

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 9 Ιουνίου 2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να συνεξετάσει, λόγω συνάφειας, τις ακόλουθες προσφυγές: α) την από 2.05.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 630/4.05.2023 προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης από την ..., με έδρα στην ... , οδός ... αρ. ... καθώς και των μελών αυτής β) την από 8.05.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 670/9.05.2023 προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία: «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης, με έδρα στο ... , οδός ... αρ. ... καθώς και των μελών αυτής και γ) την από 8.05.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 674/9.05.2023 προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία: «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης από τον κ. ..., καθώς και των μελών αυτής, με έδρα την ... οδός ... αρ. ...

Κατά της αναθέτουσας αρχής: «...», που εδρεύει στην ... οδός ... αρ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με τις ανωτέρω προδικαστικές προσφυγές οι προσφεύγουσες ζητούν να ακυρωθεί η διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμό ΑΔΑΜ: ... και ειδικότερα οι όροι περί Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης και της Επαγγελματικής και Τεχνικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα σε έκαστη των προσφυγών.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της α' προσφυγής έχουν καταβληθεί τα ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικούς ... συνολικού ποσού 15.000,00€. Περαιτέρω για την άσκηση της β' προσφυγής έχουν καταβληθεί τα ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικούς ... συνολικού ποσού 15.000,00€. Ακόμη, για την άσκηση της γ' προσφυγής έχουν καταβληθεί τα ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικούς ... συνολικού ποσού 15.000,00€.

2. Επειδή, με την με αριθ. ΑΔΑΜ: ... Διακήρυξη, προκηρύχθηκε από την ... ανοικτή διαδικασία για την ... με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 48.387.096,77 ευρώ (πλέον ΦΠΑ). Αντικείμενο του έργου είναι ... Το έργο αφορά στη ... ενώ κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 16-05-2023.

3. Επειδή ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση των προδικαστικών προσφυγών.

4. Επειδή, η υπό εξέταση α' προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 2-05-2023, δηλαδή εντός δέκα ημερών από τη λήψη γνώσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης, η οποία σύμφωνα με την α' προσφεύγουσα έλαβε χώρα στις 19-04-2023. Σημειώνεται, ότι η καταληκτική προθεσμία άσκησης της προσφυγής (29-04-2023) συνέπιπτε με ημέρα Σάββατο, δηλαδή κατά νόμον εξαιρετέα ημέρα, και επομένως εμπρόθεσμα η α' προσφυγή ασκήθηκε κατά την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα. Ομοίως και η β' προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 8-05-2023, καθώς επίσης και η γ' προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 8-05-2023. Και τούτο, διότι αμφότερες οι προσφυγές (β' και γ') ασκήθηκαν εντός δεκαημέρου μετά την πάροδο δεκαπενθημέρου από την ανάρτηση της προσβαλλόμενης διακήρυξης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 12-04-2023. Περαιτέρω, οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές είναι ψηφιακά υπογεγραμμένες και

ασκήθηκαν με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος II του Π.Δ.39/2017.

5. Επειδή, αναφορικά με το έννομο συμφέρον της α' προσφεύγουσας να ασκήσει την ανωτέρω προσφυγή, σημειώνονται τα ακόλουθα: Όπως η ίδια ισχυρίζεται, το μέλος της με την επωνυμία «...» είναι εργοληπτική επιχείρηση με αριθμό μητρώου Μ.Ε.Ε.Π. ... και εγγραφή στις εξής κατηγορίες και τάξεις: ... και με ενημερότητα πτυχίου που λήγει στις 14.4.2024. Το μέλος της «...» είναι εργοληπτική επιχείρηση με αριθμό μητρώου Μ.Ε.Ε.Π. ... και εγγραφή στις εξής κατηγορίες και τάξεις: ... με ενημερότητα πτυχίου που λήγει στις 20.3.2024. Το μέλος της «...» είναι εργοληπτική επιχείρηση με αριθμό μητρώου Μ.Ε.Ε.Π. ... και εγγραφή στις εξής κατηγορίες και τάξεις: ... με ενημερότητα πτυχίου που λήγει στις 31.01.2024. Επίσης, το μέλος της «...» είναι εργοληπτική επιχείρηση με αριθμό μητρώου Μ.Ε.Ε.Π. ... και εγγραφή στις εξής κατηγορίες και τάξεις: ... με ενημερότητα πτυχίου που λήγει στις 30.30.2024. Τα ανωτέρω μέλη της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών, τα οποία δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο της υπό κρίση σύμβασης και επιθυμούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, με το από 02.05.2023 ιδιωτικό συμφωνητικό συνέπραξαν και συνέστησαν την ένωση προκειμένου να συμμετάσχουν στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, επιδιώκοντας να τους αν...θεί η σύμβαση. Πλην όμως, όπως η προσφεύγουσα ένωση ισχυρίζεται, παρά τα ανωτέρω και παρά το γεγονός ότι, ως ένωση, πληροί τα απαιτούμενα των όρων που τίθενται στις ενότητες 22Γ και 22 Δ της διακήρυξης, εν τούτοις αποκλείεται η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, καθώς η διακήρυξη απαιτεί οι όροι αυτοί να ικανοποιούνται από ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης ή, στην περίπτωση επίκλησης δάνειας εμπειρίας για τα κριτήρια 22Γ και 22Δ β και γ, η διακήρυξη απαιτεί οι απαιτήσεις να συντρέχουν στον οικονομικό φορέα, που παρέχει τη δάνεια εμπειρία, και όχι στα μέλη σωρευτικά. Άλλωστε, όπως η προσφεύγουσα ένωση ισχυρίζεται, ως ένωση πληροί σωρευτικά όλους τους όρους της Διακήρυξης, προσβαλλόμενους και μη. Άρα, ως ένωση υφίσταται άμεση βλάβη από τους προσβαλλόμενους όρους, βάσει των οποίων αποκλείεται η συμμετοχή της στο διαγωνισμό ή -άλλως- και σε κάθε περίπτωση δυσχεραίνεται υπέρμετρα. Επομένως, η α' προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένη βλάβη της ίδιας, ως ένωσης εταιρειών, που είναι

αυτοτελής έναντι των μελών της και αποτελεί οικονομικό φορέα διακριτό από τα πρόσωπα - μέλη της για όλες τις έννομες σχέσεις, που απορρέουν από την εφαρμογή των διατάξεων του νόμου (ΣΤΕ 2508/2020), ισχυριζόμενη επιπλέον, ότι έχει το δικαίωμα επιλογής του τρόπου εκτέλεσης της σύμβασης και ότι αποτελεί αμιγώς επιχειρηματική επιλογή της, το εάν θα συμμετάσχει στη διαδικασία ανάθεσης ατομικώς ή σε σύμπραξη με ένα ή περισσότερους άλλους οικονομικούς φορείς ή ακόμη στηριζόμενη σε άλλους φορείς (ΔΕΦΑΘ 1127/2022). Όστε, η άπποσφεύγουσα έχει καταρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής.

6. Επειδή, αναφορικά με το έννομο συμφέρον της β' προσφεύγουσας να ασκήσει την υπό κρίση προσφυγή, σημειώνονται τα ακόλουθα: Όπως η ίδια ισχυρίζεται, ως ένωση εταιρειών αποτελείται από τέσσερις ημεδαπές κατασκευαστικές εταιρείες, δύο εκ των οποίων είναι εγγεγραμμένες στην ... τάξη του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) στις ακόλουθες κατηγορίες έργων: ... στα Υδραυλικά, Οδοποιίας, Λιμενικά Οικοδομικά, Η/Μ και Βιομηχανικά Ενεργειακά έργα, η τρίτη από αυτές, δηλαδή η ... είναι εγγεγραμμένη στην ... τάξη όσον αφορά στις κατηγορίες έργων Οδοποιία, Οικοδομικά, Υδραυλικά, Η/Μ και Βιομηχανικά Ενεργειακά, στην ... τάξη στις κατηγορίες έργων Λιμενικά, έργων πρασίνου και έργων καθαρισμού και επεξεργασίας νερού και υγρών, στερών και αερίων αποβλήτων και η τέταρτη, δηλαδή η, στην ... τάξη όσον αφορά στις κατηγορίες έργων Οδοποιία, Οικοδομικά και Υδραυλικά, ... όσον αφορά στις κατηγορίες έργων Λιμενικά και Η/Μ και ... όσον αφορά στις κατηγορίες έργων Βιομηχανικά Ενεργειακά, όπως αποδεικνύεται από τις υπ' αρ. πρωτ.: ... Βεβαιώσεις ΜΕΕΠ και Ενημερότητες Πτυχίων, οι οποίες είναι όλες σε ισχύ. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τις επικαλούμενες Βεβαιώσεις Ορκωτών Ελεγκτών, οι εταιρείες- μέλη της ένωσης καλύπτουν, αθροιστικά, όλα τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22.Γ.ι και ii (διαθέτοντας αθροιστικά: ίδια κεφάλαια 73.220.618,80€ και συνολικά πάγια στοιχεία 36.053.597,47€), ενώ επιπλέον καλύπτουν και όλα τα απαιτούμενα των κριτηρίων του άρθρου 22.Δ.(α) έως (γ) της διακήρυξης, διαθέτουν δηλαδή, αθροιστικά, την τεχνική και επαγγελματική εμπειρία, αλλά και τη χρηματοοικονομική επάρκεια, όπως απαιτείται από τη διακήρυξη για να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό. Έτσι, έχοντας σχετικό ενδιαφέρον, με το από

08-05-2023 ιδιωτικό συμφωνητικό οι ως άνω εταιρείες συνέπραξαν και συνέστησαν ένωση, προκειμένου να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία και να επιδιώξουν να ανατεθεί στην ένωση η σύμβαση. Παρ' όλα αυτά, όπως ισχυρίζεται η β' προσφεύγουσα, και παρά το γεγονός ότι, ως ένωση, πληροί τα απαιτούμενα των όρων που τίθενται στις ενότητες 22Γ και 22 Δ, εν τούτοις αποκλείεται η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, καθώς η διακήρυξη απαιτεί οι όροι αυτοί να ικανοποιούνται από ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης ή, στην περίπτωση επίκλησης δάνειας εμπειρίας, για τα κριτήρια 22Γ και 22Δ β και γ, οι απαιτήσεις πρέπει να συντρέχουν στον οικονομικό φορέα που παρέχει τη δάνεια εμπειρία και όχι στα μέλη της ένωσης σωρευτικά. Άρα, ως ένωση, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της, υφίσταται άμεση βλάβη από τους προσβαλλόμενους όρους βάσει των οποίων αποκλείεται η συμμετοχή της στο διαγωνισμό ή -άλλως- σε κάθε περίπτωση δυσχεραίνεται υπέρμετρα. Συνεπώς, η β' προσφεύγουσα έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής.

7.Επειδή, αναφορικά με το έννομο συμφέρον της γ' προσφεύγουσας να ασκήσει την υπό κρίση προσφυγή, σημειώνονται τα ακόλουθα: Όπως αυτή ισχυρίζεται, η ένωση των εταιρειών αποτελείται, βάσει του από 08.05.2023 ιδιωτικού συμφωνητικού, από πέντε ημεδαπές κατασκευαστικές εταιρείες, από τις οποίες οι τέσσερις είναι εγγεγραμμένες στην ... τάξη του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.), στις κατηγορίες ΟΔΟΠΟΙΙΑ / ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ / ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ / ΛΙΜΕΝΙΚΑ / ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ / ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ – ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ και μία εταιρεία εγγεγραμμένη στην ... τάξη του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) στις ίδιες ως άνω κατηγορίες, όπως αποδεικνύεται από τις υπ' αρ. πρωτ: ... (...),...(...),...(...)... (...) και ... (...) Βεβαιώσεις ΜΕΕΠ οι οποίες είναι όλες σε ισχύ. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα δημοσιευμένα οικονομικά στοιχεία των εταιρειών, οι εταιρείες μέλη της ένωσης καλύπτουν, αθροιστικά, όλα τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22 της διακήρυξης. Διαθέτουν δε τα απαιτούμενα Πιστοποιητικά ISO και καλύπτουν αθροιστικά (σωρευτικά), την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια καθώς επίσης και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, που απαιτούνται από τη διακήρυξη για να συμμετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό. Από τα ανωτέρω, σε συνδυασμό με τα άρθρα 21.1, 21.2,

21.3 της διακήρυξης, συνάγεται ότι η ένωση των εταιρειών «περιλαμβάνεται στον κύκλο των οικονομικών φορέων που δικαιούνται να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό» (βλ ΕΑ ΣΤΕ 17/2021, σκ 7) και επιθυμεί να λάβει μέρος σε αυτόν υπό τη μορφή ένωσης, προκειμένου να διεκδικήσει και να αναλάβει την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου. Πλην όμως, για τους αναλυτικά αναφερόμενους στην προσφυγή λόγους, με τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης εμποδίζεται, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή της στον διαγωνισμό και η εκ μέρους της διεκδίκηση και ανάληψη του συγκεκριμένου έργου. Τούτο, προεχόντως, διότι στα άρθρα 22.Γ και 22.Δ της διακήρυξης έχουν τεθεί όροι δυσανάλογοι του δημοπρατούμενου αντικειμένου, οι οποίοι αφενός απαιτούν την ύπαρξη στο πρόσωπο αποκλειστικά και μόνο ενός οικονομικού φορέα (είτε μέλους ένωσης, είτε δανειοπαρόχου) συνολικά της απαιτούμενης τεχνικής/επαγγελματικής εμπειρίας, απαγορεύοντας την άθροιση (συσσώρευση) ικανοτήτων σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, και αφετέρου απαιτούν σωρευτικά την χρηματοοικονομική ικανότητα στο πρόσωπο ενός μέλους της ένωσης ή στο πρόσωπο του (ενός) δανειοπαρόχου. Με αυτόν τον τρόπο, όμως, καθιστούν αδύνατη άλλως άνευ νοήματος την άθροιση ικανοτήτων και τη συμμετοχή σε ένωση, καθόσον οι απαιτούμενες ικανότητες απαιτούνται να συντρέχουν σωρευτικά στο σύνολό τους στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα. Κατόπιν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα ένωση εταιρειών ισχυρίζεται ότι υφίσταται βλάβη, καθώς παρακωλύεται η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, μολονότι τα μέλη της αθροιστικά πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης και έχουν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αλλά και την οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα να εκτελέσουν το έργο, σωρεύοντας την εμπειρία και ΤΗΝ ικανότητά τους. Συνεπώς, η γ' προσφεύγουσα έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής.

8. Επειδή, με τις υπ' αριθμ. 799/2023, 856/2023 και 857/2023 Πράξεις της Προέδρου του Δου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε αρχικά τις απόψεις της στην ΕΑΔΗΣΥ στις 18-05-2023 και κοινοποίησε αυτές στους προσφεύγοντες στις 31-05-2023. Πλην όμως, λαμβανομένου υπόψη ότι η α' προσφυγή ασκήθηκε στις 2-05-2023, οι εν λόγω απόψεις δεν λαμβάνονται υπόψη για την αντίκρουση της α' προσφυγής, αφού υποβλήθηκαν εκπρόθεσμα, δηλαδή μετά την πάροδο 15 ημερών από την άσκηση της προσφυγής. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ και συμπληρωματικές απόψεις στις 31-05-2023, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στους προσφεύγοντες, οι οποίες ωστόσο ως εκπρόθεσμες, αφού υποβλήθηκαν μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από την άσκηση έκαστης των ανωτέρω προσφυγών (δηλαδή 2-05-2023 η α' προσφυγή και 8-05-2023 οι β' και γ' προσφυγές), δεν λαμβάνονται υπόψη για την αντίκρουση αυτών.

10. Επειδή, η α' προσφεύγουσα υπέβαλε ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο ωστόσο δεν εξετάζεται σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στην προηγούμενη σκέψη. Επίσης, η γ' προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 6-06-2023, ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, δηλαδή εντός πενθημέρου (μετά και την αργία της 5-06-2023) από την κοινοποίηση σε αυτήν των (αρχικών και συμπληρωματικών) απόψεων. Πλην όμως, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, το υπόμνημα εξετάζεται μόνο κατά το σκέλος του που αφορά την αντίκρουση των αρχικών, από 18-06-2023 απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή, σύμφωνα με τον κοινό λόγο και των τριών προσφυγών, οι προσφεύγουσες ισχυρίζονται ότι η διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί ως προς τους όρους 22 Γ και 22 Δ αυτής και ιδίως ως προς την απαίτηση ότι, σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά στο σύνολό τους σε ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης ή, στην περίπτωση επίκλησης δάνειας εμπειρίας (22ΣΤ) για τα κριτήρια 22Γ και 22Δ, οι απαιτήσεις πρέπει να συντρέχουν στον οικονομικό φορέα που παρέχει τη δάνεια εμπειρία. Και τούτο, διότι οι προσβαλλόμενοι όροι είναι δυσανάλογοι με το αντικείμενο της σύμβασης, εμπεριέχοντας όρους και απαιτήσεις με τρόπο, που περιορίζει αδικαιολόγητα τους δυνάμενους να

συμμετάσχουν, όπως εν προκειμένω έκαστη των προσφευγουσών ενώσεων κατά τρόπο δυσανάλογο με το υπό δημοπράτηση αντικείμενο, ενώ η απαίτηση να συντρέχει καθένας από τους όρους αυτούς στο πρόσωπο ενός προσφέροντα, φωτογραφίζει αποκλειστικά τις εταιρείες της ... τάξης. Ειδικότερα, διότι είναι πρακτικά αδύνατον μεμονωμένη εταιρεία ... κατηγορίας να διαθέτει ίδια κεφάλαια ύψους 44 εκ και πάγια 9 εκ, να στελεχώνεται από 7 μηχανικούς με 12ετή εμπειρία στα υδραυλικά έργα κλπ, να διαθέτει κατά την τελευταία μόνο 5ετία αθροιστικά εμπειρία σε υδραυλικά έργα ύψους 36.600.000€, και μηχανικό εξοπλισμό που αναφέρεται και συνδέεται άμεσα με κατασκευαστικές δραστηριότητες έργων αξίας 2.700.000,00€, περιορίζοντας με το τρόπο αυτό υπέρμετρα τον κύκλο των εταιρειών, που μπορούν να λάβουν μέρος στο Διαγωνισμό, ή /και υποχρεώνοντάς τις σε κάθε περίπτωση να συμπράξουν με εταιρεία ... τάξης(έστω και χρησιμοποιώντας τη δάνεια εμπειρία αυτής) εις βάρος του δημοσίου συμφέροντος, καθώς η περαιτέρω συμμετοχή ενώσεων εταιρειών θα διασφάλιζε την κατάθεση καλύτερων προσφορών. Συνεπώς, και για τους λόγους αυτούς, τα ανωτέρω κριτήρια θα πρέπει να ακυρωθούν. Επί των ανωτέρω ισχυρισμών, με το από 18-05-2023 έγγραφο των απόψεών της η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: *«Μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (16-5-2023) δεν εγκρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας και ως εκ τούτου δεν παρατάθηκε η καταληκτική ημερομηνία στο ΕΣΗΔΗΣ, με αποτέλεσμα να κλείσει ο διαγωνισμός στις 16-5-2023, ούτε απεστάλη σχετική γνωστοποίηση στο ... Σημειώνεται επίσης ότι στο ΕΣΗΔΗΣ δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά στον διαγωνισμό. Με βάση τα ανωτέρω, κρίνουμε ότι παρέλκει η εξέταση των ως άνω αναφερόμενων προδικαστικών προσφυγών ως άνευ αντικειμένου, καθώς επί της ουσίας ο διαγωνισμός έχει ακυρωθεί. Σε περίπτωση που κρίνετε διαφορετικά, παρακαλούμε να μας ενημερώσετε το ταχύτερο δυνατόν, προκειμένου να προβούμε στις δέουσες ενέργειες. Η Υπηρεσία μας θα εισηγηθεί την επαναδημοπράτηση του έργου, εξετάζοντας τα αιτήματα των οικονομικών φορέων που διατυπώθηκαν στις σχετικές προδικαστικές προσφυγές».*

12. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της α' προσφεύγουσας να προβάλει τον υπό κρίση λόγο της προσφυγής, αυτή

Αριθμός απόφασης: 957,958,959/2023

ισχυρίζεται τα ακόλουθα: Οι εταιρείες που αποτελούν την προσφεύγουσα ένωση διαθέτουν αθροιστικά ίδια κεφάλαια ύψους 56.178.606,46 Ευρώ και πάγια στοιχεία ύψους 14.394.427,99 Ευρώ, εκ των οποίων: i) μηχανολογικός εξοπλισμός (ο οποίος συνδέεται άμεσα με κατασκευαστικές δραστηριότητες έργων) 2.736.463,35 Ευρώ, ii) κτήρια – οικόπεδα 10.631.029,57 Ευρώ, iii) λοιπός εξοπλισμός – μεταφορικά μέσα 931.719,98 Ευρώ. Πιο αναλυτικά, όσον αφορά κάθε μέλος της ένωσης: Α) Η λογιστική καθαρή θέση (ιδία κεφάλαια) της «...» την 31/12/2022 ανέρχεται στο ποσό των 11.337.294,95 € και τα πάγια αυτής σε 2.304.884,55 € τα οποία αναλύονται ως εξής: 1 ... 1.035.495,77, 2 ... 881.585,80, 3 ... 387.802,98. Β) Η λογιστική καθαρή θέση (ιδία κεφάλαια) της «...» την 31/12/2022 σύμφωνα με τα βιβλία της και τις λογιστικές της καταστάσεις ανέρχεται στο ποσό των 7.584.566,55 € και τα πάγια αυτής σε 4.101.586,53 € τα οποία αναλύονται ως εξής: 1 ... 712.139,56, 2 ... 2.944.278,57, 3 ... 424.028,31. Γ) Η λογιστική καθαρή θέση (ιδία κεφάλαια) της «...» την 31/12/2022 ανέρχεται στο ποσό των 26.919.371,62 € και τα πάγια αυτής σε 6.030.084,35 € τα οποία αναλύονται ως εξής: 1 ... 44.467,13, 2 ... 5.955.375,35, 3 ... 30.241,87. Δ) Η λογιστική καθαρή θέση (ιδία κεφάλαια) της «...» την 31/12/2022 ανέρχεται στο ποσό των 10.337.373,34 €, και τα πάγια αυτής σε 1.883.797,56 € τα οποία αναλύονται ως εξής: 1 ... 944.360,89 2 ... 849.789,85 3 ... 89.646,82. Όστε, η ένωση ... είναι ικανή οικονομικά να στηρίξει την εκτέλεση του εν λόγω έργου, διασφαλίζοντας την εμπρόθεσμη και ποιοτική αποπεράτωσή του. Περαιτέρω, η α' προσφεύγουσα διαθέτει ως ένωση τους απαιτούμενους από τη διακήρυξη μηχανικούς, όπως αυτό προκύπτει από τη στελέχωση των πτυχίων των εταιρειών/μελών της. Ωστόσο, η ανωτέρω διατύπωση της παραγράφου α του άρθρου 22 την αποκλείει από τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, απαιτώντας την ικανοποίηση της ως άνω απαίτησης από τουλάχιστον ένα μέλος της ένωσης. Ακόμη, η α' προσφεύγουσα παραθέτει στην προσφυγή της, ενδεικτικά, πίνακα με τα σχετικά έργα των μελών της ένωσης, από τον οποίο αποδεικνύεται η εμπειρία της στην εκτέλεση υδραυλικών έργων. Όστε, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της, όπως προκύπτει από τα ανωτέρω στοιχεία των εταιρειών/ μελών της και βάσει των διδαγμάτων της κοινής πείρας αυτή είναι καθ' όλα ικανή να εκτελέσει το υπό

κρίση έργο, διαθέτοντας μεγάλη εμπειρία σε αντίστοιχα με αυτό της Διακήρυξης υδραυλικά έργα, ούσα στελεχωμένα από τους απαιτούμενους και έμπειρους μηχανικούς και διαθέτοντας συνολικά τον απαραίτητο εξοπλισμό. Παρ' όλα αυτά, η απαίτηση της διακήρυξης, ότι κάθε ξεχωριστή απαίτηση του κεφαλαίου Δ (κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας), πρέπει να ικανοποιείται μεμονωμένα από ένα τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης, «φωτογραφίζει» την αναγκαστική συμμετοχή εταιρειών ... τάξης, αποκλείοντας ακόμη και τη συμμετοχή ενώσεων/κοινοπραξιών της αμέσως επόμενης κατηγορίας, κατά παράβαση των αρχών της ισότητας, της αναλογικότητας και της οικονομικής ελευθερίας.

13. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της β' προσφεύγουσας να προβάλει τον υπό κρίση λόγο της προσφυγής, αυτή ισχυρίζεται τα ακόλουθα: Τα μέλη της ένωσης είναι υγιείς οικονομικά επιχειρήσεις με εργοληπτικά πτυχία ... και διαθέτουν σωρευτικά την τεχνική – επαγγελματική ικανότητα, που ζητείται από το άρθρο 22.Δ. της διακήρυξης, υπερκαλύπτοντας τόσο τον αριθμό των απαιτούμενων στελεχών/μηχανικών, όσο και το ποσόν του ζητούμενου μηχανικού εξοπλισμού (2,7 εκ.€), περαιτέρω δε έχουν εκτελέσει τόσο μεμονωμένα όσο και σε κοινοπραξίες μεγάλα και σημαντικά παρόμοια έργα. Ειδικότερα, η εταιρεία μέλος της ένωσης ... έχει εκτελέσει την τελευταία 5ετία ... (...) συνολικού ύψους 8.692.844,48€, η εταιρεία μέλος της ένωσης ... έχει εκτελέσει την τελευταία 5ετία υδραυλικά έργα συνολικού ύψους 12.731.496,92€, η εταιρεία μέλος της ένωσης ... έχει εκτελέσει την τελευταία 5ετία ... έργα συνολικού ύψους 3.995.834,29€ και η εταιρεία μέλος της ένωσης ... έχει εκτελέσει την τελευταία 5ετία υδραυλικά έργα συνολικού ύψους 19.141.695,28€. Συνεπώς, εάν η διακήρυξη δια των προσβαλλόμενων όρων επέτρεπε την συνάθροιση των εν λόγω ικανοτήτων, η ένωση θα μπορούσε να συμμετάσχει στον διαγωνισμό.

14. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος της γ' προσφεύγουσας να προβάλει τον υπό κρίση λόγο της προσφυγής, αυτή προσκομίζει Πίνακα με τα δημοσιευμένα οικονομικά στοιχεία των εταιρειών-μελών της ένωσης προς απόδειξη ότι αυτά καλύπτουν, αθροιστικά, όλα τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22 της διακήρυξης. Επίσης, ισχυρίζεται ότι τα

μέλη της καλύπτουν αθροιστικά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια καθώς επίσης και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, που απαιτούνται από τη διακήρυξη, για να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό.

15. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή, μετά την έκδοση και κοινοποίηση σε αυτήν της υπ' αρ. 475, 476, 477/2023 απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ για την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεν μετέθεσε την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Εν συνεχεία, με τις από 18-05-2023 απόψεις της ισχυρίστηκε ότι «*επί της ουσίας ο διαγωνισμός έχει ακυρωθεί*», χωρίς όμως να επικαλείται την έκδοση απόφασης ακύρωσης. Ωστε, επί της ουσίας η αναθέτουσα αρχή με τα ανωτέρω ισχυρίζεται ότι, λόγω της μη μετάθεσης της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής των προσφορών, ο ηλεκτρονικός τόπος του διαγωνισμού «έκλεισε» και δεν μπορούν να υποβληθούν προσφορές. Πλην όμως, τα ανωτέρω επικαλούμενα από την αναθέτουσα αρχή ζητήματα, σχετικά με τη λειτουργία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, είναι αποκλειστικά τεχνικής φύσης και σε καμία περίπτωση δεν καθιστούν τον διαγωνισμό άκυρο και πολύ περισσότερο δεν στερούν το έννομο συμφέρον των ανωτέρω προσφερόντων να προσβάλουν τη διακήρυξη. Ωστε, δεν παρέλκει η εξέταση της προσφυγής, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, καθώς ο διαγωνισμός ούτε ανακλήθηκε ούτε ακυρώθηκε, οι δε προσφεύγουσες διατηρούν ακέραιο το έννομο συμφέρον να εξεταστούν στην ουσία τους οι λόγοι της προσφυγής τους και να εκδοθεί σχετική απόφαση από την ΕΑΔΗΣΥ. Άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή, σε περίπτωση απόρριψης των προσφυγών, δύναται ευχερώς με τις κατάλληλες τεχνικές επεμβάσεις και με τη συνδρομή των αρμοδίων υπηρεσιών του ΕΣΗΔΗΣ, μετά τον ορισμό νέας καταληκτικής προθεσμίας για την υποβολή προσφορών, να «ανοίξει» εκ νέου το σύστημα προς υποβολή αυτών.

16. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «[...] 22 Γ «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια»: *«Κάθε προσφέρων μεμονωμένος οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει κατ' ελάχιστον: 1 Ίδια κεφάλαια ελάχιστου ύψους 44.000.000,00€... και 2. Πάγια στοιχεία ελάχιστου ύψους 9.000.000,00€. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις*

πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά στο σύνολό τους σε ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης. Αναλογικά, στην περίπτωση επίκλησης δάνειας εμπειρίας, οι παραπάνω απαιτήσεις θα πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά στο σύνολό τους στον οικονομικό φορέα που παρέχει τη δάνεια εμπειρία...»[...] 22. Δ «α. κάθε μεμονωμένος προσφέρων οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει στην κατηγορία «...» κατ'ελάχιστον 7 μηχανικούς με 12ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ αυτών, ή 6 μηχανικούς με 12ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ αυτών και 2 μηχανικούς με 9ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ αυτών, ή 5 μηχανικούς με 12ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ αυτών και 4 μηχανικούς με 9ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ αυτών ή 4 μηχανικούς με 12ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ αυτών και 6 μηχανικούς με 9ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ αυτών. Σε περίπτωση ένωσης, η παρακάτω απαίτηση θα πρέπει να ικανοποιείται από ένα τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης[...].β. [...] κάθε μεμονωμένος προσφέρων οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει μηχανικό εξοπλισμό που αναφέρεται και συνδέεται άμεσα με κατασκευαστικές δραστηριότητες έργων, κατ'ελάχιστον ύψους 2.700.000,00€. Σε περίπτωση ένωσης, η παρακάτω απαίτηση θα πρέπει να ικανοποιείται από ένα τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης. Αναλογικά, στην περίπτωση επίκλησης δάνειας εμπειρίας, η παραπάνω απαίτηση θα πρέπει να ικανοποιείται στο σύνολό της από έναν οικονομικό φορέα που παρέχει τη δάνεια εμπειρία». «γ. [...] κάθε μεμονωμένος προσφέρων οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει στην κατηγορία «...» αθροιστικά εμπειρία, κατά την τελευταία πενταετία, κατ'ελάχιστον ίση με:36.600.000€. Σε περίπτωση ένωσης, η παραπάνω απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης. Αναλογικά, στην περίπτωση επίκλησης δάνειας εμπειρίας, η παραπάνω απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται στο σύνολό της από έναν (1) οικονομικό φορέα που παρέχει τη δάνεια εμπειρία [...]22.ΣΤ [...]: «...Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων (για τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα). Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα

σχετικά κριτήρια επιλογής και, εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη.».

17. Επειδή, καταρχήν, αορίστως προβάλλεται από τις προσφεύγουσες ότι οι ως άνω προβλεπόμενες απαιτήσεις οικονομικής - χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής - επαγγελματικής ικανότητας δεν είναι σύμφωνες με το αντικείμενο της σύμβασης, αλλά είναι δυσανάλογες και υπερβολικές. Και τούτο, διότι σε καμία από τις προσφυγές δεν εξειδικεύεται και αναλύεται γιατί, με βάση τον συγκεκριμένο προϋπολογισμό (48.387.096,77 € χωρίς ΦΠΑ) και την κατηγορία του έργου, όπως αναλύονται στη διακήρυξη, μία έκαστη των ανωτέρω απαιτήσεων υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης και είναι υπερβολική, άλλως δεν είναι πρόσφορη για την απόδειξη της ύπαρξης οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στη συγκεκριμένη περίπτωση. Άλλωστε, όπως προκύπτει από τη συνολική επισκόπηση των προσφυγών, ο συγκεκριμένος λόγος ακύρωσης συνδέεται ιδίως με την απαίτηση για σώρευση των επιμέρους απαιτούμενων κριτηρίων στο πρόσωπο ενός μόνο μέλους της ένωσης ή/και του τρίτου δανείζοντος εμπειρία.

18. Επειδή, ειδικότερα, όπως προκύπτει από τους ανωτέρω (προσβαλλόμενους) όρους της διακήρυξης, οι απαιτήσεις των άρθρων 22.Γ και 22.Δ, ακόμη και σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά στο πρόσωπο τουλάχιστον ενός από της μέλη της ένωσης, ενώ, επίσης, και σε περίπτωση επίκλησης δάνειας εμπειρίας (κατ' άρθρο 22.ΣΤ) θα πρέπει σύμφωνα με το λεκτικό των δύο ανωτέρω άρθρων, οι απαιτήσεις αυτές να ικανοποιούνται στο σύνολό τους στο πρόσωπο ενός τουλάχιστον τρίτου δανείζοντος οικονομικού φορέα. Αυτό, όμως, συνιστά δυσανάλογη απαγόρευση, που εισάγεται τόσο στο άρθρο 22Γ περί χρηματοοικονομικής επάρκειας, όσο και στο άρθρο 22Δ, σύμφωνα με τα οποία δεν είναι επιτρεπτή η άθροιση της ικανότητας και της εμπειρίας των μελών της ένωσης διότι: *«σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά στο σύνολό τους σε ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης»*. Και τούτο, διότι η υποχρέωση πλήρωσης, τουλάχιστον από ένα μέλος της ένωσης, όλων των οικονομικών –

