

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 13/04/2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 06/03/2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 309/07.03.2023 της ένωσης εταιρειών, με την επωνυμία «... ...», νομίμως εκπροσωπούμενης, ως και των ως άνω μελών αυτής, νομίμως εκπροσωπούμενων, (εφ' εξής «προσφεύγουσα»).

Κατά του ... ..., (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η διακήρυξη ανοικτής δημοπρασίας του έργου «ΕΠΕΚΤΑΣΗ ... ΟΔΟΥ ΤΜΗΜΑ: ... - ...» κατά το μέρος, που αφορά στις πρόσθετες απαιτήσεις και στους όρους περί Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης, της Επαγγελματικής και Τεχνικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης και της στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία) του άρθρου 22.ΣΤ, κατά τα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή, ως και κάθε όρος, που παρακωλύει την άθροιση των ικανοτήτων και προσόντων των συμμετεχόντων σε ένωση οικονομικών φορέων, να επιστραφεί δε το καταβληθέν παράβολο.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή**

**Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθμό πρωτοκόλλου .../31-01-2023 απόφασης .... (Δ13) εγκρίθηκαν τα τεύχη δημοπράτησης, για την επιλογή αναδόχου του έργου «ΕΠΕΚΤΑΣΗ ... ΟΔΟΥ ΤΜΗΜΑ: ... - ...». Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) με αξιολόγηση μελέτης. Σύμφωνα με το άρθρο 11.3. της διακήρυξης, «Αντικείμενο του έργου είναι η κατασκευή του τμήματος της ... ... από τη συμβολή της με την ... ... μέχρι την

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

... και τα ... σύνορα. Το έργο περιλαμβάνει δύο (2) υποτομήματα: - Υποτομήμα 1: ... - .... Με αρχή το τέλος της σύμβασης παραχώρησης (Χ.Θ. 4+800) και πέρας το τέλος του ΑΚ .. (Χ.Θ. 51+237,37) και συνολικό μήκος 46,4 χλμ. νέας χάραξης. Στο υποτομήμα περιλαμβάνονται έξι (6) Ανισόπεδοι Κόμβοι, εκ των οποίων ο ΑΚ Κ3 ... (Χ.Θ. 21+940 - Χ.Θ. 23+441) αποτελεί την Προαίρεση 1, μήκους 1,47χλμ. - Υποτομήμα 2: ... - .... Με αρχή το πέρας του ΑΚ ... (Χ.Θ. 51+237,37) και πέρας τον ... σταθμό ... (Χ.Θ. 74+ 349,66) και συνολικό μήκος 23,11 χλμ., προβλέπεται η αναβάθμιση της υφιστάμενης οδού, που αποτελεί την Προαίρεση 2.». Η Διακήρυξη του διαγωνισμού καταχωρίστηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου έλαβε συστημικό αριθμό ..., την 10.02.2023 και δημοσιεύθηκε στον έντυπο τύπο, σύμφωνα με τις διατάξεις που διέπουν την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Αρχικώς, ορίστηκε καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών η 14<sup>η</sup>-03-2023, ημέρα Τρίτη και ώρα 11:00 π.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η 16<sup>η</sup>-03-2023, ημέρα Πέμπτη και ώρα 11.00 π.μ.. Συναφώς υποβλήθηκαν αιτήματα από ενδιαφερόμενους Οικονομικούς Φορείς, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.-ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΡΓΑ, περί χορήγησης διευκρινίσεων επί των Τευχών Δημοπράτησης καθώς και παράτασης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, ώστε να υπάρξει ο απαραίτητος χρόνος προετοιμασίας των προσφορών. Με την υπ. αρ. 78003/12-03-2023 απόφαση της αναθέτουσας Αρχής (ΑΔΑ: ...-...), μετατέθηκε η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και η ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης έργου, με τίτλο «Επέκταση ... Οδού Τμήμα: ... - ...», με Α/Α διαγωνισμού ... "Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.- ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΡΓΑ", για την Τρίτη, 28 Μαρτίου 2023, ώρα 11:00 π.μ. (ώρα Ελλάδος) και την Πέμπτη, 30 Μαρτίου 2023, ώρα 11:00 π.μ. (ώρα Ελλάδος), αντίστοιχα, και τροποποιήθηκαν οι όροι της διακήρυξης (αρ. πρωτ. έγκρισης 33088/31.01.2023, ΑΔΑΜ ...-02-01, ΑΔΑ:....-... Απόφαση Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών), ως ακολούθως: Το πρώτο εδάφιο της παρ. 2.3 του άρθρου 2 αντικαταστάθηκε ως εξής : «Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως την 16η.03.2023 η Αναθέτουσα Αρχή παρέχει σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, το αργότερο στις 22.03.2023». Τα δύο πρώτα εδάφια του

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

άρθρου 18 αντικαταστάθηκαν ως εξής: «Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίστηκε η: 28/03/2023, ημέρα Τρίτη και ώρα 11:00 π.μ. Ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η: 30/03/2023, ημέρα Πέμπτη και ώρα 11:00 π.μ.». Το πρώτο εδάφιο της παρ. 15.3, του άρθρου 15, αντικαταστάθηκε ως εξής: «Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, ήτοι μέχρι 28.10.2024, άλλως η προσφορά απορρίπτεται». Κατά τα λοιπά, εξακολουθούσε να ισχύει η υπ' αρ. πρωτ. 33088/31.01.2023 (ΑΔΑΜ: ... 2023-02-01, ΑΔΑ: ...-...) Απόφαση Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών. Με το υπ. αρ. 78004/12-03-2023 έγγραφό της, η αναθέτουσα Αρχή (ΔΟΥ) απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ./5ο Κλιμάκιο, τις απόψεις της, επί της υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 309/07-03-2023 προδικαστικής προσφυγής και αιτήματος αναστολής προσωρινών μέτρων της Ένωσης οικονομικών φορέων, με την επωνυμία: "... ... ..", η οποία στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ... 2023-02-09 Διακήρυξης του ....., στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και με αντικείμενο «Επέκταση ... Οδού Τμήμα: ... - ...». Το ως άνω έγγραφό της, η αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε και μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού του συστήματος "ΕΣΗΔΗΣ-ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΡΓΑ" προς όλους τους ενδιαφερόμενους Οικονομικούς Φορείς και το ανήτησε στα συνημμένα του διαγωνισμού. Με την από 13/03/2023 υπ. αρ. Α236/2023 απόφαση του 5ου ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ανεστάλη, εν συνόλω, η εξέλιξη της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής. Με το υπ' αρ. Δ11/81469/14-03-2023 έγγραφο της Δ/σης Διαγωνισμών Δημοσίων Έργων, το υποσύστημα Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.-ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΡΓΑ, από Τρίτη 14/03/2023 και ώρα 18:00 έως και Πέμπτη 23/03/2023 και ώρα 18:00, τέθηκε εκτός λειτουργίας, προκειμένου να εκτελεσθούν εργασίες αναβάθμισης. Τέλος, με την από 27/03/2023 απόφαση της αναθέτουσας Αρχής αποφασίσθηκε η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών και της ημερομηνίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης έργου με τίτλο «Επέκταση ... Οδού Τμήμα: ... - ...», με α.α. διαγωνισμού ... ΕΣΗΔΗΣ- ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΡΓΑ, για την Τρίτη, 9 Μαΐου 2023, ώρα 11:00 π.μ. (ώρα Ελλάδος) και την Πέμπτη, 11 Μαΐου 2023,

