

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 5.11.2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης Μέλη, δυνάμει της υπ' αριθμ. 9/16.10.2019 Απόφασης της Ολομέλειας της ΑΕΠΠ περί συγκρότησης εκ νέου του 2^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ καθώς και της υπ' αριθμ. 81/16.10.2019 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, περί ορισμού νέων Προέδρων των 2^{ου} και 6^{ου} Κλιμακίων της ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει την από 27.9.2019 (ημερομηνία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1206/7.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του και δη κατά όρων της με αριθμ. 27/2019, με αύξοντα συστημικό αριθμό στο ΕΣΗΔΗΣκαι ΑΔΑΜ: στο ΚΗΜΔΗΣ, Διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, για την επιλογή αναδόχου για την προμήθεια με τίτλο: Α) «.....» CPVκαι Β) «.....» CPV, για τις ανάγκες του, συνολικού προϋπολογισμού 115.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 75.000,00€ και 40.000,00€ αντίστοιχα για τα ως άνω τμήματα, με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 18.10.2019 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της, επί σκοπώ διατήρησης της προσβαλλόμενης απόφασης και απόρριψης της προκείμενης προσφυγής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης διακήρυξης, κατά το μέρος αυτής που προσβάλλεται και πιο συγκεκριμένα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά του

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

επιλεγέντος από την αναθέτουσα αρχή κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας στον εν λόγω διαγωνισμό και δη στο Τμήμα 2 αυτού αναφορικά με το «.....» στο οποίο προτίθεται να συμμετάσχει η προσφεύγουσα, προϋπολογισθείσας αξίας 32.258,07€ άνευ ΦΠΑ, αιτείται δε συναφώς [η προσφεύγουσα] όπως ακυρωθεί ο ως άνω προσβαλλόμενος όρος της υπόψη διακήρυξης, με σκοπό να τροποποιηθεί και αναδιατυπωθεί ώστε να μην αποκλείεται αδικαιολόγητα εν προκειμένω η συμμετοχή της, για τους λόγους που ειδικότερα αναφέρει στη προσφυγή της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε, δεσμεύθηκε και πληρώθηκε το νόμιμο παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ποσού 600,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου) όπως νομίμως έχει υπολογισθεί σε ποσοστό 0,50% της προϋπολογισθείσας άνευ ΦΠΑ αξίας της σχετικής σύμβασης και μάλιστα εν προκειμένω και των δύο τμημάτων αυτής και αποτελεί το κατώτατο κατά νόμο ποσό παραβόλου, δεδομένου ότι από τον ως άνω υπολογισμό επί της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας άνευ ΦΠΑ της προκειμένης σύμβασης, προκύπτει ποσό κατώτερο των 600,00€.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία: «1 Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», αφού η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή στις 27.9.2019, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης ως άνω νόμιμης προθεσμίας, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη πράξη/ διακήρυξη της ως άνω αναθέτουσας αρχής αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 19.9.2019. Όπως άλλωστε δηλώνει και η προσφεύγουσα στο έντυπο της προσφυγής της και στο σχετικό εν προκειμένω πεδίο του εντύπου, γνώση της προσβαλλομένης έλαβε την 25.9.2019.

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ, ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης συνολικής αξίας της σύμβασης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ την 19^η.9.2019 με ΑΔΑΜ:, θεμελιώνεται ούτως και η κατά χρόνο αρμοδιότητα της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017.

5. Επειδή, με την προσφυγή της η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω με αρ. διακήρυξης του για την προμήθεια με τίτλο: Α) «.....» CPVκαι Β) «.....» CPV, για τις ανάγκες του, συνολικού προϋπολογισμού 115.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι 75.000,00€ και 40.000,00€ αντίστοιχα, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, διότι, ως παραπονεείται, στον εν λόγω διαγωνισμό -και δη στο Τμήμα 2 αυτού «.....», προϋπολογισθείσας αξίας 32.258,07€- προτίθεται να συμμετάσχει και να υποβάλλει τη προσφορά της, πλην όμως αποκλείεται εκ προοιμίου λόγω συμπερίληψης στην εν λόγω διακήρυξη του πρώτου κριτηρίου επιλογής για την τεχνική και επαγγελματική

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

ικανότητα των συμμετεχόντων. Ειδικότερα, ο όρος 2.2.6 της επίμαχης διακήρυξης ορίζει: «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα: Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον τρεις (3) αντίστοιχες συμβάσεις, προμήθειας συγκεκριμένων ειδών...», δηλαδή, κατά τη προσφεύγουσα, αποδίδεται εν προκειμένω, βαρύτητα για την κρίση περί τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας των υποψηφίων αποκλειστικά και μόνον στον αριθμό των συναφθειςών συμβάσεων προμήθειας για το συγκεκριμένο είδος κατά την τελευταία τριετία, άνευ οιασδήποτε συνάρτησής τους με την ποσότητα των προσφερόμενων και την αξία έκαστης σύμβασης και περαιτέρω άνευ οιασδήποτε συσχετισμού με την προϋπολογισθείσα δαπάνη των ειδών του ένδικου διαγωνισμού. Εξάλλου, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, στο σχετικό πεδίο του αποτελούντος αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης ΤΕΥΔ διατυπώνεται το εξής ερώτημα στο οποίο υποχρεούνται να απαντήσουν οι συμμετέχοντες: «Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει προβεί στις ακόλουθες κυριότερες παραδόσεις αγαθών του είδους που έχει προσδιοριστεί ή έχει παράσχει τις ακόλουθες κυριότερες υπηρεσίες του είδους που έχει προσδιοριστεί: Κατά τη σύνταξη του σχετικού καταλόγου αναφέρετε τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους παραλήπτες δημόσιους ή ιδιωτικούς» εκ των οποίων συνάγεται ότι το σχετικό ερώτημα αποσκοπεί και αποδίδει βαρύτητα αφενός στην τριετία (ως περίοδος αναφοράς) και αφετέρου στα ποσά (στην αξία) των εκτελεσθεισών συμβάσεων, άνευ οιασδήποτε σύνδεσής τους με τον ελάχιστο αριθμό τους εντός του διαστήματος αυτού. Σε κάθε περίπτωση, κατά τη προσφεύγουσα, ζητείται η αξία των συμβάσεων, χωρίς αυτή να αποτελεί (λόγω του προαναφερόμενου προσβαλλόμενου όρου 2.2.6) ή να λαμβάνεται υπόψιν ως προϋπόθεση καταλληλότητας συμμετοχής στο ένδικο διαγωνισμό. Εν προκειμένω, πέρα της όποιας σχέσης των προαναφερόμενων ρυθμίσεων της διακήρυξης (αντιφατικής ή συμπληρωματικής) και υπό οιαδήποτε εκδοχή, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η συμμετοχή της ίδιας -που δραστηριοποιείται από το έτος 1997 στην εμπορία ιατροτεχνολογικών προϊόντων- καθίσταται αδικαιολόγητα αδύνατη, χωρίς να υφίσταται κανένας

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

κίνδυνος αντισυμβατικής της συμπεριφοράς. Και τούτο διότι, όπως αποτυπώνει στη προσφυγή της, έχει συνάψει και εκτελέσει την τελευταία τριετία τις εξής συμβάσεις προμήθειας αναισθησιολογικών μηχανημάτων: 1) Σύμβαση με τογια, συνολικής αξίας 166.284,00€ και 2) Σύμβαση με το για συνολικής αξίας 44.813,00€. Υπό τα ως άνω δεδομένα, η προσφεύγουσα εταιρία που, ως ισχυρίζεται, πληροί το σύνολο των όρων και απαιτήσεων της επίμαχης διακήρυξης και έχει εκτελέσει δύο (2) συμβάσεις, πλην όμως πολλαπλάσιας αξίας και ποσότητας σε σχέση με την προϋπολογισθείσα αξία (32.258,07€) και ποσότητα (1) του ένδικου διαγωνισμού, τίθεται αυτομάτως εκτός της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας. Ενόψει των ανωτέρω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα στο έντυπο της προσφυγής της, ότι η αναθέτουσα αρχή κινήθηκε εκτός του κανονιστικού πλαισίου του άρθρου 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θεσπίζοντας μη εύλογη, αυθαίρετη και απρόσφορη, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, επιμέρους απαίτηση ως προς τα κατώτατα όρια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των συμμετεχόντων, που αποκλείει αδικαιολόγητα τη συμμετοχή της. Για το λόγο δε αυτό, στοιχειοθετεί προσωπικό, ενεστώς, άμεσο και πραγματικό έννομο συμφέρον να προσβάλλει τους σχετικούς όρους της διακήρυξης ως μη νόμιμους και αντίθετους με το εθνικό και κοινοτικό δίκαιο που αφορούν, τόσο στην νομιμότητα, όσο και στην ουσία της υπόθεσης, όπως αποτυπώνει στους λόγους της προσφυγής της, ζητώντας κατ'ακολουθίαν την ακύρωση, ανάκληση ή άλλως τροποποίηση των.

6. Επειδή, παρεμβαίνει η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «.....», με την από 18.10.2019 Παρέμβαση της, η οποία εταιρεία, όπως εμφανίζεται από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού έχει ήδη υποβάλλει τη προσφορά της [την 7.10.2019], η παρέμβαση της δε ασκείται εν γένει παραδεκτως, καθώς όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ η υπό εξέταση ασκηθείσα Προσφυγή παρόλο που δεν έχει κοινοποιηθεί από την αναθέτουσα αρχή στους συμμετέχοντες προκειμένου να λάβουν γνώση, μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία», εμφανίζεται ωστόσο η ανάρτηση της στην αρχική σελίδα [Κεφαλίδα] στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 8.10.2019, συναφώς δε

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

η ίδια η παρεμβαίνουσα συνομολογεί ότι την 15.10.2019 έλαβε γνώση της από 27.9.2019 κατάθεσης της υπό κρίση προσφυγής. Η παρεμβαίνουσα επιπροσθέτως έχει ενεστώως έννομο συμφέρον προς άσκηση της παρέμβασης της, επί σκοπώ διατήρησης της προσβαλλόμενης διακήρυξης και διενέργειας εντέλει της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς, ως προελέχθη, έχει ήδη υποβάλλει τη προσφορά της και συνεπώς έχει τη προσδοκία όπως της ανατεθεί και η υπόψη σύμβαση.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 9.10.2019 ανήρτησε τις απόψεις της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Στο ως άνω έγγραφο της η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η εν λόγω προδικαστική προσφυγή δεν κατατέθηκε σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στο άρθρο 365 του Ν. 4412/16, με αποτέλεσμα να παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, χωρίς ανακοίνωση αναβολής και να κλειδώσει ο διαγωνισμός με δυο προσφορές. Διατυπώνει περαιτέρω η αναθέτουσα αρχή ότι με Απόφαση του Διοικητή του Νοσοκομείου θα παραταθεί ο χρόνος διενέργειας του Διαγωνισμού που είχε οριστεί για τις 11/10/2019 μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της αίτησης αναστολής, της προσφεύγουσας εταιρείας. Επιπροσθέτως διατυπώνει η αναθέτουσα αρχή ότι ο προκείμενος διαγωνισμός έχει ορισμένο χρονικό περιθώριο προκειμένου να ολοκληρωθεί καθώς αφορά σε προμήθεια η οποία πραγματοποιείται μέσω του Ε.Π «ΑΤΤΙΚΗ 2014-2020» και τα προς προμήθεια είδη, είναι απαραίτητα για την εύρυθμη λειτουργία του Νοσοκομείου και συγκεκριμένα του αναισθησιολογικού τμήματος και των χειρουργείων. Επί της ουσίας δε των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της, ότι η ορισθείσα διά της προσβαλλόμενης διακήρυξης απαίτηση για τη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, είναι σύμφωνη με τη νομοθεσία και συγκεκριμένα το άρθρο 75 του Ν. 4412/16 καθώς και με την πρότυπη διακήρυξη προμήθειας της ΕΑΑΔΗΣΥ. Μάλιστα σύμφωνα και με τις κατευθυντήριες οδηγίες της ΕΑΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ), το ως αναθέτουσα αρχή, στην επίμαχη διακήρυξη προσδιόρισε τις ελάχιστες απαιτήσεις για την τεκμηρίωση της επαγγελματικής και τεχνικής επάρκειας των υποψηφίων, ζητώντας τρεις αντίστοιχες συμβάσεις ίσης ή μεγαλύτερης

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

αξίας, σημειωτέον μάλιστα ότι η ίση αξία είναι η ελάχιστη δυνατή, καθώς αφορά την προμήθεια ενός μόνο τεμαχίου.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα την 16.10.2019 αναρτά στον ηλεκτρονικό τόπο του ΕΣΗΔΗΣ, Υπόμνημα της, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4605/2019, όπως ο νόμος τούτος τροποποίησε τις σχετικές διατάξεις του Ν. 4412/2016, προς αντίκρουση, ως διατυπώνει, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της συμπληρωματικής σε αυτές αιτιολογίας.

9. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι συνιστά οικονομικό φορέα που δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά, με αποτέλεσμα να έχει ενεργό ενδιαφέρον για την υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό, όπως και δικαίωμα συμμετοχής σε αυτόν, δικαίωμα το οποίο, ως ισχυρίζεται, κωλύεται εκ του ως άνω προσβαλλόμενου όρου, στο μέτρο που ενσωματώνει περιοριστικές και απρόσφορες απαιτήσεις, που ουδένα σκοπό εξυπηρετούν, αντιθέτως περιορίζουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στο πλαίσιο τήρησης της αρχής favor participationis. Εξάλλου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή η ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την επίμαχη διακήρυξη όρων, καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή της και η υποβολή της προσφοράς

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την διασφάλιση του ως άνω δικαιώματος της, ήτοι της δυνατότητας της να συμμετάσχει εντέλει στον υπόψη διαγωνισμό και να αξιολογηθεί επί ίσοις όροις αφού ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της επίμαχης διακήρυξης, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος της για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της. Δεδομένων τούτων, με την με αρ. Α478/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ είχε γίνει δεκτό το αίτημα της, αναστολής της συνέχισης της πληττόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση της παρούσας οριστικής απόφασης

11. Επειδή, στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2.[...], 3.Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτό, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στο τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. [...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν [...]. Επέκεινα, το άρθρο 80 με τίτλο Αποδεικτικά μέσα του Ν.4412/2106 (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει ότι «1.Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. [...] 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών». Επιπροσθέτως, στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαριθμούνται τα μέσα που μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων ως εξής: «α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

σημαντικότερων εργασιών εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία [...]».

12. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως δε οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων μεταξύ των διαγωνιζομένων. Προς τούτο τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, να καθορίζεται με σαφήνεια το περιεχόμενό τους και να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα ως προς το μέγεθος και τη φύση τους με το αντικείμενο της σύμβασης (ΔΕΕ, C-218/11, Edukozivig - Hochtief Construction AG, σκέψη 27, ΣτΕ ΕΑ 37/2011, 39/2011, 257/2010, 287/2010, 288/2010, 1178/09, 660/2002, 528/2002, 990/2003, ΣτΕ 812/2009). Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), αναφέρεται ότι «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...] Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...].».

13. Επειδή, από τα ανωτέρω και υπό το πρίσμα της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ και αντίστοιχα του Ν.4412/2016, προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν την ευχέρεια να καθορίζουν όχι μόνο τα ελάχιστα επίπεδα της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αλλά και τα μέσα απόδειξης αυτών, υπό την προϋπόθεση ότι δεν τίθενται υπερβολικά υψηλές και δυσανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης απαιτήσεις. Ειδικότερα, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας καθώς και της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εν δυνάμει προσφέρων οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί δε

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 13, απόφαση 303/2015, της ΕΑΑΔΗΣΥ), χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός. Εξάλλου, με τις ισχύουσες ως άνω διατάξεις, τίθεται πλέον, περιορισμός ως προς την απαίτηση των αναθετουσών αρχών να ζητούν την υποβολή καταλόγου για την εκτέλεση σχετικών εργασιών, αγαθών ή υπηρεσιών, καθώς ορίζεται ένα μέγιστο χρονικό όριο ήτοι τα τελευταία πέντε έτη για τις εργασίες και τα τελευταία τρία έτη για τα αγαθά και τις υπηρεσίες. Ωστόσο, δίδεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή, εάν το κρίνει απαραίτητο και για συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, να λαμβάνει υπόψη της τα αποδεικτικά μέσα που ο οικονομικός φορέας υποβάλλει και για το διάστημα πριν από την ως άνω ορισθείσα πενταετία ή την τριετία. Δεν επιτρέπεται ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή να απαιτεί την υποβολή των σχετικών αποδεικτικών από όλους τους προσφέροντες για το διάστημα πριν από την πενταετία ή την τριετία. Και τούτο, διότι, η αξίωση της αναθέτουσας αρχής για υποβολή καταλόγου των κυριότερων «παραδόσεων» ή συγκεκριμένου αριθμού «παραδόσεων» κατ' έτος ή συνολικά για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα από το μέγιστο οριζόμενο, θα περιόριζε αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, γιατί θα σήμαινε κατά τεκμήριο περισσότερες «παραδόσεις» από όσες θα έπρεπε να αξιώνει η αναθέτουσα αρχή, για να αποδείξει την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα. Για τον ίδιο λόγο, δηλαδή για να μην αποκλείονται «κατάλληλοι» να εκτελέσουν την σύμβαση οικονομικοί φορείς και ούτως να περιορίζεται υπέρμετρα ο ανταγωνισμός, δίδεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή κατά περίπτωση να λαμβάνει υπόψη τις αποδεδειγμένες «παραδόσεις» μεμονωμένων υποψηφίων και πέραν του ελάχιστου ορίου της τριετίας, εάν π.χ. αξιώνεται ποσότητα τριών «παραδόσεων» αγαθών και ο προσφέρων διαθέτει δύο εντός τριετίας και μία παλαιότερα. Κατά τον ενωσιακό νομοθέτη, επομένως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί παραπάνω από μία «παραδόσεις» αρκεί να μην ζητεί περισσότερες «παραδόσεις» από όσες εύλογα θα μπορούσε να έχει εκτελέσει ο οικονομικός

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

φορέας εντός μίας τριετίας. Άλλως και σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης.

14. Επειδή, εν προκειμένω, στον προσβαλλόμενο όρο 2.2.6 της επίμαχης διακήρυξης με τίτλο Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ορίζεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον τρεις (3) αντίστοιχες συμβάσεις προμήθειας συγκεκριμένων ειδών β) να διαθέτουν το κατάλληλο προσωπικό καθώς και τον απαιτούμενο εξοπλισμό, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος II της παρούσας γ) να διαθέτουν τα απαιτούμενα στο Παράρτημα II της παρούσας πιστοποιητικά καλής Εκτέλεσης δ) να διαθέτουν, σύμφωνα με το παράρτημα II, πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευμένη με παραπομπές στις τεχνικές προδιαγραφές ή σε πρότυπα. Πέραν των ανωτέρω, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να δηλώνουν: α) τις κυριότερες συμβάσεις παροχής αντίστοιχων υπηρεσιών που έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας β) το τεχνικό προσωπικό ή τεχνικούς φορείς, ιδίως τους υπεύθυνους για τον έλεγχο της ποιότητας -που διαθέτουν γ) τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτουν και τα μέτρα που λαμβάνουν για την εξασφάλιση της ποιότητας, καθώς και τα μέσα μελέτης και έρευνας δ) τις εγκαταστάσεις μελέτης και έρευνας-που διαθέτουν ε) τα συστήματα διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και ανίχνευσης κατά την εκτέλεση της σύμβασης που διαθέτουν στ) μέτρα περιβαλλοντικής διαχείρισης κατά την εκτέλεση της σύμβασης ζ) το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και τον αριθμό των διευθυντικών στελεχών τους κατά τα τελευταία τρία έτη». Περαιτέρω στο κεφάλαιο 2.2.8.2 με τίτλο Αποδεικτικά μέσα, ορίζεται μεταξύ άλλων: «Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8,

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. [...] Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν, όλα αυτά τα έγγραφα, που αποδεικνύουν τα ζητούμενα στη παράγραφο 2.2.6.»

15. Επειδή, από τις προρρηθείσες προϋποθέσεις των όρων της διακήρυξης και δη του προσβαλλόμενου διά της υπό κρίση προσφυγής 2.2.6 όρου, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να διασφαλίσει ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, απαιτεί την απόδειξη εμπειρίας με τη δήλωση - τουλάχιστον κατά το στάδιο της προκαταρκτικής απόδειξης- τριών (3) εκτελεσθεισών αντίστοιχων με το αντικείμενο της προκηρυχθείσας προμήθειας συμβάσεων, ορίζοντας ως χρόνο απόδειξης της εμπειρίας αυτής την τελευταία τριετία (2017 - σήμερα), απαιτώντας συναφώς τη προσκόμιση των σχετικών εγγράφων, ως αποδεικτικά μέσα της ως άνω ορισθείσας τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (2.2.8.2) και ορίζοντας την υποχρέωση για τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να δηλώσει στο σχετικό πεδίο του ΤΕΥΔ, που αποτελεί και αναπόσπαστο μέρος της επίμαχης διακήρυξης, εάν κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς [ο οικονομικός φορέας] έχει προβεί στις ακόλουθες κυριότερες παραδόσεις αγαθών του είδους που έχει προσδιοριστεί ή έχει παράσχει τις ακόλουθες κυριότερες υπηρεσίες του είδους που έχει προσδιοριστεί: Κατά τη σύνταξη δε του σχετικού καταλόγου να αναφέρει τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους παραλήπτες δημόσιους ή ιδιωτικούς. Ενόψει των ως άνω, η απαίτηση επιτυχούς ολοκλήρωσης τριών (3) συμβάσεων συνολικά κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας, δεν δύναται εν προκειμένω παραδεκτά να θεωρηθεί ως δυσανάλογη και παραβιάζουσα την απαίτηση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού. Και τούτο διότι στην προκείμενη περίπτωση, το αντικείμενο της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας αφορά στην παροχή προμήθειας και σύμφωνα με το Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. σκ. 12) στο οποίο

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

απαριθμούνται τα μέσα που μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων, η αναθέτουσα αρχή δύναται να απαιτεί «κατάλογο[ς] των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο [...]». Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία [...]. Στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία και ως προελέχθη ορίζεται χρόνος απόδειξης της ζητούμενης εμπειρίας η τελευταία τριετία (2017 - σήμερα), δηλαδή ταυτίζεται η απαιτούμενη χρονική διάρκεια των προς απόδειξη της εμπειρίας από τους οικονομικούς φορείς παρασχεθεισών προμηθειών με την οριζόμενη από το Νόμο προθεσμία, ο δε αριθμός των απαιτούμενων τριών (3) συνολικά συμβάσεων, κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας, κρίνεται καταρχήν εύλογος και ανάλογος του ορισθέντος χρονικού διαστήματος, ήτοι της τριετίας, που με τον υπό εξέταση προσβαλλόμενο όρο (2.2.6) τίθεται. Επιπλέον, ο απαιτούμενος αριθμός των τριών (3) συμβάσεων δεν δύναται να θεωρηθεί υπερβολικός και δυσανάλογος, αφού, ούτως, επιτυγχάνεται αύξηση του υγιούς ανταγωνισμού με ταυτόχρονη διασφάλιση της ποιότητας και της αρτιότητας των προμηθειών που αποτελούν και το σκοπό της σύμβασης από επιχειρήσεις, δυνάμενες να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις που απορρέουν από την εν λόγω σύμβαση (ΣΤΕ ΕΑ 203/2018), δια του ορισμού ενός εύλογου αριθμού εκτελεσθεισών συμβάσεων αντίστοιχων με το αντικείμενο για το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι απαιτούνται προκειμένου για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας. Εξάλλου, στην επίμαχο όρο δεν ορίζεται ρητώς απαιτούμενο ποσό των συμβατικών αμοιβών για κάθε μία από τις (εκτελεσθείσες) προμήθειες/ συμβάσεις [προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας], η δε απαίτηση στο ΤΕΥΔ να δηλωθούν τα ποσά, οι ημερομηνίες και οι παραλήπτες κρίνεται ότι αποτελεί αναγκαιότητα προκειμένου να πληρωθεί η προϋπόθεση άρτιας συμπλήρωσης του καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, επιτρέποντας ούτως στην αναθέτουσα αρχή να γνωρίζει τα στοιχεία των ζητηθεισών συμβάσεων και δη την

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

αντιστοιχία αυτών με το προκηρυχθέν αντικείμενο. Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή θεσπίζει εύλογες, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού και των λοιπών υποχρεώσεων του αναδόχου, απαιτήσεις ως προς τα κατώτατα όρια τεχνικής ικανότητας, αφού η απαίτηση ένας οικονομικός φορέας να έχει εμπειρία σε παροχή προμηθειών αντίστοιχη με την υπό ανάθεση σύμβαση, αποδεικνυόμενη δε από τρεις εκτελεσθείσες συμβάσεις κατά τη χρονική διάρκεια τριετίας, αποτελεί δείκτη ικανότητας πρόσφορο που δεν υπερβαίνει το προδήλως αναγκαίο μέτρο (ΣΤΕ ΕΑ 2013/2018), χωρίς μάλιστα να θεσπίζονται συναφώς περαιτέρω απαιτήσεις για προϋπολογισμό των συμβάσεων μεγαλύτερο ή ίσο του προϋπολογισμού της παρούσας προμήθειας. Επέκεινα, κρίνεται ότι, εν προκειμένω, εδύνατο η προσφεύγουσα, άμα τη γνώσει των όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης, να προβεί σε διευκρινιστικό ερώτημα προς την αναθέτουσα αρχή, εάν δηλαδή οι εκτελεσθείσες συμβάσεις από πλευράς της, που αναφέρει άλλωστε και στο έντυπο της προσφυγής της, καθώς αφορούν σε προμήθεια περισσότερων του ενός μηχανημάτων, ήτοι «παραδόσεων» πληρούν τους τιθέμενους όρους περί τεχνικής επάρκειας που ορίζουν μία προμήθεια για κάθε σύμβαση δεδομένου ότι, κατά πρώτον οι χορηγηθείσες διευκρινήσεις αποτελούν μέρος του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, κατά δεύτερον ενδεχόμενες ασάφειες δεν μπορούν να ισχύουν εις βάρος του καλόπιστου συμμετέχοντα και τέλος ήθελε υποτεθεί σε αυτή τη περίπτωση θα δινόταν ούτως η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να ορίσει διά των διευκρινήσεων και κατά το μάλλον προς όφελος της εν δυνάμει συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας, ήτοι προκειμένου για τη προσήκουσα συμμετοχή της στην προς ανάθεση σύμβαση, ότι γίνονται αποδεκτές και τυχόν αντίστοιχες συμβάσεις πραγματοποιηθείσες πριν την ορισθείσα τριετία, ήτοι για την συγκεκριμένη συμμετέχουσα εταιρεία, σύμφωνα με τα επιτασσόμενα στο νόμο και στο πνεύμα της οδηγίας (βλ. σκέψη 13) ή ακόμη ειδικότερα εάν η σύμβαση που έχει συνάψει και εκτελέσει η προσφεύγουσα συνολικής αξίας 166.284,00€, αφού αφορά σε προμήθεια περισσότερων μηχανημάτων του προκηρυχθέντος εν προκειμένω είδους, θα μπορούσε να γίνει αποδεκτή, ως πληρούσα τις τεθείσες προϋποθέσεις. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω και σύμφωνα με τα όσα έγιναν δεκτά, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας κατά του

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

όρου 2.2.6 της προσβαλλόμενης διακήρυξης πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι, και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή κείται εντός των ορισθέντων στην οδηγία 2014/24/ΕΕ και του Ν.4412/2016 που ενσωματώνει τα επιτασσόμενα σε αυτή. Σε κάθε περίπτωση, η διά της προσφυγής προβαλλόμενη εν προκειμένω αδυναμία της προσφεύγουσας να συμμετάσχει στον προκείμενο διαγωνισμό δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα της αναθέτουσας αρχής, εξαιτίας του ορισμού περιοριστικών και δυσανάλογων προϋποθέσεων, που κείνται εκτός του κανονιστικού πλαισίου, αλλά αντιθέτως οι ορισθείσες προϋποθέσεις απόδειξης της εμπειρίας και εν γένει τεχνικής επάρκειας τελούν σε αιτιώδη συνάφεια και αναλογικότητα με το αντικείμενο της προκηρυχθείσας προμήθειας και τις πραγματικές ανάγκες της αναθέτουσας αρχής. Τα αντίθετα δε ισχυριζόμενα από τη προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα.

16. Επειδή, αναφορικά με τον ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της (βλ. σκ. 7) ότι η εν λόγω προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί απαραδέκτως, αφού δεν κατατέθηκε σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στο άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, με αποτέλεσμα να παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, χωρίς ανακοίνωση αναβολής και να κλειδώσει ο διαγωνισμός με δυο προσφορές, έχει ήδη κριθεί με την Α478/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας, ότι είναι αβάσιμος, καθώς σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, [ήτοι, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ] η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασης του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του

Αριθμός απόφασης: 1311 / 2019

άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους, και τούτο διότι η προκείμενη προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 27.9.2019 εμπροθέσμως (βλ. σκ. 3) και εν γένει παραδεκτώς.

17. Επειδή, δεδομένων τούτων, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και η παρέμβαση να γίνει δεκτή.

18. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 5 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 25 Νοεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας

Τζέιμου Γιάννακα

α.α.

Βασιλική Κωστή