χρηματοοικονομικών απαιτήσεων και τεχνικών απαιτήσεων, χωρίς να επιτρέπεται η άθροιση-συνένωση των δυνατοτήτων περισσοτέρων φορέων, σε συνδυασμό με τους επιμέρους, ειδικούς όρους, που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, μειώνει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και εγείρει διακρίσεις σε βάρος των μελών της εκάστοτε ένωσης, τα οποία, αθροιστικά, πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της προσβαλλόμενης διακήρυξης, πλην όμως δεν μπορούν να συμμετάσχουν εξ αιτίας των προαναφερθέντων όρων της διακήρυξης περί σώρευσης του συνόλου των απαιτήσεων σε ένα μόνο μέλος της ένωσης. Ταυτόχρονα, οι τεθέντες περιορισμοί προάγουν την εκτέλεση συγκεκριμένων έργων από στενό κύκλο εργοληπτών, οι οποίοι έχουν εκτελέσει ακριβώς το ίδιο αντικείμενο στο παρελθόν, αποκλείοντας εκ προοιμίου έτερους οικονομικούς φορείς, οι οποίοι διά της σύμπραξης και της άθροισης-συνένωσης των επιμέρους πάσης φύσεως προσόντων τους -χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής επαγγελματικής ικανότητας- διαθέτουν τις ικανότητες να διεκδικήσουν το έργο, (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 419/2023, 568/2023). Άλλωστε, η άθροιση των δυνατοτήτων-ικανοτήτων και της εμπειρίας, στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων, πρέπει όχι μόνο να τελεί σε αναλογία με το αντικείμενο της σύμβασης και να προάγει την ευρύτητα του ανταγωνισμού, αλλά και να προωθεί την διάχυση της εμπειρίας εκτός ενός στενού "κύκλου" εργοληπτών καθώς και τη κτήση εμπειρίας από περισσότερους, ενέργεια που δέον είναι να συνάδει με τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 419/2023, Εκτελεστικό Συμβούλιο). Σε αντίθεση με τα ανωτέρω, στη συγκεκριμένη περίπτωση, η απαίτηση να συντρέχει καθένα από τα παραπάνω κριτήρια στο πρόσωπο ενός προσφέροντα, ουσιαστικά αναφέρεται αποκλειστικά σε εταιρείες της ... τάξης, αφού είναι πρακτικά αδύνατο μεμονωμένη εταιρεία λ.χ ... κατηγορίας να διαθέτει όλες τις προβλεπόμενες απαιτήσεις της διακήρυξης, δηλαδή ίδια κεφάλαια ύψους 44 εκ και πάγια 9 εκ, να στελεχώνεται από 7 μηχανικούς με 12ετή εμπειρία στα υδραυλικά έργα κλπ, να διαθέτει κατά την τελευταία μόνο 5ετία αθροιστικά εμπειρία σε υδραυλικά έργα 36.600.000€ και μηχανικό εξοπλισμό, που αναφέρεται και συνδέεται άμεσα με κατασκευαστικές δραστηριότητες έργων αξίας 2.700.000,00€ (βλ. ΠΔ 71/2019), περιορίζοντας με τον τρόπο αυτό

υπέρμετρα τον κύκλο των εταιρειών, που μπορούν να λάβουν μέρος στο διαγωνισμό ή /και υποχρεώνοντάς τις σε κάθε περίπτωση να συμπράξουν με εταιρεία ... Από την άλλη, αποκλείεται εκ προοιμίου μια εταιρεία και πολύ περισσότερο μία ένωση εταιρειών, που έχει εκτελέσει ή έχει συμμετάσχει στην εκτέλεση παρόμοιων έργων και σύμφωνα με την κείμενη εθνική νομοθεσία μπορεί να αναλαμβάνει τέτοιας ή παρόμοιας φύσης και μεγέθους έργα και επίσης έχει την εμπειρία να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό και να αναλάβει και εκτελέσει επιτυχώς το υπό δημοπράτηση έργο.

19. Επειδή, περαιτέρω, οι ανωτέρω όροι, οι οποίοι εισάγουν σοβαρούς περιορισμούς στην παραδεκτή συμμετοχή των οικονομικών φορέων, που επιθυμούν να συμμετάσχουν ως ένωση στο διαγωνισμό, θα πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς σε σχέση με το αντικείμενο της οικείας σύμβασης και να τηρείται η αναλογία μεταξύ του επιδιωκόμενου με μια τέτοια πρόσθετη απαίτηση σκοπού και των μέσων, που χρησιμοποιούνται για την επίτευξή του ,ώστε να διαφυλάσσεται και ο χαρακτήρας του διαγωνισμού ως ανοικτού (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Pippo Pizzo, C-27/2015, σκ. 28, απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, σκ. 40 και απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, σκ.35). Στη συγκεκριμένη περίπτωση ουδεμία αιτιολογία παρατίθεται για τη θέσπιση των προσβαλλόμενων περιορισμών, που τίθενται με την απαγόρευση άθροισης ικανοτήτων, καθώς η αναθέτουσα αρχή δεν έχει διαλάβει καμία αιτιολογία για την ως άνω απαίτηση και ιδίως δεν εκθέτει ότι λ.χ πρόκειται για εργασίες με συγκεκριμένες ιδιαιτερότητες, που απαιτούν ικανότητα, μη δυνάμενη να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστονος ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων. Επομένως, οι ως άνω απαιτήσεις της διακήρυξης περί συρροής του συνόλου των πρόσθετων απαιτήσεων στο πρόσωπο μόνον ενός μέλους της ένωσης είναι ακυρωτέες. Άλλωστε, όπως έχει κριθεί με την απόφαση 419/2023 της ΕΑΔΗΣΥ, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν, όχι μόνο να μην προβλέπουν αναιτιολόγητους περιορισμούς απαγορευτικούς της συμμετοχής σε διαγωνισμούς ανάλογα με την τάξη πτυχίου, αλλά ούτε και να διατηρούν έμμεσες απαγορεύσεις, οι οποίες καταλήγουν στο να αποκλείεται από διαγωνιστική διαδικασία ένας οικονομικός φορέας, ο οποίος είναι εγγεγραμμένος στο μητρώο, έχει καταταγεί σε μία τάξη

