

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 25 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 19.12.2022, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1830/19.12.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η με αριθμό 231/2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το, από 05.12.2022 πρακτικό αξιολόγησης της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «...», εκτιμώμενης αξίας 887.096,77€, πλέον Φ.Π.Α 24%, CPV: ... “Κατασκευαστικές εργασίες ...”, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής - χαμηλότερη τιμή (συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθ’ ολοκληρίαν η προδικαστική προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η υποβληθείσα προσφορά της, με συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 253/2023

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 εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού τεσσάρων χιλιάδων τετρακοσίων σαράντα ευρώ (4.440,00€ €) αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 19.12.2022, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1830/19.12.2022, 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 η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει 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. 231/2022 πράξη της αναθέτουσας αρχής, με θέμα 5^ο: «Έγκριση ή μη 1ου πρακτικού για την εκτέλεση του έργου «...», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 08.12.2022.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε τη με αριθμ. 271337 προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (2^η σε σειρά κατάταξης), 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,

Αριθμός απόφασης: 253/2023

καθόσον με την υπ' αριθμ. 231/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...», διότι: α) υπάρχει ασάφεια στο Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου οικονομικού φορέα ως προς τον τρόπο συνεργασίας του με την καθής η προσφυγή, β) δεν πληρούται το άρθρ. 22.Β. («Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας»), γ) δεν πληρούται το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρ. 22.Δ. της διακήρυξης και δ) δεν δηλώθηκε το ποσοστό υπεργολαβικής ανάθεσης της σύμβασης στον τρίτο οικονομικό φορέα (δανειοπάροχο), ο οποίος προσφέρει την επαγγελματική εμπειρία του στον προσωρινό ανάδοχο.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του π.δ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα (02.01.2023), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής στις 21.12.2022 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεύει 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, με συνέπεια να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης της προς ανάθεση σύμβασης. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

6. Επειδή, στις 22.12.2022, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην Αρχή τον φάκελο στοιχείων, στον οποίο περιλαμβάνονται έγγραφα, όπως για παράδειγμα, η διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού, το συμπροσβαλλόμενο πρακτικό κλπ, αλλά και το με αριθμ. πρωτ. .../22.12.2022 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο και ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, στις 16.01.2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

8. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: Καταρχάς, επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα διαμαρτύρεται για το ότι στην προσβαλλόμενη πράξη εσφαλμένα αναγράφεται ο οικονομικός φορέας «...», ως δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας εταιρεία, ενώ θα έπρεπε να αναγράφεται η δική της επωνυμία και επικαλείται βλάβη εκ του ως άνω σφάλματος, διότι «...σε περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 253/2023

απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας για οιοδήποτε λόγο, κατά την προσβαλλόμενη απόφαση θα κληθεί ως δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας η ... και όχι η εταιρεία μας, ως η μόνη πραγματικά συμμετέχουσα. Εξάλλου η αναθέτουσα αρχή, ούτε ανακάλεσε, ούτε προέβη σε διόρθωση ή σε ορθή επανάληψη της προσβαλλόμενης προς διόρθωση του επίμαχου σφάλματος...». Ωστόσο, επειδή στην με αριθμ. πρωτ. .../16.01.2022 διευκρίνιση, με θέμα: «Διευκρίνιση σχετικά με την υπ' αριθμ. 231/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με Συστημικό Αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και με αντικείμενο «...», η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι: «Θα θέλαμε να σας ενημερώσουμε ότι πραγματοποιήθηκε λάθος εκ παραδρομής σχετικά με τις εταιρείες συμμετοχής των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων στο έργο με τίτλο: Δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας είναι ο οικονομικός φορέας ... και όχι η εταιρεία Ο νέος πίνακας κατά σειρά μειοδοσίας είναι:». Επομένως παρέλκει η εξέταση του σχετικού λόγου προσφυγής.

- 1^{ος} λόγος προσφυγής: ασάφεια του Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου οικονομικού φορέα ως προς τη σχέση συνεργασίας του με τον προσφέροντα – παράλειψη δήλωσης στο Ε.Ε.Ε.Σ. της τάξης εγγραφής του διαγωνιζόμενου και του τρίτου στις ζητούμενες κατηγορίες έργου. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μολονότι η καθής η προσφυγή δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ. της, ότι θα στηριχθεί στις ικανότητες του οικονομικού φορέα «...» (τρίτος), εντούτοις, στο Ε.Ε.Ε.Σ. του ως άνω «τρίτου», ο τελευταίος δήλωσε ότι συμμετέχει από κοινού με την διαγωνιζόμενη «...», ήτοι, ως ένωση οικονομικών φορέων, συμπληρώνοντας τα αντίστοιχα πεδία του Ε.Ε.Ε.Σ. Ως εκ τούτου, δεν κατέστη σαφές, εάν ο ως άνω οικονομικός φορέας παρέχει στήριξη στον προσφέροντα («...») ή εάν πρόκειται για ένωση οικονομικών φορέων, μεταξύ της «...» και του οικονομικού φορέα «...». Κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η επίμαχη πλημμέλεια δεν μπορεί να θεραπευτεί με διευκρινίσεις, καθώς τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτο εκ των υστέρων προσδιορισμό της ταυτότητας του προσφέροντος, ενώ, ακόμα και αν ήθελε κριθεί ότι πρόκειται για δάνεια εμπειρία, τότε ο οικονομικός φορέας «...» «... συμπλήρωσε πλημμελώς το Ε.Ε.Ε.Σ. του, προβαίνοντας στις ανωτέρω δηλώσεις στο πεδίο που αφορά στις ενώσεις οικονομικών φορέων (πεδίο που απαντάται αρνητικά σε περίπτωση

Αριθμός απόφασης: 253/2023

δάνειας εμπειρίας) και άρα και πάλι η προσφορά της προσωρινής αναδόχου θα πρέπει να απορριφθεί...».

