

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 10^η Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να συνεξετάσει προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων:
α) την από 11.08.2023, προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1239/11.08.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα και β) την, από 14.08.2023, προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1255/17.08.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία «...» (εφεξής, αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με τις προδικαστικές προσφυγές, οι ως άνω προσφεύγουσες αιτούνται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 221/04.08.2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχή του, από 06.07.2023, 2^{ου} πρακτικού της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «...», κωδικός CPV: ... - κατασκευαστικές εργασίες ..., προϋπολογισμού 811.965,81 ευρώ πλέον Φ.Π.Α, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (με αριθμ. πρωτ. .../16.05.2023 διακήρυξη, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της 1^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού τεσσάρων χιλιάδων εξήντα (4.060,00) €, 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). Επειδή, για την άσκηση της 2^{ης} προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. 605797316954 0212 0087 ποσού τεσσάρων χιλιάδων εξήντα (4.060,00) €, 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 1^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 11.08.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1239/11.08.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού. Επειδή, η 2^η προσφεύγουσα άσκησε την, από 14.08.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1255/17.08.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα οι εν λόγω προσφεύγουσες προσβάλλουν την ως άνω πράξη, καθόσον οι κατ' αυτής προδικαστικές προσφυγές έχουν κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 221/2023 πράξη, με θέμα: *«Λήψη απόφασης για την έγκριση του 2ου Πρακτικού (2ο στάδιο) κατακύρωσης του έργου: «...» (Α.Μ. .../2022)»,* αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 04.08.2023.

4. Επειδή, η 1^η προσφεύγουσα («...»), που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, θεμελιώνει άμεσο,

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 221/2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά: α) της εταιρείας «...» (προσωρινός μειοδότης με μέση προσφερόμενη έκπτωση 13,15 %), διότι δεν πληροί την αιτούμενη ειδική τεχνική και επαγγελματική εμπειρία του όρου 22.Δ. της διακήρυξης και διότι δεν υπέβαλε το ζητούμενο πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, κατά το στάδιο της κατακύρωσης και β) της εταιρείας «...», διότι παρέλειψε να δηλώσει τον υπεργολάβο της στο Μέρος ΙΙ του Ε.Ε.Ε.Σ.

5. Επειδή, η 2^η προσφεύγουσα («...»), που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 221/2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...», καθότι δεν διαθέτει την αιτούμενη ειδική τεχνική και επαγγελματική εμπειρία του όρου 22.Δ. της διακήρυξης.

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (21.08.2023), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της 1^{ης} προδικαστικής προσφυγής στις 11.08.2023 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της. Ως

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../07.09.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, τόσο η 1η προσφεύγουσα, όσο και η 2^η προσφεύγουσα υπέβαλαν στις 12.09.2023 εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, τα οποία ελήφθησαν υπόψη από την Αρχή.

9. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων των εξεταζόμενων προδικαστικών προσφυγών, προκύπτουν τα εξής:

1. ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...» • 1^{ος} - κοινός - λόγος προσφυγής: μη απόδειξη της ζητούμενης ειδικής τεχνικής ικανότητας.

A) Τόσο ο 1^{ος} όσο και ο 2^{ος} προσφεύγων ισχυρίζονται ότι προς απόδειξη της ειδικής τεχνικής απαίτησης του όρου 22.Δ της διακήρυξης, η ως άνω εταιρεία επικαλέστηκε την σύμβαση: «...», υποβάλλοντας μαζί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης την με αριθμ. πρωτ. Δ.Τ.Ε. .../29.06.2023 βεβαίωση της ..., η οποία, ωστόσο, δεν πληροί την σχετική απαίτηση, ως αυτή περαιτέρω διευκρινίστηκε από την αναθέτουσα αρχή και επομένως, η προσφορά της θα έπρεπε να είχε απορριφθεί ως μη συμμορφούμενη με απαραίτους όρους της διακήρυξης.

• Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι στην υποβληθείσα βεβαίωση περιγράφεται η μεθοδολογία ενίσχυσης των λιθοδομών κτίσματος που βρίσκεται στην ... και επομένως, ορθώς κρίθηκε από την επιτροπή διαγωνισμού ότι το συγκεκριμένο έργο είναι παρόμοιας φύσης με το υπό δημοπράτηση έργο, καθώς κατασκευάζονται οπλισμένα επιχρίσματα επί λιθοδομών, είτε μονόπλευρα ή αμφίπλευρα, με σκοπό την δυνατότητα **πλάστιμης** συμπεριφοράς των τοιχοποιιών. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι ο 1^{ος} προσφεύγων αβασίμως προβάλλει πως ο προσωρινός μειοδότης δεν προσκόμισε οριστικό πιστοποιητικό εμπειρίας, καθώς στη διακήρυξη ουδέν αναφέρεται περί του τρόπου απόδειξης της «εμπειρίας» σε εκτέλεση παρόμοιων έργων, ενώ στο με αριθμ. πρωτ. .../29.05.2023 έγγραφο διευκρινίσεων της υπηρεσίας προβλέπεται απλώς ότι: «... για την ειδική

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

απαίτηση του άρθρου 22.Δ θα πρέπει να προσκομίσετε είτε Βεβαίωση Αρμόδιου Φορέα, είτε ανάλογη Στατική Μελέτη συνοδευόμενη από Βεβαίωση του συντάξαντα Μηχανικού». Μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι παρόλο που και η βεβαίωση ειδικής τεχνικής ικανότητας που προσκόμισε ο 1^{ος} προσφεύγων δεν αποτελεί οριστικό πιστοποιητικό εμπειρίας, καθώς δεν προκύπτει από το περιεχόμενό της, εάν το έργο: «...» που εκτέλεσε στον ... έχει περαιωθεί (ή όχι), εντούτοις, έγινε αποδεκτή από την αρμόδια επιτροπή.

Β) Στον επίμαχο όρο 22.Δ. («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») της διακήρυξης - τον οποίον, σημειωτέον, αποδέχθηκαν πλήρως οι συμμετέχοντες με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στον ένδικο διαγωνισμό - προβλέπεται ότι: «α) Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων που είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ τεκμαίρεται από το εργοληπτικό τους πτυχίο. Για όσους δεν είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ πρέπει να διαθέτουν τεχνική στελέχωση αντίστοιχη με την αναγραφόμενη στο άρθρο 100 του Ν.3669/08 και όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει μέχρι και σήμερα, στις κατηγορίες έργου ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ & ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης. (β) Αποδεδειγμένη Εμπειρία εκτέλεσης τουλάχιστον ενός έργου παρόμοιας φύσης την τελευταία εξαετία (2017 και έπειτα) και συγκεκριμένα σε έργα ενίσχυσης/επισκευής Φέρουσας Τοιχοποιίας με Εφαρμογή Αμφίπλευρων Επιχρισμάτων με Ινοπλέγματα εντός Ανόργανης Μήτρας (σε φέρουσες τοιχοποιίες και στα περιβάλλοντα διαζωματικά στοιχεία σκυροδέματος). (παρ. 4 άρθρου 75 του Ν. 4412/2016). Δεν θα γίνουν αποδεκτές άλλες μέθοδοι ενίσχυσης.».

Επίσης στο άρθρο 23.6.(«Δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ») της επίμαχης διακήρυξης, προβλέπεται ότι: «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 Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.) • είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ δεν καλύπτονται από

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

την ως άνω βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016, 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 II του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016. Ειδικά για τους εγγεγραμμένους στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ αποδεικνύονται με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.».

Τέλος, στο με αριθμ. πρωτ. .../29.05.2023 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής προβλέπεται ότι: «Σε απάντηση του με Α.Π. .../17-05-2023 Ερωτήματος, σας διευκρινίζουμε ότι για την ειδική απαίτηση του άρθρου 22.Δ θα πρέπει να προσκομίσετε είτε Βεβαίωση Αρμόδιου Φορέα, είτε ανάλογη Στατική Μελέτη συνοδευόμενη από Βεβαίωση του συντάξαντα Μηχανικού. Σας υπενθυμίζουμε ότι η Διακήρυξη δίνει την δυνατότητα της Δάνειας εμπειρίας (22.ΣΤ. Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων) και εν τέλει η αξιολόγηση όλων των απαιτούμενων δικαιολογητικών συμμετοχής θα γίνει από την Αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 4 της Διακήρυξης.»

