

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 10 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.01.2021 προδικαστική προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ...Π.Π. 243/01.02.2021 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στον Δήμο ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ...(εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη Βιομηχανική Περιοχή (ΒΙ.ΠΕ.) ..., οδός ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού Νο ...), θέμα (εκτός ημερήσιας διάταξης) ..., της Οικονομικής Επιτροπής της ...(ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 09.09.2020 Πρακτικού Ι της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας και ανέδειξε αυτήν προσωρινή μειοδότητρια του διαγωνισμού.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού Νο ...), θέμα (εκτός ημερήσιας διάταξης) ..., της Οικονομικής Επιτροπής της ...(ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 09.09.2020

Πρακτικού Ι της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανέδειξε αυτήν προσωρινή μειοδότητρια του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η Περιφέρεια Κρήτης ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Διαγωνισμό Άνω άνω των ορίων, με Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 29.07.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, για την ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του έργου «ΒΕΛΤΙΩΣΕΙΣ-ΣΥΝΤΗΡΗΣΕΙΣ ΝΕΑΣ ΚΑΙ ΠΑΛΙΑΣ ΕΘΝΙΚΗΣ ΟΔΟΥ ...ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2020-2022», εκτιμώμενης αξίας δεκατριών εκατομμυρίων τριακοσίων έξι χιλιάδων τετρακοσίων πενήντα ενός ευρώ και εξήντα ενός λεπτών (13.306.451,61 €) πλέον Φ.Π.Α. 24%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 2^α Σεπτεμβρίου 2020, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 π.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 9^η Σεπτεμβρίου 2020, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 02.09.2020 και ώρα 00:58:42 μ.μ. την υπ' αριθμ. ... προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ...Απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικού Νο ...), θέμα (εκτός ημερήσιας διάταξης) ..., της Οικονομικής Επιτροπής της ...(ΑΔΑ: ...), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 20.01.2021, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 29.01.2020 στον

διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην ...Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας και ανέδειξε αυτήν προσωρινή μειοδότηρια του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή στο σύνολό της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ...Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού Νο ...), θέμα (εκτός ημερήσιας διάταξης) ..., της Οικονομικής Επιτροπής της ...(ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 09.09.2020 Πρακτικού ... της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας και ανέδειξε αυτήν προσωρινή μειοδότηρια του διαγωνισμού και γ) να ακυρωθεί κάθε συναφής, βλαπτική των εννόμων συμφερόντων τη, πράξη ή παράλειψη, προκειμένου να ανατεθεί η σύμβαση στην προσφεύγουσας και δ) να της επιστραφεί το καταβληθέν παραβόλο.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 28.01.2021 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας ALPHA BANK, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (15.000,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η ...Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η ...Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 02.02.2021, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 11.02.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 11 Φεβρουαρίου 2021 παρέμβαση της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη Βιομηχανική Περιοχή (ΒΙ.ΠΕ.) ..., οδός ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω προδικαστικής προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινή μειοδότηρια του διαγωνισμού. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 282/01.02.2021 Πράξης της «Περί Ορισμού

Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 01.02.2021 και υπέβαλε στις 08.02.2021, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

13.Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 04.03.2021 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας, το από 04.03.2021 υπόμνημά της.

14.Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε αποδεκτή και κατετάγη δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, όπως εμφανίζεται στον συνημμένο στο από 09.09.2020 Πρακτικό Ι της Επιτροπής του Διαγωνισμού «ΠΙΝΑΚΑ ...: ΤΕΛΙΚΗ ΚΑΤΑΤΑΞΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ ΚΑΤΑ ΣΕΙΡΑ ΜΕΙΟΔΟΣΙΑΣ», με προσφερόμενο ποσοστό μείσης έκπτωσης (%), σαράντα επτά και ογδόντα ένα τοις εκατό (47,81%) και ποσό προσφοράς εκτέλεσης έργου (€), χωρίς Φ.Π.Α., επτά εκατομμύρια σαράντα έξι χιλιάδες διακόσια πενήντα τέσσερα ευρώ και εξήντα τέσσερα λεπτά (7.046.245,64 €) έναντι προσφερόμενου ποσού μείσης έκπτωσης (%) της παρεμβαίνουσας και προσωρινής μειοδότης, πενήντα επτά και ογδόντα ένα τοις εκατό (57,81%) και ποσό προσφοράς εκτέλεσης έργου (€), χωρίς Φ.Π.Α., πέντε εκατομμύρια επτακόσιες τριάντα έξι χιλιάδες τριακόσια εβδομήντα οκτώ ευρώ και είκοσι λεπτά (7.046.245,64 €), προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. ...Απόφασης

(Απόσπασμα Πρακτικού Νο ...), θέμα (εκτός ημερήσιας διάταξης) ..., της Οικονομικής Επιτροπής της ...(ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 09.09.2020 Πρακτικού Ι της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ήδη παρεμβαίνουσας και ανέδειξε αυτήν προσωρινή μειοδότητρια του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα εταιρεία θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στην εσφαλμένη αποδοχή της προσφοράς έτερων προσφερόντων και εν προκειμένω στη ζημία που υφίσταται από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και δη της παρεμβαίνουσας, όπως αυτή ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως η προσφεύγουσα εταιρεία να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, στρεφόμενη κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ...Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 19 «Οικονομικοί φορείς» (άρθρο 19 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 73 «Λόγοι αποκλεισμού» (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 76 «Κριτήρια επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου», το άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 79 «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης» (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις της διακήρυξης, όπως τις επικαλούνται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα.

17.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣτΕ 18/2011, ΣτΕ 19/2011, ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 1616/2008, ΕΑ ΣτΕ 254/2008 κλπ).

18.Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005

Τμήμα VI). Ομοίως, 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, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007).

19. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 8-16 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «II.

ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ/ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ», «...», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανέδειξε αυτήν προσωρινή μειοδότηρια του διαγωνισμού, καθώς η προσφορά της δεν πληρούσε τις απαιτήσεις των άρθρων ...της διακήρυξης και εσφαλμένα και κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων, προσμετρήθηκε για την κάλυψη των τεθέντων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των εν λόγω διατάξεων, η επικαλούμενη από την παρεμβαίνουσα, στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα. Επί του ανωτέρω, πρώτου λόγου προσφυγής, όπως αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου ...Απόψεων της, σχετικά με την κρίνόμενη προσφυγή, αφού πρώτα παραθέτει το ιστορικό της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, υποστηρίζει υπό «Β ΛΟΓΟΙ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», τα ακόλουθα: «[...]. Με την υπό κρίση προσφυγή η προσφεύγουσα ζητεί την ακύρωση της παραπάνω απόφασης για τους δύο παρακάτω λόγους.

1) Επειδή η προσωρινή ανάδοχος ακόμη και με την επίκληση της δάνειας εμπειρίας που επικαλείται, δεν πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας, οικονομικής και τεχνικής επάρκειας με βάση την διακήρυξη του διαγωνισμού.

Στην διακήρυξη αναφορικά με τα κριτήρια επιλογής αναφέρεται:

“Κριτήρια επιλογής (... – ...)

.... Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) (υπό το πρίσμα της μεταβατικής περιόδου για την εφαρμογή του νέου ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. σύμφωνα με το Π.Δ. 71/2019 (ΦΕΚ 112/Α/03-07-2019)) στην κατηγορία/-ies έργου του άρθρου 21 της παρούσας. Οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι

σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.

.... Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ (υπό το πρίσμα της μεταβατικής περιόδου για την εφαρμογή του νέου ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. σύμφωνα με το Π.Δ. 71/2019 (ΦΕΚ 112/Α/03-07-2019)), δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει, προσκομίζοντας τα σχετικά δικαιολογητικά.

.... Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα απαιτείται οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα και δραστηριοποιούνται σε έργα κατηγοριών ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ κατά την υποβολή της προσφοράς, θα πρέπει να διαθέτουν κατ' ελάχιστη στελέχωση: στην κατηγορία για έργα ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ τουλάχιστον ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Δ' βαθμίδας και ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Γ' ή ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Δ' βαθμίδας και ... (...) Μ.Ε.Κ. Γ' βαθμίδας ή ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Δ' βαθμίδας και ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. ... βαθμίδας και ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Β' βαθμίδας ή ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Δ' βαθμίδας και ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Γ' βαθμίδας και ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Β' βαθμίδας. Στην περίπτωση που ο προσφέρων αποτελεί ένωση οικονομικών φορέων που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα, ισχύουν τα προβλεπόμενα στην παρ 3β του άρθρου 76 του Ν4412/2016. Για τους αλλοδαπούς προσφέροντες, απαιτείται κατ' ελάχιστον να πληρούνται οι προϋποθέσεις κατά αντιστοιχία με τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους.

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. 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 σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη. 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 υπεύθυνοι 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 εκτέλεση των όλων εργασιών γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.”

Επιπλέον αναφορικά με τα δικαιολογητικά απόδειξης αναφέρεται:

“23.4 Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου ... (α) Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ (υπό το πρίσμα της μεταβατικής περιόδου για την εφαρμογή του νέου ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. σύμφωνα με το Π.Δ. 71/2019 (ΦΕΚ 112/Α/03-07-2019)) στην κατηγορία 5ης τάξης και άνω* για έργα κατηγορίας ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ”

Αναφορικά με την νομιμότητα της δάνειας εμπειρίας, η επιτροπή διαγωνισμού απέστειλε σχετικά έγγραφα στο ΥΜΕ, με βάση τα οποία διαμόρφωσε την εισήγηση της.

Με την προσφυγή διατυπώνεται η κρίση ότι η άθροιση εμπειρίας μέσω του δανεισμού για την κάλυψη των κριτηρίων οικονομικής και τεχνικής επάρκειας

απαγορεύεται, άποψη που είναι εσφαλμένη, γεγονός που ορίζεται ρητά στην 14 κατευθυντήρια οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ.

