

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.05.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 418/08.05.2018 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στον Δήμο Περιστερίου Αττικής, οδός....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά κατά της υπ' αριθμ. 162/26.04.2018 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της υπ' αριθμ. 16^{ης}/26.04.2018 Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Θερμαϊκού.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 162/26.04.2018 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό της υπ' αριθμ. 16^{ης}/26.04.2018 Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Θερμαϊκού και να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός σε αυτήν και να συνεχιστεί η διαδικασία με την πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο Δήμος Θερμαϊκού ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξης 504/25029/10.11.2017 και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. 49968, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΠΕΝΤΕ (5)

Αριθμός Απόφασης: 451/2018

ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΜΕΝΩΝ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΟΦΟΡΩΝ ΜΕ ΣΥΣΤΗΜΑ ΠΡΕΣΑΣ ΧΩΡΗΤΙΚΟΤΗΤΑΣ 22 Κ.Μ.» (CPV 34144512-0), ενδεικτικού προϋπολογισμού τετρακοσίων ενενήντα έξι χιλιάδων ευρώ (496.000,00 €) περιλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας εκατόν είκοσι (120) ημερολογιακών ημερών από την υπογραφή της, με καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών την 15η Δεκεμβρίου 2017 και ώρα 15:00 π.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 21η Δεκεμβρίου 2017, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε απόλυτα νομότυπα και εμπρόθεσμα στις 15.12.2017 και ώρα 09:23:07 π.μ. την υπ' αριθμ. 84138 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, η οποία κατατέθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 07.05.2018, στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 162/26.04.2018 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της υπ' αριθμ. 16^{ης}/26.04.2018 Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Θερμαϊκού, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 27.04.2018, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 07.05.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 162/26.04.2018 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της υπ' αριθμ. 16^{ης}/26.04.2018 Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Θερμαϊκού και επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η αναθέτουσα έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε πλήρως το με αριθμό πρωτοκόλλου 6647/19.04.2018 Πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης της Επιτροπής Διενέργειας Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων, σύμφωνα με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, λόγω του ότι δεν πληρούσε τα κριτήρια Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης και κηρύχθηκε ο διαγωνισμός άγονος, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 451/2018

3. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 162/26.04.2018 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό της υπ' αριθμ. 16^{ης}/26.04.2018 Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Θερμαϊκού και να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός σε αυτήν και να συνεχιστεί η διαδικασία με την πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης.

4. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός ε-παραβόλου 205859383958 0706 0098, όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 07.05.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος), ποσού δύο χιλιάδων ευρώ (2.000,00 €).

6. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

10. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα

Αριθμός Απόφασης: 451/2018

θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 162/26.04.2018 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της υπ' αριθμ. 16^{ης}/26.04.2018 Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Θερμαϊκού.

11. Επειδή το άρθρο 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 που είναι εφαρμοστέος στον υπό κρίση διαγωνισμό ορίζει ότι: *«Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την*

οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.».

12. Επειδή στο άρθρο 2.2 της διακήρυξης με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», στην παρ. 2.2.6 της διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίζεται ότι: «Όσον αφορά την Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οι οικονομικοί Φορείς απαιτείται: να αποδείξουν την τεχνική και Επαγγελματική τους ικανότητα, με την υποβολή συμβάσεων σε όμοια με τη δημοπρατούμενη προμήθεια, κατά την τελευταία τριετία, σε ιδιωτικό ή δημόσιο φορέα με ποσό να είναι ίσο ή μεγαλύτερο από το 50% του προϋπολογισμού άνευ Φ.Π.Α., του συνόλου της προϋπολογιζόμενης δαπάνης. Οι παραδόσεις και η εκτέλεση των συμβάσεων αποδεικνύεται εάν ο αποδέκτης είναι δημόσιος φορέας, με πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από την αρμόδια αρχή (βεβαίωση καλής εκτέλεσης). Εάν δε ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με υπεύθυνη δήλωση του αγοραστή και θεωρημένο το γνήσιο της υπογραφής. Σε περίπτωση που ο προσφέρων δεν είναι ο ίδιος κατασκευαστής ολικά ή μερικά των υπό προμήθεια ειδών, τα παραπάνω ισχύουν τόσο για τον ίδιο όσο και για τον κατασκευαστή. [...]».

13. Επειδή στην παρ. 2.2.8.2 της διακήρυξης με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα» υπό Α. ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, 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. Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν

συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.8). Ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να αντικαταστήσει έναν φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, εφόσον ο τελευταίος δεν πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 2.2.3.1, 2.2.3.2 και 2.2.3.4.», ενώ στην ίδια παρ. υπό Β.9 ορίζεται ότι: *«Στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8 για την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζει, ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό»*. Επισημαίνεται ότι στο ίδιο το κείμενο της διακήρυξης, σε αμφότερες τις ανωτέρω διατάξεις γίνεται ρητή παραπομπή στις διατάξεις του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

14. Επειδή όπως προέκυψε από την έρευνα του φακέλου της υπόθεσης και των πραγματικών περιστατικών που τέθηκαν υπόψη του οικείου Κλιμακίου, η προσφεύγουσα ήταν πράγματι ο μοναδικός συμμετέχων οικονομικός φορέας στον υπό κρίση διαγωνισμό. Η αναθέτουσα αρχή δυνάμει της υπ' αριθμ. 12/23.01.2018 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της υπ' αριθμ. 3^{ης}/23.01.2018 Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Θερμαϊκού, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 24.01.2018, ενέκρινε συνολικά το με αριθμό πρωτοκόλλου 28.235/21.12.2017 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και ενέκρινε την πρόκριση της προσφοράς της προσφεύγουσας στην επόμενη φάση του διαγωνισμού, ήτοι στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, κρίνοντας ότι τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, πληρούσαν τις απαιτήσεις της διακήρυξης και της τεχνικής μελέτης και μάλιστα, η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας συγκέντρωνε βαθμολογία 103,6. Στη συνέχεια, δυνάμει της υπ' αριθμ. 63/16.02.2018 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της υπ' αριθμ. 8^{ης}/16.02.2018 Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Θερμαϊκού, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 06.03.2018, ενέκρινε συνολικά το με αριθμό

Αριθμός Απόφασης: 451/2018

πρωτοκόλλου 2233/06.02.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων και ενέκρινε την ανακήρυξη της προσφεύγουσας ως προσωρινού μειοδότη. Ακολούθως η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της με αριθμό πρωτοκόλλου 5420/28.03.2018 Πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, που απηύθυνε στην προσφεύγουσα και αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 28.03.2018, προσκάλεσε την τελευταία να προσκομίσει εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης σε αυτήν τα σχετικά δικαιολογητικά κατακύρωσης, προς απόδειξη για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού που προβλέπονταν στη διακήρυξη του διαγωνισμού και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Πράγματι, η προσφεύγουσα εντός της ταχθείσας από την αναθέτουσα προθεσμίας, προσκόμισε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τέλος, με την προσβαλλόμενη απόφαση, δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε πλήρως το με αριθμό πρωτοκόλλου 6647/19.04.2018 Πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης της Επιτροπής Διενέργειας Διαδικασιών Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων, η αναθέτουσα απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, λόγω του ότι δεν πληρούσε τα κριτήρια Τεχνικής και Επαγγελματικής ικανότητας, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης και κήρυξε τον διαγωνισμό άγονο.

