

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 04 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Ζαράρη και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.11.2021 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2196/26.11.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», (στο εξής: «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην, οδός, αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

κατά του «.....», όπως εκπροσωπείται νόμιμα, (στο εξής: «η αναθέτουσα αρχή»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. Α.Π 549096/12.11.2021 απόφαση του(στο εξής : «η προσβαλλόμενη»), με την οποία: α) εγκρίθηκαν τα υπ' αριθμ. 2 και 3 Πρακτικά της Επιτροπής του διαγωνισμού και β) αποφασίστηκε η έγκριση του αποτελέσματος του διαγωνισμού και η ανακήρυξη ως προσωρινού μειοδότη της εργοληπτικής Επιχείρησης «.....», η οποία υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με μέση έκπτωση 5,04% (πέντε τοις εκατό και τέσσερα εκατοστά) και με επιμέρους ποσοστά έκπτωσης επί των τιμών του Τιμολογίου της μελέτης, δηλ. με προϋπολογισμό έργου που ανέρχεται σε επτακόσιες ογδόντα χιλιάδες διακόσια τρία ευρώ και έντεκα λεπτά (780.203,11 €) χωρίς Φ.Π.Α. και συνολικής δαπάνης εννιακοσίων εξήντα επτά χιλιάδων τετρακοσίων πενήντα ένα ευρώ και ογδόντα έξι λεπτών (967.451,86€) με Φ.Π.Α. 24%.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει ότι έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικόποσού € 4.109,00, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64),
2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.
3. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 25.11.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 15.11.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθ. 361, παρ. 1 και 362, παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και στα άρθ. 4, παρ. 1, εδ. α' και 8, παρ. 2 του π.δ. 39/2017.
4. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της από το διαγωνισμό και την ανάδειξη της εργοληπτικής επιχείρησης «.....» ως προσωρινού μειοδότη.
5. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ΑΔΑΜ 2020-09-11 διακήρυξη η Διεύθυνση Αναστήλωσης Βυζαντινών και Μεταβυζαντινών Μνημείων (ΔΑΒΜΜ) προκήρυξε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «..... προϋπολογισμού 821.630,93 Ευρώ προ ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά».
6. Επειδή, δια της προσβαλλόμενης απόφασης με θέμα «Αποδοχή των υπ'

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

αριθμ. και ... Πρακτικών και έγκριση του αποτελέσματος του διαγωνισμού του έργου «.....» η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε **α.** Την αποδοχή των υπ' αριθμ. και Πρακτικών Αποσφράγισης & Αξιολόγησης Προσφορών για το διαγωνισμό του ως άνω έργου και **β.** Την έγκριση του αποτελέσματος του διαγωνισμού του ως άνω έργου και την ανακήρυξη ως προσωρινού μειοδότη της εργοληπτικής Επιχείρησης «.....», η οποία υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με μέση έκπτωση 5,04% (πέντε τοις εκατό και τέσσερα εκατοστά) και με επιμέρους ποσοστά έκπτωσης επί των τιμών του Τιμολογίου της μελέτης, δηλ. με προϋπολογισμό έργου που ανέρχεται σε επτακόσιες ογδόντα χιλιάδες διακόσια τρία ευρώ και έντεκα λεπτά (780.203,11 €) χωρίς Φ.Π.Α. και συνολικής δαπάνης εννιακοσίων εξήντα επτά χιλιάδων τετρακοσίων πενήντα ένα ευρώ και ογδόντα έξι λεπτών (967.451,86 €) με Φ.Π.Α. 24%.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της με αρ. πρωτ. στις 17/12/2021, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, επί της προσφυγής προς την ΑΕΠΠ και τους ενδιαφερόμενους. Με τις απόψεις της, για τους λόγους που ειδικότερα αναφέρονται σε αυτές, ζητεί την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, μετά την παράθεση εκτενούς ιστορικού της υπόθεσης, αναφέρεται στα κάτωθι ως προς την περάτωση της διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών που κατατέθηκαν στον επίμαχο διαγωνισμό:

«Την 15.11.2021 αναρτήθηκε το από 01.10.21 (2^ο) και από 02.11.2021 (3^ο) Πρακτικά Αποσφράγισης και Αξιολόγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού και η προσβαλλόμενη με την παρούσα Προδικαστική Προσφυγή Α.Π 549096/12.11.2021 απόφασημε την οποία : α) εγκρίθηκαν τα άνω 2^ο και 3^ο Πρακτικά της Επιτροπής του διαγωνισμού και β) αποφασίστηκε η έγκριση του αποτελέσματος του διαγωνισμού και η ανακήρυξη ως προσωρινού μειοδότη της εργοληπτικής Επιχείρησης «.....», η οποία υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με μέση έκπτωση 5,04% (πέντε τοις εκατό και τέσσερα εκατοστά) και με

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

επιμέρους ποσοστά έκπτωσης επί των τιμών του Τιμολογίου της μελέτης, δηλ. με προϋπολογισμό έργου που ανέρχεται σε επτακόσιες ογδόντα χιλιάδες διακόσια τρία ευρώ και έντεκα λεπτά (780.203,11 €) χωρίς Φ.Π.Α. και συνολικής δαπάνης εννιακοσίων εξήντα επτά χιλιάδων τετρακοσίων πενήντα ένα ευρώ και ογδόντα έξι λεπτών (967.451,86 €) με Φ.Π.Α. 24%.

Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο των Πρακτικών (ίδετε και παραγράφους υπ' αριθμ. 22 και 30 Προσβαλλόμενης απόφασης), ο διαγωνισμός οδηγήθηκε στην κατακύρωση του αποτελέσματος στον τελευταίο μειοδότη καθώς : η μεν πρώτη σε σειρά μειοδοσίας εταιρία μας αποκλείσθηκε λόγω δήθεν μη πλήρωσης του κριτηρίου επαγγελματική ικανότητας (με αιτιολογία που παραβιάζει τους όρους της Διακήρυξης), οι δε υπόλοιποι συμμετέχοντες που είχαν παρατείνει αρχικώς την προσφορά τους δεν την ανανέωσαν στη δεύτερη αυτή χρονική φάση του διαγωνισμού πλην του τελευταίου (10^{ου} σε σειρά) με αποτέλεσμα το έργο να κατακυρωθεί τελικά σε αυτόν με έκπτωση μόλις 5,04%.

Ειδικότερα με από 01.10.21 2^ο Πρακτικό η Επιτροπή διαγωνισμού εισηγήθηκε κατά πλειοψηφία: 1. την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα και προσωρινού αναδόχου «....., με δ.τ. «.....» λόγω μη επαρκούς τεκμηρίωσης της εμπειρίας της στην κατασκευή πασσάλων επί μνημείων έως το 1830 ή εκκλησιαστικών κτηρίων ή εκκλησιαστικών συνόλων μετά το 1830, κηρυγμένων με τις διατάξεις του Ν.3028/2002. Το μειοψηφόν μέλος Ευαγγελία θεωρεί ότι ο οικονομικός φορέας «....., με δ.τ. «.....» ικανοποιεί τις απαιτήσεις και τα κριτήρια της Διακήρυξης και συμφωνεί με τη κάτωθι επισήμανση 3 και 2. την ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη του Διαγωνισμού του Έργου «.....» τον οικονομικό φορέα «.....» με μέση έκπτωση 19,99%, δεδομένου ότι είναι ο δεύτερος κατά σειρά μειοδοσίας, μετά την απόρριψη με το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, των προσφορών των οικονομικών φορέων «.....» με δ.τ.», «.....», «.....» και «Α..... με δ.τ.».

Εν συνεχεία, με το από 02.11.2021 3^ο Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού - που συνεδρίασε με σκοπό να εξετάσει το θέμα της παράτασης των προσφορών και των εγγυητικών των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στο διαγωνισμό- αφού διαπίστωσε ότι η αναδειχθείσα με το 2^ο Πρακτικό

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

εταιρία «.....» δεν ανανέωσε την προσφορά της κατά την τρίτη πρόσκληση παράτασης, όπως ομοίως και οι συμμετέχοντες «.....», «.....» και «.....» εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας(σύμφωνα με την εισήγηση του 2^{ου} Πρακτικού) και την ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου της εργοληπτικής Επιχείρησης «.....», η οποία υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με μέση έκπτωση 5,04%».

9. Επειδή, το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 προβλέπει ότι :

1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.

2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό.

[3.] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας,

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν.(...)

5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.»

10.Επειδή, το άρθρο 80 του Ν. 4412/2016 προβλέπει ότι:

«1.Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. [.] 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών». Επιπροσθέτως, στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαριθμούνται τα μέσα που μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων ως εξής: «α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία [...]».

11.Επειδή, η επίμαχη Διακήρυξη προβλέπει τα ακόλουθα στους κατωτέρω όρους της, που σχετίζονται με το εξεταζόμενο ζήτημα:

Άρθρο 21: Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης

21.1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται σε έργα κατηγορίας ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ και που είναι εγκατεστημένα σε...».

Άρθρο 22.Δ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

(ι)Οι οικονομικοί φορείς, ημεδαπής ή αλλοδαπής σε έργα βασικής κατηγορίας ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ οφείλουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους να περιλαμβάνουν στη βασική τους στελέχωση τουλάχιστον δύο (2) τεχνικούς που διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα του στοιχ. (γ) ή έναν (1) τεχνικό που διαθέτει τα απαιτούμενα προσόντα του στοιχ. (γ) και δύο (2) τεχνικούς που διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα του στοιχ. (β) ή έναν (1) τεχνικό που διαθέτει τα απαιτούμενα προσόντα του στοιχ. (δ).

(ιι)(.....)

(iv)Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να έχουν εμπειρία σε εκτέλεση συναφών με το αντικείμενο της σύμβασης έργων επί μνημείων έως το 1830 ή εκκλησιαστικών κτηρίων ή εκκλησιαστικών συνόλων μετά το 1830, κηρυγμένων με τις διατάξεις του Ν. 3028/2002, τα οποία εκτελέσθηκαν από τον οικονομικό φορέα και περαιώθηκαν κατά την τελευταία πενταετία, συνολικού συμβατικού προϋπολογισμού οικοδομικών εργασιών τουλάχιστον 274.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ).»

Προβλέπει δηλαδή ελάχιστη στελέχωση στην κατηγορία των ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ εργασιών και επιπλέον εμπειρία πενταετίας σε οικοδομικά έργα επί μνημείων συνολικού συμβατικού προϋπολογισμού οικοδομικών εργασιών τουλάχιστον 274.000 €.

Προς απόδειξη δε του άνω υπό 22.Δ κριτηρίου Τεχνικής και Επαγγελματικής

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

Ικανότητας η Διακήρυξη απαιτεί τα πιο κάτω δικαιολογητικά :

Άρθρο 23.6: Δικαιολογητικά Τεχνικής και Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 22.Δ

Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.Ε.Π. είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 22.Δ απαίτηση.

(δ) Η απαίτηση του κριτηρίου 22. Δ (iv) θα αποδεικνύεται από τους οικονομικούς φορείς, ημεδαπής ή αλλοδαπής από κατάλογο συναφών με το αντικείμενο της σύμβασης έργων επί μνημείων έως το 1830 ή εκκλησιαστικών κτηρίων ή εκκλησιαστικών συνόλων μετά το 1830, κηρυγμένων με τις διατάξεις του Ν. 3028/2002, τα οποία εκτελέσθηκαν από τον οικονομικό φορέα και περαιώθηκαν κατά την τελευταία πενταετία, συνολικού συμβατικού προϋπολογισμού οικοδομικών εργασιών τουλάχιστον 274.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ), συνοδευόμενο από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των έργων, και συγκεκριμένα από Πιστοποιητικό Εμπειρίας του φορέα κατασκευής, για κάθε έργο σύμφωνα με τα έντυπα Α και Β της Εγκυκλίου 1/99 του ΥΠΕΧΩΔΕ (αρ. πρωτ. Δ15/ΟΙΚ/23/24-1-1999), στο οποίο θα περιγράφονται οι παρεμφερείς με το αντικείμενο της σύμβασης εργασίες, θα αναφέρεται η αξία του έργου, ο χρόνος εκτέλεσής του και το ποσοστό συμμετοχής του οικονομικού φορέα στην εκτέλεσή του και θα βεβαιώνεται ότι αυτό εκτελέστηκε έντεχνα και εντός των εγκεκριμένων χρονοδιαγραμμάτων».

12. Επειδή η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι: «Κάθε επιπλέον απαίτηση, όπως λόγου χάρη απαίτηση για τυχόν ειδική εμπειρία στην εκτέλεση συναφών έργων, δεν είναι νόμιμη, εκτός αν το έργο με πλήρη αιτιολογία είχε χαρακτηριστεί και πράγματι συνιστούσε ειδικό ή πολύπλοκο ή με ιδιαιτερότητες

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

έργο, ώστε η αναθέτουσα αρχή να μπορεί να αξιώνει τη συμμετοχή εξειδικευμένων οικονομικών φορέων και κατά συνέπεια, η παρ. (iv) του άρθρου 22Δ της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία οι υποψήφιοι για την επίμαχη σύμβαση οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτουν εμπειρία σε εκτέλεση συναφών με το αντικείμενο της σύμβασης έργων επί μνημείων έως το 1830 ή εκκλησιαστικών κτηρίων ή εκκλησιαστικών συνόλων μετά το 1830, κηρυγμένων με τις διατάξεις του Ν. 3028/2002, τα οποία εκτελέσθηκαν από τον οικονομικό φορέα και περαιώθηκαν κατά την τελευταία πενταετία, συνολικού συμβατικού προϋπολογισμού οικοδομικών εργασιών τουλάχιστον 274.000,00 €, που συνιστά πρόσθετη απαίτηση τεχνικής ικανότητας, επιπλέον της στελέχωσης και της απαιτούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, σύμφωνα με τις διατάξεις 22Δ (i), (ii), (iii) και 22Γ της Διακήρυξης, είναι κατ' αρχήν μη νόμιμη. Ωστόσο, όπως και η ίδια συνομολογεί, ο σχετικός ισχυρισμός, δεν προβλήθηκε επικαίρως κατά του σχετικού όρου της διακήρυξης προς το σκοπό της ακύρωσης της τελευταίας πριν τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Κατά τούτο, αν ήθελε θεωρηθεί ότι με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή προβάλλεται ως λόγος ακύρωσης, θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, καθόσον στο παρόν στάδιο η προσφεύγουσα έχει αποδεχθεί τη σχετική απαίτηση δια της συμμετοχής της στη διαγωνιστική διαδικασία».

13. Επειδή, εν προκειμένω κατά το β' στάδιο του διαγωνισμού και κατόπιν της υπ' αριθ.Πρόσκλησης υποβολής Δικαιολογητικών κατακύρωσης του έργου, η προσφεύγουσα ως προσωρινή ανάδοχος προσκόμισε προς απόδειξη της εκπλήρωσης των άνω 22Δί και 22Δ iv κριτηρίων της Διακήρυξης, αφενός το ισχύον ΜΕΕΠ, αφετέρου κατάλογο συναφών με το αντικείμενο της σύμβασης έργων συνοδευόμενο από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των έργων, και συγκεκριμένα από τα Πιστοποιητικά Εμπειρίας του φορέα κατασκευής ως αυτά προβλέπονται στην Εγκ. ΥΠΕΧΩΔΕ ως κάτωθι (ίδετε Πρακτικό 2):

- Για το έργο «.....» προϋπολογισμού 2.682.926,83 € : την από 18.03.2015 βεβαίωση περάτωσης του Προϊσταμένου του Τμήματος Έργων της Διεύθυνσης και το υπ' αριθ. πρωτ. 239499 / 22624 / 1874/ 22-6-

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

2017 πιστοποιητικό εμπειρίας έργων του Προϊσταμένου της Διεύθυνσης

- Για το έργο «.....» προϋπολογισμού 1.121.951,22 € : την από 20.4.2016 βεβαίωση περάτωσης του Προϊσταμένου του Τμήματος Έργων της Διεύθυνσης και το υπ' αριθ. πρωτ. ΥΠΠΟΑ/ΓΔΑΜΤΕ/ΔΑΒΜΜ / 351046/36171/ 2088/678 / 26.7.2018 πιστοποιητικό εμπειρίας έργων του Προϊσταμένου της Διεύθυνσης

- Για το έργο «.....» προϋπολογισμού 1.089.430,89 € : Την από 28.12.2016 βεβαίωση/ έκθεση περαίωσης του Διευθυντή Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου και το υπ' αριθ. πρωτ. 2396/4.2.2019 πιστοποιητικό εμπειρίας έργων του Διευθυντή Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμους.

Από το περιεχόμενο των παραπάνω πιστοποιητικών εμπειρίας έργων αποδεικνύεται ότι – όπως ισχυρίζεται- κάθε ένα από τα έργα που επικαλείται και όλα μαζί σωρευτικά πληρούν τους όρους του άρθρου 22Δ (iv) της διακήρυξης, καθώς αφορούν σε οικοδομικές εργασίες επί μνημείων έως το 1830 ή εκκλησιαστικών κτηρίων ή εκκλησιαστικών συνόλων μετά το 1830, κηρυγμένων με τις διατάξεις του Ν. 3028/2002, συνεπώς είναι συναφή έργα με το υπό δημοπράτηση, κατά τα οριζόμενα στο εν λόγω άρθρο (22Δ(iv)), τα οποία εκτελέσθηκαν κατά την τελευταία πενταετία, συνολικού συμβατικού προϋπολογισμού οικοδομικών εργασιών τουλάχιστον 274.000,00 €.

Περιλαμβάνουν δε πλήθος εργασιών που σχετίζονται με τη συντήρηση μνημείων (καθαιρέσεις, στερεώσεις, αποκαταστάσεις, συντήρηση κλπ) όπως δέχεται και η Επιτροπή Διαγωνισμού στα χωρία που παραθέτει το περιεχόμενο των Πιστοποιητικών εμπειρίας (σελ.24 2^{ου} Πρακτικού που για το έργοαναφέρει_ «διαπιστώνεται ότι τοέχει κηρυχθεί ως μνημείο με την Υ.Α. 15904/24-11-1962 (ΦΕΚ473/Β/17-12-1962) όπως προκύπτει από το 26-07-2018 Πιστοποιητικό Εμπειρίας Έργων Δημοσίου και Ν.Π.Δ.Δ., της Δ/σης Αναστήλωσης Βυζαντινών και Μεταβυζαντινών Μνημείων, του Υπουργείου Πολιτισμού και Αθλητισμού. Από το ίδιο Πιστοποιητικό προκύπτει ότι το έργο αποσκοπούσε στην εκτέλεση μιας σειράς στερεωτικών εργασιών και εργασιών μορφολογικής αποκατάστασης» και σελ.

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

25 2ου Πρακτικού που για το έργο τουαναφέρει :«Από το Πιστοποιητικό προκύπτει ότι στο αντικείμενο της εργολαβίας περιλαμβάνονταν και εκτελέστηκαν εργασίες αναστήλωσης, δηλαδή στερέωσης, αποκατάστασης, επισκευής, συντήρησης, στατικής ενίσχυσης, αναβάθμισης και αναδιαρρύθμισης του κτιρίου».

Ωστόσο, με το Πρακτικό 2 της Επιτροπής του Διαγωνισμού, το μεν έργο «.....», κρίθηκε ότι δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη για την τεκμηρίωση της επαγγελματικής μας εμπειρίας, με την αιτιολογία ότι περαιώθηκε στις 28-02-2015, ήτοι πέραν της πενταετίας από την δημοσίευση της διακήρυξης δηλ. την 11/09/2020, τα δε έργα: «.....» και «.....», κρίθηκε τελικώς ότι δεν τεκμηριώνουν επαρκώς εμπειρία «... στην κατασκευή πασσάλων επί μνημείων έως το 1830 ή εκκλησιαστικών κτηρίων ή εκκλησιαστικών συνόλων μετά το 1830, κηρυγμένων με τις διατάξεις του Ν.3028/2002», καθώς σύμφωνα με το άρθρο 11.3 της Διακήρυξης, τον Προϋπολογισμό Μελέτης, την Μελέτη Εφαρμογής και την Τεχνική Περιγραφή του Έργου, οι εργασίες κατασκευής κατακόρυφων πασσάλων ενωμένων με κεφαλόδεσμο στο υπό δημοπράτηση έργο «είναι ουσιώδους σημασίας και μη αμελητέας έκτασης και συνεπώς η έλλειψη πιστοποίησης πρότερης εμπειρίας σε εκτέλεση συναφών εργασιών επί μνημείων, κατά τα προβλεπόμενα στη Διακήρυξη, αποτελεί επαρκή λόγω αποκλεισμού του οικονομικού φορέα». Με την αιτιολογία αυτή, η Επιτροπή του Διαγωνισμού, κατά πλειοψηφία, εισηγήθηκε τον αποκλεισμό μας και την ανάδειξη της εταιρίας «.....» ως προσωρινού αναδόχου της σύμβασης, με μέση έκπτωση 19,99%, δεδομένου ότι είναι ο δεύτερος κατά σειρά μειοδοσίας, μετά την απόρριψη με το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού των προσφορών των οικονομικών φορέων «.....» με δ.τ.», «.....», «.....» και «Α..... με δ.τ.».

Το μέλος της Επιτροπής, ωστόσο, Ευαγγελία μειοψήφησε, καθώς θεώρησε ότι η εταιρία ικανοποιεί το κριτήριο της Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας, παραθέτοντας σκεπτικό, το οποίο αναλυτικά αναφέρεται ανωτέρω.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αιτιολογία, με την οποία με την

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

οποία κατά πλειοψηφία κρίθηκε ότι η τελευταία δεν τεκμηριώνει την πλήρωση του κριτηρίου του άρθρου 22Δ (iv) της Διακήρυξης είναι μη νόμιμη και επομένως η προσβαλλόμενη απόφαση που την εγκρίνει είναι ακυρωτέα. Και τούτο, διότι από τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 22Δ της Διακήρυξης, αλλά και συνολικά από το πνεύμα της Διακήρυξης, με σαφήνεια προκύπτει ότι η πρόσθετη απαίτηση εμπειρίας αφορά στην εκτέλεση οικοδομικών εργασιών σε έργα μνημείων κ.λ.π. και μόνον. Για αυτό, άλλωστε, και ζητείται οι οικοδομικές εργασίες στα εν λόγω έργα να ανέρχονται σε συγκεκριμένο ύψος. Εν συνεχεία η προσφεύγουσα ισχυρίζεται συνοπτικά ότι α. πληροί το κριτήριο 22Δ (iv) της Διακήρυξης, όπως αυτό διατυπώνεται, β. πληροί και τους όρους του άρθρου 11.3 της Διακήρυξης, καθώς απέδειξε εμπειρία σε συναφή έργα δηλαδή σε μνημεία, στα οποία έχει εκτελέσει στερεωτικές εργασίες και εργασίες αποκατάστασης, γ. τα κριτήρια επιλογής τίθενται στη Διακήρυξη και μόνο σε αυτήν και όχι στα λοιπά συμβατικά τεύχη τα οποία και αφορούν όρους εκτέλεσης του έργου και όχι όρους της δημοπρασίας και επομένως είναι καταφανώς παράνομο να αντλούνται επιχειρήματα για τον αποκλεισμό συμμετέχοντα (1^{ου} μειοδότη εν προκειμένω) από τον προϋπολογισμό μελέτης, τη Μελέτη Εφαρμογής και την Τεχνική περιγραφή του έργου, δ. μη νόμιμα τέθηκε υπ' όψιν της Επιτροπής από μέλος αυτής και προς επηρεασμό της, δικαστική απόφαση αναστολής (υπ' αριθμ. 230/2021 απόφαση του Διοικ. Εφετείου Αθηνών που αφορά άλλο έργο της ίδιας Αναθέτουσας Αρχής), όπως προκύπτει από τη σελ.32 του 2^{ου} Πρακτικού, καθώς δεν αποτελεί στοιχείο που αντλήθηκε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, ε. η αιτιολογία του 2^{ου} Πρακτικού πέραν του προδήλως μη νομίμου αυτής ως προς το κρίσιμο ζήτημα της εμπειρίας σε συναφή έργα, τυγχάνει ταυτόχρονα αντιφατική και πρόχειρη και στ. η αιτιολογία περί αποκλεισμού της πέραν του ότι παραβιάζει τη Διακήρυξη παραβιάζει προδήλως και τις γενικές αρχές της διαφάνειας, της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης ως και της προστασίας του ανταγωνισμού.

15. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. Πρωτοκ. έγγραφό της διαβίβασε εμπροθέσμως προς την ΑΕΠΠ τις απόψεις της μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, με τις οποίες τάσσεται υπέρ της

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

απόρριψης της υπό εξέταση προσφυγής για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται σε αυτό, και συνοπτικά έχουν ως εξής:

α. Οι επίμαχες απαιτήσεις της Διακήρυξης ήταν σε γνώση των υποψηφίων κατά την ανάρτησή της στο ΕΣΗΔΗΣ για εύλογο χρονικό διάστημα προκειμένου να διαμορφώσουν την Προσφορά τους, σύννομα τιθέμενες σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν.4412/2016 και με κριτήριο την εξασφάλιση του απαιτούμενου ανταγωνισμού και την καταλληλότητα των υποψηφίων για την προσήκουσα ποιότητα εκτέλεσης της σύμβασης, ενώ κατά των όρων της διακήρυξης δεν ασκήθηκε Προδικαστική Προσφυγή ούτε από την προσφεύγουσα ούτε από άλλον οικονομικό φορέα. Ως εκ τούτου η υποβολή προσφοράς εκ μέρους της ΕΕ «.....» στον συγκεκριμένο διαγωνισμό αποτελεί αποδοχή εκ μέρους της των όρων της Διακήρυξης, που δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους.

β. Εφόσον τα εισαγόμενα στην διακήρυξη κριτήρια επιλογής πληρούν τους όρους και τις προϋποθέσεις του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 80 και στο Παράρτημα XII, δεν αποτελούν πρόσθετους ειδικούς όρους/απαιτήσεις του άρθρου 76 παρ.2 του Ν.4412/2016.

γ. Κανένα εκ των τριών έργων που υπέβαλε η προσφεύγουσα για την τεκμηρίωση της εμπειρίας της δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη ως συναφές με το μεγαλύτερο τμήμα του φυσικού αντικείμενου του δημοπρατούμενου έργου.

16. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

17. Επειδή η παρ. 1 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων ...».

18. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχείρισεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

19. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.). (βλ. και ΑΕΠΠ 1015/2019)

20. Επειδή περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή έχει καταρχήν διακριτική ευχέρεια ως προς τον προσδιορισμό και διάρθρωση των αναγκών της και την επιλογή των εν γένει μέσων με τα οποία θα τις καλύψει, όπως και για την καταρχήν θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών των μέσων αυτών, σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπο επίτευξής τους, ελεγχόμενη η ευχέρεια αυτή μόνο ως προς την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της και τούτο όσον αφορά τυχόν παραβίαση των διατάξεων νόμου που τη διέπουν και κυρίως των αρχών του άρθρου 18 Ν. 4412/2016 (βλ. και ΑΕΠΠ 187, 208, 238/2017 και 49/2018). Κατά συνέπεια το εξετάζον τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή όργανο – εν προκειμένω η ΑΕΠΠ- δεν δύναται να υπεισέλθει σε έλεγχο σκοπιμότητας του συμβατικού αντικειμένου της Διακήρυξης και των αναγκών της αναθέτουσας Αρχής, καθώς τούτο θα συνιστούσε εκ μέρους της υπέρβαση αρμοδιότητας και υπεισέλευση στην αρμοδιότητα και την οικεία ευχέρεια της αναθέτουσας Αρχής (βλ. και ΑΕΠΠ 88/2020). Επιπλέον, σύμφωνα με τα παγίως κριθέντα από το Συμβούλιο της Επικρατείας (βλ. ΣτΕΟΛ 4022/2012, 1411/2003, 1532, 2018, 2327/1965), οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν. Συναφώς έχει κριθεί ότι αν το διοικητικό όργανο διαθέτει διακριτική ευχέρεια, κατά την έκδοση της διοικητικής πράξης το ακυρωτικό όργανο που επιλαμβάνεται επ' αυτών μπορεί μόνο να την ακυρώσει. (βλ. ΣτΕ 1879/2008 «το επιλαμβανόμενο της προσφυγής διοικητικό δικαστήριο δεν έχει εξουσία να

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

προβεί σε κατ' ιδίαν εκτίμηση, ενέχουσα κατά περιεχόμενο άσκηση ανηκούσης στην Διοίκηση διακριτικής εξουσίας, σε διατύπωση δικής του περί της μεταβολής της έδρας κρίσεως, καθ' υποκατάσταση της Διοικήσεως, αλλά οφείλει, όπως επιβάλλει το άρθρο 79 παρ.3 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, σε συμφωνία προς την αρχή της διακρίσεως των εξουσιών, να ακυρώσει την πράξη και να την αναπέμψει στην Διοίκηση για σύννομη άσκηση της διακριτικής της εξουσίας). Σύμφωνα με την πάγια θέση της θεωρίας, όπως επιρρωνύεται από τα πορίσματα της νομολογίας (ΣΤΕ 1222/1979), σε περίπτωση διακριτικής ευχέρειας ο ακυρωτικός έλεγχος περιορίζεται στην εξέταση των νομικών συλλογισμών και στην τήρηση των νομικών ορίων. Όπου η διοίκηση κατ' εξουσιοδότηση του νομοθέτη επιλέγει μια από διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, το δικαστήριο δεν μπορεί να ελέγξει την επιλογή καθ' εαυτή, χωρίς να στερεί την διακριτική ευχέρεια του αντικειμένου της. Ως εκ τούτου στις περιπτώσεις διακριτικής ευχέρειας, αν δεν υφίσταται υπέρβαση των νομίμων ορίων αυτής, ο προκριθείς από τη Διοίκηση τρόπος άσκησής της, συνιστά για το ακυρωτικό όργανο ανέλεγκτη ουσιαστική κρίση της Διοίκησης (ΣΤΕ 177/1996 και αντίστοιχες 1222/1979 Ολ. 2375/1988).

21. Επειδή, από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής δεν προκύπτει ότι με αυτή θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017). Επομένως, κρίνεται ότι η αναθέτουσα αρχή τόσο κατά τη διατύπωση των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών στους σχετικούς όρους της διακήρυξης -όπως αυτοί αναλυτικά ανωτέρω παρατίθενται και των οποίων πάντως η νομιμότητα δεν δύναται να αμφισβητηθεί στο παρόν στάδιο- όσο και κατά την αξιολόγηση της επίμαχης τεχνικής προσφοράς σχετικά με τις γενικές αλλά και ειδικότερες τεχνικές προδιαγραφές, που απαιτείται να πληρούνται για την επιτυχή και προσήκουσα εκτέλεση του προκηρυσσόμενου έργου, δεν υπερέβη τα απώτατα όρια της διακριτικής της ευχέρειας. Θα πρέπει επίσης ιδιαίτερα να επισημανθεί το γεγονός ότι η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με την οποία *«οι υποψήφιοι για την επίμαχη σύμβαση οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού να διαθέτουν εμπειρία σε εκτέλεση συναφών*

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

με το αντικείμενο της σύμβασης έργων επί μνημείων έως το 1830 ή εκκλησιαστικών κτηρίων ή εκκλησιαστικών συνόλων μετά το 1830, κηρυγμένων με τις διατάξεις του Ν. 3028/2002, τα οποία εκτελέσθηκαν από τον οικονομικό φορέα και περαιώθηκαν κατά την τελευταία πενταετία, συνολικού συμβατικού προϋπολογισμού οικοδομικών εργασιών τουλάχιστον 274.000,00 €» πέραν του ότι, ουδέποτε προσβλήθηκε ως όρος της διακήρυξης, ρητώς προβλέπεται στην επίμαχη διακήρυξη ότι θα πρέπει να **αποδειχθεί** με ορθώς απαριθμούμενα δικαιολογητικά (βλ. όρο 23.6), τα οποία ουδόλως συνιστούν «*πρόσθετη απαίτηση τεχνικής ικανότητας*», όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα υπονοώντας ότι τέθηκε όψιμα εκ μέρους της αναθέτουσας, αλλά αποδεικτικά στοιχεία περί της εμπειρίας του συμμετέχοντος, στα οποία ρητώς και εξ αρχής γίνεται παραπομπή εκ του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης. Ωστόσο και σε κάθε περίπτωση, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και ιδίως την προσφορά της προσφεύγουσας και όπως ορθώς επιβεβαιώνεται και από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει προσηκόντως την απαιτούμενη εμπειρία με τα έργα – δικαιολογητικά που προσκομίζει και περί αυτού διαλαμβάνεται σαφής αιτιολογία τόσο στην προσβαλλόμενη πράξη όσο και στο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού περί αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών, που εγκρίθηκε με την τελευταία, αντιθέτως προς τα όσα αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα.

22. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, συνακόλουθα, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (αρ. 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 54/ 2022

2. Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 04 Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 14 Ιανουαρίου 2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Αικατερίνη Ζερβού

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Σάββας Μακρίδης