

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 29^η Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 19.04.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 563/19.04.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 27.04.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../10-04-2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα εταιρεία.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ποσού 15.000,00 €.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με διακήρυξη ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού που αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και έλαβε ΑΔΑΜ ...

Αριθμός απόφασης: 901/2023

προκήρυξε την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης του έργου με τίτλο «ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΠΑΡΚΟΥ ...», συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 6.483.870,97 € ευρώ (χωρίς ΦΠΑ). Στη συνέχεια, εγκρίθηκε η ορθή επανάληψη της διακήρυξης δυνάμει της υπ' αριθμ. .../23-01- 2023 απόφασης της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής και την 31-01-2023 αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με αριθμό ΑΔΑΜ ... η ορθή επανάληψη της διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας του ανωτέρω έργου. Η διενέργεια του διαγωνισμού, ο οποίος έλαβε συστημικό αριθμό ..., έγινε με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής και ως ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών ορίστηκε η 28η Μαρτίου 2023

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. συνολικά πέντε (5) διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Στις 04.04.2023 η επιτροπή διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών των διαγωνιζομένων και στη σύνταξη του «Πίνακα Συμμετεχόντων κατά Σειρά Μειοδοσίας», τον οποίο και ανήρτησε στον ιστότοπο του διαγωνισμού κατατάσσοντας στην πρώτη θέση την προσφορά της προσφεύγουσας με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 24,15 % και στην δεύτερη θέση την προσφορά της παρεμβαίνουσας με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 14,80%. Εν συνεχεία, στις 09.04.2023 η επιτροπή διαγωνισμού, αφού διεπίστωσε ότι όλες οι υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές συμμετοχής είναι έγκυρες, προχώρησε στον έλεγχο των δικαιολογητικών εγγράφων συμμετοχής των διαγωνιζομένων και, κατόπιν ελλείψεων που διαπίστωσε στα δικαιολογητικά συμμετοχής της προσφεύγουσας, εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της και την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου του έργου. Το πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού, στο οποίο καταγράφηκαν όλα τα ανωτέρω, εγκρίθηκε από την οικονομική επιτροπή της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αριθμ. .../2023 απόφασή της, η οποία ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την παρεμβαίνουσα.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 10.04.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 19.04.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των

Αριθμός απόφασης: 901/2023

άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 20.04.2023 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ. πρωτ. .../11.05.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες αυθημερόν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 20.04.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 28.04.2023, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η προσφορά της και έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε 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 (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της κατά παράβαση των άρθρων 23.3 και 23.4 της διακήρυξης, καθώς και του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως

Αριθμός απόφασης: 901/2023

αντικαταστάθηκε από το άρθρο 42 του ν. 4782/2021. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσκόμιση των υπεύθυνων δηλώσεων που απαίτησε η αναθέτουσα αρχή για την προαπόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22.Α.1.ζ της διακήρυξης αφορά τον προσωρινό ανάδοχο και πρέπει να ελεγχθεί στο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι στο παρόν στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε η αναθέτουσα αρχή να την καλέσει να τις προσκομίσει βάσει του άρθρου 102 του Ν. 44121/2016. 9.

Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση έκρινε την προσφορά της προσφεύγουσας ως απορριπτέα, διότι δεν συμπεριέλαβε στον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής τις υπεύθυνες δηλώσεις της παρ. 23.3 (δ) της διακήρυξης που αφορά τον λόγο αποκλεισμού της παρ. 22.2.(δ) της διακήρυξης, όπως συμπεριλήφθηκαν στην από 24-01-2023 ορθή επανάληψη αυτής. Οι εν λόγω δηλώσεις προβλέφθηκαν στην από 24-01-2023 τροποποίηση της διακήρυξης του έργου ώστε η δημοσιευμένη διακήρυξη να εναρμονιστεί με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2022/576 του Συμβουλίου της 8ης Απριλίου 2022, για την τροποποίηση του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 833/2014 σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω ενεργειών της Ρωσίας που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην Ουκρανία, σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. 3697/6-7-2022 διευκρινιστικό έγγραφο της ΕΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ: 69Η3ΟΞΤΒ-ΠΚΣ) και το υπ' αριθ. πρωτ. ΥΠΕΝ/ΓΡΓΓΧΣΑΠ/5322/181/17-01-2023 έγγραφο του Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας. Επιπλέον των ανωτέρω το περιεχόμενο των δηλώσεων όπως παρατίθεται στη παρ. 23.4.(δ) της διακήρυξης του έργου, δεν καλύπτεται από τις δηλώσεις του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Έγγραφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ). Η διακήρυξη του επίμαχου έργου ορίζει εκτός των άλλων, ειδικότερα στο άρθρο 22.Α «Λόγοι Αποκλεισμού» ότι: « 22.Α. Λόγοι αποκλεισμού 22.Α.1. Όταν υπάρχει εις βάρος του αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για ένα από τα ακόλουθα εγκλήματα: ... ζ) Οικονομικός φορέας που δεν πληροί τις προϋποθέσεις του Κανονισμού (ΕΕ) 2022/576 του Συμβουλίου της 8ης Απριλίου 2022, που θα τροποποιεί τον Κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 833/2014 σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω ενεργειών της Ρωσίας που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην Ουκρανία ...». Στο άρθρο 24.2 της διακήρυξης ορίζεται ότι:

«....24.2 Ο ηλεκτρονικός υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει τα ακόλουθα υπό (α) και (β) στοιχεία: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ). Επίσης δύναται να περιλαμβάνει και συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, με την οποία ο οικονομικός φορέας μπορεί να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ. Η συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση υπογράφεται, σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 79Α του ίδιου ν. 4412/2016. β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας.». Τέλος στο άρθρο 79§9 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «... 9. Ο οικονομικός φορέας δύναται να διευκρινίζει τις δηλώσεις και πληροφορίες που παρέχει στο ΕΕΕΣ με συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση, την οποία υποβάλλει μαζί με το ΕΕΕΣ. Η συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση υπογράφεται σύμφωνα με όσα προβλέπονται στο άρθρο 79Α, περί υπογραφής Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης...»

Εκ των ανωτέρω προκύπτει, ως ορθώς ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, ότι το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης ζητούσε επί ποινή αποκλεισμού, την προαπόδειξη μέσω του ΕΕΕΣ ή της συμπληρωματικής δήλωσης αυτού περί μη ύπαρξης του σχετικού λόγου αποκλεισμού. Αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή δεν προσέφυγε στις διατάξεις του αρθρ. 102 του ν. 4412/2016, επισημαίνεται ότι η τελευταία διάταξη δεν τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω, διότι κατά πάγια νομολογία η εν λόγω συμπλήρωση θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη μεταβολή της κατατεθείσας προσφοράς. Παγίως γίνεται δεκτό από την νομολογία και τη θεωρία ότι μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C336/12, σκέψη 36), οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Επομένως, μια αίτηση

Αριθμός απόφασης: 901/2023

διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 LavorgnaSrl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΣΕ 147/22 σκ.34). Επακολούθως, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ επί των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας τις οποίες άλλωστε, αφενός, μνημονεύει ρητά το ίδιο το αρθρ. 42 ν. 4782/2021, αφετέρου, στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021 στο άρθρ. 42 ομοίως ρητά αναγράφεται ότι «...η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση ουσιαστικά, υιοθετεί». Σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή κατά τη συγγραφή των συμβατικών τευχών, προμηθειών/γενικών υπηρεσιών, έχει την ευχέρεια να θέτει τους όρους και τις απαιτήσεις τις οποίες η ίδια θεωρεί ότι πρέπει να επιφέρουν την απόρριψη, γεγονός που συνάδει και με το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ιζ) ν. 4412/2016 που ορίζει ρητά ότι η διακήρυξη πρέπει να περιέχει με σαφήνεια τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς μη δυνάμενη, επακολούθως, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας να θέσει νομίμως εκποδών τις εν λόγω διατάξεις, αίροντας την αρχή της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Τέλος, και η ίδια αιτιολογική έκθεση του αρθρ. 42 ν. 4782, αναφέρεται σε αυστηρά τυπικούς λόγους και ουδόλως καταλύει την αρχή της τυπικότητας εν γένει, πολλώ δε μάλλον της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης. Συνεπώς, οι προσφορές υποψηφίων που φέρουν τις άνω πλημμέλειες δεν είναι δεκτικές διευκρίνισης, και τούτο διότι «...η αίτηση διευκρινίσεως που υποβάλλεται σε οικονομικό

φορέα δυνάμει της διατάξεως αυτής δεν μπορεί, εντούτοις, να θεραπεύσει την παράλειψη προσκομίσεως εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει.» (ΑΕΠΠ 939/2022).

Εν όψει των ανωτέρω ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, καθόσον η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητά της να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή, προτού απορρίψει την προσφορά της, λόγω του ότι η δανείζουσα εταιρεία δεν διαθέτει αυτοτελώς το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ως προς το οποίο παρέχει στην προσφεύγουσα την εμπειρία της, όφειλε να ζητήσει την αντικατάσταση του τρίτου δανείζοντος την εμπειρία.

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ανωτέρω δεύτερο λόγο: η προσφεύγουσα, όπως προκύπτει από το ΕΕΕΣ που υπέβαλε, είναι πράγματι εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.Ε.Π., πλην όμως για έργα κατηγορίας ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ είναι εγγεγραμμένη στην 3η τάξη, και όχι στην 4η τάξη και άνω, όπως επί ποινή απόρριψης της προσφοράς απαιτεί η διακήρυξη. Για το λόγο αυτό η προσφεύγουσα συμμετέχει στον διαγωνισμό στηριζόμενη στις ικανότητες τρίτου φορέα και δη σε αυτές της εταιρείας «...» σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης του ανωτέρω έργου. Μάλιστα, σύμφωνα με το ΕΕΕΣ που υπέβαλε η δανείζουσα την εμπειρία της εταιρεία, αυτή είναι μεν εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.Ε.Π., όμως για έργα κατηγορίας ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ούτε αυτή είναι εγγεγραμμένη στην 4η τάξη και άνω, όπως απαιτεί η διακήρυξη, αλλά στην 2η τάξη. Συνεπεία αυτού, η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής ορθώς απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, καθώς καμία εκ των δύο εταιρειών δεν πληροί αυτοτελώς το ανωτέρω κριτήριο με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η δάνεια εμπειρία από τον οικονομικό φορέα «...» ακόμη και αν επιτρεπόταν η παροχή δάνειας εμπειρίας για την πλήρωση του κριτηρίου καταλληλότητας που δεν επιτρέπεται. Εξάλλου ο ανωτέρω ισχυρισμός της προσφεύγουσας προβάλλεται αλυσιτελώς και δεν είναι ορθός, καθώς σύμφωνα

με όσα ορίζουν ρητά το άρθρ. 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης, δάνεια εμπειρία μπορεί να ζητηθεί από άλλο οικονομικό φορέα μόνο όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και όχι τα κριτήρια καταλληλότητας που σχετίζονται με την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα του άρθρου 22.Β, όπως εν προκειμένω έπραξε η προσφεύγουσα. 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 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 Οικοδομικών έργων 4ης τάξης και άνω, χωρίς να αναγνωρίζεται για αυτές, η δυνατότητα επίκλησης δάνειας εμπειρίας τρίτου φορέα (βλ. υπ' αριθμ. 46/2021 ad hoc απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Τρίπολης).

Εν όψει των ανωτέρω, ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, καθόσον η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας.

12. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφορά της προσφεύγουσας, τυγχάνει απορριπτέα, καθώς οι δύο πρώτοι λόγοι έχουν απορριφθεί ως αβάσιμοι, ενώ παρέλκει η εξέταση των υπολοίπων λόγων της προσφεύγουσας κατά της αποδοχής της προσφοράς της, δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς της, παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη αυτής (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 274/2018, 344/2017, 47/2017, 296/2016, ΔΕφΠειρ. Ν95/2020 ΔΕφΑθ. 279/2019, 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικής 83/2019 κ.α.).

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική

Αριθμός απόφασης: 901/2023

προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 29^η Μαΐου 2023 και εκδόθηκε την 16^η Ιουνίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