Κατά τα λοιπά η αναθέτουσα αρχή με βάση την εισήγηση της ΕΔ, και τα σχετικά απαντητικά έγγραφα θεωρεί ότι η προσωρινή ανάδοχος πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας, και δια του δανεισμού και της τεχνικής ικανότητας και ενέκρινε την εισήγηση της επιτροπής διαγωνισμού. [...]». Ομοίως, η παρεμβαίνουσα, επί του ίδιου ως άνω πρώτου λόγου προσφυγής, όπως αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, με την ασκηθείσα παρέμβασή της υποστηρίζει τα όσα αναφέρονται αναλυτικά υπό «(10) ΛΟΓΟΙ ΕΠΙ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ Η ΠΑΡΕΜΒΑΣΗ.», «1. Επί του πρώτου λόγου προσφυγής», στις σελ. 5-18 της ασκηθείσας παρέμβασης, επικαλούμενη ότι ο πρώτος λόγος προσφυγής είναι απορριπτέος στο σύνολό του ως νόμω και ουσία αβάσιμος, καθώς «[...]. Σε αντίθεση με όσα προδήλως αβασίμως επικαλείται η προσφεύγουσα, η εταιρία μας καθ' όλα νομίμως στηρίχθηκε στις δυνατότητες τρίτου φορέα και, συναφώς, με την σώρευση των δυνατοτήτων αμφοτέρων των οικονομικών φορέων μας καθ' όλα παραδεκτώς και νομίμως (υπερ)καλύφθηκαν οι ελάχιστες απαιτήσεις των όρων ...της διακήρυξης. [...]».

20. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ επί των άρθρων 47 παρ. 2 και 3, και 48 παρ. 3 και 4, της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η οποία καταργήθηκε με την Οδηγία 24/2014/ΕΕ, ωστόσο, υπάρχει αντίστοιχη ρύθμιση με τις παλαιότερες διατάξεις στο άρθρο 63 (όπως αυτό μεταφέρθηκε στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016), αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να μπορεί να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων, θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους και τα μέσα αυτών, τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ. απόφαση της 10^{ης}

Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, ο οποίος δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του κοινοτικού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά (βλ. σχετικά την απόφαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze den Mare (CoNISMa), Συλλογή της Νομολογίας 2009, I-12129, σκέψη 37 και εκεί παραπομπή σε περαιτέρω κοινοτική νομολογία). Περαιτέρω, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στα σημεία 33 και 37 των προτάσεών του, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επεδίωκε η Οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 αυτής (βλ. τη σκέψη 34 της απόφασης της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, καθώς και εκεί περαιτέρω παρατιθέμενη κοινοτική νομολογία) και πλέον στην αιτιολογική σκέψη 2, 59 και 78 κ.α. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το δικαίωμα που κατοχυρώνεται πιο πάνω, λαμβανομένου υπόψη του σημαντικού ρόλου που διαδραματίζει στο πλαίσιο των ενωσιακών ρυθμίσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί γενικό κανόνα τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές, όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της καταλληλότητας του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης σύμβασης. Κατά την έννοια αυτή, θεωρείται δεδομένο ότι στην πραγματικότητα, η προσφυγή κάποιου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου αποτελεί ένα αυτοτελές μέσο απόδειξης της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σχετικά με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των υποψηφίων αναδόχων. Υπό τις συνθήκες αυτές, το γεγονός ότι, κατά το άρθρο 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (63 παρ. 1 της Οδηγίας

2014/24/ΕΕ), ένας οικονομικός φορέας μπορεί «ενδεχομένως» να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά τον τρόπο ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί μόνο κατ' εξαίρεση να στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτων φορέων (απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκέψη 36). Ενόψει των ανωτέρω, οσάκις μια εταιρεία επικαλείται, προκειμένου να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητές της για να γίνει δεκτή σε διαδικασία υποβολής προσφορών, τις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τις οποίες συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, ανεξάρτητα από τη νομική φύση τους, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν της ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ. απόφαση της 2^{ας} Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί περαιτέρω παραπομπή σε κοινοτική νομολογία και απόφαση της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Όπως προκύπτει τόσο από το αντικείμενο όσο και από το γράμμα των εν λόγω διατάξεων, ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να διαθέσει, προς εκτέλεση της συμβάσεως, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες (απόφαση της 1...ης Απριλίου 1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1994, σελ. I-01289, σκέψη 15). Επισημαίνεται συναφώς ότι δεν απαιτείται να είναι σε θέση ο συνάπτων σύμβαση με αναθέτουσα αρχή να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με δικά του μέσα, προκειμένου να μπορεί να χαρακτηριστεί ως εργολήπτης, αλλά ότι αρκεί να παρέχει τις αναγκαίες εγγυήσεις για το ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκπλήρωση της οικείας παροχής από τρίτους (απόφαση της 12^{ης} Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Archtetti delle Province di Milano e Lodi, Συλλογή της Νομολογίας 2001, σελ. I-5409, σκ. 90 και απόφαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa, σκ. 41).

Επομένως, όπως προκύπτει τόσο από τις κοινοτικές ρυθμίσεις όσο και από τη νομολογία του Δικαστηρίου, έχει δικαίωμα υποβολής προσφοράς ή καταθέσεως αιτήσεως συμμετοχής κάθε πρόσωπο ή φορέας που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της συμβάσεως, απευθείας ή μέσω τρίτου (π.χ. μέσω ιδιωτικού συμφωνητικού περί δέσμευσης πόρων ή μέσω υπεργολαβίας), ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος – δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου – που τον διέπει και ανεξαρτήτως του εάν δραστηριοποιείται στην αγορά επί συστηματικής βάσεως ή μόνον ευκαιριακά, ή εάν επιδοτείται από κρατικούς πόρους ή όχι (απόφαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa, σκ. 42). Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της συμβάσεως. Επομένως, είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία αναθέσεως συμβάσεως παροχής υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους υπολογίζει να προσφύγει αν του ανατεθεί η σύμβαση. Πάντως, αυτή η προσφυγή σε αποδεικτικά στοιχεία τρίτων δεν μπορεί να γίνει δεκτή άνευ όρων. Πράγματι, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, να προβεί σε έλεγχο της ικανότητας των παρεχόντων υπηρεσίες, σύμφωνα με τα απαριθμούμενα κριτήρια. Η επαλήθευση αυτή σκοπεύει ιδίως στο να διασφαλίσει την αναθέτουσα αρχή ότι ο υποβάλλων προσφορά πρόκειται όντως να κάνει χρήση των οποιασδήποτε φύσεως μέσων που επικαλείται κατά την καλυπτόμενη από τη σύμβαση χρονική περίοδο (Απόφαση της 12^{ης} Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, σκ. 90-92, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκ. 24-31, πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18^{ης} Δεκεμβρίου 1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1997 I-07549, σκ. 13-14, ΣΤΕ 3306/1991, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 896/2009). Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες

τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί, παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησής των των ικανοτήτων (Απόφαση της 18^{ης} Μαρτίου 2004, C-314/01, Siemens AG Österreich και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή της Νομολογίας 2004 I-02549, ΕΑ ΣΤΕ 284/2013, 409/2013).

21. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί από το ΔΕΕ ότι ένας συμμετέχων οικονομικός φορέας έχει τη δυνατότητα να κάνει χρήση της πολλαπλής ή μερικής επίκλησης των δυνατοτήτων τρίτων, ήτοι είτε της σώρευσης των δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων είτε της μερικής στήριξης σε ορισμένες μόνο από αυτές, για την πλήρωση των κριτηρίων επάρκειας που θέτει η αναθέτουσα αρχή (βλ. Δ. Ράικος, τ. Πρόεδρος ΕΑΑΔΗΣΥ, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, έκδ. β' 2017, σελ. 450, με παραπομπή στην απόφαση ΔΕΕ της 28^{ης} Φεβρουαρίου 2013, C-94/2012, Swm Costruzioni Spa Mannoichi Luigino). Συγκεκριμένα, στη σκέψη 30-34 της απόφαση ΔΕΕ της 28^{ης} Φεβρουαρίου 2013, C-94/2012, Swm Costruzioni Spa Mannoichi Luigino, σχετικά και με τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα N. Jääskinen, αναφέρεται ότι: *«Παρατηρείται συναφώς, όπως επισήμανε και ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 18 των προτάσεών του, ότι η συστηματική χρήση του πληθυντικού αριθμού στις διατάξεις αυτές σημαίνει ότι οι εν λόγω διατάξεις δεν απαγορεύουν, κατ' αρχήν, στους υποψηφίους ή προσφέροντες να προσφεύγουν στις δυνατότητες περισσότερων τρίτων για να αποδείξουν ότι καλύπτουν τα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων. Α fortiori, οι εν λόγω διατάξεις δεν θεσπίζουν κατ' αρχήν απαγόρευση προσφυγής ενός υποψηφίου ή προσφέροντος στις δυνατότητες ενός ή περισσότερων τρίτων, επιπλέον των δικών τους δυνατοτήτων, για την πλήρωση των κριτηρίων που τάσσει η αναθέτουσα αρχή. Η διαπίστωση αυτή επιρρωννύεται από σειρά διατάξεων της οδηγίας 2004/18. Συγκεκριμένα, το άρθρο 48, παράγραφος 2, στοιχείο β', αυτής αφορά την προσφυγή στο τεχνικό προσωπικό ή στις τεχνικές υπηρεσίες, αδιακρίτως, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικείου οικονομικού φορέα είτε όχι, τους οποίους, όμως, ο*

φορέας αυτός θα έχει στη διάθεσή του για την εκτέλεση του έργου. Ομοίως, το σημείο η' της εν λόγω παραγράφου 2 αναφέρεται στα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει η επιχείρηση για την εκτέλεση της συμβάσεως, άνευ οποιουδήποτε περιορισμού ως προς τον αριθμό των φορέων που θα προσφέρουν τα μέσα αυτά. Επίσης, υπό την αυτή έννοια, το άρθρο 4, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής επιτρέπει στις κοινοπραξίες οικονομικών φορέων να μετέχουν σε διαδικασίες αναθέσεως του αντικειμένου δημοσίων συμβάσεων χωρίς να προβλέπει περιορισμό ως προς τη σώρευση των ικανοτήτων, όπως και το άρθρο 25 της εν λόγω οδηγίας προβλέπει σχετικά με την προσφυγή σε υπεργολάβους χωρίς να μνημονεύει σχετικό περιορισμό. Τέλος, το Δικαστήριο έχει ρητώς επισημάνει την ευχέρεια οικονομικού φορέα να διαθέσει, προς εκτέλεση συμβάσεως, μέσα που ανήκουν σε έναν ή περισσότερους άλλους φορείς, ενδεχομένως επιπλέον των δικών του μέσων (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, αποφάσεις της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, *Holst Italia*, Συλλογή 1999, σ. I-8607, σκέψεις 26 και 27, καθώς και της 18ης Μαρτίου 2004, C-314/01, *Siemens και ARGE Telekom*, Συλλογή 2004, σ. I-2549, σκέψη 43). Πρέπει, επομένως, να θεωρηθεί ότι η οδηγία 2004/18 επιτρέπει τη σώρευση των δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων για την πλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή, στο μέτρο που αποδεικνύεται στην αρχή αυτή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τα μέσα αυτών τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως. Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, *CoNISMa*, Συλλογή 2009, σ. I-12129, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Περαιτέρω, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στα σημεία 33 και 37 των προτάσεών του, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως

επιδιώκει η οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32.». Ομοίως, το ΔΕΕ έκρινε στη σκ. 26 της 2^{ας} Ιουνίου 2016, C-27/2015, Pizzo Pizzo, ότι: «Πρέπει, συνεπώς, να γίνει δεκτό ότι η οδηγία 2004/18 επιτρέπει τη σώρευση των δυνατοτήτων πλειόνων οικονομικών φορέων προς εκπλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή, στο μέτρο που αποδεικνύεται στην αρχή αυτή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσοτέρων άλλων φορέων θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τα μέσα αυτών τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως βλ. απόφαση της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 33).».

22. Επειδή, όπως προκύπτει από τα ανωτέρω εκτεθέντα, στην προκειμένη περίπτωση και άλλωστε έχει κριθεί και από την ... (ΑΕΠΠ 480/2018 και 987/2018), η αναθέτουσα αρχή, εφόσον είχε περιλάβει στη διακήρυξη όρο για τη δυνατότητα συμμετοχής οικονομικού φορέα στον εν λόγω διαγωνισμό, στηριζόμενου στις δυνατότητες τρίτου οικονομικού φορέα σε ό,τι αφορά την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου ...και της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου ..., σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο ...της διακήρυξης, όφειλε να εξετάσει κατά πόσο η επίκληση της ικανότητας των τρίτων γίνεται από τον προσφεύγοντα μεμονωμένα ή σωρευτικά. Εν προκειμένω, από το επικαλούμενο από την προσφεύγουσα, την παρεμβαίνουσα και την αναθέτουσα αρχή, κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, παρά το γεγονός ότι προβαίνουν σε διαφορετική ερμηνευτική προσέγγισή του, προκύπτει σύμφωνα με τα οριζόμενα στο «ΚΕΦΑΛΑΙΟ ...» της διακήρυξης ότι: «Η σύμβαση ανατίθεται βάσει του κριτηρίου του άρθρου ...της παρούσας, σε προσφέροντα ο οποίος δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή βάσει της παρ. ... του άρθρου ... της παρούσαςκαι πληροί τα κριτήρια επιλογής των παρ. ..., ..., ... , ... του άρθρου ... της παρούσας», ενώ περαιτέρω στο άρθρο ... με τίτλο «Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης» ορίζεται ότι: «...Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που

δραστηριοποιούνται ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ. και που είναι εγκατεστημένα σε: [...]» (προφανώς εννοείται «...που δραστηριοποιούνται σε έργα κατηγορίας ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ...»), στο άρθρο ... με τίτλο «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής» ορίζεται ότι: «Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. [...]», στις παρ. ...-...με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» ορίζεται αντίστοιχα ότι: «.... **Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας**

Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο ΜητρώοΕργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) (υπό το πρίσμα της μεταβατικής περιόδου για την εφαρμογή του νέου ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. σύμφωνα με το Π.Δ. 71/2019 (ΦΕΚ 112/Α/03-07-2019))στην κατηγορία/-ες έργου του άρθρου ... της παρούσας. Οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.

.... Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ (υπό το πρίσμα της μεταβατικής περιόδου για την εφαρμογή του νέου ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. σύμφωνα με το Π.Δ. 71/2019 (ΦΕΚ 112/Α/03-07-2019)),δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με ταειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει,προσκομίζοντας τα σχετικά δικαιολογητικά.

.... Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα απαιτείται οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα και δραστηριοποιούνται σε έργα κατηγοριών ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣκατά την υποβολή της προσφοράς, θα πρέπει να διαθέτουν κατ' ελάχιστη στελέχωση: στην κατηγορία για έργα ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ τουλάχιστον ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Δ' βαθμίδας και ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Γ' ή ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Δ' βαθμίδας και ... (...) Μ.Ε.Κ. Γ'

βαθμίδας ή ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Δ΄ βαθμίδας και ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Γ΄ βαθμίδας και ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Β΄ βαθμίδας ή ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Δ΄ βαθμίδας και ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Γ΄ βαθμίδας και ... (...) τεχνικών Μ.Ε.Κ. Β΄ βαθμίδας.

Στην περίπτωση που ο προσφέρων αποτελεί ένωση οικονομικών φορέων που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα, ισχύουν τα προβλεπόμενα στην παρ 3β του άρθρου 76 του Ν4412/2016.

Για τους αλλοδαπούς προσφέροντες, απαιτείται κατ' ελάχιστον να πληρούνται οι προϋποθέσεις κατά αντιστοιχία με τους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους.» και στην παρ. ...με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)» ορίζεται ότι: «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.

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 σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη.

Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ 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 υπεύθυνοι⁹² 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 εκτέλεση των όλων εργασιών γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντά, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.» και στην παρ. ...με τίτλο «Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)» ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα ... και ... της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο ... (... έως ...) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο ... (...) της παρούσας.

Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο ... 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 ... της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (άρθρου ... –...). [...]». Συναφώς, στις αντίστοιχες διατάξεις της διακήρυξης, γίνεται ρητή παραπομπή στις υποσημειώσεις 88-90, οι οποίες αναφέρουν ρητά ότι: «88. Επισημαίνεται ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να καλούν συγκεκριμένες τάξεις/ πτυχία του ΜΕΕΠ. Πρβλ. άρθρα 76 παρ. 1, 3 και 4, όπως ισχύουν δυνάμει του άρθρου 119 παρ. 5 περ. α' έως δ' του ν. 4472/2017, σε συνδυασμό με το άρθρο 75 παρ. 2 & 5 του ν. 4412/2016 (πρβ. και άρθρο 80 παρ. 1 του ν. 3669/2008, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 119 παρ. 5 περ. η' του ν. 4472/2017).

89. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική 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. 3 του ν. 4412/2016). Οι

εν λόγω απαιτήσεις καθορίζονται περιγραφικά στο παρόν σημείο, χωρίς παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ. Σε κάθε περίπτωση και μέχρι την κατάργηση των άρθρων 80 έως 110 του ν. 3669/2008 και την έναρξη ισχύος του π.δ. του άρθρου 118 παρ. 20 του ν. 4472/2017, επισημαίνεται ότι, εφόσον η αναθέτουσα αρχή επιλέξει την παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ ως προς τον καθορισμό των απαιτήσεων για τις εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ εργοληπτικές επιχειρήσεις, πρέπει να περιγράψει αναλυτικά τις αντίστοιχες απαιτήσεις και για τις αλλοδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις.

90. 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 βαθμίδες/κατηγορίες του ΜΕΚ. Σε κάθε περίπτωση και μέχρι την κατάργηση των άρθρων 80 έως 110 του ν. 3669/2008 και την έναρξη ισχύος του π.δ. του άρθρου 118 παρ. 20 του ν. 4472/2017, επισημαίνεται ότι, εφόσον η αναθέτουσα αρχή επιλέξει την παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ ή βαθμίδες/κατηγορίες του ΜΕΚ ως προς τον καθορισμό των απαιτήσεων για τις εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ εργοληπτικές επιχειρήσεις (πχ. στελέχωση), πρέπει να περιγράψει αναλυτικά τις αντίστοιχες απαιτήσεις και για τις αλλοδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις.» οι οποίες αποτελούν διατάξεις του πλέον επικαιροποιημένου προτύπου τευχών της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) και ως εκ τούτου, ενόψει των ανωτέρω, σε συνδυασμό και με τα οριζόμενα στα άρθρα 75 και 76 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να καλούν συγκεκριμένες τάξεις/πτυχία του Μ.Ε.Ε.Π. Συνεπώς, με τις προεκτεθείσες νομοθετικές μεταβολές, ο καθορισμός των κριτηρίων επιλογής αποσυνδέθηκε από την εγγραφή και κατάταξη του οικονομικού φορέα σε τάξεις του Μ.Ε.Ε.Π., καθώς πλέον οποιοσδήποτε υποψήφιος πληροί τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, όπως αυτά εξειδικεύονται από την

αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της εκάστοτε υπό ανάθεση σύμβασης, μπορεί πράγματι να συμμετέχει, ανεξάρτητα από την εγγραφή και κατάταξή του σε συγκεκριμένες τάξεις του Μ.Ε.Ε.Π., εφόσον αποδείξει ότι πληροί τις τιθέμενες από την αναθέτουσα αρχή απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Ομοίως, η αναθέτουσα αρχή δύναται να καθορίσει τις σχετικές απαιτήσεις με παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του Μ.Ε.Ε.Π. ή βαθμίδες/κατηγορίες του Μ.Ε.Κ. ως προς τον καθορισμό των ελάχιστων απαιτήσεων για τις εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.Ε.Π. εργοληπτικές επιχειρήσεις (π.χ. ως προς τις απαιτήσεις στελέχωσης, εμπειρίας κλπ), εντούτοις, οφείλει να περιγράψει αναλυτικά τις αντίστοιχες απαιτήσεις ως προς τις αλλοδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις, στο πλαίσιο της τήρησης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης (βλ. σχετικά ΕλΣυν Ε΄ Κλιμάκιο Πράξη 703/2020 και ΕλΣυν VI Τμ. 17/2019). Συνακόλουθα, από τα υποβληθέντα Ε.Ε.Ε.Σ. της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά αρχεία με τίτλο «espd-response-v2(1)..._signed.pdf» και «espd-response-v2(1)..._signed.pdf»), συνάγεται και δεν αμφισβητείται ούτε από την παρεμβαίνουσα, αλλά ούτε και από την αναθέτουσα αρχή ότι η παρεμβαίνουσα εταιρεία, σύμφωνα με τις δηλώσεις που περιλαμβάνει στο υποβληθέν από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ., πληροί αυτοτελώς, όπως άλλωστε και η τρίτη δανείζουσα εμπειρία εταιρεία, το κριτήριο επιλογής του άρθρου ..., το οποίο σχετίζεται με την καταλληλότητα για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, σε συνδυασμό με το άρθρο ... της διακήρυξης, αφού αμφότερες δραστηριοποιούνται στην κατηγορία έργων οδοποιίας. Συγκεκριμένα, στο «Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», υπό «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», στην ερώτηση «Ο ΟΦ είναι εγγεγραμμένος σε Εθνικό Σύστημα (Προ)Επιλογής» η παρεμβαίνουσα δίνει την «Απάντηση: Ναι», αναφέροντας παράλληλα, αναλυτικά τα ακόλουθα: «1)[ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ... ΚΑΙ .../ΓΕΝΙΚΗ ΓΡΑΜΜΑΤΕΙΑ .../ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΜΗΤΡΩΩΝ-ΤΜΗΜΑ Μ.Ε.Ε.Π. & ΜΗ.Ε.ΕΠ.Ι. Ε.,ΒΕΒΑΙΩΣΗ ΜΕΕΠ με αριθμό : ...και με ΗΜ/ΝΙΑ ΛΗΞΗΣ ΙΣΧΥΟΣ ΒΕΒΑΙΩΣΗΣ :31-12-2020(Σύμφωνα με τις διαταξεις της παρ.5 του αρθ. 188 του

ν.4635/2019(Α'167))]] 2). [ΕΝΗΜΕΡΟΤΗΤΑ ΠΤΥΧΙΟΥ ΜΕ ΑΡ. ΠΡΩΤ.:...,Λήξης 17-02-2021 (για συμμετοχή σε δημοπρασίες δημοσίων έργων)] 3) [ΕΠΙΜΕΛΗΤΗΡΙΟ ...-ΤΜΗΜΑ ΜΗΤΡΩΟΥ/Υπηρεσία ΓΕΜΗ με Αρ.Μητρώου: ...]] και ακολούθως, στο πεδίο «Αναφέρετε τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή ή η πιστοποίηση και κατά περίπτωση, την κατάταξη στον επίσημο κατάλογο», δίνει την απάντηση: «Α.ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ για Έκδοση Βεβαίωσης ΜΕΕΠ: 1.ΕΓΓΡΑΦΑ ΝΟΜΙΜΟΠΟΙΗΣΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ, 2.ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ, 3. ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ, 4. ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ, 5.ΧΡΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ, 6.ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ-ΚΥΚΛΟΣ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ, 7.ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΠΑΓΙΩΝ,ΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΜΕΚ ΣΤΕΛΕΧΩΝ [Β)ΚΑΤΑΤΑΞΗ ΜΕΕΠ: ΟΔΟΠΟΙΪΑ ...Ης-ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ...Ης- ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ...Ης-ΛΙΜΕΝΙΚΑ ...Ης-ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ ...Ης- ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ ...Ης-ΕΡΓΑ ΑΠΟΚΑΛΥΨΕΩΣ ΜΕΤΑΛΕΙΩΝ ...Ης-ΕΡΓΑ ΓΕΩΤΡΗΣΕΩΝ ...Ης-ΕΡΓΑ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ & ΥΓΡΩΝ, ΣΤΕΡΕΩΝ& ΑΕΡΙΩΝ ...).Δικαιολογητικά για την Έκδοση Ενημερότητας πτυχίου :ΦΕΚ Καταστατικού και Τροποποιήσεων,Πρακτικό Γενικής Συνέλευσης για εκλογή Δ.Σ.-ΓΕΜΗ Εκπροσώπησης, Πρακτικό Δ.Σ. για εκπροσώπηση και δέσμευση, Πιστοποιητικά μη πτώχευσης και αναγκαστικής διαχείρισης, Πιστοποιητικά περί μη λύσης της και θέσης της σε εκκαθάριση, Πιστοποιητικά μη πειθαρχικών ποινών σε βάρος της ή σε βάρος των στελεχών της για βαρύ επαγγελματικό παράπτωμα, Αντίγραφα Ποινικού Μητρώου Προέδρου & Διευθύνων Σύμβουλου και Αντιπροέδρων, Βεβαίωση εξόφλησης εισφορών σε Εργοληπτική Οργάνωση, Ονομαστικοποίηση Μετοχών, Βεβαιώσεις ανεκτέλεστου, Φορολογικές και Ασφαλιστικές ενημερότητες εταιρείας-κοινοπραξιών και έργων, Ασφαλιστικές ενημερότητες ΤΣΜΕΔΕ Στελεχών.», συμπληρώνοντας ότι: «Η εγγραφή ή η πιστοποίηση καλύπτει όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής; Ναι». Ωστόσο, για την κάλυψη του συνόλου των απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ήτοι τόσο των κριτηρίων καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας της παρ.

..., όσο και για την κάλυψη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παρ. ..., αλλά και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παρ. ... Ης της διακήρυξης, δηλώνει υπό «Γ: Πληροφορίες σχετική με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων», ότι θα στηριχθεί στις ικανότητες της εταιρείας με την επωνυμία «...», για την οποία υποβλήθηκε το σχετικό Ε.Ε.Ε.Σ. Το ανωτέρω συμπέρασμα επιβεβαιώνεται άλλωστε και από τα δηλωθέντα στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. του τρίτου ως άνω φορέα, στις ικανότητες του οποίου προτίθεται να στηριχθεί εξ ολοκλήρου η παρεμβαίνουσα, καθώς, στο «Μέρος ...: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», δίνεται η ακόλουθη απάντηση: «Βάσει του από 01/09/2020 Ιδιωτικού συμφωνητικού η εταιρεία ως τρίτος οικονομικός φορέας «... Α» σύμφωνα με το άρθρο ... Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία) της διακήρυξης θα θέσει στην διάθεση της εταιρείας «...» που θα συμμετέχει στον διαγωνισμό όλους τους αναγκαίους πόρους που απαιτούνται βάσει της διακήρυξης για την απόδειξη εκπλήρωσης έναντι της Αναθέτουσας Αρχής που είναι η ...των κριτήριων επιλογής των άρθρων ...-... Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας (άρθρο ...), Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (άρθρο ...) και Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (άρθρο ...) της διακήρυξης οι οποίοι πόροι θα παραμείνουν στη διάθεση της εταιρείας «...» κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης. Η εταιρεία ... δεσμεύεται και δηλώνει ότι για τους πόρους και τις ικανότητες που αναφέρονται στο συμφωνητικό θα παραμείνει από κοινού και εις ολόκληρο υπεύθυνη με την εταιρεία «...» για την εκτέλεση της σύμβασης, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Ως τρίτος οικονομικός φορέας «...» σύμφωνα με το άρθρο Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία) της διακήρυξης θα θέσει στην διάθεση της εταιρείας «...» όλους τους αναγκαίους πόρους που απαιτούνται βάσει της διακήρυξης. (ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΑΡΚΕΙΑ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ)». Αντίστοιχα, σε άλλα σημεία του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ., η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία δηλώνει ότι είναι εγγεγραμμένη σε σύστημα προεπιλογής, ως ακολούθως: «ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ... ΚΑΙ ... ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΜΗΤΡΩΩΝ (Δ24) ΤΜΗΜΑ Μ.Ε.Ε.Π. & ΜΗ.Ε.ΕΠ.Ι.Ε.ΒΕΒΑΙΩΣΗ

ΜΕΕΠ με αριθμό: ... και Αρ.Πρωτ.: ...Ημ/νια Λήξης Ισχύος Βεβαίωσης : 20/07/2021» και ότι αυτό προκύπτει από τα ακόλουθα δικαιολογητικά, στα οποία βασίζεται η εγγραφή της στον εν λόγω κατάλογο: «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ: 1.ΕΓΓΡΑΦΑ ΝΟΜΙΜΟΠΟΙΗΣΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ, 2. ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑΣ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ, 3.ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ, 4.ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ, 5.ΧΡΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ, 6. ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ-ΚΥΚΛΟΣ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ, 7. ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΠΑΓΙΩΝ 8.ΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΜΕΚ ΣΤΕΛΕΧΩΝ ... ΚΑΤΑΤΑΞΗ ΜΕΕΠ: ΟΔΟΠΟΙΪΑ ...^{Ης} - ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ...^{Ης} – ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ ...^{Ης} -ΛΙΜΕΝΙΚΑ ... – ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ ...^{Ης} – ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ ...^{Ης} Η εγγραφή ή η πιστοποίηση καλύπτει όλα τα απαιτούμενα κριτήρια Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) / Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ)», απαντώντας στην ερώτηση: «Η εγγραφή ή η πιστοποίηση καλύπτει όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής; Όχι». Ενόψει όλων αυτών, προκύπτει ευχερώς ότι κατ' αρχήν αμφότερες οι εταιρείες, ήτοι η παρεμβαίνουσα και η δανείζουσα αυτήν εμπειρία, καλύπτουν αυτοτελώς έκαστη εξ αυτών το τεθέν από τη διακήρυξη κριτήριο καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί από την ...Π.Π. (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 608/2020 και 738/2020), η στήριξη του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και δη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, όπως πράγματι συμβαίνει εν προκειμένω, δεν ταυτίζεται εννοιολογικά με τις προϋποθέσεις και τους όρους συμμετοχής εκάστου υποψηφίου, υπό την έννοια των κριτηρίων καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, όπως αποτυπώνονται στο άρθρο ... και στο άρθρο ... της διακήρυξης. Ειδικότερα, είναι σαφής η διάκριση, στην οποία προβαίνει ο ίδιος ο Ν. 4412/2016 (βλ. τον συνδυασμό των άρθρων 75 παρ. 1, 2, 3 και 4, 76 και 78 παρ. 1) και αντίστοιχα και η διακήρυξη της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια κατά το άρθρο ... και τεχνική και επαγγελματική ικανότητα κατά το

