

**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ
ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ**

Σ.Α.Τ.Ε.

**ΑΡΙΘΜΟΣ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗΣ: 1/2006
ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ
Δ' ΤΜΗΜΑ**

Συνεδρίαση της 4.1.2006

ΣΥΝΘΕΣΗ:

Πρόεδρος: Ιωάννης Πράσιнос, Αντιπρόεδρος ΝΣΚ

Νομικοί Σύμβουλοι: Θεόδωρος Θεοφανόπουλος, Χρήστος Θωμόπουλος,
Φωκίων Γεωργακόπουλος, Κρίτων Μανωλής,
Βλάσιος Βούκαλης, Θεόδωρος Ηλιάκης, Βασίλειος Σουλιώτης,
Αντώνιος Κλαδιάς, Παρασκευάς Βαρελάς.

Εισηγητής: Αντώνιος Κλαδιάς, Νομικός Σύμβουλος του Κράτους.

Αριθμός ερωτήματος: Υπ' αριθμ. πρωτ. ΥΠ.ΠΟ./ΔΕΕΜΠΚ/60396/1687/
15-6-2005 έγγραφο του Υπουργείου Πολιτισμού/ Δ/ση
Εκτελέσεως Έργων Μουσείων και Πολιτιστικών Κτιρίων.

Περίληψη Ερωτήματος: Ερωτάται, σχετικά με το διαγωνισμό για την εκτέλεση του έργου «Επισκευή και διαμόρφωση ανατολικής και δυτικής πτέρυγας και διαμόρφωση περιβάλλοντος χώρου του Βυζαντινού και Χριστιανικού Μουσείου» και ενόψει υποβληθεισών από τις διαγωνιζόμενες Εταιρείες και Κοινοπραξίες σχετικών ενστάσεων:

1. α) Εάν διαγωνιζόμενες Εταιρείες ή Κοινοπραξίες Εταιρειών, που είναι θυγατρικές κάποιων άλλων εταιρειών, μπορούν να αντλούν την εμπειρία και τις τεχνικές ικανότητες των μητρικών εταιρειών τους, μολονότι το άρθρο 22.9

της Διακήρυξης ορίζει ότι εμπειρίες άλλων, συνδεδεμένων με αυτές, επιχειρήσεων δεν λαμβάνονται υπόψη.

β) Εάν επί του ζητήματος αυτού κατισχύει η Διακήρυξη ή τα γενόμενα δεκτά από την υπ' αριθ. 442/1996 ομόφωνη Γνωμοδότηση της Ολομέλειας του Ν.Σ.Κ., που έχει γίνει αποδεκτή από τον Υπουργό Π.Ε.Χ.Ω.Δ.Ε. και εφαρμόζεται κατά κόρον στους διαγωνισμούς που διενεργούνται με το σύστημα της κλειστής διαδικασίας (προεπιλογή).

2. Εάν, σε περίπτωση διαγωνιζόμενης Κοινοπραξίας Εταιρειών, η ζητούμενη στο άρθρο 22.9 της Διακήρυξης σημαντική εμπειρία σε εκτέλεση παρόμοιων έργων μπορεί να προκύπτει από την συνολικά αθροιζόμενη εμπειρία των εργοληπτικών επιχειρήσεων, που απαρτίζουν την Κοινοπραξία, ή επιβάλλεται κάθε εργοληπτική επιχείρηση που μετέχει της Κοινοπραξίας να αποδεικνύει ότι πληροί αυτοτελώς, όσον αφορά την εμπειρία, τις απαιτήσεις του άρθρου 22.9 της Διακήρυξης,

3. Εάν η διαγωνιζόμενη Εταιρεία Α. ΚΑΠΕΤΑΝΙΔΗΣ Α.Τ.Ε.Ε. μπορεί, ως νεοσύστατη εταιρεία, να επικαλεσθεί ως εμπειρία, για τη συμμετοχή της στον προαναφερόμενο διαγωνισμό, την εμπειρία του στελέχους της Α. ΚΑΠΕΤΑΝΙΔΗ, την οποία αυτός απέκτησε ως Διευθύνων Σύμβουλος της εταιρείας ΑΦΟΙ ΚΑΠΕΤΑΝΙΔΗ Α.Τ.Ε. (που πωλήθηκε και απορροφήθηκε από άλλη εταιρεία), κατά το διάστημα που η εταιρεία αυτή εκτελούσε παρόμοια με το δημοπρατούμενο έργο, χωρίς όμως, να προσκομίσει το πιστοποιητικό τύπου Β' (ΜΕΚ), όπως απαιτεί η Διακήρυξη.

Επί του ανωτέρω ερωτήματος, το Νομικό Συμβούλιο του Κράτους γνωμοδότησε ως ακολούθως:

I. Από το υποβληθέν στο Γραφείο Νομικού Συμβούλου του Υπουργού Πολιτισμού ερώτημα και τα επισυναπτόμενα σε αυτό έγγραφα, προκύπτει το ακόλουθο ιστορικό:

A. Με την από 15-12-2004 Διακήρυξη της Δ/σης Εκτέλεσης Έργων Μουσείων και Πολιτιστικών Κτιρίων του Υπουργείου Πολιτισμού, πρόκηρύχθηκε διαγωνισμός με ανοικτή διαδικασία επιλογής, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 1418/1984, των εκτελεστικών του διαταγμάτων, του Π.Δ.



99/1992, του Ν. 3263/2004, της Οδηγίας 93/37/ΕΟΚ και του Π.Δ. 334/2000, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Επισκευή και διαμόρφωση ανατολικής και δυτικής πτέρυγας και διαμόρφωση περιβάλλοντος χώρου του Βυζαντινού και Χριστιανικού Μουσείου», προϋπολογισμού 3.000.000 Ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.) ή 3.450.000 Ευρώ (με Φ.Π.Α.).