Συνεπώς, από το σαφές περιεχόμενο του όρου 22.Δ της διακήρυξης, όπως αυτό περαιτέρω διευκρινίστηκε από την αναθέτουσα αρχή, που δεν καταλείπει αμφιβολίες επί του περιεχομένου του στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το Δ.Ε.Ε, προκύπτει ότι ο υποψήφιος θα πρέπει να έχει εκτελέσει «τουλάχιστον ένα έργο παρόμοιας φύσης την τελευταία εξαετία (2017 και έπειτα) και συγκεκριμένα σε έργα ενίσχυσης/επισκευής Φέρουσας Τοιχοποιίας με Εφαρμογή Αμφίπλευρων Επιχρισμάτων με Ινοπλέγματα εντός Ανόργανης Μήτρας (σε φέρουσες τοιχοποιίες και στα περιβάλλοντα διαζωματικά στοιχεία σκυροδέματος)». Μάλιστα, στον όρο 22.Δ της διακήρυξης ορίζεται ρητώς, σαφώς και emphaticά ότι: «Δεν θα γίνουν αποδεκτές άλλες μέθοδοι ενίσχυσης.». Περαιτέρω,

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

διευκρινίστηκε από την αναθέτουσα αρχή ότι για την απόδειξη της ειδικής αυτής απαίτησης θα πρέπει να υποβληθεί κατά το στάδιο της κατακύρωσης «Βεβαίωση Αρμόδιου Φορέα, είτε ανάλογη Στατική Μελέτη συνοδευόμενη από Βεβαίωση του συντάξαντα Μηχανικού».

Από την επισκόπηση της εξεταζόμενης προσφοράς προκύπτει ότι η καθής η προσφυγή προς απόδειξη της ειδικής απαίτησης του όρου 22.Δ της διακήρυξης επικαλέστηκε την σύμβαση: «...» υποβάλλοντας μαζί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης την με αριθμ. πρωτ. Δ.Τ.Ε. .../29.06.2023 βεβαίωση της ..., στην οποία βεβαιώνονται (αυτολεξεί) τα εξής: «Σε απάντηση της από 30/5/2023 αίτησής σας, βεβαιώνουμε ότι οι εργασίες που αφορούν την ενίσχυση των λιθοδομών του έργου του θέματος, με οπλισμένα επιχρίσματα, μονόπλευρα ή αμφίπλευρα, πραγματοποιούνται σύμφωνα με την εγκεκριμένη μελέτη. Πιο συγκεκριμένα γίνεται: «Κατασκευή οπλισμένων επιχρισμάτων επί τοίχων από λιθοδομή σύμφωνα με την ΕΛΟΤ ΤΟ 1501-14-02-07-00:2009. Εφαρμόζονται μονόπλευρα ή αμφίπλευρα. Σκοπός της εφαρμογής τους είναι η δυνατότητα **πλάστιμης** συμπεριφοράς των τοιχοποιιών. Προηγείται προετοιμασία των επιφανειών ήτοι καθαίρεση των υφιστάμενων επιχρισμάτων, καθαρισμός της επιφάνειας της τοιχοποιίας, διεύρυνση των αρμών και διαβροχή της με νερό χαμηλής πίεσης μέχρι κορεσμού, χωρίς επικαθήσεις ύδατος. Οι οπλισμοί είναι πλέγματα ποιότητας B500C που τοποθετούνται σε επαφή με την τοιχοποιία και αγκυρώνονται σ' όλα τα γύρω στοιχεία οπλισμένου σκυροδέματος, κλειστά πλαίσια, περιμετρικό σενάξ στέψης, θεμελίωση. Προβλέπονται πυκνές αγκυρώσεις του οπλισμού επί της τοιχοποιίας, τουλάχιστον τρεις ανά μ² που είναι οπλισμοί 2Φ10 και περιβάλλονται από ισχυρή τσιμεντοκονία των 600κγ. Τσιμέντου. Όπου τα οπλισμένα επιχρίσματα είναι αμφίπλευρα οι αγκυρώσεις είναι διαμπερείς.». Επίσης, εντός του (υπο)φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο προσωρινός μειοδότης συμπεριέλαβε και την ... 2022-02-04 σύμβαση του ως άνω έργου. Από το περιεχόμενο όμως της ως άνω βεβαίωσης δεν αποδεικνύεται η πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής, τουναντίον, αποδεικνύεται ότι η επικαλούμενη ως άνω σύμβαση με την ... δεν πληροί την ειδική απαίτηση που τέθηκε στον όρο 22.Δ της διακήρυξης. Και τούτο, διότι σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην προσκομισθείσα σύμβαση, η ενίσχυση/επισκευή της φέρουσας τοιχοποιίας δεν έχει εκτελεστεί με εφαρμογή

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

αμφίπλευρων επιχρισμάτων με συνθετικά ινοπλέγματα υάλου εντός ανόργανης μήτρας (σε φέρουσες τοιχοποιίες και στα περιβάλλοντα διαζωματικά στοιχεία σκυροδέματος), αλλά αντιθέτως, με την εφαρμογή συμβατικών επιχρισμάτων διατσιμεντοκονιάματος, τα οποία οπλίζονται με σιδηρούς δομικό πλέγμα κατηγορίας B500C (ήτοι κοινός χάλυβας). Τα ανωτέρω αναφερόμενα επιβεβαιώνονται ..., άλλωστε, και από την επίμαχη βεβαίωση της, στην οποία αναφέρεται ότι: «...*με οπλισμένα επιχρίσματα μονόπλευρα ή αμφίπλευρα..... Οι οπλισμοί είναι πλέγματα ποιότητας B500C που τοποθετούνται σε επαφή με την τοιχοποιία και αγκυρώνονται σε όλα τα γύρω στοιχεία οπλισμένου σκυροδέματος, κλειστά πλαίσια, περιμετρικό σενάζ στέψης, θεμελίωση*»). Επιπροσθέτως, από την προσκομισθείσα σύμβαση με την ... προκύπτει ότι οι αγκυρώσεις στα στοιχεία του οπλισμένου σκυροδέματος δεν έχουν εκτελεστεί με εφαρμογή ανοξειδωτων η γαλβανισμένων ελικοειδών ράβδων πάκτωσης ινοπλέγματος επί των τοιχοποιιών, καθώς και ειδικών αγκυρίων θυσάνου πολλαπλών ινών υάλου (glass anchors), για την πάκτωση του ινοπλέγματος επί του σκυροδέματος, αλλά αντιθέτως με εφαρμογή κοινού σιδηρού χάλυβδινου οπλισμού, ως, εξάλλου, προκύπτει και από την προσκομισθείσα βεβαίωση, στην οποία αναφέρεται ότι: «*Προβλέπονται πυκνές αγκυρώσεις του οπλισμού επί της τοιχοποιίας, τουλάχιστον τρεις ανά μ² που είναι οπλισμοί 2Φ10 και περιβάλλονται από ισχυρή τσιμεντοκονία των 600κγ. Τσιμέντου. Όπου τα οπλισμένα επιχρίσματα είναι αμφίπλευρα οι αγκυρώσεις είναι διαμπερείς.*».

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα στοιχεία της εξεταζόμενης προσφοράς, συνάγεται σαφώς ότι δεν αποδείχθηκε η αιτούμενη ειδική τεχνική εμπειρία του όρου 22.Δ. της διακήρυξης - η οποία, όπως προαναφέρθηκε, περιγράφεται σαφώς και ρητώς στα έγγραφα της σύμβασης- και για τον λόγο αυτόν, η προσφορά θα έπρεπε να είχε απορριφθεί και δη κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, όλως αβασίμως προβάλλεται από την τελευταία ότι αποδέχθηκε τη βεβαίωση ειδικής τεχνικής εμπειρίας της καθής η προσφυγή, διότι δήθεν η σύμβαση εκτελέστηκε με παρόμοια μεθοδολογία με αυτήν που ζητείται στο πλαίσιο του παρόντος διαγωνισμού. Και τούτο, διότι στην ένδικη διακήρυξη προβλέπεται (και δη επί ποινή αποκλεισμού), ότι γίνεται αποδεκτή μόνο η σαφώς και ειδικώς περιγραφόμενη στον όρο 22.Δ μεθοδολογία ενίσχυσης.

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

Τέλος, για λόγους πληρότητας της παρούσας, επισημαίνεται ότι απαραδέκτως προβάλλεται από την 1^η προσφεύγουσα ότι από την προσκομισθείσα από την καθής η προσφυγή βεβαίωση της ..., δεν καθίσταται σαφές εάν η παρόμοια σύμβαση που επικαλείται έχει ολοκληρωθεί (ή όχι), αφού σε αυτήν αναφέρεται ότι οι σχετικές εργασίες «πραγματοποιούνται» και όχι ότι έχουν ολοκληρωθεί. Και τούτο διότι, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και ο ίδιος ο 1^{ος} προσφεύγων υπέβαλε βεβαίωση ειδικής τεχνικής εμπειρίας στην οποία αναφέρεται μόνο το εκτιμώμενο πέρας της σχετικής σύμβασης και όχι το πραγματοποιηθέν πέρας αυτής. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, καθώς, επίσης, και ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να απόσχει από όρους που η ίδια έθεσε στη διακήρυξη, ο 1^{ος} κοινός λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

•2^{ος} λόγος προσφυγής: μη υποβολή πιστοποιητικού ισχύουσας εκπροσώπησης κατά το στάδιο της κατακύρωσης. Α) Η 1^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, κατά παράβαση της παρ. 23.8 της διακήρυξης, ο προσωρινός μειοδότης, που ως ομόρρυθμη εταιρεία έχει υποχρέωση εγγραφής στο ΓΕΜΗ, δεν προσκόμισε το απαιτούμενο πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ και επομένως, η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κρίθηκε ότι υπέβαλε πλήρη δικαιολογητικά κατακύρωσης, πάσχει ακυρότητας.

Β) Στην παρ. 23.8 της διακήρυξης που αφορά στον έλεγχο νομιμοποίησης του προσωρινού αναδόχου, ορίζεται ότι: *«Σε περίπτωση νομικού προσώπου, υποβάλλονται ηλεκτρονικά, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», με θέμα: “Δικαιολογητικά Προσωρινού Αναδόχου-Κατακύρωση”, τα νομιμοποιητικά έγγραφα από τα οποία προκύπτει η εξουσία υπογραφής του νομίμου εκπροσώπου και τα οποία πρέπει να έχουν εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή τους, εκτός αν σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις αυτών φέρουν συγκεκριμένο χρόνο ισχύος Ειδικότερα: Α. Για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς υποβάλλονται:*

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

1) στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο και εγγράφεται υποχρεωτικά ή προαιρετικά στο ΓΕΜΗ και δηλώνει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές της στο ΓΕΜΗ: α) για την απόδειξη της νόμιμης εκπροσώπησης, υποβάλλει σχετικό πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την υποβολή του. β) Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και των μεταβολών του νομικού προσώπου, Γενικό Πιστοποιητικό Μεταβολών του ΓΕΜΗ, το οποίο πρέπει να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. 2) Στις λοιπές περιπτώσεις τα, κατά περίπτωση, νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, αποφάσεις συγκρότησης οργάνων διοίκησης σε σώμα, κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του οικονομικού φορέα), συνοδευόμενα από υπεύθυνη δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου ότι εξακολουθούν να ισχύουν κατά την υποβολή τους.».

Από τη σαφή γραμματική ερμηνεία της παρ. 23.8 της διακήρυξης, προκύπτει ότι στην περίπτωση των ομόρρυθμων εταιρειών (όπως είναι, εν προκειμένω, η καθής η προσφυγή), προκειμένου να αποδειχθεί η νόμιμη εκπροσώπηση, η νόμιμη σύσταση και οι μεταβολές ενός νομικού προσώπου, το νομικό πρόσωπο υποχρεούται να δηλώσει την εκπροσώπηση και τις μεταβολές του στο ΓΕΜΗ (αρμόδια αρχή), προσκομίζοντας εν συνεχεία, ως προσωρινός μειοδότης, το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης και το γενικό πιστοποιητικό μεταβολών ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. Ωστόσο, από την επισκόπηση του οικείου φακέλου, προέκυψε - ως άλλωστε συνομολογεί και η οικεία αναθέτουσα αρχή - ότι: «*Η ανάδοχος εταιρεία έχει καταθέσει το γενικό πιστοποιητικό ΓΕΜΗ, όμως πράγματι δεν έχει υποβληθεί το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης, όπως ζητείται στο άρθρο 23.8Α της διακήρυξης.*». Επομένως, ο 2^{ος} λόγος της υπό κρίση 1^{ης} προσφυγής που αφορά στον προσωρινό μειοδότη γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

2. ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «...».

