

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή (εισηγήτρια) και Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, μέλος, συνεδρίασε σήμερα, 12 Φεβρουαρίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει το αίτημα για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 94/2-2-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «.....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, κατ'ορθή επισκόπηση αυτής, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της με αρ. πρωτ.Διακήρυξης Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού από τομε κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για τη συντήρηση και τις επισκευαστικές εργασίες των Η/Μ (ηλεκτρομηχανολογικών-υδραυλικών) και οικοδομικών εγκαταστάσεων των κτηρίων τουμε ενδεικτική προϋπολογιζόμενη δαπάνη 249.256,53 Ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 12.01.2018 (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ.....), συνολικά, άλλως κατά το μέρος των παράνομων, κατά τα εκτιθέμενα στη βάση της προσφυγής, όρων αυτής καθώς και κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης.

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείται την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης ως άνω πράξης, άλλως των προσβαλλόμενων όρων αυτής, όπως με σκοπώ αφενός μεν να επανορθωθούν οι εικαζόμενες παραβάσεις εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κι αφετέρου όπως αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος ως εκ της εκτέλεσης της προσβαλλομένης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, ο προσφεύγων προβάλλει ότι η εφαρμογή του προδήλως παράνομου όρου 3.1.3.3 της διακήρυξης θα έχει ως αποτέλεσμα η προσφεύγουσα εταιρεία να εμποδισθεί να συμμετάσχει ή να αποκλεισθεί από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Τούτο, διότι η εταιρεία δεν είναι εταιρεία με πιστοποίηση ΜΕΕΠ, αλλά εταιρεία παροχής υπηρεσιών. Για τον ίδιο λόγο, και η εφαρμογή του δυσανάλογου και άσχετου με το αντικείμενο και τη φύση της σύμβασης όρου 2.3.3 για την προσκόμιση πιστοποιητικού ISO 9001:2008 είναι παράνομη και θα έχει ως πρακτική συνέπεια τον αποκλεισμό της εταιρείας από το διαγωνισμό, αν και δραστηριοποιείται στη σχετική αγορά παροχής υπηρεσιών ελέγχου, λειτουργίας, διαχείρισης, συντήρησης και αναβάθμισης εγκαταστάσεων.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 366 (προσωρινά μέτρα) (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) του ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 του π.δ. 39/2017 (Προσωρινά μέτρα) στο πλαίσιο του νομοθετικού πλαισίου για την παροχή έννομης προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων παρέχεται στην ΑΕΠΠ η δυνατότητα να διατάσσει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης ωστόσο αποφανθεί για την προσφυγή καθώς και κάθε πρόσφορο μέτρο προκειμένου να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, όπως σαφώς προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016 σχετικά με το άρθρο 366 του νόμου δίνεται η

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάσσει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

2. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 1.005,07 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου.....), που αντιστοιχεί στο 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 201.013,33 ευρώ μη συμπ/νου ΦΠΑ, το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με την προσκομιζόμενη από τον προσφεύγοντα εκτύπωση του παραβόλου από τη σελίδα της ΓΓΠΣ, όπου φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή δεν ασκήθηκε με τη 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, πλην, όμως, από τη διάρθρωση αυτής και τη συνολική επισκόπηση του περιεχομένου της προκύπτει ότι η υπό κρίση προσφυγή περιέχει τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ (βλ. μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 21/2017, 25/2017, ΔΕΦΚομ Ν39/2017).

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 2-2-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1γ του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 γ του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την γνώση της προσβαλλομένης, η οποία τεκμαίρεται ότι έλαβε χώρα 15 ημέρες από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 12.01.2018. Επομένως, η προθεσμία για την άσκηση της παρούσας προσφυγής εκκίνησε την 27-1-2017 (μετά την πάροδο του 15νθημέρου) και εξέπνεε την 06.02.2018. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 2-2-2018 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

5. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

6. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί και ο διαγωνισμός για την ανάθεση σύμβασης με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου για τη συντήρηση και τις επισκευαστικές εργασίες των Η/Μ (ηλεκτρομηχανολογικών – υδραυλικών) και οικοδομικών εγκαταστάσεων των κτιρίων του Πανεπιστημίου Πειραιώς να ματαιωθεί. Τούτο, διότι, τόσο η υποχρέωση προηγούμενης εγγραφής των υποψηφίων στο ΜΕΕΠ (Α), όσο και η απαίτηση για πιστοποιητικό ποιότητας ISO 9001:2008 για κατασκευή, λειτουργία και συντήρηση Η/Μ και οικοδομικών εργασιών (Β) είναι παράνομες (βλ. αναλυτικά Κεφάλαιο ΙΙΙ προσφυγής).

7.Επειδή, ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς όπως προβάλλει η προσφεύγουσα εταιρεία δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων, στην αγορά παροχής υπηρεσιών για τον καθημερινό έλεγχο, λειτουργία, διαχείριση, συντήρηση, επισκευή, εκσυγχρονισμό και αναβάθμιση πάσης φύσεως ηλεκτρομηχανολογικών και οικοδομικών εγκαταστάσεων, όπως το αντικείμενο της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Ενόψει της δραστηριότητάς της αυτής στο συγκεκριμένο χώρο, η προσφεύγουσα δεν είναι εγγεγραμμένη στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (ΜΕΕΠ) το οποίο τηρεί η αρμόδια Διοίκηση, καθώς η εγγραφή αυτή δεν απαιτείται για την παροχή των προσφερόμενων από την εταιρεία υπηρεσιών. Ενόψει του όρου, ο οποίος διατυπώνεται στο άρθρο 3.1.3 της προσβαλλόμενης διακήρυξης, η προσφεύγουσα φαίνεται να αδυνατεί, κατ' αρχήν, να συμμετάσχει, όπως θα επιθυμούσε, λόγω αδυναμίας πλήρωσης του συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης. Κατά τούτο, η προσφεύγουσα αποτελεί ενδιαφερόμενο που έχει συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και θα υποστεί ζημία από παράνομη πράξη της αναθέτουσας αρχής, κατά την έννοια του άρ. 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

8.Επειδή, ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη και κατ'επέκταση ο διαγωνισμός με αντικείμενο την παροχή υπηρεσίας πρέπει να ακυρωθεί και τούτο διότι η υποχρέωση προηγούμενης

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

εγγραφής των υποψηφίων στο ΜΕΕΠ (όρος 3.1.3.3 της διακήρυξης) είναι αντίθετη στο άρ. 75 παρ. 1 και 2 Ν. 4412/2016. Ο παρών, πρώτος λόγος της προσφυγής, πιθανολογείται βάσιμος. Ειδικότερα:

9.Επειδή, ο υπό κρίση ηλεκτρονικός δημόσιος ανοικτός διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής έχει προκηρυχθεί με την υπ' αριθ.πρωτ..... και έχει ως αντικείμενο «την ανάδειξη αναδόχου για τη συντήρηση και τις επισκευαστικές εργασίες των Ηλεκτρομηχανολογικών-Υδραυλικών Εγκαταστάσεων και οικοδομικών εγκαταστάσεων των κτιρίων του Σύμφωνα με τον νομικό χαρακτηρισμό της διακήρυξης πρόκειται για «Σύμβαση Παροχής Υπηρεσιών» (βλ. άρθρο 2 σελ. 4 «Είδος Σύμβασης») και αφορά τους κωδικούς κατά CPV 50700000-2 Υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης εγκαταστάσεων κτιρίου, 50720000-8 Υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης εγκαταστάσεων κεντρικής θέρμανσης, 50730000-1 Υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης ψυκτικών συγκροτημάτων, 50710000-5 Υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων κτιρίου, 50800000-3 Διάφορες υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης.

10.Επειδή, το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης αφορά: α) την συντήρηση και επισκευαστικές εργασίες των μονίμων Η/Μ (ηλεκτρομηχανολογικών / υδραυλικών) και οικοδομικών εγκαταστάσεων των κτηρίων του Πανεπιστημίου Πειραιώς, για ένα (1) έτος, β) την προμήθεια ανταλλακτικών, μέχρι μη υπέρβασης του ενδεικτικού προϋπολογισμού γ) επεμβάσεις, επισκευές και λοιπές εργασίες. Πλέον συγκεκριμένα, σύμφωνα με το Παράρτημα Α της διακήρυξης «ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», Α1 «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ»: *«το αντικείμενο επιγραμματικά περιλαμβάνει: Την εκτέλεση όλων των απαιτούμενων πράξεων και την ανάληψη της ευθύνης για την εύρυθμη καθημερινή λειτουργία και επίβλεψη όλων των εγκαταστάσεων, εξοπλισμών και συστημάτων των κτηρίων. Για την καθημερινή λειτουργία και επίβλεψη κρίνεται αναγκαία η επί τόπου παρουσία τεχνικού προσωπικού, σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στην παράγραφο «ΠΡΟΣΩΠΙΚΟ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ, ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ». Την εκτέλεση όλων των απαιτούμενων πράξεων και την ανάληψη της ευθύνης για την συντήρηση όλων των εγκαταστάσεων, εξοπλισμών και συστημάτων των κτηρίων. Για την συντήρηση των εγκαταστάσεων*

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

κρίνεται αναγκαία η επί τόπου παρουσία εξειδικευμένου τεχνικού προσωπικού, σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στην παράγραφο «ΠΡΟΣΩΠΙΚΟ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ, ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ» για την εκτέλεση των εργασιών του τεύχους «ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ». Η συμπλήρωση των βιβλίων επιθεωρήσεων–συντηρήσεων-επισκευών αποτελεί τεκμήριο για την πιστοποίηση των εργασιών. Την εκτέλεση όλων των απαιτούμενων πράξεων και την ανάληψη της ευθύνης για τον τακτικό έλεγχο, την λήψη προληπτικών μέτρων και την όπου απαιτείται δοκιμή καλής λειτουργίας των εγκαταστάσεων, εξοπλισμών και συστημάτων των κτηρίων. Την ανάληψη όλων των υποχρεώσεων και ευθυνών που ορίζει ο νόμος και είναι αναγκαίες για την λειτουργία, συντήρηση, πιστοποίηση και των οικοδομικών και ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων των κτηρίων. Την εργασία αντικατάστασης ανταλλακτικών και αναλωσίμων υλικών. Για την δαπάνη προμήθειας αυτών ισχύουν τα όσα ορίζονται στην παράγραφο « ΑΝΤΑΛΛΑΚΤΙΚΑ». Την υποχρέωση για εντός 24 ωρών διαθεσιμότητα και απόκριση του αναδόχου, προκειμένου να καλύπτονται έκτακτες ανάγκες και να αποκαθίστανται οι σχετικές βλάβες το δυνατόν άμεσα. Αναλυτικότερες πληροφορίες και περιγραφή των υπηρεσιών που περιλαμβάνονται στο παρόν έργο παρατίθενται στις παραγράφους που ακολουθούν. Οι Επισκευαστικές (Επιδιορθωτικές) εργασίες αναφέρονται σε όλες τις εγκαταστάσεις των κτηρίων και περιλαμβάνει: Την εκτέλεση όλων των απαιτούμενων πράξεων και την ανάληψη της ευθύνης για την επιδιορθωτική συντήρηση όλων των εγκαταστάσεων, εξοπλισμών και συστημάτων των κτηρίων. Την αντικατάσταση οποιουδήποτε ανταλλακτικού που οφείλεται σε φθορά και αναλώσιμο υλικού που απαιτείται για την καλή λειτουργία των εγκαταστάσεων. Την πραγματοποίηση των απαραίτητων διορθώσεων και την αποκατάσταση βλαβών, προκειμένου να λειτουργούν κανονικά οι εγκαταστάσεις».

11.Επειδή, ανεξαρτήτως του νομικού χαρακτηρισμού της διακήρυξης, ο (προέχων) χαρακτήρας της σύμβασης ως σύμβασης παροχής υπηρεσιών δεν αμφισβητείται ούτε από την προσφεύγουσα ούτε όμως και την αναθέτουσα αρχή, η οποία, ωστόσο ακόμη δεν έχει αποστείλει τις απόψεις της. Συνεπώς το Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ που εξετάζει την υπό κρίση προσφυγή δεν φαίνεται να δύναται να εξετάσει αυτεπαγγέλτως έτι περαιτέρω αν η παρούσα σύμβαση έχει τον χαρακτήρα σύμβασης υπηρεσίας ή έργου ή ακόμη και μικτής σύμβασης (αλλά και στην

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

τελευταία αυτή περίπτωση δεν αμφισβητείται ο προέχων χαρακτήρας αυτής ως σύμβασης παροχής υπηρεσιών) ώστε να αχθεί σε τυχόν διαφορετικό συμπέρασμα, γιατί θα υπερέβαινε τα όρια ελέγχου του, όπως διαγράφονται με τους νομικούς και πραγματικούς ισχυρισμούς της υπό κρίση προσφυγής καθώς και το αίτημά της.

12.Επειδή, ο όρος 3.1.3.3 της διακήρυξης απαιτεί στον υποφάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά», μεταξύ άλλων δικαιολογητικών, την προηγούμενη εγγραφή στο ΜΕΕΠ και πιο συγκεκριμένα, την ύπαρξη εργοληπτικού πτυχίου ΜΕΕΠ κατ' ελάχιστον 1ης τάξης για έργα κατηγορίας Οικοδομικών, Υδραυλικών και Η/Μ έργων (βλ. σελ. 36). Τα ανωτέρω δικαιολογητικά απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού του υποψηφίου. Πλέον συγκεκριμένα στη διακήρυξη προβλέπεται ότι: *«3.1.3[...]Συγκεκριμένα, η Τεχνική προσφορά υποχρεωτικά θα περιλαμβάνει ότι ζητείται στα Παραρτήματα Α-Γ και θα πληροί και θα τεκμηριώνει επαρκώς, με ποινή αποκλεισμού, τις παρακάτω προϋποθέσεις, κατά τη φάση συμμετοχής στο Διαγωνισμό: [...]3. Οι Τεχνίτες θα πρέπει να έχουν άδεια ασκήσεως επαγγέλματος και αποδεδειγμένη εμπειρία τουλάχιστον τελευταίων 5 ετών, σε ανάλογες κατασκευές ή συντηρήσεις ή επισκευές Ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων [...]Ο Ανάδοχος που θα αναλάβει τη συντήρηση-λειτουργία, προληπτική προγραμματισμένη συντήρηση και επισκευές με ή χωρίς ανταλλακτικά των Η/Μ κατάλληλα εξειδικευμένο προσωπικό[...] και να έχει: [...] Εργοληπτικό πτυχίο ΜΕΕΠ κατ' ελάχιστον 1ης τάξης για έργα κατηγορίας Οικοδομικών, Υδραυλικών και ΗΜ έργων [...]»*. Η απαίτηση της προσκόμισης εργοληπτικού πτυχίου ΜΕΕΠ για τη συγκεκριμένη κατηγορία εργασιών που προβλέπει η διακήρυξη προϋποθέτει την εγγραφή της (εργοληπτικής) επιχείρησης στο Μητρώο ΜΕΕΠ. Η ανωτέρω απαίτηση αν και δεν εντάχθηκε στο κεφάλαιο 2.3. της διακήρυξης όπου περιλαμβάνονται τα «ΕΛΑΧΙΣΤΑ ΕΠΙΠΕΔΑ ΙΚΑΝΟΤΗΤΩΝ ΥΠΟΨΗΦΙΩΝ ΑΝΑΔΟΧΩΝ» αλλά, εν πρώτοις, στο κεφάλαιο 3.1. [ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ (ΥΠΟ)ΦΑΚΕΛΟΥ «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ»] είναι εμφανές ότι αναφέρεται στην επαγγελματική επάρκεια, ως κριτήριο επιλογής, των υποψηφίων διαγωνιζομένων δεδομένου μάλιστα ότι ρητώς κατά τη διακήρυξη αποτελεί προϋπόθεση που πρέπει να πληρούται κατά τη φάση της συμμετοχής στο διαγωνισμό (βλ.ανωτ.).

13. Επειδή, στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 τίθενται από τον νομοθέτη τα κριτήρια επιλογής των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ήτοι σύμφωνα

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

με την παρ. 1 κατά αποκλειστικότητα α) η καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που πρέπει να διαθέτουν οι συμμετέχοντες. Στη δε παρ. 2, όπου ορίζεται ο τρόπος απόδειξης για την καταλληλότητα του υπό α) κριτηρίου επιλογής ήτοι της επαγγελματικής δραστηριότητας, γίνεται ρητή παραπομπή στο ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑ Α΄ Παράρτημα ΧΙ (βλ. σελ. 8075 του ΦΕΚ Α΄ 147) το οποίο για τις, διεξάγουσες τους υπαγόμενους στο κανονιστικό πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 δημόσιους διαγωνισμούς, αναθέτουσες αρχές προβλέπει δεσμευτικά και όχι κατ' επιλογή αυτών, πως στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων έργου τα επαγγελματικά Μητρώα είναι το «*Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων— ΜΕΕΠ*» του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων καθώς και τα νομαρχιακά μητρώα στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων έργων, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παρ. 1 του άρθρου 76, το «*Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο*» και το «*Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού*» στην περίπτωση των συμβάσεων προμηθειών, στην περίπτωση των συμβάσεων υπηρεσιών, ο πάροχος υπηρεσιών μπρεί να κληθεί να προβεί σε ένορκη δήλωση ενώπιον συμβολαιογράφου σχετικά με την άσκηση του συγκεκριμένου επαγγέλματος-στις περιπτώσεις που προβλέπει η ισχύουσα εθνική νομοθεσία, για την εκπόνηση μελετών και την προχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, τα επαγγελματικά μητρώα είναι το «*Μητρώο Μελετητών*» και το «*Μητρώο Γραφείων Μελετών*», σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παρ. 1 του άρθρου 77».

14.Επειδή, από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η προηγούμενη εγγραφή στο ΜΕΕΠ αποτελεί υποχρεωτική προϋπόθεση μόνο στην περίπτωση των συμβάσεων έργου ή έστω των συμβάσεων που έχουν ως προέχοντα χαρακτήρα τη σύμβαση έργου ενώ στην περίπτωση των συμβάσεων παροχής υπηρεσιών προβλέπονται άλλοι τρόποι απόδειξης της σχετικής επαγγελματικής ικανότητας. Στις περιπτώσεις δε κατά τις οποίες η υπό σύναψη σύμβαση δεν έχει προεχόντως χαρακτήρα δημόσιας σύμβασης έργου, ο αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό των υποψηφίων, ανεξαρτήτως μεγέθους, εξοπλισμού, δυναμικότητας και εμπειρίας, οι οποίοι δεν διαθέτουν εργοληπτικό πτυχίο πλην δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά δυνάμει ειδικών αδειών και πιστοποιητικών είναι παράνομος (βλ., μεταξύ άλλων, ΣτΕ 329/2007 σκ. 7). Πολύ περισσότερο είναι αντίθετη στο νόμο η συγκεκριμένη αίτηση για πιστοποίηση της επαγγελματικής ικανότητας των

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

διαγωνιζομένων, στις περιπτώσεις, όπως η συγκεκριμένη, που η υπό σύναψη σύμβαση δεν είναι μικτή και δεν αμφισβητείται η φύση της ως δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών (βλ. απόφαση 25/2017 ΑΕΠΠ).

15. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ο υπό κρίση όρος της διακήρυξης πιθανολογείται μη νόμιμος κατά παράβαση των θεμελιωδών αρχών της ισότητας στη μεταχείριση των διαγωνιζομένων και της αναλογικότητας όπως διαγράφονται από τα άρθρα 58 επ. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 75 επ. Ν.4412/2016 ([...]Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]), από τις όμοιες ρυθμίσεις των οποίων συνάγεται ότι κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις ανωτέρω διατάξεις της Οδηγίας καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής (άρθρο 58 2014/24/ΕΕ). Έτσι και στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, οι πληροφορίες που ζητούνται και το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Αυτό σημαίνει ότι: α) από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα β) το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (βλ. και κατευθυντήρια Οδηγία 13/απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι ζητούμενες από τη διακήρυξη πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας κι, αντιστοίχως του Νόμου.

16.Επειδή, στη συγκεκριμένη περίπτωση και υπό τα δεδομένα που προεκτέθηκαν, ιδίως, σχετικά με την φύση και το αντικείμενο της υπό κρίση σύμβασης, η απαίτηση για την προσκόμιση εργοληπτικού πτυχίου ΜΕΕΠ, ήτοι κι, εν τοις πράγμασι, η προηγούμενη εγγραφή στα Μητρώα ΜΕΕΠ, πιθανολογείται ως μη νόμιμη δεδομένου ότι :1. δεν προβλέπεται στις προδιαγραφές του Παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α΄ υποχρεωτική εγγραφή στο ΜΕΕΠ στις συμβάσεις υπηρεσιών, αντίθετα απαιτείται μόνο για την πιστοποίηση της επαγγελματικής ικανότητας στις συμβάσεις έργου,2. δεν φαίνεται να είναι συναφής με το αντικείμενο της σύμβασης, αφού αυτή αφορά προεχόντως την παροχή υπηρεσιών και όχι την εκτέλεση έργου 3. δεν φαίνεται να είναι αναγκαία ούτε ανάλογη με τις απαιτούμενες ως εκ του αντικειμένου της σύμβασης επαγγελματικές ικανότητες και 4. τελικά, οδηγεί στον αποκλεισμό, ανεξαρτήτως μεγέθους, εξοπλισμού, δυναμικότητας και εμπειρίας, των υποψηφίων, οι οποίοι, αν και δεν διαθέτουν εργοληπτικό πτυχίο, δραστηριοποιούνται στην σχετική αγορά βάσει άλλων αδειών και πιστοποιήσεων.

17.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, ο πρώτος λόγος της προσφυγής δεν παρίσταται προδήλως αβάσιμος αλλά, σε κάθε περίπτωση, η υπόθεση χρήζει ενδελεχούς μελέτης, η οποία δεν είναι δυνατόν να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

18.Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει ακόμη αποστείλει προς την ΑΕΠΠ τις απόψεις της, παραταύτα παραχώρησε προς το Κλιμάκιο που εξέτασε το παρόν αίτημα για αναστολή-λήψη προσωρινών μέτρων πλήρη πρόσβαση στο φάκελο της υπόθεσης, από τη μελέτη του οποίου προέκυψαν επαρκή στοιχεία για την εξέταση του συγκεκριμένου αιτήματος. Σε κάθε, όμως, περίπτωση η επί της ουσίας εξέταση

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

της προσφυγής τελεί υπό την επιφύλαξη της αποστολής των επί της ουσίας απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

19.Επειδή, δεδομένου ότι η παρούσα προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη και ο ανωτέρω πρώτος λόγος αυτής δεν παρίσταται προδήλως αβάσιμος, στο παρόν στάδιο παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων.

20.Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, το πλέον πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας στο σύνολό της (κατά το κύριο αίτημα της παρούσας αιτήσεως) και όχι μόνο των επιμέρους προσβαλλόμενων όρων (κατά το επικουρικό αίτημα αυτής), δεδομένου ότι κατά το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας πρόκειται να υποβληθούν τα δικαιολογητικά συμμετοχής/τεχνική προσφορά των υποψηφίων με αποτέλεσμα την αδυναμία συμμετοχής του προσφεύγοντος ή/ και τον αποκλεισμό του από το διαγωνισμό, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν, κάτι που με τη σειρά του θα έχει σαν αποτέλεσμα να καθίσταται αναποτελεσματική η προστασία που του παρέχεται με την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής Ν.4412/2016 στην περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής και ακύρωσης της διακήρυξης στο σύνολό της. Η αναστολή αυτή δε διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής άλλως μέχρι την τυχόν

Αριθμός Απόφασης: Α 57/2018

παραίτηση από αυτήν ή/και την ανάκληση της προσβαλλομένης από την αναθέτουσα αρχή.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και δημοσιεύτηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 12-2-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΙΔΟΥ