

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 22-11-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Μαργαρίτα Καναβά, στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 15-10-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1949/18-10-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του από 29-10-2021, κατόπιν της από 19-10-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, παρεμβαίνοντος «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 7-10-2021 και υπ'αριθμ. και με ΑΔΑ: απόφασης του Αναθέτοντα Φορέα, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτός ο παρεμβαίνων, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 5.803.407.93 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 7-12-2020, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 11-12-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 1-11-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 5-11-2021 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ., ποσού ευρώ 15.000.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως

και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προσφυγή του δεύτερου απόδεκτου μειοδότη κατά της εκτελεστής πράξης αποδοχής δικαιολογητικών συμμετοχής-οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτός ο ομοίως εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, παρεμβαίνων. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο παρεμβαίνων στο ΕΕΕΣ του δήλωσε στήριξη προς πλήρωση κριτηρίων επιλογής και δη, για τους όρους 22.Δ.β και 23.6.δ της διακήρυξης, στον τρίτο οικονομικό φορέα, υποβάλλοντας σχετικά και το ΕΕΕΣ του. Το δε ως άνω κριτήριο επιλογής ορίζει ότι «22.Δ.β... Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν εκτελέσει κατά την τελευταία πενταετία (2015 – 2019) ένα τουλάχιστον έργο στην κατηγορία «υδραυλικά» ή «οικοδομικά» με συνολικό προϋπολογισμό δημοπράτησης δυο εκατομμύρια εννιακόσιες χιλιάδες ευρώ (2.900.000,00 €) και υποχρεούνται να καταθέσουν τα δικαιολογητικά της παρ. 23.6 του άρθρου 23 της παρούσας.» και ο όρος 23.6.δ ότι «Από κατάλογο των εκτελεσμένων έργων κατά την τελευταία πενταετία (2015 – 2019), συνοδευόμενος από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσής τους, από τα οποία αποδεικνύεται ότι έχουν εκτελέσει ποιοτικά και ποσοτικά με το δημοπρατούμενο έργο, συμπεριλαμβανομένου ένα τουλάχιστον έργο στην κατηγορία «υδραυλικά» ή «οικοδομικά» με συνολικό προϋπολογισμό δημοπράτησης δυο εκατομμύρια εννιακόσιες χιλιάδες ευρώ (2.900.000,00 €) πλέον Φ.Π.Α. Τα πιστοποιητικά αυτά αναφέρουν τον τίτλο της σύμβασης – ονομασία έργου, τον προϋπολογισμό δημοπράτησης (χωρίς Φ.Π.Α.) και την τελική αξία της σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.), το χρόνο και τον τόπο εκτέλεσης των έργων και διευκρινίζουν αν τα έργα εκτελέστηκαν κατά τους κανόνες της τέχνης και αν περατώθηκαν κανονικά. Στον κατάλογο θα πρέπει επίσης να περιλαμβάνεται και ο επιμερισμός των εργασιών κάθε επιχείρησης στην σύμβαση (ποσοστό και είδος συμμετοχής σε περίπτωση ένωσης ή κοινοπραξίας), καθώς και να γίνεται περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης.». Προς τούτο και στο ερώτημα του ΕΕΕΣ περί προηγούμενης εμπειρίας, ο παρεμβαίνων παραπέμπει στον ως άνω τρίτομ αναφέροντας σχετικά στο ΜΕΡΟΣ IV ΕΝΟΤΗΤΑ Γ αυτού ότι «Η εταιρεία

