

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 4 Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 27-7-2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1146/28.7.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... , οδός ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... , (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στην ... , οδός ... αριθ. ... , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί στο σύνολό της η με αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με τίτλο «... (...)», καθώς και το υπ' αριθ. πρωτ. ... έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα με την προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 15.000,00€ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 3.609.000,00€, χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).
2. Ο ..., ως αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της με αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξης, προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων για την ανάθεση

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

του ...υ με τίτλο «... (...)», συνολικού προϋπολογισμού 3.609.000,00€ (πλέον Φ.Π.Α. 24%). Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Σύμφωνα με τον όρο 11.3 της Διακήρυξης το αντικείμενο του ...υ, κατά τα ουσιαστικά χαρακτηριστικά του, περιλαμβάνει την ... Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 10-7-2023 και έλαβε ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ... Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 28-7-2023 και ως ημερομηνία αποσφράγισης αυτών η 3-8-2023. Με την υπ' αριθ. Α765/2023 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου έγινε δεκτό το ενσωματωμένο στην προσφυγή αίτημα προσωρινών μέτρων και διατάχθηκε η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, και συγκεκριμένα η αναστολή της αποσφράγισης των προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής. Σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση προσωρινών μέτρων, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αριθ. ... απόφασή της όρισε νέα ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 5-10-2023. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και τον αναρτημένο στα συνημμένα της αρχικής σελίδας «Κατάλογο Συμμετεχόντων», η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως προσφορά, όπως επίσης και άλλοι δύο οικονομικοί φορείς. Αυτό, μάλιστα, επιβεβαιώνεται και από την ίδια την προσφεύγουσα, η οποία ρητώς αναφέρει στο υποβληθέν Υπόμνημά της ότι υπέβαλε προσφορά με ρητή επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των πληττόμενων με την προσφυγή όρων.

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (...), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εν γένει παραδεκτά, με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και εμπρόθεσμα, στις 27-7-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης στο άρθρο 365 παρ. 1 (γ) του ν.

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

4412/2016 δεκαήμερης προθεσμίας από την γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα κατά ρητή δήλωσή της (βλ. σελ. 6, παρ. 5 της προσφυγής) έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις 17-7-2023, δηλαδή σε χρόνο προγενέστερο από την τεκμαιρόμενη γνώση αυτής, η οποία ορίζεται στο νόμο (άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016) μετά την πάροδο 15νθημέρου από την ανάρτηση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (10-7-2023). Ομοίως, η προσφεύγουσα παραδεκτά και εμπρόθεσμα βάλλει κατά του με αριθ. ... εγγράφου διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στις 24-7-2023 και αναρτήθηκε κατά την ίδια ημερομηνία στα συνημμένα της αρχικής σελίδας του διαγωνισμού. Τέλος, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι η ίδια δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο του ..., είναι εγγεγραμμένη στην ... τάξη του ... (...) και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον δημοπρατούμενο διαγωνισμό, εντούτοις η συμμετοχή της εμποδίζεται, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς λόγω των παράνομων όρων της Διακήρυξης κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα με την προσφυγή της.

Περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΣτΕ 2361/2020, ΣτΕ ΕΑ 117-8/2021, 107/2021, 240/2020 56/2020, 352/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 146-148/2016 Ολ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.). Δεν αρκεί, δηλαδή, η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων που διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣΤΕ . 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της Διακήρυξης, απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητα της όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (ΣΤΕ ΕΑ 240/2020, 325/2018, 86/2018, 12-15/2018 Ολ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολ., κ.ά.). Συνεπώς, όσον αφορά το «ειδικό» έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας να προβάλλει έκαστο λόγο της προσφυγής, αυτό εξετάζεται κατωτέρω κατά την εξέταση των επιμέρους λόγων αυτής (ΣΤΕ ΕΑ 170/2021, 240/2020).

6. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 28-7-2023 σε κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017.

7. Με την υπ' αριθ. 1379/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε τις απόψεις της στην ΕΑΔΗΣΥ εμπροθέσμως στις 11-8-2023, δηλαδή εντός της προθεσμίας των δεκαπέντε ημερών από την κατάθεση της προσφυγής κατ' άρθρο 365, παρ. 1, περ. β του ν. 4412/2016, αιτούμενη παράλληλα την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Τις απόψεις αυτές κοινοποίησε αυθημερόν (11-8-

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

2023) στους συμμετέχοντες και επιπλέον τις ανάρτησε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού. Επί των άνω απόψεων και προς αντίκρουσή τους, η προσφεύγουσα υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 16-8-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης στο άνω άρθρο πενθήμερης προθεσμίας από την κοινοποίησή τους, το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό Υπόμνημα. Οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, που εμπεριέχονται στο εν λόγω Υπόμνημά της, ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής είναι απαράδεκτες και δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη διότι δεν υπογράφονται από το κατά νόμο αποφασίζον όργανο, δηλαδή την ... Επιτροπή του ..., αλλά από τον ... και τον ... Σύμβουλο του ..., είναι απορριπτέες ως νόμω αβάσιμες. Τούτο, διότι ούτε στο άρθρο 365 παρ. 1 ν.4412/2016, ούτε σε άλλη διάταξη του νόμου αυτού και της Διακήρυξης ορίζεται, ότι οι απόψεις πρέπει να προέρχονται και να υπογράφονται από το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής (βλ. σχετικά υπό το προγενέστερο καθεστώς του ν. 3886/2010 σε Φ. Αρναούτογλου «Η αίτηση ασφαλιστικών Μέτρων του ν. 3886/2010» ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2η Έκδοση, παρ. 354-357, ομοίως ad hoc ΣτΕ ΕΑ 718/2012).

9. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή, όσον αφορά τις διαδικαστικές προϋποθέσεις της εμπρόθεσμης άσκησης της και της καταβολής του προβλεπόμενου παραβόλου, πρέπει δε να εξεταστούν οι προβαλλόμενοι λόγοι της προσφυγής τόσο σε συσχέτιση με το απαιτούμενο ειδικό έννομο συμφέρον προβολής τους, όσο και - εν συνεχεία - επί της ουσίας.

