

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 12-10-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση, στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 14-3-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 555/16-3-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 3-3-2021 με αριθμό 32/2021 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτό τον παρεμβαίνοντα και τον οικονομικό φορέα....., στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης για «.....», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 201.612,90 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 14-1-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α..... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 26-3-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 15-4-2021 υπόμνημά του.

Το Κλιμάκιο συνήλθε προς εξέταση της ως άνω υπόθεσης, σε συμμόρφωση με την Απόφαση ΔΕφΠειρ Ν125/2021, που ανέστειλε την προηγηθείσα επί της ως άνω προσφυγής Απόφαση ΑΕΠΠ 872/2021.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. και ποσού 1.010 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται κατά παρέκταση στην επόμενη εργάσιμη ημέρα, η από 14-3-2021 προσφυγή του αποδεκτού προσφεύγοντος δεύτερου μειοδότη κατά της από 3-3-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών και οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτός ο παρεμβαίνων πρώτος μειοδότης, που εμπρόθεσμα και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί την από 26-3-2021 παρέμβαση του κατόπιν της από 17-3-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, ως και ο καταταγείς ομοίως ως 2^{ος} μειοδότης με ίση μετά του προσφεύγοντος προσφορά, έτερος καθ' ου. Σημειωτέον, ότι με την Απόφαση ΑΕΠΠ 872/2021 απορρίφθηκε η προσφυγή, ως απαράδεκτη, λόγω μη έγκυρης υπογραφής, χωρίς να εξετασθούν οι ισχυρισμοί της, η δε ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ ανεστάλη με τη ΔΕφΠειρ Ν125/2021, η οποία ανέπεμψε την υπόθεση στην ΑΕΠΠ, προκειμένου να ασκήσει την επιβαλλόμενη από το νόμο αρμοδιότητα της, ήτοι να εξετάσει κατ' ουσία τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, όσον αφορά το στρεφόμενο κατά του παρεμβαίνοντος, σκέλος της προσφυγής, ο όρος 21.1 της διακήρυξης («21.1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία έργων Πρασίνου») όρισε ότι το δικαίωμα συμμετοχής προϋποθέτει τη δραστηριοποίηση στην κατηγορία ΕΡΓΩΝ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΜΕΕΠ, ταυτόσημα δε ο όρος 22.Β («Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται 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.) ή στα Νομαρχιακά Μητρώα στην κατηγορία/-ιες έργου του άρθρου 21 της παρούσας») απαίτησε περί καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας την εγγραφή στο ΜΕΕΠ στις κατηγορίες του ως άνω όρου 21, άρα και στην κατηγορία ΕΡΓΩΝ ΠΡΑΣΙΝΟΥ και επομένως, η εγγραφή του προσφέροντος στην κατηγορία αυτή συνιστούσε ιδιότητα που έπρεπε να πληροί και δη, αυτοπροσώπως κατά τον χρόνο της προσφοράς του, τόσο ως κριτήριο επιλογής, όσο και ως προϋπόθεση εξαρχής του δικαιώματος συμμετοχής. Τούτο διότι δεν νοείται στήριξη σε ικανότητες τρίτου για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής περί άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, ως και ιδιότητας περί του δικαιώματος συμμετοχή, όπως ρητά προκύπτει από το άρ. 78 Ν. 4412/2016 και τον όρο 22.ΣΤ της διακήρυξης («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, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.») που με σαφήνεια περιορίζουν την ως άνω δυνατότητα στα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ενώ η κατηγορία έργων του ΜΕΠΠ (σε αντίθεση με την τάξη εγγραφής που αφορά τα κριτήρια τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας) αφορά ακριβώς και όπως και η διακήρυξη ορίζει, σε συμφωνία με το άρ. 76 παρ. 1 Ν. 4412/2016, το κριτήριο περί καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, σύμφωνα. Ο δε παρεμβαίνων καίτοι δεν πληρούσε κατά τον χρόνο της συμμετοχής του την απαίτηση τέτοιας εγγραφής στην ως άνω κατηγορία, δήλωσε επ' αυτής στήριξη σε τρίτο («.....»), που είναι όντως εγγεγραμμένος σε αυτή την κατηγορία, χωρίς άλλωστε, να τελεί με αυτόν σε σχέση ένωσης οικονομικών φορέων. Επομένως, όπως βάσιμα ο προσφεύγων προβάλλει, ο παρεμβαίνων τελεί σε ουσιώδη έλλειψη προσόντος απαραίτητου για τη συμμετοχή του και ουδόλως επέτυχε την πλήρωση της ως άνω απαίτησης, που είναι ανεπίδεκτης στήριξης σε τρίτο μη προσφέροντα, δια της παραπάνω αλυσιτελώς επικληθείσας στήριξης που δεν δύνατο να καλύψει την