πτυχίου και έχει τα ουσιαστικά προσόντα για την αναβάθμισή του σε ανώτερη τάξη, χωρίς να το έχει πράξει ακόμη ή ένας οικονομικός φορέας, του οποίου τα οικονομικά στοιχεία είναι τέτοια (αυτοτελώς ή μέσω δανεισμού τρίτων), που θα παρείχαν εχέγγυα για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως να του δίνεται η δυνατότητα να αποδείξει ότι πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Ειδικότερα, εν προκειμένω, ενώ στη διακήρυξη ρητά ορίζεται ότι *«...στην περίπτωση εργοληπτικής επιχείρησης εγγεγραμμένης στο ΜΕΕΠ με πτυχίο ... τάξης δεν απαιτείται οι επιχειρήσεις να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια, ούτε την τεχνική και επαγγελματική τους ικανότητα...»*, οι ενώσεις οικονομικών φορέων που πληρούν τα κριτήρια των άρθρων 22Γ και 22 Δ (ήτοι τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας) και μπορούν να αποδείξουν τούτο (και μάλιστα, δίχως καν να χρειάζεται να καταφύγουν σε δάνεια εμπειρία), αποκλείονται από τη συμμετοχή, απλά και μόνο με την προσθήκη του όρου: *«οι ελάχιστες απαιτήσεις πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά στο σύνολό τους, σε ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης»*. Ως εκ τούτου, οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, που απαγορεύουν κατ' ουσίαν την άθροιση της χρηματοοικονομικής ικανότητας και της τεχνικής-επαγγελματικής εμπειρίας μεταξύ των μελών της ένωσης, στερούνται νομιμότητας.

20. Επειδή, ακόμη, με τις ως άνω διατάξεις η προσβαλλόμενη διακήρυξη απαγορεύει, σε περίπτωση ένωσης, την άθροιση της εμπειρίας μεταξύ πλειόνων οικονομικών φορέων της ένωσης, κατά τρόπο πλήρως αντιφατικό με την πρόβλεψη του άρθρου 22.ΣΤ, κατά το σκέλος που ακολουθεί τα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων, σύμφωνα με το οποίο η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των μελών της. Εξ άλλου, το άρθρο 78 (Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων) του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με την πάγια πρόβλεψη του άρθρου 22.ΣΤ, όπως έχει τεθεί στα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων, περί στήριξης στις ικανότητες των μελών της ένωσης, επιτρέπει την άθροιση των ικανοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων-μελών ένωσης και αποσκοπεί στην παροχή δυνατότητας συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς μέσω συμμετοχικών σχημάτων πάσης φύσεως και στη διασφάλιση,

συνακόλουθα, ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών Αρχών. Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη διακήρυξη με τον μη νόμιμο περιορισμό της, όπως τέθηκε στα άρθρα 22.Γ, 22 Δ(β) και 22Δ (γ), απαγορεύει χωρίς αιτιολογία τη συνένωση εμπειρίας και πόρων των μελών ένωσης, ώστε, στηριζόμενα αθροιστικά το ένα στην εμπειρία του άλλου και συνενώνοντας αυτήν στο κοινό σχήμα της ένωσης, να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό. Πλην όμως, σε μια τέτοια περίπτωση, δηλαδή περιορισμού της συνένωσης εμπειρίας και πόρων των μελών ένωσης, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει να αιτιολογήσει ειδικώς τον όρο που θέτει στη διακήρυξη, σύμφωνα με τον οποίο το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας πρέπει να καλύπτεται από ένα μόνον οικονομικό φορέα η, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, στον βαθμό όμως που η απαίτηση αυτή συνδέεται με το αντικείμενο της οικείας σύμβασης και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας. Επιπλέον, έχει κριθεί ότι δεν συντρέχει η ανωτέρω εξαιρετική περίπτωση, η οποία επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή «να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από έναν μόνον οικονομικό φορέα», όταν η επίμαχη ικανότητα είναι αμιγώς οικονομικής φύσης (βλ. προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα επί της υπόθεσης C-27/2015, σκ.41). Όστε, με τα ανωτέρω δεδομένα, η παροχή της δυνατότητας στους διαγωνιζομένους να επικαλεσθούν την ικανότητα πλειόνων του ενός οικονομικών φορέων για την ικανοποίηση των σχετικών απαιτήσεων, είναι επιβεβλημένη. Ως εκ τούτου, οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, που απαγορεύουν την άθροιση της χρηματοοικονομικής ικανότητας και της τεχνικής-επαγγελματικής εμπειρίας μεταξύ των μελών της ένωσης ή/ και μεταξύ πλειόνων τρίτων οικονομικών φορέων που δανείζουν εμπειρία, στερούνται νομιμότητας. (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 568/2023).

21. Επειδή, εν όψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις του παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει ν' ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ ΕΑ

Αριθμός απόφασης: 957,958,959/2023

1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C448/2001, σκέψεις 92-95), ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς, οι οποίοι δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξ αιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η εν θέματι Διακήρυξη πρέπει ν' ακυρωθεί στο σύνολό της

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα των προσφυγών να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη κατά το σκεπτικό και να επιστραφούν τα παράβολα έκαστου προσφεύγοντος (βλ. σκέψη 1).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τις προδικαστικές προσφυγές.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων στις α', β' και γ' προσφεύγουσες.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9-06-2023 και εκδόθηκε στις 29-06-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