

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 2 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 27/3/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 431/28-3-2023 του οικονομικού φορέα «...» που εδρεύει στον ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά της ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης, και

-Κατά της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ..., οδός ... και ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθούν: α) η απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 561/2023 και με θέμα 104ο «Έγκριση του Πρακτικού ΙΙ για την Παροχή Υπηρεσίας ‘...’» και β) η απόφαση του ίδιου ως άνω οργάνου με αριθμό 312/2023 και με Θέμα 63ο «Έγκριση του από 31-1-2023 Πρακτικού Ι για την Παροχή Υπηρεσίας: ‘...’», κατά το μέρος τους με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της από τον διαγωνισμό.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 15.000,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 6.451.612,90 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής που εγκρίθηκε με την απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής με αριθμό .../2022 (ΑΔΑ: ...) προκηρύχθηκε

διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών «...», εκτιμώμενης αξίας 6.451.612,90 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 07/12/2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13/12/2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 17/1/2023.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) οικονομικοί φορείς και ενώσεις οικονομικών φορέων. Με το Πρακτικό Ι με ημερομηνία 17/1/2023 η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών της προσφεύγουσας, της ... και της ένωσης οικονομικών φορέων ... λόγω μη πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, την αποδοχή των προσφορών της παρεμβαίνουσας και της ... και τέλος, την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας, η οποία προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή, ως προσωρινής αναδόχου. Το πρακτικό αυτό επικυρώθηκε με τη δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Με το Πρακτικό ΙΙ με ημερομηνία 2/3/2023 η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας και την ανάδειξή της ως οριστικής αναδόχου. Με την πρώτη προσβαλλόμενη πράξη, στην οποία ενσωματώνεται η προαναφερθείσα απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, εγκρίθηκε το Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα. Οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους μέσω της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 15/3/2023.

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

5. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγους κατά του αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό.
6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στον θιγόμενο οικονομικό φορέα στις 28/3/2023 και υπέβαλε στις 7/4/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, απόψεις επ' αυτής.
7. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παρέμβαση στις 7/4/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, με αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΕΑΔΗΣΥ λόγω τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ (βλ. την ανακοίνωση με αριθμό 15624 ΕΞ 2023 και με θέμα «Διακοπή λειτουργίας και αναβάθμιση του υποσυστήματος ΕΣΗΔΗΣ Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ την Παρασκευή 07.04.2023»).
8. Η Διακήρυξη, η οποία συνιστά το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣΤΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.), ορίζει στις κρίσιμες για την επίλυση της διαφοράς τα εξής: *«1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης. Αντικείμενο της παρούσας σύμβασης είναι ο καθαρισμός υφιστάμενων ρεμάτων που εμπίπτουν στη χωρική δικαιοδοσία της Περιφέρειας ... / Περιφερειακή Ενότητα 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2020,2021,2022), να έχουν εκτελέσει αθροιστικά συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων συνολικής δαπάνης ίσης με το 70% του προϋπολογισμού μελέτης της παροχής υπηρεσιών χωρίς Φ.Π.Α, από τον μεμονωμένο οικονομικό φορέα ή σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων τουλάχιστον από ένα μέλος της ένωσης. ... 2.2.8.1. Στήριξη στην ικανότητα τρίτων Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των*

φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. ... Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν κατά περίπτωση τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3.. Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση από την σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η οποία απευθύνεται στον οικονομικό φορέα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Ο φορέας που αντικαθιστά φορέα του προηγούμενου εδαφίου δεν επιτρέπεται να αντικατασταθεί εκ νέου. ... 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. ... Στην περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης. Στο ΕΕΕΣ απαραίτητως πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της ένωσης, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής ... Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: 1) α. Συμβάσεις σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.6.Α και αφορούν καθαρισμό ρεμάτων β. Πίνακα που θα περιλαμβάνει κατάλογο των κυριότερων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών που περιλαμβάνουν καθαρισμό ρεμάτων (όπου θα αναφέρεται η δαπάνη κλπ.) οι οποίες εκτελεστήκαν την τελευταία τριετία (2020,2021,2022) από τον μεμονωμένο διαγωνιζόμενο ή σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων τουλάχιστον από ένα μέλος αυτής. Στον πίνακα θα αναφέρονται λεπτομερώς ο τίτλος και το ποσό των αντίστοιχων συμβάσεων που εκτελέσθηκαν, η χρονική διάρκεια και ο Εργοδότης (δημόσιος ή ιδιωτικός φορέας), ο Ανάδοχος της σύμβασης (εφόσον πρόκειται περί Υπεργολαβίας). Ο πίνακας οφείλει να