έλλειψη στο πρόσωπο του μόνου ως άνω προσφέροντα, παρεμβαίνοντα, ο οποίος δεν είχε δικαίωμα συμμετοχής στη νυν διαδικασία. Τούτο ενώ μάλιστα, η ως άνω κατηγορία πρασίνου, ήταν η μόνη απαιτηθείσα εκ της διακήρυξης, με συνέπεια κάθε άλλη κατηγορία ΜΕΕΠ του παρεμβαίνοντος να είναι άσχετη με τα ζητούμενα προσόντα της οικείας διακήρυξης και πέραν του γεγονότος ότι ακόμη και στο πλαίσιο της ως άνω απαράδεκτης στήριξης, ο παρεμβαίνων δεν προέβλεπε καν την εκ μέρους του τρίτου υπερβολική εκτέλεση των εργασιών της σύμβασης που αφορούν ακριβώς την ως άνω κατηγορία πρασίνου και τούτο, καίτοι ακόμη και αν του ανέθετε τις σχετικές εργασίες, ουδόλως είναι δυνατή η δια υπερβολάβου αναπλήρωση της εκ του προσφέροντος έλλειψης του κριτηρίου επιλογής και δη, περί καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και άρα και περί του δικαιώματος συμμετοχής. Επιπλέον, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος, δεν ζητήθηκε ως κριτήριο επιλογής καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας η εν γένει εγγραφή στο ΜΕΕΠ, αλλά στις κατηγορίες του άρ. 21 της διακήρυξης, ήτοι στην κατηγορία ΠΡΑΣΙΝΟΥ, ενώ επιπλέον αφενός απαραδέκτως ο παρεμβαίνων αμφισβητεί ανεπικαίρως τον όρο 21 και συνεπεία τούτου και το κριτήριο επιλογής καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, καθ' ο μέρος ορίζει ως μόνη απαιτούμενη κατηγορία αυτή των έργων πρασίνου, αφετέρου αλυσιτελώς προβάλλει τον οικείο ισχυρισμό του, αφού εν προκειμένω το ζήτημα της προσφοράς του δεν αφορά ότι δεν καλύπτει κάποια επιπλέον του πρασίνου κατηγορία, αλλά δεν καλύπτει αυτή καθαυτή την κατηγορία έργων πρασίνου, η οποία σε κάθε περίπτωση δεν αμφισβητείται ότι ορθώς απαιτήθηκε, δεδομένου ότι κατά το μεγαλύτερο ποσοστό του και δη, κατά άνω του 80% των εργασιών, το έργο αφορά εργασίες πρασίνου, ο δε παρεμβαίνων ανεπιφύλακτα μετείχε. Εξάλλου, όπως ακριβώς προβάλλει καμία επιχείρηση ακόμη και υψηλότερης της νυν απαιτούμενης τάξης, δεν δύνατο να μετάσχει αν δεν κάλυπτε αυτή την κατηγορία, ακριβώς διότι τούτο όρισαν οι ανωτέρω ανεπιφύλακτα αποδεκτοί όροι, αλλά και διότι η τάξη εγγραφής δεν υποκαθιστά την κατηγορία εγγραφής στο ΜΕΕΠ, αλλά συνιστά ένα διακριτό της κατηγορίας προσόν και δη, ένα προσόν που προϋποθέτει την κατηγορία (ήτοι, η τάξη

κατάταξης στο ΜΕΕΠ λαμβάνει το νόημα της επί συγκεκριμένης κατηγορίας έργων), όπως επίσης και διότι η τάξη αφορά κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και όχι το σωρευτικά απαιτούμενο και μη υποκαθιστάμενο προφανώς από τα πρώτα, κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, οι δε ισχυρισμοί της προσφυγής αφορούν την έλλειψη του κριτηρίου επιλογής καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και το δικαίωμα συμμετοχής και όχι κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ή οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Συνεπώς, ο παρεμβαίνων είναι άνευ ετέρου αποκλειστέος.

4. Επειδή, όσον αφορά το κατά του έτερου διαγωνιζομένου , σκέλος της προσφυγής, ο όρος 22.Γ ορίζει ότι «Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με ταιριχότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει.», ενώ κατά τον όρο 23.1 προβλέπει προκαταρκτική απόδειξη των κριτηρίων επιλογής κατά την προσφορά δια του ΤΕΥΔ, όπου θα πρέπει να δηλώνεται η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής. Στο συνημμένο στη διακήρυξη προς συμπλήρωση, υπόδειγμα ΤΕΥΔ, στο ΜΕΡΟΣ IV ΕΝΟΤΗΤΑ Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ερώτημα 6, αναφέρεται ότι «6) Όσον αφορά τις λοιπές οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις, οι οποίες (ενδέχεται να) έχουν προσδιοριστεί στη σχετική διακήρυξη ή στην πρόσκληση ή στα έγγραφα της σύμβασης, ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι:...» και άρα, υφίσταται κατάλληλο ερώτημα προς απάντηση ως προς την πλήρωση του περί ανεκτελέστου υπολοίπου, κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Σημειωτέον, ότι η διακήρυξη δημοσιεύθηκε και άρα, η διαδικασία εκκίνησε, οι προσφορές υποβλήθηκαν και η προσβαλλομένη εκδόθηκε προ της 9-3-2021 και άρα, προ ισχύος του άρ. 42 Ν. 4782/2021 και επομένως, της νέας διάταξης του άρ. 102 Ν. 4412/2016, με συνέπεια να είναι ανεπίδεκτη συμπλήρωσης η ως άνω έλλειψη του ΤΕΥΔ του ως άνω καθ' ου.

5. Επειδή, επομένως πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος κρίθηκαν αποδεκτοί ο παρεμβαίνων και η

6. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αριθμό 32/2021 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτό τον παρεμβαίνοντα και τον οικονομικό φορέα

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 12-10-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