

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 11.06.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 536/12.06.2018 της προσφεύγουσας Κοινοπραξίας με την επωνυμία «...», η οποία αποτελείται από: α) την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και β) την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Πεντέλης (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 8173/14.05.2018 Διακήρυξη, εκδοθείσα στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Συντήρηση Οδικού Δικτύου Δήμου Πεντέλης έτους 2017», προϋπολογισμού €3.806.505,80 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (Συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: 73360).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α281/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. 21800544695808070035, ποσού €15.000,00 αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την από 11.06.2018 Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/536/12.06.2018, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, διεθνούς, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού €3.806.505,80 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά την 01.03.2018.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσβάλλει την ως άνω Διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού.

5. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του υπό ανάθεση αντικειμένου, έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, μέχρι την έκδοση

οριστικής Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

6. Επειδή ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, λόγω της θέσης δυσβάσταχτων και περιοριστικών του ανταγωνισμού διατάξεων στην οικεία Διακήρυξη, κατά παράβαση των θεμελιωδών ενωσιακών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, που αποκλείουν ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον υπόψη δημόσιο Διαγωνισμό, παρά την περί του αντιθέτου βούλησή της. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη, εισάγονται πρόσθετοι όροι τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθ' υπέρβαση των απαιτούμενων για τις αντίστοιχες τάξεις και κατηγορίες του Μ.Ε.ΕΠ, χωρίς την τήρηση των νόμιμων, τυπικών προϋποθέσεων για τη θέσπισή τους. Ειδικότερα υποστηρίζεται ότι: α) ο ζητούμενος – βάσει του άρθρου 22.Γ. της επίμαχης Διακήρυξης – γενικός κύκλος εργασιών (€12.000.000,00), είναι αντίθετος προς κάθε έννοια αναλογικότητας, ιδίως σε σχέση με τον προϋπολογισμό μελέτης του ίδιου του δημοπρατούμενου έργου, ενώ για τη θέσπιση του εν λόγω όρου, που αποτελεί πρόσθετη προϋπόθεση οικονομικής επάρκειας, δεν τηρήθηκε η προβλεπόμενη διαδικασία του άρθρου 53 παράγραφος 7β) του Ν. 4412/2016 (Απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, ύστερα από γνώμη του Τμήματος Κατασκευών του Σ.Δ.Ε), β) η απαίτηση του άρθρου 22.Δ. της επίμαχης Διακήρυξης για την προσκόμιση καταλόγου έργων οδοποιίας, από τον οποίον να προκύπτει ότι ο υποψήφιος έχει εκτελέσει ή εκτελεί (κατά την τελευταία τριετία) έργα συνολικής συμβατικής δαπάνης ίσης ή μεγαλύτερης των €4.700.000,00 χωρίς Φ.Π.Α. και ότι έχει εκτελέσει (κατά την τελευταία πενταετία) ένα τουλάχιστον έργο, προϋπολογισμού €3.000.000,00 χωρίς Φ.Π.Α., αποτελεί πρόσθετη προϋπόθεση τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του υποψηφίου, (πέραν της εγγραφής του στις τάξεις 3^η - 7^η του Μ.Ε.ΕΠ), για την οποία επίσης

δεν τηρήθηκε η προβλεπόμενη στον νόμο διαδικασία (άρθρο 53 παρ. 7 β) του Ν. 4412/2016).

7. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, νόμιμα και παραδεκτά εισάγεται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1 και 15 του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Συνεπώς, η Απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της Απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, είναι η διασφάλιση των (κατ' ελάχιστον) αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης, προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]». (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη 31• ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000, Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61• ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45).

10. Επειδή, στο άρθρο 53 («Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» παρ. 7 β) του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, πέραν των ανωτέρω, κατά τη σύνταξη των εγγράφων της σύμβασης, ισχύουν και τα ακόλουθα: α) [...] β) Με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, που εκδίδεται μετά από αίτημα της αναθέτουσας αρχής και ύστερα από γνώμη του Τμήματος Κατασκευών του Συμβουλίου Δημόσιων Έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών, μπορεί να προστίθενται στη διακήρυξη επιπλέον όροι, που αφορούν την τεχνική και οικονομική ικανότητα όταν τούτο ενδείκνυται από το είδος ή την πολυπλοκότητα του προς ανάθεση έργου».

11. Επειδή, στο άρθρο 76 («Κριτήρια επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου») παρ. 3. α) και β) του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «α) Πέραν των οριζομένων στις παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ισχύουν συμπληρωματικά τα ακόλουθα: α) Αν το έργο ανήκει σε μια κατηγορία του Μ.Ε.ΕΠ. κατά την παράγραφο 1 περίπτωση β', η τάξη, στην οποία πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι οι οικονομικοί φορείς, προσδιορίζεται από την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης. Για την εφαρμογή του προηγούμενου εδαφίου, τα ποσοστά των απρόβλεπτων δαπανών (απρόβλεπτα), όπως αυτά καθορίζονται στην περίπτωση α' της παρ. 3 του άρθρου 156, λαμβάνονται υποχρεωτικά υπόψη. Αν το έργο ανήκει σε περισσότερες κατηγορίες του Μ.Ε.ΕΠ. κατά την παράγραφο 1 περίπτωση γ', η τάξη για κάθε κατηγορία, στην οποία πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι οι οικονομικοί φορείς, προσδιορίζεται από το αντίστοιχο μέρος της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Τα πιο πάνω εφαρμόζονται ανάλογα και για τις εξειδικευμένες επιχειρήσεις. Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν. β) Ενώσεις οικονομικών φορέων εγγεγραμμένων στην ίδια τάξη και κατηγορία έργου του Μ.Ε.ΕΠ. μέχρι και την πέμπτη τάξη, επιτρέπεται να αναλάβουν έργα εκτιμώμενης αξίας μεγαλύτερης από το ανώτατο όριο της τάξης τους μέχρι το είκοσι πέντε τοις εκατό (25%) της διαφοράς μεταξύ του ανώτατου ορίου της τάξης τους και του ανώτατου ορίου της επόμενης τάξης, υπό την προϋπόθεση ότι τουλάχιστον δύο από τους

οικονομικούς φορείς αυτούς συμμετέχουν στην κατανομή της κατασκευής του έργου ή στα κέρδη και τις ζημίες της ένωσης, με ποσοστό τουλάχιστον τριάντα τοις εκατό (30%) ο καθένας. Όταν η ένωση αποτελείται από οικονομικούς φορείς εγγεγραμμένους στην έκτη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. για την ίδια κατηγορία εργασιών, το ανώτατο όριο της εκτιμώμενης αξίας των έργων που επιτρέπεται να αναλάβει η ένωση διαμορφώνεται στα εξήντα εκατομμύρια (60.000.000) ευρώ, υπό την προϋπόθεση ότι το ποσοστό συμμετοχής του καθενός στα κέρδη και τις ζημίες, ανέρχεται τουλάχιστον σε είκοσι πέντε τοις εκατό (25%). Τα όρια της παραγράφου αυτής μπορεί να επανακαθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων, λαμβανομένου υπόψη του δείκτη αναθεώρησης των τιμών των δημοσίων έργων, όπως καθορίζεται, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις. Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν».

12. Επειδή, στο άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) παρ. 1, 4, 5 και 6 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. Όσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους [...] 4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο,

το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο. 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών. 6. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω, κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 19 [...].».

13. Επειδή, στο άρθρο 83 «Επίσημοι κατάλογοι εγκεκριμένων οικονομικών φορέων και πιστοποίηση από οργανισμούς δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου» (άρθρο 64 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παρ. 4 και 5 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «4. Η πιστοποιούμενη εγγραφή στους επίσημους καταλόγους από τους αρμόδιους οργανισμούς ή το πιστοποιητικό, που εκδίδεται από τον οργανισμό πιστοποίησης, συνιστά τεκμήριο καταλληλότητας όσον αφορά τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής, τις οποίες καλύπτει ο επίσημος κατάλογος ή το πιστοποιητικό. 5. Η εγγραφή και κατάταξη στα Μ.Ε.Ε.Π., Μητρώο Μελετητών και Μητρώο Γραφείων Μελετών, και η κατοχή αντίστοιχου πτυχίου αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας γενικής εμπειρίας».