15. Επειδή σχετικά με τον μοναδικό λόγο προσφυγής που προβάλλεται από την προσφεύγουσα, πρέπει να ειπωθούν τα εξής. Όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ επί των άρθρων 47 παρ. 2 και 3, και 48 παρ. 3 και 4, της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η οποία καταργήθηκε με την Οδηγία 24/2014/ΕΕ, ωστόσο, υπάρχει αντίστοιχη ρύθμιση με τις παλαιότερες διατάξεις στο άρθρο 63 (όπως αυτό μεταφέρθηκε στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016), αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να μπορεί να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων, θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους και τα μέσα αυτών, τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασεως (βλ. απόφαση της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, C-94/12,

Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, ο οποίος δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του κοινοτικού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά (βλ. σχετικά την απόφαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze den Mare (CoNISMa), Συλλογή της Νομολογίας 2009, I-12129, σκέψη 37 και εκεί παραπομπή σε περαιτέρω κοινοτική νομολογία). Περαιτέρω, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στα σημεία 33 και 37 των προτάσεων του, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επεδίωκε η Οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 αυτής (βλ. τη σκέψη 34 της απόφασης της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, καθώς και εκεί περαιτέρω παρατιθέμενη κοινοτική νομολογία) και πλέον στην αιτιολογική σκέψη 2, 59 και 78 κ.α. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το δικαίωμα που κατοχυρώνεται πιο πάνω, λαμβανομένου υπόψη του σημαντικού ρόλου που διαδραματίζει στο πλαίσιο των ενωσιακών ρυθμίσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί γενικό κανόνα τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές, όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της καταλληλότητας του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης σύμβασης. Κατά την έννοια αυτή, θεωρείται δεδομένο ότι στην πραγματικότητα, η προσφυγή κάποιου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου αποτελεί ένα αυτοτελές μέσο απόδειξης της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σχετικά με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των υποψηφίων αναδόχων. Υπό τις συνθήκες αυτές, το γεγονός ότι, κατά το άρθρο 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ένας οικονομικός

φορέας μπορεί «ενδεχομένως» να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά τον τρόπο ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί μόνο κατ' εξαίρεση να στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτων φορέων (απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκέψη 36). Ενόψει των ανωτέρω, οσάκις μια εταιρία επικαλείται, προκειμένου να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητές της για να γίνει δεκτή σε διαδικασία υποβολής προσφορών, τις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τις οποίες συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, ανεξάρτητα από τη νομική φύση τους, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν της ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ. απόφαση της 2^{ας} Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί περαιτέρω παραπομπή σε κοινοτική νομολογία και απόφαση της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Όπως προκύπτει τόσο από το αντικείμενο όσο και από το γράμμα των εν λόγω διατάξεων, ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία αναθέσεως δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να διαθέσει, προς εκτέλεση της συμβάσεως, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες (απόφαση της 14^{ης} Απριλίου 1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1994, σελ. I-01289, σκέψη 15). Επισημαίνεται συναφώς ότι δεν απαιτείται να είναι σε θέση ο συνάπτων σύμβαση με αναθέτουσα αρχή να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με δικά του μέσα, προκειμένου να μπορεί να χαρακτηριστεί ως εργολήπτης, αλλά ότι αρκεί να παρέχει τις αναγκαίες εγγυήσεις για το ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκπλήρωση της οικείας παροχής από τρίτους (απόφαση της 12^{ης} Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Archtetti delle Province di Milano e Lodi, Συλλογή της Νομολογίας 2001, σελ. I-5409, σκ. 90 και απόφαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa, σκ. 41). Επομένως, όπως προκύπτει τόσο από τις κοινοτικές ρυθμίσεις όσο και από τη

νομολογία του Δικαστηρίου, έχει δικαίωμα υποβολής προσφοράς ή καταθέσεως αιτήσεως συμμετοχής κάθε πρόσωπο ή φορέας που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της συμβάσεως, απευθείας ή μέσω τρίτου (πχ μέσω ιδιωτικού συμφωνητικού περί δέσμευσης πόρων ή μέσω υπεργολαβίας), ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος – δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου – που τον διέπει και ανεξαρτήτως του εάν δραστηριοποιείται στην αγορά επί συστηματικής βάσεως ή μόνον ευκαιριακά, ή εάν επιδοτείται από κρατικούς πόρους ή όχι (απόφαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa, σκ. 42). Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της συμβάσεως. Επομένως, είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία αναθέσεως συμβάσεως παροχής υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους υπολογίζει να προσφύγει αν του ανατεθεί η σύμβαση. Πάντως, αυτή η προσφυγή σε αποδεικτικά στοιχεία τρίτων δεν μπορεί να γίνει δεκτή άνευ όρων. Πράγματι, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, να προβεί σε έλεγχο της ικανότητας των παρεχόντων υπηρεσίες, σύμφωνα με τα απαριθμούμενα κριτήρια. Η επαλήθευση αυτή σκοπεί ιδίως στο να διασφαλίσει την αναθέτουσα αρχή ότι ο υποβάλλων προσφορά πρόκειται όντως να κάνει χρήση των οποιασδήποτε φύσεως μέσων που επικαλείται κατά την καλυπτόμενη από τη σύμβαση χρονική περίοδο (Απόφαση της 12^{ης} Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, σκ. 90-92, απόφαση της 2^{ας} Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκ. 24-31, πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18^{ης} Δεκεμβρίου 1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1997 I-07549, σκ. 13-14, ΣΤΕ 3306/1991, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 896/2009). Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο

της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησεως αυτών των ικανοτήτων (Απόφαση της 18^{ης} Μαρτίου 2004, C-314/01, Siemens AG Österreich και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή της Νομολογίας 2004 I-02549, ΕΑ ΣτΕ 284/2013, 409/2013).

16. Επειδή όπως προκύπτει από τα ανωτέρω εκτεθέντα, στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή, εφόσον είχε περιλάβει στη διακήρυξη όρο για τη δυνατότητα συμμετοχής οικονομικού φορέα στον εν λόγω διαγωνισμό, στηριζόμενου στις δυνατότητες τρίτου οικονομικού φορέα (παρ. 2.2.8.2 υπό Α. και Β.9), όφειλε απλά και μόνο να εξετάσει τη λυσιτέλεια των αποδεικτικών μέσων που προσκόμισε η προσφεύγουσα ως προς την έγκυρη και επαρκή δέσμευση του τρίτου φορέα απέναντί της, σχετικά με την πραγματική πρόθεσή του να συνδράμει αυτήν στην εκτέλεση της προμήθειας του διαγωνισμού. Ουδόλως όμως, μπορούσε η αναθέτουσα να ελέγξει την ταυτόχρονη συνδρομή των απαιτούμενων τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων της προσφεύγουσας, αφού η απουσία των ικανοτήτων αυτών στο πρόσωπό της εξ αρχής, ήταν εκείνη που οδήγησε στην προσφυγή της στις ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα. Εξάλλου, η αδυναμία του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα να ανταποκριθεί με ίδια μέσα στις απαιτήσεις εκτέλεσης της σύμβασης αποτελεί την πρώτη από τις θεμελιώδεις προϋποθέσεις για την επίκληση της στήριξης στις ικανότητες τρίτων φορέων και του συνολικού θεσμού της δάνειας εμπειρίας, όπως έχει διαμορφωθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ (βλ. σχετικά τη με αριθμό πρωτοκόλλου 2076/25.04.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 295/2015, με θέμα: «Δυνατότητα δανεισμού ικανότητας τρίτων κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων», η οποία μεταξύ άλλων, αποτυπώνει τις νέες διατάξεις για τη στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων και Α. Ταμαμίδη, Η δάνεια εμπειρία - Νομολογιακή αντιμετώπιση, Θεωρία & Πράξη Διοικητικού Δικαίου Τεύχος 7/2013, Ιούλιος). Ως εκ τούτου, ενώ κατ' αρχάς εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να επιλέξει και να υιοθετήσει ως κριτήρια ποιοτικής επιλογής των συμμετεχόντων τα κριτήρια