- Λόγος προσφυγής: παράλειψη δήλωσης της υπεργολαβικής ανάθεσης της σύμβασης σε τρίτο στο Ε.Ε.Ε.Σ. Α) Η 1^η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η καθής η προσφυγή δεν δήλωσε το ποσοστό υπεργολαβικής ανάθεσης της σύμβασης στην εταιρεία «...», στην οποία στηρίζεται για την

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

πλήρωση της τεχνικής ικανότητας και η οποία θα εκτελέσει συγχρόνως τις σχετικές εργασίες (υπεργολάβος) και επομένως, η προσφορά της καθίσταται, άνευ άλλου τινός, απορριπτή. Ως ειδικότερα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η ως άνω δανείζουσα την τεχνική εμπειρία εταιρεία θα πρέπει, λόγω συνδρομής της περ. στ) του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016, να εκτελέσει και τις εργασίες για τις οποίες «δανείζει» την επαγγελματική της εμπειρία (εργασίες ενίσχυσης) και ως εκ τούτου, κατέστη υποχρεωτικώς υπεργολάβος της υποψήφιας εταιρείας «...». Για τον ανωτέρω λόγο, τόσο η επωνυμία του υπεργολάβου, όσο και το τμήμα της σύμβασης που θα του ανατεθεί υπεργολαβικά, θα έπρεπε να προσδιοριστούν αναλυτικά και σε ποσοστό επί τοις εκατό % στο Ε.Ε.Ε.Σ της προσφέρουσας εταιρείας, κάτι που, ωστόσο, παρέλειψε να πράξει η τελευταία.

- Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται καταρχάς ότι ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας προβάλλεται ανεπιβαίρως, διότι το 1^ο πρακτικό, με το οποίο έγιναν, μεταξύ άλλων, δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής της, εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 162/2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε στους οικονομικούς φορείς (μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 12.06.2023. Δοθέντος ότι η 1^η προσφεύγουσα δεν προσέβαλε την ως άνω απόφαση με προδικαστική προσφυγή εντός της νόμιμης προθεσμίας των 10 ημερών από την κοινοποίησή της στους προσφέροντες που δεν αποκλείστηκαν οριστικά, απαραδέκτως στρέφεται στο παρόν στάδιο της διαδικασίας κατά της αποδοχής της προσφοράς της. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι το ποσοστό της υπεργολαβικής ανάθεσης της σύμβασης στον ως άνω τρίτο στον οποίον στηρίζεται, δηλώθηκε, ως έδει, στο πεδίο: «Ποσοστό υπεργολαβίας» της ενότητας Γ του Μέρους ΙV: «Κριτήρια επιλογής» του Ε.Ε.Ε.Σ.

Β) Ως προς τον ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας περί εκπρόθεσμης άσκησης της 1^{ης} προσφυγής σε σχέση με την αποδοχή της προσφοράς της, λεκτέα είναι τα εξής: Από την επισκόπηση του άρθρου 4 («Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/ Κατακύρωση/ Σύναψη σύμβασης/Προδικαστικές προσφυγές/Προσωρινή δικαστική προστασία») της ένδικης διακήρυξης, προκύπτει ότι δεν εκδίδεται μια ενιαία απόφαση για όλα τα στάδια του υπόψη διαγωνισμού. Ειδικότερα, στην παρ. 4.1. («Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού»)

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

περίπτωση θ) της διακήρυξης, προβλέπεται αφενός μεν, ότι η απόφαση έγκρισης των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών, (αντίστοιχα), κοινοποιείται στους προσφέροντες, εκτός από εκείνους που αποκλείστηκαν οριστικά, αφετέρου δε, ότι κατά της απόφασης αυτής χωρεί η άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 4.3. της διακήρυξης.

