

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

ΕΚΤΕΛΕΣΤΙΚΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ

Συνήλθε στις 24 Φεβρουαρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Ανδρονίκη Θεοτοκάτου, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Τόλης, Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Βασιλική Καραδήμα, Γαρυφαλλιά Σκιάνη-Εισηγήτρια, Ελένη Σβολοπούλου, Ευαγγελία Κουτούπα (μέσω τηλεδιάσκεψης) και Δημήτριος Χανής, Σύμβουλοι.

Ο Σύμβουλος Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς απουσίασε δικαιολογημένα.

Για να εξετάσει την από 17/01/2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 78/18.01.2023 της προσφεύγουσας, με την επωνυμία «... .. -», η οποία εδρεύει στην ... (... ..) και εκπροσωπείται νόμιμα, αποτελείται δε από τους ακόλουθους οικονομικούς φορείς: την, με την επωνυμία «... ..» και τον διακριτικό τίτλο «... ..», και την, με την επωνυμία «... .., ..., ..., ..., ..., ... και» και τον διακριτικό τίτλο «... ..».

Κατά της (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. πρωτ. .../... διακήρυξης, με την οποία προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., με τίτλο «Αποκατάσταση και βελτίωση οδικού τμήματος της από ... έως ..., Υποτμήμα: ... -».

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε, άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο και

Έκρινε τα ακόλουθα:

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../..., (α/α Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ...) διακήρυξη, προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα Αρχή διεθνής ανοικτός

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

ηλεκτρονικός διαγωνισμός, για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Αποκατάσταση και βελτίωση οδικού τμήματος της από ... έως ..., Υποτήμημα: ... -». Ο προϋπολογισμός δημοπράτησης του έργου, που ανέρχεται σε 19.032.258,06€ πλέον ΦΠΑ και 23.600.000,00€ με τον ΦΠΑ, αναλύεται σε: Δαπάνη Εργασιών: 14.170.543,57€ Γενικά έξοδα και Όφελος εργολάβου (Γ.Ε. + Ο.Ε.): 2.550.697,84 € Απρόβλεπτα (ποσοστού 9% επί της δαπάνης εργασιών και του κονδυλίου Γ.Ε.+Ο.Ε.): 1.504.911,73 €. Στο ανωτέρω ποσό προβλέπεται αναθεώρηση στις τιμές, ποσού 806.104,92 €. Το κριτήριο ανάθεσης είναι αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής. Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 10^η Φεβρουαρίου 2023 ημέρα Παρασκευή και ώρα 15.00 μ.μ.. Ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 16η Φεβρουαρίου 2023, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10.00 π.μ. Εκ του αντικειμένου της σύμβασης, δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή ενώσεις αυτών, που δραστηριοποιούνται στις κατηγορίες έργων ΟΔΟΠΟΙΪΑΣ (άρθρο 21.1 της διακήρυξης).

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο επαράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό, αξίας 15.000,00 €, με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της Γ.Γ.Π.Σ., όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, η από 17/01/2023 εξεταζόμενη προσφυγή ασκείται εν γένει παραδεκτως, ήτοι εντός δεκαήμερου από την πλήρη γνώση, καθώς τεκμαίρεται ότι η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση της διακήρυξης δεκαπέντε ημέρες μετά τη δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (23.12.2022), ήτοι στις 7.1.2023.

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

5. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς οι εταιρείες - μέλη της προσφεύγουσας δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο της σύμβασης και δη στα έργα οδοποιίας. Συγκεκριμένα, η εταιρεία «... ..» είναι εργοληπτική επιχείρηση με αριθμό μητρώου Μ.Ε.Ε.Π. ... και εγγραφή στις εξής κατηγορίες και τάξεις: ΟΔΟΠΟΙΪΑ 6^η, ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 6^η, ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ 6^η, ΛΙΜΕΝΙΚΑ 2^η, ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ 6^η, ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ - ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ 6^η, ΕΡΓΑ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ & ΥΓΡΩΝ, ΣΤΕΡΕΩΝ & ΑΕΡΙΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ 4^η, ΕΡΓΑ ΠΡΑΣΙΝΟΥ 3^η, με ενημερότητα πτυχίου που λήγει στις 8.6.2023, η δε εταιρεία «... ..» είναι εργοληπτική επιχείρηση με αριθμό μητρώου Μ.Ε.Ε.Π. ... και εγγραφή στις εξής κατηγορίες και τάξεις: ΟΔΟΠΟΙΪΑ 4^η, ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 4^η, ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ 4^η, ΛΙΜΕΝΙΚΑ 1^η, ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ 4^η, ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ - ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ 4^η, ΕΡΓΑ ΑΠΟΚΑΛΥΨΕΩΝ ΜΕΤΑΛΛΕΙΩΝ 3^η, ΕΡΓΑ ΓΕΩΤΡΗΣΕΩΝ 3^η, ΕΡΓΑ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΝΕΡΟΥ & ΥΓΡΩΝ, ΣΤΕΡΕΩΝ & ΑΕΡΙΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ 4^η, ΕΡΓΑ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ 2^η, και με ενημερότητα πτυχίου που λήγει στις 7.7.2023. Έτσι, οι ανωτέρω, έχοντας εύλογο ενδιαφέρον, με το από 17.1.2023 ιδιωτικό συμφωνητικό συνέπραξαν και συνέστησαν ένωση, προκειμένου να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία και να επιδιώξουν να ανατεθεί στην ένωση η εν λόγω σύμβαση. Μάλιστα, σύμφωνα με τα άρθρα 22.Γ και 22.Δ της οικείας Διακήρυξης, η οικονομική/χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική/επαγγελματική ικανότητα καθορίζονται σύμφωνα με το άρθρο 100 του ν. 3669/2008, ενώ περαιτέρω ορίζεται ότι σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι ανωτέρω ελάχιστες απαιτήσεις καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης. Άρα, με δεδομένη την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, δικαίωμα συμμετοχής έχουν κατ' αρχήν οι επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στην κατηγορία ΟΔΟΠΟΙΪΑΣ και σε τάξη 5^η και άνω. Τούτων δοθέντων και λαμβάνοντας υπόψη ότι η εταιρεία «... ..» είναι εγγεγραμμένη στην κατηγορία ΟΔΟΠΟΙΪΑΣ και στην 6^η τάξη, αυτή πληροί αυτοτελώς τις απαιτήσεις συμμετοχής, ενώ και η εταιρεία «... ..» έχει κατ' αρχήν δικαίωμα συμμετοχής, αφού είναι εγγεγραμμένη στην κατηγορία ΟΔΟΠΟΙΪΑΣ, καλύπτουν δε οι δύο εταιρείες, σωρευτικά, τις απαιτήσεις συμμετοχής, με την επιφύλαξη του όρου που αναφέρεται κατωτέρω. Συγκεκριμένα, η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, κατά τον οποίο δεν επιτρέπεται

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

στην προσφεύγουσα να υποβάλει προσφορά, δεδομένου ότι, σύμφωνα με το άρθρο 22.Γ, για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ., δεν πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων. Επομένως, η προσφεύγουσα έχει εύλογο ενδιαφέρον, αλλά και εκ του νόμου και εκ της διακήρυξης, καταρχήν, δικαίωμα συμμετοχής στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, πλην όμως η συμμετοχή της αυτή καθίσταται αδύνατη ενόψει του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης. Ως εκ τούτου, θεμελιώνεται το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της οικείας προσφυγής (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 126/2017,14, 40/2017, 56-57/2017,120/2017). Σε αντίκρουση των υπ' αριθμ. πρωτ. 14589/1411/30.1.2023 εμπρόθεσμων απόψεων της αναθέτουσας Αρχής, κατετέθη παραδεκτώς το από 06/02/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας, δεδομένου του εξαιρετέου χαρακτήρα (Σάββατο και Κυριακή) της 4^{ης} και 5^{ης} Φεβρουαρίου.

6. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με τη διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσης τους, αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά των υλικών, έργων ή υπηρεσιών και τις ανάγκες της Υπηρεσίας, από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Κατά συνέπεια, η θέσπιση τέτοιων όρων τεχνικής ικανότητας, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζει τη γενική αρχή της αναλογικότητας, που ορίζει, κατά το ενωσιακό δίκαιο, ότι οι όροι αυτοί δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕλΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων, που επιλέγονται από τις αναθέτουσες Αρχές, πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

πρόσβασης στον διαγωνισμό, έτσι ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕΛΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015). Συνεπώς, η αναθέτουσα Αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο του διαγωνισμού, με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες, μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται αυτές (προϋποθέσεις) κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες, ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπροσθέτως, κάθε αναθέτουσα Αρχή, στις περιπτώσεις αυτές, πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας, υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα, που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης, μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με το ενωσιακό δίκαιο, μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης, που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3^η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurttemberg, C-19/92, σκ. 32). Συναφώς, η αναθέτουσα Αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψήφιων οικονομικών φορέων, το οποίο όμως πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης, να δικαιολογείται δε από τη φύση και τον σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα Αρχή να ζητεί ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά, ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς, στην οποία απευθύνεται, και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού.

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

7. Επειδή η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. κατά την εξέταση των προδικαστικών προσφυγών, διεξάγει, τόσο έλεγχο ουσίας, όσο και έλεγχο νομιμότητας (ΕΑ ΣΤΕ 179/2019, ΔΕφΘες. 162/2019).

8. Επειδή, στη διάταξη του άρθρου 20 παρ. 5 του ν. 3669/2008 "Κύρωση της κωδικοποίησης της νομοθεσίας κατασκευής δημόσιων έργων" (Α` 116), όπως και στις διατάξεις των άρθρων 80 έως 110 του ίδιου νόμου, ως ισχύουν, ορίζονται τα εξής: "Για τη συμμετοχή σε διαγωνισμούς δημοσίων έργων χορηγείται σε κάθε εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.ΕΠ. "ενημερότητα πτυχίου", η οποία, σε συνδυασμό με τη βεβαίωση εγγραφής που εκδίδεται από την υπηρεσία τήρησης του Μ.Ε.ΕΠ., συνιστά "επίσημο κατάλογο αναγνωρισμένων εργοληπτών"...και απαλλάσσει τις εργοληπτικές επιχειρήσεις από την υποχρέωση να καταθέτουν τα επιμέρους δικαιολογητικά στους διαγωνισμούς...". Περαιτέρω, ο ν. 3669/2008 όριζε στο άρθρο 80 παρ. 1, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 119 παρ. 5 περ. η` του ν. 4472/20 1 7 (Α` 74), ότι «Την κατασκευή δημοσίων έργων επιτρέπεται να αναλαμβάνουν ημεδαπές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων ...» και στο άρθρο 96, ότι: «1. Οι εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγράφονται και κατατάσσονται στο Μ.Ε.ΕΠ., σε ορισμένη τάξη ανά κατηγορία έργων, με αίτησή τους ... Η αίτηση συνοδεύεται από τα ακόλουθα δικαιολογητικά και στοιχεία: α) Έγγραφο νομιμοποίησης του αποφασιστικού οργάνου της επιχείρησης ... β) Υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της επιχείρησης, για τα στοιχεία των στελεχών τα οποία είναι εγγεγραμμένα στο Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευαστών (Μ.Ε.Κ.) και αποτελούν την ελάχιστη κατά νόμο στελέχωση της επιχείρησης ... γ) Στοιχεία για την οικονομική κατάσταση της επιχείρησης ... δ) Καταστάσεις προσωπικού της επιχείρησης θεωρημένες από την Επιθεώρηση Εργασίας ... ε) Στοιχεία για τα έργα που εκτέλεσε η επιχείρηση κατά την προηγούμενη τριετία ... στ) Πίνακες ιδιόκτητου μηχανικού εξοπλισμού. ζ) Πιστοποιητικά ότι η επιχείρηση δεν τελεί σε πτώχευση, σε εκκαθάριση ή αναγκαστική διαχείριση ... Αν η επιχείρηση διαθέτει "Ενημερότητα Πτυχίου" σε ισχύ υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της ότι ισχύουν τα προκύπτοντα από την Ε.Π. Στην περίπτωση αυτή δεν υποβάλλονται τα α` και ζ` στοιχεία ... 3. Η Επιτροπή Μ.Ε.ΕΠ. ή ο Υπουργός Περιβάλλοντος ... αποφασίζει για την εγγραφή ή αναθεώρηση

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

εγγραφής και την κατάταξη των επιχειρήσεων, σύμφωνα με τον παρόντα Κώδικα ... Μετά την έκδοση της απόφασης του αρμόδιου οργάνου εκδίδεται από την Υπηρεσία τήρησης του Μ.Ε.ΕΠ. η βεβαίωση εγγραφής ...». Συναφώς, με την παράγραφο 25 του άρθρου 118 του ν. 4472/2017 (Α` 74) προβλέφθηκε, ότι «Με την έκδοση του προεδρικού διατάγματος της παραγράφου 20 καταργούνται τα άρθρα 80 έως 110 του ν. 3669/2008 που διατηρήθηκαν σε ισχύ με την περίπτωση 31 της παρ. 1 του άρθρου 377 του ν. 4412/2016. . .». Ακολούθως, εκδόθηκε το Π.Δ. 71/2019 "Μητρώα συντελεστών παραγωγής δημοσίων και ιδιωτικών έργων, μελετών, τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών (ΜΗ.Τ.Ε)" (Α` 112/3.7.2019, με έναρξη ισχύος από τη δημοσίευση του διατάγματος στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως). Με τις διατάξεις του Κεφαλαίου Γ` ("ΜΗΤΡΩΟ ΕΡΓΟΛΗΠΤΙΚΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΕΡΓΩΝ") του ως άνω προεδρικού διατάγματος προβλέπεται, μεταξύ άλλων, η αντικατάσταση του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (βλ. άρθρο 40 παρ. 1). Ωστόσο, με τη μεταβατική διάταξη του άρθρου 65 παρ. 6 του Π.Δ. 71/2019, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 74 παρ. 3 του ν. 4821/2021 (Α` 134/31.7.2021), ορίστηκε, ότι: «Οι βεβαιώσεις εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. ... που είναι σε ισχύ κατά την 3η Ιουλίου 2019 εξακολουθούν να ισχύουν έως την 31η Δεκεμβρίου 2022, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις του νομοθετικού πλαισίου που ίσχυε έως και τις 2 Ιουλίου 2019 ... Μετά την πάροδο της παραπάνω προθεσμίας οι βεβαιώσεις εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ. και τα πτυχία Εργοληπτών Δημοσίων Δασοτεχνικών Έργων παύουν να ισχύουν. Για το χρονικό διάστημα από 1η Σεπτεμβρίου 2021 μέχρι και την 31η Δεκεμβρίου 2022 εξακολουθεί να εκδίδεται, σύμφωνα με τα ισχύοντα μέχρι την 3η Ιουλίου 2019, η ενημερότητα πτυχίου για εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι καταταγμένες στις τάξεις 3^η έως 7^η». Περαιτέρω, στη διάταξη του άρθρου 99 παρ. 2 περ. α' πρώτο εδάφιο του ν. 3669/2008 (Α' 116) ορίζεται, ότι «α) Ως αριθμητής του κλάσματος α1 λαμβάνεται ο κύκλος εργασιών της εγγεγραμμένης στο Μ.Ε.ΕΠ. εργοληπτικής επιχείρησης, ο οποίος πραγματοποιήθηκε από την κατασκευή δημοσίων και ιδιωτικών έργων στην Ελλάδα και το εξωτερικό, κατά την τελευταία τριετία από το χρόνο υποβολής της αίτησης», ενώ σε αυτήν της παρ. 2 περ. δ' ορίζεται, ότι «2. δ) Τα μεγέθη που χρησιμοποιούνται ως παρονομαστές στα κλάσματα α1, α2, α3 του Τμήματος Α του Τύπου

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

Κατάταξης, για την εγγραφή, κατάταξη και αναθεώρηση ορίζονται ως εξής: i. για την τρίτη τάξη ο κύκλος εργασιών ορίζεται σε δύο εκατομμύρια είκοσι πέντε χιλιάδες (2.025.000) ευρώ, τα ίδια κεφάλαια σε επτακόσιες πενήντα χιλιάδες (750.000) ευρώ και τα πάγια σε εκατόν πενήντα χιλιάδες (150.000) ευρώ, ii. για την τέταρτη τάξη ο κύκλος εργασιών ορίζεται σε τέσσερα εκατομμύρια εκατόν είκοσι πέντε χιλιάδες (4.125.000) ευρώ, τα ίδια κεφάλαια σε ένα εκατομμύριο πεντακόσιες χιλιάδες (1.500.000) ευρώ και τα πάγια σε τριακόσιες χιλιάδες (300.000) ευρώ, iii. για την πέμπτη τάξη ο κύκλος εργασιών ορίζεται σε έντεκα εκατομμύρια διακόσιες πενήντα χιλιάδες (11.250.000) ευρώ, τα ίδια κεφάλαια σε τέσσερα εκατομμύρια πεντακόσιες χιλιάδες (4.500.000) ευρώ και τα πάγια σε εννιακόσιες χιλιάδες (900.000) ευρώ, iv. για την έκτη τάξη ο κύκλος εργασιών ορίζεται σε είκοσι δύο εκατομμύρια πεντακόσιες χιλιάδες (22.500.000) ευρώ, τα ίδια κεφάλαια σε εννέα εκατομμύρια (9.000.000) ευρώ και τα πάγια σε ένα εκατομμύριο οκτακόσιες χιλιάδες (1.800.000) ευρώ, v. για την έβδομη τάξη ο κύκλος εργασιών ορίζεται σε εκατόν τριάντα πέντε εκατομμύρια (135.000.000) ευρώ, τα ίδια κεφάλαια σε ενενήντα εκατομμύρια (90.000.000) ευρώ και τα πάγια σε δεκαοκτώ εκατομμύρια (18.000.000) ευρώ.». Εξάλλου, στο άρθρο 118 παρ. 25 του ν. 4472/2017 (Α' 74) ορίζεται, ότι: «Με την έκδοση του προεδρικού διατάγματος της παραγράφου 20 καταργούνται τα άρθρα 80 έως 110 του ν. 3669/2008 που διατηρήθηκαν σε ισχύ με την περίπτωση 31 της παρ. 1 του άρθρου 377 του ν. 4412/2016 και τα άρθρα 39 και 40 του ν. 3316/2005, που διατηρήθηκαν σε ισχύ με την περίπτωση 40 της παρ. 1 του άρθρου 377 του ν. 4412/2016». Περαιτέρω, στις παραγράφους 19 και 20 του άρθρου 118 του ν. 4472/2017 (Α' 74), που φέρει τίτλο «Ηλεκτρονικό μητρώο συντελεστών παραγωγής δημοσίων και ιδιωτικών έργων, μελετών, τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών (ΜΗ.Τ.Ε.)», ορίζονται τα εξής: «19. Κάθε επιχείρηση της περίπτωσης Β1 της παραγράφου 11, προκειμένου να αναλάβει την εκτέλεση μέρους ή του συνόλου δημοσίου έργου, ως ανάδοχος ή ως μέλος αναδόχου κοινοπραξίας ή ως εγκεκριμένος υπεργολάβος, πρέπει να μην έχει μέσα στη χώρα, πριν τη συμμετοχή της σε διαγωνισμό ανεκτέλεστο μέρος εργολαβιών δημοσίων έργων κατά την έννοια του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, που υπερβαίνει συγκεκριμένο ποσοστό του ανωτάτου ορίου της τάξης της, όπως αυτό καθορίζεται με το προεδρικό διάταγμα της

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

επόμενης παραγράφου. 20. Με προεδρικό διάταγμα, που εκδίδεται εντός οκτώ (8) μηνών από τη δημοσίευση του παρόντος, κατόπιν πρότασης του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών καθορίζονται, πέραν των θεμάτων της περίπτωσης δ' της παραγράφου 18 του παρόντος, της παραγράφου 19 του παρόντος και της παραγράφου 10 του άρθρου 83 του ν. 4412/2016, επιπλέον και τα ακόλουθα: [...] η. οι όροι και προϋποθέσεις ανάληψης έργου σε συνάρτηση με το ανεκτέλεστο, το οργανόγραμμα, το χρονικό προγραμματισμό ή άλλα στοιχεία που αποδεικνύουν και εγγυώνται τη δυνατότητα των φυσικών προσώπων και την κατάλληλη επάρκεια σε ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους για την άρτια και έγκαιρη εκτέλεση του έργου, καθώς και την πιστοληπτική τους ικανότητα, θ. η συσχέτιση του ανεκτέλεστου με τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους...». Κατ' εξουσιοδότηση των ανωτέρω διατάξεων, εκδόθηκε το π.δ. 71/2019 «Μητρώα συντελεστών παραγωγής δημοσίων και ιδιωτικών έργων, μελετών, τεχνικών κλπ» (Α' 112), στο άρθρο 64 του οποίου, με τίτλο «Προϋπόθεση συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης δημόσιου έργου ή ανάληψη κατασκευής σε σχέση με την Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα ανά τάξη εγγραφής - Ανεκτέλεστο », ορίζονται τα εξής: «1. Ως ανεκτέλεστο υπόλοιπο συμβάσεων δημοσίων έργων θεωρείται η διαφορά μεταξύ του συνολικού ποσού της συναφθείσας σύμβασης όπως ισχύει, με τις τυχόν τροποποιήσεις και συμπληρωματικές συμβάσεις που έχουν συναφθεί κατά τα προβλεπόμενα στα άρθρα 132 και 156 του ν. 4412/2016, κατά την ημερομηνία σύνταξης της βεβαίωσης ανεκτέλεστου (υπολογιζόμενου χωρίς αναθεώρηση και Φ.Π.Α.) και του συνολικού ποσού του εκτελεσμένου μέρους της σύμβασης όπως προκύπτει από τον τελευταίο λογαριασμό που έχει υποβληθεί και εγκριθεί (επίσης χωρίς αναθεώρηση και Φ.Π.Α.). Κάθε εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. προκειμένου να συμμετέχει σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης δημόσιου έργου αυτοτελώς ή ως μέλος ένωσης ή να αναλάβει την εκτέλεση μέρους σύμβασης δημόσιου έργου ως εγκεκριμένος υπεργολάβος, σύμφωνα με τα άρθρα 165 και 166 του ν. 4412/2016, πρέπει να μην έχει μέσα σε ολόκληρη τη χώρα, ανεκτέλεστο μέρος συμβάσεων δημοσίων έργων, ανώτερο από τα πιο κάτω όρια: α) Για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις καταταγμένες μέχρι και την έκτη τάξη: από το τριπλάσιο του ανώτατου ορίου της τάξης τους, β) για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις της έβδομης τάξης: από

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

το τετραπλάσιο του πηλίκου που προκύπτει από τη διαίρεση του μεγέθους «κύκλος εργασιών», όπως αυτό ορίζεται στις παρ. 2, 3, 4 και 5 του άρθρου 51 διά του τρία και με ελάχιστη τιμή τα 540.000.000 ευρώ. γ) Για τον υπολογισμό, σύμφωνα με τα παραπάνω των ανεκτέλεστων υπολοίπων εργασιών εργοληπτικών επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε. σε περισσότερες κατηγορίες έργων διαφορετικών τάξεων λαμβάνεται υπόψη η μεγαλύτερη τάξη εγγραφής. Για τη διαπίστωση του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργασιών κατά τη διάρκεια των διαδικασιών σύναψης σύμβασης έργου, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα στην οποία παραθέτει συνοπτικά και αναλυτικά τις συμβάσεις τις οποίες έχει συνάψει, τις αναθέτουσες αρχές, το ύψος αυτών, τον τελευταίο εγκεκριμένο λογαριασμό και την ανεκτέλεστη αξία της σύμβασης κατά την ημέρα κατάθεσης της σχετικής δήλωσης. 4. Στο ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών δεν υπολογίζεται αυτό των έργων που κατασκευάζονται με μερική ή και ολική αυτοχρηματοδότηση». Η ανωτέρω διάταξη ανεστάλη, αρχικώς με το άρθρο 188 του ν. 4635/2019 (Α' 167), από την 3.7.2019 έως τις 31.12.2020, ακολούθως με τη διάταξη του άρθρου 144 παρ. 1 του ν. 4764/2020 (Α' 256), από την 1.1.2021 έως την 1.9.2021, και εν συνεχεία, με το άρθρο 74 παρ. 1 του ν. 4821/2021 (Α' 134), έως τις 31.12.2022.

9. Επειδή η κρινόμενη Διακήρυξη περιλαμβάνει τον κάτωθι όρο στο άρθρο 22.Γ, περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ο οποίος αποτελεί το αντικείμενο προσβολής με την υπό εξέταση προσφυγή: «Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, για το χρονικό διάστημα που εξακολουθούν να ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 65 του π.δ. 71/2019, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει. Μετά από τη λήξη των ως άνω μεταβατικών διατάξεων και την πλήρη έναρξη ισχύος του π.δ. 71/2019, οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε., δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 64 αυτού.». Περαιτέρω, στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου 23.1 της διακήρυξης προβλέπεται η υποχρέωση δήλωσης του ανεκτέλεστου στο Ε.Ε.Ε.Σ., στο δε τελευταίο εδάφιο του όρου 23.5.(α)

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

προβλέπεται η υποχρέωση προσκόμισης σχετικού δικαιολογητικού κατακύρωσης για την απόδειξη μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «..... κατά τη δημοσίευση της υπό κρίση διακήρυξης, στις 23.12.2022, ισχύουσα διάταξη ήταν αυτή του άρθρου 20 του Ν. 3669/2008, η οποία και διέπει τον υπό εξέταση διαγωνισμό. Ωστόσο, η ίδια η διακήρυξη θεσπίζει παρανόμως μεταβατικό όρο κατά τον οποίο, μετά τη λήξη ισχύος των ως άνω μεταβατικών διατάξεων του άρθρου 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008 και την πλήρη έναρξη ισχύος του π.δ. 71/2019, ισχύουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 64 του π.δ. 71/2019. Σε κάθε περίπτωση, ανεξάρτητα από το αν είναι εν προκειμένω εφαρμοστέα η διάταξη του άρθρου 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008 ή του άρθρου 64 του π.δ. 71/2019, δεδομένου ότι και με την τελευταία αυτή διάταξη διατηρούνται οι προβλέψεις σχετικά με το ανεκτέλεστο, ισχύουν όσα αναφέρουμε παρακάτω σχετικά με την παραβίαση υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεων και γενικών αρχών που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, αφού και η νέα διάταξη του άρθρου 64 του π.δ. 71/2019 δεν διαφοροποιείται ουσιωδώς από αυτήν του άρθρου 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008 εγείροντας και αυτή τα ίδια ζητήματα συμβατότητας με το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο. Συγκεκριμένα, με τις παραπάνω διατάξεις έχει θεσπιστεί ως προϋπόθεση συμμετοχής στις διαγωνιστικές διαδικασίες για την ανάθεση δημοσίων έργων το ανεκτέλεστο των συμβάσεων, το οποίο τόσο υπό το ισχύον καθεστώς του Ν. 3669/2008, όσο και υπό το υπό αναστολή καθεστώς του π.δ. 71/2019 συνδέεται αποκλειστικά με την τάξη πτυχίου στην οποία είναι εγγεγραμμένη κάθε εργοληπτική επιχείρηση, με εξαίρεση την 7^η τάξη πτυχίου που τίθεται εναλλακτικός τρόπος υπολογισμού του ανεκτέλεστου. Η ελευθερία του επαγγέλματος και της επιχειρηματικής ελευθερίας κατοχυρώνονται και στον Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων του Ανθρώπου της Ε.Ε. και δη στα άρθρα 15 και 16 αυτού. Κατοχυρώνεται, επίσης, και η αρχή της ισότητας, και συγκεκριμένα στο άρθρο 20 του Χάρτη, η οποία αποτελεί γενική αρχή δικαίου και θεμελιώδη αρχή του ενωσιακού δικαίου..... Η αρχή της ισότητας προστατεύεται και από την ΕΣΔΑ, και δη στο άρθρο 14, που καθιερώνει την αρχή της ισότητας και απαγορεύει τις διακρίσεις. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, κατά τον καθορισμό των κριτηρίων επιλογής, να

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

συμμορφώνεται με τις θεμελιώδεις αρχές των δημοσίων συμβάσεων του άρθρου 18, παράγραφος 1, της οδηγίας 2014/24. Σύμφωνα με το άρθρο 76 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, προϋπόθεση για την ανάθεση της κατασκευής των δημοσίων έργων, ανεξαρτήτως της διαδικασίας που πρόκειται να ακολουθηθεί, είναι η εγγραφή των εργοληπτικών επιχειρήσεων σε κατηγορία του Μ.Ε.Ε.Π. (ή ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.), αντίστοιχη του είδους των εργασιών. Το Μ.Ε.Ε.Π. (και το ΜΗ.Ε.Ε.Δ.Ε.) προβλέπει την κατάταξη των εργοληπτικών επιχειρήσεων σε τάξεις πτυχίου, εφόσον καλύπτουν συγκεκριμένες απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής καταλληλότητας. Σύμφωνα δε με τη διάταξη του άρθρου 76 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 οικονομικοί φορείς που αποδεικνύουν ότι εκπληρώνουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργων, ανεξαρτήτως της εγγραφής και της κατάταξής τους σε συγκεκριμένες τάξεις. Άρα, μία εργοληπτική επιχείρηση που αποδεικνύει ότι πληροί τις απαιτήσεις συμμετοχής σε διαγωνιστική διαδικασία δεν μπορεί να αποκλειστεί από αυτήν επειδή η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης είναι μεγαλύτερη από το μέγιστο όριο της τάξης πτυχίου. Υπό το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς ίσχυε ότι η εγγραφή σε ορισμένη τάξη του Μ.Ε.Ε.Π. μιας εργοληπτικής επιχείρησης προσδίδει σε αυτήν το δικαίωμα ανάληψης μόνον των έργων εκείνων ο προϋπολογισμός των οποίων βρίσκεται εντός των ορίων που αντιστοιχούν στη συγκεκριμένη τάξη. Αρχικώς με το άρθρο 59 του Ν. 4278/2014 «Φάροι, Στρατολογία και άλλες διατάξεις» (Α' 157) και εν συνεχεία με τη διάταξη του άρθρου 76 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 καταργήθηκαν οι περιορισμοί αυτοί. Σύμφωνα με τα εκτιθέμενα στην αιτιολογική έκθεση του άρθρου 59 του Ν. 4278/2014 (τροπολογία 1614/31/23.7.2014), η κατάργηση αποτελεί συμμόρφωση της χώρας στην αιτιολογημένη γνώμη και αντίστοιχα προειδοποιητική επιστολή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής. Σύμφωνα με αυτές, οι ως άνω διατάξεις παραβιάζουν τους κανόνες της οδηγίας 2004/18/ΕΚ και τις θεμελιώδεις αρχές για ίση μεταχείριση και απαγόρευση των διακρίσεων στις οποίες στηρίζονται οι κανόνες της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις και οι οποίες άλλωστε εφαρμόζονται και στις συμβάσεις με αξία μικρότερη από τα κατώτατα όρια εφαρμογής των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις (βλ. άρθρο 7 της «γενικής» οδηγίας 2004/18/ΕΚ και άρθρο 16 της «τομεακής» οδηγίας 2004/17/ΕΚ), εφόσον οι συμβάσεις αυτές έχουν επαρκή

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

σχέση με τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς (βλ. Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με το κοινοτικό δίκαιο που εφαρμόζεται στην ανάθεση συμβάσεων οι οποίες δεν καλύπτονται ή καλύπτονται εν μέρει από τις οδηγίες για τις «δημόσιες συμβάσεις», 2006/0179/02). Ειδικότερα, η αντίθεση της ως άνω ρύθμισης με τις προαναφερθείσες θεμελιώδεις αρχές έγκειται στο γεγονός ότι το σύστημα υποχρεωτικής εγγραφής σε μητρώο έχει ως αποτέλεσμα να αποκλείονται από τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων εταιρείες που έχουν μεν την οικονομική, δημοσιονομική, επαγγελματική και τεχνική επάρκεια, ώστε να εκτελέσουν μία σύμβαση, πλην όμως η χρηματοοικονομική τους επάρκεια είναι διαφορετική - συνήθως μεγαλύτερη - και δεν εμπίπτει στη συγκεκριμένη τάξη προϋπολογισμού που επιτρέπεται για την κατασκευή του έργου. Ωστόσο, παρά τη φαινομενική συμμόρφωση με τις προειδοποιητικές επιστολές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, δια της κατάργησης της απαγορεύσεως συμμετοχής σε διαγωνισμούς ανάλογα με την τάξη πτυχίου, με τη διατήρηση της διάταξης του άρθρου 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008 και δη των ορίων του ανεκτέλεστου ως προϋπόθεσης συμμετοχής διατηρούνται εμμέσως οι απαγορεύσεις. Η ίδια, δε, απαγόρευση θα εξακολουθήσει να ισχύει και μετά την έναρξη εφαρμογής του π.δ. 71/2019. Και τούτο διότι τα όρια του ανεκτέλεστου συνδέονται κατά το νόμο αποκλειστικά με το ανώτατο όριο του προϋπολογισμού της τάξης εγγραφής του οικονομικού φορέα και όχι με τα οικονομικά μεγέθη (ή/και άλλα στοιχεία) του. Έτσι, αποκλείεται από διαγωνιστική διαδικασία ένας οικονομικός φορέας που είναι μεν εγγεγραμμένος στο μητρώο και έχει καταταγεί σε μία τάξη πτυχίου, αλλά πληροί τις προϋποθέσεις για να αναβαθμίσει το πτυχίο του ή ένας οικονομικός φορέας που τα οικονομικά του στοιχεία είναι τέτοια (αυτοτελώς ή μέσω δανεισμού τρίτων) που θα παρείχαν εχέγγυα για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, ωστόσο δεν παρέχεται τρόπος να αποδείξει ότι πληροί τις απαιτήσεις. Μάλιστα, η ρύθμιση αυτή παραβιάζει και την αρχή της ίσης μεταχείρισης, αφού παρέχει εναλλακτικό τρόπο κάλυψης του ανεκτέλεστου μόνο στις επιχειρήσεις που έχουν καταταγεί στην 7^η τάξη, ο οποίος αυτός τρόπος συνδέεται αποκλειστικά με τον κύκλο εργασιών της επιχείρησης σε όλα τα έργα (έως το τετραπλάσιο του μέσου κύκλου εργασιών τριετίας σε ιδιωτικά και δημόσια έργα). Έτσι, ενώ μία επιχείρηση της 7^{ης} τάξης όσο μεγαλύτερο κύκλο εργασιών πραγματοποιεί, τόσο αυξάνει το ανεκτέλεστό της, μία

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

επιχείρηση που έχει καταταγεί σε μικρότερη τάξη πρέπει να αναμείνει την αναβάθμιση του πτυχίου της. Ιδίως ως προς τις εταιρείες της 7^{ης} τάξης, δημιουργείται ένας κλειστός κύκλος επιχειρήσεων που δύσκολα μπορεί να παραβιαστεί, αφού έχει τεθεί ο «κόφτης» του ανεκτέλεστου που απαγορεύει σε μικρότερες επιχειρήσεις να ενώσουν τις δυνάμεις τους και να διεκδικήσουν μεγαλύτερα έργα. Μάλιστα, η στρέβλωση του ανταγωνισμού γίνεται ακόμη πιο έντονη λόγω της μεγάλης απόκλισης των οικονομικών μεγεθών της 7^{ης} τάξης σε σχέση με την προηγούμενη τάξη. Έτσι, αν και κατά βάση το ανώτατο όριο προϋπολογισμού κάθε τάξης είναι το διπλάσιο έναντι της προηγούμενης, της 7^{ης} τάξης είναι το εξαπλάσιο από της 6ης τάξης, δημιουργώντας ένα χάσμα που δύσκολα μπορεί να γεφυρωθεί. Με άλλα λόγια, η απόκλιση μεταξύ 6^{ης} και 7^{ης} τάξης καθιστά αδύνατο ή πάντως εξαιρετικά δυσχερές για μία εταιρεία 6ης τάξης να αναβαθμίσει το πτυχίο της σε 7^{ης}. Μάλιστα, μολονότι για τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών για την κατάταξη σε μία τάξη [και ως βάση για τον καθορισμό του ανεκτέλεστου των επιχειρήσεων της 7^{ης} τάξης] υπολογίζονται όλα τα έργα (δημόσια και ιδιωτικά ή αυτοχρηματοδοτούμενα), στο ανεκτέλεστο δεν υπολογίζονται τα λοιπά έργα ει μη μόνο αυτά που εκτελούνται για λογαριασμό φορέων που ανήκουν στον δημόσιο τομέα. Το γεγονός αυτό, αν και φαινομενικά ευνοεί τις επιχειρήσεις στον υπολογισμό του ανεκτέλεστου, οδηγεί στην εξής στρέβλωση: Μία επιχείρηση που δραστηριοποιείται αποκλειστικά στα δημόσια έργα να βρίσκεται σε δυσμενή θέση σε σχέση με μία που δραστηριοποιείται και στα ιδιωτικά ή έχει αναλάβει αυτοχρηματοδοτούμενες συμβάσεις. Έτσι, παρά το γεγονός ότι οι αυτοχρηματοδοτούμενες συμβάσεις ή οι συμβάσεις στον ιδιωτικό τομέα παρουσιάζουν μεγαλύτερα ρίσκα, αφού στις μεν πρώτες είθισται ο ανάδοχος να αναλαμβάνει τον κίνδυνο και εισφέρει ο ίδιος τα κεφάλαια για την εκτέλεση του έργου, ενώ στις δεύτερες υφίσταται ο κίνδυνος πτώχευσης του εργοδότη, εντέλει οι συμβάσεις αυτές αυξημένου κινδύνου δεν υπολογίζονται στο ανεκτέλεστο. Δηλαδή μία επιχείρηση που έχει αναλάβει υποχρεώσεις πολλών δισεκατομμυρίων στους τομείς αυτούς, έχοντας παράλληλα δεσμεύσει ανθρώπινους και οικονομικούς πόρους για την εκτέλεσή τους, δεν αποκλείεται από τις δημόσιες συμβάσεις, ενώ αποκλείεται λ.χ. μία επιχείρηση με κύκλο εργασιών πολύ μεγαλύτερο από τον ελάχιστο απαιτούμενο για την εγγραφή στην επόμενη τάξη για μόνο τον λόγο ότι δεν έχει αναβαθμίσει το πτυχίο της.

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

Εξάλλου, δια της ρύθμισης αυτής παραβιάζεται και η αρχή της απαγόρευσης διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, αφού οδηγεί σε αντίστροφη διάκριση σε βάρος των ημεδαπών επιχειρήσεων έναντι των αλλοδαπών, για τις οποίες δεν τίθεται αντίστοιχος περιορισμός. Ειδικότερα, ήδη ως εκ του περιορισμού του ελέγχου στο ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών «μέσα στη χώρα», τίθενται εκ προοιμίου σε δυσμενέστερη θέση οι ημεδαποί οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται εν όλω ή κυρίως στην Ελλάδα έναντι φορέων με έδρα στο εξωτερικό, καθ' ο μέτρο οι τελευταίοι δεν περιορίζονται να μετάσχουν στο διαγωνισμό από τις συμβάσεις που εκτελούν ακριβώς διότι δεν λαμβάνονται υπ' όψιν για την αξιολόγηση της καταλληλότητάς τους. Οι πληττόμενοι δε εξ αυτού του λόγου φορείς είναι ελληνικές επιχειρήσεις, οι οποίες τίθενται ανατιολόγητα σε δυσμενέστερη θέση σε σχέση με αλλοδαπές επιχειρήσεις, οι οποίες δεν κωλύονται να μετάσχουν σε διαγωνισμούς ως εκ του ανεκτέλεστου υπολοίπου εργασιών των συμβάσεων που τυχόν εκτελούν. Ωστε οικονομικοί φορείς που ενδέχεται να παρουσιάζουν το αυτό ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών αντιμετωπίζονται με τρόπο διαφορετικό - και δη επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό - αναλόγως του αν οι οικείες εργασίες εκτελούνται εντός ή εκτός Ελλάδος. Εντέλει, το άρθρο 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008 παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της ανάπτυξης του υγιούς ανταγωνισμού. Πέραν των ανωτέρω, δια της ως άνω ρυθμίσεως θεσπίζεται οριζόντιος αποκλεισμός σε βάρος των επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες σε τάξη πτυχίου της οποίας έχουν υπερβεί το ανεκτέλεστο, ανεξαρτήτως από το αν πληρούν απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας ή αν μπορούν σε συνεργασία με άλλους φορείς (ως μέλη ένωσης ή τρίτους) να καλύψουν τις απαιτήσεις. Εν προκειμένω, το συγκεκριμένο μέτρο του ανεκτέλεστου, εκτός του ότι δεν συνδέεται με κριτήριο καταλληλότητας όπως θα έπρεπε, αφού αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα όπως αναφέρουμε παρακάτω, αλλά με την επαγγελματική ιδιότητα, βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου επειδή θεσπίζεται δι' αυτού οριζόντιος αποκλεισμός, χωρίς να παρέχεται η δυνατότητα στις εργοληπτικές επιχειρήσεις που έχουν υπερβεί τα όρια του ανεκτέλεστου, να αποδείξουν με άλλο τρόπο ότι είναι σε θέση να εκτελέσουν τη σύμβαση, τεκμηριώνοντας τη δυνατότητα αυτή σε στοιχεία που προκύπτουν από τις οικονομικές καταστάσεις των ιδίων (ή άλλα στοιχεία, όπως το διαθέσιμο προσωπικό) ή σε

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

συνεργασία με τρίτους φορείς, παραβιάζοντας εξ αυτού του λόγου την αρχή της αναλογικότητας. Σημειώνεται, μάλιστα, ότι δεν εμπίπτει ούτε εξ απόψεως αντικειμένου στους λόγους που μπορούν να αποτελέσουν αιτίες αποκλεισμού, καθότι προδήλως δεν συνιστά ένδειξη αναξιοπιστίας ή αφερεγγυότητας του οικονομικού φορέα που να τον καθιστά ακατάλληλο προς ανάθεση και εκτέλεση μίας δημόσιας σύμβασης, ούτε, βεβαίως εξυπηρετεί αντικειμενικά την τήρηση της ίσης μεταχείρισης και τη διασφάλιση της διαφάνειας κατά τη διαδικασία ανάθεσης. Τούτο διότι τα κριτήρια αυτά αποσκοπούν στην θέσπιση ελάχιστων ορίων καταλληλότητας στο πλαίσιο εκάστου διαγωνισμού, αναλόγως του αντικειμένου τους. Εντούτοις, η συγκεκριμένη «προϋπόθεση συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης δημοσίου έργου», συνιστά πάγια και οριζοντίως εφαρμοζόμενη προϋπόθεση συμμετοχής, λειτουργώντας de facto ως λόγος αποκλεισμού, και όχι ένα εκ των αφηρημένα προβλεπόμενων κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας εκ των οποίων επιλέγει και στη συνέχεια προσαρμόζει εκάστη αναθέτουσα αρχή, ενόψει πάντοτε του σκοπού και του αντικειμένου της σύμβασης. Εντέλει, η ως άνω ρύθμιση, η οποία καταλήγει στον αυτόματο αποκλεισμό από αναθέσεις δημοσίων έργων εργοληπτικών επιχειρήσεων (ακόμη και σε κοινοπραξία ή υπεργολαβικά) εγγεγραμμένων στο Μ.Ε.ΕΠ. σε κατηγορία αντίστοιχη των προς ανάθεση εργασιών, σε τάξη όμως διαφορετική και κατώτερη, οι οποίες όμως δύνανται εν τοις πράγμασι να αναλάβουν την κατασκευή του έργου μεμονωμένα ή συμπράττοντας με έτερους εργολήπτες, καθιερώνει αμάχητο τεκμήριο ακαταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και αντίκειται στην προστατευόμενη από το Σύνταγμα οικονομική ελευθερία, αφού ο τρόπος υπολογισμού του ανεκτέλεστου προσδιορίζεται αποκλειστικά με βάση την τάξη πτυχίου και όχι με τα οικονομικά μεγέθη και δυνατότητες του υποψηφίου. Τούτο διότι ο κατά τα ανωτέρω τιθέμενος περιορισμός της οικονομικής ελευθερίας είναι υπέρμετρος και καθιστά αδύνατη την πραγματοποίηση των θεμιτών σκοπών της επιχειρηματικής δραστηριότητας και την ανάληψη της κατασκευής δημοσίων έργων από τις επιχειρήσεις που δεν είναι εγγεγραμμένες στην κατάλληλη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ., πλην όμως έχουν ή τουλάχιστον θα δύναντο να αποδείξουν ότι έχουν την οικονομική ή τεχνική επάρκεια να εκτελέσουν το έργο, αν παρείχετο εναλλακτικός τρόπος κάλυψης του κριτηρίου. Περαιτέρω, η περιοριστική αυτή επέμβαση του νομοθέτη στην

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

οικονομική ελευθερία διαταράσσει προδήλως τους όρους ανταγωνισμού εργοληπτικών επιχειρήσεων που έχουν ακριβώς την ίδια τεχνική ικανότητα και χρηματοοικονομική επάρκεια προκειμένου να εκτελέσουν τις υπό ανάθεση εργασίες, είναι δηλαδή εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. και στην ίδια κατηγορία έργων, με μόνο κριτήριο αυτό της εγγραφής τους σε διαφορετική τάξη του Μ.Ε.ΕΠ., η οποία όμως, ουδόλως, συνδέεται με τους πόρους που στην πραγματικότητα διαθέτει ο υποψήφιος. Πέραν των ανωτέρω, η ίδια ως άνω ρύθμιση περιορίζει τη δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να επιδιώξουν την επίτευξη του σκοπού της κατασκευής ενός έργου με τη χρήση των απολύτως αναγκαίων πόρων, όπως επιβάλλει η καθιερωθείσα αρχή της οικονομικότητας, η οποία εξειδικεύει, πλην άλλων, την αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης και επιβάλλει όπως τα μέσα που χρησιμοποιούνται για την υλοποίηση των κυβερνητικών πολιτικών να διατίθενται έγκαιρα, στην ενδεδειγμένη ποιότητα και ποσότητα και στην καλύτερη τιμή με τη χρήση των αναγκαίων μόνο διοικητικών πόρων..... Πρόκειται δε για απαίτηση απρόσφορη να λειτουργήσει ως κριτήριο οικονομικής καταλληλότητας, καθ' ο μέτρο, θέτοντας ένα μέγιστο όριο ανεκτέλεστου υπολοίπου, δεν άγει στον αποκλεισμό ακατάλληλων οικονομικών φορέων, αλλά αντιθέτως περιορίζει τη συμμετοχή ακόμη και εύρωστων οικονομικά επιχειρήσεων, οι οποίες δραστηριοποιούνται αποδεδειγμένα επιτυχώς στην αγορά δημοσίων συμβάσεων, αναλαμβάνοντας αξιοκρατικά την εκτέλεση δημοσίων συμβάσεων μέσα από τη βάση του διαγωνισμού. Ωστε αποκλείονται οικονομικοί φορείς κατ' αρχήν οικονομικά και τεχνικά κατάλληλοι, λόγω ακριβώς της επιτυχούς πορείας τους στην εκτέλεση δημοσίων έργων. Σημειώνεται, σε κάθε περίπτωση, ότι πρόκειται, ομοίως, για απρόσφορο κριτήριο και δη θεσπισθέν κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας. Και τούτο διότι οι οικονομικοί φορείς έχουν το δικαίωμα να αποδεικνύουν στο πλαίσιο εκάστου διαγωνισμού την καταλληλότητά τους και δη τη χρηματοπιστωτική τους ικανότητα και τεχνική επάρκεια ενώπιον της οικείας αναθέτουσας Αρχής, η οποία απαγορεύεται να αποκλείει τη συμμετοχή επί τη βάση αμάχητων τεκμηρίων. Επομένως, η επιλογή του αποκλεισμού επί υπέρβασης του εκάστοτε προβλεπόμενου ορίου υπερακοντίζει προδήλως ακόμη και το σκοπό αυτό, ο οποίος θα μπορούσε να επιτευχθεί με ηπιότερα μέσα. Πολύ περισσότερο, συνιστά ένα *de facto maximum* όριο μέχρι του οποίου δύνανται οι οικονομικοί

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

φορείς να διεκδικούν την εκτέλεση δημοσίων έργων εντός της ημεδαπής, σε αντίθεση με την ενωσιακή επιταγή περί ανοίγματος των συμβάσεων στον ελεύθερο ανταγωνισμό με τη συμμετοχή του μέγιστου δυνατού αριθμού ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων.....Επιπλέον, όλοι αυτοί οι όροι συμμετοχής πρέπει να συνδέονται και να είναι ανάλογοι με το αντικείμενο της σύμβασης..... Στο δε Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 (και το αντίστοιχο Παράρτημα XII της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) παρατίθεται ενδεικτικός κατάλογος των αποδεικτικών μέσων για την απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας και περιοριστικός κατάλογος ως προς την απόδειξη της τεχνικής καταλληλότητας. Σε ειδικές περιπτώσεις δεν αποκλείεται να περιοριστεί η άσκηση του δικαιώματος στήριξης στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, εφόσον συντρέχουν ειδικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη του αντικείμενου της οικείας σύμβασης καθώς και των σκοπών που αυτή επιδιώκει. Τέτοια περίπτωση συντρέχει, μεταξύ άλλων, όταν οι δυνατότητες ενός τρίτου φορέα που είναι αναγκαίες για την εκτέλεση της σύμβασης αυτής δεν μπορούν να μεταβιβασθούν στον υποψήφιο ή προσφέροντα, με αποτέλεσμα αυτός να μπορεί να στηριχθεί στις εν λόγω δυνατότητες μόνον εάν ο συγκεκριμένος φορέας έχει άμεση και προσωπική συμμετοχή στην εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης..... Ωστόσο, ο περιορισμός αυτός δεν μπορεί να τίθεται με γενικό τρόπο, λ.χ. με κανονιστική ρύθμιση, αλλά μόνο σε εξαιρετικές περιστάσεις, εφόσον αιτιολογείται κατά περίπτωση από την αναθέτουσα αρχή, λόγω των ειδικών συνθηκών εκτέλεσης της σύμβασης..... Προκύπτει, λοιπόν, σαφώς ότι το ανεκτέλεστο των έργων αποτελεί στοιχείο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ουχί της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (που εσφαλμένως αναφέρεται στο άρθρο 64 του π.δ. 71/2019). Ως στοιχείο δε οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που κατά την Οδηγία 2014/24 μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο δανεισμού. Δηλαδή να συνδέεται με έναν ή περισσότερους οικονομικούς δείκτες που είτε θα τους πληροί η ίδια η επιχείρηση, είτε θα προσφύγει σε ικανότητες τρίτων, και μάλιστα όχι κατ' ανάγκη εργοληπτικών επιχειρήσεων, οι οποίες κινούνται ανταγωνιστικά μεταξύ τους, αλλά μίας οποιαδήποτε επιχείρησης που επιθυμεί να εισφέρει τους πόρους της για την εκτέλεση της σύμβασης. Όπως προαναφέρθηκε, ωστόσο, το άρθρο 20 του Ν. 3669/2008 είναι διατυπωμένο με τέτοιο τρόπο που το

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

ανεκτέλεστο όχι μόνο δεν συνιστά κριτήριο καταλληλότητας, αλλά αποτελεί προϋπόθεση συμμετοχής για μία εργοληπτική επιχείρηση αυτοτελώς ή σε κοινοπραξία ή ως υπεργολάβος, θεσπίζοντας αυτόματο αποκλεισμό. Με δεδομένο, δε, ότι συνδέεται αποκλειστικά με το ανώτατο όριο προϋπολογισμού των έργων της κάθε τάξης (πλην της 7^{ης}) δεν παρέχεται εν τοις πράγμασι καθ' οιονδήποτε τρόπο η δυνατότητα σώρευσης ικανοτήτων (είτε ως μέλη ένωσης είτε μέσω δανεισμού ικανοτήτων τρίτων), εφόσον άλλωστε απαγορεύεται και η σώρευση ικανοτήτων μέσω κοινοπραξίας. Ακόμη δε και αν ήθελε θεωρηθεί ότι ένας εργολήπτης μπορεί να «δανειστεί» το ανεκτέλεστο από έναν άλλο εργολήπτη, θα οδηγούμασταν σε παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης έναντι των ενώσεων/κοινοπραξιών, αφού δεν θα επιτρεπόταν ο εσωτερικός δανεισμός. Επαναλαμβάνουμε ότι και υπό αυτή την εκδοχή τίθεται οριζόντιος περιορισμός στη στήριξη στις ικανότητες τρίτων, αφού οι τρίτοι δεν μπορεί παρά να είναι εργοληπτικές επιχειρήσεις. Εξάλλου, η καταλληλότητα των υπεργολάβων ελέγχεται μόνο στις περιπτώσεις που ο υπεργολάβος στηρίζει με τις ικανότητές του τον υποψήφιο και όχι αν ο τελευταίος τις πληροί αυτοτελώς ή μέσω άλλων. Ωστόσο, εκλαμβάνοντας εσφαλμένως ο νομοθέτης το ανεκτέλεστο ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, χωρίς ωστόσο να προβλέπεται στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ και διευρύνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τα κριτήρια κατά παράβαση των διατάξεών της, οδηγείται στο να αποκλείει τη δυνατότητα συμμετοχής των εργοληπτικών επιχειρήσεων ακόμη και ως υπεργολάβων, θεωρώντας προφανώς ότι δεν έχουν διαθέσιμους τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους. Με τον τρόπο αυτό - κατά παράβαση του άρθρου 71 της Οδηγίας και σε συνδυασμό με το άρθρο 58 - καλείται ο υπεργολάβος να αποδείξει ότι πληροί κριτήριο ποιοτικής επιλογής, ακόμη και αν δεν στηρίζεται στις ικανότητές του ο υποψήφιος. Υπό το σκεπτικό αυτό έχει κριθεί ότι η εθνική ρύθμιση που απαγορεύει γενικά και αφηρημένα τη χρήση υπεργολαβίας που υπερβαίνει ένα ποσοστό, χωρίς να αφήνει περιθώριο για κατά περίπτωση εκτίμηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, και οδηγεί σε αυτόματο αποκλεισμό, δεν μπορεί να θεωρηθεί συμβατή με την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και ιδίως με τα άρθρα 18 και 71 αυτής.....

Εξάλλου, και μεν το άρθρο 71 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζει ότι τα κράτη - μέλη μπορούν να θεσπίζουν αυστηρότερους κανόνες περί ευθύνης ή περαιτέρω ρυθμίσεις στο εθνικό δίκαιο σχετικά με τις απευθείας πληρωμές

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

στους υπεργολάβους, ωστόσο όσον αφορά τα ελεγχόμενα κριτήρια καταλληλότητας περιορίζει τον έλεγχο στη συνδρομή λόγων αποκλεισμού και όχι στην πλήρωση προϋποθέσεων συμμετοχής, όπως στοιχεία οικονομικής ή τεχνικής επάρκειας, τα οποία μπορεί να τα διαθέτει αυτοτελώς ο ανάδοχος. Υπό το σκεπτικό αυτό, στο μέτρο που με τις διατάξεις περί ανεκτέλεστου περιορίζεται γενικώς και αφηρημένως η δυνατότητα χρήσης υπεργολάβων, ακόμη και σε περιπτώσεις που ο ίδιος ο ανάδοχος διαθέτει τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της σύμβασης, υποχρεώνοντας με τον τρόπο αυτό τους υπεργολάβους να πληρούν ένα κριτήριο επάρκειας και εφαρμόζοντας υποχρεωτικώς στο πρόσωπό τους τον έλεγχο κριτηρίων καταλληλότητας πέραν των λόγων αποκλεισμού, οδηγούμαστε σε περιορισμό του θεσμού της υπεργολαβίας, κατά παράβαση των ως άνω διατάξεων και αρχών, αλλά και των διατάξεων του άρθρου 18 και 71 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Ακόμα πάντως και εάν ήθελε υποστηριχθεί ότι απαίτηση περί ανεκτέλεστου σκοπεί να καταδείξει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων, δηλαδή ότι διαθέτουν τους αναγκαίους οικονομικούς πόρους για να εκτελέσουν τη σύμβαση, ενώ συμβάλλει παράλληλα και στην απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητάς τους, ότι έχουν διαθέσιμους και τους οικονομικούς πόρους (υπό αυτή την έννοια, ως προς τον ειδικό κύκλο εργασιών,..... και πάλι ο χαρακτηρισμός του ανεκτέλεστου ως κριτηρίου αποκλειστικά τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας είναι μη νόμιμος για όλους τους λόγους που προαναφέρθηκαν, στο μέτρο που δεν επιτρέπεται η σώρευση των δυνατοτήτων και οδηγεί σε οριζόντιο αποκλεισμό και στο μέτρο που δεν συνδέεται με συγκεκριμένα στοιχεία τεχνικής επάρκειας, αλλά με εγγραφή σε συγκεκριμένη τάξη, ώστε να παρέχεται η δυνατότητα απόδειξης με άλλον τρόπο πλήρωσης της απαίτησης (λ.χ. αν είναι σε θέση να αποδείξει ο οικονομικός φορέας ότι διαθέτει οικονομικούς, ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους μεγαλύτερους από την τάξη που είναι εγγεγραμμένος, είτε αυτοτελώς είτε σωρευτικά με άλλους φορείς). Μάλιστα, η θέσπισή του ως κριτηρίου τεχνικής επάρκειας είναι μη νόμιμη και για τον πρόσθετο λόγο ότι δεν ορίζεται ως τέτοιο κριτήριο στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 (και το αντίστοιχο Παράρτημα XII της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), διευρύνοντας ανεπιτρεπτως το κλειστό σύστημα που θεσπίζει η Οδηγία 2014/24/ΕΕ σχετικά με τις δυνατότητες που διαθέτουν οι αναθέτουσες αρχές

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

προς αξιολόγηση και έλεγχο των τεχνικών ικανοτήτων. Ως κριτήριο τεχνικής επάρκειας, άλλωστε, είναι μη νόμιμο και για τον πρόσθετο λόγο ότι παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με το ισχύον θεσμικό πλαίσιο, οι οικονομικοί φορείς εγγράφονται σε συγκεκριμένες κατηγορίες έργων και σε τάξεις, εφόσον πληρούν μία σειρά από κριτήρια (τεχνικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας). Τα στοιχεία τεχνικής επάρκειας διαμορφώνονται ανά κατηγορία έργου (λ.χ. στελέχη με συγκεκριμένα προσόντα ανά κατηγορία) και έτσι οι επιχειρήσεις, ανάλογα με τη στελέχωσή τους και τα έργα που έχουν αναλάβει, ενδέχεται να είναι εγγεγραμμένες σε διάφορες κατηγορίες, αλλά σε άλλη τάξη ανά κατηγορία (όπως συμβαίνει και στα μέλη της ένωσής μας). Ωστόσο, αν και ο νομοθέτης συνέδεσε το ανεκτέλεστο στην εξουσιοδοτική διάταξη αφενός μεν με ανθρώπινους-τεχνικούς πόρους (τεχνική επάρκεια - στελέχωση) και αφετέρου με πιστοληπτική ικανότητα, δεν το συνέδεσε αντίστοιχα με τις εργασίες που έχει αναλάβει η επιχείρηση ανά κατηγορία έργων, αλλά οριζόντια με βάση τη μέγιστη τάξη πτυχίου που διαθέτει η επιχείρηση. Εντούτοις, μία επιχείρηση ενδέχεται να μην έχει αναλάβει κανένα έργο σε μία κατηγορία έργων που είναι εγγεγραμμένη και να έχει διαθέσιμους τους ανθρώπινους πόρους της για την εκτέλεση μίας σχετικής σύμβασης. Πάρα ταύτα, παρά την εξυπακουόμενη τεχνική της επάρκεια να ανταποκριθεί, αφού οι πόροι της είναι διαθέσιμοι, αποκλείεται εκ των προτέρων, μη δυνάμενη να αποδείξει ότι είναι σε θέση να ανταποκριθεί στις ανάγκες της σύμβασης. Ωστόσο, με τις επίμαχες διατάξεις καταστρατηγείται πλήρως ο σκοπός αυτός του νομοθέτη, αφού κάθε μέλος της ένωσης πρέπει να πληροί τη σχετική απαίτηση, ανεξάρτητα από το ποσοστό συμμετοχής, το είδος της συμμετοχής ή αν το άλλο μέλος μπορεί να υπερκαλύψει τη σχετική απαίτηση, αποθαρρύνοντας έτσι τη συμμετοχή ενώσεων. Εν κατακλείδι, το ανεκτέλεστο όπως ισχύει παραβιάζει πληθώρα διατάξεων της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ιδίως τα άρθρα 18, 19, 58, 63 και 71 καθώς και το Παράρτημα XII αυτής. Επιπροσθέτως, από τις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 58 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες ενσωματώθηκαν στην εθνική έννομη τάξη με τις διατάξεις του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, προκύπτει - έχει κριθεί άλλωστε και νομολογιακά - ότι οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια τόσο κατά το γενικό σχεδιασμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όσο και κατά τον καθορισμό των

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

ειδικότερων κριτηρίων και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής- χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής - επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας (ΣΤΕ ΕΑ 118/2021). Για τον λόγο αυτό, τα κριτήρια επιλογής για την ανάθεση μίας δημόσιας σύμβασης θα πρέπει να συνδέονται και να τελούν σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογούνται από τη φύση και το σκοπό του δημοπρατούμενου έργου ή της δημοπρατούμενης υπηρεσίας/προμήθειας. Υπό την έννοια αυτή, τα κριτήρια επιλογής για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto*. Επομένως, εφόσον μια απαίτηση προσόντων δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, είναι ανάλογη προς αυτό και πληροί και τους λοιπούς όρους που υπομνήσθηκαν στις σκέψεις 48 και 49 της παρούσας απόφασης, το άρθρο 58 της οδηγίας 2014/24 δεν μπορεί να εμποδίσει την αναθέτουσα αρχή να επιβάλει την απαίτηση αυτή με την προκήρυξη του διαγωνισμού απλώς και μόνον επειδή υπερβαίνει το ελάχιστο απαιτούμενο από την εθνική νομοθεσία επίπεδο (Απόφαση της 31.3.2022, C-195/21, *Smetna palata na Republika Bulgaria*, ECLI:EU:C:2022:239, σκέψεις 50 και 51). Εφόσον, λοιπόν, η αναθέτουσα αρχή έχει δικαίωμα να θέτει πιο αυστηρούς όρους σε σχέση με την εθνική νομοθεσία ως προς τους κανόνες ποιοτικής επιλογής, αυτονόητα έχει δικαίωμα να θεσπίζει όρους που θα παρέχουν τη δυνατότητα συμμετοχής σε περισσότερες επιχειρήσεις, λαμβάνοντας υπ' όψιν το αντικείμενο της σύμβασης. Οι όροι αυτοί πρέπει να συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και όχι με την κατάσταση στην οποία βρίσκονται οι υποψήφιοι. Έτσι, ο αποκλεισμός μίας επιχείρησης από μία διαγωνιστική διαδικασία επειδή δεν πληροί έναν όρο που είναι ασύνδετος με το αντικείμενο της σύμβασης, λ.χ. επειδή η αξία της είναι ιδιαίτερα χαμηλή, και ο οποίος θεσπίστηκε υποχρεωτικά από την αναθέτουσα αρχή [επειδή ο νόμος δεν της παρέχει την ευχέρεια να αποκλίνει], παραβιάζει ευθέως τη διάταξη του άρθρου 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και την αρχή της αναλογικότητας. Το ανεκτέλεστο, όπως υπολογίζεται, λειτουργεί με ακριβώς αυτόν τον αυθαίρετο, άκαμπτο και οριζόντιο τρόπο, διότι: α) δεν παρέχει στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να αποκλίνει και να μην θεσπίσει σχετική απαίτηση ή να

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

προσδώσει σε αυτή άλλο ρυθμιστικό περιεχόμενο, αφού προβλέπεται υποχρεωτικά η θέσπισή του και ο αποκλεισμός των υποψηφίων που έχουν υπερβεί τα σχετικά όρια, β) δεν παρέχει τη δυνατότητα ανταπόδειξης περί διάθεσης των αναγκαίων πόρων, αφού δεν συνδέεται με συγκεκριμένους πόρους (οικονομικούς ή/και τεχνικούς), αλλά με το άκαμπτο κριτήριο εγγραφής σε μία συγκεκριμένη τάξη πτυχίου, ούτε παρέχει τη δυνατότητα σώρευσης δυνατοτήτων περισσότερων οικονομικών φορέων (μελών ένωσης ή προσφέροντος και τρίτου στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται). Εξάλλου, από τη συστηματική ερμηνεία των οικείων διατάξεων, και ιδιαίτερα των άρθρων 19 παρ. 2, 58, 76 παρ. 4 και 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, η διάταξη του άρθρου 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008 θα πρέπει να θεωρηθεί ως καταργημένη, παρά τη μεταβατική διάταξη του άρθρου 377, στο μέτρο τουλάχιστον που λειτουργεί με τρόπο που να θέτει εκποδών τις διατάξεις αυτές. Και τούτο διότι αφενός μεν θέτει οριζόντιο αποκλεισμό, χωρίς δυνατότητα σώρευσης δυνατοτήτων, ακόμη και σε μέλος μίας ένωσης, παρά τις αντίθετες προβλέψεις του άρθρου 19, και εμμέσως επαναφέρει τους περιορισμούς με βάση την εγγραφή σε συγκεκριμένη τάξη, αφού δεν παρέχεται εναλλακτικός τρόπος απόδειξης (όπως συμβαίνει στην 7η τάξη), λ.χ. με σύνδεση με συγκεκριμένα οικονομικά στοιχεία, όπως ο κύκλος εργασιών. Με τον τρόπο αυτό, παρά την πρόβλεψη του άρθρου 76 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 επανέρχεται ο κλειστός κύκλος των τάξεων πτυχίου, τουλάχιστον όσον αφορά τις επιχειρήσεις που έχουν υπερβεί τα όρια του ανεκτέλεστου. Όσον αφορά τη διάταξη του άρθρου 64 του π.δ. 71/2019, για τους ίδιους ως άνω λόγους έρχεται σε αντίθεση με τις ίδιες ως άνω υπερνομοθετικής ισχύος διατάξεις της Οδηγίας 2014/24 και επιπλέον κείται εκτός νομοθετικής εξουσιοδότησης. Ειδικότερα, με τις διατάξεις των περ. ή και θ' της παραγράφου 20 του άρθρου του 118 του Ν. 4472/2017 (Α' 74) ορίζεται με το εκδιδόμενο κατ' εξουσιοδότηση αυτής Προεδρικό Διάταγμα ρυθμίζονται (και): - οι όροι και προϋποθέσεις ανάληψης έργου σε συνάρτηση με το ανεκτέλεστο, το οργανόγραμμα, το χρονικό προγραμματισμό ή άλλα στοιχεία που αποδεικνύουν και εγγυώνται τη δυνατότητα των φυσικών προσώπων και την κατάλληλη επάρκεια σε ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους για την άρτια και έγκαιρη εκτέλεση του έργου, καθώς και την πιστοληπτική τους ικανότητα (περ. η), και -η συσχέτιση του ανεκτέλεστου με τους αναγκαίους ανθρώπινους

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

και τεχνικούς πόρους (περ. θ). Ωστόσο, κατά παράβαση της εξουσιοδοτικής διάταξης, στο άρθρο 64 του π.δ. 71/2019 ουδεμία συσχέτιση γίνεται του ανεκτέλεστου με όλα τα ανωτέρω στοιχεία, ει μη μόνο συνδέεται με την εγγραφή σε συγκεκριμένες τάξεις πτυχίου, ανεξαρτήτως των πραγματικά διαθέσιμων πόρων. Και ναι μεν στην παράγραφο 19 του άρθρου του 118 του Ν. 4472/2017 (Α' 74) η εξουσιοδοτική διάταξη προβλέπει τη συσχέτιση του ανεκτέλεστου με το ανώτατο όριο που ισχύει ανά τάξη πτυχίου, και άρα ο προσδιορισμός του γίνεται κατ' αρχήν εντός της εξουσιοδοτικής διάταξης, ωστόσο η παράλειψη συσχέτισης με τα ως άνω στοιχεία οδηγεί αναπόφευκτα στην αδυναμία απόδειξης με άλλο τρόπο ότι παρά την υπέρβαση των ορίων η επιχείρηση είναι σε θέση να εκτελέσει το έργο. Στη μόνη περίπτωση που συνδέεται το ανεκτέλεστο με ένα συγκεκριμένο στοιχείο είναι η περίπτωση των επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες στην 7^η τάξη, που η κανονιστικώς δρώσα διοίκηση, καθ' υπέρβασιν την εξουσιοδοτικής διάταξης, προέβη στη σύνδεση του κριτηρίου με τον κύκλο εργασιών των επιχειρήσεων. Άρα, ελλείπει εναλλακτικού τρόπου απόδειξης, οδηγούμαστε αναπόφευκτα στο ότι ο μόνος τρόπος υπέρβασης των ορίων είναι η αναβάθμιση του πτυχίου της επιχείρησης στην ανώτερη τάξη, εισάγοντας εμμέσως τον περιορισμό των τάξεων πτυχίου. Και μάλιστα, όπως προαναφέρθηκε, ιδίως ως προς την περίπτωση της 7ης τάξης, η απόκλιση μεταξύ των απαιτήσεων εγγραφής στην 6^η τάξη σε σχέση με την 7^η τάξη, η απόκλιση του ανεκτέλεστου, σε συνδυασμό με το ανώτατο όριο προϋπολογισμού ενός έργου που μπορεί να συμμετάσχει μία επιχείρηση 6^{ης} τάξης, οδηγεί σε ένα αγεφύρωτο χάσμα που έχει ως συνέπεια τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Από τον τρόπο θέσπισης του κριτηρίου, άλλωστε, αναδεικνύεται η σύγχυση που επικρατεί ως προς τη φύση του κριτηρίου, κάτι το οποίο είχε επισημανθεί και στην υπ' αριθ. 34/2017 γνώμη της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. επί του σχεδίου προεδρικού διατάγματος. Όπως ορθώς είχε επισημάνει η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., παραπέμποντας στη νομολογία του ΔΕΕ (συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-27, C-28 & C-29/86), το εν λόγω κριτήριο, ήτοι το συνολικό ύψος των έργων, τα οποία ταυτόχρονα εκτελεί μία επιχείρηση, αποτελεί στοιχείο, το οποίο μπορεί να εκτιμηθεί για τον έλεγχο της καταλληλότητας των συμμετεχόντων και συγκεκριμένα της οικονομικής και χρηματοοικονομικής τους επάρκειας. Κατά συνέπεια, θα έπρεπε να συνδέεται κατ' αρχήν με οικονομικούς δείκτες του κάθε οικονομικού φορέα (και όχι κάθε

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

τάξης). Ωστόσο, ο εθνικός νομοθέτης στην εξουσιοδοτική διάταξη το συνέδεσε αποκλειστικά με κριτήρια τεχνικής ικανότητας, και εντέλει στο εκδοθέν προεδρικό διάταγμα τέθηκε ως κριτήριο τεχνικής επάρκειας, αλλά συνδεδεμένο μόνο ως προς τις επιχειρήσεις 7^{ης} τάξης με στοιχείο οικονομικής επάρκειας και δη τον κύκλο εργασιών. Εντέλει, το εν λόγω κριτήριο αποτελεί ένα αυτοτελές κριτήριο και για τον λόγο αυτό τόσο ο νομοθέτης όσο και η κανονιστικώς δρώσα διοίκηση δεν το ενέταξαν σε καμία κατηγορία, αλλά απλώς το συνέδεσαν με τάξη πτυχίου. Έτσι, υπό το καθεστώς του Ν. 3669/2008 εντάσσεται στο άρθρο 20 ως προαπαιτούμενο συμμετοχής (λόγος αποκλεισμού), όπως ακριβώς και ο εθνικός λόγος αποκλεισμού περί ονομαστικοποίησης μετοχών, ενώ υπό το καθεστώς του π.δ. 71/2019 εντάσσεται στο άρθρο 64 και όχι στα άρθρα 51,52 και 53 που αφορούν αντίστοιχα τα ελάχιστα όρια οικονομικής και χρηματοοικονομική επάρκειας, τα ελάχιστα όρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και το ελάχιστο όριο εμπειρίας ανά κατηγορία έργων. Αντίστοιχα, λοιπόν, το άρθρο 50 που σχετίζεται με τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων αφορά μόνο τα άρθρα 51 έως 53, αφού αποτελούν τα ελάχιστα όρια εγγραφής σε τάξη, και όχι το ασύνδετο με αυτά άρθρο 64 που δεν αποτελεί προϋπόθεση εγγραφής σε τάξη αλλά συνέπεια εγγραφής σε μία τάξη. Έτσι, λοιπόν, με τον άκαμπτο τρόπο που λειτουργεί το ανεκτέλεστο, καταλήγει ως ένα κριτήριο οριζόντιου αποκλεισμού και όχι ως κριτήριο καταλληλότητας. Εν προκειμένω, όπως προαναφέρθηκε στο ιστορικό, τα μέλη της ένωσής μας δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο της σύμβασης (έργα ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ), ενώ πληρούν όλες τις προϋποθέσεις συμμετοχής του άρθρου 22 της διακήρυξης, με εξαίρεση τον όρο περί ανεκτέλεστου. [Συγκεκριμένα, το δεύτερο μέλος της ένωσής μας, εταιρεία «... ..», έχει καταταγεί στην 4^η τάξη (ανώτερη) και στα έργα οδοποιίας και άρα το ανώτατο όριο του ανεκτέλεστου της ανέρχεται στο ποσό των 22.500.000 ευρώ, τόσο υπό το καθεστώς του Ν. 3669/2008 όσο και υπό το καθεστώς του π.δ. 71/2019. Ωστόσο, η ως άνω εταιρεία έχει υπερβεί το εν λόγω όριο και συγκεκριμένα το ανεκτέλεστό της έχει ανέλθει στο ποσό των 34.987.413,04 ευρώ. Η εταιρεία «... ..» δεν έχει υπερβεί το όριο του ανεκτέλεστου της 6^{ης} τάξη στην οποία έχει καταταγεί, το οποίο ανέρχεται στο ποσό των 132.000.000€, αφού το ανεκτέλεστό της, σύμφωνα με τις βεβαιώσεις ανεκτέλεστου του τελευταίου 3μηνου, έχει ανέλθει στο ποσό των

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

104.154.003,57 ευρώ. Το γεγονός και μόνο της υπέρβασης εκ μέρους του ενός μέλους της ένωσης των ορίων του ανεκτέλεστου καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή της ένωσής μας στο διαγωνισμό, αφού το άρθρο 20 παρ. 4 του Ν. 3669/2008 δεν επιτρέπει τη συμμετοχή της ως άνω εργοληπτικής επιχείρησης ούτε ως μέλος ένωσης.] Άρα, εκ του όρου αυτού υφιστάμεθα βλάβη αφ' ης στιγμής καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή μας στη διαγωνιστική διαδικασία και άρα με έννομο συμφέρον στρεφόμεστε κατ' αυτού επιδιώκοντας την ακύρωσή του».

11. Επειδή, με τις απόψεις της επί της προσφυγής, η αναθέτουσα Αρχή υπεραμύνεται της νομιμότητας της προσβαλλομένης, θέτοντας εκ παραλλήλου ζήτημα εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας προς προβολή των οικείων ισχυρισμών.

12. Επειδή, η ισχύς του άρθρου 64 του π.δ. 71/2019 (Α' 112) έχει ανασταλεί από 01.09.2021 έως 31.12.2023, δυνάμει του άρθρου 52 του ν. 5014/2023 (Α' 14). Ως εκ τούτου, η ουσιαστική εξέταση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, αφορά αποκλειστικά στη νομική βάση του άρθρου 20 του ν. 3669/2008, καθώς οι λοιπές αιτιάσεις έχουν καταστεί άνευ αντικείμενου. Επισημαίνεται, ότι, όπως έχει κριθεί από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-27, C-28 & C-29/86, το συνολικό ύψος της δαπάνης των ταυτόχρονα εκτελούμενων έργων «...μπορεί να αποτελεί στοιχείο για την εκτίμηση, κατά τρόπο συγκεκριμένο, της οικονομικής και χρηματοδοτικής ικανότητας της επιχείρησης, σε σχέση με τις υποχρεώσεις της». Κατά συνέπεια, κατά το ΔΕΕ, το εν λόγω κριτήριο, ήτοι το συνολικό ύψος των έργων, τα οποία ταυτόχρονα εκτελεί μία επιχείρηση, αποτελεί στοιχείο, το οποίο μπορεί να εκτιμηθεί για τον έλεγχο της καταλληλότητας των συμμετεχόντων και συγκεκριμένα της οικονομικής και χρηματοοικονομικής τους επάρκειας. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, σε συνδυασμό με την παράγραφο 3 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχο άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), σύμφωνα με την οποία: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης» και την, εν συνεχεία, ενδεικτική απαρίθμηση, τόσο στην εν λόγω παράγραφο όσο και στο Προσάρτημα XII του

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

Παραρτήματος Α του ν. 4412/2016 των σχετικών αποδεικτικών μέσων, τα οποία μπορούν να ζητούν οι αναθέτουσες Αρχές, κρίνεται σκόπιμο να διευκρινιστεί ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο, ως προϋπόθεση συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, συνδέεται με τον έλεγχο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων. Περαιτέρω, στην υπ' αριθ. 34/2017 γνώμη της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.) επί του σχεδίου του Π.Δ. 71/2019 και του επίμαχου θέματος διελήφθη, ότι *«δεν προκύπτει με σαφήνεια, εάν η εν λόγω προϋπόθεση, ως απαίτηση συμμετοχής, και ειδικότερα ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων, κατά το άρθρο 75 του ν. 4412/2016, σχετίζεται με τη χρηματοοικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων»*.

13. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή προβάλλει, με τις απόψεις της, ότι η προσφεύγουσα δεν έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, διότι η σύσταση της ένωσης δεν ικανοποιεί τους σκοπούς του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. Ειδικότερα, κατά τα προβαλλόμενα από την αναθέτουσα Αρχή, οι διατάξεις των άρθρων 19 παρ. 2, 2 παρ. 1 περ. 10 και 63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24 και των άρθρων 19 παρ. 2, 2 παρ. 1 περ. 11 και 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, με τα οποία έγινε μεταφορά τους στο εθνικό δίκαιο, έχουν ως μοναδικό και αποκλειστικό σκοπό τη διευκόλυνση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων και εν γένει των οικονομικών φορέων, που δεν πληρούν αυτοτελώς τα κριτήρια ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, να διεκδικήσουν την ανάληψη τέτοιων δημόσιων συμβάσεων, μέσω συμπράξεων με άλλους οικονομικούς φορείς, και ότι εκ τούτου παρέπεται ότι δεν νοείται κατά νόμο σύσταση ένωσης που, αντί να διευκολύνει, δυσχεραίνει ή καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.

14. Επειδή ειδικότερα, ως προς τις διατάξεις που επικαλείται η αναθέτουσα Αρχή, λεκτέα τα εξής: Από τον ορισμό του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 10 της Οδηγίας 2014/24, προκύπτει η αυτοτέλεια της ένωσης έναντι των μελών της και κάθε ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων, που αποτελεί οικονομικό φορέα, ακόμη και αν είναι προσωρινή σύμπραξη χωρίς νομική προσωπικότητα, αναγνωρίζεται ως ιδιαίτερο υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, διακριτό από τα πρόσωπα - μέλη του, για όλες τις έννομες σχέσεις που απορρέουν από την εφαρμογή των διατάξεων του νόμου αυτού (ΣτΕ 2508/2020). Η βλάβη, που αποτελεί προϋπόθεση για την αναγνώριση

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο της ένωσης και όχι αυτοτελώς στα μέλη της. Έτσι, το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να συμμετάσχει σε δημόσιο διαγωνισμό σε σύμπραξη με άλλον ή άλλους οικονομικούς φορείς υπάρχει ως αυτονόητο και εξ ορισμού. Από τη διάταξη αυτή συνάγεται, ότι ο προσφέρων έχει το αναφαίρετο δικαίωμα επιλογής του τρόπου εκτέλεσης της σύμβασης και ως εκ τούτου αποτελεί αμιγώς επιχειρηματική επιλογή του οικονομικού φορέα, εάν θα συμμετάσχει στη διαδικασία ανάθεσης ατομικώς ή σε σύμπραξη με ένα ή περισσότερους άλλους οικονομικούς φορείς ή ακόμη στηριζόμενος σε άλλους φορείς ή σε υπεργολάβους (ΔΕΦΑΘ 1127/2022). Περαιτέρω, το άρθρο 19 παρ.2 της Οδηγίας 2014/24 επιβεβαιώνει τα προβλεπόμενα στον ορισμό του ανωτέρω άρθρου 2 και κατοχυρώνει το δικαίωμα των συμπραττόντων οικονομικών φορέων να μετάσχουν σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, χωρίς ν' απαιτείται να περιβληθούν ορισμένη νομική μορφή, ήτοι απαγορεύει στην αναθέτουσα Αρχή να επιβάλλει περιορισμούς στη σύσταση συμπράξεων και δη όχι ουσιαστικούς, αλλά διαδικαστικούς, απαιτώντας δηλαδή την τήρηση ορισμένου τύπου για τη σύσταση των ενώσεων. Στη διάταξη αυτή δεν προβλέπεται ότι η σύσταση της ένωσης γίνεται επί σκοπώ πλήρωσης των κριτηρίων συμμετοχής στη διαδικασία και μάλιστα, ότι ένας τέτοιος σκοπός είναι αποκλειστικός, κατά τρόπο που να αποκλείει τη σύσταση ενώσεων οικονομικών φορέων, βάσει εμπορικών και επιχειρηματικών επιλογών των μελών της ένωσης. Συναφώς, το ρυθμιστικό αντικείμενο του άρθρου 63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24 συνίσταται στην καθιέρωση του δικαιώματος του εκάστοτε προσφέροντος να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, δικαίωμα που αναγνωρίζεται και στις ενώσεις οικονομικών φορέων, τόσο όσον αφορά στη στήριξη στα μέλη τους, όσο και σε τρίτους. Δεν υφίσταται υποχρέωση της ένωσης να στηριχθεί στις ικανότητες των μελών της, ώστε να δύναται να συναχθεί το μη ερειδόμενο στον νόμο επιχείρημα της αναθέτουσας Αρχής, ότι η σύσταση ένωσης νοείται αποκλειστικώς προς πλήρωση των όρων συμμετοχής στον διαγωνισμό. Επομένως, όσα αντίθετα υποστηρίζει η αναθέτουσα Αρχή είναι απορριπτέα ως αβάσιμα. Προβάλλει επίσης η αναθέτουσα Αρχή, ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, επειδή η βλάβη της προσφεύγουσας δεν απορρέει από τους βαλλόμενους όρους της Διακήρυξης του διαγωνισμού, αλλά από έτερη ατομική διοικητική

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

πράξη, καλυπτόμενη από τεκμήριο νομιμότητας, και συγκεκριμένα από την ενημερότητα πτυχίου του μέλους της ένωσης «... ..». Εν τούτοις, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008, το όριο του ανεκτέλεστου υπόλοιπου εργασιών κάθε έργου διαπιστώνεται με προσκόμιση βεβαίωσης του Μ.Ε.ΕΠ. ή της αρμόδιας Υπηρεσίας που εκτελεί το αντίστοιχο έργο, που εκδίδεται μέσα στο προηγούμενο εξάμηνο πριν από την ημερομηνία δημοπράτησης του έργου. Εξάλλου, και στην ίδια τη Διακήρυξη, στο άρθρο 23.5 περ. (α), ορίζεται, ως μέσο για την απόδειξη της μη υπέρβασης του ανεκτέλεστου, η ενημερότητα πτυχίου, συνοδευόμενη από πίνακα των υπό εκτέλεση έργων, με αναφορά υπολοίπου ανά έργο και συνολικού ανεκτέλεστου. Άρα, η ενημερότητα πτυχίου, που έχει ετήσια διάρκεια, δεν αποτελεί το κρίσιμο δικαιολογητικό που βεβαιώνει το ανεκτέλεστο, αφού δεν συνιστά ένα επίκαιρο αποδεικτικό μέσο. Τούτο δε, καθόσον το ανεκτέλεστο διαρκώς μεταβάλλεται, με την πρόοδο των εργασιών. Δεν αποκλείεται, συνεπώς, ένας οικονομικός φορέας, κατά την έκδοση της ενημερότητας πτυχίου, να έχει υπερβεί τα όρια του ανεκτέλεστου και ακολούθως, με την πρόοδο των εργασιών, να μειωθεί το ανεκτέλεστο. Και αντιστρόφως, ένας οικονομικός φορέας να υπερβεί τα όρια του ανεκτέλεστου μετά την έκδοση της ενημερότητας πτυχίου. Υπό το σκεπτικό αυτό, η ενημερότητα πτυχίου αποτελεί ατομική διοικητική πράξη, πλην όμως κατά το μέρος, με το οποίο βεβαιώνεται σ' αυτήν το ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών, δεν είναι εκτελεστή, αλλά φέρει αμιγώς πληροφοριακό χαρακτήρα. Τούτο, διότι στην πράξη αναφέρεται το ακριβές ποσό του ανεκτέλεστου υπολοίπου σε ένα δεδομένο χρονικό σημείο και όχι εάν η επιχείρηση πληροί ή όχι τις προϋποθέσεις συμμετοχής σε δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες του άρθρου 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008. Ως πληροφοριακό, κατά το μέρος αυτό, έγγραφο και στερούμενο εκτελεστότητας, δεν υπόκειται σε ένδικα μέσα και δεν μπορεί να προκαλέσει βλάβη, ούτε καλύπτεται από τεκμήριο νομιμότητας, όπως αβασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα Αρχή. Εξάλλου, οι δυσμενείς συνέπειες της υπέρβασης του ανεκτέλεστου ερείδονται αποκλειστικά στο άρθρο 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008 και συνίστανται στον αποκλεισμό από τη συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες. Δεν προβλέπεται εκ του νόμου, ως συνέπεια της υπέρβασης του ανεκτέλεστου, η μη έκδοση ή η αφαίρεση της ενημερότητας πτυχίου, ώστε η βλάβη να προκαλείται από την ενημερότητα πτυχίου, όπως

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

αβασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα Αρχή. Τέλος, η βλάβη, που προκύπτει από την εφαρμογή του άρθρου 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008 και του όμοιου περιεχομένου όρου της Διακήρυξης, εδράζεται στην απαγόρευση συμμετοχής σε συγκεκριμένη, κάθε φορά, διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, στην οποία ενσωματώνεται ο όρος περί μη υπέρβασης του ορίου του ανεκτέλεστου, για την οποία ο οικονομικός φορέας πληροί τα προβλεπόμενα σ' αυτήν και όλως συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής και επομένως δύναται να αποδείξει ότι είναι σε θέση να εκτελέσει τη συγκεκριμένη σύμβαση. Επομένως, η βλάβη της προσφεύγουσας δεν προκαλείται από την ενημερότητα πτυχίου του μέλους της «... ..», αλλά από τον προσβαλλόμενο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος ενσωματώνει τη διάταξη του νόμου, όσα δε αντίθετα υποστηρίζει η αναθέτουσα Αρχή παρίστανται απορριπτέα ως αβάσιμα.

15. Επειδή περαιτέρω, επί των αιτιάσεων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, κρίνονται τα κάτωθι: Παραδεκτώς προβάλλονται οι λόγοι που στηρίζονται στην απόκλιση, ως προς το ανεκτέλεστο, μεταξύ 6^{ης} και 7^{ης} τάξης, δοθέντος ότι επ' αυτής της απόκλισης θεμελιώνεται η διακριτική σε βάρος των επιχειρήσεων 6^{ης} τάξης μεταχείριση, όσον αφορά στο δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό, έναντι των επιχειρήσεων της 7^{ης} τάξης, οι οποίες επίσης έχουν αντίστοιχο δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό, πλην όμως, υπό συνθήκες ευνοϊκότερων όρων υπολογισμού του ανεκτέλεστου, καθόσον εν τοις πράγμασι έχουν απεριόριστο ανεκτέλεστο, σε αντίθεση με τις λοιπές εργοληπτικές επιχειρήσεις. Εξάλλου, η διάκριση των επιχειρήσεων 7^{ης} τάξης ισχύει έναντι όλων των λοιπών επιχειρήσεων, αφού μόνον οι εταιρείες 7^{ης} τάξης έχουν το συγκριτικό πλεονέκτημα να υπολογίζεται το ανεκτέλεστό τους με εναλλακτικό τρόπο, ήτοι σε συνάρτηση με τον κύκλο εργασιών τους. Το εύλογο όμως αυτό κριτήριο δεν εφαρμόζεται σε όλες τις άλλες τάξεις, με αυτόθροη συνέπεια τον περιορισμό όλων των άλλων επιχειρήσεων, οι οποίες παρεμποδίζονται αναπόφευκτα από την ανάληψη και εκτέλεση περισσότερων έργων. Η προνομιακή αυτή μεταχείριση των επιχειρήσεων της 7^{ης} τάξης αντιβαίνει στον, σύμφωνο με το ενωσιακό δίκαιο, προσδιορισμό του περιεχομένου της νομικής έννοιας του ανεκτέλεστου, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα.

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

16. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή επιχειρεί να στηρίξει τη νομιμότητα του προσβαλλόμενου όρου της Διακήρυξης, υποστηρίζοντας, ότι το όριο ανεκτέλεστου «υποδεικνύει» το μέγεθος των πόρων των εργοληπτικών επιχειρήσεων και άρα δύναται «να κλονίζει την φέρουσα ικανότητα» αυτών. Υπό την εκδοχή αυτή της αναθέτουσας Αρχής, το ανεκτέλεστο δεν συνιστά στοιχείο πλήρους απόδειξης της ακαταλληλότητας εκτέλεσης δημόσιας σύμβασης, αλλά μόνον απλή ένδειξη προς την εν λόγω κατεύθυνση. Ως ένδειξη, όμως, το ανεκτέλεστο μόνον ως αρχή απόδειξης και όχι ως πλήρης απόδειξη δύναται να εκληφθεί και δεν μπορεί νομίμως να επιφέρει τον αποκλεισμό υποψηφίου, για τον οποίο απαιτείται, όπως προκύπτει για το σύνολο των προβλεπόμενων στην Οδηγία 2014/24 κριτηρίων επιλογής, πλήρης απόδειξη, στο πλαίσιο της οποίας, πάντως, κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΕ και των εθνικών Δικαστηρίων, απαιτείται να παρέχεται η δυνατότητα ανταπόδειξης.

17. Επειδή περαιτέρω, η αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει, επί των συναφών προβαλλόμενων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ότι το ανεκτέλεστο αποτελεί στοιχείο της τεχνικής επάρκειας, πλην όμως, όλως αδοκίμως επικαλείται νομολογία του ΔΕΕ, σύμφωνα με την οποία αποτελεί κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας (C-27-29/86). Επίσης, η αποδοχή της εν λόγω θέσης οδηγεί στο άτοπο συμπέρασμα, ότι μία επιχείρηση, που είναι εγγεγραμμένη σε μία τάξη και άρα πληροί το σύνολο των απαιτήσεων εγγραφής σε αυτήν, ταυτόχρονα φέρεται να μην τις πληροί όλες μαζί, επειδή έχει υπερβεί το όριο του ανεκτέλεστου, χωρίς να της παρέχεται η δυνατότητα ανταπόδειξης ή στήριξης στις ικανότητες τρίτων ή συμμετοχής σε ένωση.

18. Επειδή, με τη θέσπιση υποχρεωτικού ελέγχου του ανεκτέλεστου από τις αναθέτουσες Αρχές παραβιάζεται το άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Ερμηνεύοντας το άρθρο αυτό, το ΔΕΕ επανέλαβε (απόφαση της 26.1.2023, Νν, C - 403/21, σκέψεις 60 έως 62), ότι εφόσον η αναθέτουσα Αρχή πρέπει να είναι σε θέση να αξιολογήσει καλύτερα τις δικές της ανάγκες, ο νομοθέτης της Ευρωπαϊκής Ένωσης της παραχώρησε ευρεία διακριτική ευχέρεια, όσον αφορά στον καθορισμό των κριτηρίων επιλογής, όπως αποδεικνύεται ιδίως από την επαναλαμβανόμενη χρήση του ρήματος «μπορεί» στο άρθρο 58 της οδηγίας 2014/24. Ειδικότερα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του ως άνω άρθρου, η αναθέτουσα Αρχή διαθέτει ευχέρεια να

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

καθορίσει τους όρους συμμετοχής σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, θέτοντας αυτούς που κρίνει ότι σχετίζονται και είναι ανάλογοι με το αντικείμενο της σύμβασης και κατάλληλοι για να διασφαλίσουν ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση του αντικειμένου της σύμβασης. Ειδικότερα, κατά την παράγραφο 4 του εν λόγω άρθρου, η αναθέτουσα Αρχή εκτιμά ελεύθερα τις προϋποθέσεις συμμετοχής που κρίνει κατάλληλες να εξασφαλίσουν, μεταξύ άλλων, την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Κατά την άσκηση της ευρείας αυτής διακριτικής ευχέρειας, η αναθέτουσα Αρχή μπορεί να περιλάβει, μεταξύ των κριτηρίων επιλογής που μνημονεύονται σε προκήρυξη διαγωνισμού ή σε συγγραφή υποχρεώσεων, υποχρεώσεις απορρέουσες από ειδικές ρυθμίσεις, που ισχύουν για δραστηριότητες, οι οποίες ενδέχεται να πραγματοποιηθούν στο πλαίσιο της εκτέλεσης δημόσιας σύμβασης και δεν είναι ιδιαίτερα σημαντικές. Αντιστρόφως, η αναθέτουσα Αρχή δύναται να κάνει χρήση αυτής της ευρείας διακριτικής ευχέρειας, προκειμένου να θεωρήσει ότι οι εν λόγω υποχρεώσεις δεν πρέπει να περιλαμβάνονται στα κριτήρια επιλογής.

19. Επειδή, ο νομοθέτης μπορεί μεν να θεσπίζει ειδικές απαιτήσεις για την εγγραφή σε συγκεκριμένη τάξη ενός επίσημου καταλόγου εγκεκριμένων οικονομικών φορέων (άρθρο 83 του Ν. 4412/2016), ωστόσο η αναθέτουσα Αρχή δεν είναι υποχρεωμένη να εφαρμόσει τις ειδικές απαιτήσεις αυτές, αλλά διαθέτει διακριτική ευχέρεια να θεσπίσει άλλους όρους, είτε πιο αυστηρούς είτε πιο ελαστικούς, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαιτερότητες της σύμβασης. Για τον λόγο αυτό, άλλωστε, στα πρότυπα τεύχη των δημοσίων έργων, τα κριτήρια οικονομικής - χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής - επαγγελματικής ικανότητας διατηρούνται κενά. Ο προσδιορισμός δε των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας, σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης και τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση επί ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ)

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον, στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τομ. 2, 13^η έκδ., 2010, Ν.Β, αριθμ. 514). Υπό το πρίσμα αυτό, η θέση του ανεκτέλεστου στα κριτήρια οικονομικής - χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν μεταβάλλει τον χαρακτήρα του και τη λειτουργία του, αφού ο νόμος σαφέστατα το θέτει ως προϋπόθεση συμμετοχής σε διαγωνισμό εκτέλεσης έργου. Η υποχρέωση θέσπισης του συγκεκριμένου όρου, χωρίς να παρέχεται η δυνατότητα αποκλίσεων, αντιβαίνει προδήλως στο άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, το οποίο παρέχει στην αναθέτουσα Αρχή ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τη θέσπιση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Συνεκδοχικά, με την υποχρεωτική ενσωμάτωσή του στους όρους της διακήρυξης και την αδυναμία ανταπόδειξης πλήρωσης των απαιτήσεων, το ανεκτέλεστο μετατρέπεται, κατά τρόπο αντικείμενο στην ενωσιακή έννομη τάξη, από δυνητικό λόγο αποκλεισμού σε υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού.

20. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει ότι και οι υπεργολάβοι πρέπει να διαθέτουν τους αναγκαίους πόρους για την εκτέλεση της οικείας σύμβασης. Ωστόσο, η παραδοχή αυτή δεν είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο, στο οποίο δεν προβλέπεται ότι οι υπεργολάβοι πρέπει να πληρούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ελέγχονται δε υποχρεωτικώς μόνον ως προς τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού. Οι προσφέροντες δύνανται - δεν υποχρεούνται - να στηρίζονται στις ικανότητες των υπεργολάβων, η δε υπεργολαβία αποτελεί απλώς έναν από τους δυνητικούς τρόπους στήριξης ενός οικονομικού φορέα στις ικανότητες άλλων φορέων, ο οποίος δεν μπορεί να του επιβληθεί από την αναθέτουσα Αρχή (Απόφαση ΔΕΕ της 26^{ης} Ιανουαρίου 2023, Νν, C-403/2021, EU:C:2023:47, σκέψη 74). Συνεπώς, αν το ανεκτέλεστο λειτουργούσε ως νόμιμο κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας και όχι ως λόγος αποκλεισμού, έπρεπε να ελέγχεται στο πρόσωπο των υπεργολάβων μόνο στην περίπτωση που ο προσφέρων στηρίζεται στις ικανότητές τους. Η ερμηνευτική εκδοχή της αναθέτουσας Αρχής, κατά την οποία προσφέρων, το μέλος της ένωσης και ο υπεργολάβος, πρέπει να πληρούν ο καθένας αυτοτελώς το συγκεκριμένο «κριτήριο ποιοτικής

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

επιλογής», προκειμένου να αποδεικνύουν ότι έχουν όλους τους πόρους τους διαθέσιμους, ανεξάρτητα αν ο ίδιος ο προσφέρων ή άλλο μέλος της ένωσης πληροί την απαίτηση, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι κρίσιμο στοιχείο για την εφαρμογή της διάταξης δεν είναι η διάθεση των πόρων, αφού μπορεί να διατίθεται από ένα μέλος της ένωσης, αλλά η εκ των προτέρων απόδειξη ότι καθένας θα έχει εκ προοιμίου όλα τα μέσα για να εκτελέσει τη σύμβαση. Συνεκδοχικά, η απαίτηση να διαθέτει εκ προοιμίου ο υπεργολάβος όλα τα μέσα για την εκτέλεση του τμήματος της σύμβασης, παρά το γεγονός ότι ο προσφέρων πληροί αυτοτελώς τις θεσπιζόμενες απαιτήσεις τεχνικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, παρίσταται προδήλως υπέρμετρη και μη συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο, καθόσον υπερακοντίζει τον σκοπό του, αφού υπερβαίνει τα άκρα όρια της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας Αρχής και παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας.

21. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή ισχυρίζεται, επίσης, ότι το ανεκτέλεστο *«αποτελεί μέτρο που προάγει τον ανταγωνισμό και αποτρέπει την συγκέντρωση της αγοράς δημοσίων έργων σε ελάχιστες μόνον εργοληπτικές επιχειρήσεις»*. Ο ισχυρισμός αυτός δεν ταυτίζεται εννοιολογικά με το λειτουργικό αποτέλεσμα της θέσπισης του ανεκτέλεστου. Ειδικότερα, η καθιέρωση του ανεκτέλεστου, υπό τη σημερινή του μορφή, ήτοι ως προϋπόθεσης συμμετοχής κάθε οικονομικού φορέα αυτοτελώς ή σε κοινοπραξία ή ως υπεργολάβου, δεν επιτέλεσε ρόλο προαγωγής του ανταγωνισμού και αποτροπής συγκέντρωσης της σχετικής αγοράς υπό τους όρους του ελεύθερου ανταγωνισμού. Αντιθέτως, ο νομοθέτης παρέχοντας κίνητρα και θεσπίζοντας αντικίνητρα, με σκοπό τη συνένωση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων σε μεγαλύτερες επιχειρήσεις, δημιούργησε έναν κλειστό κύκλο επιχειρήσεων, οι οποίες μπορούν να αναλάβουν τις μεγάλες συμβάσεις δημοσίων έργων, καθορίζοντας τύπο για την αναβάθμιση πτυχίων, διευρύνοντας την απόσταση από την 7^η τάξη και αναδιαμορφώνοντας το ανεκτέλεστο. Κατά συνέπεια, μία επιχείρηση 6^{ης} τάξης, υπό τον περιορισμό του ανεκτέλεστου, είναι πρακτικά αδύνατο, κατά τα ήδη κριθέντα, να αναβαθμιστεί σε 7^{ης} τάξης, παρά μόνο μέσω συγχώνευσης με άλλη επιχείρηση. Σε κάθε περίπτωση, ο σκοπός που ο εθνικός νομοθέτης επιδίωξε με τη θέσπιση του ανεκτέλεστου, αντίκειται στη βούληση του ενωσιακού νομοθέτη για το άνοιγμα των αγορών δημοσίων συμβάσεων στις

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

μικρομεσαίες επιχειρήσεις. Η ενσωμάτωση, δηλαδή, του ανεκτέλεστου στο άρθρο 23.Γ. δεν αρκεί για να του προσδώσει τον χαρακτήρα του κριτηρίου οικονομικής/χρηματοοικονομικής επάρκειας. Συγκεκριμένα, η προσβαλλόμενη διακήρυξη παραπέμπει στις διατάξεις των άρθρων 20 παρ. 4 του ν. 3669/2008 και 64 του π.δ. 71/2019, που σαφώς θέτουν το ανεκτέλεστο ως προϋπόθεση συμμετοχής, ακόμη και για τα μέλη ένωσης και τους υπεργολάβους, και συνεπώς δεν είναι δυνατή η στήριξη στις ικανότητες τρίτων, ούτε η ανταπόδειξη πλήρωσης της απαίτησης. Μάλιστα, τόσο ο ν. 3669/2008, όσο και το π.δ. 71/2019 ρυθμίζουν σε άλλες διατάξεις τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, που απαιτείται να πληροί ο οικονομικός φορέας για να εγγραφεί σε μία τάξη. Ιδίως δε το π.δ. 71/2019 συνδέει στον τίτλο του το ανεκτέλεστο με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και όχι τη χρηματοοικονομική επάρκεια, χωρίς να συνδέεται με τα άρθρα 51 και 52 του ίδιου π.δ. 71/2019. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τις διατάξεις, στις οποίες παραπέμπει η επίμαχη διακήρυξη, το ανεκτέλεστο δεν λειτουργεί ως κριτήριο επιλογής, αλλά ως ρητός λόγος αποκλεισμού, ήτοι ως προϋπόθεση συμμετοχής. Συναφώς δε, το ανεκτέλεστο δεν αποτελεί προϋπόθεση εγγραφής σε μία τάξη, αλλά συνέπεια εγγραφής σ' αυτήν, καθώς όλοι οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε μία τάξη έχουν κοινό όριο ανεκτέλεστου, χωρίς να παρέχεται εναλλακτικός τρόπος απόδειξης της ικανότητας εκτέλεσης της σύμβασης, ήτοι η σύνδεση με συγκεκριμένους οικονομικούς δείκτες, ώστε να είναι σε θέση ο οικονομικός φορέας να αποδείξει ότι - παρά την υπέρβαση του ορίου - πληροί την οικεία απαίτηση λόγω οικονομικής ευρωστίας. Περαιτέρω, και υπό την εκδοχή ότι μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο δάνειας εμπειρίας ως οικονομικό μέγεθος, ο δανεισμός αυτός περιορίζεται στις εργοληπτικές επιχειρήσεις και μάλιστα αποκλειστικώς στις εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ., αφού μόνο γι' αυτές υπολογίζεται με συγκεκριμένο τρόπο το ανεκτέλεστο και κατά συνέπεια δεν παρέχεται δυνατότητα δανεισμού από άλλους οικονομικούς φορείς. Επομένως, κατά τον βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, μια εργοληπτική επιχείρηση που έχει υπερβεί το ανεκτέλεστο, δεν μπορεί να συμμετάσχει σε διαγωνισμό, ακόμη και αν στηριχθεί στη χρηματοοικονομική επάρκεια ενός οικονομικού φορέα δραστηριοποιούμενου σε άλλο κλάδο της οικονομίας. Τούτο, διότι, εάν μία επιχείρηση 1^{ης} κατηγορίας δεν έχει υπερβεί το όριο του ανεκτέλεστου και άρα

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

δεν έχει για τον λόγο αυτό κώλυμα συμμετοχής, δεν προκύπτει, ότι μπορεί να δανείσει απεριόριστα το ανεκτέλεστό της, προκειμένου ο διαγωνιζόμενος να συμμετάσχει σε κάθε διαγωνισμό, ανεξαρτήτως προϋπολογισμού, εφόσον πληροί τις λοιπές προϋποθέσεις. Εάν συνιστούσε πράγματι κριτήριο ποιοτικής επιλογής, δεν θα εφαρμοζόταν υποχρεωτικά και στους υπεργολάβους, στο πρόσωπο των οποίων δεν είναι υποχρεωτικό από την ενωσιακή και εθνική νομοθεσία να πληρούνται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, αντιθέτως θα συνδεόταν με το αντικείμενο της σύμβασης και όχι με την εν γένει κατάσταση των υποψηφίων. Επιπροσθέτως, αν ήθελε υποτεθεί, ότι η εγγραφή σε συγκεκριμένη τάξη δεν είναι υποχρεωτική και άρα αρκεί μόνη η απόδειξη ότι ένας οικονομικός φορέας πληροί τις απαιτήσεις για εγγραφή στη μεγαλύτερη τάξη πτυχίου για να αυξηθεί το ανεκτέλεστό του σε αυτό της μεγαλύτερης τάξης, η ερμηνευτική αυτή εκδοχή δεν συνάγεται από τη Διακήρυξη. Ενώ και στην περίπτωση που το ανεκτέλεστο εκληφθεί ως κριτήριο επιλογής, δεν παρίσταται νόμιμο, αφού για την αναβάθμιση του πτυχίου απαιτείται και η αύξηση των τεχνικών πόρων και άρα καθίσταται όχι μόνον κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας, αλλά ταυτόχρονα και κριτήριο τεχνικής επάρκειας, μη προβλεπόμενο στο ενωσιακό δίκαιο. Τούτο δε, καθόσον μόνη η εγγραφή στο Μ.Ε.Ε.Π δεν διασφαλίζει την ειδική εμπειρία των εγγεγραμμένων φορέων σε κάποιον τύπο έργου με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά (ΔΕΦΑΘ 330/2018). Συναφώς, η αναβάθμιση του πτυχίου δεν συνδέεται αποκλειστικά με την αναβάθμιση των πόρων, αλλά συνδυαστικά με τη χρήση του τύπου κατάταξης, ενώ ιδίως για τις εταιρείες της 6^{ης} τάξης η αναβάθμιση στην 7^η τάξη δεν είναι εφικτή χωρίς τη συγχώνευση εταιρειών και άρα δεν παρέχεται εν τοις πράγμασι η δυνατότητα αυτή. Περαιτέρω, επειδή ο όρος δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης, αλλά με την κατάσταση των υποψηφίων, προκύπτει το παράδοξο, μία επιχείρηση εγγεγραμμένη στην 6^η τάξη να πρέπει να αναβαθμιστεί στην 7^η τάξη για να συμμετάσχει σε μία διαγωνιστική διαδικασία ή για να αναλάβει την εκτέλεση ενός έργου Α1 τάξης, ακόμη και αν όλοι οι οικονομικοί της δείκτες και οι τεχνικοί της πόροι είναι μεγαλύτεροι από αυτούς που απαιτούνται για την εγγραφή στην τάξη. Επίσης, παρίσταται αναιτιολόγητος ο αποκλεισμός της δυνατότητας χρήσης εναλλακτικής μεθόδου υπολογισμού του ανεκτέλεστου βάσει του κύκλου εργασιών, όπως παρέχεται στις εταιρείες της 7^{ης} τάξης, παρότι η χρήση αυτής

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

ανταποκρίνεται στις πραγματικές ανάγκες θέσπισης του όρου, αφού όσο μεγαλύτερο κύκλο εργασιών έχει μία επιχείρηση τόσο πιο εύρωστη είναι και άρα μπορεί να αυξάνει το ανεκτέλεστό της. Ομοίως, δεν αιτιολογείται η εφαρμογή του μόνο για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς και μόνο για τα δημόσια έργα και όχι για άλλα έργα (ιδιωτικά ή συγχρηματοδοτούμενα ή έργα που εκτελούνται στο εξωτερικό) που επίσης αναλώνουν πόρους των οικονομικών φορέων. Ως εκ τούτου, το ανεκτέλεστο, εκλαμβανόμενο ως προϋπόθεση συμμετοχής και όχι ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ανάγεται σε υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού, ο οποίος λειτουργεί αυτόματα, χωρίς να παρέχεται δυνατότητα ανταπόδειξης, ήτοι θεσπίζεται ένα αμάχητο τεκμήριο ακαταλληλότητας. Η ουσιώδης νομική πλημμέλεια του πληττόμενου όρου της Διακήρυξης εντοπίζεται, κατά τα ανωτέρω, στο ότι το ανεκτέλεστο συνιστά απόλυτο και αμάχητο κώλυμα συμμετοχής σε διαδικασία δημόσιας σύμβασης, χωρίς να παρέχεται η δυνατότητα στον οικονομικό φορέα να ανατρέψει το σε βάρος του τεκμήριο ανικανότητας εκτέλεσης συγκεκριμένης, κάθε φορά, σύμβασης. Τούτο δε, κατά τρόπο μη συμβατό με τη νομολογία του ΔΕΕ, το οποίο σχετικώς έχει κρίνει, ότι δεν είναι σύμφωνες με το ενωσιακό δίκαιο εθνικές διατάξεις, που καθιερώνουν ασυμβίβαστο μεταξύ του τομέα των δημοσίων έργων και του τομέα των μέσων ενημέρωσης, χωρίς δυνατότητα ανταπόδειξης (ΔΕΚ C-213/07, 16.12.2008, Μηχανική ΑΕ EU:C:2008:731, σκέψη 62).

22. Επειδή, με βάση τα προεκτεθέντα, ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης είναι μη νόμιμος και πρέπει να ακυρωθεί, ως ερειδόμενος σε διατάξεις που αντίκεινται στα άρθρα 18 παρ. 1, 19, 58, 63 και 71 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και εν γένει στις γενικές αρχές που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις, όπως η απαγόρευση διακρίσεων και οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της ελεύθερης ανάπτυξης του ανταγωνισμού, της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών, της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης. Η παρανομία του όρου έγκειται ιδίως στο ότι δεν λειτουργεί ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής και δη οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, όπως θα έπρεπε, αλλά ως μέσο στήριξης των τάξεων πτυχίου, πλήττοντας την ανάπτυξη του ανταγωνισμού και μάλιστα κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αφού για τις εταιρείες 7^{ης} τάξης παρέχεται εναλλακτικός τρόπος απόδειξης, και της αρχής της

Αριθμός Απόφασης: 419/2023

απαγόρευσης διάκρισης λόγω της ιθαγένειας, καθόσον δεν προβλέπεται για τις αλλοδαπές επιχειρήσεις.

23. Επειδή, μετά την ως άνω παραδοχή, βάσει της οποίας ο προσβαλλόμενος όρος κρίθηκε ακυρωτέος, η εξέταση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, κατά τους οποίους ο όρος αυτός αντίκειται και στις διατάξεις των άρθρων 4 παρ. 1, 5 παρ. 1 και 106 του Συντάγματος, καθώς και στις διατάξεις των άρθρων 15, 16 και 20 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και 14 της Ε.Σ.Δ.Α., παρέλκει, ως αλυσιτελής.

24. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μιας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως εν προκειμένω, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951- 52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95). Συνεπώς, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη του εν θέματι διαγωνισμού πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της και να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το παράβολο που κατέθεσε για την άσκησή της.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. πρωτ. .../... Διακήρυξη, με την οποία προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με τίτλο «Αποκατάσταση και βελτίωση οδικού τμήματος της από ... έως ...», Υποτήμημα: ... -», και

Διατάσσει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 16 Μαρτίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΝΔΡΟΝΙΚΗ ΘΕΟΤΟΚΑΤΟΥ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ

α/α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ

ΑΘΗΝΑ, 23.03.2023

Σύντομος σχολιασμός Νομικού Συμβούλου ΣΑΤΕ:

«Με δεδομένο ότι είναι μία απόφαση διοικητικής αρχής δεν είναι απίθανο να υπάρξει δικαστική συνέχεια, που θα είναι στο Συμβούλιο της Επικρατείας καθώς και περαιτέρω δικαστική συνέχεια με παραπομπή προδικαστικού ερωτήματος στο ΔΕΕ, εφόσον το θέμα άπτεται άμεσα του ενωσιακού δικαίου. Σε κάθε περίπτωση φαίνεται ότι αποτελεί το πρώτο ουσιαστικό βήμα για την κατάργηση της αντίθετης με το ενωσιακό δίκαιο διάταξης περί ανεκτελέστου, που λειτουργούσε αποκλειστικά ως εφαλτήριο αποκλεισμού εργοληπτικών επιχειρήσεων».