Αριθμός Απόφασης: 451/2018

εκείνα που προσιδιάζουν και είναι ανάλογα με το αντικείμενο της υπό σύναψη συμβάσεως, υπάρχει ρητή δέσμευση αυτής να αποδέχεται τη συμμετοχή των φορέων που δεν πληρούν οι ίδιοι τα κριτήρια αυτά, αλλά επικαλούνται και αποδεικνύουν ότι τα έχουν στη διάθεσή τους εξαιτίας των δεσμών που τους συνδέουν με άλλους οικονομικούς φορείς ή τα μέλη τους (εάν πρόκειται για κοινοπραξίες ή συμπράξεις προσώπων). Η ερμηνεία αυτή, η οποία διασφαλίζει την ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, που εντάσσεται στους επιδιωκόμενους από τους κοινοτικούς κανόνες σκοπούς (αποφάσεις της 19^{ης} Μαΐου 2009, C-538/07, Assitur Srl και απόφαση C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze den Mare CoNISMa), προκύπτει άμεσα από τη γραμματική διατύπωση της οικείας διατάξεως, από την οποία απουσιάζει οιαδήποτε αναφορά σε σχετική ευχέρεια ή δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής (ΕΛΣυν. Τμ. VI 527/2012). Συνεπώς, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, εφόσον η αναθέτουσα ήλεγξε τα αποδεικτικά μέσα δέσμευσης του τρίτου οικονομικού φορέα έναντι της προσφεύγουσας κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και της αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς της και τα έκρινε επαρκή κατά τους όρους της διακήρυξης όφειλε να κάνει εν τέλει δεκτή την προσφορά της προσφεύγουσας, με δεδομένη τη στήριξή της στις ικανότητες τρίτου φορέα. Η εκ των υστέρων απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με την αιτιολογία ότι η ίδια η προσφεύγουσα δεν πληροί τις τεχνικές και επαγγελματικές προϋποθέσεις που θέτει η διακήρυξη, καθιστά ακυρωτέα την προσβαλλόμενη απόφαση.

17. Επειδή εξάλλου, η αναθέτουσα με το με αριθμό πρωτοκόλλου 8450/17.05.2018 έγγραφό της, με τίτλο: «Απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής επί της «Προδικαστικής προσφυγής κατά της υπ. αριθ. 162/2018 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Θερμαϊκού σχετικά με την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΠΕΝΤΕ (5) ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΜΕΝΩΝ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΟΦΟΡΩΝ ΜΕ ΣΥΣΤΗΜΑ ΠΡΕΣΑΣ ΧΩΡΗΤΙΚΟΤΗΤΑΣ 22 κ.μ.» από την.....», το οποίο κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. στις 17.05.2018, εσφαλμένα επικαλείται το άρθρο 19 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να δικαιολογήσει την κρίση της

περί της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, όπως αποτυπώθηκε στην προσβαλλόμενη. Συγκεκριμένα, αναφέρει: «...και από τη ρητή διατύπωση της ανωτέρω διάταξης προκύπτει με σαφήνεια η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προβλέπει ειδικά τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας όπως και συνέβη στην προκείμενη περίπτωση με την πρόβλεψη της αναθέτουσας αρχής στο κριτήριο της παραγράφου 2.2.6 όπου σε αντίθεση με όλες τις υπόλοιπες απαιτήσεις επελέγη να ζητηθεί η κάλυψη του κριτηρίου από όλους σε περίπτωση δανεισμού εμπειρίας.». Κατ' αρχήν σκόπιμο είναι να αποσαφηνιστεί ότι η προσφεύγουσα δεν μετείχε σε ένωση προσώπων, αλλά επικαλέστηκε τη στήριξη στις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες τρίτου φορέα κατά την έννοια της «δάνειας εμπειρίας» και οι δύο αυτές σαφώς διακριτές μορφές συμμετοχικής παρουσίας οικονομικών φορέων σε διαγωνιστικές διαδικασίες δεν πρέπει να συγχέονται εκ μέρους της αναθέτουσας. Επιπλέον και ως εκ περισσού αναφέρεται, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα δεν μετείχε σε ένωση προσώπων ή κοινοπραξία, αλλά υπέβαλε προσφορά στον υπό κρίση διαγωνισμό αυτοτελώς, στηριζόμενη απλώς στις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες τρίτου φορέα, όπως έχει κριθεί από το ΔΕΕ (απόφαση της 14^{ης} Απριλίου 1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1994, σελ. I-01289, σκ. 13), αλλά και δέχεται σύσσωμη η θεωρία (βλ. Α. Ταμαμίδη, ό.π. και Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), στην περίπτωση ενώσεων προσώπων ή κοινοπραξιών οικονομικών φορέων, η επίκληση της εμπειρίας ενός και μόνο μέλους της κοινοπραξίας ή της ένωσης, αρκεί για να τεκμηριώσει έναντι της αναθέτουσας την τεχνική και επαγγελματική ή οικονομική-χρηματοοικονομική επάρκεια όλης της ένωσης ή της κοινοπραξίας και δεν μπορεί να ζητείται από την αναθέτουσα η πλήρωση των όρων της διακήρυξης ως προς τη ζητούμενη ικανότητα από όλα τα μέλη της ένωσης ή της κοινοπραξίας, καθώς κάτι τέτοιο εγείρει ζητήματα αντίθεσης στο ενωσιακό δίκαιο και θέτει αδικαιολόγητους περιορισμούς στην ελεύθερη συμμετοχή οικονομικών φορέων σε δημόσιους διαγωνισμούς, παραβιάζοντας την αρχή της

