

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 31 Ιανουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων, το οποίο περιλαμβάνεται στην προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 23/12/2022 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1854/27-12-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην ..., οδός ... αρ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της πράξης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 472/13-12-2022 και με θέμα «Έγκριση 3ου Πρακτικού (διορθωμένου) ελέγχου δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου για την ανάθεση εκπόνησης της μελέτης ‘...’».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 113.787,39 (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό πρωτ. .../9-5-2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου για την εκπόνηση της σύμβασης «... (Σύμφωνα με την Α.Π.: .../20.12.2019)» εκτιμώμενης αξίας 113.787,39 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 10/5/2022 (ΑΔΑΜ: ...). Ως κριτήριο ανάθεσης

Αριθμός απόφασης: 277/2023

ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει σχέσης ποιότητας – τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 7η/6/2022.

3. Στις 26/5/2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού διευκρινιστικό ερώτημα με το εξής περιεχόμενο: «*Παρακαλούμε όπως μας διευκρινίσετε τα παρακάτω: 1) Στην παρ. 19.3β του τεύχους Διακήρυξης αναφέρεται ότι ο αριθμός των σχολικών μονάδων που απαιτούνται για την τεκμηρίωση της τεχνικής ικανότητας είναι 20, ενώ στην παρ. 22.2.3 αναφέρεται ότι ο αριθμός των σχολικών μονάδων που απαιτούνται για την τεκμηρίωση της τεχνικής ικανότητας είναι 25. Παρακαλούμε να διευκρινιστεί ποιο από τα δύο ισχύει. 2) Διευκρινίστε μας αν μπορούν, για την τεκμηρίωση της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, να συμπεριληφθούν και ενεργές συμβάσεις του 2022*». Όσον αφορά στο δεύτερο από τα παραπάνω ερωτήματα, η αναθέτουσα αρχή απάντησε, κοινοποιώντας την απάντησή της μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 27/5/2022, ως εξής: «*σε απάντηση του δεύτερου ερωτήματός σας, ενεργές συμβάσεις για τις οποίες υπάρχει συνολική ή και τμηματική εκτέλεση μέχρι την ημερομηνία του διαγωνισμού, γίνονται δεκτές*».

4. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν τελικά δύο (2) οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα και η ατομική επιχείρηση «...». Με την πράξη της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 365/4-10-2022 ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η προσφεύγουσα, η οποία κλήθηκε στις 10/10/2022 να προσκομίσει δικαιολογητικά κατακύρωσης. Με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής αποκλείστηκε η προσφεύγουσα, με την αιτιολογία ότι δεν απέδειξε με τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της Διακήρυξης και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης ο Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό με την εξής αιτιολογία: «*Επειδή, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών η Επιτροπή διεπίστωσε ότι ο φορέας δεν έχει υποβάλει τα απαιτούμενα στοιχεία τα οποία να βεβαιώνουν την ολοκλήρωση και παραλαβή μελετών για είκοσι σχολικά κτίρια (εντός της τριετίας 2019-2021) (πρβλ. άρθρο 19.3.β της Διακήρυξης) η Επιτροπή απηύθυνε (14.11.2022) μέσω της πλατφόρμας 'επικοινωνία' σχετική πρόσκληση για υποβολή των στοιχείων αυτών (κατά τα διαλαμβανόμενα στο*

Αριθμός απόφασης: 277/2023

άρθρο 103 του Ν. 4412/2016) εντός 10 ημερών. Ο φορέας ανταποκρίθηκε εμπρόθεσμα, και υπέβαλε (23.11.2022) το υπ' αρ. πρωτ. .../22.11.2022 έγγραφο της Δ.νσης Τεχνικών Υπηρεσιών του ... με θέμα 'Συνοπτικός έλεγχος πληρότητας και επάρκειας των επιμέρους τμημάτων της μελέτης '...'. Επειδή, κατά την Διακήρυξη, για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό τίθεται ως προϋπόθεση (πρβλ. άρθρο 19.3.β) 'Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα: κάθε προσφέρων μελετητής πρέπει να έχει συνάψει την τελευταία τριετία (2019-2021) κατ' ελάχιστο μία παρόμοια σύμβαση εκπόνησης μελετών πυροπροστασίας, η οποία να περιλαμβάνει τουλάχιστον αριθμό σχολικών μονάδων ίσο με το 40%, αυτών που περιλαμβάνονται στην παρούσα διακήρυξη, ήτοι ίσο με 20 σχολικές μονάδες, η οποία σύμβαση να έχει ολοκληρωθεί και παραληφθεί, εμπειρία (τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), η οποία οφείλει να αποδεικνύεται για το χρονικό διάστημα μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή έκρινε ότι με την εν λόγω βεβαίωση δεν αποδεικνύεται η ζητούμενη εμπειρία του οικονομικού φορέα και με την ως άνω βεβαίωση του ..., πλην του γεγονότος ότι δεν προκύπτει με σαφήνεια η ολοκλήρωση και παραλαβή της σύμβασης που μνημονεύει, αφορά χρόνο μεταγενέστερο του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης και κατά συνέπεια η οποιαδήποτε εμπειρία δεν αποδεικνύεται ότι συνέτρεχε στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα μέχρι την ως άνω δημοσίευση, απορρίπτει τη συμμετοχή του φορέα, με συνέπεια να καταπίπτει υπέρ του κυρίου του έργου (πρβλ. άρθρο 5.δ.iii) η εγγυητική επιστολή συμμετοχής (υπ' αρ. .../02.6.2022 ΤΜΕΔΕ)». Η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 15/12/2022.

5. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (μελέτη), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού.

Αριθμός απόφασης: 277/2023

6. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον βάλλοντας κατά της απόφασης αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό και κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής.

7. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στον ενδεχόμενο θιγόμενο οικονομικό φορέα στις 4/1/2023 και υπέβαλε απόψεις επ' αυτής στις 13/1/2023 εκπρόθεσμα, ήτοι μετά την πάροδο της αποκλειστικής, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 παρ. 1 και 8 ν. 4412/2016, δεκαπενθήμερης προθεσμίας. Κατά συνέπεια, οι απόψεις δεν λαμβάνονται υπόψη και, ως εκ τούτου, παρέλκει η εξέταση των προβαλλόμενων προς αντίκρουσή τους ισχυρισμών της προσφεύγουσας, οι οποίοι περιέχονται στο συμπληρωματικό υπόμνημά της.

8. Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη είναι παράνομη, κατά το μέρος της που την απέκλεισε από τον διαγωνισμό με την προπαρατεθείσα αιτιολογία, διότι: α) βάσει της διευκρίνισης της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 27/5/2022, γίνονταν δεκτές για την απόδειξη της απαιτούμενης εμπειρίας και «ενεργές» συμβάσεις, όρος που, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, δεν περιλαμβάνει την ολοκλήρωση και παραλαβή των συμβάσεων, β) ο χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης, ούτε πριν ούτε μετά τις διευκρινίσεις, υπήρξε ποτέ κρίσιμος χρόνος αναζήτησης του εάν συντρέχει ή όχι στο πρόσωπο του υποψηφίου η απαιτούμενη ειδική εμπειρία, γ) δυνάμει της χορηγηθείσας από την αναθέτουσα αρχή διευκρίνισης θεωρήθηκε αποδεκτή, για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, εμπειρία τμηματικής εκτέλεσης ενεργής σύμβασης, αρκεί το εκτελεσθέν αντικείμενο να αφορά σε είκοσι (20) τουλάχιστον σχολικές μονάδες, χωρίς να απαιτηθεί ούτε έγκριση των τμηματικώς παραδοθεισών αυτοτελών ανά σχολική μονάδα μελετών, ούτε παραλαβή τους. Ειδικότερα, όσον αφορά στην κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής της, η προσφεύγουσα προβάλλει τον επικουρικό ισχυρισμό ότι, σε κάθε περίπτωση, αυτή επήλθε μη νόμιμα, διότι η ίδια καλόπιστα πίστευε ότι πληρούσε το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την παραδεκτή συμμετοχή της στον διαγωνισμό και ως εκ τούτου, η μη πλήρωσή του με βάση την ερμηνεία των οικείων όρων της Διακήρυξης από την αναθέτουσα αρχή, δεν μπορεί να άγει στην επαχθή συνέπεια της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής.

Αριθμός απόφασης: 277/2023

9. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012), ορίζει, σχετικά με τα τιθέμενα ζητήματα, τα εξής: «2.3 Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως την 31.5.2022, η αναθέτουσα αρχή παρέχει σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, το αργότερο έως την 03.6.2022. Απαντήσεις σε τυχόν διευκρινίσεις που ζητηθούν, αναρτώνται στον δημόσια προσβάσιμο ηλεκτρονικό χώρο του διαγωνισμού στην προαναφερόμενη πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ-Δημόσια Έργα μαζί με τα υπόλοιπα έγγραφα της σύμβασης προς ενημέρωση των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι είναι υποχρεωμένοι να ενημερώνονται με δική τους ευθύνη μέσα από τον υπόψη ηλεκτρονικό χώρο. Η αναθέτουσα αρχή παρατείνει την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα, δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο τέσσερις (4) ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών, β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης θα είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών που ζητήθηκαν ή των αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, η παράταση της προθεσμίας εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής.

2.4 Τροποποίηση των όρων της διαγωνιστικής διαδικασίας (πχ αλλαγή/μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών καθώς και σημαντικές αλλαγές των εγγράφων της σύμβασης, σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο), δημοσιεύονται στο ΚΗΜΔΗΣ. ... Άρθρο 5: Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/Κατακύρωση/Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης. γ) Αν δεν υποβληθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, ηλεκτρονικά ή σε έντυπη μορφή, ηλεκτρονικά ή σε έντυπη μορφή, εφόσον απαιτείται σύμφωνα με τα ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό

Αριθμός απόφασης: 277/2023

ανάδοχο μέσω της λειτουργικότητας της "Επικοινωνία" να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα, ή να παράσχει διευκρινίσεις με την έννοια του άρθρου 102 ν. 4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν. ... Αν, κατά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι: i) τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία ή ii) αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, ή iii) αν από τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα 17, 18, 19 και 22 της παρούσας, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας. ... 15.1 Εγγύηση συμμετοχής στο διαγωνισμό. Για τη συμμετοχή στη διαδικασία απαιτείται η κατάθεση εγγύησης συμμετοχής, ποσού δύο χιλιάδων διακοσίων εβδομήντα πέντε ευρώ (2.275,00 €). ... Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει, αν ο προσφέρων: ... δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα στο άρθρο 22 της παρούσας δικαιολογητικά στις περιπτώσεις των παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 103 του ν. 4412/2016, περί πρόσκλησης για υποβολή δικαιολογητικών από τον προσωρινό ανάδοχο, αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, σύμφωνα με τα άρθρο 5δ) της παρούσας, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΕΕΕΣ είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, ή αν, από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 18 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. ... 19.3 Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα. Κάθε προσφέρων μελετητής πρέπει: ... (β) να έχει συνάψει την τελευταία τριετία (2019-2021) κατ' ελάχιστο μία παρόμοια σύμβαση εκπόνησης μελετών πυροπροστασίας, η οποία να περιλαμβάνει τουλάχιστον αριθμό σχολικών μονάδων ίσο με το 40%, αυτών

Αριθμός απόφασης: 277/2023

που περιλαμβάνονται στην παρούσα διακήρυξη, ήτοι ίσο με 20 σχολικές μονάδες, η οποία σύμβαση να έχει ολοκληρωθεί και παραληφθεί ... Άρθρο 22: Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Α. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίζονται στην παρούσα διακήρυξη, κρίνονται α) κατά την υποβολή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του παρόντος άρθρου, σύμφωνα με το άρθρο 5 (α και β) της παρούσας, γ) κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης σύμφωνα με το άρθρο 8.1 της παρούσας. ... 22.2.3 Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αποδεικνύεται ως ακολούθως: ... Για την περίπτωση του άρθρου 19.3 (β) αντίγραφο σύμβαση εκπόνησης μελετών πυροπροστασίας, η οποία να περιλαμβάνει τουλάχιστον αριθμό σχολικών μονάδων ίσο με το 30% (25 σχολικές μονάδες), αυτών που περιλαμβάνονται στην παρούσα διακήρυξη».

10. Από το κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης και συγκεκριμένα από το άρθρο 19.3.β', όπως διασαφηνίστηκε με την διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 27/5/2022, προκύπτει ότι, για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό, οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να επικαλεστούν εμπειρία από μία τουλάχιστον σύμβαση με τα εξής χαρακτηριστικά: α) να έχει συναφθεί εντός της τριετίας 2019 έως 2021, με δυνατότητα να είναι ενεργή κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, β) να έχει ως αντικείμενο την εκπόνηση μελετών πυροπροστασίας, γ) να αφορά σε τουλάχιστον είκοσι (20) σχολικές μονάδες, δ) η σύμβαση να έχει ολοκληρωθεί και παραληφθεί. Η διευκρινιστική απάντηση της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 27/5/2022 διασαφηνίσε μεν ότι η εμπειρία μπορεί να προέρχεται από συμβάσεις ενεργές, υπό την έννοια ότι εξακολουθούν να βρίσκονται σε ισχύ, με την προϋπόθεση ότι το απαιτούμενο για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής της προκειμένης Διακήρυξης αντικείμενο έχει εκτελεστεί συνολικά ή τμηματικά, μέχρι τη διενέργεια του διαγωνισμού. Η αναθέτουσα αρχή επιβεβαίωσε, έτσι, την απαίτηση της Διακήρυξης να έχουν ολοκληρωθεί και παραληφθεί οι κρίσιμες για την απόδειξη της εμπειρίας των οικονομικών φορέων μελέτες.

11. Περαιτέρω, ενόψει του άρθρου 22 της Διακήρυξης, το οποίο στοιχεί προς το άρθρο 104 ν. 4412/2016, η συνδρομή του κριτηρίου επιλογής πρέπει να συντρέχει σε τρία χρονικά σημεία, ήτοι κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατά τον χρόνο

Αριθμός απόφασης: 277/2023

σύναψης της σύμβασης. Προκύπτει, επομένως, από τον συνδυασμό των παραπάνω όρων της Διακήρυξης, ότι το αντικείμενο των επικαλούμενων από τους οικονομικούς φορείς συμβάσεων, οι οποίες πρέπει να έχουν συναφθεί από το 2019 έως το 2021, πρέπει να έχει οπωσδήποτε ολοκληρωθεί και παραληφθεί κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, άλλως δεν πληρούται το επίμαχο κριτήριο επιλογής κατά το κρίσιμο αυτό χρονικό σημείο. Ωστόσο, είναι νομικά αδιάφορο εάν το αντικείμενο των επικαλούμενων συμβάσεων είχε ολοκληρωθεί και παραληφθεί κατά τον χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης, διότι το χρονικό σημείο αυτό δεν είναι ένα από τα κρίσιμα κατά τις διατάξεις της Διακήρυξης και του νόμου, για τον έλεγχο της συνδρομής των κριτηρίων επιλογής.

12. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, με την απάντησή της στο ερώτημα της προσφεύγουσας με ημερομηνία 26/5/2022, η αναθέτουσα αρχή διευκρίνισε ότι γίνονται δεκτές ενεργές συμβάσεις, αλλά δεν επέφερε τροποποιήσεις στις διατάξεις της Διακήρυξης. Και τούτο, διότι, πέραν του διευκρινιστικού περιεχομένου της, η απάντηση της αναθέτουσας αρχής δεν μπορεί να θεωρηθεί ως τροποποίηση όρων της Διακήρυξης, διότι, για να επέλθει μία τέτοια μεταβολή, η διευκρίνιση έπρεπε να έχει δημοσιευθεί, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 2.4 της Διακήρυξης, στο ΚΗΜΔΗΣ.

13. Στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα υπέβαλε με τον φάκελο δικαιολογητικών κατακύρωσης, προς απόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου εμπειρίας, την συναφθείσα στις 11/5/2022 σύμβαση με τον ... για την «...» που αφορά σε πενήντα εννέα (59) σχολικές μονάδες. Στις 14/11/2022 η αναθέτουσα αρχή ζήτησε, με επίκληση του άρθρου 103 ν. 4412/2016, να προσκομιστούν βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης της σύμβασης. Στις 23/11/2022, η προσφεύγουσα υπέβαλε: α) αποδεικτικό υποβολής των μελετών με αριθμό πρωτ. εισερχομένου του ... 7249/3-6-2022 και β) το έγγραφο του Προϊσταμένου της Τεχνικής Υπηρεσίας του ... με αριθμό πρωτ. 15356/22-11-2022 και με θέμα «Συνοπτικός έλεγχος πληρότητας και επάρκειας των επιμέρους τμημάτων της μελέτης με τίτλο: 'Εκπόνηση Μελετών Πυροπροστασίας στις σχολικές μονάδες του ...' (Αρ. Μελ. .../2021), της εταιρείας '...', με διακριτικό τίτλο '...', για την εφαρμογή της παραγράφου 2γ. του άρθρου 187 του Ν. 4412/2016». Με το έγγραφο αυτό οι επιβλέποντες μηχανικοί της παραπάνω σύμβασης βεβαιώνουν στις 22/11/2022 ότι «*κατόπιν*

Αριθμός απόφασης: 277/2023

συνοπτικού ελέγχου της πληρότητας και επάρκειας των παραδοτέων των επιμέρους τμημάτων της Μελέτης, ο οποίος διενεργήθηκε σύμφωνα με τα οριζόμενα στο εγκεκριμένο χρονοδιάγραμμα της σύμβασης, δύναται να καταβληθεί στον ανάδοχο ποσοστό 70% της συμβατικής αμοιβής του, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 2γ. του άρθρου 187 του Ν. 4412/2016».

14. Όπως προαναφέρθηκε, η αναθέτουσα αρχή απέκλεισε την προσφεύγουσα και αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, επειδή από τα προσκομισθέντα έγγραφα δεν αποδείχτηκε η πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 19.3.β' της Διακήρυξης, με την ειδικότερη αιτιολογία ότι η απαιτούμενη εμπειρία δεν είχε αποκτηθεί κατά τον χρόνο πριν τη δημοσίευση της Διακήρυξης, αφού δεν είχαν ολοκληρωθεί και παραληφθεί οι μελέτες κατά τον χρόνο εκείνο.

15. Η προσφεύγουσα προβάλλει, κατ' αρχάς, ότι, βάσει της διευκρίνισης της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 24/5/2022 που προπαρατέθηκε, γίνεται δεκτή και εμπειρία από «ενεργές» συμβάσεις, ήτοι, κατά τους ισχυρισμούς της, συμβάσεις που δεν έχουν ολοκληρωθεί και παραλειφθεί, οπότε θα χαρακτηρίζονταν «εκκαθαρισμένες». Ενόψει όσων έγιναν δεκτά παραπάνω (βλ. σκέψεις 10-12), ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος, διότι από τον όρο 19.3.β' της Διακήρυξης και τη διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής με ημερομηνία 27/5/2022 προκύπτει ότι, για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής, απαιτείτο να έχουν ολοκληρωθεί και παραληφθεί οι κρίσιμες μελέτες, ήτοι μελέτες πυροπροστασίας για τουλάχιστον είκοσι (20) σχολικές μονάδες, έστω και εάν η σύμβαση εξακολουθούσε να βρίσκεται σε ισχύ κατά τη διενέργεια του διαγωνισμού. Η δε έννοια της παραλαβής του αντικειμένου δημόσιας σύμβασης είναι νομικός όρος που απαντάται στον ν. 4412/2016, και συγκεκριμένα για τις συμβάσεις μελετών στο άρθρο 189 που προσδιορίζει τα αρμόδια όργανα και τη διαδικασία παραλαβής των μελετών, ώστε δεν καταλείπεται αμφιβολία για την έννοιά της ούτε έρχεται αυτή σε αντίθεση με την αποδοχή από την αναθέτουσα αρχή ενεργών κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού συμβάσεων, με την προϋπόθεση της ολοκλήρωσης και παραλαβής του κρίσιμου για την απόδειξη της εμπειρίας στον προκείμενο διαγωνισμού συμβατικού αντικειμένου (εκπόνηση μελετών

Αριθμός απόφασης: 277/2023

για τουλάχιστον είκοσι (20) σχολικές μονάδες). Επομένως, ο προκείμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

16. Ανεξαρτήτως, όμως, του εάν η επικαλούμενη σύμβαση πληροί κατά τα λοιπά τις προϋποθέσεις του άρθρου 1 9.3.β' της Διακήρυξης, και ιδίως εάν από τα προαναφερθέντα έγγραφα προκύπτει πράγματι παραλαβή των κρίσιμων μελετών σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 στις 22/11/2022, η αιτιολογία της προσβαλλομένης δεν είναι νόμιμη και σύμφωνη με τη Διακήρυξη, όπως βάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, διότι το επίμαχο κριτήριο εμπειρίας δεν απαιτείτο από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού να πληρούται κατά τον χρόνο δημοσίευσης της Διακήρυξης, όπως εσφαλμένα και σε αντίθεση με τους προπαρατεθέντες ρητούς όρους της Διακήρυξης, έκριναν τα όργανα της αναθέτουσα αρχή. Επομένως, κατ' αποδοχή του δεύτερου ισχυρισμού της προσφεύγουσας, ότι, δηλαδή, ο χρόνος δημοσίευσης της Διακήρυξης δεν είναι κρίσιμος για τον έλεγχο της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής τόσο κατά το μέρος του αποκλεισμού της προσφεύγουσας με την προπαρατεθείσα μη νόμιμη αιτιολογία όσο και κατά την επακόλουθη συνέπεια της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Κατά συνέπεια, παρέλκει η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων ισχυρισμών και λόγων της προδικαστικής προσφυγής.

17. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31 Ιανουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 20 Φεβρουαρίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