άρθρο ...της διακήρυξης), για την κάλυψη των οποίων πράγματι προβλέπεται ρητά η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων (κατά το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου ...της διακήρυξης) και των κριτηρίων καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας εκάστου υποψηφίου οικονομικού φορέα, για την κάλυψη των οποίων, βάσει του συνδυασμού των άρθρων ... και ... της διακήρυξης, ρητά απαιτείται να συντρέχουν συγκεκριμένες προϋποθέσεις αυτοτελώς στο πρόσωπο του ίδιου του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, ήτοι η εγγραφή στο Μ.Ε.Ε.Π. ή στο ΜΗ.Ε.Δ.Δ.Ε. για την κατηγορία έργων οδοποιίας, χωρίς να αναγνωρίζεται για αυτές, η δυνατότητα επίκλησης δάνειας εμπειρίας τρίτου φορέα. Υπό αυτή την έννοια, είναι απολύτως σύνηθες και ορθή η κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου καταλληλότητας εκ μέρους της παρεμβαίνουσας αυτοτελώς, καθώς σε κάθε περίπτωση δεν θα μπορούσε να στηριχθεί για την κάλυψή του στις ικανότητες τρίτου φορέα. Σε συνέχεια των ανωτέρω αναφορών, επί του ζητήματος της κάλυψης των τιθέμενων εκ της διακήρυξης, κριτηρίων ποιοτικής επιλογής εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, εκφράστηκαν επιφυλάξεις και από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, κατά το έλεγχο των Δικαιολογητικών Συμμετοχής των υποψηφίων, όπως αποτυπώθηκε στο από 09.09.2020 Πρακτικό Ι της Επιτροπής του Διαγωνισμού, όπου χαρακτηριστικά αναφέρεται ότι: «[...]. **Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών η Ε.Δ. διαπίστωσε ότι:**

Ο οικονομικός φορέας με τη χαμηλότερη οικονομική προσφορά, (με α/α ΕΣΗΔΗΣ ...) διαθέτει 3 ΜΕΚ Δ' & 1 ΜΕΚ Γ' ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ. Προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής της διακήρυξης, στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου (σύμφωνα με το άρθ. ...) που διαθέτει 1 ΜΕΚ Δ' ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ αλλά δεν διαθέτει αυτοτελώς την καλούμενη από τη διακήρυξη, τάξη 5.» και ακολούθως, υπό «**(5) Θέματα που απασχόλησαν την επιτροπή διαγωνισμού**», όπου επισημάνθηκε ότι: «

- Μετά την πρώτη συνεδρίαση της Ε.Δ. υποβλήθηκαν υπομνήματα από τους οικονομικούς φορείς ... και ..., με οποία μας γνωστοποιούσαν τις απόψεις τους σχετικά με την ΔΑΝΕΙΑ ΕΜΠΕΙΡΙΑ σε σχέση με τον εν λόγω διαγωνισμό.

- **Σχετικά με τη δυνατότητα χρήσης Δάνειας εμπειρίας** που επικαλείται ο οικονομικός φορέας με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ: ... (με δ.τ. ...) η ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ με το από 14-10-2020 έγγραφό της υποβάλλει ερώτημα προς τη Δ/ση Νομοθετικού Συντονισμού του Υπουργείου ... και ...και στο ΕΑΑΔΗΣΥ, προκειμένου να διευκρινιστεί αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας που δεν διαθέτει αυτοτελώς την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, μπορεί να επικαλείται την εμπειρία τρίτου, που ομοίως δεν καλύπτει αυτοτελώς τις απαιτήσεις της διακήρυξης.

Στο από 26-10-2020/Α.Π.79015 έγγραφο του Υπουργείου ...και ... (διαβιβάστηκε μέσω ΙΡΙΔΑΣ και με FAX την 1-12-2020) , δεν δόθηκε σαφή απάντηση στο ερώτημα της Ε.Δ., αλλά γίνεται αναφορά μόνο στους όρους της διακήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού. Ωστόσο η διακήρυξη δημόσιου έργου η οποία δεν έχει προσβληθεί (άρθρο 361 Ν. 4412/2016) από οιονδήποτε, έχει τεκμήριο νομιμότητας, ενώ η ΕΑΑΔΗΣΥ δεν απάντησε. [...]».

23. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, όπως άλλωστε τονίζει και η ίδια η προσφεύγουσα με το υποβληθέν αυτής υπόμνημα, δεν αμφισβητείται εκ μέρους της, η πλήρωση του κριτηρίου καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, καθώς είναι σαφές ότι αμφότερες η παρεμβαίνουσα και η τρίτη εταιρεία, στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται, πράγματι δραστηριοποιούνται στην κατηγορία έργων οδοποιίας, όπως απαιτεί το άρθρο ... της διακήρυξης (κατά παραπομπή και από την παρ. ...), ανεξαρτήτως τάξης πτυχίου, ήτοι την απαίτηση της εγγραφής στην κατηγορία των Έργων Οδοποιίας του Μ.Ε.Ε.Π. Αντιθέτως, οι προβαλλόμενες εκ μέρους της προσφεύγουσας αιτιάσεις, αφορούν τη μη κάλυψη εκ μέρους της παρεμβαίνουσας εταιρείας των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (ex αυτού του λόγου προφανώς, συμμετέχει άλλωστε κάνοντας χρήση των ικανοτήτων άλλων φορέων), και αντίστοιχα, τη μη κάλυψη των αντίστοιχων κριτηρίων, εκ μέρους της τρίτης δανείζουσας εμπειρία, εταιρείας, οπότε σε κάθε περίπτωση, η ίδια δεν ήταν σε θέση να δανείσει την ικανότητα που η ίδια δεν διέθετε αυτοτελώς στην παρεμβαίνουσα, βάσει των ρητών όρων της διακήρυξης (βλ. ειδικά το

δεύτερο εδάφιο της παρ. ...της διακήρυξης). Κατόπιν των ως άνω γενόμενων παραδοχών, δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία ότι για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής του άρθρου ... της διακήρυξης και δη την κάλυψη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου ... και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου ..., η προσφεύγουσα προσφεύγει στην επίκληση των ικανοτήτων τρίτου φορέα και συγκεκριμένα του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», με τη μορφή της δάνειας εμπειρίας του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 (και του άρθρου ...της διακήρυξης) και συνεπώς, υπό την έννοια αυτή, η νομιμότητά της οφείλει να κριθεί αποκλειστικά με γνώμονα τα κριτήρια που θέτει η εξεταζόμενη διάταξη. Προσέτι, σαφής και απολύτως ορθή δικαιοπολιτικά με βάση τα οριζόμενα στις επίμαχες διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης παραμένει και η διάκριση που έγινε ανωτέρω, με τη σαφή επισήμανση ότι η προσφορά της προσφεύγουσας, όπως έχει διατυπωθεί, σύμφωνα με τα ανωτέρω, καλύπτει μεν τα κριτήρια των άρθρων ... και ...της διακήρυξης μέσω του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, αλλά για τις απαιτήσεις που απορρέουν από τα άρθρα ... και ... της διακήρυξης ελέγχεται και διαπιστώνεται για την παρεμβαίνουσα αυτοτελώς στο πρόσωπό της, η κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου καταλληλότητας. Η ανωτέρω παραδοχή άλλωστε, είναι προφανής και για τον λόγο ότι σε κάθε περίπτωση, το θεσμικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων και δη το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, όπως μεταφέρθηκε στο κείμενο της διακήρυξης με το άρθρο ...αυτής, δεν προβλέπει τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα για την πλήρωση των κριτηρίων καταλληλότητας που σχετίζονται με την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, αφού κατά τη ρητή διατύπωση της παρ. 1, ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας επιφυλάσσεται μόνο για τις περιπτώσεις της παρ. 3 και 4 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, οι οποίες όμως αφορούν την οικονομική χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική καταλληλότητα αντίστοιχα. Ασχετως του γεγονότος, ότι εν τέλει βάσει του άρθρου ...της διακήρυξης, απαιτείται να καλύπτονται τα ίδια εχέγγυα εκτέλεσης του εν λόγω έργου, ήτοι η δυνατότητα εκτέλεσης έργων οδοποιίας, τα οποία σαφώς και απολύτως σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και της

διακήρυξης, καλύπτονται από τον προσφεύγοντα, αθροιστικά με τη στήριξη του στις ικανότητες του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...». Συνεπώς, ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στις προηγούμενες σκέψεις και από το σύνολο των φερόμενων προς κρίση αποδεικτικών στοιχείων, προκύπτει ότι με βάση το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τον θεσμό της δάνειας εμπειρίας, αρκεί, αλλά και απαιτείται να αποδείξει ο συμμετέχων σε διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα, ότι θα έχει στη διάθεσή της, τα μέσα του «τρίτου» για να εκτελέσει τη σύμβαση σε περίπτωση που της ανατεθεί, ενώ είναι επαρκής η απόδειξη μέσω οποιασδήποτε έγγραφης δέσμευσης του τρίτου. Τέλος, αναγνωρίζεται ρητά η δυνατότητα πολλαπλής ή μερική επίκλησης των δυνατοτήτων τρίτων, ήτοι της σώρευσης δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων είτε της μερικής στήριξης σε ορισμένες μόνο από αυτές για την πλήρωση των απαιτούμενων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής υπό ... της διακήρυξης. Σύμφωνα λοιπόν, με τις δηλώσεις που περιλαμβάνονται στα υποβληθέντα Ε.Ε.Ε.Σ. της παρεμβαίνουσας και της εταιρείας «... ...», αλλά και το περιεχόμενο του από 01.09.2020 μεταξύ τους ιδιωτικού συμφωνητικού, προκύπτει ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, για την κάλυψη αθροιστικά εκ μέρους της παρεμβαίνουσας και της τρίτης δανείζουσας εμπειρία, εταιρείας, των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Εξ ορισμού, η αντίθετη ερμηνεία, στην οποία προβαίνει η προσφεύγουσα, αναφορικά με την εικαζόμενη κατ' αυτήν, απαίτηση της διακήρυξης, να πληρούνται οι όροι μεμονωμένα από τον συμμετέχοντα υποψήφιο ή από τον τρίτο στις ικανότητες του οποίου θα στηριχθεί αυτός, οδηγεί σε *de facto* αποκλεισμό της δυνατότητας στήριξης στις ικανότητες τρίτου, σωρευτικά, ενώ είναι προφανές ότι η πλήρωση του συνόλου των κριτηρίων επιλογής από τον συμμετέχοντα, θα καθιστούσε περιττή τη χρήση της δάνειας εμπειρίας για την πλήρωσή τους. Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ.Ζαράρη *«Εξάλλου, δεν είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο διάταξη η οποία δεν απαγορεύει πλήρως την επίκληση των δυνατοτήτων τρίτων επιχειρήσεων για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, αλλά επιβάλλει παρά ταύτα ποσοτικό*

