απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, που εκδίδεται μετά από γνώμη επιτροπής που συστήνουν και στην οποία εκπροσωπούνται τα οικεία επαγγελματικά επιμελητήρια, προσδιορίζεται το αντικείμενο κάθε κατηγορίας μελέτης του Παραρτήματος Ι του Προσαρτήματος Γ. Με την ίδια απόφαση καθορίζεται η αντιστοιχία κάθε κατηγορίας μελέτης με το επιστημονικά πεδίο απασχόλησης των εγγεγραμμένων στο «Μητρώο Μελετητών», καθώς και στο «Μητρώο Γραφείων Μελετών» του Παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α', σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με γνώμονα την εφαρμογή του Κανονισμού ΕΚ 2195/2002. Με όμοια απόφαση μπορούν να διαιρούνται ή ενοποιούνται εν γένει οι παραπάνω κατηγορίες. [...] 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. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την

εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 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.». Στο άρθρο 305 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας, σε συνοπτικό διαγωνισμό ή σε απευθείας ανάθεση, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό. Όταν ένας αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο. 2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό, ιδιαίτερα όσον αφορά στα όρια για τις απαιτήσεις που αφορούν τους ετήσιους κύκλους εργασιών.». Στο άρθρο 307 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και

επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του που τον συνδέουν με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους καθ' όλη την περίοδο ισχύος του συστήματος προεπιλογής, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό. Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι φορείς αυτοί να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μια ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 254, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. 2. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων στην ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο ή σε σύμπραξη καινοτομίας, περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, 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 ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό. Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο αναθέτων φορέας μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και οι φορείς αυτοί να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μια ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 254, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. [...]». Στην αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 αναφέρεται, ότι: «Στο άρθρο 307 ρυθμίζει τις σχετικές με τη δυνατότητα στήριξης του συμμετέχοντα σε ικανότητες τρίτων φορέων, είτε όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, είτε όσον αφορά την τεχνική ή επαγγελματική ικανότητα, ανεξαρτήτως της νομικής φύσης των δεσμών του με τους φορείς αυτούς, αρκεί να αποδεικνύει ότι έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους. Ειδικά για την περίπτωση επίκλησης τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων τρίτου φορέα, προβλέπεται για πρώτη φορά, υποχρέωση των τελευταίων να εμπλακούν στην εκτέλεση της σύμβασης.» Στο Παράρτημα XII, Μέρος Β' του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Μέρος II: Τεχνική ικανότητα. Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών' όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του

αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία' β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου' για την εκτέλεση του έργου' γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης' ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ'εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ'ονόματος της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας' στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών η του εργολήπτη η των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης' ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης' η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια' θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο

πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης' ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας' ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: ι) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ιι) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα.»

17. Επειδή, στο άρθρο 2.2.6. της διακήρυξης ορίζεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης συμφωνίας-πλαίσιο, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) Να έχουν εμπειρία σε συμβάσεις παροχής υπηρεσιών που αφορούν: ι) λειτουργία και συντήρηση εγκαταστάσεων επεξεργασίας για παραγωγή πόσιμου νερού. Η εμπειρία αυτή πρέπει να έχει προκύψει από συμβάσεις που εκτελέστηκαν, δηλαδή βρίσκονταν σε εξέλιξη, κατά τη διάρκεια των τελευταίων πέντε ετών πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, ήτοι από 1.1.2014 έως 31.12.2018, αξίας απερχόμενης κατ' ελάχιστο στο ένα πέμπτο (1/5) της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας- πλάσιο προ ΦΠΑ (9.155.600,00/5 = 1.831.120,00 €). Οι υπηρεσίες αυτές θα πρέπει να έχουν παρασχεθεί με μια ή περισσότερες συμβάσεις, παράλληλες ή διαδοχικές χρονικά, συνολικής διάρκειας τουλάχιστον δώδεκα (12) μηνών και να αφορούν σε εγκαταστάσεις παραγωγής πόσιμου νερού (επεξεργασία με ταχεία ανάμιξη κροκίδωση, καθίζηση, προοζόνωση, κλίνες άμμου, κλίνες ενεργού άνθρακα με αναγέννηση αυτού, χλωρίωση αφυδάτωση ιλύος, υποστηριζόμενη από συστήματα τηλεελέγχου-τηλεχειρισμού) μέσης ημερήσιας παροχής λειτουργίας (της εγκατάστασης) κατ' ελάχιστο 80.000m³ νερού προς επεξεργασία, καθώς και αξιολόγηση των αποτελεσμάτων αναλύσεων πόσιμου νερού ή υγρών και στερεών αποβλήτων για υποστήριξη λήψης αποφάσεων της διεργασίας και του ελέγχου απορροών. Ή/και ιι) συστήματα επεξεργασίας λυμάτων δυναμικότητας

τουλάχιστον 100.000 m³ την ημέρα. Η εμπειρία αυτή πρέπει να έχει προκύψει από συμβάσεις που εκτελέστηκαν, δηλαδή βρίσκονταν σε εξέλιξη, κατά τη διάρκεια των τελευταίων πέντε (5) ετών πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, ήτοι από 1.1.2014 έως 31.12.2018, με αξία ανερχόμενη κατ' ελάχιστο στο ένα πέμπτο (1/5) της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας-πλαίσιο προ ΦΠΑ ($9.155.600,00/5 = 1.831.120,00$ €). Οι υπηρεσίες αυτές θα πρέπει να έχουν παρασχεθεί με μια ή περισσότερες συμβάσεις, παράλληλες ή διαδοχικές χρονικά, συνολικής διάρκειας τουλάχιστον δώδεκα (12) μηνών. β) Να διαθέτουν πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευόμενη με παραπομπές στις τεχνικές προδιαγραφές ή σε πρότυπα. ...». Επίσης, στο άρθρο 2.2.8. της διακήρυξης ορίζεται ότι: «2.2.8 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 (δανειστών). Κάθε δανειστής μπορεί, επί ποινή αποκλεισμού των οικονομικών φορέων που δηλώνουν την εν λόγω στήριξη, να συνεργάζεται μόνο με έναν διαγωνιζόμενο (οικονομικό φορέα ή ένωση). Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. 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 συμφωνίας-πλαίσιο.» Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.9.2. «Αποδεικτικά μέσα» της διακήρυξης ορίζεται, ότι «...B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν

κατάλογο των κυριότερων συναφών συμβάσεων παροχής υπηρεσιών (λειτουργίας σταθμού καθαρισμού του νερού) που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών που ορίζεται στην παρ. 1.5 της παρούσας, με αναφορά στην περιγραφή του αντικειμένου τους, στην αξία τους, στον αποδέκτη τους (κύριο του έργου) είτε πρόκειται για δημόσιο είτε ιδιωτικό φορέα, συνοδευόμενο από πιστοποιητικά ορθής και εμπρόθεσμης εκτέλεσης και ολοκλήρωσης εργασιών. Στον ως άνω κατάλογο ή στα πιστοποιητικά πρέπει να περιλαμβάνονται κατάλληλες πληροφορίες (π.χ. ονόματα και τηλέφωνα επικοινωνίας), ώστε να είναι δυνατή η επαλήθευση των στοιχείων των συναφών υπηρεσιών και η πιστοποίηση της καλής εκτέλεσης τους. Ο κατάλογος της παραγράφου αυτής υποβάλλεται με την συμπλήρωση του οικείου πεδίου του ΕΕΕΣ με την προσφορά των οικονομικών φορέων και τα πιστοποιητικά προσκομίζονται, όταν ζητηθούν από τον Αναθέτοντα Φορέα. Οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν ακόμη με την υποβολή της προσφοράς τους, με την συμπλήρωση του οικείου πεδίου του ΕΕΕΣ, το τμήμα της συμφωνίας-πλαίσιο το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας. Αν οι εργασίες ανατεθούν σε υπεργολάβο, για την έγκυρη συμμετοχή στο διαγωνισμό πρέπει να υποδειχθεί ο υπεργολάβος στον οποίο θα ανατεθεί η υπεργολαβική σύμβαση, προσκομίζοντας υπεύθυνη δήλωση του υπεργολάβου ή ιδιωτικό συμφωνητικό περί αποδοχής σύναψης υπεργολαβίας, αν και εφόσον ο διαγωνιζόμενος αναδειχθεί ανάδοχος. ... Β.9. Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, το δηλώνει με την υποβολή της προσφοράς με την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ (Παράρτημα ΙΙΙ της παρούσας) και προσκομίζει, όταν ζητηθεί από τον Αναθέτοντα Φορέα, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η ως άνω δέσμευση μπορεί να προκύπτει από ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ του προσφέροντος και τρίτου, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, ή από οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο μέσο.» Σύμφωνα, δε, με το άρθρο 2.4.3.2. «Τεχνική προσφορά» της διακήρυξης «Η τεχνική προσφορά που

συντάσσεται από τους οικονομικούς φορείς θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από τον Αναθέτοντα Φορέα με τις Τεχνικές Προδιαγραφές του Παραρτήματος II της παρούσας διακήρυξης. Η τεχνική προσφορά περιλαμβάνει κατ' ελάχιστο τα ακόλουθα: i. Υπεύθυνη Δήλωση του ν. 1599/1986 των υποψηφίων, ψηφιακά υπογεγραμμένη, στην οποία δηλώνεται ότι πληρούν όλες τις Τεχνικές Προδιαγραφές που περιγράφονται στο Παράρτημα II της παρούσας διακήρυξης και ότι σε περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι εκτελεστικής σύμβασης της συμφωνίας-πλαίσιο θα εκπληρώσουν όλους τους όρους που περιγράφονται στο Παράρτημα II της παρούσας διακήρυξης. ii. Υπεύθυνη δήλωση των υποψηφίων, ψηφιακά υπογεγραμμένη, στην οποία θα αναφέρεται ότι σε περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι εκτελεστικής σύμβασης της συμφωνίας-πλαίσιο θα διαθέσουν για την εκτέλεση των υπηρεσιών το ελάχιστο απαιτούμενο επιστημονικό και λοιπό προσωπικό, όπως αναφέρεται κατά αριθμό σε όλες τις ειδικότητες και με την απαιτούμενη εμπειρία που ζητείται στο άρθρο 12 των Τεχνικών Προδιαγραφών (Παράρτημα II της παρούσας διακήρυξης). Οι ως άνω υπεύθυνες δηλώσεις συμπληρώνονται από τους οικονομικούς φορείς σύμφωνα με το υπόδειγμα του Παραρτήματος IV της παρούσας διακήρυξης.». Στο Παράρτημα IIA – Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης και ειδικότερα στην παρ. 8 του άρθρου 12 «ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΟ ΚΑΙ ΛΟΙΠΟ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟ ΠΑΡΟΧΟΥ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ» αυτού ορίζονται ο κατ' ελάχιστο αριθμός των εργαζομένων και τα ελάχιστα προσόντα ανά ειδικότητα (πτυχίο και προϋπηρεσία) του προσωπικού που θα διαθέσει ο πάροχος υπηρεσιών, για την απρόσκοπτη λειτουργία, παρακολούθηση και συντήρηση της εγκατάστασης επεξεργασίας σε εικοσιτετράωρη βάση.

18. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ επί των άρθρων 47 παρ. 2 και 3, και 48 παρ. 3 και 4, της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η οποία καταργήθηκε με την Οδηγία 24/2014/ΕΕ, ωστόσο, υπάρχει αντίστοιχη ρύθμιση με τις παλαιότερες διατάξεις στο άρθρο 63 (όπως αυτό μεταφέρθηκε στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016), αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να μπορεί να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση,

τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσης των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσοτέρων άλλων φορέων, θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους και τα μέσα αυτών, τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, ο οποίος δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του κοινοτικού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά (βλ. σχετικά την απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze den Mare (CoNISMa), Συλλογή της Νομολογίας 2009, I-12129, σκέψη 37 και εκεί παραπομπή σε περαιτέρω κοινοτική νομολογία). Περαιτέρω, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στα σημεία 33 και 37 των προτάσεών του, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επεδίωκε η Οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 αυτής (βλ. τη σκέψη 34 της απόφασης της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, καθώς και εκεί περαιτέρω παρατιθέμενη κοινοτική νομολογία) και πλέον στην αιτιολογική σκέψη 2, 59 και 78 κ.α. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το δικαίωμα που κατοχυρώνεται πιο πάνω, λαμβανομένου υπόψη του σημαντικού ρόλου που διαδραματίζει στο πλαίσιο των ενωσιακών ρυθμίσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί γενικό κανόνα τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές, όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της καταλληλότητας του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης σύμβασης. Κατά την έννοια αυτή, θεωρείται δεδομένο ότι στην πραγματικότητα,

η προσφυγή κάποιου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου αποτελεί ένα αυτοτελές μέσο απόδειξης της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σχετικά με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των υποψηφίων αναδόχων. Υπό τις συνθήκες αυτές, το γεγονός ότι, κατά το άρθρο 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/EK (63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/EE), ένας οικονομικός φορέας μπορεί «ενδεχομένως» να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά τον τρόπο ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί μόνο κατ' εξαίρεση να στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτων φορέων (απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκέψη 36). Ενόψει των ανωτέρω, οσάκις μια εταιρία επικαλείται, προκειμένου να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητές της για να γίνει δεκτή σε διαδικασία υποβολής προσφορών, τις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τις οποίες συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, ανεξάρτητα από τη νομική φύση τους, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν της ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί περαιτέρω παραπομπή σε κοινοτική νομολογία και απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Όπως προκύπτει τόσο από το αντικείμενο όσο και από το γράμμα των εν λόγω διατάξεων, ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να διαθέσει, προς εκτέλεση της σύμβασης, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες (απόφαση της 14ης Απριλίου 1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1994, σελ. I-01289, σκέψη 15). Επισημαίνεται συναφώς ότι δεν απαιτείται να είναι σε θέση ο συνάπτων σύμβαση με αναθέτουσα αρχή να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με δικά του μέσα, προκειμένου να μπορεί να χαρακτηριστεί ως εργολήπτης, αλλά ότι αρκεί να παρέχει τις αναγκαίες εγγυήσεις για το ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκπλήρωση της οικείας

παροχής από τρίτους (απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Archtetti delle Province di Milano e Lodi, Συλλογή της Νομολογίας 2001, σελ. I-5409, σκ. 90 και απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa, σκ. 41). Επομένως, όπως προκύπτει τόσο από τις κοινοτικές ρυθμίσεις όσο και από τη νομολογία του Δικαστηρίου, έχει δικαίωμα υποβολής προσφοράς ή κατάθεσης αίτησης συμμετοχής κάθε πρόσωπο ή φορέας που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της σύμβασης, απευθείας ή μέσω τρίτου (πχ μέσω ιδιωτικού συμφωνητικού περί δέσμευσης πόρων ή μέσω υπεργολαβίας), ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος – δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου – που τον διέπει και ανεξαρτήτως του εάν δραστηριοποιείται στην αγορά επί συστηματικής βάσης ή μόνον ευκαιριακά, ή εάν επιδοτείται από κρατικούς πόρους ή όχι (απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa, σκ. 42). Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης. Επομένως, είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης παροχής υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους υπολογίζει να προσφύγει αν του ανατεθεί η σύμβαση. Πάντως, αυτή η προσφυγή σε αποδεικτικά στοιχεία τρίτων δεν μπορεί να γίνει δεκτή άνευ όρων. Πράγματι, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, να προβεί σε έλεγχο της ικανότητας των παρεχόντων υπηρεσίες, σύμφωνα με τα απαριθμούμενα κριτήρια. Η επαλήθευση αυτή σκοπεί ιδίως στο να διασφαλίσει την αναθέτουσα αρχή ότι ο υποβάλλων προσφορά πρόκειται όντως να κάνει χρήση των οποιασδήποτε φύσης μέσων που επικαλείται κατά την καλυπτόμενη από τη σύμβαση χρονική περίοδο (Απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Archtetti delle Province di Milano e Lodi, σκ. 90-92, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607,

ΕΥ:C:1999:593, σκ. 24-31, πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18ης Δεκεμβρίου 1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1997 I-07549, σκ. 13-14, ΣΤΕ 3306/1991, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 896/2009). Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησης αυτών των ικανοτήτων (Απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, C-314/01, Siemens AG Österreich και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή της Νομολογίας 2004 I-02549, ΕΑ ΣΤΕ 284/2013, 409/2013) (βλ. συναφώς ΑΕΠΠ 451/2018 και 641/2018)

19. Επειδή, εκ των ανωτέρω προκύπτει αφενός ότι η δάνεια εμπειρία αφορά πάσης φύσης πόρους, τους οποίους ο προσφέρων πρέπει να αποδεικνύει στον αναθέτοντα ότι θα έχει στη διάθεσή του και αφετέρου ότι εναπόκειται στον αναθέτοντα φορέα να εξετάσει τη λυσιτέλεια των αποδεικτικών μέσων που προσκόμισε ο διαγωνιζόμενος ως προς την έγκυρη και επαρκή δέσμευση του τρίτου φορέα απέναντί του, σχετικά με την πραγματική πρόθεσή του να συνδράμει αυτόν στην εκτέλεση της σύμβασης. Εν προκειμένω, από το προσκομισθέν από την προσφεύγουσα ιδιωτικό συμφωνητικό, καθώς και από τις χορηγηθείσες κατόπιν του δεύτερου αιτήματος του αναθέτοντος φορέα διευκρινίσεις, προκύπτει ότι ο τρίτος δανείζων την προσφεύγουσα εμπειρία οικονομικός φορέας θα παράσχει στήριξη στην προσφεύγουσα. Ωστόσο, η δέσμευσή του περιορίζεται στην παροχή συμβουλευτικών και συναφών συμβουλών, συναρτώμενων με την αποκτηθείσα από αυτόν από την εκτέλεση των συναφών συμβάσεων εμπειρία και τεχνογνωσία, παρά το γεγονός ότι ο νόμος προβλέπει τη δυναμική διάθεση «όλων των αναγκαίων πόρων» για την προσήκουσα εκτέλεση του έργου, ήτοι, ενδεικτικώς, τεχνογνωσία, ανθρώπινο δυναμικό, υλικοτεχνική υποδομή. Σε κάθε, δε, περίπτωση, ακόμη και υπό την εκδοχή ότι εφόσον εν προκειμένω το ζητούμενο από τη διακήρυξη κριτήριο επιλογής δεν συνδέεται ρητώς με συγκεκριμένα επαγγελματικά προσόντα και συνακόλουθα δεν προκύπτει η υποχρεωτική παροχή συγκεκριμένων πόρων, οι οποίοι, συνεπώς, δεν μπορούν να απαιτηθούν από τους διαγωνιζόμενους εκ

των υστερών, ούτε είναι υποχρεωτική, βάσει της διακήρυξης, η υπερβολαβία, εν προκειμένω η προσφεύγουσα δεν ανταποκρίθηκε στην υποχρέωση που έχει βάσει του νόμου και της διακήρυξης να αποδείξει στον αναθέτοντα φορέα τον τρόπο με τον οποίο θα διαθέσει τους δηλούμενους εκ μέρους της πόρους που δανείζεται από τον τρίτο, αφού τόσο το προσκομισθέν από αυτήν ιδιωτικό συμφωνητικό όσο και οι διευκρινίσεις της επί του δεύτερου ερωτήματος του αναθέτοντος είναι κατά τούτο αόριστα και συνακόλουθα δεν προκύπτει ότι η δανειζόμενη σε αυτήν εμπειρία είναι η απαιτούμενη για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, τα ανωτέρω, δε, παρά το γεγονός ότι ζητήθηκαν στην προσφεύγουσα σχετικώς διευκρινίσεις. Κατόπιν των ανωτέρω, νομίμως αποκλείστηκε η προσφεύγουσα από το διαγωνισμό. Επίσης, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που αφορούν στους λόγους αποκλεισμού του δανείζοντος αυτήν εμπειρία είναι απορριπτέοι ως ερειδόμενοι επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς, με την προσβαλλόμενη, ως αυτή περιορίστηκε και εξειδικεύθηκε με την με τίτλο «4^η ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ – ΑΡ. ΑΠΟΦ. 123/2020», τα σχετικώς αναφερόμενα στο 3^ο Πρακτικό, δεν αποτέλεσαν εν τέλει λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας.

20. Επειδή, με τον πέμπτο λόγο προσφυγής προβάλλεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 78 του ν. 4412/2016, το οποίο εφαρμόζεται εν προκειμένω αναλογικά - κατά την έννοια του οποίου ο προσφέρων οικονομικός φορέας, όταν στο πρόσωπο του τρίτου, στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε, συνέτρεξαν οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 73 και 74 λόγοι αποκλεισμού ή όταν ο τρίτος δεν πληροί κάποιο από τα κριτήρια επιλογής, για τα οποία παρείχε στήριξη, δεν αποκλείεται, αλλά η αναθέτουσα αρχή, αφού ελέγξει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν ο τρίτος φορέας αυτός πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74, αν διαπιστώσει ότι στο πρόσωπό του συντρέχουν οι αναφερόμενοι στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 του νόμου λόγοι αποκλεισμού ή δεν πληροί κριτήριο επιλογής για το οποίο παρείχε στήριξη, υποχρεούται να ζητήσει την αντικατάσταση του, και αφού ελέγξει εκ νέου, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν ο νέος φορέας, που δηλώνεται ότι

παρέχει στήριξη, πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό του ή όχι, τότε μόνον κάνει δεκτή ή απορρίπτει την προσφορά του - εφόσον, κατά τον αναθέτοντα φορέα, η προσφεύγουσα δεν απέδειξε ότι στο πρόσωπο του τρίτου οικονομικού φορέα δεν συντρέχουν οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 1 του ν. 4412/2016, υποχρεούτο, να αιτηθεί την αντικατάσταση του τρίτου οικονομικού φορέα, όπως άλλωστε εισηγήθηκε η Επιτροπή Διαγωνισμού.

21. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, η προσφορά της προσφεύγουσας δεν απορρίφθηκε εν τέλει για το λόγο ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας στον οποίο στηρίζεται δεν απέδειξε ότι δεν συντρέχουν οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Σε κάθε, δε, περίπτωση, ο ως άνω αναφερόμενος στο 3^ο Πρακτικό λόγος αποκλεισμού, που δεν υιοθετήθηκε με την προσβαλλόμενη, ως αυτή περιορίστηκε και εξειδικεύθηκε με την με τίτλο «4^η ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ – ΑΡ. ΑΠΟΦ. 123/2020», θα αποτελούσε επάλληλη αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας - πλην της, κατά τα ανωτέρω στη σκ. 19 κριθέντα, ιστάμενης αιτιολογίας απόρριψης της προσφοράς της - τη διατήρηση της οποίας άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει η προσφεύγουσα. Συνακόλουθα, κατά το μέρος που με τον ως άνω λόγο υπολαμβάνεται εκ μέρους της προσφεύγουσας ότι αποκλείσθηκε διότι ο δανείζων αυτήν εμπειρία δεν απέδειξε ότι δεν συντρέχουν οι υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Σε κάθε, δε, περίπτωση, δεν έλκεται εν προκειμένω σε εφαρμογή το άρθρο 308 παρ. 2 του ν. 4412/2016, καθώς δεν συντρέχει ούτε περίπτωση μη πλήρωσης εκ μέρους του τρίτου οικονομικού φορέα του κριτηρίου επιλογής ούτε περίπτωση συνδρομής στο πρόσωπό του λόγου αποκλεισμού.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το κατατεθέν παράβολο ύψους 15.000,00€ πρέπει να καταπέσει, 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

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου (με κωδικό) ύψους 15.000,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε στις 25 Μαΐου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Φώτιος Θεοδ. Κατσίγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Βικτωρία Πισμίρη