

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13-7-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/662/16-7-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά του αναθέτοντος φορέα «ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ Α.Ε./ Διεύθυνση Λειτουργικής Υποστήριξης Λιγνιτικού Κέντρου Δυτικής Μακεδονίας», νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση του κοινοποιηθέντος σε αυτόν από 5-7-2018, εγγράφου-απόφασης (ΔΛΥ-ΛΚΔΜ Επιτροπή Διαγωνισμού 2018.300/ΛΚΔΜ) υπ' αρ. 5105/5.7.2018 καθ' ο μέρος εκρίθη αποκλειστέος, ως και κάθε συναφής πράξης ή παράλειψης στο πλαίσιο ΔΥΠΜ-5399/22.6.2018 Πρακτικού Αξιολόγησης Υποφακέλου «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», καθ' ο μέρος απεκλείσθη η προσφορά του, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης γενικών υπηρεσιών που προκηρύχθηκε με τη Διακήρυξη 2018.300/ΛΚΔΜ Πρόσκλησης σε διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία για "Επαναπεριέλιξη δακτυλιοφόρων δρομέων εξαπολικών ηλεκτροκινητήρων μέσης τάσης (6 kV) του ΛΚΔΜ" (CPV: 50532100) που προκηρύχθηκε την 28-2-2018 με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξίας 474.344,00 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 17-1-2018 και δημοσιεύθηκε με αρ. 2018/S 013-027058 την 19-1-2018.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 22425044495809100052 και ποσού ευρώ 2.371,72 που φέρει την ένδειξη "ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ".

2. Επειδή, η από 13-7-2018 προδικαστική προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης περατώσεως σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής, με την οποία εκρίθη αποκλειστέος από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων επικαλείται ότι η δια του προσβαλλόμενου εγγράφου πράξη αποκλεισμού του είναι ανυπόστατη ως απόφαση συλλογικού οργάνου, διότι υπεγράφη μόνο από τον αρμόδιο Τομέαρχη και δεν μνημονεύονται σε αυτήν τα ονόματα και οι ιδιότητες των μελών που μετείχαν στη συνεδρίαση, το όνομα του γραμματέα, ο τόπος και χρόνος της συνεδρίασης, τα θέματα που συζητήθηκαν, η μορφή και τα αποτελέσματα της ψηφορορίας, οι αποφάσεις που λήφθηκαν, οι γνώμες της μειοψηφίας και δεν συντάχθηκε πρακτικό από το γραμματέα της επιτροπής επικυρούμενο από τον Πρόεδρό της. Άλλως ως απόφαση μονομελούς οργάνου είναι άκυρη λόγω αναρμοδιότητάς του, άλλως λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου, αφού δεν προηγήθηκε απόφαση της Επιτροπής Διαγωνισμού. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται παραβίαση της αρχής της αμεροληψίας. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής επικαλείται ότι εσφαλμένα ο αναθέτων υπέλαβε ότι επικαλείται δάνεια εμπειρία και ότι το γεγονός πως οι εξ αυτού επικαλούμενες εγκαταστάσεις και εξοπλισμός είναι μισθωμένοι αποτελούν στήριξη σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα. Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του υποστηρίζει ότι έλαβε χώρα πλημμελής εκτίμηση και υπαγωγή της προσφοράς του στους όρους της διακήρυξης.

3. Επειδή, ο αναθέτων με τις από 25-7-2018 και με αρ. πρωτ. 21735 Απόψεις του ενώπιον της ΑΕΠΠ επικαλείται ότι δεν εμπίπτει στον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, ότι εξαιρείται από σειρά διατάξεων του Ν. 4412/2016 και το μόνο κανονιστικό πλαίσιο που τον δεσμεύει είναι η διακήρυξη που δεν ιδρύει υποχρέωση σύνταξης πρακτικού. Περαιτέρω, εμμένει ότι ο προσφεύγων στηρίχθηκε σε ικανότητες τρίτων ως προς την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια του και επομένως όφειλε να προσκομίσει σχετική δήλωση νομιμοποίησης και ΕΕΕΣ. Και τούτο διότι η χρήση εξοπλισμού, εγκαταστάσεων και προσωπικού άλλης εταιρείας δεν συνιστά άλλη μορφή συνεργασίας, παρά δάνεια εμπειρία και πρέπει να υπασχθεί στις οικείες διατυπώσεις.

4. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί ανάθεσης γενικών υπηρεσιών του Βιβλίου ΙΙ και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης την 5-7-2018, και άσκηση την 13-7-2018, ήτοι την όγδοη ημέρα από την κοινοποίηση της προσβαλλομένης), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπό της. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής του, αφού απεκλείσθη από τη διαδικασία και συνεπώς προδήλως ευνοείται από την ακύρωση του αποκλεισμού του. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 135/2017 και 30/2018), ο εκάστοτε προσφέρων, είναι ελεύθερος να συνάπτει δεσμούς με τους φορείς στις δυνατότητες των οποίων στηρίζεται και να επιλέγει τη νομική φύση των δεσμών αυτών, εντούτοις, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως έχει στη διάθεσή του τους

πόρους των συγκεκριμένων φορέων που δεν του ανήκουν και είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως (βλ., συναφώς, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία και Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Ένας οικονομικός φορέας δεν μπορεί να αποκλεισθεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως παροχής υπηρεσιών επειδή δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές και επαγγελματικές προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του αλλά προτίθεται να χρησιμοποιήσει τις ικανότητες και δεξιότητες τρίτων και οι οποίοι τις διαθέτουν και στους οποίους θα προσφύγει εάν του ανατεθεί η σύμβαση. 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 συμβάσεως. (Αποφάσεις ΔΕΚ της 18/3/2004, C-314/01 Siemens και ARGE Telekom, Αποφάσεις ΔΕΚ, της 12.7.2001, C-399/98, Ordine degli Architetti, σκ. 90-92, της 2.12.1999, C-176/98, Holst Italia, σκ. 24 -31, πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep, σκ. 13-14, ΣΤΕ 3306/1991, πρβλ. ΣΤΕ 896/2009 και ΣΤΕ ΕΑ 284, 409/2013). Περαιτέρω (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 253/2017 και 30/2018), η στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα να μην κατοχυρώνεται από το άρ. 78 και το άρ. 307 Ν. 4412/2016, αλλά και από την ως άνω ενωσιακή νομολογία, ως μέσο προώθησης του ανταγωνισμού και της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, πλην όμως δεν αίρει την υποχρέωση προς νόμιμη επίκληση και λήψη υπόψη των ικανοτήτων αυτών, τήρησης των αναγκαίων διατυπώσεων, οι οποίες ομοίως εξάλλου απορρέουν από την παραπάνω διάταξη νόμου και την ως άνω νομολογία, ως και την υποχρέωση νόμιμης προσκόμισης κάθε κατά τον νόμο και τη διακήρυξη απαιτούμενου για την παραδεκτή επίκληση αυτή, δικαιολογητικών (ΣΤΕ ΕΑ 284, 373 405, 409, 410, 411, 415/2013, ΔΕφ Αθ Ν136/2018). Εξάλλου, στην περίπτωση υπαγόμενης στο Βιβλίο ΙΙ Ν. 4412/2016 ανοικτής διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων, όπως η προκείμενη, οι προσφέροντες δύνανται για την εκ μέρους τους πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να επικαλούνται στήριξη σε

ικανότητες και μέσα που καταρχήν διαθέτουν τρίτοι, ήτοι μη προσφέροντες και μη συγκροτούντες ένωση/κοινοπραξία μετά του προσφέροντος, οικονομικοί φορείς, οι οποίοι δεσμεύονται ότι εφόσον ο προσφέρων αναδειχθεί ανάδοχος θα του διαθέσουν το οικείο μέσο και ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, πλην όμως το δικαίωμα αυτό και η επίκλησή του συναρτάται από συγκεκριμένες υποχρεωτικές διατυπώσεις, σύμφωνα με τον συνδυασμό των άρ. 305, 307 και 308 Ν. 4412/2016 ως και 78 και 79 Ν. 4412/2016. Ειδικότερα (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017 και ΔΕφΑΘ Ν136/2018), η καταρχήν δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου δεν αίρει την υποχρέωση ρητής αναφοράς της στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος ότι θα στηριχθεί σε τρίτο οικονομικό φορέα, άνευ της οποίας αναφοράς δεν λαμβάνει ούτως ή άλλως και αποκλείεται εξ αρχής και δη δια της ίδιας της παραλείψεως δηλώσεως άρα αρνητικής σχετικής δηλώσεως του ίδιου του προσφέροντος, η στήριξη του στον τρίτο οικονομικό φορέα (η αναφορά στο ΤΕΥΔ αφορά την περίπτωση όπου ο αναθέτων χρησιμοποίησε τη δυνητική ευχέρεια χρήσης του ΤΕΥΔ στα έγγραφα της σύμβασής του, όπως δηλαδή εν προκειμένω, σε κάθε δε περίπτωση, δηλαδή ακόμη και αν δεν προβλεπόταν ΤΕΥΔ όπως στην παρούσα περίπτωση, θα ίσχυαν τα ανάλογα για την κατ' άρ. 79 παρ. 3 Ν. 4412/2016 ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση περί κριτηρίων αποκλεισμού και κριτηρίων επιλογής). Τέτοια παράλειψη δήλωσης στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του προσφέροντος περί τρίτου οικονομικού φορέα μπορεί να ερμηνευθεί μόνο ως εκ μέρους του προσφέροντος δήλωση ότι συγκεντρώνει ο ίδιος αποκλειστικά στο πρόσωπό του τα απαιτούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, αποκλείεται δε η περαιτέρω και σε ύστερο στάδιο, ήτοι μετά την υποβολή της προσφοράς του, το πρώτον επίκληση τέτοιας στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα ή αντίστοιχα στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα νέο και επιπλέον όσων τυχόν τρίτων οικονομικών φορέων είχε ήδη επικληθεί με την προσφορά του, καθώς τούτο θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή της προσφοράς κατά παράβαση εξάλλου και του άρ. 104 Ν. 4412/2016 (το οποίο εφαρμόζεται αναλόγως και για τις διαδικασίες του Βιβλίου ΙΙ κατ' άρ. 315 Ν. 4412/2016) και εν προκειμένω ενσωματώνεται στον όρο 2.2.9.2 παρ. Α' εδ. α', που προβλέπει τη συνδρομή της ικανοποίησης των όρων, κριτηρίων και προϋποθέσεων του διαγωνισμού και κατά