αναλογικότητας (βλ. σχετικά την κριτική σε βάρος της ΕΑ ΣΤΕ 896/2009). Αντιθέτως, όπως έχει κριθεί ένα κριτήριο επιλογής, όπως το κριτήριο της εμπειρίας, δεν χρειάζεται να πληρούται από όλα τα μέλη μιας συμπράξεως, αλλά αρκεί και ένα εξ αυτών να διαθέτει την ζητούμενη εμπειρία και να αποδεικνύεται ότι αυτή τίθεται στη διάθεση της συμπράξεως για την εκτέλεση της συμβάσεως, ενώ περαιτέρω, όρος της διακηρύξεως, ο οποίος συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή συμπράξεως στη διαγωνιστική διαδικασία με την απαίτηση συνδρομής του κριτηρίου της ζητούμενης εμπειρίας σε όλα τα μέλη της κοινοπραξίας, είναι μη νόμιμος (πρβλ. απόφαση της 18^{ης} Ιουλίου 2007, C-399/05, Επιτροπή Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, σκ. 22). Υπό την εκδοχή ότι σκοπός ενός τέτοιου όρου είναι η αρτιότερη εκτέλεση της συμβάσεως (καθόσον όλα τα συμπράττοντα μέλη καλύπτουν όλα τα κριτήρια καταλληλότητας συμμετοχής στο διαγωνισμό), η επιβολή του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, ως προϋπόθεση του παραδεκτού αυτής, δεν παρίσταται δικαιολογημένη διότι αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας καθόσον η προσήκουσα εκτέλεση της συμβάσεως εκ μέρους της συμπράξεως δύναται να επιτευχθεί αποτελεσματικώς μετά την ανάθεση της συμβάσεως, τόσο με την υποχρέωση αυτής να περιβληθεί ορισμένη νομική μορφή, εφόσον τούτο κρίνεται απαραίτητο, όσο και με τη θέσπιση ειδικού προσωπικού μέτρου ευθύνης των μελών της (ΕΛΣυν Τμ. VI 527/2012). Ως εκ τούτου, το επιχείρημα αυτό της αναθέτουσας καταρρίπτεται άνευ άλλου τινός.

18. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω σκέψεων, το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης, σε αντίθεση με όσα υποστηρίζει η αναθέτουσα στις ως άνω απόψεις της, εφόσον θεωρηθεί ότι αφορά υποχρεωτικά και επί ποινή αποκλεισμού τον ίδιο τον υποψήφιο στον διαγωνισμό προμηθευτή, έρχεται σε ευθεία αντίθεση και παραβιάζει την πλήρη και αποτελεσματική εφαρμογή του θεσμού της δάνειας εμπειρίας, όπως αναπτύχθηκε διεξοδικά στις προηγούμενες σκέψεις. Η απαίτηση να συντρέχουν στο πρόσωπο και του ίδιου του προμηθευτή αναδόχου, οι τεχνικές και επαγγελματικές προϋποθέσεις που θέτει η διακήρυξη και για τις οποίες μπορεί ο συμμετέχων οικονομικός φορέας να στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων φορέων, εμποδίζει ολοκληρωτικά την

επίκληση της ικανότητας τρίτων και κατά λογική αναγκαιότητα αποκλείει την παρεχόμενη εκ του νόμου (και την Οδηγία) και τη διακήρυξη δυνατότητα να αποδείξει η προσφεύγουσα την τεχνική της επάρκεια επικαλούμενη την εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα. Αυτό όμως θα παραβίαζε τόσο τις ρητές διατάξεις της διακήρυξης όσο και τις διατάξεις του νόμου και της Οδηγίας. Συνεπώς, καταρρίπτονται ομοίως οι περί του αντιθέτου αναφορές της αναθέτουσας στις ανωτέρω απόψεις της και το άρθρο 2.2.6 δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής στην περίπτωση της στήριξης του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου κατά το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Εξ αρχής η προσφεύγουσα είχε δηλώσει ότι θα συμμετείχε στον διαγωνισμό στηριζόμενη στις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες της εταιρείας «.....» και είχε υποβάλει την προσφορά της με αυτές τις προϋποθέσεις, επικαλούμενη τον θεσμό της δάνειας εμπειρίας, όπως της έδινε το δικαίωμα η ίδια η διακήρυξη. Ουδέποτε δήλωσε ή υπαινίχθηκε ότι ήταν η ίδια κατασκευάστρια των προς προμήθεια ειδών ή ότι συνέτρεχαν στο πρόσωπό της καθ' οιονδήποτε τρόπο οι απαιτούμενες ικανότητες του άρθρου 2.2.6. Η μόνη ορθή ανάγνωση του όρου 2.2.6 της διακήρυξης, βάσει και της γραμματικής διατύπωσης αυτού, είναι ότι απαιτεί την προσκόμιση επαρκούς δέσμευσης σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα εκ μέρους του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και για τον κατασκευαστή, ως μία πρόσθετη εξασφάλιση για τον τελευταίο, σε περίπτωση που ο συμμετέχων υποψήφιος δεν είναι ο ίδιος κατασκευαστής και όχι ότι σε κάθε περίπτωση η ζητούμενη από το εν λόγω άρθρο ικανότητα θα πρέπει υποχρεωτικά να συντρέχει στο πρόσωπο του ίδιου του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του. Διαφορετική ανάγνωση θα ματαίωνε παράνομα και σε αντίθεση με την ίδια τη διακήρυξη την εκπλήρωση του σκοπού, τον οποίο υπηρετεί η προσφυγή στη δάνεια εμπειρία τρίτου και μια τέτοια ερμηνεία δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Ως εκ τούτου, καταρρίπτεται και η σχετική επιχειρηματολογία της αναθέτουσας περί παραβίασης του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης εκ μέρους της προσφεύγουσας, όπως περιλαμβάνεται στην προσβαλλόμενη, αλλά και στις υποβληθείσες στην

Α.Ε.Π.Π. απόψεις της. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η προσβαλλόμενη πάσχει και η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή στο σύνολό της.

19. Επειδή περαιτέρω, η αναθέτουσα αναφέρει στις ως άνω απόψεις της ότι: *«Πάντως, δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες, οι οποίες απαιτούν ικανότητα που δεν μπορεί να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστονος ικανότητας περισσοτέρων, ώστε να γίνει επίκληση και εφαρμογή της δάνειας εμπειρίας. Στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή ευλόγως μπορεί να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από όλους τους οικονομικούς φορείς, στο βαθμού που, όπως και εν προκειμένω, η απαίτηση αυτή είναι συνδεδεμένη και ανάλογη με το αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης (ο.π. υπ' αριθ. 21/2014 γνώμη Ν.Σ. ΕΑΑΔΗΣΥ, με παραπομπή σε ΔΕΕ. Απόφαση C 94/12, σκέψη 35).»*. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα επιχειρεί αλυσιτελώς να μεταφέρει την πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ (όπως αποτυπώθηκε και στην απόφαση της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, C-94/12 και μετέπειτα στην απόφαση της 7^{ης} Απριλίου 2016, C-324/14 Partner Apelski Dariusz), η οποία ωστόσο αφορούσε υποθέσεις με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά και μέσω των οποίων απλά δόθηκε στο ΔΕΕ η δυνατότητα να κρίνει επί της νομιμότητας των κριτηρίων περιορισμού της επίκλησης του θεσμού της δάνειας εμπειρίας που μπορεί να εφαρμόζει μία αναθέτουσα, οσάκις ιδιαίτερες συνθήκες και περιστάσεις που κρίνονται κατά περίπτωση και αφορούν συγκεκριμένο διαγωνισμό, δικαιολογούν μια τέτοια προσέγγιση. Σε κάθε περίπτωση το ΔΕΕ έκρινε και σε αυτές τις περιπτώσεις ότι: *«[...] η αναθέτουσα αρχή μπορεί, συνεπώς, ευλόγως να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από ένα μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων [...] στο μέτρο που η απαίτηση αυτή συνδέεται με το αντικείμενο της επίμαχης συμβάσεως και είναι σύμφωνη με την αρχή της αναλογικότητας [...]»* (σκ. 37 της απόφασης C-324/14). Εν προκειμένω όμως, η αναθέτουσα επικαλείται όψιμα και χωρίς καμία προφανή δικαιολόγηση την ανωτέρω νομολογία, χωρίς να αναφέρει ρητά και σαφώς αν ένας οποιοσδήποτε περιορισμός της άσκησης του δικαιώματος επίκλησης της εμπειρίας τρίτων

φορέων κρίνεται νόμιμος και δικαιολογημένος στον εν λόγω διαγωνισμό, εφόσον ένας τέτοιος περιορισμός συνδέεται άμεσα με το αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης και δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Τέτοιος περιορισμός όμως της δυνατότητας προσφυγής στις ικανότητες τρίτων φορέων δεν φαίνεται να δικαιολογείται στην προκειμένη περίπτωση, ούτε από το αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού ούτε φαίνεται να μπορεί να τεκμηριωθεί επαρκώς στην αρχή της αναλογικότητας. Σε κάθε περίπτωση, δεν έκανε ποτέ χρήση του η αναθέτουσα μέχρι τη στιγμή της σύνταξης των υπό κρίση απόψεών της και ένας τέτοιος περιορισμός δεν κατέστη ποτέ κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ελλείπει οποιαδήποτε αναφορά στο κείμενο της διακήρυξης. Συνεπώς, το δικαίωμα προσφυγής στην τεχνική εμπειρία τρίτου, κατ' αρχήν ασκείται ελεύθερα και απεριόριστα σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκτέθηκαν ανωτέρω. Ως εκ τούτου και σε αυτή την περίπτωση, το επιχείρημα της αναθέτουσας καταρρίπτεται άνευ άλλου τινός.

20. Επειδή τέλος, αντίθετα με τα διαλαμβανόμενα στις προαναφερθείσες απόψεις της αναθέτουσας, με την υπό κρίση προσφυγή δεν προσβάλλεται το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης ούτε η προσφυγή με το αιτητικό της πλήττει καθ' οιονδήποτε τρόπο το κύρος των διατάξεων της διακήρυξης και ως εκ τούτου δεν τίθεται θέμα έλλειψης εννόμου συμφέροντος από την πλευρά της προσφεύγουσας, όπως εσφαλμένα διατείνεται η αναθέτουσα. Μοναδικό αίτημα της προσφυγής όπως ρητώς διατυπώνεται και προκύπτει από το κείμενο αυτής, είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 451/2018

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 162/26.04.2018 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό της υπ' αριθμ. 16^{ης}/26.04.2018 Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Θερμαϊκού.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού δύο χιλιάδων ευρώ (2.000,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Ιουνίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ειρήνη Τσιμπούκη