

Η

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

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ευαγγελία Μιχολίτση - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15.12.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1543/16.12.2019 της ένωσης εταιριών με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ... .., ... Τ.Κ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα, ως και των κατ' ιδίαν μελών αυτής, ήτοι: α) της ανώνυμης εταιρίας με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στ.. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, β) της ανώνυμης ... εταιρίας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, γ) της ανώνυμης εταιρίας με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...», η οποία εδρεύει στ.. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά του «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής 1^η Παρεμβαίνουσα), η οποία εδρεύει στ.. ..., οδός ... αρ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία κατέθεσε την από 20.12.2019 Παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής 2^η

Αριθμός απόφασης: 177/2020

Παρεμβαίνουσα), η οποία εδρεύει στ..., οδός ... αρ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία κατέθεσε την από 24.12.2019 Παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» (εφεξής 3^η Παρεμβαίνουσα), η οποία αποτελείται από τις ακόλουθες εταιρίες: α) την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...» (δ.τ. «...»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και β) την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...» (δ.τ. «...»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία κατέθεσε την από 27.12.2019 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η υπ' αριθμ. 380/2019 Απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος απέρριψε την αίτηση συμμετοχής της και καθ' ο μέρος έγιναν δεκτές οι αιτήσεις συμμετοχής των εδω τριών Παρεμβαινουσών.

Με τις Παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €15.000,00 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... αυτόματης δέσμευσης και την από 12.12.2019 απόδειξη πληρωμής του στην Εθνική Τράπεζα της Ελλάδος).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξη προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός με τη διαδικασία της ανταγωνιστικής διαπραγμάτευσης (άρθρο 29, Ν. 4412/2016) για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο τη «Μελέτη, κατασκευή έργων για την α' φάση αποκατάστασης της ... και μεταβατικής διαχείρισης αποβλήτων», προϋπολογισμού 29.672.562,30 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. Η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ε.Ε. στις 22.8.2019 (αριθμός αναφοράς: 2019-117911) και δημοσιεύθηκε στις 27.8.2019, ενώ αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ

Αριθμός απόφασης: 177/2020

στις 28.8.2019. Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής ορίστηκε η 9η Σεπτεμβρίου 2019, ημέρα Δευτέρα και ώρα 23:59:59. Ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των αιτήσεων συμμετοχής ορίστηκε η 10η Σεπτεμβρίου 2019, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00:00. Η σύμβαση είναι μικτή και περιλαμβάνει την εκπόνηση των μελετών, την εκτέλεση του έργου, την υποστήριξη στη λειτουργία και την αποκατάσταση του χώρου, κατατασσόμενη στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): ... και συμπληρωματικών (CPV): ..., ..., ... Στο Παράρτημα Ι περιέχεται συνοπτική περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης κατά τις τέσσερις (4) φάσεις (στάδια) αυτής και δη την Α' Φάση (σύνταξη μελετών), τη Β' φάση (εκτέλεση έργων), τη Γ Φάση (λειτουργία χώρου) και τη Δ' Φάση (μέτρα / υπηρεσίες μεταβατικής διαχείρισης). Η Ανταγωνιστική Διαπραγμάτευση θα διεξαχθεί σε δύο φάσεις, ως ακολούθως: Α' Φάση: Επιλογή Συμμετεχόντων στη διαδικασία με την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής. Στο στάδιο αυτό οι ενδιαφερόμενοι προσκομίζουν, επί ποινή αποκλεισμού, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ). Δεν απαιτείται κατάθεση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Β' Φάση: Πρόσκληση για υποβολή αρχικής προσφοράς και ανταγωνιστική διαπραγμάτευση (Στάδιο Ι) και Υποβολή Τελικής Προσφοράς - Ανάθεση (Στάδιο ΙΙ). Σύμφωνα με τις αναλυτικές πληροφορίες που δίνονται στο άρθρο 10 της προκήρυξης, κατά το Στάδιο Ι της Β' φάσης του Διαγωνισμού θα αποσταλεί Πρόσκληση από την Αναθέτουσα Αρχή στους μη αποκλεισθέντες οριστικά, με την οποία θα κληθούν να υποβάλουν την Αρχική Προσφορά τους. Η Αρχική Προσφορά θα αποτελεί τη βάση των επακόλουθων διαπραγματεύσεων και εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή κρίνει σκόπιμη και αναγκαία τη βελτίωση του περιεχομένου της Αρχικής Προσφοράς τους, έτσι ώστε αυτή να εξυπηρετεί κατά τον καλύτερο τρόπο τις ανάγκες της, δύναται να ξεκινά σειρά διαπραγματεύσεων με έναν ή περισσότερους από τους προεπιλεγέντες κατά τις προβλέψεις του άρθρου 29 του Ν. 4412/2016. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η «πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά» βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής. Για να προσδιοριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, θα αξιολογηθούν οι Τεχνικές και Οικονομικές προσφορές των προσφερόντων με βάση τα κριτήρια και υποκριτήρια, καθώς και τη σχετική στάθμισή τους, όπως παρατίθενται στο άρθρο 14 της προκήρυξης.

Αριθμός απόφασης: 177/2020

3. Επειδή, σε συνέχεια της δημοσίευσης της προκήρυξης, στις 3.9.2019 υποβλήθηκαν εμπροθέσμως δύο (2) διευκρινιστικά ερωτήματα από ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς και ένα (1) αίτημα παράτασης της προθεσμίας υποβολής αιτήσεων συμμετοχής. Με την από 5.9.2019 Ανακοίνωση της αρμόδιας Διεύθυνσης Διάθεσης Υπολειμμάτων - Αποβλήτων του ..., η οποία εγκρίθηκε με την με αρ. 266/2019 Απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή: α) χορήγησε τις απαιτούμενες διευκρινίσεις στα ερωτήματα που τέθηκαν, β) ενέκρινε τη χορηγηθείσα παράταση ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής, με νέα ημερομηνία τη Δεύτερα, 23.9.2019 και ώρα 23:59:59, και ως ημερομηνία αποσφράγισης των αιτήσεων συμμετοχής την Τρίτη, 24.9.2019 και ώρα 10:00 π.μ., γ) ενέκρινε τη διευκρίνιση επί του εκ παραδρομής σφάλματος ως προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, βάσει της οποίας αποκαθίσταται η εκτιμώμενη συνολική αξία της σύμβασης στο ποσό των 31.292.562,30 ευρώ, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Στις 13.9.2019 υποβλήθηκε μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ η από 23.9.2019 προδικαστική προσφυγή (γεν αρ. κατ. ΑΕΠΠ 1138/16-09-2019) της προσφεύγουσας, με την οποία ζητούσε να ακυρωθεί η επίμαχη διακήρυξη. Με την υπ' αριθ. Α443/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ έγινε δεκτό το αίτημα αναστολής που περιεχόταν στην προδικαστική προσφυγή και ανεστάλη η διαγωνιστική διαδικασία. Συνεπεία της απόφασης αυτής, ως νέα καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής ορίστηκε αρχικώς η Δευτέρα 21.10.2019 και ώρα 23:59:59, και νέα ημερομηνία αποσφράγισης την Τρίτη 22.10.2019 και ώρα 10:00 π.μ., δυνάμει της υπ' αριθ. 272/2019 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής του Εντέλει, με την υπ' αριθ. 296/2019 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ... (ΑΛΑ: ...) ορίστηκε τελική καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής η Τρίτη 12/11/2019 και ώρα 23:59:59 και ως ημερομηνία αποσφράγισης των αιτήσεων η Τετάρτη 13/11/2019 και ώρα 10:00 π.μ.. Εν συνεχεία, εκδόθηκε η υπ' αριθ. 1260/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, δυνάμει της οποίας απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος για την προβολή συγκεκριμένων ισχυρισμών, ήτοι επειδή δεν υφίστατο βλάβη από τους όρους της διακήρυξης και από το είδος της διαγωνιστικής διαδικασίας. Μετά την εξέλιξη αυτή, η διαγωνιστική διαδικασία διεξήχθη κανονικά. Ωστόσο, με την υπ' αριθ. 327/2019 απόφαση της Ε.Ε. του ...

Αριθμός απόφασης: 177/2020

(ΑΔΑ: ...), κάνοντας δεκτό το Πρακτικό ΙΑ της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, μετατέθηκε η αποσφράγιση των αιτήσεων συμμετοχής. Η μετάθεση του χρόνου αποσφράγισης των αιτήσεων συμμετοχής οφειλόταν σε τεχνικά προβλήματα του ΕΣΗΔΗΣ κατά την 12.11.2019, καταληκτική ημερομηνία υποβολής αιτήσεων συμμετοχής, που είχε αποτέλεσμα την αδυναμία οικονομικού φορέα να υποβάλει την αίτηση συμμετοχής του. Προκειμένου να καταστεί εφικτή η υποβολή αίτησης συμμετοχής μετατέθηκε η καταληκτική ημερομηνία υποβολής αίτησης συμμετοχής του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα για την Πέμπτη 14.11.2019 και ώρα 10:00πμ και αντίστοιχα ο χρόνος αποσφράγισης όλων των αιτήσεων συμμετοχής για την Πέμπτη 14.11.2019 και ώρα 10:00πμ. στις 14.11.2019 έλαβε χώρα η αποσφράγιση των αιτήσεων συμμετοχής και διαπιστώθηκε ότι υποβλήθηκαν τέσσερις (4) αιτήσεις ως κατωτέρω: Α) Η αίτηση συμμετοχής υπ' αριθ. 129743 της 1^{ης} Παρεμβαίνουσας . Β) Η αίτηση συμμετοχής υπ' αριθ. 130705 της προσφεύγουσας. Γ) Η αίτηση συμμετοχής υπ' αριθ. 129990 της 3^{ης} Παρεμβαίνουσας και Δ) Η αίτηση συμμετοχής υπ' αριθ. 130624 της 2^{ης} Παρεμβαίνουσας. Ακολούθως, με την υπ' αριθ. 380/30.11.2019 απόφαση της Ε.Ε. της αναθέτουσας αρχής έγινε δεκτό το Πρακτικό 1Β της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και αποφασίστηκε ο αποκλεισμός από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας της συμμετοχής της προσφεύγουσας με την εξής αιτιολογία *«Α. Σύμφωνα με το άρθρο 12 της Διακήρυξης: «...Στην αίτηση συμμετοχής, επί ποινή απόρριψής της, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής...».* Όπως έχει κριθεί, κατά τη γραμματική και κατά τη λογική ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν 4412/2016, έχει την έννοια ότι η προσφορά ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει, επί ποινή απαραδέκτου, να περιλαμβάνει την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης και την μεταξύ των μελών κατανομή της αμοιβής από τη σύμβαση. Η κατανομή της αμοιβής αποτελεί μέγεθος διακριτό από την έκταση της συμμετοχής, δεν περιλαμβάνεται κατά νόμο σε αυτήν, δεδομένου άλλωστε ότι είναι δυνατό να μη συμπίπτει, κατά ποσοστό, με αυτήν. (ΔΕφΤριπ. σε Συμβ. 8/2019, ΑΕΠΠ 1044/2018 που δεν ανεστάλη με την ΕΑ ΣΤΕ 238/2019). Περαιτέρω, κατά την οικεία διακήρυξη (άρθρο 1.5) αναφέρεται ότι *«Η σύμβαση είναι μικτή και*

Αριθμός απόφασης: 177/2020

περιλαμβάνει την εκπόνηση των μελετών, την εκτέλεση του έργου, την υποστήριξη στη λειτουργία και την αποκατάσταση του χώρου, κατατασσόμενη στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): ... και συμπληρωματικών CPV: ..., ...,». Άλλωστε, στο άρθρο 3 της οικείας διακήρυξης (όπως διορθώθηκε) επιμερίζεται ο προϋπολογισμός της σύμβασης ως εξής: Α) ΑΜΟΙΒΗ ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΤΑΞΗ ΟΡΙΣΤΙΚΩΝ ΜΕΛΕΤΩΝ: 862.500,00 €, Β) ΑΜΟΙΒΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ: 23.430.062,30 €, Γ) ΑΜΟΙΒΗ ΓΙΑ ΤΙΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΚΤΙΚΕΣ ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΔΙΕΤΟΥΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ ΤΟΥ ΧΩΡΟΥ ΤΑΦΗΣ: 4.500.000,00 € και Δ) ΜΕΤΡΑ- ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΜΕΤΑΒΑΤΙΚΗΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ: 2.500.000,00 €. Ωστόσο, η ως άνω Ένωση εταιρειών στο δηλωθέν σχήμα προσδιορίζει στο από 12/11/2019 Ιδιωτικό Συμφωνητικό Ένωσης Εταιρειών, στα προσκομισθέντα Πρακτικά των εταιρειών, καθώς και στο ΕΕΕΣ εκάστου μέλους: «... Ένωση Εταιρειών ορίζεται για κάθε συμβαλλόμενη εταιρεία σε ποσοστό ως ακολούθως: Α) ... 100% στις κατηγορίες εργασιών ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ και Η/Μ ΕΡΓΩΝ. Β) ... 95% στην κατηγορία εργασιών ΕΡΓΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΥΓΡΩΝ, ΣΤΕΡΕΩΝ ΚΑΙ ΑΕΡΙΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ. Γ) ... ΑΕΕ 5% στην κατηγορία εργασιών ΕΡΓΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΥΓΡΩΝ, ΣΤΕΡΕΩΝ ΚΑΙ ΑΕΡΙΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ...». Από τα ως άνω διαπιστώνεται ότι τα εν λόγω ποσοστά κατανομής αμοιβής αφορούν μόνο την αμοιβή για την κατασκευή (εκτέλεση) του έργου και όχι στα λοιπά τμήματα της σύμβασης. Τούτων δοθέντων, κατά παράβαση του άρθρου 12 της Διακήρυξης, δεν έχουν δηλωθεί η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους όσον αφορά το στάδιο σύνταξης των μελετών, των υποστηρικτικών υπηρεσιών διαχείρισης και των υπηρεσιών μεταβατικής διαχείρισης. Β. Σύμφωνα με το άρθρο 18.Δ της οικείας διακήρυξης (σελ. 26) «Οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να δηλώσουν αναλυτικά στο Ε.Ε.Ε.Σ. ότι πληρούν τις απαιτήσεις. Ειδικότερα: (...) δ) Ως προς το στοιχείο δ' τα ονοματεπώνυμα των στελεχών του οικονομικού φορέα, με αναφορά στα επαγγελματικά προσόντα εκάστου, ήτοι την εγγραφή στο ΜΕΚ και την τάξη του πτυχίου ή σε περίπτωση που δεν είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΚ το πτυχίο που κατέχουν, το πανεπιστημιακό ίδρυμα και τα στοιχεία που να αποδεικνύουν την εμπειρία.». Η Ένωση εταιρειών και δη το μέλος αυτής ... έχει δηλώσει ως στέλεχος τον κ. ..., χωρίς να γίνεται μνεία σε εγγραφή του στο ΜΕΚ.

Αριθμός απόφασης: 177/2020

Ωστόσο, στο σημείο «Τίτλοι Σπουδών και επαγγελματικών προσόντων» του ΕΕΕΣ (αελ.22) του οικονομικού φορέα ..., και ειδικότερα στην περιγραφή προσόντων του ... αναφέρεται ως Μηχανολόγος Μηχανικός ΑΕΙ, 12ετούς εμπειρίας σε έργα Η/Μ εκτελεσμένου ποσού 3.958.523€, χωρίς να γίνεται περιγραφή του πανεπιστημιακού ιδρύματος και των στοιχείων που αποδεικνύουν την εμπειρία, κατά παράβαση του όρου 18.Δ της Διακήρυξης. Οι παραπάνω ελλείψεις κρίνονται ουσιώδεις και δεν μπορούν να τύχουν διευκρίνισης, αφού θα απαιτείτο κατ' ουσίαν υποβολή συμπληρωμένου ΕΕΕΣ επί στοιχείων που δεν έχουν δηλωθεί εξ αρχής αν και ζητούνταν εξ αρχής επί ποινή αποκλεισμού, κατά παράβαση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Εν κατακλείδι, συντρέχουν οι ως άνω δύο λόγοι απόρριψης της αίτησης συμμετοχής της εν λόγω Ένωσης....».

4. Επειδή, κατά της τελευταίας υπ' αριθ. 380/30.11.2019 απόφασης, με την οποία αποκλείσθηκε από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, προσέφυγε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 15.12.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσή της.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στους προσφέροντες, στις 05.12.2019, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, με τον αυτόν τρόπο ηλεκτρονικής κατάθεσης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 15.12.2019, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού. Επισημαίνεται, ότι η ίδια η προσφεύγουσα κοινοποίησε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την υπό εξέταση προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν (15.12.2019).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης Απόφασης ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον (ΣτΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς,

Αριθμός απόφασης: 177/2020

δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον τομέα της επίμαχης σύμβασης, συμμετείχε στον Διαγωνισμό και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία αποκλείστηκε από τη συνέχειά του, υφίσταται βλάβη, όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 16.12.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 20.12.2019 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 23.12.2019, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της. Η προσφεύγουσα απέστειλε μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ το από 14.01.2020 Υπόμνημά της προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, πλην όμως το εν λόγω Υπόμνημα δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη από το κρίνον κλιμάκιο, καθόσον δεν κατατέθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ όπως ορίζει η παράγραφος 1 του άρθρου 365 *«Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής.»*. Ως εκ τούτου το από 14.01.2010 Υπόμνημα της προσφεύγουσας είναι απαραδέκτως ασκηθέν.

8. Επειδή, εν γένει εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η 1^η Παρεμβαίνουσα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 16.12.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 20.12.2019, πλην όμως απαραδέκτως ελλείπει εννόμου συμφέροντος, καθόσον σύμφωνα με τα παγίως κριθέντα στη νομολογία του ΣτΕ, ήδη υπό την ισχύ των, προγενέστερων του Ν. 4412/2016 (ΒΙΒΛΙΟ IV), Νόμων 2522/1997 και 3886/2010: διαγωνιζόμενος, του οποίου η προσφορά νομίμως αποκλείεται,

Αριθμός απόφασης: 177/2020

καθίσταται τρίτος ως προς την εξέλιξη της αντίστοιχης διαδικασίας. Εν προκειμένω με την προσβαλλόμενη η προσφορά της 1ης παρεμβαίνουσας κρίθηκε αποκλειστέα, η ασκηθείσα, δε, κατά του αποκλεισμού της, προδικαστική προσφυγή της, απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ. 165/2020 απόφαση του κρίνοντος Κλιμακίου. Ως εκ τούτου, λαμβάνοντας υπόψη ότι παρέμβαση ασκείται παραδεκτώς υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης άνευ εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό εξέταση παρέμβαση.

9. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η 2^η Παρεμβαίνουσα με την επωνυμία «...», αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 16.12.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 24.12.2019, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η αίτηση συμμετοχής της.

10. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η 3^η Παρεμβαίνουσα με την επωνυμία «...», αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 16.12.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 27.12.2019, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η αίτηση συμμετοχής της.

11. Επειδή, το άρθρο 18Δ παράγραφος δ) της Διακήρυξης ορίζει ότι: *«υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να δηλώσουν αναλυτικά στο Ε.Ε.Ε.Σ. ότι πληρούν τις απαιτήσεις. Ειδικότερα: (...) δ) Ως προς το στοιχείο δ' τα ονοματεπώνυμα των στελεχών του οικονομικού φορέα, με αναφορά στα επαγγελματικά προσόντα εκάστου, ήτοι την εγγραφή στο ΜΕΚ και την τάξη του πτυχίου ή σε περίπτωση που δεν είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΚ το πτυχίο που κατέχουν, το πανεπιστημιακό ίδρυμα και τα στοιχεία που να αποδεικνύουν την*

Αριθμός απόφασης: 177/2020

εμπειρία.». Επίσης το άρθρο 12 της Διακήρυξης ορίζει ότι «..Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή αίτηση συμμετοχής, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην αίτηση συμμετοχής, επί ποινή απόρριψής της, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής...».

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

13. Επειδή η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται επί λέξει ότι «[...]Στο άρθρο 19.6 της διακήρυξης αναφέρεται επί λέξει ότι «Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται κατά το μέρος που καλύπτεται, από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει. Διαφορετικά ή / και συμπληρωματικά στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 18.Δ δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/20161 ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 18.Δ απαίτηση. Στο από 5-9-2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με τίτλο «Ανακοίνωση περί παροχής διευκρινίσεων» διαλαμβάνεται, ακόμη, ότι: «Παρακαλούμε όπως επιβεβαιώσετε ότι στην περίπτωση που στην βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π καταγράφετε η απαιτούμενη στελέχωση του άρθρου 18.Δ

Αριθμός απόφασης: 177/2020

παρ. δ δεν απαιτείται η υποβολή των δικαιολογητικών που αναφέρονται στην παράγραφο ε του άρθρου 19.6. Απάντηση 2: Επιβεβαιώνεται ότι η βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. καλύπτει τις απαιτήσεις απόδειξης της στελέχωσης του άρθρου 18.Δ παρ. δ', ως προς τα στελέχη που αναφέρονται σε αυτήν και συνεπώς γι' αυτά δεν απαιτείται η προσκόμιση κάποιου άλλου πιστοποιητικού». Κατά πάγια νομολογία, η πράξη με την οποία παρέχονται διευκρινίσεις όρων του διαγωνισμού εντάσσεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης στους οποίους αναφέρεται και δεσμεύοντας τους ενδιαφερομένους να λάβουν μέρος στο διαγωνισμό, εφόσον δεν αμφισβητηθούν (ΣτΕ 2148/2017, ΣτΕ ΕΑ 92/2014, πρβλ ΕΑ 499/2012, 45/2008. ΔΕφΑθ ΕΑ 279/2019). Οι απαιτήσεις της παραγράφου 18.Δ της διακήρυξης προσδιορίζουν την απαιτούμενη δυναμικότητα των στελεχών του πτυχίου ΜΕΕΠ, το οποίο ανάγεται στην τάξη ΜΕΕΠ του οικονομικού φορέα που κατέχει βεβαίωση ΜΕΕΠ. Οι απαιτήσεις της παρ. 18.Δ της διακήρυξης αντιστοιχούν σε ΜΕΕΠ 4η Τάξης και άνω στις κατηγορίες ΟΔΟ, ΥΔΡ και Η/Μ και 3ης Τάξης στην κατηγορία ΕΡΓΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΥΓΡΩΝ, ΣΤΕΡΕΩΝ ΚΑΙ ΑΕΡΙΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ. Στην προκειμένη περίπτωση, στο νομίμως υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρίας «...» αναφέρεται μεταξύ άλλων ότι η εταιρία είναι εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.Ε.Π. (με αριθμό εγγραφής ... και με αριθμό πρωτοκόλλου του Πιστοποιητικού ...). Όπως, επίσης, αναφέρεται στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. η εταιρία κατατάσσεται στην 7η Τάξη του ΜΕΕΠ στις κατηγορίες εργασιών της ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, των ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ και των Η/Μ ΕΡΓΩΝ σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 3669/2008. Το ακριβές εξάλλου περιεχόμενο του πιστοποιητικού εγγραφής στο ΜΕΕΠ, όπως εκάστοτε ισχύει, διατίθεται και ηλεκτρονικά, ενώ έχει αναφερθεί και ο σχετικός ηλεκτρονικός σύνδεσμος σύμφωνα με τον οποίο μπορεί αυτό να αναζητηθεί (www.yrextd15.gr ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΚΑΙ ΜΕΤΑΦΟΡΩΝ/ΓΓΥ/ΓΔΤΥ/ Δ/ΝΣΗ ΜΗΤΡΩΩΝ/ΤΜΗΜΑ ΜΕΕΠ). Επιπρόσθετα, στο ίδιο Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρίας «...» (Μέρος IV, Κεφάλαιο Γ') γίνεται αναφορά στον κ. ..., ως Υπεύθυνου Η.Μ εργασιών - στελέχους της εταιρίας «...». Στη συνέχεια δε αναφέρεται ότι ο κ. ... είναι Μηχανολόγος Μηχανικός ΑΕΙ, 12ετούς επαγγελματικής εμπειρίας > 3.958.523 ευρώ σε Η/Μ εργασίες. Με δεδομένο ότι ο κ. ... στελεχώνει το ΜΕΕΠ της εταιρίας «...» δεν ήταν αναγκαία η αναφορά της εγγραφής του στο ΜΕΚ ή του πτυχίου που κατέχει, του πανεπιστημιακού του

Αριθμός απόφασης: 177/2020

ιδρύματος και τα στοιχεία που αποδεικνύουν την εμπειρία του. Τούτο δε προκύπτει από τις ίδιες τις διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες, εφόσον δεν προσβλήθηκαν από κάποιον διαγωνιζόμενο, εντάχθηκαν στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΣτΕ 1747/2016, ΔΕφΘεσ/νικης 72/2018, 32/2018). Σύμφωνα με τις διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής η βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. καλύπτει τις απαιτήσεις απόδειξης της στελέχωσης του άρθρου 18Δ. παρ. δ', ως προς τα στελέχη που αναφέρονται σε αυτήν και για τα στελέχη αυτή δεν απαιτείται η υποβολή άλλου πιστοποιητικού. Ο προσδιορισμός, λοιπόν, των προσόντων αφορά στους μηχανικούς που δεν στελεχώνουν το Μ.Ε.Ε.Π. της εταιρίας «...». Λαμβανομένου, δηλαδή, υπόψη ότι στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρίας «...» δηλώθηκε ότι η εν λόγω εταιρία είναι εγγεγραμμένη στην 7η τάξη του Μ.Ε.Ε.Π., καθώς και ότι ο κ. ... είναι στέλεχος της εν λόγω εταιρίας, δεν ήταν αναγκαία η αναφορά της εγγραφής του κ. ... στο Μ.Ε.Κ. ή η αναφορά του πτυχίου που κατέχει, του πανεπιστημιακού ιδρύματος και των στοιχείων που αποδεικνύουν την εμπειρία του. Το γεγονός ότι ο κ. ... στελεχώνει το Μ.Ε.Ε.Π. της εταιρίας «...» προκύπτει από το υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. της συγκεκριμένης εταιρίας, όπου αναφέρεται ως στέλεχος. Πέραν τούτου, όμως, προκύπτει και από το ίδιο το έγγραφο του Μ.Ε.Ε.Π. που διαθέτει η εταιρία και το οποίο είναι ευχερώς αναζητήσιμο, λαμβανομένου υπόψη ότι στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. αναφέρεται ο σχετικός σύνδεσμος που παραπέμπει στην εγγραφή της εταιρίας στο Μ.Ε.Ε.Π., ενώ έχει δοθεί η σχετική συγκατάθεσή μας περί δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να αναζητήσει τα σχετικά έγγραφα στο Μέρος VI του Ε.Ε.Ε.Σ.. Σημειωτέον, επίσης, ότι το εν λόγω πιστοποιητικό διαθέτει ήδη η αναθέτουσα αρχή από άλλον διαγωνισμό στον οποίο έχουμε κηρυχθεί ανάδοχοι (βλ. την από 23-7-2018 σύμβαση «Υπηρεσίες επέκτασης λειτουργίας συντήρησης μονάδας επεξεργασίας στραγγισμάτων στον ... (Τμ. II) ... και στον ... του ΤΟΥ ...») και κατά συνέπεια, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην υπ' αριθμόν 23 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., το περιεχόμενό του μπορεί να ληφθεί υπόψη από την ίδια. Από το έγγραφο αυτό προκύπτει πέραν πάσης αμφιβολίας ότι ο κ. ... στελεχώνει το Μ.Ε.Ε.Π. της εταιρίας «...» και επομένως, μόνη η αναφορά περί εγγραφής της εν λόγω εταιρίας στο Μ.Ε.Ε.Π. αρκούσε για την πλήρωση του όρου 18.Δ. της διακήρυξης.[...] Σε κάθε, όμως, περίπτωση, παρ' ότι σύμφωνα με τις διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής δεν ήταν αναγκαία η αναφορά του Μ.Ε.Κ. ή του πτυχίου, του πανεπιστημιακού

Αριθμός απόφασης: 177/2020

ιδρύματος και των στοιχείων που αποδεικνύουν την εμπειρία του κ. ..., στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. αναφέρονται ως εκ περισσού, και όλα τα ανωτέρω στοιχεία και συνεπώς, μη νομίμως απορρίφθηκε η αίτησή μας. Ειδικότερα, στο Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρίας «...» διαλαμβάνεται ότι ο κ. ... είναι Μηχανολόγος Μηχανικός Α.Ε.Ι., 12ετούς εμπειρίας σε έργα Η/Μ εκτελεσμένου ποσού 3.958.523 ευρώ. Πιο συγκεκριμένα, ρητά αναφέρεται στο Ε.Ε.Ε.Σ. ότι διαθέτει πτυχίο Μηχανολόγου Μηχανικού Α.Ε.Ι.. Προσδιορίζεται, δηλαδή, ότι ο κ. ... είναι απόφοιτος Α.Ε.Ι., δηλαδή Ανώτατου Εκπαιδευτικού Ιδρύματος της ημεδαπής και όχι ΤΕΙ ή οτιδήποτε άλλο. Ο δε προσδιορισμός του ειδικότερου Α.Ε.Ι. (Πανεπιστημίου) από το οποίο αποφοίτησε ο κ. ... δεν είναι αναγκαίος, διότι δεν ασκεί καμία επιρροή εν προκειμένω. Λαμβανομένου υπόψη ότι δηλώθηκε ότι είναι απόφοιτος Α.Ε.Ι., ήτοι ελληνικού Πανεπιστημίου, δεν είναι απαραίτητη η αναφορά κανενός άλλου στοιχείου, δεδομένου ότι με τον τρόπο αυτό καλύπτεται η απαίτηση της διακήρυξης (η οποία όπως αναλυτικά προεκτέθηκε ήρθη με τις διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής). Επιπρόσθετα, τα στοιχεία της εμπειρίας του κ. ... επαρκώς προσδιορίζονται στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ., διότι αναφέρονται τα έτη εμπειρίας του (12 έτη), ο τομέας στον οποίο διαθέτει την εν λόγω εμπειρία (Η/Μ έργα) και το ποσό που αντιστοιχεί στις συμβάσεις που έχει εκτελέσει (3.958.523 ευρώ). Παρά ταύτα, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την αίτησή μας, αναφέροντας παντελώς αόριστα και γενικόλογα ότι δεν προσδιορίσαμε δήθεν τα στοιχεία που αποδεικνύουν την εμπειρία του κ. Δεν προσδιορίζει, δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή ποια δήθεν στοιχεία δεν διαλαμβάνονται στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ., με δεδομένο, μάλιστα, ότι στο Ε.Ε.Ε.Σ. προσδιορίσθηκαν τα έτη, ο τομέας και το ύψος των συμβάσεων, που εκτελέσθηκαν εκ μέρους του. Η αναθέτουσα αρχή χωρίς να αναφέρει ποια συγκεκριμένα στοιχεία δεν προσδιορίσθηκαν απέρριψε την αίτησή μας, με αποτέλεσμα η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης να είναι παντελώς ανεπαρκής. Να σημειωθεί μάλιστα, ότι σύμφωνα με το άρθρο 20 της διακήρυξης τα αποδεικτικά στοιχεία δεν υποβάλλονται στην παρούσα Φάση (Φάση Α), αλλά στην φάση της κατακύρωσης και σε οποιοδήποτε στάδιο του διαγωνισμού, εφόσον ζητηθούν από τον ..., οπότε οποιοδήποτε περαιτέρω αποδεικτικό στοιχείο σχετικά με τα όσα δηλώνονται στο ΕΕΕΣ δύναται να ζητηθεί από την ίδια την αναθέτουσα αρχή. Σε κάθε περίπτωση, όπως παγίως γίνεται δεκτό τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων (ΕΑ ΣτΕ 82/2016, 423/2011,

Αριθμός απόφασης: 177/2020

1725/2010, ΔΕφΠειρ ΕΑ 56/2019), κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑ ΣτΕ 423, 424, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδ. θ', σελ. 776). Όπως έχει κριθεί, ναι μεν ο κανονιστικός χαρακτήρας της διακήρυξης δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους συμμετέχοντες, οι οποίοι οφείλουν να υποβάλουν τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία, αυτά, όμως, προϋποθέτουν ρητό και σαφή όρο και όχι εκ των υστέρων και κατά την αξιολόγηση το πρώτον ερμηνεία της διακήρυξης, με τρόπο ώστε να εισάγονται όροι αποκλεισμού και υποχρεώσεις των προσφερόντων, οι οποίες δεν προέκυπταν με σαφήνεια (ΑΕΠΠ 728/2019, 49/2018, 955/2018, 237/2017). Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, κατά πάγια αρχή του εθνικού και κοινοτικού δικαίου οι όροι μιας διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά. Ωστόσο, η αυστηρή αυτή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με τη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή των υποχρεώσεων κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς 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 έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS *Succhi di Frutta SpA*). Ακόμη, λοιπόν, και στην απίθανη περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή απαιτούσε, πράγματι, την αναφορά των εν λόγω στοιχείων, παρ' ότι ρητά αναφέρεται στις διευκρινίσεις ότι η βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. καλύπτει τις απαιτήσεις απόδειξης της στελέχωσης του άρθρου 18Δ. παρ. δ', ως προς τα

Αριθμός απόφασης: 177/2020

στελέχη που αναφέρονται σε αυτήν, τούτο σαφώς δεν θα έπρεπε να οδηγήσει στην απόρριψη της αίτησής μας. Και τούτο διότι υπάρχει ασάφεια σε έγγραφο της σύμβασης και συγκεκριμένα στις διευκρινίσεις που έδωσε η αναθέτουσα αρχή, δεδομένου ότι από αυτήν δεν προκύπτει καμία τέτοια απαίτηση. Ασάφεια υπάρχει, επίσης, στην διακήρυξη του διαγωνισμού, όπου αναφέρεται ότι στο Ε.Ε.Ε.Σ. θα πρέπει να προσδιορίζονται τα στοιχεία που αποδεικνύουν την εμπειρία των στελεχών, χωρίς να διαλαμβάνεται ποια συγκεκριμένα στοιχεία πρέπει να αναφερθούν. Οι εν λόγω ασάφειες, όμως, δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να αποβούν σε βάρος μας, σύμφωνα με τα ανωτέρω εκτεθέντα. Τουναντίον, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να μας καλέσει να διευκρινίσουμε οποιοδήποτε στοιχείο σχετικά με το Πανεπιστημιακό Ίδρυμα και τα στοιχεία της εμπειρίας του κ. ..., αν υποθεθεί ότι απαιτούνταν, κατ' εφαρμογήν της διάταξης του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, δεδομένου, μάλιστα, ότι τα στοιχεία αυτά είχαν ήδη δηλωθεί στο Ε.Ε.Ε.Σ. της εταιρίας «...». Οποιοδήποτε δε επιπρόσθετο διευκρινιστικό στοιχείο απαιτούσε η αναθέτουσα αρχή όφειλε να μας το ζητήσει.»

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω λόγο της προσφυγής και αναφέρει σχετικώς ότι «[...]Αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι δεν απαιτείτο η δήλωση στο ΕΕΕΣ του μέλους της ... του πανεπιστημιακού ιδρύματος από το οποίο ελήφθη το πτυχίο του κου ... και τα αποδεικτικά στοιχεία της δηλωθείσας εμπειρίας του, επικαλούμενη διευκρίνιση που χορηγήθηκε κατόπιν σχετικού ερωτήματος της. Και στο σημείο αυτό η Διακήρυξη είναι απολύτως σαφής : προβλέπει στο άρθρο 18.Δ. περ. δ' ότι σχετικά με τις απαιτήσεις στελέχωσης, οι «υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να δηλώσουν αναλυτικά στο Ε.Ε.Ε.Σ. ότι πληρούν τις απαιτήσεις. Ειδικότερα: (...) δ) Ως προς το στοιχείο δ' τα ονοματεπώνυμα των στελεχών του οικονομικού φορέα, με αναφορά στα επαγγελματικά προσόντα εκάστου, ήτοι την εγγραφή στο ΜΕΚ και την τάξη του πτυχίου ή σε περίπτωση που δεν είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΚ το πτυχίο που κατέχουν, το πανεπιστημιακό ίδρυμα και τα στοιχεία που να αποδεικνύουν την εμπειρία.». Για την περίπτωση κατά συνέπεια, που δεν δηλωνόταν ούτε προέκυπτε από το ίδιο το ΕΕΕΣ - που όπως προαναφέρθηκε αποτελεί το αποκλειστικό δικαιολογητικό για τη συμμετοχή στους διαγωνισμούς του ν. 4412/2016 - ότι στέλεχος δηλωθέν προς κάλυψη της απαίτησης του άρθρου 18.Δ.δ' είναι εγγεγραμμένο στο ΜΕΚ, όπως η περίπτωση του κου ..., η υποβάλλουσα το ΕΕΕΣ εταιρεία υποχρεούτο να δηλώσει και την

Αριθμός απόφασης: 177/2020

επωνυμία του πανεπιστημιακού ιδρύματος από το οποίο το στέλεχος έλαβε το πτυχίο του και τα στοιχεία που αποδεικνύουν την εμπειρία του, δηλαδή συγκεκριμένες συμβάσεις, υπηρεσίες και έργα και τη συγκεκριμένη θέση και ιδιότητα υπό την οποία απασχολήθηκε σε αυτά, ώστε να αποδεικνύεται η δηλούμενη στο ΕΕΕΣ εμπειρία του. Οι ανωτέρω σαφείς απαιτήσεις της Διακήρυξης ως προς το περιεχόμενο των δηλώσεων του ΕΕΕΣ δεν δύνανται να παρακαμφθούν, αφού η νομιμότητα τους ουδέποτε αμφισβητήθηκε από την προσφεύγουσα και δεσμεύουν τόσο το Σύνδεσμό μας όσο και όλους τους διαγωνιζομένους. Ο ισχυρισμός ότι η δήλωση στο ΕΕΕΣ ότι ο κ. ... ότι διαθέτει πτυχίο Α.Ε.Ι αρκεί διότι το από ποιο πανεπιστημιακό ίδρυμα ελήφθη το πτυχίο δεν ασκεί επιρροή, ανάγεται σε έλεγχο σκοπιμότητας των όρων της Διακήρυξης που εκφεύγει του ελέγχου που ασκείται στο πλαίσιο της προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, οι ανωτέρω σαφέστατοι όροι της Διακήρυξης δεν τροποποιήθηκαν με τις διευκρινίσεις που παρείχε ο Σύνδεσμός μας με την υπ' αριθμ. 266/2019 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Διότι το ερώτημα που υποβλήθηκε από το μέλος της προσφεύγουσας ... αναφερόταν συγκεκριμένα στο στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, σύμφωνα με τον όρο 19 της Διακήρυξης και ειδικότερα στην δυνατότητα απαλλαγής από την υποχρέωση υποβολής των προβλεπόμενων στο άρθρο 19 παρ. 6 περ. ε' δικαιολογητικών. Το ερώτημα συγκεκριμένα είχε ως εξής (οι υπογραμμίσεις δικές μας): «Παρακαλούμε όπως επιβεβαιώσετε ότι στην περίπτωση που στην βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π καταγράφετε (sic) η απαιτούμενη στελέχωση του άρθρου 18.Δ παρ.δ δεν απαιτείται π υποβολή των δικαιολογητικών που αναφέρονται στην παράγραφο ε του άρθρου 19.6.». Και η διευκρίνιση που δόθηκε είχε κατά λέξη ως εξής : «Επιβεβαιώνεται ότι η βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. καλύπτει τις απαιτήσεις απόδειξης της στελέχωσης του άρθρου 18.Δ παρ. δ', ως προς τα στελέχη που αναφέρονται σε αυτήν και συνεπώς γι' αυτά δεν απαιτείται η προσκόμιση κάποιου άλλου πιστοποιητικού.». Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι το ερώτημα -και κατά λογική αναγκαιότητα και η απάντηση επ' αυτού - δεν αφορούσαν το στάδιο υποβολής της αίτησης συμμετοχής για το οποίο υπάρχουν ειδικές ρυθμίσεις στους όρους 19.1. και 18.Δ. περ. δ' της Διακήρυξης, όπου αφενός ορίζεται κατά το στάδιο αυτό η προκαταρκτική απόδειξη μέσω ΕΕΕΣ και αφετέρου καθορίζεται το ειδικότερο περιεχόμενο συγκεκριμένης δήλωσης ως

Αριθμός απόφασης: 177/2020

προς το κριτήριο επιλογής 18.Δ.δ' που απαιτείτο να περιληφθεί στο ΕΕΕΣ για την παραδεκτή και νόμιμη συμμετοχή στη διαδικασία οποιοσδήποτε οικονομικού φορέα. Επομένως ουδεμία ασάφεια υπάρχει στους όρους της Διακήρυξης ούτε συντρέχει περίπτωση επιτρεπόμενης συμπλήρωσης δικαιολογητικών σύμφωνα με όσα ανωτέρω αναφέρουμε (υπό στοιχ. Α.ε), όπου παραπέμπουμε προς αποφυγή επαναλήψεων. Τέλος, ο ισχυρισμός ότι επειδή ο κ. ...στελεχώνει το Μ.Ε.Ε.Π της εταιρείας ... αρκούσε για την πλήρωση των απαιτήσεων του όρου 18.Δ. η απλή αναφορά στο ΕΕΕΣ περί εγγραφής της εταιρείας στο Μ.Ε.Ε.Π δεν ευσταθεί, αφενός διότι όπως προαναφέρθηκε οι απαιτήσεις των όρων 19.1. και 18.Δ. περ. δ' είναι σαφέστατες ως προς το ακριβές περιεχόμενο του ΕΕΕΣ και αφετέρου διότι από κανένα στοιχείο του ΕΕΕΣ της ... δεν προκύπτει ούτε δηλώνεται ότι ο κος ... έχει την συγκεκριμένη ιδιότητα, δηλαδή όχι του απλού στελέχους της ... αλλά του στελέχους που αναφέρεται στην εγγραφή της ... στο Μ.Ε.Ε.Π. όσα δε αντίθετα προβάλλει η προσφεύγουσα είναι αναληθή.».

15. Επειδή, η 3^η Παρεμβαίνουσα αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της και ισχυρίζεται ότι «[...]Εν προκειμένω, όπως ορθώς κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση, ως προς τον κ. ..., τον οποίο δήλωσαν ως στέλεχος για τα «Η/Μ ΕΡΓΑ», μαζί με τον κ. ..., οι προσφεύγουσες δεν δήλωσαν στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ ούτε ότι είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΚ (ούτε, φυσικά, την αντίστοιχη τάξη του πτυχίου του στο ΜΕΚ), ούτε αναλυτικά το πτυχίο που κατέχει, το πανεπιστημιακό ίδρυμα αυτού του πτυχίου, ούτε τα στοιχεία που να αποδεικνύουν την εμπειρία του εν λόγω στελέχους. Αντιθέτως, δήλωσαν απλώς ότι είναι «Μηχανολόγος Μηχανικός ΑΕΙ, 12ετής επαγγελματική εμπειρία > 3.958.523 € σε Η/Μ εργασίες». Συνεπώς, ορθώς κρίθηκε अपараδέκτη η αίτηση συμμετοχής της προσφεύγουσας ένωσης, με την προσβαλλόμενη απόφαση. Τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα είναι προδήλως αβάσιμα. Ειδικότερα: Αλυσίτελώς οι προσφεύγουσες επικαλούνται την από 05.09.2019 διευκρίνιση της Αναθέτουσας Αρχής. Και τούτο, διότι αυτή, όπως προκύπτει από το σαφές γράμμα της («καλύπτει τις απαιτήσεις απόδειξης» του άρθρου 19.6 της Διακήρυξης), αφορά τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου και όχι το περιεχόμενο του ΕΕΕΣ. Άλλωστε, οι προσφεύγουσες έχουν ρητώς δηλώσει στο ΕΕΕΣ της ... ότι η εγγραφή της εν λόγω εταιρείας στο ΜΕΕΠ δεν «καλύπτει όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής» (βλ. σελίδα 3 του εν λόγω ΕΕΕΣ). Απορριπτέοι

Αριθμός απόφασης: 177/2020

είναι όλοι οι ισχυρισμοί των προσφευγουσών πως, εκ μόνου του γεγονότος ότι η ... είναι 7η Τάξης στο ΜΕΕΠ και ότι ο κ. ... στελεχώνει την εν λόγω εταιρία, δήθεν δεν απαιτείτο ούτε η αναφορά ότι ο κ. ... είναι εγγεγραμμένος στο ΜΕΚ, ούτε αναλυτικά το πτυχίο που κατέχει, το πανεπιστημιακό ίδρυμα αυτού του πτυχίου, ούτε τα στοιχεία που να αποδεικνύουν την εμπειρία του εν λόγω στελέχους. Καταρχάς, εφόσον η Διακήρυξη το επέβαλε, όλοι οι παραπάνω ισχυρισμοί προσκρούουν στην αρχή της τυπικότητας. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από μία απλή σύγκριση των παρ. 7 και 8 του άρθρου 100 του Ν. 3669/2008, όπως ισχύουν (βλ. και το άρθρο 188 του Ν. 4635/2019), και του άρθρου 18Δ δ της Διακήρυξης, η απαιτούμενη από τη Διακήρυξη στελέχωση για την κατηγορία εργασιών «Η/Μ ΕΡΓΑ» δεν αντιστοιχεί σε καμία από τις προβλεπόμενες εκ του νόμου τάξεις. Συναφώς, από το περιεχόμενο της παρ. 8α) iv του άρθρου 100 του Ν. 3669/2008 προκύπτει ότι επιχείρηση εγγεγραμμένη στην 7η Τάξη του ΜΕΕΠ μπορεί να μην πληροί την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη στελέχωση για την κατηγορία εργασιών «Η/Μ ΕΡΓΑ», εφόσον η εγγραφή στην 7η Τάξη του ΜΕΕΠ απαιτεί μόνο έναν τεχνικό ΜΕΚ Δ' βαθμίδας Η/Μ Έργων, ενώ η Διακήρυξη απαιτεί, καταρχήν, δύο τέτοιους τεχνικούς. Συνεπώς, μόνο το γεγονός ότι η ... είναι 7η Τάξης στο ΜΕΕΠ δεν αρκεί για να πληρούνται οι προϋποθέσεις της Διακήρυξης. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από την ιστοσελίδα www.yrexhd15.gr, ο κ. ... έχει αριθμό μητρώου ΜΕΚ ... και έχει πτυχίο Γ' Βαθμίδας στα Η/Μ. Συνεπώς, εφόσον ο κ. ... δεν είναι Δ' Βαθμίδας, όπως επέβαλε η Διακήρυξη, το γεγονός ότι στελεχώνει την ... είναι προδήλως αδιάφορο. Μάλιστα, και για τον λόγο αυτόν, αλυσιτελώς οι προσφεύγουσες επικαλούνται την προαναφερθείσα από 05.09.2019 διευκρίνιση της Αναθέτουσας Αρχής: η βεβαίωση του ΜΕΕΠ της ... απλώς θα αποδείξει ότι ο κ. ..., ως μηχανικός Γ' Βαθμίδας, δεν πληροί τις προϋποθέσεις της Διακήρυξης, εκ μόνου του γεγονότος ότι στελεχώνει την εν λόγω εταιρία. Οι ισχυρισμοί ότι δεν ήταν αναγκαίο να αναφέρεται το ειδικότερο ΑΕΙ του κ. ... είναι απαράδεκτοι, δεδομένου ότι, κατ' ουσίαν, αμφισβητείται στο παρόν στάδιο της διαδικασίας η νομιμότητα του όρου της Διακήρυξης που προβλέπει, επί ποινή αποκλεισμού, την απαίτηση αυτή, ενόψει του ότι οι προσφεύγουσες δεν είχαν αμφισβητήσει επικαίρως τη νομιμότητα του εν λόγω όρου με την άσκηση σχετικής προδικαστικής προσφυγής και, σε περίπτωση απορρίψεως αυτής, αιτήσεως αναστολής, ούτε έχουν μετάσχει στον Διαγωνισμό διατυπώνοντας επιφύλαξη ως προς την νομιμότητα αυτού. Η Διακήρυξη ήταν

Αριθμός απόφασης: 177/2020

αρκούντως σαφής. Τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα είναι προδήλως αβάσιμα.».

16. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι σύμφωνα με το άρθρο 18 Δ παράγραφος δ) της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «*υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να δηλώσουν αναλυτικά στο Ε.Ε.Ε.Σ. ότι πληρούν τις απαιτήσεις. Ειδικότερα: (...) δ) Ως προς το στοιχείο δ' τα ονοματεπώνυμα των στελεχών του οικονομικού φορέα, με αναφορά στα επαγγελματικά προσόντα εκάστου, ήτοι την εγγραφή στο ΜΕΚ και την τάξη του πτυχίου ή σε περίπτωση που δεν είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΚ το πτυχίο που κατέχουν, το πανεπιστημιακό ίδρυμα και τα στοιχεία που να αποδεικνύουν την εμπειρία.*». Η προσφεύγουσα στο υποβληθέν ΕΕΕΣ δήλωσε ως στέλεχος για Η/Μ ΕΡΓΑ τον κ. ... αναφέροντας ότι είναι «*Μηχανολόγος Μηχανικός ΑΕΙ, 12ετής επαγγελματική εμπειρία > 3.958.523 ευρώ σε Η/Μ εργασίες*». Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι επειδή στο υποβληθέν από αυτήν ΕΕΕΣ δηλώθηκε ότι η ίδια είναι εγγεγραμμένη στην 7^η Τάξη του ΜΕΕΠ και ότι ο κ. ... είναι στέλεχος αυτής δεν χρειαζόταν η αναφορά του πτυχίου που κατέχει, του πανεπιστημιακού ιδρύματος και των στοιχείων που αποδεικνύουν την εμπειρία του, είναι αβάσιμος και τούτο διότι ο ως άνω όρος της Διακήρυξης ρητά ορίζει ότι σε περίπτωση που στέλεχος δεν είναι εγγεγραμμένο στο ΜΕΚ, πρέπει να δηλωθεί αναλυτικά το πτυχίο που το στέλεχος κατέχει, το πανεπιστημιακό ίδρυμα και αναλυτικά στοιχεία που να αποδεικνύουν την εμπειρία του. Η προσφεύγουσα δεν δήλωσε το πανεπιστημιακό ίδρυμα από το οποίο ο κ. ... έλαβε το πτυχίο του, ούτε και τα στοιχεία που αποδεικνύουν την εμπειρία του κατά σαφή παράβαση του όρου 18 Δ παρ.δ) της Διακήρυξης. Περαιτέρω, η ίδια αντιφάσκει διότι από την μία μεριά ισχυρίζεται (σελ.29 της προσφυγής) ότι αφού ο κ. ... στελεχώνει το ΜΕΕΠ αυτής αρκούσε μονάχα η αναφορά της εγγραφής της στο ΜΕΕΠ για την πλήρωση του όρου 18Δ της Διακήρυξης, από την άλλη μεριά όμως στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε δεν έκανε μονάχα αυτή την αναφορά αλλά απεναντίας δήλωσε ότι ο κ.... έχει πτυχίο ΑΕΙ Μηχανολόγου – Μηχανικού και 12ετή εμπειρία σε συμβάσεις Η/Μ εργασιών αξίας 3.958.523 ευρώ. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν ήταν αναγκαίο να αναφέρεται το πανεπιστημιακό ίδρυμα του κ. ..., όπως επίσης ότι υπάρχει ασάφεια στην Διακήρυξη σχετικά με τα στοιχεία που αποδεικνύουν την εμπειρία των στελεχών, αμφισβητώντας απαραδέκτως στο παρόν στάδιο του

Αριθμός απόφασης: 177/2020

διαγωνισμού τον όρο 18Δ της Διακήρυξης και τούτο διότι δεν αμφισβήτησε τον εν λόγω όρο ασκώντας προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ ενώ δεν αιτήθηκε, αν και είχε τη δυνατότητα, την παροχή σχετικών διευκρινίσεων. Επομένως συμμετείχε ανεπιφύλακτα στον διαγωνισμό και έχει αποδεχτεί πλήρως τη νομιμότητα όλων των όρων της Διακήρυξης. Η αναφερθείσα από 05.09.2019 διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής που επί λέξει έλεγε «*Επιβεβαιώνεται ότι η βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. καλύπτει τις απαιτήσεις απόδειξης της στελέχωσης του άρθρου 18.Δ παρ. δ', ως προς τα στελέχη που αναφέρονται σε αυτήν και συνεπώς γι' αυτά δεν απαιτείται η προσκόμιση κάποιου άλλου πιστοποιητικού*» μετά από το ερώτημα της προσφεύγουσας «*Παρακαλούμε όπως επιβεβαιώσετε ότι στην περίπτωση που στην βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π καταγράφετε (sic) η απαιτούμενη στελέχωση του άρθρου 18.Δ παρ. δ δεν απαιτείται η υποβολή των δικαιολογητικών που αναφέρονται στην παράγραφο ε του άρθρου 19.6.*», δεν αφορά το περιεχόμενο της δήλωσης του ΕΕΕΣ κατά το στάδιο υποβολής της αίτησης συμμετοχής, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αλλά αντιθέτως τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου. Κατόπιν των ανωτέρω ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προσφυγής είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

17. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι «*Η ένωσή μας, σε πλήρη συμμόρφωση με τις διατάξεις του νόμου και τους όρους της διακήρυξης προσδιόρισε στην αίτηση συμμετοχής της και στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ την έκταση και το είδος της συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και την κατανομή αμοιβής μεταξύ τους. Πιο συγκεκριμένα, τόσο στην αίτηση συμμετοχής, όσο και στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ δηλώνεται ότι: «.Η «...» ως μέλος της προαναφερόμενης Ένωσης Εταιρειών συμμετέχει αντίστοιχα με ποσοστό 100% στις κατηγορίες εργασιών ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ και Η/Μ ΕΡΓΩΝ και η ανωτέρω συμμετοχή αφορά στην έκταση, το είδος συμμετοχής και την κατανομή αμοιβής σε σχέση με τα υπόλοιπα μέλη της ένωσης στην υλοποίηση του αντικειμένου της σύμβασης. Η «...» ως μέλος της προαναφερόμενης Ένωσης Εταιρειών συμμετέχει αντίστοιχα με ποσοστό 95% στις κατηγορίες εργασιών ΕΡΓΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΥΓΡΩΝ, ΣΤΕΡΕΩΝ ΚΑΙ ΑΕΡΙΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ και η ανωτέρω συμμετοχή αφορά στην έκταση, το είδος συμμετοχής και την κατανομή αμοιβής σε σχέση με τα υπόλοιπα μέλη της ένωσης στην υλοποίηση του αντικειμένου της σύμβασης.*

Αριθμός απόφασης: 177/2020

Η «...» ως μέλος της προαναφερόμενης Ένωσης Εταιρειών συμμετέχει αντίστοιχα με ποσοστό 5% στις κατηγορίες εργασιών ΕΡΓΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΥΓΡΩΝ, ΣΤΕΡΕΩΝ ΚΑΙ ΑΕΡΙΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ και η ανωτέρω συμμετοχή αφορά στην έκταση, το είδος συμμετοχής και την κατανομή αμοιβής σε σχέση με τα υπόλοιπα μέλη της ένωσης στην υλοποίηση του αντικειμένου της σύμβασης...». Προκύπτει, λοιπόν, πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η ένωσή μας προσδιόρισε την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και την κατανομή αμοιβής, ώστε δεν συντρέχει κανένας λόγος απόρριψης της αίτησής της. Παρά ταύτα, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της δέχθηκε ότι δήθεν δεν δηλώσαμε την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής όσον αφορά στο στάδιο σύνταξης των μελετών, των υποστηρικτικών υπηρεσιών διαχείρισης και των υπηρεσιών μεταβατικής διαχείρισης, παρά μόνο για το στάδιο εκτέλεσης του έργου. Η κρίση, όμως, αυτή της προσβαλλόμενης απόφασης είναι προδήλως εσφαλμένη και ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης.[...] Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι σύμφωνα με το άρθρο 17.1 της διακήρυξης, το σύνολο του αντικειμένου του έργου, όπως το καθορίζει το άρθρο 3 («Μελέτες, Εκτέλεση, Υποστηρικτικές Εργασίες, Μέτρα - Υπηρεσίες μεταβατικής Διαχείρισης»), η αναθέτουσα αρχή δια της διακήρυξης το κατατάσσει στις ανωτέρω τέσσερις κατηγορίες εργασιών: ΟΔΟΠΟΙΙΑ, ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ, Η/Μ, ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΥΓΡΩΝ ΚΑΙ ΣΤΕΡΕΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ. Επομένως, ορθά η ένωσή μας προέβη σε κατανομή ολοκλήρου του αντικειμένου του έργου σύμφωνα με τις κατηγορίες και τις τάξεις των εργοληπτικών πτυχίων των μελών της Ένωσης, κατά τις απαιτήσεις του άρθρου 17.1 της διακήρυξης. Η δε αναφορά μας στα υποβληθέντα Ε.Ε.Ε.Σ. σε «κατηγορίες εργασιών» δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να θεωρηθεί ότι αφορά μόνο στην κατασκευή των έργων της δημοπρατούμενης σύμβασης και όχι στις μελέτες και στις υπηρεσίες, ως εσφαλμένα δέχθηκε η αναθέτουσα αρχή, ερμηνεύοντας πλημμελώς τις δηλώσεις μας. Η τελευταία έκρινε ότι η ως άνω αναφορά μας καταλαμβάνει δήθεν μόνο την κατασκευή - εκτέλεση των έργων και όχι τις μελέτες και τις υπηρεσίες. Η κρίση, όμως, αυτή είναι προδήλως εσφαλμένη, δεδομένου ότι από την αίτησή μας και τα υποβληθέντα ΕΕΕΣ προκύπτει ξεκάθαρα ότι όλες τις εργασίες, ήτοι την εκτέλεση έργων, μελετών και υπηρεσιών για την οδοποιία, τα υδραυλικά και τα η/μ έργα θα εκτελέσει η εταιρία

Αριθμός απόφασης: 177/2020

«...», το 95% των εργασιών (εκτέλεσης έργων, μελετών και υπηρεσιών) για τον καθαρισμό και την επεξεργασία νερού υγρών, στερεών και αέριων αποβλήτων, θα εκτελέσει η εταιρία «...» και το 5% των εργασιών (εκτέλεσης έργων, μελετών και υπηρεσιών) για τον καθαρισμό και την επεξεργασία νερού υγρών, στερεών και αέριων αποβλήτων, θα εκτελέσει η εταιρία «...».[...] Γίνεται, λοιπόν, ξεκάθαρη αναφορά στην υλοποίηση του αντικειμένου της σύμβασης, ολόκληρου, δηλαδή, του συμβατικού αντικειμένου, με αποτέλεσμα να μην καταλείπεται καμία αμφιβολία ως προς το ότι η κατά τα ανωτέρω έκταση και το είδος της συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης δεν αφορά αποκλειστικά και μόνο στην κατασκευή του έργου, ως εσφαλμένα διέλαβε η αναθέτουσα αρχή.[...] Η ξεκάθαρη, λοιπόν, αναφορά στην κρίσιμη διακήρυξη σε «υποστηρικτικές εργασίες» και σε «έργα συντήρησης» δεν καταλείπει καμία αμφιβολία ως προς το ότι η ίδια η αναθέτουσα αρχή αποκαλεί τις υποστηρικτικές υπηρεσίες διαχείρισης ως εργασίες και έργα. Προκύπτει, λοιπόν, πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η εκ μέρους μας αναφορά στην υποβληθείσα αίτηση συμμετοχής και στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ σε «κατηγορίες εργασιών» δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αφορά μόνο στην κατασκευή των έργων, αλλά αφορά στο σύνολο του συμβατικού αντικειμένου και συγκεκριμένα, στην εκπόνηση μελετών, έργων και στην παροχή υπηρεσιών. Στην υπό κρίση περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή, παρ' ότι η ίδια στην διακήρυξη κάνει λόγο για «εργασίες» αναφερόμενη στις υποστηρικτικές υπηρεσίες διαχείρισης, απέρριψε την αίτηση συμμετοχής μας, διότι δήθεν δεν δηλώσαμε την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης όσον αφορά στο στάδιο σύνταξης των μελετών και των υπηρεσιών διαχείρισης. Πλην, όμως, όπως αναλυτικά προεκτέθηκε, η ίδια η αναθέτουσα αρχή αποκαλεί τις υπηρεσίες «εργασίες» και χρησιμοποιεί τη συγκεκριμένη ορολογία. Συνεπώς, δεν προκύπτει καμία αμφιβολία ως προς το ότι η αναφορά μας σε «κατηγορίες εργασιών» δεν περιορίζεται στην κατασκευή του έργου, αλλά αφορά στο σύνολο του αντικειμένου της σύμβασης, ήτοι και στην εκπόνηση μελετών και υπηρεσιών διαχείρισης.[...] Σε κάθε περίπτωση, όπως παγίως γίνεται δεκτό τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων (ΕΑ ΣΤΕ 82/2016, 423/2011, 1725/2010, ΔΕφΠειρ ΕΑ 56/2019), κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική,

Αριθμός απόφασης: 177/2020

κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑΣΤΕ 423, 424, 425/2011). Εν προκειμένω, όπως αναλυτικά προεκτέθηκε, η ίδια η αναθέτουσα αρχή στη διακήρυξη του διαγωνισμού και στο Παράρτημα αυτής χρησιμοποιεί την ορολογία των «εργασιών» εντάσσοντας στην έννοιά τους όλο το συμβατικό αντικείμενο (εκπόνηση μελετών, κατασκευή έργου, παροχή υπηρεσιών, προμήθεια εξοπλισμού). Παρά ταύτα, καταλόγισε στην ένωσή μας ότι η χρήση του όρου «κατηγορίες εργασιών» αναφέρεται δήθεν αποκλειστικά και μόνο στην κατασκευή του έργου και όχι στα λοιπά αντικείμενα του επίμαχου διαγωνισμού.[...] Άλλως και όλως επικουρικώς, ακόμη και εάν παρ' ελπίδα γίνει δεκτό ότι η αναφορά μας σε «κατηγορίες εργασιών» δεν καθιστά σαφές ότι αφορά στο σύνολο του συμβατικού αντικειμένου, τότε και πάλι η αίτησή μας δεν θα έπρεπε να απορριφθεί, αλλά θα έπρεπε να κληθούμε προς παροχή διευκρινίσεων.».

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω πρώτο λόγο της προσφυγής και ισχυρίζεται ότι «[...]Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, προκειμένου να δικαιολογήσει την παράλειψή της να δηλώσει ορθά τα ποσοστά συμμετοχής στην ένωση των μελών αυτής, επιδιώκει να δημιουργήσει σύγχυση ως προς τη φύση της δημοπρατούμενης σύμβασης και το ακριβές αντικείμενο αυτής. Προβάλλει ειδικότερα ότι το αντικείμενο της σύμβασης κατατάσσεται αποκλειστικά και στο σύνολό του στην κατηγορία των δημοσίων έργων και ότι ως τέτοιο δημοπρατήθηκε, και ότι εκ του λόγου αυτού εφόσον αναφέρθηκε στο ΕΕΕΣ της στην «εκτέλεση εργασιών» συναρτώμενων προς ειδικότερες κατηγορίες εργασιών των δημοσίων έργων (π.χ. οδοποιίας, ηλεκτρομηχανολογικά κλπ), η δήλωση αυτή έχει την έννοια ότι καλύπτει όχι μόνον την εκτέλεση των εργασιών αυτών καθεαυτών αλλά και τη σύνταξη των προβλεπομένων κατά τη Διακήρυξη μελετών για τις εκάστοτε εργασίες αφενός και τις υπηρεσίες διαχείρισης του έργου αφετέρου. Η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας προκαλεί κατ' αρχήν την κοινή λογική και υπερβαίνει το κοινώς αποδεκτό νόημα των λέξεων. Γεννάται ευλόγως το ερώτημα ποιες ακριβώς μπορεί να είναι οι «υπηρεσίες για την οδοποιία, τα υδραυλικά και τα η/μ έργα» τις οποίες δηλώνει στην προσφυγή της ότι θα εκτελέσει το μέλος της, εταιρεία «...». Ή πώς οι «κατηγορίες εργασιών» μπορούν λογικώς να συμπεριλαμβάνουν και «εξοπλισμό». Πέραν των ανωτέρω και προεχόντως, η μέλλουσα να συναφθεί σύμβαση, όπως προκύπτει σαφώς από τη Διακήρυξη και το Παράρτημα αυτής,

Αριθμός απόφασης: 177/2020

από την περιγραφή των επιμέρους τμημάτων της και τον προϋπολογισμό εκάστου, αποτελεί μικτή σύμβαση, που περιλαμβάνει μελέτες, έργα και υπηρεσίες, με υπερέχοντα χαρακτήρα αυτόν της σύμβασης κατασκευής έργου. Συγκεκριμένα, όπως στο άρθρο 1.5. της Διακήρυξης αναφέρεται «Η σύμβαση είναι μικτή και περιλαμβάνει την εκπόνηση των μελετών, την εκτέλεση του έργου, την υποστήριξη στη λειτουργία και την αποκατάσταση του χώρου, κατατασσόμενη στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) ... και συμπληρωματικών CPV: ..., ...,» Εκ των ανωτέρω κωδικών cpv ο υπ' αριθ. ... αντιστοιχεί σε «Κατασκευαστικές εργασίες για χώρους απόθεσης απορριμμάτων», ο υπ' αριθ. ... σε «Τεχνικές μελέτες», ο υπ' αριθμ. ... σε «Υπηρεσίες διάθεσης στερών αστικών απορριμμάτων», ο κωδικός ... σε «Αποκατάσταση χώρου απόθεσης απορριμμάτων». Ο μικτός χαρακτήρας της σύμβασης επιβεβαιώνεται και σε σειρά επιμέρους όρων αυτής, μεταξύ των οποίων και ιδίως : στην συνοπτική περιγραφή του αντικείμενου της σύμβασης που περιλαμβάνεται στο άρθρο 1.2. της Διακήρυξης από την οποία προκύπτει ότι αυτό αφορά (α) τη μελέτη, (β) την κατασκευή έργων και (γ) υπηρεσίες διαχείρισης αποβλήτων και στην αναλυτική περιγραφή του συμβατικού αντικείμενου στο Παράρτημα της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο στο αντικείμενο της σύμβασης περιλαμβάνονται τα ακόλουθα επιμέρους τμήματα: (α) Μελέτες, (β) Έργα (...), στα οποία η κατασκευή νέων κυττάρων και έργα αποκατάστασης, (γ) Υπηρεσίες λειτουργίας του ..., στις οποίες περιλαμβάνονται η διαχείριση των απορριμμάτων και εργασίες συντήρησης και (δ) Υπηρεσίες μεταβατικής διαχείρισης. Κατά συνέπεια, η μέλλουσα να συναφθεί σύμβαση έχει αδιαμφισβήτητα τον χαρακτήρα μικτής συμβάσεως με συνδυασμό μελέτης έργων, κατασκευής έργων και παροχής υπηρεσιών που συνίσταται στη λειτουργία του ... υποστηρικτικά προς την αναθέτουσα αρχή. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δήλωσε μεν στο υποβληθέν από αυτήν ΕΕΕΣ συγκεκριμένα ποσοστά συμμετοχής για καθένα από τα μέλη της, αλλά τα συνάρτησε προς συγκεκριμένες εργασίες αντιστοιχούσες στην κατά την ισχύουσα νομοθεσία κατάταξη των δημοσίων έργων κατά το Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων. Ωστόσο οι εργασίες αυτές καλύπτουν μόνο ένα μέρος όχι το σύνολο του συμβατικού αντικείμενου. Ακριβώς διότι αντιστοιχούν στην κατά το νόμο κατάταξη των δημοσίων έργων και των εργοληπτικών επιχειρήσεων που αναλαμβάνουν την κατασκευή τέτοιων έργων, ουδεμία σχέση έχουν με την

Αριθμός απόφασης: 177/2020

παροχή υπηρεσιών λειτουργίας του ... (υποστηρικτικές λειτουργίες και μεταβατικές λειτουργίες διαχείρισης αυτού), που όπως προαναφέρθηκε αποτελεί τμήμα της σύμβασης και έχει κριθεί νομολογιακά ότι αποτελεί σύμβαση παροχής υπηρεσιών . Ομοίως, δεν καλύπτει τις απαιτούμενες μελέτες αντικείμενο των οποίων είναι αφενός η κατασκευή των νέων κυττάρων αλλά και αφετέρου η λειτουργία αυτών. Ακόμα και εάν γινόταν δεκτή η υιοθετούμενη από την προσφεύγουσα ερμηνεία των όρων της Διακήρυξης ότι δηλαδή η δήλωση περί των εργασιών κατασκευής που αναλαμβάνει κάθε μέλος της αντιστοιχεί προς και καλύπτει και τη σύνταξη της σχετικής μελέτης του αντίστοιχου έργου και πάλι η δήλωση της ως προς τα ποσοστά συμμετοχής των μελών της είναι ελλιπής, διότι σε καμία περίπτωση δεν καλύπτει τις υπηρεσίες λειτουργίας του ..., οι οποίες αποτελούν απολύτως διακριτό συμβατικό αντικείμενο, άλλης κατηγορίας (υπηρεσίες). Από τη δήλωση των ποσοστών συμμετοχής και της κατανομής εργασιών μεταξύ των μελών της προσφεύγουσας ένωσης, όπως δηλώνεται στο υποβληθέν ΕΕΕΣ, τελικά δεν προκύπτει ποιο μέλος της ένωσης αναλαμβάνει τις υπηρεσίες διαχείρισης και μεταβατικής διαχείρισης του ... Κατά τα λοιπά, προς αντίκρουση των επιμέρους ισχυρισμών της προσφεύγουσας, λεκτέα τα ακόλουθα: α) Παραπλανητικά η προσφεύγουσα προβάλλει ότι αντικείμενο της Διακήρυξης είναι η Επιλογή Αναδόχου μελέτης και κατασκευής έργου, περικόπτοντας αυθαίρετα τον τίτλο της Διακήρυξης που είναι «Επιλογή Αναδόχου Μελέτης-Κατασκευής-Λειτουργίας έργου». β) Επικαλείται η προσφεύγουσα το συμφωνητικό σύστασής της και τα πρακτικά των Διοικητικών Συμβουλίων των εταιρειών μελών της, από τα οποία δήθεν προκύπτει ερμηνευτικώς ότι η κατανομή των μεταξύ τους ποσοστών αφορά το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου, αλλά πέραν του ότι από το περιεχόμενο των εγγράφων αυτών δεν συνάγεται τέτοιο συμπέρασμα, σε κάθε περίπτωση το μόνο κρίσιμο για την απόδειξη των απαιτούμενων κατά τη Διακήρυξη προϋποθέσεων νόμιμης συμμετοχής στο διαγωνισμό κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού είναι το ΕΕΕΣ. Όπως έχει κριθεί (ΔΕφΘεσ. 166/2018), το ΕΕΕΣ ως μοναδικό δικαιολογητικό συμμετοχής με πλήρη προαποδεικτική ισχύ έναντι πάντων, το οποίο και μόνο δεσμεύει τον δηλούντα διαγωνιζόμενο ή τρίτο, δεν επιτρέπεται ούτε να διορθωθεί εκ των υστέρων ούτε να 'ερμηνευθεί' από άλλα στοιχεία της προσφοράς. Οι οποιεσδήποτε ελλείψεις ή ανακρίβειες του ΕΕΕΣ, οδηγούν σε απόρριψη της προσφοράς διότι αποτελούν αντιφατικές προτάσεις πλήρωσης

Αριθμός απόφασης: 177/2020

των όρων της διακήρυξης, που καθιστούν το σύνολο της προσφοράς αόριστο και δεν είναι επιτρεπτή η με τη διαδικασία της κλήσης σε διευκρινίσεις, διόρθωση του ΕΕΕΣ, δεδομένου ότι και αυτό θα συνιστούσε ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς, ουσιώδη αλλοίωση αυτής και κατά τούτο άνιση ευνοϊκή μεταχείριση έναντι των άλλων διαγωνιζομένων (ΕΛ ΣΤΕ 135/2018). Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, ο Σύνδεσμός μας δεν είχε την διακριτική ευχέρεια να «ερμηνεύσει» το ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας με βάση άλλα στοιχεία της προσφοράς της και να καλύψει 'ερμηνευτικώς' μέσω αυτών την παράλειψη δήλωσης κατανομής των ποσοστών μεταξύ των μελών της ένωσης για τις μελέτες και τις υπηρεσίες - όπως προβάλλει η προσφεύγουσα εμμέσως αναγνωρίζοντας την έλλειψη του ΕΕΕΣ της. γ) Ουδεμία ασάφεια της Διακήρυξης υφίσταται ως προς το αντικείμενο της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης. Αυτό καθορίζεται κατά τρόπο σαφή και πλήρως προσδιορισμένο, ιδίως στο Παράρτημα της Διακήρυξης. Στο Παράρτημα καθορίζονται με σαφήνεια οι υπηρεσίες που καλείται να παράσχει ο ανάδοχος ως υποστηρικτικές λειτουργίες στον ..., η δε χρήση της λέξης 'εργασιών' δεν μεταβάλλει τη φύση του συγκεκριμένου τμήματος της σύμβασης ως σύμβασης υπηρεσιών διάθεσης στερών αστικών απορριμμάτων, σύμφωνα με τον σχετικό crn Σε κάθε περίπτωση, ο σχετικός ισχυρισμός περί ασάφειας της Διακήρυξης λόγω χρήσης της λέξης 'εργασίες' στο πλαίσιο περιγραφής των συμβατικών υπηρεσιών στο Παράρτημα της Διακήρυξης (Φάση 3) αλυσιτελώς προβάλλεται, διότι ζητούμενο δεν είναι εάν στην περιγραφή του αντικειμένου των συμβατικών υπηρεσιών χρησιμοποιείται η λέξη 'εργασία' αλλά ότι οι «Εργασίες διάστρωσης, διαμόρφωσης, συμπίεσης, σωστής χωματοκάλυψης των απορριμμάτων», που ενδεικτικώς αναφέρονται στο Παράρτημα (Φάση 3), ως μέρος των υποστηρικτικών λειτουργιών του ..., δεν αποτελούν εργασίες κατασκευής δημόσιου έργου καθαρισμού και επεξεργασίας νερού για τις οποίες και μόνο δήλωσε η προσφεύγουσα τα ποσοστά συμμετοχής των μελών της, αλλά υπηρεσίες λειτουργίας τέτοιου έργου, για τις οποίες ουδεμία αναφορά γίνεται στο ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας. δ) Παρερμηνεύει και τον όρο 17 της Διακήρυξη η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη ότι το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου κατατάσσεται σε τέσσερις κατηγορίες από την προβλεπόμενες στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεως, και συγκεκριμένα στα έργα ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ, Η/Μ ΕΡΓΩΝ και ΕΡΓΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΥΓΡΩΝ, ΣΤΕΡΕΩΝ ΚΑΙ ΑΕΡΙΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ. Αντιθέτως, από την

Αριθμός απόφασης: 177/2020

προσεκτική ανάγνωση των άρθρων 17 και 18 της Διακήρυξης, προκύπτει ότι: Η Διακήρυξη στο άρθρο 17, συνδέει μεν το δικαίωμα συμμετοχής με την εκτέλεση εργασιών ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ, Η/Μ ΕΡΓΩΝ και ΕΡΓΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ ΥΓΡΩΝ, ΣΤΕΡΕΩΝ ΚΑΙ ΑΕΡΙΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ αλλά τούτο όπως ρητώς ορίζεται εν συνεχεία με βάση τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του «προς κατασκευή έργου» μόνον δηλαδή για το προέχον τμήμα της σύμβασης που αφορά την κατασκευή δημοσίου έργου (Φάση 2 - Κατασκευή νέων κυττάρων-συνοδών έργων και έργων αποκατάστασης), για το οποίο εκ του νόμου απαιτείται η κατοχή πτυχίου εργοληπτικής επιχείρησης. Για τη διαχείριση και την παροχή υπηρεσιών λειτουργίας χώρου υγειονομικής ταφής απορριμμάτων και τις συναφείς υπηρεσίες μεταβατικές και υποστηρικτικές της λειτουργίας του ... που επίσης αποτελούν μέρος του συμβατικού αντικειμένου, δεν απαιτείται κατά το νόμο ούτε η εγγραφή σε μητρώο ούτε η άδεια άσκησης της σχετικής δραστηριότητας και για αυτές η Διακήρυξη προέβλεψε στο άρθρο 18.Β. ότι : «Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς θα πρέπει, να είναι εγγεγραμμένοι στο οικείο επαγγελματικό μητρώο, εφόσον, κατά την κείμενη νομοθεσία, απαιτείται η εγγραφή τους για την υπό ανάθεση υπηρεσία (πρβλ. σχετικώς Παράρτημα XI Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016, ως ισχύει)». ε) Εξάλλου είναι αβάσιμα όσα προβάλλει η προσφεύγουσα περί δήθεν υποχρέωσης κλήσης αυτής προς συμπλήρωση-διευκρίνιση του ΕΕΕΣ της. Όπως προαναφέρθηκε, το ΕΕΕΣ ως μοναδικό δικαιολογητικό συμμετοχής με πλήρη προαποδεικτική ισχύ έναντι πάντων, δεν επιτρέπεται ούτε να διορθωθεί εκ των υστέρων ούτε να συμπληρωθεί και οποιεσδήποτε ελλείψεις ή ανακρίβειες του ΕΕΕΣ, οδηγούν σε απόρριψη της προσφοράς διότι αποτελούν αντιφατικές προτάσεις πλήρωσης των όρων της διακήρυξης, που καθιστούν το σύνολο της προσφοράς αόριστο και δεν είναι επιτρεπτή η με τη διαδικασία της κλήσης σε διευκρινίσεις, διόρθωση του ΕΕΕΣ, δεδομένου ότι και αυτό θα συνιστούσε ουσιώδη μεταβολή της προσφοράς, ουσιώδη αλλοίωση αυτής και κατά τούτο άνιση ευνοϊκή μεταχείριση έναντι των άλλων διαγωνιζομένων . Ακριβώς τέτοια μη επιτρεπόμενη περίπτωση διευκρίνισης συντρέχει στην υπό κρίση υπόθεση, διότι η 'διευκρίνιση' του ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας απαιτεί την αντικατάστασή του με άλλο, στο οποίο θα έχουν δηλωθεί τα ποσοστά συμμετοχής των μελών της και ως προς τις μελέτες και ως προς της υπηρεσίες της υπό ανάθεση σύμβασης, θα πρόκειται δηλαδή για 'νέο' ΕΕΕΣ υποβαλλόμενο μετά την κατάθεση της

Αριθμός απόφασης: 177/2020

προσφοράς της, παρά τα όσα αντίθετα προβάλλει η προσφεύγουσα, τα οποία θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα.».

19. Επειδή, όπως αναλυτικά εκτέθηκε στην σκέψη 16 της παρούσας, η αίτηση συμμετοχής της προσφεύγουσας νομίμως απορρίφθηκε, επομένως παρέλκει η εξέταση του πρώτου λόγου της προσφυγής. Σε κάθε περίπτωση όμως το άρθρο 12.1 της Διακήρυξης ορίζει ότι *«...Στην αίτηση συμμετοχής, επί ποινή απόρριψής της, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής...»* . Επίσης το άρθρο 96 παρ.7 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι *«...Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υπογράφεται υποχρεωτικά είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση είτε από εκπρόσωπό τους νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά απαραίτητως πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής»*. Εν προκειμένω η προσφεύγουσα στα υποβληθέντα ΕΕΕΣ δήλωσε την έκταση και το είδος συμμετοχής του κάθε μέλους της για τις εργασίες σε κάθε κατηγορία (οδοποιία, υδραυλικά, Η/Μ έργα, έργα καθαρισμού και επεξεργασίας νερού υγρών, στερεών και αερίων αποβλήτων). Από τη γενική διατύπωση, δε, της επίμαχης απάντησης της προσφεύγουσας προκύπτει ότι τα δηλωθέντα από αυτήν ποσοστά συμμετοχής αφορούν το σύνολο των αναφερόμενων στη διακήρυξη κατηγοριών εργασιών, ήτοι και την σύνταξη μελετών και των υπηρεσιών διαχείρισης σε κάθε μία από τις προαναφερθείσες κατηγορίες. Δεδομένου, δε, του ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση που ήθελε να επιβεβαιώσει ότι πράγματι τα δηλωθέντα έκταση και είδος συμμετοχής αφορούν και την σύνταξη μελετών και των υπηρεσιών διαχείρισης (όπως φαίνεται, κατά τα προαναφερόμενα, από τη γενική διατύπωση της απάντησης της προσφεύγουσας) , θα μπορούσε να κληθεί από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 προς παροχή διευκρινήσεων, ώστε να δηλώσει εάν η αναφορά της σε «κατηγορίες εργασιών» για το κάθε μέλος περιλάμβανε τη σύνταξη μελετών, υπηρεσιών διαχείρισης και εκτέλεση έργου, πλην όμως κάτι τέτοιο στην παρούσα φάση και με δεδομένη την απόρριψη της αίτησης συμμετοχής της, είναι αλυσιτελής.

Αριθμός απόφασης: 177/2020

20. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της στρέφεται κατά των υπόλοιπων συμμετεχουσών εταιρειών και δη των εδώ παρεμβαινουσών. Καταρχάς όμως απαραδέκτως στρέφεται κατά της αίτησης συμμετοχής της 1^{ης} Παρεμβαίνουσας και τούτο διότι αυτή έχει ήδη αποκλειστεί από την συνέχεια του διαγωνισμού καταρχήν με την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία επικυρώθηκε με την έκδοση της υπ' αριθμ. 165/2020 απόφασης του παρόντος Κλιμακίου, με την οποία απερρίφθη η προδικαστική της προσφυγή κατά της υπ' αριθμ. 380/2019 Απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής. Όσον αφορά τις αιτήσεις συμμετοχής της 2^{ης} και 3^{ης} Παρεμβαίνουσας λεκτέα τα εξής: σύμφωνα με τα παγίως κριθέντα στη νομολογία του ΣΤΕ, ήδη υπό την ισχύ των, προγενέστερων του Ν. 4412/2016 (ΒΙΒΛΙΟ IV), Νόμων 2522/1997 και 3886/2010: διαγωνιζόμενος, του οποίου η προσφορά νομίμως αποκλείεται, καθίσταται τρίτος ως προς την εξέλιξη της αντίστοιχης διαδικασίας, ώστε να στερείται καταρχήν εννόμου συμφέροντος προς αμφισβήτηση της νομιμότητας της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου. Υπενθυμίζεται από το κρίνον Κλιμάκιο, ότι υπό τα σύγχρονα νομικά δεδομένα, η διαστολή του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, ο αποκλεισμός της οποίας έχει ήδη κριθεί με την παρούσα νόμιμος, ώστε να δύναται να προβάλει ανεξαιρέτως λόγους ακύρωσης κατά της αποδοχής των αιτήσεων συμμετοχής της 2^{ης} και 3^{ης} Παρεμβαίνουσας, δεν μπορεί να γίνει δεκτός καθώς δεν έχει παραχθεί σε επίπεδο οριστικής δικαστικής προστασίας εκείνη η ακυρωτική νομολογία εκ του Ανώτατου Ακυρωτικού όπου θα γίνεται ρητά λόγος από τους Δικαστές του για «μεταστροφή της πάγιας νομολογίας του». Μάλιστα, κατά την πρώτη επιστημονική διαπραγμάτευση του ζητήματος αυτού τον Μάιο 2018 στο 5ο Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο «ΔΙΑΛΟΓΟΙ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΚΑΙ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ», που διοργάνωσε η Ένωση Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) σε συνεργασία με τον Δικηγορικό Σύλλογο Βόλου (ΔΣΒ), στο Τεχνικό Επιμελητήριο (Τ.Ε.Ε.) Μαγνησίας στις 11-12.5.2017, επισημάνθηκε από τον Ι. Κίτσο, «Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση παραδεκτού της ακυρωτικής διοικητικής δίκης», πως το νομικό ζήτημα είναι προδήλως «επιστημονικά ανοιχτό» καθώς «δεν είναι διόλου αυτονόητη η αναλογική εφαρμογή στο ημέτερο Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων» της περίφημης Απόφασης του ΔΕΕ της 11.5.2017 στην υπόθεση C-131/16, Archus και Gama λαμβανομένης, τονίζοντας την ειδική περιπτώσιολογία της υπόθεσης που έκρινε

Αριθμός απόφασης: 177/2020

το ΔΕΕ υπό το φως των νομικών ιδιαιτεροτήτων του πολωνικού Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων. Αργότερα δε, στο Άρθρο του Παρέδρου του ΣΤΕ Ν. Μαρκόπουλου, «Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων», Νομολογία Δημοσίων Έργων & Περιβάλλοντος Τεύχος 7, 2018, σελ. 5επ. γίνεται ρητά λόγος πως (σελ. 16-17) η νομολογία του ΣΤΕ «δεν έχει κατασταλάξει οριστικώς» και «βρίσκεται σε στάδιο διαμορφώσεως» τασσόμενος πάντως αρνητικά επί του νομικού ζητήματος, καθώς έτσι επέρχεται «αλλοίωση της ηθικής της διαγωνιστικής διαδικασίας» (βλ. και Ν. Μαρκόπουλος, «Η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.) για το έννομο συμφέρον προσβολής πράξεων ή παραλείψεων αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων», Ομιλία στο Ιδρυτικό Συνέδριο της ΑΕΠΠ, 08.02.2019, Αγ. Ιωάννης Ρέντης). Με την πρόσφατη Μελέτη του ίδιου του Συμβούλου της Επικρατείας, Η. Μάζου, «Δικαστική προστασία ενώπιον του ΣΤΕ στις δημόσιες συμβάσεις», σε: Ε.-Ε. Κουλουμπίνη – Η. Μάζου – Ι. Κίτσου, Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016: Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή (συλλογικό έργο), Νομική Βιβλιοθήκη 2019, σελ. 501-502, επισημαίνεται η δεδομένη νομική διάσταση που πράγματι επικράτησε στους κόλπους της Επιτροπής Αναστολών, και προκρίνεται, υπό καθεστώς ασφάλειας δικαίου, ότι: «Η επίλυση του ζητήματος μεταφέρεται αναγκαίως στον ακυρωτικό σχηματισμό του Δικαστηρίου» το οποίο δεν έχει ακόμη οριστικά κατασταλάξει.

21. Επειδή, ειδικότερα, όπως είναι γνωστό, το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος έχει απασχολήσει επανειλημμένα τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 2.7.2013, C-100/12 Fastweb SpA, της 11.5.2017 C-131/16, Arhus sp.z. o.o and Gama Jacek Lipik (Archus and Gama), της 5.4.2016, C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE), της 21.12.2016, C-355/15 Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (BTG&CÖ), και της 5.9.2019, C-333/18 Lombardi Srl) και του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΕΑ ΣΤΕ 349/17, 22/18, 30/19, 180/19), ήδη δε με την απόφαση 235/2019 της Επιτροπής Αναστολών της Ολομελείας του Συμβουλίου Επικρατείας υποβάλλονται σχετικά προδικαστικά ερωτήματα προς το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η πρόσφατη νομολογία (ΕΑ ΣΤΕ 22/18, 30/19) που δέχεται το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς

Αριθμός απόφασης: 177/2020

αποκλεισθέντος ακολουθώντας τη σχετική νομολογία του ΔΕΕ, ενώ αναμφισβήτητα συνιστά μεταστροφή έναντι της παλαιότερης νομολογίας (έως και την ΕΑ ΣΤΕ 349/2017) που απέρριπτε το έννομο συμφέρον του, ακόμη κυμαίνεται και δεν έχει καταλήξει πλήρως στον καθορισμό των προϋποθέσεων υπό τις οποίες αναγνωρίζεται το έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος. Στην πλέον πρόσφατη νομολογία (ΕΑ ΣΤΕ 180/19) διακρίνεται τάση εκ νέου περιστολής του έννομου συμφέροντος (σε σύγκριση με τις ΕΑ ΣΤΕ 22/18 και 30/19), η οποία ίσως δεν είναι άσχετη με τον ορατό κίνδυνο εκθετικής αύξησης των δικαστικών αντιδικιών και εκτροπής της διαγωνιστικής διαδικασίας στην «ηθική της με κάθε μέσο και στρεψοδικία εξόντωσης κάθε ανταγωνιστή και εν τέλει και του ίδιου του διαγωνισμού, ώστε να προκηρυχθεί ο επαναληπτικός» (βλ. Ν. Μαρκόπουλου, «Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων», εισήγηση στην Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργιών, διαθέσιμη στο διαδίκτυο υπό https://www.esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2018/markopoulos_Oktober2018.pdf).

22. Επειδή, το κυρίως εριζόμενο ζήτημα που οδήγησε στην υποβολή προδικαστικού ερωτήματος προς το ΔΕΕ (ΕΑ ΣΤΕ 235/2019) είναι αν ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος διατηρεί το έννομο συμφέρον να προβάλει λόγους κατά της νομιμότητας της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων όταν ο αποκλεισμός του δεν επήλθε στο τελικό στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης, αλλά σε προηγούμενο στάδιο του διαγωνισμού, όπως είναι το στάδιο του ελέγχου των τεχνικών προσφορών (κατά τη ρητή σχετική αναφορά του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος που διατυπώνεται προς το ΔΕΕ με την απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 235/2019). Πολλώ, δε, μάλλον καθόσον ο διαγωνισμός εν προκειμένω διενεργούμενος με την διαδικασία της ανταγωνιστικής διαπραγμάτευσης, βρίσκεται στην πρώτη φάση του (βλ. άρθρο 5 της σχετικής διακήρυξης) ενώ, εξάλλου, και το κριτήριο ανάθεσης είναι αυτό της «πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής.

23. Επειδή, περαιτέρω, ελέγχονται οι ισχυρισμοί κατά της προσφοράς έτερου συμμετέχοντος όταν χωρεί εφαρμογή του ίσου μέτρου κρίσης. Ωστόσο, όπως, έχει γίνει δεκτό (ΕΑ ΣΤΕ 235/2019, ΣΤΕ 2768-2770/2013), για την θεμελίωση παραβάσεως του ίσου μέτρου κρίσεως, κρίσιμο είναι το αν εχώρησε

Αριθμός απόφασης: 177/2020

διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών των διαγωνιζομένων (και όχι αν οι διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα).

24. Επειδή, εν προκειμένω, οι εικαζόμενες πλημμέλειες των προσφορών της 2^{ης} και 3^{ης} παρεμβαινουσών δεν ταυτίζονται με τους λόγους αποκλεισμού της προσφεύγουσας. Επομένως, δεν έχει εφαρμογή εν πάση περιπτώσει το ίσο μέτρο κρίσης προς θεμελίωση εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας να στραφεί κατά της συμμετοχής των εν λόγω υποψηφίων.

25. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

26. Επειδή, πρέπει να γίνει δεκτή η παρέμβαση της 3^{ης} Παρεμβαίνουσας και να απορριφθεί ως απαράδεκτη η παρέμβαση της 1^{ης} Παρεμβαίνουσας και ως άνευ αντικειμένου της 2^{ης} Παρεμβαίνουσας, η οποία περιορίζεται σε λόγους που αφορούν την συμμετοχής της, οι οποίοι και δεν εξετάστηκαν κατ' ουσίαν.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Κάνει δεκτή την παρέμβαση της 3^{ης} Παρεμβαίνουσας και απορρίπτει την παρέμβαση της 1^{ης} Παρεμβαίνουσας και της 2^{ης} Παρεμβαίνουσας.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού 15.000,00 ευρώ με κωδικό

...

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στις 13 Φεβρουαρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ευαγγελία Μιχολίτση

Φωτεινή Μαραντίδου