

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος και εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την από 13/12/2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2314/14-12-2021 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα») που εδρεύει ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... του ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, ως και

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής: «η παρεμβαίνουσα») που εδρεύει στ.. ..., ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της από 1/12/2021 υπ' αριθ. πρωτ. ... Έργο πρόσκλησης της ΔΙΕΥΘΥΝΣΗΣ ΑΝΤΙΠΛΗΜΜΥΡΙΚΩΝ ΚΑΙ ΕΓΓΕΙΟΒΕΛΤΙΩΤΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ/.../... του ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ... με θέμα «*Πρόσκληση αντικατάστασης οικονομικού φορέα που παρέχει δάνεια εμπειρία, στο πλαίσιο του διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης του έργου με τίτλο: 'ΔΙΕΥΘΕΤΗΣΗ ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΡΕΜΑΤΟΣ ...'*», καθώς επίσης και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 13/12/2021 πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα Ελλάδος και την

Αριθμός απόφασης: 200/2022

εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο καταβλήθηκε με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 69.110.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, με Διακήρυξη του Ιουλίου 2021 η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης κατασκευής του δημοσίου έργου «ΔΙΕΥΘΕΤΗΣΗ ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΡΕΜΑΤΟΣ ...» εκτιμώμενης αξίας 69.110.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24 %, με κριτήριο ανάθεσης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 21/9/2021 και ως ημερομηνία αποσφράγισης τους η 24/9/2021. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά επτά οικονομικοί φορείς, εκ των οποίων ένας αποκλείστηκε λόγω μη προσκόμισης εγγυητικής επιστολής, με την υπ' αριθ. ... /Φ. Έργο .../30-9-2021 απόφαση του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών που εκδόθηκε κατά τη διαδικασία του άρθρου 72 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών των λοιπών έξι διαγωνιζομένων. Πριν η Επιτροπή Διαγωνισμού καταρτίσει το σχετικό πρακτικό, η έκδοση του οποίου εξακολουθεί να εκκρεμεί, ο Πρόεδρος της απέστειλε προς την αναθέτουσα αρχή το από 25/11/2021 έγγραφο, όπου διατυπωνόταν μία σειρά από παρατηρήσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με την εκ μέρους της προσφεύγουσας πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας με στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων. Ειδικότερα, αναφερόταν ότι, όσον αφορά την απαιτούμενη εμπειρία σε υδραυλικά έργα, η προσφεύγουσα επικαλείτο για την πλήρωση του σχετικού κριτηρίου συνδυαστικά και σωρευτικά ίδια εμπειρία και στήριξη στην εμπειρία πέντε έτερων οικονομικών φορέων. Σε συνέχεια του ανωτέρω εγγράφου, την 1/12/2021 κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα η προσβαλλόμενη, με την οποία αυτή εκλήθη να αντικαταστήσει τους δανείζοντες την ειδική εμπειρία στην κατηγορία «ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΕΡΓΑ» με έναν μόνο οικονομικό φορέα, εντός της νόμιμης και προβλεπόμενης από τη Διακήρυξη τριακονθήμερης

Αριθμός απόφασης: 200/2022

προθεσμίας. Κατά της εν λόγω πρόσκλησης αντικατάστασης των τρίτων έχει ασκηθεί η προκείμενη προδικαστική προσφυγή.

3. Επειδή, προκήρυξη σύμβασης απεστάλη για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 30/7/2021, η δε Διακήρυξη αναρτήθηκε την 8/9/2021 στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ: ...), καθώς επίσης και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό Α/Α

4. 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 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ 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, την 13/12/2021 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Είναι δε και εμπρόθεσμη δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού την 1/12/2021, με αποτέλεσμα η δεκαήμερη προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής να λήγει την 11/1/2021, ημέρα Σάββατο, και να παρατείνεται για τον λόγο αυτό για την επόμενη εργάσιμη, Δευτέρα, 13/12/2021.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς συμμετέχοντες μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 14/12/2021.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε το υπ' αριθ. .../Φ.ΕΡΓΟ .../28-12-2021 έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής νόμιμα και εμπρόθεσμα δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 28/12/2021.

9. Επειδή, την 24/12/2021 η παρεμβαίνουσα άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως παρέμβαση διά της «Επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης.

Αριθμός απόφασης: 200/2022

10. Επειδή, με την υπ' αριθ. 3221/2021 Πράξη της Προέδρου του 1ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής. Με την 3314/2021 τροποποιητική Πράξη ορίστηκε η 21/1/2022 ως νέα ημερομηνία εξέτασης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν.

12. Επειδή, το άρθρο 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

13. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται με την προδικαστική προσφυγή κατά της υπ' αριθ. ... πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής με θέμα «Πρόσκληση αντικατάστασης οικονομικού φορέα που παρέχει δάνεια εμπειρία, στο πλαίσιο του διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης του έργου με τίτλο: 'ΔΙΕΥΘΕΤΗΣΗ ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΡΕΜΑΤΟΣ ...'» και με το εξής περιεχόμενο: «Σε συνέχεια του ανωτέρω (α) σχετικού εγγράφου της Ε.Δ., με το οποίο ενημερώθηκε η αναθέτουσα αρχή ότι η απαίτηση της παρ. 22.Δ.(γ) της Διακήρυξης (εμπειρία) δεν καλύπτεται από τον ίδιο τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα «...», αλλά με στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων και ειδικότερα με δάνεια εμπειρία αθροιστικά από τον συμμετέχοντα Ο.Φ. και από τέσσερις (4) άλλους Ο.Φ., και λαμβάνοντας υπόψη το (β) σχετικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής και την αρχή της αναλογικότητας που διέπει τον νόμο των δημοσίων συμβάσεων, παρακαλούμε όπως, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ. της οικείας Διακήρυξης, προβείτε στην αντικατάσταση του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζετε για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής της παρ. 22.Δ.γ της Διακήρυξης, εντός 30 ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας πρόσκλησης (ήτοι έως 3-1-2022), έτσι ώστε η ανωτέρω απαίτηση να

Αριθμός απόφασης: 200/2022

ικανοποιείται από έναν (1) οικονομικό φορέα. Η ως άνω αντικατάσταση θα συνοδεύεται από όλες τις απαιτούμενες αποδείξεις για την δάνεια εμπειρία, σύμφωνα με το άρθρο 23.10 της Διακήρυξης, δηλώνοντας ρητά το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει ο Ο.Φ. που διαθέτει τη δάνεια εμπειρία και παρέχοντας τις κατάλληλες εξηγήσεις». Όπως προαναφέρθηκε, η ανωτέρω πρόσκληση ακολούθησε το από 25/11/2021 έγγραφο του Προέδρου της Επιτροπής Διαγωνισμού, στο οποίο αποτυπωνόταν, μεταξύ άλλων, και σχετική παρατήρηση της Επιτροπής.

14. Επειδή, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής ελέγχονται αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ, στο πλαίσιο της εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, με τις απόψεις της, προβάλλει ότι η προδικαστική προσφυγή είναι απαράδεκτη, διότι η προσβαλλόμενη δεν είναι εκτελεστή πράξη του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής. Η προσφεύγουσα αντιτάσσει, με το συμπληρωματικό υπόμνημά της, ότι η προσβαλλόμενη επιφέρει βλαπτικές έννομες συνέπειες για την ίδια και, ως εκ τούτου, παραδεκτώς προσβάλλεται στην παρούσα φάση του διαγωνισμού.

15. Επειδή, το άρθρο 98 Ν. 4412/2016 περιγράφει τη διαδικασία αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής στις δημόσιες συμβάσεις έργων με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή ως εξής: «1. Τα στάδια στην ανοικτή διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) Στην ανοικτή διαδικασία η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, όπως ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης, είναι σε κάθε περίπτωση ημέρα Τρίτη ή Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ.. Την ίδια ημέρα και μετά το πέρας της ως άνω ώρας, διενεργείται η αποσφράγιση των προσφορών. Αν, για λόγους ανωτέρας βίας, δεν διενεργηθεί η αποσφράγιση κατά την ορισθείσα ημέρα ή αν μέχρι τη μέρα αυτή δεν έχει υποβληθεί καμία προσφορά, η αποσφράγιση και η καταληκτική ημερομηνία αντίστοιχα μετατίθενται σε οποιαδήποτε άλλη ημέρα, με απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Η απόφαση αυτή κοινοποιείται εγγράφως, πέντε (5) τουλάχιστον εργάσιμες ημέρες πριν τη νέα ημερομηνία, σε όσους οικονομικούς φορείς έλαβαν τα έγγραφα της σύμβασης, και αναρτάται, κατά περίπτωση, στην ΕΕΕΕ, στο ΚΗΜΔΗΣ και στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής, εφόσον διαθέτει.[...] . β) Οι

