

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 19 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 10/4/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 523/11-4-2023 ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά της ... (...) του ... που εκπροσωπείται νόμιμα, και

-Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης του ... με αριθμό πρωτ. 152483/30.3.2023 και με θέμα: «Αποδοχή των υπ' αριθ. 1/17-02- 2023 και υπ' αριθ. 2/24-03-2023 Πρακτικών και έγκριση του αποτελέσματος του διαγωνισμού του έργου '...'», αφενός κατά το μέρος της που αποκλείστηκε η προσφορά της ίδια από τον διαγωνισμό και αφετέρου κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

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 10.000,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 2.000.000,00 ευρώ (κωδικοί ηλεκτρονικών παραβόλων: ... και ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../24-1-2023 η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης κατασκευής του δημοσίου έργου «...» εκτιμώμενης αξίας 2.000.000,00, χωρίς ΦΠΑ. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 15/12/2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 24/1/2023 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 13η/2/2023.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν έξι (6) διαγωνιζόμενοι, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα ένωση. Με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής επικυρώθηκαν τα Πρακτικά 1 και 2 της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς, απορρίφθηκαν πέντε (5) συμμετέχοντες, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης η παρεμβαίνουσα. Η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στις 31/3/2023.

4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (δημόσιο έργο), 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 IV 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. Περαιτέρω, ενόψει του ότι ο αποκλεισμός της δεν έχει καταστεί ακόμη οριστικός, προβάλλει παραδεκτά λόγο αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας.

6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς οικονομικούς φορείς στις 11/4/2023 και υπέβαλε στις 24/4/2023,

νόμιμα και εμπρόθεσμα, απόψεις επ' αυτής. Κατόπιν αυτού, η προσφεύγουσα υπέβαλε συμπληρωματικό υπόμνημα στις 2/5/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα.

7. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε την παρέμβασή της νόμιμα και εμπρόθεσμα, καθώς επίσης και με έννομο συμφέρον, με αίτημα τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής.

8. Η Διακήρυξη 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.).

9. Με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που την απέκλεισε από τον διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι το μέλος της παρεμβαίνουσας ένωσης ... δεν πληροί το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 22.Δ.ι της Διακήρυξης, δηλαδή δεν διαθέτει την απαιτούμενη στελέχωση. Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, σύμφωνα με τη Διακήρυξη, όταν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, αρκεί το κριτήριο της στελέχωσης να πληρούται από ένα από τα μέλη της ένωσης. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς της, εφόσον η ..., ως εταιρεία εγγεγραμμένη στην 4^η τάξη του ΜΕΕΠ, διαθέτει τα απαιτούμενα στελέχη, δεν απαιτείται το ίδιο και από το άλλο μέλος της ένωσης, ήτοι την ατομική επιχείρηση της

10. Η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει στα παραπάνω ότι το άρθρο 22.Δ της Διακήρυξης απαιτεί τη σωρευτική πλήρωση όλων των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας από ένα τουλάχιστον μέλος της διαγωνιζόμενης ένωσης, δηλαδή ότι απαιτείται τουλάχιστον ο ένας από τους οικονομικούς φορείς που απαρτίζουν την ένωση να διαθέτει τόσο την απαιτούμενη στελέχωση (άρθρο 22.Δ.ι) όσον και την απαιτούμενη εμπειρία (άρθρο 22.Δ.ii). Επομένως, κατά την αναθέτουσα αρχή, ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, με την παραπάνω αιτιολογία, σε συνδυασμό με την άλλη αιτιολογική βάση απόρριψης της προσφοράς της ένωσης, σύμφωνα με την οποία κανένα από τα δύο μέλη της δεν πληροί το κριτήριο της εμπειρίας. Και τούτο, διότι με τα δεδομένα αυτά, κατά την αναθέτουσα αρχή, στην παρεμβαίνουσα ένωση δεν συμμετείχε κανένα μέλος που να διαθέτει σωρευτικά τόσο την απαιτούμενη στελέχωση όσο και την απαιτούμενη εμπειρία.

11. Το άρθρο 22.Δ της Διακήρυξης σχετικά με το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ορίζει τα εξής: «(i) Οι οικονομικοί φορείς, ημεδαπής ή αλλοδαπής σε έργα βασικής κατηγορίας ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ οφείλουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους να περιλαμβάνουν στη βασική τους στελέχωση τουλάχιστον έναν (1) τεχνικό που διαθέτει τα απαιτούμενα προσόντα του στοιχ. (δ) και έναν (1) τεχνικό που διαθέτει τα απαιτούμενα προσόντα του στοιχ. (β) ή δύο (2) τεχνικούς που διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα του στοιχ. (γ) και έναν (1) τεχνικό που διαθέτει τα απαιτούμενα προσόντα του στοιχ. (β) ή έναν (1) τεχνικό που διαθέτει τα απαιτούμενα προσόντα του στοιχ. (γ) και τρεις (3) τεχνικούς που διαθέτουν τα απαιτούμενα προσόντα του στοιχ. (β). Για την εφαρμογή των ανωτέρω παραγράφων, οι τεχνικοί του οικονομικού φορέα διακρίνονται στις ακόλουθες κατηγορίες βάσει των προσόντων τους: (α) Στους τεχνικούς που διαθέτουν κατ' ελάχιστον εμπειρία σχετικά με την εκτέλεση ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ : αα) τριών ετών από την έναρξη άσκησης του επαγγέλματός τους, εφόσον τυγχάνουν διπλωματούχοι πολυτεχνικών σχολών Ιδρυμάτων του Πανεπιστημιακού Τομέα της Ανώτατης Εκπαίδευσης ή ισότιμης σχολής της αλλοδαπής, που είναι μέλη του ΤΕΕ και οι κάτοχοι τίτλων σπουδών ανώτατου εκπαιδευτικού ιδρύματος πανεπιστημιακού τομέα της ημεδαπής ή ισότιμου της αλλοδαπής που έχουν άδεια εξασκήσεως επαγγέλματος του οικείου επιμελητηρίου επαγγελματικού συλλογού και ββ) πέντε ετών από την έναρξη άσκησης του επαγγέλματός τους, εφόσον τυγχάνουν πτυχιούχοι Τεχνολογικών Ιδρυμάτων (ΤΕΙ) και Ανώτερων Τεχνικών Σχολών (β) Στους τεχνικούς που διαθέτουν κατ' ελάχιστον εμπειρία σχετικά με την εκτέλεση ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ : αα) τριών ετών από την έναρξη άσκησης του επαγγέλματός τους, και επιπροσθέτως τρία (3) χρόνια απασχόλησης σε κατασκευή/συντήρηση κατά τη λειτουργία έργου ή έξι (6) χρόνια απασχόλησης σε επίβλεψη/εποπτεία σε Προισταμένη Αρχή/διοίκηση – διαχείριση/λειτουργία έργου ή πέντε (5) χρόνια σε επίβλεψη/ εποπτεία σε Προισταμένη Αρχή/διοίκηση – διαχείριση/λειτουργία έργου και απόκτηση μεταπτυχιακού τίτλου σπουδών διάρκειας κατ'ελάχιστον 1 έτους σε συναφές αντικείμενο, εφόσον τυγχάνουν διπλωματούχοι πολυτεχνικών σχολών Ιδρυμάτων του Πανεπιστημιακού Τομέα της Ανώτατης Εκπαίδευσης ή ισότιμης σχολής της αλλοδαπής, και ββ) πέντε ετών από την έναρξη άσκησης του επαγγέλματός τους, και επιπροσθέτως τριάντισι (3,5)

χρόνια απασχόλησης σε κατασκευή/συντήρηση κατά τη λειτουργία του έργου, ή επτά (7) χρόνια σε επίβλεψη/λειτουργία /διοίκηση - διαχείριση, πτυχιούχοι Τεχνολογικών Ιδρυμάτων (ΤΕΙ) και Ανώτερων Τεχνικών Σχολών. Κατά παρέκκλιση οι τεχνικοί της περ. αα) μπορούν να διαθέτουν κατ' ελάχιστον εμπειρία σχετικά με την εκτέλεση ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ έξι (6) έτη στην κατασκευή/συντήρηση, ενώ οι τεχνικοί της περ. ββ) μπορούν να διαθέτουν κατ' ελάχιστον εμπειρία σχετικά με την εκτέλεση ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ οκτώμισι (8,5) έτη στην κατασκευή/συντήρηση. Αναλογικά ισχύει και στην περίπτωση εμπειρίας από επίβλεψη/διοίκηση –διαχείριση/λειτουργία. γ) Στους τεχνικούς που διαθέτουν κατ' ελάχιστον εμπειρία σχετικά με την εκτέλεση ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ : αα) τριών ετών από την έναρξη άσκησης του επαγγέλματός τους, και επιπροσθέτως έξι (6) χρόνια απασχόλησης σε κατασκευή/συντήρηση κατά τη λειτουργία έργου ή δώδεκα (12) χρόνια απασχόλησης σε επίβλεψη/εποπτεία σε Προισταμένη Αρχή/διοίκηση – διαχείριση/λειτουργία έργου ή δέκα (10) χρόνια σε επίβλεψη/ εποπτεία σε Προισταμένη Αρχή/διοίκηση – διαχείριση/λειτουργία έργου και απόκτηση μεταπτυχιακού τίτλου σπουδών διάρκειας κατ'ελάχιστον 1 έτους σε συναφές αντικείμενο, εφόσον τυγχάνουν διπλωματούχοι πολυτεχνικών σχολών Ιδρυμάτων του Πανεπιστημιακού Τομέα της Ανώτατης Εκπαίδευσης ή ισότιμης σχολής της αλλοδαπής, και ββ) πέντε ετών από την έναρξη άσκησης του επαγγέλματός τους, και επιπροσθέτως επτά (7) χρόνια και απασχόλησης σε κατασκευή/συντήρηση κατά τη λειτουργία του έργου, ή δεκατέσσερα (14) χρόνια σε επίβλεψη/λειτουργία/διοίκηση - διαχείριση, πτυχιούχοι Τεχνολογικών Ιδρυμάτων (ΤΕΙ) και Ανώτερων Τεχνικών Σχολών. Κατά παρέκκλιση οι τεχνικοί της περ. αα) μπορούν να διαθέτουν κατ' ελάχιστον εμπειρία σχετικά με την εκτέλεση ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ εννέα (9) έτη στην κατασκευή/συντήρηση, ενώ οι τεχνικοί της περ. ββ) μπορούν να διαθέτουν κατ' ελάχιστον εμπειρία σχετικά με την εκτέλεση ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ δώδεκα (12) έτη στην κατασκευή/συντήρηση. Αναλογικά ισχύει και στην περίπτωση εμπειρίας από επίβλεψη/διοίκηση - διαχείριση/λειτουργία. (δ) Στους τεχνικούς, οι οποίοι πέραν της αναφερόμενης στην περίπτωση (γ) εμπειρίας, διαθέτουν επιπρόσθετα απασχόληση τριών (3) ετών σε κατασκευή. Κατά παρέκκλιση οι τεχνικοί της περ. αα) μπορούν να διαθέτουν κατ' ελάχιστον εμπειρία σχετικά με την εκτέλεση ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ δώδεκα (12) έτη αποκλειστικά στην

κατασκευή/συντήρηση. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται από ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης. (ii) Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, να έχουν εμπειρία σε εκτέλεση συναφών με το αντικείμενο της σύμβασης έργων επί μνημείων της βυζαντινής – μεταβυζαντινής περιόδου (330 μ.Χ - 1830 μ.Χ) ή εκκλησιαστικών κτηρίων ή εκκλησιαστικών συνόλων μετά το 1830, κηρυγμένων από την αρμόδια αρχή (της χώρας εκτέλεσής τους), τα οποία εκτελέσθηκαν από τον οικονομικό φορέα και περαιώθηκαν κατά την τελευταία δεκαετία (ο χρόνος λαμβάνεται από την ημερομηνία περαίωσης του έργου έως την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών), συνολικού συμβατικού προϋπολογισμού οικοδομικών εργασιών ίσου τουλάχιστον με το 50% του προϋπολογισμού του δημοπρατούμενου έργου, δηλαδή 1.000.000,00€ (χωρίς ΦΠΑ). Σε περίπτωση επίκλησης εμπειρίας ως μέλος Κοινοπραξίας ο επικαλούμενος θα πρέπει να έχει εκτελέσει εργασίες προϋπολογισμού τουλάχιστον ίσου με το 50% του προϋπολογισμού του δημοπρατούμενου έργου. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις αρκεί να καλύπτονται από τουλάχιστον ένα μέλος της ένωσης».

12. Από τη συστηματική διάρθρωση του παραπάνω άρθρου της Διακήρυξης προκύπτει ότι η απαίτηση πλήρωσης των απαιτήσεων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας από τουλάχιστον ένα μέλος της ένωσης αφορά διακριτά αφενός στις απαιτήσεις του κριτηρίου στελέχωσης της παραγράφου 22.Δ.ι και αφετέρου στις απαιτήσεις του κριτηρίου εμπειρίας της παραγράφου 22.Δ.ii της Διακήρυξης, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, η φράση «σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω ελάχιστες απαιτήσεις αρκεί να καλύπτονται από τουλάχιστον ένα μέλος της ένωσης» αναφέρεται αρχικά στο τέλος της παραγράφου 22.Δ.ι, θεσπίζοντας έτσι την απαίτηση να διαθέτει τουλάχιστον ένα από τα μέλη της ένωσης όλα τα επιμέρους στελέχη των περιπτώσεων α' έως δ' του παραπάνω όρου, και επαναλαμβάνεται στο τέλος της παραγράφου 22.Δ.ii θεσπίζοντας την απαίτηση να διαθέτει τουλάχιστον ένα από τα μέλη της ένωσης την απαιτούμενη εμπειρία, και όχι, για παράδειγμα, να αθροιστεί η αξία επιμέρους έργων των διαφόρων μελών της ένωσης, ώστε να καλυφθεί η ελάχιστη απαίτηση για εμπειρία συνολικής αξίας

1.000.000,00 ευρώ. Η αντίθετη ερμηνεία που υιοθετεί η αναθέτουσα αρχή δεν βρίσκει έρεισμα στο παραπάνω άρθρο της Διακήρυξης, διότι η απαίτηση σωρευτικής πλήρωσης των δύο υποκριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (στελέχωση και εμπειρία) δεν εξηγεί την επανάληψη του παραπάνω όρου στις δύο επιμέρους παραγράφους που θεσπίζουν τα παραπάνω διακριτά κριτήρια.

13. Στην προκείμενη περίπτωση, μία από τις αιτιολογικές βάσεις της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας είναι το γεγονός ότι η ... δεν διαθέτει την απαιτούμενη στελέχωση και, ως εκ τούτου, δεν πληροί το κριτήριο επιλογής του άρθρου 22.Δ.ι της Διακήρυξης. Όπως, όμως, προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, η ... πληροί αυτοτελώς το επίμαχο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας σχετικά με τη στελέχωση. Ενόψει, όμως, όσων έγιναν δεκτά στην παραπάνω σκέψη, η διάθεση του συνόλου των απαιτούμενων στελεχών από τουλάχιστον ένα από τα μέλη της διαγωνιζόμενης ένωσης απαιτείται, αλλά και αρκεί, για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 22.Δ.ι της Διακήρυξης. Κατά συνέπεια, μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή στήριξε τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας στην αιτιολογική βάση της μη πλήρωσης του κριτηρίου στελέχωσης από το μέλος της προσφεύγουσας ένωσης ... και, ως εκ τούτου, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

14. Με τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που την απέκλεισε από τον διαγωνισμό με την αιτιολογία ότι δεν πληροί το κριτήριο εμπειρίας του άρθρου 22.Δ.ii της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απόφασης αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό με την εξής αιτιολογία: *«Σύμφωνα με το ΕΕΕΣ του προσφέροντα μέλους της ένωσης οικονομικού φορέα ‘...’ για την ικανοποίηση του κριτηρίου ‘Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα’ δηλώνεται: ... β) εμπειρία στην εκτέλεση συναφών με το δημοπρατούμενο έργο των κάτωθι : α) το έργο ‘...’ με ποσοστό 50% και προϋπολογισμό που αναλογεί σε 550.910,07 €, β) το έργο ‘...’ προϋπολογισμού 214.556,89€, γ) το έργο ‘...’ προϋπολογισμού 290.312,77€ και δ) το έργο ‘...’ προϋπολογισμού 72.223,75€. Το αντικείμενο του δημοπρατούμενου έργου όπως περιγράφεται στην παράγραφο 11.3 της*

διακήρυξης αφορά στη στερέωση των πρανών και των οχυρωματικών έργων του τείχους και του προμαχώνα του Από τα ανωτέρω έργα τα (α), (β) και (δ) αποτελούν συναφή έργα με το δημοπρατούμενο. Το έργο (γ) '...' που επικαλείται ο διαγωνιζόμενος '...', ως μέλος της Ένωσης Οικονομικών Φορέων δεν θεωρείται συναφές με το δημοπρατούμενο, διότι αφορά σε εργασίες επί ενός οικοδομήματος (γέφυρα) και όχι σε εργασίες στερέωσης πρανών και συναφών με το δημοπρατούμενο κατασκευών επί αυτών σύμφωνα με τον όρο 22Δ (ii) της Διακήρυξης. Συνεπώς τα ανωτέρω έργα (α), (β) και (δ) αθροίζουν 837.690,71 € προϋπολογισμό, που υπολείπεται του απαιτούμενου από τη Διακήρυξη προϋπολογισμού και συνεπώς η δηλούμενη εμπειρία του μέλους της ένωσης του οικονομικού φορέα δεν πληροί το κριτήριο 22Δ (ii) της Διακήρυξης».

15. Επισημαίνεται ότι, με την προσβαλλόμενη απορρίφθηκαν ως μη συναφή και τα επικαλούμενα από την ... έργα «...» και «...». Όμως, ως προς αυτή την κρίση της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει ισχυρισμούς, περιοριζόμενη στην αμφισβήτηση της νομιμότητας της απόρριψης του εκτελεσθέντος από τη ... έργου της

16. Συγκεκριμένα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, τα δύο έργα, ήτοι το δημοπρατούμενο και το έργο ..., περιλαμβάνουν όμοιες ομάδες εργασιών (ενδεικτικά: χωματουργικά – προεργασίες – καθαίρεσεις, σκυροδέματα, επιχρίσματα κ.λπ.). Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι, σε κάθε περίπτωση, η Διακήρυξη απαιτεί συναφή και όχι απολύτως ταυτόσημα έργα. Ως εκ τούτου, οι εργασίες τοποθέτησης γεωπλέγματος σταθεροποίησης αντοχής των πρανών για την ενίσχυση και βελτίωση της μηχανικής αντοχής του εδάφους των χωμάτων πρανών, οι οποίες εκτελέστηκαν στο πλαίσιο του έργου της ... από το μέλος της ..., είναι απολύτως συναφείς με το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης.

17. Η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει στα παραπάνω ότι το δημοπρατούμενο έργο αφορά στην εκτέλεση αναστηλωτικών εργασιών επί προστατευόμενου αρχαίου ακινήτου μνημείου οχυρωματικής φύσης, με ιδιαίτερα απότομες κλίσεις βραχωδών πρανών και, ως εκ τούτου, η απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων σε εκτέλεση συναφών με το αντικείμενο της σύμβασης έργων αφορά σε εκτέλεση παρόμοιων έργων επί μνημείων επί ανάλογων χαρακτηριστικών και ιδιοτήτων μνημείων και όχι επί

κάθε είδους μνημείου. Κατά τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν, τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους καθώς και την εμπειρία - τεχνογνωσία σε εκτέλεση εργασιών στερέωσης και αποκατάστασης επί μνημείων οχυρωματικής φύσης με απότομες κλίσεις βραχωδών πρανών, για την εξασφάλιση της εκτέλεσης της συγκεκριμένης σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας (άρθρο 75 ν. 4412/2016). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται τα εξής: «λαμβάνοντας υπόψη ότι: i) Το αντικείμενο του δημοπρατούμενου έργου όπως περιγράφεται στην παράγραφο 11.3 της διακήρυξης αφορά στη Το κατώτερο μαργαϊκό τμήμα του πρανούς έχει πολύ απότομες κλίσεις, ενώ λόγω της παράκτιας θέσης του, έχει συντελεστεί σταδιακά απολέπιση της εξωτερικής του επιφάνειας, γεγονός που είχε ως αποτέλεσμα τη σταδιακή υποχώρηση τμημάτων του. Συνέπεια αυτού ήταν η απώλεια τμήματος της πλευρικής υποστήριξης της θεμελίωσης από τα τείχη του κάστρου, με τη δημιουργία οριζόντιων μετακινήσεων προς τη θάλασσα, που οδήγησαν στην εμφάνιση κατακόρυφων ρωγμών στο τείχος. ii) τα έργα (α), (β) αποτελούν έργα της Υπηρεσίας μας και το φυσικό αντικείμενό τους αφορά σε έργα συναφή με το δημοπρατούμενο (έργα οχυρωματικής φύσεως) καθώς και το έργο (δ) που αθροίζουν συμβατικό προϋπολογισμό οικοδομικών εργασιών 837.690,71 €. iii) το έργο (γ) ‘...’ προϋπολογισμού 290.312,77€, αποτελεί έργο της Υπηρεσίας μας και περιλαμβάνει συνήθεις εργασίες επί οικοδομήματος (γέφυρα), μεταξύ των οποίων και την τοποθέτηση απλών πλαστικών πλεγμάτων συγκράτησης γαιωδών σχηματισμών στις όχθες ενός χείμαρρου κάτω από μία γέφυρα και δεν αφορά σε εργασίες στερέωσης βραχωδών πρανών και συναφών με το δημοπρατούμενο κατασκευών επί αυτών. Ως εκ τούτου δεν αποτελεί έργο οχυρωματικής φύσεως, δεν εμφανίζει συνάφεια ως προς τη θέση, τις ιδιότητες και τα χαρακτηριστικά με το δημοπρατούμενο έργο, από τα οποία απορρέουν οι ειδικές συνθήκες εκτέλεσης έργου στερέωσης βραχωδών με εξαιρετικά απότομες κλίσεις σύμφωνα με τον όρο 22Δ (ii) της Διακήρυξης. Επομένως το έργο (γ) δεν αποτελεί συναφές με το δημοπρατούμενο έργο και δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη για την πλήρωση του κριτηρίου 22Δ(ii)».

18. Όπως προκύπτει από τον προπαρατεθέντα όρο του άρθρου 22.Δ.ii της Διακήρυξης (βλ. σκέψη 11), για την παραδεκτή συμμετοχή στον διαγωνισμό, οι οικονομικοί φορείς και οι ενώσεις τους όφειλαν να διαθέτουν εμπειρία με τα

εξής σωρευτικά απαιτούμενα χαρακτηριστικά: α) εκτέλεση έργων συναφών με το αντικείμενο της σύμβασης, β) τα έργα να αφορούν σε μνημεία της βυζαντινής – μεταβυζαντινής περιόδου (330 μ.Χ - 1830 μ.Χ) ή εκκλησιαστικά κτήρια ή εκκλησιαστικά σύνολα μετά το 1830, κηρυγμένα από την αρμόδια αρχή (της χώρας εκτέλεσής τους), γ) εκτέλεση και περάτωση των έργων κατά την τελευταία δεκαετία, δ) συνολικός συμβατικός προϋπολογισμός των εκτελεσθεισών οικοδομικών εργασιών ίσος τουλάχιστον με 1.000.000,00 ευρώ. Κατά την έννοια του παραπάνω όρου της Διακήρυξης, για την παραδεκτή επίκληση της εμπειρίας των οικονομικών φορέων και των ενώσεων τους απαιτείται να συντρέχουν τόσο η συνάφεια των επικαλούμενων έργων με το υπό δημοπράτηση, το οποίο αφορά, σύμφωνα με το άρθρο 11.3 της Διακήρυξης, στη ..., όσο και η εκτέλεση των έργων σε μνημεία ή εκκλησιαστικά κτήρια ή σύνολα, χωρίς, όμως, να απαιτείται ρητά και ειδικά από το παραπάνω άρθρο της Διακήρυξης οι εργασίες να έχουν εκτελεστεί σε οχυρωματικά έργα.

19. Στην προκείμενη περίπτωση, η παρεμβαίνουσα ένωση επικαλέστηκε για την πλήρωση της εμπειρίας της, μεταξύ άλλων, τα εκτελεσθέντα από το Μέλος της ... εξής έργα: α) «...» με ποσοστό 50% και προϋπολογισμό που αναλογεί σε 550.910,07 ευρώ, β) «...» προϋπολογισμού 214.556,89 ευρώ, γ) «...» προϋπολογισμού 290.312,77 ευρώ, και δ) το έργο «...» προϋπολογισμού 72.223,75 ευρώ. Η αναθέτουσα αρχή δέχτηκε ως συναφή τα έργα υπό α', β' και δ' που αντιστοιχούν σε προϋπολογισμό 837.690,71 ευρώ και απέρριψε ως μη συναφές το έργο υπό γ', με αποτέλεσμα να μην καλύπτεται η απαίτηση προηγούμενης εκτέλεσης έργων συνολικού συμβατικού προϋπολογισμού 1.000.000,00 ευρώ.

20. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στη σκέψη 18, η αιτιολογία απόρριψης του έργου ... ως μη συναφούς με το αντικείμενο της υπό δημοπράτηση σύμβασης είναι νόμιμη και σύμφωνη με τη Διακήρυξη. Και τούτο, διότι το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης αφορά κατ' αρχήν και ιδίως στη Και ναι μεν δεν απαιτείται από τη Διακήρυξη πλήρης ταύτιση της εμπειρίας των διαγωνιζόμενων με το παραπάνω αντικείμενο και, συνεπώς, δεν ενδιαφέρουν οι κατασκευαστικές λεπτομέρειες του υπό ανάθεση έργου, τις οποίες παραθέτει με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή. Ωστόσο, η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα εκτέλεση εργασιών στερέωσης χωμάτων πρανών

στο πλαίσιο του έργου της ..., όπως ρητά αναφέρεται στην προσφυγή, χωρίς καθόλου να επικαλείται η προσφεύγουσα την εκτέλεση εργασιών σε βραχύδη πρηνή, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι καλύπτει την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη συνάφεια με το υπό δημοπράτηση έργο που έχει ως κύριο αντικείμενο τη στερέωση βραχωδών πρηνών, όπως βάσιμα υποστηρίζουν η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα. Απορριπτέος, ωστόσο, είναι ο προβαλλόμενος με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ισχυρισμός ότι η εμπειρία της παρεμβαίνουσας δεν αφορά σε οχυρωματικό έργο, διότι, όπως προαναφέρθηκε, το άρθρο 22.Δ.ii της Διακήρυξης ρητά επιτρέπει η εμπειρία να αφορά σε έργα επί μνημείων γενικά ή εκκλησιαστικών κτηρίων ή εκκλησιαστικών συγκροτημάτων.

21. Απορριπτέος είναι ο περί ασάφειας του όρου του άρθρου 22.Δ.ii της Διακήρυξης ισχυρισμός της προσφεύγουσας. Και τούτο, διότι, όπως προαναφέρθηκε, από τη γραμματική διατύπωση του όρου αυτού προκύπτει η απαίτηση συνάφειας των επικαλούμενων από τους διαγωνιζόμενους έργων με το αντικείμενο του υπό δημοπράτηση έργου. Το δε αντικείμενο της στερέωσης βραχωδών πρηνών προκύπτει από τον ίδιο τον τίτλο του έργου και περιγράφεται ειδικότερα στο άρθρο 11.3. της Διακήρυξης «Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου», στο οποίο αναφέρεται, επίσης, ως βασικό αντικείμενο της σύμβασης η εκτέλεση εργασιών σε «βραχώμαζα». Επομένως, ναι μεν, όπως προαναφέρθηκε δεν απαιτήθηκε από τη Διακήρυξη ταύτιση του αντικειμένου των εκτελεσθέντων από τους οικονομικούς φορείς έργων με το υπό ανάθεση, αλλά το γεγονός ότι το αντικείμενό του συνίσταται σε εργασίες επί βραχωδών πρηνών, προς τις οποίες πρέπει να είναι συναφής η επικαλούμενη από τους διαγωνιζόμενους εμπειρία, καθίσταται απολύτως σαφές από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 22.Δ.ii σε συνδυασμό την απλή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης στο άρθρο 11.3 της Διακήρυξης.

22. Επομένως, η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, όπως αυτή συμπληρώθηκε νόμιμα με τις απόψεις της κατά το άρθρο 365 παρ. 1 ν. 4412/2016, ότι το επίμαχο έργο του μέλους της παρεμβαίνουσας ένωσης ... δεν είναι συναφές με το υπό ανάθεση, διότι δεν αφορά σε εργασίες στερέωσης βραχωδών πρηνών, αλλά γαιωδών εδαφών, είναι νόμιμη και

σύμφωνη με τη Διακήρυξη. Κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

23. Με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέα, διότι δεν πληροί τον όρο του άρθρου 22.Γ.ι.α' της Διακήρυξης να διαθέτει ίδια κεφάλαια ποσού 375.000 ευρώ τουλάχιστον. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι από το δηλούμενο στο ΕΕΕΣ της παρεμβαίνουσας ποσό 438.415,98 ευρώ για ίδια κεφάλαια, έπρεπε να αφαιρεθεί το κεφάλαιο της εταιρείας ποσού 200.000,00 ευρώ και τα αφορολόγητα αποθεματικά ποσού 28.075,50 ευρώ, όπως αυτά προκύπτουν από τις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της παρεμβαίνουσας, με αποτέλεσμα να μην καλύπτεται η προαναφερθείσα απαίτηση της Διακήρυξης.

24. Όπως βάσιμα προβάλλει η αναθέτουσα αρχή, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού. Και τούτο, διότι από τις διατάξεις του άρθρου 22.Γ.ι.α' συνάγεται ότι κάθε συμμετέχων στον διαγωνισμό απαιτείται να διαθέτει ίδια κεφάλαια ποσού τουλάχιστον 375.000 ευρώ. Τα δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη του προσόντος υποβάλλονται κατά το στάδιο της κατακύρωσης από τον οικονομικό φορέα που θα αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος. Κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών η απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου αυτού αποδεικνύεται μέσω του ΕΕΕΣ, στο οποίο, ενόψει της αρχής της προαπόδειξης, που θεσπίζεται για το στάδιο αυτό με το άρθρο 23.1 της Διακήρυξης, οι διαγωνιζόμενοι αρκεί να απαντήσουν στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ, χωρίς να είναι υποχρεωμένοι να τεκμηριώσουν τη σχετική δήλωση. Η εξακρίβωση της δήλωσης αυτής απόκειται περαιτέρω στην αναθέτουσα αρχή, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Με τα δεδομένα αυτά, η δήλωση της παρεμβαίνουσας στο ΕΕΕΣ ότι διαθέτει ίδια κεφάλαια ποσού 438.415,98 ευρώ αρκούσε στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού για την προαπόδειξη της πλήρωσης του επίμαχου κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, απορριπτομένου του προβαλλόμενου λόγου της προδικαστικής προσφυγής (πρβλ. ΔΕφΑθ 2100/2022, 2103/2022 κ.α.).

25. Σε κάθε περίπτωση, όπως βάσιμα υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, ο προκείμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής είναι απορριπτέος και ως αβάσιμος, διότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από το ποσό των ιδίων

κεφαλαίων της παρεμβαίνουσας πρέπει να αφαιρεθεί, μεταξύ άλλων, το κεφάλαιο της παρεμβαίνουσας εταιρείας ποσού 200.000,00 ευρώ. Ο ισχυρισμός, όμως, αυτός είναι νόμω αβάσιμος, διότι, σύμφωνα με την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα διάταξη του άρθρου 51 παρ. 6 πδ 71/2019, για την εξεύρεση των ιδίων κεφαλαίων δεν αφαιρείται το καταβεβλημένο, αλλά τυχόν οφειλόμενο κεφάλαιο. Στην προκείμενη δε περίπτωση ούτε η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ούτε από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι υφίσταται οφειλόμενο κεφάλαιο από τους μετόχους της παρεμβαίνουσας. Επομένως, ακόμη και αφαιρουμένων των αφορολόγητων αποθεματικών από την καθαρή θέση της παρεμβαίνουσας, όπως αυτή εμφανίζεται στις δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της, τα ίδια κεφάλαιά της ανέρχονται σε 410.340,48 ευρώ (438.415,98 - 28.075,50) καλύπτοντας την απαίτηση της Διακήρυξης για ελάχιστα ίδια κεφάλαια ποσού 375.000,00 ευρώ. Κατά συνέπεια, ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί και για τον επιπρόσθετο αυτό λόγο.

26. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει μερικώς δεκτή και η παρέμβαση να απορριφθεί κατά το αντίστοιχο μέρος, ενώ να γίνει δεκτή κατά τα λοιπά. Τέλος, πρέπει να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή και απορρίπτει κατά το αντίστοιχο μέρος την παρέμβαση.

Δέχεται την παρέμβαση, κατά τα λοιπά.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 8 Ιουνίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