Περαιτέρω, τα ζητήματα που αφορούν στην έκδοση και στο περιεχόμενο της απόφασης κατακύρωσης (όπως είναι και η προσβαλλόμενη πράξη), προβλέπονται στην παρ. 4.2. («Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης») της διακήρυξης, στην οποία ορίζεται ρητώς ότι: *«... Τα αποτελέσματα του ελέγχου των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105 ν. 4412/2016,44 ήτοι με την απόφαση του προηγούμενου εδαφίου, στην οποία αναφέρονται υποχρεωτικά οι προθεσμίες για την αναστολή της σύναψης σύμβασης, σύμφωνα με τα άρθρα 360 έως 372 του ίδιου νόμου. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των προσφορών σε όλους τους οικονομικούς φορείς που έλαβαν μέρος στη διαδικασία ανάθεσης, εκτός από τους οριστικώς αποκλεισθέντες και ιδίως όσους αποκλείστηκαν οριστικά δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016 και της αντίστοιχης περ. γ της παραγράφου 4.1 της παρούσας, μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», και επιπλέον αναρτά τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου στον χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού». ε) Η απόφαση κατακύρωσης καθίσταται οριστική, εφόσον συντρέξουν οι ακόλουθες προϋποθέσεις: i. η απόφαση κατακύρωσης έχει κοινοποιηθεί, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ii. παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή σε περίπτωση άσκησης, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ, εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής ... ».* Επομένως, δοθέντος ότι στην εξεταζόμενη περίπτωση η υπ' αριθμ. 162/09.06.2023 απόφαση έγκρισης του 1^{ου} πρακτικού κοινοποιήθηκε (αυτοτελώς) στις 12.06.2023 στους προσφέροντες

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

που δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά, στους οποίους, άλλωστε, συμπεριλαμβάνεται και ο 1^{ος} προσφεύγων και ο τελευταίος δεν άσκησε προσφυγή κατά αυτής, απαραδέκτως προβάλλει τον ως άνω λόγο προσφυγής, στο πλαίσιο προσβολής της υπ' αριθμ. 221/2023 απόφασης ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη, με την οποία εγκρίθηκε το 2^ο πρακτικό της επιτροπής, η οποία (απόφαση) του κοινοποιήθηκε στις 04.08.2023, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 4.2. της διακήρυξης. Όλως επικουρικά σημειώνεται ότι ο ανωτέρω λόγος προσφυγής, εκτός από απαραδέκτος, είναι και αβάσιμος, διότι σε περίπτωση σύμπτωσης της ιδιότητας του δανειζοντος εμπειρία και του υπεργολάβου στο πρόσωπο ενός τρίτου οικονομικού φορέα (ως συμβαίνει, εν προκειμένω, με την εταιρεία «...» στην οποία στηρίζεται η καθής η προσφυγή για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής ικανότητας), ο υποψήφιος οικονομικός φορέας, πέραν της δήλωσης του ως άνω τρίτου στην ενότητα Γ του Μέρους II: «Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» του Ε.Ε.Ε.Σ, δηλώνει το ποσοστό της υπεργολαβικής ανάθεσης της σύμβασης σε αυτόν, στο ειδικό προς τούτο πεδίο: «Ποσοστό υπεργολαβίας» της ενότητας Γ: «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» του Μέρους IV: «Κριτήρια επιλογής» του εν λόγω εντύπου, ως ακριβώς έπραξε και η παρεμβαίνουσα, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Με βάση τα προαναφερόμενα, ο σχετικός λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως απαραδέκτως προβαλλόμενος.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση 1^η προδικαστική προσφυγή («...»), θα πρέπει να γίνει δεκτή σε σχέση με την προσφορά της εταιρείας «...» και θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη σε σχέση με την προσφορά της εταιρείας «...». Συνεπώς, η ασκηθείσα παρέμβαση καθίσταται άνευ αντικειμένου (βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τεύχος 2, σελ. 256- 257), δοθέντος ότι, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του απαραδέκτου της υπό εξέταση 1^{ης} προσφυγής,

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση 2^η προδικαστική προσφυγή («...»), θα πρέπει να γίνει δεκτή.

Αριθμός απόφασης: 1584,1585/2023

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφούν τα παράβολα που κατέθεσαν οι δύο προσφεύγοντες (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την 1^η προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την 2^η προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 221/04.08.2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ ..., κατά το μέρος που αποδέχθηκε την προσφορά της εταιρείας «...», σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή σε εκάστη εκ των δύο προσφευγουσών του προσκομισθέντος από αυτήν παραβόλου, ποσού τεσσάρων χιλιάδων εξήντα (4.060,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 10^η Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε την 30^η Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