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

ώρα 11:00 π.μ. (ώρα Ελλάδος), αντίστοιχα, και η τροποποίηση όρων του Τεύχους της Διακήρυξης, η οποία εγκρίθηκε με την υπ' αρ. πρωτ. 33088/31.01.2023 (ΑΔΑΜ: ... 2023-02-01, ΑΔΑ: ...- ...) Απόφαση Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών, ως ακολούθως: (α) Το πρώτο εδάφιο της παρ. 2.3, του άρθρου 2, αντικαθίσταται ως εξής: «Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως την 24η/04/2023 η Αναθέτουσα Αρχή παρέχει σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, το αργότερο στις 03/05/2023». (β) Τα δύο πρώτα εδάφια του άρθρου 18 αντικαθίστανται ως εξής: «Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίζεται η: 09/05/2023, ημέρα Τρίτη και ώρα 11:00 π.μ. Ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίζεται η: 11/05/2023, ημέρα Πέμπτη και ώρα 11:00 π.μ.» (γ) Το πρώτο εδάφιο της παρ. 15.3, του άρθρου 15, αντικαθίσταται ως εξής: «Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου 19 της παρούσας, ήτοι μέχρι 09/12/2024, άλλως η προσφορά απορρίπτεται».

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχουν καταβληθεί τα νόμιμα e-παράβολα, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικούς ... (... ...), ... (...), ... (...), ... (...-...), e-Παράβολο συνολικής αξίας 15.000,00 €, ομού με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γ.Γ.Π.Σ., όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, όσον αφορά στη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτήν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στην διαδικασία επιλογής του

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

αναδόχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣΤΕ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

5. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφ' όσον παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων, που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται, για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στον διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, Stadt Halle, σκέψη 40). Συνεπώς, η προσφεύγουσα έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, ως βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης, οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούουν στο εθνικό και ενωσιακό δίκαιο και καθιστούν αδύνατη την συμμετοχή της στον διαγωνισμό, στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει, ή την δυσχεραίνει ουσιωδώς.

6. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, με τις από 12/03/2023 απόψεις της επί του αιτήματος της προσφυγής, αιτείται την απόρριψή του, υποστηρίζοντας μεταξύ άλλων, ότι *«Εν προκειμένω στα άρθρα 22.Γ (8) και 22.Δ.2 (i και ii) της διακήρυξης του εν λόγω έργου, η οποία διέπεται από τις διατάξεις της οδηγίας 2014/24/ΕΕ η αναθέτουσα αρχή έχει πράγματι απαιτήσει να καλύπτει το επίπεδο ορισμένων ικανοτήτων από έναν και μόνο οικονομικό φορέα ή από ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης οικονομικών φορέων. Όλες οι αναφερόμενες στα άνω άρθρα απαιτήσεις συνδέονται με το αντικείμενο, τη σπουδαιότητα και την ιδιαιτερότητα της επίμαχης σύμβασης και ότι Εν όψει των ανωτέρω, όσα αναφέρει η προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων περί έλλειψης πλήρους και επαρκούς αιτιολογίας είναι απορριπτέα ως αβάσιμα, δεδομένου ότι η αιτιολογία μιας πράξης μπορεί να προκύπτει και από τα στοιχεία του φακέλου χωρίς να είναι αναγκαίο να περιλαμβάνεται στο σώμα της»*.

7. Επειδή, η απόφαση του ΣΤΕ υπ' αριθ. 1245/2022, στις σκέψεις 16 έως και 22 αυτής, προσδιόρισε μεταξύ άλλων τον τρόπο, με τον οποίο η

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

αναθέτουσα Αρχή μπορεί θεμιτά ν' απαιτήσει ώστε όλα τα μέλη μιας συμμετέχουσας στον διαγωνισμό ένωσης να πληρούν ορισμένο κριτήριο ποιοτικής επιλογής, εφ' όσον αυτή (η αναθέτουσα Αρχή) αιτιολογήσει επαρκώς την σχετική απαίτηση, με αναφορά στο αντικείμενο και στις ειδικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Κατά την έννοια αυτή, κρίθηκε ειδικώς, όσον αφορά στην απαίτηση κατοχής πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, ότι η αναγνωριζόμενη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας Αρχής ευρίσκει πεδίο εφαρμογής ιδίως στις περιπτώσεις, όπου τα μέλη της υποψήφιας ένωσης προτίθενται, σύμφωνα με την έκταση και το είδος της συμμετοχής τους στο συμμετοχικό σχήμα, ν' αναλάβουν από κοινού την παροχή της συγκεκριμένης υπηρεσίας, για την οποία απαιτείται η ζητούμενη πιστοποίηση, ενώ, αντιθέτως, δεν ευρίσκει πεδίο εφαρμογής στην περίπτωση, κατά την οποία τα μέλη της υποψήφιας ένωσης κατανέμουν τις υπό ανάθεση υπηρεσίες μεταξύ τους κατά τέτοιο τρόπο, ώστε μόνον ένα μέλος αυτής θα παρέχει την υπηρεσία, η οποία συνδέεται με την ζητούμενη πιστοποίηση, υφισταμένης αντιδιαστολής μεταξύ του γενικού κανόνα, σύμφωνα με τον οποίο, μία, υποβάλλουσα προσφορά, ένωση στηρίζεται, νομίμως, αποκλειστικώς στην πιστοποίηση, που διαθέτει ένα μόνο μέλος αυτής, το οποίο και θα παράσχει την συγκεκριμένη υπηρεσία, και της περίπτωσης, που, εφ' όσον όλα τα μέλη της ένωσης θα εκτελέσουν από κοινού την επίμαχη υπηρεσία, εξ αιτίας των εγγενών ιδιαιτεροτήτων και της φύσης της, νομίμως και συμφώνως προς την αρχή της αναλογικότητας, της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διακρίσεων, μπορεί η αναθέτουσα Αρχή ν' απαιτεί την κατοχή της πιστοποίησης από όλα τα μέλη αυτής.

8. Επειδή, εν προκειμένω, κατόπιν της επισκόπησης του σχετικού φακέλλου, ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής, ήτοι την παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και την προσθήκη «πρόσθετων όρων χωρίς αιτιολογία», κρίνονται τα εξής. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι *«Η παραπομπή 140 της διακήρυξης, που αφορά στα κριτήρια επιλογής των άρθρων 22.Β - 22.Δ αυτής, ορίζει ότι: «Επισημαίνεται ότι όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, πλην της καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας (αρ. 75 παρ. 2 σε συνδυασμό με το αρ. 76 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει), είναι προαιρετικά για την*

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

αναθέτουσα αρχή και πρέπει να σχετίζονται και να είναι ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης (άρθρο 75 παρ. 1 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει). Σε κάθε περίπτωση, πρέπει να διαμορφώνονται κατά τρόπο, ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στους διαγωνισμούς. Τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22.Β -22.Ε εξετάζονται κατά τη διαδικασία ελέγχου της καταλληλότητας του προσφέροντος να εκτελέσει τη σύμβαση (κριτήρια "on/off")». Στο πλαίσιο αυτό, η ένταξη πρόσθετων κριτηρίων και όρων επιλογής δεν εναπόκειται στην ανέλεγκτη βούληση της αναθέτουσας αρχής αλλά, όπως ορίζεται στις προαναφερθείσες διατάξεις του ν. 4412/2016, στα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων και στην παραπομπή 140 της προσβαλλόμενης διακήρυξης, πρέπει να γίνεται εντός συγκεκριμένων ορίων ώστε να τηρούνται οι αρχές της αναλογικότητας, της ισότητας της μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της αποφυγής διακρίσεων και να μην περιορίζεται τεχνητά ή υπερβολικά η ανάπτυξη του ελεύθερου ανταγωνισμού». Από την ανάλυση του επίμαχου φακέλλου προκύπτει, ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη στα άρθρα 22.Γ και 22.Δ εμπεριέχει πρόσθετους όρους και απαιτήσεις με τρόπο που περιορίζει αναίτιολόγητα τους δυνάμενους να συμμετάσχουν, μεταξύ των οποίων και την προσφεύγουσα, κατά τρόπο δυσανάλογο με το υπό δημοπράτηση αντικείμενο. Ειδικότερα, στο άρθρο 22.Δ.2.(i) απαιτείται, ταυτόχρονα και σωρευτικά, εμπειρία σε κατασκευή 25 χιλιομέτρων αυτοκινητοδρόμου ή/και 25 χιλιομέτρων οδού ελαχίστου συνολικού εύρους ασφαλτικού οδοστρώματος, για κάθε κατεύθυνση κυκλοφορίας, 6,50μ, που θα περιλαμβάνει μία γέφυρα ελάχιστου μήκους 100 μέτρων, ενώ, σύμφωνα με το άρθρο 11.3 της διακήρυξης, ορίζεται ότι «Στο Έργο εφαρμόζεται η Τυπική Διατομή 4v\*σ στις περιοχές των Ανισόπεδων Κόμβων και η Τυπική Διατομή β(2+1)v\* στα ενδιάμεσα τμήματα της χάραξης» και συνεπώς το ειδικό κριτήριο, που τίθεται μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, για οδό με ελάχιστο συνολικό εύρος ασφαλτικού οδοστρώματος για κάθε κατεύθυνση κυκλοφορίας 6,50μ., ήτοι συνολικά 13,00μ., είναι μεγαλύτερο και κατά συνέπεια σαφώς δυσανάλογο ως προς το πλάτος οδοστρώματος της τυπικής διατομής β2σ (11μ.), που εφαρμόζεται στο δημοπρατούμενο έργο. Τούτο, κατά τα προδιαληφθέντα, συνεπάγεται, ότι ένωση, όπου ένα μέλος έχει εκτελέσει 12 χιλιόμετρα αυτοκινητοδρόμου που περιλαμβάνει γέφυρα 300 μέτρων και

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

σήραγγα 500 μέτρων εντός της τελευταίας δεκαετίας και έτερο έργο με αυτοκινητόδρομο 10 χιλιομέτρων, δεν γίνεται αποδεκτή, ακόμη κι αν έτερο μέλος της εν λόγω ένωσης έχει εμπειρία σε αυτοκινητόδρομο 20 χιλιομέτρων χωρίς γέφυρα και σήραγγα, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Παράλληλα, τόσο το άρθρο 22.Δ όσο και το άρθρο 22.Γ καθορίζουν την άθροιση ικανοτήτων και προσόντων με τέτοιο συνδυαστικό τρόπο, ήτοι, μόνο, να υπάρχει εμπειρία σε συγκεκριμένο έργο, στο οποίο θα περιλαμβάνονται έτερα υποέργα, συγκεκριμένων διαστάσεων και κατασκευαστικής μεθοδολογίας, ήτοι κατά τρόπο που δεν συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας. Παράλληλα, η πρόβλεψη ότι η προσμέτρηση της εμπειρίας, ειδικά στην περίπτωση της ένωσης, θα λαμβάνεται υπ' όψη αποκλειστικά αν συντρέχει σωρευτικά στο πρόσωπο ενός μόνο μέλους της ένωσης, και ταυτόχρονα σταθμισμένα, παρίσταται μή πρόσφορη και εκτός των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας Αρχής, καθώς η πρόβλεψη, ότι για την ένωση οικονομικών φορέων λαμβάνεται υπ' όψη *«ο σταθμισμένος μέσος όρος των κύκλων εργασιών, στον τομέα των κατασκευών των μελών της ένωσης»*, σύμφωνα με το δηλούμενο ποσοστό συμμετοχής, κατ' ουσίαν φέρει σε δυσχερέστερη θέση και εισάγει υψηλότερες απαιτήσεις για την συμμετοχή συμπράξεων εταιρειών, οι οποίες μπορούν να εξυπηρετήσουν την *«αναγκαία συνδυαστική κατασκευαστική αλληλουχία των διαφορετικών αντικειμένων»* και άρα την συμμετοχή οικονομικών φορέων, οι οποίοι δια της συνένωσης δυνατοτήτων μπορούν να εκτελέσουν συνδυαστικά τα διαφορετικά αντικείμενα του έργου. Έτσι, όχι μόνον απαιτείται εμπειρία κατά την τελευταία δεκαετία, σε κατασκευή αυτοκινητοδρόμου ή οδού, που θα εμπεριέχει και κατασκευή γέφυρας και όλα αυτά συγκεντρωμένα στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα - μέλους της ένωσης, αλλ' απαιτείται επιπροσθέτως, στο άρθρο 22.Δ.2.(ii), κατά τις τελευταίες πέντε οικονομικές χρήσεις, να έχουν πιστοποιηθεί μέσω εγκεκριμένων λογαριασμών και πληρωθεί ποσά αθροισόμενης συμβατικής αξίας μεγαλύτερης των 60.000.000€, που θα προέρχονται, ωστόσο, από επικαλούμενα έργα αυτοκινητοδρόμων με ελάχιστη συμβατική αξία 15.000.000 ευρώ. Τούτου παρέπεται, κατ' αποδοχή σχετικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας, ότι ο πρόσθετος όρος τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας συνοδεύεται στο ίδιο άρθρο από ένα άλλο χρηματοοικονομικής φύσης, ακόμη ειδικότερο, κριτήριο,



## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

που περιορίζει έτι περαιτέρω την απαιτούμενη επί ποινή αποκλεισμού τεχνική και επαγγελματική εμπειρία και άρα τυγχάνει ακυρωτέος.

9. Επειδή, εν συνεχεία, για την περίπτωση συμμετοχής στον διαγωνισμό μιας ένωσης οικονομικών φορέων, κατά την απαίτηση του άρθρου 22Δ2.(ii), ορίζεται, ότι *«Προκειμένου να διαπιστωθεί η συνδρομή της προϋπόθεσης αυτής, θα λαμβάνεται υπόψη το άθροισμα της σταθμισμένης (κατά το ποσοστό συμμετοχής του επικαλούμενου την εμπειρία στον οικονομικό φορέα που εκτέλεσε τις ανωτέρω συμβάσεις) αξίας των συμβάσεων. Σε περίπτωση Ένωσης Οικονομικών Φορέων, προκειμένου να διαπιστωθεί η συνδρομή της προϋπόθεσης αυτής, θα λαμβάνεται υπόψη η σταθμισμένη αξία των ανωτέρω συμβάσεων, που έχει εκτελέσει έκαστο μέλος της ένωσης. Η κατά τα ανωτέρω στάθμιση γίνεται με βάση το δηλούμενο ποσοστό συμμετοχής αυτών των μελών στην Ένωση Οικονομικών Φορέων»*. Ως εκ τούτου, υπό τους ανωτέρω περιορισμούς και την περιγραφή της συνδυαστικής τεχνικής - επαγγελματικής εμπειρίας, που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς που προτίθενται να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό ως ένωση εταιρειών, καθίσταται περιορισμένος ο αριθμός των δυναμένων να συμμετάσχουν μεμονωμένων υποψηφίων. Περαιτέρω, παρεμποδίζεται, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς, η συμμετοχή διαγωνιζομένων, οι οποίοι, μέσω ενώσεων, διαθέτουν αθροιστικά την οικονομική - χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική - επαγγελματική ικανότητα να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, αλλ' είτε δεν διαθέτουν το «σταθμισμένο άθροισμα συμβάσεων» είτε διαθέτουν όλοι μαζί την εμπειρία στην κατασκευή των αιτούμενων αντικειμένων αλλ' όχι σε ένα ενιαίο έργο, όπως δυσαναλόγως απαιτείται με τους όρους της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Εν συνεχεία, δια της απαίτησης για «σταθμισμένη αξία συμβάσεων», εισάγεται δυσμενέστερος όρος σε βάρος των ενώσεων οικονομικών φορέων σε σχέση με τους μεμονωμένους υποψηφίους, κατά παράβαση του άρθρου 19 παρ.2 του ν. 4412/2016. Συνελόντι ειπείν, τα μέλη της προσφεύγουσας, ως αυτή προβάλλει, διαθέτουν την τεχνική - επαγγελματική ικανότητα, που ζητείται από το άρθρο 22.Δ.2.(i) της διακήρυξης, έχοντας κατασκευάσει αυτοκινητοδρόμους, οδούς, σήραγγες και γέφυρες, ωστόσο από τον δυσανάλογο τρόπο, με τον οποίο τίθεται η απαίτηση (ήτοι, τουλάχιστον ένα μέλος της ένωσης να έχει κατασκευάσει στο ίδιο έργο αυτοκινητόδρομο ή οδό με 6,50μ. ανά κατεύθυνση, 25 χιλιομέτρων

## **Αριθμός Απόφασης: 568/2023**

τουλάχιστον και γέφυρα 100 μέτρων τουλάχιστον), δυσχεραίνονται, άλλως εμποδίζονται, να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, ήτοι κατά τρόπο απρόσφορο, καθώς, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, μία εταιρεία που έχει εκτελέσει, ξεχωριστά, ένα αυτοκινητόδρομο ή μία οδό με τα ζητούμενα χαρακτηριστικά σε ένα έργο και μία σήραγγα σε έτερο (2<sup>ο</sup>) έργο, έχει ομοίως την εμπειρία να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό. Μάλιστα, το κριτήριο του άρθρου 22.Δ. της διακήρυξης, όπως τίθεται για την περίπτωση της ένωσης, κείται εκτός των άκρων ορίων της διακριτής ευχέρειας της αναθέτουσας Αρχής, διότι τα μέλη της προσφεύγουσας ειδικώς έχουν την εμπειρία να εκτελέσουν το δημοπρατούμενο αντικείμενο, έχοντας υλοποιήσει αυτοκινητοδρόμους (λιγότερων των 25 χιλιομέτρων ανά έργο), σήραγγες και γέφυρες, αλλά δεν πληρούν τα ειδικά στοιχεία ενός έργου, με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά, όπως σχετικώς απαιτείται. Ομοίως, τα μέλη της προσφεύγουσας, ως αυτή προβάλλει, έχουν αθροιστικά πιστοποιήσεις, εντός της τελευταίας πενταετίας, σε έργα αυτοκινητοδρόμων, στα ποσά που ορίζει το άρθρο 22.Δ.2.(ii) της διακήρυξης, πλην όμως η πρόσθετη και δυσανάλογη απαίτηση της διακήρυξης, ειδικά για τις ενώσεις εταιρειών, περί υπολογισμού της ικανότητας αυτής, σύμφωνα με την «σταθμισμένη αξία των ανωτέρω συμβάσεων, που έχει εκτελέσει έκαστο μέλος της ένωσης, καθιστά αδύνατη την συμμετοχή της στην οικεία διαδικασία. Εξ άλλου, το γεγονός, ότι οι ανωτέρω ελάχιστες απαιτήσεις πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά στο σύνολό τους σε ένα τουλάχιστον μέλος της κοινοπραξίας, δυσχεραίνει, άλλως καθιστά αδύνατη, την συμμετοχή της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό, εισάγοντας επαχθέστερα και άνισα κριτήρια για τις ενώσεις έναντι των μεμονωμένων υποψηφίων. Τούτο, διότι, με την απαίτηση περί σταθμισμένης αξίας συμβάσεων απ' όλα τα μέλη της ένωσης σε αυτοκινητοδρόμους με αξία σύμβασης άνω των 15.000.000 ευρώ, απαιτείται απ' όλα τα μέλη μιας ένωσης να έχουν εκτελέσει αυτοκινητόδρομο εντός της τελευταίας πενταετίας, κατά διακριτική μεταχείριση σε σχέση με τους μεμονωμένους οικονομικούς φορείς και σε αντιδιαστολή με την πρόβλεψη του επόμενου εδαφίου του άρθρου 22Α2.(ii), κατά το οποίο αρκεί οι ελάχιστες απαιτήσεις να συντρέχουν στο πρόσωπο ενός μέλους της εκάστοτε ένωσης. Συνεπώς, παρέπεται, ότι δεν αρκεί ένα μέλος της ένωσης να έχει ένα έργο με τα δύο ακριβή τεχνικά στοιχεία, που απαιτεί η διακήρυξη, αλλά, στην περίπτωση ένωσης, και όλα τα

## **Αριθμός Απόφασης: 568/2023**

υπόλοιπα μέλη θα πρέπει να έχουν εκτελέσει αυτοκινητοδρόμους ή οδούς ή σιδηροδρομικά έργα συγκεκριμένης συμβατικής αξίας, εντός της τελευταίας πενταετίας, για να μπορεί να συμμετάσχει παραδεκτά η ένωση στον διαγωνισμό. Και τούτο μάλιστα, την στιγμή που η αμιγώς κατασκευαστική εμπειρία, που προβλέπεται στο άρθρο 22.Δ2.(i) της διακήρυξης, εκτείνεται στην 10ετία και όχι στην 5ετία, όπως την περιορίζει το άρθρο 22. Δ2.(ii). Επέκεινα, η απαίτηση για επίτευξη των πληρωμών πιστοποιήσεων, με βάση την συμβατική αξία και όχι με επίκληση συμβάσεων, με βάση τους προϋπολογισμούς των έργων που έχουν εκτελέσει οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς, γεννά περαιτέρω προσκόμματα στη συμμετοχή διαγωνιζομένων και είναι σε προφανή δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, που είναι η προσέλκυση οικονομικών φορέων που έχουν τεχνική και επαγγελματική εμπειρία στο δημοπρατούμενο αντικείμενο. Τούτο, διότι παρέχει ανατιολόγητη πρόκριση σε οικονομικούς φορείς, που είχαν παράσχει μικρές εκπτώσεις (και άρα σε μικρά έργα έχουν μεγαλύτερες πιστοποιήσεις από το ζητούμενο όριο), σε σχέση με οικονομικούς φορείς που έχουν κατασκευάσει μεγαλύτερα έργα σε προϋπολογισμούς αλλά με μεγαλύτερες εκπτώσεις (και συνεπώς έχουν μικρότερες πιστοποιήσεις από το ζητούμενο όριο). Μάλιστα, η απαίτηση, σε περίπτωση ένωσης, να λαμβάνεται υπ' όψη η «σταθμισμένη συμβατική αξία» των συμβάσεων, που έχει εκτελέσει κάθε μέλος της ένωσης σε έργα που περιλαμβάνουν αυτοκινητοδρόμους ή οδούς άνω των 15.000.000 ευρώ, δημιουργεί δυσανάλογη δυσχέρεια στη συμμετοχή ενώσεων εταιρειών στον διαγωνισμό, καθ' όσον θα πρέπει κάθε μέλος της ένωσης να έχει εκτελέσει και πληρωθεί, εντός της τελευταίας πενταετίας, συμβατικά ποσά, προερχόμενα αποκλειστικά από συγκεκριμένο τύπο έργων, συγκεκριμένης ελάχιστης συμβατικής (και όχι προϋπολογισθείσας) αξίας, την στιγμή που, κατά το ίδιο άρθρο της προσβαλλόμενης διακήρυξης, φαίνεται ότι αρκεί η κάλυψη των ελάχιστων απαιτήσεων στο πρόσωπο ενός τουλάχιστον μέλους της ένωσης. Δι' αυτής της μεθόδου, περιορίζεται έτι περαιτέρω ο κύκλος των δυνάμενων να καλύψουν το κριτήριο 22.Δ.2.(ii), καθ' όσον τίθεται, ως βάση, η «συμβατική» αξία, που καθορίζεται από την παρασχεθείσα έκπτωση, και όχι η αξία προϋπολογισμού δημοπράτησης, που αποτελεί αντικειμενικό στοιχείο του εκτελεσθέντος έργου.

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

10. Επειδή, περαιτέρω, υφίσταται δυσανάλογη απαγόρευση, που εισάγεται τόσο στο άρθρο 22.Γ.(ii), περί χρηματοοικονομικής επάρκειας, όσο και στο άρθρο 22.Δ, σύμφωνα με την οποία δεν είναι επιτρεπτή η άθροιση των ικανοτήτων και της εμπειρίας των μελών της ένωσης, διότι: *«Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά στο σύνολό τους σε ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης»*. Η υποχρέωση πλήρωσης, τουλάχιστον από ένα μέλος της ένωσης, όλων των οικονομικών - χρηματοοικονομικών απαιτήσεων, χωρίς να επιτρέπεται η άθροιση-συνένωση των οικονομικών - χρηματοοικονομικών δυνατοτήτων περισσότερων φορέων, σε συνδυασμό με τους πρόσθετους όρους, που έχει θέσει η αναθέτουσα Αρχή, μειώνει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και εγείρει διακρίσεις σε βάρος των μελών της εκάστοτε ένωσης, τα οποία, αθροιστικά, πληρούν όλες τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της προσβαλλόμενης διακήρυξης, πλην όμως, δεν μπορούν να συμμετάσχουν, εξ αιτίας του προαναφερθέντος όρου της διακήρυξης περί σώρευσης του συνόλου των απαιτήσεων σε ένα και μόνο μέλος της ένωσης. Ταυτόχρονα, οι τεθέντες περιορισμοί προάγουν την εκτέλεση συγκεκριμένων έργων από συγκεκριμένο στενό κύκλο εργοληπτών, οι οποίοι έχουν εκτελέσει ακριβώς το ίδιο αντικείμενο στο παρελθόν, αποκλείοντας εκ προοιμίου έτερους οικονομικούς φορείς, που, δια της σύμπραξης και της άθροισης-συνένωσης των επιμέρους πάσης φύσεως προσόντων τους (χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας), διαθέτουν τις ικανότητες να διεκδικήσουν το έργο (βλ. ΕΑΔΗΣΥ 419/2023). Λεκτέο είναι, περαιτέρω, ότι, ενώ το άρθρο 22.ΣΤ επιτρέπει την στήριξη στις δυνατότητες άλλου φορέα, εν τούτοις η αναθέτουσα Αρχή διά της εισαγωγής - στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 22.ΣΤ της προκήρυξης- πρόσθετου όρου, περιόρισε ακόμη περισσότερο, την δυνατότητα επίκλησης δάνειας εμπειρίας. Ειδικότερα, το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 22.ΣΤ ορίζει, ότι *«Σε περίπτωση χρήσης δάνειας εμπειρίας η εκτέλεση των εργασιών κατασκευής των σηράγγων γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή, ο οποίος υποχρεούται να διαθέτει ανάλογη εμπειρία σε παρόμοιο έργο που έχει εκτελέσει ο ίδιος»*. Εκ των προδιαληφθέντων παρέπεται, ότι δια του ως άνω

## **Αριθμός Απόφασης: 568/2023**

άρθρου περιορίζεται η επίκληση δάνειας εμπειρίας, για την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια. Τούτο, διότι, κατά το άρθρο 22.ΣΤ παρ.2, όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου, σχετικά με την επαγγελματική εμπειρία, τότε ο τρίτος θα πρέπει να εκτελέσει τις εργασίες, για τις οποίες ζητούνται (απαιτούνται) από την διακήρυξη οι συγκεκριμένες ικανότητες. Την ίδια στιγμή, ωστόσο, ειδικά οι εργασίες των σηράγγων δεν περιέχονται στα κριτήρια εμπειρίας, που ζητούνται στο άρθρο 22.Δ. Άρα, λαμβανομένου υπ' όψη, ότι η εμπειρία πρέπει να υφίσταται στο πρόσωπο του προσφέροντος ή ενός μέλους της ένωσης σωρευτικά, αποκλείεται η δυνατότητα επίκλησης δάνειας εμπειρίας τρίτου για την τεχνική-επαγγελματική ικανότητα. Καθίσταται δε σαφές, ότι για να συμμετέχει στον διαγωνισμό μία ένωση, θα πρέπει, την ίδια στιγμή, αφ' ενός ένα μέλος της να έχει εκτελέσει, κατά την τελευταία δεκαετία, ένα συγκεκριμένων διαστάσεων έργο αυτοκινητοδρόμου ή οδού, το οποίο μάλιστα να περιέχει εντός αυτού - οπωσδήποτε - και μία γέφυρα (βλ. όρος 22.Δ.(i)), και αφ' ετέρου, ταυτόχρονα, όλα τα μέλη της ένωσης να έχουν πιστοποιήσει και πληρωθεί, κατά την τελευταία πενταετία, σε έργα αυτοκινητοδρόμων, συμβατικά ποσά, όπως θα προκύπτουν από λογαριασμούς, ώστε να καλύπτεται σταθμισμένη αξία λογαριασμών ποσού μεγαλύτερου των 60.000.000 ευρώ. Συνελόντι ειπείν, αν, σε μία ένωση εταιρειών, ένα μέλος έχει κατασκευάσει γέφυρα και έτερο μέλος αυτοκινητόδρομο ή οδό συγκεκριμένων χαρακτηριστικών, τούτο δεν μπορεί να ληφθεί υπ' όψη, ενώ, περαιτέρω, εξ αιτίας της πρόβλεψης του άρθρου 22.ΣΤ (εδάφιο τελευταίο), περί υποχρεωτικής κατασκευής των σηράγγων μόνον από ένα μέλος της ένωσης, είναι αδύνατη η επίκληση σχετικής επαγγελματικής εμπειρίας από τρίτο, ήτοι μή μέλος της ένωσης, στην περίπτωση, που η προσφεύγουσα επιχειρήσει να στηριχθεί στις δυνατότητες τρίτου φορέα, διότι ο τρίτος, που θα πρέπει να έχει την εμπειρία, κατά τη διακήρυξη, δεν θα πρέπει να εκτελέσει τις εργασίες των σηράγγων, αφού αυτές - σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ εδάφιο τελευταίο - μόνον ο προσφέρων μπορεί να τις εκτελέσει, μολονότι ο δανείζων, κατά το εδάφιο β' του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης, πρέπει να εκτελέσει τις εργασίες, για τις οποίες παρέχει εμπειρία, άρα και τις εργασίες των σηράγγων. Επιπρόσθετα, η απαίτηση του άρθρου 22.Δ.2.(ii) για επίτευξη συγκεκριμένων απορροφήσεων/πιστοποιήσεων στις τελευταίες πέντε οικονομικές χρήσεις, στο έργο, του

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

οποίου γίνεται επίκληση ως εμπειρία, επί τη βάσει της συμβατικής αξίας και όχι του προϋπολογισμού του κάθε έργου, περιορίζει έτι περαιτέρω την δυνατότητα συμμετοχής οιοδήποτε ενδιαφερομένου, καθώς προδιαγράφει και απαιτεί εμπειρία σε έργο, ακόμη και βάσει της έκπτωσης που έχει δοθεί. Οσαύτως, η αναθέτουσα Αρχή, στο άρθρο 22.Δ.2.(ii), καθορίζει και την επιμέρους «ελάχιστη συμβατική αξία» του αυτοκινητοδρόμου ή της οδού, που πρέπει να επικαλεσθεί οποιοσδήποτε έχει την εμπειρία, καθιστώντας ακόμη πιο περιορισμένο τον κύκλο των συμμετεχόντων, χωρίς καμμία αιτιολογία για την χρησιμότητα των οικείων περιορισμών. Μάλιστα, η απαίτηση σώρευσης, σε περίπτωση ένωσης, όλων των προσόντων της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στο πρόσωπο μόνον ενός μέλους της ένωσης, το οποίο μάλιστα θα πρέπει υποχρεωτικά να εκτελέσει τις εργασίες των σηράγγων, καθιστά δυσχερέστερη την εύρεση και επίκληση δάνειας εμπειρίας τρίτου οικονομικού φορέα, ο οποίος, ακόμη και αν είχε εκτελέσει ένα έργο με τα μοναδικά στοιχεία που απαιτεί η διακήρυξη, δεν θα μπορούσε να παράσχει δάνεια εμπειρία, διότι θα έπρεπε να εκτελέσει, ως δανειοπάροχος, τις εργασίες των σηράγγων, τις οποίες μόνον ο προσφέρων μπορεί να εκτελέσει. Τούτο δε ισχύει κυρίως για τις απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης, οι οποίες, σε περίπτωση ένωσης, απαιτείται να πληρούνται από ένα μέλος της ένωσης και όχι, αθροιστικά, απ' όλα τα μέλη της ένωσης, ως έδει. Συνεκδοχικά, η υιοθέτηση από την αναθέτουσα Αρχή της απαίτησης, να συντρέχουν σωρευτικά, στο πρόσωπο ενός μέλους της ένωσης, οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ και του άρθρου 22.Δ2.(ii), καθιστούν παράνομους τους συγκεκριμένους όρους, δεδομένου ότι η επίμαχη απαίτηση για σωρευτική κάλυψη, από ένα μέλος της ένωσης, απαιτείται τόσο για το σύνολο των οικονομικής φύσης απαιτήσεων του άρθρου 22.Γ όσο και για την απαίτηση του άρθρου 22.Δ.2. (ii), που, όπως έχει τεθεί, προσιδιάζει σε οικονομικής φύσης ικανότητα και όχι σε τεχνική - επαγγελματική ικανότητα/εμπειρία. Τούτο, διότι η άθροιση των δυνατοτήτων - ικανοτήτων και της εμπειρίας, στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων, πρέπει όχι μόνο να τελεί σε αναλογία με το αντικείμενο της σύμβασης και να προάγει την ευρύτητα του ανταγωνισμού, αλλά και να προωθεί την διάχυση της εμπειρίας εκτός ενός στενού «κύκλου» εργοληπτών καθώς και την κτήση εμπειρίας από περισσότερους, ενέργεια που δέον είναι να συνάδει με τις θεμελιώδεις αρχές

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

του ελεύθερου ανταγωνισμού (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. απόφαση 419/2023, Εκτελεστικό Συμβούλιο).

11. Επειδή, εν συνεχεία, ως προς τον δεύτερο λόγο προσφυγής, με τον οποίο προβάλλεται, ότι είναι μη νόμιμοι οι πρόσθετοι όροι των άρθρων 22.Γ.(8), 22.Δ.2. (i) και 22.Δ.2. (ii), που απαιτούν σώρευση του συνόλου των προσθέτων τεθεισών ελάχιστων απαιτήσεων στο πρόσωπο ενός μέλους της ένωσης, απαγορεύοντας την άθροιση τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής/χρηματοοικονομικής επάρκειας, κρίνονται τα κάτωθι. Τόσο στο άρθρο 22.Γ.(8), για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, όσο και στο άρθρο 22.Δ., για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ορίζεται ότι *«Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά στο σύνολό τους σε ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης.»*. Περαιτέρω, στο άρθρο 22.ΣΤ ορίζεται, ότι *«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 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»*. Με τις ως άνω διατάξεις, η προσβαλλόμενη διακήρυξη, απαγορεύει, σε περίπτωση ένωσης, την άθροιση της εμπειρίας μεταξύ πλειόνων οικονομικών φορέων της ένωσης, κατά τρόπο πλήρως αντιφάσκοντα με την πρόβλεψη του άρθρου 22.ΣΤ, κατά το σκέλος που ακολουθεί τα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων, σύμφωνα με το οποίο η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των μελών της. Εξ άλλου, το άρθρο 78 (Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων) του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με την πάγια πρόβλεψη του άρθρου 22.ΣΤ, όπως έχει τεθεί στα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων, περί στήριξης στις ικανότητες των μελών της ένωσης, επιτρέπει την άθροιση των ικανοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων-μελών ένωσης και αποσκοπεί στην παροχή δυνατότητας συμμετοχής του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων στους δημόσιους διαγωνισμούς, μέσω συμμετοχικών σχημάτων πάσης φύσεως, και στη διασφάλιση, συνακόλουθα, ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, τον οποίο

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες, προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών Αρχών. Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη διακήρυξη με τον μη νόμιμο περιορισμό της, όπως τέθηκε στα άρθρα 22.Γ, 22.2.Δ. (i) και 22.2.Δ. (ii), απαγορεύει, χωρίς αιτιολογία, την συνένωση εμπειρίας και πόρων των μελών ένωσης, ώστε, στηριζόμενα αθροιστικά το ένα στην εμπειρία του άλλου και συνενώνοντας αυτήν στο κοινό σχήμα, να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό. Για τον λόγο αυτόν, σε μια τέτοια περίπτωση, ήτοι περιορισμού της συνένωσης εμπειρίας και πόρων των μελών ένωσης, η αναθέτουσα Αρχή οφείλει αιτιολογημένα ν' απαιτήσει, ώστε το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από ένα μόνον οικονομικό φορέα η, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, στον βαθμό, όμως, που η απαίτηση αυτή συνδέεται με το αντικείμενο της οικείας σύμβασης και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Pippo Pizzo, C-27/2015, σκ. 28, απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, σκ. 40 και απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C-94/12, σκ. 35). Εν προκειμένω, ουδεμία αιτιολογία παρατίθεται για την θέσπιση των προβαλλόμενων περιορισμών, που τίθενται με τους ειδικούς όρους, με την απαγόρευση άθροισης ικανοτήτων και με τη μεθοδολογία προσμέτρησής τους αλλ' ούτε και με την απαίτηση ειδικής τεχνικής ικανότητας, που είναι δυσανάλογη προς αυτήν που απαιτείται για την κατασκευή του έργου. Ωσαύτως, η αναθέτουσα Αρχή δεν έχει διαλάβει καμμία αιτιολογία για την απόκλιση από τον ως άνω κανόνα της άθροισης ικανοτήτων περισσότερων φορέων και δεν εκθέτει, ότι πρόκειται για εργασίες με συγκεκριμένες ιδιαιτερότητες, που απαιτούν ικανότητα, μη δυνάμενη να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστο ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων. Επομένως, οι ως άνω απαιτήσεις της διακήρυξης, περί συρροής του συνόλου των πρόσθετων απαιτήσεων στο πρόσωπο μόνον ενός μέλους της ένωσης, τυγχάνουν ακυρωτέες. Με τα ανωτέρω δεδομένα, η παροχή της δυνατότητας στους διαγωνιζομένους να επικαλεσθούν την ικανότητα πλειόνων του ενός οικονομικών φορέων, για την ικανοποίηση των σχετικών απαιτήσεων, είναι επιβεβλημένη. Ως εκ τούτου, οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, που απαγορεύουν κατ' ουσίαν την άθροιση της



χρηματοοικονομικής ικανότητας και της τεχνικής-επαγγελματικής εμπειρίας μεταξύ των μελών της ένωσης, στερούνται νομιμότητας.

12. Επειδή, εν συνεχεία, περιορισμοί, ως προς τον τρόπο τεκμηρίωσης της στήριξης στις δυνατότητες τρίτου, μπορούν να τίθενται όλως εξαιρετικώς από την αναθέτουσα Αρχή και μόνον, εφ' όσον τελούν σε εύλογη σχέση αναλογίας και σκοπού κατ' απόλυτη σύνδεση με την φύση, την έκταση και το είδος του αντικειμένου της σύμβασης, με απολύτως διαφορετική αντιμετώπιση και κριτήρια πάντως, αναλόγως αν πρόκειται για περιορισμούς στην επίκληση των χρηματοοικονομικών μέσων ή των τεχνικών δυνατοτήτων τρίτου (Απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Υπόθεση C-27/15, Pippo Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404). Αντίστοιχα, είναι δεδομένη η δυνατότητα σωρευτικής επίκλησης της ικανότητας περισσοτέρων τρίτων οντοτήτων, είτε ομού με τις ήδη κεκτημένες ικανότητες του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα (μερική στήριξη) είτε με εξ ολοκλήρου στήριξη του τελευταίου στους πόρους αλλότριων φορέων (αποκλειστική στήριξη) για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής στάθμης, που θέτει η αναθέτουσα Αρχή, αλλά και η άμεση ή έμμεση στήριξη στις ικανότητες, περισσοτέρων του ενός, τρίτων φορέων (ΕΑ ΣΤΕ 2827/2014). Η ανωτέρω ευχέρεια του οικονομικού φορέα είναι ανεξάρτητη και δεν υπόκειται σε περιορισμούς για την πλήρωση της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειάς του, ενώ, στην περίπτωση της συνδυαστικής στήριξης σε ικανότητες περισσοτέρων τρίτων φορέων για την κάλυψη των τεχνικών απαιτήσεων της σύμβασης, είναι δυνατή η θέσπιση θεμιτών περιορισμών εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής και ενδεχομένως η πρόβλεψη για εκτέλεση της σύμβασης από ένα και μόνον οικονομικό φορέα, πάντοτε όμως υπό την επιφύλαξη, ότι ο σχετικός περιορισμός θα αναφέρεται ρητώς στο κείμενο της διακήρυξης, χωρίς να μπορεί να συναχθεί κατά τεκμήριο, ενώ, επιπλέον, η νομιμότητα μιας τέτοιας πρόβλεψης σαφώς και πάλι θα πρέπει να κρίνεται κατά περίπτωση, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Συναφώς, είναι κατ' αρχήν επιτρεπτό και το άθροισμα των επιμέρους δυνατοτήτων του ίδιου του οικονομικού φορέα με την προηγούμενη εμπειρία υποστηρικτικών προς αυτόν επιχειρήσεων, όπως αποκτήθηκε από την εκτέλεση περισσοτέρων επιμέρους σχετικών συμβάσεων, ακόμα και διαφορετικών αντικειμένων, προκειμένου ν' αποδειχθεί η ζητούμενη τεχνογνωσία του διαγωνιζόμενου, για την εκτέλεση μιας και της αυτής

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

σύμβασης, η οποία όμως συνδυάζει διακριτά μεταξύ τους αντικείμενα. Και στην τελευταία αυτή περίπτωση, οι όποιοι περιορισμοί, προκειμένου να δικαιολογούνται επαρκώς, θα πρέπει να συνδέονται με την φύση και το αντικείμενο της σύμβασης. Αντίστοιχα, είναι δεδομένη η δυνατότητα σωρευτικής επίκλησης της ικανότητας περισσοτέρων τρίτων οντοτήτων, είτε ομού με τις ήδη κεκτημένες ικανότητες του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα (μερική στήριξη) είτε με εξ ολοκλήρου στήριξη του τελευταίου στους πόρους αλλότριων φορέων (αποκλειστική στήριξη) για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής στάθμης, που θέτει η αναθέτουσα Αρχή, αλλά και η άμεση ή έμμεση στήριξη στις ικανότητες, περισσοτέρων του ενός, τρίτων φορέων.

13. Επειδή, τέλος, ως προς τον τρίτο λόγο προσφυγής, με τον οποίο προβάλλεται, ότι είναι μη νόμιμος ο περιορισμός στήριξης στις ικανότητες έτερου οικονομικού φορέα για την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια και την εμπειρία, κρίνονται τα κάτωθι. Ο όρος του άρθρου 22.ΣΤ εδ.β, σύμφωνα με τον οποίο *«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»*, σε συνδυασμό με τον αντίστοιχο όρο του τελευταίου εδαφίου η του ίδιου άρθρου 22.ΣΤ, σύμφωνα με τον οποίο *«Σε περίπτωση χρήσης δάνειας εμπειρίας η εκτέλεση των εργασιών κατασκευής των σηράγγων γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή, ο οποίος υποχρεούται να διαθέτει ανάλογη εμπειρία σε παρόμοιο έργο που έχει εκτελέσει ο ίδιος»*, καθιστά αδύνατη και αποκλείει την επίκληση της δάνειας εμπειρίας ως προς την επαγγελματική εμπειρία. Τούτο διότι, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης (άρθρο 22.Δ), ως βασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, για να μπορέσει κάποιος να επικαλεσθεί εμπειρία στην κατασκευή σήραγγας, θα πρέπει αυτή (σήραγγα) να περιλαμβάνεται σε έργο αυτοκινητοδρόμου μήκους εικοσιπέντε (25) χιλιομέτρων, στο οποίο να συμπεριλαμβάνεται και μία γέφυρα τουλάχιστον 100μ. Επομένως, μόνον οικονομικός φορέας που καλύπτει το σύνολο της απαιτούμενης

## Αριθμός Απόφασης: 568/2023

επαγγελματικής εμπειρίας (αυτοκινητόδρομο 25Km + Σήραγγα 400μ. + Γέφυρα 100μ.) μπορεί να θεωρηθεί, ότι διαθέτει εμπειρία σε σήραγγα και άρα μπορεί να την δανείσει. Τούτο όμως αλληλοαναιρείται από τον συνδυασμό των εδαφίων (β) και (η) του άρθρου 22.ΣΤ, αφού, βάσει αυτών, ο έχων την εμπειρία σε σήραγγα μπορεί να είναι αποκλειστικά και μόνον ο προσφέρων οικονομικός φορέας ή μέλος της ένωσης, αφού μόνον αυτός επιτρέπεται να την κατασκευάσει, ενώ ταυτόχρονα κανένας άλλος (κατ' άρθρο 22.ΣΤ εδ.(β)) δεν μπορεί να δανείσει εμπειρία για εργασίες ή υπηρεσίες, που δεν μπορεί να εκτελέσει ο ίδιος ο δανείζων την εμπειρία. Δι' αυτού του τρόπου παρέπεται, ότι αναιρείται εν τοις πράγμασι η έννοια της στήριξης στις ικανότητες τρίτου εκτός ένωσης που ζητείται για το έργο και περιορίζεται με αυτόν τον τρόπο ο ανταγωνισμός, αφού η διακήρυξη απαιτεί να τα έχει όλα, σωρευτικά, μόνον ένας οικονομικός φορέας, και αυτός, που θα τα έχει όλα, θα πρέπει και να εκτελέσει ο ίδιος τις εργασίες των σηράγγων, υπό την ιδιότητα του διαγωνιζόμενου ή μέλους της διαγωνιζόμενης ένωσης. Με αυτόν τον τρόπο, η προσφεύγουσα ένωση, ακόμη και αν εθεωρείτο νόμιμος ο όρος που απαγορεύει την άθροιση ικανοτήτων μεταξύ των μελών της για την πλήρωση των απαιτήσεων των άρθρων 22.Γ και 22.Δ της διακήρυξης, δεν δύναται να στηριχθεί ούτε στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα (αν υποτεθεί, ότι υφίσταται τέτοιος τρίτος οικονομικός φορέας που πληροί σωρευτικά την απαίτηση του 22.Δ), διότι, ακόμη κι αν παράσχει κάποιος την εμπειρία, σε σήραγγα (και αναγκαστικά σε όλα τα υπόλοιπα υποέργα), θα έπρεπε, κατά το άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης, να εκτελέσει ο ίδιος τα ως άνω υποέργα (και τις σήραγγες), ενώ, κατά το 22.ΣΤ.(η), η κατασκευή των σηράγγων γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή από ένα μέλος της ένωσης.

14. Επειδή τέλος, εν όψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μιας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει ν' ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C448/2001, ENVAG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95), ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς, που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξ

## **Αριθμός Απόφασης: 568/2023**

αιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η εν θέματι Διακήρυξη πρέπει ν' ακυρωθεί στο σύνολό της.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής να γίνει δεκτό, γενομένων δεκτών και των τριών λόγων της προσφυγής, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει, εν συνόλω, την προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

**Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13/04/2023 και εκδόθηκε στις 19/04/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.**

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**