"....." παρέχει δάνεια εμπειρία στην εταιρεία "....." για την κάλυψη των κριτηρίων 22.Δ.β και 23.6.δ της διακήρυξης. Συγκεκριμένα έχει εκτελέσει το έργο «.....» ως μέλος της αναδόχου", με ποσοστό συμμετοχής 50%, Αρχικού Προϋπολογισμού Δημοπρατησης : 8.830.000,00 Ευρώ πλέον ΦΠΑ, Αρχικού ποσού Σύμβασης : 6.213.822,92 ευρώ η οποία υπογράφηκε 03/08/2018, 1ης Συμπληρωματικής Σύμβασης ποσού 2.648.317,81 ευρώ η οποία υπογράφηκε την 07-05-19 και 2ης Συμπληρωματικής Σύμβασης ποσού 760.544,73 ευρώ η οποία υπογράφηκε στις 03-04-2020. Το σύνολο του έργου εκτελέσθηκε εμπρόθεσμα στις 31/10/2020 ήτοι εντός της τελευταίας 5ετίας προ της προκήρυξης του διαγωνισμού. Ο δε όρος 22.ΣΤ περί στήριξης σε ικανότητας άλλων οικονομικών φορέων ορίζει ότι «Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016 ή με τη 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.». Επομένως, σε περίπτωση στήριξης προς πλήρωση του ως άνω κριτηρίου, που αφορά προηγούμενη εμπειρία του οικονομικού φορέα σε συγκεκριμένες προηγούμενες συμβάσεις, η στήριξη αυτή προϋποθέτει για το παραδεκτό της επίκλησής της και ανάθεση στον τρίτο των οικείων εργασιών που σχετίζονται με τις ικανότητες που παρέχει ως στήριξη, ήτοι με την εμπειρία του σε συναφή έργα, χωρίς να αρκεί οιασδήποτε άλλης μορφής επίκληση διάθεσης πόρων στον προσφέροντα. Συνεπώς, σε τέτοια περίπτωση, ως η προκείμενη, ο τρίτος παρέχων στήριξη είναι συγχρόνως αναγκαία και υπερβολάβος, σε αντίθετη δε περίπτωση, απαραδέκτως τυγχάνει επίκλησης προς πλήρωση του κριτηρίου επιλογής και δεν λαμβάνεται υπόψη η στήριξή του. Πλην όμως, ο παρεμβαίνων, καίτοι επικαλείται την ανωτέρω στήριξη, ρητά απαντά αρνητικά στο ερώτημα του ΕΕΕΣ, ΜΕΡΟΣ ΙV ΕΝΟΤΗΤΑ Γ, περί υπερβολαβίας («Ποσοστό υπερβολαβίας Ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό

μορφή υπεργολαβίας το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, τότε θα πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους σχετικούς υπεργολάβους, βλέπε μέρος ΙΙ, ενότητα Γ ανωτέρω. Προσδιορίστε ΟΧΙ») και άρα, δια της ανωτέρω δήλωσης του, με σαφήνεια αρνείται την ανάθεση οιασδήποτε εργασιών στον επικαλούμενο προς στήριξη τρίτο, κατά παράβαση του όρου 22.ΣΤ. Ο δε όρος 25.1 της διακήρυξης ορίζει πως «25.1 Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει.» και άρα, ως απαραίτητο στοιχείο της προσφοράς θα έπρεπε αφενός να δηλωθεί η ύπαρξη υπεργολαβίας, ασχέτως αν σωρεύεται ή όχι με στήριξη στον υπεργολάβο τρίτο προς πλήρωση κριτηρίου επιλογής, αφετέρου να προσδιορισθεί αυτή ως προς το συγκεκριμένο μέρος των εργασιών της σύμβασης που αυτή η υπεργολαβία αφορά. Εν προκειμένω, η ως άνω απάντηση στο ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος έχει τη σαφή έννοια ότι δεν ανατίθεται υπεργολαβία και άρα, αυτή δεν αφορά κανένα τμήμα της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, απαραδέκτως ο παρεμβαίνων επικαλείται τη στήριξη του τελευταίου για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και απαιτήσεων 22.