Αριθμός απόφασης: 200/2022

προσφορές που παραλαμβάνονται, καταχωρίζονται κατά σειρά κατάθεσής τους σε σχετικό πρακτικό του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου, στο οποίο ειδικότερα αναφέρονται η σειρά προσέλευσης, η επωνυμία του οικονομικού φορέα, η τάξη και κατηγορία του, ο εξουσιοδοτημένος εκπρόσωπος, καθώς και η εκπλήρωση άλλων τυπικών προϋποθέσεων που απαιτούν τα έγγραφα της σύμβασης. Όλοι οι φάκελοι αριθμούνται με τον αύξοντα αριθμό κατάθεσής τους, όπως καταχωρίστηκαν στο πρακτικό και μονογράφονται από τα μέλη του ως άνω οργάνου. γ) Αν κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, αμέσως μετά την κατά τα ανωτέρω ολοκλήρωση της παραλαβής των προσφορών και καταγραφής των δικαιολογητικών συμμετοχής, ακολουθεί η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και η ανακοίνωση των επί μέρους στοιχείων τους, τα οποία επίσης καταχωρίζονται στο ίδιο ως άνω πρακτικό. Στη συνέχεια αν η αναθέτουσα αρχή εφαρμόζει την παράγραφο 1 του άρθρου 101 [...]. Στη συνέχεια, στις υποπεριπτώσεις αα) και ββ)`, τα δικαιολογητικά συμμετοχής ελέγχονται την ίδια ημέρα κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Αν η ολοκλήρωση του ελέγχου αυτού δεν είναι δυνατή την ίδια μέρα, λόγω του μεγάλου αριθμού των προσφορών και του ελέγχου των εγγυητικών επιστολών, ελέγχονται τουλάχιστον οι δέκα (10) πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας προσφορές. Στην περίπτωση αυτή η διαδικασία συνεχίζεται τις επόμενες εργάσιμες ημέρες [...]. δ) Σε όλες τις παραπάνω περιπτώσεις, το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, πριν την ολοκλήρωση της σύνταξης και έκδοσης του ως άνω πρακτικού του επικοινωνεί με τους εκδότες που αναγράφονται στις υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 72. ε) Η διαδικασία της παραγράφου αυτής καταχωρείται στο πρακτικό του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου ή σε παράρτημά του που υπογράφεται από τον πρόεδρο και τα μέλη της. Το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο ολοκληρώνει τη σύνταξη και έκδοση του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης βάσει των κριτηρίων ανάθεσης όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, και το υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή, η οποία εγκρίνει το αποτέλεσμα, επιφυλασσομένων των διατάξεων του άρθρου 106. στ) Κατά της απόφασης έγκρισης του αποτελέσματος της διαδικασίας χωρεί ένσταση, σύμφωνα με το

Αριθμός απόφασης: 200/2022

άρθρο 127 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (προ ΦΠΑ) ή η προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με το άρθρο 360 για συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (προ ΦΠΑ).[...].».

16. Επειδή, το άρθρο 4.1. της Διακήρυξης ορίζει τα εξής:

«4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού

α) Μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, όπως ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας, και πριν από την ηλεκτρονική αποσφράγιση, πιστοποιημένος χρήστης της Αναθέτουσας Αρχής μεταβιβάζει την αρμοδιότητα διαχείρισης του ηλεκτρονικού διαγωνισμού σε πιστοποιημένο χρήστη της Επιτροπής Διαγωνισμού. β) Η αναθέτουσα αρχή διαβιβάζει στον Πρόεδρο της Επιτροπής Διαγωνισμού τους κλειστούς φακέλους με τις πρωτότυπες εγγυήσεις συμμετοχής που έχουν προσκομιστεί πριν από την ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών που ορίζεται, ομοίως, στο άρθρο 18 της παρούσας. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18, προβαίνει σε ηλεκτρονική αποσφράγιση του υποφακέλου 'Δικαιολογητικά Συμμετοχής' και του υποφακέλου "Οικονομική Προσφορά", χωρίς να παρέχει στους προσφέροντες πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής ή στις υποβληθείσες οικονομικές προσφορές. γ) Μετά την ως άνω αποσφράγιση, και πριν από την έκδοση οποιασδήποτε απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της παρούσας, η Επιτροπή Διαγωνισμού, προβαίνει στις ακόλουθες ενέργειες: (i) αναρτά στον ηλεκτρονικό χώρο 'Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού', τον σχετικό κατάλογο προσφερόντων, όπως αυτός παράγεται από το υποσύστημα, με δικαίωμα πρόσβασης μόνον στους προσφέροντες, (ii) ελέγχει εάν προσκομίστηκαν οι απαιτούμενες πρωτότυπες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής σύμφωνα με την παρ. 3.5 περ. β του άρθρου 3 της παρούσας. Η προσφορά οικονομικού φορέα που παρέλειψε είτε να προσκομίσει την απαιτούμενη πρωτότυπη εγγύηση συμμετοχής, σε περίπτωση υποβολής έγχαρτης εγγύησης συμμετοχής, είτε να υποβάλει την απαιτούμενη εγγύηση ηλεκτρονικής έκδοσης στον οικείο ηλεκτρονικό (υπό)-φάκελο μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, απορρίπτεται ως απαράδεκτη, μετά από γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία συντάσσει πρακτικό, στο οποίο περιλαμβάνονται τα αποτελέσματα του ανωτέρω ελέγχου

Αριθμός απόφασης: 200/2022

και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, μέσω της λειτουργίας “επικοινωνία” του υποσυστήματος, προς έγκριση για τη λήψη απόφασης απόρριψης της προσφοράς, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72 του ν. 4412/2016. Μετά την έκδοση της απόφασης έγκρισης του ανωτέρω πρακτικού για την απόρριψη της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση σε όλους τους προσφέροντες. Η απόφαση απόρριψης της προσφοράς εκδίδεται πριν από την έκδοση οποιασδήποτε άλλης απόφασης σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών της παρούσας διαδικασίας. iii) Στη συνέχεια διαβιβάζει τον σχετικό κατάλογο προσφερόντων, κατά σειρά μειοδοσίας, στην αναθέτουσα αρχή και στους προσφέροντες, προκειμένου να λάβουν γνώση και αναρτά στο ηλεκτρονικό χώρο ‘Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού’, τον ως άνω κατάλογο, με δικαίωμα πρόσβασης μόνο στους προσφέροντες. δ) Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης, βάσει της παραγωγής σχετικού ψηφιακού αρχείου, μέσα από το υποσύστημα. Για την εφαρμογή του ελέγχου ομαλότητας, χρησιμοποιείται από την Επιτροπή Διαγωνισμού η μέση έκπτωση προσφοράς (Εμ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 95 και 98 του ν. 4412/2016, ε) Όλες οι οικονομικές προσφορές, μετά τις τυχόν αναγκαίες διορθώσεις, καταχωρίζονται, κατά τη σειρά μειοδοσίας, στο πρακτικό της επιτροπής. στ) Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού, την ίδια ημέρα, ελέγχει τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της παρούσας, κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Αν η ολοκλήρωση του ελέγχου αυτού δεν είναι δυνατή την ίδια μέρα, λόγω του μεγάλου αριθμού των προσφορών, ελέγχονται τουλάχιστον οι δέκα (10) πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας. Στην περίπτωση αυτή η διαδικασία συνεχίζεται τις επόμενες εργάσιμες ημέρες. ζ) Η Επιτροπή Διαγωνισμού, παράλληλα με τις ως άνω ενέργειες, επικοινωνεί με τους εκδότες που αναγράφονται στις υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. Αν διαπιστωθεί πλαστότητα εγγυητικής επιστολής, ο υποψήφιος αποκλείεται από τον διαγωνισμό και υποβάλλεται μηνυτήρια αναφορά στον αρμόδιο εισαγγελέα. η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε παράρτημά του, που υπογράφεται από τον

Αριθμός απόφασης: 200/2022

Πρόεδρο και τα μέλη της. Ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, τεκμαίρονται οικονομικές προσφορές που εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν. Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. Στις παραπάνω περιπτώσεις, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης, η οποία αποστέλλεται μέσω της λειτουργίας 'Επικοινωνία' του υποσυστήματος. Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής εντός της άνω προθεσμίας και δεν υποβάλλει εξηγήσεις, η προσφορά του απορρίπτεται ως μη κανονική και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Αν οι εξηγήσεις δεν γίνουν αποδεκτές, η προσφορά απορρίπτεται, ωστόσο δεν καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, οι οποίες υποβάλλονται, ομοίως, μέσω της λειτουργίας 'Επικοινωνία', ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται τα αναλυτικά αναφερόμενα στα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως "εσωτερικό", προς έγκριση, μεταβιβάζοντας παράλληλα ξανά την αρμοδιότητα διαχείρισης του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στον αρμόδιο πιστοποιημένο χρήστη της αναθέτουσας αρχής. Η αποδοχή ή απόρριψη των εξηγήσεων των οικονομικών φορέων, κατόπιν γνώμης της Επιτροπής Διαγωνισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο ως άνω πρακτικό, ενσωματώνεται στην απόφαση της επόμενης περίπτωσης (θ). Για την εξέταση των εξηγήσεων δύναται να συγκροτούνται και έκτακτες επιτροπές ή ομάδες εργασίας, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 221 ν. 4412/2016. θ) Στη συνέχεια, η

Αριθμός απόφασης: 200/2022

αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του πρακτικού σε όλους τους προσφέροντες, εκτός από εκείνους, οποίοι αποκλείστηκαν οριστικά, λόγω μη υποβολής ή προσκόμισης της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με την περίπτωση (γ) της παρούσας παραγράφου 4.1 και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και στις οικονομικές προσφορές των λοιπών προσφερόντων. Κατά της απόφασης αυτής χωρεί προδικαστική προσφυγή, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4.3 της παρούσης [...]».

17. Επειδή, κατά ρητή επιταγή του προπαρατεθέντος άρθρου 360 Ν. 4412/2016, η οποία επαναλαμβάνει γενικό κανόνα της διοικητικής διαδικασίας και δικονομίας, η προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ ασκείται παραδεικνυτικώς μόνο κατά εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής. Όπως δε έχει κριθεί, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής είναι εκείνες, με τις οποίες το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο αποφασίζει οριστικώς για το αντίστοιχο, κατά περίπτωση, στάδιο της εν εξελίξει διαδικασίας του διαγωνισμού, προς περαίωση του σταδίου αυτού (ΣΤΕ 1218/2021, 1069/2021, ΕΑΣΤΕ 271, 273/2020, 107/2018, πρβλ. ΔΕφΠατρ Ν20/2020). Έχει καταστρωθεί, δηλαδή, με τέτοιο τρόπο η διαγωνιστική διαδικασία από τον νομοθέτη, ώστε το καθένα από τα στάδιά της να ολοκληρώνεται με μία εκτελεστή πράξη του οικείου αποφαινόμενου οργάνου, κατά τον έλεγχο της οποίας από την ΑΕΠΠ ή και τα αρμόδια Δικαστήρια εξετάζονται, εφόσον προβληθούν, και αιτιάσεις που αφορούν πλημμέλειες των διαδικαστικών ενεργειών των οργάνων της αναθέτουσας αρχής που έλαβαν χώρα κατά την εξέλιξη του οικείου σταδίου, όπως η πρόσκληση των οικονομικών φορέων για παροχή διευκρινίσεων επί της προσφοράς τους (ΣΤΕ 1218/2021, 1069/2021, ΕΑΣΤΕ 271, 273/2020), για αιτιολόγηση προσφορών που φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές (ΔΕφΑθ 2071/2021), για συμπλήρωση ελλειπόντων δικαιολογητικών συμμετοχής ή κατακύρωσης (ΕΑ ΣΤΕ 107/2018, ΔΕφΠάτρ Ν20/2020) ή, όπως εν προκειμένω, για αντικατάσταση τρίτου παρέχοντος τεχνική ή χρηματοοικονομική ικανότητα. Με την ανωτέρω ερμηνεία εξυπηρετείται ο σκοπός των σχετικών διατάξεων, οι οποίες αποβλέπουν στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, στο κατάλληλο, όμως, χρονικό σημείο, ώστε να διατάσσονται

Αριθμός απόφασης: 200/2022

επικαίρως τα αναγκαία μέτρα, από την ΑΕΠΠ και, ακολούθως, από τα αρμόδια δικαστήρια, χωρίς πάντως να παρακωλύεται η εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά τρόπο υπερβαίνοντα το αναγκαίο μέτρο (ΣΤΕ 1218/2021, 1069/2021, ΕΑΣΤΕ 271, 273/2020).

18. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, σύμφωνα με τη διαδικασία που διαγράφεται από τις ανωτέρω διατάξεις της Διακήρυξης, κατ' εφαρμογή των προπαρατεθεισών διατάξεων του Ν. 4412/2016, το στάδιο αποσφράγισης και αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων ολοκληρώνεται με την έκδοση της απόφασης του ανωτέρω άρθρου 4.1.θ' της Διακήρυξης, με την οποία το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο επικυρώνει το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού που περιέχει την καταγραφή της διαδικασίας αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών και την εισήγηση περί ανάθεσης της σύμβασης στον μειοδότη (ή τυχόν ματαίωσης του διαγωνισμού). Κατά ρητή δε πρόβλεψη του ανωτέρω όρου της Διακήρυξης, η τελευταία αυτή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία περαιώνεται το προκείμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, προσβάλλεται με προδικαστική προσφυγή. Με την προκείμενη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα βάλλει κατά της πρόσκλησης που της απηύθυνε η αναθέτουσα αρχή να αντικαταστήσει τους τρίτους στους οποίους αυτή στηρίζεται για την απόδειξη κριτηρίων επιλογής, τα οποία δεν πληροί η ίδια αυτοτελώς. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, η προσβαλλόμενη αποτελεί ενδιάμεση διαδικαστική πράξη του εν εξελίξει σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας που δεν προσβάλλεται παραδεκτώς με προδικαστική προσφυγή. Και ναι μεν, στην προσβαλλόμενη περιέχεται μία προκαταρκτική κρίση των οργάνων της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την μη πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής από την προσφεύγουσα - κατά τον ίδιο τρόπο που κάθε πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής προς τους διαγωνιζόμενους περιέχει μία προκαταρκτική κρίση, λόγου χάρη, περί ασάφειας ή ελαττώματος της προσφοράς που απαιτεί διευκρίνιση ή διόρθωση, προκειμένου αυτή να μην απορριφθεί, ή περί εμφάνισης μίας προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, με αποτέλεσμα να απαιτείται αιτιολόγηση ή περί ανάγκης συμπλήρωσης των επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενων δικαιολογητικών συμμετοχής ή κατακύρωσης - , η οριστική,

Αριθμός απόφασης: 200/2022

όμως, κρίση ως προς την αποδοχή ή την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας (και των λοιπών διαγωνιζομένων) από τον προκείμενο διαγωνισμό εκδηλώνεται μόνο με την εκδοθησόμενη εκτελεστή απόφαση του αρμόδιου αποφαινόμενου οργάνου, με την οποία θα περαιωθεί το προκείμενο στάδιο της διαδικασίας και στην οποία θα ενσωματώνεται η σχετική εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατόπιν της όποιας απάντησης του οικονομικού φορέα στην προσβαλλόμενη πρόσκληση και του ελέγχου της συνδρομής των εν γένει προϋποθέσεων συμμετοχής στο πρόσωπο των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, καθώς επίσης στους τυχόν τρίτους στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται οι διαγωνιζόμενοι. Ενόψει δε όσων έγιναν δεκτά ανωτέρω (σκ. 17), τυχόν πλημμέλειες της προσβαλλόμενης πρόσκλησης προς αντικατάσταση των τρίτων, είτε αυτές ανάγονται στην διαδικασία που ακολουθήθηκε είτε στην πλήρωση ή μη των προϋποθέσεων ενεργοποίησης της διαδικασίας αντικατάστασης, προβάλλονται παραδεκτώς με την προβλεπόμενη προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης ολοκλήρωσης του σταδίου κατ' άρθρο 4.1.θ' της Διακήρυξης, ώστε η προσφεύγουσα να μην στερείται της προβλεπόμενης διοικητικής και δικαστικής προστασίας όσον αφορά τη δυνατότητα προσβολής των συγκεκριμένων πλημμελειών. Είναι δε απορριπτέοι οι ειδικότεροι ισχυρισμοί που προβάλλονται με το υπόμνημα της προσφεύγουσας ότι η προσβαλλόμενη είναι εκτελεστή, διότι με αυτή προεξοφλείται το αποτέλεσμα της απόρριψης της προσφοράς της από τον διαγωνισμό, δεδομένου ότι, πάντα κατά τους ισχυρισμούς της, «η απαιτούμενη τεχνική ικανότητα από έναν φορέα και όχι από περισσότερους αθροιστικά *a priori* καθιστά προδήλως δυσχερέστερη την εξεύρεσή της. Περαιτέρω και προεχόντως, ειδικά όσον αφορά την εταιρεία μας, κάτι τέτοιο είναι απολύτως αδύνατο με τα κοινά τοις πάσι δεδομένα εντός του ελληνικού κατασκευαστικού χώρου, όπου η απαιτούμενη χρηματοοικονομική επάρκεια κατέχεται αυτοτελώς από ελάχιστες εταιρείες της 7ης τάξης του Μ.Ε.ΕΠ., οι οποίες όλες μετέχουν στον προκείμενο διαγωνισμό». Οι εν λόγω ισχυρισμοί απορρίπτονται, ακριβώς διότι το εν λόγω αποτέλεσμα, ήτοι ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας, δεν έχει ακόμη επέλθει, αλλά η αναθέτουσα αρχή έχει αναβάλει τη σχετική κρίση της καλώντας την προσφεύγουσα να αντικαταστήσει τον τρίτο δανείζοντα. Σε περίπτωση δε που τελικά αποκλειστεί η προσφεύγουσα, κατόπιν αξιολόγησης της κρίσιμης τυχόν απάντησης ή

Αριθμός απόφασης: 200/2022

ανταπόκρισής της στην πρόσκληση αντικατάστασης, αυτή δεν στερείται του δικαιώματος να προβάλλει τις αντιρρήσεις της τόσο κατά του αποκλεισμού της όσο και κατά τυχόν πλημμελειών της επίμαχης πρόσκλησης προσβάλλοντας τη μόνη εκτελεστή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία θα έχουν κριθεί οριστικά από το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο όλα τα ζητήματα του εν εξελίξει σταδίου του διαγωνισμού. Αντίθετη ερμηνεία, πέραν του ότι δεν βρίσκει έρεισμα στον νόμο και στην Διακήρυξη, θα οδηγούσε στο αποτέλεσμα που αποκρούστηκε από τον νομοθέτη, αλλά και από την αναθέτουσα αρχή κατά την κατάρτιση των κανονιστικών όρων της Διακήρυξης, ήτοι στην άσκηση πολλαπλών προδικαστικών προσφυγών ανά στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με αντίστοιχη περιπλοκή των εννόμων συνεπειών και καθυστέρηση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Για όλους τους ανωτέρω λόγους, ενόψει του αυτεπάγγελτου ελέγχου των προϋποθέσεων παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής, αλλά και των προβαλλόμενων από την αναθέτουσα αρχή και την παρεμβαίνουσα ισχυρισμών, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ασκείται απαραδέκτως κατά της προσβαλλόμενης μη εκτελεστής πράξης και πρέπει να απορριφθεί, απορριπτομένων των περι του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

Κατά τη μειοψηφούσα άποψη του Μέλους Ε. Αψοκάρδου, η εν λόγω προσφυγή ασκείται παραδεκτώως καθώς σύμφωνα με το άρθρο 360 του Ν.4412/2016 προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά κάθε εκτελεστής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας που έχει προκαλέσει ή ενδέχεται να προκαλέσει ζημία. Οι δε διατάξεις του Ν.4412/2016 σχετικά με τη διαγωνιστική διαδικασία ούτε περιορίζουν αναγνώριση εκτελεστότητας αποκλειστικά στις πράξεις της αναθέτουσας αρχής που ολοκληρώνουν κάποιο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας ούτε αποκλείουν την έκδοση εκτελεστών πράξεων πριν την ολοκλήρωση κάποιου σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ως εκ τούτου, μια τέτοια περιοριστική ερμηνεία θα στερούσε της δυνατότητας επίκαιρης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά την έννοια της δικονομικής οδηγίας 89/665 ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει κάθε ενδιαφερόμενο ο οποίος υπόκειται ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από πράξεις της αναθέτουσας αρχής που μεσολαβούν πριν την ολοκλήρωση σταδίου διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός απόφασης: 200/2022

Εν προκειμένω, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής να αντικαταστήσει τον οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής της παρ. 22.Δ.γ της Διακήρυξης, εντός 30 ημερών από την κοινοποίηση της παρούσας πρόσκλησης (ήτοι έως 3-1-2022), έτσι ώστε η ανωτέρω απαίτηση να ικανοποιείται από έναν (1) οικονομικό φορέα και να προσκομίσει όλες τις απαιτούμενες αποδείξεις για την δάνεια εμπειρία, σύμφωνα με το άρθρο 23.10 της Διακήρυξης, δηλώνοντας ρητά το τμήμα της σύμβασης που θα εκτελέσει ο Ο.Φ. που διαθέτει τη δάνεια εμπειρία και παρέχοντας τις κατάλληλες εξηγήσεις έχει δυσμενείς συνέπειες για την ίδια καθώς καλείται να τροποποιήσει την προσφορά της άλλως θα υποστεί τις έννομες συνέπειες με την απόρριψη αυτής. Εξάλλου, με την προσβαλλόμενη Πρόσκληση η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατά τρόπο οριστικό ότι η προσφορά της προσφεύγουσας δεν πληροί τους όρους της Διακήρυξης σχετικά τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, ζήτημα που δεν θα επανακριθεί με την απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατόπιν της ολοκλήρωσης του εν θέματι σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας και επικαίρως προσβάλλεται με την υπό εξέταση προσφυγή. Με την ερμηνεία αυτή εξυπηρετείται ο σκοπός των σχετικών διατάξεων, που αποβλέπουν στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών, στο κατάλληλο, όμως, χρονικό σημείο, ώστε να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία μέτρα από την ΑΕΠΠ και, ακολούθως, από τα αρμόδια δικαστήρια, χωρίς πάντως να παρακωλύεται η εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά τρόπο υπερβαίνοντα το αναγκαίο μέτρο (βλ. εξ αντιδιαστολής ΣτΕ 1069/2021) Δοθέντος δε ότι εάν, κατ'αντίθετη ερμηνεία, θεωρηθεί ως μη εκτελεστή η προσβαλλόμενη, η προσφεύγουσα εφόσον αντικαθιστούσε τον τρίτο οικονομικό φορέα και τροποποιούσε την προσφορά της δεν θα εδύνατο να συμπροσβάλλει παραδεκτώς την Πρόσκληση με την απόφαση περάτωσης του εν θέματι σταδίου της αναθέτουσας αρχής καθώς η προσφυγής θα απορρίπτονταν ως άνευ εννόμου συμφέροντος ασκηθείσα (πρβλ απόφαση ΑΕΠΠ 107/2022, μειοψηφία Ε. Αψοκάρδου). Επομένως, η υπό κρίση προσφυγή ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

19. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι διά της κρινόμενης προσφυγής λόγοι είναι αβάσιμοι, για τους λόγους που αναπτύσσονται αναλυτικά κατωτέρω. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει με την προδικαστική προσφυγή τα εξής:

«1. Ενόψει της διατύπωσης των ως άνω διατάξεων της Διακήρυξης σαφώς συνάγεται πως η πρόβλεψη ότι 'Σε περίπτωση ένωσης, η παραπάνω απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης' που αφορά τόσο την τεχνική ικανότητα όσο και την επαγγελματική επάρκεια ουδόλως έχει την έννοια που εσφαλμένα της αποδίδει η αναθέτουσα αρχή αυθαίρετα και σε αντίθεση με την σαφή διατύπωση της Διακήρυξης, ήτοι ότι η οικεία απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται στο σύνολό της από ένα μέλος της ένωσης αποκλεισμένης της αθροιστικής ικανοποίησης της απαίτησης από όλα τα μέλη. Προς τούτο στοιχεί και η χρήση του επιρρήματος 'τουλάχιστον' που σημαίνει ότι η οικεία απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης μη αποκλεισμένης, όμως, της ικανοποίησης της αυτής απαίτησης σωρευτικά από όλα τα μέλη της ένωσης. Η σχετική ερμηνεία επομένως που υιοθετεί η αναθέτουσα αρχή ερείδεται σε εσφαλμένη ερμηνεία του γράμματος των ως άνω διατάξεων κάτι που καθιστά εξαρχής παράνομη την προσβαλλόμενη.

2. Σε κάθε περίπτωση, όμως, και επικουρικώς, ακόμα και αν οι ως άνω διατάξεις των άρθρων 22.Δ και 22.Ε της Διακήρυξης έχουν την έννοια που εσφαλμένα τους αποδίδει η αναθέτουσα αρχή, δεν εφαρμόζονται στην στήριξη στις ικανότητες τρίτων για τον προφανή λόγο ότι δεν υπάρχει η αυτή πρόβλεψη και για τους τρίτους οικονομικούς φορείς που παρέχουν δάνεια εμπειρία. Το δε σκεπτικό ότι ο ίδιος περιορισμός (διότι περί περιορισμού πρόκειται, όπως αναλύεται παρακάτω) που ισχύει στις προϋποθέσεις τεχνικής ικανότητας και οικονομικής επάρκειας εφαρμόζεται αυτούσιος στην δάνεια εμπειρία είναι αφενός αυθαίρετο και αφετέρου συνιστά ευθεία παράβαση της Διακήρυξης, αφού ένας τέτοιος σοβαρότατος περιορισμός θα έπρεπε να προβλέπεται ρητώς και με σαφήνεια στο άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης, κάτι που δεν συμβαίνει. Συμπερασματικώς, αφού το άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης ουδεμία σχετική πρόβλεψη περιέχει και αφού, επιπροσθέτως, ουδεμία διευκρίνιση δόθηκε με σχετικό περιεχόμενο που να αφορά τους τρίτους παρέχοντες δάνεια εμπειρία, η προσφορά μας νομίμως στηρίχθηκε σε

Αριθμός απόφασης: 200/2022

πλείονες τρίτους οικονομικούς φορείς, η επίκληση των ικανοτήτων των οποίων αθροιστικά ικανοποιεί πλήρως την απαιτούμενη τεχνική ικανότητα και οικονομική επάρκεια και εντεύθεν μη νόμιμα μας ζητείται η αλλαγή του τρίτου παρέχοντος δάνεια εμπειρία.

3. [...] Με τις ως άνω διατάξεις αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε προσφέροντος (μεμονωμένου οικονομικού φορέα ή ένωσης φορέων), που δεν πληροί ο ίδιος τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και τεχνικών ή/και επαγγελματικών ικανοτήτων, που τάσσει μια αναθέτουσα αρχή ως κριτήρια επιλογής για συγκεκριμένη σύμβαση, να επικαλείται τις δυνατότητες άλλων φορέων (σημειώνεται μάλιστα ότι τόσο ο νόμος, όσο και η διακήρυξη, χρησιμοποιούν πληθυντικό αριθμό στο ζήτημα της δάνειας εμπειρίας, καθιστώντας σαφές, πως είναι επιτρεπτή η λήψη δάνειας εμπειρίας από πλείονες οικονομικούς φορείς για την κάλυψη μιας απαίτησης της διακήρυξης), με τους οποίους συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς ('δάνεια εμπειρία'). Στην περίπτωση αυτή οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οικονομικών φορέων, που δεν του ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 2.12.1999, *HolstItalia*, C-176/98, σκ. 26, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2* και *Mannocchi Luigino*, C-94/12, σκ. 33, απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, *Pirro Pizzo*, C-27/2015, σκ. 25 επ. κ.α.), κάτι που εν προκειμένω πράξαμε. Επιπλέον, πράγματι δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες, που απαιτούν ικανότητα μη δυνάμενη να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστο ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων. Για τον λόγο αυτόν, σε μια τέτοια περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί ευλόγως να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από έναν μόνον οικονομικό φορέα ή, 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 (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, *Pirro 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).

Αριθμός απόφασης: 200/2022

Εν προκειμένω, όμως, το αντικείμενο της εργολαβίας είναι απολύτως σύνηθες και δεν εμφανίζει καμία κατασκευαστική ιδιαιτερότητα. Επομένως τυχόν σχετική απαίτηση θα ήταν άσχετη με το αντικείμενο της σύμβασης και (ως εκ τούτου) προδήλως δυσανάλογη. Ούτε, άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή έχει παραθέσει αιτιολογία για την δήθεν απόκλιση από τον ως άνω κανόνα και δεν εκθέτει καν ότι πρόκειται για εργασίες με ιδιαιτερότητες, που απαιτούν ικανότητα μη δυνάμενη να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστονος ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων, κάτι που επιβεβαιώνει τη θέση μας για την εσφαλμένη ερμηνεία που υιοθετείται με την προσβαλλόμενη.

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). Επομένως επιμονή της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω ερμηνεία θα καθιστούσε παράνομη την διακήρυξη στο σύνολό της, δεδομένου ότι η επίμαχη απαίτηση τίθεται, κατά την εσφαλμένη άποψη της αναθέτουσας αρχής, και ως προς την τεχνική επάρκεια.

Με τα ανωτέρω δεδομένα, ακόμα και αν ήθελε γίνει δεκτό ότι υφίσταται ερμηνευτική αμφισημία της πρόβλεψης της Διακήρυξης (κάτι που κατά την άποψή μας δεν συμβαίνει), η σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία αυτής επιβάλλει την αποδοχή της θέσης ότι είναι επιβεβλημένη η παροχή της δυνατότητας στους διαγωνιζομένους να επικαλεσθούν την ικανότητα πλειόνων του ενός οικονομικών φορέων για την ικανοποίηση των σχετικών απαιτήσεων. Ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη».

20. Επειδή, το άρθρο 78 Ν. 4412/2016, με το οποίο ενσωματώνεται στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 63 της εφαρμοστέας εν προκειμένω Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπει ότι «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

Αριθμός απόφασης: 200/2022

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 αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. [...] 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

Αριθμός απόφασης: 200/2022

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.[..]».

21. Επειδή, η Διακήρυξη του διαγωνισμού, η οποία, ως εκ του κανονιστικού της χαρακτήρα, δεν φέρει μεν αιτιολογία (ΣΤΕ 812/2009, 1655/2008), αλλά συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012), προβλέπει τα εξής:

Το άρθρο 2 παρ. 2.3 της Διακήρυξης προβλέπει ότι «εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως την 10/9/202111 η αναθέτουσα αρχή παρέχει σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, το αργότερο στις 15/9/202112 Απαντήσεις σε τυχόν διευκρινίσεις που ζητηθούν, αναρτώνται στον δημόσια προσβάσιμο ηλεκτρονικό χώρο του διαγωνισμού στην προαναφερόμενη πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ- ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΡΓΑ μαζί με τα υπόλοιπα έγγραφα της σύμβασης προς ενημέρωση των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι είναι υποχρεωμένοι να ενημερώνονται με δική τους ευθύνη μέσα από τον υπόψη ηλεκτρονικό χώρο». Στο άρθρο 11.1. προβλέπεται ότι «η παρούσα σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε τμήματα και ανατίθεται ως ενιαίο σύνολο για τους ακόλουθους λόγους: οι επιμέρους ομάδες εργασιών είναι αλληλένδετες και θα πρέπει κατά την υλοποίηση τους να υπάρχει συντονισμός ενεργειών εκ μέρους του αναδόχου. Η ύπαρξη περισσότερων του ενός ανατιθέμενων τμημάτων θα προκαλέσει σύγχυση και δυσκολία στην υλοποίηση». Περαιτέρω, σχετικά με τη τεχνική επάρκεια και τη στήριξη στις ικανότητες τρίτου προβλέπονται τα εξής: «22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα α) Κάθε μεμονωμένος προσφέρων οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει στην κατηγορία «ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΕΡΓΑ», κατ' ελάχιστον: επτά (7) μηχανικούς με 12ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ' αυτών, ή έξι (6) μηχανικούς με 12ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ' αυτών και δύο (2) μηχανικούς με 9ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ' αυτών, ή πέντε (5) μηχανικούς με 12ετή τουλάχιστον εμπειρία και τέσσερις (4) μηχανικούς με 9ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ' αυτών, ή τέσσερις (4) μηχανικούς με 12ετή τουλάχιστον εμπειρία και έξι (6) μηχανικούς με 9ετή τουλάχιστον εμπειρία για έκαστο εξ'»

Αριθμός απόφασης: 200/2022

αυτών. Σε περίπτωση ένωσης, η παραπάνω απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης. (β) Επιπρόσθετα, 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 παραπάνω απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης. (γ) Επίσης, κάθε μεμονωμένος προσφέρων οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει στην κατηγορία «ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΕΡΓΑ» αθροιστικά εμπειρία, κατά την τελευταία πενταετία, κατ' ελάχιστον ίση με: 36.600.000,00 €. Σε περίπτωση ένωσης, η παραπάνω απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης. [...]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. 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 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 υπεύθυνοι¹³⁴ για την εκτέλεση της σύμβασης. 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

Αριθμός απόφασης: 200/2022

σχετικά κριτήρια επιλογής και, εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη. 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 του άρθρου 22.Α της παρούσας. 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 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 παρούσας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης. Ο φορέας με τον οποίο αντικαθίσταται ο φορέας του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου».

22. Επειδή, περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή, κατόπιν σχετικού ερωτήματος οικονομικού φορέα, την 15/9/2021 ανήρτησε στην αρχική σελίδα του διαγωνισμού (πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα») και κοινοποίησε μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού με παραλήπτες όλους τους συμμετέχοντες την υπ' αριθ. πρωτ. ... /Φ. Έργο .../15-9-2021 διευκρίνιση με θέμα «Παροχή διευκρινήσεων (III) στα πλαίσια του διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης του έργου με τίτλο: «ΔΙΕΥΘΕΤΗΣΗ ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΡΕΜΑΤΟΣ ...» και με το εξής περιεχόμενο: «κατόπιν του ανωτέρω σχετικού ερωτήματος οικονομικού φορέα σχετικά με την παροχή δάνειας εμπειρίας από τα μέλη της ένωσης εταιρειών στην ένωση εταιρειών, σας ενημερώνουμε ότι ως αναφέρεται στα άρθρα 22.Γ και 22.Δ της Διακήρυξης, η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση για τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αντίστοιχα, υπό την προϋπόθεση ότι η κάθε απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης, όπως ρητά αναφέρεται στα εν λόγω άρθρα».

23. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης, όταν διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου για την απόδειξη κριτηρίου τεχνικής ικανότητας (δάνεια

Αριθμός απόφασης: 200/2022

εμπειρία), η αναθέτουσα αρχή επαληθεύει αφενός τη μη συνδρομή στο πρόσωπο του τρίτου λόγων αποκλεισμού και αφετέρου τη συνδρομή των προσόντων που στοιχειοθετούν την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου από τον τρίτο δανείζοντα. Περαιτέρω, η συμμετοχή οικονομικών φορέων με στήριξη στις ικανότητες τρίτων για την απόδειξη τεχνικής ικανότητας γίνεται δεκτή υπό τους ίδιους ακριβώς όρους και προϋποθέσεις συμμετοχής μεμονωμένων οικονομικών φορέων ή ενώσεων οικονομικών φορέων στηριζόμενων σε ίδια ικανότητα, διότι η προσφυγή σε δάνεια εμπειρία δεν επιτρέπεται να οδηγεί σε προνομιακή μεταχείριση οικονομικών φορέων που κάνουν χρήση αυτής έναντι όσων συμμετέχουν με ίδια προσόντα (βλ. Δημήτριο Γ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Γ' Έκδοσης, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα – Θεσσαλονίκη, 2019, σελ. 468). Τέλος, στην αναθέτουσα αρχή εναπόκειται, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, να ελέγξει, την συνδρομή των κρίσιμων προϋποθέσεων συμμετοχής, επαληθεύοντας τις πληροφορίες που περιέχονται κατ' αρχήν στο ΕΕΕΣ των τρίτων, διαδικασία που διενεργείται υπό τους όρους που ισχύουν για τους ίδιους τους διαγωνιζόμενους και η οποία ενδέχεται να καταλήξει στην αντικατάσταση των μη πληρούντων τις προϋποθέσεις συμμετοχής τρίτων οικονομικών φορέων (ΟΛΣΤΕ 1819/2020, σκ. 25). Εφόσον δε οικονομικός φορέας έχει συμμετάσχει ανεπιφύλακτα στον διαγωνισμό, χωρίς να αμφισβητήσει την νομιμότητα των διακήρυξης με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, οι όροι αυτοί περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να απαιτήσει από διαγωνιζόμενο να αντικαταστήσει τον τρίτο φορέα, τον οποίο επικαλέσθηκε προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας, σε περίπτωση που ο εν λόγω τρίτος δεν πληροί το αντίστοιχο κριτήριο ποιοτικής επιλογής, ως κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεσμεύουν τόσο τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς όσο και την αναθέτουσα αρχή και η νομιμότητά τους δεν μπορεί πλέον να ελεγχθεί παρεμπιπτόντως σε μεταγενέστερα στάδια του διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 15/2021, σκ. 17).

24. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή νομιμοποιείται να μην επιτρέπει στους οικονομικούς φορείς να επικαλεστούν τις ικανότητες τρίτου φορέα αθροίζοντας τη γνώση και την πείρα περισσότερων άλλων φορέων, οι οποίοι δεν διαθέτουν, ο καθένας χωριστά, τις ικανότητες που απαιτούνται για την εκτέλεση συγκεκριμένης σύμβασης, σε

Αριθμός απόφασης: 200/2022

περιπτώσεις συμβάσεων που προβλέπουν εργασίες με ιδιαιτερότητες, οι οποίες απαιτούν ικανότητα που δεν μπορεί να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστονος ικανότητας περισσότερων ή όταν κρίνεται ότι μια συγκεκριμένη σύμβαση συνιστά ενιαίο σύνολο, οπότε επιβάλλεται να εκτελεστεί από έναν και μόνο φορέα, στον βαθμό που η απαίτηση αυτή είναι συνδεδεμένη και ανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 4ης Μαΐου 2017, υπόθεση C- 387/14, Esaprojekt sp. z o.o., σκ. 54 και απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, υπόθεση C-94/12, C-94/12 - Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, σκ. 35, ΕΑ ΣΤΕ 15/2021, σκ. 28).

25. Επειδή, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις της Διακήρυξης, μεταξύ των κριτηρίων τεχνικής ικανότητας έχει τεθεί και η απαίτηση του όρου 22.Δ.γ' της Διακήρυξης, με την οποία για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτείται *«κάθε μεμονωμένος προσφέρων οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει στην κατηγορία 'ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΕΡΓΑ' αθροιστικά εμπειρία, κατά την τελευταία πενταετία, κατ' ελάχιστον ίση με 36.600.000,00 €. Σε περίπτωση ένωσης, η παραπάνω απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης»* και για την πλήρωση της οποίας οι διαγωνιζόμενοι μπορούν, κατ' άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης, να στηρίζονται σε ικανότητες τρίτων.

26. Επειδή, με τον πρώτο προπαρατεθέντα λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατ' ορθή γραμματική ερμηνεία του οικείου περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας άρθρου υπ' αριθ. 22.Δ. της Διακήρυξης, η φράση ότι *«η παραπάνω απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης»* δεν έχει την έννοια ότι η επίμαχη εμπειρία σε υδραυλικά έργα πρέπει οπωσδήποτε να συντρέχει στο πρόσωπο ενός από τα μέλη της ένωσης και δεν αποκλείει να καλύπτεται η εν λόγω απαίτηση σωρευτικά από περισσότερα μέλη της ένωσης. Η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει ότι ο ανωτέρω λόγος είναι προδήλως αβάσιμος, διότι έρχεται σε αντίθεση με τη γραμματική διατύπωση της Διακήρυξης και με τη λεκτική σημασία της λέξης *«τουλάχιστον»*.

27. Επειδή, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος πρωτίστως, διότι δεν βρίσκει κανένα έρεισμα στην Διακήρυξη, η οποία σαφώς απαιτεί το προσόν της εμπειρίας σε υδραυλικά έργα να συντρέχει στο πρόσωπο τουλάχιστον ενός από τα μέλη της ένωσης,

Αριθμός απόφασης: 200/2022

αποκλείοντας, έτσι, την σωρευτική επίκληση εμπειρίας για την κάλυψη του επίμαχου προσόντος από περισσότερα μέλη της ένωσης (ή, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, από περισσότερους τρίτους). Επιπροσθέτως, ο λόγος αυτός είναι απορριπτέος, διότι η έννοια του ανωτέρω ρητού όρου της Διακήρυξης επιβεβαιώθηκε με την προπαρατεθείσα από 15/9/2021 διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, στην οποία η αναθέτουσα αρχή επανέλαβε συγκεκριμένα ότι *«η κάθε απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης, όπως ρητά αναφέρεται στα εν λόγω άρθρα»*. Ως εκ τούτου, κατ' αποδοχή των σχετικών ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας και απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος.

28. Επειδή, με τον δεύτερο προπαρατεθέντα λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι για την απόδειξη της συνδρομής του κριτήριου επιλογής της παραγράφου 22.Δ.γ' της Διακήρυξης επιτρέπεται η στήριξη των διαγωνιζομένων σε περισσότερους του ενός τρίτους φορείς, διότι το άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης δεν αποκλείει ρητώς αυτό το ενδεχόμενο. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει σχετικά στις απόψεις της ότι συμμετέχων οικονομικός φορέας *«δεν μπορεί να στηριχθεί αθροιστικά στις ικανότητες δύο ή περισσότερων μεμονωμένων οικονομικών φορέων ή ένωσης οικονομικών φορέων που κανένας δεν καλύπτει αυτοτελώς το ζητούμενο κριτήριο επιλογής. Η αναγνώριση της δυνατότητας μιας τέτοιας αθροιστικής επίκλησης των ικανοτήτων τρίτων φορέων θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των προαναφερθεισών απαιτήσεων της Διακήρυξης, της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της αρχής της αναλογικότητας που διέπει τον ν. 4412/2016 και κατ' επέκταση την παρούσα σύμβαση, καθώς και της με αρ. πρωτ. 246892/15.9.2021 διευκρίνισης που δόθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή. [...] Η προφανής καταστρατήγηση του προαναφερθέντος όρου της Διακήρυξης, ήτοι ότι η κάθε απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται είτε από τον μεμονωμένο προσφέροντα είτε από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης, αναδεικνύεται περαιτέρω αν αναλογιστεί κανείς την περίπτωση αθροιστικής επίκλησης των ικανοτήτων, όχι τεσσάρων (4) τρίτων φορέων όπως στη συγκεκριμένη περίπτωση, αλλά δέκα (10) φορέων, ή στην ακραία περίπτωση εκατό (100) φορέων, ειδικά εν προκειμένω όσον αφορά κριτήριο*

Αριθμός απόφασης: 200/2022

επαγγελματικής εμπειρίας, για το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες. Σημειώνουμε ότι στο άρθρο 11 της Διακήρυξης αναφέρεται ότι: 'Η παρούσα σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε τμήματα και ανατίθεται ως ενιαίο σύνολο για τους ακόλουθους λόγους: οι επιμέρους ομάδες εργασιών είναι αλληλένδετες και θα πρέπει κατά την υλοποίηση τους να υπάρχει συντονισμός ενεργειών εκ μέρους του αναδόχου. Η ύπαρξη περισσότερων του ενός ανατιθέμενων τμημάτων θα προκαλέσει σύγχυση και δυσκολία στην υλοποίηση'». Η δε παρεμβαίνουσα αντιτάσσει ως προς τον προκείμενο λόγο ότι «ενόψει των παραπάνω δεσμευτικών προβλέψεων της Διακήρυξης, πρέπει να γίνει δεκτό, υπό το φως της προαναφερθείσας νομολογίας του ΔΕΕ, ότι μεμονωμένος οικονομικός φορέας που δεν καλύπτει αυτόνομα το απαιτούμενο ελάχιστο επίπεδο μίας ή περισσότερων από τις προαναφερθείσες ικανότητες του άρθρου 22.Δ της Διακήρυξης (ή ένωση οικονομικών φορέων που ένα τουλάχιστον μέλος της δεν καλύπτει αυτόνομα το απαιτούμενο ελάχιστο επίπεδο μίας ή περισσότερων από τις προαναφερθείσες ικανότητες) μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 22.ΣΤ. της Διακήρυξης, πλην όμως πρέπει να επικαλείται την αντίστοιχη ικανότητα είτε ενός και μόνον μεμονωμένου οικονομικού φορέα που καλύπτει αυτοτελώς το ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο, είτε μιας ένωσης οικονομικών φορέων που ένα τουλάχιστον μέλος της καλύπτει αυτοτελώς το ίδιο ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο. Δεν μπορεί να στηριχθεί αθροιστικά στις ικανότητες δύο ή περισσότερων μεμονωμένων οικονομικών φορέων που καθένας τους δεν καλύπτει αυτοτελώς το ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο ικανότητας μίας ή περισσότερων ενώσεων οικονομικών φορέων που ένα τουλάχιστον μέλος τους δεν καλύπτει αυτοτελώς το ίδιο ελάχιστο απαιτούμενο επίπεδο. Διότι, τυχόν αναγνώριση της δυνατότητας μιας τέτοιας αθροιστικής επίκλησης των ικανοτήτων τρίτων φορέων θα οδηγούσε σε προφανή καταστρατήγηση των προαναφερθεισών απαιτήσεων της Διακήρυξης που ισχύουν για τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς. Στη γραμμή αυτής της μόνης ορθής ερμηνείας της Διακήρυξης κινείται, άλλωστε, και η μηδέποτε αμφισβητηθείσα με αρ. πρωτ. 246892/15.09.2021 διευκρίνιση που έδωσε η

Αριθμός απόφασης: 200/2022

Αναθέτουσα Αρχή και η οποία αποτελεί μέρος του κανονιστικού πλαισίου του επίμαχου Διαγωνισμού (πρβλ., αντί άλλων, ΣΤΕ 1896/2020, σκ. 7)».

29. Επειδή, ενόψει των γενομένων δεκτών στη σκέψη που προηγήθηκε (σκ. 23), και ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι αβάσιμος. Ειδικότερα, η Διακήρυξη ορίζει σχετικώς, κατά τα προεκτεθέντα, ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων ως προς το επίμαχο κριτήριο της εμπειρίας σε υδραυλικά έργα, καθώς επίσης και ότι ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν τρίτο, στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής (βλ. όρους 22..Δ.γ' και 22.ΣΤ αυτής, αντιστοίχως, και άρθρο 78 Ν. 4412/2016). Από τον συνδυασμό των ως άνω όρων του νόμου και της Διακήρυξης, προκύπτει ότι η Διακήρυξη απαιτεί ευλόγως, ως εκ των κατασκευαστικών ιδιαιτεροτήτων του έργου, το ελάχιστο επίπεδο της ζητούμενης δάνειας τεχνικής ικανότητας να καλύπτεται από έναν και μόνον τρίτο οικονομικό φορέα και, συνεπώς, προς πλήρωση του κριτηρίου της προηγουμένης εμπειρίας σε αντίστοιχα έργα, αποκλείεται η αθροιστική σώρευση της ελάχιστο ικανότητας περισσοτέρων δανειοπαρόχων οικονομικών φορέων (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 15/2021, σκ. 28). Συγκεκριμένα, η Διακήρυξη απαιτεί τη συνδρομή του επίμαχου κριτηρίου επιλογής, ήτοι εμπειρίας ίσης κατ' ελάχιστον με 36.600.000,00 ευρώ στην κατηγορία «ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΕΡΓΑ» κατά την τελευταία πενταετία, είτε στο πρόσωπο μεμονωμένου συμμετέχοντος είτε σε τουλάχιστον ένα από τα μέλη συμμετέχουσας ένωσης, και, συνεπώς, ενόψει και των γενομένων δεκτών ανωτέρω στη σκέψη 23, κατά τον ίδιο τρόπο η εν λόγω εμπειρία πρέπει να καλύπτεται στο σύνολό της τουλάχιστον από έναν τρίτο δανείζοντα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται είτε συμμετέχων οικονομικός φορέας είτε ένωση. Ουδόλως δε επηρεάζεται η ανωτέρω ερμηνεία από το γεγονός ότι το άρθρο 22.ΣΤ της Διακήρυξης δεν περιέχει ρητό σχετικό όρο, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Και τούτο, διότι, από την γραμματική και συστηματική ερμηνεία της ανωτέρω διάταξης της Διακήρυξης, η οποία ακολουθεί τους περί κριτηρίων επιλογής όρους, προκύπτει ότι αυτή αναφέρεται στη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων για την απόδειξη των κριτηρίων επιλογής, ακριβώς όπως αυτά αναφέρονται και υπό τις προϋποθέσεις που τίθενται από τους όρους της Διακήρυξης που προηγούνται

Αριθμός απόφασης: 200/2022

του άρθρου 22.ΣΤ, ήτοι εν προκειμένω από τον όρο 22.Δ.γ'. Η αντίθετη ερμηνεία, η οποία προτείνεται από την προσφεύγουσα, πέραν του ότι δεν βρίσκει έρεισμα στις οικείες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις, θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, διότι θα επέτρεπε τη συμμετοχή στον διαγωνισμό της προσφεύγουσας ως μεμονωμένου οικονομικού φορέα στηριζόμενου στις ικανότητες τρίτων υπό όρους διαφορετικούς (και, μάλιστα, ευνοϊκότερους) από αυτούς που απαιτούνται για την συμμετοχή μεμονωμένων οικονομικών φορέων ή ενώσεων οικονομικών φορέων επικαλούμενων ίδια τεχνική ικανότητα συντρέχουσα, κατά τη ρητή απαίτηση της προκείμενης Διακήρυξης, στο πρόσωπο είτε του συμμετέχοντος είτε ενός τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης. Απορριπτέοι είναι και οι προβαλλόμενοι με το υπόμνημα ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να έχει διευκρινίσει οικειοθελώς το εν λόγω ζήτημα, κατόπιν της υποβολής του από 8/9/2021 ερωτήματος οικονομικού φορέα περί των προϋποθέσεων παροχής δάνειας εμπειρίας από μέλος συμμετέχουσας ένωσης προς αυτή. Και τούτο, διότι, η αναθέτουσα αρχή είχε υποχρέωση, κατ' άρθρο 2.3. της Διακήρυξης, να απαντήσει στο ερώτημα του οικονομικού φορέα σχετικά με τις προϋποθέσεις συμμετοχής της ένωσης οικονομικών φορέων, όπως και έπραξε. Ουδόλως δε υποχρεούτο να απαντήσει οικειοθελώς επί όρου που δεν αποτελούσε αντικείμενο του ερωτήματος. Αντιθέτως, εφόσον, όπως αναφέρει η προσφεύγουσα, υπήρχαν αμφιβολίες ως προς την ερμηνεία των επίμαχων «ασαφών», κατά την ίδια, όρων, μπορούσε η ίδια να ζητήσει διευκρινίσεις από τον αναθέτοντα φορέα, κατά την διαγραφόμενη στο ανωτέρω άρθρο της Διακήρυξης διαδικασία (βλ. ΕΑ ΣτΕ 15/2021, σκ. 23, πρβλ. ΣτΕ 2768-70/2013, ΕΑ ΣτΕ 206/2020). Για όλους τους ανωτέρω λόγους, απορριπτέος είναι και ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας.

30. Επειδή, με τον τρίτο προπαρατεθέντα λόγο της προδικαστικής προσφυγής, το αντικείμενο της υπό ανάθεσης σύμβασης δεν εμφανίζει κατασκευαστική ιδιαιτερότητα τέτοια που να δικαιολογεί τον περιορισμό της προσφυγής στην στήριξη περισσότερων οικονομικών φορέων, το άθροισμα της εμπειρίας των οποίων καλύπτει τη σχετική απαίτηση της Διακήρυξης. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει συναφώς στις απόψεις της ότι «στην προκειμένη

Αριθμός απόφασης: 200/2022

περίπτωση, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου με τίτλο: 'ΔΙΕΥΘΕΤΗΣΗ ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΡΕΜΑΤΟΣ ...', η Αναθέτουσα Αρχή, στα άρθρα 22.Γ. και 22.Δ της Διακήρυξης, απαιτεί το ελάχιστο επίπεδο ορισμένων ικανοτήτων να καλύπτεται από έναν και μόνον μεμονωμένο οικονομικό φορέα ή από ένα τουλάχιστον μέλος ένωσης οικονομικών φορέων.[...] Όλες οι παραπάνω απαιτήσεις είναι συνδεδεμένες με το αντικείμενο σύμβασης και είναι σύμφωνες με την αρχή της αναλογικότητας, γεγονός που δεν αμφισβητήθηκε από τους οικονομικούς φορείς που συμμετείχαν στον εν λόγω Διαγωνισμό». Η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει ως προς τον ανωτέρω ισχυρισμό της Διακήρυξης κατ' αρχάς ότι «το μέγεθος του έργου και ο προϋπολογισμός αυτού και μόνον (69.110.000 €) καθιστούν τη διαχείρισή του δύσκολη και απαιτητική, θέτοντας ουσιαστικά ως όρο την ανάληψή του από κατασκευαστική εταιρία που διαθέτει την οικονομική-χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την ανάληψή του ή, σε περίπτωση ένωσης, από ένωση της οποίας τουλάχιστον ένα μέλος διαθέτει αυτοτελώς τη σχετική ικανότητα» και, περαιτέρω, ότι «οι ίδιοι δε ισχυρισμοί, στο μέτρο που συνιστούν και 'κριτική' κατά των όρων της Διακήρυξης, είναι και απαράδεκτοι, εφόσον η ... παρέλειψε να προσφύγει κατά της Διακήρυξης ή να διατυπώσει οιαδήποτε επιφύλαξη κατά τη συμμετοχή της στον Διαγωνισμό, αποδεχόμενη ως εκ τούτου όλους τους όρους αυτής με τη συγκεκριμένη διατύπωση και περιεχόμενο. Περαιτέρω, η ... δεν προσέφυγε ούτε κατά της πράξης διευκρίνισης, ζητώντας περαιτέρω εξηγήσεις ή διατυπώνοντας τις αντιρρήσεις της».

31. Επειδή, με τον ανωτέρω λόγο της προδικαστικής προσφυγής αμφισβητείται η νομιμότητα της απαίτησης της Διακήρυξης να καλύπτεται το προσόν του άρθρου 22.Δ.γ' από κάθε μεμονωμένο συμμετέχοντα ή από ένα τουλάχιστον μέλος συμμετέχουσας ένωσης και, περαιτέρω, η απαίτηση να καλύπτεται το ανωτέρω προσόν από τουλάχιστον έναν τρίτο, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται συμμετέχων οικονομικός φορέας, μη επιτρεπόμενης της σώρευσης ελάσσονος εμπειρίας από περισσότερους δανείζοντες. Με το περιεχόμενο αυτό, ο ανωτέρω λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος ως απαραδέκτως και ανεπικαιρώς προβαλλόμενος επ' ευκαιρία της προβολής λόγων κατά της προσβαλλόμενης πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, ενώ η προσφεύγουσα μετέσχε ανεπιφύλακτα στον

Αριθμός απόφασης: 200/2022

διαγωνισμό, χωρίς να αμφισβητήσει επικαίρως τη Διακήρυξη. Ως εκ τούτου, και ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

32. Επειδή, σύμφωνα με τη μειοψηφούσα γνώμη του Μέλους Ε. Αψοκάρδου, σύμφωνα με το άρθρο 21.3 της Διακήρυξης, οι ενώσεις οικονομικών φορέων συμμετέχουν υπό τους όρους των παρ. 2, 3 και 4 του άρθρου 19 και των παρ. 1 γ) και (ε) του άρθρου 76 του ν. 4412/2016. Το μεν άρθρο 19 προβλέπει ότι: «2. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής.

Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας [...]

Επιπλέον, πάγιοι όροι, όσον αφορά τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων ικανοποιούν τις απαιτήσεις του άρθρου 75 τίθενται στα άρθρα 76 και 77, όσον αφορά σε δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, καθώς και σε πρότυπα εγγράφων σύμβασης.

Όροι που αφορούν την εκτέλεση της σύμβασης από ενώσεις οικονομικών φορέων, διαφορετικοί από εκείνους που επιβάλλονται σε μεμονωμένους συμμετέχοντες, πρέπει επίσης να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας». Σύμφωνα δε με το άρθρο 76 παρ. 1 ε «ε) Σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτής πρέπει να είναι εγγεγραμμένα στην κατηγορία του έργου που δημοπρατείται ή, αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες περισσότερων κατηγοριών, τουλάχιστον σε μία από τις κατηγορίες του έργου που δημοπρατείται».

Εκ των ως άνω διατάξεων συνάγεται ότι, εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας, η αναθέτουσα αρχή δύναται να διευκρινίζει στα έγγραφα της

Αριθμός απόφασης: 200/2022

σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77, ενώ στα πρότυπα τεύχη για τις συμβάσεις δημοσίων έργων άνω των ορίων που είναι δεσμευτικά, προβλέφθηκε ότι για την πλήρωση των απαιτήσεων του άρθρου 22 Α (λόγοι αποκλεισμού) και 22 Β (καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας) πρέπει να ικανοποιείται από κάθε μέλος της ένωσης. Περαιτέρω, στο άρθρο 22Γ της Διακήρυξης προβλέπεται ότι οι δύο επιμέρους απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας θα πρέπει να πληρούνται σωρευτικά από ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης, ήτοι υπό τους ίδιους όρους σε σχέση με τους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς, ενώ, αντίθετα, στο άρθρο 22Δ προβλέπεται ότι κάθε μία από τις τρεις επιμέρους απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας θα πρέπει να πληρείται έκαστη από ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης, ήτοι, θεωρητικά, διαφορετικά μέλη της ένωσης θα εδύνατο να πληρούν μία εκ των τριών απαιτήσεων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.

Εκ των ως άνω όρων της Διακήρυξης συνάγεται ότι ο τρόπος πλήρωσης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στις ενώσεις οικονομικών φορέων διαφοροποιείται από αυτόν στους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς οι οποίοι θα πρέπει να πληρούν και τις τρεις επιμέρους απαιτήσεις. Ωστόσο, σύμφωνα με το άρθρο 22ΣΤ της Διακήρυξης, προβλέπεται ρητώς η δυνατότητα στήριξης σε πλείονες φορείς, τόσο για τους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς όσο και για τις ενώσεις οικονομικών φορέων, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Επομένως, η δυνατότητα στήριξης των προσφερόντων, είτε αυτοί είναι μεμονωμένοι οικονομικοί φορείς είτε ενώσεις οικονομικών φορέων, λαμβάνει χώρα υπό τους ίδιους όρους, ως ακριβώς προβλέπει και το άρθρο 78 του Ν.4412/2016. Η δε δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες περισσοτέρων του ενός οικονομικών φορέων για την πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας όχι απλώς δεν δύναται να θεωρηθεί προνομιακή μεταχείριση σε σχέση με τους οικονομικούς φορείς που στηρίζονται σε ίδια προσόντα, αλλά αποτελεί, κατά το ενωσιακό δίκαιο, τον κανόνα σχετικά με τη δυνατότητα στήριξης σε τρίτους οικονομικούς φορείς. Ειδικότερα, υπό εξαιρετικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη τόσο

Αριθμός απόφασης: 200/2022

της φύσεως των σχετικών εργασιών όσο και του αντικειμένου και των σκοπών της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες που απαιτούν ικανότητα μη δυνάμενη να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστονος ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων. Για τον λόγο αυτό, το ΔΕΕ έχει δεχθεί ότι, σε μια τέτοια περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί ευλόγως να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από έναν μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, στον βαθμό που η απαίτηση αυτή σχετίζεται και είναι ανάλογη προς το αντικείμενο της οικείας συμβάσεως. Το Δικαστήριο διευκρίνισε, ωστόσο, ότι, δεδομένου του εξαιρετικού χαρακτήρα της συγκεκριμένης περιπτώσεως, οι εν λόγω απαιτήσεις δεν μπορούν να αναχθούν, κατά το εθνικό δίκαιο, σε γενικούς κανόνες (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino*, C- 94/12, EU:C:2013:646, σκέψεις 35 και 36), ενώ πρέπει να διασφαλιστεί ότι αυτές συνδέονται με το αντικείμενο και με τον σκοπό της συμβάσεως και είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C- 324/14, EU:C:2016:214, σκέψεις 40 και 56).

Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή, σε ερώτημα οικονομικού φορέα σχετικά με τον τρόπο στήριξης των ενώσεων οικονομικών φορέων, απάντησε με διευκρίνισή της ότι, ως αναφέρεται στα άρθρα 22.Γ και 22.Δ της Διακήρυξης, η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση για τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αντίστοιχα, υπό την προϋπόθεση ότι η κάθε απαίτηση πρέπει να ικανοποιείται από ένα (1) τουλάχιστον από τα μέλη της ένωσης, τροποποιώντας εν τοις πράγμασι τους ως άνω όρους της Διακήρυξης καθώς διαφοροποιεί τη δυνατότητα στήριξης ως προς τις ενώσεις οικονομικών φορέων, παρά την υπό ίδιους όρους προβλεπόμενη δυνατότητα στήριξης στη Διακήρυξη τόσο για τους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς όσο και για τις ενώσεις οικονομικών φορέων (άρθρο 22ΣΤ).

Συνακόλουθα, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι η αναθέτουσα αρχή τροποποίησε με την ως άνω διευκρίνιση τη δυνατότητα στήριξης των μεμονωμένων οικονομικών φορέων και, εφόσον κρίνει ότι αφενός μεν οι όροι της Διακήρυξης αντίκεινται εν τοις πράγμασι στο ενωσιακό και εθνικό δίκαιο

Αριθμός απόφασης: 200/2022

ως έχουν διαμορφωθεί από την ίδια, αφετέρου δε το αντικείμενο της σύμβασης συνιστά ενιαίο σύνολο, οπότε επιβάλλεται να εκτελεστεί από έναν και μόνον φορέα, δύναται να επαναλάβει τη διαδικασία και να τροποποιήσει ρητώς ανάλογα τον τρόπο στήριξης των μεμονωμένων οικονομικών φορέων κατά τον ίδιο τρόπο με τις ενώσεις οικονομικών φορέων καθώς δεν δύναται να ερμηνευθούν εκ των υστέρων «αναλογικά», διασταλτικά εν τοις πράγμασι οι όροι της Διακήρυξης σε σχέση με τους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς, χωρίς τούτο να προβλέπεται ρητά στη διακήρυξη δοθέντος του εξαιρετικού χαρακτήρα του περιορισμού της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτων (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 745/2019, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Επομένως, εφόσον κρίθηκε ότι η προσφορά της προσφεύγουσας δεν πληροί τον όρο 22 ΣΤ της Διακήρυξης σχετικά με την υποχρέωσή της να στηριχθεί σε πλείονες οικονομικούς φορείς για την πλήρωση της απαίτησης του άρθρου 22Δ γ της Διακήρυξης, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη και η παρέμβαση να απορριφθεί.

33. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

34. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, κατά τα ανωτέρω.

35. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

36. Επειδή, σε συνέχεια της σκέψης 34, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 10 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ελευθερία Καλαμιώτη

Η Γραμματέας

**Φωτεινή Μαραντίδου
α/α Παναγιώτα Καλαντζή**