

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 07/07/2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30/05/2023 προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 799/31.05.2023, της ... , με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης, ως και των ως άνω μελών αυτής, νομίμως εκπροσωπούμενων, (εφ' εξής «προσφεύγουσα»).

Κατά του ... , (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η διακήρυξη ανοικτής δημοπρασίας του έργου «...», κατά το μέρος που αφορά στις πρόσθετες απαιτήσεις και στους όρους της Επαγγελματικής και Τεχνικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης, ως και κάθε όρος, που παρακωλύει την άθροιση της ελάχιστης ικανότητας και προσόντων των συμμετεχόντων σε ένωση οικονομικών φορέων, να επιστραφεί δε το καταβληθέν παράβολο.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθμό πρωτοκόλλου .../03-05-23 απόφασης ... εγκρίθηκαν τα τεύχη δημοπράτησης, για την επιλογή αναδόχου του έργου «...». Η διακήρυξη αυτή εκδόθηκε σε συνέχεια της υπ' αρ. 568/2023 απόφασης του 5^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, με την οποία ακυρώθηκε η προηγουμένως εκδοθείσα διακήρυξη για το ίδιο ακριβώς έργο, η οποία είχε εγκριθεί με την υπ' αρ. .../31-01-2023 απόφαση ... Η Διακήρυξη του διαγωνισμού καταχωρίσθηκε στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου έλαβε συστημικό αριθμό ... στις 12.05.2023, και δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (...2023-05-12). Με την προαναφερθείσα, υπ' αρ. 568/2023, απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., είχε γίνει δεκτή προδικαστική προσφυγή της

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

προσφεύγουσας, καθώς κρίθηκε, ότι είχαν περιληφθεί στην προηγουμένως εκδοθείσα και εκεί εξεταζόμενη διακήρυξη όροι μη αναλογικοί, οι οποίοι περιόριζαν μη νόμιμα τον ανταγωνισμό, δυσχέραιναν την συμμετοχή ενώσεων, όπως της προσφεύγουσας ένωσης, στον υπ' όψη διαγωνισμό, εισάγοντας σε βάρος των ενώσεων δυσανάλογες απαιτήσεις, ως προς την σώρευση της ελάχιστονης εμπειρίας, και χωρίς αιτιολογία περιελάμβαναν συγκεκριμένους περιορισμούς στην άθροιση ικανοτήτων, εισάγοντας ανατιολόγητη μεθοδολογία προσμέτρησης της επιμέρους ελάχιστονης εμπειρίας μελών της ένωσης, καθ' όσον, όπως κρίθηκε με την υπ' αρ. 568/2023 απόφαση της Αρχής, είναι επιτρεπτό *«και το άθροισμα των επιμέρους δυνατοτήτων του ίδιου του οικονομικού φορέα με την προηγούμενη εμπειρία υποστηρικτικών προς αυτόν επιχειρήσεων, όπως αποκτήθηκε από την εκτέλεση περισσότερων επιμέρους σχετικών συμβάσεων, ακόμα και διαφορετικών αντικειμένων, προκειμένου ν' αποδειχθεί η ζητούμενη τεχνογνωσία του διαγωνιζόμενου, για την εκτέλεση μιας και της αυτής σύμβασης, η οποία όμως συνδυάζει διακριτά μεταξύ τους αντικείμενα»*. Η ως άνω υπ' αρ. 568/2023 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. δεν προσβλήθηκε δικαστικώς από την αναθέτουσα Αρχή και συνεπώς κατέστη πλήρως δεσμευτική έναντι πάντων. Η υπό κρίση διακήρυξη φέρεται να τροποποιήθηκε, προς συμμόρφωση στην ως άνω, υπ' αρ. 568/2023, απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., πλην όμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι η διακήρυξη, και υπό την νέα μορφή της, περιλαμβάνει εσφαλμένη και δυσανάλογη μεθοδολογία προσμέτρησης της ελάχιστονης εμπειρίας περισσότερων οικονομικών φορέων, ενώ επίσης επισημαίνει, ότι συντρέχει περίπτωση πλημμελούς συμμόρφωσης της αναθέτουσας Αρχής προς τα κριθέντα δια της απόφασης 568/2023 της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

2. Επειδή ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχουν καταβληθεί τα νόμιμα e-παράβολα, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικούς ...(...), ... (...), ...(...), ...(...), e-Παράβολα συνολικής

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

αξίας 15.000,00 €, ομού με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γ.Γ.Π.Σ., όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλων «δεσμευμένο» και φέρονται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, όσον αφορά στην θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτήν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στην διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣΤΕ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

5. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφ' όσον παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων, που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται, για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στον διαγωνισμό (βλ. απόφαση ... της 11^{ης}-1-2005, C-.../03..., σκέψη 40). Συνεπώς, η προσφεύγουσα έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, ως βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης, οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούουν στο εθνικό και ενωσιακό δίκαιο και καθιστούν αδύνατη την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει, ή την δυσχεραίνει ουσιωδώς.

6. Επειδή, με την απόφαση του ΣΤΕ, υπ' αριθμ. .../2022, στις σκέψεις 16 έως και 22 αυτής, προσδιορίσθηκε μεταξύ άλλων ο τρόπος, με τον οποίο η αναθέτουσα Αρχή μπορεί θεμιτά ν' απαιτήσει, ώστε όλα τα μέλη μιας συμμετέχουσας στον διαγωνισμό ένωσης να πληρούν ορισμένο κριτήριο ποιοτικής επιλογής, εφ' όσον αυτή (αναθέτουσα Αρχή) αιτιολογήσει επαρκώς την σχετική απαίτηση, με αναφορά στο αντικείμενο και στις ειδικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Κατά την έννοια αυτή, κρίθηκε ειδικώς, όσον αφορά στην απαίτηση κατοχής πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας και

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

περιβαλλοντικής διαχείρισης, ότι η αναγνωριζόμενη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας Αρχής ευρίσκει πεδίο εφαρμογής ιδίως στις περιπτώσεις, όπου τα μέλη της υποψήφιας ένωσης προτίθενται, σύμφωνα με την έκταση και το είδος της συμμετοχής τους στο συμμετοχικό σχήμα, ν' αναλάβουν από κοινού την παροχή της συγκεκριμένης υπηρεσίας, για την οποία απαιτείται η ζητούμενη πιστοποίηση, ενώ, αντιθέτως, δεν ευρίσκει πεδίο εφαρμογής στην περίπτωση, κατά την οποία τα μέλη της υποψήφιας ένωσης κατανέμουν τις υπό ανάθεση υπηρεσίες μεταξύ τους κατά τέτοιο τρόπο, ώστε μόνον ένα μέλος αυτής να παρέχει την υπηρεσία, η οποία συνδέεται με την ζητούμενη πιστοποίηση, υφισταμένης αντιδιαστολής μεταξύ του γενικού κανόνα, σύμφωνα με τον οποίο μία υποβάλλουσα προσφορά ένωση στηρίζεται, νομίμως, αποκλειστικώς στην πιστοποίηση, που διαθέτει ένα μόνο μέλος αυτής, το οποίο και θα παράσχει την συγκεκριμένη υπηρεσία, και της περίπτωσης, που, εφ' όσον όλα τα μέλη της ένωσης θα εκτελέσουν από κοινού την επίμαχη υπηρεσία, εξ αιτίας των εγγενών ιδιαιτεροτήτων και της φύσης της, νομίμως και συμφώνως προς την αρχή της αναλογικότητας, της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διακρίσεων, μπορεί η αναθέτουσα Αρχή ν' απαιτεί την κατοχή της πιστοποίησης απ' όλα τα μέλη αυτής.

7. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, με τις από 14/06/2023 εμπρόθεσμες απόψεις της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στις 14/06/2023, δοθείσης της από 30/05/2023 κατάθεσης της ένδικης προσφυγής, αιτείται την απόρριψη της προσφυγής.

8. Επειδή, εν συνεχεία, περιορισμοί, ως προς τον τρόπο τεκμηρίωσης της στήριξης στις δυνατότητες τρίτου, μπορούν να τίθενται όλως εξαιρετικώς από την αναθέτουσα Αρχή και μόνον, εφ' όσον τελούν σε εύλογη σχέση αναλογίας και σκοπού, κατ' απόλυτη σύνδεση με την φύση, την έκταση και το είδος του αντικειμένου της σύμβασης, με απολύτως διαφορετική αντιμετώπιση και κριτήρια πάντως, αναλόγως αν πρόκειται για περιορισμούς στην επίκληση των χρηματοοικονομικών μέσων ή των τεχνικών δυνατοτήτων τρίτου (Απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Υπόθεση C-27/15, Pippo Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404). Αντίστοιχα, είναι δεδομένη η δυνατότητα σωρευτικής επίκλησης της ικανότητας περισσοτέρων τρίτων οντοτήτων, είτε ομού με τις ήδη κεκτημένες ικανότητες του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα (μερική

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

στήριξη) είτε με εξ ολοκλήρου στήριξη του τελευταίου στους πόρους αλλότριων φορέων (αποκλειστική στήριξη) για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής στάθμης, που θέτει η αναθέτουσα Αρχή, αλλά και η άμεση ή έμμεση στήριξη στις ικανότητες, περισσότερων του ενός, τρίτων φορέων (ΕΑ ΣΤΕ 2827/2014). Η ανωτέρω ευχέρεια του οικονομικού φορέα είναι ανεξάρτητη και δεν υπόκειται σε περιορισμούς για την πλήρωση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειάς του, ενώ, στην περίπτωση της συνδυαστικής στήριξης σε ικανότητες περισσότερων τρίτων φορέων, για την κάλυψη των τεχνικών απαιτήσεων της σύμβασης, είναι δυνατή η θέσπιση θεμιτών περιορισμών εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής και ενδεχομένως η πρόβλεψη για εκτέλεση της σύμβασης από ένα και μόνον οικονομικό φορέα, πάντοτε όμως υπό την επιφύλαξη, ότι ο σχετικός περιορισμός θ' αναφέρεται ρητώς στο κείμενο της διακήρυξης, χωρίς να μπορεί να συναχθεί κατά τεκμήριο, ενώ, επιπλέον, η νομιμότητα μιας τέτοιας πρόβλεψης σαφώς και πάλι θα πρέπει να κρίνεται κατά περίπτωση, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Συναφώς, είναι κατ' αρχήν επιτρεπτό το άθροισμα των επιμέρους δυνατοτήτων του ίδιου του οικονομικού φορέα με την προηγούμενη εμπειρία υποστηρικτικών προς αυτόν επιχειρήσεων, όπως αποκτήθηκε από την εκτέλεση περισσότερων επιμέρους σχετικών συμβάσεων, ακόμη και διαφορετικών αντικειμένων, προκειμένου ν' αποδειχθεί η ζητούμενη τεχνογνωσία του διαγωνιζομένου, για την εκτέλεση μιας και της αυτής σύμβασης, η οποία όμως συνδυάζει διακριτά μεταξύ τους αντικείμενα. Και στην τελευταία αυτή περίπτωση, οι όποιοι περιορισμοί, προκειμένου να δικαιολογούνται επαρκώς, θα πρέπει να συνδέονται με την φύση και το αντικείμενο της σύμβασης. Αντίστοιχα, είναι δεδομένη η δυνατότητα σωρευτικής επίκλησης της ικανότητας περισσότερων οντοτήτων, είτε ομού με τις ήδη κερτημένες ικανότητες του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα (μερική στήριξη) είτε με εξ ολοκλήρου στήριξη του τελευταίου στους πόρους αλλότριων φορέων (αποκλειστική στήριξη) για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής στάθμης, που θέτει η αναθέτουσα Αρχή, αλλά και η άμεση ή έμμεση στήριξη στις ικανότητες, περισσότερων του ενός, τρίτων φορέων.

9. Επειδή, στο άρθρο 367 του ν. 4412/2016 ορίζεται, ότι «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ».

10. Επειδή, εν προκειμένω, κατόπιν της επισκόπησης του σχετικού φακέλλου, ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής, ήτοι την παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και την προσθήκη «πρόσθετων όρων χωρίς αιτιολογία», λεκτέα τα εξής. Οι όροι της διακήρυξης έχουν συνταχθεί με τέτοιο τρόπο, ώστε να παρέχεται προβάδισμα και να ευνοούνται κάποιες εταιρείες ... τάξης του ΜΕΕΠ, προβάλλοντας προσκόμματα στις συμμετοχή και διεκδίκηση του έργου από ενώσεις εταιρειών, που ανήκουν στην ... τάξη του ΜΕΕΠ, όπως είναι τα μέλη της προσφεύγουσας. Τούτο προκύπτει, από τα αναγραφόμενα στην σελίδα 12 των απόψεων της αναθέτουσας Αρχής, όπου αυτολεξεί αναφέρεται: «Ο προϋπολογισμός του έργου είναι (310.000.000,00 €) συμπεριλαμβανομένων των προαιρεσέων και του Φ.Π.Α. Σύμφωνα με το όριο του προϋπολογισμού και τις απαιτήσεις κατάταξης των εργοληπτικών επιχειρήσεων όπως αυτές ορίζονται στα άρθρα 99 και 100 του ν.3669/08 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει καθώς και στο άρθρο 54 του π.δ.71/2019, στο έργο μπορούν να συμμετάσχουν εργοληπτικές εταιρείες ... τάξεως (ανώτατη τάξη) ΜΕΕΠ». Ο ισχυρισμός αυτός, στις απόψεις της αναθέτουσας Αρχής, αφ' ενός έρχεται σε αντίθεση με τους όρους των άρθρων 21 (δικαιούμενοι συμμετοχής) και 22.Β (Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας) αλλά και με την υπ' αρ. 141 επισημείωση της διακήρυξης, όπου αναφέρεται, ότι «Επισημαίνεται ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να καλούν συγκεκριμένες τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ ή, από την έναρξη ισχύος του π. δ. 71/2019, του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων, Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.ΔΕ.). (Πρβλ. άρθρο 76 παρ. 4 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει)», αφ' ετέρου είναι μη νόμιμος και έρχεται σε

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

αντίθεση με την πρόβλεψη του άρθρου 76 παρ. 4 του ν.4412/2016, όπου ρητώς ορίζεται, ότι κάθε οικονομικός φορέας, που αποδεικνύει, ότι πληροί τα (αναλογικώς) τεθέντα κριτήρια επιλογής, μπορεί να συμμετέχει στον διαγωνισμό, ανεξαρτήτως της εγγραφής και κατάταξής του σε οποιαδήποτε τάξη. Συμπερασματικά, ωστόσο, η άποψη της αναθέτουσας Αρχής περί δυνατότητας συμμετοχής στον υπ' όψη διαγωνισμό μόνο των εργοληπτικών επιχειρήσεων ... τάξης ΜΕΕΠ, καταδεικνύει την αληθή βούληση και στόχευση της αναθέτουσας Αρχής, με τους δυσανάλογα τεθέντες προσβαλλόμενους όρους, ήτοι της παροχής δικαιώματος συμμετοχής, άλλως πριμοδότησης συγκεκριμένου/περιορισμένου αριθμού οικονομικών φορέων, που ανήκουν στην ... τάξη του ΜΕΕΠ. Κατά συνέπεια, σε αντίθεση με τα κριθέντα με την υπ' αρ. 568/2023 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., με την οποία ακυρώθηκε η προηγούμενη διακήρυξη του ίδιου έργου, λόγω δημιουργίας προσκομμάτων στην ανάπτυξη του ελεύθερου ανταγωνισμού και στην συμμετοχή της προσφεύγουσας ένωσης (6^{ης} τάξης) στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία και παρά την δήλωση της αναθέτουσας Αρχής περί συμμόρφωσης στην υπ' αρ. 568/2023 απόφαση και άρσης των λόγων, που περιορίζουν τον ανταγωνισμό και την συμμετοχή των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στην διαγωνιστική διαδικασία, η αναθέτουσα Αρχή, de facto συνομολογεί, ότι προέβη σε φραστικές διορθώσεις, ώστε να συνεχίσει να απευθύνεται στον ίδιο στενό κύκλο ενδιαφερομένων που απευθύνετο και πριν, ήτοι στις εταιρείες κατόχους ... τάξης πτυχίου ΜΕΕΠ ' δηλαδή, με τις απόψεις της, η αναθέτουσα Αρχή καθορίζει και περιορίζει τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στις επιχειρήσεις ... τάξης, εισάγοντας και νέους περιορισμούς, που δεν είχε θέσει στην προηγούμενη και ακυρωθείσα διακήρυξη. Συνεπώς, παρίσταται αναπιολόγητο -και άρα ακυρωτέο- για ποιους ειδικότερους λόγους δεν δύνανται να συμμετάσχουν ενώσεις εταιρειών ... τάξης, εφ' όσον πληρούν τα προσόντα, τα οποία όρισε η αναθέτουσα Αρχή με την διακήρυξη και στα οποία δεν περιλαμβάνεται η κατοχή πτυχίου ... τάξης ΜΕΕΠ. Επέκεινα, επιχειρεί η αναθέτουσα Αρχή να αποδείξει, ότι, αφού ο προϋπολογισμός του έργου, συμπεριλαμβανομένων των προαιρέσεων, είναι 310.000.000€, πρέπει να τεθούν στην διακήρυξη όροι τεχνικής και οικονομικής ικανότητας, «ανάλογοι» της σπουδαιότητας και της πολυπλοκότητας του έργου. Εν πρώτοις, επί του εν θέματι ισχυρισμού, προκύπτει, ότι τα μέλη της

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

προσφεύγουσας διαθέτουν την χρηματοοικονομική επάρκεια και την οικονομική ικανότητα, που απαιτεί η αναθέτουσα Αρχή με την προσβαλλόμενη διακήρυξη, για να υλοποιήσει το αντικείμενο, και δεν προσέβαλαν τον σχετικό όρο της διακήρυξης. Συναφώς, η αναφορά της αναθέτουσας Αρχής στους πρόσθετους όρους οικονομικής ικανότητας αφ' ενός παρίσταται αλυσιτελής, αφ' ετέρου ουδαμώς συνιστά επαρκή αιτιολογική βάση, ως προς την συμμετοχή μόνον των «...» εργοληπτικών επιχειρήσεων. Η προσφεύγουσα πληροί τις απαιτήσεις της χρηματοοικονομικής ικανότητας και επάρκειας για να υλοποιήσει το έργο. Τούτο, διότι, από την επισκόπηση του φακέλλου και τα συνοδεύοντα την προσφυγή δικαιολογητικά προκύπτει, ότι η προσφεύγουσα αποτελείται από τέσσερις ημεδαπές κατασκευαστικές εταιρείες, όλες εγγεγραμμένες στην .. τάξη του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.), στις κατηγορίες ... , όπως αποδεικνύεται από τις υπ' αρ. πρωτ: ...(...), (...),(...) και ... (...) Βεβαιώσεις ΜΕΕΠ, οι οποίες ευρίσκονται όλες σε ισχύ. Όπως προκύπτει από τα δημοσιευμένα οικονομικά στοιχεία των εταιρειών και από τις προαναφερθείσες βεβαιώσεις, οι εταιρείες μέλη της ένωσης καλύπτουν αθροιστικά όλα τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22 της διακήρυξης. Διαθέτουν δε, αθροιστικά, την τεχνική και επαγγελματική εμπειρία, όπως απαιτείται από την διακήρυξη, την χρηματοοικονομική επάρκεια και την Ομάδα Μελετών – Ερευνών, για να συμμετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό.

11. Επειδή, περαιτέρω και ως προς τις απόψεις και αιτιολογικές βάσεις της αναθέτουσας Αρχής περί της προσθήκης των δυσανάλογων και περιοριστικών του ανταγωνισμού όρων, ως προς την τεχνική ικανότητα των διαγωνιζομένων, λεκτέα είναι τα κάτωθι. Οι αναφορές της αναθέτουσας Αρχής στο πλήθος του τεχνικού και υπαλληλικού προσωπικού της προσφεύγουσας, στις απαιτήσεις του δημοπρατούμενου έργου ως προς το οργανωτικό και διοικητικό σκέλος και τα σχόλια ως προς την τεχνική της ικανότητα για την οργάνωση των εργοταξίων προβάλλονται αλυσιτελώς. Τούτο, διότι η προσφεύγουσα πληροί τις απαιτήσεις στελέχωσης, που ορίζονται στο άρθρο 22.Δ (1) της διακήρυξης και δεν έχει προσβάλει το συγκεκριμένο σκέλος του όρου ...Δ (1) της διακήρυξης, κατά το οποίο απαιτείται *«Κατ' ελάχιστο δεκατεσσάρων (14) μηχανικών, με εμπειρία τουλάχιστον 12 ετών για έκαστο εξ' αυτών και δώδεκα (12) μηχανικών, με εμπειρία τουλάχιστον 9 ετών για*

έκαστο εξ' αυτών». Η αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να αιτιολογήσει την φερόμενη «τεχνική δυσχέρεια και πολυπλοκότητα» του έργου, αναφέρεται, στις σελίδες 14-15 των απόψεων της, σε ποιες περιοχές συνδέει το έργο και τί εξυπηρετεί γεωγραφικά. Κάνει μνεία περί εξυπηρέτησης του ... , πρόσβασης στην ...και την ... οδό, σύνδεσης της Βιομηχανικής Ζώνης των ... συνδέσμου με την ... κλπ. Τα ανωτέρω, εν τούτοις, δεν καταδεικνύουν τις «ιδιαίτερες» απαιτήσεις που επιβάλλουν την προσθήκη επιπλέον όρων τεχνικής ικανότητας εμπειρίας 25 χιλιομέτρων, όπως διατείνεται στην σελίδα 14 των απόψεων της η αναθέτουσα αρχή. Αποδεικνύουν μόνο την γεωγραφική θέση και την σκοπιμότητα του έργου. Με άλλα λόγια, κάθε επέκταση οδικού έργου είναι προφανές, ότι συνδέει κάποιες περιοχές και είναι κρίσιμη. Τούτο όμως, δεν δικαιολογεί την προσθήκη επιπλέον όρων τεχνικής ικανότητας που περιορίζουν τον ανταγωνισμό δια της θέσπισης περιοριστικών όρων ήτοι ..., που έθεσε η αναθέτουσα Αρχή στον προσβαλλόμενο όρο του άρθρου 22.Δ.(2) της διακήρυξης ως απαιτούμενη «Εμπειρία». Ομοίως, κάθε οδικό έργο, περιλαμβάνει κάθε είδους χωματουργικές εργασίες, τεχνικά έργα, έργα ευστάθειας πρανών και βελτίωσης συμπεριφοράς έργων έναντι υποχωρήσεων, εγκατάσταση και συντήρηση πρασίνου, μετατόπιση-αποκατάσταση δικτύων ... Ωσαύτως, ουδεμία δυσχέρεια και πολυπλοκότητα περιγράφεται στις απόψεις της αναθέτουσας Αρχής, που να δικαιολογεί την άποψή της περί «δυνατότητας συμμετοχής μόνο των ... τάξης» για να θέσει τον πρόσθετο όρο του άρθρου 22.Δ.(2) «Εμπειρίας», ιδίως όταν η προσφεύγουσα διαθέτει την τεχνική ικανότητα της έμπειρης στελέχωσης, του άρθρου 22.Δ.(1), και του πλήθους του επιστημονικοτεχνικού προσωπικού. Στο πλαίσιο αυτό, η αναφορά της αναθέτουσας Αρχής (στην σελίδα 14) σε ομόφωνη απόφαση του Τεχνικού Συμβουλίου, στο οποίο μετέχει και εκπρόσωπος εργοληπτικής οργάνωσης, σχετικά με την προσθήκη επιπλέον όρων τεχνικής ικανότητας, παρίσταται ομοίως μη συνεχόμενη με την πολυπλοκότητα του έργου και δεν συνιστά επαρκή αιτιολογία για να υποστηρίξει τους δυσανάλογους όρους, που έθεσε η αναθέτουσα στο άρθρο 22.Δ(2) της «Εμπειρίας». Εξ άλλου, ως αναφέρει η προσφεύγουσα, ο προαναφερόμενος εκπρόσωπος εργοληπτικής οργάνωσης, που μετείχε στην επίμαχη συνεδρίαση του Τεχνικού Συμβουλίου, είναι στέλεχος εταιρείας ... τάξης του ΜΕΕΠ, η δε γνωμοδότηση ουδόλως εξοπλίζει με τεκμήριο

νομιμότητας και αναλογίας τους πρόσθετους όρους τεχνικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ(2), όπως υπολαμβάνει η αναθέτουσα Αρχή. Έτσι, δεν ερείδεται στα στοιχεία του φακέλλου η αναφορά της αναθέτουσας Αρχής (σελ. 16), ότι: *«Γενικότερα η οργάνωση έργων έως 10χλμ δεν διασφαλίζει την υλοποίηση ενός έργου συγχρηματοδοτούμενου μήκους 72χλμ. Επίσης δε θεωρείται ότι μια Ένωση Οικονομικών Φορέων έχει εμπειρία στην κατασκευή έργου 25 χιλιομέτρων όπως ζητείται στις ως άνω περιπτώσεις (α), (β) και (γ), όταν κάθε μέλος αυτής, έχει κατασκευάσει πολύ μικρότερο μήκος έργου από το απαιτούμενο στη διακήρυξη, αφού η άθροιση της ίδιας κατ' ουσίαν εμπειρίας των μελών δεν σημαίνει και αύξηση της Τεχνικής Ικανότητας της Ένωσης μιας που όλα τα μέλη της έχουν ακριβώς την ίδια τεχνική εμπειρία»*. Με τις απόψεις της αυτές η αναθέτουσα Αρχή τροποποιεί ανεπιτρέπτως τους όρους της διακήρυξης, όπως τους διαμόρφωσε. Συγκεκριμένα, το άρθρο 22.Δ της διακήρυξης για την «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίζει (αυτολεξεί), ότι *«Σε περίπτωση επίκλησης εμπειρίας ως μέλος Κοινοπραξίας ο επικαλούμενος την εμπειρία θα πρέπει να έχει άμεση συμμετοχή στην εκτέλεση του έργου, με ποσοστό τουλάχιστον δέκα επί τοις εκατό (10%)»*. Συνελόντι ειπείν, η επίμαχη διακήρυξη επιτρέπει τον δεκαπλάσιασμό της τεχνικής και επαγγελματικής εμπειρίας του ίδιου έργου. Με απλά λόγια, η διακήρυξη ορίζει, ότι κάθε οικονομικός φορέας, που έχει συμμετάσχει άμεσα στην εκτέλεση ενός έργου σε ποσοστό τουλάχιστον 10%, μπορεί να επικαλείται ολόκληρη την εμπειρία του έργου αυτού. Σε κανένα σημείο δεν ορίσθηκε από την διακήρυξη, ότι, εάν η εμπειρία περισσότερων οικονομικών φορέων προέρχεται από το ίδιο έργο, δεν αθροίζεται, όπως υπολαμβάνει αβασίμως η αναθέτουσα Αρχή. Η θέση αυτή των απόψεων της τελευταίας έρχεται σε αντίθεση με την πρόβλεψη της διακήρυξης, άλλως εισάγει και νέο εμπόδιο στην άθροιση της εμπειρίας. Κατά την οικεία άποψη της αναθέτουσας Αρχής, η οποία δεν συνάδει με το πνεύμα και το γράμμα της διακήρυξης, καταλήγουμε στο συμπέρασμα, ότι, αν τα μέλη της προσφεύγουσας προσήρχοντο στον διαγωνισμό σε διαφορετικά σχήματα, διαθέτοντας την εμπειρία από τα ίδια έργα που τώρα η αναθέτουσα επικαλείται, δεν θα μπορούσαν να την επικαλεσθούν επειδή την διαθέτουν από τα ίδια έργα.

12. Επειδή, επέκεινα, διαλαμβάνει η αναθέτουσα Αρχή, στην σελίδα 16 των απόψεών της, ότι: *«Έχοντας υπόψη ότι το δημοπρατημένο έργο με*

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

προϋπολογισμό 310.000.000 €, θα ενταχθεί σε συγχρηματοδοτούμενο πρόγραμμα για την εξασφάλιση των οικονομικών πόρων κατασκευής του, οι όροι Οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που τέθηκαν στην διακήρυξη του έργου διασφαλίζουν την οικονομική ευρωστία του αναδόχου εξασφαλίζοντας την ποιοτική και εμπρόθεσμη υλοποίηση του έργου χωρίς κινδύνους απένταξης από το αντίστοιχο ευρωπαϊκό πρόγραμμα χρηματοδότησης». Το επιχείρημα της αναθέτουσας Αρχής ερείδεται στην εσφαλμένη παραδοχή, ότι «μεγάλος προϋπολογισμός αφορά μόνο τις εταιρείες ... τάξης». Περαιτέρω, εφ' όσον η προσφεύγουσα πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ, τις οποίες και δεν έχει προσβάλει, συνάγεται προδήλως, ότι η αναθέτουσα Αρχή, όχι μόνον αλυσιτελώς αλλά και αβασίμως, αναφέρεται στην χρηματοοικονομική της επάρκεια. Επιχειρηματολογεί δε η αναθέτουσα Αρχή, στην σελίδα 16 των απόψεών της, ότι: «Το δημοπρατημένο έργο, έχει συνολικό μήκος περίπου 72 χλμ. (μήκος κύριας σύμβασης 46,86 χλμ. και μήκος προαίρεσης 23,11 χλμ.) και περιλαμβάνει εκτός των άλλων τεχνικών, μία γέφυρα μήκους 500μ., η ζητούμενη από τη Διακήρυξη Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα είναι υποπολλαπλάσια του μεγέθους του έργου και τέθηκε για την εξασφάλιση της έντεχνης και εμπρόθεσμης κατασκευής του έργου». Από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλλου παρέπεται, ότι το κυρίως έργο που δημοπρατείται έχει μήκος 46,86 χλμ., όπως περιγράφεται στο άρθρο 11 της διακήρυξης. Τα υπόλοιπα τμήματα αφορούν σε ενδεχόμενη άσκηση δικαιωμάτων προαίρεσης, που θα υλοποιηθούν εφ' όσον το επιλέξει η αναθέτουσα Αρχή, με ξεχωριστές συμβάσεις, κατά τροποποίηση της αρχικής σύμβασης. Συνεπώς, δοθέντος ότι τα μεγέθη του δικαιώματος προαίρεσης είναι μελλοντικά και αβέβαια, αλυσιτελώς η αναθέτουσα επικαλείται τα μεγέθη της «προαίρεσης», προκειμένου να καταδείξει την σπουδαιότητα του υπό κρίση έργου. Η αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται τα εξής: «Αναλυτικότερα η απαίτηση Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητα των 25 χλμ. διασφαλίζει στο ελάχιστο την Αναθέτουσα Αρχή, ότι ο Ανάδοχος θα έχει την τεχνική επάρκεια και την ικανότητα να οργανώσει ένα κατά μήκος έργο μήκους περίπου 50χλμ και με την προαίρεση 72 χλμ. όσον αφορά την ανάπτυξή του, τη δημιουργία τουλάχιστον δύο συγχρόνως μετώπων εργασίας, την εγκατάσταση τουλάχιστον δύο εργοταξίων που θα λειτουργούν παράλληλα, την διοίκηση

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

του πλήθους του τεχνικού και υπαλληλικού προσωπικού της κατασκευής, τη διαχείριση και τη συνεργασία της μελετητικής του ομάδας με το υπόλοιπο παραπάνω προσωπικό, τις απαιτούμενες προμήθειες στο σύνολο της ανάπτυξης του έργου, οι απαιτούμενοι ποιοτικοί έλεγχοι, οι απαιτούμενες αδειοδοτήσεις αρμοδιότητάς του και οι εμπρόθεσμες απορροφήσεις. Σε ένα έργο των 25 χλμ. ο Ανάδοχος τα περισσότερα από τα παραπάνω θα τα έχει αντιμετωπίσει, ενώ σε ένα έργο μήκους περίπου 10 χλμ., που αναφέρεται η προσφεύγουσα, είναι εμφανές ότι δεν απαιτείται δεύτερο εργοτάξιο, το πλήθος των τεχνικών υπαλλήλων είναι μειωμένο, το μέτωπο εργασίας και η ανάπτυξη των εργασιών είναι χωρικά σημειακή, οι προμήθειες είναι μειωμένες και δεν είναι πολύπλοκες ή συνδυασμένες. Γενικότερα η οργάνωση έργων έως 10 χλμ δεν διασφαλίζει την υλοποίηση ενός έργου συγχρηματοδοτούμενου μήκους 72 χλμ.» Οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας Αρχής είναι αβάσιμοι και άρα απορριπτέοι. Ως προδιελήφθη, οι ισχυρισμοί, περί πλήθους προσωπικού, διαχείρισης και συνεργασίας αυτού και οργάνωσης, συνδέονται με την στελέχωση και την εμπειρία του επιστημονικοτεχνικού προσωπικού, η οποία αποτελεί αντικείμενο του άρθρου 22.Δ(1) της διακήρυξης, την οποία διαθέτει, καλύπτει και εν τέλει δεν προσέβαλε η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή. Συναφώς, οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας Αρχής προβάλλονται αλυσιτελώς. Επιπλέον, το πλήθος των εργοταξίων, των μετώπων εργασίας, των τεχνικών υπαλλήλων και της ανάπτυξης των εργασιών, δεν καθορίζεται από το μήκος του έργου, αλλά από πληθώρα παραγόντων, ασύνδετων με το μήκος του έργου. Ειδικότερα, τα μέτωπα και η διάρθρωση του εργοταξίου καθορίζεται από την γεωλογική ανάπτυξη του έργου, από τις απαλλοτριώσεις και από τα συνεχή ή μη συνεχή μέτωπα εργασίας. Με άλλα λόγια, σ' ένα έργο 10 χιλιομέτρων με ορεινούς όγκους, μη απαλλοτριωμένες περιοχές, που εκτείνεται σε περισσότερες χωρικές-διοικητικές ενότητες, εντοπίζεται συχνά η πληθώρα των μετώπων, η πληθώρα των εργοταξίων και το πλήθος των τεχνικών υπαλλήλων κα μάλιστα σε βαθμό πολύ μεγαλύτερο από ένα έργο 50 χιλιομέτρων διερχόμενο από πεδινές και απαλλοτριωμένες περιοχές. Συναφώς, το μήκος του έργου είναι ασύνδετο και δεν τελεί σε αιτιώδη συνάφεια με τις «δυσχέρειες», που επικαλείται η αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της. Στην περίπτωση μάλιστα της προσφεύγουσας, τα έργα, που έχει αναφέρει και επικαλείται στην

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

προδικαστική προσφυγή, είναι: «(α) το έργο με τίτλο «...» συνολικού μήκους 9,08 Km, που περιλαμβάνει και γέφυρα μήκους 444,80m και υλοποιήθηκε από την Κοινοπραξία «...», (β) το έργο με τίτλο «...» έργο συνολικού μήκους 7,82Km, που περιλαμβάνει και γέφυρα μήκους 257km. που υλοποιήθηκε από την Κοινοπραξία «...», κατασκευάστηκαν με ταυτόχρονη εργασία σε τρία μέτωπα εξαιτίας των μη απαλλοτριωμένων περιοχών που παρεμβάλλονταν και της αποσπασματικής απελευθέρωσης των χώρων, απαίτησαν διαφορετικά εργοτάξια και περισσότερους από τρεις εργοταξίαρχες ταυτόχρονα και ανάλογη στελέχωση κάτωθεν αυτών, ένεκα του ορεινού ανάγλυφου της ... και του γεωγραφικού διαχωρισμού του έργου σε απαλλοτριωμένες, επιταγμένες και μη εισέτι απαλλοτριωμένες περιοχές», ήτοι, τα έργα αυτά παρουσίασαν όλες τις δυσχέρειες, οι οποίες, κατά την αναθέτουσα Αρχή, μόνο σε έργο 46 χιλιομέτρων και άνω μπορούν να παρουσιασθούν. Συναφώς δε, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας Αρχής, προς απόκρουση της προδικαστικής προσφυγής, παρίστανται ως αβάσιμοι. Ισχυρίζεται η αναθέτουσα Αρχή, στην σελίδα 17 των απόψεών της, ότι: «Ειδικότερα η απαίτηση κατασκευής οδικού έργου συγκεκριμένων χαρακτηριστικών, μήκους 25 και πλέον χιλιομέτρων απαιτεί εμπειρία από την κατασκευάστρια εταιρεία που αφορά όχι μόνο στο τεχνικό κομμάτι του έργου, αλλά και στο οργανωτικό και διοικητικό αυτού καθώς σύνθετες ενέργειες υλοποιούνται παράλληλα, σε γεωγραφικά απομακρυσμένες περιοχές και ως εκ τούτου η δυσκολία υλοποίησης είναι αυξημένη. Στην περίπτωση του προσφεύγοντα καμία από τις εταιρείες δεν διαθέτει την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ώστε να είναι σε θέση να συντονίσει και να διοικήσει τις απαιτούμενες εργασίες κατασκευής του έργου. Η άθροιση των επιμέρους μικρότερων εμπειριών από την απαιτούμενη, προς πλήρωση της απαίτησης της διακήρυξης θα έθετε σε κίνδυνο την ορθή και εντός χρονικού προγραμματισμού υλοποίηση του έργου. Στην περίπτωση μάλιστα που ικανοποιηθεί η απαίτηση της προσφεύγουσας, υπάρχει πιθανότητα για το υπόψη έργο να υποβάλουν προσφορά ενώσεις αποτελούμενες από μεγάλο αριθμό εταιρειών που κατέχουν μικρότερης τάξεως εργοληπτικό πτυχίο ΜΕΕΠ (από αυτό που αιτιολογεί ο προϋπολογισμός του έργου), αθροίζοντας την επιμέρους μικρή εμπειρία τους.». Ο ισχυρισμός αυτός, εν πρώτοις, ουδαμώς αιτιολογεί τον πρόσθετο όρο περί εμπειρίας από κατασκευή ενός έργου 25 χιλιομέτρων. Αντίθετα, τα

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

οργανωτικό, στελεχιακό και εκτελεστικό μέρη της κατασκευής συνέχονται με τον όρο του άρθρου 22.Δ.(1) της διακήρυξης, ήτοι με την στελέχωση του αναδόχου σχήματος από πλήθος έμπειρου προσωπικού, το οποίο ασκεί τα οργανωτικής και διοικητικής φύσης καθήκοντά του. Ως εκ τούτου, δεν αιτιολογείται, κατά τρόπο προσήκοντα, για ποιον λόγο το στελεχιακό δυναμικό του άρθρου 22.Δ(1) της διακήρυξης δεν δύναται να «αντεπεξέλθει», αν έχει υλοποιήσει δύο έργα 10 χιλιομέτρων έκαστο, αντί ενός έργου 25 χιλιομέτρων. Άλλωστε, οι συμβάσεις, οι οποίες υλοποιήθηκαν στην ... από τις εταιρείες-μέλη της προσφεύγουσας, αποτελούν δύο συναφή έργα του ... , τα οποία υλοποιήθηκαν παράλληλα και ταυτόχρονα. Όπως έχει ήδη αναφερθεί, οι εταιρείες-μέλη της προσφεύγουσας, κατ' αποδοχή σχετικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας και σε κάθε περίπτωση μη αντικρουόμενου από την αναθέτουσα Αρχή, καλύπτουν όλο το κομμάτι της στελέχωσης με επιστημονικοτεχνικό προσωπικό, που περιγράφεται στο άρθρο 22.Δ.(1) της διακήρυξης, και για τον λόγο αυτόν η προσφεύγουσα δεν έχει προσβάλει τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης. Συναφώς, η αναφορά της αναθέτουσας Αρχής στην οργανωτική και διοικητική δομή και στο πλήθος του τεχνικού, διοικητικού και υπαλληλικού προσωπικού τυγχάνει αλυσιτελής. Τούτο, προεχόντως, διότι τα μέλη της προσφεύγουσας διαθέτουν αθροιστικά πολύ περισσότερο διοικητικό, τεχνικό και υπαλληλικό προσωπικό από αυτό, που έχει (κατ' ελάχιστο όριο) μία εταιρεία ... τάξης και απαιτείται από το άρθρο 22.Δ (1) της διακήρυξης που αφορά στην στελέχωση. Επιπλέον, από τα έργα αυτοκινητοδρόμων, που υλοποίησαν τα μέλη της προσφεύγουσας, ταυτόχρονα και σε στενή συνέχεια μεταξύ τους, αποδεικνύεται, ότι τα οργανωτικά ζητήματα, που επικαλείται η αναθέτουσα Αρχή, δεν αποτελούν χαρακτηριστικό γνώρισμα που απαντάται σε έργα αυτοκινητοδρόμων μήκους ανώτερου των 25 χιλιομέτρων.

13. Επειδή, εν συνεχεία, αλυσιτελής παρίσταται ο ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής, ότι, αν ικανοποιηθεί η «απαίτηση» της προσφεύγουσας, υπάρχει πιθανότητα να υποβάλουν προσφορές μεγάλος αριθμός επιχειρήσεων μικρότερης τάξης. Ωσαύτως, ο εν θέματι ισχυρισμός αντίκειται και στον “Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις” και στο σημείο 1.2 αυτού, με τίτλο “Αξιοποίηση της δυνατότητας σχηματισμού κοινοπραξιών από τους

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

οικονομικούς φορείς και χρησιμοποίησης της συνδυασμένης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής τους ικανότητας”, όπου αναφέρεται, ότι «οι οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις επιτρέπουν σε έναν οικονομικό φορέα να στηρίζεται σε οικονομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες καθώς και σε τεχνικές ικανότητες άλλων εταιρειών, ανεξάρτητα από τη νομική φύση των δεσμών που έχει μαζί τους, προκειμένου να αποδείξει ότι διαθέτει το επίπεδο δυνατοτήτων ή ικανοτήτων που απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή». Σημειώνεται ότι σκοπός του Ευρωπαϊκού Κώδικα Βέλτιστων Πρακτικών είναι η παροχή κατευθυντηρίων γραμμών στα κράτη μέλη και στις αναθέτουσες Αρχές, σχετικά με τον τρόπο που μπορούν να εφαρμόσουν το νομικό πλαίσιο της ... έτσι ώστε να διευκολύνεται η πρόσβαση των Μικρο-Μεσαίων Επιχειρήσεων σε διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων και η ανάδειξη εθνικών κανόνων και πρακτικών που διευκολύνουν την πρόσβαση των ΜΜΕ σε δημόσιες συμβάσεις. Στην περίπτωση κοινοπραξιών οικονομικών φορέων, ορίζεται πλέον σαφώς στις οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις, ότι η κοινοπραξία μπορεί να στηρίζεται στις δυνατότητες όλων των μετεχόντων στην κοινοπραξία. Επιπλέον, η κοινοπραξία μπορεί επίσης να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, που δεν ανήκουν στην κοινοπραξία. Οι αναθέτουσες Αρχές υποχρεούνται από το κοινοτικό δίκαιο ν’ αποδέχονται αυτές τις μορφές συνεργασίας μεταξύ ΜΜΕ. Για την διευκόλυνση του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, συνιστάται στις αναθέτουσες Αρχές να δίδουν ιδιαίτερη προσοχή στην προκήρυξη της σύμβασης για την συγκεκριμένη δυνατότητα. Σημειωτέον, ότι στο πεδίο 4 του προαναφερθέντος Κώδικα και δη στο 4.1, με τίτλο “Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής” διευκρινίζεται ότι οι «οδηγίες της ... για τις δημόσιες συμβάσεις επαναδιακηρύσσουν ρητά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικών και οικονομικών δυνατοτήτων και τεχνικών ικανοτήτων πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Η διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής είναι καθοριστικής σημασίας για τις ΜΜΕ, καθώς οι αναθέτουσες αρχές που θεσπίζουν υπερβολικά υψηλά επίπεδα δυνατοτήτων και ικανοτήτων αποκλείουν εκ των πραγμάτων τη συμμετοχή μεγάλου ποσοστού ΜΜΕ». Τ’ ανωτέρω αντιστρατεύεται η αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της, όπου προβάλλει ως λόγο, για τον οποίο

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

εισήγαγε την πρόβλεψη του άρθρου 22.Δ(2) της διακήρυξης για τον αποκλεισμό των εταιρειών ... Τάξης, - προβάλλει, αορίστως και ατεκμηρίωτα, την «δυσχέρεια του δημοπρατούμενου έργου».

14. Επειδή, περαιτέρω, με την απόφαση υπ' αριθ. 568/2023 της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., μη προσβληθείσα δικαστικώς, στα πλαίσια της προηγούμενης διακήρυξης, που είχε εκδώσει η ίδια αναθέτουσα Αρχή για το ίδιο έργο, εκρίθη κατά τρόπο απολύτως δεσμευτικό, ότι: *«Μάλιστα, το κριτήριο του άρθρου 22.Δ. της διακήρυξης, όπως τίθεται για την περίπτωση της ένωσης κείται εκτός των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας Αρχής, διότι τα μέλη της προσφεύγουσας ειδικώς έχουν την εμπειρία να εκτελέσουν το δημοπρατούμενο αντικείμενο, έχοντας υλοποιήσει αυτοκινητοδρόμους (λιγότερων των 25 χιλιομέτρων ανά έργο), σήραγγες και γέφυρες, αλλά δεν πληρούν τα ειδικά στοιχεία ενός έργου, με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά, όπως σχετικώς απαιτείται.»*. Επιπλέον, κρίθηκε με την ίδια απόφαση, υπ' αρ. 568/2023, της ΕΑΔΗΣΥ, προς την οποία όφειλε να συμμορφωθεί η αναθέτουσα Αρχή, ότι [βλ. τελευταίο χωρίο της σκέψης 10 της 568/2023, ως προς την σώρευση ικανοτήτων]: *«Τούτο, διότι η άθροιση των δυνατοτήτων - ικανοτήτων και της εμπειρίας, στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων, πρέπει όχι μόνο να τελεί σε αναλογία με το αντικείμενο της σύμβασης και να προάγει την ευρύτητα του ανταγωνισμού, αλλά και να προωθεί την διάχυση της εμπειρίας εκτός ενός στενού «κύκλου» εργοληπτών καθώς και την κτήση εμπειρίας από περισσότερους ενέργεια που δέον είναι να συνάδει με τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. απόφαση 419/2023, Εκτελεστικό Συμβούλιο)»*. Ειδικότερα, κρίθηκε, με την προαναφερθείσα απόφαση, ότι δεν πρέπει να τίθενται εμπόδια στην σώρευση της ελάχιστονης εμπειρίας των μελών της προσφεύγουσας. Εν προκειμένω, με το άρθρο 22.Δ της προσβαλλόμενης διακήρυξης, όπως αναμορφώθηκε μετά την έκδοση της ανωτέρω απόφασης, 568/2023, εξακολουθούν να υφίστανται προσκόμματα στην σώρευση - άθροιση της εμπειρίας των μελών της προσφεύγουσας. Τούτο, διότι απαιτείται, προκειμένου να κρίνεται ως παραδεκτή η επίκληση της τεχνικής εμπειρίας σε έργο αυτοκινητοδρόμου/οδικό/σιδηροδρομικό, αυτή να προέρχεται μονοδιάστατα από έργο αυτοκινητοδρόμου οδικό/σιδηροδρομικό, που ο διαγωνιζόμενος έχει κατασκευάσει (αυτοτελώς ή ως μέλος Κοινοπραξίας), μόνον εάν αυτό είναι

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

τουλάχιστον 25 χιλιομέτρων. Ομοίως, για να είναι παραδεκτή η επίκληση της τεχνικής ικανότητας κατασκευής γέφυρας, μήκους τουλάχιστον 100 μέτρων, αυτή θα πρέπει να έχει κατασκευασθεί στα πλαίσια έργου αυτοκινητοδρόμου/οδικού/σιδηροδρομικού μόνον αν αυτό είναι τουλάχιστον 25 χιλιομέτρων, άλλως δεν λαμβάνεται υπ' όψη. Έτσι, δεν δύναται να αθροισθεί η ελάχιστων εμπειρία των μελών της προσφεύγουσας από αυτοκινητοδρόμους, καθ' όσον προέρχεται από περισσότερους αυτοκινητοδρόμους, μήκους εννέα (9) και οκτώ (8) χιλιομέτρων, μολονότι όλα τα μέλη της αθροίζουν εμπειρία σε αυτοκινητοδρόμους μήκους πενήντα ενός χιλιομέτρων. Ομοίως, δεν δύναται να γίνει επίκληση της εμπειρίας της προσφεύγουσας σε γέφυρες μήκους 444 μέτρων ούτε και 257 μέτρων (δηλαδή μήκους τριπλάσιου και υπερδιπλάσιου της απαιτούμενης εμπειρίας σε γέφυρα), επειδή αυτές οι γέφυρες έχουν εκτελεσθεί στα πλαίσια έργων αυτοκινητοδρόμων, μήκους μικρότερου των 25 χιλιομέτρων. Εν όψει τούτων, κρίνεται, ότι, κατ' αυτόν τον τρόπο, η αναθέτουσα Αρχή δεν συμμορφώθηκε προς το σύνολο της κρίσης της υπ' αρ. 568/2023 απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ως όφειλε. Με άλλα λόγια, η αναθέτουσα Αρχή αναμόρφωσε τους όρους με τρόπο, κατά τον οποίο παρεμποδίζεται εκ νέου η συμμετοχή της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό και η επίκληση της σωρευμένης ελάσσονος εμπειρίας των μελών της. Ειδικότερα, στην υπ' αρ. Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 568/2023 απόφαση, διαλαμβάνεται, μεταξύ άλλων, για την δημοπράτηση του υπ' όψη αντικειμένου: *«Συνελόντι ειπείν, τα μέλη της προσφεύγουσας, ως αυτή προβάλλει, διαθέτουν την τεχνική - επαγγελματική ικανότητα, που ζητείται από το άρθρο 22.Δ.2.(i) της διακήρυξης, έχοντας κατασκευάσει αυτοκινητοδρόμους, οδούς, σήραγγες και γέφυρες, ωστόσο από τον δυσανάλογο τρόπο, με τον οποίο τίθεται η απαίτηση (ήτοι, τουλάχιστον ένα μέλος της ένωσης να έχει κατασκευάσει στο ίδιο έργο αυτοκινητόδρομο ή οδό με 6,50μ. ανά κατεύθυνση, 25 χιλιομέτρων τουλάχιστον και γέφυρα 100 μέτρων τουλάχιστον), δυσχεραίνονται, άλλως εμποδίζονται, να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, ήτοι κατά τρόπο απρόσφορο, καθώς, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, μία εταιρεία που έχει εκτελέσει, ξεχωριστά, ένα αυτοκινητόδρομο ή μία οδό με τα ζητούμενα χαρακτηριστικά σε ένα έργο και μία σήραγγα σε έτερο (2°) έργο, έχει ομοίως την εμπειρία να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό. Μάλιστα, το κριτήριο του άρθρου 22.Δ. της διακήρυξης,*

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

όπως τίθεται για την περίπτωση της ένωσης, κείται εκτός των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας Αρχής, διότι τα μέλη της προσφεύγουσας ειδικώς έχουν την εμπειρία να εκτελέσουν το δημοπρατούμενο αντικείμενο, έχοντας υλοποιήσει αυτοκινητοδρόμους (λιγότερων των 25 χιλιομέτρων ανά έργο), σήραγγες και γέφυρες, αλλά δεν πληρούν τα ειδικά στοιχεία ενός έργου, με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά, όπως σχετικώς απαιτείται». Επιπροσθέτως, στην σκέψη 11 της ως άνω απόφασης, 568/2023, για το υπ' όψη δημοπρατούμενο αντικείμενο κρίθηκε, ότι: 1. «11. [...] Με τις ως άνω διατάξεις, η προσβαλλόμενη διακήρυξη, απαγορεύει, σε περίπτωση ένωσης, την άθροιση της εμπειρίας μεταξύ πλειόνων οικονομικών φορέων της ένωσης, κατά τρόπο πλήρως αντιφάσκοντα με την πρόβλεψη του άρθρου 22.ΣΤ, κατά το σκέλος που ακολουθεί τα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων, σύμφωνα με το οποίο η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των μελών της. Εξ άλλου, το άρθρο 78 (Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων) του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με την πάγια πρόβλεψη του άρθρου 22.ΣΤ, όπως έχει τεθεί στα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων, περί στήριξης στις ικανότητες των μελών της ένωσης, επιτρέπει την άθροιση των ικανοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων-μελών ένωσης και αποσκοπεί στην παροχή δυνατότητας συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς, μέσω συμμετοχικών σχημάτων πάσης φύσεως, και στη διασφάλιση, συνακόλουθα, ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες, προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών Αρχών. Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη διακήρυξη με τον μη νόμιμο περιορισμό της, όπως τέθηκε στα άρθρα 22.Γ, 22.2.Δ. (i) και 22.2.Δ. (ii), απαγορεύει, χωρίς αιτιολογία, την συνένωση εμπειρίας και πόρων των μελών ένωσης, ώστε, στηριζόμενα αθροιστικά το ένα στην εμπειρία του άλλου και συνενώνοντας αυτήν στο κοινό σχήμα, να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό». Τέλος κρίθηκε δε (σκέψη 12 της ως άνω 568/2023 απόφασης), ότι: «Συναφώς, είναι κατ' αρχήν επιτρεπτό και το άθροισμα των επιμέρους δυνατοτήτων του ίδιου του οικονομικού φορέα με την προηγούμενη εμπειρία υποστηρικτικών προς αυτόν επιχειρήσεων, όπως αποκτήθηκε από την εκτέλεση περισσότερων επιμέρους σχετικών συμβάσεων, ακόμα και διαφορετικών αντικειμένων, προκειμένου ν' αποδειχθεί η ζητούμενη

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

τεχνογνωσία του διαγωνιζόμενου, για την εκτέλεση μιας και της αυτής σύμβασης, η οποία όμως συνδυάζει διακριτά μεταξύ τους αντικείμενα. Και στην τελευταία αυτή περίπτωση, οι όποιοι περιορισμοί, προκειμένου να δικαιολογούνται επαρκώς, θα πρέπει να συνδέονται με την φύση και το αντικείμενο της σύμβασης. Αντίστοιχα, είναι δεδομένη η δυνατότητα σωρευτικής επίκλησης της ικανότητας περισσότερων τρίτων οντοτήτων, είτε ομού με τις ήδη κερτημένες ικανότητες του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα (μερική στήριξη) είτε με εξ ολοκλήρου στήριξη του τελευταίου στους πόρους αλλότριων φορέων (αποκλειστική στήριξη) για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής στάθμης, που θέτει η αναθέτουσα Αρχή, αλλά και η άμεση ή έμμεση στήριξη στις ικανότητες, περισσότερων του ενός, τρίτων φορέων.» Εν προκειμένω, η αναθέτουσα Αρχή, με τους όρους, που έχει θέσει στο άρθρο 22.Δ της διακήρυξης, έχει περιγράψει περιοριστικώς ειδικά στοιχεία, που πρέπει να πληρούν τα έργα, τα οποία απαιτείται να επικαλεσθούν οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς, για ν' αποδείξουν την εμπειρία τους σε αυτοκινητοδρόμους και γέφυρες. Παρά τις κρίσεις της προδιαληφθείσας απόφασης, υπ' αριθμ. 568/2023 της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ, η αναθέτουσα Αρχή, υπερβαίνοντας τα ακραία όρια της διακριτικής της ευχέρειας, κατά τρόπο μη προσήκοντα και άρα ακυρωτέο, απαιτεί, για να προσμετρηθεί η εμπειρία σε αυτοκινητοδρόμους, αυτή να προέρχεται από αυτοκινητόδρομο/οδικό έργο/σιδηροδρομικό έργο, μήκους τουλάχιστον 25 χιλιομέτρων. Με αυτόν τον τρόπο, η αναθέτουσα Αρχή όχι μόνον απαιτεί δυσανάλογη εμπειρία, αλλ' απαγορεύει και την επίκληση εμπειρίας από κατασκευή μικρότερων τμημάτων αυτοκινητοδρόμων, την οποία θα μπορούσαν αθροιστικά να επικαλεσθούν τα μέλη της προσφεύγουσας από διαφορετικές συμβάσεις, προκειμένου να καλύψουν την απαίτηση της διακήρυξης, να προαχθεί ο ανταγωνισμός και να διαχυθεί η εμπειρία, όπως ήδη εκρίθη με την απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. επί της ακυρωθείσας διακήρυξης για το επίμαχο έργο. Κατ' αυτόν τον τρόπο, οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης εμποδίζουν την άθροιση της ελάχιστονης εμπειρίας των μελών της προσφεύγουσας. Συνεκδοχικώς, το αυτό ισχύει και για την περίπτωση της απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας σε γέφυρα μήκους τουλάχιστον 100 μέτρων. Για το παραδεκτό αυτής της εμπειρίας σε γέφυρα, η αναθέτουσα Αρχή την «συνδυάζει» με την κατασκευή της σε έργο αυτοκινητοδρόμου. Ήτοι, οικονομικός φορέας, που έχει κατασκευάσει γέφυρα

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

1 χιλιόμετρο, δεν θα μπορούσε να προσμετρηθεί στην παραδεκτώως επικαλούμενη εμπειρία, επειδή δεν υλοποιήθηκε στα πλαίσια αυτοκινητοδρόμου. Όμως, ως εκρίθη, η ρύθμιση του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με την πάγια πρόβλεψη του άρθρου 22.ΣΤ, όπως έχει τεθεί στα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων, περί στήριξης στις ικανότητες των μελών της ένωσης, επιτρέπει την άθροιση των ικανοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων-μελών ένωσης και αποσκοπεί στην παροχή δυνατότητας συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς, μέσω συμπράξεων πάσης φύσεως (ενώσεων, δάνειας εμπειρίας), και στην διασφάλιση, συνακολούθως, ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες, προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών Αρχών.

15. Επειδή, τέλος, εν όψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μιας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει ν' ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C448/2001, ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95), ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς, που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξ αιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η εν θέματι Διακήρυξη πρέπει ν' ακυρωθεί στο σύνολό της.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής να γίνει δεκτό, γενομένων δεκτών και των τριών λόγων της προσφυγής, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφούν τα παράβολα της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει, εν συνόλω, την προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Αριθμός Απόφασης:1128/2023

Ορίζει την επιστροφή των τριών παραβόλων στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 07/07/2023 και εκδόθηκε στις 27/07/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

Η Γραμματέας

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