14. Επειδή, στο άρθρο 377 («Καταργούμενες διατάξεις») παρ. 1 περ. (31) του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου καταργούνται οι διατάξεις: [...] (31) του Ν. 3669/2008 (Α΄ 116), πλην των άρθρων 80 έως 110, τα οποία παραμένουν σε ισχύ μέχρι την έκδοση του προεδρικού διατάγματος του άρθρου 83, των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 20 και της παραγράφου 1 α του άρθρου 176 [...].».

15. Επειδή, στο άρθρο 4.3. («Προδικαστικές Προσφυγές/Προσωρινή δικαστική προστασία» της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 9), ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της

Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, δικαιούται να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή 10 παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, προσδιορίζοντας ειδικώς τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά του [...]».

16. Επειδή, στο άρθρο 22.Γ. («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 25), ορίζεται ότι: «(α) Εγγραφή των εργοληπτικών επιχειρήσεων στο ΜΕΕΠ. (β) Για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, που προηγούνται της οικονομικής χρήσης εντός της οποίας υποβάλλεται η προσφορά, (ήτοι από 01/01/2015 έως 31/12/2017) οι οικονομικοί φορείς να έχουν ελάχιστο συνολικό κύκλο εργασιών 12.000.000,00€ (δώδεκα εκατομμύρια ευρώ). (γ) Για τους αλλοδαπούς οικονομικούς φορείς εγγραφή σε επίσημους καταλόγους ή συμμόρφωση με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης. Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει. Η σχετική δήλωση των οικονομικών φορέων για τα όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου συμβάσεων πρέπει να φαίνεται στο ΤΕΥΔ (μέρος IV, Β.6), που έχει διαμορφώσει η αναθέτουσα αρχή και έχει αναρτηθεί με τα υπόλοιπα συμβατικά τεύχη».

17. Επειδή στο άρθρο 22.Δ. («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 25-26), ορίζεται ότι: «(α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.Ε.Π. (i) Από τη Βεβαίωση Εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. (ii) Από κατάλογο έργων οδοποιίας που έχει αναλάβει ο οικονομικός φορέας κατά την τελευταία τριετία (01/01/2015 έως 31/12/2017) να προκύπτει ότι έχει εκτελέσει ή εκτελεί έργα έντεχνα και εμπρόθεσμα συνολικής συμβατικής δαπάνης ίσης ή μεγαλύτερης των 4.700.000,00€ χωρίς Φ.Π.Α. και να έχει εκτελέσει ένα τουλάχιστον έργο προϋπολογισμού 3.000.000,00€ χωρίς Φ.Π.Α. στην τελευταία πενταετία (01/01/2013 έως 31/12/2017). Σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων, το σύνολο των ανωτέρω προϋποθέσεων συμμετοχής του παρόντος άρθρου, αρκεί να καλύπτει και ένα

μέλος της Ένωσης, αλλιώς αρκεί να καλύπτονται αθροιστικά από όλα τα μέλη αυτής. (iii) Οι οικονομικοί φορείς θα προσέρχονται στην τεχνική υπηρεσία όπου θα δηλώνουν υπεύθυνα ότι επισκέφθηκαν τους δρόμους που θα συντηρηθούν με το δημοπρατούμενο έργο, ότι έλαβαν πλήρη γνώση όλων των γενικών και τοπικών συνθηκών εκτέλεσης του έργου και ότι τις αποδέχονται ανεπιφύλακτα και θα λαμβάνουν από την τεχνική υπηρεσία σχετική βεβαίωση η οποία θα χορηγείται μέχρι και πέντε (5) ημερολογιακές ημέρες πριν την προθεσμία υποβολής των προσφορών. (iv) Να διαθέτει τεχνικό προσωπικό, της στελέχωσης ή και αυτό που θα διαθέσει για την εκτέλεση του έργου, που να καλύπτει τις ελάχιστες προϋποθέσεις του άρθρου 100 του Ν.3669/2008 (όπως ισχύει σήμερα) ως προς τον αριθμό και την εμπειρία (απαιτούμενη ελάχιστη βαθμίδα εμπειρίας) για την κατάταξη στην 4η τάξη για έργα του Μ.Ε.Ε.Π. κατηγορίας ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ (είτε ως βασικής κατηγορίας έργων είτε ως πρόσθετης κατηγορίας έργων). Για το τεχνικό προσωπικό που δεν είναι εγγεγραμμένο στο «Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευαστών» (Μ.Ε.Κ.), του Ν. 3669/08 απαιτείται να έχει αντίστοιχη εμπειρία, ανά βαθμίδα του Μ.Ε.Κ. σύμφωνα με τα οριζόμενα αναλυτικά στο άρθρο 107 του Ν.3669/08 (όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) και η οποία (εμπειρία) προσδιορίζεται βάσει των κάτωθι στοιχείων (του άρθρου 107 του Ν.3669/08): • του τίτλου σπουδών (Διπλωματούχος/ Πτυχιούχος Α.Ε.Ι. ή Πτυχιούχος ΤΕΙ, ΚΑΤΕΕ/υπομηχανικός) • Των ετών απασχόλησης στην κατασκευή, επίβλεψη και μελέτη έργων ή εργασιών ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ, από την έναρξη άσκησης του επαγγέλματός του • Των ετών από την έναρξη άσκησης του επαγγέλματος του (β) Οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους ή διαθέτουν πιστοποιητικό από οργανισμούς πιστοποίησης που συμμορφώνονται με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης, κατά την έννοια του παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' του Ν.4412/2016, μπορούν να προσκομίζουν στις αναθέτουσες αρχές πιστοποιητικό εγγραφής εκδιδόμενο από την αρμόδια αρχή ή το πιστοποιητικό που εκδίδεται από τον αρμόδιο οργανισμό πιστοποίησης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 83 του Ν. 4412/2016 και στην παράγραφο 9 του άρθρου 83 του Ν.4412/2016».

18. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας αποτελεί βασική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία τα μέτρα που λαμβάνονται σε ενωσιακό ή εθνικό επίπεδο προς την επίτευξη ενός σκοπού, δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του σκοπού αυτού. Κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Συνεπώς, στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να εφαρμόζουν κριτήρια επιλογής, τα οποία είναι αναλογικά προς τα χαρακτηριστικά της εκάστοτε διαγωνιστικής διαδικασίας.

19. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής).

20. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), 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). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac

Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

21. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή, στο με αρ. πρωτ. 10414/19.06.2018 έγγραφο απόψεων που διαβίβασε στην Αρχή επί του υπό εξέταση αιτήματος αναστολής, το οποίο ενσωματώνεται στη με αριθμό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 536/12.06.2018 Προδικαστική Προσφυγή, ισχυρίζεται ότι δεν στοιχειοθετούνται εν προκειμένω οι νόμιμες προϋποθέσεις παροχής προσωρινών μέτρων, γιατί η προσφεύγουσα επικαλείται με τρόπο γενικό και αόριστο, ότι οι πληττόμενοι όροι της με αρ. πρωτ. 8173/14.05.2018 Διακήρυξης παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού, επισημαίνοντας περαιτέρω ότι: «[...]απόκειται καταρχήν στην ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θεσπίσει τους όρους της Διακηρύξεως με τέτοιο τρόπο, που κατά την κρίση της, εξυπηρετεί το συμφέρον της Υπηρεσίας [...]». Πιο συγκεκριμένα, ο Δήμος Πεντέλης υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα Κοινοπραξία δεν μπόρεσε να στοιχειοθετήσει επαρκώς στην ως άνω Προσφυγή της: α) τυχόν ασάφεια των όρων της επίμαχης Διακήρυξης, σε τέτοιο μάλιστα βαθμό «[...] που να αφαιρείται η δυνατότητα των διαγωνιζομένων να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενό της [...]» και β) την πρόκληση ανεπανόρθωτης βλάβης στα συμφέροντά της, υπό την έννοια του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016. Τέλος, η οικεία αναθέτουσα αρχή υπογραμμίζει ότι, σε περίπτωση μη αποσφράγισης των προσφορών την Πέμπτη 21 Ιουνίου 2018, ώρα 11.00 π.μ, δεν θα υπάρχει πλέον δυνατότητα εισόδου στο Πληροφοριακό Σύστημα Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ σε άλλη ημερομηνία, προκειμένου να πραγματοποιηθεί η αποσφράγιση σε μεταγενέστερο χρόνο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 17 Α της Διακήρυξης. Επί του σημείου αυτού σημειώνεται ότι εκ παραδρομής αναφέρεται στο έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το άρθρο 17 Α («Έκδοση Εγγυητικών») της επίμαχης Διακήρυξης και όχι το (ορθό) άρθρο 18 («Ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών - αποσφράγισης»), σύμφωνα με το οποίο: «Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίζεται η 14/6/2018, ημέρα Πέμπτη και

ώρα 11:00 π.μ. Ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίζεται η 21/6/2018, ημέρα Πέμπτη και ώρα 11:00 π.μ. Αν, για λόγους ανωτέρας βίας ή για τεχνικούς λόγους δε διενεργηθεί η αποσφράγιση κατά την ορισθείσα ημέρα ή αν μέχρι τη μέρα αυτή δεν έχει υποβληθεί καμία προσφορά, η αποσφράγιση και η καταληκτική ημερομηνία αντίστοιχα μετατίθενται σε οποιαδήποτε άλλη ημέρα με απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Η απόφαση αυτή κοινοποιείται στους προσφέροντες, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», πέντε (5) τουλάχιστον εργάσιμες ημέρες πριν τη νέα ημερομηνία και αναρτάται στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ, στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής, εφόσον διαθέτει, καθώς και στον ειδικό, δημόσια προσβάσιμο, χώρο «ηλεκτρονικοί διαγωνισμοί» της πύλης www.promitheus.gov.gr του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Αν και στη νέα αυτή ημερομηνία δεν καταστεί δυνατή η αποσφράγιση των προσφορών ή δεν υποβληθούν προσφορές, μπορεί να ορισθεί και νέα ημερομηνία, εφαρμοζομένων κατά τα λοιπά των διατάξεων των δύο προηγούμενων εδαφίων».

22. Επειδή, εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών να επιβάλλουν τις απαιτήσεις εκείνες, οι οποίες, κατά την κρίση τους, διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, καθώς και την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Οι εν λόγω απαιτήσεις πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογες με το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης (άρθρο 75 παρ. 1, 3 και 4 του Ν. 4412/2016), αποδεικνύονται δε, με τα αποδεικτικά μέσα του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016.

23. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι και απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας.

24. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της Προδικαστικής Προσφυγής λόγω της προόδου της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την Απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη της οικείας αναθέτουσας αρχής είναι ακυρωτέα, γιατί παραβιάζει τις θεμελιώδεις ενωσιακές αρχές της διαφάνειας, της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

25. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

26. Επειδή, η ανάγκη συντήρησης του οδικού δικτύου του Δήμου Πεντέλης, μπορεί να συνιστά λόγο δημοσίου συμφέροντος για τη συνέχιση του υπόψη Διαγωνισμού. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΣτΕ ΕΑ 840/2008).

27. Επειδή, κατόπιν σταθμίσεως του δημοσίου συμφέροντος και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους ανωτέρω λόγους και ιδίως, επειδή πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής - ορισμού

προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 25), η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, να διαταχθεί η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, έως ότου δημοσιευθεί οριστική Απόφαση από την Α.Ε.Π.Π επί της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

28. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από την έκδοση οιασδήποτε Απόφασης, τη διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή/και τη ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης ενέργειας, καθόσον σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης Προσφυγής, όλες οι επόμενες (της νυν προσβαλλόμενης), πράξεις θα είναι άκυρες, μέχρι την έκδοση Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Η αναστολή αυτή δε διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

29. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί χορήγησης αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την ισχύ της με αρ. πρωτ. 8173/14.05.2018 Διακήρυξης, εκδοθείσα στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Συντήρηση Οδικού Δικτύου Δήμου Πεντέλης έτους 2017», μέχρι την έκδοση Απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Αριθμός απόφασης: Α281/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Ιουνίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Ιωάννα Κακλαμάνη`