

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 26 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Ιωάννα Θεμελή σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 25-2-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 427/26-2-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 16-2-2021 κοινοποιηθείσας με αρ. 14/2021 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα ..., στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 132.371,60 ευρώ για την «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΤΟΥ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΤΩΝ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ ΚΑΙ ΤΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΤΩΝ ΓΗΠΕΔΩΝ ΠΟΔΟΣΦΑΙΡΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...», η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 8-12-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 662,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ο προσφεύγων και δεύτερος αποδεκτός μειοδότης προσβάλλει τη σε αυτόν κοινοποιηθείσα από 16-2-2021 εκτελεστή πράξη περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών-οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του συνδιαγωνιζομένου ... και αναδείχθηκε αυτός προσωρινός ανάδοχος. Η δε αναθέτουσα υποβάλλει τις από 2-3-2021 Απόψεις της. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο όρος 2.2.4.2.γ ορίζει το εξής κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας «γ) να διαθέτουν ένα χειριστή μηχανημάτων έργου, ειδικότητας «εξυπηρέτησης οδών και αεροδρομίων», ενώ ο όρος 2.2.8 ορίζει ότι «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά στα κριτήρια τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.4.2), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας 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 την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.», το δε ΜΕΡΟΣ ΙΙ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΧΙΙ ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α Ν. 4412/2016 ορίζει στο σημ. στ' αυτού ως κριτήριο επιλογής «στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την

προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης», ενώ αντίθετα το τεχνικό προσωπικό αναφέρεται στο σημ. β' «β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· για την εκτέλεση του έργου». Το ως άνω νυν κριτήριο επιλογής 2.2.4.2.γ δεν συνιστά κριτήριο περί εμπειρίας, περί τίτλων σπουδών ούτε περί επαγγελματικού προσόντος και δη της ίδιας της επιχείρησης- τρίτου οικονομικού φορέα ή διευθυντικού στελέχους της (όπως περιοριστικά ορίζει η ανωτέρω περίπτωση του σημ. στ' ΜΕΡΟΥΣ ΙΙ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΧΙΙ ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α Ν. 4412/2016), αλλά περί της απλής εργασιακής ειδικότητας ενός απλού χειριστή μηχανήματος. Επομένως, στην περίπτωση στήριξης επί του ως άνω κριτηρίου δεν χρειάζεται απαραίτητως ο παρέχων τον χειριστή τυχόν τρίτος να εκτελέσει ως επιχείρηση και οικονομικός φορέας αυτοπρόσωπα τις εργασίες που αφορά το έργο του χειριστή που θα δανείσει, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα και άρα, ουδόλως αναγκαία συντρέχει περίπτωση υποχρεωτικής υπεργολαβίας. Ο οικονομικός φορέας ... μετείχε στη διαδικασία στηριζόμενος για το ως άνω κριτήριο στον τρίτο οικονομικό φορέα ..., του οποίου το ΤΕΥΔ του υπέβαλε, όπως και υπέβαλε και υπεύθυνη δήλωση του (της ...) που αναφέρει ότι «Θα συνεργαστώ με την εταιρεία «...» με δ.τ. «...», η οποία θα μου διαθέσει άδεια χειριστή μηχανήματος έργου ,ειδικότητας «εξυπηρέτησης οδών και αεροδρομίων» σύμφωνα με την υπ αριθμόν .../08-12-2020 διακήρυξη ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΤΟΥ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΤΩΝ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ ΚΑΙ ΤΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΤΩΝ ΓΗΠΕΔΩΝ ΠΟΔΟΣΦΑΙΡΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ..., καθ όλη την διάρκεια της σύμβασης.», ενώ υποβλήθηκε και υπεύθυνη δήλωση του ως άνω τρίτου με περιεχόμενο «Σε περίπτωση κατακύρωσης του Έργου στην ως άνω Εταιρεία, δηλώνω ότι θα της παρέχουμε στήριξη ως τρίτος οικονομικός φορέας, όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, και συγκεκριμένα θα παρέχουμε άδεια χειριστή Μηχανήματος Έργου, ειδικότητας «εξυπηρέτησης οδών και αεροδρομίων». Επισυνάπτονται τα σχετικά έγγραφα.», όπως και