Δ.β και 23.6.δ της διακήρυξης και άρα, δεδομένου ότι δεν πληροί ο ίδιος τα οικεία προσόντα, η προσφορά του είναι άνευ ετέρου αποκλειστέα. Ούτε είναι δυνατή κατ' άρ. 310 Ν. 4412/2016, η μεταβολή της προσφοράς του κατά τρόπο, ώστε το πρώτον κατά την αξιολόγηση αποφασίσει, συμφωνήσει με τον τρίτο και δηλώσει σχετική υπεργολαβία και προσδιορίσει το αντικείμενο αυτής, πολλώ δε μάλλον ενώ κατ' άρ. 104 Ν. 4412/2016 και τον όρο 23.2 της διακήρυξης, τα προσόντα συμμετοχής και άρα, και το παραδεκτό της στήριξης δια της οποίας πληρούνται τα προσόντα αυτά, θα πρέπει ήδη να συντρέχουν και να υφίστανται κατά τον αυτοτελώς κρίσιμο χρόνο της προσφοράς. Αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι η τήρηση του όρου 22.ΣΤ θα κατέληγε σε ολική ανάθεση υπεργολαβίας για το όλο έργο, αφού

πρώτον, ούτως ανεπικαίρως αμφισβητεί το σαφές περιεχόμενο του ως άνω όρου, δεύτερον, το έργο που εισφέρει ως εμπειρία ο τρίτος είναι υδραυλικό και άρα, η εμπειρία του αποκρίνεται στις εργασίες της ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Α ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ του Προϋπολογισμού της διακήρυξης, οι οποίες συνιστούν μέρος μόνο των εργασιών της υπό ανάθεση σύμβασης και τρίτον, ουδόλως προκύπτει ότι θα χρειαζόταν εν όλω να ανατεθεί υπερβολαβία ως προς κάθε σχετική με την κατηγορία αυτή εργασία, αλλά η στήριξη θα μπορούσε να υλοποιηθεί δια της συμμετοχής του τρίτου στις εργασίες, ομού μετά του παρεμβαίνοντος. Τούτο, αφού ο όρος 22.ΣΤ ορίζει πως πρέπει ο εισφέρων την εμπειρία τρίτος να εκτελέσει τις σχετικές με την εμπειρία του εργασίες και όχι ότι ο ανάδοχος αποκλείεται από τη συνεκτέλεση ομού μετά του τρίτου των σχετικών εργασιών. Εξάλλου, με την προσφορά του ο παρεμβαίνων και ασχέτως της πρόωρης υποβολής του ως μέσου οριστικής απόδειξης κατ' άρ. 23.10 της διακήρυξης περί της στήριξης στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, βλ. κατωτέρω, υπέβαλε το από 1-2-2021 συμφωνητικό αυτού και του τρίτου, που αναφέρει ότι «Προς τον ίδιο σκοπό της παραδεκτής υποβολής προσφοράς στον εν λόγω διαγωνισμό και της εν συνεχεία εκτέλεσης του ανωτέρω έργου, η β' συμβαλλόμενη «.....», ρητά συμφωνείται και συνομολογείται ότι δανείζει στην α' συμβαλλόμενη «.....», την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που αναφέρεται στα άρθρα, 22.Δ. περ. β, 23.6 περ. (δ) ,22.ΣΤ και 23.10 της σχετικής Διακήρυξης της Εργολαβίας Ε-887 με δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ, εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμ. 753/25-11-2020 Απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της τα τεύχη δημοπράτησης του εν λόγω έργου και με την υπ' αριθμ. 20702/4.11.2020 (ορθή επανάληψη 2 Δεκεμβρίου 2020) Απόφαση του Δ.Σ. της εγκρίθηκε η κατασκευή του έργου, την οποία η β' συμβαλλομένη διαθέτει σχετικά. Συγκεκριμένα, η β' συμβαλλόμενη έχει εκτελέσει το έργο «.....» Εργολαβία ΑΠ 94, με Αναθέτουσα Αρχή την, ως μέλος της Ανάδοχου Κ....., με ποσοστό συμμετοχής 50% στη κατασκευή του έργου η, προϋπολογισμού δημοπράτησης 8.830.000,00 (πλέον ΦΠΑ) και σε αναλογία της βάσει ποσοστού συμμετοχής 50% στη κατασκευή του έργου ήτοι προϋπολογισμού

