

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ειρήνη Αφοκάρδου και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20/6/2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 877/21-6-2022 προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων (η προσφεύγουσα) με μέλη: α) την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία ...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και β) την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία ...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ... ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (η αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ. 675/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (αριθμός Πρακτικού 14/3-6-2022), κατά το μέρος της με το οποίο αποκλείστηκε η προσφεύγουσα από τον διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου εκπόνησης της «Μελέτης αποπεράτωσης ... Δημοτικού Νοσοκομείου του ... (1ο Υποέργο)».

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 5.035,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 1.006.777,66 ευρώ άνευ ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Επειδή, με Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής εγκριθείσα με την υπ' αριθ. ... (πρακτικό Νο 05/17-03-2022) (ΑΔΑ ...) απόφαση της Οικονομικής

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

Επιτροπής της προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου εκπόνησης της ΜΕΛΕΤΗΣ ΑΠΟΠΕΡΑΤΩΣΗΣ ... ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΤΟΥ .../1ο ΥΠΟΕΡΓΟ: ΜΕΛΕΤΗ ΑΠΟΠΕΡΑΤΩΣΗΣ ... ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΤΟΥ ... εκτιμώμενης αξίας 1.006.777,66 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 10/5/2022. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) συνολικά οικονομικοί φορείς και ενώσεις οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Με το Πρακτικό 1 περί αποσφράγισης και αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών προσφορών η Επιτροπή Διαγωνισμού αφενός εισηγήθηκε την απόρριψη δύο (2) ενώσεων οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, με την αιτιολογία ότι, παρά το γεγονός ότι *«το σύνολο των μελετών της διακήρυξης γίνεται υποχρεωτικά από συμμετέχοντα στην ένωση οικονομικό φορέα και δεν μπορεί να γίνει από άλλο φορέα στον οποίο βασίζονται οι διαγωνιζόμενοι και άρα ουσιαστικά δεν επιτρέπεται η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία) σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης»*, οι αποκλειόμενες ενώσεις *«δηλώνουν την στήριξη τους σε άλλους οικονομικούς φορείς για την εκπλήρωση απαιτήσεων των κριτηρίων επιλογής και ειδικότερα της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παραγράφου 19.3 της διακήρυξης»* και αφετέρου αξιολόγησε και βαθμολόγησε τις τεχνικές προσφορές των λοιπών τριών (3) συμμετεχουσών. Το ανωτέρω πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού επικυρώθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποκλείστηκαν από τον διαγωνισμό δύο διαγωνιζόμενες ενώσεις οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, και προκρίθηκαν στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού οι λοιπές τρεις συμμετέχουσες, κατόπιν της βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών τους.

3. Επειδή, προκήρυξη σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση την 1^η/4/2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ενώ η Διακήρυξη αναρτήθηκε στις 4/4/2022 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό Α/Α ...

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (μελέτη), 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 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε νόμιμα δια του συστήματος «Επικοινωνία» του διαγωνισμού, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένη και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, στις 20/6/2022 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΕΑΔΗΣΥ. Είναι δε και εμπρόθεσμη δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 9/6/2022.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον, προβάλλοντας ότι υφίσταται βλάβη από τον, κατά τους ισχυρισμούς της, μη νόμιμο και αντίθετο προς την Διακήρυξη αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού και υπέβαλε τις απόψεις της επ' αυτής στις 27/6/2022, νομίμως και εμπροθέσμως.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως συμπληρωματικό υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού την 1^η/7/2022.

9. Επειδή, με την υπ' αριθ. 1277/2022 Πράξη της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι «μέχρι την

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε΄ της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος». Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

11. Επειδή, με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απόφασης αποκλεισμού της από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία προβάλλοντας ειδικότερα τα εξής: «*Η αιτιολογία αποκλεισμού μας, την οποία με πρόδηλο έννομο συμφέρον προσβάλλουμε, ως (μη νομίμως) αποκλεισθέντες, τυγχάνει αβάσιμη και πλημμελής, για τους εξής αναλυτικώς αναφερόμενους λόγους: 2. ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Μη σύννομη 11. η ψευδο-ερμηνευτική συναγωγή μη ισχύος ('...ουσιαστικά...') ρητών και επάλληλων κανονιστικών προβλέψεων περί του επιτρεπτού δανεισμού ικανοτήτων άλλων φορέων. ... 2.3. Στο πλαίσιο του νυν επίμαχου Διαγωνισμού, λοιπόν, πόρρω απέχει από .το πραγματικό κανονιστικό του πλαίσιο η - αποτελούσα το μοναδικό επιχείρημα αποκλεισμού μας και 'ερμηνευτικά' συναγόμενη παραδοχή της Αναθέτουσας ότι δήθεν '...ουσιαστικά. (!!!) δεν επιτρέπεται η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων...'. Τούτο, διότι η Διακήρυξη και το ΕΕΕΣ επαναλαμβάνουν ΡΗΤΩΣ και ΑΔΙΑΣΤΙΚΤΩΣ σε πλείονες όρους τους το δικαίωμα του Διαγωνιζομένου να προσφύγει στις ικανότητες ' τρίτων' και δη για την πλήρωση της ειδικής τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας. Ειδικότερα: Το άρθρο 19.3.Β. της Διακήρυξης προβλέπει τα εξής, αναφορικά με την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα: ... Το άρθρο 19.5. της Διακήρυξης, λοιπόν, με τίτλο 'Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων - δάνεια εμπειρία', ορίζει τα εξής:... Συναφώς, το άρθρο 22.2.5 της Διακήρυξης '22.2.5 Δικαιολογητικά για την απόδειξη της στήριξης σε ικανότητες άλλων φορέων (δάνειας εμπειρίας)' ορίζει ότι: ... Περαιτέρω, το προδιατυπωμένο. από την Αναθέτουσα Αρχή και δεσμευτικό τόσο για την ίδια, όσο και για τους Διαγωνιζόμενους ΕΕΕΣ*

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

περιέχει, μεταξύ άλλων και τα εξής (προς απάντηση) ερωτήματα, προδήλως δηλωτικά του δικαιώματος των Διαγωνιζομένων να προσφεύγουν στις ικανότητες τρίτων: Στο Μέρος II: 'Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων - Βασίζεται σε ικανότητες άλλων οντοτήτων - Ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα (τυχόν) κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω;'. Στο Μέρος IV: 'Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα': 'Ποσοστό υπεργολαβίας - Ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας το ακόλουθο μέρος (δηλαδή ποσοστό) της σύμβασης. Επισημαίνεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας έχει αποφασίσει να αναθέσει μέρος της σύμβασης σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας και στηρίζεται στις ικανότητες του υπεργολάβου για την εκτέλεση του εν λόγω μέρους, τότε θα πρέπει να συμπληρωθεί χωριστό ΕΕΕΣ για τους σχετικούς υπεργολάβους, βλέπε μέρος II, ενότητα Γ ανωτέρω.'. Από το συνδυασμό των ως άνω επάλληλων κανονιστικών όρων του ένδικου Διαγωνισμού συνάγεται σαφώς και αδιασίκτως ότι ήταν ρητώς επιτρεπτή η επίκληση και στήριξη του Διαγωνιζόμενου στις ικανότητες τρίτων, καθώς και ο ορισμός των ως υπεργολάβων τμημάτων της μελέτης. Ως εκ τούτου, πλημμελής τυγχάνει η αιτιολογία της προσβαλλόμενης ότι '...ουσιαστικά (sic!)δεν επιτρέπεται η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία) σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης...'. 2.3. Περαιτέρω, εξάλλου, έχει κριθεί ότι, σε περίπτωση στήριξης προς πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, που αφορά προηγούμενη εμπειρία του οικονομικού φορέα σε συγκεκριμένες προηγούμενες συμβάσεις, η στήριξη αυτή προϋποθέτει υποχρεωτικά, για το παραδεκτό της επίκλησής της και ανάθεση στον τρίτο των οικείων εργασιών που σχετίζονται με τις ικανότητες που παρέχει ως στήριξη, ήτοι με την εμπειρία του σε συναφή έργα, χωρίς να αρκεί οιασδήποτε άλλης μορφής επίκληση διάθεσης πόρων στον προσφέροντα. Συνεπώς, σε τέτοια περίπτωση, ως η προκειμένη, ο τρίτος παρέχων στήριξη, δια της επαγγελματικής του εμπειρίας, είναι συγχρόνως υποχρεωτικά και υπεργολάβος, σε αντίθετη δε περίπτωση, απαραδέκτως τυγχάνει επίκλησης προς πλήρωση του κριτηρίου επιλογής και δεν λαμβάνεται υπόψη η στήριξή του (ΑΕΠΠ 1777/2021, σκ. 3, ΑΕΠΠ 641/2018). Δηλαδή,

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

παρότι η έννοια του 'υπεργολάβου' είναι, καταρχήν, απολύτως διακριτή από αυτήν του ' τρίτου οικονομικού φορέα', κατά την έννοια των άρ. 78 και 307 Ν. 4412/2016, ουδόλως αποκλείεται η σύμπτωσή τους, ως αυτοτελείς, διαφορετικές αλλά ουδόλως αλληλοαποκλειόμενες ιδιότητες, στο πρόσωπο ενός τρίτου από τον ανάδοχο οικονομικού φορέα. Δηλαδή, ουδόλως αποκλείεται ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων, να προτείνεται και ως υπεργολάβος για την εκτέλεση τμήματος της σύμβασης (ή με αντίστροφη διατύπωση, ότι ο προτεινόμενος υπεργολάβος παρέχει συγχρόνως τέτοια στήριξη). Εξάλλου, η περίπτωση αυτή της σύμπτωσης, όχι απλά επιτρέπεται, αλλά σε συγκεκριμένες περιπτώσεις ρητά επιβάλλεται από το άρ. 307 παρ. 2 (όμοιο και το άρθρο 78 παρ. 1 εδ. β') του Ν. 4412/2016, όπως όταν οι 'δάνειες ικανότητες' αφορούν την επαγγελματική εμπειρία, αφού ο τρίτος οικονομικός φορέας μπορεί να τύχει σύννομης επίκλησης μόνο αν εκτελέσει ο ίδιος τις εργασίες, όπου οι συγκεκριμένες ικανότητες επί των οποίων παρέχει στήριξη, θα χρησιμοποιηθούν. Μάλιστα, η ανωτέρω υποχρεωτική ανάθεση υπεργολαβίας, σε περίπτωση που οι δανειζόμενες ικανότητες συνίστανται στην επαγγελματική εμπειρία του τρίτου, μεταφέρθηκε αυτούσια και στο ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού, παρ' ουδενός προσβληθείσα, ως εξής: α) Στο άρθρο 19.5. της Διακήρυξης: 'Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. β) Στο άρθρο 22.2.5. της Διακήρυξης: '...Σε περίπτωση που ο τρίτος διαθέτει στοιχεία τεχνικής ή επαγγελματικής καταλληλότητας που σχετίζονται ... με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, θα δεσμεύεται ότι θα εκτελέσει τις εργασίες ή υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, δηλώνοντας το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει.'. 2.4. Υπό το πρίσμα, λοιπόν, των ανωτέρω νομοθετικών και κανονιστικών προβλέψεων και ιδίως της ρητώς επιτρεπόμενης στήριξης των Διαγωνιζομένων στις ικανότητες τρίτου, για την πλήρωση της ειδικής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, η αληθής έννοια της πρόβλεψης του άρθρου 19.5. ότι '...Η εκτέλεση των μελετών των