περιορισμό μη προβλεπόμενο από το δίκαιο της Ένωσης όσον αφορά την επιλογή αυτή (Υπόθεση C-92/12 Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα). Επιπροσθέτως, το Δικαστήριο έχει ρητώς επισημάνει την ευχέρεια οικονομικού φορέα να διαθέσει, προς εκτέλεση συμβάσεως, μέσα που ανήκουν σε έναν ή περισσότερους άλλους φορείς, ενδεχομένως πέραν των δικών του μέσων (απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, σκέψεις 30 και 32). Ένας τέτοιος περιορισμός όμως δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι συνάγεται από τη διατύπωση των διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης και θα μπορούσε να συντρέξει, μόνο υπό συγκεκριμένες και αυστηρά εφαρμοζόμενες προϋποθέσεις, με την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας και για λόγους συνδεόμενους με το αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης. Κατά συνέπεια, ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής, αυτός κρίνεται απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

24. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 16-27 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «II. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ/ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ», «II.B», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανέδειξε αυτήν προσωρινή μειοδότηρια του διαγωνισμού, καθώς η προσφορά της αφενός έχει υποστεί κύρωση στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, η οποία σχετίζεται με σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης (... [στ] διακήρυξης) και ως εκ τούτου συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ενώ έχει υποβάλλει ψευδή δήλωση στα πλαίσια του παρόντος διαγωνισμού (... [ζ] διακήρυξης), η οποία επίσης συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της. Επί του ανωτέρω, δεύτερου λόγου

προσφυγής, όπως αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, η αναθέτουσα αρχή, με τις προαναφερθείσες απόψεις της, ισχυρίζεται ότι: «[...].

2) Επειδή η προσωρινή ανάδοχος έχει υποστεί κύρωση στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης η οποία σχετίζεται με σοβαρή πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης σύμβασης (... (στ) διακήρυξης και ως εκ τούτου υπέπεσε σε ψευδή δήλωση στα πλαίσια του παρόντος διαγωνισμού (... (ζ) Διακήρυξης).

Τόσο η Αναθέτουσα Αρχή όσο και η επιτροπή διαγωνισμού δεν είχε στην διάθεσή της στοιχεία για την αναφερόμενη από την προσφεύγουσα εταιρεία απόφαση βάση της οποίας η προσωρινή ανάδοχος κηρύχθηκε έκπτωτη καθώς και στοιχεία για το εάν η απόφαση αυτή έχει καταστεί τελεσίδικη και αμετάκλητη.

Συμπερασματικά με βάση τα παραπάνω θεωρούμε ότι δεν έχει παραβιαστεί κανόνας του εθνικού ή ενωσιακού δικαίου και η σχετική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί. [...].». Ομοίως, η παρεμβαίνουσα, επί του ίδιου ως άνω δεύτερου λόγου προσφυγής, όπως αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, με την ασκηθείσα παρέμβασή της υποστηρίζει τα όσα αναφέρονται αναλυτικά υπό «(10) ΛΟΓΟΙ ΕΠΙ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ Η ΠΑΡΕΜΒΑΣΗ.», «1. Επί του δεύτερου λόγου της επίδικης προδικαστικής προσφυγής», στις σελ. 19-23 της ασκηθείσας παρέμβασης, επικαλούμενη ότι ο δεύτερος λόγος προσφυγής είναι απορριπτέος στο σύνολό του ως νόμω και ουσία αβάσιμος, για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρει στις οικείες σελίδες της παρέμβασής της.

25. Επειδή, με βάση τα υποστηριζόμενα από τους εμπλεκόμενους φορείς και την αναθέτουσα αρχή και μετά από συνολική επισκόπηση των φερόμενων προς κρίση στοιχείων, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δυνάμει των επικαλούμενων από αυτήν διατάξεων του νόμου και της διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα δεν συμπλήρωσε ως όφειλε, ορθά και με βάση της αρχές της αλήθειας και της ακρίβειας το υποβληθέν από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. συνημμένο στην προσφορά της ηλεκτρονικό αρχείο με τίτλο «espd-response-v2(1)..._signed.pdf»). Ειδικότερα, στο «Μέρος III: Λόγοι αποκλεισμού», υπό «Γ: Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή

επαγγελματικό παράπτωμα», στην ερώτηση **«Πρώρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις**

Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρώρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση;», έδωσε την **«Απάντηση: Όχι»**, παρά το γεγονός ότι συνέτρεχαν στο πρόσωπό της κυρώσεις από τη συμμετοχή της σε προηγούμενες διαγωνιστικές διαδικασίες και δη, εκπτώσεις της, λόγω πλημμελούς εκτέλεσης των αναληφθεισών εκ μέρους της, συμβάσεων, κατά παράβαση των οριζόμενων στην παρ. ..., στο άρθρο ... περίπτωση στ) της διακήρυξης και στο πανομοιότυπης διατύπωσης, άρθρο 73 παρ. 4 περίπτωση στ) του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με το άρθρο ...της διακήρυξης. Συναφώς, επισημαίνεται ότι, όπως συνάγεται από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, οι λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, συνιστούν κατ' αρχήν δυνητικούς λόγους αποκλεισμού ενός υποψήφιου οικονομικού φορέα, υπό την έννοια ότι εισάγουν διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, είτε να επιλέξει να τους συμπεριλάβει στο κείμενο της διακήρυξης είτε όχι. Ο δυνητικός χαρακτήρας τους δεν συνίσταται στο ότι, εφόσον διαπιστωθεί η συνδρομή τους στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια είτε να απορρίψει την προσφορά του είτε όχι, αλλά στο ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιλέξει κατά την κρίση της να τους συμπεριλάβει στα έγγραφα της σύμβασης. Εφόσον όμως, η αναθέτουσα αρχή προβεί σε μία τέτοια ενέργεια, ο λόγος αποκλεισμού καθίσταται υποχρεωτικός για την αναθέτουσα αρχή και ως εκ τούτου, η τελευταία, οφείλει σε κάθε περίπτωση να εξετάσει τη συνδρομή ή μη των προϋποθέσεων εφαρμογής του, ενώ υποχρεούται να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει ο συγκεκριμένος λόγος αποκλεισμού κατόπιν κρίσης τυχόν μη επάρκειας των εκ μέρους του δηλωθέντων επανορθωτικών μέτρων. Επομένως, οι οικονομικοί φορείς δέον είναι να προβαίνουν στη σχετική δήλωση η οποία όχι μόνο δεν επιφέρει τον αυτόματο αποκλεισμό τους αλλά

τους παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσουν ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τους λόγους για τους οποίους δεν διακυβεύεται σε περίπτωση εκ μέρους τους ανάληψης της σύμβασης, η ορθή εκτέλεσης της (βλ. ΑΕΠΠ 263/2020, 776/2018). Συναφώς, στην Κατευθυντήρια Οδηγία 20 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) (Απόφαση 42/30.05.2017, με θέμα «Λόγοι αποκλεισμού από τη συμμετοχή στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων»), αναφέρεται χαρακτηριστικά στο κεφάλαιο που αφορά του δυνητικούς λόγους αποκλεισμού της προσφοράς ενός οικονομικού φορέα, υπό «Δυνητικοί λόγοι αποκλεισμού: Σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης, με αποτέλεσμα πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις (άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ´)» (σελ. 17 και επ.), ότι: *«Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, επίσης, να αποκλείει από τη συμμετοχή οικονομικό φορέα, εάν αυτός έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις.*

Πρόκειται για έναν νέο δυνητικό λόγο αποκλεισμού, ο οποίος δεν προβλεπόταν ρητώς στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (Οδηγία 2004/18/EK και π.δ. 60/2007), ωστόσο καλυπτόταν υπό την ευρύτερη έννοια του “σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος του οικονομικού φορέα σε σχέση με την επαγγελματική του ιδιότητα”, όπως προβλεπόταν στο άρθρο 43 παρ. 2 περ. δ' του π.δ. 60/200752.

Ο υπό κρίση λόγος αποκλεισμού συνδέεται με προβλήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση προηγούμενων συμβάσεων, προβλέποντας ότι ο αποκλεισμός από τη συμμετοχή μπορεί να οφείλεται σε προηγούμενες πλημμέλειες είτε “επαναλαμβανόμενες” είτε “σοβαρές”, διότι, λ.χ., λαμβάνουν χώρα εκ προθέσεως/ενέχουν δόλια συμπεριφορά ή εξαιτίας των επιπτώσεών τους.». Σε κάθε περίπτωση η σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια ρητά συνδέεται με ζητήματα συμβατικής συμπεριφοράς κατά την εκτέλεση

προηγούμενων συμβάσεων, προβλέποντας ότι ο αποκλεισμός από τη συμμετοχή οφείλεται σε προηγούμενες πλημμέλειες είτε «επαναλαμβανόμενες» ή «σοβαρές» κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης αυτών (βλ. και ΑΕΠΠ 846/2018). Εν προκειμένω, όπως προέκυψε από το ιστορικό της φερόμενης προς κρίση υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του άρθρου ... της διακήρυξης, επέλεξε να καταστήσει υποχρεωτικούς τους λόγους αποκλεισμού που περιλαμβάνονται στον επίμαχο όρο και ως εκ τούτου, κατέστη υποχρεωτικός ο αποκλεισμός υποψηφίου, ο οποίος σύμφωνα με την περίπτωση (στ) της ανωτέρω παραγράφου, έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Την ίδια συνέπεια, ήτοι τον αποκλεισμό του υποψηφίου επιφέρει και η πλήρης παράλειψη της δήλωσης στο υποβληθέν Ε.Ε.Ε.Σ. εκ μέρους του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, σχετικά με το αν έχει ή όχι διαπράξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια που οδήγησε σε κήρυξή του ως έκπτωτου, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα. Σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, πράγματι και το υποβαλλόμενο από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, Ε.Ε.Ε.Σ., πρέπει να συμπληρώνεται σύμφωνα με τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη στοιχεία και να περιλαμβάνει όλες τις απαραίτητες πληροφορίες, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής ενός εκάστου υποψηφίου, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να ασκήσει την κατά νόμον αρμοδιότητά της και να είναι σε θέση, κρίνοντας επί τη βάσει της ακρίβειας και της αλήθειας των παρεχόμενων πληροφοριών, την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και τη μη συνδρομή στο πρόσωπο των συμμετεχόντων των προβλεπόμενων από τη διακήρυξη λόγων αποκλεισμού. Εξάλλου, τονίζεται ότι από τον συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 73 και δη της παρ. 4 εν προκειμένω, (δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή, προέβλεψε ως υποχρεωτικό τον αποκλεισμό υποψηφίου, βάσει του άρθρου ..., στοιχείο (...) της διακήρυξης) και του άρθρου 79, η πλημμελής συμπλήρωση και

υποβολή του Ε.Ε.Ε.Σ., σε πεδία στα οποία ζητείται από τα έγγραφα της σύμβασης η συμπλήρωση δια της παροχής πληροφοριών που έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, συνιστά αυτοτελή λόγο απόρριψης της προσφοράς ενός υποψήφιου οικονομικού φορέα και ως εκ τούτου, είναι σαφές ότι ένας προσφέρων, καίτοι συμμετέχει σε έναν δημόσιο διαγωνισμό, υποβάλλοντας κατά τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη, το Ε.Ε.Ε.Σ., δεν μπορεί να δηλώνει, ανακριβή ή αναληθή στοιχεία στο κείμενό του ή να παραλείπει τη συμπλήρωση των απαιτούμενων από τη διακήρυξη πεδίων, καθώς η αλήθεια και η νομιμότητα συμπλήρωσής του ελέγχεται και κρίνεται αυτοτελώς. Το αυτό άλλωστε προκύπτει και από τις επίμαχες διατάξεις της διακήρυξης. Όπως άλλωστε έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 204/2019), οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται να υποβάλουν συμπληρωμένο το Ε.Ε.Ε.Σ., το οποίο αποτελεί ουσιώδες δικαιολογητικό συμμετοχής στον διαγωνισμό, επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο οικονομικός φορέας που το έχει υποβάλει πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που καθορίζονται από τη διακήρυξη και δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι κατά περίπτωση προβλεπόμενοι λόγοι αποκλεισμού. Ειδικότερα, οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να παράσχουν όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, δηλώνοντας τα σχετικά πραγματικά γεγονότα και στοιχεία που εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει εν τέλει, αν συντρέχει ή όχι λόγος αποκλεισμού τους από την τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία (ΕΑ ΣτΕ 40/2019). Η υποχρέωση αυτή υφίσταται τόσο κατά τον χρόνο συμπλήρωσης και υποβολής του Ε.Ε.Ε.Σ., όσο και μεταγενεστέρως, στην περίπτωση μεταβολών επί των δηλωθέντων στο Ε.Ε.Ε.Σ. στοιχείων – οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες ο οικονομικός φορέας έλαβε γνώση ότι επήλθαν – κατά τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού μέχρι και την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και για τις οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις της διακήρυξης, σε συνδυασμό και με τη διάταξη του άρθρου 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (κατά την οποία η συνδρομή ή μη λόγων αποκλεισμού κρίνεται και κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης), οφείλει να ενημερώσει την αναθέτουσα αρχή εγκαίρως και προσηκόντως. Η παράβαση

της υποχρέωσης αυτής εκ μέρους του οικονομικού φορέα επάγεται αυτοδικαίως την απόρριψη της προσφοράς του. Εξάλλου, η υποχρέωση προσκόμισης των δικαιολογητικών και αποδεικτικών εγγράφων παραμένει μεν, πλην μετατίθεται χρονικά στο στάδιο μετά την ανακήρυξη του προσωρινού αναδόχου, ο οποίος υποχρεούται να προσκομίσει όλα τα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την ακρίβεια των στοιχείων που έχουν δηλωθεί (βλ. ΕΑ ΣτΕ 114-115/2019).

Επειδή, ωστόσο, από το σύνολο των προσκομιζόμενων, μετ' επικλήσεως στοιχείων εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, η προηγούμενη κήρυξη της επικαλούμενης σε βάρος της έκπτωσης, επιβλήθηκε όχι στην ίδια την εταιρεία «...», αλλά σε βάρος της Κοινοπραξίας με την επωνυμία «...», η οποία συνιστά σαφώς διακριτό νομικό πρόσωπο, με χωριστό Α.Φ.Μ. και υπό την έννοια αυτή, δεν δύναται να υποστηριχθεί βάσιμα ότι η νυν παρεμβαίνουσα όφειλε να δηλώσει στο οικείο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. τη συνδρομή του επίμαχου λόγου αποκλεισμού, ο οποίος σε κάθε περίπτωση διαπιστώθηκε ότι δεν συνέτρεχε στο πρόσωπό της (*a contrario* βλ. ΑΕΠΠ 1601/2020 σκέψη 22). Συναφώς, έχει κριθεί από το ΔΕΕ (βλ. Απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2019, Υπόθεση C-267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, EU:C:2020:468, σκέψεις 28-29), όπως άλλωστε επικαλείται και η ίδια η παρεμβαίνουσα, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί αυτομάτως να συναγάγει από την απόφαση άλλης αναθέτουσας αρχής να καταγγείλει προγενέστερη δημόσια σύμβαση ότι ο εν λόγω ανάδοχος διέπραξε σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια, κατά την έννοια του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο ζ', της Οδηγίας 2014/24, κατά την εκτέλεση ουσιώδους υποχρεώσεως σχετικής με την εν λόγω δημόσια σύμβαση και περαιτέρω, ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβαίνει στη δική της αξιολόγηση της συμπεριφοράς του οικονομικού φορέα για τον οποίον είχε αποφασισθεί η καταγγελία προγενέστερης δημόσιας συμβάσεως. Συναφώς, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα, βάσει όλων των κρίσιμων στοιχείων, ιδίως της αποφάσεως περί καταγγελίας, και λαμβανομένης υπόψη της αρχής της αναλογικότητας, αν ο εν λόγω οικονομικός φορέας είναι, κατά την άποψή της, υπεύθυνος για τη σοβαρή ή

επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια που διαπράχθηκε κατά την εκπλήρωση ουσιώδους υποχρεώσεως την οποία υπείχε στο πλαίσιο της εν λόγω συμβάσεως, δεδομένου ότι η εν λόγω πλημμέλεια είναι ικανή να προκαλέσει τον κλονισμό της σχέσεως εμπιστοσύνης με τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Υπό το ανωτέρω πρίσμα, εξετασθείς ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής, βάσει του συνόλου των προσαγόμενων μετ' επικλήσεως στοιχείων εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, όπως αναφέρονται αναλυτικά στις οικείες σελίδες της ασκηθείσας παρέμβασής της, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι σε κάθε περίπτωση, η κήρυξη έκπτωτης της προαναφερθείσας κοινοπραξίας, στην οποία συμμετείχε, αφορά λόγους, που είναι δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι στοιχειοθετούν σοβαρή πλημμέλεια κατά την έννοια του νόμου και της διακήρυξης και άρα ακόμα και αν γίνει δεκτό, ότι ο κρινόμενος λόγος αποκλεισμού συνέτρεχε στο πρόσωπό της και βάρυνε (και) την ίδια, δεν μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι εν τέλει, όφειλε η παρεμβαίνουσα να προβεί σε σχετική δήλωση στο υποβληθέν από αυτήν Ε.Ε.Ε.Σ. Μειοψήφισε το μέλος Χ. Ζαράρη « *Επειδή, στο άρθρο 140 παρ. 2 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Τα μέλη της αναδόχου κοινοπραξίας ευθύνονται έναντι του κυρίου του έργου εις ολόκληρο για κάθε υποχρέωση που απορρέει από τη σύμβαση ή από το νόμο». Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα αποτέλεσε μέλος ΚΠ/ξίας που κηρύχθηκε έκπτωτη. Στην περίπτωση που ήθελε γίνει δεκτό ότι τα Μέλη ΚΠ/ξίας που κηρύχθηκε έκπτωτη δεν οφείλουν κατά τη συμμετοχή τους σε μεταγενέστερη διαδικασία ανάθεσης, να δηλώνουν στο οικείο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. τις σχετικές πληροφορίες, τότε ενδεχομένως οδηγούμαστε σε «εργαλειοποίηση» της ΚΠ/ξίας που αποτελεί πάγια πρακτική/απαίτηση στην εκτέλεση δημοσίων έργων, προκειμένου τα Μέλη αυτής συμμετέχοντας σε επόμενους διαγωνισμούς αυτοτελώς ή με διαφορετικούς εταίρους να απαλλάσσονται της υποχρέωσης δήλωσης λόγων αποκλεισμού, στερώντας την αναθέτουσα αρχή από το να κρίνει ως έδει την αξιοπιστία τους και διακινδυνεύοντας την εκτέλεση της σύμβασης. Περαιτέρω, με την υποχρεωτική χρήση τυποποιημένων εντύπων για τις αναθέτουσες αρχές (του Ε.Ε.Ε.Σ. για τις συμβάσεις άνω των ορίων), κρίνεται ιδιαίτερος σημαντική η διασφάλιση της*

ακρίβειας των πληροφοριών που οι οικονομικοί φορείς περιλαμβάνουν σε αυτά. Ειδικότερα, ο ίδιος ο ευνοϊκός υπέρ και των οικονομικών φορέων θεσμός της προκαταρκτικής απόδειξης, πλήττεται καίρια και ματαιώνεται ως προς τον σκοπό του, εκθέτοντας την αναθέτουσα και τρίτους συνδιαγωνιζομένους σε κινδύνους, προσβάλλει δε τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας και, επομένως, και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, σε περίπτωση εκούσιας ή μη, ανακρίβειας, αποσιώπησης ή παράλειψης πληροφοριών ή και αναλήθειας εκ μέρους των δηλούντων δια του ΕΕΕΣ/ ΤΕΥΔ οικονομικών φορέων. Τούτο, ιδίως όταν οι οικείες αποκρυφθείσες, παραληφθείσες ή αναληθώς δηλούμενες σχετίζονται με περίπτωση η οποία αν ήταν γνωστή θα δύνατο να οδηγήσει σε αποκλεισμό του φορέα από τη σύναψη της σύμβασης δια πληρώσεως λόγου αποκλεισμού του άρ. 73 του Ν. 4412/2016, αφού ειδικώς σε αυτές τις περιπτώσεις διακινδυνεύεται η σύναψη σύμβασης, και δη εις βάρος κατάλληλων και νομίμως μετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης άλλων φορέων. Ως εκ τούτου, η εκ μέρους ενός οικονομικού φορέα τυχόν αναληθής δήλωση, αλλά και απόκρυψη σχετικών πληροφοριών, οι οποίες δύνανται ή ενδέχεται να στοιχειοθετήσουν, καταλήξουν ή να ερμηνευτούν από την αναθέτουσα αρχή ως λόγοι αποκλεισμού, συνιστούν αυτοτελείς λόγους κήρυξης της συνολικής προσφοράς ως απαραδέκτου και αποκλεισμού του δηλούντος δια του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ οικονομικού φορέα (βλ. ΑΕΠΠ 776/2018 σκ. 54, 263/2020 σκ.43 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Έτι περαιτέρω, ως επιμελής υποψήφιος, ο παρεμβαίνων θα έπρεπε, αν όχι να απαντήσει θετικά στο οικείο πεδίο, τουλάχιστον να γνωστοποιήσει στην αναθέτουσα αρχή το γεγονός της έκπτωσης του ως Μέλος Κπ/ξίας ή έστω να υποβάλει ερώτημα διευκρινίσεων στην αναθέτουσα αρχή για την αληθή έννοια της επίμαχης ερώτησης. Ωστόσο δεν το έπραξε και τούτο ανεξαρτήτως της δικής του νομικής εκτίμησης των πραγματικών περιστατικών. Εν πάσει περιπτώσει αρμόδια να αποφανθεί είναι είναι αναθέτουσα αρχή η οποία ουδέν ανέφερε με τις οικείες απόψεις της». Ως εκ περισσού υπογραμμίζεται ότι δεν είναι σαφές από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής εάν αυτή ομολογεί σχετική παράλειψη στο Ε.Ε.Ε.Σ. της παρεμβαίνουσας, σε κάθε δε περίπτωση, εσφαλμένα συνδέει την

απόφαση κήρυξης έκπτωσης της κοινοπραξίας στην οποία συμμετείχε η τελευταία, με προηγούμενη τελεσίδικη και αμετάκλητη απόφαση σε βάρος της. Κατά συνέπεια, ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

26. Επειδή, τέλος, με τον τρίτο λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς στις σελ. 27-30 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «ΙΙ. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ/ΑΚΥΡΩΣΕΩΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΩΝ ΠΡΑΞΕΩΝ», «ΙΙ.Γ», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι μη νόμιμη και άρα ακυρωτέα, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανέδειξε αυτήν προσωρινή μειοδότηρια του διαγωνισμού, καθώς η τελευταία παραβιάζει την υποχρέωση που θεσπίζει η διακήρυξη περί υποχρεωτικής ανάθεσης εργασιών στον φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται και άρα δεν συντρέχει περίπτωση εκπλήρωσης των απαιτήσεων της διακήρυξης για την προσμέτρηση (της οιασδήποτε) εμπειρίας του δανείζοντος. Επί του ανωτέρω, τρίτου λόγου προσφυγής, όπως αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, η αναθέτουσα αρχή, με τις προαναφερθείσες απόψεις της, ισχυρίζεται τα αναλυτικά αναφερόμενα στη σκέψη 24 της παρούσας. Ομοίως, η παρεμβαίνουσα, επί του ίδιου ως άνω τρίτου λόγου προσφυγής, όπως αναλύεται σε επιμέρους ισχυρισμούς, με την ασκηθείσα παρέμβασή της υποστηρίζει τα όσα αναφέρονται αναλυτικά υπό «(10) ΛΟΓΟΙ ΕΠΙ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ Η ΠΑΡΕΜΒΑΣΗ.», «1. Επί του τρίτου λόγου της προσφυγής», στις σελ. 23-24 της ασκηθείσας παρέμβασης, επικαλούμενη ότι ο τρίτος λόγος προσφυγής είναι απορριπτέος στο σύνολό του ως νόμω και ουσία αβάσιμος, για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρει στις οικείες σελίδες της παρέμβασής της.

27. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδεδειγμένης μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Ο τελευταίος λόγος προσφυγής, όπως τον επικαλείται η προσφεύγουσα, εδράζεται επί όλως εσφαλμένης παραδοχής, καθώς, η

προσφεύγουσα συνδέει αδικαιολόγητα, την κατά ακριβή μεταφορά του δεύτερου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 στο άρθρο ...της διακήρυξης, σχετικά με την υποχρέωση των τρίτων, στις ικανότητες των οποίων βασίζονται οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς και δη εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα, να εκτελούν οι ίδιοι τις εργασίες ή υπηρεσίες που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα της περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, με την επικαλούμενη στον εξεταζόμενο λόγο προσφυγής, υπεργολαβική ανάθεση μέρους της εκτελούμενης σύμβασης υπό την έννοια των άρθρων 58 και 131 του Ν. 4412/2016. Ωστόσο, όπως έχει κριθεί από την ...Π.Π. (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 536/2020 σκέψη 36) ενόψει της σαφούς διάκρισης των θεσμών της δάνειας εμπειρίας και της υπεργολαβίας (ειδικότερα για την έννοια της υπεργολαβίας βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 1205/2019 σκ. 26 και ΑΕΠΠ 505/2021 σκ. 21, πρβλ. ΑΕΠΠ 827/2019), όπως αποτυπώνονται στα άρθρα 78 και 58 και 131 του Ν. 4412/2016 αντίστοιχα, οι δύο απολύτως διακριτές μορφές συμμετοχικής παρουσίας σε δημόσιους διαγωνισμούς, ουδόλως πρέπει να συγχέονται. Τα ανωτέρω δε παρά το αναμφισβήτητο γεγονός ότι δεν προκύπτει σε καμία περίπτωση από το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής των δημόσιων διαγωνισμών, ότι αποκλείεται ένας συμμετέχων οικονομικός φορέας πράγματι να στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου φορέα και ταυτόχρονα να προτίθεται να αναθέσει μέρος της εκτέλεσης της ανατεθείσας σύμβασης, υπεργολαβικά στον ίδιο οικονομικό φορέα, περίπτωση όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Πέρα από το γεγονός ότι δεν συνήχθη καθ' οιονδήποτε τρόπο ότι η επίκληση δάνειας εμπειρίας για την κάλυψη των κριτηρίων επιλογής των άρθρων ...-Δ εκ μέρους της παρεμβαίνουσας, εμπίπτει στην περιπτώσιολογία της περίπτωσης στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, προσέτι, δεν προέκυψε, ότι η παρεμβαίνουσα επιθυμεί ή προτίθεται να αναθέσει στην τρίτη δανείζουσα εμπειρία, εταιρεία, την υπεργολαβική εκτέλεση μέρους (υπό την έννοια του ποσοστού επί της %) της προς ανάθεση σύμβασης. Υπό διαφορετική σκοπιά ιδωμένο το υπό εξέταση ζήτημα, είναι εντελώς διαφορετική η υποχρέωση που προβλέπεται στο επίμαχο δεύτερο

εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016, για εκτέλεση των συγκεκριμένων εργασιών εκ μέρους του «τρίτου» φορέα, πάντοτε όμως εντός των πλαισίων εφαρμογής του θεσμού της δάνειας εμπειρίας και υπό την τήρηση των προϋποθέσεων που επιβάλλει στους οικονομικούς φορείς το εν λόγω άρθρο και διαφορετική περίπτωση, η ανάθεση της εκτέλεσης μέρους της σύμβασης κατά την έννοια των άρθρων 58 και 131 του ν. 4412/2016 σε τρίτο φορέα, ως υπεργολάβο του αρχικού αναδόχου. Ως εκ περισσού, τονίζεται ότι σε καμία δε περίπτωση δεν δύναται να υποστηριχθεί βάσιμα ότι μπορεί να επιβληθεί μέσω της εφαρμογής της διάταξης του δεύτερου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78, ακόμα και αν υποθεθεί ότι αυτή συνέτρεχε, όπως αβάσιμα διατείνεται η προσφεύγουσα, καταληκτικά η υποχρέωση του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, προς εκπλήρωση αυτής της υποχρέωσης, να συνάψει σύμβαση υπεργολαβικής ανάθεσης με τον τρίτο, κατ' αρχήν δανείζοντα εμπειρία, φορέα, υποχρέωση που θα εξέτρεπε τη στήριξη στην ικανότητα τρίτων φορέων, σε μία εκ του νόμου, υποχρεωτικής μορφής, υπεργολαβία. Μια τέτοια εσφαλμένη ερμηνεία θα καταστρατηγούσε τους διαφορετικούς θεσμούς της δάνειας εμπειρίας και της υπεργολαβίας, θα κατέλυε την ιδιωτική αυτονομία των οικονομικών φορέων, να συμμετέχουν με όποιο τρόπο επιθυμούν στις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες και θα προκαλούσε ανεπίτρεπτη σύγχυση των ενδιαφερόμενων υποψηφίων σχετικά και με τις παρεπόμενες υποχρεώσεις τους. Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη « *Η διακήρυξη περιέχει αντιφατικούς όρους μη δυνάμενους να άγουν νομίμως στον αποκλεισμό συμμετέχοντα δοθέντος ότι αφενός ορίζει ότι για κριτήρια που σχετίζονται «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» και ευθύς αμέσως στο ίδιο άρθρο (22ΣΤ) ορίζει ότι « Η εκτέλεση των όλων εργασιών γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή., ήτοι απαγορεύει μεταξύ άλλων την υπεργολαβία και γι αυτό το λόγο δεν δύναται να άγει νομίμως σε αποκλεισμό του*

παρεμβαίνοντος». Κατά συνέπεια, ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων, ο τρίτος λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

28. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή να απορριφθεί.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

30. Επειδή, πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την ασκηθείσα παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στις 30 Μαρτίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα