

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Ιουνίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03.05.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 540/05.05.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «» και τον διακριτικό τίτλο «» που εδρεύει στον Δήμο, οδός, αρ. και οδός, Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της – (δια της) (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 437/2020 Απόφαση (Πρακτικό Συνεδρίασης και Απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2020, Αριθμός Πρακτικού 12, Θέμα 3^ο) της Οικονομικής Επιτροπής της (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 20.03.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Οικονομικής Προσφοράς της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η – (δια της) ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξης και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 18.12.2019, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του έργου «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ - ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΛΟΙΠΩΝ ΕΡΓΩΝ ΡΕΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΠΟΤΑΜΩΝ ΠΕΡΙΟΧΗΣ ΔΗΜΩΝ, - &», (CPV:), εκτιμώμενης αξίας δύο εκατομμυρίων ευρώ (2.000.000,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, ήτοι ποσού ενός εκατομμυρίου εξακοσίων δώδεκα χιλιάδων εννιακοσίων τριών ευρώ και είκοσι τριών λεπτών (1.612.903,23 €) χωρίς Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας δεκαπέντε (15) μηνών, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 30^η Ιανουαρίου 2020, ημέρα Πέμπτη και ώρα 13:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 5^η Φεβρουαρίου 2020, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 30.01.2020 και ώρα 12:13:49 μ.μ. την υπ' αριθμ. προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 437/2020 Απόφασης (Πρακτικό Συνεδρίασης και Απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2020, Αριθμός Πρακτικού 12, Θέμα 3^ο) της Οικονομικής Επιτροπής τηςάδας (ΑΔΑ:), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 22.04.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 04.05.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά

το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή στο σύνολό της η υπό κρίση προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 437/2020 Απόφαση (Πρακτικό Συνεδρίασης και Απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2020, Αριθμός Πρακτικού 12, Θέμα 3^ο) της Οικονομικής Επιτροπής της (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 20.03.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Οικονομικής Προσφοράς της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της και γ) να ανκηρυχθεί αυτή προσωρινή μειοδότης.

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 03.04.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της, ποσού οκτώ χιλιάδων εξήντα πέντε ευρώ (8.065,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 05.05.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 685/05.05.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 05.05.2020 και υπέβαλε στις 25.05.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας, στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 03.06.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το από 03.06.2020 υπόμνημά της.

13. Επειδή, στην κρίσιμη προσφυγή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν απορριπτή, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού

και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 437/2020 Απόφασης (Πρακτικό Συνεδρίασης και Απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2020, Αριθμός Πρακτικού 12, Θέμα 3^ο) της Οικονομικής Επιτροπής της (ΑΔΑ:), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του από 20.03.2020 Πρακτικού Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Οικονομικής Προσφοράς της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της.

Νομίμως και παραδεκτώς φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 19 «Οικονομικοί φορείς» (άρθρο 19 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 76 «Κριτήρια επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου», το άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 102 «Συμπλήρωση-αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, περαιτέρω, στο ΚΕΦΑΛΑΙΟ Γ' της Διακήρυξης, άρθρο 21 με τίτλο «Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης» (σελ. 24), ορίζεται ότι: **«21.1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών/αυτή που δραστηριοποιούνται σε έργα κατηγορίας ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ τάξεως 2ης σε Κ/ξια ή 3ης τάξης και άνω του Μ.Ε.ΕΠ. που τηρείται στη του Υπουργείου και που είναι εγκατεστημένα σε:**

α) σε κράτος-μέλος της Ένωσης,

β) σε κράτος-μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.),

γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5

και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και

δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρούσας παραγράφου και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

21.2 Οικονομικός φορέας συμμετέχει είτε μεμονωμένα είτε ως μέλος ένωσης.

21.3 Οι ενώσεις οικονομικών φορέων συμμετέχουν υπό τους όρους των παρ. 2, 3 και 4 του άρθρου 19 και των παρ. 1 (ε) και 3 (β) του άρθρου 76 του ν. 4412/2016.

Δεν απαιτείται από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς. Σε περίπτωση που η ένωση αναδειχθεί ανάδοχος η νομική της μορφή πρέπει να είναι τέτοια που να εξασφαλίζεται η ύπαρξη ενός και μοναδικού φορολογικού μητρώου για την ένωση (πχ κοινοπραξία).».

16. Επειδή, στο άρθρο 22 της Διακήρυξης με τίτλο «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής» (σελ. 24), ορίζεται ότι: «Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής.

Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, ισχύουν τα εξής:

- αναφορικά με τις απαιτήσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, αυτές θα πρέπει να ικανοποιούνται από κάθε μέλος της ένωσης
- αναφορικά με τις απαιτήσεις του άρθρου 22.Β της παρούσας, κάθε μέλος της ένωσης θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένο στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο, σύμφωνα με τα ειδικότερα στο ως άνω άρθρο, τουλάχιστον σε μια από τις κατηγορίες που αφορά στο υπό ανάθεση έργο. Περαιτέρω, αθροιστικά πρέπει να καλύπτονται όλες οι κατηγορίες του έργου.», ενώ υπό «Κριτήρια επιλογής (22.Β – 22.Δ)», στο άρθρο 22.Β. (σελ. 28), ορίζεται ότι: «Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται οι οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο σχετικό επαγγελματικό μητρώο που τηρείται στο κράτος εγκατάστασής τους. Ειδικά οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο

Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) ή στα Νομαρχιακά Μητρώα στην κατηγορία/-ιες έργου του άρθρου 21 της παρούσας. Οι προσφέροντες που είναι εγγεγραμμένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στα Μητρώα του παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.» και στο άρθρο 22.ΣΤ (σελ. 28), ορίζεται ότι: «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.

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. 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.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. 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).».

17.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ 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. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣτΕ 18/2011, ΣτΕ 19/2011, ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 1616/2008, ΕΑ ΣτΕ 254/2008 κλπ).

18. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο

σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΛΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της Διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του Διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του Διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007).

19. Επειδή, ειδικότερα, η διαδικασία ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και υπηρεσιών, οι οποίες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως η τελευταία αντικατέστησε την Οδηγία 2004/18/ΕΚ, περιείχε ωστόσο όμοια με αυτήν ρύθμιση, διέπεται από την αρχή της διαφάνειας ως βασική προϋπόθεσή της, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ως εκ τούτου συνάγεται ότι όλοι οι όροι και οι

λεπτομέρειες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο ώστε, αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα Διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο Διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νική, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Universale-Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, eVigilo της 12.03.2015, C-538/13, σκέψη 33, Επιτροπή κατά Δανίας, της 22.06.1993, C-243/89, σκέψη 33, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 25.04.1996, C-87/94, σκέψη 51, SIAC Construction, της 18.10.2001, C-19/00, σκέψη 33, Μηχανική, της 16.12.2008, C-213/07, σκέψη 45, MT Højgaard και Züblin, της 24.05.2016, C-396/14, σκέψη 37, Universale-Bau, της 12.12.2002, C-470/99, σκέψη 93, SAG ELV Slovensko κ.λπ., της 29.03.2012, C-599/10, σκέψη 36, καθώς και Manova, της 10.10.2013, C-336/12, σκέψη 31, ΣΤΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως 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). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της Διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987, ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

20. Επειδή, παγίως έχει κριθεί ότι, σύμφωνα με την ανωτέρω αρχή της σαφήνειας της Διακήρυξης, απαράβατοι όροι εκάστης Διακήρυξης αποτελούν έκφανση της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τον τρόπο συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ 127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008).

21. Επειδή, έχει κριθεί ότι τυχόν πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική Προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011).

22. Επειδή, έτι περαιτέρω, έχει κριθεί (ΕΛΣυν 524/2012 Τμ. VI) ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε

περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣτΕ ΕΑ 18, 19/2011, 179/2009, 61/2011, υπόθ. C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.06.2007) και κατά συνέπεια, δεν είναι κατ' αρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα, και μάλιστα δικαιολογητικά που απαιτούνται από διατάξεις, στις οποίες η διακήρυξη δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στον διαγωνισμό δίκαιο (πρβλ. ΣτΕ 1329, 1616, 1619/2008, 3703/2010, ΕΑ ΣτΕ 254/2008).

23. Επειδή, οι προϋποθέσεις συμμετοχής στους Διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, αποτυπώνονται προκειμένου για συμβάσεις κάτω των ορίων, στο Τυποποιημένο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ), το οποίο αποτελεί Υπεύθυνη Δήλωση των οικονομικών φορέων, προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη και παρέχει προκαταρκτική απόδειξη για το ότι ο οικονομικός φορέας: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις που συνεπάγεται υποχρεωτικώς ή μπορεί να έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό του από τη διαδικασία και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής που έχουν καθοριστεί από την αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, το Τ.Ε.Υ.Δ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών, με βάση το νέο, ενοποιημένο πλέον, νομοθετικό πλαίσιο που εισάγει ο Ν. 4412/2016 και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων, τα οποία απαιτούνταν από το προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, ιδίως προς τον σκοπό της διευκόλυνσης της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων και της μείωσης του χρόνου προετοιμασίας των προσφορών. Σημειώνεται ότι η χρήση του Τ.Ε.Υ.Δ. στις διαγωνιστικές διαδικασίες που διεξάγουν αναθέτουσες αρχές, όπως εν προκειμένω, είναι υποχρεωτική (υπ' αριθμ. 158/2016 Απόφαση Προέδρου Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (ΦΕΚ Β' 3698/16.11.2016) «Έγκριση "Τυποποιημένου Εντύπου

Υπεύθυνης Δήλωσης” (Τ.Ε.Υ.Δ.) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147/08.08.2016), για διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων των οδηγιών».

24. Επειδή, όπως προέκυψε από την έρευνα του φακέλου της υπόθεσης και των πραγματικών περιστατικών που τέθηκαν υπόψη του οικείου Κλιμακίου, στα οποία ομονοούν τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε αποτυπώθηκε και στο από 20.03.2020 Πρακτικό, το οποίο εγκρίθηκε ομόφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά την ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών των υποψηφίων, στις 05.02.2020, διαπιστώθηκε από την Επιτροπή ότι υπέβαλαν προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό, δέκα (10) οικονομικοί φορείς, όπως εμφανίζονται στον συνημμένο στο ανωτέρω Πρακτικό «Κατάλογο Συμμετεχόντων». Ακολούθως, αποσφραγίστηκαν οι υποβληθέντες υποφάκελοι των «Δικαιολογητικών Συμμετοχής» και «Οικονομικής Προσφοράς» των συμμετεχόντων. Από τον «ΠΙΝΑΚΑ ΣΥΜΜΕΤΕΧΟΝΤΩΝ ΚΑΤΑ ΣΕΙΡΑ ΜΕΙΟΔΟΣΙΑΣ» που αναρτήθηκε στην «επικοινωνία» του διαγωνισμού στις 05.02.2020, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα κατετάγη πρώτη, με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 65,00%. Ακολούθως, η Επιτροπή του Διαγωνισμού προέβη, κατά τη σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης, βάσει των παραγόμενων σχετικών ψηφιακών αρχείων του υποσυστήματος, από τα οποία προέκυψε ότι όλες οι υποβληθείσες στον διαγωνισμό προσφορές ήταν ομαλές. Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού, ήλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της διακήρυξης κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Επίσης αποσφράγισε και τους (3) φακέλους που υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα στο πρωτόκολλο της και περιείχαν τις πρωτότυπες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκλήρωσε αυθημερόν τον παραπάνω έλεγχο και των (10) διαγωνιζομένων. Ωστόσο, η Επιτροπή Διενέργειας έκρινε με το προαναφερθέν Πρακτικό ότι «[...].

1.Για το Διαγωνιζόμενο με σειρά μειοδοσίας **1** '... .." με δ.τ ".....":

δεν προκύπτει το δικαίωμα συμμετοχής της στο διαγωνισμό αυτοτελώς είτε ως ένωση αφού σύμφωνα με το άρθρο 21.1 της διακήρυξης " δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται σε έργα κατηγορίας **Υδραυλικών τάξεως 2ης σε Κ/ξια ή 3ης τάξεως και άνω του ΜΕΕΠ** " ενώ στο ΤΕΥΔ της δηλώνεται ότι η εταιρεία είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ **για έργα κατηγορίας υδραυλικών 1ης τάξης**. [...].».

Η προαναφερθείσα εισήγηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού, έγινε ομόφωνα αποδεκτή με την έγκριση του από 20.03.2020 Πρακτικού και ενσωματώθηκε στη νυν προσβαλλόμενη απόφαση.

25.Επειδή, η προσφεύγουσα με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 5-12 της κρινόμενης προσφυγής, υπό «Β. ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΟΙ ΛΟΓΟΙ», ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι παράνομη και άρα ακυρωτέα κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της με το αναλυτικά αναφερόμενο στην αμέσως προηγούμενη σκέψη αιτιολογικό. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι σε αντίθεση με τα διαλαμβανόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, η ίδια καλύπτει πλήρως τις απαιτήσεις της διακήρυξης που σχετίζονται με το δικαίωμα συμμετοχής στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, αναφορικά με την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας (βλ. ανωτέρω σκέψεις 15-16 της παρούσας). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού ουδόλως έλαβε υπόψη της ότι για την πλήρωση των ανωτέρω προϋποθέσεων της διακήρυξης, στηρίχθηκε στις ικανότητες τρίτου φορέα, όπως συνάγεται από το σύνολο των εγγράφων της προσφοράς του και δη από τα υποβληθέντα Τ.Ε.Υ.Δ., της ίδιας, αλλά και του τρίτου δανείζοντος εμπειρία, οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά αρχεία με τίτλο «NEA ΚΛΠ AGT_signed.pdf» και «NEA ΚΛΠ_signed.pdf») προκύπτει αθροιστικά στο πρόσωπό της, η πλήρωση

των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, όπως καθορίζονται από τα άρθρα 21 και 22 της διακήρυξης του διαγωνισμού, σχετικά με τα έργα κατηγορίας Υδραυλικών. Επί του ανωτέρω μόνου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου οίκοθεν/25.05.2020 διαβιβαστικού εγγράφου της με θέμα: «Κοινοποίηση των απόψεων της Επιτροπής Διαγωνισμού περί της Προδικαστικής προσφυγής με ΓΑΚ-ΑΕΠΠ 540/05-05-2020 κατά της 437/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής επί του Πρακτικού αποσφράγισης.», στο οποίο επισυνάπτονταν οι Απόψεις της και τα οποία έγγραφα, αμφότερα κοινοποιήθηκαν μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 25.05.2020, υποστηρίζει σχετικά τα εξής: «[...]. Ο ισχυρισμός αυτός δεν είναι βάσιμος αφού αντιθέτως, η Ε.Δ. κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών εξέτασε πλήρως τα δικαιολογητικά συμμετοχής του προσφεύγοντα και δαπίστωσε ότι από τα κατατιθέμενα έγγραφα δεν προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας “..... με δ.τ.” στηριζόμενος στην στήριξη τρίτου φορέα καλύπτει το δικαίωμα συμμετοχής του στο διαγωνισμό για τους παρακάτω λόγους:

Σύμφωνα με το άρθρο 21.1 της διακήρυξης [...].

Η Ε.Δ. λαμβάνοντας υπόψη:

1. το ανωτέρω άρθρο της διακήρυξης
2. τις υποστημειώσεις του τεύχους της ΕΑΑΔΗΣΥ σύμφωνα με το οποίο δεν επιτρέπεται η κλήση εργοληπτικών επιχειρήσεων βάσει τάξεων του ΜΕΕΠ
3. το γεγονός ότι η διακήρυξη σύμφωνα με τις αποφάσεις του Ελεγκτικού συνεδρίου αποτελεί κανονιστική πράξη
4. το γεγονός ότι κατά της εν λόγω διακήρυξης δεν ασκήθηκε προσφυγή πριν την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού

προχώρησε κατά την σωστή έννοια του άρθρου 21 της διακήρυξης στον έλεγχο των στοιχείων που θα αποδείκνυαν εάν ο διαγωνιζόμενος **είχε τα ουσιαστικά προσόντα κατάταξης στην 3^η τάξη του ΜΕΕΠ και συγκεκριμένα**

- α) εάν πληρούσε κατ' ελάχιστο τις απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που ορίζονται στο άρθρο 100 του Ν. 3669/2008 όπως ισχύει για έργα κατηγορίας υδραυλικών τάξης 3^{ης} και άνω του ΜΕΕΠ
- β) εάν πληρούσε κατ' ελάχιστο τις απαιτήσεις της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που ορίζονται στα άρθρα 99 και 100 του Ν. 3669/2008 όπως ισχύουν για έργα κατηγορίας υδραυλικών τάξης 3^{ης} και άνω του ΜΕΕΠ

Από την εξέταση του ΤΕΥΔ του οικονομικού φορέα “..... με δ.τ.” προέκυψε ότι, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος στο Μητρώο Εργληπτικών Επιχειρήσεων (ΜΕΕΠ) του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών με αριθμό στην 1^η τάξη κατηγορίας υδραυλικών και συνεπώς δεν πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, όσον αφορά τις απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας καθώς και τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, για αυτό και στο Μέρος II Γ, δηλώνει ότι στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης.

Η στήριξη του άλλου φορέα που θα παρέχει την δάνεια εμπειρία και εν προκειμένω δηλώνεται η “” και υποβάλεται από αυτόν το αντίστοιχο ΤΕΥΔ, όσον αφορά τις απαιτήσεις της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας έγκειται στην πλήρωση από αυτόν των ελάχιστων απαιτήσεων για την εγγραφή στην 3^η τάξη της κατηγορίας των υδραυλικών δηλαδή συνδυαστικά **στη βασική στελέχωση ενός τεχνικού ΜΕΚ Δ βαθμίδας και ενός τεχνικού ΜΕΚ Γ' βαθμίδας.**

Η “” με αριθμό ΜΕΕΠ στελεχώνεται μόνο από έναν τεχνικό ΜΕΚ Δ' βαθμίδας, τον και δεν πληροί τις απαιτήσεις της ελάχιστης στελέχωσης για την τάξη 3^η στην κατηγορία των υδραυλικών.

Η στελέχωση της εταιρείας “..... με δ.τ.....” με τον τεχνικό με ΜΕΚ βαθμίδας Γ' δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη συνδυαστικά με την στελέχωση της “” με ΜΕΚ βαθμίδας Δ' για τους εξής λόγους:

1. “ με δ.τ.” από μόνη της δεν πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης για την συμμετοχή στο διαγωνισμό και συνεπώς η άντληση της δάνειας εμπειρίας απαιτεί φορέα ο οποίος θα πληροί αυτοτελώς το δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την τάξη 3^η στην κατηγορία των υδραυλικών.

2. Σύμφωνα με το άρθρο 92 παρ. 5 του ν. 3669/2008 ορίζεται ότι «**5. Οι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.Κ. επιτρέπεται να στελεχώνουν μία μόνο εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.Ε.Π. Η συμμετοχή τους πρέπει να είναι ενεργός και παρακολουθείται από την υπηρεσία τήρησης του Μ.Ε.Ε.Π.**».

Επίσης, στο άρθρο 52 παρ. 10 του π.δ. 71/2019 ορίζεται ότι «**Οι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.Κ. επιτρέπεται να στελεχώνουν (κατά το ίδιο χρονικό διάστημα) μία μόνο εργοληπτική επιχείρηση, εγγεγραμμένη είτε μόνο στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. είτε στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. και στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων Ιδιωτικών Έργων (ΜΗ.Ε.Ε.ΙΔ.Ε.). Η συμμετοχή του κάθε στελέχους πρέπει να είναι ενεργός, με την εκτέλεση κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο, και παρακολουθείται από την υπηρεσία τήρησης του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. και αποδεικνύεται με βεβαίωση ασφάλισης από τον οικείο ασφαλιστικό φορέα.** Η υπηρεσία τήρησης του ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. εισηγείται στην Επιτροπή ΜΗ.Ε.Ε.Π. που μπορεί να παραπέμπει τα ανωτέρω στελέχη, των οποίων η συμμετοχή κρίνεται εικονική, ή ανεπαρκής, και την εργοληπτική επιχείρηση στα αρμόδια πειθαρχικά όργανα σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 91. Η ελάχιστη στελέχωση της εργοληπτικής επιχείρησης πρέπει να είναι συνεχής καθ’ όλη τη διάρκεια της λειτουργίας της και να αποδεινύεται...Η στελέχωση της εργοληπτικής επιχείρησης δεν μπορεί να γίνεται με στέλεχος που έχει εξαρτημένη σχέση εργασίας με όποια άλλη επιχείρηση.».

Τέλος, με το άρθρο 96 παράγραφος 1 του ν. 3669/2008 περί εγγραφής στο ΜΕΕΠ, «Οι εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγράφονται και

κατατάσσονται στο Μ.Ε.Ε.Π., σε ορισμένη τάξη ανά κατηγορία έργων, με αίτηση τους η οποία συντάσσεται σύμφωνα με υπόδειγμα που χορηγείται από την υπηρεσία. Η αίτηση συνοδεύεται από τα ακόλουθα δικαιολογητικά και στοιχεία: α) Έγγραφα νομιμοποίησης ... β) Υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της επιχείρησης, για τα στοιχεία των στελεχών τα οποία είναι εγγεγραμμένα στο Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευών (Μ.Ε.Κ.) και αποτελούν την ελάχιστη κατά νόμο στελέχωση της επιχείρησης, καθώς και υπεύθυνες δηλώσεις των στελεχών αυτών, θεωρημένες νόμιμα για το γνήσιο της υπογραφής, ότι αποδέχονται την κατά αποκλειστικότητα στελέχωση της επιχείρησης και ότι θα δηλώσουν κάθε σχετική μεταβολή. γ) Στοιχεία για την οικονομική κατάσταση...».

Όσον αφορά δε τις απαιτήσεις της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν πληρούνται οι απαιτήσεις συμμετοχής με την στήριξη τρίτου φορέα αφού οι δύο οικονομικοί φορείς είναι εγγεγραμμένοι σε μικρότερες κατηγορίες υδραυλικών.

Ύστερα από τα ανωτέρω η Ε.Δ. θεωρεί ότι οι λόγοι ισχυρισμού του προσφεύγοντα είναι αβάσιμοι και η άποψη της είναι η απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής εν συνόλω.».

26. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και κατόπιν ενδελεχούς μελέτης του φακέλου της υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα. Όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ επί των άρθρων 47 παρ. 2 και 3, και 48 παρ. 3 και 4, της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η οποία καταργήθηκε με την Οδηγία 24/2014/ΕΕ, ωστόσο, υπάρχει αντίστοιχη ρύθμιση με τις παλαιότερες διατάξεις στο άρθρο 63 (όπως αυτό μεταφέρθηκε στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016), αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να μπορεί να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων, θα έχει

πράγματι στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους και τα μέσα αυτών, τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ. απόφαση της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, ο οποίος δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του κοινοτικού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά (βλ. σχετικά την απόφαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze den Mare (CoNISMa), Συλλογή της Νομολογίας 2009, I-12129, σκέψη 37 και εκεί παραπομπή σε περαιτέρω κοινοτική νομολογία). Περαιτέρω, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στα σημεία 33 και 37 των προτάσεών του, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επεδίωκε η Οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 αυτής (βλ. τη σκέψη 34 της απόφασης της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, καθώς και εκεί περαιτέρω παρατιθέμενη κοινοτική νομολογία) και πλέον στην αιτιολογική σκέψη 2, 59 και 78 κ.α. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το δικαίωμα που κατοχυρώνεται πιο πάνω, λαμβανομένου υπόψη του σημαντικού ρόλου που διαδραματίζει στο πλαίσιο των ενωσιακών ρυθμίσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί γενικό κανόνα τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές, όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της καταλληλότητας του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης συμβάσεως. Κατά την έννοια αυτή, θεωρείται δεδομένο ότι στην πραγματικότητα, η προσφυγή κάποιου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου αποτελεί ένα αυτοτελές μέσο απόδειξης της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σχετικά με τις τεχνικές και επαγγελματικές

ικανότητες των υποψηφίων αναδόχων. Υπό τις συνθήκες αυτές, το γεγονός ότι, κατά το άρθρο 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/EK (63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/EE), ένας οικονομικός φορέας μπορεί «ενδεχομένως» να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά τον τρόπο ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί μόνο κατ' εξαίρεση να στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτων φορέων (απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκέψη 36). Ενόψει των ανωτέρω, οσάκις μια εταιρεία επικαλείται, προκειμένου να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητές της για να γίνει δεκτή σε διαδικασία υποβολής προσφορών, τις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τις οποίες συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, ανεξάρτητα από τη νομική φύση τους, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν της ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ. απόφαση της 2^{ας} Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί περαιτέρω παραπομπή σε κοινοτική νομολογία και απόφαση της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Όπως προκύπτει τόσο από το αντικείμενο όσο και από το γράμμα των εν λόγω διατάξεων, ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να διαθέσει, προς εκτέλεση της συμβάσεως, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες (απόφαση της 14^{ης} Απριλίου 1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1994, σελ. I-01289, σκέψη 15). Επισημαίνεται συναφώς ότι δεν απαιτείται να είναι σε θέση ο συνάπτων σύμβαση με αναθέτουσα αρχή να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με δικά του μέσα, προκειμένου να μπορεί να χαρακτηριστεί ως εργολήπτης, αλλά ότι αρκεί να παρέχει τις αναγκαίες εγγυήσεις για το ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκπλήρωση της οικείας παροχής από τρίτους (απόφαση της 12^{ης} Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Archtetti delle Province di Milano e Lodi, Συλλογή της Νομολογίας 2001, σελ. I-

5409, σκ. 90 και απόφαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa, σκ. 41). Επομένως, όπως προκύπτει τόσο από τις κοινοτικές ρυθμίσεις όσο και από τη νομολογία του Δικαστηρίου, έχει δικαίωμα υποβολής προσφοράς ή καταθέσεως αιτήσεως συμμετοχής κάθε πρόσωπο ή φορέας που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της συμβάσεως, απευθείας ή μέσω τρίτου (π.χ. μέσω ιδιωτικού συμφωνητικού περί δέσμευσης πόρων ή μέσω υπεργολαβίας), ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος – δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου – που τον διέπει και ανεξαρτήτως του εάν δραστηριοποιείται στην αγορά επί συστηματικής βάσεως ή μόνον ευκαιριακά, ή εάν επιδοτείται από κρατικούς πόρους ή όχι (απόφαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa, σκ. 42). Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της συμβάσεως. Επομένως, είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία αναθέσεως συμβάσεως παροχής υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους υπολογίζει να προσφύγει αν του ανατεθεί η σύμβαση. Πάντως, αυτή η προσφυγή σε αποδεικτικά στοιχεία τρίτων δεν μπορεί να γίνει δεκτή άνευ όρων. Πράγματι, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, να προβεί σε έλεγχο της ικανότητας των παρεχόντων υπηρεσίες, σύμφωνα με τα απαριθμούμενα κριτήρια. Η επαλήθευση αυτή σκοπεύει ιδίως στο να διασφαλίσει την αναθέτουσα αρχή ότι ο υποβάλλων προσφορά πρόκειται όντως να κάνει χρήση των οποιασδήποτε φύσεως μέσων που επικαλείται κατά την καλυπτόμενη από τη σύμβαση χρονική περίοδο (Απόφαση της 12^{ης} Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, σκ. 90-92, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκ. 24-31, πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18^{ης} Δεκεμβρίου 1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1997 I-

07549, σκ. 13-14, ΣΤΕ 3306/1991, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 896/2009). Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί, παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησής αυτών των ικανοτήτων (Απόφαση της 18^{ης} Μαρτίου 2004, C-314/01, Siemens AG Österreich και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή της Νομολογίας 2004 I-02549, ΕΑ ΣΤΕ 284/2013, 409/2013).

27. Επειδή, εν προκειμένω, καίτοι η αναθέτουσα αρχή παραδέχεται με την αιτιολογία που περιλαμβάνει στις υποβληθείσες απόψεις της ότι, η προσφεύγουσα διαθέτει βεβαίωση Μ.Ε.Ε.Π. με αριθμό μητρώου (1^{ης} τάξης στην κατηγορία Οδοποιΐας, 3^{ης} τάξης στην κατηγορία των Οικοδομικών Έργων, 1^{ης} τάξης στην κατηγορία των Υδραυλικών Έργων, 1^{ης} τάξης στην κατηγορία των Λιμενικών Έργων, 3^{ης} τάξης στην κατηγορία των Ηλεκτρομηχανολογικών Έργων και 2^{ης} τάξης στην κατηγορία Βιομηχανικών-Ενεργειακών Έργων), και ταυτόχρονα, ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής του άρθρου 22, με την επωνυμία «», διαθέτει βεβαίωση Μ.Ε.Ε.Π. με αριθμό μητρώου (2^{ης} τάξης στην κατηγορία της Οδοποιΐας, 2^{ης} τάξης στην κατηγορία των Οικοδομικών Έργων, 2^{ης} τάξης στην κατηγορία των Υδραυλικών Έργων, Α1^{ης} τάξης στην κατηγορία των Λιμενικών Έργων και Α1^{ης} τάξης στην κατηγορία των Βιομηχανικών-Ενεργειακών Έργων) και άρα σωρευτικά η προσφορά της προσφεύγουσας καλύπτει τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που τίθενται από τη διακήρυξη, εντούτοις, κρίνει απορριπτέα την προσφορά της με την αιτιολογία που παρατίθεται ανωτέρω στη σκέψη 25 της παρούσας και δη ότι η ίδια η προσφεύγουσα, δεν πληροί αυτοτελώς την απαίτηση της εγγραφής στην κατηγορία των Υδραυλικών Έργων του Μ.Ε.Ε.Π. 3^{ης} τάξης και άνω, σύμφωνα με το άρθρο 21 της διακήρυξης. Η ανωτέρω κρίση της αναθέτουσας αρχής, σε αντίθεση με όσα εσφαλμένα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα είναι ορθή, καθώς οι αιτιάσεις που περιλαμβάνει η φερόμενη

προς κρίση ενώπιον του οικείου Κλιμακίου προσφυγή, εκκινεί από εσφαλμένη αφετηρία, θεωρώντας ότι η στήριξη του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και δη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, όπως πράγματι συμβαίνει εν προκειμένω, ταυτίζεται εννοιολογικά με τις προϋποθέσεις και τους όρους συμμετοχής εκάστου υποψηφίου, υπό την έννοια των κριτηρίων καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, όπως αποτυπώνονται στο άρθρο 21 και στο άρθρο 22.Β της διακήρυξης (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 608/2020). Ωστόσο, είναι σαφής η διάκριση, στην οποία προβαίνει ο ίδιος ο Ν. 4412/2016 (βλ. τον συνδυασμό των άρθρων 75 παρ. 1, 2, 3 και 4 και 78 παρ. 1) και αντίστοιχα και η διακήρυξη της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια κατά το άρθρο 22.Γ και τεχνική και επαγγελματική ικανότητα κατά το άρθρο 22.Δ της διακήρυξης), για την κάλυψη των οποίων πράγματι προβλέπεται ρητά η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων (κατά το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης) και των κριτηρίων καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας εκάστου υποψηφίου οικονομικού φορέα, για την κάλυψη των οποίων, βάσει του συνδυασμού των άρθρων 21 και 22.Β της διακήρυξης, ρητά απαιτείται να συντρέχουν συγκεκριμένες προϋποθέσεις αυτοτελώς στο πρόσωπο του ίδιου του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, ήτοι η εγγραφή στο Μ.Ε.Ε.Π. για την κατηγορία των Υδραυλικών Έργων 3^{ης} τάξης και άνω, χωρίς να αναγνωρίζεται για αυτές, η δυνατότητα επίκλησης δάνειας εμπειρίας τρίτου φορέα, όπως βάσιμα υποστηρίζει και η ίδια η αναθέτουσα αρχή. Υπό αυτή την έννοια, είναι απολύτως σύννομος και ορθός ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, ότι η κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου καταλληλότητας, θα μπορούσε να καλυφθεί εκ μέρους ενός οικονομικού φορέα, όπως η προσφεύγουσα, η οποία δεν διαθέτει αυτοτελώς τα τιθέμενα από τη διακήρυξη κριτήρια καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας στη συγκεκριμένη κατηγορία έργων, μόνο μέσω της συμμετοχής στον διαγωνισμό πλειόνων οικονομικών φορέων, με τη μορφή της ένωσης ή της κοινοπραξίας

(πρβλ. και άρθρο 21 παρ. 21.1 της διακήρυξης). Όπως όμως προέκυψε από τα υποβληθέντα στοιχεία (βλ. συνημμένα στην προσφορά της ηλεκτρονικά αρχεία με τίτλο «NEA ΤΕΥΔ ΚΛΠ_signed.pdf» και «NEA ΤΕΥΔ ΡΕΜΑΤΑ ΚΛΠ_signed.pdf»), αλλά και υποστηρίζει η προσφεύγουσα, με τις δηλώσεις που περιλήφθηκαν στα υποβληθέντα Τ.Ε.Υ.Δ. (βλ. «Μέρος II: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα», υπό «Α: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα» και «Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων ΦΟΡΕΩΝ»), όπου δίνονται συναφώς οι ακόλουθες πληροφορίες στο Τ.Ε.Υ.Δ. της προσφεύγουσας: «1. :
....., ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ Γ' ο οποίος στελεχώνει το Πτυχίο ΜΕΕΠ της εταιρείας
«.....»

2. Στηριζόμαστε στην Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα της «.....»
ως εξής : ΜΕΚ, ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ Δ' , ο οποίος στελεχώνει το
Πτυχίο ΜΕΕΠ της εταιρείας «.....» με αριθμό ΜΕΕΠ» και
αντίστοιχα στο Τ.Ε.Υ.Δ. του τρίτου οικονομικού φορέα: «Παρέχουμε στην
«.....» την Τεχνική και Επαγγελματική μας Ικανότητα ως εξής:

..... ΜΕΚ, ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ Δ' ο οποίος στελεχώνει το Πτυχίο
ΜΕΕΠ της εταιρείας«» με αριθμό ΜΕΕΠ, δεν
καταλείπεται καμία αμφιβολία ότι για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής
επιλογής του άρθρου 22 της διακήρυξης και δη την κάλυψη της τεχνικής και
επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ, η προσφεύγουσα προσφεύγει
στην επίκληση των ικανοτήτων τρίτου φορέα και συγκεκριμένα του οικονομικού
φορέα με την επωνυμία ««», με τη μορφή της δάνειας εμπειρίας
του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016 και συνεπώς, υπό την έννοια αυτή, η
νομιμότητά της οφείλει να κριθεί αποκλειστικά με γνώμονα τα κριτήρια που θέτει
η εξεταζόμενη διάταξη. Προσέτι, σαφής και απολύτως ορθή δικαιολογικά με
βάση τα οριζόμενα στις επίμαχες διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης
παραμένει και η διάκριση που επιχειρεί η αναθέτουσα αρχή, επισημαίνοντας ότι
η προσφορά της προσφεύγουσας, όπως έχει διατυπωθεί, σύμφωνα με τα
ανωτέρω, καλύπτει μεν τα κριτήρια των άρθρων 22.Γ και 22.Δ της διακήρυξης,
αλλά όχι τις απαιτήσεις που απορρέουν από τα άρθρα 21 και 22.Β της

διακήρυξης. Ως εκ περισσού αναφέρεται ότι ουδόλως μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι η στήριξη του προσφεύγοντος στις ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα με την επωνυμία «» αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά της προσφεύγουσας, την οποία αυτή καλύπτει αυτοτελώς, σε αντίθεση με όσα επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, ενώ επίσης, δεν συνάγεται από κανένα στοιχείο που τέθηκε υπόψη του οικείου Κλιμακίου ότι η προσφερόμενη δάνεια εμπειρία του τρίτου φορέα, αφορά και καλύπτει την απαίτηση της διακήρυξης, όπως αποτυπώνεται στα άρθρα 21 και 22.Β αυτής, σχετικά με την καταλληλότητα για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, εφόσον πράγματι, ο τρίτος φορέας και όχι η προσφεύγουσα αυτοτελώς, αποδεικνύει ότι διαθέτει βεβαίωση του Μ.Ε.Ε.Π. για έργα κατηγορίας Υδραυλικών, 3^{ης} τάξης και άνω, όπως απαιτεί το άρθρο 21 και κατά παραπομπή σε αυτό το άρθρο 22.Β της διακήρυξης. Η ανωτέρω παραδοχή άλλωστε, είναι προφανής και για τον λόγο ότι σε κάθε περίπτωση, το θεσμικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων και δη το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, όπως μεταφέρθηκε στο κείμενο της διακήρυξης με το άρθρο 22.ΣΤ αυτής, δεν προβλέπει τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα για την πλήρωση των κριτηρίων καταλληλότητας που σχετίζονται με την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, αφού κατά τη ρητή διατύπωση της παρ. 1, ο θεσμός της δάνειας εμπειρίας επιφυλάσσεται μόνο για τις περιπτώσεις της παρ. 3 και 4 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, οι οποίες όμως αφορούν την οικονομική χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική καταλληλότητα αντίστοιχα. Ασχετώς του γεγονότος, ότι εν τέλει βάσει του άρθρου 22.Γ και του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης, δεν εξειδικεύονται, όπως ορθά παρατηρεί η προσφεύγουσα, τα εχέγγυα εκτέλεσης του εν λόγω έργου, ήτοι η δυνατότητα εκτέλεσης Υδραυλικών Έργων, τα οποία σαφώς και απολύτως σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης, καλύπτονται από την προσφεύγουσα, αθροιστικά με τη στήριξή της στις ικανότητες του οικονομικού φορέα με την επωνυμία». Κατά συνέπεια, ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω αναφορικά με τον μόνο λόγο προσφυγής, αυτός κρίνεται απορριπτέος

ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περὶ του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω εκτεθέντων, πρέπει να γίνουν επιπλέον οι ακόλουθες επισημάνσεις. Η προσφεύγουσα επικαλείται βάσιμα ότι στην υποσημείωση Ιxxi της παρ. 21.1 της διακήρυξης ορίζεται ότι: «Πρβ. Άρθρο 25 του ν. 4412/2016. Επισημαίνεται ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να καλούν συγκεκριμένες τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ.» και στην υποσημείωση Ιxxxiv του άρθρου 22.Β της διακήρυξης ορίζεται ότι: «Επισημαίνεται ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να καλούν συγκεκριμένες τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ. Πρβλ. άρθρα 76 παρ. 1, 3 και 4, όπως ισχύουν δυνάμει του άρθρου 119 παρ. 5 περ. α' έως δ' του ν. 4472/2017, σε συνδυασμό με το άρθρο 75 παρ. 2 & 5 του ν. 4412/2016 (πρβ. και άρθρο 80 παρ. 1 του ν. 3669/2008, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 119 παρ. 5 περ. η' του ν. 4472/2017).», οι οποίες αποτελούν διατάξεις του πλέον επικαιροποιημένου προτύπου τευχών της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) και ως εκ τούτου, ενόψει των ανωτέρω, σε συνδυασμό και με τα οριζόμενα στα άρθρα 75 και 76 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, προκύπτει απολύτως βάσιμος ο ισχυρισμός της, ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να καλούν συγκεκριμένες τάξεις/πτυχία του Μ.Ε.Ε.Π. Συνεπώς, παρίσταται απολύτως ορθός και βάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι με τις προεκτεθείσες νομοθετικές μεταβολές, ο καθορισμός των κριτηρίων επιλογής αποσυνδέθηκε από την εγγραφή και κατάταξη του οικονομικού φορέα σε τάξεις του Μ.Ε.Ε.Π., καθώς πλέον οποιοσδήποτε υποψήφιος πληροί τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, όπως αυτά εξειδικεύονται από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της εκάστοτε υπό ανάθεση σύμβασης, μπορεί πράγματι να συμμετέχει, ανεξάρτητα από την εγγραφή και κατάταξή του σε συγκεκριμένες τάξεις του Μ.Ε.Ε.Π., εφόσον αποδείξει ότι πληροί εν προκειμένω τις τιθέμενες από την αναθέτουσα αρχή απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Ομοίως, ορθώς προβάλλεται και ο ισχυρισμός ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να καθορίσει τις σχετικές απαιτήσεις με παραπομπή

σε τάξεις/πτυχία του Μ.Ε.Ε.Π. ή βαθμίδες/κατηγορίες του Μ.Ε.Κ. ως προς τον καθορισμό των ελάχιστων απαιτήσεων για τις εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.Ε.Π. εργοληπτικές επιχειρήσεις (π.χ. ως προς τις απαιτήσεις στελέχωσης, εμπειρίας κλπ), εντούτοις, οφείλει πρέπει να περιγράψει αναλυτικά τις αντίστοιχες απαιτήσεις ως προς τις αλλοδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις, στο πλαίσιο της τήρησης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης. Ωστόσο, με την επιφύλαξη και όσων αναλυτικά εκτέθηκαν ανωτέρω στις σκέψεις 26-27 της παρούσα, όλες οι συγκεκριμένες αιτιάσεις που προβάλλονται από την προσφεύγουσα, δεν αφορούν αμφισημία ή ασάφειες της διακήρυξης, αλλά αντιθέτως, προφανείς πλημμέλειες της, υπό την έννοια ότι συνιστούν παρανομίες της διακήρυξης που έρχονται σε αντίθεση με τις ισχύουσες διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου διεξαγωγής δημόσιων διαγωνισμών. Υπό την έννοια λοιπόν αυτή ιδωμένες οι εν λόγω πλημμέλειες προβάλλονται ανεπιταίρως. Συγκεκριμένα, όπως έχει κριθεί, δεν μπορεί επ' ευκαιρία προσβολής με την υπό κρίση προσφυγή κατά της υπ' αριθμ. 437/2020 Απόφασης (Πρακτικό Συνεδρίασης και Απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2020, Αριθμός Πρακτικού 12, Θέμα 3^ο) της Οικονομικής Επιτροπής της,, να προσβάλλει η προσφεύγουσα την ορθότητα ή νομιμότητα των επίμαχων όρων της διακήρυξης, καθώς αυτό της το αίτημα κρίνεται ως ανεπιταίρως προβαλλόμενο και ως εκ τούτου, απορρίπτεται ως απαράδεκτο.

29.Επειδή, σε κάθε περίπτωση έχει κριθεί από τη νομολογία ότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προσβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την

προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012). Ειδικότερα και επί διακηρύξεων γίνεται δεκτό ότι εφόσον έχουν υποβληθεί οι προσφορές, προκειμένου να είναι παραδεκτή η προσβολή όρων της διακήρυξης θα πρέπει να έχει προηγηθεί η κατάθεση της προσφοράς του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα με επιφύλαξη (ΕΑ ΣτΕ 957/2003, 386/2005, 1122/2008), προϋπόθεση που εν προκειμένω δεν πληρούται, αφού και η ίδια η προσφεύγουσα δεν υποστήριξε στην υπό κρίση προσφυγή της ότι δεν έχει αποδεχτεί ανεπιφυλάκτως τους όρους της διακήρυξης. Ως εκ τούτου δεν υφίσταται έννομο συμφέρον της να αμφισβητήσει τη νομιμότητα όρων της διακήρυξης με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερης βλαπτικής για τα συμφέροντά της πράξης της αναθέτουσας αρχής, ως εν προκειμένω, όπου ανεπικαίρως προβάλλονται στο παρόν στάδιο της αξιολόγησης λόγοι που κατ' ουσίαν στρέφονται κατά της διακήρυξης και πιο συγκεκριμένα κατά των άρθρων 21 και 22.Β-22.ΣΤ αυτής (Α.Ε.Π.Π. 198/2017, 72/2018).

30.Επειδή, εξάλλου, όπως έχει κρίνει και η Α.Ε.Π.Π. (βλ. μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ 191/2017) λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99 , σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66).

31.Επειδή, τέλος, σύμφωνα με την πάγια ακυρωτική νομολογία όπως έχει διαμορφωθεί για την αδυναμία άσκησης παρεμπόπτοντος ελέγχου νομιμότητας κατά της διακήρυξης του δημόσιου διαγωνισμού ως κανονιστική διοικητική πράξη, στη σκέψη του ακυρωτικού Δικαστή επικρατεί, ως λύση σκοπιμότητας, η σταθερότητα της διαμορφωθείσας διοικητικής κατάστασης ως παράγοντα ασφάλειας δικαίου έτσι ώστε η αρχή της επικαίρου ευθείας προσβολής κατά της διακήρυξης να αποκόπτεi, ως δικονομικά απαράδεκτη, την εκ των υστέρων αμφισβήτηση του κύρους των όρων της, ανάλογα με την εξέλιξη της έκβασής

του και τα τυχόν θετικά ή αρνητικά αποτελέσματά του, εξ αφορμής πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας η οποία βρίσκεται σε εξέλιξη, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο (ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, Ολ. 1415/2000). Συγκεκριμένα, εξ απόψεως δικονομίας, ο διαγωνιζόμενος ο οποίος αποδέχθηκε τους κανονιστικούς όρους της διακήρυξης, όπως ακριβώς συνέβη στην προκείμενη περίπτωση, δια της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στον δημόσιο διαγωνισμό δεν διαθέτει έννομο συμφέρον (κατ' εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989) να ασκήσει αίτηση ακύρωσης, καθώς, ο συμμετέχων είχε το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως, εν προκειμένω με προδικαστική προσφυγή, τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασία (βλ. τη σκέψη 14 της Α.Ε.Π.Π. 453/2018).

32. Επειδή, κατά συνέπεια, ενόψει των όσων αναλυτικά εκτέθηκαν, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ορθώς με την προσβαλλόμενη απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με βάση και το αιτιολογικό που διεξοδικά αναλύθηκε ανωτέρω στις σκέψεις 26-27 της παρούσας και ως εκ τούτου και για τους λόγους που αναλύθηκαν στις σκέψεις 28-31, στον βαθμό που η προσφεύγουσα επιχειρεί με την προβολή αιτιάσεων κατά της προσβαλλόμενης απόφασης να στραφεί ετεροχρονισμένα κατά της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης, όπως αποτυπώνονται στα επίμαχα άρθρα, οι ισχυρισμοί αυτοί της κρινόμενης προσφυγής κρίνονται απορριπτέοι ως ανεπικαίρως προβαλλόμενοι

33. Επειδή, τέλος, ο επικουρικά προβαλλόμενος από την προσφεύγουσα λόγος, περί μη νόμιμου αποκλεισμού της, λόγω πρόδηλης ασάφειας των όρων της διακήρυξης, κρίνεται συλληβδην απορριπτέος, καθώς ακόμα και αν υποτεθεί αληθής, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω στις σκέψεις 26-27 η προσφεύγουσα δεν πληρούσε σε καμία περίπτωση αυτοτελώς την απαίτηση

της παρ. 21.1 και ως προς την πλήρωσή του όρου αυτού, δεν μπορούσε να στηριχθεί στις ικανότητες τρίτων φορέων και δη του τρίτου φορέα με την επωνυμία «», με συνέπεια, ακόμα και αν θεωρηθεί διάταξη που μπορούσε εν συνόλω (με τις περιλαμβανόμενες σε αυτή υποσημειώσεις) να προκαλέσει σύγχυση τους οικονομικούς φορείς, δεν θα ήταν δυνατό σε καμία περίπτωση να οδηγήσει σε αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας. Εξ ετέρου, όπως ήδη ειπώθηκε στις σκέψεις 28-31, ο εξεταζόμενος, επικουρικά προβαλλόμενος, λόγος προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος ως απαράδεκτος, καθώς προβάλλεται ανεπικαίρως, στον βαθμό που στρέφεται εμμέσως κατά πλημμελών όρων της διακήρυξης.

34. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή να απορριφθεί.

35. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Ιουνίου 2020 και εκδόθηκε στις 29 Ιουνίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη