

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 13 Δεκεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος-Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 7/11/2022 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1598/14-11-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στη ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά της /... .., νόμιμα εκπροσωπούμενης.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της 1577/2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής που περιέχεται στο πρακτικό της 56^{ης} συνεδρίασης του ανωτέρω οργάνου με θέμα 7^ο ημερήσιας διάταξης: «...: ‘... ..».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 10.080,65 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 2.016.129,03 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 23/8/2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του δημοσίου έργου «...» εκτιμώμενης αξίας 2.500.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις την 1^η/9/2022 (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας προσφοράς

Αριθμός απόφασης:1788/2022

βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 23/9/2022.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, η οποία κατατάγηκε πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας έχοντας προσφέρει έκπτωση 55,74%. Η Επιτροπή Διαγωνισμού με το πρακτικό της, με ημερομηνία 29/9/2022 εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας με την εξής αιτιολογία: *«κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών που κατέθεσε ο οικονομικός φορέας ‘...’ διαπίστωσε ότι είναι εγγεγραμμένος στην κατηγορία ‘ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ’ 2η Τάξη του ΜΕΕΠ. Στα οριζόμενα στο άρθρο 23.4 της διακήρυξης που αφορά στην καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα, υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ στην κατηγορία ‘ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ’ και στην 3η Τάξη και Άνω. Σύμφωνα με τα παραπάνω η προσφορά του οικονομικού φορέα ‘... κρίνεται απαράδεκτη»,* καθώς επίσης και την ανάθεση του έργου στον δεύτερο κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικό φορέα. Με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκε το παραπάνω πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, αποκλείστηκε η προσφεύγουσα και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης η Η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 2/12/2022.

4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (δημόσιο 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 IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

5. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον, επικαλούμενη βλάβη από τον μη νόμιμο, κατά τους ισχυρισμούς της, αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό.

6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή μέσω της «Επικοινωνίας» στις 14/11/2022 και υπέβαλε νόμιμα και εμπρόθεσμα τις απόψεις της επ’ αυτής στις 21/11/2022.

Αριθμός απόφασης:1788/2022

7. Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό μη νόμιμα με την προπαρατεθείσα αιτιολογία, αφενός, διότι δεν τέθηκε υπόψη του αρμόδιου αποφαινόμενου οργάνου η στήριξη της στον τρίτο οικονομικό φορέα με την επωνυμία «... ...», η οποία είναι εγγεγραμμένη στην 5^η τάξη κατηγορίας ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ του ΜΕΕΠ και αφετέρου, διότι ο αποκλεισμός της παραβιάζει ευθέως τις διατάξεις των άρθρων 21.1, 22.Β, 22.ΣΤ, 23.4.α, και 23.6 της Διακήρυξης.

8. Η Διακήρυξη, η οποία αποτελεί 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 τα εξής σε συνάφεια με τα τιθέμενα με την προδικαστική προσφυγή ζητήματα: *«Άρθρο 21: Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 21.1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία έργου «ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ» (Δαπάνη εργασιών + Γ.Ε. και Ο.Ε. + Απρόβλεπτα = 1.951.941,77 €) και που είναι εγκατεστημένα σε: α) σε κράτος-μέλος της Ένωσης. ... 22.Β. Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του π.δ. 71/2019 ή στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημόσιων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), από την έναρξη ισχύος του τελευταίου ή στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, ανά περίπτωση, στην κατηγορία/-ιες έργου του άρθρου 21 της παρούσας. Οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. ... 22.Γ. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που ορίζονται στο άρθρο 100 του Ν.3669/2008, καθώς όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει σήμερα, ανά κατηγορία και τάξη Μ.Ε.Ε.Π αντίστοιχη με την εκτιμωμένη αξία της σύμβασής σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 78 του Ν4412/2016. ... 22.Δ.*

Αριθμός απόφασης:1788/2022

Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που ορίζονται στο άρθρο 100 του Ν.3669/2008, καθώς όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει σήμερα, ανά κατηγορία και τάξη Μ.Ε.Ε.Π αντίστοιχη με την εκτιμωμένη αξία της σύμβασής σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 78 του Ν. 4412/2016. ... 22.ΣΤ. Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία). 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. 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. ... 23.4 Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22.Β (α) Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. μέχρι τη λήξη της μεταβατικής περιόδου ισχύος, σύμφωνα με το άρθρο 65 του π.δ. 71/2019, και από την πλήρη έναρξη ισχύος του τελευταίου βεβαίωση εγγραφής στο Τμήμα Ι του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), ή βεβαίωση εγγραφής στα Μητρώα Περιφερειακών Ενοτήτων, ανά περίπτωση, στην/στις κατηγορία/ες «ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ» και στην 3η Τάξη και Άνω. ... 26.3 Οι προσφέροντες, με την υποβολή της προσφοράς τους, αποδέχονται ανεπιφύλακτα τους όρους της παρούσας Διακήρυξης». Στο δε αναρτημένο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού υπόδειγμα ΕΕΕΣ συμπεριλαμβάνονται όλες οι ερωτήσεις του Μέρους ΙV που αφορούν τα κριτήρια επιλογής.

9. Κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων της Διακήρυξης, για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να πληρούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής του άρθρου 22. Από τις διατάξεις του άρθρου αυτού προκύπτει με σαφήνεια η διάκριση μεταξύ αφενός, του κριτηρίου καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας (άρθρο 22.Β) και αφετέρου, των κριτηρίων χρηματοοικονομικής και οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (άρθρα 22.Γ και 22.Δ). Σύμφωνα δε με τη ρητή διάταξη του άρθρου 22.ΣΤ της

Αριθμός απόφασης:1788/2022

Διακήρυξης, η οποία στοιχεί προς το άρθρο 78 παρ. 1 ν. 4412/2016, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων μόνο για την πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής επάρκειας και τεχνικής ικανότητας, όχι, όμως, και για την πλήρωση του κριτηρίου καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, το οποίο δεν είναι δεκτικό δανεισμού από τρίτο οικονομικό φορέα, αλλά πρέπει οπωσδήποτε να συντρέχει στο πρόσωπο του διαγωνιζόμενου (βλ. ΣτΕ 1116/2022, σκ. 16, ΔΕφΤρίπολης 46/2021).

10. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσφεύγουσα υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής συμπληρωμένο ΕΕΕΣ, στο ερώτημα του οποίου σχετικά με την επαγγελματική καταλληλότητα απάντησε ως εξής: «*A: Καταλληλότητα. Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουν προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη/γνωστοποίηση. Εγγραφή στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο. οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος στα σχετικά επαγγελματικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος μέλος εγκατάστασής του, όπως περιγράφεται στο παράρτημα XI της οδηγίας 2014/24/ΕΕ: οι οικονομικοί φορείς από ορισμένα κράτη μέλη μπορεί να οφείλουν να συμμορφώνονται με άλλες απαιτήσεις που καθορίζονται στο παράρτημα αυτό. Απάντηση: Ναι. Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Ναι. Διαδικτυακή Διεύθυνση. <http://ypexd15.gr>, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ Δ15 ΤΜΗΜΑ ΜΗΤΡΩΟΥ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ – Μ.Ε.ΕΠ. αρ. ..., www.businessregistry.gr. Επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων: Μ.Ε.ΕΠ. αρ. ... – 2Η ΤΑΞΗ ΓΙΑ ΕΡΓΑ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ, ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΟ ΕΠΙΜΕΛΗΤΗΡΙΟ ... αρ. ..., ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΜΕ Μ.Ε.ΕΠ. αρ. ... – 5Η ΤΑΞΗ ΓΙΑ ΕΡΓΑ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ, ΑΡΙΘΜΟΣ Γ.Ε.ΜΗ. Αρχή ή Φορέας έκδοσης: ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ... ΤΜΗΜΑ ΜΗΤΡΩΟΥ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ, Γ.Ε.ΜΗ.». Περαιτέρω, στο ερώτημα της Ενότητας Γ' του Μέρους IV περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας η προσφεύγουσα απάντησε ως εξής: «ο οικονομικός φορέας δεν προτιμάται να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας κανένα μέρος της συμβάσης. Δάνεια εμπειρία από την εταιρεία με Μ.Ε.ΕΠ. αρ. ... – 5η*

Αριθμός απόφασης:1788/2022

τάξη για έργα κατηγορίας υδραυλικών». Επιπρόσθετα, η προσφεύγουσα προσκόμισε ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα

11. Με τα ανωτέρω δεδομένα και ενόψει των προπαρατεθεισών διατάξεων της Διακήρυξης, ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας είναι σύμφωνος με τη Διακήρυξη. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα κατ' αρχάς προβάλλει αλυσιτέλως ότι δεν τέθηκε υπόψη του αρμόδιου αποφαινομένου οργάνου η στήριξή της στην ικανότητα της για την πλήρωση του κριτηρίου επαγγελματικής καταλληλότητας του άρθρου 22.Β της Διακήρυξης. Και τούτο, διότι - ανεξαρτήτως του ότι, όπως προεκτέθηκε, δεν είναι επιτρεπτή από τη Διακήρυξη η στήριξη στην ικανότητα τρίτων για την πλήρωση του κριτηρίου επαγγελματικής καταλληλότητας - η προσφεύγουσα δεν είχε δηλώσει στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ που συνδέεται με το κριτήριο επαγγελματικής καταλληλότητας (Μέρος IV, Ενότητα Α') την στήριξή της στην ικανότητα τρίτου. Επομένως, ο αποκλεισμός της με την αιτιολογία ότι δεν πληροί το τεθέν από τη Διακήρυξη κριτήριο καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, με το περιεχόμενο που προεκτέθηκε και χωρίς περαιτέρω αναφορά στη νόμιμη ή μη στήριξη σε τρίτο οικονομικό φορέα, είναι νόμιμος και σύμφωνος με τη Διακήρυξη.

12. Σε κάθε περίπτωση, από τον συνδυασμό των όρων των άρθρων 22.Β και 23.4.α' της Διακήρυξης, τους οποίους η προσφεύγουσα αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα με τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, προκύπτει ότι η βεβαίωση εγγραφής του διαγωνιζομένου στην 3^η Τάξη και άνω Κατηγορίας Υδραυλικών του ΜΕΕΠ ορίζεται ως ο μόνος τρόπος απόδειξης του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 22.Α περί καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας των εγκατεστημένων στην Ελλάδα οικονομικών φορέων. Κατά την έννοια των προαναφερθέντων όρων της Διακήρυξης και ανεξαρτήτως της συμβατότητάς τους με το οικείο θεσμικό πλαίσιο, η οποία δεν προκύπτει ότι αμφισβητήθηκε από οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, για την παραδεκτή συμμετοχή στον προκείμενο διαγωνισμό απαιτήθηκε από τη Διακήρυξη η κατάταξη των εγκατεστημένων στην Ελλάδα οικονομικών φορέων στην 3η Τάξη και άνω Κατηγορίας Υδραυλικών του ΜΕΕΠ. Περαιτέρω, ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω (βλ. σκέψη 9), για την πλήρωση του κριτηρίου αυτού, οι διαγωνιζόμενοι

Αριθμός απόφασης:1788/2022

οικονομικοί φορείς, δεν μπορούσαν να στηριχτούν στην ικανότητα τρίτων, αλλά όφειλαν να το διαθέτουν και να το αποδεικνύουν οι ίδιοι αυτοτελώς.

13. Επομένως, εφόσον η προσφεύγουσα, όπως η ίδια δήλωσε στο ΕΕΕΣ της και επαναλαμβάνει στην προδικαστική προσφυγή, δεν είναι εγγεγραμμένη στην 3^η Τάξη και άνω του ΜΕΕΠ για την Κατηγορία Υδραυλικών, αλλά στη 2^η, δεν πληροί το κριτήριο καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, όπως αυτό τέθηκε από τη Διακήρυξη του προκείμενου διαγωνισμού, τους όρους της οποίας αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα η προσφεύγουσα με τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, ανεξαρτήτως της συμβατότητάς τους με το οικείο θεσμικό πλαίσιο, και ιδίως με τα άρθρα 75 και 76 ν. 4412/2016. Για την πλήρωση δε του κριτηρίου επαγγελματικής καταλληλότητας δεν χωρεί, όπως προαναφέρθηκε, επίκληση δάνειας εμπειρίας, απορριπτομένων των περί στήριξης στην ικανότητα τηςΣ ΑΤΕ ισχυρισμών της προσφεύγουσας (βλ. ΔΕφΤρίπολης 46/2021, σκ. 11). Κατά συνέπεια, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής αιτιολογείται νόμιμα και τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με την προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθούν.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να οριστεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Αριθμός απόφασης:1788/2022

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Δεκεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 19 Δεκεμβρίου 2022, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