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

κατηγοριών (7, 8, 9) γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή,’, δηλαδή της πρόβλεψης ότι η μελέτη (και μάλιστα όχι απλώς κάποιο κρίσιμο τμήμα αυτή, αλλά το σύνολό της, αφού οι κατηγορίες μελετών 7,8 και 9 αποτελούν το σύνολο των υπό ανάθεση μελετών) γίνεται αυτοπροσώπως από τον προσφέροντα (προκειμένου περί μονοπρόσωπου Διαγωνιζόμενου) ή από ένα μέλος της Ένωσης (προκειμένου περί ένωσης οικονομικών φορέων), ευλόγως υπελήφθη από τουλάχιστον δύο Διαγωνιζόμενους (δηλαδή τη νυν προσφεύγουσα Ένωσή μας και την επίσης αποκλεισθείσα Ένωση ‘...’, ‘...’ και ‘...’ ως περιοριστικός της υπεργολαβίας (και όχι της στήριξης στις ικανότητες τρίτων) και δη μόνο εφόσον ο Διαγωνιζόμενος δεν έκανε χρήση του δικαιώματός του να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου. Αντιθέτως, στο βαθμό που όχι μόνο δεν απαγορεύθηκε κανονιστικώς, αλλά ρητώς προβλέφθηκε επιτρεπόμενη η προσφυγή στις ικανότητες τρίτου, θεωρήσαμε ότι, προκειμένου περί δανεισμού επαγγελματικής εμπειρίας, ισχύουν τα (ομοειδή) άρθρα 19.5. και 22.2.5 της Διακήρυξης, τα οποία ρυθμίζουν ειδικώς την ως άνω μορφή δανεισμού, απηχώντας το συναφές περιεχόμενο του άρθρου 78 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, προβλέποντας την υποχρέωση των Διαγωνιζομένων να αναθέτουν την εκτέλεση του οικείου τμήματος της σύμβασης στους τρίτους. Εάν, λοιπόν, ο κανονιστικός νομοθέτης ήθελε να απαγορεύσει τη στήριξη στις ικανότητες τρίτου και δη το δανεισμό επαγγελματικής εμπειρίας, η οποία καθιστά επιβεβλημένη την ανάμιξη του δανειστή στην εκτέλεση της σύμβασης, θα έπρεπε να το έχει προβλέψει ρητώς, πλην όμως όχι μόνο δεν το προέβλεψε, αλλά, αντιθέτως ρητώς παρέσχε τοιαύτη δυνατότητα στους Διαγωνιζομένους. Δεδομένου, δηλαδή ότι, στην περίπτωση δανεισμού επαγγελματικής ικανότητας επιβάλλεται εκ του νόμου (αλλά και, εν προκειμένω, και εκ της νυν Διακήρυξης) η υποχρεωτική ανάμιξη του τρίτου στην εκτέλεση της σύμβασης, ΤΟΤΕ ΜΟΝΟ θα μπορούσε να υποστηριχθεί η ερμηνευτική άποψη της Αναθέτουσας ότι η πρόβλεψη του άρθρου 19.5. ότι ‘Η εκτέλεση των μελετών των κατηγοριών (7, 8, 9) γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή’, έχει την έννοια της απόλυτης απαγόρευσης ανάθεσης υπεργολαβίας, εφόσον είχε απαγορευθεί ρητώς η δυνατότητα

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

δανεισμού επαγγελματικής εμπειρίας (quod non). Παρατηρείται, μάλιστα ότι τη ρητή πρόβλεψη του δικαιώματος στήριξης στις ικανότητες τρίτου σε πλείστα όσα σημεία της Διακήρυξης και του ΕΕΕΣ άριστα γνωρίζει και η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή και για το λόγο αυτό διατυπώνει, εμφανώς ενδοιαστικά και αμήχανα και προδήλως αυτοαναιρούμενη την παραδοχή ότι οι Διαγωνιζόμενοι οφείλαμε να θεωρήσουμε αυτοβούλως τους όρους αυτούς, ως δήθεν μη γεγραμμένους ('...ουσιαστικά δεν επιτρέπεται στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων...')!!! 2.5. Σε κάθε περίπτωση, όπως παγίως νομολογείται από την (πρώην) ΑΕΠΠ και από την ΕΑΔΗΣΥ, τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011), εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκουλας, σελ. 776). Εν προκειμένω, λοιπόν, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι η αληθής βούληση του κανονιστικού νομοθέτη του ένδικου Διαγωνισμού ήταν να αποκλείσει τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου και άρα και, δι' αυτής, την περίπτωση της υποχρεωτικής εκ του νόμου ανάμιξης του τρίτου στην εκτέλεση της σύμβασης (δανεισμός επαγγελματικής εμπειρίας), πάντως ενόψει της ΡΗΤΗΣ και σε πλείονα σημεία της Διακήρυξης και των ερωτημάτων του ΕΕΕΣ περί του αντιθέτου πρόβλεψης, κάθε άλλο παρά 'σαφώς' μπορεί να θεωρηθεί ότι εκφράστηκε! Το δε ψευδο-ερμηνευτικό 'συμπέρασμα' της Επιτροπής Διαγωνισμού ότι, η πρόβλεψη περί αυτοπρόσωπης εκτέλεσης της σύμβασης από τον προσφέροντα δήθεν σημαίνει '...ουσιαστικά...' (!) ότι λογίζεται ως μη γεγραμμένη η ρητή πρόβλεψη της δυνατότητας των Διαγωνιζομένων περί δανεισμού επαγγελματικής εμπειρίας επιβεβαιώνει κατά τον πλέον εύγλωττο τρόπο την ασάφεια και αμφισημία της διακήρυξης, αφού, υπό την ίδια συλλογιστική, κάλλιστα θα μπορούσε να υποστηριχθεί και το αντίθετο, ήτοι ότι ακριβώς επειδή προβλέπεται ρητώς και μάλιστα σε πλείονα του ενός σημεία της Διακήρυξης και του ΕΕΕΣ το δικαίωμα δανεισμού επαγγελματικής ικανότητας, τούτο σημαίνει ότι καθίσταται 'ουσιαστικά.' άνευ αντικειμένου η επίμαχη πρόβλεψη του άρθρου 19.5. περί απευθείας εκτέλεσης της μελέτης από τον ίδιο τον προσφέροντα. Όπως, μάλιστα έχει κριθεί (ΕΛΣυν. Τμήμα VI,