Β. Πριν από τη διενέργεια του διαγωνισμού, ο Δ/ντης της παραπάνω Δ/σης του ΥΠ.ΠΟ., απαντώντας σε ερώτημα της Εταιρίας ΕΤΒΟ ΑΕ, απέστειλε σε όλες τις Τεχνικές Εταιρείες και Κοινοπραξίες Τεχνικών Εταιρειών, που εκδήλωσαν ενδιαφέρον για συμμετοχή στο διαγωνισμό, το υπ' αριθμ. πρωτ. ΥΠ.ΠΟ. /Δ.Ε.Ε.Μ.Π.Κ./452/16-2-2005 έγγραφό του, με το οποίο διευκρινίζει ότι: «**Η αναφορά που γίνεται στην παραγρ. 9 (τεχνική ικανότητα – πρόσθετες ειδικές απαιτήσεις) του άρθρου 22 της Διακήρυξης σε «συνδεδεμένες επιχειρήσεις» δεν αφορά στις εργοληπτικές επιχειρήσεις μέλη του Μ.Ε.ΕΠ. οι οποίες αποτελούν θυγατρικές επιχειρήσεις εργοληπτικών επιχειρήσεων εγγεγραμμένων στο Μ.Ε.ΕΠ., αλλά σε τυχόν άλλης μορφής συνδεδεμένες επιχειρήσεις.**»

Γ. 1. Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε στις 28-2-2005 από Επιτροπή, που συστήθηκε με την υπ' αριθμ. ΥΠ.ΠΟ./Δ.Ε.Ε.Μ.Π.Κ./8988/312/31-1-2005 απόφαση του ΥΠ.ΠΟ., και κατατέθηκαν 24 προσφορές από Τεχνικές Εταιρείες ή Κοινοπραξίες Τεχνικών Εταιρειών. Η Επιτροπή Διαγωνισμού, μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών, κατέληξε ομόφωνα στην αποδοχή 13 προσφορών και απέρριψε 11 προσφορές, διότι δεν πληρούσαν όρους της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, απέρριψε τις προσφορές:

α. Της εταιρείας Α. ΚΑΠΕΤΑΝΙΔΗΣ Α.Τ.Ε., επειδή δεν πληρούσε τις απαιτήσεις των άρθρων 22.9 (Τεχνική ικανότητα – Πρόσθετες ειδικές απαιτήσεις) και 23.4.Α (Δικαιολογητικά Τεχνικής Ικανότητας) της Διακήρυξης.

β. Των εταιρειών ΕΤΒΟ Α.Τ.Ε., ΑΤΟΜΟΝ Α.Ε., ΥΔΡΟΔΥΝΑΜΙΚΗ Α.Ε. και της κοινοπραξίας ΜΕΛΚΑ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΗ ΑΛΦΑ Α.Ε. – ΕΝΕΡΚΑ Α.Ε., επειδή δεν πληρούσαν τις απαιτήσεις του άρθρου 22.9 (Τεχνική ικανότητα – Πρόσθετες ειδικές απαιτήσεις) της Διακήρυξης.

γ. Των εταιρειών ΔΑΙΔΑΛΟΣ Α.Ε., ΣΜ-ΑΤΕΔΚ Α.Ε. και των κοινοπραξιών ΩΡΙΩΝ Α.Τ.Ε. – ΔΗΜΕΡ Α.Ε. και ΘΡΙΓΚΟΣ Α.Τ.Ε. – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΥ Α.Τ.Ε., επειδή δεν πληρούσαν τις απαιτήσεις του άρθρου 23.4.Α (Δικαιολογητικά τεχνικής ικανότητας) της Διακήρυξης.

δ. Της εταιρείας Σ. ΚΑΠΕΤΑΝΙΔΗΣ Α.Τ.Ε.Ε., επειδή δεν πληρούσε τις απαιτήσεις των άρθρων 22.9 (Τεχνική ικανότητα – Πρόσθετες ειδικές απαιτήσεις) 23.4.Α (Δικαιολογητικά τεχνικής ικανότητας) και 23.4.Δ (Αναλυτικό Χρονοδιάγραμμα κατασκευής του έργου και σχετική αιτιολογική έκθεση) της Διακήρυξης.

ε. Της εταιρείας ΤΕΜΚΑ Α.Ε., επειδή δεν πληρούσε τις απαιτήσεις του άρθρου 22.4 (έλεγχος ομαλότητας οικονομικής προσφοράς) της Διακήρυξης.

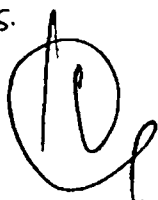
2. Κατά του σχετικού πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού υπεβλήθησαν εμπρόθεσμα έντεκα (11) ενστάσεις από τις Εταιρείες και Κοινοπραξίες, των οποίων οι προσφορές δεν έγιναν δεκτές. Η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε στις 21-3-2005, προκειμένου να διατυπώσει τη γνώμη της επί των ανωτέρω ενστάσεων. Σύμφωνα με τη γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού, που καταχωρήθηκε στο Πρακτικό με αριθμό 2, πρέπει να γίνει δεκτή η ένσταση της εταιρείας ΤΕΜΚΑ Α.Ε. και να απορριφθούν οι υπόλοιπες δέκα ενστάσεις (ορισμένες για τυπικούς και ουσιαστικούς λόγους και ορισμένες μόνο για ουσιαστικούς λόγους). Αιτιολογώντας τη γνώμη της, ως προς την απόρριψη των ενστάσεων, η Επιτροπή Διαγωνισμού δέχθηκε, μεταξύ άλλων, και τα εξής:

α. Ο όρος, ο περιλαμβανόμενος στο άρθρο 22.9 της Διακήρυξης, ότι εμπειρίες άλλων εργοληπτικών επιχειρήσεων, συνδεδεμένων με τις διαγωνιζόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις, δεν λαμβάνονται υπόψη, αφορά και τη σχέση θυγατρικής προς μητρική εταιρεία.

β. Κάθε μέλος διαγωνιζόμενης Κοινοπραξίας Εταιρειών οφείλει να αποδείξει ότι διαθέτει αυτοτελώς την τεχνική ικανότητα που απαιτείται στο άρθρο 22.9 της Διακήρυξης.

γ. Όλα τα δικαιολογητικά, που προβλέπει η Διακήρυξη, θεωρούνται ουσιώδη και δεν είναι δυνατή εκ των υστέρων η συμπλήρωση μη υποβληθέντων και η διόρθωση εσφαλμένων ή άλλων που έχει λήξει ο χρόνος ισχύος τους.

δ. Προκειμένου να προσμετρηθεί στην εμπειρία νέων εργοληπτικών επιχειρήσεων (δηλ. επιχειρήσεων που δεν έχει παρέλθει τριετία από τη σύστασή τους) η εμπειρία στελεχών τους, την οποία απέκτησαν μόνα τους ή σε Κοινοπραξία, απαιτείται αυτή να τεκμηριώνεται σύμφωνα με το άρθρο 23.4.Α παρ. 3 της Διακήρυξης.



Δ. Κατόπιν των ανωτέρω, και προκειμένου η Προϊσταμένη Αρχή να αποφανθεί επί των ενστάσεων, το Υπουργείο Πολιτισμού υπέβαλε τα προαναφερόμενα ερωτήματα.

II. Α. Στα άρθρα 15,16 και 17 του Ν. 1418/1984 «Δημόσια έργα και ρυθμίσεις συναφών θεμάτων» (Φ.Ε.Κ. Α' 23), όπως ισχύουν σήμερα, ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 15: «1. Την κατασκευή δημοσίων έργων επιτρέπεται να αναλαμβάνουν ημεδαπές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) και στην αντίστοιχη με το έργο κατηγορία και τάξη εγγραφής, καθώς και εργοληπτικές επιχειρήσεις κρατών – Μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις. Οι επιχειρήσεις αυτές μπορεί να είναι ατομικές ή εταιρείες οποιασδήποτε νομικής μορφής ή συνεταιρισμοί2.....3. Για την παρακολούθηση της τεχνικής εμπειρίας στην κατασκευή έργων των προσώπων που στελεχώνουν τις εργοληπτικές επιχειρήσεις του Μ.Ε.ΕΠ. τηρείται στο Υπουργείο Δημοσίων Έργων Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευαστών (Μ.Ε.Κ.), σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 17 του νόμου αυτού.....».

Άρθρο 16 «1...2...3. Οι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.Κ. επιτρέπεται να στελεχώνουν μια μόνο εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.ΕΠ. Η συμμετοχή τους πρέπει να είναι ενεργός και παρακολουθείται από την Υπηρεσία τήρησης του Μ.Ε.ΕΠ.....18 Οι τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ. ορίζονται σε επτά και επιπλέον αυτών ορίζονται και δύο ειδικές τάξεις οι Α1, Α2 για μικρές επιχειρήσεις. Η κατάταξη στο Μ.Ε.ΕΠ. των εργοληπτικών επιχειρήσεων γίνεται σε μία ή περισσότερες από τις εξής βασικές κατηγορίες έργων: οδοποιίας, οικοδομικών, υδραυλικών, ηλεκτρομηχανολογικών, λιμενικών, βιομηχανικών και ενεργειακών. Κάθε επιχείρηση κατατάσσεται σε μία μόνο τάξη για κάθε κατηγορία..... »

Άρθρο 17: «1. Η εγγραφή στο Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευαστών (Μ.Ε.Κ.) γίνεται με αίτηση των ενδιαφερομένων τεχνικών διπλωματούχων ανωτάτων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων ή τεχνολογικών εκπαιδευτικών ιδρυμάτων και πρώην ανωτέρων τεχνικών σχολών που ασχολούνται με την παραγωγή έργων σε οποιοδήποτε στάδιο (μελέτη, κατασκευή, επίβλεψη). Με την εγγραφή γίνεται και κατάταξη σε μια απ' τις βαθμίδες εμπειρίας που


προβλέπει η παράγραφος 9 του άρθρου αυτού και για καθεμία απ' τις κατηγορίες έργων, όπως αυτές ορίζονται στην παράγραφο 5 του άρθρου 16 ή και υποκατηγορίες που ορίζονται με απόφαση του Υπουργού Δημοσίων Έργων. 2. Με τις ενδείξεις του Μ.Ε.Κ. παρακολουθείται η εμπειρία των εγγεγραμμένων, ώστε να μπορεί να γίνεται η αναθεώρηση της κατάταξης σε κατηγορίες έργων και βαθμίδες. 3. Η εγγραφή, κατάταξη και αναθεώρηση στηρίζεται σε όλα τα στοιχεία που συγκεντρώνονται από την υπηρεσία και ιδίως στα Πιστοποιητικά Μ.Ε.Κ. της επόμενης παραγράφου. 4. Για κάθε δημόσιο έργο η Υπηρεσία συντάσσει υποχρεωτικά Πιστοποιητικό Μ.Ε.Κ.. Το Πιστοποιητικό συντάσσεται οπωσδήποτε με την παραλαβή του έργου και κατά τακτά χρονικά διαστήματα ή σε έκτακτες περιπτώσεις όπως ορίζεται με απόφαση του Υπουργού Δημοσίων Έργων. Τα Πιστοποιητικά Μ.Ε.Κ. περιλαμβάνουν κάθε πληροφορία που σχετίζεται με πρόσωπα εγγεγραμμένα στο Μ.Ε.Κ. ή που έχουν τα τυπικά προσόντα για να εγγραφούν σ' αυτό και που ασχολήθηκαν με το έργο από της πλευράς του αναδόχου ή των σχετιζόμενων με αυτόν επιχειρήσεων, όπως επίσης και τις σχετικές αξιολογήσεις. Τα Πιστοποιητικά Μ.Ε.Κ. διαβιβάζονται απευθείας στην αρμόδια για την τήρηση του Μ.Ε.Κ. υπηρεσία9. Ο αριθμός των βαθμίδων εμπειρίας σε κάθε ειδικότητα ορίζεται σε τέσσερις.....».

Β. Στο άρθρο 4 του Π.Δ. 609/1985 «Κατασκευή δημοσίων έργων» (Φ.Ε.Κ. Α' 223) ορίζεται ότι:

«1. Η δημοπρασία για την ανάθεση κατασκευής έργου διενεργείται με βάση τη σχετική διακήρυξη. Η διακήρυξη με την οποία γίνεται και ο προσδιορισμός του συστήματος υποβολής των προσφορών (αρθρ. 4 παραγρ. 4 του Ν. 1418/1984) εγκρίνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση από την Προϊσταμένη Αρχή, η οποία διενεργεί τη δημοπρασία ή ορίζει την αρχή που θα τη διενεργήσει .2.....»

Γ. Στα άρθρα 14 και 27 του Π.Δ. 334/2000 «Προσαρμογή της Ελληνικής Νομοθεσίας για τα δημόσια έργα προς τις διατάξεις της Οδηγίας 93/37/Ε.Ο.Κ., όπως τροποποιήθηκε και συμπληρώθηκε» (Φ.Ε.Κ. 279 Α'/21-12-2000) ορίζονται τα εξής:

Άρθρο 14: «1.....2.....3 Εφόσον έχουν ζητηθεί εμπρόθεσμα οι συγγραφές υποχρεώσεων και τα συμπληρωματικά έγγραφα, πρέπει να αποστέλλονται

στους εργολήπτες από τις Αναθέτουσες Αρχές ή από τις αρμόδιες υπηρεσίες εντός έξι ημερών από την παραλαβή της αίτησής τους. 4. Εφόσον έχουν ζητηθεί εμπρόθεσμα οι συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τις συγγραφές υποχρεώσεων πρέπει να παρέχονται από τις πριν Αναθέτουσες Αρχές το αργότερο έξι ημέρες πριν από την εκπνοή της προθεσμίας που έχει καθοριστεί για την παραλαβή των προσφορών. 5.....».

Σ.Α.Τ.Ε.

Άρθρο 27:

1. Η απόδειξη των τεχνικών ικανοτήτων του εργολήπτη μπορεί να συνάγεται από:

α. Τους τίτλους αποδών και επαγγελματικών προσόντων του εργολήπτη ή / και των στελεχών της επιχείρησης και ιδίως του ή των υπευθύνων για την εκτέλεση των έργων.

β. Τον κατάλογο των εκτελεσθέντων έργων κατά την τελευταία πενταετία, ο οποίος πρέπει να συνοδεύεται από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης των σημαντικότερων έργων. Τα πιστοποιητικά αυτά αναφέρουν την αξία, το χρόνο και τον τόπο εκτέλεσης των έργων και προσδιορίζουν αν τα έργα εκτελέστηκαν σύμφωνα με τους κανόνες της τέχνης και αν περατώθηκαν κανονικά. Αν κριθεί αναγκαίο, μπορεί να ζητηθεί η απευθείας διαβίβαση των πιστοποιητικών αυτών στην αναθέτουσα αρχή από την αρμόδια αρχή που τα εξέδωσε.

γ. Υπεύθυνη δήλωση για τα τεχνικά μέσα, το μηχανικό και τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου.

δ. Υπεύθυνη δήλωση για το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και τον αριθμό των στελεχών της επιχείρησης κατά την τελευταία τριετία.

ε. Υπεύθυνη δήλωση για το τεχνικό προσωπικό ή για τις τεχνικές υπηρεσίες που θα διαθέσει ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου, ανεξάρτητα αν ανήκουν ή όχι στην επιχείρηση.

2. Οι αναθέτουσες αρχές ορίζουν στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση για υποβολή προσφορών ποιά από τα ανωτέρω δικαιολογητικά πρέπει να προσκομιστούν».

Δ. Στη Διακήρυξη της Δημοπρασίας, ορίζονται, μεταξύ άλλων, και τα ακόλουθα :

Άρθρο 9




«Παροχή διευκρινίσεων για τον διαγωνισμό. Εφόσον ζητηθούν εγκαίρως συμπληρωματικές πληροφορίες, διευκρινίσεις κλπ. για τον διαγωνισμό, αυτές θα παρέχονται από την Αναθέτουσα Αρχή το αργότερο μέχρι και έξι (6) ημέρες πριν από την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών».

Άρθρο 22:

« **Επαγγελματικά προσόντα.**

Κάθε Εργοληπτική Επιχείρηση που συμμετέχει στον διαγωνισμό μεμονωμένα ή ως μέλος Κοινοπραξίας, οφείλει να διαθέτει τα παρακάτω επαγγελματικά προσόντα:

1.....2.....3.....4.....5.....6.....7.....8.....

9. Τεχνική ικανότητα – Πρόσθετες ειδικές απαιτήσεις.

Δεδομένου ότι πρόκειται για έργο επί μνημείου, το οποίο διέπεται από τις διατάξεις του Ν. 3028/2002 «Για την προστασία των Αρχαιοτήτων και εν γένει της Πολιτιστικής Κληρονομιάς» και του Π.Δ. 99/1992 – άρθρο 8 παρ. α, κάθε εργοληπτική επιχείρηση που μετέχει στο διαγωνισμό, θα πρέπει να πληροί, (με ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ), τεκμηριωμένη προηγούμενη σημαντική εμπειρία, σε εκτέλεση παρόμοιων έργων του ιδίου του διαγωνιζομένου κατά την τελευταία πενταετία, συνολικής επικαιροποιημένης δαπάνης τουλάχιστον ίσης με αυτή του προϋπολογισμού του δημοπρατούμενου έργου. Ως παρόμοια οικοδομικά έργα νοούνται Μουσεία και Αναστηλωτικά έργα σε κτίρια χαρακτηρισμένα διατηρητέα. Τα έργα αυτά θα πρέπει να έχουν εκτελεσθεί με φορέα το Δημόσιο, Νομικά Πρόσωπα Δημοσίου Δικαίου ή άλλους φορείς που εποπτεύονται από το Δημόσιο ή Δημόσιους Οργανισμούς. Εμπειρίες μεμονωμένων στελεχών Εργοληπτικών Επιχειρήσεων ή άλλων Επιχειρήσεων συνδεδεμένων με αυτές δεν λαμβάνονται υπόψη, διότι η Ε.Ε. ως τεχνική μονάδα πρέπει να έχει την απαραίτητη υποδομή, τεχνολογικά αλλά και οικονομικά, προκειμένου να διασφαλιστεί η καλή, άρτια και έγκαιρη εκτέλεση του έργου. **Διευκρινίζεται ότι για νέες επιχειρήσεις, μέχρι τρία έτη από τη σύστασή τους, ως εμπειρία λαμβάνεται και αυτή των στελεχών τους που απέκτησαν μόνα τους ή σε Κ/Ξ»**

Άρθρο 23:

«**Δικαιολογητικά.**

Κάθε Εργοληπτική Επιχείρηση που συμμετέχει στη διαδικασία, μεμονωμένα ή ως μέλος Κοινοπραξίας, οφείλει να αποδείξει ότι πληροί τις

απαιτήσεις του άρθρου 21 και διαθέτει τα επαγγελματικά προσόντα του άρθρου 22, προσκομίζοντας πρωτότυπα ή νομίμως επικυρωμένα αντίγραφα τους, τα παρακάτω δικαιολογητικά:

23.1 Δικαιολογητικά επαγγελματικής εγγραφής.

Σ.Α.Τ.Ε.

.....

23.2 Δικαιολογητικά προσόντων.

.....

23.3 Δικαιολογητικά Χρηματοδοτικής και Οικονομικής Ικανότητας.

.....

23.4 Δικαιολογητικά Τεχνικής Ικανότητας

1...2.....3 Πιστοποιητικό εμπειρίας προσωρινό ή οριστικό (σύμφωνα με την εγκύκλιο 1 αρ. πρωτ. Δ15/ΟΙΚ./23/4-1-1999), για κάθε έργο, Δημόσιο ή Ν.Π.Δ.Δ., που έχει περαιωθεί και παραληφθεί. Ετήσιο πιστοποιητικό εμπειρίας από την αρμόδια Αρχή, για κάθε έργο που βρίσκεται σε εξέλιξη ή έχει περαιωθεί και δεν έχει παραληφθεί ακόμα.....5.....6.....»

Ε. Επίσης, στην εγκύκλιο 1 υπ' αριθμ. πρωτ. Δ15/ΟΙΚ/23/4-1-1999 του Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε., με τίτλο «ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΕΡΓΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΚΑΙ Ν.Π.Δ.Δ. (Μητρώου Εμπειρίας Κατασκευαστών, Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων). Νέα έντυπα πιστοποιητικών εμπειρίας δημοσίων και ιδιωτικών έργων», που αναφέρεται στο άρθρο 23.4.Α παρ. 3 της Διακήρυξης και , ως εκ τούτου, αποτελεί τμήμα του συστήματος των κανόνων που διέπουν τον εν λόγω διαγωνισμό (ΣΤΕ 1633/2002), ορίζονται, μεταξύ άλλων, και τα εξής:

«Πιστοποιητικό Δημοσίου Έργου»

Γενική περιγραφή.

Περιλαμβάνει την εμπειρία Εργοληπτικής Επιχείρησης ή Κοινοπραξιών που αφορά στην Κατασκευή ενός Δημοσίου Έργου, η οποία πιστοποιείται από τον Φορέα Εκτέλεσης.

Περιλαμβάνει το Έντυπο Α και το Έντυπο Β'.

Έντυπο Α':

Αναφέρεται στα βασικά στοιχεία περιγραφής του Έργου, στον Ανάδοχο του Έργου (Επιχείρηση ή Κοινοπραξία), στα οικονομικά στοιχεία του Έργου, καθώς και σε περιληπτικό κείμενο με παρατηρήσεις του Φορέα Κατασκευής προς την Διεύθυνση Μητρώων και Τεχνικών Επαγγελματών (Δ15).

Έντυπο Β':

Αναφέρεται στην εμπειρία της Εργοληπτικής Επιχείρησης Κατασκευής του Έργου, στην εμπειρία των στελεχών του αναδόχου που μετείχαν στην κατασκευή ή επίβλεψη του Έργου και την Εμπειρία των επιβλεπόντων υπαλλήλων του Φορέα.

Η αποκτηθείσα εμπειρία αναλύεται κατά περίοδο κατασκευής και κατηγορία Έργου.

Σε περίπτωση Κοινοπραξίας, ο Φορέας συμπληρώνει ένα Έντυπο Β για κάθε Επιχείρηση που μετέχει στην Κοινοπραξία με τα στοιχεία που αφορούν στην συγκεκριμένη επιχείρηση (Εμπειρία Επιχείρησης, Εμπειρία Κατασκευής Στελεχών Επιχείρησης, Εμπειρία Επίβλεψης Στελεχών Φορέα)».

III. Από την ερμηνεία των ως άνω διατάξεων – αυτοτελώς και σε συνδυασμό μεταξύ τους – συνάγονται τα ακόλουθα όσον αφορά τα επί μέρους ερωτήματα:

1. Επί του πρώτου ερωτήματος.

Α. α. Η διακήρυξη της δημοπρασίας αποτελεί κανονιστική πράξη, που διέπει τη δημοπρασία και δεσμεύει τόσο τη δημόσια Αρχή, όσο και τους διαγωνιζομένους. Η παράβαση των ουσιωδών διατάξεων αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού, ενώ η παράβαση τέτοιων διατάξεων από τους διαγωνιζομένους καθιστά απαράδεκτες τις προσφορές τους (ΣΤΕ 1945/2001, 2878/1997).

β. Η αναφορά της διακήρυξης σε διατάξεις και ολόκληρα νομοθετήματα (νόμους, π.δ. και υπουργικές αποφάσεις) ή ακόμα και εγκυκλίους, οι οποίες πρωτογενώς δεν ενέχουν υποχρεωτικότητα απέναντι στους τρίτους – διοικουμένους, καθιστά τις διατάξεις αυτές τμήμα του συστήματος των κανόνων που διέπουν τον εν λόγω διαγωνισμό (ΣΤΕ 1633/2002).

γ. Όπως έχει κριθεί από το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, καθ' ερμηνεία Οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων (ΔΕΚ C – 176/98, C-389/92), αλλά και από το Συμβούλιο της Επικρατείας (ΣΤΕ Ε.Α. 94/2002) και την Ολομέλεια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (Γνωμ.442/1996), οι εργοληπτικές επιχειρήσεις, που συμμετέχουν σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων, μπορούν να αναπληρώνουν τις ελλείψεις τους σε τεχνικές και οικονομικές δυνατότητες, δανειζόμενες τεχνική εμπειρία και οικονομική δυνατότητα από άλλα πρόσωπα, τα οποία τη διαθέτουν. Έτσι, με την υπ'

αριθμ. c-389/92 απόφαση του ΔΕΚ, έγινε δεκτό ότι μπορεί να θεωρηθεί ως εργολήπτης δημοσίων έργων και να συμμετέχει στους διαγωνισμούς, μια εταιρία holding, η οποία δεν εκτελεί η ίδια τα έργα, αλλά, προκειμένου να δικαιολογήσει τις τεχνικές της ικανότητες, επικαλείται τα έργα που έχουν εκτελέσει οι θυγατρικές της εταιρίες, οι οποίες έχουν χωριστή νομική προσωπικότητα. Η επίκληση της εμπειρίας, κατά τη νομολογία του ΔΕΚ αλλά και του ΣΤΕ, μπορεί να γίνει στο πρόσωπο μιας συγγενικής επιχειρήσεως (π.χ. θυγατρικής ή μητρικής εταιρίας), αλλά ακόμα και αν δεν βρίσκονται σε συγγενική σχέση μεταξύ τους (αλλά σε έννομη σχέση - σύμβαση) αρκεί, κατά το διαγωνισμό, να αποδεικνύεται επαρκώς ότι τα μέσα αυτά και οι ικανότητες του τρίτου, μη συμμετέχοντος στο διαγωνισμό ιδίω ονόματι, βρίσκονται στη διάθεσή τους, με την προσκόμιση απόφασης του Δ.Σ. του τρίτου προσώπου ότι θέτει στη διάθεση του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό τα μέσα και τις ικανότητες που διαθέτει. Εν πάση, όμως, περιπτώσει η διαπίστωση αν συντρέχει περίπτωση νόμιμης επίκλησης, δηλαδή αν αποδεδειγμένα έχουν τεθεί τα μέσα της τρίτης επιχείρησης στη διάθεση του διαγωνιζομένου, ανήκει στα εγχώρια – εθνικά δικαστήρια. Τα ανωτέρω βρίσκονται σε αρμονία όχι μόνο με τις διατάξεις της υπ' αριθμ. 93/37 Κοινοτικής Οδηγίας και τις προπαρατεθείσες διατάξεις του άρθρου 27 του ΠΔ. 334/2000, αλλά και με το σύνολο των διατάξεων της νομοθεσίας περί κατασκευής των δημοσίων έργων, οι οποίες μεριμνούν για την ύπαρξη των τυπικών προσόντων των Εργοληπτικών Επιχειρήσεων ή Κοινοπραξιών για τη συμμετοχή στις δημοπρασίες για την κατασκευή των δημοσίων έργων, τουλάχιστον σε όσα έργα εμφανίζουν τεχνικές δυσχέρειες, που ενδεχομένως δεν μπορούν να αντιμετωπισθούν από Εργοληπτικές Επιχειρήσεις, έστω και αν είναι εγγεγραμμένες στην ανάλογη τάξη και κατηγορία, αλλά στερούνται σχετικής εμπειρίας.

Β. Στην προκειμένη περίπτωση, από το δοθέν πραγματικό, προκύπτει ότι στο άρθρο 22.9 της Διακήρυξης ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι, στην εμπειρία που πρέπει να διαθέτει κάθε εργοληπτική επιχείρηση, που μετέχει στο διαγωνισμό, δεν λαμβάνονται υπόψη οι εμπειρίες μεμονωμένων στελεχών ή άλλων εργοληπτικών επιχειρήσεων, συνδεδεμένων με αυτή, διότι η εργοληπτική επιχείρηση, ως τεχνική μονάδα, πρέπει να έχει την απαραίτητη υποδομή, τεχνολογικά αλλά και οικονομικά, προκειμένου να διασφαλιστεί η



καλή, άρτια και έγκαιρη εκτέλεση του έργου. Σημειωτεον ότι, κατά της Διακήρυξης δεν υποβλήθηκαν αντιρρήσεις ή ενστάσεις, ούτε από τις συμμετέχουσες στο διαγωνισμό εργοληπτικές επιχειρήσεις, ούτε από άλλη εργοληπτική επιχείρηση ή συνδικαλιστικό φορέα εργοληπτών δημοσίων έργων (βλ. το υπ' αριθμ. πρωτ. ΥΠ.ΠΟ./ΔΕΕΜΠΚ/2051/28-9-2005 έγγραφο της Δ.Ε.Ε.Μ.Π.Κ. του ΥΠ.ΠΟ.). Κατόπιν σχετικού ερωτήματος της εταιρείας Ε.Τ.Β.Ο. Α.Τ.Ε., η Δ/ση Εκτέλεσης Έργων Μουσείων και Πολιτιστικών Κτιρίων (Δ.Ε.Ε.Μ.Π.Κ.), που είναι Υπηρεσία του Υπουργείου Πολιτισμού (Εργοδότη, Κυρίου του έργου και Αναθέτουσας Αρχής), με το υπ' αριθμ. πρωτ. ΥΠ.ΠΟ. /Δ.Ε.Ε.Μ.Π.Κ. /452 /16-2-2005 έγγραφό της, ενημέρωσε όλους τους ενδιαφερομένους να μετάσχουν στον διαγωνισμό, ότι η αναφορά που γίνεται στην παρ. 9 του άρθρου 22 της Διακήρυξης σε συνδεδεμένες Επιχειρήσεις, δεν αφορά στις εργοληπτικές επιχειρήσεις μέλη του Μ.Ε.ΕΠ., οι οποίες αποτελούν νομίμως θυγατρικές επιχειρήσεις εργοληπτικών επιχειρήσεων εγγεγραμμένων στο Μ.Ε.ΕΠ., αλλά σε τυχόν άλλης μορφής συνδεδεμένες επιχειρήσεις.

Γ. Ενόψει των προαναφερομένων, πρέπει να γίνει κατ' αρχήν δεκτό ότι ο όρος που περιέχεται στο άρθρο 22.9. της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο διαγωνιζόμενες Εργοληπτικές Επιχειρήσεις ή Κοινοπραξίες Εταιρειών δεν μπορούν να αντλούν την εμπειρία και τις τεχνικές δυνατότητες άλλων Εργοληπτικών Επιχειρήσεων, αντίκειται στα ως άνω γενόμενα νομολογιακώς δεκτά. Πλην όμως, όπως γίνεται παγίως δεκτό (ΣΤΕ Ολομ. 1415/2000, ΣΤΕ 3797/1996), η Εργοληπτική Επιχείρηση, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα της διακήρυξης, με βάση την οποία, σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ.1 του ΠΔ. 609/1985, διενεργείται η δημοπρασία για την ανάθεση της κατασκευής του έργου, και, επομένως, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους της παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για την Εργοληπτική Επιχείρηση, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Ούτε μπορεί να γίνει λόγος, στην περίπτωση αυτή, για προσβολή του δικαιώματος παροχής δικαστικής προστασίας, εφόσον ο δικαιούμενος συμμετοχής στο διαγωνισμό έχει το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως τη διακήρυξη του διαγωνισμού και, παράλληλα, είτε να



μετάσχει με επιφύλαξη σ' αυτόν, εάν η Διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις είτε του Π.Δ.18/1989 είτε του Ν.2522/1997. Η αντίθετη άποψη δεν συμβιβάζεται με την ανάγκη της ασφαλείας του δικαίου, που επιβάλλεται από την προστασία όχι μόνο του δημοσίου συμφέροντος, αλλά και των ιδιωτικών συμφερόντων των Εργοληπτικών Επιχειρήσεων, τα οποία(συμφέροντα) εξυπηρετούνται κατά τρόπο λυσιτελέστερο με την αμφισβήτηση της νομιμότητας της διακήρυξης πριν από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και όχι εκ των υστέρων και ανάλογα με την έκβασή του. Επομένως, και δεδομένου ότι, όπως ήδη αναφέρθηκε, **κατά της Διακήρυξης δεν ασκήθηκαν αντιρρήσεις ή ενστάσεις**, πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο ανωτέρω όρος του άρθρου 22.9. της Διακήρυξης κατέστη δεσμευτικός τόσο για τη Διοίκηση, όσο και για τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό. Το συμπέρασμα αυτό δεν αναιρείται από το προαναφερόμενο υπ' αριθμ. πρωτ. ΥΠΠΟ/ΔΕΕΜΠΚ/452/16.2.2005 έγγραφο, δεδομένου ότι με αυτό (έγγραφο) δεν γίνεται απλή διευκρίνιση του περιεχομένου στο άρθρο 22.9. της Διακήρυξης όρου (βλεπ. και άρθρο 14 του ΠΔ.334/2000), αλλ' ανεπίτρεπτη τροποποίηση αυτού.

Δ. Κατόπιν των προεκτεθέντων, στο πρώτο ερώτημα προσήκει, κατά την ομόφωνη γνώμη του Τμήματος, η απάντηση ότι, σύμφωνα με το άρθρο 22.9. της Διακήρυξης, διαγωνιζόμενες Εταιρείες ή Κοινοπραξίες Εταιρειών, **δεν μπορούν να αντλούν την εμπειρία και τις τεχνικές δυνατότητες των μητρικών τους εταιρειών.**

2. Επί του δευτέρου ερωτήματος

α. Από τη σαφή γραμματική διατύπωση, αλλά και από το σκοπό των διατάξεων των άρθρων 22 και 23 της Διακήρυξης, οι οποίες, όπως και οι διατάξεις των λοιπών άρθρων αυτής (Διακήρυξης), δεν έχουν προσβληθεί, προκύπτει σαφώς ότι, σε περίπτωση διαγωνιζόμενης Κοινοπραξίας Εταιριών, κάθε εργοληπτική επιχείρηση που μετέχει της Κοινοπραξίας, πρέπει να αποδεικνύει ότι διαθέτει **αυτοτελώς** όλα τα επαγγελματικά προσόντα του άρθρου 22 της Διακήρυξης και συνεπώς και τη ζητούμενη από την παρ. 9 του ίδιου άρθρου σημαντική εμπειρία σε εκτέλεση παρομοίων έργων και δεν αρκεί, για το παραδεκτό της συμμετοχής της Κοινοπραξίας, η ζητούμενη



εμπειρία να προκύπτει από το άθροισμα της εμπειρίας των εργοληπτικών επιχειρήσεων που μετέχουν αυτής (Κοινοπραξίας).

β. Συνεπώς, στο δεύτερο ερώτημα προσήκει, κατά την ομόφωνη γνώμη του Τμήματος, η απάντηση ότι, σε περίπτωση διαγωνιζόμενης Κοινοπραξίας Εταιρειών, κάθε εργοληπτική επιχείρηση που μετέχει της Κοινοπραξίας οφείλει να αποδεικνύει ότι πληροί **αυτοτελώς**, όσον αφορά την εμπειρία, τις απαιτήσεις του άρθρου 22.9 της Διακήρυξης.

3. Επί του τρίτου ερωτήματος

Α. Η απαιτούμενη από το άρθρο 22.9 της Διακήρυξης σημαντική εμπειρία σε εκτέλεση παρομοίων έργων πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο της διαγωνιζόμενης Εργοληπτικής Επιχείρησης. **Κατ' εξαίρεση, για νέες Εργοληπτικές Επιχειρήσεις, μέχρι τρία έτη από τη σύστασή τους, ως εμπειρία λαμβάνεται και αυτή των στελεχών τους, που απέκτησαν μόνα τους ή σε Κοινοπραξία.**

Β. Ως εμπειρία στελέχους Εργοληπτικής Επιχείρησης, νοείται εκείνη που απέκτησε αυτό **με την συμμετοχή του** στην παραγωγή συγκεκριμένου έργου ή συγκεκριμένων έργων σε οποιοδήποτε στάδιο (μελέτη, κατασκευή, επίβλεψη).

Γ. Τόσον η εμπειρία των Εργοληπτικών Επιχειρήσεων, όσον και η εμπειρία των στελεχών τους **αποδεικνύεται μόνο με το πιστοποιητικό εμπειρίας έργων Δημοσίου και Ν.Π.Δ.Δ.**, το οποίο συντάσσεται από τον φορέα κατασκευής του Έργου, συγκεκριμένα δε αποδεικνύεται από το έντυπο Β' του ανωτέρω πιστοποιητικού, όπως αυτό εξειδικεύεται με την αναφερόμενη στην Διακήρυξη (άρθρο 23.4.Α παρ. 3) εγκύκλιο 1 αριθμ. πρωτ. Δ15/ΟΙΚ /23 /4-1-1999 του Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε..

Δ. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από το περιελθόν στο Γραφείο Νομικού Συμβούλου του ΥΠ.ΠΟ. συναφές πραγματικό, η διαγωνιζόμενη Εταιρεία Α. ΚΑΠΕΤΑΝΙΔΗΣ Α.Τ.Ε.Ε., που είναι νεοσύστατη (δεν έχουν περάσει τρία έτη από της συστάσεώς της), επικαλέστηκε και την εμπειρία του στελέχους της Αντώνη Καπετανίδη, χωρίς να προσκομίσει προς απόδειξη το σχετικό έντυπο Β του πιστοποιητικού εμπειρίας. Υπέβαλε, όμως, βεβαιώσεις, από τις οποίες προκύπτει ότι το ανωτέρω στέλεχος της ήταν διευθύνων σύμβουλος της εταιρίας ΑΦΟΙ ΚΑΠΕΤΑΝΙΔΗ Α.Τ.Ε., η οποία εκτέλεσε παρόμοια οικοδομικά έργα (Μουσεία και Αναστηλωτικά έργα σε διατηρητέα

κτίρια) και η οποία έχει πωληθεί (ή απορροφηθεί) στην εταιρεία ΜΗΧΑΝΙΚΗ Α.Ε.. Κατόπιν τούτου, η προσφορά της δεν έγινε δεκτή, στη συνέχεια δε η Επιτροπή Διαγωνισμού διέτύπωσε τη γνώμη ότι η σχετική ένστασή της πρέπει να απορριφθεί, διότι «στο φάκελο που υποβλήθηκε από μέρους της διαγωνιζόμενης εταιρείας δεν τεκμηριώνεται πουθενά η εμπειρία των στελεχών, όπως αυτή η τεκμηρίωση ορίζεται και ζητείται στο άρθρο 23.4.Α παρ. 3 της διακήρυξης....».

Ε. Ενόψει των προεκτεθέντων, στο τρίτο ερώτημα προσήκει, κατά την ομόφωνη γνώμη του Τμήματος, η απάντηση ότι η διαγωνιζόμενη νεοσύστατη εταιρία Α. ΚΑΠΕΤΑΝΙΔΗ Α.Τ.Ε.Ε., **δεν μπορεί** να επικαλεσθεί την εμπειρία του στελέχους της Αντώνη Καπετανίδη, επειδή δεν προσκόμισε προς απόδειξη αυτής το απαιτούμενο από το άρθρο 23.4.Α παρ. 3 της Διακήρυξης έντυπο Β' του πιστοποιητικού εμπειρίας έργων Δημοσίου και Ν.Π.Δ.Δ..

IV. Κατ' ακολουθίαν των προεκτεθέντων, στα τεθέντα ερωτήματα προσήκουν, κατά την ομόφωνη γνώμη του Τμήματος, οι ανωτέρω (στοιχ. III 1Δ, 2β και 3Ε) αναλυτικώς διαλαμβανόμενες απαντήσεις.

Ο Εισηγητής

Αντώνιος Ι. Κλαδιάς

Νομικός Σύμβουλος του Κράτους

ΘΕΩΡΗΘΗΚΕ

Αθήνα, 6/2/2006

Ο Πρόεδρος του Τμήματος

Χρυσίνος

Πρόεδρος Ν.Σ.Κ.



Σ.Α.Τ.Ε.