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται, τόσο ως προς τον 1^ο λόγο προσφυγής, όσο και ως προς τους λοιπούς τρεις (3) λόγους προσφυγής, ότι επειδή υποβλήθηκε το ιδιωτικό συμφωνητικό ανάμεσα στην καθής η προσφυγή και στην ατομική επιχείρηση «... του ...» και δηλώθηκε στο Ε.Ε.Ε.Σ. των ως άνω συμβαλλόμενων ότι πληρούνται οι όροι 22.Γ και 22.Δ. της διακήρυξης, νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...», διότι το συγκεκριμένο έντυπο παρέχει προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού και ως προς την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ενώ το εάν τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο Ε.Ε.Ε.Σ. είναι αληθή (ή όχι), θα αποδειχθεί στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού.

Β) Από την επισκόπηση της επίμαχης προσφοράς, προκύπτουν τα εξής: Στο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ. περί του εάν συμμετέχει μαζί με άλλους οικονομικούς φορείς, ο οικονομικός φορέας «... απάντησε θετικά («ΝΑΙ») και προσδιόρισε τον ρόλο του στην ένωση ως OERON («Other Entity (Relied Upon)», δηλαδή ως «Άλλη εταιρεία στην οποία στηρίζεται τρίτος», ενώ στο υποερώτημα περί προσδιορισμού των άλλων οικονομικών φορέων που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, δήλωσε αυτολεξεί ότι: *«Η εταιρεία "...", που εδρεύει στον ..., οδός ..., Τ.Κ. ..., Α.Φ.Μ. ..., Δ.Ο.Υ. ..., συμμετέχει στον Διαγωνισμό. Η ατομική μου επιχείρηση με την επωνυμία "..." θα διαθέσει ως Τρίτος Οικονομικός φορέας στον ανωτέρω οικονομικό φορέα δάνεια εμπειρία, δυνάμει του άρθρου 22ΣΤ και 23.10 της διακήρυξης για την κάλυψη των κριτηρίων της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης, ήτοι ένα (1) μηχανικό Α' βαθμίδας για έργα ΛΙΜΕΝΙΚΑ, σύμφωνα με το από 26/11/2022 μεταξύ τους Ιδιωτικό Συμφωνητικό.»*. Περαιτέρω, στο υποερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ. περί της επωνυμίας της ένωσης, ο ως άνω τρίτος δήλωσε: *«Ο ΣΥΜΜΕΤΕΧΩΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ ΕΙΝΑΙ Η «...»*. Επίσης, υποβλήθηκε το, από 26.11.2022, ιδιωτικό συμφωνητικό δάνειας εμπειρίας μεταξύ των ανωτέρω δύο οικονομικών φορέων, στο οποίο ορίζονται τα εξής: *«Η «...» θα υπογράψει την σύμβαση με την Αναθέτουσα Αρχή και ως εκ τούτου η ίδια αναλαμβάνει αποκλειστικά όλα τα δικαιώματα και υποχρεώσεις που απορρέουν από την Σύμβαση. Η «...» και η «...», θα συνεργαστούν*

Αριθμός απόφασης: 253/2023

αποκλειστικά έτσι ώστε η «...» να διαθέσει στην «...» την τεχνική και επαγγελματική της ικανότητα, ήτοι τα απαιτούμενα στο άρθρο 22.Δ της Διακήρυξης. 1. Για το σκοπό αυτό, η «...» διαθέτοντας τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, όπως περιγράφονται στα προαναφερθέντα άρθρα των συμβατικών τευχών του διαγωνισμού, αναλαμβάνει και δεσμεύεται κατά αποκλειστικότητα να παράσχει και μεταβιβάσει στην «...», έτσι ώστε η «...» να δύναται να τα επικαλεστεί κατά τη διάρκεια όλης της διαδικασίας υποβολής προσφορών για το Έργο καθώς και για όλη τη διάρκεια και μέχρι την πλήρη εκτέλεση του Έργου και της Σύμβασης, σε περίπτωση που αυτό ανατεθεί στην «...» 2. Το στέλεχος της με εμπειρία στην κατηγορία «ΛΙΜΕΝΙΚΑ ΕΡΓΑ», ήτοι ..., Πολιτικός Μηχανικός, με πτυχίο Α' τάξης στην κατηγορία Λιμενικά, (άρθρο 22.Δ της διακήρυξης). Το στέλεχος θα είναι στη διάθεση της «...» για την νόμιμη συμμετοχή της στο διαγωνισμό και θα απασχοληθεί στην εκτέλεση των εργασιών του έργου, σε περίπτωση ανάληψής του, σε πλήρη συμμόρφωση με τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής και των συμβατικών τευχών του διαγωνισμού. 3. Η τεχνική ικανότητα θα μεταβιβασθεί διά της διαθέσεως στην «...» του ανωτέρω, ώστε οι αντίστοιχες Λιμενικές εργασίες να εκτελεσθούν υπό τη διαρκή επίβλεψη, υποστήριξη και καθοδήγησή του επί σκοπώ προσήκουσας εκτελέσεως του Έργου. Δεσμεύεται ότι θα έχει ενεργό και διαρκή συμμετοχή στην εκτέλεση του Έργου καθ' όλη τη διάρκεια της συμβάσεως, εφόσον αυτή ήθελε ανατεθεί στην «...», και ειδικότερα στην εκτέλεση των εργασιών του τμήματος της σύμβασης που αφορά στα Λιμενικά Έργα». Από τα ανωτέρω αναφερόμενα γίνεται δεκτό ότι, ως βασίμως υποστηρίζει ο παρεμβαίνων, από τις δηλώσεις που περιλαμβάνονται στο δικό του Ε.Ε.Ε.Σ., αλλά και στο Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου, καθώς και από το περιεχόμενο του, από 26.11.2022, ιδιωτικού συμφωνητικού δάνειας εμπειρίας, προκύπτει εναργώς ότι ο «...» συμμετέχει ως «τρίτος», υπό την έννοια του άρθρ. 78 του ν. 4412/2016, που παρέχει στήριξη στην καθής η προσφυγή για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρ. 22.Δ της διακήρυξης. Άλλωστε, η παρεμβαίνουσα δηλώνει ρητά στο Ε.Ε.Ε.Σ. της, ότι στηρίζεται στον ως άνω οικονομικό φορέα, ενώ η επίμαχη δήλωση του «τρίτου» που περιλαμβάνεται στο δικό του Ε.Ε.Ε.Σ., ότι δηλαδή συμμετέχει στον διαγωνισμό μαζί με άλλους, έχει την έννοια ότι θα συμμετάσχει διά της παροχής στήριξης σε διαγωνιζόμενο, ως, άλλωστε, διευκρινίζεται στη