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

Απ. 2311/2014), προκειμένης ασάφειας και δη αντιφατικότητας όρων της Διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή οφείλει είτε να ματαιώσει το Διαγωνισμό, είτε να κάνει δεκτή τη συμμετοχή όλων όσων ερμήνευσαν τους σχετικούς όρους, κατά τρόπο διάφορο της - έστω - πραγματικής, πλην ασαφώς διατυπωθείσας βούλησης του κανονιστικού νομοθέτη, ώστε να μην αποβεί σε βάρος τους η ασάφεια και αντιφατικότητα της Διακήρυξης, εξυπηρετουμένου ταυτόχρονα του δημοσίου συμφέροντος, με το οποίο συνάδει η μεγαλύτερη δυνατή συμμετοχή υποψηφίων αναδόχων. Ως εκ τούτου, αβασίμως και με πλημμελή αιτιολογία κατέληξε η Αναθέτουσα Αρχή στην κρίση ότι έπρεπε να απορριφθεί η Προσφορά μας, επειδή δήθεν δεν επιτρεπόταν από τη Διακήρυξη ο 'δανεισμός' ικανοτήτων τρίτων και συνακόλουθα η ανάθεση τμήματος της σύμβασης σε αυτούς, άλλως, σε κάθε περίπτωση, ενόψει της αυταπόδεικτης αμφισημίας των επίμαχων όρων της Διακήρυξης, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι η αληθής βούληση του κανονιστικού νομοθέτη ήταν πράγματι ο απόλυτος αποκλεισμός δανεισμού επαγγελματικής εμπειρίας, δεν μπορεί να καθιδρωθεί 'καθ' ερμηνεία' και μάλιστα διασταλτική λόγος απόρριψης της προσφοράς της Ένωσής μας, αφού η Διοίκηση δεν εκφράστηκε σαφέστερα, ως όφειλε».

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει στους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας τα εξής: «1. Περί τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων. Ο προσφεύγων ορθά αναφέρει το γενικό δικαίωμα των διαγωνιζομένων να προσφεύγουν στις ικανότητες τρίτων σύμφωνα με το άρθρο 19.5 της διακήρυξης και σε εφαρμογή του άρθρου 78 του ν.4412/16. Σύμφωνα όμως με την παρ.2 του άρθρου 78 του ν.4412/16 προβλέπεται εξαίρεση από τον προαναφερόμενο γενικό κανόνα. Συγκεκριμένα σύμφωνα με την προαναφερόμενη παράγραφο: ... Η δυνατότητα αυτή (εξαίρεσης) έχει ενσωματωθεί στην τέταρτη παράγραφο του άρθρου 19.5 του πρότυπου τεύχους διακηρύξεων και επεξηγείται στην σημείωση 122. Η συγκεκριμένη διακήρυξη βασίζεται στο πρότυπο τεύχος διακηρύξεων και κάνει χρήση της παρ. 2 του άρθρου 78 του ν.4412/16. Ορθά αναφέρει ο προσφεύγων ότι η διακήρυξη είναι δεσμευτική, τόσο για την αναθέτουσα αρχή, όσο και για τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς. Η Περιφέρεια Κρήτης, θεωρώντας κρίσιμες τις μελέτες κατηγοριών 7, 8 και 9 έχει συμπληρώσει ανάλογα το πρότυπο τεύχος διακήρυξης. Αν και στη διακήρυξη δεν αναφέρεται ρητά η μη

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

αποδοχή συμμετεχόντων που στηρίζονται σε ικανότητες άλλων φορέων για την εκπλήρωση κριτηρίων σχετικών με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, αυτό προκύπτει πέραν κάθε αμφιβολίας από την τέταρτη παράγραφο του άρθρου 19.5. της διακήρυξης και επεξηγείται πλήρως στην σημείωση 122. Για το λόγο αυτό στο πρακτικό Ι η επιτροπή διαγωνισμού χρησιμοποιεί τη λέξη 'ουσιαστικά' και όχι τη λέξη 'ρητά'. Επικουρικά σημειώνεται ότι ο προσφεύγον βασίζεται στις ικανότητες τρίτων για όλες τις κατηγορίες μελετών (7, 8 και 9). Ακόμα και αν στη διακήρυξη δεν θεωρούνταν κρίσιμες και οι 3 κατηγορίες μελετών, αλλά μόνο μία πάλι η προσφορά του προσφεύγοντα δεν θα μπορούσε να είναι αποδεκτή. Ως εκ τούτου η Επιτροπή Διαγωνισμού (Ε.Δ.) ορθά προτείνει την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντα.

2. Περί 'δήλωσης εκτέλεσης τμήματος των εργασιών' από τον εκάστοτε 'δανειστή' [δευτερεύων λόγος αποκλεισμού]. Ο προσφεύγον ορθά αναφέρει στην προσφυγή του ότι στο ΕΕΕΣ έχει δηλώσει ότι τμήμα (25% ή 30% κατά περίπτωση) των εργασιών θα εκτελεστεί υπεργολαβικά από τον εκάστοτε οικονομικό φορέα στον οποίο στηρίζεται για την εκπλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Ακόμα και στην περίπτωση όπου στη διακήρυξη δεν γινόταν χρήση της παραγράφου 2 του άρθρου 78 του ν.4412/16 (και η σχετική παράγραφος της διακήρυξης είχε διαγραφεί σύμφωνα με την σημείωση 122), η προσφορά του προσφεύγοντα θα έπρεπε να απορριφθεί καθώς παραβιάζει την δεύτερη παράγραφο του άρθρου 19.5 της διακήρυξης σε εφαρμογή του δεύτερου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 του ν.4412/16 που προβλέπει: ... Σύμφωνα με τα παραπάνω δεν επαρκεί η συμμετοχή με ένα ποσοστό στην ομάδα μελέτης του 'δανειστεί' αλλά επιβάλλεται το σύνολο των εργασιών (100%) να εκτελεστεί από αυτόν. Ως εκ τούτου, ακόμα και αν στην διακήρυξη δεν γινόταν χρήση της παραγράφου 2 του άρθρου 78, η προσφορά θα έπρεπε να απορριφθεί καθώς στο ΕΕΕΣ δηλώνεται ότι ποσοστό μόνο και όχι όλες οι σχετικές εργασίες θα εκτελούνταν από τον 'δανειστή' οικονομικό φορέα.

3. Περί περιοριστικών όρων της διακήρυξης. Σημειώνεται ότι τυχών περιοριστικοί όροι σχετικά με υπεργολαβίες συμπεριλαμβάνονται στο άρθρο 23 της διακήρυξης ενώ το άρθρο 19.5, σύμφωνα και με τον τίτλο του, αναφέρεται μόνο στην στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων και σε περιοριστικούς όρους αναφορικά με τη στήριξη αυτή. Το ότι δύο εκ των πέντε συμμετεχόντων υπέβαλαν προσφορά με

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων δεν αποτελεί στοιχείο ή ένδειξη παράβασης των όρων της διακήρυξης από την Ε.Δ. ή την αναθέτουσα αρχή.

4. Περί μη προσφυγής επί της προκήρυξης και διακήρυξης. Επικουρικά σημειώνεται ότι δεν κατατέθηκε καμιά προδικαστική προσφυγή κατά της προκήρυξης/διακήρυξης και των όρων που αυτές περιέχουν».

13. Επειδή, το άρθρο 78 Ν. 4412/2016, με το οποίο ενσωματώθηκαν στο εθνικό δίκαιο οι διατάξεις του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει τα εξής: «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ` του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α` ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, περί Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης, 80, περί αποδεικτικών μέσων και 81, περί επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (e-Certis), αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73, περί λόγων αποκλεισμού και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των παρ. 1 και 2 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, περί οικονομικών φορέων, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. Η αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, γίνεται κατόπιν πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα, για κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. Ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο φορέας του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου. 2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή. 3. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων».

14. Επειδή, η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα τον αναθέτοντα φορέα και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012), ορίζει, σχετικά με τα τιθέμενα εν προκειμένω ζητήματα, τα εξής: «Άρθρο 12: Εκτιμώμενη αξία – Χρηματοδότηση – Προθεσμίες της σύμβασης 12.1 Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 1.006.777,66 € (χωρίς ΦΠΑ) και περιλαμβάνει τις προεκτιμώμενες αμοιβές των παρακάτω επιμέρους κατηγοριών μελετών: 1. 477.785,64 € για μελέτη κατηγορίας 7-Ειδικές Αρχιτεκτονικές Μελέτες (κτιρίου και περιβλ/τος χώρου, με τεύχη, αποτύπωση,

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

ενεργειακά , ΣΑΥ-ΦΑΥ) 2. 116.271,58 € για μελέτη κατηγορίας 8-Μελέτες Στατικές (κτιρίου και περιβ/ντος χώρου ,με τεύχη, αποτύπωση, ελέγχους) 3. 281.401,62 € για μελέτη κατηγορίας 9- Μελέτες Μηχανολογικές - Ηλεκτρολογικές - Ηλεκτρονικές (κτιρίου και περιβ/ντος χώρου, με τεύχη, ενεργειακά) και 131.318,83 € για απρόβλεπτες δαπάνες. ... 19.3 Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα. Κάθε προσφέρων, ανά κατηγορία μελέτης, πρέπει να διαθέτει στελεχιακό δυναμικό ως εξής: Α) Ελάχιστο απαιτούμενο στελεχιακό δυναμικό ... Β. Απαιτήσεις ειδικής εμπειρίας Κάθε διαγωνιζόμενος, οφείλει να διαθέτει, επιπλέον τεχνική και επαγγελματική ικανότητα η οποία αποδεικνύεται από την εκπόνηση ως ανάδοχος των παρακάτω μελετών: - Κατηγορία 7 - ΕΙΔΙΚΕΣ ΑΡΧΙΤΕΚΤΟΝΙΚΕΣ ΜΕΛΕΤΕΣ 1.Να έχει εκπονήσει τουλάχιστον 1 μελέτη για επεμβάσεις σε διατηρητέο κτίριο , ιδιωτικό ή δημόσιο. 2.Να έχει εκπονήσει τουλάχιστον 1 μελέτη νέου ή υφιστάμενου κτιρίου β-θμιας ή γ-θμιας Δομής Υγείας (Νοσοκομείο), ιδιωτικό ή δημόσιο. - Κατηγορία 9 -Η/Μ Να έχει εκπονήσει τουλάχιστον 1 μελέτη νέου ή υφιστάμενου κτιρίου β-θμιας ή γ-θμιας Δομής Υγείας (Νοσοκομείο), ιδιωτικό ή δημόσιο. - Κατηγορία 8-ΣΤΑΤΙΚΑ. Να έχει εκπονήσει τουλάχιστον 1 στατική μελέτη με στατική/δυναμική ανάλυση για επεμβάσεις σε φέρουσα κατασκευή διατηρητέου κτιρίου , ιδιωτικό ή δημόσιο. Οι παραπάνω μελέτες θα πρέπει να έχουν εκτελεσθεί με συμβάσεις του διαγωνιζομένου ή των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων και να έχουν εγκριθεί την τελευταία 15ετία (από την ημερομηνία λήξης υποβολής προσφορών της παρούσας). Το χρονικό διάστημα της 15ετίας, για το οποίο θα ληφθούν υπόψη στοιχεία παρόμοιων παραδόσεων ως άνω, κρίνεται απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. αii του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2020. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, πρέπει οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις να καλύπτονται ως εξής: της παρ. 19.3.Α. από κάθε μέλος της ένωσης ,ανάλογα με την κατηγορία που συμμετέχει και της παρ.19.3.Β από ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης της αντίστοιχης κατηγορίας μελέτης. ... 19.5 Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία) Όσον αφορά στα 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, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων 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 εκτέλεση των μελετών των κατηγοριών (7, 8, 9) γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 22 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 στο άρθρο 18 της παρούσας διακήρυξης. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 19 ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 18. Η αντικατάσταση του φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 18 της παρούσας, γίνεται κατόπιν πρόσκλησης προς τον οικονομικό φορέα, εντός τριάντα (30) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης της πρόσκλησης στον οικονομικό φορέα, για κάθε τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, στο πλαίσιο της ίδιας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. Ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο φορέας του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου. ... Β.Ειδική

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

εμπειρία (άρθρο. 19.3.β) Οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να καταθέσουν (σύμφωνα με την παρ. αii του Μέρους II του Παραρτήματος XII -Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής – του Προσαρτήματος Α του Ν.4412/2016) Πίνακα των συμβάσεων μελετών, ανά κατηγορία μελέτης, που εγκρίθηκαν την τελευταία 15ετία με αναφορά της κατηγορίας μελέτης, των μελετητών, της ημερομηνίας εκπόνησης (έναρξης και ολοκλήρωσης της μελέτης), της απόφασης έγκρισης, του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη, συνοδευόμενο από εγκριτικές αποφάσεις από την αρμόδια Τεχνική Υπηρεσία του Κυρίου του έργου και από τις αντίστοιχες συμβάσεις. ... Άρθρο 23: Υπεργολαβία. 23.1 Ο προσφέρων αναφέρει στην προσφορά του το τμήμα της σύμβασης που προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνει. 23.2 Η τήρηση των υποχρεώσεων της παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 από υπεργολάβους δεν αίρει την ευθύνη του κυρίου αναδόχου. 23.4 Αν το(α) τμήμα(τα) της σύμβασης, το(α) οποίο(α) ο προσφέρων προτίθεται να αναθέσει υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, υπερβαίνει το ποσοστό του τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής αξίας της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή: α) επαληθεύει υποχρεωτικά τη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18 της παρούσας για τους υπεργολάβους με το Ε.Ε.Ε.Σ., β) απαιτεί υποχρεωτικά από τον προσφέροντα να αντικαταστήσει έναν υπεργολάβο, όταν από την ως άνω επαλήθευση προκύπτει ότι συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού του».

15. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης προκύπτει ότι αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι η εκπόνηση των απαραίτητων για την αποπεράτωση του ΠΑΝΑΝΕΙΟΥ ΔΗΜΟΤΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ μελετών, οι οποίες εξειδικεύονται σε τρεις συγκεκριμένες κατηγορίες, ήτοι σε μελέτες κατηγορίας 7 (Ειδικές Αρχιτεκτονικές Μελέτες), σε μελέτες Κατηγορίας 8 (Στατικές Μελέτες) και σε μελέτες κατηγορίας 9 (Μηχανολογικές - Ηλεκτρολογικές – Ηλεκτρονικές Μελέτες). Για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό η αναθέτουσα αρχή θέσπισε δύο ειδικότερα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ήτοι: α) την στελέχωση του αναδόχου με μελετητές συγκεκριμένων προσόντων και β) την ύπαρξη ειδικής εμπειρίας στις ανωτέρω κατηγορίες μελετών, όπως αυτή αναλυτικά προσδιορίζεται στο προπαρατεθέν άρθρο 19.3.Β' της Διακήρυξης. Περαιτέρω, από τις διατάξεις του άρθρου 19.5 (εδ. β') της Διακήρυξης, οι

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

οποίες στοιχούν προς τις διατάξεις του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4412/2016, προκύπτει ότι, δεδομένου ότι τα ανωτέρω κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ανάγονται στα επαγγελματικά προσόντα και την εμπειρία των διαγωνιζόμενων, οι τελευταίοι δεν θα μπορούσαν να βασιστούν στις ικανότητες άλλων φορέων, παρά μόνο εάν οι τελευταίοι επρόκειτο να παράσχουν τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, ήτοι εν προκειμένω να εκπονήσουν τις αντίστοιχες μελέτες. Ωστόσο, στις περί στήριξης στις ικανότητες τρίτου διατάξεις της Διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή, κάνοντας χρήση της εξαιρετικής δυνατότητας που της παρέχεται από το άρθρο 78 παρ. 2 Ν. 4412/2016, με το οποίο ενσωματώθηκε η αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 63 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προέβλεψε ειδικότερα ότι *«η εκτέλεση των μελετών των κατηγοριών (7, 8, 9) γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή»*. Δεδομένου του κατά τα ως άνω αντικείμενου της σύμβασης, που συνίσταται στην εκπόνηση μελετών των τριών κατηγοριών 7, 8 και 9, με την ανωτέρω διάταξη της Διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή απαίτησε την εκτέλεση του συνόλου των δημοπρατούμενων μελετών από τον συμμετέχοντα ή μέλος συμμετέχουσας ένωσης, αποκλείοντας κατά τον τρόπο αυτόν την προσφυγή των διαγωνιζομένων στην στήριξη σε ικανότητες τρίτων για την πλήρωση του συγκεκριμένου προσόντος της ειδικής εμπειρίας, αφού κάτι τέτοιο θα προϋπέθετε την, ανεπίτρεπτη κατά την ανωτέρω διάταξη της Διακήρυξης, εκπόνηση των επίμαχων μελετών από τους εκάστοτε τρίτους. Ανεξαρτήτως της νομιμότητας του ανωτέρω όρου της Διακήρυξης, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, κατά της Διακήρυξης δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή προς αμφισβήτηση οποιουδήποτε από τους όρους αυτής, και συγκεκριμένα της ανωτέρω απαίτησης εκπόνησης των μελετών από προσφέροντα ή μέλος προσφέρουσας ένωσης.

16. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα ένωση συμμετείχε στον διαγωνισμό επικαλούμενη, σύμφωνα με τα υποβληθέντα από τα μέλη της ΕΕΕΣ, την ικανότητα τρίτων για την πλήρωση του κριτηρίου της ειδικής εμπειρίας του άρθρου 19.3.Β' της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, αμφότερα τα μέλη της Ένωσης απάντησαν στο πεδίο του ΕΕΕΣ, όπου τους

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

ζητήθηκε να προσδιορίσουν τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, ως εξής: «... με δ.τ. *Επικεφαλής της ένωσης οικονομικών φορέων. Υπεύθυνη για την εκπόνηση των μελετών κατηγορίας 07 (κατά 100%), 08 (κατά 100%), & Συνυπεύθυνη στην κατηγορία 09 (κατά 50%) λαμβάνοντας τα αντίστοιχα ποσοστά της αμοιβής των ανωτέρω κατηγοριών. Μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων. Συνυπεύθυνη για την εκπόνηση των μελετών κατηγορίας 09 (κατά 50%) λαμβάνοντας τα αντίστοιχα ποσοστά της αμοιβής των ανωτέρω κατηγορίας*». Περαιτέρω, στο ΕΕΕΣ του πρώτου μέλους της προσφεύγουσας ένωσης (...), και συγκεκριμένα στο πεδίο περί στήριξης στις ικανότητες τρίτου, αναφέρονται τα εξής: «*η Ειδική εμπειρία στην κατηγορία 07 θα καλυφθεί με Δάνειο από την 'κ. ..., η ειδική εμπειρία στην κατηγορία 08 θα καλυφθεί με Δάνειο από την εταιρεία '...' και η ειδική εμπειρία στην κατηγορία 09 καλύπτεται από την συμπράττουσα εταιρεία '....', αλλά και με Δάνειο από την εταιρεία '....*». Τέλος, το δεύτερο μέλος της προσφεύγουσας ένωσης (...) ανέφερε στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ του ότι συμμετέχει στην ένωση κατά 50% συγκεκριμένα για την κατηγορία μελετών 09 και επικαλέστηκε συναφώς σχετικές συμβάσεις στο οικείο περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πεδίο του ΕΕΕΣ. Από το περιεχόμενο των εν λόγω απαντήσεων προκύπτει ότι για τις κατηγορίες μελετών 7 και 8, η προσφεύγουσα στηρίχθηκε για την πλήρωση του οικείου προσόντος ειδικής εμπειρίας αποκλειστικά στις ικανότητες τρίτων, οι οποίοι θα όφειλαν κατ' αρχήν να εκπονήσουν τις αντίστοιχες μελέτες, πράγμα, όμως, που δεν επιτρέπεται στην προκείμενη περίπτωση λόγω της προπαρατεθείσας ρητής απαίτησης της Διακήρυξης να εκπονηθούν οι υπό ανάθεση μελέτες όλων των κατηγοριών από τον προσφέροντα ή μέλος της προσφέρουσας ένωσης. Ως προς την κατηγορία 9, η προσφεύγουσα στηρίχθηκε μερικώς στην εμπειρία του δεύτερου μέλους αυτής και μερικώς στην εμπειρία τρίτου. Και στην περίπτωση αυτή, δεδομένης της απαίτησης της Διακήρυξης να εκπονηθούν όλες οι υπό ανάθεση μελέτες και των τριών κατηγοριών από τον προσφέροντα ή από μέλος της προσφέρουσας ένωσης, δεν ήταν δυνατή η επίκληση εμπειρίας τρίτου, καθόσον ο εν λόγω τρίτος δεν θα επιτρεπόταν να εκτελέσει τις αντίστοιχες εργασίες, όπως απαιτούν ο νόμος και η Διακήρυξη στην περίπτωση επίκλησης εμπειρίας τρίτου για την πλήρωση του αντίστοιχου προσόντος

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Ενόψει των ανωτέρω, ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι *«το σύνολο των μελετών της διακήρυξης γίνεται υποχρεωτικά από συμμετέχοντα στην ένωση οικονομικό φορέα και δεν μπορεί να γίνει από άλλο φορέα στον οποίο βασίζονται οι διαγωνιζόμενοι και άρα ουσιαστικά δεν επιτρέπεται η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία) σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης»* βρίσκει έρεισμα στην Διακήρυξη, τους όρους της οποίας αποδέχτηκε η προσφεύγουσα με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, ανεξαρτήτως της νομιμότητάς τους. Ειδικότερα, ενόψει της ρητής απαίτησης του άρθρου 19.5. της Διακήρυξης για εκπόνηση όλων των κατηγοριών μελετών από τον προσφέροντα ή μέλος προσφέρουσας ένωσης, πράγμα που αποκλείει την παροχή των υπηρεσιών από τρίτο δανείζοντα εμπειρία, είναι απορριπτέοι οι προβαλλόμενοι με την προσφυγή και το υπόμνημα της προσφεύγουσας ισχυρισμοί ότι επιτρέπεται από λοιπές διατάξεις της Διακήρυξης η στήριξη σε τρίτους ειδικά όσον αφορά την πλήρωση του προσόντος της εμπειρίας, το οποίο μπορεί να πληρούται, κατά τις προπαρατεθείσες διατάξεις του νόμου και της Διακήρυξης, με επίκληση δάνειας ικανότητας μόνο στην περίπτωση που ο τρίτος εκτελέσει τις επίμαχες εργασίες. Αβασίμως δε ισχυρίζεται η προσφεύγουσα με το συμπληρωματικό της υπόμνημα ότι ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η Διακήρυξη επιβάλλει να εκπονηθεί το 100% των μελετών από τον προσφέροντα ή μέλος της προσφέρουσας ένωσης προβάλλεται για πρώτη φορά με τις απόψεις, καθόσον στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού που επικυρώθηκε με την προσβαλλόμενη ρητώς αναφέρεται ότι *«το σύνολο των μελετών της διακήρυξης γίνεται υποχρεωτικά από συμμετέχοντα στην ένωση οικονομικό φορέα και δεν μπορεί να γίνει από άλλο φορέα στον οποίο βασίζονται οι διαγωνιζόμενοι»*. Ενόψει δε της κατ' άρθρο 362 παρ. 1 Ν. 4412/2016 υποχρέωσης των προσφευγόντων να περιλαμβάνουν στην προδικαστική προσφυγή όλες τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της και του ενδικοφανούς χαρακτήρα της προδικαστικής προσφυγής, και εφόσον στις απόψεις της αναθέτουσας δεν παρατέθηκε συμπληρωματική αιτιολογία, απαραδέκτως η προσφεύγουσα προβάλλει το πρώτον με το συμπληρωματικό της υπόμνημα ότι η ίδια στηρίζεται μόνο μερικώς σε δάνεια εμπειρία τρίτων. Σε κάθε περίπτωση, ο εν λόγω ισχυρισμός είναι και αβάσιμος

