

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 20 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ιωάννης Κίτσος–Εισηγητής και Ιωάννα Θεμελή,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.10.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/1115/29.10.2018 της εταιρίας με την επωνυμία «...Α.Ε.» άνευ διακριτικού τίτλου, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...– ...» [εφεξής η αναθέτουσα αρχή] και

Κατά της από 05.11.2018 παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...Ο.Ε.» άνευ διακριτικού τίτλου, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 102/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία, κατ' έγκριση του από 04.10.2018 Πρακτικού της ορισθείσας Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού «Ανόρυξη και αξιοποίηση υδρευτικής γεώτρησης Τ.Κ. ... “ΔΗΜΟΥ ...– ...», ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα εταιρεία.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης και την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 1059/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει δεσμευθεί, εξοφληθεί και προσκομιστεί το αναλογούν υπ' αριθμ. ...ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού εξακοσίων ογδόντα ένα ευρώ και δεκατριών λεπτών (€681,13) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64) [εφεξής ο Κανονισμός].

2. Επειδή, με την από 25.07.2018 Διακήρυξη που εξέδωσε ο Δήμαρχος «...– ...», διακρινόμενη στα ΚΕΦΑΛΑΙΑ Α'-Δ', κατόπιν της από 16.02.2018 Μελέτης 07/018 (σελ. 1-157) που εκπόνησε το εκεί Τμήμα Τεχνικών Έργων της Δνσης Τεχνικής Υπηρεσίας και Πολ/μίας, επιδιώχθηκε η διενέργεια, σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 ΒΙΒΛΙΟ Ι (άρθρα 1-221) και με τη χρήση της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ (με Συστημικό Αριθμό ...), ανοιχτού Διαγωνισμού κάτω των ορίων (άρθρα 5, 27 και 36 Ν. 4412/2016) για την ανάθεση σε εργοληπτική εταιρεία των εργασιών που απαιτούνται για την ανόρυξη και τον εξοπλισμό υδρευτικής γεώτρησης στην (κτηματική περιοχή) της Τοπικής Κοινότητας/Τ.Κ. ... (Κωδικός CPV: ... «Εργασίες γεώτρησης»), προκειμένου να εξασφαλιστεί η επάρκεια και η ποιότητα του νερού ύδρευσης για την αντιμετώπιση της λειψυδρίας (άρθρο 11.3. σελ. 13-14 της Διακήρυξης). Η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη της μέλλουσας να συναφθεί δημόσιας σύμβασης έργου προϋπολογίσθηκε στα €136.227,19 άνευ ΦΠΑ 24%, ήτοι συμπεριλαμβανομένου αυτού €168.921,72 αναλυόμενη ως εξής: α) Δαπάνη Εργασιών: €100.388,50 β) Γενικά έξοδα και Όφελος εργολάβου (Γ.Ε. + Ο.Ε.): €18.069,93 γ) Απρόβλεπτα (ποσοστού 15% επί της δαπάνης εργασιών και Γ.Ε. + Ο.Ε.): €17.768,76 που αναλώνονται σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 156 παρ. 3(α) Ν. 4412/2016 και ΦΠΑ 24% €32.694,53 (άρθρο 11.1. σελ. 13), ενώ η συνολική προθεσμία εκτέλεσης του επίμαχου έργου προσδιορίστηκε σε 6 μήνες από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης (άρθρο 12 σελ. 14). Κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη τιμή (χαμηλότερη τιμή) δια του συστήματος με επιμέρους ποσοστά

έκπτωσης του άρθρου 95 παρ. 2(α) Ν. 4412/2016 (άρθρο 14 σελ. 14). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των ηλεκτρονικών Προσφορών ορίστηκε η 27.09.2018 και ημερομηνία ανοίγματος-αποσφράγισης τους η 04.10.2018 (άρθρο 18 σελ. 16-17).

3. Επειδή δυνάμει του από 04.10.2018 ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ που συνέταξε η ορισθείσα, δυνάμει της απόφασης ΟΕ 14/2017, Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού του άρθρου 221 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προκύπτει πως στον συγκεκριμένο Διαγωνισμό συμμετείχαν οι εξής, δραστηριοποιούμενες στον χώρο των κατασκευών, εταιρείες: α) η προσφεύγουσα «...Α.Ε.» καταθέτοντας την από 26.09.2018 Προσφορά 89444 με συνολική προσφερόμενη δαπάνη €79.994,03 χωρίς ΦΠΑ 24%, ήτοι με έκπτωση 41,28%, β) η παρεμβαίνουσα «...Ο.Ε.» την από 27.09.2018 Προσφορά 90702 με €85.643,87, ήτοι με έκπτωση 37,13% και γ) η «ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ ...» την από 27.09.2018 Προσφορά 89733 με €87.206,88, ήτοι με έκπτωση 35,98%, συντάσσοντας τον αντίστοιχο Πίνακα μειοδοσίας· ακολούθως, η Επιτροπή προχώρησε στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής του άρθρου 24.2. της Διακήρυξης κατά τη σειρά μειοδοσίας, όπου όσον αφορά την προσφεύγουσα γνωμοδότησε, σε αντίθεση με τους ως έτερους ανταγωνιστές της, υπέρ της απόρριψης της Προσφοράς της διαπιστώνοντας επί λέξει τα εξής (σελ. 2 του Πρακτικού): «... δεν πληρείται το κριτήριο που αφορά την “Καταλληλότητα για την άσκηση τα επαγγελματικής δραστηριότητας” που αναφέρεται στο άρθρο 22.Β. της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 23.4. (Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22.Β.) της Διακήρυξης: “ ... ”. Η εταιρεία “...ΑΕ” είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ (αρ. 24674) με κατηγορία 3η τάξη για ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ έργα και όπως αναφέρει στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε (Τμήμα Γ του ΤΕΥΔ) στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων και συγκεκριμένα στην εταιρεία “...που είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ (αρ. 8508) με κατηγορία 1η τάξη για έργα ΓΕΩΤΡΗΣΕΩΝ. Το άρθρο 22.ΣΤ “Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)” της Διακήρυξης αναφέρει ότι: “ ... ”. Στην παράγραφο αυτή

δεν αναφέρονται τα κριτήρια που αφορούν την επαγγελματική δραστηριότητα του άρθρου 22.Β της Διακήρυξης. Συνεπώς, τα κριτήρια που αφορούν την επαγγελματική δραστηριότητα του άρθρου 22.Β της Διακήρυξης, όπως καθορίζονται στο άρθρο 23.4 της Διακήρυξης δεν συμπεριλαμβάνονται, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, σε αυτά για τα οποία μπορεί ένας οικονομικός φορέας να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων». τελικώς, οδηγήθηκε στο να προτείνει προς την ΟΕ την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας εταιρείας ως προσωρινής αναδόχου της επίμαχης κατασκευαστικής σύμβασης. Με την Απόφαση 102/2018, εκ του αποσπάσματος του Πρακτικού της με αριθμ. 22/17.10.2018 τακτικής συνεδρίασης της ΟΕ, προκύπτει πως η ανωτέρω γνωμοδοτική κρίση επικυρώθηκε ομόφωνα από την τελευταία.

4. Επειδή, κατά της τελευταίας Απόφασης, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η ανταγωνίστριά της και ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία, προσέφυγε η αιτούσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 26.10.2018, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσής της, υποστηρίζοντας ακριβώς τα εξής (σελ. 6-7): «Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό έχουν οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται στον τομέα των Δημόσιων Έργων για έργα κατηγορίας Γεωτρήσεων και Ηλεκτρομηχανολογικών εργασιών και συγκεκριμένα για τις ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στις άνω κατηγορίες και στην τάξη Α1 και άνω. Η εταιρία μας είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ με αριθμό εγγραφής 24674 στην 3η τάξη για έργα κατηγορίας Ηλεκτρομηχανολογικών και επομένως είχε δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό για τα έργα κατηγορίας Η/Μ. Προκειμένου να καλύψει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και για την κατηγορία των Γεωτρήσεων δήλωσε στο ΤΕΥΔ, που υπέβαλε ότι θα στηριχθεί στις ικανότητες του “...” που είναι εργολήπτης εγγεγραμμένος στο ΜΕΕΠ με αριθμό εγγραφής 8508 στην 1η τάξη για έργα κατηγορίας γεωτρήσεων. Συμμορφούμενοι δε με τις διατάξεις του Ν.

4412/2016 και του άρθρου 22.ΣΤ. της διακήρυξης με το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής μας υποβάλαμε και ΤΕΥΔ του “κ. ...” προκειμένου να ελεγχθεί ότι ο παρέχων την δάνεια εμπειρία πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής και ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του λόγοι αποκλεισμού. Το άρθρο 22.ΣΤ. της Διακήρυξης περί στήριξης στις ικανότητες τρίτων εφαρμόζεται και για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 22.Β. της Διακήρυξης και όχι μόνο για την κάλυψη της οικονομικής χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Γ. και 22.Δ. της διακήρυξης όπως εσφαλμένα δέχθηκε η ΟΕ του “ΔΗΜΟΥ ...– Επαγγελματική δραστηριότητα είναι η ικανότητα επαγγελματία εργολήπτη δημοσίων έργων να εκτελέσει δημόσιο έργο σύμφωνα με τους κανόνες της τέχνης και της επιστήμης. Επαγγελματική ικανότητα είναι η διαπιστωμένη με την εγγραφή στο οικείο μητρώο ικανότητα του εργολήπτη δημοσίων έργων να εκτελεί δημόσια έργα. Συνεπώς η επαγγελματική δραστηριότητα και η επαγγελματική ικανότητα είναι έννοιες ταυτόσημες και ο διαγωνιζόμενος δικαιούται για να αποδείξει ότι καλύπτει το κριτήριό τους να επικαλείται τις ικανότητες τρίτου στις οποίες και θα στηριχθεί. Τα αντίθετα δεχθείσα η προσβαλλόμενη Απόφαση ... και για τον λόγο αυτόν πρέπει να ακυρωθεί».

5. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής Απόφασης η οποία αφορά τη σύναψη δημόσιας σύμβασης έργου προϋπολογισμού €136.227,19 άνευ ΦΠΑ 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στα άρθρα 345 Ν. 4412/2016 και 1 α) Π.Δ. 39/2017 για την καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ συντρέχει επιπρόσθετα η κατά χρόνο αρμοδιότητα της Αρχής όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 α) Ν. 4412/2016 αντικατασταθέν με το άρθρο 43 παρ. 4 Ν. 4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε με την καταχώριση της αντίστοιχης Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 38 Ν. 4412/2016, μετά τις 26.06.2017 όπως αποδεικνύεται από τον ΑΔΑΜ: ... που έλαβε.

6. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα επιχείρηση στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, όπως ομολογεί η αιτούσα (σελ. 3 της Προσφυγής), την 18.10.2018, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ την 26.10.2018, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

7. Επειδή, η αιτούσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης Απόφασης του Υπουργού Υποδομών ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον (ΣτΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελής) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον κατασκευαστικό τομέα, συμμετείχε στον επίμαχο Διαγωνισμό καταθέτοντας την Προσφορά 89444, και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης Απόφασης ΟΕ με την οποία έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα εταιρεία, υφίσταται βλάβη όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, με έννομο συμφέρον και εν γένει παραδεκτά παρεμβαίνει προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης ΟΕ η προσωρινή ανάδοχος καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 05.11.2018, την Παρέμβασή της εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 7 Κανονισμού, ήτοι εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση σε αυτή της Προδικαστικής Προσφυγής της αιτούσας, η οποία έγινε από την αναθέτουσα αρχή ηλεκτρονικά την 29.10.2018, υποστηρίζοντας πως «νομίμως κρίθηκε ότι η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας δεν πληροί το κριτήριο της καταλληλότητας, για το οποίο δεν μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου» έτσι ώστε «η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, καθώς στερείται νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας».

9. Επειδή, σύμφωνα με το διέπον την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία νομοθετικό πλαίσιο, ήτοι τον Ν. 4412/2016, κρίσιμες είναι οι διατάξεις των άρθρων 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) παρ. 1-4, 76 «Κριτήρια επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου» παρ. 1 α), γ), 2, 3 περ. α) (όπως το τελευταίο εδ. προστέθηκε με το άρθρο 119 παρ. 5 Ν. 4472/2017), 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) παρ. 1-3, 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) παρ. 1, 3, 4-5, 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» παρ. 1 περ. α)-β).

10. Επειδή, σύμφωνα με τη Διακήρυξη που διέπει τον κρίσιμο δημόσιο Διαγωνισμό υπηρεσιών αποτελώντας το κανονιστικό πλαίσιο αυτού και δεσμεύοντας τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (ΣΤΕ ΕΑ: 16-17/2011, 348/2010 και 613/2009), οριζόταν στα άρθρα: Α) άρθρα 21 «Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης» (σελ. 18): «Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στον Τομέα των Δημοσίων Έργων για έργα κατηγορίας ΓΕΩΤΡΗΣΕΩΝ και ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ, και που είναι εγκατεστημένα σε ... 21.2. Οικονομικός φορέας συμμετέχει είτε μεμονωμένα είτε ως μέλος ένωσης. 21.3. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων συμμετέχουν υπό τους όρους των παρ. 2, 3 και 4 του άρθρου 19 και των παρ. 1 (ε) και 3 (β) του άρθρου 76 του ν. 4412/2016. Δεν απαιτείται από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς... Β) 22 «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής» (σελ. 18): «Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η πλήρωση των απαιτήσεων του άρθρου 22 Α και Β πρέπει να ικανοποιείται από κάθε μέλος της ένωσης. 22.Α. «Λόγοι αποκλεισμού» ... Κριτήρια επιλογής (22.Β. – 22.Δ.) 22.Β. «Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας» (σελ 21): «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 (ΜΕΕΠ) ή στα Νομαρχιακά Μητρώα στην κατηγορία/-ιες έργου του άρθρου 21 της παρούσας. Οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ XI του ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α του Ν. 4412/2016». 22.Γ. «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ... 22.Δ. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ... 22.Ε. «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» ... 22.ΣΤ. «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)» (σελ. 22-23): «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 ΜΕΡΟΥΣ II του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ XII του ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α Ν. 4412/2016 ή με τη 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». Γ) 23 «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής»: ... 23.4. «Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22.Β.» (σελ. 25-26): «(α) Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ στις κατηγορίες Α1 και άνω για έργα ΓΕΩΤΡΗΣΕΩΝ και Α1 και άνω για ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ έργα...». Δ) 24 «Περιεχόμενο Φακέλου Προσφοράς»: «24.1. Η προσφορά των διαγωνιζομένων περιλαμβάνει

τους ακόλουθους ηλεκτρονικούς υποφάκελους: (α) υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» (β) υποφάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» σύμφωνα με τα κατωτέρω: 24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα: α) το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ). β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας. 24.3. Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Οικονομική Προσφορά» περιέχει το ψηφιακά υπογεγραμμένο αρχείο pdf, το οποίο παράγεται από το υποσύστημα, αφού συμπληρωθούν καταλλήλως οι σχετικές φόρμες».

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε 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 (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Περαιτέρω, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από την Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από τη σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα (ΣτΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008). Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στο κρίνον Κλιμάκιο τις υπ' αριθμ. πρωτ. 11386/02.11.2018 Απόψεις της, τις οποίες υπογράφουν τα 3 Μέλη της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, υποστηρίζοντας πως η Προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε καθώς δεν πληρούσε τις απαιτήσεις εκ του άρθρου 22.Β. «Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας» της Διακήρυξης, ώστε προχώρησε στην ανάδειξη του αμέσως επόμενου στη σειρά μειοδοσίας συμμετέχοντα, ήτοι της παρεμβαίνουσας, ως προσωρινού αναδόχου.

13. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου προκύπτει πως η αναθέτουσα αρχή κατά την κατάστρωση της Διακήρυξης, προσδιόρισε, σύμφωνα με το άρθρο 75 παρ. 1-5 Ν. 4412/2016, στους όρους 22.Β.-22.Δ. (σελ. 21-22 της Διακήρυξης) τα κριτήρια επιλογής του αναδόχου ο οποίος θα αναλάμβανε τις ζητούμενες κατασκευαστικές εταιρίες, ήτοι στο άρθρο 22.Β. την «Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας», στο άρθρο 22.Γ. την «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» και στο άρθρο 22.Δ. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα». Η προσφεύγουσα εταιρεία συμμετείχε στον επίμαχο δημόσιο Διαγωνισμό ως μεμονωμένος οικονομικός φορέας και όχι ως ένωση οικονομικών φορέων, και προκειμένου να καλύψει τις απαιτήσεις εκ του άρθρου 22.Β. δήλωσε, όπως αναφέρει στο ΤΕΥΔ που αποτελεί στοιχείο της Προσφοράς της (άρθρο 24), πως θα στηριχθεί στην ικανότητα τρίτου. Όμως, κατά τη γραμματική ερμηνεία του άρθρου 22.ΣΤ. «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)» (σελ. 22-23), με το οποίο ενσωματώθηκε στο κανονιστικό κείμενο της Διακήρυξης η όμοια διάταξη του άρθρου 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» Ν. 4412/2016 (άρθρο 63 Οδηγία 2014/24/ΕΕ), η αναθέτουσα αρχή, ακολουθώντας την αντίστοιχη νομοθετική επιλογή, δεν επέτρεψε τη διαγωνιστική δυνατότητα, όσον αφορά το επίμαχο, εκ του άρθρου 22.Β., κριτήριο «Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας», στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων, από τους προσφέροντες στον συγκεκριμένο Διαγωνισμό (βλ. σελ. 21-22 από την

Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 78 Ν. 4412/2016), όπως εξάλλου παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία της Αρχής (βλ. ΑΕΠΠ 1ο Κλιμάκιο 500/2018 σκέψη 67). Η νομική παραδοχή επιβεβαιώνεται εξάλλου από τη συνδυαστική ερμηνεία των άρθρων 22.Β. εδ. β' (σελ. 21) και 23.4. «Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του άρθρου 22.Β.» περ. α) (σελ. 25-26) όπου ορίζεται αντίστοιχα πως: «Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ...» και συγκεκριμένα «Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ στις κατηγορίες Α1 και άνω για έργα ΓΕΩΤΡΗΣΕΩΝ και Α1 και άνω για ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ έργα». Όμως, από τα περιλαμβανόμενα στην Προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας «...ΑΕ» σχετικά έγγραφα, προκύπτει, όπως εξάλλου παραδέχεται η ίδια (σελ. 6-7 της Προσφυγής) πως αυτή είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ (με αριθμό 24674) στην κατηγορία 3η Τάξη για ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ έργα και, επιπρόσθετα, στο υποβληθέν από αυτή ΤΕΥΔ (στο ΤΜΗΜΑ Γ αυτού) δήλωσε πως θα στηριχθεί στην ικανότητα τρίτου φορέα, ήτοι στον οικονομικό φορέα «...» που είναι εγγεγραμμένος στο ΜΕΕΠ (με αριθμό 8508) στην κατηγορία 1η τάξη για έργα ΓΕΩΤΡΗΣΕΩΝ. Όμως, όπως εκτέθηκε στην παρούσα σκέψη, στο άρθρο 22.ΣΤ. «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)» δεν προβλέπεται η διαγωνιστική δυνατότητα εφαρμογής του θεσμού αυτού για το, εκ του άρθρου 22.Β., κριτήριο «Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας», δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή όρισε, όπως εξάλλου ο νομοθέτης εξαρχής θέλησε, να μη συμπεριλαμβάνεται σε αυτά για τα οποία μπορεί ένας οικονομικός φορέας να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων. Δηλαδή, η κανονιστική απαίτηση, για τον προσφέροντα οικονομικό φορέα, εγγραφής στο ΜΕΕΠ συνιστά κριτήριο καταλληλότητας, για το οποίο δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής ο θεσμός της επίκλησης δάνειας εμπειρίας. Τέλος, σχετικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας πως (σελ. 7): «η επαγγελματική δραστηριότητα και η επαγγελματική ικανότητα είναι έννοιες ταυτόσημες και ο

διαγωνιζόμενος δικαιούται για να αποδείξει ότι καλύπτει το κριτήριό τους να επικαλείται τις ικανότητες τρίτου στις οποίες και θα στηριχθεί», όπως επισημαίνεται, η εννοιολογική ταύτιση αυτή δεν προκύπτει από τη γραμματική ερμηνεία των επίμαχων όρων 22.Β, 22.Γ και 22.Δ. της Διακήρυξης όπου περιλαμβάνονται τα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής», ούτε όμως από το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» σε συνδυασμό με το άρθρο 2 «Ορισμοί» Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία προκύπτει πως αμφότερες οι παραπάνω έννοιες διακρίνονται νομικά, ενώ αποδεικνύονται με διακριτά καθορισμένες απαιτήσεις.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παραβόλο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 5 Δεκεμβρίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: 1059/2018

Χρήστος Σώκος

Αικατερίνη Παπαδοπούλου