

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος – Εισηγητής, Μαργαρίτα Κανάβα και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9.2.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 224/9.2.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην οδό ..., στο ... (εφεξής «ο προσφεύγων»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής «η αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται, και κατά της υπ' αριθ. 8/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας (εφεξής η «προσβαλλόμενη»), με την οποία εγκρίθηκε το από 30.12.2021 2^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού με το οποίο εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στον οικονομικό φορέα «...».

Κατά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην οδό ... στη ... (εφεξής «ο παρεμβαίνων»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με την οποία κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στον παρεμβαίνοντα.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Γεώργιο Κουκούτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 6.050,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό

Αριθμός απόφασης: 536/2022

παράβολο με κωδικό ..., την από 9.2.2022 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι το ποσό 1.210.000 ευρώ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. πρ. ... διακήρυξη προκήρυξε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου για το έργο: «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΑΓΩΓΟΥ ΣΥΝΔΕΣΗΣ ΑΠΟΧΕΤΕΥΤΙΚΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ... ΜΕ ΤΗ ...» (CPV ...) «Κατασκευαστικές εργασίες για αγωγούς ύδρευσης και αποχέτευσης», εκτιμώμενης αξίας 1.210.000 Ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 17%), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η παρούσα σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε τμήματα και ανατίθεται ως ενιαίο σύνολο, καθώς αφορά ομοειδείς εργασίες σε όλο το μήκος του δικτύου.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 31.8.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 9.2.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 31.1.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 10.2.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού

Αριθμός απόφασης: 536/2022

τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθ. 276/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης η 21.3.2022 και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 18.2.2022 έστειλε τις απόψεις της επί της προσφυγής στην ΑΕΠΠ τις οποίες κοινοποίησε σε όλους τους ενδιαφερόμενους αυθημερόν, μέσω της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

9. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 20.02.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, παρέμβαση, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει κατακυρωθεί ο διαγωνισμός σε αυτόν και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 23.2.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και ο οικονομικός φορέας οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθ. συστήματος 227618, 227779 και 229020 προσφορές τους αντίστοιχα. Με το από 24.9.2021 πρακτικό 1 της, η επιτροπή διαγωνισμού έκανε δεκτές τις προσφορές όλων των συμμετεχόντων, οι οποίοι στον πίνακα μειοδοσίας κατατάχθηκαν ως εξής: πρώτος ο παρεμβαίνων με ποσοστό έκπτωσης 11,63%, δεύτερος ο προσφεύγων με ποσοστό έκπτωσης 9,64% και τρίτος ο οικονομικός φορέας με ποσοστό έκπτωσης 7,64%. Το εν λόγω πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ'

Αριθμός απόφασης: 536/2022

αριθ. 313/2021 απόφαση της αναθέτουσας. Με το από 30.12.2021 πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης διαπιστώθηκε ότι αυτά ήταν σύμφωνα με τις απαιτήσεις των άρθρων 23.2. -23.10 της διακήρυξης και το ΕΕΕΣ του προσωρινού αναδόχου και προτάθηκε να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στον παρεμβαίνοντα. Το εν λόγω πρακτικό εγκρίθηκε με την προσβαλλόμενη.

13. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει καταρχάς έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά των προσβαλλόμενων ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

14. Επειδή το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» του ν. 4412/2016 ορίζει τα εξής: *«1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ... γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. ... 3... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες*

Αριθμός απόφασης: 536/2022

επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. ... 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος».

15. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπονται τα εξής:

«4.2. Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/
Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης

α) Μετά από την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί, στο πλαίσιο της παρούσας ηλεκτρονικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης και μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας», τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν τα προβλεπόμενα, στο άρθρο 23 της παρούσας, αποδεικτικά μέσα (δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου) και τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης. Ο προσωρινός ανάδοχος δύναται να υποβάλει, εντός της ως άνω προθεσμίας, αίτημα, προς την αναθέτουσα αρχή, για παράτασή της, συνοδευόμενο από αποδεικτικά έγγραφα περί αίτησης χορήγησης δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου.

[...]

γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά ή σε έντυπη μορφή, εφόσον απαιτείται, σύμφωνα με τα ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινίσεις, κατά την έννοια του άρθρου 102 ν. 4412/2016, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν.

[...]

δ) Αν, κατά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι εκ προθέσεως απατηλά ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω

Αριθμός απόφασης: 536/2022

δικαιολογητικών, ή iii) αν από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 21, 22 και 23 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας.

[...]

Άρθρο 22:

Κριτήρια ποιοτικής επιλογής

Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής.

Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, ισχύουν τα εξής : ...
Περαιτέρω, αθροιστικά πρέπει να καλύπτονται όλες οι κατηγορίες του έργου.

[...]

Κριτήρια επιλογής (22.Β - 22.Δ)

[...]

22.Δ.

Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν τις παρακάτω ελάχιστες προϋποθέσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και συγκεκριμένα:

Α΄ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ:

Στην κατηγορία Η/Μ έργων : 1 ΜΕΚ Δ, ή 2 ΜΕΚ Γ ή 1 ΜΕΚ Γ & 2 ΜΕΚ Β.

Στην κατηγορία ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ έργων : 1 ΜΕΚ Α

Β΄ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ:

Στην κατηγορία Η/Μ έργων : 1 ΜΕΚ Δ, ή 2 ΜΕΚ Γ ή 1 ΜΕΚ Γ & 2 ΜΕΚ Β.

Στην κατηγορία ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ έργων : 1 ΜΕΚ Β ή 2 ΜΕΚ Α

Οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να διαθέτουν :

Α΄ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ:

Στην κατηγορία Η/Μ έργων : 1 ΜΕΚ Δ, ή 2 ΜΕΚ Γ ή 1 ΜΕΚ Γ & 2 ΜΕΚ Β.

Στην κατηγορία ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ έργων : 1 ΜΕΚ Α

Β΄ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ:

Στην κατηγορία Η/Μ έργων : 1 ΜΕΚ Γ ή 2 ΜΕΚ Β ή 1 ΜΕΚ Β & 2 ΜΕΚ Α.

Αριθμός απόφασης: 536/2022

Στην κατηγορία ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ έργων : 1 ΜΕΚ Β ή 2 ΜΕΚ Α

Οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς θα πρέπει κατ' αντιστοιχία με τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς να πληρούν τις ελάχιστες προϋποθέσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας.

Οι ανωτέρω απαιτήσεις θα πρέπει να είναι σύμφωνες με τα οριζόμενα αναλυτικά στις διατάξεις του 100 του ν. 3669/2008, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 107 του ν. 4199/2013.

Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης».

[...]

Άρθρο 23

Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής

23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθορισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. ...

Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ.

[...]

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας δηλώνει στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) την πρόθεσή του για ανάθεση υπεργολαβίας, υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ του υπεργολάβου.

Αριθμός απόφασης: 536/2022

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες ενός ή περισσότερων φορέων υποβάλλει μαζί με το δικό του ΕΕΕΣ και το ΕΕΕΣ κάθε φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται.

[...]

23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)

Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται:

α) κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ,
β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/16, και στο άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών, υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22 Α της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (άρθρου 22 Β - Ε).

[...]

23.6.

Δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ

Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.ΕΠ ή στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε:

- είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει 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 ΙΙ του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Δημοσίων Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.)
- είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ δεν καλύπτονται από την ως άνω βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016, ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 22.Δ

Αριθμός απόφασης: 536/2022

απαίτηση. Σε κάθε περίπτωση, η βεβαίωση εγγραφής μπορεί να υποβάλλεται για την απόδειξη μόνο ορισμένων απαιτήσεων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ, ενώ για την απόδειξη των λοιπών απαιτήσεων μπορούν να προσκομίζονται ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016.

[...]

Οικονομικοί φορείς που αποδεικνύουν ότι εκπληρώνουν τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22. Γ και 22.Δ, της παρούσας, συμμετέχουν στην παρούσα διαδικασία ανάθεσης, ανεξαρτήτως της εγγραφής και της κατάταξής τους σε συγκεκριμένες τάξεις των οικείων μητρώων».

16. Επειδή στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016 προβλέπονται τα εξής:

«ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ XII

ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ

Μέρος I: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

[...]

Μέρος II: Τεχνική ικανότητα

Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75:

α) οι ακόλουθοι κατάλογοι:

i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία,

ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία

Αριθμός απόφασης: 536/2022

- β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεση του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου
- γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησης του
- δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης
- ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματος της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού' ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας
- στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης
- ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης
- η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησης του κατά τα τελευταία τρία χρόνια
- θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης
- ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας
- ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται:

Αριθμός απόφασης: 536/2022

- i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής,*
- ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα».*

17. Επειδή στην υποσημείωση 106 της διακήρυξης που τίθεται στον τίτλο του άρθρου 22.Δ. προς επεξήγηση του κριτηρίου επιλογής «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα», αναφέρονται τα εξής: «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβ. άρθρο 75 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο και αρ. 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016). Οι εν λόγω απαιτήσεις καταρχάς καθορίζονται περιγραφικά στο παρόν σημείο, χωρίς παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ ή του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε ούτε σε βαθμίδες/κατηγορίες του ΜΕΚ. Σε κάθε περίπτωση και για το μεταβατικό χρονικό διάστημα ισχύος των άρθρων 80 έως 110 του ν. 3669/2008, όπως αυτό προκύπτει από το άρθρο 65 του π.δ. 71/2019 και την πλήρη έναρξη ισχύος του τελευταίου, επισημαίνεται ότι, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να περιγράψει τις σχετικές απαιτήσεις ανάλογα με τα προβλεπόμενα στο π.δ. 71/2019, τηρουμένων των ειδικότερων ρυθμίσεων του άρθρου 76 του ν. 4412/2016 αναφορικά με τις πέραν των προβλεπόμενων απαιτήσεων για την εγγραφή και κατάταξη σε τάξη των οικείων μητρώων του π.δ 71/2019 (Α' 112), αντίστοιχου προϋπολογισμού ανά κατηγορία έργου».

18. Επειδή ως κριτήριο επιλογής ορίζεται στο άρθρο 75 παρ. 1 το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Στο πλαίσιο του καθορισμού του εν λόγω κριτηρίου, οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να διασφαλίζεται ότι ο προσφέρων οικονομικός φορέας διαθέτει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, ήτοι τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την ανάλογη εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, αναφέροντας τα ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα

Αριθμός απόφασης: 536/2022

αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη της σύμβασης. Στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή έθεσε στη διακήρυξη το κριτήριο επιλογής της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του υποψήφιου αναδόχου του έργου, ζητώντας ως ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής από τους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν ως ελάχιστο προσωπικό 1 MEK Δ' ή 2 MEK Γ' ή 1 MEK Γ και 2 MEK Β'. Η εν λόγω απαίτηση που αφορά στην εμπειρία του προσωπικού του αναδόχου για να εκτελέσει το αντικείμενο της σύμβασης σχετίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης προς το οποίο είναι σε κάθε περίπτωση ανάλογο, όπως άλλωστε συνομολογούν εμμέσως τόσο η αναθέτουσα όσο και ο παρεμβαίνων, καθόσον ουδέν αντιλέγουν ως προς αυτό.

19. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

20. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους

Αριθμός απόφασης: 536/2022

όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

21. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54). Επομένως και βάσει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίσθηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C 496/99 P, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 115).

22. Επειδή ο προσφεύγων, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής του, υποστηρίζει ειδικότερα τα εξής: «*Στην προκειμένη περίπτωση η διαγωνιζόμενη εταιρία (αναδειχθείσα οριστική ανάδοχος) «...» είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ με αριθμό ..., όπως προκύπτει από τη σχετική υπ' αριθ. πρωτ. ... βεβαίωση που υπέβαλε. Σύμφωνα με τη βεβαίωση αυτή, η εν λόγω διαγωνιζόμενη στελεχώνεται από τους Ευάγγελο Βορριά αγρονόμο και τοπογράφο με αριθμό ΜΕΚ ..., ... αγρονόμο και τοπογράφο με αριθμό ΜΕΚ ...και ... ηλεκτρολόγο ΤΕΙ με αριθμό ΜΕΚ Όπως προκύπτει, όμως, από έλεγχο που διενήργησε η εταιρία μας στην ελεύθερη βάση δεδομένων της Διεύθυνσης Μητρώων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών (<http://www.yrpxd15.gr/Default.aspx?tabid=127>), εκ των ανωτέρω στελεχών της εν λόγω διαγωνιζόμενης εταιρίας μόνο ο ... διαθέτει ΜΕΚ Γ' βαθμίδας στην κατηγορία ηλεκτρομηχανολογικών. Ως εκ τούτου η εν λόγω διαγωνιζόμενη διαθέτει μόνο ένα ΜΕΚ Γ βαθμίδας στην κατηγορία των ηλεκτρομηχανολογικών έργων, υπολείπεται δηλαδή της ρητής απαίτησης της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία για την κατηγορία των Η/Μ έργων απαιτείται «1 ΜΕΚ Δ, ή 2 ΜΕΚ Γ ή 1 ΜΕΚ Γ & 2 ΜΕΚ Β». Επισημαίνουμε ότι η*

Αριθμός απόφασης: 536/2022

εν λόγω διαγωνιζόμενη δεν υπέβαλε κανένα άλλο έγγραφο προκειμένου να αποδείξει ότι πληροί το εν λόγω κριτήριο επιλογής. Προκύπτει, συνεπώς, ότι η εταιρία «...» δεν απέδειξε ότι πληροί τα ελάχιστα απαιτούμενα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής καταλληλότητας, ήτοι απαίτηση, η οποία είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, αφού από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε δεν προέκυψε ότι διαθέτει την απαιτούμενη από τη διακήρυξη στελέχωση στην κατηγορία των ηλεκτρομηχανολογικών έργων και ως εκ τούτου η προσφορά της έπρεπε να έχει απορριφθεί. Επειδή, για όλους τους ανωτέρω αναλυτικά εκτιθέμενους λόγους, η προσβαλλομένη υπ' αριθ. 8/2022 απόφαση, με την οποία η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ... κατακύρωσε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην «...», δεν είναι νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί».

23. Επειδή ο παρεμβαίνων, με την παρέμβασή του, υποστηρίζει τα εξής: «1. Πρόδηλη αντίφαση της Διακήρυξης - Εύλογη ερμηνεία - Το επίμαχο άρθρο 22.Δ της Διακήρυξης έχει ως ακολούθως:...

1.1. Το ανωτέρω άρθρο της Διακήρυξης είναι προδήλως αντιφατικό και συνεπώς εσφαλμένο. Συγκεκριμένα, αναφέρει δύο εναλλακτικές δυνατότητες στελέχωσης τόσο για μεμονωμένους οικονομικούς φορείς όσο και για ενώσεις οικονομικών φορέων. Το δίκαιο και η λογική επιβάλλουν η στελέχωση των μεμονωμένων οικονομικών φορέων όσο και των ενώσεων Ο.Φ. να είναι συνολικά η ίδια. Μάλιστα, αυτό ορίζεται ρητώς και στο ίδιο το παρατεθέν άρθρο της Διακήρυξης, όπου στο τελευταίο εδάφιο του αναφέρεται ότι, «σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης». Επομένως, λογικά συνάγεται ότι στελέχωση ενός μεμονωμένου διαγωνιζόμενου Ο.Φ. όσο και το άθροισμα της στελέχωσης των μελών μιας ένωσης Ο.Φ. θα πρέπει να είναι πανομοιότυπες. Ωστόσο, από το παρατεθέν άρθρο της Διακήρυξης προκύπτει κάτι όλως παράδοξο: Στην Β' εναλλακτική περίπτωση η απαιτούμενη στελέχωση για τις ηλεκτρομηχανολογικές (H/M) εργασίες είναι μεν για τις μεμονωμένες επιχειρήσεις 1 MEK Δ, ή 2 MEK Γ ή 1 MEK Γ & 2 MEK Β, ενώ για τις ενώσεις 1 MEK Γ ή 2 MEK Β ή 1 MEK Β & 2MEK Α' δηλ. για μεμονωμένο οικονομικό φορέα απαιτείται στην κατηγορία των ηλεκτρομηχανολογικών έργων μεγαλύτερη στελέχωση απ' ό,τι απαιτείται αθροιστικά για ένωση οικονομικών φορέων! Τούτο είναι προφανέστατο

Αριθμός απόφασης: 536/2022

σφάλμα, διότι οδηγεί στο εξής άτοπο: Εάν μία εργοληπτική επιχείρηση μετέχει αυτοτελώς στον διαγωνισμό θα πρέπει να έχει στελέχωση ένα ΜΕΚ Δ' στα Η/Μ, ενώ αν μετέχουν δύο εργοληπτικές επιχειρήσεις υπό μορφή ένωσης, τότε αρκεί μία εξ αυτών (εφόσον η στελέχωση υπολογίζεται αθροιστικά) να έχει στελέχωση ένα ΜΕΚ Γ' στα Η/Μ! Είναι αυτονόητο ότι αυτό δεν ήταν η πρόθεση της αναθέτουσας αρχής, μια και ούτως ή άλλως μία τέτοια απαίτηση είναι εξ ορισμού παράνομη διότι παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης, εφόσον για ενώσεις οικονομικών φορέων απαιτεί αθροιστικά λιγότερα προσόντα απ' ό,τι αυτοτελώς για μεμονωμένους οικονομικούς φορείς. Για να το καταστήσουμε δε σαφέστερο, εάν η εταιρεία μας, που έχει ένα στέλεχος ΜΕΚ Γ στα Η/Μ, μετείχε στον διαγωνισμό σε ένωση με άλλη εργοληπτική επιχείρηση που δεν θα είχε καμία στελέχωση στα Η/Μ, δεν θα αντιμετώπιζε κανένα πρόβλημα, ενώ τώρα που μετέχει αυτοτελώς με την ίδια στελέχωση κινδυνεύει με αποκλεισμό! Από όλα τα προλεχθέντα συνάγεται αναμφισβητήτως ότι η Διακήρυξη έχει υποπέσει σε ουσιώδες σφάλμα όσον αφορά την απαιτούμενη στελέχωση, το οποίο ευλόγως προκαλεί σύγχυση στους διαγωνιζόμενους και ανασφάλεια δικαίου.

1.2. Περαιτέρω, η εταιρεία μας, καθώς και όλες οι εργοληπτικές επιχειρήσεις, εξακολουθούν να είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. και στελεχωμένες βάσει του Ν. 3669/2008, δεδομένου ότι το Π.Δ. 71/2019, που θεσπίζει νέα μητρώα τεχνικών επιχειρήσεων και μηχανικών, τελεί εισέτι σε αναστολή ισχύος. Τούτο σημαίνει ότι η κατάταξη της επιχείρησής μας στο Μ.Ε.ΕΠ. έχει γίνει βάσει του Ν. 3669/2008 (Κώδικας Δημοσίων Έργων ή Κ.Δ.Ε.), του οποίου τα άρθρα 90 - 110, που αφορούν τα μητρώα, εξακολουθούν να είναι εν ισχύϊ. Το δημοπρατούμενο έργο είναι προϋπολογισμού 1.210.000 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α.. Επομένως, δικαιούνται συμμετοχής άνευ ετέρου στον διαγωνισμό βάσει του εργοληπτικού τους πτυχίου (βεβαίωσης εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ.) εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στη 2^η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. και άνω και δη στις κατηγορίες των υδραυλικών και ηλεκτρομηχανολογικών έργων. Και τούτο, διότι το ανώτατο όριο εκτιμώμενου προϋπολογισμού έργου που δύνανται να αναλάβουν εργοληπτικές επιχειρήσεις της 2^η τάξης του Μ.Ε.ΕΠ. με μόνο το εργοληπτικό τους πτυχίο, που αποτελεί εν προκειμένω τεκμήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής ικανότητας (άρθρ. 76 και 83 § 5 Ν. 4412/2016) είναι 1.500.000 ευρώ. Η εταιρεία μας είναι εγγεγραμμένη στην 3^η

Αριθμός απόφασης: 536/2022

τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. στην κατηγορία των υδραυλικών και στη 2^η τάξη στην κατηγορία των Η/Μ (Βεβαίωση Μ.Ε.ΕΠ. Δ24/οικ.16095/10-1-2019). Ως εκ τούτου δικαιούτο να μετάσχει άνευ ετέρου στον προκείμενο διαγωνισμό με μόνο τη βεβαίωση εγγραφής της στο Μ.Ε.ΕΠ. (εργοληπτικό πτυχίο). Για την κατάταξη στη 2^η τάξη στην κατηγορία των Η/Μ ως πρόσθετη κατηγορία απαιτείται, σύμφωνα με το άρθρο 100 παρ. 7 περ. δ' η εξής στελέχωση: ένας (1) τεχνικός Μ.Ε.Κ. Γ βαθμίδας ή δύο (2) τεχνικοί Μ.Ε.Κ. Β' βαθμίδας ό,τι δηλ. απαιτεί το προπαρατεθέν άρθρο της Διακήρυξης για την αθροιστική στελέχωση μιας ένωσης οικονομικών φορέων. Τούτο είναι απολύτως φυσιολογικό, διότι για την κατασκευή του προκείμενου έργου αρκεί 2^η τάξη Η/Μ, εξού και η αντιστοίχιση με τη στελέχωση που απαιτείται για τη 2^η τάξη της κατηγορίας των Η/Μ.

1.3. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι από τις δύο αντιφατικές μεταξύ του εκδοχέος του άρθρου 22.Δ της Διακήρυξης περί στελέχωσης στην κατηγορία των Η/Μ, η ορθή είναι αυτή που απαιτείται για την ένωση οικονομικών φορέων της δεύτερης περίπτωσης, ήτοι 1 ΜΕΚ Γ ή 2 ΜΕΚ Β ή 1 ΜΕΚ Β & 2 ΜΕΚ Α. Και τούτο, διότι εφόσον δεν συνιστά η συγκεκριμένη απαίτηση προσθήκη πρόσθετου όρου τεχνικής ικανότητας καθ' υπέρβαση του Μ.Ε.ΕΠ. - δεν συνιστά δε τέτοιο πρόσθετο όρο, διότι δεν έχει εγκριθεί ο συγκεκριμένος όρος από το Συμβούλιο Δημοσίων Έργων του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, όπως απαιτεί το άρθρο 76 § 3 του Ν. 4412/2016 -, τότε αντικατοπτρίζει τη συνήθη στελέχωση για τη χαμηλότερη από τις τάξεις που δύνανται να εκτελέσουν το συγκεκριμένο έργο, ήτοι τη 2^η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ.. Επομένως, η συγκεκριμένη πρόδηλη εκ παραδρομής αντίφαση του άρθρου 22.Δ της Διακήρυξης πρέπει να επιλυθεί επί τη βάση των προαναφερθεισών συναφών περιστάσεων του διαγωνισμού υπέρ της εκδοχής ότι για την κατηγορία των Η/Μ απαιτείται η ακόλουθη στελέχωση της 2^η τάξης του Μ.Ε.ΕΠ.: 1 ΜΕΚ Γ ή 2 ΜΕΚ Β ή 1 ΜΕΚ Β & 2 ΜΕΚ Α. Η εταιρεία μας διαθέτει ένα ΜΕΚ Γ' στην κατηγορία των Η/Μ, επομένως πληροί την απαιτούμενη στελέχωση και, ως εκ τούτου, ο σχετικός λόγος της προσφυγής της προσφεύγουσας εταιρείας πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

1.4 Σημειωτέον, ότι και με τις απόψεις της (υπ' αρ. πρωτ. 1563/17-2-2022) που ανήρτησε η αναθέτουσα αρχή στον ιστότοπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ τάσσεται υπέρ του παραδεκτού της προσφοράς μας, επισημαίνοντας

Αριθμός απόφασης: 536/2022

άλλο εκ παραδρομής σφάλμα στο οποίο υπέπεσε. Συγκεκριμένα, ότι παρέλειψε να αναγράψει στη Διακήρυξη και τη στελέχωση για την κατηγορία των Η/Μ, όταν την επιλέγει μία εργοληπτική επιχείρηση ως πρόσθετη κατηγορία. Σημειωτέον, ότι τα δικαιώματα και τα σχετικά τεκμήρια που απορρέουν από την ανά τάξη εγγραφή στις κατηγορίες του Μ.Ε.ΕΠ. ουδόλως διαφέρουν είτε πρόκειται για βασική κατηγορία είτε για πρόσθετη. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή βεβαιώνει με το ως άνω έγγραφο των απόψεών της ότι η Διακήρυξη δεν έχει αποσταλεί προς λήψη γνωμοδότησης στο Τεχνικό Συμβούλιο της Γεν. Γραμματείας Υποδομών του Υπ. ΥΠΟ.ΜΕ, όπως άλλωστε ήταν ήδη προφανές, γεγονός που σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει θέσει όρους τεχνικής ικανότητας καθ' υπέρβαση του Μ.Ε.ΕΠ., ώστε να απαιτείται η σχετική γνωμοδότηση του Σ.Δ.Ε.. Τούτο έχει ως αυτόθροη συνέπεια ότι ο επίμαχος όρος 22.Δ της Διακήρυξης πρέπει να ερμηνευθεί σύμφωνα με την άποψη μας, ότι δηλ. αρκεί η στελέχωση στην κατηγορία των Η/Μ από ένα ΜΕΚ Γ' και όχι από ένα ΜΕΚ Δ' και τούτο, διότι με την αντίθετη εκδοχή, ότι δηλ. απαιτείται ένα ΜΕΚ Δ', αυτό θα συνιστούσε όρο καθ' υπέρβαση του Μ.Ε.ΕΠ., επομένως έπρεπε να είχε περάσει από το Σ.Δ.Ε. του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών. Παραθέτουμε το σχετικό χωρίο από τις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής:[...]

Καθίσταται συνεπώς προφανές από τις αναρτηθείσες απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής (οι οποίες αποτελούν και αυθεντική ερμηνεία των επίμαχων αντιφατικών όρων της Διακήρυξης), ότι εν προκειμένω έχουν επιλοχωρήσει σφάλματα εκ παραδρομής, συνεπεία των οποίων η προσφεύγουσα εταιρεία θεώρησε ότι απέκτησε έναν νομιμοφανή προσχηματικό λόγο για να προσβάλει το παραδεκτό της προσφοράς μας. Όπως, όμως, αποδεικνύεται, ο συγκεκριμένος λόγος είναι παντελώς αβάσιμος.

2. Ασαφής όρος διακήρυξης - τεκμήριο υπέρ παραδεκτού της προσφοράς

Επικουρικώς, ακόμη και σε περίπτωση κατά την οποία ήθελε κριθεί ότι ο επίμαχος όρος της παρ. 22.Δ της Διακήρυξης ενδεχομένως να απαιτούσε πρόσθετη τεχνική ικανότητα υπό τη μορφή αυξημένης στελέχωσης σε σχέση με αυτή που απαιτείται για την εγγραφή στην 2^η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. στην κατηγορία των Η/Μ (γεγονός, πάντως, που παντελώς αρνούμεθα), τότε ο όρος αυτός, ένεκα της εγγενούς αμφισημίας του, ενόψει και της μεταβατικής περιόδου με την παράλληλη και συγκεχυμένη ως προς την έκτασή της

Αριθμός απόφασης: 536/2022

συνεφαρμογή των αντιθέτων και συγκρουομένων εν πολλοίς μεταξύ τους διατάξεων αφενός περί Μ.Ε.ΕΠ. του Κ.Δ.Ε. και αφετέρου περί Μ.Η.Ε.Ε.Δ.Ε. του Π.Δ. 71/2019, δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά τρόπο που θα προκαλούσε τον αποκλεισμό της εταιρείας μας, αλλά αντιθέτως θα πρέπει να ισχύσει το επιβεβλημένο από θεμελιώδεις διατάξεις του εθνικού και ενωσιακού δικαίου περί δημοσίων διαγωνισμών τεκμήριο υπέρ του παραδεκτού της προσφοράς μας. Άλλωστε, κατ' αυτόν τον τρόπο ερμήνευσε και εφάρμοσε ο Δήμος Ανατολικής Σάμου τον επίδικο όρο, που σημειωτέον, ως αναθέτουσα αρχή και συντάξασα και εκδούσα τη Διακήρυξη του προκείμενου διαγωνισμού, φέρει και το πρόσθετο τεκμήριο της αυθεντικής ερμηνείας του επίμαχου όρου.

Τα ανωτέρω υποστηρίζονται και από την πάγια νομολογία των δικαστηρίων αναφορικά με ζητήματα αμφιβολίας σχετικά με την πραγματική έννοια όρων μιας διακήρυξης. Ειδικότερα, σύμφωνα με σωρεία δικαστικών αποφάσεων καθώς και την έγκριτη θεωρία επί του θέματος, η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει τη σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν δύναται να έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό διαγωνιζομένου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.), καθόσον η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ1990/1, σελ.84· Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο εκδ. θ' σελ.776). Συγκεκριμένα, οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της προστασίας του πραγματικού ανταγωνισμού επιβάλλουν στη Διοίκηση να συντάσσει διακηρύξεις σαφείς και ανεπίδεκτες αμφισβητήσεως ως προς το ακριβές περιεχόμενό τους, ειδικότερα δε ως προς τις υποχρεώσεις εκείνες των διαγωνιζομένων των οποίων η παράβαση επιφέρει τον αποκλεισμό τους. Για τον λόγο αυτό, ασαφείς, αμφίσημες ή επιδεκτικές περισσότερων ερμηνειών διατάξεις της διακήρυξης ερμηνεύονται πάντα υπέρ και όχι κατά του διαγωνιζόμενου. Σε περίπτωση δηλαδή αμφιβολίας, ισχύει τεκμήριο κατά του αποκλεισμού και υπέρ του παραδεκτού της προσφοράς (Ε.Α. ΣτΕ 30/2006, 31/2006 κ.ά.).

Επομένως, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι όρος της παρ. 22.Δ της Διακήρυξης θα μπορούσε να έχει την έννοια που

Αριθμός απόφασης: 536/2022

υποστηρίζει η προσφεύγουσα εταιρεία, η εταιρεία μας δεν επιτρέπεται να αποκλεισθεί κατ' εφαρμογή των προαναφερθεισών θεμελιωδών αρχών.

3. Αμάχητο τεκμήριο τεχνικής ικανότητας βάσει της τάξης εγγραφής της

Η παρ. 5 του άρθρου 83 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει, αναφέρει τα εξής:

«5. Η εγγραφή και κατάταξη στα Μ.Ε.Ε.Π., Μητρώο Μελετητών και Μητρώο Γραφείων Μελετών, και η κατοχή αντίστοιχου πτυχίου αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας γενικής εμπειρίας».

Η σημασία της ανωτέρω διάταξης είναι απολύτως σαφής: Η εγγραφή στις αντιστοιχούσες (πρώην καλούμενες) τάξεις του Μ.Ε.Ε.Π. για συγκεκριμένο δημοπρατούμενο έργο συνιστά αμάχητο τεκμήριο τεχνικής ικανότητας ως προς την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου.

Η εταιρεία μας είναι εγγεγραμμένη στην 3^η τάξη του Μ.Ε.Ε.Π. στην κατηγορία των υδραυλικών και στη 2^η τάξη στην κατηγορία των Η/Μ (Βεβαίωση Μ.Ε.Ε.Π. Δ24/οικ.16095/10-1-2019). Ως εκ τούτου δικαιούτο να μετάσχει άνευ ετέρου στον προκείμενο διαγωνισμό με μόνο τη βεβαίωση εγγραφής της στο Μ.Ε.Ε.Π. (εργοληπτικό πτυχίο).

4. Μη τήρηση της διαδικασίας άρθρου 76 Ν. 4412/2016

Επικουρικώς, υπό την εκδοχή ότι η παρ. 22.Δ της Διακήρυξης θέτει πρόσθετες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας καθ' υπέρβαση του Μ.Ε.Ε.Π. (γεγονός το οποίο αμφισβητούμε, σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω), έχει παραβιασθεί η νέα διάταξη της παραγράφου 3 του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016, όπως αντικαταστάθηκε στο σύνολό της από το άρθρο 24 του Ν. 4782/2021. Αναφέρει συγκεκριμένα η εν λόγω παράγραφος τα εξής:

«3. Για τη συμπερίληψη στα έγγραφα της σύμβασης απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πέραν των προβλεπόμενων στο π.δ. 71/2019 (Α' 112), για την εγγραφή και κατάταξη σε τάξη των οικείων μητρώων, αντίστοιχου προϋπολογισμού και κατηγορίας έργου, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν προηγουμένως να ζητούν γνωμοδότηση του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου της Γενικής Γραμματείας Υποδομών. Το τελευταίο εντός της ταχθείσας από την αναθέτουσα αρχή προθεσμίας, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη των τριάντα (30) ημερών, ελέγχει εάν οι απαιτήσεις που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή να συμπεριληφθούν στα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογούνται από τη φύση της σύμβασης, σχετίζονται και είναι ανάλογες

Αριθμός απόφασης: 536/2022

προς το αντικείμενό της. Η διαδικασία του προηγούμενου εδάφιου δεν απαιτείται στις περιπτώσεις που η διαγωνιστική διαδικασία διενεργείται βάσει εγκεκριμένου από την ΕΑΑΔΗΣΥ υποδείγματος διακήρυξης, χωρίς τη συμπερίληψη οιοδήποτε αλλού προσθετού όρου.»

Κατά συνέπεια, εάν η επίμαχη διάταξη της παρ. 22.Δ της Διακήρυξης είχε την έννοια που επικαλείται η προσφεύγουσα εταιρεία (γεγονός που πάντως αρνούμεθα), τότε θα έπρεπε να είχε τηρηθεί η ανωτέρω περιγραφόμενη διαδικασία ενώπιον του Τεχνικού Συμβουλίου Κατασκευών (Συμβουλίου Δημοσίων Έργων ή Σ.Δ.Ε.) του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών. Αυτή η διαδικασία δεν τηρήθηκε εν προκειμένω, προφανώς διότι ο δημοπρατών Δήμος εξέλαβε ότι η ανωτέρω διάταξη δεν έχει την έννοια που επικαλείται η προσφεύγουσα. Το παραδέχεται, άλλωστε, ρητώς και στις κατατεθείσες απόψεις του. Εάν όμως εκληφθεί ότι έχει την έννοια που υποστηρίζει η προσφεύγουσα, τότε η διάταξη του άρθρου 22.Δ της Διακήρυξης είναι παράνομη, λόγω της μη προηγούμενης τήρησης της προδιαγραφόμενης στο άρθρο 76 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 διαδικασίας.

Κατά συνέπεια, επικουρικώς και υπό την εκδοχή ότι η παρ. 22.Δ της Διακήρυξης έχει την έννοια που της αποδίδει η προσφεύγουσα, είναι παράνομη και μη εφαρμοστέα στον παρόντα διαγωνισμό, λόγω της μη τήρησης της προβλεπόμενης στο άρθρο 76 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 διαδικασίας ενώπιον του Σ.Δ.Ε του ΥΠΟ.ΜΕ.. Επισημαίνουμε δε, ότι η συγκεκριμένη διαδικασία και τα λοιπά οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016 συνιστούν διατάξεις δημοσίας τάξης και αναγκαστικού δικαίου και, ως εκ τούτου, η παράβασή τους προκαλεί αυτοδικαίως τη μη εφαρμοσιμότητά τους, ανεξαρτήτως του αν έχουν προσβληθεί προηγουμένως».

24. Επειδή η αναθέτουσα, με τις απόψεις της, υποστηρίζει ότι: «Κατά την δημοπράτηση του έργου ο προϋπολογισμός το έργου κατηγοριοποιήθηκε ως εξής προκειμένου να κληθούν οι αντίστοιχοι οικονομικοί φορείς:

ΥΔΡΑΥΛΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ : 77.501,25 €

Η/Μ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ : 802.674,06 €

ΚΟΙΝΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ : 323.465,01 €

Τα παραπάνω ποσά αφορούν τον προϋπολογισμό του έργου προ αναθεώρησης και ΦΠΑ. Το ΚΟΙΝΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ αφορά εργασίες δικτύου

Αριθμός απόφασης: 536/2022

υπό πίεση, οι οποίες μπορούν να εκτελεστούν είτε σαν ΥΔΡΑΥΛΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ, είτε σαν Η/Μ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ.

Με βάση τα παραπάνω, διαχωρίστηκαν οι παρακάτω δύο περιπτώσεις :

Α΄ περίπτωση (κοινό αντικείμενο συμψηφίζεται με το Η/Μ αντικείμενο)

ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ : 77.501,25 € / Η/Μ : 1.126.139,12 €

Καλούμενες τάξεις πτυχίων : Α1 και άνω για έργα ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ και 2^η τάξη και άνω Η/Μ

Β΄ περίπτωση (κοινό αντικείμενο συμψηφίζεται με Υδραυλικό αντικείμενο)

ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ : 400.966,26 € / Η/Μ : 802.674,06 €

Καλούμενες τάξεις πτυχίων: 1^η τάξη και άνω ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΚΑΙ 2^η τάξη και άνω Η/Μ

ή 1^η τάξη και άνω ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ΚΑΙ 2 1ης Η/Μ (λόγω αναβάθμισης

ή 2 Α2 ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ (λόγω αναβάθμισης) ΚΑΙ 2^η τάξη και άνω Η/Μ

ή 2 Α2 ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ (λόγω αναβάθμισης) ΚΑΙ 2 1ης Η/Μ (λόγω αναβάθμισης)

Με βάση τα παραπάνω, τέθηκαν τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της 22Δ της διακήρυξης που αναφέρονται ανωτέρω.

Στη συγκεκριμένη περίπτωση κατά την προκαταρκτική απόδειξη ο προσωρινός ανάδοχος προσκόμισε Ε.Ε.Ε.Σ. το οποίο στο Μέρος IV (Κριτήρια επιλογής) δήλωσε «ΝΑΙ» για όλα τα κριτήρια επιλογής (μεταξύ των οποίων η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα).

Επίσης κατά την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης προσκόμισε Βεβαίωση ΜΕΕΠ σύμφωνα με το οποίο ανήκει στην κατηγορία 2^{ης} τάξης για έργα Η/Μ και 3^{ης} τάξης για έργα ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ, καθώς και ενημερότητα πτυχίου για τη συμμετοχή του σε δημοπρασίες.

Σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, προκειμένου να εγγραφεί μία εργοληπτική επιχείρηση στην κατηγορία του ΜΕΕΠ θα πρέπει να πληροί όλες τις απαραίτητες προϋποθέσεις (χρηματοοικονομική ικανότητα, στελέχωση κλπ).

Δίνεται δε το δικαίωμα πλην της βασικής κατηγορίας έργων να συμμετέχει σε πρόσθετες κατηγορίες έργων (εκτός της βασικής) εφόσον διαθέτει συμπληρωματική στελέχωση, η οποία για την 2^η τάξη ορίζεται σε έναν (1) τεχνικό ΜΕΚ Γ΄ ή δύο (2) τεχνικούς ΜΕΚ Β΄. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, η στελέχωση του προσωρινού αναδόχου με τον ... (ΜΕΚ Γ΄ για έργα Η/Μ) δίνει το δικαίωμα συμμετοχής της σε έργα Η/Μ κατηγορίας 2^{ης} τάξης και άνω για έργα Η/Μ για έργα πρόσθετης κατηγορίας. Είναι σαφές ότι δεν νοείται εγγραφή

Αριθμός απόφασης: 536/2022

σε κατηγορία ΜΕΕΠ, χωρίς να υπάρχει η απαιτούμενη στελέχωση που προβλέπεται για την αντίστοιχη κατηγορία.

Επίσης σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία (π.δ. 71/2019, Α' 112) προκειμένου για τα κριτήρια χρηματοοικονομικής ικανότητας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας οι απαιτήσεις που τίθενται στη διακήρυξη βασίζονται στον προϋπολογισμό του έργου και την κατηγορία του έργου. Για κάθε επιπλέον απαίτηση θα πρέπει να υπάρχει γνωμοδότηση του Τεχν. Συμβουλίου Γεν. Γραμματείας Υποδομών, γεγονός που δεν έχει εφαρμοστεί στην παρούσα διακήρυξη.

Στη συγκεκριμένη περίπτωση στο αρ. 22.Δ της διακήρυξης έχουν περιληφθεί οι κατηγορίες ΜΕΚ που αντιστοιχούν στις τάξεις πτυχίων όπως αναλύθηκαν παραπάνω, δεν περιλήφθηκαν όμως οι πρόσθετες κατηγορίες έργων, όπου για την 2^η τάξη προβλέπεται στελέχωση 1 ΜΕΚ Γ ή 2 ΜΕΚ Β (βλ. συνημμένο πίνακα 1 Δ/νση Μητρώου Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών στελέχωσης εργοληπτικών επιχειρήσεων ανά τάξη).

Η παράλειψη αυτή θεωρείται πρόδηλη για τους παρακάτω λόγους :

- Δεν είναι δυνατή εγγραφή σε κατηγορία ΜΕΕΠ (και μάλιστα του 2019 όπως είναι στην περίπτωσή μας και ενημερότητας πτυχίου 2021), χωρίς να υπάρχει η απαιτούμενη στελέχωση που προβλέπεται για την αντίστοιχη κατηγορία.

- Στην επικεφαλίδα του άρθρου 22Δ υπάρχει η παραπομπή (106) στην οποία αναφέρεται :

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβ. άρθρο 75 παρ. 1 τελευταίο εδάφιο και αρ. 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016).

Οι εν λόγω απαιτήσεις καταρχάς καθορίζονται περιγραφικά στο παρόν σημείο, χωρίς παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ ή του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε ούτε σε βαθμίδες/κατηγορίες του ΜΕΚ. Σε κάθε περίπτωση και για το μεταβατικό χρονικό διάστημα ισχύος των άρθρων 80 έως 110 του ν. 3669/2008, όπως αυτό προκύπτει από το άρθρο 65 του π.δ. 71/2019 και την πλήρη έναρξη ισχύος του τελευταίου, επισημαίνεται ότι, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να περιγράψει τις σχετικές απαιτήσεις ανάλογα με τα προβλεπόμενα στο π.δ.

Αριθμός απόφασης: 536/2022

71/2019, τηρουμένων των ειδικότερων ρυθμίσεων του άρθρου 76 του ν. 4412/2016 αναφορικά με τις πέραν των προβλεπόμενων απαιτήσεων για την εγγραφή και κατάταξη σε τάξη των οικείων μητρώων του π.δ 71/2019 (Α' 112), αντίστοιχου προϋπολογισμού ανά κατηγορία έργου.

Επίσης στα κριτήρια επιλογής (22B-22Δ) της διακήρυξης, υπάρχει η παραπομπή 102 όπου αναφέρεται :

Επισημαίνεται ότι όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, πλην της καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας (αρ. 75 παρ. 2 σε συνδυασμό με το αρ. 76 του ν. 4412/2016), είναι προαιρετικά για την αναθέτουσα αρχή και πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης (άρθρο 75 παρ. 1 του ν. 4412/2016). Σε κάθε περίπτωση, πρέπει να διαμορφώνονται κατά τρόπο, ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στους διαγωνισμούς. Κατά το στάδιο του προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων, είναι αναγκαίο να τηρούνται από τις αναθέτουσες αρχές, οι θεμελιώδεις ενωσιακές αρχές, ιδίως η αρχή της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων, της αποφυγής των διακρίσεων, της διαφάνειας και της ανάπτυξης του ελεύθερου ανταγωνισμού. Τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22.Β - 22.Ε εξετάζονται κατά τη διαδικασία ελέγχου της καταλληλότητας του προσφέροντος να εκτελέσει τη σύμβαση (κριτήρια "on/off"). Από τα παραπάνω είναι σαφές ότι πλέον των αναφερόμενων στο αρ. 22.Δ, δεν μπορούν να αποκλειστούν από τη διαδικασία οικονομικοί φορείς οι οποίοι πληρούν τις προϋποθέσεις με βάση τον προϋπολογισμό και την κατηγορία του έργου. Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το 2^ο Πρακτικό της (ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης) έκρινε ότι ο προσωρινός ανάδοχος με τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά καλύπτει όλες τις απαιτήσεις που προβλέπονται από τη νομοθεσία για την κατηγορία και τον προϋπολογισμό του εν λόγω έργου και εισηγήθηκε την κατακύρωση τη σύμβαση σε αυτόν. Για όλους τους παραπάνω λόγους, κρίνουμε ότι δεν ευσταθεί ο λόγος της προσφυγής της ... και ότι ορθά με την 8/2022 απόφαση της Ο.Ε. του Δήμου ... εγκρίθηκε το 2ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού».

25. Επειδή, με το υπόμνημά του, ο προσφεύγων υποστηρίζει τα εξής:
«Α, ΕΠΙ ΤΩΝ ΑΠΟΨΕΩΝ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ

Αριθμός απόφασης: 536/2022

Η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένα υπολαμβάνει ότι η εταιρία «...» είχε το δικαίωμα να λάβει μέρος στο διαγωνισμό, επειδή διαθέτει στελέχωση που επαρκεί για την εγγραφή της στην 3^η τάξη της κατηγορίας Υδραυλικών εργασιών και στην 2^η τάξη της κατηγορίας Η/Μ εργασιών του Μ.Ε.ΕΠ. Η κατάταξη, όμως, της εν λόγω εταιρίας στις συγκεκριμένες κατηγορίες και τάξεις, όπως αυτές προκύπτουν από την υπ' αριθ. πρωτ. ... βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ., δεν σημαίνει ταυτόχρονα ότι η εν λόγω εταιρία πληροί τα κριτήρια που τέθηκαν με σαφήνεια από την Αναθέτουσα Αρχή με την επίμαχη διακήρυξη για τη συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό. Η διατύπωση του συγκεκριμένου όρου (22.Δ) της διακήρυξης είναι σαφής και δεν επιδέχεται καμία ερμηνεία. Σύμφωνα με τη ρητή απαίτηση του ως άνω όρου της διακήρυξης, για την κατηγορία των Η/Μ έργων απαιτείται για τις ενδιαφερόμενες μεμονωμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις (οικονομικούς φορείς) «1 ΜΕΚ Δ, ή 2 ΜΕΚ Γ ή 1 ΜΕΚ Γ & 2 ΜΕΚ Β», προϋπόθεση την οποία όμως δεν πληροί η εν λόγω διαγωνιζόμενη, όπως εκθέτουμε αναλυτικά στην υπό κρίση προσφυγή μας. Επισημαίνουμε ότι επί ανάλογου ζητήματος έχει εκδοθεί η υπ' αριθ. 404/2021 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με την οποία κρίθηκαν τα εξής: «Ειδικότερα, από τα δημοσιευμένα στοιχεία (βλ. συνημμένα 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 της Προσφυγής), προκύπτει ότι από τα τέσσερα (4) στελέχη που στελεχώνουν το πτυχίο της παρεμβαίνουσας, μόνο τα τρία (3) διαθέτουν πτυχίο ΜΕΚ στην κατηγορία. «ΟΔΟΠΟΙΙΑ», εκ των οποίων τα δύο (2) διαθέτουν ΜΕΚ βαθμίδας Λ ' και το ένα (1) διαθέτει ΜΕΚ βαθμίδας Γ σε αντίθεση με τα οριζόμενα στο άρθρο 22.Α της Διακήρυξης. Συνεπώς, επειδή από τη στελέχωση της παρεμβαίνουσας ελλείπει ένα ακόμη πτυχίο ΜΕΚ βαθμίδας Γ' στην ζητούμενη κατηγορία «ΟΔΟΠΟΙΙΑ», όπως ρητώς απαιτεί η Διακήρυξη ως προς την ελάχιστη στελέχωση του συμμετέχοντος, η εταιρία αυτή, που σημειωτέον πληροί το κριτήριο καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας (άρ. 22.Β της Διακήρυξης), δεν πληροί το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (άρ. 22.Δ της Διακήρυξης). Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από το γεγονός ότι η ίδια η καθ' ης η Προσφυγή δήλωσε στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ της, ότι δεν στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων (βλ. σελ. 6 του εντύπου) και ότι δεν προτίθεται να αναθέσει υπερβολικά σε τρίτους, οποιοδήποτε μέρος της προς ανάθεση σύμβασης (βλ. σελ. 15 του εντύπου). Εν όψει των ανωτέρω, η

Αριθμός απόφασης: 536/2022

καθ' ης η Προσφυγή, που ως προελέχθη είναι εγγεγραμμένη στην 4η τάξη Μ.Ε.ΕΠ, προφανώς και καλύπτει τα κατώτατα όρια στελέχωσης εργοληπτικών επιχειρήσεων με κάποιον από τους ανωτέρω αναφερόμενους τρόπους (π.χ. με 2 ΜΕΚ Δ & 1 ΜΕΚ Γ & 2 ΜΕΚ Β), αν και ουδόλως το αναφέρει στην Παρέμβασή της (ούτε και η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της), άλλως, δεν θα μπορούσε να είναι εγγεγραμμένη στην τάξη αυτή. Εντούτοις, η Προσφορά της δέον απορριφθεί, διότι δεν καλύπτει τα συγκεκριμένα όρια ελάχιστης στελέχωσης, ως αυτά ρητά θεσπίσθηκαν στον όρο 22.Δ. της Διακήρυξης και ως ανεπιφύλακτα, έγιναν δεκτά από την ίδια την εταιρία, που δεν προσέβαλε επικαίρως τον επίμαχο όρο, αλλά, ούτε και ζήτησε σχετικές διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή». Το ζητούμενο στην προκειμένη περίπτωση, επαναλαμβάνουμε, δεν είναι αν η «...» διαθέτει την απαιτούμενη στελέχωση για την εγγραφή της στις κατηγορίες (Υδραυλικών και Η/Μ εργασιών) και τάξεις (3^η και 2^η τάξεις αντίστοιχα) του Μ.Ε.ΕΠ. Το ζητούμενο είναι αν η «...» καλύπτει τα συγκεκριμένα όρια ελάχιστης στελέχωσης, όπως αυτά ρητά θεσπίσθηκαν με τον όρο 22.Δ. της Διακήρυξης. Η Αναθέτουσα Αρχή φαίνεται να μην το έχει αντιληφθεί αυτό και γι' αυτό συνυπέβαλε με τις απόψεις της πίνακα σχετικά με τα κατώτατα όρια στελέχωσης εργοληπτικών επιχειρήσεων ανά τάξη. Ο πίνακας αυτός ουδεμία σχέση έχει με τον εν λόγω διαγωνισμό, αφού εάν η Αναθέτουσα Αρχή επιθυμούσε και είχε αποφασίσει να ισχύσει αυτός ο πίνακας για την περιγραφή της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων που θα συμμετείχαν στο διαγωνισμό, αρκούσε να αντιγράψει στον όρο 22.Δ της διακήρυξης το περιεχόμενό του. Πλην όμως η Αναθέτουσα Αρχή δεν συμπεριέλαβε στον όρο 22.Δ της διακήρυξης το περιεχόμενο αυτού του πίνακα αλλά το διαφοροποίησε και στον όρο 22.Δ της διακήρυξης περιέλαβε ως απαίτηση τεχνικής ικανότητας για την κατηγορία των Η/Μ έργων για τις ενδιαφερόμενες μεμονωμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις (οικονομικούς φορείς) να διαθέτουν «1 ΜΕΚ Δ, ή 2 ΜΕΚ Γ ή 1 ΜΕΚ Γ & 2 ΜΕΚ Β», προϋπόθεση την οποία όμως δεν πληροί η εν λόγω διαγωνιζόμενη, όπως εκθέτουμε αναλυτικά ανωτέρω και στην υπό κρίση προσφυγή μας. Η απάντηση στο ζήτημα που τίθεται είναι μονοσήμαντη : Η «...» δεν καλύπτει τα απαιτούμενα όρια ελάχιστης στελέχωσης, όπως αυτά ρητά θεσπίσθηκαν με τον όρο 22.Δ. της Διακήρυξης, αφού δεν διαθέτει ΜΕΚ Α για τα Η/Μ έργα. Ως εκ τούτου κακώς κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά του ως

Αριθμός απόφασης: 536/2022

άνω οικονομικού φορέα με την προσβαλλομένη απόφαση, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης, ενώ θα έπρεπε να είχε αποκλειστεί από το διαγωνισμό.

B. ΕΠΙ ΤΗΣ ΑΣΚΗΘΕΙΣΑΣ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ

Προς αποφυγή επαναλήψεων, αναφερόμαστε σε όσα εκθέσαμε ανωτέρω επί των απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής, επιπλέον δε αυτών επισημαίνουμε και τα εξής: Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο, που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζομένους. Μάλιστα, οι κανόνες που τίθενται με τη διακήρυξη κατισχύουν ως ειδικότεροι κάθε άλλος διατάξεων ανεξάρτητα από το αν η τελευταία διάταξη ρυθμίζει διάφορα ζητήματα με τρόπο διαφορετικό απ' ότι η διακήρυξη (ΣτΕ ΕΑ 264/2006, 16/2005, 977/2004. ΣτΕ 502/20031. Επίσης, έχει κριθεί (ΟΛΣΤΕ 1415/2000, ΣτΕ 1217/2018, 2770/2013 κλπ) ότι η ανεπιφύλακτη συμμετοχή σε διαγωνισμό για τη σύναψη διοικητικής σύμβασης συνιστά και ανεπιφύλακτη αποδοχή των όρων της διακήρυξης, βάσει των οποίων διενεργείται ο διαγωνισμός, και, επομένως, δεν είναι επιτρεπτή η εκ των υστέρων παρεμπόμπουσα αμφισβήτηση του κύρους τους εκ μέρους διαγωνιζομένου, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για εκείνον, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Κατά συνέπεια, ο συμμετέχων στερείται πλέον του έννομου συμφέροντος να προσβάλλει τη διακήρυξη (αμέσως ή εμμέσως). Περαιτέρω, από τη νομολογία έχει κριθεί ότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της κατά στάδια προβολής των λόγων ακυρότητας της διαδικασίας ή του παραδεκτού της συμμετοχής των διαγωνιζομένων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόμποντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της

Αριθμός απόφασης: 536/2022

διακήρυξης ή προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως κι' επομένως απαραδέκτως στο παρόν (επόμενο) στάδιο (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-BauAG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66). Τέλος, ισχυρισμοί που αφορούν, έστω και εμμέσως, τη νομιμότητα, αναγκαιότητα, καταλληλότητα και σκοπιμότητα όρων διακήρυξης που δεν προσβλήθηκαν εμπροθέσμως, δεν δύνανται να τύχουν παραδεκτής επίκλησης το πρώτον επ' ευκαιρία της προσβολής πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο του διαγωνισμού, που διέπεται από τη συγκεκριμένη διακήρυξη, αφού δια της μη έγκαιρης προβολής τους δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της διακηρύξεως ως και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στον διαγωνισμό, οι μετέχοντες οικονομικοί φορείς παύουν να έχουν οιοδήποτε έννομο συμφέρον για τη μεταγενέστερη προβολή τους, λόγω και της αρχής της αυτοτέλειας των σταδίων της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Αυτή έχει ως συνέπεια την αδυναμία της εκ των υστέρων αμφισβήτησης του κύρους των όρων διακήρυξης με την ευκαιρία προσβολής πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, άρα και του παρεμπόπτοντος ελέγχου των όρων της διακήρυξης κατά την εξέταση προσφυγής που αφορά οποιοδήποτε στάδιο διεξαγωγής του διαγωνισμού, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο (ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, ΟΛΣΤΕ 1415/2000). Τα ως άνω θεμελιώνονται στην αποδοχή από τους διαγωνιζομένους των όρων της διακήρυξης, η οποία προκύπτει από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό και στη συνακόλουθη έλλειψη εννόμου συμφέροντος (κατ' εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989), με αποτέλεσμα απαραδέκτως να προβάλλονται ισχυρισμοί, οι οποίοι αμφισβητούν (έστω και εμμέσως) το κύρος ή τροποποιούν ερμηνευτικά ή διαστέλλουν το περιεχόμενο της διακήρυξης, προς στήριξη των επιχειρημάτων του προσφεύγοντος και ως προσαρμογή των όρων της διαδικασίας στη δική του υποκειμενική κρίση. α) Στην προκειμένη περίπτωση η παρεμβαίνουσα με την συμμετοχή της στο διαγωνισμό αποδέχθηκε

Αριθμός απόφασης: 536/2022

ανεπιφύλακτα όλους τους όρους της διακήρυξης, αφού βεβαίως πρώτα τους είχε διαβάσει και τους είχε κατανοήσει πλήρως, αφού δεν τους αμφισβήτησε με προδικαστική προσφυγή ούτε έδειξε να προβληματίζεται από το περιεχόμενό τους, υποβάλλοντας κάποιο ερώτημα σε σχέση με αυτούς. Είναι χαρακτηριστικό, εξάλλου, ότι από κανένα διαγωνιζόμενο, ούτε βεβαίως από την παρεμβαίνουσα, δεν υποβλήθηκε αίτημα (σύμφωνα με τον όρο 2.3 της διακήρυξης) παροχής διευκρινίσεων ως προς οποιονδήποτε όρο της διακήρυξης ούτε και η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι οποιοσδήποτε (και πάντως ο κρίσιμος εν προκειμένω) όρος της διακήρυξης χρειαζόταν οίκοθεν εκ μέρους της διευκρίνιση. Συνεπώς, η παρεμβαίνουσα δεν νομιμοποιείται να βάλει κατά του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης, τον οποίο αφενός μεν αποδέχθηκε με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στο διαγωνισμό αφετέρου δε θεώρησε, δια της μη υποβολής σχετικού αιτήματος διευκρίνισης, αρκούντως σαφή και ορισμένο. β) Επαναλαμβάνουμε ότι καμία αμφισημία δεν διακρίνει τον επίμαχο όρο της διακήρυξης. Ο συγκεκριμένος όρος είναι ρητός και σαφής και απαιτεί για τις ενδιαφερόμενες μεμονωμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις (οικονομικούς φορείς) για την κατηγορία των Η/Μ έργων «1 ΜΕΚ Δ, ή 2 ΜΕΚ Ε ή 1 ΜΕΚ Ε & 2 ΜΕΚ Β». Επειδή, κατά πάγια νομολογιακή παραδοχή, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη της διοίκησης, που δεσμεύει αμφίδρομα αναθέτουσα αρχή και διαγωνιζόμενους, τους όρους της οποίας δεν δύνανται να αμφισβητήσουν μεταγενεστέρως είτε η αναθέτουσα αρχή είτε οι διαγωνιζόμενοι που έχουν μετάσχει ανεπιφύλακτως στον διαγωνισμό [ΣτΕ (Ολομ.) 1415/2000, Ε.Α. ΣτΕ 753/2008, 754/2008, 681/2005 κ.ά. ΣτΕ 1400/2007, 4272/1999, ΣτΕ 4155/1998, ΣτΕ 3797/96, ΣτΕ 1754/96, ΣτΕ 5670/96, ΣτΕ 3884/90, ΣτΕ 4607/86, κ.ά.]. Τούτο σημαίνει ότι οι μη αμφισβητηθέντες ως προς τη νομιμότητά τους όροι της Διακήρυξης είναι ισχυροί και απόλυτα δεσμευτικοί έναντι πάντων (αναθέτουσας αρχής και διαγωνιζομένων), υπερισχύουν δε και πάσης ενδεχομένως αντίθετης διάταξης νόμου ή άλλης κανονιστικής πράξης της διοικήσεως (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 977/2004, 16/2005, ΣτΕ 1502/2003 κ.ά.). γ) Τα προαναφερόμενα ισχύουν και ως προς τις όψιμα εκφραζόμενες, για πρώτη φορά με την παρέμβασή της, ενστάσεις της παρεμβαίνουσας ως προς την, κατ' αυτήν, αναγκαιότητα ύπαρξης προηγούμενης γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου της Γ.Γ. Υποδομών ως προς τις απαιτήσεις του όρου 22.Δ της διακήρυξης για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των

Αριθμός απόφασης: 536/2022

διαγωνιζομένων. Ακόμη και αν ήταν ορθή η ένσταση αυτή της παρεμβαίνουσας (πράγμα που ρητά και κατηγορηματικά αρνούμαστε), ο επίμαχος όρος είναι ισχυρός και απρόσβλητος, αφού από κανένα δεν αμφισβητήθηκε επικαίρως η ορθότητα και νομιμότητά μου με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με όσα ήδη εκτέθηκαν αναλυτικά παραπάνω. δ) Τέλος, ο διαγωνισμός διενεργήθηκε με βάση τους συγκεκριμένους όρους της διακήρυξης και σε αυτόν έλαβαν μέρος οι συγκεκριμένοι οικονομικοί φορείς. Εάν οι όροι της διακήρυξης είχαν διαφοροποιημένο περιεχόμενο και λεκτικό, όπως, π.χ., αυτό που προτείνει η παρεμβαίνουσα, τότε δεν μπορεί να θεωρηθεί βέβαιο ότι οι φορείς που θα συμμετείχαν στον διαγωνισμό θα ήταν μόνο οι συγκεκριμένοι τρεις, που όντως συμμετείχαν (πιθανότατα θα είχαν συμμετάσχει στο διαγωνισμό διαφορετικοί οικονομικοί φορείς, εφόσον αυτό το διαφορετικό κριτήριο ποιοτικής επιλογής θα μπορούσαν να το πληρούν διαφορετικοί διαγωνιζόμενοι και όχι οι ίδιοι που διαγωνίστηκαν)».

26. Επειδή κατά το άρθρο 4.2 της διακήρυξης, μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλει εντός 10 ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου με δυνατότητα παράτασης της σχετικής προθεσμίας. Αν δεν υποβληθούν τα δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις στα υποβληθέντα, η αναθέτουσα καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα ή να παράσχει διευκρινίσεις. Αν όμως από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου διαπιστώνεται ότι δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα και με τα άρθρα περί κριτηρίων επιλογής, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου. Σύμφωνα με το άρθρο 22, οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια επιλογής. Συγκεκριμένα δε, το άρθρο 22.Δ, για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στην κατηγορία Η/Μ έργων, προβλέπει ότι ο προσφέρων οικονομικός φορέας πρέπει να διαθέτει, σε κάθε περίπτωση και ως ελάχιστη προϋπόθεση 1 ΜΕΚ Δ, ή 2 ΜΕΚ Γ ή 1 ΜΕΚ Γ και 2 ΜΕΚ Β. Περαιτέρω, στο άρθρο 23 προβλέπεται ότι οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το ΕΕΕΣ (υπό 23.1.), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση (προκαταρκτική απόδειξη) και στο οποίο επιβεβαιώνουν αν πληρούν τα

Αριθμός απόφασης: 536/2022

κριτήρια επιλογής (άρθρο 22 Β-Ε), άρα και το κριτήριο τεχνικής επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ.. Σε περίπτωση που ο προσφέρων οικονομικός φορέας έχει πρόθεση ανάθεσης υπεργολαβίας ή στήριξης σε ικανότητες τρίτου, υποβάλλεται από τον τρίτο ή τον υπεργολάβο χωριστό ΕΕΕΣ. Κατά δε το άρθρο 23.2, το δικαίωμα συμμετοχής, οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής του οικονομικού φορέα, που αφορούν, μεταξύ άλλων, και στην πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ., κρίνονται τόσο κατά την υποβολή της προσφοράς με το ΕΕΕΣ όσο και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τούτο σημαίνει ότι, για την κατηγορία Η/Μ έργα, θα πρέπει ο οικονομικός φορέας να διαθέτει ως ελάχιστο προσωπικό 1 ΜΕΚ Δ΄ ή 2 ΜΕΚ Γ΄ ή 1 ΜΕΚ Γ΄ και 2 ΜΕΚ Β΄, τόσο κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ όσο και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου (αλλά και αργότερα κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ΄ του ν. 4412/2016). Και ενώ ο οικονομικός φορέας, προς προαπόδειξη του εν λόγω κριτηρίου (22.Δ), αρκεί να δηλώνει στο ΕΕΕΣ ότι το πληροί (άρθρο 23.1.), για την απόδειξη του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (22.Δ), απαιτείται να προσκομίσει - εφόσον πρόκειται για εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ - βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ ή βεβαίωση εγγραφής στο Τμήμα ΙΙ του ΜΗΕΕΔΕ μετά την πλήρη έναρξη ισχύος του άρθρου 65 του π.δ. 71/2019. Σε περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ. δεν καλύπτονται από την ως άνω βεβαίωση εγγραφής, υποβάλλονται ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο μέρος ΙΙ του παραρτήματος ΧΙΙ του ν. 4412/2016, ανάλογα με την τιθέμενη απαίτηση στο άρθρο 22.Δ.

27. Επειδή ο παρεμβαίνων, προς προαπόδειξη του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, δήλωσε στο ΕΕΕΣ του ότι πληροί όλα τα κριτήρια – άρα και το κριτήριο του άρθρου 22.Δ., χωρίς να δηλώσει συγκεκριμένα φυσικά πρόσωπα, επιπλέον δε δήλωσε ότι δεν θα στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων ούτε θα αναθέσει την εκτέλεση εργασιών σε υπεργολάβο. Περαιτέρω, μαζί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και προς απόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ., υπέβαλε την με αριθ. πρωτ. ... βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, από την οποία προκύπτουν τα εξής: α) αριθμός ΜΕΕΠ:

Αριθμός απόφασης: 536/2022

..., β) στελέχωση: 1. ..., Αγρονόμος και τοπογράφος με αριθμό ΜΕΚ ..., 2. ..., Αγρονόμος και Τοπογράφος με αριθμό ΜΕΚ ..., 3. ..., Ηλεκτρολόγος ΤΕΙ με αριθμό ΜΕΚ ..., γ) κατηγορίες έργων – εξειδικευμένες εργασίες: Τάξη ΜΕΕΠ για τα ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ «2η». Εκ των ανωτέρω αυτών στελεχών, όπως προβάλλει ο προσφεύγων, κατόπιν έρευνας στη Διεύθυνση Μητρώων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών (<http://www.yrexid15.gr/Default.aspx?tabid=127>), συνομολογεί ο παρεμβαίνων και η αναθέτουσα και επιβεβαιώνεται από την επισκόπηση της ως άνω ιστοσελίδας, μόνο ο Στυλιανός Νίτης διαθέτει ΜΕΚ Γ' βαθμίδας στην κατηγορία ηλεκτρομηχανολογικών έργων. Ως εκ τούτου, ενόψει του ρητού και σαφούς περιεχομένου του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης, που απαιτεί την ύπαρξη τουλάχιστον 2 ΜΕΚ Γ', ο μοναδικός λόγος της προσφυγής του προσφεύγοντος ότι δεν πληρώθηκε το κριτήριο επιλογής του άρθρου 22.Δ. περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του παρεμβαίνοντος, πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος, καθόσον ο παρεμβαίνων διαθέτει μόνο 1 ΜΕΚ Γ'. Συνεπώς, εφόσον από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά προσωρινού ανάδοχου που προσκόμισε ο παρεμβαίνων δεν αποδείχθηκε η πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ, η προσφορά του τυγχάνει απορριπτέα εξ αυτού του λόγου, σύμφωνα με το άρθρο 4.2.δ' της διακήρυξης που προβλέπει την απόρριψη της προσφοράς επί μη απόδειξης των κριτηρίων επιλογής. Εξάλλου, όπως επίσης προβάλλει ο προσφεύγων και συνομολογεί ο παρεμβαίνων και η αναθέτουσα, δεν προσκομίσθηκε κανένα άλλο αποδεικτικό έγγραφο από αυτά που προβλέπονται στο μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του ν. 4412/2016, προς απόδειξη του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του παρεμβαίνοντος ούτε δηλώθηκε η στήριξη σε τρίτους οικονομικούς φορείς ή η ανάθεση εργασιών σε υπεργολάβο, ώστε να πληρωθεί ο όρος για ακόμη έναν ΜΕΚ Γ' – και αντίστοιχα ούτε αποδείχθηκε. Επιπλέον δε, ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος, ότι το άρθρο 22.Δ. της διακήρυξης είναι «προδήλως αντιφατικό», τυγχάνει απορριπτέος ως απαραδέκτως προβαλλόμενος. Και τούτο διότι, με τον συγκεκριμένο ισχυρισμό, ως προβάλλεται, ο παρεμβαίνων αμφισβητεί τη νομιμότητα όρου της διακήρυξης και, μάλιστα, παρά το ότι ο ίδιος συμμετείχε ανεπιφυλάκτως στο διαγωνισμό, αποδεχόμενος όλους τους όρους της διακήρυξης, άρα και τον επίμαχο, τον οποίο, άλλωστε, δεν

Αριθμός απόφασης: 536/2022

προσέβαλε επικαίρως, ως αντιφατικό, με προδικαστική προσφυγή, ούτε ζήτησε διευκρινίσεις από την αναθέτουσα, παρά το ό,τι, όπως εντέλει προέκυψε και συνομολογεί και ο ίδιος, δεν πληρούσε τον όρο 22.Δ, όπως είναι διατυπωμένος. Εξάλλου, και ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι εφόσον ο αντίστοιχος όρος για τις ενώσεις οικονομικών φορέων προβλέπει στην περίπτωση Β', ως απαίτηση τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, την ύπαρξη 1 ΜΕΚ Γ', άρα πρέπει να θεωρείται ότι απαιτείται εξίσου μόνο 1 ΜΕΚ Γ', αντί για 2 ΜΕΚ Γ', σε κάθε περίπτωση και άρα, κατ' ορθή ερμηνεία του όρου που αφορά και τους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς, απαιτείται και αυτοί να διαθέτουν μόνον έναν ΜΕΚ Γ' τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο διότι εφαρμοστέα εν προκειμένω και δεκτική ερμηνείας τυγχάνει η διάταξη για τους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς και όχι αυτή για τις ενώσεις οικονομικών φορέων. Εξάλλου, επισημαίνεται ότι και στις δύο περιπτώσεις των μεμονωμένων οικονομικών φορέων προβλέπεται από τον όρο 22.Δ. ότι απαιτούνται 2 ΜΕΚ Γ' - και όχι ένας - και αντίστοιχα στην πρώτη περίπτωση της ένωσης οικονομικών φορέων προβλέπεται, επίσης, ότι απαιτούνται 2 ΜΕΚ Γ' - και όχι ένας. Ως εκ τούτου, δεν γεννάται καταρχήν αμφιβολία για τους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς ότι εχώρησε κάποιο σφάλμα στη διατύπωση της διακήρυξης, αλλά η όποια ασάφεια ή αμφισημία ανακύπτει μόνο για τη διάταξη για τις ενώσεις οικονομικών φορέων, η οποία, όμως, δεν τυγχάνει εφαρμοστέα εν προκειμένω, δεδομένου ότι ο παρεμβαίνων είναι μεμονωμένος οικονομικός φορέας - και άρα τυγχάνει απορριπτέος ο σχετικός ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος. Περαιτέρω δε, υποστηρίζει ο παρεμβαίνων ότι είχε δικαίωμα συμμετοχής σε κάθε περίπτωση στον υπό κρίση διαγωνισμό ενόψει της εγγραφής του στο ΜΕΕΠ και του ύψους του προϋπολογισμού του δημοπρατούμενου έργου (1.210.000 ευρώ), δεδομένου του ό,τι, ως εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στη 2^η τάξη στα Η/Μ έργα του ΜΕΕΠ, μπορούσε να αναλαμβάνει έργα μέχρι 1.500.000, άρα και έργα υψηλότερου προϋπολογισμού από αυτόν του έργου της υπό κρίση διακήρυξης. Ο εν λόγω ισχυρισμός, όμως, τυγχάνει απορριπτέος, διότι, με τη διακήρυξη και συγκεκριμένα με το άρθρο 22.Δ., η αναθέτουσα αρχή ζήτησε, ανεξαρτήτως της κατάταξης των εργοληπτικών επιχειρήσεων σε τάξεις στο ΜΕΕΠ, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης, να

Αριθμός απόφασης: 536/2022

διαθέτουν, ως ελάχιστη στελέχωση, τουλάχιστον 2 ΜΕΚ Γ΄. Ενόψει δε του ό,τι η αναθέτουσα αρχή έθεσε σαφώς και ρητώς το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ούτε η ίδια ούτε οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς θα μπορούσαν να αποκλίνουν εκ των υστέρων από την εφαρμογή του, κατ' επίκληση έτερου κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, εκτός διακήρυξης, ενόψει του δεδομένου δεσμευτικού νομικού πλαισίου του διαγωνισμού και της εφαρμογής των αρχών της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Εξάλλου, ούτε ο παρεμβαίνων ούτε η αναθέτουσα επικαλούνται συγκεκριμένη διάταξη που να προβλέπει ότι, με βάση τον προϋπολογισμό του έργου, οι εργοληπτικές επιχειρήσεις έχουν δικαίωμα συμμετοχής σε όλους τους διαγωνισμούς, ακόμη και όταν δεν πληρούν τα λοιπά κριτήρια επιλογής που έθεσε η αναθέτουσα αρχή, και άρα αβασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων και ότι εκ της παρ. 5 του άρθρου 83 του ν. 4412/2016, συνάγεται το δικαίωμά του να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό. Και τούτο διότι, αντιθέτως προς όσα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, ούτε η εν λόγω διάταξη (άρθρο 83 παρ. 5) επιτρέπει τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς οικονομικών φορέων που δεν πληρούν τα τεθέντα με τη διακήρυξη κριτήρια επιλογής. Περαιτέρω δε, απαραδέκτως και ανεπικαίρως προβάλλονται οι ισχυρισμοί από τον παρεμβαίνοντα και την αναθέτουσα ότι δεν εγκρίθηκε ο σχετικός όρος (22.Δ) από το Συμβούλιο Δημοσίων Έργων του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών, όπως απαιτεί το άρθρο 76 § 3 του Ν. 4412/2016, καθόσον οι σχετικοί ισχυρισμοί βάλλουν και αυτοί κατ' ουσία κατά της διακήρυξης, ενώ, επιπλέον, αλυσιτελώς γίνεται η επίκλησή του εν λόγω ισχυρισμού από την αναθέτουσα η οποία αυτοδεσμεύεται από τη διακήρυξη χωρίς να μπορεί να αποκλίνει από το νομικό πλαίσιο του διαγωνισμού το οποίο η ίδια έθεσε. Επίσης, απορριπτέος τυγχάνει ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι λόγω της αμφισημίας του επίμαχου όρου, θα πρέπει να ισχύσει το τεκμήριο υπέρ του παραδεκτού της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Ο συγκεκριμένος λόγος τυγχάνει απορριπτέος, διότι η όποια αμφισημία και ασάφεια επικαλείται ο παρεμβαίνων δεν αφορά, όπως προαναφέρθηκε, στους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς, όπως εν προκειμένω τυγχάνει ο παρεμβαίνων - ως προς τους οποίους το γράμμα της διακήρυξης είναι απολύτως σαφές – αλλά τις ενώσεις οικονομικών φορέων. Ομοίως, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί κατ' επίκληση της ασάφειας

Αριθμός απόφασης: 536/2022

διατάξεων, κείμενων εκτός του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού. Απορριπτέος τυγχάνει, τέλος, και ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι η αναθέτουσα έχει το τεκμήριο της αυθεντικής ερμηνείας του επίμαχου όρου για να αποφασίσει για το νόημα του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης και ότι εν προκειμένω, κατά την κρίση της προσβαλλόμενης, κρίθηκε ότι δεν απαιτούνται 2 ΜΕΚ Γ', αλλά αρκεί μόνον ένας. Και τούτο διότι, αντιθέτως προς όσα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, η αναθέτουσα αρχή δεσμεύεται από τους όρους της διακήρυξης και δεν μπορεί να μην εφαρμόζει όρους που είναι απολύτως σαφείς και που η ίδια θέσπισε με τη διακήρυξη, κατ' επίκληση του τεκμηρίου της αυθεντικής ερμηνείας της αναθέτουσας αρχής.

28. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση στο σύνολό της.

29. Επειδή πρέπει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

30. Επειδή πρέπει να απορριφθεί η ασκηθείσα παρέμβαση.

31. Επειδή πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε στις 11 Απριλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