δημοπράτησης 4.415.000,00€, το οποίο ανήκει στη κατηγορία Υδραυλικά έργα και το οποίο αντικείμενο του έργου ήταν η κατασκευή των έργων διευθέτησης τμήματος των χειμάρρων και, όπου η αρχική σύμβαση του έργου υπογράφηκε 3/8/2018 για ποσό αρχικής σύμβασης 6.213.822,92 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.), η 1η Συμπληρωματική Σύμβαση Εργασιών (Σ.Σ.Ε.) του έργου υπογράφηκε 7/5/2019 για ποσό 2.648.317,81 ευρώ (πλέον ΦΠΑ) και η 2η Συμπληρωματική Σύμβαση Εργασιών (Σ.Σ.Ε.) υπογράφηκε 3-4-2020 για ποσό 760.544,73 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.). Το σύνολο των εργασιών (Αρχική Σύμβαση, 1η Σ.Σ.Ε., 2η Σ.Σ.Ε.) είχε έναρξη εργασιών 3/8/2018 περαιώθηκε ολοκληρωτικά στις 31/10/2020. Η β' συμβαλλόμενη δηλώνει ότι διαθέτει την ως άνω τεχνική και επαγγελματική ικανότητα την οποία θα παρέχει/δανείσει στην α' συμβαλλόμενη προκειμένου προστιθέμενη στο ακέραιο να ενδυναμώσει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της α' συμβαλλόμενης ούτως ώστε να πληρείται το κριτήριο 22.Δ. β (εμπειρία) της διακήρυξης. Επιπλέον, η β' συμβαλλόμενη δηλώνει ότι θα συνεργαστεί αποκλειστικά με την α' συμβαλλόμενη και θα παράσχει προς αυτή την απαιτούμενη από τη διακήρυξη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (εμπειρία), ώστε να είναι στη διάθεση της α' συμβαλλόμενης καθ' όλη τη διάρκεια του ανωτέρω αναφερθέντος έργου και δεσμεύεται ρητά για την διάθεση των πόρων αυτών στη α' συμβαλλόμενη, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης καθώς και την εκτέλεση των εργασιών αυτών για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες τεχνικές ικανότητες». Άρα, στο συμφωνητικό αυτό, τα μέρη αναφέρουν μεν ότι ο τρίτος θα εκτελέσει τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι «συγκεκριμένες τεχνικές ικανότητες», πλην όμως ουδόλως προσδιορίζουν αυτές ούτε κατ' είδος ούτε κατά ποσοστό των εργασιών της όλης υπό ανάθεση σύμβασης, παρότι η αναφορά του οικείου ποσοστού ζητήθηκε στο ΕΕΕΣ, αλλά και επιβάλλεται κατά τον όρο 25.1 ανωτέρω. Ούτως το ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος, ως και η προσφορά του εν γένει, όπως βάσιμα ο προσφεύγων ισχυρίζεται, πάσχουν από αοριστία ως προς το αν θα ανατεθεί ή όχι υπεργολαβία και σε ποιο ποσοστό. Πολλώ δε μάλλον, ενώ ο ίδιος ο παρεμβαίνων στην παρέμβαση του, σελ. 20, ρητά αναφέρει πως «δεν προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης υπό τη

μορφή υπεργολαβίας» και ότι «η ανωτέρω δε αναφορά στο ιδιωτικό συμφωνητικό στήριξης «εκτέλεση των εργασιών αυτών για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες τεχνικές ικανότητες» (βλ. και σελ. 23 παρέμβασης «όλως εσφαλμένης παραδοχής ότι η αναφορά στο ιδιωτικό συμφωνητικό στήριξης «εκτέλεση των εργασιών αυτών για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες τεχνικές ικανότητες» συνεπάγεται ότι ο στηρίζων φορέας θα εκτελέσει τις εργασίες που απαιτούνται με σύμβαση υπεργολαβίας»), σε καμία περίπτωση δεν συνεπάγεται δήλωση υπεργολαβίας και, σε κάθε περίπτωση, εάν είχε την οιαδήποτε αμφιβολία η αναθέτουσα αρχή, ενόψει της ρητής και σαφούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ μας, σε σχέση με την επίμαχη αναφορά στο ιδιωτικό συμφωνητικό στήριξης, θα έπρεπε να μάς καλέσει σε σχετικές διευκρινίσεις κατ' άρθρο 310 του ν. 4412/2016 και κατ' άρθρο 9 της διακήρυξης». Επομένως, είναι σαφές και το επικαλείται και ο ίδιος ότι δεν θα αναθέσει καμία υπεργολαβία και μάλιστα ότι αν καλείτο προς διευκρινίσεις θα αποσαφήνιζε ρητά ότι δεν θα αναθέσει καμία υπεργολαβία στον παρέχοντα στήριξη τρίτο. Άρα, όπως βάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων στη σελ. 10 της προσφυγής του, όχι μόνο ο παρεμβαίνων δεν αναφέρει υπεργολαβία και τμήμα υπεργολαβίας που αναθέτει, παρότι η στήριξη προς πλήρωση του ανωτέρω κριτηρίου επιλογής (και δη, ενώ ο παρεμβαίνων στο συμφωνητικό που υπέβαλε αντιγράφει ακριβώς τον όρο της διακήρυξης περί εκτέλεσης εκ του τρίτου των σχετικών με την εισφερόμενη ικανότητα, ήτοι εμπειρία, εργασιών) προϋποθέτει τέτοια υπεργολαβική ανάθεση, αλλά περαιτέρω καθιστά σαφές, πως η μνεία του συμφωνητικού σε εκτέλεση των οικείων εργασιών δεν αφορά υπεργολαβική ανάθεση, όπως ρητά απαίτησε ο όρος 22.ΣΤ. Περαιτέρω, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντα ότι υφίσταται ένας αόριστος και μη προκύπτων τρόπος εκτέλεσης εκ του τρίτου των σχετικών με την εμπειρία του εργασιών της σύμβασης, χωρίς να συνιστά υπεργολάβο, αφού η ίδια η εκτέλεση εργασιών του συμβατικού αντικειμένου από τον μη ανάδοχο (δηλαδή μη «εργολάβο») συνιστά ακριβώς «υπεργολαβία». Αλυσιτελώς δε προβάλλει ο παρεμβαίνων ότι δεν υπέπεσε στο ΕΕΕΣ του σε ψευδή δήλωση ή απόκρυψη πληροφοριών, αφού, γενομένου δεκτού, όπως ο ίδιος αναφέρει, πως η

αρνητική περί υπεργολαβίας δήλωση στο ΕΕΕΣ του είναι αληθής και ακριβής, τούτο, ήτοι η μη ανάθεση στον τρίτο υπεργολαβίας περί των εργασιών που αφορά η εισφερόμενη εμπειρία του, συνιστά αυτοτελή και επαρκή λόγο απόρριψης της προσφοράς του, εξαιτίας του απαραδέκτου της στήριξης και άρα, της μη πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής 22.Δ.β και της απαίτησης του όρου 23.6.δ. Ομοίως απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος ότι δεδομένου πως ο ίδιος διαθέτει το κατ' άλλο κριτήριο επιλογής της διακήρυξης ζητούμενο προσωπικό, δεν υποχρεούτο, κατά τις αιτιάσεις του, σε σύναψη σχέσης υπεργολαβίας με τον στηρίζοντα ως προς την εμπειρία τρίτο. Τούτο, αφού κατά τον σαφή όρο 22.ΣΤ της διακήρυξης, όχι μόνο «[ό]σον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016», αλλά και για όσα κριτήρια επιλογής («ή») «[σχετίζονται] με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία» και άρα, την εμπειρία σε εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων, οι προσφέροντες μπορούν να στηρίζονται προς πλήρωση των κριτηρίων επιλογής στις ικανότητες «άλλων οικονομικών φορέων», «μόνο αν οι τελευταίοι [άρα, οι τρίτοι οικονομικοί φορείς και όχι μόνο κάποιοι εργαζόμενοι αυτών και μόνο αν αξιολογείται η προσωπική εμπειρία συγκεκριμένων εργαζομένων τους] θα εκτελέσουν τις εργασίες ... για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες [άρα, και η προηγούμενη εμπειρία]». Άλλωστε, και το σημ. στ' ΜΕΡΟΥΣ ΙΙ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΧΙΙ ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α' Ν. 4412/2016 αναφέρεται σε προσόντα «του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών» και άρα, αναφέρεται και σε προσόντα του ίδιου του οικονομικού φορέα-εργολήπτη και όχι μόνο των στελεχών του. Άρα, η απαίτηση περί εκτέλεσης των εργασιών από τον τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει στήριξη προς πλήρωση κριτηρίου επιλογής συναφούς με την επαγγελματική εμπειρία, αφορά και την περίπτωση, όπου το κριτήριο επιλογής συνίσταται σε απαιτούμενη επαγγελματική εμπειρία του οικονομικού φορέα (ήτοι, καταρχήν του προσφέροντα) και όχι μόνο, όπου το κριτήριο επιλογής συνίσταται σε επαγγελματική (έννοια που ουδόλως περιορίζεται σε εργαζομένους, αλλά

αφορά και οικονομικούς φορείς) εμπειρία επιμέρους στελεχών του οικονομικού φορέα. Εξάλλου, και ο ίδιος ο παρεμβαίνων, όπως προκύπτει από το συμφωνητικό του με τον τρίτο, προκύπτει αν μη τι άλλο, ότι υπέλαβε πως ο ως άνω όρος 22.ΣΤ περί εκτέλεσης από τον τρίτο οικονομικών φορέα, εργασιών σχετικών με τις ικανότητες που εισφέρει ο τρίτος οικονομικός φορέας, αναφέρεται ακριβώς και στη στήριξη στην εμπειρία του τρίτου οικονομικού φορέα. Ακόμη, και μεν ο νόμος και η διακήρυξη ορίζουν πως η στήριξη σε ικανότητες τρίτου δεν προϋποθέτουν συγκεκριμένη νομική φύση των δεσμών μεταξύ του προσφέροντος και του τρίτου, πλην όμως τα ως άνω τυγχάνουν αλυσιτελούς επίκλησης, αφενός διότι το ορίζον τα ανωτέρω άρ. 307 παρ. 1 Ν. 4412/2016 συνυπάρχει με την ειδικότερη πρόβλεψη του άρ. 307 παρ. 2 που ακριβώς ορίζει, όπως και η διακήρυξη, ότι «Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.» (αντιστοίχως δε και στη διακήρυξη, η περί αδιαφόρου των νομικών δεσμών σε περίπτωση στήριξης, πρόβλεψη, συνυπάρχει στον ίδιο ακριβώς όρο 22.ΣΤ με την πρόβλεψη, σε περίπτωση στήριξης επί κριτηρίου και εμπειρίας, περί εκ του τρίτου οικονομικού φορέα εκτέλεση των εργασιών για τις οποίες απαιτούνται οι ικανότητες, ήτοι και η εμπειρία). Αφετέρου, η απαίτηση για εκ του τρίτου οικονομικού φορέα εκτέλεση των συναφών με την εξ αυτού εισφερόμενη εμπειρία, προς πλήρωση κριτηρίου επιλογής σχετικού με τέτοια εμπειρία, όπως εν προκειμένω, δεν αφορά τη νομική τυπολογία των δεσμών τρίτου και προσφέροντος, αλλά το ουσιαστικό και πραγματικό ζήτημα της εκ του τρίτου, όντως ασχέτως νομικής φύσης των δεσμών του με τον προσφέροντα, εκτέλεσης των οικείων εργασιών, δηλαδή αφορά το ζήτημα, όχι της νομικής φύσης, αλλά του αντικειμένου, σκοπού και περιεχομένου της μεταξύ τους συνεργασίας. Ήτοι, η περί αυτοπρόσωπης εκ του τρίτου εκτέλεσης πρόβλεψη του νόμου και της διακήρυξης, όχι μόνο είναι

ειδική, αλλά και δεν αντιτίθεται καν στη γενική πρόβλεψη περί στήριξης ασχέτως νομικής φύσης δεσμών τρίτου-προσφέροντος, αφού η υπεργολαβική ανάθεση (η δε υπεργολαβία συνίσταται στην πραγματική κατάσταση και κατά την ιδιωτική αυτονομία και την ελευθερία των συμβάσεων, συμφωνία, δηλαδή σύμπτωση δηλώσεων βούλησης εργολάβου και τρίτου, όπου ο τρίτος αναλαμβάνει να εκτελέσει για λογαριασμό του εργολάβου μέρος των εργασιών του αντικειμένου, ήτοι μέρος του έργου που εκτελεί ο τελευταίος) στον τρίτο των οικείων εργασιών δεν προϋποθέτει συγκεκριμένης νομικής φύσης δεσμούς μεταξύ τρίτου και αναδόχου, αλλά τη μόνο τη μεταξύ τους συμφωνία, ήτοι σύμπτωση δήλωσης βούλησης προς εκτέλεση εκ του τρίτου των οικείων εργασιών και ασχέτως, αν οι δεσμοί μεταξύ τους είναι εταιρικής ή μη μορφής, διαρκείς ή μη, ετεροβαρούς ή αμφοτεροβαρούς, επαχθούς ή μη αιτίας ή προϊόν ad hoc συμφωνίας για το συγκεκριμένο έργο και διαδικασία ανάθεσης του (η οποία συμφωνία, πάντως, ήτοι σύμβαση, αυτονόητα απαιτείται για την εκ του τρίτου και σύμφωνα με το νόμο και τη διακήρυξη, διάθεση πόρων και ικανοτήτων στον ανάδοχο, αφού θα πρέπει ο τρίτος να δηλώνει τη βούληση διάθεσης αυτών και φυσικά, ο προσφέρων και υποψήφιος ανάδοχος, να αποδέχεται τη διάθεση αυτή, προς τον σκοπό χρήσης τους κατά την εκτέλεση). Επιπλέον, αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι υπέβαλε το συμφωνητικό με τον τρίτο εκ περισσού και άρα, αυτό δεν έπρεπε να ληφθεί υπόψη εις βάρος του, αφού ούτως ή άλλως, ακόμη και αν δεν το είχε υποβάλει και ακόμα και αν γίνει δεκτή η δια της παρέμβασης αναίρεση του και πάλι η προσφορά του θα ήταν αποκλειστέα ακριβώς γιατί, όπως επανειλημμένα προβάλλει, δεν δηλώνει υπεργολαβία στον παρέχοντα στήριξη τρίτο και δεν προσδιορίζει κανένα ποσοστό υπεργολαβικής ανάθεσης και μέρους της σύμβασης που αναθέτει σε αυτόν, πολλώ δε μάλλον, όχι απλά δεν δηλώνει τίποτα σχετικό, αλλά και αρνείται και οιαδήποτε πρόθεση του να δηλώσει οτιδήποτε σχετικό και καθιστά σαφές πως δεν σκοπούσε να δηλώσει τέτοια υπεργολαβία. Επομένως, η προσφορά του είτε αν ληφθεί υπόψη το ως άνω συμφωνητικό είναι αόριστη και αντιφατική είτε αν δεν ληφθεί υπόψη είναι ούτως ή άλλως απορριπτέα, λόγω μη πλήρωσης του ως άνω κριτηρίου επιλογής 22.Δ.β, όπως συμπληρώνεται δια

του όρου 23.6.δ, επί των οποίων επικαλείται απαραδέκτως στήριξη, ακριβώς διότι η στήριξη αυτή δεν είναι ληπτέα υπόψη, καθώς τυγχάνει επίκλησης κατά σαφή παράβαση του όρου 22.ΣΤ, χωρίς να δηλώνεται ότι ο τρίτος θα αναλάβει και ενώ ρητά δηλώνεται ότι δεν θα αναλάβει εκτέλεση των εργασιών που σχετίζονται με την εισφερόμενη εξ αυτού εμπειρία. Επιπλέον των ανωτέρω, ακόμη και αν ο παρεμβαίνων είχε δηλώσει υπεργολαβία του τρίτου και δη, με σαφήνεια και τούτο παρά την αντίθετη βούληση και δηλώσεις του και άρα, καταρχήν νομίμως θα επικαλείτο στήριξη στις ικανότητες αυτού ως προς τα ανωτέρω κριτήρια επιλογής και πάλι θα τύγχανε αποκλειστέος, διότι κατά παράβαση του όρου 25.1 της διακήρυξης και του άρ. 287 Ν. 4412/2016 δεν δηλώνει το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει με υπεργολαβία. Άλλωστε, εξ όλων όσων προκύπτουν από την προσφορά και την παρέμβαση του εν τέλει δεν προκύπτει καν ότι ήδη πλέον κατά την αξιολόγηση γνωρίζει και έχει κάποια σαφή βούληση και πρόθεση ως προς το τι θα πράξει ο τρίτος, πώς θα εισφέρει τις ικανότητες του στον ίδιο, πώς θα εκτελέσει εργασίες της σύμβασης χωρίς να είναι υπεργολάβος ποιες εργασίες θα εκτελέσει και ποια έννοια έχει η εκ του τρίτου εκτέλεση εργασιών σχετικών με τις εξ αυτού εισφερόμενες ικανότητες του, με αποτέλεσμα και προς τούτο, η προσφορά του να είναι όχι μόνο αντιφατική, αλλά και αόριστη και ανεπίδεκτη αξιολόγησης. Δεν υφίσταται δε κανένα έρεισμα για εφαρμογή του άρ. 310 Ν. 4412/2016, αφού πρώτον, ο παρεμβαίνων καθιστά σαφές πως δεν είχε και έχει οιαδήποτε πρόθεση υπεργολαβίας, ήτοι ανάθεσης στον τρίτο να εκτελέσει μέρος των συμβατικών εργασιών. Δεύτερον, ουδόλως δια τέτοιων συμπληρώσεων και διευκρινίσεων και κατόπιν ακυρωτικής της αποδοχής του απόφασης ΑΕΠΠ, ως καθοδήγηση του περί του τι έπρεπε να είχε δηλώσει με την προσφορά του, είναι δυνατή η το πρώτον δήλωση, συμφωνία (άλλωστε, ο ίδιος αναφέρει πως ελλείπει τέτοια συμφωνία ανάθεσης υπεργολαβίας με τον τρίτο και ότι το υποβληθέν συμφωνητικό τους δεν είχε κανένα τέτοιο περιεχόμενο ούτε ενσωμάτωνε σχετικές προθέσεις και δηλώσεις βούλησης) και προσδιορισμός τρίτου ως υπεργολάβου ως, ως και προσδιορισμός του αντικειμένου και των εργασιών της, αφού τούτο συνιστά κρίσιμη μεταβολή προσφοράς (βλ. και

Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4782/2021, άρ. 102 και 310) και του σκοπούμενου και δηλούμενου δια της προσφοράς και των δι' αυτής δηλώσεων βούλησης προς την αναθέτουσα, τρόπου προτεινόμενης και προσφερόμενης εκ του προσφέροντος, εκτέλεσης της σύμβασης. Τρίτον, ούτως ή άλλως, ουδόλως δύναται κατ' άρ. 310 Ν. 4412/2016 να καταστεί συγκεκριμένη και ορισμένη, αντιφατική και αόριστη προσφορά (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2018), καθώς και τούτο θα κατέληγε σε ουσιώδη μεταβολή προσφοράς, δια της εκ του προσφέροντος το πρώτον επιλογής επί του αορίστου στοιχείου, ως και οριστικοποίησης της προσφοράς απόδοσης σε αυτή συγκεκριμένης και ορισμένης μορφής. Επομένως, η προσφορά του παρεμβαίνοντος είναι άνευ ετέρου απορριπτέα, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρεμβάση. Να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος έκρινε δεκτό τον παρεμβαίνοντα.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 1407/23-9-2021 και με ΑΔΑ: απόφαση του Αναθέτοντα Φορέα, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτός ο παρεμβαίνων.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22-11-2021 και εκδόθηκε στις 30-11-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