

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 30^η Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή - δυνάμει της από 19.07.2021 Απόφασης της Ολομέλειας ΑΕΠΠ, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.06.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1277/23.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων ...– ...- (εφεξής προσφεύγουσα), με έδρα την ...,

Κατά της Περιφέρειας ...Π. Ε ... και

Της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία « ... – ...», με έδρα στο Δήμο ...(Λεωφ. ...), εκπροσωπούμενη από τον Κοινό Εκπρόσωπο και Συντονιστή της κ. ..., Νόμιμο Εκπρόσωπο της εταιρείας «...», αποτελούμενη από τα μέλη: (α) ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία ‘...’ και δ.τ. ‘...’, με Α.Φ.Μ. ... της Δ.Ο.Υ. ΦΑΕ ..., που εδρεύει στον Δήμο ...(Λεωφ. ...), και εκπροσωπείται νόμιμα, και (β) ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία ‘...και δ.τ. ‘...’, με Α.Φ.Μ. ... της Δ.Ο.Υ...., που εδρεύει στο ... (οδός ...), (εφεξής παρεμβαίνουσα).

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της με αριθ. 608-25/09-06-2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ...(απόσπασμα από το υπ’ αριθμ. 25/09.06.2021 Πρακτικό της Ο.Ε. της Π.....) κατά το μέρος αποδοχής της προσφοράς της ...– ...».

Η παρεμβαίνουσα αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 15.000,00 ευρώ (βλ. εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης του ηλεκτρονικό παραβόλου με κωδικό ...).

2.Επειδή με την με αριθμό 17289/2954 διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Δημόσιο Διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, για την για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΕΡΓΑ βελτίωσης λειτουργικότητας προστασίας και ασφάλειας ναυσιπλοΐας λιμένος...» με προϋπολογισμό 7.096.774,19 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

3.Επειδή περίληψη της διακήρυξης, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου (άρθρο 20 της διακήρυξης) απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 04.03.2021, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με αριθμό ΑΔΑΜ ... 2021-03-05, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...

4.Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016.

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 22.06.2021 στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 11.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017, ως ισχύουν.

6. Επειδή στις 23.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού- σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017. Ομοίως απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 7.7.2021 τις οικείες απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν σε όλους τους ενδιαφερομένους.

7. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε εμπροθέσμως την από 01.07.2021 παρέμβασή του σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, ο οποίος με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της επίμαχης απόφασης βάσει της οποίας κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του και ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης. Η οικεία παρέμβαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 02.07.2021.

8.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως και παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και ίδια των άρθρων 346, 360, και 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύουν σε συνέχεια της με αρ. 1604/23.06.2021 Πράξης της Προέδρου του.

9. Επειδή ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού, νομολογίας περί της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης, των άρθρων 22.Δ.3.Β και 24.2 της Διακήρυξης, ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι «12. Στο υποβληθέν ΕΕΕΣ η εταιρεία ... (προφανώς εκ παραδρομής ο προσφεύγων ανέγραψε την εταιρεία ... διότι αφορά στο ΕΕΕΣ της ...) δήλωσε ότι: «Οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ.3.β) καλύπτονται από το έτερο μέλος της ένωσης (...). 13. Η εταιρεία ... δήλωσε στο δικό της ΕΕΕΣ ότι: «Ο οικονομικός φορέας θα έχει στη διάθεσή του τα ακόλουθα μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικό εξοπλισμό για την εκτέλεση της σύμβασης: 3. ΡΥΜΟΥΛΚΟ .../ Ιπποδύναμη 2000HP / ΜΙΣΘΩΜΕΝΟ ΑΠΟ «...» Ν. 959/79.» Επομένως εν προκειμένω υφίσταται παραδοχή της ... ότι για την ικανοποίηση της απαίτησης του άρθρου 22.Δ.3.β σχετικά με το ρυμουλκό ιπποδύναμης τουλάχιστον 800HP, στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα και συγκεκριμένα της εταιρείας «...», από την οποία και το μίσθωσε για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό. 15. Σημειώνεται ότι άρθρο 78 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

άλλων φορέων(άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι: (παρατίθεται το άρθρο) 16. Από τις ως άνω διατάξεις συνάγεται ότι προκειμένου ο υποψήφιος (ανεξάρτητος οικονομικός φορέας ή ένωση φορέων) να αποδείξει ότι πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής ή/και τεχνικής ή/και επαγγελματικής ικανότητας, δύναται να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων με τους οποίους συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, το γεγονός δε αυτό οφείλει να το δηλώνει στο ΕΕΕΣ. Στην περίπτωση αυτή οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οικονομικών φορέων που δεν του ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 2.12.1999, C-176/98, *HolstItalia*, Συλλογή 1999, σ. I-8607, της 12.7.2001, C-399/98, *Ordine degli Archietti delle Provincedi Milano eLodi κ.λπ.*, Συλλογή 2001, σ. I-5409, της 18.3.2004, C-314/01, *Siemens και ARGETelekom&Partner*, Συλλογή 2004, σ. I 02549 και τ 18.11.2004, C-126/03, *Επιτροπή κατά Γερμανίας*, Συλλογή 2004, σ. I-11197). Επιπροσθέτως, ο τρίτος φορέας, που θέτει στη διάθεση του διαγωνιζόμενου τα μέσα για την εκτέλεση της σύμβασης (δάνεια εμπειρία/ικανότητα) απαιτείται να μην τελεί σε γεγονότα ή καταστάσεις (ποινικές καταδίκες, διάπραξη επαγγελματικών παραπτώματων, πτώχευση, εκκαθάριση κ.λπ.) που συναρτώνται με τους κατά το άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (73 και 74 του ν. 4412/2016) λόγους αποκλεισμού από τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Άλλως, ενδέχεται να εμπλακεί έμμέσως στην εκτέλεση δημόσιας σύμβασης φορέας η συμμετοχή του οποίου είτε αποδοκιμάζεται από τη νομοθεσία, είτε είναι πρακτικά αδύνατη (π.χ. σε περίπτωση πτώχευσης), με αποτέλεσμα, σε αμφότερες τις περιπτώσεις, να καθίσταται αθέμιτη η προσμέτρηση, κατά την αξιολόγηση της τεχνικής καταλληλότητας του αντίστοιχου υποψηφίου, των μέσων που του παρέχει ο φορέας αυτός (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 51/2014, 409, 284/2013). Για τον λόγο αυτόν, ο προσφέρων (μεμονωμένος οικονομικός φορέας ή ένωση φορέων) που στηρίζεται στην τεχνική ικανότητα τρίτου οφείλει, πέραν της δήλωσης της επιλογής του αυτής στο ΕΕΕΣ, να αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο του «δανειστή» τρίτου λόγοι αποκλεισμού από τη διαγωνιστική διαδικασία μέσω της υποβολής των αντίστοιχων δικαιολογητικών συμμετοχής (ΕΕΕΣ του «δανειστή») και κατακύρωσης, η υποχρέωση δε αυτή, που απορρέει ευθέως από τη νομοθεσία, δεσμεύει τους συμμετέχοντες στο

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

διαγωνισμό και συνιστά, κατά την έννοια του νόμου, ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για τη λήψη υπόψη της δάνειας εμπειρίας/τεχνικής ικανότητας (βλ. Ελ.Συν. VI Τμ. 1608/2018, 2391/2016). 17. Αλλωστε, ως δάνεια εμπειρία ή ικανότητα νοείται η εκ μέρους τρίτου διάθεση προς τον προσφέροντα ικανοτήτων, μέσων και εν γένει προσόντων (λ.χ. εμπειρία, εξοπλισμό, χρηματοοικονομική επάρκεια κ.λπ.), τα οποία τίθενται από τη διακήρυξη του οικείου διαγωνισμού ως κριτήρια επιλογής περί την οικονομική/χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική/επαγγελματική ικανότητα, με σκοπό να μπορέσει ο προσφέρων, πληρώντας με τη στήριξη του τρίτου τις εκάστοτε οριζόμενες θετικές προϋποθέσεις συμμετοχής, να υποβάλει παραδεκτή προσφορά (Ελ.Συν. VI Τμ. 2403/2015). Κρίσιμο κριτήριο για την κατάφαση της ιδιότητας του τυχόν τρίτου ως δανειστή εμπειρίας/ικανότητας, με όλες τις εντεύθεν υποχρεώσεις αυτής (λ.χ. συμπλήρωση και από τον τρίτο του ΕΕΕΣ), είναι ο τρίτος να παρέχει στήριξη σχετικά με ρητώς ζητούμενη ιδιότητα/προσόν που τίθεται από τη διακήρυξη ως κριτήριο επιλογής για την ανάθεση της σύμβασης. **18. Εν προκειμένω η ... είναι σαφές ότι στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου για τη κάλυψη της απαίτησης του άρθρου 22.Δ.3.β σχετικά με το ρυμουλκό ιπποδύναμης τουλάχιστον 800HP. Τούτο συνεπάγεται: α) υποχρέωση της ... περί δήλωσης στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της στήριξής της στις ικανότητες τρίτου, β) υποχρέωση της ... επισύναψης ΕΕΕΣ του τρίτου «δανειστή ικανότητας» και συγκεκριμένα της ... και γ) έλεγχο των τελευταίων από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016.** Τις υποχρεώσεις αυτές δεν ικανοποίησε η ... και κατά συνέπεια και η μειοδότηρια ένωση πρέπει να αποκλεισθεί, ενώ μη νόμιμα έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση. 19. Επιπλέον, καθίσταται πρόδηλο ότι η ως άνω τρίτη εταιρεία παρέχει την στήριξή της όχι μόνο στην ..., αλλά στην Ένωση συνολικά. Ως εκ τούτου και η ... θα έπρεπε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ της τη στήριξή της στην τεχνική ικανότητα της ..., ενώ μη νόμιμα περιορίσθηκε να δηλώσει απλά και μόνο τη στήριξή της στην ... που και η ίδια δεν ικανοποιούσε την επίμαχη απαίτηση, αλλά στηριζόταν στην Αμφότερα τα ΕΕΕΣ των μελών της μειοδότηριας ένωσης επομένως είναι πλημμελή και μη νόμιμα ενώ δεν προσκομίσθηκε και το ΕΕΕΣ της ... που σε κάθε περίπτωση ήταν απαιτητό επί ποινή αποκλεισμού. 20. Επομένως υπό πάσα εκδοχή η εν λόγω ένωση δεν υπέβαλε τα επί ποινή

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

αποκλεισμού απαιτούμενα ως άνω δικαιολογητικά και κατά συνέπεια η προσφορά της πρέπει να απορριφθεί».

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της ισχυρίζεται ότι « Α. Στο άρθρο 23.1 της διακήρυξης αναφέρεται ρητά ότι κατά την υποβολή των προσφορών κάθε οικονομικός φορέας υποβάλλει το συμπληρωμένο ΕΕΕΣ, ως ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν.1599/1986, επιβεβαιώνοντας ότι πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της διακήρυξης και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της διακήρυξης στο άρθρο 23.6 όπου περιγράφονται τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που πρέπει να υποβάλλει ο προσωρινός ανάδοχος και αναφέρεται η προσκόμιση των δικαιολογητικών που απαιτούνται για την απόδειξη του κριτηρίου 3.β του άρθρου 22 Δ της διακήρυξης, είτε πρόκειται για ιδιόκτητο είτε για μισθωμένο εξοπλισμό.

Στην περίπτωση του Οικονομικού Φορέα «... - ...», η εταιρεία ... δήλωσε με το ΕΕΕΣ της ότι διαθέτει τον αναγκαίο εξοπλισμό του κριτηρίου 3.β του άρθρου 22 Δ της διακήρυξης, μέρος του οποίου δήλωσε ότι είναι ιδιόκτητος και μέρος του οποίου δήλωσε ότι είναι μισθωμένος. Συγκεκριμένα δήλωσε ότι το ΡΥΜΟΥΛΚΟ ..., με ιπποδύναμη 2000 ΗΡ, είναι μισθωμένο από την εταιρεία «...». Με δεδομένο αφενός ότι στο άρθρο 22 Δ της διακήρυξης δεν γίνεται κάποια διάκριση ως προς το εάν ο διατιθέμενος εξοπλισμός είναι ιδιόκτητος ή μισθωμένος, αλλά ορίζεται γενικά ότι οι συμμετέχοντες πρέπει να διαθέτουν τον εξοπλισμό, και αφετέρου ότι στο άρθρο 23.6 καθορίζονται ρητά τα δικαιολογητικά που πρέπει να υποβληθούν από τον προσωρινό μειοδότη κατά περίπτωση, εκτιμήθηκε ότι πρέπει να γίνει δεκτή η προσφορά του Οικονομικού Φορέα «...- ...». Στο χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης θα ελεγχθούν επιμελώς τα δικαιολογητικά που θα καταθέσει ο Οικονομικός Φορέας προς επιβεβαίωση όσων έχουν δηλωθεί στα ΕΕΕΣ των μελών της Ένωσης και επομένως εκτιμάται ότι δεν συντρέχει λόγος για αποκλεισμό του ανωτέρω οικονομικού φορέα και προσωρινού μειοδότη στην παρούσα φάση του διαγωνισμού. Β. Το κριτήριο του απαιτούμενου μηχανολογικού εξοπλισμού που ορίζεται από το άρθρο 22.Δ της διακήρυξης, αρκεί να καλύπτεται από ένα

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

μέλος της ένωσης και δεν απαιτείται η πλήρωση του αυτοτελώς από κάθε ένα μέλος της. Συνεπώς εκτιμήθηκε ότι η κάλυψη του σχετικού κριτηρίου συνεισφέρεται στην ένωση από την ...(με την υποστήριξη της ...) και δεν απαιτείται και η πλήρωση/δήλωση του από την ... και πάλι με την υποστήριξη της ...».

12.Επειδή, η παρεμβαίνουσα κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και των άρθρων 22-24 της διακήρυξης ισχυρίζεται αυτολεξεί «Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι στον εξεταζόμενο διαγωνισμό, κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών τους, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς υποχρεούνταν να καταθέσουν τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά συμμετοχής, ήτοι το ΕΕΕΣ και την εγγύηση συμμετοχής, καθώς και την οικονομική προσφορά τους, όπως αυτά προκύπτουν, ιδίως από τα άρθρα 23 & 24 της Διακήρυξης, αλλά και από τις ρυθμίσεις του ν. 4412/2016 και ιδίως το άρθρο 79 του ν. 4412/2016 και την εν γένει φιλοσοφία του νόμου, με την οποία καθιερώνεται ο κανόνας της προαπόδειξης. Ήτοι, η αποδεικτική διαδικασία κατά τη διεξαγωγή του παρόντος διαγωνισμού διαρθρώνεται σε δύο, απολύτως διακριτά και αυτοτελή στάδια: α) σε αυτό της προαπόδειξης και β) σε αυτό της απόδειξης (κατακύρωσης), με σκοπό την επιτάχυνση της διαδικασίας διεκπεραίωσης των δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών. Το ΕΕΕΣ, όπως προαναφέρθηκε, συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών. Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ, και την παράλληλη υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών/δικαιολογητικών, διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο κανόνας της προαπόδειξης, που εισάγει ο ν. 4412/2016, με την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων (χωρίς αυτό βεβαίως να παρεμποδίζει την αναθέτουσα αρχή να ζητήσει τεκμηρίωση των δηλώσεων των υποψηφίων, σε οποίο χρόνο κρίνει τούτο σκόπιμο). Το σύστημα αυτό προαπόδειξης ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τα δηλούμενα από τους συμμετέχοντες στο σχετικό έγγραφο του Ε.Ε.Ε.Σ., τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του αναδόχου. Περαιτέρω αναφορικά με το ζήτημα του απαιτούμενου ειδικού εξοπλισμού για την εκτέλεση του έργου (άρθρο 22.Δ.3.β), ισχύουν τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 22.Δ.3.β, ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής και ειδικότερα ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, μεταξύ άλλων, να διαθέτουν τον ζητούμενο ως ελάχιστο αναγκαίο εξοπλισμό για την εκτέλεση του έργου (ήτοι, έναν πλωτό γερανό ανυψωτικής ικανότητας τουλάχιστον 75tn, μία φορητή γίδα χωρητικότητας τουλάχιστον 900μ³ και ένα ρυμουλκό ιπποδύναμης τουλάχιστον 800HP). Η εκπλήρωση του ως άνω κριτηρίου τεχνικής ικανότητας προαποδεικτικά - κατά το χρόνο υποβολής των προσφορών - προκύπτει από το ΕΕΕΣ των υποψηφίων, όπως αναφέρεται ρητά στον όρο 23.1.β της Διακήρυξης. Στη συνέχεια (κατά το χρόνο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης), για την απόδειξη της πλήρωσης της ζητούμενης τεχνικής ικανότητας, όπως προκύπτει από το άρθρο 23.6 της Διακήρυξης, προβλέπονται τα ακόλουθα: - Εφόσον πρόκειται για ιδιόκτητο εξοπλισμό, απαιτείται να υποβληθεί κατάλογος του διατιθέμενου (κατ' ελάχιστον) ειδικού εξοπλισμού, όπως αυτός αναφέρεται στην παρ. 3β του άρθρου 22.Δ, συνοδευόμενος από τα τεχνικά χαρακτηριστικά, τα αντίστοιχα έγγραφα λειτουργίας του σε ισχύ (ήτοι, Πρωτόκολλο Γενικής Επιθεώρησης) και τα αποδεικτικά κυριότητας (ήτοι, Έγγραφα Εθνικότητας), - Σε περίπτωση μη ιδιόκτητου εξοπλισμού, απαιτείται να υποβληθεί (α) υπεύθυνη δήλωση του παρόχου του εξοπλισμού, ότι διαθέτει τον απαραίτητο σχετικό εξοπλισμό και αποδέχεται την μίσθωση αυτού προς τον οικονομικό φορέα για το συγκεκριμένο έργο, συνοδευόμενη από (β) ιδιωτικό συμφωνητικό αποκλειστικής μίσθωσης για το συγκεκριμένο έργο, και (γ) κατάλογο του εξοπλισμού, ακολουθούμενο από τα τεχνικά χαρακτηριστικά, τα έγγραφα λειτουργίας σε ισχύ (ήτοι, Πρωτόκολλο Γενικής Επιθεώρησης) και τα αποδεικτικά κυριότητας (ήτοι, Έγγραφα Εθνικότητας). Επομένως, όσον αφορά τον ελάχιστο αναγκαίο ειδικό εξοπλισμό, η Διακήρυξη **δεν απαιτεί ιδιοκτησία/κυριότητα του πράγματος, αλλά αρκείται στην εκ μέρους των υποψηφίων διάθεση του εξοπλισμού (εν γένει και καθ' οιονδήποτε τρόπο), δηλαδή κατοχή του πράγματος από τον ανάδοχο.** Ως εκ τούτου, η εκ μέρους του υποψηφίου ενεργή και ισχύουσα κατά το χρόνο υποβολής της

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

προσφοράς (και συνεπώς 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 εξοπλισμού), συνιστά την κατά τη διακήρυξη απαιτούμενη «ικανότητα» και επαρκές μέσο για την απευθείας και **αναμφισβήτητη πλήρωση του κριτηρίου από τον ίδιο τον ανάδοχο, ο δε εκμισθωτής δεν συνιστά «δανείζοντα» τρίτο οικονομικό φορέα, κατ' άρθρο 78 του ν. 4412/2016 ή κατ' άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης (B) Η ΕΞΕΤΑΖΟΜΕΝΗ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ** Πράγματι εν προκειμένω, σύμφωνα με τα άρθρα 22.Δ.3.β, 24.2 και 22.3 της διακήρυξης, τα κατ' ιδίαν μέλη της παρεμβαίνουσας ένωσης δήλωσαν ως προς το ζήτημα της στήριξης στις ικανότητες άλλου και ως προς το θέμα του αναγκαίου εξοπλισμού του άρθρου 22.Δ3.β, τα εξής: (1) Όσον αφορά την εταιρεία ... Στο από 13.04.2021 ΕΕΕΣ της εταιρείας ... (ΣΧΕΤ. 1), όπως προκύπτει από τα στοιχεία που αναφέρονται στο πεδίο Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, του Μέρους II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, δηλώνεται ότι:

«Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω; Απάντηση: Ναι Όνομα της οντότητας ... και δ.τ. ... (για την κάλυψη κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ως μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων ... – ...). Ταυτότητα της οντότητας ... Τύπος ταυτότητας VAT [...]». Επίσης στο πεδίο Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του Μέρους IV: Κριτήρια επιλογής του ίδιου ΕΕΕΣ, αναφορικά με τον αναγκαίο εξοπλισμό, δηλώνονται τα εξής: «[...] Μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικός εξοπλισμός Ο οικονομικός φορέας θα έχει στη διάθεσή του τα ακόλουθα μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικό εξοπλισμό για την εκτέλεση της σύμβασης: Παρακαλώ περιγράψτε Α) ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ: 1. ΠΛΩΤΟΣ ΓΕΡΑΝΟΣ ... (ΦΕΡΕΙ ΓΕΡΑΝΟ LIMA 2400B) / Ανυψωτική ικανότητα 120tn / ΙΔΙΟΚΤΗΤΟ (...) 2. ΦΟΡΤΗΓΙΔΑ ... Ι / Χωρητικότητα 940m³ / ΙΔΙΟΚΤΗΤΟ (...) 3. ΡΥΜΟΥΛΚΟ .../ Ιπποδύναμη 2000HP / ΜΙΣΘΩΜΕΝΟ ΑΠΟ «...» Ν. 959/79.». (2) Όσον αφορά

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

την εταιρεία ... Στο από 13.04.2021 ΕΕΕΣ της εταιρείας ... (ΣΧΕΤ. 2), όπως προκύπτει από τα στοιχεία που αναφέρονται στο πεδίο Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, του Μέρους II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, δηλώνεται ότι: «Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω; Απάντηση: Ναι Όνομα της οντότητας ... ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ με διακριτικό τίτλο ... (για την κάλυψη κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής». ικανότητας ως μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων ... - ...). Ταυτότητα της οντότητας ... Τύπος ταυτότητας VAT [...]». Επίσης στο πεδίο Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του Μέρους IV: Κριτήρια επιλογής του ίδιου ΕΕΕΣ, αναφορικά με τον αναγκαίο εξοπλισμό, δηλώνονται τα εξής: «[...] **Μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικός εξοπλισμός Ο οικονομικός φορέας θα έχει στη διάθεσή του τα ακόλουθα μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικό εξοπλισμό για την εκτέλεση της σύμβασης: Παρακαλώ περιγράψτε Οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ.3.β) καλύπτονται από το έτερο μέλος της ένωσης (...).**». (Γ) ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ Από τα υποβληθέντα ΕΕΕΣ των μελών της ένωσης με την επωνυμία «... – ...», αμφότερα τα οποία φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή της 13ης Απριλίου 2021, προκύπτει ότι τα μέλη της ένωσης στηρίζονται αμοιβαία για την πλήρωση από κοινού των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης. Ειδικώς όσον αφορά την εταιρεία ..., αυτή πληροί τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και, μεταξύ άλλων, διαθέτει το σύνολο του ελάχιστου αναγκαίου ειδικού εξοπλισμού για την εκτέλεση της σύμβασης (είτε πρόκειται για ιδιόκτητο είτε πρόκειται για μισθωμένο εξοπλισμό), σύμφωνα με το κριτήριο του άρθρου 22.Δ.3.β. Συγκεκριμένα διαθέτει: - 1. ΠΛΩΤΟ ΓΕΡΑΝΟ «...» (ΦΕΡΕΙ ΓΕΡΑΝΟ LIMA 2400B) / Ανυψωτική ικανότητα 120tn / ΙΔΙΟΚΤΗΤΟ (...) - 2. ΦΟΡΤΗΓΙΔΑ ... / Χωρητικότητα 940m3 / ΙΔΙΟΚΤΗΤΟ (...) - 3. ΡΥΜΟΥΛΚΟ .../ Ιπποδύναμη 2000HP / ΜΙΣΘΩΜΕΝΟ ΑΠΟ «...» Ειδικότερα, σχετικά με το μισθωμένο εξοπλισμό στον οποίο αναφέρεται η υπό

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

εξέταση προσφυγή, η εταιρεία ... έχει υπογράψει το από 12.04.2021 συμφωνητικό μίσθωσης του ρυμουλκού ...(Ιπποδύναμη 2000HP) με την πλοιοκτήτρια εταιρεία «...», (ΣΧΕΤ. 3). Με το συμφωνητικό αυτό - ήδη προ του χρόνου υπογραφής των ΕΕΕΣ εκ μέρους των μελών της παρεμβαίνουσας (13.04.2021) και προ της διενέργειας του διαγωνισμού (14.04.2021) – η εκμισθώτρια εταιρεία «...» έχει εκμισθώσει το παραπάνω μηχανήμα στη μισθώτρια εταιρεία ..., για τις ανάγκες της κατασκευής του παρόντος έργου. Συμφωνήθηκε ότι ως χρόνος έναρξης της μίσθωσης ορίζεται η ημερομηνία υπογραφής του συμφωνητικού (12.04.2021) και η διάρκεια της συμφωνήθηκε μέχρι την ολοκλήρωση των εργασιών της σύμβασης. Η μίσθωση θα λυθεί μόνον σε περίπτωση που η παρεμβαίνουσα ένωση δεν αναδειχθεί τελικώς ανάδοχος κατασκευής του έργου. Επομένως, πρόκειται για μίσθωση ενεργή, η οποία παράγει άμεσα τα αποτελέσματά της από την ημερομηνία υπογραφής της (δηλαδή από 12.04.2021) και, κατά συνέπεια, ήδη κατά το χρόνο υποβολής του φακέλου συμμετοχής στο διαγωνισμό (14.04.2021), η εταιρεία ... κατείχε νομίμως τον αναφερόμενο στο συμφωνητικό μίσθωσης εξοπλισμό. Ορθώς επομένως η εταιρεία ... δεν συμπλήρωσε το ΕΕΕΣ (που φέρει ημερομηνία 13.04.2021) ότι στηρίζεται στην ικανότητα της εκμισθώτριας εταιρείας «...», ως τρίτης, αναφορικά με το μισθωμένο από αυτήν μηχανήμα, εφόσον στις 13.04.2021 (οπότε υπέγραψε το υποβληθέν ΕΕΕΣ) η εταιρεία ... κατείχε ήδη νόμιμα (μέσω της μισθώσεως) το ρυμουλκό ...και, κατ' επέκταση, κάλυπτε εξ ιδίων δυνάμεων το ζητούμενο κριτήριο. Συνακόλουθα, οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας [ότι, τάχα η εταιρεία ... στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου για την κάλυψη της ζητούμενης ικανότητας του άρθρου 22.Δ.3.β σχετικά με το ρυμουλκό ιπποδύναμης τουλάχιστον 800HP, χωρίς νόμιμη επίκληση των ικανοτήτων του τρίτου, ήτοι της εταιρείας «...», από την οποία εκμισθώθηκε το ανωτέρω ρυμουλκό], πρέπει να απορριφθούν ως ερειδόμενοι επί εσφαλμένης προϋποθέσεως (ήτοι, επί της προϋποθέσεως, η οποία δεν συντρέχει – όπως προκύπτει από το συνυποβαλλόμενο μισθωτήριο συμφωνητικό, ότι τάχα δεν κατέχει η ... τον κρίσιμο εξοπλισμό) και ως αβάσιμοι. Ομοίως πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι και οι ισχυρισμοί όσον αφορά την εταιρεία ... ότι, δηλαδή, και αυτή θα έπρεπε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε τη στήριξή της στην εταιρεία «...», και όχι, όπως έπραξε, στην εταιρεία ..., η οποία δεν ικανοποιούσε τη σχετική απαίτηση αλλά στηριζόταν

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

στην παραπάνω εταιρεία «...». Ο ζητούμενος μηχανολογικός εξοπλισμός απαιτείται και αρκεί να διατίθεται από τον συμμετέχοντα (βλ. άρθρο 22.Δ Διακήρυξης), είτε πρόκειται για μεμονωμένο οικονομικό φορέα είτε για ένωση οικονομικών φορέων. Επομένως, η σαφής αναφορά σε 'συμμετέχοντα' επιβεβαιώνει ότι δεν πρόκειται για ικανότητα που πρέπει να διαθέτουν αυτοτελώς τα κατ' ιδίαν μέλη υποψήφιας ένωσης οικονομικών φορέων, αλλά – στο πλαίσιο της υποβαλλόμενης κοινής και ενιαίας προσφοράς της ένωσης - αρκεί ένα μέλος της ένωσης να καλύπτει το κριτήριο και να εισφέρει τον αναγκαίο εξοπλισμό για τις ανάγκες της κατασκευής, όπως συμβαίνει εν προκειμένω. Κατά συνέπεια, αντίθετα προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, εφόσον πρόκειται για κριτήριο που αφορά ενιαία την ένωση και δεν απαιτείται η πλήρωσή του αυτοτελώς από κάθε μέλος της, δεν συνέτρεχε λόγος η εταιρεία ... να δηλώσει στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε (με ημερομηνία υπογραφής 13.04.2021) τη στήριξη της στην τεχνική ικανότητα της ..., αλλά αρκούσε και αρκεί η αναφορά που έχει γίνει στη σχετική στήριξη για κάλυψη του κριτηρίου από την εταιρεία ..., η οποία πληρούσε αφ' εαυτής το σχετικό κριτήριο (από τις 12.04.2021), για τους λόγους που προαναφέρθηκαν. Στο πλαίσιο των ανωτέρω, όλοι οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι νόμω και ουσία αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν καθ' ολοκληρίαν. Σημειώνεται ότι υπάρχει σχετική πάγια θέση της νομολογίας και της νομικής επιστήμης επί των παραπάνω θεμάτων. Χαρακτηριστικά επί των ανωτέρω με την απόφαση ΔΕφΑθ **287/2017** (σκ. 7) (η οποία ελήφθη επί διαφοράς στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας διεπόμενης ομοίως από το ν. 4412/2016) κρίθηκαν τα εξής: «7. Επειδή, κατά την έννοια των παρατεθεισών διατάξεων, ο υποψήφιος ο οποίος επικαλείται ότι διαθέτει τεχνική ικανότητα και συγκεκριμένα τον εξοπλισμό, όπως αυτός περιγράφεται στο άρθρο 2.2.6 περ. γ), οφείλει να συμπεριλάβει στον υποφάκελο «Δικαιολογητικά συμμετοχής-Τεχνική προσφορά» της προσφοράς του, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 ΕΕΕΣ, στο οποίο να δηλώνει ότι διαθέτει τα περιγραφόμενα στη διάταξη αυτή μηχανήματα-οχήματα με τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές για την εκτέλεση της σύμβασης. Στην περίπτωση δε που δεν είναι ιδιοκτήτης των εν λόγω μηχανημάτων-οχημάτων οφείλει να προσκομίσει μόνον τα αποδεικτικά στοιχεία της νόμιμης κατοχής τούτων όχι δε και τα δικαιολογητικά που απαιτούνται ειδικώς και μόνον στην περίπτωση κατά

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

την οποία ο υποψήφιος αποφασίζει να χρησιμοποιήσει την ικανότητα άλλων φορέων σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης για την πλήρωση των οριζόμενων στα άρθρα 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης κριτήρια ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά του και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητά του. Ενόψει τούτων, εφόσον η παρεμβαίνουσα εν προκειμένω δεν είχε υποχρέωση να υποβάλει τα απαιτούμενα στο άρθρο 2.2.9.2 Β.9 δικαιολογητικά για το γεγονός **ότι διέθετε ήδη ως κάτοχος ορισμένα από τα αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης μηχανήματα-οχήματα, όπως αυτά περιγράφονται στο ΕΕΕΣ και την Τεχνική έκθεση που υπέβαλε με την προσφορά της, βάσει συμφωνητικών μίσθωσης και συνακόλουθα και την αποκλειστική διάθεσή τους και όχι την κυριότητά τους, δεν πιθανολογούνται σοβαρώς ως βάσιμοι οι παρατεθέντες στην προηγούμενη σκέψη ισχυρισμοί της αιτούσας και είναι απορριπτέοι**». Ομοίως έκριναν και οι αποφάσεις ΑΕΠΠ 971/2018 (βλ. σκ. 9) και 1024/2018 (βλ. σκ. 27). Επιπρόσθετα, προ της υποβολής των προσφορών και πάντως κατά το χρόνο έκδοσης του 1ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού (20.04.2021), το οποίο εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση, όσο και κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης (09.06.2021) είχε ήδη τεθεί σε ισχύ ο ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α' 36/09.03.2021), με το άρθρο 42 του οποίου τροποποιήθηκαν διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, το οποίο αφορά στις διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις πληροφοριών και δικαιολογητικών που υποβάλλουν οι διαγωνιζόμενοι κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών τους στο πλαίσιο διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης υπαγόμενης στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου Ι του νόμου αυτού». Στη συνέχεια ο παρεμβαίνων περιλαμβάνει ισχυρισμούς που αφορούν στο προσφάτως τροποποιηθέν άρθρο 102 ν. 4412/2016 και ισχυρίζεται «Κατ' επέκταση, βάσει των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή έχει πάντα τη δυνατότητα να ζητήσει από τους υποψηφίους διευκρινίσεις/ συμπληρώσεις επί των στοιχείων της προσφοράς τους ή/και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επομένως, υπό την αδόκητη υπόθεση εργασίας ότι θα ήταν αναγκαίες κάποιες διευκρινίσεις επί του ζητήματος της μίσθωσης του κρίσιμου εξοπλισμού, τότε προ του αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας – τον οποίο αβασίμως αιτείται η προσφεύγουσα, θα μπορούσε η Αναθέτουσα Αρχή να ζητήσει από την παρεμβαίνουσα να διευκρινίσει/ συμπληρώσει τυχόν ελλείψεις, αρκεί να

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

βεβαιώνεται γεγονός αντικειμενικά εξακριβώσιμο ότι ίσχυε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Εν προκειμένω, το συμφωνητικό μίσθωσης του κρίσιμου εξοπλισμού φέρει την από 12.04.2021 θεώρηση των υπογραφών των συμβαλλομένων μερών από αρμόδια υπηρεσία, συνεπώς επιβεβαιώνεται με αντικειμενικά εξακριβώσιμο τρόπο ότι ίσχυε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, γεγονός που καθιστά άνευ αντικειμένου τους αντίθετους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας.»

13. Επειδή ο προσφεύγων υπέβαλε το από 23.07.2021 Υπόμνημα του στη λειτουργικότητα επικοινωνία του διαγωνισμού, ωστόσο εκπροθέσμως και τούτο διότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 ν. 4412/2016 ως τροποποιηθέν ισχύει -από 01.06.2021- με το άρθρο 136 ν. 4782/2021 παρ. 1 περ. γ «*Συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή, αν αυτό δεν είναι εφικτό ή αν ο διαγωνισμός δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο, το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής*». Επομένως, το οικείο Υπόμνημα όφειλε να κατατεθεί νομίμως έως 12.07.2021 δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 07.07.2021 και στον προσφεύγοντα. Σημειώνεται ωστόσο ότι ο προσφεύγων επικαλείται και επισυνάπτει την Απόφαση 69/2020 του ΔΕφ Πατρών, προς επίρρωση των ισχυρισμών του.

14. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «*Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές*

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων ...».

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως :ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας,....καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων,.....ιδ) τη δυνατότητα υποβολής εναλλακτικών προσφορών, ..».

15. Επειδή το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» προβλέπει τα εξής : « 1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.[...] .5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος» .

16.Επειδή στο άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, ορίζεται « 1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. ...

Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.....

17.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, ορίζεται «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλειστούν,

β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77

γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς.....

[...]

3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή.[...]

5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.

Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή, εξαιρουμένων των συμβάσεων που βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α' της παρ. 5 του άρθρου 39, απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82. [...]

18. Επειδή με τον Εκτελεστικό Κανονισμό με αρ. 2016/7 της ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ της 5ης Ιανουαρίου 2016 για «την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας» ο οποίος λόγω της νομικής του φύσης είναι γενικής ισχύος, δεσμευτικός προς όλα τα μέρη του και ισχύει άμεσα σε κάθε κράτος μέλος (βλ. άρθρο 288 ΣΛΕΕ) ορίζεται «Το ΕΕΕΠ είναι υπεύθυνη δήλωση από τους οικονομικούς φορείς, ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη. Όπως προβλέπεται στο άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, πρόκειται για μια τυπική δήλωση του οικονομικού φορέα ότι δεν βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις λόγω της οποίας οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, ότι πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής και ότι, κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και τα κριτήρια που έχουν καθοριστεί για τον περιορισμό του αριθμού των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων που θα κληθούν να συμμετάσχουν. Στόχος του είναι να μειωθεί ο διοικητικός φόρτος που απορρέει από την απαίτηση προσκόμισης σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής.....Ένας οικονομικός φορέας που συμμετέχει μόνος του και ο οποίος δεν στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής, πρέπει να συμπληρώνει ένα ΕΕΕΠ.

Ένας οικονομικός φορέας που συμμετέχει μόνος του, αλλά στηρίζεται στις ικανότητες μιας ή περισσότερων άλλων οντοτήτων, πρέπει να μεριμνά ώστε η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας να λαμβάνει το δικό του ΕΕΕΠ μαζί με χωριστό ΕΕΕΠ όπου παρατίθενται οι σχετικές πληροφορίες (14) υποσ. 14 Βλέπε Μέρος II, Ενότητα Γ) για κάθε μία από τις οντότητες στις οποίες στηρίζεται.Το ΕΕΕΠ περιλαμβάνει τα ακόλουθα μέρη και ενότητες:.....

Μέρος IV. Κριτήρια επιλογής (16):

- α: Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής
- Α: Καταλληλότητα.
- Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια.
- Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.
- Δ: Συστήματα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης.....

Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα

Γ. Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων

Στήριξη:	Απάντηση:
Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια	<input type="checkbox"/> Ναι <input type="checkbox"/> Όχι

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;	
--	--

Εάν ναι, επισυνάψτε χωριστό έντυπο ΕΕΕΣ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του παρόντος μέρους και σύμφωνα με το μέρος ΙΙΙ, για κάθε ένα από τους σχετικούς φορείς, δεόντως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τους νομίμους εκπροσώπους αυτών.

Επισημαίνεται ότι θα πρέπει να περιλαμβάνονται επίσης το τεχνικό προσωπικό ή οι τεχνικές υπηρεσίες, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως οι υπεύθυνοι για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, το τεχνικό προσωπικό ή οι τεχνικές υπηρεσίες που θα έχει στη διάθεσή του ο οικονομικός φορέας για την εκτέλεση της σύμβασης. Εφόσον είναι σχετικές για την ειδική ικανότητα ή ικανότητες στις οποίες στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, παρακαλείσθε να συμπεριλάβετε τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τα μέρη IV και V για κάθε ένα από τους οικονομικούς φορείς.

19.Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται:

22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όλοι οι οικονομικοί φορείς (ημεδαποί και αλλοδαποί) ή ενώσεις αυτών, που επιθυμούν να συμμετέχουν στο διαγωνισμό απαιτείται να διαθέτουν: β) Επαρκή ειδικό εξοπλισμό για την εκτέλεση του έργου,

Σχετικά με τον απαιτούμενο μηχανολογικό εξοπλισμό ο συμμετέχων θα πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον: α) ένα (1) πλωτό γερανό ανυψωτικής ικανότητας τουλάχιστον 75tn, β) μία (1) φορτηγίδα χωρητικότητας τουλάχιστον 900μ³ γ) ένα (1) ρυμουλκό ιπποδύναμης τουλάχιστον 800HP.

23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)

Για την απόδειξη του κριτηρίου 3.β. του άρθρου 22 Δ. όλοι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να υποβάλλουν: • Κατάλογος του διατιθέμενου (κατ' ελάχιστον) ειδικού εξοπλισμού, όπως αυτός αναφέρεται στην παρ 3β. του άρθρου 22.Δ., συνοδευόμενο από τα τεχνικά χαρακτηριστικά, τα αντίστοιχα έγγραφα

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

λειτουργίας του σε ισχύ, ήτοι Πρωτόκολλο Γενικής Επιθεώρησης, και τα αποδεικτικά κυριότητας, ήτοι Έγγραφα Εθνικότητας. Για τον εξοπλισμό που δεν είναι ιδιόκτητος υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του παρόχου του εξοπλισμού, ότι διαθέτει τον απαραίτητο σχετικό εξοπλισμό και αποδέχεται την μίσθωση αυτού προς τον οικονομικό φορέα για το συγκεκριμένο έργο συνοδευόμενη από:

1. *Ιδιωτικό Συμφωνητικό αποκλειστικής μίσθωσης για το συγκεκριμένο έργο.*
2. *Κατάλογο του εξοπλισμού συνοδευόμενο από τα τεχνικά χαρακτηριστικά, τα έγγραφα λειτουργίας σε ισχύ, ήτοι Πρωτόκολλο Γενικής Επιθεώρησης, και τα αποδεικτικά κυριότητας, ήτοι Έγγραφα Εθνικότητας.*

22.ΣΤ. Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)

Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη.

Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων (για τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα).

« Άρθρο 23: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής

23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016..... Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ κάθε φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται.

20. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου....*», «*οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

21. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

22. Επειδή αναφορικά με την ύπαρξη δικαιώματος του οικονομικού φορέα να στηριχθεί σε πόρους τρίτων, έχει κριθεί από τη νομολογία του Δικαστηρίου, υπό το προηγούμενο καθεστώς η οποία ωστόσο ενσωματώθηκε στις διατάξεις του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. και αιτιολογική σκέψη της εν λόγω Οδηγίας με αρ. 2), ότι δεν επιβάλλονται ουσιαστικοί περιορισμοί ως προς τις περιστάσεις υπό τις οποίες οικονομικός φορέας μπορεί να επικαλεστεί τους πόρους ενός άλλου φορέα κατά την υποβολή προσφοράς για την ανάθεση δημοσίας συμβάσεως τουναντίον 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 συμβάσεως (C-324/14, Partner Apelski Dariusz, ECLI:EU:C:2016:214, σκ. 35). Συγκεκριμένα παγίως η νομολογία αναγνωρίζει το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων θα έχει όντως στη διάθεσή του τους πόρους των εν λόγω φορέων, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών. Περαιτέρω, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

στις δημόσιες συμβάσεις (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C- 94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 34 καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Εξάλλου, το Δικαστήριο ήδη προ 20ετίας έκρινε στην υπόθεση Holst Italia (C- 176/98, EU:C:1999:593), και επιβεβαιώθηκε στη συνέχεια με το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18, ότι ο χαρακτήρας των νομικών δεσμών μεταξύ του οικονομικού φορέα και του τρίτου ή των τρίτων στον οποίο/στους οποίους αυτός επιδιώκει να στηριχθεί, δεν ασκεί επιρροή. Επομένως, υπό το πρίσμα της νομολογίας του Δικαστηρίου, δεν απαγορεύεται καταρχήν στον προσφέροντα να στηριχθεί επιπροσθέτως σε δυνατότητες άλλων φορέων προκειμένου να ενισχύσει τη θέση του κατά τη διαδικασία αναθέσεως. (βλ. ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ Niilo JÄÄSKINEN της 8ης Σεπτεμβρίου 2015 στην Υπόθεση C- 324/14 PARTNER Apelski Dariusz κατά Zarząd Oczyszczania Miasta σκ. 23-26)

23.Επειδή για την ιδιότητα του “τρίτου” στην περίπτωση νομικών προσώπων, αρκεί η αυτοτελής νομική προσωπικότητα ασχέτως δεσμών ή διαχειριστικής ή νομικής εξάρτησης του τρίτου με τον ανάδοχο (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 415/2013 και Αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 14.4.1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep I, Συλλογή 1994, σ. Ι1289, σκέψεις 15-18 και της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep II, Συλλογή 1997, σ. Ι-7549, σκέψεις 12, 13).

24. Επειδή κατ’ εξουσιοδότηση του άρθρου 2 παρ. 2 περ. δ’ του ν. 4013/2011, η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή δημοσίων Συμβάσεων προβαίνει στην έκδοση Κατευθυντηρίων Οδηγιών (ΚΟ) μη δεσμευτικού χαρακτήρα επί ζητημάτων που εμπίπτουν στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων και προς διευκόλυνση των εμπλεκόμενων φορέων.

Εν προκειμένω:

β) Στην με αρ. 14/2016 ΚΟ με αντικείμενο τη «Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» αναφέρεται ότι «...ναι μεν επιτρέπεται η επίκληση εμπειρίας ή και μέσω των τρίτων, οσάκις ενδείκνυται και για δεδομένη σύμβαση, όμως η παροχή και η χρήση των ικανοτήτων αυτών πρέπει αφενός να αποδεικνύεται, αφετέρου να είναι απολύτως δεσμευτική για τα συμβαλλόμενα μέρη, αλλά και επιπλέον να παρέχονται ικανές εγγυήσεις στην αναθέτουσα αρχή ώστε λυσιτελώς να

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

εξασφαλίζεται αυτή για την έντεχνη, προσήκουσα και άρτια εκτέλεση του έργου. Επίσης προβλέπεται ότι «V. Η δάνεια εμπειρία στο πλαίσιο των νέων οδηγιών 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ»η δυνατότητα επίκλησης ικανότητας τρίτου φορέα σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να επιτρέπει στον τρίτο την “ανάμειξη” του σε δημόσια σύμβαση, όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής τα οποία απαιτούνται για τον ίδιο τον προσφέροντα, ή συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού. Σε αντίθετη περίπτωση, αυτό θα σήμαινε την ευθεία παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Τα ανωτέρω επιτάσσονται σαφώς και ρητώς από τις σχετικές διατάξεις των νέων οδηγιών. Συνακόλουθα, η μη διασφάλιση της σοβαρότητας και δεσμευτικότητας των προθέσεων τόσο του τρίτου όσο και του προσφέροντα καθώς και η μη παροχή εγγυήσεων προς την αναθέτουσα αρχή για τη διάθεση συγκεκριμένων πόρων θα ισοδυναμούσε με ευθεία παραβίαση της οδηγίας, που επιτάσσει ότι οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, και δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί ο αντικειμενικός σκοπός που είναι η προσήκουσα, έγκαιρη και έντεχνη εκτέλεση του έργου».[...]

Στην ΚΟ 23 «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ)», ομοίως της ΕΑΑΔΗΣΥ ορίζεται ότι «Μέρος II. Ενότητα Γ Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη σε ικανότητες άλλων φορέων»

[...] «...Διευκρινίζεται ότι, σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, επισυνάπτεται χωριστό έντυπο ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ με τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τις ενότητες Α και Β του Μέρους II και σύμφωνα με το μέρος III, για κάθε ένα από τους σχετικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται. [...].

Το σύνολο των ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ των τρίτων, στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, συνυποβάλλονται από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα εντός του φακέλου (φυσικού ή ηλεκτρονικού) «Δικαιολογητικά Συμμετοχής».

Το/α χωριστό/ά ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ θα πρέπει να είναι δεόντως συμπληρωμένο/α και υπογεγραμμένο/α από τον νόμιμο εκπρόσωπο του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79Α του ν.4412/2016. (σελ.16-17).....

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

Επισημαίνεται, τέλος, ότι οι κατασκευαστές/ παραγωγοί ή/ και οι κάθε είδους «προμηθευτές» ειδών/ υλικών/ προϊόντων των οικονομικών φορέων/συμμετεχόντων δεν αποτελούν, κατά γενικό κανόνα, τρίτους φορείς, υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στις ικανότητες των οποίων αυτοί στηρίζονται και, συνεπώς, δεν απαιτείται η υποβολή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ εκ μέρους τους, με την επιφύλαξη των οριζόμενων στην επόμενη παράγραφο.

Στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής για τον έλεγχο της καταλληλότητας των προσφερόντων, όπως να διαθέτει συγκεκριμένες εγκαταστάσεις, μηχανήματα ή τεχνικό εξοπλισμό για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, τότε, εφόσον ο προσφέρων δεν διαθέτει ο ίδιος τις απαιτούμενες εγκαταστάσεις ή μηχανήματα και στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων ως προς αυτά, ο οικονομικός φορέας που παρέχει στον προσφέροντα τις εν λόγω εγκαταστάσεις/μηχανήματα είναι τρίτος, κατά τα προαναφερθέντα, και απαιτείται να προσκομίσει ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, στο οποίο δηλώνει ότι στηρίζει τον προσφέροντα ως προς το συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής, ήτοι διαθέτει τις συγκεκριμένες εγκαταστάσεις/ μηχανήματα που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή.

25. Επειδή ενόψει των αρχών της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η συνυποβολή της υπεύθυνης δήλωσης στο σταθερό χρονικό σημείο της υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων με το προβλεπόμενο σε αυτές περιεχόμενο, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του εν λόγω κανόνα εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή παράλειψη συνυποβολής με την προσφορά, της δήλωσης αυτής ή υποβολής ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, καθιστά την υποβληθείσα προσφορά του απαράδεκτη (βλ. Ε.Α. Σ.Τ.Ε. 1319, 668, 422,133/2009).

26. Επειδή, από τις προαναφερόμενες διατάξεις της διακήρυξης και, ιδίως, εκείνες του ΕΕΕΣ, που αποτελεί συμβατικό έγγραφο, προκύπτει ότι για την παραδεκτή συμμετοχή στον επίδικο διαγωνισμό συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, ο οποίος στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, απαιτείται αυτός (ο συμμετέχων οικονομικός φορέας) να συνυποβάλει με την προσφορά του τόσο το ΕΕΕΣ που αφορά τον ίδιο, όσο

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

και, χωριστό έντυπο ΕΕΕΣ για καθένα από τους οικονομικούς φορείς στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, το οποίο απαιτείται να είναι «δεόντως» συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο από τους νόμιμους εκπροσώπους των εν λόγω φορέων. Εξάλλου, η υποβολή του πιο πάνω δικαιολογητικού συνιστά ουσιώδη τυπική προϋπόθεση για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και, συνεπώς, αν το δικαιολογητικό αυτό δεν υποβληθεί ή υποβληθεί δικαιολογητικό μη νομότυπο, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Ενόψει αυτών, οικονομικός φορέας ο οποίος συμμετέχει στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία, εφόσον δεν υποβάλει με την προσφορά το πιο πάνω δικαιολογητικό (ΕΕΕΣ) ή υποβάλει μη νομότυπο εν λόγω δικαιολογητικό, όχι μόνο για τον ίδιο αλλά και για τους τρίτους οικονομικούς φορείς, στις ικανότητες των οποίων αυτός στηρίζεται, αποκλείεται από το διαγωνισμό (βλ. και *ad hoc* ΔΕφΑθ 136/2018 σκ.12).

27.Επειδή σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

28. Επειδή το ΕΕΕΣ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον προσφέροντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Ωστόσο, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων από την αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση που αφενός μεν ο οικονομικός φορέας προσκομίζει έγγραφα και δικαιολογητικά προς απόδειξη

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

τους, καίτοι δεν υποχρεούνται, και αφετέρου αμφισβητούνται με επίκληση συγκεκριμένων λόγων από έτερο διαγωνιζόμενο.

Σε αντίθετη περίπτωση, θα καθίσταντο δυνατή η συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που δηλώνουν ανακριβή ή ψευδή στοιχεία, θα παραβιάζονταν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων με την εν τοις πράγμασι εξίσωση φορέων που πληρούν και φορέων που δεν πληρούν ρητούς όρους της Διακήρυξης, εις βάρος της οικονομίας της διαγωνιστικής διαδικασίας (ΑΕΠΠ 377/2018 σκ.50) Επομένως, μια τέτοια ερμηνεία παρίσταται εντέλει μη συμβατή με τον σκοπό καθιέρωσης του συστήματος προκαταρκτικής, πλην σε κάθε περίπτωση μαχητής, απόδειξης, καθόσον λειτουργεί εις βάρος της αποτελεσματικότητας, ταχύτητας και του ιδίου του δημοσίου συμφέροντος, εκθέτοντας περαιτέρω σε βλάβη την αναθέτουσα και τους μετέχοντες και ιδίως προσβάλλοντας θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και δεν δύναται να γίνει δεκτή (βλ. ΑΕΠΠ 96/2017 σκ.8, παρ. 5 του άρθρου 79 και την προηγούμενη σκέψη της παρούσας).

29. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η παρεμβαίνουσα στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου για την κάλυψη της απαίτησης του άρθρου 22.Δ.3.β σχετικά με τη διάθεση ρυμουλκού ιπποδύναμης τουλάχιστον 800HP. Τούτο συνεπάγεται, κατά τους ισχυρισμούς του: α) υποχρέωση της ... περί δήλωσης στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της στήριξης της στις ικανότητες τρίτου, β) υποχρέωση της ... επισύναψης ΕΕΕΣ του τρίτου «δανειστή ικανότητας» και συγκεκριμένα της ... και γ) έλεγχο των τελευταίων από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016. Τις υποχρεώσεις αυτές δεν ικανοποίησε η ... και κατά συνέπεια και η μειοδότηρια ένωση πρέπει να αποκλεισθεί, ενώ μη νόμιμα έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση. Ομοίως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η ... (τρίτη εταιρεία) παρέχει την στήριξη της όχι μόνο στην ..., αλλά στην Ένωση συνολικά και ως εκ τούτου και η ... θα έπρεπε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ της τη στήριξη της στην τεχνική ικανότητα της ..., ενώ μη νόμιμα περιορίσθηκε να δηλώσει απλά και μόνο τη στήριξη της στην ... που και η ίδια δεν ικανοποιούσε την επίμαχη απαίτηση. Επομένως, αμφότερα τα ΕΕΕΣ των μελών της μειοδότηριας ένωσης επομένως

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

είναι πλημμελή και μη νόμιμα ενώ δεν προσκομίσθηκε και το ΕΕΕΣ της ... που σε κάθε περίπτωση ήταν απαιτητό επί ποινή αποκλεισμού

Ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι, όσον αφορά τον ελάχιστο αναγκαίο ειδικό εξοπλισμό, η Διακήρυξη δεν απαιτεί ιδιοκτησία/ κυριότητα του πράγματος, αλλά αρκείται στην εκ μέρους των υποψηφίων διάθεση του εξοπλισμού (εν γένει και καθ' οιονδήποτε τρόπο), δηλαδή κατοχή του πράγματος από τον ανάδοχο. Ως εκ τούτου, η εκ μέρους του υποψηφίου ενεργή και ισχύουσα κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς (και συνεπώς 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 εξοπλισμού), συνιστά την κατά τη διακήρυξη απαιτούμενη «ικανότητα» και επαρκές μέσο για την απευθείας και αναμφισβήτητη πλήρωση του κριτηρίου από τον ίδιο τον ανάδοχο, ο δε εκμισθωτής δεν συνιστά «δανείζοντα» τρίτο οικονομικό φορέα, κατ' άρθρο 78 του ν. 4412/2016 ή κατ' άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης. Ομοίως ισχυρίζεται ότι πρόκειται για μίσθωση ενεργή, η οποία παράγει άμεσα τα αποτελέσματά της από την ημερομηνία υπογραφής της (δηλαδή από 12.04.2021) και, κατά συνέπεια, ήδη κατά το χρόνο υποβολής του φακέλου συμμετοχής στο διαγωνισμό (14.04.2021), η εταιρεία ... κατείχε νομίμως τον αναφερόμενο στο συμφωνητικό μίσθωσης εξοπλισμό.

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η εταιρεία ... δήλωσε με το ΕΕΕΣ της ότι διαθέτει τον αναγκαίο εξοπλισμό του κριτηρίου 3.β του άρθρου 22 Δ της διακήρυξης, μέρος του οποίου δήλωσε ότι είναι ιδιόκτητος και μέρος του οποίου δήλωσε ότι είναι μισθωμένος. Με δεδομένο αφενός ότι στο άρθρο 22 Δ της διακήρυξης δεν γίνεται κάποια διάκριση ως προς το εάν ο διατιθέμενος εξοπλισμός είναι ιδιόκτητος ή μισθωμένος, αλλά ορίζεται γενικά ότι οι συμμετέχοντες πρέπει να διαθέτουν τον εξοπλισμό, και αφετέρου ότι στο άρθρο 23.6 καθορίζονται ρητά τα δικαιολογητικά που πρέπει να υποβληθούν από τον προσωρινό μειοδότη κατά περίπτωση, εκτιμήθηκε ότι πρέπει να γίνει δεκτή η προσφορά του Οικονομικού Φορέα «...- ...».

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

30.Επειδή, βάσει του άρθρου 78 του ν.4412/2016 καθιερώνεται το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο προσφέρων θα έχει όντως στη διάθεσή του τους πόρους των εν λόγω φορέων, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Επομένως, και υπό το πρίσμα της νομολογίας του Δικαστηρίου, δεν απαγορεύεται καταρχήν στον προσφέροντα να στηριχθεί επιπροσθέτως σε δυνατότητες άλλων φορέων προκειμένου να ενισχύσει τη θέση του κατά τη διαδικασία αναθέσεως. Στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής για τον έλεγχο της καταλληλότητας των προσφερόντων, όπως να διαθέτει συγκεκριμένες εγκαταστάσεις, μηχανήματα ή τεχνικό εξοπλισμό για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, τότε, εφόσον ο προσφέρων δεν διαθέτει ο ίδιος τις απαιτούμενες εγκαταστάσεις ή μηχανήματα και στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων ως προς αυτά, ο οικονομικός φορέας που παρέχει στον προσφέροντα τις εν λόγω εγκαταστάσεις/μηχανήματα είναι τρίτος, κατά τα προαναφερθέντα, και απαιτείται να προσκομίσει ΕΕΕΣ, στο οποίο δηλώνει ότι στηρίζει τον προσφέροντα ως προς το συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής, ήτοι διαθέτει τις συγκεκριμένες εγκαταστάσεις/ μηχανήματα που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή.

31.Επειδή, εν προκειμένω, δεν δύναται να αμφισβητηθεί βασίμως το γεγονός ότι το ρυμουλκό ιπποδύναμης τουλάχιστον 800HP εντάσσεται στην «τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» του προσφέροντος (βλ. άρθρο 22.Δ Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» παρ. 2 περ. β «Εξοπλισμός...» υποπερ. γ της διακήρυξης).

Επίσης, δεν δύναται να αμφισβητηθεί βασίμως ότι η διακήρυξη απαιτεί ρητά και με σαφήνεια ότι ο συμμετέχων θα πρέπει να «διαθέτει» το επίμαχο ρυμουλκό (ο.π αρ. 22.Δ παρ. 2 β) χωρίς να θέτει οιαδήποτε απαίτηση περί του καθεστώτος κατοχής του. Ομοίως δεν δύναται να αμφισβητηθεί βασίμως ότι για την απόδειξη της ως άνω διάθεσης (αρ. 23.6), που κατατίθεται με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, απαιτούνται μεταξύ άλλων τα έγγραφα κυριότητας, ωστόσο εφόσον ο εξοπλισμός δεν είναι ιδιόκτητος απαιτείται: υπεύθυνη δήλωση του παρόχου του

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

εξοπλισμού, ότι διαθέτει τον απαραίτητο σχετικό εξοπλισμό και αποδέχεται την μίσθωση αυτού προς τον οικονομικό φορέα για το συγκεκριμένο έργο συνοδευόμενη από: Ιδιωτικό Συμφωνητικό αποκλειστικής μίσθωσης για το συγκεκριμένο έργο, Κατάλογο του εξοπλισμού συνοδευόμενο από τα τεχνικά χαρακτηριστικά, τα έγγραφα λειτουργίας σε ισχύ, ήτοι Πρωτόκολλο Γενικής Επιθεώρησης, και τα αποδεικτικά κυριότητας, ήτοι Έγγραφα Εθνικότητας. Επομένως, καταρχήν όχι μόνο η διακήρυξη δεν απαγορεύει τη μίσθωση, αλλά τουναντίον προβλέπει ρητά την εν λόγω περίπτωση και την αποδέχεται ρητά ως (προ)απόδειξη διάθεσης του επίμαχου εξοπλισμού, κατά τη γραμματική ερμηνεία δε των όρων της διακήρυξης, αυτή αρκείται ως αποδεικτικό διάθεσης του επίμαχου εξοπλισμού σε υπεύθυνη δήλωση του παρόχου του εξοπλισμού ότι διαθέτει τον απαραίτητο εξοπλισμό και αποδέχεται την μίσθωση συνοδευόμενη από ιδιωτικό συμφωνητικό αποκλειστικής μίσθωσης για το συγκεκριμένο έργο, ουδόλως δηλαδή απαιτείται από τη διακήρυξη να είναι αποκλειστικά ιδιόκτητος ο εξοπλισμός. Το δε μέλος της ένωσης της παρεμβαίνουσας -...-, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου δήλωσε ότι «διέθετε» κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ως μισθωτής τον εν λόγω τεχνικό εξοπλισμό και το δήλωσε στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ (βλ. σελ. 17 του ΕΕΕΣ του όπου αναγράφει στο πεδίο «Μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικός εξοπλισμός», «3. *ΡΥΜΟΥΛΚΟ .../ Ιπποδύναμη 2000HP / ΜΙΣΘΩΜΕΝΟ ΑΠΟ «...» Ν. 959/79*». Ούτε δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι αμφότερα τα μέλη της ένωσης όφειλαν να δηλώσουν την οικεία μίσθωση, ως αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων με το 2^ο λόγο της προσφυγής και τούτο διότι κατά τις σαφείς διατάξεις της διακήρυξης «Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση και για τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (αρ. 22. ΣΤ της διακήρυξης), ήτοι αρκεί η δήλωση εκ μέρους του ενός μέλους της Ένωσης περί της μίσθωσης δοθέντος ότι η ... δήλωσε στο ΕΕΕΣ της (σελ. 7) ότι βασίζεται στις ικανότητες της ... (έτερο μέλος της ένωσης) για την κάλυψη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ομοίως στη σελ. 15 του ΕΕΕΣ της δήλωσε ότι απαιτήσεις επί του εξοπλισμού καλύπτονται από το έτερο μέλος της ένωσης που ρητά ονομάτισε. Τυχόν δε αποδοχή των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος άγει σε καταστρατήγηση των όρων της διακήρυξης και σε μη νόμιμο αποκλεισμό συμμετέχοντος για λόγους που ουδόλως προβλέπονταν στη διακήρυξη.

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

32. Επειδή, αναφορικά με τον 1^ο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα κάτωθι: Σύμφωνα με το άρθρο 574 «Έννοια Μίσθωσης» του Αστικού Κώδικα (ΑΚ): *«Με τη σύμβαση της μίσθωσης πράγματος ο εκμισθωτής έχει υποχρέωση να παραχωρήσει στο μισθωτή τη χρήση του πράγματος για όσο χρόνο διαρκεί η σύμβαση και ο μισθωτής να καταβάλει το συμφωνημένο μίσθωμα»*. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 974 «Έννοια νομής και κατοχής» του Αστικού Κώδικα: *«Όποιος απέκτησε τη φυσική εξουσία πάνω στο πράγμα (κατοχή) είναι νομέας του, αν ασκεί την εξουσία αυτή με διάνοια κυρίου»*. Σύμφωνα με το άρθρο 977 «Προστασία κατόχου» του ΑΚ: *«Σε περίπτωση παράνομης διατάραξης της νομής πράγματος ή δικαιώματος ή αποβολής απ' αυτήν έχει κατά τρίτων τις αγωγές της νομής και εκείνος που απέκτησε την κατοχή του πράγματος ή του δικαιώματος από το νομέα ως μισθωτής ή θεματοφύλακας ή με άλλη παρόμοια σχέση»*.

Επομένως, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, βάσει των εκ μέρους της ... ΑΕ δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ της (υπογραφέν στις 13.04.2021) και του από 12.04.2021 Συμφωνητικού μίσθωσης Εξοπλισμού μεταξύ της ... και της ..., θεωρημένο για το γνήσιο των υπογραφών από ΚΕΠ αυθημερόν (12.04.2021), και προγενέστερο της ημερομηνίας κατάθεσης προσφορών, προκύπτει ότι το Μέλος της παρεμβαίνουσας Ένωσης «...» είχε ήδη μισθώσει ήτοι διέθετε ήδη τον επίμαχο εξοπλισμό ως μισθώτρια δύναμη σύμβασης μίσθωσης η οποία ισχύει και προ της υποβολής της προσφοράς της καθού και τούτο διότι, ρητά αναγράφεται στο ως άνω συμφωνητικό ότι η ... *«εκμισθώνει σήμερα το Μίσθιο μηχανήμα προς τον Μισθωτή (...).»*, *«ως χρόνος έναρξης της μίσθωσης ορίζεται η ημερομηνία υπογραφής του παρόντος»* (12.04.2021)... *«Το μηνιαίο μίσθωμα ορίζεται στο ποσό των δέκα χιλιάδων ευρώ (10.000) προ ΦΠΑ»*.

33. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις της διακήρυξης «22.ΣΤ Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» ρητά ορίζεται ότι *« Όσον αφορά τα κριτήριατα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ένας οικονομικός φορέας, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων,*

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα».

34. Επειδή, 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 τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Με τη σειρά του αυτό σημαίνει ότι το δανειζόμενο προσόν πρέπει να αντιστοιχεί στο ζητούμενο 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 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 για το λόγο αυτό άλλωστε ανέκαθεν απαιτούνται σχετικές δεσμεύσεις εκ του δανείζοντος. 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 η διατύπωσή της αρκείται απλώς στην (εν γένει και καθ' οιονδήποτε**

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

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 εισέτι 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. 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. 78 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.

35. Επειδή, κατόπιν και της αμέσως προηγούμενης σκέψης, προκύπτει ότι το κριτήριο επιλογής του όρου 22.Δ περ. β' της διακήρυξης συντρέχει στο πρόσωπο του προσφέροντος όταν ο προσφέρων διαθέτει κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, έστω και μισθωμένο το ρυμουλκό, δηλαδή συνιστά μισθωτή ρυμουλκού με τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά και έχει ήδη κατά την υποβολή της προσφοράς του κατοχή επ' αυτού και δυνατότητα

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

χρήσεώς του για κάθε δραστηριότητα συνεχόμενη με την εκτέλεση του προκείμενου συμβατικού αντικειμένου. Άρα, η συνδρομή ενεργής, ισχύουσας και διανυόμενης κατοχής του προσφέροντος στο ρυμουλκό και ιδιότητας μισθωτή επ' αυτού συνιστούν ζητούμενο από την παραπάνω απαίτηση, η οποία, κατά συνέπεια πληρείται δια μόνης της ιδιότητας του μισθωτή ενός τέτοιου μέσου, εφόσον βέβαια τούτο συντρέχει κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς. Αφού δε η διακήρυξη αρκείται ο προσφέρων να διαθέτει ιδιόκτητο ή μισθωμένο τέτοιο μέσο, επιτρέπεται το ισοδύναμο των δύο καταστάσεων, και προκύπτει ότι κατά την έννοια του παραπάνω όρου, ο προσφέρων (ο ίδιος) «διαθέτει» κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του το ρυμουλκό, όταν ήδη το μισθώνει προ της κατάθεσης της προσφοράς του. (βλ. ad hoc Απόφαση ΔΕφ Αθ 287/2017 (σκ. 7), Αποφάσεις ΑΕΠΠ 237/2018 σκ. 20 και 818/2018 Εισ. Χ. Ζαράρη σκ. 60, αλλά και ΕΠΙΚΑΙΡΟΠΟΙΗΜΕΝΟ ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΔΙΑΚΗΡΥΞΕΩΝ ΔΥΝΑΜΙΚΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΑΓΟΡΩΝ της ΕΑΑΔΗΣΥ <https://www.eaadhsy.gr/index.php/category-articles-gia-tous-foreis/17-c-protypa/630-epikairopoiimena-ypodeigmata-diakiryxeon-dynamikou-systimatos-agoron-kai-symfonias-plaisio-promitheias-agathon-meso-esidis-2021> σελ. 24, όπου αναφέρεται ρητά «*Επισημαίνεται ότι η μίσθωση οχήματος ή η κατοχή του από τον προσφέροντα, βάσει άλλης νομικής σχέσης με τρίτο πρόσωπο (πχ, παραχώρηση χρήσης με ή χωρίς αντάλλαγμα), δεν αποτελεί στήριξη στις ικανότητες τρίτου. Συνεπώς, δεν απαιτείται η υποβολή ΕΕΕΣ του τρίτου, εφόσον η κατοχή του οχήματος από τον αιτούντα οικονομικό φορέα, υφίσταται ήδη κατά τον χρόνο της υποβολής του ΕΕΕΣ*]. Επομένως, κρίνονται απορριπτέοι οι οικείοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος και γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος. Ο δε προσφεύγων δεν ισχυρίζεται ότι αφορά τυχόν σε εικονική μίσθωση με σκοπό την καταστρατήγηση του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, ως όχημα παράκαμψης των απαιτήσεων της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του ν. 4412/2016 καθώς και του Εκτελεστικού Κανονισμού 2016/7 περί ΕΕΕΣ. Η ίδια δε η διακήρυξη απαιτούσε Ιδιωτικό Συμφωνητικό αποκλειστικής μίσθωσης για το συγκεκριμένο έργο, δηλαδή η κρίση περί της απόρριψης του οικείου λόγου της προσφυγής δεν αναιρείται, από το γεγονός ότι στο συμφωνητικό μίσθωσης αναγράφεται ότι «*η παρούσα μίσθωση θα λυθεί χωρίς περαιτέρω διατυπώσεις αζημίως για τα 2 μέρη εφόσον η ΚΠ...δεν*

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

*αναδειχθεί τελικά ανάδοχος κατασκευής του έργου». Αναφορικά με την με αρ. Ν69/2020 Απόφαση ΔΕΦΠΑτρών, δεν προκύπτει εάν από τα οικεία ιδιωτικά συμφωνητικά μίσθωσης εξοπλισμού ήταν ενεργά και κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, ως εν προκειμένω, ενώ ρητά αναφέρεται ότι «θα διαθέσει», παράλληλα ρητά αναφέρεται (σκ. 13 της εν λόγω απόφασης) ότι «*Επομένως, ευλόγως μπορεί να υποστηριχθεί ότι η αιτούσα δεν θα μπορούσε να εκπληρώσει, αυτοτελώς, τις συμβατικές της υποχρεώσεις, χωρίς τη συνδρομή των ανωτέρω φορέων, ιδίως δε των εταιριών «ΕΤΑΙΡΕΙΑ 6.» και «ΕΤΑΙΡΕΙΑ 8.»*, οι οποίες θα διαθέσουν σε αυτήν το απαιτούμενο για την εκτέλεση της σύμβασης εξειδικευμένο προσωπικό», χωρίς να γίνεται πλέον ειδική μνεία στον εξοπλισμό. Επομένως, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος και κρίνονται απορριπτέοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος.*

36.Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

37. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

38.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στις 18 Αυγούστου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1361/2021

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
Ελένη Α. Λεπίδα

α/α Γεώργιος Βασίλειος Ελευθεριάδης