

**Η**

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

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 10/10/2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1278/22.08.2023, της προσφεύγουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

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

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας Αρχής και να της επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή**

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή, με διακήρυξη ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού που αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και έλαβε αριθμό ΑΔΑΜ ... 2023-07-26, προκήρυξε την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης της σύμβασης, με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 1.612.900,00 €, πλέον ΦΠΑ, και κάλεσε τους οικονομικούς φορείς, που πληρούσαν τις τασσόμενες από τον νόμο και την διακήρυξη τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις συμμετοχής, να υποβάλουν φάκελλο προσφοράς. Όπως περιγράφεται στο άρθρο 1.3 της διακήρυξης, «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η επιτήρηση, η επισκευή, η συντήρηση, η βελτίωση της λειτουργίας και ο καθαρισμός των υφισταμένων και εν λειτουργία υπογείων διαβάσεων πεζών και οχημάτων του Πρωτεύοντος Αστικού Οδικού Δικτύου ... που αναφέρονται στους συνημμένους πίνακες του Παραρτήματος V της Τεχνικής Περιγραφής».

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν.

## Αριθμός Απόφασης:1513/2023

4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την 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 παραβόλου ... , αξίας 8065,00 €, ομού με το επαράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, ως γίνεται δεκτό, οι αναθέτουσες Αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια, τόσο κατά τον γενικό σχεδιασμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όσο και κατά τον καθορισμό των 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. Οι αρχές αυτές επιβάλλουν, οι θεσπιζόμενες απαιτήσεις, που από την φύση τους μειώνουν τον αριθμό των ενδιαφερομένων που είναι ικανοί να υποβάλουν προσφορά, να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΣΤΕ 444/2022 σκέψη 10, Ε.Α. ΣΤΕ 170/2021 σκέψη 7, 122/2021 σκέψη 11, 118/2021 σκέψη 11, 117/2021 σκέψη 14, 106/2021, 93/2021, 335/2019, 203/2018, 123/2016, πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 13.7.2017, C-76/16, INGSTEEL spol. sro και Metrostav as κατά Úrad pre verejné obstarávanie, σκέψεις 32-33, της 18.10.2012, C-218/11, Édukönízig και Hochtief Construction, σκέψη 29, ΣΤΕ 3161/2006, Ε.Α. ΣΤΕ 260/2011, 257, 649/2010, 257/2010, 1043, 1209/2009, 660/2002 κ.ά.).

5. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε εμπροθέσμως, στις 05/09/2023, τις απόψεις της επί της ένδικης προσφυγής, δοθείσης της κατά την 21<sup>η</sup>/08/2023 κατάθεσης της οικείας προσφυγής. Σημειώνεται, ότι ο ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής, ότι «η προηγούμενη σύμβαση, η οποία αφορούσε στο ίδιο αντικείμενο και για την ανάθεσή της είχαν προβλεφθεί

## Αριθμός Απόφασης:1513/2023

αντίστοιχα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, κρίθηκε νόμιμη κατά τον προσυμβατικό έλεγχο νομιμότητας με την υπ' αριθμ. .../2021 Πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου», τυγχάνει απορριπτέος λόγω της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007, κ.α.).

6. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι εμποδίζεται να υποβάλει νόμιμη προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό και ότι η συμμετοχή της στον διαγωνισμό είναι ανέφικτη, διότι το άρθρ. 2.2.6 της διακήρυξης απαιτεί από τους διαγωνιζόμενους, να έχουν εκτελέσει τα τρία τελευταία χρόνια (προ της δημοσίευσης της διακήρυξης) μία τουλάχιστον σύμβαση ποσού ίσου με το 25% του προϋπολογισμού της δημοπρατούμενης σύμβασης, ήτοι ποσού € 403.225,00 (άνευ ΦΠΑ), με αντικείμενο εργασιών συντήρησης οικοδομικών και ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων υπογείων διαβάσεων πεζών και οχημάτων. Υποστηρίζει δε, ότι η συγκεκριμένη απαίτηση, δηλαδή να έχει εκτελέσει ο διαγωνιζόμενος μία σύμβαση, που να περιλαμβάνει ταυτόχρονα συντήρηση σε υπόγειες διαβάσεις πεζών και οχημάτων, παραβιάζει τις αρχές της σχετικότητας, της αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των απαιτήσεων τεχνικής ικανότητας με τον σκοπό και το αντικείμενο της σύμβασης και δεν είναι αναγκαία και πρόσφορη για την επίτευξη της άρτιας και έντεχνης εκτέλεσης της σύμβασης, περιορίζει δε υπέρμετρα και αναιτιολόγητα τον βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό. Για τους ίδιους ως άνω λόγους, προσβάλλει ως μη νόμιμο και τον όρο της διακήρυξης, που απαιτεί για το προσωπικό, διευθυντικό και στελεχιακό δυναμικό εμπειρία σε εκτέλεση συμβάσεων, που περιλαμβάνουν ταυτόχρονα εργασίες συντήρησης σε υπόγειες διαβάσεις πεζών και οχημάτων, καθώς περιορίζει αναιτιολόγητα τον ανταγωνισμό χωρίς να προσφέρει στην αναθέτουσα Αρχή επιπλέον διασφαλίσεις. Τέλος, η προσφεύγουσα προσβάλλει τον όρο της επίμαχης διακήρυξης, που απαιτεί για τα «φωτιστικά υπόγειων διαβάσεων αντιβανδαλιστικά», «ειδικές πλάκες πεζοδρομίου, φωτιζόμενες με ...» και «ειδικό υλικό επίστρωσης επιφανειών, αντιβανδαλιστικής προστασίας», οι διαγωνιζόμενοι να υποβάλουν βεβαιώσεις εγκατάστασης και καλής λειτουργίας μόνον από δημόσιους φορείς στην ....

7. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου προκύπτει, ότι η απαίτηση αυτή της αναθέτουσας Αρχής και ο σχετικός όρος της διακήρυξης, που ορίζει, ότι ο διαγωνιζόμενος πρέπει να έχει εκτελέσει μία σύμβαση, που να περιλαμβάνει ταυτόχρονα συντήρηση σε υπόγειες διαβάσεις πεζών και οχημάτων, παραβιάζει τις αρχές της σχετικότητας, της αναλογικότητας και αιτιώδους συνάφειας των απαιτήσεων τεχνικής ικανότητας με τον σκοπό και το αντικείμενο της σύμβασης και δεν είναι αναγκαία και πρόσφορη για την επίτευξη της άρτιας και έντεχνης εκτέλεσης της σύμβασης περιορίζει δε υπέρμετρα και ανατιολόγητα τον βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό, καθώς η μόνη διαφορά στην εκτέλεση εργασιών συντήρησης σε διαβάσεις πεζών και διαβάσεις οχημάτων είναι ότι οι εργασίες στις υπόγειες διαβάσεις οχημάτων θα πρέπει να εκτελούνται με ταυτόχρονη κυκλοφορία των οχημάτων, υφιστάμενης έτσι δυσχέρειας στην εκτέλεσή τους και ανάγκης πρόσθετων μέτρων ασφαλείας. Για τους αυτούς λόγους, τυγχάνει ακυρωτέος και ο όρος της διακήρυξης, που απαιτεί για το προσωπικό διευθυντικό και στελεχιακό δυναμικό εμπειρία σε εκτέλεση συμβάσεων, που περιλαμβάνουν ταυτόχρονα εργασίες συντήρησης σε υπόγειες διαβάσεις πεζών και οχημάτων, καθώς περιορίζει ανατιολόγητα τον ανταγωνισμό, χωρίς να προσφέρει στην αναθέτουσα Αρχή επιπλέον διασφαλίσεις. Καταληκτικώς, από την συνδυαστική αξιολόγηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών, ακυρωτέος παρίσταται ο προδιαληφθείς όρος αναφορικά με την ύπαρξη ..., καθώς η απαίτηση αυτή δεν αιτιολογείται αντικειμενικά ούτε από την φύση των υπό εκτέλεση εργασιών ούτε η αναθέτουσα Αρχή προβάλλει, στα έγγραφα της σύμβασης και στις απόψεις της, για ποιους ειδικότερους λόγους μόνον η εκτέλεση των εργασιών και η τοποθέτηση των συγκεκριμένων προϊόντων μόνο στην ... ικανοποιεί τις απαιτήσεις της για την άρτια και έντεχνη εκτέλεση των εργασιών. Και τούτο, διότι η εγκατάσταση και καλή λειτουργία των φωτιστικών ..., των ειδικών φωτιζόμενων με ... πλακών πεζοδρομίου και του υλικού επίστρωσης αντιβανδαλιστικής προστασίας, ανεξαρτήτως της χώρας τοποθέτησής τους και εγκατάστασής τους, εξασφαλίζεται από τις βεβαιώσεις των δημοσίων φορέων των χωρών, στις οποίες έχουν εγκατασταθεί τα υλικά. Ωσαύτως, όπως είναι διατυπωμένος ο ένδικος όρος της διακήρυξης, αυτός είναι μη νόμιμος και για τον επιπρόσθετο λόγο, ότι, χωρίς αιτιολόγηση και κατά

## **Αριθμός Απόφασης:1513/2023**

παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, προσδίδει ανεπιτρέπτως πλεονέκτημα σε υποψηφίους που έχουν εκτελέσει παρεμφερή έργα στην ... και στερεί την προσφεύγουσα και λοιπούς ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, να επικαλεσθούν δάνεια εμπειρία από εταιρείες, που έχουν εκτελέσει παρόμοια έργα με τα ίδια ακριβώς υλικά σε χώρες εκτός της ... επικράτειας. Περαιτέρω, είναι απορριπτέος, ως αβάσιμος, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας Αρχής, ότι η εν θέματι αιτίαση πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, υποστηρίζοντας, ότι «Ουδόλως, όμως, αναφέρει ποια έργα σε χώρες εκτός της ... θα επικαλείτο και λόγω του συγκεκριμένου όρου δεν μπορεί να τα επικαλεσθεί, ούτε, βέβαια, εάν έχει προσπαθήσει να δανεισθεί εμπειρία από φορείς που έχουν εκτελέσει αντίστοιχα έργα εντός ... και δεν έχουν ευοδώσει οι προσπάθειές του». Τούτο, διότι, κατά το παρόν στάδιο παροχής έννομης προστασίας, ο ενδιαφερόμενος να του ανατεθεί σύμβαση έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει έννομη προστασία και κατά της διακήρυξης διαγωνισμού, εφ' όσον επικαλείται κατά τρόπο συγκεκριμένο άμεση βλάβη από όρους, που παραβιάζουν, κατά την άποψή του, τους κανόνες που διέπουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής, την διαδικασία επιλογής ή τα εφαρμοστέα κριτήρια (ΔΕφΘεσσ 295/2023). Το συμφέρον αυτό διατηρείται και μετά την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών, εφ' όσον ο αιτών, ο οποίος είτε δεν έλαβε μέρος στον διαγωνισμό είτε μετέσχε με επιφύλαξη, προβάλλει με συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι ο επίμαχος κάθε φορά όρος αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΣΤΕ 676, 252/2023, 1987/2021, 2631/2020, 1259/2019 κ.α.).

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα της προσφυγής να γίνει δεκτό, ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει εν γένει την προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα.

**Αριθμός Απόφασης:1513/2023**

**Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10/10/2023 και εκδόθηκε στις 26/10/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.**

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**