Αριθμός απόφασης: 253/2023

συνέχεια του εντύπου, αφού ο εν λόγω «τρίτος» δηλώνει ρητώς ότι θα συμμετάσχει στον διαγωνισμό, ως άλλη οντότητα στην οποία στηρίζεται ο διαγωνιζόμενος (OERON). Τέλος, στο Ε.Ε.Ε.Σ. του «τρίτου» δηλώθηκε σαφώς (βλ. σελίδα 5 του εντύπου), ότι συμμετέχων στον εν λόγω διαγωνισμό είναι η παρεμβαίνουσα, στοιχείο που, επίσης, προκύπτει σαφώς και από το συμφωνητικό δάνειας εμπειρίας, όπου αναφέρεται ρητώς ότι: *«Η «...» θα υπογράψει την σύμβαση με την Αναθέτουσα Αρχή και ως εκ τούτου η ίδια αναλαμβάνει αποκλειστικά όλα τα δικαιώματα και υποχρεώσεις που απορρέουν από την Σύμβαση».*

Όσον αφορά στον ισχυρισμό του προσφεύγοντος, σύμφωνα με τον οποίον σε κανένα έγγραφο της εξεταζόμενης προσφοράς δεν δηλώθηκε η τάξη, στην οποία είναι εγγεγραμμένος ο παρεμβαίνων και ο εν λόγω «τρίτος» ως προς τις ζητούμενες κατηγορίες έργου, λεκτέα είναι τα εξής: Καταρχάς, ο παρεμβαίνων αναφέρει στο δικό του Ε.Ε.Ε.Σ., τόσο τον δικό του αριθμό εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ, όσο και τον αριθμό εγγραφής του τρίτου στον οποίον στηρίζεται, αφού δήλωσε σχετικά ότι: *«Ο ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ "... ΜΕ ΜΕΕΠ ..., ΔΕΝ ΙΚΑΝΟΠΟΙΕΙ ΤΙΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΤΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑΣ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟΥΣ ΟΡΟΥΣ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΙ ΔΑΝΕΙΖΕΤΑΙ (ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 22.ΣΤ) ΑΠΟ ΤΗΝ ΑΤΟΜΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ "... ΜΕ ΜΕΕΠ ... ΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΤΟΥ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ...».*

Περαιτέρω, ο προσφεύγων βασίμως υποστηρίζει ότι, προς τον σκοπό ορθής συμπλήρωσης του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ., θα έπρεπε, πέραν του αριθμού εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ, να είχε δηλωθεί στην ενότητα Α του Μέρους ΙΙ του εντύπου και η τάξη στην οποία είναι εγγεγραμμένη η καθής η προσφυγή, αλλά και ο δανειοπάροχός της. Ωστόσο, λαμβανομένου υπόψη ότι όλες οι πληροφορίες αναφορικά με τις τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ. στις οποίες είναι εγγεγραμμένος ο εκάστοτε οικονομικός φορέας, παρέχονται στην ελεύθερη δωρεάν βάση δεδομένων του Υπουργείου Υποδομών, καθίσταται σαφές ότι δια των σχετικών αριθμών εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. που δήλωσε η καθής η προσφυγή στο Ε.Ε.Ε.Σ. της, η αναζήτηση επιπρόσθετων πληροφοριών κατέστη ευχερής, τόσο για την αναθέτουσα αρχή, όσο και για κάθε άλλο ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα. Εξάλλου, και η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί στην προσφυγή της, ότι γνωρίζοντας τους σχετικούς αριθμούς Μ.Ε.ΕΠ., διαπίστωσε ευχερώς, κατά την είσοδό της στη σχετική βάση

Αριθμός απόφασης: 253/2023

δεδομένων του Υπουργείου, ότι η παρεμβαίνουσα είναι εγγεγραμμένη στην 1η τάξη Οδοποιίας, στην 2η τάξη Η/Μ και στην Α1 τάξη Λιμενικά, ενώ ο τρίτος οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος στην 2η τάξη Οδοποιίας και στην Α1 τάξη Λιμενικά. Τέλος, γίνεται δεκτό ότι εφόσον δηλώθηκαν οι σχετικοί αριθμοί ΜΕ.ΕΠ. για τους εν λόγω δύο οικονομικούς φορείς, η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε νομίμως να απορρίψει την επίμαχη προσφορά, χωρίς προηγουμένως να ζητήσει διευκρινίσεις, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει. Τυχόν κλήση της καθής η προσφυγή προς παροχή σχετικών διευκρινίσεων, δεν θα συνεπαγόταν, εν προκειμένω, ανεπίτρεπτη τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς, αλλά ούτε και θα εισήγαγε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα υπέρ της συγκεκριμένης εταιρείας σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού, αφού θα ήταν αντικειμενικώς εξακριβώσιμο ότι η εγγραφή σε συγκεκριμένη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. έλαβε χώρα προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών στον εν θέματι διαγωνισμό. Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων, ο 1^{ος} λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

- 2^{ος} λόγος προσφυγής: ανεπίτρεπτη δήλωση περί στήριξης σε τρίτο οικονομικό φορέα ως προς την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας. Α) Η προσφεύγουσα παραπέμπει στα άρθρα 21.1., 22.Β. και 23.4. της διακήρυξης, για να υποστηρίξει ότι η καθής η προσφυγή – η οποία δεν πληροί το κριτήριο καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, αφού είναι εγγεγραμμένη στην Α1 τάξη Λιμενικών, ήτοι, σε τάξη κατώτερη της ζητούμενης (Α2 τάξη) για την εν λόγω κατηγορία έργου – δεν μπορεί να στηριχθεί σε «τρίτον» ως προς το επίμαχο κριτήριο, αφού δυνάμει του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης (βλ. αντίστοιχα, άρθρο 78 του ν. 4412/2016), δεν επιτρέπεται δάνεια εμπειρία ως προς το κριτήριο της καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22.Β της διακήρυξης. Μάλιστα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, ακόμα και αν ήθελε υποτεθεί ότι η εν λόγω στήριξη είναι επιτρεπτή και πάλι δεν πληρούται η επίμαχη απαίτηση (Α2 τάξη για την κατηγορία Λιμενικά), αφού ο τρίτος οικονομικός φορέας είναι, επίσης, εγγεγραμμένος στην Α1 τάξη για την κατηγορία έργου Λιμενικά και επομένως, ούτε αυτός πληροί την επίμαχη απαίτηση. Β) Στο άρθρο 21.1 («Δικαιούμενοι συμμετοχής στη

Αριθμός απόφασης: 253/2023

διαδικασία σύναψης σύμβασης») της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «*Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στην κατηγορίες έργου ΛΙΜΕΝΙΚΑ, ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ & Η/Μ*».

Στο άρθρο 22.Β. («Καταλληλόλητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας») της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «*Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του π.δ. 71/2019 ή στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημόσιων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), από την έναρξη ισχύος του τελευταίου ή στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, ανά περίπτωση, στην κατηγορία/-εις έργου του άρθρου 21 της παρούσας. Οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του 37 παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.*».

Στην υποσημείωση υπ' αριθμ. 124, που αφορά στο άρθρο 22.Β της διακήρυξης και που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής, αναφέρονται τα ακόλουθα: «*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.Δ.Ε.). Πρβλ. άρθρο 76 παρ. 4, του ν. 4412/2016.*».

Επίσης, στο άρθρο 23 («Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής») παρ. 4 της ένδικης διακήρυξης, ορίζεται ότι: «*(α) Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. 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 Ι του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), ή βεβαίωση εγγραφής στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, ανά περίπτωση, στις κατηγορίες Α2 Τάξη και άνω Λιμενικών, Οδοποιίας και Ηλεκτρομηχανολογικών φορέων.*».

Αριθμός απόφασης: 253/2023

Εν όψει των ανωτέρω, κρίνονται απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με τους οποίους, αφού στο άρθρο 22.Β. της διακήρυξης δεν τίθεται ρητώς ως προϋπόθεση συμμετοχής, η εγγραφή σε συγκεκριμένη τάξη του Μητρώου, δεν δύναται, δυνάμει του άρθρου 23 («Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής») παρ. 4 της διακήρυξης, να εισαχθεί πρόσθετη απαίτηση συμμετοχής (βεβαίωση εγγραφής σε συγκεκριμένη τάξη), η οποία δεν έχει περιληφθεί στη διάταξη του άρθρου 22.Β. Και τούτο, διότι ναι μεν στο άρθρο 22.Β της διακήρυξης δεν αναφέρεται ρητώς ότι η βεβαίωση εγγραφής στο οικείο Μητρώο θα πρέπει να αφορά σε εγγραφή στην Α2 τάξη ως προς τις ζητούμενες κατηγορίες έργου, ωστόσο από το περιεχόμενο του άρθρου 23.4. (το οποίο θα πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να ερμηνεύεται συνδυαστικά με το άρθρ. 22.Β από τον επιδεικνύοντα τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενο), στο οποίο προσδιορίζονται τα αποδεικτικά μέσα του επίμαχου κριτηρίου επιλογής, προκύπτει ότι θα πρέπει να υποβληθεί βεβαίωση εγγραφής στις κατηγορίες Α2 τάξη και άνω Λιμενικών, Οδοποιίας και Ηλεκτρομηχανολογικών.

Από την επισκόπηση της βεβαίωσης εγγραφής της παρεμβαίνουσας στο Μ.Ε.ΕΠ (Α1 τάξη Λιμενικά), συνάγεται σαφώς ότι η εταιρεία στηρίζεται στον ως άνω «τρίτο» (1 τεχνικός Μ.Ε.Κ Α΄ βαθμίδας για Λιμενικά) για την πλήρωση του κριτηρίου του άρθρ. 22.Β. της διακήρυξης, όπερ απαγορεύεται. Τούτο προκύπτει σαφώς από το άρθρο 22.ΣΤ («Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)») όπου προβλέπεται ότι: *«Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων...»*. Προς επίρρωση δε του γεγονότος ότι η παρεμβαίνουσα στηρίζεται στον τρίτο προς πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής, δέον επισημανθεί ότι η ίδια η εταιρεία δήλωσε στο Ε.Ε.Ε.Σ. της, ότι στηρίζεται στον οικονομικό φορέα «...» ως προς *«[...] την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα όπως αυτή απαιτείται/ορίζεται στα άρθρα 21, 22.Β. 22.Δ. 23.6.(6) της διακήρυξης»*), απορριπτομένου του ισχυρισμού της, ότι η επίμαχη αναφορά στο άρθρο 22.Β. της διακήρυξης έγινε προφανώς εκ παραδρομής. Καταληκτικά και λαμβανομένου υπόψη ότι, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, δεν επιτρέπεται - εκ του νόμου και εκ της διακήρυξης - προσφυγή στο θεσμό της δάνειας εμπειρίας ως προς το

Αριθμός απόφασης: 253/2023

κριτήριο της καταλληλότητας άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας, ο 2ος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

- 3ος λόγος: μη πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της καθής η προσφυγή θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, διότι δεν δύναται να στηριχθεί στον τρίτο οικονομικό φορέα για την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αφού ο τελευταίος είναι εγγεγραμμένος στην τάξη Α1 της κατηγορίας Λιμενικά και όχι στη ζητούμενη τάξη Α2 για την ως άνω κατηγορία έργου. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν δύναται ένας διαγωνιζόμενος που δεν διαθέτει την στελέχωση της ζητούμενης τάξης Α2, να στηριχθεί σε έναν «τρίτο», που, επίσης, δεν διαθέτει την στελέχωση της ζητούμενης τάξης Α2, όπως είναι στην προκείμενη περίπτωση, ο οικονομικός φορέας «...», ο οποίος συνιστά μόνο έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ Α' βαθμίδας για έργα Λιμενικά και όχι δύο (2), ως ζητείται στη διακήρυξη, όπου προβλέπεται ότι για τη στελέχωση της τάξης Α2, απαιτούνται δύο τεχνικοί Μ.Ε.Κ. Α' βαθμίδας (ή ένας τεχνικός Μ.Ε.Κ Β' βαθμίδας). Β) Στο άρθρο 22.Δ. («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») της διακήρυξης ορίζεται ότι: *«Ισχύει η τεχνική ικανότητα που ορίζεται το άρθρο 100 του Ν. 3669/2008 ανά κατηγορία και τάξη Μ.Ε.Ε.Π., αντίστοιχη με την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, συνεπώς απαιτείται κατηγορία Λιμενικά, Ηλεκτρομηχανολογικά και Οδοποιία από Α2 Τάξη και άνω για τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα. Στην τάξη Α2 του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. κατατάσσονται εργοληπτικές επιχειρήσεις με μόνο κριτήριο τη στελέχωση τους από τεχνικούς εγγεγραμμένους στο Μ.Ε.Κ., ως εξής: Στην Α2, εργοληπτική επιχείρηση, η οποία περιλαμβάνει στη στελέχωση ανά κατηγορία τουλάχιστον έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ. Β' βαθμίδας, ή δύο (2) τεχνικούς Μ.Ε.Κ. Α' βαθμίδας της αντίστοιχης κατηγορίας. Για την κατάταξη στην τάξη Α2 δεν απαιτείται ελάχιστο όριο εμπειρίας. Σύμφωνα με το ΠΔ 71/2019 τα όρια εκτιμώμενης αξίας δημοσίων συμβάσεων έργων, ανά κατηγορία, στα οποία κατατάσσονται οι εγγεγραμμένες στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. εργοληπτικές επιχειρήσεις, ανάλογα με την τάξη εγγραφής τους και τον κύκλο εργασιών τους, είναι τα ακόλουθα: για την Α2 τάξη: όριο μέχρι το διπλάσιο του κύκλου εργασιών τριετίας της πρώτης τάξης, της παρ. ΙΙ.γ άρθρου 51 του ΠΔ 71/2019, Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις*

Αριθμός απόφασης: 253/2023

καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης.». Στο άρθρο 23 («Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής») παρ. 6. της διακήρυξης ορίζεται ότι: «*Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.Ε.Π. 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 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 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.».».*

Από το περιεχόμενο των ως άνω άρθρων, προκύπτει ότι η αναφορά σε συγκεκριμένη τάξη του Μητρώου (τάξη Α2) στο άρθρ. 22.Δ της διακήρυξης, γίνεται με σκοπό να προσδιορισθεί το ειδικότερο περιεχόμενο της απαίτησης για διάθεση συγκεκριμένου αριθμού και εμπειρίας στελεχών εκ μέρους της προσφέρουσας επιχείρησης, χωρίς -αυτή καθαυτή- η εγγραφή στην τάξη Α2 του οικείου Μητρώου, να αποτελεί κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Επομένως, γίνεται δεκτό ότι πέραν της απαίτησης προσκόμισης βεβαίωσης εγγραφής στο οικείο Μητρώο, παρέχεται εκ της διακηρύξεως εναλλακτικά η δυνατότητα στον εκάστοτε διαγωνιζόμενο να προσκομίσει οιοδήποτε άλλο αποδεικτικό μέσο, από τα προβλεπόμενα στο Μέρος ΙΙ του

Αριθμός απόφασης: 253/2023

Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016 (π.χ κατάλογο των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών, αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου κλπ). Άλλωστε, η ως άνω δυνατότητα θα στερείτο νοήματος, εάν απαιτείτο αποκλειστικά η εγγραφή σε συγκεκριμένη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. ή του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε για την απόδειξη του σχετικού κριτηρίου επιλογής. Ως προκύπτει από το Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου οικονομικού φορέα «...», για την κάλυψη των απαιτήσεων της τεχνικής .και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης, προτίθεται να προσφέρει «... ένα (1) μηχανικό Α' βαθμίδας για έργα ΛΙΜΕΝΙΚΑ, σύμφωνα με το από 26.11.2022 μεταξύ τους Ιδιωτικό Συμφωνητικό». Ομοίως, στο, από 26.11.2022, ιδιωτικό συμφωνητικό δάνειας εμπειρίας αναφέρεται ότι: «2. Το στέλεχος της με εμπειρία στην κατηγορία «ΛΙΜΕΝΙΚΑ ΕΡΓΑ», ήτοι ..., Πολιτικός Μηχανικός, με πτυχίο Α' τάξης στην κατηγορία Λιμενικά, (άρθρο 22.Δ της διακήρυξης). Το στέλεχος θα είναι στη διάθεση της «...».