συνοδεύεται από πιστοποιητικά του εργοδότη δημοσίου φορέα, είτε από βεβαίωση του ιδιώτη εργοδότη, από τα οποία θα πιστοποιείται η έντεχνη, επιτυχής και αποτελεσματική παροχή της υπηρεσίας ... 2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου 'Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά' 2.4.3.1 Δικαιολογητικά Συμμετοχής. Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν με ποιινή αποκλεισμού τα ακόλουθα υπό α και β στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), όπως προβλέπεται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και τη συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση με την οποία ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις πληροφορίες που παρέχει με το ΕΕΕΣ σύμφωνα με την παρ. 9 του ίδιου άρθρου, β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό υπόδειγμα ΕΕΕΣ, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης ως Παράρτημα αυτής. ... 3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών. 3.1.2.1 Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών, μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο ΕΣΗΔΗΣ οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. Η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα».

9. Η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των προσβαλλόμενων αποφάσεων, κατά το μέρος που η προσφορά της αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι «δεν γίνεται κάλυψη της απαίτησης της Τεχνικής & Επαγγελματικής ικανότητας της Διακήρυξης του άρθρου 2.2.6 παρ. α), καθώς το έργο με τίτλο ‘...’ αφορά κατασκευή αντιπλημμυρικού Έργου και δεν είναι παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων όπως απαιτείται από το σχετικό άρθρο». Κατά τους ισχυρισμούς της, για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.6.α’ της Διακήρυξης επικαλέστηκε την εμπειρία του τρίτου οικονομικού φορέα «...» από την κατασκευή του συναφούς ως προς τον καθαρισμό ρεμάτων έργου με αντικείμενο την «...», το οποίο περιελάμβανε εργασίες καθαρισμού ρεμάτων (εκσκαφές, απομάκρυνση προϊόντων εκσκαφών και φερτών υλικών, διαμόρφωση και υποστήριξη πρανών κλπ.) συνολικής δαπάνης 4.608.891,45 ευρώ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η δανειοπάρχος εταιρεία εκτέλεσε στο πλαίσιο του παραπάνω έργου εργασίες συναφείς με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, ήτοι εργασίες καθαρισμού ρεμάτων, καθώς από τις περιοχές εκτέλεσής του διέρχονται ρέματα, στις όχθες των οποίων κατασκευάζονταν αγωγοί αποχέτευσης ομβρίων και για την κατασκευή τους ήταν αναγκαία η συλλογή και απομάκρυνση των φερτών υλικών, καθώς επίσης και οι εκσκαφές, η διαμόρφωση και η υποστήριξη των πρανών. Περαιτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει, σύμφωνα με το άρθρο 102 ν. 4412/2016, να προσκομίσει τα στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται η συνάφεια του επικαλούμενου έργου του τρίτου οικονομικού φορέα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, ακόμα και στην περίπτωση που κρινόταν ότι ο τρίτος οικονομικός φορέας, στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.6.α’ της Διακήρυξης, δεν πληρούσε το οικείο κριτήριο, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει να τον αντικαταστήσει, και όχι να εκδόσει απόφαση απόρριψης της προσφοράς της, η οποία είναι, κατά τούτο, ακυρωτέα.

10. Σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 2.2.6.α’ της Διακήρυξης, για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό, οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να έχουν εκτελέσει, κατά την τριετία 2020-2022, συμβάσεις παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων συνολικής αθροιστικής αξίας ίσης

με το 70% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ποσού 4.516.129,03 ευρώ. Περαιτέρω, για την απόδειξη της εμπειρίας το άρθρο 2.2.9.2.B.4 της Διακήρυξης απαιτεί την προσκόμιση καταλόγου των κυριότερων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών που περιλαμβάνουν καθαρισμό ρεμάτων και τις αντίστοιχες συμβάσεις. Τέλος, στην Ενότητα Γ' «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» του Μέρους IV του αναρτημένου στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού υποδείγματος ΕΕΕΣ που αποτελεί, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 2.2.9.1 της Διακήρυξης, αναπόσπαστο μέρος της, περιέχεται ερώτημα σχετικά με την προηγούμενη παροχή υπηρεσιών, ως εξής: *«Για τις συμβάσεις υπηρεσιών: παροχή υπηρεσιών είδους που έχει προσδιοριστεί. Μόνο για δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει παράσχει τις ακόλουθες κυριότερες υπηρεσίες του είδους που έχει προσδιοριστεί: Κατά τη σύνταξη του σχετικού καταλόγου αναφέρετε τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους δημόσιους ή ιδιωτικούς παραλήπτες. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως τρία έτη και να επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα τρία έτη»*. Από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 2.2.6.α' της Διακήρυξης και τα λοιπά στοιχεία των εγγράφων της σύμβασης προκύπτει ότι η Διακήρυξη επιτρέπει ρητά την επίκληση εμπειρίας των οικονομικών φορέων από την εκτέλεση συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, και όχι από εργασίες που εκτελέστηκαν στο πλαίσιο σύμβασης κατασκευής δημοσίου έργου. Εξάλλου, για την απόδειξη της πλήρωσης του παραπάνω κριτηρίου επιλογής, η Διακήρυξη απαιτεί την προσκόμιση του αποδεικτικού μέσου της περ. β' του Μέρους II του Παραρτήματος XII «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» ν. 4412/2016, δηλαδή την προσκόμιση καταλόγου υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την τελευταία τριετία, και όχι το αποδεικτικό μέσο της περ. α', ήτοι κατάλογο εργασιών συνοδευόμενο από βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης που εκτελέστηκαν εντός της τελευταίας πενταετίας.

11. Στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα, δήλωσε στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ, σχετικά με την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, τα εξής: *«Περιγραφή: Ποσό 4608891.45 EUR. Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 26.08.2019 - 22.05.2022. Αποδέκτες: ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ... (Το παραπάνω ποσόν αναφέρεται σε εμπειρία*

υδραυλικών για τα έτη 2020,2021 όπως προκύπτει από το πιστοποιητικό εμπειρίας και το ΕΕΕΣ της ...). Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι». Επιπρόσθετα, στην Ενότητα Γ' του Μέρους ΙΙ της Διακήρυξης σχετικά με τη στήριξη στην ικανότητα τρίτων, η προσφεύγουσα δήλωσε ότι για την πλήρωση, μεταξύ άλλων, του κριτηρίου τεχνικής ικανότητας στηρίζεται στην Συνυπέβαλε δε στον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς το ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα, στο οποίο δηλώνεται το ίδιο παραπάνω έργο σε απάντηση της ερώτησης σχετικά με την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της Διακήρυξης.

12. Με το παραπάνω περιεχόμενο η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα εμπειρία του τρίτου οικονομικού φορέα, στις ικανότητες τους οποίου στηρίζεται για την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6.α' της Διακήρυξης, δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Και τούτο, διότι, για την απόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6.α' της Διακήρυξης, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ούτε προσκομίζει την εκτέλεση εντός της τριετίας 2020-2022 συμβάσεων παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων, όπως ρητά απαιτεί η Διακήρυξη, αλλά σύμβαση κατασκευής αντιπλημμυρικού έργου. Ενόψει τούτου, απορριπτέοι ως αλυσιτελείς είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με τη συνάφεια εργασιών που πραγματοποιήθηκαν στο πλαίσιο κατασκευής του επικαλούμενου έργου, διότι, και αληθείς υποτιθέμενοι, δεν αίρουν το γεγονός ότι η επικαλούμενη σύμβαση συνολικού οικονομικού αντικείμενου 4.608.891,45 ευρώ συνιστά σύμβαση κατασκευής αντιπλημμυρικού έργου που διαφοροποιείται από την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη εμπειρία στην παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων αξίας 4.516.129,03 ευρώ, όπως βάσιμα υποστηρίζουν η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα. Τέλος, απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει, σύμφωνα με το άρθρο 102 ν. 4412/2016, να παράσχει διευκρινίσεις και έγγραφα σχετικά με τη συνάφεια της επικαλούμενης εμπειρίας με τις υπό ανάθεση υπηρεσίες είναι απορριπτέος, διότι στην προκείμενη περίπτωση δεν ανέκυψε ζήτημα ασάφειας ή έλλειψης της προσφοράς, αλλά μη πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής με την επικαλούμενη εμπειρία. Κατά συνέπεια, η κρίση