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

λαμβανομένου υπόψη του προπαρατεθέντος περιεχομένου των απαντήσεων στα ΕΕΕΣ των μελών της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τις οποίες η ειδική εμπειρία στην κατηγορία μελετών 7 καλύπτεται αποκλειστικά με επίκληση της ικανότητας της μελετήτριας Καλλιόπης Βαλσαμίδου, η ειδική εμπειρία στην κατηγορία μελετών 8 καλύπτεται αποκλειστικά με επίκληση της ικανότητας της εταιρείας «... - Δ.Τ. : ...», ενώ μόνο στην κατηγορία μελετών 9 η ειδική εμπειρία καλύπτεται μερικώς από το μέλος της προσφεύγουσας ... και μερικώς από την τρίτη εταιρεία ... Ομοίως, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ευλόγως η ίδια, καθώς επίσης και μία ακόμα διαγωνιζόμενη ένωση που αποκλείστηκε για τον ίδιο λόγο, υπέλαβαν ότι ο επίμαχος όρος του άρθρου 19.5 της Διακήρυξης, κατά την αληθή έννοιά του, είναι περιοριστικός της υπεργολαβίας, και όχι της στήριξης στις ικανότητες τρίτου. Και τούτο, διότι από την συστηματική ένταξη της εν λόγω απαίτησης στο περί στήριξης στις ικανότητες τρίτου άρθρο 19.5 της Διακήρυξης (όπως, επίσης, και από την συστηματική ένταξη της αντίστοιχης νομοθετικής διάταξης στο άρθρο 78 Ν. 4412/2016), προκύπτει ότι με αυτή καθιερώνεται εξαίρεση από την δυνατότητα επίκλησης δάνειας τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ειδικά όσον αφορά τα στοιχεία αυτής που άγουν κατά νόμο σε εκτέλεση του αντίστοιχου συμβατικού αντικειμένου από τον τρίτο (τίτλοι σπουδών, επαγγελματικά προσόντα, επαγγελματική εμπειρία), όταν η αναθέτουσα αρχή αποβλέπει στην εκτέλεση ορισμένων εργασιών από τον ίδιο τον προσφέροντα στο πρόσωπο του οποίου πρέπει να συντρέχουν οι επίμαχες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ενώ αντιθέτως η υπεργολαβία αποτελεί διακριτό θεσμό ρυθμιζόμενο ειδικώς εν προκειμένω από το προπαρατεθέν άρθρο 23 της Διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω, ο τρίτος δανείζων δεν θα επιτρεπόταν να εκτελέσει υπεργολαβικά οποιαδήποτε εργασία, ενόψει της ρητής απαίτησης του άρθρου 19.5 της Διακήρυξης για εκπόνηση των μελετών όλων των κατηγοριών από τους προσφέροντες. Απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί ασάφειας της Διακήρυξης, καθόσον οι διατάξεις του άρθρου 19.5 της Διακήρυξης περί στήριξης στις ικανότητες τρίτων ρητώς αναφέρουν την απαίτηση της αναθέτουσας αρχής να εκπονηθούν οι μελέτες και των τριών κατηγοριών της υπό ανάθεση σύμβασης από τον προσφέροντα ή μέλος της προσφέρουσας ένωσης, πράγμα που αποκλείει, όπως προαναφέρθηκε, την

Αριθμός απόφασης: 1197/2022

επίκληση δάνειας εμπειρίας που θα προϋπέθετε την εκτέλεση των επίμαχων εργασιών από τον τρίτο δανείζοντα. Τέλος, στο μέτρο που η προσφεύγουσα επιχειρεί με τους ισχυρισμούς της προσφυγής και του υπομνήματος να αμφισβητήσει την νομιμότητα της Διακήρυξης, προβάλλοντας ειδικότερα ότι οι όροι του άρθρου 19.5 είναι αντιφατικοί μεταξύ τους, ότι η διάταξη του άρθρου 78 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4412/2016 δεν τυχάνει εφαρμογής στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία που αφορά εκπόνηση μελέτης, και όχι παροχή υπηρεσίας, καθώς επίσης και ότι δεν προσδιορίζονται τα «κρίσιμα καθήκοντα» που απαιτεί η αναθέτουσα αρχή να εκτελέσουν οι ίδιοι οι προσφέροντες, αλλά αναφέρονται συλλήβδην όλες οι κατηγορίες των δημοπρατούμενων μελετών, οι εν λόγω ισχυρισμοί είναι απαράδεκτοι ως ανεπικαίρως προβαλλόμενοι επ' ευκαιρία της αμφισβήτησης του αποκλεισμού της προσφεύγουσας, η οποία συμμετείχε ανεπιφύλακτα στην προκείμενη διαδικασία ανάθεσης και, συνεπώς, αποδέχτηκε όλους τους όρους της Διακήρυξης, ανεξαρτήτως τυχόν πλημμελειών αυτών (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 275/2018, 173/2017, 270/2014 5μ., 279/2016 Ολ., 48/2017 σκ.14 κ.α.). Για τους ανωτέρω λόγους, ο μόνος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, κατά τους ειδικότερους ισχυρισμούς του, είναι απορριπτέος στο σύνολό του.

17. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε στις 10 Αυγούστου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ

ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