Εν όψει των ανωτέρω και λαμβανομένου υπόψη ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας, στον οποίον στηρίζεται η καθής η προσφυγή για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής, δεν πληροί αυτοτελώς τη στελέχωση που προβλέπεται στο άρθρο 22.Δ (1 τεχνικός ΜΕΚ Β βαθμίδας ή 2 τεχνικοί ΜΕΚ Α βαθμίδας), ουδόλως δύναται να καλύψει αθροιστικά, ήτοι, μαζί με την παρεμβαίνουσα, που, επίσης, συνιστά 1 τεχνικό Μ.Ε.Κ Α' βαθμίδας, το κριτήριο της τεχνικής ικανότητας (βλ. σχετικά υπ' αριθμ. Σ1302/2022 απόφαση της Αρχής, ΕΑ ΣτΕ 15/2021, ΔΕΕ C-94/2012 κλπ), απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της τελευταίας. Και τούτο, διότι ο θεσμός της «δάνειας εμπειρίας» δεν δύναται νομίμως να ερμηνευθεί, υπό την έννοια ότι επιτρέπεται η αθροιστική πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας από τον προσφέροντα και τον «τρίτο» στον οποίον αυτός στηρίζεται, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η παρεμβαίνουσα, όταν κανείς εκ των δύο δεν διαθέτει τη ζητούμενη ικανότητα. Εξάλλου, σε κανένα σημείο της οικείας διακήρυξης δεν προβλέπεται η

Αριθμός απόφασης: 253/2023

αθροιστική κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου επιλογής, ενώ ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων «... αν προβλέπεται η αθροιστική κάλυψη μίας αιτούμενης ικανότητας μεταξύ προσφέροντος και τρίτου στηρίζοντος, εκ του αποτελέσματος κανείς εν τέλει δεν πληροί την ικανότητα αυτή και συνεπώς δεν πληρούται η απαίτηση και η προσδοκία της αναθέτουσας για συγκεκριμένες ικανότητες που επιθυμεί να διαθέτει ο ανάδοχος. Εξάλλου, δεν θα πρέπει να συγχέεται η αθροιστική κάλυψη κριτηρίων μεταξύ μελών της ένωσης και μεταξύ προσφέροντος και τρίτου, και τούτο διότι, στην πρώτη περίπτωση διαφορετικοί οικονομικοί φορείς συνενώνονται προς ανάληψη της σύμβασης και με τον τρόπο αυτό δημιουργούν έναν νέο οικονομικό φορέα που εκ της ενώσεως πληροί το επίμαχο κριτήριο, αντίθετα στη δεύτερη περίπτωση ο τρίτος απλά παρέχει στήριξη, και δεν συνενώνεται με τον προσφέροντα, ο οποίος εν τέλει είναι και ο μόνος ανάδοχος...». Επομένως, σύμφωνα με τις δεσμευτικές προβλέψεις της εν θέματι διακήρυξης, πρέπει να γίνει δεκτό ότι, υπό το φως της νομολογίας του Δ.Ε.Ε, μεμονωμένος οικονομικός φορέας που δεν καλύπτει αυτόνομα το απαιτούμενο ελάχιστο επίπεδο μίας ή περισσοτέρων από τις ικανότητες του άρθρου 22.Δ. της διακήρυξης, μπορεί μεν να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 22.ΣΤ. της διακήρυξης, πλην, όμως, πρέπει να επικαλείται την αντίστοιχη ικανότητα ενός τρίτου οικονομικού φορέα, ο οποίος καλύπτει αυτοτελώς το ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο. Διότι, τυχόν αναγνώριση της δυνατότητας μιας τέτοιας αθροιστικής επίκλησης των ικανοτήτων τρίτων φορέων που δεν καλύπτουν αυτοτελώς το ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο τεχνικής ικανότητας, θα οδηγούσε σε προφανή καταστρατήγηση των προαναφερθεισών απαιτήσεων της διακήρυξης. Εξάλλου, ο τρίτος οικονομικός φορέας (δανειοπάροχος), υποχρεούται εκ του νόμου, όπως υποβάλλει ξεχωριστό Ε.Ε.Ε.Σ., από το οποίο θα πρέπει να προκύπτει η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και η μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του. Λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι με την παρούσα προσφυγή προβάλλονται συγκεκριμένοι και τεκμηριωμένοι ισχυρισμοί ως προς το ζήτημα της μη πλήρωσης του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, απαραδέκτως προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή, ότι για την προκαταρκτική απόδειξη πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του

Αριθμός απόφασης: 253/2023

διαγωνιζόμενου και του δανειοπαρόχου του (αντίστοιχα), αρκεί η εκ μέρους τους υποβολή του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ. στο παρόν στάδιο της διαδικασίας. Και τούτο, διότι, εάν ήθελε γίνουν δεκτοί οι ανωτέρω ισχυρισμοί του Δήμου, θα οδηγούμασταν στο άτοπο να διαπιστώνει η αναθέτουσα αρχή, μόλις κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ότι ο αναδειχθείς ως προσωρινός μειοδότης δεν πληροί τα τιθέμενα κριτήρια επιλογής (εν προκειμένω, το κριτήριο του άρθρ. 22.Δ). Τέλος, και η ίδια η παρεμβαίνουσα συνομολογεί ότι ο εν λόγω «τρίτος» που δήλωσε στην προσφορά της δεν πληροί το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αφού παραπέμπει στην παράγραφο του άρθρ. 22.ΣΤ της διακήρυξης, όπου προβλέπεται ότι η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν οικονομικό φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22.Α. Ωστόσο, στην κρινόμενη περίπτωση, ο Δήμος δεν απαίτησε την αντικατάσταση του εν λόγω «τρίτου», τουναντίον, μη νομίμως αποδέχθηκε την προσφορά της παρεμβαίνουσας, ως έχει και για τον λόγο αυτόν, η προσβαλλόμενη πράξη θα πρέπει να ακυρωθεί. Με βάση τα προαναφερόμενα, ο 3ος λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός, ως βάσιμος.

• 4^{ος} λόγος προσφυγής: Μη δήλωση ποσοστού υπεργολαβίας. Α) Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, παρόλο που από το υποβληθέν ιδιωτικό συμφωνητικό δάνειας εμπειρίας, προκύπτει σαφώς ότι ο «τρίτος» θα είναι και υπεργολάβος, αφού δηλώθηκε ότι αυτός: *«... θα απασχοληθεί στην εκτέλεση των εργασιών του έργου, [...] οι αντίστοιχες Λιμενικές εργασίες να εκτελεστούν υπό τη διαρκή επίβλεψη [...] Δεσμεύεται ότι θα έχει ενεργό και διαρκή συμμετοχή στην εκτέλεση του Έργου καθ' όλη τη διάρκεια της συμβάσεως και ειδικότερα στην εκτέλεση των εργασιών του τμήματος της σύμβασης που αφορά στα Λιμενικά Έργα»*, εντούτοις, στην επίμαχη προσφορά δεν προσδιορίζεται επακριβώς και με σαφήνεια το τμήμα της σύμβασης που θα ανατεθεί στον υπεργολάβο αυτόν. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ενώ στα τεύχη της διακήρυξης «Προϋπολογισμός Μελέτης» και «Τεχνικές προδιαγραφές» (αντίστοιχα) οι ζητούμενες κατηγορίες εργασιών είναι οι εξής: Α Λιμενικά έργα. Β ΕΞΑΡΤΗΜΑΤΑ - ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ ΛΙΜΕΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ. Γ ΟΔΟΠΟΙΙΑ. Δ Η/Μ ΛΙΜΕΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ, εντούτοις *«... δεν προκύπτει εάν ο τρίτος ως υπεργολάβος θα εκτελέσει το σύνολο ή μέρος της κατηγορίας*

Αριθμός απόφασης: 253/2023

εργασιών Α Λιμενικά έργα, ή αν θα εκτελέσει το σύνολο ή μέρος της κατηγορίας εργασιών Β Εξαρτήματα - εξοπλισμός Λιμενικών Έργων, ή αν θα εκτελέσει το σύνολο ή μέρος της κατηγορίας εργασιών Δ Η/Μ Λιμενικών έργων, η αν θα εκτελέσει μονάχα την κατηγορία εργασιών Α Λιμενικά έργα ...».

Τέλος, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, η επίμαχη πλημμέλεια δεν δύναται νομίμως να θεραπευτεί με διευκρινίσεις, καθώς αυτό θα συνιστούσε εκ των υστέρων ανεπίτρεπτη δήλωση του τμήματος που προτίθεται ο προσφέρων να αναθέσει υπό τη μορφή υπεργολαβίας. Η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι τα στελέχη, ήτοι, οι μηχανικοί Μ.Ε.Κ της εκάστοτε απαιτούμενης βαθμίδας, που, είτε έχουν εντάξει το πτυχίο τους στη στελέχωση μιας εταιρείας, είτε είναι τρίτοι και της παρέχουν στήριξη, είναι πάροχοι των προαναφερομένων υπηρεσιών και δεν συνιστούν υπεργολάβους. Κατά την άποψη της παρεμβαίνουσας, το άρθρ. 22.ΣΤ. της διακήρυξης επιτρέπει τη στήριξη του διαγωνιζόμενου στις ικανότητες του «τρίτου» μόνο για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής ικανότητας (στελέχωση) και όχι για την υπεργολαβική ανάθεση τμήματος της σύμβασης σε αυτόν, διότι στο τελευταίο εδάφιο του ως άνω άρθρου (βλ. αντίστοιχα, άρθρ. 78 παρ. 1 εδ. β του ν. 4412/2016), ορίζεται ότι: *«Η εκτέλεση των εργασιών γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή».* Τέλος, η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι εφόσον ο τρίτος στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται — ο οποίος, λόγω της ιδιότητας του ως μηχανικός λιμενικών έργων Α' βαθμίδος, θα ασκήσει συγκεκριμένες αρμοδιότητες, οι οποίες περιλαμβάνουν την επίβλεψη, την υποστήριξη και την καθοδήγηση των εργασιών που πρόκειται να εκτελεστούν αποκλειστικώς από την ίδια — δεν νοείται ως υπεργολάβος, δεν τυγχάνει εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 25 παρ. 4 της διακήρυξης, κατά την οποία ο υπεργολάβος θα πρέπει να πληροί το κριτήριο της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας. Β) Στο άρθρο 22.ΣΤ. («Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)») της επίμαχης διακήρυξης ορίζεται ότι: *«Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να*

Αριθμός απόφασης: 253/2023

βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.».