το στάδιο της υποβολής προσφοράς εκτός των άλλων. Εξάλλου, η παράλειψη τέτοιας δήλωσης στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του ίδιου του προσφέροντος περί στήριξης στις ικανότητες συγκεκριμένου τρίτου φορέα, δεν αναπληρώνεται από την τυχόν ταυτόχρονη με την υποβολή της προσφοράς του απλή υποβολή του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ κάποιου τρίτου οικονομικού φορέα ούτε αν τέτοια λάβει χώρα (άνευ όμως δηλώσεως τούτου και στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του προσφέροντος) συνιστά διαζευκτική πρόταση πλήρωσης των όρων της διακήρυξης, η οποία καθιστά το σύνολο της προσφοράς αόριστο. Ούτε όμως η δήλωση του προσφέροντος στο δικό του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ περί της στήριξης σε συγκεκριμένο τρίτο οικονομικό φορέα αίρει την υποχρέωση για υποβολή εκ του προσφέροντος και με επιμέλειά του προφανώς, αυτοτελούς ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ συνταχθέντος και ψηφιακά υπογεγραμμένου εκ του τρίτου οικονομικού φορέα περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του τρίτου αυτού φορέα λόγων αποκλεισμού και τη συγκέντρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής επί των οποίων θα στηριχθεί ο προσφέρων. Στην περίπτωση δε που οι παραπάνω δύο προϋποθέσεις δεν πληρούνται ή δεν υποβληθεί το οικείο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα ήδη με την προσφορά, τότε οι ικανότητες του τρίτου δεν μπορούν να λογιστούν υπέρ του προσφέροντος, η δε προσφορά του τελευταίου είναι επομένως αόριστη και τελεί σε ουσιώδη έλλειψη (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96, 208, 231, 246/2017 και 30/2018). Η δε έλλειψη των παραπάνω συνιστά έλλειψη αθεράπευτη κατ' άρ. 102 και 310 Ν. 4412/2016 (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ Α51, 96, 208 και 231/2017, ΔΕφΑΘ Ν136/2018). Ούτε η τυχόν αυτή έλλειψη θεραπεύεται με την υποβολή μαζί με την προσφορά οιοδήποτε άλλου στοιχείου, συμφωνητικού ή υπεύθυνης ή άλλης δήλωσης συνεργασίας του τρίτου οικονομικού φορέα, η οποία ναι μεν δύναται να απαιτείται κατ' άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 από την αναθέτουσα ως αποδεικτικό μέσο της δέσμευσής αυτού, αλλά διατηρεί καταρχήν την αυτοτέλειά της ως αποδεικτικό μέσο εντός της διαγωνιστικής διαδικασίας και δεν αναπληρώνει τον ρόλο του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ ως προς την προκαταρκτική απόδειξη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που ανά περίπτωση συνδράμει ο τρίτος φορέας και της έλλειψης λόγων αποκλεισμού κατ' άρ. 73 Ν. 4412/2016 (Απόφαση ΑΕΠΠ 208, 247/2017) ούτε αναπληρώνεται όμως, τουλάχιστον καταρχήν, από το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του προσφέροντος και του τρίτου

οικονομικού φορέα. Ο δε σκοπός του παραπάνω αποδεικτικού μέσου απορρέει ευθέως από το τρίτο εδάφιο του άρ. 78 παρ. 1 και 307 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ενώ, εξάλλου, οι οικείες εγγραφές στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του προσφέροντος και του τρίτου οικονομικού φορέα να μεν συνιστούν δηλώσεις στο πλαίσιο της προκαταρκτικής απόδειξης, η πρώτη του ίδιου του προσφέροντος ότι θα στηριχθεί σε τρίτο και η δεύτερη του τρίτου ότι πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και δεν συντρέχουν εις βάρος του λόγοι αποκλεισμού. Πλην όμως δεν αφορούν αυτή καθαυτή τη διάρκεια και το περιεχόμενο της δέσμευσης του τρίτου οικονομικού φορέα να διαθέσει στον τρίτο συγκεκριμένες ικανότητες ούτε αποδεικνύουν με οριστικό, σαφή και βέβαιο τρόπο το ότι ο προσφέρων όντως θα δύναται να διαθέσει και δη για όλο το τυχόν διάστημα της σύμβασης και για κάθε σχετική επιμέρους πτυχή του συμβατικού αντικειμένου τις οικείες ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα, πράγμα όντως αναγκαίο, όπως προκύπτει και από την οικεία ενωσιακή νομολογία, για την κρίση της αναθέτουσας περί της πλήρωσης εκ μέρους του προσφέροντος των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, άρα και για το καταρχήν παραδεκτό της ίδιας της συμμετοχής του προσφέροντος (η οποία εξετάζεται στο επιμέρους στάδιο των δικαιολογητικών, κατ' άρ. 100 παρ. 2 εδ. α' Ν. 4412/2016 (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 231/2017). Ούτως, η επίκληση ικανότητας τρίτου οικονομικού φορέα σε κάθε περίπτωση προϋποθέτει και δη σωρευτικά, πρώτον, ειδική αναφορά της στήριξης στο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του προσφέροντος και δη στο Μέρος ΙΙ Ενότητα Γ', δεύτερον, την υποβολή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ νομίμως συμπληρωμένου και ψηφιακά υπογεγραμμένου από τον ίδιο τον τρίτο οικονομικό φορέα. Τρίτον, απαιτείται απόδειξη, αναλόγως του ειδικότερου προς τούτο τρόπου που τυχόν θεσπίζει η διακήρυξη, περί του αν και πως ο προσφέρων διαθέτει τους αναγκαίους πόρους των τρίτων οικονομικών φορέων και της δέσμευσης των τελευταίων να του διαθέσουν τις ικανότητες και τους πόρους τους τόσο για τη συμμετοχή του στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης όσο και για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου.

6. Επειδή, περαιτέρω, η προβλεπόμενη στα άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 περίπτωση, δηλαδή στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα ως προς την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής περί της οικονομικής και

χρηματοοικονομικής επάρκειας ως και περί της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, συνιστά μια όλως διαφορετική έννοια έναντι αυτής του υπεργολάβου (ΔΕΦΑΘ Ασφ. 476, 477, 478/2011, οι οποίες εκδοθείσες υπό το καθεστώς του Ν. 3316/2005, αναφέρονται σε “μη υπεργολάβο προμηθευτή” του διαγωνιζόμενου για να περιγράψουν τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει δάνειο εξοπλισμό στον προσφέροντα προς το πρώτον απόκτηση ή ενίσχυση στο οριζόμενο από τη διακήρυξη επίπεδο απαίτησης κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας), αφού θεσπίζεται από τον νόμο στο πλαίσιο μιας παροχής διευκόλυνσης προς τους οικονομικούς φορείς (και δη τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις, βλ. παρακάτω) και προς τον σκοπό του περαιτέρω ανοίγματος των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, ώστε οι οικονομικοί φορείς να δύνανται ως προσφέροντες να πληρούν τα κριτήρια επιλογής και ως τυχόν ανάδοχοι να εκτελέσουν τη σύμβαση, εφόσον η νόμιμη συμμετοχή τους στη διαδικασία ανάθεσης ως και η εκτέλεση της σύμβασης, προϋποθέτουν ικανότητες, προσόντα και ιδιότητες που οι ίδιοι δεν κατέχουν. Σημειωτέον δε, ότι η ως άνω παρεχόμενη στους συμμετέχοντες, δηλαδή τους προσφέροντες, δυνατότητα και ευχέρεια αφορά αποκλειστικά και μόνο τις κατηγορίες των κριτηρίων επιλογής που ορίζουν οι παραπάνω διατάξεις και υπό τους περιορισμούς που οι ίδιες θέτουν. Η δε ιδιότητα του “τρίτου οικονομικού φορέα” υπό την έννοια των άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 διακρίνεται από τα ακόλουθα τέσσερα χαρακτηριστικά, εκ των οποίων τα δύο είναι κοινά με αυτήν του “υπεργολάβου” και τα δύο διαφορετικά. Πρώτον, απαιτείται ιδιότητα “τρίτου” έναντι του προσφέροντος, δεύτερον, ο “τρίτος οικονομικός φορέας” των άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 δεν συνιστά προσφέροντα, μετέχοντα, μέρος ένωσης με τον προσφέροντα και αντισυμβαλλόμενο της αναθέτουσας (εξάλλου ρητά προβλέπεται από το τελευταίο εδάφιο του άρ. 307 παρ. 2 ότι και οι ενώσεις μπορούν να στηρίζονται σε τρίτους οικονομικούς φορείς, πρόβλεψη που προφανώς υπογραμμίζει τον διαχωρισμό αυτόν και ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας δεν συνιστά μέλος της ένωσης προσφερόντων), όπως δηλαδή ισχύει και για τον υπεργολάβο. Σε αντίθεση όμως με τον υπεργολάβο, η ιδιότητα του “τρίτου οικονομικού φορέα” δεν αφορά την εκτέλεση τμήματος του συμβατικού αντικειμένου, υπό την έννοια ότι για να αποτελεί ένας οικονομικός φορέας “τρίτο

οικονομικό φορέα” ουδόλως απαιτείται αλλά ούτε αρκεί η εκτέλεση μέρους της σύμβασης, χωρίς βέβαια τούτο να αποκλείεται. Τέταρτον, και πάλι σε αντίθεση με την έννοια του “υπεργολάβου”, για τη διάγνωση ιδιότητας “τρίτου οικονομικού φορέα” απαιτείται και συγχρόνως αρκεί η παροχή στον προσφέροντα στήριξης για την πλήρωση των συγκεκριμένων κατηγοριών κριτηρίων επιλογής (ως προς τη χρηματοοικονομική και οικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), 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 εξ αρχής 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). Περαιτέρω, ουδόλως η έννοια του “τρίτου οικονομικού φορέα” προϋποθέτει, εξαρτάται, απαιτεί, αλλά και αρκείται (όσον αφορά τη στήριξη επί κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας) στην εν γένει πρόβλεψη της διακήρυξης ειδικώς περί εγκαταστάσεων, μηχανημάτων, εξοπλισμού και τεχνικών μέσων. Αντίθετα, η έννοια αυτή συναρτάται με το ανά περίπτωση και ανά διακήρυξη γράμμα των αντίστοιχων κριτηρίων επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Επομένως, είναι πιθανό η διακήρυξη να θέτει κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας τα οποία ουδόλως συνίστανται σε τεχνικά μέσα, αλλά μπορεί να αφορούν προηγούμενες συμβάσεις (εξ ου και ο συχνά χρησιμοποιούμενος όρος “δάνεια εμπειρία”, ο οποίος όμως δεν είναι δόκιμος, αφού η στήριξη δύναται να παρέχεται επί ποικίλων ζητημάτων πέραν της εμπειρίας), τυχόν ειδικό προσωπικό ή ακόμη και κάποιες νομικές προϋποθέσεις που συνεχονται με την ορθή τεχνική εκτέλεση του συμβατικού

αντικειμένου. Αντίθετα, η διακήρυξη μπορεί στο εν γένει περιεχόμενό της να προβλέπει τη χρήση κάποιων τεχνικών μέσων και εγκαταστάσεων, τούτο όμως δεν καθιστά τον οποιονδήποτε που τα πωλεί, μισθώνει, διαθέτει και εν γένει παρέχει στον ανάδοχο “τρίτο οικονομικό φορέα” κατά την έννοια των άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι ρητά εκ των παραπάνω διατάξεων ορίζεται ως “τρίτος οικονομικός φορέας” με κάθε περαιτέρω υποχρέωση και απαιτούμενη διατύπωση συνεχόμενη με την κατάγνωση αυτής της ιδιότητας, όποιος σωρευτικά διαθέτει στον προσφέροντα ικανότητες που απαιτείτο καταρχήν να διατίθενται από τον ίδιο τον προσφέροντα και συγχρόνως οι ιδιότητες αυτές ορίζονται από τη διακήρυξη ως κριτήρια επιλογής περί την οικονομική/χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική/επαγγελματική ικανότητα. Επίσης, για την κατάγνωση της ιδιότητας του “τρίτου οικονομικού φορέα” (σε αντίθεση με αυτήν του “υπεργολάβου”) 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 (χωρίς βέβαια και αυτό να αποκλείεται). Αντίθετα, είναι δυνατόν οι ιδιότητες αυτές να συνιστούν απλώς μια απόδειξη προς την αναθέτουσα, στο πλαίσιο της αξιολόγησης, ότι ο προσφέρων είναι επαρκής για να καταστεί ανάδοχος (με χαρακτηριστικό παράδειγμα το μέσο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό, κατά το Προσάρτημα Α' Παράρτημα ΧΙ, Μέρος ΙΙ περ. η'). Τούτο δεν 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 (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 409/2013), χωρίς να είναι εκ των ουκ άνευ απαραίτητο να χρησιμοποιηθούν, αρκεί ο τρίτος να δεσμεύεται ότι θα τους διαθέσει στον ανάδοχο εάν τούτο απαιτηθεί. Βέβαια, είναι δυνατόν οι ιδιότητες αυτές εκ φύσεώς τους να αφορούν κάποια μέσα που θα χρησιμοποιηθούν απαραίτητως 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. Εξάλλου, τούτο προκύπτει και από τη δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτου οικονομικού

φορέα επί κριτηρίων ως προς την οικονομική/χρηματοοικονομική επάρκεια. Η στήριξη αυτή δεν έχει απαραίτητως την έννοια ότι ο “τρίτος οικονομικός φορέας” καθίσταται ο ίδιος οικονομικά υπέγγυος έναντι της αναθέτουσας. Κατά το άρ. 307 παρ. 2 εδ. δ’ Ν. 4412/2016, τούτο, δηλαδή η ανάληψη ευθύνης από τον “τρίτο οικονομικό φορέα” για την εκτέλεση της σύμβασης, μπορεί να απαιτηθεί από τον αναθέτοντα φορέα, αλλά δεν είναι υποχρεωτικό, επαφίεται δε στον αναθέτοντα και ανά περίπτωση. Για τη δε παραδεκτή επίκληση στήριξης στις ικανότητες του από τον προσφέροντα, αρκεί η δέσμευση του τρίτου ότι θα διαθέσει τους οικονομικούς/χρηματοοικονομικούς πόρους που η διακήρυξη θέτει ως κριτήριο επιλογής, στη διάθεση του προσφέροντος αν αυτός καταστεί ανάδοχος, εάν τούτο απαιτηθεί για την εκ μέρους του αναδόχου εκτέλεση κάθε είδους οικονομικής, τεχνικής ή άλλης ενδοσυμβατικής υποχρέωσής του με τον αναθέτοντα. Από την άλλη πλευρά, δεν χρειάζεται ο “τρίτος οικονομικός φορέας” για να πληροί το πραγματικό της έννοιας (και συνεπώς να επέρχεται η εφαρμογή κάθε συνεχόμενης με τη στήριξη σε αυτόν, υποχρέωσης, απαίτησης και διατύπωσης), να “δανείζει” ικανότητες που συνιστούν μέρος του συμβατικού αντικειμένου ή θα χρησιμοποιηθούν για την εκτέλεσή του, αρκεί αυτές να διατυπώνονται και να προκύπτουν ως κριτήρια επιλογής ως προς την οικονομική/χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική/επαγγελματική ικανότητα. Επομένως, η ιδιότητα του “τρίτου οικονομικού φορέα” σχετίζεται εννοιολογικά αναγκαίως και καταρχήν με την “προσφορά” και την “αξιολόγησή της”, ως και με την καταλληλότητα επιλογής του ως αναδόχου (καταλληλότητα εν ευρεία έννοια, ήτοι αυτήν που αφορά την εκ μέρους πλήρωση του συνόλου των κριτηρίων επιλογής του άρ. 75 Ν. 4412/2016 και όχι με τη στενή και ειδική έννοια του άρ. 75 παρ. 2 που αφορά συγκεκριμένα την “καταλληλότητα για άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας”) και εν τέλει με την απόδειξη προς τον αναθέτοντα της πραγματικής δυνατότητας χρησιμοποίησης από τον υποψήφιο των ικανοτήτων αυτών σε περίπτωση που του ανατεθεί η σύμβαση (ΣΤΕ ΕΑ 405, 409-411/2013) και όχι με αυτή καθαυτή τη χρησιμοποίηση τους και την “εκτέλεση” της σύμβασης, σε αντίθεση με την ιδιότητα του υπερβολάβου (η οποία προϋποθέτει εκτέλεση μέρους του συμβατικού αντικειμένου). Αντίστοιχα, η κατ’ άρ. 307 παρ. 2 εδ. δ’ “δέσμευση” του τρίτου

οικονομικού φορέα για τον σκοπό της απόδειξης ότι θα διαθέσει τους οικείους αναγκαίους πόρους προς τον προσφέροντα δεν χρειάζεται κατά νόμο να περιλάβει συγκεκριμένη μορφή ή ειδικώς αυτήν του ιδιωτικού συμφωνητικού (επί παραδείγματι αρκεί και μια μονομερής δήλωση), πολλώ δε μάλλον να σχετίζεται με επαχθή αιτία (δύναται να είναι και χαρακτηριστική) ή με συγκεκριμένο τύπο σύμβασης (όπως επί παραδείγματι μίσθωσης πράγματος ή έργου), καθώς και το άρ. 307 παρ. 2 εδ. α' με σαφήνεια προβλέπει "ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών που τον [τον προσφέροντα] συνδέουν με αυτούς [τους τρίτους οικονομικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται]" (και τούτο είναι ακόμη μια διαφορά από την έννοια του υπερβολάβου, η οποία προϋποθέτει σύμβαση έργου μεταξύ αναδόχου και υπερβολάβου). Εξάλλου, ακόμη και αυτή η "δέσμευση" του τρίτου οικονομικού φορέα τίθεται ρητά από την παραπάνω διάταξη του άρ. 307 παρ. 2 εδ. δ' ως "παράδειγμα" τρόπου απόδειξης του ζητουμένου, το οποίο ορίζεται απλώς στο πραγματικό γεγονός ότι ο προσφέρων θα έχει, αν καταστεί ανάδοχος στη διάθεσή του (δηλαδή θα δύναται να τους χρησιμοποιήσει, εφόσον τούτο απαιτείται από το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης ή εναλλακτικά, τις πραγματικές συνθήκες που τυχόν προκύψουν) τους σχετικούς πόρους. Περαιτέρω, παρότι κατά τα ανωτέρω, η έννοια του "υπερβολάβου" είναι απολύτως διακριτή από αυτήν του "τρίτου οικονομικού φορέα" κατά την έννοια των άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016, ουδόλως αποκλείεται η σύμπτωσή τους, ως αυτοτελείς, διαφορετικές αλλά ουδόλως αλληλοαποκλειόμενες ιδιότητες, στο πρόσωπο ενός τρίτου από τον ανάδοχο οικονομικού φορέα. Δηλαδή, ουδόλως αποκλείεται ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων, να προτείνεται και ως υπερβολάβος για την εκτέλεση τμήματος της σύμβασης (ή με αντίστροφη διατύπωση, ότι ο προτεινόμενος υπερβολάβος παρέχει συγχρόνως τέτοια στήριξη). Αυτή είναι η περίπτωση, όπου η διακήρυξη θέτει ως κριτήριο επιλογής ως προς την τεχνική/επαγγελματική ικανότητα τη διάθεση εκ μέρους του προσφέροντος κάποιου μέσου, το οποίο εξάλλου, σύμφωνα με τον ορισμό του φυσικού αντικείμενου θα χρησιμοποιηθεί για την εκτέλεση μέρους του συμβατικού αντικείμενου. Αν 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 πάλι, το μέσο αυτό χρησιμοποιηθεί για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, από έναν περαιτέρω τρίτο, τότε ο μεν διαθέσας το μέσο αλλά μη εκτελών το τμήμα της σύμβασης, είναι απλώς “τρίτος οικονομικός φορέας”, ο δε μη διαθέτων το μέσο, αλλά εκτελών το τμήμα της σύμβασης είναι υπεργολάβος. 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, η περίπτωση αυτή της σύμπτωσης, όχι απλά επιτρέπεται, αλλά σε συγκεκριμένες περιπτώσεις ρητά επιβάλλεται από το άρ. 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). Τούτο δε προκύπτει ευχερώς και από ότι κατ’ άρ. 336 παρ. 6 Ν. 4412/2016 η συνδρομή των λόγων αποκλεισμού επαληθεύεται, όχι απλώς δυνητικά, αλλά υποχρεωτικά, για τους υπεργολάβους μόνο αν η υπεργολαβία υπερβαίνει το 30% του ολικού συμβατικού αντικειμένου, ενώ κατ’ άρ. 308 οι λόγοι αποκλεισμού επαληθεύονται υποχρεωτικά για τους “τρίτους οικονομικούς φορείς” στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων, εκ των οποίων προκύπτει ότι όσον αφορά τους υπεργολάβους, οι λόγοι αποκλεισμού επαληθεύονται υποχρεωτικώς είτε αν παρέχουν δάνειες ικανότητες ως “τρίτοι οικονομικοί φορείς”, πέραν της υπεργολαβίας, είτε, αν δεν παρέχουν τέτοια στήριξη, το προτεινόμενο για αυτούς ποσοστό υπεργολαβίας υπερβαίνει το 30% (αντίστροφα, δεν επαληθεύονται

υποχρεωτικά οι λόγοι αποκλεισμού για υπεργολάβους που σωρευτικά δεν παρέχουν “δάνειες ικανότητες” στον προσφέροντα και συγχρόνως δεν προτείνονται να εκτελέσουν ως υπεργολάβοι ποσοστό άνω του 30% της ολικής σύμβασης που προσφέρεται να αναλάβει από προσφέρων). Αυτά αποδεικνύονται και από τα ίδια τα έντυπα ΕΕΕΣ, ως και του ΤΕΥΔ, που μάλιστα ο αναθέτων χρησιμοποίησε, αφού το Μέρος ΙΙ Ενότητα Δ’ (αντίστοιχη πρόβλεψη και στο ΕΕΕΣ) αναφέρεται σε δήλωση εκ μέρους του υποβάλλοντος το ΤΕΥΔ προσφέροντος όσον αφορά τις “Πληροφορίες σχετικά με υπεργολάβους στην ικανότητα των οποίων δεν στηρίζεται ο οικονομικός φορέας” και περαιτέρω ορίζεται υποβολή αυτοτελώς των πληροφοριών περί λόγων αποκλεισμού (δηλαδή αυτοτελούς ΤΕΥΔ) για τους υπεργολάβους που προτείνονται για ποσοστό που υπερβαίνει το 30% της σύμβασης (επειδή, προφανώς αν ο προσφέρων στηρίζεται σε ικανότητες προτεινόμενου υπεργολάβου, ανεξαρτήτως ποσοστού της υπεργολαβίας, ή κάθε εν γένει τρίτου ακόμη και μη προτεινόμενου ως υπεργολάβου, τούτο θα πρέπει να δηλωθεί στο έτερο σημείο του Μέρους ΙΙ Ενότητα Γ’ όπου υπάρχει γενικό ερώτημα περί εν γένει στήριξης σε ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων). Τέλος, ο τυχόν τρίτος από τον προσφέροντα, ο οποίος δεν προτείνεται για την εκτέλεση μέρους του συμβατικού αντικειμένου ούτε διαθέτει στον προσφέροντα ικανότητες που η διακήρυξη καθορίζει ως κριτήρια επιλογής που πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του προσφέροντος, συνιστά μέρος ξένο και άσχετο με τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και ουδεμία υποχρέωση, διάταξη και απαίτηση ή διατύπωση δεν τίθεται όσον αφορά τα πρόσωπα αυτά σε σχέση με τυχόν ιδιότητα υπεργολάβου ή κατ’ άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 “τρίτων οικονομικών φορέων”, πέραν όσων ειδικώς ορίζει η διακήρυξη ότι πρέπει να προσκομιστεί σε σχέση ή προερχόμενο από τα πρόσωπα αυτά. Παράδειγμα τέτοιας περίπτωσης είναι η συχνά ζητούμενη από διακηρύξεις προμήθειας αγαθών υπεύθυνη δήλωση ή εγγύηση του προϊόντος από τον κατασκευαστή του προϊόντος, εφόσον είναι άλλος από τον υποψήφιο προμηθευτή. Στην περίπτωση αυτή, ο παραπάνω τρίτος ούτε εκτελεί μέρος του συμβατικού αντικείμενου (που συνίσταται στην προμήθεια και όχι την κατασκευή του προϊόντος) ούτε διαθέτει στον προσφέροντα ικανότητα που έπρεπε εξαρχής να

συντρέχει στο πρόσωπο του τελευταίο (αφού δεν απαιτείται ο προσφέρων προμηθευτής να είναι κατασκευαστής και συνεπώς, καταρχήν να παρέχει ο ίδιος εγγύηση κατασκευαστή ή υπεύθυνη δήλωση κατασκευαστή, ενώ απλώς του ζητείται η ιδιότητα του κατόχου και λήπτη μιας τέτοιας υπεύθυνης δήλωσης κατασκευαστή ή προμηθευτή ενός προϊόντος που φέρει εγγύηση του κατασκευαστή του). Στις περιπτώσεις αυτές και σε κάθε ανάλογη περίπτωση, δηλαδή όπου η όποια λαμβανόμενη από τον όποιο τρίτο υπηρεσία, εργασία και προϊόν δεν ταυτίζεται με το συμβατικό αντικείμενο που κατά το γράμμα της διακήρυξης θα ανατεθεί προς εκτέλεση από τον ίδιο τον ανάδοχο ή με ρητώς ζητούμενη να συντρέχει στο πρόσωπο του ίδιου του προσφέροντος ιδιότητα, ως κριτήριο επιλογής, ουδέν έτερο απαιτείται να υποβληθεί ως προς τον παραπάνω τρίτο, πέραν όσων ρητά ορίζει η διακήρυξη, αφού τότε ο τρίτος δεν ανήκει, αντίστοιχα, στην έννοια του υπεργολάβου ή του παρέχοντος στήριξη με τις ικανότητές του προς εκ μέρους του προσφέροντος πλήρωση κριτηρίων επιλογής που πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του τελευταίου, τρίτο οικονομικό φορέα. Εξάλλου, η ανάληψη μιας συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης συνιστά μια ειδικότερη επιχειρηματική δραστηριότητα, η οποία αυτονόητα προϋποθέτει ότι ο ανάδοχος λαμβάνει ένα πλήθος επιμέρους υπηρεσιών και προϊόντων από πλήθος τρίτων, ώστε ο ίδιος ο ανάδοχος να μπορεί να ασκεί τη δραστηριότητά του. Άλλες εξ αυτών είναι αυτονόητες για την ίδια την εν γένει οργανωτική λειτουργία του, άνευ της οποίας δεν μπορεί να εκτελεστεί και καμία επιμέρους δραστηριότητά του (όπως επί παραδείγματι η λογιστική υποστήριξη, η μίσθωση γραφείων έδρας κλπ) και άλλες συνεχονται εμμέσως με την εκ μέρους του αναδόχου δυνατότητα εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου, υπό την έννοια ότι παρέχουν στον ανάδοχο τη δυνατότητα να μπορεί ο ίδιος να εκτελεί κάθε επιμέρους δραστηριότητα του συμβατικού αντικειμένου και αν δεν τις λάβει, δεν θα μπορεί εκείνος να λειτουργεί και να εκτελεί εν όλω ή να εκτελεί τεχνικά ορθά ή νομίμως, τη σύμβαση (επί παραδείγματι η αγορά πρώτων υλών και κάθε είδους αναλωσίμων για την εκτέλεση της σύμβασης, η παροχή πιστοποίησης περί τήρησης περιβαλλοντικών και ποιοτικών προτύπων ως προς την επίμαχη δραστηριότητα, η ασφάλιση οχημάτων και τεχνικών μέσων και η παροχή ασφάλισης αστικής

ευθύνης ως προς την επίμαχη δραστηριότητα, όπως στην προκείμενη σύμβαση, ο καθαρισμός των τεχνικών μέσων και οχημάτων που θα χρησιμοποιηθούν, ομοίως όπως στην προκείμενη σύμβαση, η αγορά ανταλλακτικών, λιπαντικών και καυσίμων οχημάτων και τεχνικών μέσων όπως σε κάθε περίπτωση που χρησιμοποιούνται εν γένει μεταφορικά μέσα κάθε είδους, η λήψη υπηρεσιών συντήρησης τεχνικών μέσων όπως σε κάθε περίπτωση που χρησιμοποιούνται εν γένει τεχνικά μέσα κλπ). Είναι προφανές ότι όλοι οι παραπάνω απροσδιόριστοι τρίτοι που παρέχουν όλα τα ανωτέρω στον ανάδοχο δεν είναι δυνατόν να εμπίπτουν ούτε στην έννοια του υπεργολάβου ούτε, καταρχήν, του τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016, παρά μόνο αν η όποια παραπάνω δραστηριότητα ρητά ορίζεται από τη διακήρυξη ως μέρος του συμβατικού αντικειμένου (οπότε ο τρίτος θα είναι υπεργολάβος) ή το όποιο παραπάνω μέσο, πράγμα, ιδιότητα, δυνατότητα και ικανότητα ομοίως ρητά και συγκεκριμένα ορίζεται από τη διακήρυξη ως κριτήριο επιλογής που πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο του ίδιου του προσφέροντος και τυχόν αναδόχου. Σε αντίθετη περίπτωση, όχι μόνο οια παραπάνω έννοιες του υπεργολάβου ως και ιδίως του τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016 θα χρησιμοποιούνταν όχι μόνο καθ' υπέρβαση αλλά και αντίθετα στο ίδιο το σαφές, ρητό και στενά οριζόμενο νομοθετικά πεδίο και περιεχόμενό τους, αλλά και η συμμετοχή σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων θα καθίστατο από ιδιαίτερα δυσχερής έως αδύνατη, λόγω του τυχόν απαιτούμενου όγκου διατυπώσεων, εγγράφων και αυτοτελών ΤΕΥΔ και ΕΕΕΣ, ως και συμβάσεων με τρίτους ή δηλώσεις τρίτων που θα απαιτούνταν από τόσο ευρύ κύκλο τρίτων, όπως και λόγω της προφανώς ιδιαίτερα υψηλής πιθανότητας παράλειψης κάποιου εξ αυτών από τους προσφέροντες, αλλά και της ίδιας της αδυναμίας των αναθετουσών αρχών και αναθέτοντων φορέων να αξιολογήσουν όλα τα παραπάνω αποτελεσματικά ή να γνωρίζουν το πλήθος των επιμέρους αγαθών και υπηρεσιών που πρέπει να χρησιμοποιηθούν από τον ανάδοχο για την εκτέλεση της σύμβασης.

7. Επειδή, η διακήρυξη στο Τεύχος 1 αυτής, προβλέπει ως κριτήριο

ποιοτικής επιλογής ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα μεταξύ άλλων και τα εξής “3.2.Γ.2 Απαιτήσεις για εξοπλισμό ή/και εγκαταστάσεις: Ο Ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει τον παρακάτω εξοπλισμό: 3.2.Γ.2.1 Κύριος βαρύς εξοπλισμός: Γερανογέφυρα δυναμικότητας 6T τουλάχιστον. Υδραυλική πρέσα 150T. Μονάδα πλύσης με ζεστό νερό υπό πίεση. Φούρνος καύσεως για αφαίρεση περιέλιξης με έλεγχο της καύσης με θερμοκρασία και χρόνου κύκλου καύσης. Μηχανή διαμόρφωσης ελιγμάτων. Μηχανή περιτύλιξης αγωγών. Μηχανή διαμόρφωσης σπειρών. Θερμή πρέσα για στοίβαγμα ελιγμάτων και θερμή συμπίεση σπειρών. Θάλαμος βαφής πούδρας χαμηλής πίεσης για βερνίκια και χρώματα. Κύριος Φορητός Εξοπλισμός. 3.2.Γ.2.1 Μεγαωμόμετρο. Συσκευή ελέγχου διηλεκτρικής αντοχής ΥΤ. Συσκευή μέτρησης συντελεστή ισχύος ($\tan\delta$). Συσκευή μέτρησης μερικών εκκενώσεων. Συσκευή ελέγχου απωλειών μαγνητικού πυρήνα. Όργανα ελέγχου ωμικών αντιστάσεων. Συσκευή δοκιμής κρούσης σφηνών. 3.2.Γ.3 Απαιτήσεις για διάθεση προσωπικού. Ο Ανάδοχος πρέπει να διαθέτει το κατάλληλο και επαρκές τεχνικό προσωπικό με την ανάλογη εμπειρία από παρόμοιες εργασίες, έτσι ώστε να δύναται να εκτελεί εργασίες επαναπεριέλιξης και επισκευής του πυρήνα σε δακτυλιοφόρους δρομείς, από ασύγχρονους εξαπολικούς 3.2.Δ Συστήματα διασφάλισης ποιότητας, πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, υγιεινής και ασφάλειας κλπ 3.2.Δ.1 Ο διαγωνιζόμενος, σε περίπτωση νομικού ή φυσικού προσώπου το ίδιο, ή σε περίπτωση σύμπραξης/ένωσης προσώπων τα μέλη της αθροιστικά, πρέπει να διαθέτει πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας κατά ISO 9001 στις επισκευές ή στις κατασκευές ηλεκτρικών μηχανών του προσφέροντα ή του συνεργαζόμενου εργοστασίου.”. Κατά τον δε όρο 3.5 ΣΤΗΡΙΞΗ ΣΕ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΑΛΛΩΝ ΟΝΤΟΤΗΤΩΝ ορίζεται ότι “Εφόσον οι προσφέροντες θα ήθελαν να επικαλεσθούν τη χρηματοοικονομική, τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα Τρίτων προκειμένου να καλύψουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται στις παραπάνω αντίστοιχες παραγράφους, υποχρεούνται να υποβάλουν τα στοιχεία που αποδεικνύουν την ανωτέρω ικανότητα και να δηλώσουν ότι δεσμεύονται να παράσχουν όλες τις απαιτούμενες από την παρούσα Πρόσκληση και τη Διακήρυξη εγγυήσεις. Ειδικότερα στην περίπτωση αυτή, ο προσφέρων έχει την υποχρέωση να

αποδείξει με κάθε πρόσφορο τρόπο ότι θα έχει στη διάθεσή του, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, όλα τα απαραίτητα μέσα για την εκτέλεσή της. Τα εν λόγω αποδεικτικά μέσα μπορεί να είναι, ενδεικτικά, έγκυρο ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ του προσφέροντος και του επικαλούμενου Τρίτου ή παρουσίαση εγγυήσεων άλλης μορφής, προκειμένου η ανωτέρω απαιτούμενη ικανότητα να αποδεικνύεται επαρκώς και κατά τρόπο ικανοποιητικό για τη ΔΕΗ. Τα εν λόγω αποδεικτικά μέσα θα πρέπει να συμπεριληφθούν στο Φάκελο Β της προσφοράς. Το αντικείμενο της συνεργασίας μεταξύ του προσφέροντος και του Τρίτου, καθώς και οι παρασχεθείσες εγγυήσεις από τον Τρίτο προς τον προσφέροντα θα συμπεριληφθούν, εφόσον αυτός επιλεγεί ανάδοχος, στη σύμβαση. Στις ως άνω περιπτώσεις, σύμφωνα με το άρθρο 307 του ν. 4412/2016, οι παρέχοντες τη στήριξη πρέπει να πληρούν τα αντίστοιχα κριτήρια επιλογής και μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού με τον προσφέροντα στον οποίο παρέχουν τη στήριξη. Προς τούτο στις προσφορές πρέπει να συμπεριλαμβάνονται, υπογεγραμμένα από εξουσιοδοτημένο εκπρόσωπο του παρέχοντος τη στήριξη, τα ακόλουθα: Στο Φάκελο Α: - Δήλωση νομιμοποίησης του παρέχοντος τη στήριξη σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στη διακήρυξη σχετικό υπόδειγμα - Το ΕΕΕΣ. Στο Φάκελο Β: - Τα δικαιολογητικά των παραγράφων 6.3.1 και 6.3.2 του τεύχους 2 της Διακήρυξης ανάλογα με το είδος της επικαλούμενης στήριξης. Επιπλέον, στην περίπτωση που η παρεχόμενη στήριξη αφορά στην πλήρωση των κριτηρίων που σχετίζονται με τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή με τη διάθεση σχετικής επαγγελματικής εμπειρίας επιτυχούς παροχής αντίστοιχων ή ίδιων ή όμοιων υπηρεσιών εμπειρίας οι παρέχοντες τη στήριξη θα εκτελέσουν το αντικείμενο της σύμβασης για το οποίο παρέχουν τις συγκεκριμένες ικανότητες. Αποσαφηνίζεται ότι εάν ο διαγωνιζόμενος επικαλείται την ικανότητα υπεργολάβων του για την πλήρωση κριτηρίων επιλογής, οι υπεργολάβοι αυτοί θεωρούνται τρίτοι και ισχύουν τα παραπάνω. Στο δε άρ. 6.3 περί δικαιολογητικών κατακύρωσης ειδικώς ως προς τα αποδεικτικά τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ήτοι στο άρ. 6.3.1 της διακήρυξης ορίζονται τα ακόλουθα "... β. Απαιτήσεις για εξοπλισμό ή/και εγκαταστάσεις β.1 Κατάσταση με τον εξοπλισμό που διαθέτει το συνεργείο του Αναδόχου για την εκτέλεση των εργασιών της παρούσας Διακήρυξης. Η κατάσταση

θα περιλαμβάνει τον τύπο, το είδος, το πλήθος και την παλαιότητα του εξοπλισμού, όπως αυτός αναλυτικά περιγράφεται στο Άρθρο 4 των «Ειδικών Όρων» της Διακήρυξης. γ. Άδεια λειτουργίας ηλεκτροτεχνείου δ. Ιδιωτικό Συμφωνητικό Συνεργασίας με τους Οικονομικούς Φορείς (Προμηθευτές) από τους οποίους θα προμηθεύεται τα υλικά των περιελίξεων», στον δε όρο 6.3.2 Συστήματα διασφάλισης ποιότητας, πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης, υγιεινής και ασφάλειας κλπ προβλέπονται τα ακόλουθα “ Φωτοαντίγραφο Πιστοποιητικού ποιότητας ISO 9001 στις επισκευές ή στις κατασκευές ηλεκτρικών μηχανών του προσφέροντα ή του συνεργαζόμενου εργοστασίου.”. Με το δε Συμπλήρωμα Νο1 της Διακήρυξης τροποποιήθηκαν στην ανωτέρω διακήρυξη τα ακόλουθα. Η παρ. 3.2.Γ.2 του Άρθρου 3 του τεύχους «Πρόσκληση στον Διαγωνισμό» της Διακήρυξης 2018.300/ΛΚΔΜ που αναφέρεται στον απαιτούμενο εξοπλισμό ή/και εγκαταστάσεις του Αναδόχου διαφοροποιείται και λαμβάνει την ακόλουθη διατύπωση: II. «Ο Ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει τον παρακάτω ενδεικτικό εξοπλισμό: 3.2.Γ.2.1 Κύριος βαρύς εξοπλισμός: Κατάλληλη Γερανογέφυρα Υδραυλική πρέσα Μονάδα πλύσης Φούρνος καύσεως για αφαίρεση περιέλιξης Μηχανή διαμόρφωσης ελιγμάτων Μηχανή περιτύλιξης αγωγών Μηχανή διαμόρφωσης σπειρών Θερμή πρέσα για στοίβαγμα ελιγμάτων και θερμή συμπίεση σπειρών Κατάλληλοι χώροι βαφής για βερνίκια και χρώματα 3.2.Γ.2.2 Κύριος Φορητός Εξοπλισμός ο οποίος ενδεικτικά περιλαμβάνει: Μεγαωμόμετρο Συσσκευή ελέγχου διηλεκτρικής αντοχής ΥΤ Συσσκευή μέτρησης συντελεστή ισχύος (tanδ) Συσσκευή μέτρησης μερικών εκκενώσεων Συσσκευή ελέγχου απωλειών μαγνητικού πυρήνα Όργανα ελέγχου ωμικών αντιστάσεων Συσσκευή δοκιμής κρούσης σφηνών», το δε άρ. 6 παρ. 3 επαναδιατυπώθηκε ως εξής “β. Απαιτήσεις για εξοπλισμό ή/και εγκαταστάσεις β.1.Ενδεικτική κατάσταση με τον εξοπλισμό που διαθέτει το συνεργείο του Αναδόχου για την εκτέλεση των εργασιών της παρούσας Διακήρυξης. Η κατάσταση θα περιλαμβάνει τον τύπο, το είδος, το πλήθος των τεμαχίων του εξοπλισμού, όπως ενδεικτικά περιγράφεται στο Άρθρο 4 των «Ειδικών Όρων» της Διακήρυξης. β.2.Σύστημα διασφάλισης ποιότητας, ISO 9001 στις επισκευές/περιελίξεις ή στις κατασκευές ηλεκτρικών μηχανών του προσφέροντα ή του συνεργαζόμενου εργοστασίου γ. Άδεια λειτουργίας

Επιχείρησης», το δε Τεύχος «Ειδικοί Όροι». Άρθρο 4 παρ 1.1 & 1.2 ως εξής “1. Οι παρ. 4.1.1 & 4.1.2 του Άρθρου 4 του τεύχους «Ειδικοί Όροι» της Διακήρυξης 2018.300/ΛΚΔΜ που αναφέρονται στον απαιτούμενο εξοπλισμό του Αναδόχου διαφοροποι- είται ως εξής: «Ο Ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει τον παρακάτω ενδεικτικό εξοπλισμό: 1.1. Κύριος βαρύς εξοπλισμός: Κατάλληλη Γερανογέφυρα, Υδραυλική πρέσα, Μονάδα πλύσης, Φούρνος καύσεως για αφαίρεση περιέλιξης, Μηχανή διαμόρφωσης ελιγμάτων, Μηχανή περιτύλιξης αγωγών, Μηχανή διαμόρφωσης σπειρών, Θερμή πρέσα για στοίβαγμα ελιγμάτων και θερμή συμπίεση σπειρών, Κατάλληλοι χώροι βαφής για βερνίκια και χρώματα 1.2. Κύριος Φορητός Εξοπλισμός ο οποίος ενδεικτικά περιλαμβάνει: Μεγαωμόμετρο. Συσκευή ελέγχου διηλεκτρικής αντοχής ΥΤ. Συσκευή μέτρησης συντελεστή ισχύος (tanδ). Συσκευή μέτρησης μερικών εκκενώσεων. Συσκευή ελέγχου απωλειών μαγνητικού πυρήνα. Όργανα ελέγχου ωμικών αντιστάσεων. Συσκευή δοκιμής κρούσης σφηνών».

8. Επειδή, στο άρ. 8 ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ του Τεύχους 2 της διακήρυξης προβλέπεται “8.1.2 Επικοινωνία Επιτροπής με προσφέροντες Η αρμόδια Επιτροπή προκειμένου να φέρει σε πέρας το έργο της: Μπορεί, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 310 του ν. 4412/2016, να επικοινωνεί απευθείας με τους προσφέροντες, για την παροχή ή/και υποβολή, εντός τακτής προθεσμίας που η Επιτροπή θα εκτιμά κατά περίπτωση και η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη των επτά (7) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, αναγκαίων διευκρινίσεων ή συμπληρωματικών στοιχείων επί του περιεχομένου της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, σχετικά με ασάφειες ή ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η Επιτροπή κρίνει ότι μπορούν να θεραπευτούν. Οι διευκρινίσεις ή και συμπληρώσεις αυτές δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδουν αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβάλλεται χωρίς να έχει ζητηθεί από τη ΔΕΗ Α.Ε. δεν λαμβάνεται

υπόψη. Επίσης, η επιτροπή/ΔΕΗ μπορεί να ζητά πληροφορίες από άλλες πηγές, να λαμβάνει υπόψη και να συνεκτιμά, οποιοδήποτε άλλο στοιχείο που μπορεί να συμβάλει στη διαμόρφωση της κρίσης της. Έχει το δικαίωμα πριν αποφασίσει για την τεχνική ικανότητα του διαγωνιζόμενου να ζητήσει να επισκεφθεί τις εγκαταστάσεις του ή τις εγκαταστάσεις αυτών που τυχόν παρέχουν δάνεια τεχνική ικανότητα στους διαγωνιζόμενους, για να εξασφαλίσει την ακρίβεια των στοιχείων του φακέλου Β.”.

9. Επειδή, ο αναθέτων απέκλεισε τον προσφεύγοντα με την αιτιολογία ότι δεν προσκόμισε τα δικαιολογητικά συμμετοχής του τρίτου οικονομικού φορέα που του παρέχει στήριξη για την πλήρωση κριτηρίων επιλογής όσον αφορά τον οικονομικό φορέα ..., και συγκεκριμένα κατ' άρ. 3.5 της διακήρυξης τη δήλωση νομιμοποίηση και το οικείο ΕΕΕΣ του παραπάνω τρίτου. Συνεπώς, υπέλαβε ότι ο προσφεύγων στηρίχθηκε στις ικανότητες του παραπάνω τρίτου κατ' άρ. 307 Ν. 4412/2016. Και δη όσον αφορά τα έγγραφα για τον εξοπλισμό και τις εγκαταστάσεις που περιέχονταν στον φάκελο Β της προσφοράς του. Στο συμπέρασμα αυτό κατέληξε διότι στον φάκελο Β περιέλαβε δήλωση συνεργασίας με το εργοστάσιο του παραπάνω οίκου στη Ρουμανία και κατόπιν τούτου ζήτησε διευκρίνιση ως προς το καθεστώς συνεργασίας του με τον παραπάνω οικονομικό φορέα στον οποίο ανήκει το ως άνω εργοστάσιο. Στο πλαίσιο των ως άνω διευκρινίσεων ο προσφεύγων δήλωσε ότι έχει μισθώσει το κρίτιο με τα μηχανήματα του παραπάνω οικονομικού φορέα και ότι η επισκευή των δρομέων θα γίνεται στις εγκαταστάσεις του συνεργαζόμενου εργοστασίου. Ακόμη, δήλωσε ότι προτίθεται να χρησιμοποιήσει περιστασιακά τεχνίτες εκ Ρουμανίας, πλην όμως με την προσωπική επίβλεψη δικών του τεχνικών. Κατ'αποτέλεσμα, ο αναθέτων φορέας έκρινε ότι ο προσφεύγων στηρίζεται στον παραπάνω οικονομικό φορέα και στις ικανότητές του ως προς την πλήρωση των ανωτέρω κριτηρίων επιλογής και επομένως δεν υπέβαλε τα δικαιολογητικά συμμετοχής που θα επέτρεπαν τη νομότυπη αυτή στήριξη και συνεπώς, δεν συνεκτιμήθηκαν ως μέρος της προσφοράς του τα οικεία έγγραφα που αφορούν το παραπάνω εργοστάσιο και άρα η προσφορά του απερρίφθη ως ελλιπής. Επομένως, ο αποκλεισμός του ως

άνω προσφεύγοντος ερείδεται ευθέως και αποκλειστικά στην κρίση ότι η προσφορά του και η εκ μέρους του πλήρωση κριτηρίων επιλογής εν τοις πράγμασι στηρίζεται στις ικανότητες του παραπάνω οικονομικού φορέα ως τρίτου (καίτοι δεν την επικλήθηκε και δη μετά των νομίμων δικαιολογητικώ), ζήτημα που συνιστά και το έρεισμα της προσβαλλομένης, επί της νομιμότητας του οποίου θα κριθεί και η νομιμότητας της τελευταίας.

10. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018, σκ. 19), “...η ανάμιξη τρίτου ως οικονομικού φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων προϋποθέτει ότι ο τρίτος παρέχει στον προσφέροντα (που τυχόν θα καταστεί ανάδοχος εν τέλει) τα προσόντα που κατά τη διακήρυξη ορίζονται ως κριτήρια επιλογής ειδικώς ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Με τη σειρά του αυτό σημαίνει ότι το δανειζόμενο προσόν πρέπει να αντιστοιχεί στο ζητούμενο από τις παραπάνω δύο κατηγορίες επιλογής ακριβές προσόν, όπως το περιεχόμενο του προσόντος αυτού ορίζεται από τη διακήρυξη. Στην περίπτωση κριτηρίων περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, το περιεχόμενο του προσόντος αυτού εξαρτάται από την ακριβή ιδιότητα που απαιτεί να συντρέχει στο πρόσωπο του προσφέροντος ως προς το τυχόν τεχνικό μέσο ή πόρο. Ούτως, «δάνεια ικανότητα» συντρέχει όταν ο προσφέρων/ανάδοχος δεν διαθέτει κατά τον κρίσιμο χρόνο, ήτοι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του κατ’ άρ. 104 Ν. 4412/2016 και κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Α εδ. α’, το οικείο μέσο, δηλαδή αυτό δεν υφίσταται στην κατοχή του ίδιου και ο τρίτος οικονομικός φορέας υπόσχεται ότι θα του το διαθέσει για την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον καταστεί ανάδοχος. Η δε μίσθωση πράγματος συνιστά κατά τον Αστικό Κώδικα και τις πάγιες αρχές του δικαίου νόμιμη και επαρκή αιτία κατοχής του πράγματος και συνεπώς, αν δεν ορίζει ρητά αντίθετα η διακήρυξη, τα μέσα και πράγματα που ο προσφέρων και μετέπειτα ανάδοχος, ήδη κατά τον χρόνο της υποβολής της προσφοράς του, μισθώνει από τρίτους (εκμισθωτές) συνιστούν αντικείμενα αυτής καθαυτής της δικής του κατοχής και συνεπώς πράγματα τα οποία ο ίδιος μόνος του δύναται να διαθέσει και να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης και επομένως, θεωρούνται ίδια μέσα του ίδιου του

προσφέροντος/αναδόχου για τους σκοπούς της διαδικασίας ανάθεσης και εκτέλεσης της δημόσιας σύμβασης, δηλαδή προσόντα και κριτήρια επιλογής που συντρέχουν απευθείας στο πρόσωπό του, χωρίς ο εκμισθωτής να καθίσταται ούτως «δανείζων εμπειρία/προσόν/ικανότητα». Στη δε περίπτωση, όπου η διακήρυξη όχι μόνο δεν απαιτεί ρητώς ιδιοκτησία/κυριότητα του πράγματος, αλλά ούτε η διατύπωσή της αρκείται απλώς στην (εν γένει και καθ' οιονδήποτε τρόπο) διάθεση, δηλαδή κατοχή του πράγματος από τον ίδιο τον ανάδοχο και αντίθετα ρητά και με σαφήνεια η ίδια ορίζει και δη εντός των ίδιων των όρων της που αφορούν τα κριτήρια επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ότι τέτοιο κριτήριο επιλογής συνιστά είτε η ιδιοκτησία είτε η μίσθωση του συγκεκριμένου πράγματος, είναι εiséτι προφανέστερο πως η εκ μέρους του προσφέροντος/αναδόχου ενεργή και ισχύουσα κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, και επομένως παράγουσα κατοχή εκ μέρους του και δυνατότητα διαθέσεως για τους συμβατικούς σκοπούς, ιδιότητα του μισθωτή του πράγματος (δηλαδή η συμμετοχή του ως μισθωτή σε ενεργή, ισχύουσα και διανυόμενη σύμβαση μισθώσεως του πράγματος) συνιστά την κατά τη διακήρυξη απαιτούμενη «ικανότητα» και επαρκές μέσο για την απευθείας και αδιαμεσολάβητη πλήρωση του κριτηρίου από τον ίδιο τον ανάδοχο, ο δε εκμισθωτής ουδόλως συνιστά «δανείζοντα» τρίτο οικονομικό φορέα κατ' άρ. 307 Ν. 4412/2016. Και αυτό, διότι στην τελευταία περίπτωση, το περιεχόμενο του (απαιτούμενου καταρχήν να συντρέχει στο πρόσωπο του προσφέροντος/αναδόχου) κριτηρίου επιλογής αφορά, αρκείται και πληρείται εκ της ίδιας της μισθώσεως, η δε ιδιότητα του μισθωτή συνιστά ίδια και προσωπική ικανότητα του προσφέροντος/αναδόχου μισθωτή, η οποία συντρέχει εξ αρχής στο ίδιο το πρόσωπό του και συνεπώς δεν υφίσταται ιδιότητα που καταρχήν απαιτείται να κατέχει ο ανάδοχος, αλλά δεν την κατέχει και για αυτό στηρίζεται σε τρίτο που την κατέχει και ο οποίος θα του τη διαθέσει για την εκτέλεση της σύμβασης. Αντίθετα, εφόσον η διακήρυξη στο ίδιο το κριτήριο επιλογής απαιτεί ο ανάδοχος είτε να είναι ιδιοκτήτης είτε μισθωτής του τεχνικού μέσου, θα συνέτρεχε περίπτωση του άρ. 307 Ν. 4412/2016, μόνο εάν ο προσφέρων κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, δεν κατείχε ούτε καν ως μισθωτής το τεχνικό μέσο και ούτως επικαλείτο την εκ μέρους τρίτου

οικονομικού φορέα δήλωση ότι θα του το διαθέσει δια μισθώσεως, αν, εφόσον και όταν καταστεί ανάδοχος.” Συνεπεία των ανωτέρω, αν η διακήρυξη δεν ορίζει με ρητό και σαφή τρόπο ότι απαιτεί ως κριτήριο επιλογής την κυριότητα επί συγκεκριμένων τεχνικών μέσων και εγκαταστάσεων, άρα ότι ο προσφέρων καταρχήν θα πρέπει να αποτελεί τον κύριο αυτών ως εκ μέρους του πλήρωση του οικείου κριτηρίου, σε κάθε άλλη περίπτωση νοείται ότι ο προσφέρων το διαθέτει ο ίδιος, ήτοι αδιαμεσολάβητα και άνευ στήριξης σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, αν απλώς συνιστά μισθωτή του οικείου μέσου ή εγκατάστασης κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, άρα κατά τον κρίσιμο αυτόν χρόνο κατ’ άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, κατ’ αναλογική εφαρμογή σύμφωνα με το άρ. 315, για την κρίση περί της εκ μέρους του πλήρωσης των όρων της διακήρυξης, φέρει στο ίδιο το πρόσωπό του την ιδιότητα του νομίμου κατόχου του οικείου κινητού ή ακίνητου πράγματος (η δε μίσθωση συνιστά νόμιμη αιτία κατοχής του πράγματος).

11. Επειδή, βάσει των οικείων δηλώσεων από 8-8-2011 και 1-10-2014 της εταιρείας με την επωνυμία “...”, που ο προσφεύγων υπέβαλε με την προσφορά του αλλά και των οικείων συμφωνητικών που ο προσφεύγων προσκόμισε στο Κλιμάκιο, προκύπτει ότι ο προσφεύγων μισθώνει χώρο μαζί με μηχανολογικό εξοπλισμό από την 15-2-2004 και με διάρκεια έως την 15-2-2020. Ειδικότερα, με το από 15-12-2003 μισθωτήριο συμφωνητικό συμφωνήθηκε μεταξύ των δύο οικονομικών φορέων, ότι ο νυν προσφεύγων θα μισθώνει χώρο 1.000 τ.μ. που ανήκει στην αδιαφιλονίκητη νομή, κατοχή και κυριότητα του πρώτου ως άνω οικονομικού φορέα, μαζί με εκτεταμένο μηχανολογικό εξοπλισμό, μεταξύ των οποίων συσκευές περιέλιξης ελασμάτων, μηχανήματα διαμόρφωσης, πρέσες καύσης, συσκευές πίεσης κενού, εστίες θέρμανσης και πολυμερισμού και ανυψωτικό εξοπλισμό, με αρχική διάρκεια από 15-2-2004 έως και 15-2-2009 και μετά η σύμβαση αυτή παρατάθηκε έως την 15-2-2015 και βάσει του από 1-10-2014 τροποποιητικού συμφωνητικού έως την 15-2-2020. Περαιτέρω, τα έγγραφα που προσκόμισε ο προσφεύγων με τον Φάκελο Β της προσφοράς του δεν δηλώνουν «συνεργασία» με τη ρουμάνικη εταιρεία όσον αφορά το συμβατικό αντικείμενο, αλλά όπως προαναφέρθηκε, μια απλή προϋφιστάμενη και ουδόλως

σχετιζόμενη με τον επίδικο διαγωνισμό και φυσικό αντικείμενο, σύμβαση μίσθωσης μέρους ακινήτου μετά εργοστασιακού εξοπλισμού. Κατ' αποτέλεσμα, ο προσφεύγων δεν στηρίχθηκε στη ρουμάνικη εταιρεία ή εν γένει τρίτο ως προς την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής 3.2.Γ.2 περί εξοπλισμού, τον οποίο είτε διαθέτει δια μισθώσεως προϋφιστάμενης μετά της εγκατάστασης ή μόνος του, όπως δηλώνει και ουδόλως προκύπτει το αντίθετο, από τα έγγραφα με τη ρουμανική εταιρεία που επικλήθηκε η αιτιολογία του αναθέτοντος ούτε εξάλλου, η παραπάνω μίσθωση συνιστά καθ' οιονδήποτε τρόπο επίκληση στήριξης σε ικανότητες τρίτου ως προς οιοδήποτε κριτήριο επιλογής. Συνεπώς, ο προσφεύγων διέθετε την οικεία εγκατάσταση με τον εξοπλισμό αυτής στη Ρουμανία πολύ πριν την υποβολή της προσφοράς του στον διαγωνισμό και θα συνεχίζει να την κατέχει καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και κατ' αποτέλεσμα, ο εκμισθωτής αυτής δεν συνιστά τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει στήριξη στον προσφεύγοντα προς πλήρωση κριτηρίου επιλογής, αφού το οικείο κριτήριο κατέχεται και διατίθεται απευθείας και αδιαμεσολάβητα από τον ίδιο τον προσφεύγοντα και τούτο μάλιστα πέραν όσων μέσων εξοπλισμού είχε ο ίδιος εισκομίσει στο μίσθιο ή εν γένει κατέχει ανεξαρτήτως της ως άνω μισθώσεως. Εξάλλου, ουδόλως προκύπτει ούτε η προσβαλλομένη αναφέρει ή προκύπτει από την αιτιολογία ή τις Απόψεις της, ότι και το κατά τον όρο 3.2.Δ πιστοποιητικό ISO δεν κατέχεται από τον ίδιο τον προσφεύγοντα, ήτοι τη δική του επιχείρηση.

12. Επειδή, περαιτέρω, ο προσφεύγων απάντησε με το με αρ. πρωτ. Ε 180027/6-6-2018 έγγραφό του προς το με αρ. πρωτ. 003-01/6/2018 έγγραφο κλήσης του αναθέτοντος προς διευκρινίσεις και δη ως προς το σημείο 2 αυτών περί καθεστώτος συνεργασίας με το προσωπικό εκ Ρουμανίας, ότι θα απασχολήσει ο ίδιος απευθείας το όποιο προσωπικό που θα εργαστεί με δική του επίβλεψη και επομένως ένταξη στη δική του οργάνωση και υπό το δικό του διευθυντικό δικαίωμα. Ταυτόχρονα, κατέστησε σαφές ότι από τη ρουμανική εταιρεία απλώς μισθώνει το παραπάνω κτίριο με τα μηχανήματα και κατ' αποτέλεσμα από τις διευκρινίσεις αυτές σε συνδυασμό με τα ως άνω έγγραφα προέκυψε ότι ο προσφεύγων δεν θα στηριχθεί σε ικανότητες τρίτων ούτε ως προς

το προσωπικό ούτε ως προς τις εγκαταστάσεις. Εξάλλου, κατά τον όρο 3.2.Γ.3 οι προσφέροντες να μεν οφείλουν να διαθέτουν κατάλληλο και επαρκές τεχνικό προσωπικό με ανάλογη εμπειρία σε παρόμοιες εργασίες. Από κανένα όρο της διακήρυξης όμως, δεν προβλέφθηκε κάποια κλειστή κατάσταση προκαθορισμένων εργαζομένων που θα πρέπει να απασχοληθούν ούτε ότι δεν προσκομίσθηκε οτιδήποτε ζητούμενο στον Φάκελο Β κατά τον όρο 6.3 και σε σχέση με την πλήρωση του οικείου κριτηρίου επιλογής, όπως άδειες λειτουργίες, οργανόγραμμα προσωπικού, που μάλιστα κατά ρητή πρόβλεψη της διακήρυξης είναι «ενδεικτικό» και δεν εμποδίζει τον προσφεύγοντα να χρησιμοποιήσει άλλο ή και άλλο προσωπικό πέραν του εκεί περιλαμβανομένου. Από κανένα δε όρο δεν προκύπτει ότι απαγορεύθηκε η χρήση νέου προσωπικού για την εκτέλεση της σύμβασης πέραν όσων θα αναφερθούν στο οργανόγραμμα ή η πρόσληψη περαιτέρω βοηθητικού ή εργατικού προσωπικού που μεταξύ άλλων δύνανται να απασχοληθούν στο οικείο έργο, ο δε όρος 3.2.Γ.3 έχει τη σαφή έννοια ότι ο προσφεύγων όφειλε, για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας (πράγμα που απεδείχθη με την προσκόμιση από τον προσφεύγοντα των οριζομένων στο άρ. 6.3 της διακήρυξης), να διαθέτει κατά την υποβολή της προσφοράς του επαρκές και κατάλληλο, ως και έμπειρο, προσωπικό, χωρίς όμως να επάγεται αδυναμία του να χρησιμοποιήσει και άλλους εργαζόμενους, η υπηκοότητα μάλιστα των οποίων είναι άσχετη. Εξάλλου, ο προσφεύγων ουδόλως κατέλειψε περιθώριο κρίσης ότι θα εκτελεσθεί μέρος του έργου από προσωπικό που θα απασχολείται από άλλο οικονομικό φορέα, αντίθετα ρητά διευκρίνισε ότι ακόμη και αν απασχολήσει περιστασιακά και Ρουμάνους εργάτες, αυτοί θα προσληφθούν από τον ίδιο και θα υπαχθούν στην άμεση επίβλεψη και εποπτεία του δικού του τεχνικού προσωπικού. Τα ως άνω ουδόλως σημαίνουν ότι ο προσφεύγων θα στηριχθεί ως προς το προσωπικό σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα ούτε προφανώς οι προσλαμβανόμενοι από τον ίδιο εργάτες συνιστούν τρίτους οικονομικούς φορείς ούτε η τυχόν μεταγενέστερη πρόσληψή τους, συνεπάγεται μη διάθεση εκ μέρους του κατά την υποβολή της προσφοράς του, το περιεχόμενο της οποίας κατά τον Φάκελο Β αυτής κατά τα λοιπά δεν αμφισβητεί η προσβαλλομένη. Ούτε είναι κατανοητή η σύνδεση που ίδρυσε ο

αναθέτων μεταξύ της μίσθωσης του χώρου εργοστασίου και του εξοπλισμού με τη μελλοντική από τον ίδιο περιστασιακή τυχόν πρόσληψη Ρουμάνων εργατών ούτε είναι δυνατόν δι' αυτών συνδυαστικώς ή αυτοτελώς να συναχθεί στήριξη στις ικανότητες της ρουμανικής επιχείρησης που του εκμισθώνει το κτίριο (ούτε προκύπτει ότι αυτή θα απασχολήσει μέρος των εργαζομένων ή θα του διαθέσει αυτή τους εργαζόμενους ή θα τους επιβλέψει) ή οποιοδήποτε εν γένει τρίτου, η δε ως άνω συναγωγή της αιτιολογίας του αναθέτοντος είναι ελλιπής, εσφαλμένη και μη νόμιμη.

13. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, εσφαλμένα ο αναθέτων υπέλαβε ότι η ρουμανική εταιρεία αποτελούσε κατ' άρ. 307 Ν. 4412/2016 τρίτο οικονομικό φορέα και επομένως ότι ο προσφεύγων όφειλε να τηρήσει τις οικείες εκ του νόμου και της διακήρυξης διατυπώσεις για την επίκληση της στήριξης στις ικανότητές του, όπως και ότι η εκ μέρους του ίδιου χρήση προσωπικού που θα επιβλέπει ο ίδιος με το δικό του τεχνικό προσωπικό και παρά την εκ μέρους του προσκόμιση του, ενδεικτικού πάντως κατά τη διακήρυξη, οργανογράμματος συνιστά ομοίως δάνεια εμπειρία ή ανάγεται σε στήριξη τρίτου. Συνεπώς, κατ' αποδοχή του τρίτου και του τέταρτου λόγου της προσφυγής, η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος είναι μη νόμιμη ως ερειδόμενη επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης και κατ' αποτέλεσμα, η αιτιολογία της προσβαλλομένης, ως και η κρίση της περί αποκλεισμού του προσφεύγοντος από τη διαδικασία, λόγω μη προσκόμισης δικαιολογητικών τεκμηρίωσης και τήρησης διατυπώσεων περί της στήριξης σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα (αφού αυτό ήταν και το έρεισμα της κρίσης περί παράβασης του άρ. 6.3.1.β και των όρων της διακήρυξης από τον προσφεύγοντα, χωρίς να προκύπτει από την αιτιολογία της προσβαλλομένης κάποια επιμέρους ή ειδικότερη έλλειψη των Φακέλων του ή κάποια ειδικότερη πλημμέλεια ως προς τα κριτήρια επιλογής), πάσχουν και είναι ακυρωτές. Και τα ως άνω επιπλέον ότι ακόμη και αν δεν λαμβάνονταν υπόψη οι εγκαταστάσεις στη Ρουμανία και πάλι ο αναθέτων δεν εκτίμησε τις υπόλοιπες εγκαταστάσεις του προσφεύγοντος, όπως βάσιμα ισχυρίζεται με τον τέταρτο λόγο του, αλλά αυτόματα συνήγαγε εκ της κρίσεως περί στήριξης σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα

περί της δραστηριότητας στη Ρουμανία ότι δεν πληροί τις προϋποθέσεις του άρ. 6.3.1.β της διακήρυξης.

14. Επειδή, δεδομένων των ανωτέρω παρέλκει η εξέταση του πρώτου και δεύτερου λόγου της προσφυγής, δεδομένης της αποδοχής του τρίτου ως άνω λόγου και της επί της ουσίας μη νομιμότητας της προσβαλλομένης. Σε κάθε περίπτωση, ο δεύτερος λόγος προβάλλεται περαιτέρω και αναπόδεικτα, αφού από τα εκ του προσφεύγοντος αναφερόμενα και το ιστορικό της υπόθεσης, να μεν προκύπτει εσφαλμένη σύμφωνα με τα ανωτέρω κρίση της επί του ζητήματος του αν λαμβάνει στήριξη από τρίτο οικονομικό φορέα, πλην όμως δεν προκύπτει προειλημμένη απόφαση της και προκατειλημμένη κρίση της, απλώς και μόνο διότι με το πρώτο έγγραφο ζήτησης διευκρινίσεων, ζήτησε διευκρινίσεις για το προσωπικό και το καθεστώς εργασίας του και όχι για το καθεστώς συνεργασίας του προσφεύγοντος με τη ρουμανική εταιρεία, θέματα που σε κάθε περίπτωση, όπως προκύπτει και από την αιτιολογία της προσβαλλομένης σχετίζονται με το ζήτημα της δάνειας εμπειρίας.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προσφυγή. Να ακυρωθεί δε η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος απέκλεισε την προσφορά του προσφεύγοντος.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 2.371,72 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την από 5-7-2018, Απόφαση (ΔΛΥ-ΛΚΔΜ Επιτροπή Διαγωνισμού 2018.300/ΛΚΔΜ) υπ' αρ. 5105/5.7.2018 του αναθέτοντος φορέα, καθ' ο μέρος έκρινε τον προσφεύγοντα ως αποκλειστέο από τη διαδικασία.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 2.371,72 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 27-7-2018 και εκδόθηκε την 14-8-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