

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 1 Ιουνίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8-5-2020 κατατεθείσα με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 556/8-5-2020 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων «.....», ως και των μελών αυτής, νομίμως εκπροσωπούμενων.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Οι προσφεύγοντες αιτούνται την ακύρωση της με αρ. πρωτ. διακήρυξης για την «ΕΣΩΤΕΡΙΚΑ ΔΙΚΤΥΑ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΠΑΡΑΛΙΑΚΩΝ ΟΙΚΙΣΜΩΝ» με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 33.020.000,00 ευρώ πλέον δικαιώματος προαίρεσης, η οποία διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 7-4-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 13-4-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθησαν κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολα με αρ. και ποσού

Αριθμός Απόφασης :655/2020

7.500,00 ευρώ του πρώτου προσφεύγοντος, που πληρώθηκε δια του από 7-5-2020 εμβάσματος και με αρ.και ποσού 7.500,00 ευρώ του δεύτερου προσφεύγοντος, που φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, δια της εμπροθέσμως ασκούμενης την 8-5-2020 νομίμως υπογεγραμμένης προσφυγής, οι προσφεύγοντες στρέφονται κατά της από 13-4-2020 (και άρα, εμπρόθεσμα, αφού η προσφυγή ασκείται εντός του δεκαήμερου από το από 28-4-2020 σημείο παραγωγής τεκμηρίου γνώσης σε 15 ημέρες από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, ΣΤΕ ΕΑ) διακήρυξης ανάθεσης σύμβασης δημοσίου έργου, εμπίπτουσας λόγω χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ και εκτιμώμενης αξίας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Οι δε προσφεύγοντες επικαλούνται ότι αποκλείονται παρανόμως εκ του κριτηρίου επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του όρου 22.Δ.γ της διακήρυξης, ο αναθέτων αιτείται την απόρριψη της προσφυγής με τις από 18-5-2020 Απόψεις του και οι προσφεύγοντες αντικρούουν με το από 26-5-2020 υπόμνημά τους. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία, το δε ειδικότερο έννομο συμφέρον των προσφευγόντων επί των επιμέρους ισχυρισμών τους θα εξετασθεί στο πλαίσιο της ειδικότερης κατ' ουσία εξέτασης αυτών.

3. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, οι αναθέτοντες φορείς έχουν καταρχήν τη διακριτική ευχέρεια να θεσπίζουν τους όρους, τα απαιτούμενα προσόντα και τις προϋποθέσεις συμμετοχής στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που προκηρύσσουν στο μέτρο και κατά το περιεχόμενο που οι ίδιοι κρίνουν ότι εξασφαλίζουν υπέρ τους την επιλογή κατάλληλου και φερέγγυου αναδόχου και την αποτελεσματική εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, ως και την επίτευξη των ευλόγως επιδιωκόμενων μετ' αυτού στόχων. Η δε απαίτηση ως κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, προηγούμενης εμπειρίας συνιστώμενης σε έργο αντίστοιχο με το ανά περίπτωση δημοπρατούμενο, συνιστά ένα καταρχήν όλως νόμιμο μέσο απόδειξης τέτοιων προσόντων, σύμφωνα με το άρθρ. 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016 (*«Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν*

Αριθμός Απόφασης :655/2020

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, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν.») και την περίπτωση α.ι (για συμβάσεις δημοσίου έργου) ΜΕΡΟΥΣ ΙΙ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΧΙΙ ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α του ίδιου νόμου (στις οικείες διατάξεις των οποίων παραπέμπει και το άρ. 308 παρ. 2 του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016), ως και τις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ. Δεδομένων των ανωτέρω, οι οικείες περί προηγούμενης εμπειρίας απαιτήσεις να μην δύνανται να περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμεων να μετάσχουν διαγωνιζομένων και δυνητικών αναδόχων, πλην όμως, προκειμένου οι περιορισμοί αυτοί να είναι θεμιτοί, θα πρέπει οι απαιτήσεις αυτές να είναι δικαιολογημένες σε σχέση με το συμβατικό αντικείμενο της διαδικασίας, δηλαδή αντικειμενικά συνδεδεμένες και μη δυσανάλογες σε σχέση με το φυσικό και οικονομικό του περιεχόμενο, το δε κριτήριο επιλογής θα πρέπει να έχει τέτοιο περιεχόμενο, ώστε να αρκεί για τη διασφάλιση ότι ο οικονομικός φορέας που το πληροί έχει ενδείξεις καταλληλότητας και ικανότητας για την επιτυχή και αποτελεσματική εκτέλεση του υπό ανάθεση έργου (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017). Επομένως, όσον αφορά ειδικότερα το ύψος των συμβάσεων που συγκροτούν την προηγούμενη εμπειρία, αυτό αντιστοίχως θα πρέπει να είναι ανάλογο με το ύψος και το οικονομικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Εξάλλου, άλλο είναι το μη δυσανάλογο ύψος της απαιτούμενης σύμβασης όταν απαιτούνται περισσότερες συμβάσεις εντός του οικείου κρίσιμου διαστήματος και άλλο όταν ζητείται η εκτέλεση μόνο ενός αντίστοιχου έργου, αφού όσο περισσότερες αντίστοιχες συμβάσεις ζητούνται, τόσο το ύψος του αναλογικού οικονομικού αντικειμένου των προηγούμενων συμβάσεων καθίσταται μικρότερο, και αντιστρόφως. Σημειωτέον δε, ότι κατά το σημ. α.ι ΜΕΡΟΥΣ ΙΙ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΧΙΙ ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α, το οικείο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας σε περιπτώσεις συμβάσεων δημοσίου έργου αφορά έργα «που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο», ενώ μόνο «όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι

Αριθμός Απόφασης :655/2020

αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία». Κατά τον δε όρο 22.Δ.γ της διακήρυξης θεσπίζεται κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτεί «Λόγω της φύσης του συγκεκριμένου έργου οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά την τελευταία 10ετία: i) να έχουν εκτελέσει (1) τουλάχιστον υδραυλικό έργο αποχέτευσης ακαθάρτων με ελάχιστο ποσό σύμβασης 16.000.000 ευρώ (περαιωμένο με προσκόμιση βεβαίωσης καλής εκτέλεσης). Εκάστη των ανωτέρω προϋποθέσεων αρκεί να καλύπτεται από ένα τουλάχιστον οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση οικονομικών φορέων.». Επομένως, ο ως άνω όρος συνίσταται σε απαίτηση προηγούμενης εμπειρίας περί ενός τουλάχιστον εκτελεσθέντος έργου της αυτής και μόνης νυν κατηγορίας της υπό ανάθεση σύμβασης κατά τον όρο 21 της διακήρυξης, συμβατικής αξίας μικρότερης του ημίσεως της υπό ανάθεση σύμβασης και δη εκτελεσθέν εντός των 10 τελευταίων ετών πριν την υποβολή της προσφοράς, ήτοι χρόνο μεγαλύτερο κατά 5 έτη και διπλάσια από την εκ του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ XII ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α Μέρος II Ν. 4412/2016. οριζόμενη πενταετία στην οποία πρέπει να έχει λάβει χώρα η προηγούμενη εμπειρία. Ήτοι, παρέχεται υπέρ των μετεχόντων διπλάσιο διάστημα κτήσης της απαιτούμενης εμπειρίας από το εκ του νόμου οριζόμενο και κατ' αποτέλεσμα πρόκειται για μια πρόβλεψη, όσον αφορά τον χρόνο κτήσης της εμπειρίας αυτής που προδήλως βαίνει πέραν του κατά νόμο προβλεπόμενου μέτρου για τη διευκόλυνση της συμμετοχής και του ανταγωνισμού για την ανάθεση της νυν σύμβασης. Περαιτέρω, ορίζεται ότι σε περίπτωση ένωσης δεν χρειάζεται όλα τα μέλη να πληρούν την ως άνω προϋπόθεση αυτοτελώς, αλλά αρκεί ένα εκ των μελών να πληροί το ως άνω κριτήριο, δηλαδή να έχει εκτελέσει την ως άνω μία απαιτούμενη σύμβαση αξίας κάτω του ημίσεως της νυν εκτιμώμενης αξίας και εντός της προηγούμενης δεκαετίας. Η δε ως άνω ζητούμενη προηγούμενη σύμβαση, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς των προσφευγόντων είναι όλως ανάλογη της υπό ανάθεση σύμβασης, τόσο ως προς το είδος αυτής όσο και ως προς την αξία της, αφού η απαιτούμενη αξία αυτής ανέρχεται στο 48,45% της νυν εκτιμώμενης αξίας, με αποτέλεσμα η ζητούμενη συμβατική αξία ουδόλως να είναι ιδιαίτερως υψηλή ή δυσανάλογη ως προς το υπό ανάθεση αντικείμενο.

Αριθμός Απόφασης :655/2020

Επιπλέον, η διατύπωση του περιεχομένου της προηγούμενης αυτής σύμβασης είναι όλως ευρεία, αναφερόμενη σε εν γένει έργο αποχέτευσης, περαιτέρω διευρύνοντας το δικαίωμα συμμετοχής και χωρίς να περιορίζει τον ανταγωνισμό επί τη βάση απαίτησης άμεσης, ευθείας και στενής κάλυψης της ακριβούς περιγραφής και των ειδικότερων εργασιών του υπό ανάθεση αντικειμένου. Επιπλέον, οι ως άνω περί γενικότητας της απαιτούμενης εμπειρίας, ισχυρισμοί των προσφευγόντων είναι και απαράδεκτοι, λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος, διότι ούτως ή άλλως εφόσον δεν πληρούν την απαίτηση κατά την ως άνω ευρεία διατύπωση αυτής, δεν θα την πληρούσαν ούτε αν είχε διατυπωθεί στενότερα και απαιτούσε ειδικότερες εργασίες στο αντικείμενο της παραδεκτά επικαλούμενης σύμβασης. Αλυσιτελώς δε οι προσφεύγοντες επιχειρηματολογούν στο υπόμνημά τους όσον αφορά τον αριθμό των οικονομικών φορέων που δύνανται να πληρούν τον ως άνω προσβαλλόμενο όρο, οι οποίοι πάντως δεν είναι τυχόν μόνο ένας ή ελάχιστοι, αλλά 7, κατά τους εκατέρωθεν ισχυρισμούς των διαδίκων, δεδομένου ότι μόνος του ο αριθμός των δυνάμενων να πληρούν την απαίτηση οικονομικών φορέων ουδόλως συνιστά επαρκή προϋπόθεση για τη δυσαναλογία και το παράνομο της απαίτησης αυτής και δη, ακόμη και αν υφίσταται τυχόν μόνο ένας πληρών την απαίτηση οικονομικός φορέας, αλλά αντίθετα, θα πρέπει να προκύπτει ότι η απαίτηση επιπλέον είναι και αντικειμενικώς αδικαιολόγητη σε σχέση με τις ανάγκες εκτέλεσης του υπό ανάθεση αντικειμένου (Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017). Αλυσιτελώς δε οι προσφεύγοντες επικαλούνται και την όλως ασχέτου περιεχομένου ΔΕΦΑΘ 228/2019, αφού σε κάθε περίπτωση, σε αντίθεση με την εκεί περίπτωση όπου η απαίτηση για ISO 27001 ζητήθηκε να συντρέχει σε πρόσωπο που δεν θα αναλάβει τις εργασίες και τα καθήκοντα που σχετίζονται με το αντικείμενο του ως άνω προτύπου και άρα, συνιστά απαίτηση ασύνδετη με το φυσικό αντικείμενο που δεν παρέχει οιοδήποτε εύλογο όφελος στον σκοπό της υπό ανάθεση σύμβασης, ο προκείμενος προσβαλλόμενος όρος αφορά την εμπειρία του ίδιου του προσφέροντος επί έργων αποχετεύσεων όπως αυτό που πρόκειται να αναταθεί και προδήλως δεν είναι άσχετη η προσβαλλόμενη απαίτηση ούτε ασύνδετη με το υπό ανάθεση αντικείμενο. Περαιτέρω, κατά τους ως άνω όρους δεν απαιτείται καν το έργο να έχει εξ

Αριθμός Απόφασης :655/2020

ολοκλήρου κατασκευαστεί εντός της τελευταίας δεκαετίας, αλλά αρκεί, όπως και οι προσφεύγοντες συνομολογούν να έχει περαιωθεί εντός της δεκαετίας αυτής, με αποτέλεσμα ο δυνητικός ανταγωνισμός να διευρύνεται εισέτι περαιτέρω. Οι δε προσφεύγοντες άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλουν αιτιάσεις κατά της ευρείας διατύπωσης του απαιτούμενου περιεχομένου της προηγούμενης σύμβασης και της δυνατότητας ενάρξεως της προ της τελευταίας δεκαετίας, καθώς αυτές οι διατάξεις της διακήρυξης επεκτείνουν και διευρύνουν τον ανταγωνισμό και δεν τον περιορίζουν, ως εκ της φύσεως τους. Σε κάθε όμως περίπτωση, ακόμη και αν απαιτείτο η επικαλούμενη προηγούμενη σύμβαση να έχει συναφθεί και ολοκληρωθεί εντός του ως άνω δεκαετούς διαστήματος και πάλι η απαίτηση θα ήταν αναλογική και νόμιμη, αφού ο νόμος επιτρέπει να ζητούνται προηγούμενες συμβάσεις που έχουν ακόμη και εξ ολοκλήρου εκτελεστεί εντός της προηγούμενης πενταετίας, πολλώ δε μάλλον όταν το προκείμενο διάστημα είναι διπλάσιο. Άνευ εννόμου δε συμφέροντος οι προσφεύγοντες βάζουν και κατά της αποδοχής συμβάσεων που εκκίνησαν προ μεγάλου χρονικού διαστήματος και τούτο όχι μόνο διότι, βλ. και αμέσως παρακάτω, ουδόλως προκύπτει προστατευτέα βλάβη τους δια παραλείψεως περιορισμού του ανταγωνισμού, αλλά και προεχόντως γιατί οι ίδιοι οι προσφεύγοντες επικαλούνται σύμβαση του πρώτου εξ αυτών, που περατώθηκε προ διαστήματος άνω των 5 τελευταίων ετών και δη, χωρίς να πληρούν ούτε δι' αυτής το προσβαλλόμενο κριτήριο επιλογής, ενώ ακόμη περισσότερο, ουδόλως προκύπτει ότι οι ίδιοι δύναντο να πληρούν το κριτήριο είτε αν το διάστημα αποδεκτής εκτέλεσης της προηγούμενης σύμβασης ήταν μικρότερο από το νυν οριζόμενο (αφού εξάλλου, δεν το πληρούν κατά τους ισχυρισμούς τους, ούτε υπό τον νυν όρο της δεκαετίας, δεν θα το πληρούσαν ούτε αν το αποδεκτό διάστημα ήταν μικρότερο). Ουδόλως πάντως προσφεύγων έχει κατ' άρ. 360 Ν. 4412/2016 έννομο συμφέρον προσβολής όρων διακήρυξης, επί τη βάση επικαλούμενης παραλείψεως της αναθέτουσας να περιορίσει περαιτέρω δι' αυτών τον ανταγωνισμό, πέραν της περίπτωσης όπου τυχόν η αναθέτουσα κατά παράβαση της οικείας ειδικής τυχόν νομοθεσίας που συνέχεια με το δικαίωμα συμμετοχής και τη δυνατότητα εκτέλεσης της σύμβασης επιτρέπει την ανάληψη της σύμβασης από οικονομικό φορέα που δεν δύναται νομίμως να την

Αριθμός Απόφασης :655/2020

εκτελέσει. Δεν υφίσταται όμως τέτοια περίπτωση εν προκειμένω. Αντίθετα, σε κάθε άλλη περίπτωση, ουδείς περιορισμός υφίσταται στην ευχέρεια της αναθέτουσας να επιλέξει να μην περιορίσει τον ανταγωνισμό ή να περιορίσει αυτόν σε συγκρατημένο βαθμό, αντίθετη δε ερμηνεία θα προσέκρουε ευθέως στο άρ. 18 Ν. 4412/2016 και την εκεί κατοχυρωθείσα αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού στο πλαίσιο των διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Επιπλέον, αβασίμως οι προσφεύγοντες επικαλούνται το διάστημα δεκαετίας εντός του οποίου δύναται να έχει εκτελεσθεί η μόνη ζητούμενη προηγούμενη σύμβαση ως απόδειξη του δυσαναλόγου αυτής και τούτο γιατί το όποιο δυσανάλογο της κρίνεται αποκλειστικά με γνώμονα το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης για την ανάληψη της οποίας χρησιμεύει η προηγούμενη εμπειρία ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και δη σε συνδυασμό με τον αριθμό των απαιτούμενων προηγούμενων συμβάσεων και τον χρόνο στον οποίο αυτές θα πρέπει να έχουν λάβει χώρα. Εν προκειμένω, η μόνη ζητούμενη σύμβαση απαιτείται να έχει αξία μικρότερη του 1/2 της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ ακόμα και αν ληφθεί υπόψη ότι είθισται σε αντιστοίχου αντικειμένου διαδικασίες, η έκπτωση επί της εκτιμώμενης αξίας να ανέρχεται ακόμη και σε ποσοστό μεγαλύτερο του 50%, όπως οι προσφεύγοντες επικαλούνται και πάλι ζητείται προηγούμενη σύμβαση αξίας, κατά τους ισχυρισμούς αυτούς, ίσης περίπου με την εύλογα αναμενόμενη συμβατική αξία της υπό ανάθεση σύμβασης και όλα αυτά, ακόμη και αν γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί των προσφευγόντων. Τα παραπάνω ενώ παρέχεται προφανώς η δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων, αλλά και ρητά ορίστηκε, ότι σε περίπτωση ένωσης, αρκεί ένα μέλος της να έχει εκτελέσει τέτοια σύμβαση. Επομένως, ο όρος ως ετέθη όχι μόνο δεν είναι αδικαιολόγητος ή δυσανάλογος, αλλά θεσπίστηκε με ιδιαίτερα ελαστικό περιεχόμενο σε σχέση με το υπό ανάθεση συμβατικό αντικείμενο. Εξάλλου, ο προϋπολογισμός συμβασιοποίησης συνιστά ένα όλως εύλογο και αντικειμενικό μέσο διατύπωσης του ελάχιστα αποδεκτού οικονομικού αντικειμένου της προηγούμενης σύμβασης. Ο δε αναθέτων παραθέτει εκτεταμένη αιτιολογία περί της σημασίας, της πολυπλοκότητας και της φύσης του υπό ανάθεση έργου, ώστε να δικαιολογήσει τον προσβαλλόμενο όρο, σε κάθε όμως περίπτωση η

Αριθμός Απόφασης :655/2020

απαίτηση προηγούμενης εμπειρίας επί εργασιών εν γένει αντίστοιχων (και δη, άνευ συγκεκριμένης απαίτησης σε ειδικότερες επιμέρους εργασίες) δια μίας συμβάσεως αξίας κάτω του ημίσεως της νυν εκτιμωμένης αξίας και δη, εντός δεκαετίας, εκ φύσεως της δεν δύναται να είναι αδικαιολόγητη και δυσανάλογη. Εξάλλου, το προκείμενο υπό ανάθεση έργο υπάγεται κατά την εκτιμώμενη αξία του στην 6^η τάξη ΜΕΕΠ, ενώ η αξία της μίας ζητούμενης σύμβασης αντιστοιχεί στην 5^η τάξη ΜΕΕΠ. Και ναι μεν η ζητούμενη σύμβαση προσδιορίζεται ως προς τη συμβατική και όχι την εκτιμώμενη αξία της, πλην όμως η ζητούμενη αξία της είναι 28.000.000,00 ευρώ μικρότερη της ανώτατης εκτιμώμενης αξίας σύμβασης έργου 6^{ης} τάξης, άνευ αναβάθμισης δια κοινοπραξίας. Συνεπώς, ακόμη και υπό το επιχείρημα των προσφευγόντων ότι η ζητούμενη συμβατική αξία είναι δυσανάλογη λόγω του ότι υποθετικά ενδεχομένως αντιστοιχεί σε προϋπολογισθείσα πολύ μεγαλύτερη, λαμβανομένων υπόψη των εκπτώσεων αναδόχου, η ζητούμενη συμβατική αξία των 16.000.000 ευρώ αντιστοιχεί σε έκπτωση 63,6% σε σχέση με το ανώτατο όριο προϋπολογιζόμενης αξίας της 6^{ης} τάξης και σε έκπτωση 27,27% σε σχέση με το κατώτατο όριο προϋπολογιζόμενης αξίας της 6^{ης} τάξης. Επομένως, ουδόλως η προσβαλλομένη απαίτηση είναι δυσανάλογη σε σχέση με την τάξη του υπό ανάθεση έργου ούτε υπερβαίνει το μέτρο που αντιστοιχεί στην τελευταία, ώστε να καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή στη διαδικασία οικονομικών φορέων εγγεγραμμένων στην κατ' άρ. 76 Ν. 4412/2016 και τις οικείες διατάξεις του Ν. 3669/2008, ως και τους ειδικότερους όρους της διακήρυξης, αντιστοιχούσα στο έργο κατηγορία και τάξη ΜΕΕΠ. Εξάλλου, δεδομένου ότι κατ' άρ. 76 παρ. 3 Ν. 4412/2016 οι ειδικότερες εκεί προβλέψεις περί υποχρέωσης εγγραφής σε συγκεκριμένη τάξη ΜΕΕΠ, ισχύουν επιπλέον της παρ. 4 του άρ. 75 Ν. 4412/2016 και όχι αποκλειστικά και αντί αυτών, προκύπτει ότι ουδείς κανόνας υφίσταται ότι οι αναθέτουσες εμποδίζονται να θεσπίσουν απαιτήσεις προηγούμενης εμπειρίας, εφόσον αυτές δεν αντικρούουν και δεν είναι ασυμβίβαστες με την αντίστοιχη κατηγορία και τάξη ΜΕΕΠ του υπό ανάθεση έργου ούτε υποχρεούνται να αποδέχονται οιονδήποτε εγγεγραμμένο σε αυτή ούτε εμποδίζονται να θεσπίσουν ειδικότερα κριτήρια επιλογής, εφόσον βέβαια τα τελευταία δεν αποκλείουν εκ των προτέρων τους εγγεγραμμένους σε αυτή

Αριθμός Απόφασης :655/2020

γενικώς, κατά τρόπο που κατ'αποτέλεσμα δικαίωμα συμμετοχής υφίσταται μόνο υπέρ εγγεγραμμένων σε ανώτερη, της αντιστοιχούσας, τάξη και άρα, ουδόλως υφίσταται υποχρέωση περιορισμού των απαιτήσεων των κριτηρίων επιλογής στα όρια για την εγγραφή στην απαιτούμενη τάξη ΜΕΕΠ, αλλά τα κριτήρια αυτά θα πρέπει απλώς να μην υπερβαίνουν τα όρια που ο νόμος επιτρέπει προς εκτέλεση σε επιχειρήσεις της τάξης αυτής (διότι σε αντίθετη περίπτωση, θα ματαιωνόταν εξ αρχής το ίδιο το δικαίωμα συμμετοχής της τάξης αυτής και επί της ουσίας θα αυξανόταν η απαιτούμενη τάξη για τη συμμετοχή στη διαδικασία). Περαιτέρω, αορίστως οι προσφεύγοντες επικαλούνται την εκτέλεση έργων προϋπολογισθείσας αξίας μεγαλύτερης της νυν ζητούμενης ως συμβατικής από το μέλος τους, ως και από τον παρέχοντα στήριξη σε αυτές τρίτο, αφού δεν υφίσταται συγκεκριμένο εξ αρχής όριο αξίας προηγούμενης σύμβασης που δύναται να ζητήσει η αναθέτουσα, ώστε με δεδομένο τούτο, να έχει κρίσιμη τυχόν σημασία αν η ζητούμενη αξία είναι η συμβατική ή η προϋπολογισθείσα. Αντίθετα, εφόσον ο αναθέτων διατύπωνε την απαίτηση της σε όρους προϋπολογισθείσας αξίας, προδήλως θα ζητούσε μεγαλύτερη τέτοια (εκτιμώμενη) ελάχιστη αξία της απαιτούμενης προηγούμενης σύμβασης και δη, σύμφωνα μάλιστα και με τους ισχυρισμούς των προσφευγόντων, στη νυν ζητούμενη συμβατική αξία θα αντιστοιχούσε ευλόγως μια αρκετά μεγαλύτερη εκτιμώμενη, με αποτέλεσμα και πάλι ενδεχομένως οι προσφεύγοντες να μην πληρούσαν τη διατυπωμένη σε όρους προϋπολογισθείσας αξίας, ελάχιστη αυτή απαίτηση. Περαιτέρω, αν ο αναθέτων τηρούσε απλώς τα εκ του νόμου όρια προηγούμενης πενταετίας του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ XII ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α Ν. 4412/2016, η σύμβαση της που επικαλούνται οι προσφεύγοντες ούτως ή άλλως δεν θα λαμβανόταν υπόψη (ως περατωθείσα την 12-11-2014) για πλήρωση του κριτηρίου επιλογής και το μόνο έρεισμα εκ μέρους τους επίκλησης της, ανάγεται αποκλειστικά στην υπέρ του κατά νόμο απαιτούμενου, ευχέρεια επίκλησης προηγούμενων συμβάσεων που ο αναθέτων επέτρεψε στους μετέχοντες οικονομικούς φορείς. Ακόμη, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς των προσφευγόντων, η συμβατική αξία συνιστά προδήλως το πλέον αξιόπιστο στοιχείο διάγνωσης καταλληλότητας της προηγούμενης εμπειρίας σε σχέση με την προϋπολογιζόμενη αξία δημοπράτησης της προηγούμενης σύμβασης,

Αριθμός Απόφασης :655/2020

αφού η συμβατική αξία (και δεδομένου ότι αφορά ήδη περατωθείσα σύμβαση) περιγράφει την πλήρη και πραγματική εικόνα και κατάσταση της προηγούμενης σύμβασης, αναφερόμενη σε πραγματικό και περατωθέν αντικείμενο, σε αντίθεση με την προϋπολογιζόμενη αξία περατωθέντος έργου, η οποία αντιστοιχεί σε μια εν τέλει μη πραγματική, αλλά απλώς εκτιμηθείσα καταρχήν αξία όσον αφορά μια σύμβαση που εν τέλει συνήφθη. Εφόσον το αντικείμενο αναφοράς ανάγεται σε περατωθείσα σύμβαση και εργασίες, προδήλως τούτο περιγράφεται και προσδιορίζεται βέλτιστα δια της αληθούς και πραγματικής εν τέλει αξίας του, ήτοι αυτής της συμβάσεως. Όλως αβασίμως δε οι προσφεύγοντες επιχειρούν να παρουσιάσουν την αξία μιας συναφθείσας συμβάσεως, ως αδικαιολόγητο κριτήριο και ως ένα συμπτωματικό μέγεθος που αποτελεί αποτέλεσμα ανά περίπτωση εκπτώσεων επί της προϋπολογισθείσας αξίας, καθώς η αληθώς κηθείσα εμπειρία επί εκτελεσθείσας συμβάσεων συνέχεια πολύ πιο εύλογα με την αληθή εν τέλει και πραγματική αξία της εκτελεσθείσας αυτής συμβάσεως, η οποία είναι η συμβατική, ήτοι αυτή που αποτέλεσε την εν τέλει αξία στην οποία αποτιμήθηκαν στην πραγματικότητα οι εργασίες, σε σχέση με την καταρχήν εκτιμώμενη αξία της, η οποία αποτέλεσε απλώς το μέγεθος επί του οποίου υπεβλήθησαν οι τότε προσφορές για την ανάληψη της σύμβασης και ο ανώτατος καταρχήν προϋπολογισμός δημοπράτησης του εν τέλει εκτελεσθέντος σε άλλη και πραγματική, ήτοι συμβατική αξία, έργου. Αντίθετα δε με τις αιτιάσεις τους, οι ισχυρισμοί των προσφευγόντων είναι αυτοί που ερείδονται επί υποθέσεων διαφορετικών ποσοστών εκπτώσεως επί ίδιας εκτιμώμενης που καταλήγουν σε άλλες συμβατικές αξίες. Εξάλλου, η αοριστία των επιχειρημάτων τους προκύπτει και διότι και αντίστροφα, δύο διαφορετικές εκτιμώμενες αξίες δύνανται να καταλήξουν στην ίδια συμβατική αξία υπό διαφορετικό ποσοστό έκπτωσης, άρα δύο έργα διαφορετικού προϋπολογισμού έκαστο, δύνανται να καταλήξουν στην ίδια συμβατική αξία (επί παραδείγματι αν το πρώτο έργο έχει διπλάσιο προϋπολογισμό από το δεύτερο, η συμβατική αξία αμφοτέρων θα είναι η ίδια, αν η διαφορά μεταξύ του 100% του προϋπολογισμού και της ανά έργο έκπτωσης αναδόχου, είναι διπλάσια). Συνεπώς, κατά τους ίδιους τους ισχυρισμούς των προσφευγόντων, οι οποίοι δύνανται να ισχύσουν και

Αριθμός Απόφασης :655/2020

αντιστρόφως, ούτε η εκτιμώμενη αξία συνιστά ασφαλές και αναλογικό μέγεθος για να λειτουργήσει ως κριτήριο αποδοχής προηγούμενης σύμβασης και άρα, οι ισχυρισμοί τους είναι άτοποι και αόριστοι. Συνεπεία των ανωτέρω, όλοι οι περι του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφυγής είναι και κατ' ουσία απορριπτέοι.

4. Επειδή, επιπλέον και ασχέτως των ανωτέρω, κατά το περιεχόμενο του προσβαλλόμενου όρου, αρκεί έστω ένα μέλος της ένωσης ή ακόμα και τρίτος κατά τον όρο 22.ΣΤ της διακήρυξης, παρέχων στήριξη να «έχει εκτελέσει ένα τουλάχιστον υδραυλικό έργο αποχέτευσης ακαθάρτων με ελάχιστο ποσό σύμβασης 16.000.000 ευρώ» και άρα, η απαίτηση συνίσταται στην εκτέλεση έργου συμβατικής αξίας 16.000.000,00 ευρώ τουλάχιστον, με μόνους περιορισμούς την περάτωση του εντός της τελευταίας δεκαετίας και ότι η ως άνω αξία πρέπει να αφορά ένα έργο και όχι να προκύπτει ως άθροισμα επιμέρους αυτοτελών και άσχετων μεταξύ τους έργων. Ουδόλως όμως, προκύπτει εκ των ανωτέρω και εκ του περιεχομένου του προσβαλλόμενου όρου, ότι απαιτήθηκε ειδικώς η ως άνω αξία να αφορά αποκλειστικά την αρχική τυχόν σύμβαση, με αποτέλεσμα αν τυχόν η αρχική σύμβαση τροποποιήθηκε και επεκτάθηκε κατά το οικονομικό της αντικείμενο κατά την εκτέλεση της, να μην λαμβάνεται τυχόν υπόψη η τελική και πραγματική συμβατική της αξία, αλλά μόνο το μέρος αυτής που αντιστοιχεί στην αρχική σύμβαση. Τα ως άνω όμως δεν προκύπτουν από τους παραπάνω όρους. Αντίθετα, άνευ οιασδήποτε ασάφειας και αοριστίας, ζητήθηκε 1 έργο, με συγκεκριμένη ελάχιστη συμβατική αξία, χωρίς κανένα προσδιορισμό περί αρχικής ή συμπληρωματικών συμβάσεων και με απαίτηση περάτωσης της σύμβασης. Δεδομένου ότι η αξία που θα ληφθεί υπόψη είναι αυτή της περατωθείσας σύμβασης, που θα αφορά η βεβαίωση καλής εκτέλεσης, η οποία απαιτείται, προκύπτει ότι εφόσον η αρχική σύμβαση τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε, θα ληφθεί υπόψη η συνολική συμβατική αξία του όλου έργου, υπό την προϋπόθεση βέβαια ότι θα πρόκειται για το ίδιο, ένα και το αυτό έργο. Εφόσον δε, ο τρίτος οικονομικός φορέας επί του οποίου στηρίζεται η προσφεύγουσα ένωση είχε εκτελέσει όντως σύμβαση με συνολική αξία άνω των 16.000.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένων και των συμπληρωματικών εργασιών αυτής και εφόσον πάντα αφορούσε ένα συγκεκριμένο έργο, η ένωση θα δύνατο όλως

Αριθμός Απόφασης :655/2020

παραδεκτώς να μετάσχει. Όμως, οι προσφεύγοντες ισχυρίζονται ότι ούτε το άθροισμα αξίας της σύμβασης της καλύπτει το ως άνω όριο μαζί με τις συμπληρωματικές συμβάσεις, αλλά ότι αν αντί της ως άνω αξίας ως συμβατικής, ζητείτο αυτή ως προϋπολογισθείσα και δη, μετά τεχνητής αναγωγής της αξίας των συμπληρωματικών συμβάσεων σε μια υποθετική «προϋπολογιζόμενη» δια της εφαρμογής του συντελεστή έκπτωσης επί της αρχικής σύμβασης, τότε θα δύνατο η ένωση να υποβάλει παραδεκτή προσφορά. Επομένως, παρότι λαμβάνεται υπόψη η ολική μετά των συμπληρωματικών συμβάσεων αξία εν προκειμένω, σε κάθε περίπτωση ούτε δια της συνολικής αυτής συμβατικής αξίας του έργου της, δύνανται οι προσφεύγοντες να πληρούν το ως άνω κριτήριο επιλογής. Δηλαδή, ασχέτως ότι δια των ως άνω ισχυρισμών, οι προσφεύγοντες εσφαλμένα και αορίστως προβαίνουν σε υποθέσεις και αβάσιμες αναγωγές αξίας συμπληρωματικών συμβάσεων (για τις οποίες ουδείς ανταγωνισμός υφίσταται) σε «προϋπολογισθείσα» και ενώ στις συμπληρωματικές συμβάσεις ούτως ή άλλως η προϋπολογισθείσα και η συμβατική αξία συμπίπτουν και ασχέτως ότι, όπως ήδη αναφέρθηκε ουδέν εμπόδιο υφίστατο για τον αναθέτοντα να προσδιορίσει σε μεγαλύτερο ύψος την ελάχιστη απαιτούμενη αξία, αν τη ζητούσε υπό όρους προϋπολογισθείσας αντί εκτιμωμένης, σε κάθε περίπτωση εκ των ως άνω προκύπτει ότι άνευ εννόμου συμφέροντος και απαραδέκτως, πέραν από αβασίμως, οι προσφεύγοντες βάλλουν κατά του ανύπαρκτου περιορισμού επίκλησης συμπληρωματικών συμβάσεων και της ανύπαρκτης ασάφειας περί της δυνατότητας επίκλησης τους (αφού είτε λαμβάνονται υπόψη είτε όχι οι συμπληρωματικές συμβάσεις, οι προσφεύγοντες κατά τους ισχυρισμούς τους ούτε μεταξύ τους ούτε δια της στήριξης του ως άνω τρίτου, θα δύναντο να πληρούν την ελάχιστη ως άνω απαίτηση).

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσουν τα παράβολα με αρ. και ποσού 7.500,00 ευρώ και με αρ. και ποσού 7.500,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση των παραβόλων με αρ. και ποσού 7.500,00 ευρώ και με αρ. και ποσού 7.500,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 1-6-2020 και εκδόθηκε στις 9-6-2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΣΟΚΕΦΑΛΟΥ ΕΛΕΝΗ