Στο άρθρο 25 («Υπεργολαβία») παρ. 1 και 4 της επίμαχης διακήρυξης ορίζεται ότι: «1. Ο προσφέρων οικονομικός φορέας αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. Αν ο ανάδοχος πρότεινε συγκεκριμένους υπεργολάβους κατά την υποβολή της προσφοράς του, υποχρεούται, κατά την υπογραφή της σύμβασης εκτέλεσης, να προσκομίσει την υπεργολαβική σύμβαση. Η Διευθύνουσα Υπηρεσία μπορεί να χορηγήσει προθεσμία στον ανάδοχο κατ' αίτησή του, για την προσκόμιση της υπεργολαβικής σύμβασης με τον αρχικώς προταθέντα υπεργολάβο ή άλλον, που διαθέτει τα αναγκαία, κατά την κρίση της υπηρεσίας αυτής, προσόντα, εφόσον συντρέχει σοβαρός λόγος [...] 4. Η αναθέτουσα αρχή: α) ελέγχει την επαγγελματική καταλληλότητα του υπεργολάβου να εκτελέσει το προς ανάθεση τμήμα, κατά την έννοια του άρθρου 22.Β (άρθρο 75 παρ. 1 περ. α' και 2 ν. 4412/2016) και επαληθεύει τη μη συνδρομή, στο πρόσωπό του, των λόγω αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.1, 22.Α.2 και 22.Α.9 (άρθρα 73 παρ. 1 και 2 και 74 ν. 4412.2016), σύμφωνα με τα κατά περίπτωση ειδικώς προβλεπόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας (άρθρα 79 έως 81 ν. 4412/2016). 163». Από τη σαφή γραμματική διατύπωση των ανωτέρω όρων, που δεν καταλείπουν αμφιβολίες επί του περιεχομένου τους στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το Δ.Ε.Ε., προκύπτει καταρχάς ότι μαζί με την προσφορά του διαγωνιζόμενου θα πρέπει (υποχρεωτικώς) να δηλωθεί η υπεργολαβική ανάθεση τμήματος της σύμβασης σε τρίτους και πιο συγκεκριμένα, το πρόσωπο του υπεργολάβου και το τμήμα της σύμβασης που θα του ανατεθεί, ο δε «τρίτος» που δανείζει την επαγγελματική του εμπειρία και τα προσόντα του στον συμμετέχοντα είναι, σε κάθε περίπτωση, υπεργολάβος του, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος. Επίσης κατά τον ανωτέρω όρο της διακήρυξης, ο υπεργολάβος θα πρέπει να πληροί την απαίτηση του άρθρου 22.Β (καταλληλότητα για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας), στοιχείο, που σε κάθε περίπτωση ελέγχεται από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή. Ως, εξάλλου, έχει κριθεί νομολογιακά (βλ. ΕΑ ΣΤΕ

Αριθμός απόφασης: 253/2023

170/2020): «...Λαμβανομένου δε υπόψη ότι, σύμφωνα με το υποάρθρο 2.5.9 παρ. Α (στοιχ. 6) της διακήρυξης, το οποίο αποδίδει το ρυθμιστικό περιεχόμενο του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η επίκληση της ικανότητας τρίτων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που αναφέρονται στους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του διαθέσιμου προσωπικού είναι επιτρεπτή μόνο στην περίπτωση που οι εν λόγω οικονομικοί φορείς θα εκτελέσουν τις εργασίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, αυτοί έχουν υποχρεωτικά τον χαρακτήρα υπεργολάβου υπό την ανωτέρω έννοια, χωρίς να ασκεί επιρροή το είδος της σύμβασης που θα συνάψουν με τον ανάδοχο για την εκτέλεση των σχετικών εργασιών. Κατά συνέπεια, η αιτούσα εταιρία όφειλε να αναφέρει στην προσφορά της το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελούσαν, σε περίπτωση αναδείξεως της ως αναδόχου ...». Συναφώς κρίθηκε (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 30.09.2022, υπόθεση C-592/21, EDIENS & KM.LV), ότι: «Ως προς το κριτήριο της εμπειρίας από παρόμοιες συμβάσεις οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο όταν οι τελευταίοι παρέχουν τις υπηρεσίες για τις οποίες αυτές οι ικανότητες απαιτούνται...».

Εν όψει των ανωτέρω, γίνεται δεκτό ότι σε περίπτωση στήριξης σε ικανότητες τρίτου για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής ικανότητας που αφορά σε τίτλους σπουδών και επαγγελματικά προσόντα, όπως είναι κατ'εξοχήν η στελέχωση με μηχανικούς συγκεκριμένων επαγγελματικών προσόντων, ο τρίτος θα πρέπει να δηλώνεται στο Ε.Ε.Ε.Σ, όπως και το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει, τόσο κατ'είδος, όσο και κατ'έκταση/ποσοστό (βλ. ΕΑ ΣτΕ 170/2020), συνθήκη που, ωστόσο, δεν συνέτρεξε εν προκειμένω. Μάλιστα, η επίμαχη πλημμέλεια δεν δύναται να θεραπευθεί με τυχόν συμπλήρωση της προσφοράς, δυνάμει του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, διότι πρόκειται για επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενη απαίτηση της διακηρύξεως και επομένως, τυχόν παροχή δυνατότητας συμπλήρωσης των ελλειπόντων στοιχείων, θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού. Πέραν των ανωτέρω αναφερόμενων (παράλειψη δήλωσης ποσοστού υπεργολαβίας), που επάγονται τον αποκλεισμό της καθής η προσφυγή από τη διαδικασία και

Αριθμός απόφασης: 253/2023

δη, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, σημειώνεται ότι ο συγκεκριμένος τρίτος οικονομικός φορέας δεν πληροί την απαίτηση του άρθρ. 22.Β της διακήρυξης (τάξη Α2 για λιμενικά), κατά παράβαση του άρθρ. 25.4 της διακήρυξης, ενώ ακόμη και εάν ήθελε κριθεί ότι θα εκτελέσει (ως υπεργολάβος) και την κατηγορία εργασιών: «Η/Μ ΛΙΜΕΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ» επίσης, δεν πληροί την απαίτηση του όρου 22.Β (τάξη Α2 για Η/Μ), αφού, βάσει της βεβαίωσης εγγραφής του στο Μ.Ε.ΕΠ, δεν είναι εγγεγραμμένος στην κατηγορία των Η/Μ. Με βάση τα προλεχθέντα, ο 4^{ος} λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και αντίστοιχα, θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

10. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την με αριθμό 231/2022 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα αναφερόμενα ειδικότερα στο σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού τεσσάρων χιλιάδων τετρακοσίων σαράντα ευρώ (4.440,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 14 Φεβρουαρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