ιδιωτικό συμφωνητικό του με τον προσφέροντα με το εξής περιεχόμενο « (α) η εταιρεία ... απασχολεί στο δυναμικό της εταιρείας χειριστή μηχανήματος έργου, ειδικότητας «εξυπηρέτησης οδών και αεροδρομίων», η οποία πληροί τους όρους της παρούσας διακήρυξης. (β) η εταιρεία ... λαμβάνει μέρος στον διενεργούμενο Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό του Δήμου ... με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 15/1/2021 για την ανάθεση της σύμβασης: «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΤΟΥ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΤΩΝ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ ΚΑΙ ΤΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΤΩΝ ΓΗΠΕΔΩΝ ΠΟΔΟΣΦΑΙΡΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» με αριθμό διακήρυξης .../08-12-2020, με φορέα διενέργειας τον Δήμο ... και ΑΔΑΜ: 2 1. Αντικείμενο του Συμφωνητικού Στο πλαίσιο του παρόντος συμφωνητικού, η εταιρεία ... θα στηριχθεί στις ικανότητες άλλου φορέα και συγκεκριμένα στην εταιρεία «...», η οποία θα παραχωρήσει στην εταιρεία ..., άδεια χειριστή μηχανήματος έργου, ειδικότητας «εξυπηρέτησης οδών και αεροδρομίων»....». Ουδόλως εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι θα χρησιμοποιηθεί ο ίδιος ο ως άνω τρίτος οικονομικός φορέας για την εξ αυτού εκτέλεση των ως άνω εργασιών, παρά μόνο ότι θα διαθέσει έναν χειριστή τέτοιας ειδικότητας στη ..., ώστε η τελευταία να εκτελέσει τις σχετικές εργασίες εποπτεύοντας την εργασία του μισθωτού τεχνίτη και κατά τα ανωτέρω δεν ήταν καν αναγκαίο να εκτελέσει ο τρίτος ως υπεργολάβος τις σχετικές εργασίες, λόγω της παρεχόμενης στήριξης επί του ανωτέρω χειριστή. Προκύπτει επομένως πως πρόκειται για περίπτωση «γνήσιου δανεισμού εργαζομένου», όπου ο εργαζόμενος ενώ εργάζεται κανονικά στον αρχικό εργοδότη, παραχωρείται σε άλλο εργοδότη για κάποιο χρονικό διάστημα, το οποίο συνήθως δεν είναι μεγάλο και καμία σχέση δεν έχει με τον κατ' επάγγελμα και επιφυλασσόμενο υπέρ ειδικών ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΑΠΑΣΧΟΛΗΣΗΣ μη γνήσιο δανεισμό εργαζομένων, όπου ο εργαζόμενος προσλαμβάνεται ακριβώς για να παρέχει εργασία προς τρίτους, η οποία περίπτωση συνιστά ειδική επαγγελματική απασχόληση για τις ΕΠΥ, ρυθμιζόμενη από τον Ν. 2956/2011. Αντίθετα, ουδόλως αποκλείεται οιοσδήποτε έτερος εργοδότης που δεν ασκεί τέτοιο ειδικό επάγγελμα να προβαίνει στον οικείο δανεισμό εργαζομένου που απασχολεί ήδη στο πλαίσιο της όποιας ήδη δραστηριότητας του, προς άλλη

επιχείρηση για προσωρινή παροχή εργασίας, με μόνη προϋπόθεση ότι όταν θα πρόκειται να λάβει χώρα ο δανεισμός θα πρέπει ο εργαζόμενος να συναινεί ακόμη και σιωπηρά με αυτόν. Συνεπώς, αλυσιτελώς προβάλλεται εκ του προσφεύγοντος ότι ο ως άνω τρίτος δεν έχει εγγεγραμμένο ΚΑΔ «ενοικίασης εργαζομένων», αφού τούτο δεν απαιτείται για τέτοιο (γνήσιο) δανεισμό, μεμονωμένου χαρακτήρα και για ειδική περίπτωση, χωρίς να προκύπτει συστηματική σχετική δραστηριότητα του τρίτου οικονομικού φορέα, η άσκηση σχετικού ειδικού επαγγέλματος ούτε άλλωστε, οριζόταν οτιδήποτε τέτοιο, όπως και περί συγκεκριμένης εγγεγραμμένης δραστηριότητας τρίτου που παρέχει τέτοιο χειριστή, στη διακήρυξη. Περαιτέρω ουδείς όρος της διακήρυξης προέβλεπε υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του φυσικού προσώπου, όπως ομοίως αβάσιμα επικαλείται ο προσφεύγων και ενώ η όποια, ακόμη και σιωπηρή συναίνεση αρκεί και χρειάζεται να υπάρχει κατά τον χρόνο του δανεισμού ούτε προέβλεπε την υποβολή οτιδήποτε ειδικότερου πέραν απλής απόδειξης δέσμευσης του τρίτου για διάθεση των οικείων πόρων, πολλώ δε μάλλον προσδιορισμού κατανομής βάρους ασφάλισης εργαζομένου και ευθύνης επί εργατικού ατυχήματος, όπως ο προσφεύγων επικαλείται και ενώ το ίδιο το ως άνω συμφωνητικό εκ περισσού και προώρως υπεβλήθη με την προσφορά, αφού η απόδειξη δέσμευσης του τρίτου για τη διάθεση των οικείων πόρων λαμβάνει χώρα, κατά την προσφορά με το ΤΕΥΔ του τρίτου, κατά τους όρους 2.2.6.1 και 2.4.3.1, ενώ η οριστική απόδειξη με την προσκόμιση κάθε σχετικού με τον όρο 2.2.6.2.B8 δικαιολογητικού («Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.5 για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει, ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η ως άνω δέσμευση θα μπορούσε να προκύπτει από ιδιωτικό συμφωνητικό μεταξύ προσφέροντος και τρίτου, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ή από οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο μέσο.») επέρχεται το πρώτον κατά το στάδιο της κατακύρωσης, κατά τον συνδυασμό των όρων 2.2.6.2.A, 2.2.6.2.B και 3.2 της διακήρυξης. Συνεπώς, το σύνολο των ισχυρισμών του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το παράβολο με αρ. ... και ποσού 662,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με αρ. ... και ποσού 662,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26-3-2021 και εκδόθηκε στις 14-4-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