10. Με τον **πρώτο** λόγο της προσφυγής προβάλλεται ότι δεν τηρήθηκαν οι προβλεπόμενες στο άρθρο 121 του ν. 4412/2016 ελάχιστες προθεσμίες υποβολής των προσφορών. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας η ελάχιστη προθεσμία υποβολής των προσφορών, σύμφωνα με τις προβλέψεις του ανωτέρω άρθρου, ανέρχεται σε 22 ημέρες από την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 10-7-2023 και, άρα, κατά την προσφεύγουσα η καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών, που

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

ορίστηκε στην Διακήρυξη (28-7-2023) είναι μη νόμιμη, καθώς αντιστοιχεί μόλις σε 18 ημέρες. Οι αιτιάσεις αυτές είναι απορριπτέες ως νόμω αβάσιμες. Και τούτο, διότι στο άρθρο 121 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 παρ. 19 του ν. 4605/20219 (με έναρξη ισχύος την 1-4-2019) και εφαρμόζεται στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία εκ του χρόνου δημοσίευσής της (10-7-2023) προβλέπεται ότι «1. Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων τηρούνται οι ακόλουθες προθεσμίες: α) Στην ανοικτή διαδικασία, η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής προσφορών ανέρχεται σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ». Εν προκειμένω, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 10-7-2023 και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 28-7-2023, η προθεσμία παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε 18 ημέρες, δηλαδή είναι κατά τρεις ημέρες μεγαλύτερη της ελάχιστης προβλεπόμενης στο νόμο προθεσμίας των 15 ημερών. Κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω αβάσιμος κατ' αποδοχή των αιτιάσεων της αναθέτουσας αρχής.

11. Με τον **δεύτερο** λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι το άρθρο 22.Δ της Διακήρυξης για τη ζητούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και το Παράρτημα Α' αυτής στο οποίο παραπέμπει το άνω άρθρο είναι πολλαπλώς παράνομα και οι απαιτήσεις, που τίθενται, είναι δυσανάλογες και εμποδίζουν τη συμμετοχή της.

Ειδικότερα, με το **πρώτο σκέλος** του δεύτερου λόγου η προσφεύγουσα υποστηρίζει **α)** ότι μη νομίμως έχει τεθεί, ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής, η απαίτηση υποβολής χρονοδιαγράμματος των εργασιών, και **β)** ότι ο όρος 23.1 της Διακήρυξης αντιφάσκει με τον όρο 23.6 αυτής, διότι ο μεν πρώτος ζητεί τα ίδια στοιχεία ως στοιχείο της προκαταρκτικής απόδειξης με το ΕΕΕΣ, ο δε δεύτερος ζητεί πάλι τα ίδια στοιχεία ως αντικείμενο της προσφοράς. Κατά την προσφεύγουσα, οι προαναφερθείσες διατάξεις της προκαλούν ασάφεια και σύγχυση ως προς τον τρόπο υποβολής της προσφοράς της. Επί των αιτιάσεων αυτών, λεκτέα τα εξής:

Στο άρθρο 23.1 της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «23.1. Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας». Συνεπώς, στο άρθρο αυτό προβλέπεται ότι η προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται με το σύστημα της προαπόδειξης, σύμφωνα με το οποίο οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς υποβάλλουν ως δικαιολογητικό συμμετοχής μόνο το ΕΕΕΣ, προκειμένου να προαποδείξουν ότι πληρούν τα τιθέμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, καθώς και ότι δεν τελούν σε κατάσταση που έχει προβλεφθεί από την Διακήρυξη ως λόγος αποκλεισμού.

Ακολούθως, στον όρο 23.6 της Διακήρυξης ορίζεται ότι «23.6 Δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ. Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται:

(α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.ΕΠ ή στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε: • είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 65 του π.δ. 71/2019, και από την πλήρη έναρξη ισχύος του τελευταίου, βεβαίωση εγγραφής στο Τμήμα ΙΙ του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων ... (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), • είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ δεν καλύπτονται από την ως άνω βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016, ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 22.Δ απαίτηση. Σε κάθε περίπτωση, η βεβαίωση εγγραφής μπορεί να υποβάλλεται για την απόδειξη μόνο ορισμένων απαιτήσεων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ, ενώ για την απόδειξη των λοιπών απαιτήσεων μπορούν να προσκομίζονται ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του ν. 4412/2016. Ειδικά για τους εγγεγραμμένους στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, οι απαιτήσεις του

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

άρθρου 22.Δ αποδεικνύονται με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. (β) (γ)[...] Οικονομικοί φορείς που αποδεικνύουν ότι εκπληρώνουν τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22.Γ και 22.Δ, της παρούσας, συμμετέχουν στην παρούσα διαδικασία ανάθεσης, ανεξαρτήτως της εγγραφής και της κατάταξής τους σε συγκεκριμένες τάξεις των οικείων μητρώων. ΘΑ ΠΡΟΣΚΟΜΙΣΤΟΥΝ ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΟΛΑ ΤΑ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΠΟΥ ΑΝΑΦΕΡΟΝΤΑΙ ΣΤΟ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α΄».