της αναθέτουσας αρχής ότι ο τρίτος, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται η προσφεύγουσα, δεν πληροί το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6.α' της Διακήρυξης είναι νόμιμη και σύμφωνη με τη Διακήρυξη.

13. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.1 της Διακήρυξης, οι διατάξεις του οποίου αντιστοιχούν προς αυτές του άρθρου 78 ν. 4412/2016, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων φορέων ως προς το επίμαχο κριτήριο της εμπειρίας στην παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ρεμάτων. Σε αυτή την περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή επαληθεύει αφενός τη μη συνδρομή στο πρόσωπο του τρίτου λόγων αποκλεισμού και αφετέρου τη συνδρομή των προσόντων που στοιχειοθετούν την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου από τον τρίτο δανείζοντα. Εναπόκειται, δηλαδή, στην αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, να ελέγξει, την συνδρομή των κρίσιμων προϋποθέσεων συμμετοχής, εξακριβώνοντας τις πληροφορίες που περιέχονται κατ' αρχήν στο ΕΕΕΣ του τρίτου, διαδικασία που διενεργείται υπό τους όρους που ισχύουν για τους ίδιους τους διαγωνιζόμενους και η οποία ενδέχεται να καταλήξει στην αντικατάσταση του μη πληρούντος τις προϋποθέσεις συμμετοχής τρίτου οικονομικού φορέα (βλ. ΟΛΣΤΕ 1819/2020, σκ. 25). Έτσι, τυχόν διαπίστωση ότι ο τρίτος δεν πληροί το κριτήριο επιλογής, ως προς το οποίο παρέχει τη στήριξή του στον προσφέροντα, δεν άγει σε άνευ ετέρου απόρριψη της προσφοράς, αλλά, σύμφωνα με την ρητή πρόβλεψη του άρθρου 2.2.8.1 της Διακήρυξης και της αντίστοιχης διάταξης του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, σε υποχρέωση αντικατάστασης του συγκεκριμένου τρίτου από τον διαγωνιζόμενο, κατόπιν σχετικής κλήσης του τελευταίου από την αναθέτουσα αρχή (ΕΑ ΣΤΕ 15/2021, σκ. 17).

14. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, αφού διαπίστωσε νόμιμα και σύμφωνα με τη Διακήρυξη ότι ο τρίτος δεν πληροί το κριτήριο επιλογής για το οποίο παρέχει τη στήριξή του, να την καλέσει να τον αντικαταστήσει. Κατά συνέπεια, η απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι ακυρωτέα, κατά το μέρος της με το οποίο η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, χωρίς προηγουμένως να την καλέσει να αντικαταστήσει τον τρίτο οικονομικό φορέα, στις ικανότητες του οποίου στηρίχθηκε για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.6.α' της

Αριθμός απόφασης: 751/2023

Διακήρυξης. Ως εκ τούτου, οι προσβαλλόμενες αποφάσεις πρέπει να ακυρωθούν και η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου αυτή να ασκήσει την παραπάνω αρμοδιότητά της, σύμφωνα με τα άρθρα 2.2.8.1 της Διακήρυξης και 78 παρ. 1 ν. 4412/2016.

15. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες και αναπέμπει στην αναθέτουσα αρχή, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 22 Μαΐου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