Τέλος, στο **Παράρτημα Α΄** της Διακήρυξης τίθεται Πίνακας με τον ζητούμενο εξοπλισμό και το προσωπικό, που πρέπει να διαθέτουν οι συμμετέχοντες κατά την υποβολή της προσφοράς τους, και αναφέρεται εκ προοιμίου ότι «Οι οικονομικοί φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, πρέπει να διαθέτουν τα παρακάτω αποδεικτικά στοιχεία και να τα υποβάλλουν με την προσφορά τους:.....». Μεταξύ των ζητούμενων στοιχείων του Παραρτήματος Α' συμπεριλαμβάνεται (υπό α/α 12) η υποβολή χρονοδιαγράμματος. Ειδικότερα, προβλέπεται ότι πρέπει να υποβληθεί: «Χρονοδιάγραμμα : -να ανταποκρίνεται στις προθεσμίες της διακήρυξης -να διέπεται από τις διατάξεις του άρθρου 145 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 64 του Ν. 4782/2021 με ισχύ την 01/09/2021, σύμφωνα με την §1 άρθρο 142 του Ν. 4412/2016, Ν. 4782/2021 και να συνταχθεί, λόγω προϋπολογισμού του ... με την μέθοδο της δικτυωτής ανάλυσης, όπου θα εμφανίζονται ο συσχετισμός και η αλληλουχία πραγματοποίησης του συνολικού αριθμού των δραστηριοτήτων της διακήρυξης και η κρίσιμη διαδρομή. Το διάγραμμα ... του ... είναι διάγραμμα δραστηριότητας επί του κόμβου ... -Ο υπολογισμός της χρονικής διάρκειας του ... γίνεται με την χρήση μεθόδων ... »

Από τις άνω διατάξεις της Διακήρυξης συνάγεται ότι οι συμμετέχοντες **α)** πρέπει να δηλώσουν στο ΕΕΕΣ, που θα υποβάλλουν, την πλήρωση της ζητούμενης στο άρθρο 22.Δ και στο Παράρτημα Α΄ τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, και **β)** πρέπει να υποβάλλουν με την προσφορά τους τα αποδεικτικά έγγραφα για την διάθεση του εξοπλισμού, του προσωπικού και των λοιπών στοιχείων που ζητούνται στο Παράρτημα Α΄ της Διακήρυξης. Μεταξύ δε των ζητούμενων στοιχείων συγκαταλέγεται και η υποβολή χρονοδιαγράμματος του ... το οποίο πράγματι δεν αποτελεί κατά το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 στοιχείο τεχνικής

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά στοιχείο που συνέχεται με την προσφορά των υποψηφίων. Ωστόσο, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται για ποιο λόγο η συμπερίληψη του χρονοδιαγράμματος στα στοιχεία της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας εμποδίζει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή εκ μέρους της προσφοράς. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής, ως προς το σκέλος του αυτό, είναι απορριπτέος ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος. Περαιτέρω, σε σχέση με την φερόμενη ασάφεια μεταξύ των όρων 23.1. και 23.6 της Διακήρυξης λεκτέα τα εξής: Κατ' αρχάς, οι οικείες αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι απορριπτέες ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενες, καθώς δεν προσδιορίζεται η βλάβη της προσφεύγουσας από την φερόμενη ασάφεια, εξικνούμενη μέχρι σημείου που να καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της. Περαιτέρω, η εν λόγω αιτίαση προβάλλεται αορίστως, καθώς η προσφεύγουσα δεν εντοπίζει την φερόμενη ασάφεια ή αντίφαση μεταξύ των δύο διατάξεων της Διακήρυξης. Πολύ περισσότερο, που στην προκειμένη περίπτωση δεν προκύπτει ασάφεια, διότι στη μεν διάταξη 23.1 προβλέπεται η προαπόδειξη μέσω του ΕΕΕΣ της πλήρωσης των τιθέμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, στη δε διάταξη 23.6 καθορίζονται τα αποδεικτικά έγγραφα, που πρέπει να προσκομιστούν προς απόδειξη πλήρωσης της ζητούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ενώ ειδικώς για τα αποδεικτικά έγγραφα του Παραρτήματος Α' υπάρχει ρητή πρόβλεψη ότι αυτά πρέπει να υποβληθούν με την προσφορά, επί ποινή απαραδέκτου. Άρα, οι οικείες αιτιάσεις της προσφεύγουσας είναι απορριπτέες και ως ουσία αβάσιμες. Σε κάθε περίπτωση, ενόψει της ευχέρειας που παρέχει το άρθρο 2.3 της Διακήρυξης στους διαγωνιζομένους να ζητούν διευκρινίσεις προς άρση τυχόν αμφισβητήσεων ως προς την έννοια των τιθέμενων με αυτήν προδιαγραφών και όρων, δεν αρκεί η επίκληση από την προσφεύγουσα της ασάφειας των ανωτέρω όρων για την ακύρωσή τους (βλ. ΣΤΕ 1259/2019). Κατόπιν των ανωτέρω, οι οικείες αιτιάσεις της προσφεύγουσας, όπως προβάλλονται στο πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου της προσφυγής, είναι απορριπτέες ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενες, αλλά και ως νόμω και ουσία αβάσιμες, σύμφωνα με τα ανωτέρω.

12. Με το **τρίτο σκέλος** του δεύτερου λόγου της προσφυγής (υπό παρ. 2.3, σελ. 30 επ.) καθώς και με τον **τρίτο λόγο** της προσφυγής (υπό παρ. 3.1., σελ.

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

32 επ.) προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη είναι ακυρωτέα λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, διότι κατά παράβαση του άρθρου 76 παρ. 3 του ν. 4412/2016 δεν ελήφθη η προηγούμενη Γνωμοδότηση του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου της ... , ως προς τις πρόσθετες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, που έχουν τεθεί στους όρους 22.Γ, 22.Δ και στο Παράρτημα Α΄ της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το προκείμενο ... λόγω του προϋπολογισμού του και του αντικειμένου του εντάσσεται στην 3^η Τάξη της κατηγορίας των ... του ... και του ... Συνεπώς, οι πρόσθετοι όροι τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για τον ζητούμενο εξοπλισμό και το προσωπικό του Παραρτήματος Α΄, καθώς και οι πρόσθετοι όροι οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του όρου 22.Γ στοιχεία α, β, και γ συνιστούν απαιτήσεις, πέραν των προβλεπόμενων στον ν. 3669/2008 και στο π.δ. 71/2019 ως προς τις προϋποθέσεις για την εγγραφή και κατάταξη σε τάξη των οικείων μητρώων. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 76 του ν. 4412/2016 να ζητήσει την προηγούμενη Γνωμοδότηση του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου της ... Επί των αιτιάσεων αυτών λεκτέα τα εξής: Στο άρθρο 100 του ν. 3669/2008 με τίτλο «Τάξεις και κατηγορίες του Μ.Ε.ΕΠ» προβλέπεται ότι «1. Οι τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ. ορίζονται σε επτά και επιπλέον αυτών ορίζονται και δύο ειδικές τάξεις οι Α1, Α2 για μικρές επιχειρήσεις. Η κατάταξη στο Μ.Ε.ΕΠ. των εργοληπτικών επιχειρήσεων γίνεται σε μία ή περισσότερες από τις εξής βασικές κατηγορίες ...: οδοποιίας, οικοδομικών, ..., ηλεκτρομηχανολογικών, λιμενικών και βιομηχανικών και ενεργειακών. Κάθε επιχείρηση κατατάσσεται σε μία μόνο τάξη για κάθε κατηγορία. Με απόφαση που εκδίδεται από τον Υπουργό Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων ..., μπορεί να επαναπροσδιορίζονται οι κατηγορίες αυτές και το περιεχόμενό τους με σκοπό τη μεγαλύτερη εξειδίκευση των κατηγοριών και να ρυθμίζονται τα μεταβατικά ζητήματα που ανακύπτουν στην περίπτωση αυτή...[...] 6. Στην τρίτη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. κατατάσσεται εργοληπτική επιχείρηση [...] με εφαρμογή του τύπου κατάταξης, αν διαθέτει τις εξής ελάχιστες προϋποθέσεις: α) Περιλαμβάνει στη βασική της στελέχωση έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ. Δ΄ βαθμίδας και έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ. Γ΄ βαθμίδας, τουλάχιστον. β) Διαθέτει **ίδια κεφάλαια**, όπως ορίζονται στην περίπτωση β΄ της παραγράφου 2 του άρθρου 99 του παρόντος, τουλάχιστον ίσα

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

με το πενήντα τοις εκατό (50%) των ιδίων κεφαλαίων της τάξης αυτής, όπως ορίζονται στην περίπτωση δ' της παραγράφου 2 του άρθρου 99 του παρόντος.

γ) Διαθέτει **πάγια στοιχεία**, όπως ορίζονται στην περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 99 του παρόντος, αξίας τουλάχιστον ίσης με το πενήντα τοις εκατό (50%) των παγίων της τάξης αυτής, όπως ορίζονται στην περίπτωση δ' της παραγράφου 2 του άρθρου 99 του παρόντος. δ) Να τηρούνται οι δείκτες βιωσιμότητας, όπως αυτοί ορίζονται στην περίπτωση ε' της παραγράφου 8 του παρόντος άρθρου...». Στο κατά παραπομπή άρθρο 99 παρ. 2 περ. δ του ν. 3669/2008 προβλέπεται ότι «2. δ) Τα μεγέθη που χρησιμοποιούνται ως παρονομαστές στα κλάσματα αϊ, α2, α3 του Τμήματος Α του Τύπου Κατάταξης, για την εγγραφή, κατάταξη και αναθεώρηση ορίζονται ως εξής:... ι. για την τρίτη τάξη ο κύκλος εργασιών ορίζεται σε δύο εκατομμύρια είκοσι πέντε χιλιάδες (2.025.000) ευρώ, τα ίδια κεφάλαια σε επτακόσιες πενήντα χιλιάδες (750.000) ευρώ και τα πάγια σε εκατόν πενήντα χιλιάδες (150.000) ευρώ ... ».

Περαιτέρω, στο άρθρο 49 του π.δ. 71/2019 προβλέπεται ότι «Άρθρο 49. Κατάταξη των εργοληπτικών επιχειρήσεων στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. 1. Η κατάταξη των εργοληπτικών επιχειρήσεων στο Τμήμα ΙΙ ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παρ. 1 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 γίνεται βάσει ελαχίστων κατωφλίων, και των κατωτέρω κριτηρίων τα οποία πρέπει να πληρούνται σωρευτικά. Ειδικότερα, τα κριτήρια κατάταξης των εργοληπτικών επιχειρήσεων στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παρ. 1 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 έχουν ως ακολούθως, εξειδικευόμενα ανά τάξη στα αντίστοιχα άρθρα: Α. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (χρησιμοποιούμενα οικονομικά και χρηματοοικονομικά μεγέθη: κύκλος εργασιών, ίδια κεφάλαια, συνολικά πάγια) Α. Ελάχιστα απαιτούμενα ανά τάξη μεγέθη: Κάθε εργοληπτική επιχείρηση, προκειμένου να καταταγεί σε τάξη του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. για την αιτούμενη κατηγορία, πρέπει να τηρεί τα ελάχιστα απαιτούμενα για την τάξη αυτή μεγέθη (Κύκλο εργασιών, ίδια κεφάλαια, πάγια), όπως αυτά προσδιορίζονται στο άρθρο 51. Β. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (χρησιμοποιούμενα τεχνικά και επαγγελματικά μεγέθη: στελέχωση ανά κατηγορία ..., πάγια

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

αναφερόμενα σε εξοπλισμό, εμπειρία ανά κατηγορία ...) B.1 Ελάχιστα απαιτούμενα ανά τάξη μεγέθη στελέχωσης: Κάθε εργοληπτική επιχείρηση, προκειμένου να καταταγεί σε τάξη του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε., πρέπει να τηρεί τα ελάχιστα απαιτούμενα για την τάξη μεγέθη στελέχωσης κάθε αιτούμενης κατηγορίας, όπως αυτά προσδιορίζονται στο άρθρο 52. B.2 Ελάχιστα απαιτούμενα ανά τάξη μεγέθη παγίων εξοπλισμού: Κάθε εργοληπτική επιχείρηση, προκειμένου να καταταγεί σε τάξη του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε., πρέπει να τηρεί τα ελάχιστα απαιτούμενα για την τάξη μεγέθη παγίων αναφερόμενων σε εξοπλισμό, όπως αυτά προσδιορίζονται στο άρθρο 52. B.3 Ελάχιστη εμπειρία ανά κατηγορία ...: Κάθε εργοληπτική επιχείρηση κατατάσσεται για κάθε συγκεκριμένη κατηγορία ... ή εξειδικευμένη εργασία σε αντίστοιχη τάξη, εφόσον πληροί τις ελάχιστες προϋποθέσεις εμπειρίας σε κάθε αιτούμενη κατηγορία, όπως αυτές οι προϋποθέσεις ορίζονται κατωτέρω στο άρθρο 53». Ακολουθως, στο άρθρο 51 του π.δ. 71/2019 περί των ορίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας προβλέπεται ότι «Άρθρο 51. Ελάχιστα όρια Οικονομικής και χρηματοοικονομική επάρκειας ανά τάξη εγγραφής (κριτήριο Α).....[...] 13. Στην τρίτη τάξη του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. κατατάσσεται εργοληπτική επιχείρηση αν διαθέτει τις εξής ελάχιστες προϋποθέσεις: α) Διαθέτει ίδια κεφάλαια, όπως ορίζονται στην παρ. 6, τουλάχιστον 375.000 ευρώ. β) Διαθέτει πάγια στοιχεία, όπως ορίζονται στις παρ. 7, 8 και 9, αξίας τουλάχιστον 125.000 ευρώ. γ) Ελάχιστο κύκλο εργασιών όπως ορίζεται στις παρ. 2, 3, 4 και 5, τελευταίας τριετίας: 750.000 ευρώ». Στο άρθρο 52 του πδ.71/2019 περί των ορίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ανά τάξη προβλέπεται ότι «Άρθρο 52 Ελάχιστα όρια Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας ανά τάξη εγγραφής (κριτήρια Β.1, Β.2).....[...]4. Στην τρίτη (3η) τάξη του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. κατατάσσεται εργοληπτική επιχείρηση αν διαθέτει τις εξής ελάχιστες προϋποθέσεις: Περιλαμβάνει στη στελέχωση ανά κατηγορία έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ. Δ' βαθμίδας και έναν Β' βαθμίδας της αντίστοιχης κατηγορίας. Εναλλακτικά, μπορεί να αντικατασταθεί ο ένας τεχνικός Μ.Ε.Κ. Δ' βαθμίδας με δύο τεχνικούς Μ.Ε.Κ. Γ' βαθμίδας και ο ένας εκ των δύο τεχνικών Μ.Ε.Κ. Γ' βαθμίδας με δύο τεχνικούς Μ.Ε.Κ. Β' βαθμίδας της αντίστοιχης κατηγορίας».

Από τις προπαρατεθείσες διατάξεις προκύπτει, ότι οι απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ σε συνδυασμό με το Παράρτημα Α' της Διακήρυξης, καθώς και οι απαιτήσεις οικονομικής και

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ της προσβαλλόμενης Διακήρυξης έχουν τεθεί, πέραν των βασικών απαιτήσεων του ν. 3669/2008 και του π.δ.71/2019 για την εγγραφή και κατάταξη σε τάξη των οικείων μητρώων, αντίστοιχου προϋπολογισμού και αντικειμένου με το δημοπρατούμενο. Συνεπώς, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αιτηθεί προηγούμενη Γνωμοδότηση του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου της για την συμπερίληψή τους στη Διακήρυξη. Τούτο ρητώς προβλέπεται στην παρ. 3 του άρθρου 76 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την οποία «3. Για τη συμπερίληψη στα έγγραφα της σύμβασης απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πέραν των προβλεπόμενων στο π.δ. 71/2019 (Α' 112), για την εγγραφή και κατάταξη σε τάξη των οικείων μητρώων, αντίστοιχου προϋπολογισμού και κατηγορίας ..., οι αναθέτουσες αρχές **οφείλουν προηγουμένως να ζητούν γνωμοδότηση του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου της** Το τελευταίο εντός της ταχθείσας από την αναθέτουσα αρχή προθεσμίας, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη των τριάντα (30) ημερών, ελέγχει εάν οι απαιτήσεις που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή να συμπεριληφθούν στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογούνται από τη φύση της σύμβασης, σχετίζονται και είναι ανάλογες προς το αντικείμενό της. Η διαδικασία του προηγούμενου εδάφιου δεν απαιτείται στις περιπτώσεις που η διαγωνιστική διαδικασία διενεργείται βάσει εγκεκριμένου από την ΕΑΑΔΗΣΥ υποδείγματος διακήρυξης, χωρίς τη συμπερίληψη οιοδήποτε αλλού προσθετού όρου. Με απόφαση του ... δίδονται κατευθύνσεις και οδηγίες προς τις αναθέτουσες αρχές και εξειδικεύεται η εφαρμογή των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ανάλογα με το μέγεθος, τη φύση και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του αντικειμένου της σύμβασης, έτσι ώστε να τηρούνται οι αρχές της αναλογικότητας της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής των διακρίσεων. Με σύμφωνη γνώμη του τεχνικού συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής ή του κατά περίπτωση αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου, μπορεί η αναθέτουσα αρχή αιτιολογημένα να αποφασίζει την παρέκκλιση από την ανωτέρω απόφαση. 4. Επιπλέον των επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες σε τάξεις των οικείων μητρώων, οικονομικοί φορείς που αποδεικνύουν ότι εκπληρώνουν τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75, όπως αυτά ορίζονται από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της σύμβασης, μπορούν

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

να συμμετέχουν σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ..., ανεξαρτήτως της εγγραφής και της κατάταξής τους σε συγκεκριμένες τάξεις των μητρώων του π.δ. 71/2019. Οποιαδήποτε αναφορά αντίθετη στο προηγούμενο εδάφιο καταργείται». Οι δε αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής, ότι ο συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος, είναι απορριπτέες. Τούτο, διότι κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, εάν είχαν τεθεί μόνον οι απαιτήσεις του ν. 3669/2008 και του π.δ. 71/2019, αυτή θα τις κάλυπτε με το Πτυχίο που διαθέτει (... τάξης στην κατηγορία ...), ενώ σε κάθε περίπτωση η συμπερίληψη των προσθέτων όρων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας τελεί υπό την αίρεση της έγκρισής τους από το αρμόδιο συμβούλιο της παρ. 3 του άρθρου 76 του ν. 4412/2016. Επιπλέον, αβασίμως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή, ότι δεν υπείχε υποχρέωση να ακολουθήσει την διαδικασία του ανωτέρω άρθρου, δηλαδή την προηγούμενη γνωμοδότηση του συμβουλίου, με την αιτιολογία ότι η προκείμενη Διακήρυξη ακολουθεί το πρότυπο τεύχος διακήρυξης της ΕΑΑΔΗΣΥ. Τούτο, διότι το υπόδειγμα αυτό περιλαμβάνει μόνον τις απαιτήσεις κατάταξης στο ..., ενώ άλλωστε και η ίδια η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί στις απόψεις της ότι οι απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας του Παραρτήματος Α΄ της Διακήρυξης συνιστούν πρόσθετους όρους, που δεν καλύπτονται από τα προβλεπόμενα στον ν. 3669/2008 και στο π.δ.71/2019 στα άρθρα 99 και 100, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν (βλ. σελ. 11 και 12 των απόψεων, όπου επί λέξει αναφέρεται ότι «...Οι ως άνω προκύπτουσες απαιτήσεις είναι οι αναλυτικά καθορισμένες στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α της διακήρυξης και οι οποίες δεν καλύπτονται από τα προβλεπόμενα στο Ν3669/2008 και στο Π.Δ.71/2019 στα άρθρα 99 και 100 όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν για την εγγραφή και κατάταξη σε τάξη των οικείων μητρώων, αντίστοιχου προϋπολογισμού και για την εγγραφή και κατάταξη σε τάξη των οικείων μητρώων», καθώς και «... ο λόγος που δεν αρκεστήκαμε στην ικανότητα του Ν. 3669/2008 και του Π.Δ.71/2019 ως προς την κατηγορία των ..., είναι ακριβώς διότι για τις συγκεκριμένες εργασίες δεν υπάρχουν στο νόμο και στο Π.Δ. ειδικές απαιτήσεις που διασφαλίζουν την προσήκουσα εκτέλεσή τους»). Κατόπιν των ανωτέρω, ο υπόψη λόγος της προσφυγής, για παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθούν, ως προς τις πρόσθετες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

χρηματοοικονομικής επάρκειας, οι όροι 22. Γ, 22.Δ και το Παράρτημα Α΄ της Διακήρυξης, λόγω μη λήψης προηγούμενης Γνωμοδότησης από το αρμόδιο Τεχνικό Συμβούλιο του άρθρου 76 παρ. 3 του ν. 4412/2016.

Κατόπιν αποδοχής του ανωτέρω τυπικού λόγου, παρέλκει η εξέταση των λόγων της προσφυγής, που αφορούν στο παράνομο και στο δυσανάλογο των προσβαλλόμενων όρων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του Παραρτήματος Α΄ της Διακήρυξης, καθώς και στο παράνομο και δυσανάλογο των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ της Διακήρυξης και τούτο, διότι η συμπερίληψή τους στη Διακήρυξη τελεί υπό την αίρεση της προηγούμενης σύμφωνης γνώμης του συμβουλίου της παρ. 3 του άρθρου 76 του ν. 4412/2016.

13. Ασχέτως της αποδοχής του ανωτέρω τυπικού λόγου, που καθιστά ακυρωτέα την προσβαλλόμενη Διακήρυξη, με τον **τέταρτο λόγο** της προσφυγής προβάλλεται ότι οι παρασχεθείσες με αριθ. πρωτ. ... διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμες και ακυρωτέες, διότι τροποποιούν και ουσιαστικά διπλασιάζουν χωρίς νόμιμη αιτία την απαίτηση του άρθρου 22.Γ.β της Διακήρυξης ως προς την ζητούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει ότι με τις διευκρινίσεις αυτές δεν τροποποίησε τους όρους της Διακήρυξης, αλλά μόνον αποσαφήνισε την αξιούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, που είχε εκ παραδρομής παραληφθεί στο άρθρο 22.Γ.β, ενώ ζητείτο στα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης που καλείται να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος στο άρθρο 23.6. Επί των αιτιάσεων αυτών λεκτέα τα εξής:

Στο άρθρο 22. Γ της Διακήρυξης σε σχέση με την αξιούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια προβλέπονται τα εξής: «22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να πληρούν, επί ποινή αποκλεισμού, σωρευτικά τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) Να παρουσιάζουν για κάθε μία εκ των δύο χρήσεων 2020, 2021 και 2022 την χρηματοοικονομική αναλογία του δείκτη καθαρού κέρδους ίση ή μεγαλύτερη του 20%. Ως δείκτης καθαρού κέρδους ορίζεται η αναλογία των καθαρών ετήσιων κερδών προ φόρων στην εκάστοτε χρήση προς τον ετήσιο κύκλο εργασιών της χρήσης αυτής. β) Να διαθέτουν ίδια κεφάλαια (κεφάλαια και αποθεματικά) ύψους τουλάχιστον 800.000 Ευρώ. γ) Να διαθέτουν άθροισμα κύκλου εργασιών

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

των χρήσεων 2020, 2021 και 2022 τουλάχιστον 3.500.000,00 Ευρώ.Τα στοιχεία που αποδεικνύουν τη συνδρομή των ανωτέρω α΄ έως και γ΄ προσκομίζονται υποχρεωτικά, επί ποινή αποκλεισμού, με την προσφορά του οικονομικού φορέα». Ακολούθως, στο άρθρο 23.6 της Διακήρυξης καθορίζονται τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που πρέπει να προσκομίσει ο προσωρινός ανάδοχος προς απόδειξη πλήρωσης της αξιούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Ειδικώς, για την απόδειξη πλήρωσης των απαιτήσεων του όρου 22.Γ (β) ζητείται «.....23.6.....(δ) Επιπλέον των ανωτέρω, για την απόδειξη του άρθρου 22.Γ, απαιτούνται, επί ποινή αποκλεισμού τα ακόλουθα: i) Για την απόδειξη του δείκτη καθαρού κέρδους, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν ισολογισμούς και για τις τρεις χρήσεις (2020, 2021 και 2022) ή, εφόσον δεν εκδίδουν ισολογισμό, έντυπο Ε3. Ως ισολογισμοί νοούνται οι δημοσιευμένες στο ΓΕΜΗ ετήσιες οικονομικές καταστάσεις, για τα νομικά πρόσωπα που έχουν υποχρέωση δημοσίευσης των στοιχείων αυτών. Σε περίπτωση που για την τελευταία χρήση (2022) δεν έχει δημοσιευτεί ακόμη ισολογισμός οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν κατάσταση αποτελεσμάτων υπογεγραμμένη από λογιστή. ii) Για την απόδειξη ότι διαθέτουν **τραπεζικές καταθέσεις ύψους τουλάχιστον 800.000,00€**, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν υπόλοιπο κίνησης τραπεζικού λογαριασμού την 31η/12/2022 (τελευταία ημερολογιακή ημέρα τελευταίας κλεισμένης χρήσης), iii) Για την απόδειξη του αθροίσματος του κύκλου εργασιών των χρήσεων 2020, 2021 και 2022, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν ισολογισμούς και για τις τρεις χρήσεις (2020, 2021 και 2022) ή, εφόσον δεν εκδίδουν ισολογισμό, έντυπο Ε3. Σε περίπτωση που για την τελευταία χρήση (2022) δεν έχει δημοσιευτεί ακόμη ισολογισμός, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν κατάσταση αποτελεσμάτων υπογεγραμμένη από λογιστή για την χρήση 2022. Τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την εν λόγω παράγραφο (δ) του παρόντος άρθρου, προσκομίζονται υποχρεωτικά, επί ποινή αποκλεισμού, με την προσφορά του οικονομικού φορέα, όπως αναφέρεται και στο άρθρο 22.Γ της παρούσας.». Συνεπώς, όπως βασίμως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή, η απαίτηση τραπεζικών καταθέσεων ύψους 800.000,00€ δεν τέθηκε για πρώτη φορά με τις προσβαλλόμενες διευκρινίσεις, αλλά προβλεπόταν ρητά στο άρθρο 23.6. Ωστόσο, δεδομένου ότι -προφανώς εκ παραδρομής – δεν προβλέφθηκε ταυτόχρονα στο άρθρο 22.Γ και προκειμένου να αρθεί η ασάφεια αυτή, η

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. πρωτ. ... έγγραφό της προέβη στην επίμαχη διευκρίνιση. Άρα, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής με τις προσβαλλόμενες διευκρινίσεις δεν εισάγεται ανεπιτρέπτως νέος όρος ούτε τροποποιείται η Διακήρυξη, αλλά αποσαφηνίζεται η εκ παραδρομής διαφοροποίηση μεταξύ του άρθρου 23.6 και 22.Γ (β). Κατόπιν των ανωτέρω, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί. Η εξέταση του προβαλλόμενου λόγου, που αφορά στο δυσανάλογο των όρων του άρθρου 22.Γ παρέλκει, δεδομένου ότι, κατ' αποδοχή του ανωτέρω λόγου της προσφυγής για παράβαση ουσιώδους τύπου, η συμπερίληψή τους στην Διακήρυξη τελεί υπό την αίρεση της έγκρισής τους κατόπιν σύμφωνης γνώμης του Συμβουλίου του άρθρου 76 παρ. 3 του ν. 4412/2016.

14. Με τον **πέμπτο λόγο** της προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά του όρου 22.Ε της Διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι η πιστοποίηση ISO 22301 που ζητείται είναι αδικαιολόγητη, όλως ασύνδετη με το αντικείμενο της σύμβασης και τον σκοπό της διαδικασίας. Στην προκειμένη περίπτωση, η Διακήρυξη απαιτεί στο άρθρο 22.Ε οι οικονομικοί φορείς να φέρουν πιστοποίηση σύμφωνα με το πρότυπο ISO 22301:2019 ή νεότερο για τη διαχείριση επιχειρησιακής συνέχειας. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το αντικείμενο του Προτύπου αυτού (όπως αναλυτικά περιγράφεται στις σελ. 37 και 38 της προσφυγής της) προορίζεται για επιχειρήσεις, οι οποίες παρέχουν υπηρεσίες διαρκούς χαρακτήρα με έμφαση στη συνέχεια και το αδιάκοπο, όπως οι κλάδοι Συνεπώς, κατά τους ισχυρισμούς της η άνω πιστοποίηση και το περιεχόμενό της δεν συνδέονται με έναν κατασκευαστή, του οποίου το αντικείμενο δεν υπόκειται σε κάποια διαρκή εξυπηρέτηση και διακινδύνευση από αιφνίδιες μεταβολές, ούτε θα εισέλθει σε κάποια σχέση με την αναθέτουσα αρχή και μάλιστα διαρκή, παρά απλά εκτελεί ένα ... εντός συγκεκριμένου και πάντως περιορισμένου χρονικού διαστήματος. Η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει ότι το ISO 22301:2019 περί επιχειρησιακής συνέχειας είναι αναγκαίο, δοθέντος ότι η εκτέλεση του αντικειμένου της σύμβασης στις δεδομένες εξαιρετικά δυσχερείς συνθήκες στον ενεργειακό τομέα, με τις έντονες αυξήσεις των τιμών και του εξ αυτού του λόγου κινδύνου ανατροπής της οικονομικής ισορροπίας της προσφοράς του υποψηφίου και εν συνεχεία της σύμβασης, απαιτεί την εξασφάλιση από πλευράς του αναδόχου σταθερότητας και συνέχειας, αυτών

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

δηλαδή που πιστοποιούνται με το συγκεκριμένο ISO. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα μπορεί να διαθέτει σχετικά ισοδύναμο πιστοποιητικό κατά το ρητό γράμμα του όρου 22.E της Διακήρυξης. Επί των εκατέρωθεν αιτιάσεων λεκτέα τα εξής:

Σύμφωνα με την περιγραφή του αντικειμένου του ζητούμενου Προτύπου (όπως αναλύεται στον ηλεκτρονικό τόπο “https:// www... τον οποίο και η ίδια η προσφεύγουσα επικαλείται στην προσφυγή της), «...το εν λόγω πρότυπο είναι κατάλληλο για όλους τους οργανισμούς, μικρούς ή μεγάλους και από κάθε εργασιακό χώρο. Είναι ιδιαίτερα κατάλληλο για οργανισμούς που λειτουργούν σε περιβάλλοντα υψηλού ρίσκου όπως χρηματοπιστωτικοί οργανισμοί, τηλεπικοινωνίες, μεταφορές και το δημόσιο, όπου η ικανότητα παροχής συνεχούς λειτουργίας είναι απαραίτητη όχι μόνο για τον οργανισμό αλλά και για τους πελάτες και τα όποια ενδιαφερόμενα μέρη.....Η συνεχής λειτουργία ενός οργανισμού, στην περίπτωση κάποιας διακοπής είτε λόγω κάποιας σοβαρής καταστροφής είτε λόγω κάποιου περιστατικού, είναι πρωταρχική απαίτηση. Το ISO 22301 αντικατέστησε το ... Πρότυπο BS 25999 που ήταν το πρώτο στον κόσμο πρότυπο ..., που σχεδιάστηκε και αναπτύχθηκε ώστε να ελαχιστοποιεί τα ρίσκα διακοπών που πιθανόν να επηρεάσουν τη λειτουργία ολόκληρου του οργανισμού. Παρέχει τη βάση για την ανάπτυξη και εφαρμογή της επιχειρηματικής συνέχειας σε ένα οργανισμό και προάγει την εμπιστοσύνη σε συναλλαγές επιχείρησης-με-επιχείρηση (...) και επιχείρησης-με-πελάτη (...). Επίσης περιέχει μια πλήρη σειρά ελέγχων βασισμένων στις καλύτερες πρακτικές ... και καλύπτει όλο τον κύκλο ζωής ενός Τα οφέλη του ISO 22301 είναι πολλά και καλύπτουν πολλές επιχειρηματικές περιοχές: • Παρέχει ένα κοινό πλαίσιο, που βασίζεται σε διεθνείς καλές πρακτικές, για την αποτελεσματική διαχείριση της επιχειρηματικής συνέχειας. • Βελτιώνει με προληπτικό τρόπο την ευελιξία ενός οργανισμού ώστε να μπορεί να επιτυγχάνει τους βασικούς στόχους σε περίπτωση διακοπών λειτουργίας. • Παρέχει μια δοκιμασμένη και αποτελεσματική μέθοδο επαναφοράς της ικανότητας ενός οργανισμού να δίνει βασικά προϊόντα ή/ και υπηρεσίες στο συμφωνημένο επίπεδο και χρόνο με δεδομένη κάποια διακοπή λειτουργίας. • χρησιμοποιεί δοκιμασμένες πρακτικές για να διαχειριστεί αποτελεσματικά κάποια διακοπή. • Διευκολύνει την προστασία και την βελτίωση του ονόματος και της φήμης του

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

οργανισμού. • Παρέχει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα με το άνοιγμα νέων αγορών και βοηθά τον οργανισμό να κερδίσει νέες δουλειές.»

Εκ των ανωτέρω προκύπτει, ότι το εν λόγω πρότυπο δεν αφορά σε συγκεκριμένες επιχειρήσεις ή οργανισμούς, αλλά είναι κατάλληλο για όλους τους οργανισμούς, μικρούς ή μεγάλους και από κάθε εργασιακό χώρο, απορριπτόμενων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ότι η εν λόγω πιστοποίηση δεν συνεχεται με το αντικείμενο μίας Το γεγονός ότι είναι ιδιαίτερος κατάλληλο για συγκεκριμένους οργανισμούς ή τομείς δραστηριότητας, δεν το καθιστά ακατάλληλο για τους λοιπούς τομείς. Άλλωστε, η επιχειρησιακή συνέχεια του οικονομικού φορέα, που συμμετέχει σε δημόσιο ..., είναι προς όφελος του επίμαχου ... και κατ'επέκταση του δημοσίου συμφέροντος. Όπως βασίμως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή, το εν λόγω πρότυπο ζητείται λόγω έκτακτων γεγονότων που συμβαίνουν την τελευταία περίοδο, όπως είναι η επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή ενεργειακή κρίση με τις έντονες αυξήσεις των τιμών και τον εντεύθεν κίνδυνο ανατροπής της οικονομικής ισορροπίας της σύμβασης. Επομένως, οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας αναφορικά με την απαίτηση κατοχής του επίμαχου ISO 22301:2019 κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθόσον η αναθέτουσα αρχή αιτιολόγησε νομίμως την επίμαχη απαίτηση. Άλλωστε, στο άρθρο 22.Ε της Διακήρυξης προβλέπεται η δυνατότητα ισοδυναμίας για την οποία ουδέν αναφέρει η προσφεύγουσα (πρβλ. ad hoc ΔΕφΠειραιά Α345/2022, που επικύρωσε ως προς το ζήτημα αυτό την 348/2022 ΑΕΠΠ). Ενόψει των ανωτέρω, ο πέμπτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

15. Κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη, ως προς τις πρόσθετες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των όρων 22. Γ, 22.Δ και του Παραρτήματος Α' αυτής, λόγω μη λήψης της Γνωμοδότησης, που προβλέπεται στο άρθρο 76 παρ. 3 του ν. 4412/2016. Να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου της προσφεύγουσας (άρθρο 363 του ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 1322 /2023

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή κατά το σκεπτικό, και συγκεκριμένα κατ' αποδοχή του προβαλλόμενου λόγου περί παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη Διακήρυξη κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό, και συγκεκριμένα ως προς τις πρόσθετες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των όρων 22. Γ, 22.Δ και του Παραρτήματος Α' αυτής, λόγω μη λήψης προηγούμενης γνωμοδότησης από το αρμόδιο Τεχνικό Συμβούλιο του άρθρου 76 παρ. 3 του ν. 4412/2016.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 25 Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