

**Η**

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

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 23/10/2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1389/13.09.2023, της προσφεύγουσας ένωσης, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

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

Με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. .../05.09.2023 Διακήρυξη (... 2023-09-05, Συστημικός Αύξων Αριθμός ΕΣΗΔΗΣ:...) του ... , με αντικείμενο την «... , επί σκοπώ απάλειψης των πληττόμενων όρων της Διακήρυξης και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

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

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, στην ένδικη περίπτωση προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός, με τίτλο «... », με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρίσθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) την 05/09/2023 με ΑΔΑΜ: ... 2023-09-05 και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου η σχετική ηλεκτρονική διαδικασία σύναψης σύμβασης στην πλατφόρμα ΕΣΗΔΗΣ έλαβε Συστημικό Αύξοντα Αριθμό : ... . Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ... , μία (1) χωρητικότητας 100 κυβικών μέτρων και μία (1) χωρητικότητας 150 κυβικών μέτρων. Στην σύμβαση περιλαμβάνονται η κατασκευή των βάσεων των δεξαμενών, τα χωματουργικά έργα στα σημεία εγκατάστασης, η κατασκευή τοιχίου και οι απαιτούμενες αδειοδοτήσεις, όπως αυτά αναλύονται στην

## Αριθμός Απόφασης:1648/2023

μελέτη του Παραρτήματος Ι. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι, καίτοι διαθέτει αναμφισβήτητα επιτυχή αλλά και μακροχρόνια παρουσία και πλούσια εμπειρία στους τομείς της επίμαχης σύμβασης, ήτοι της κατασκευής, προμήθειας και εγκατάστασης δεξαμενών ύδρευσης, η συμμετοχή της στον οικείο Διαγωνισμό, κωλύεται, καθώς, λόγω των αναφερόμενων παράνομων όρων της Διακήρυξης που αφορούν στην Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (2.2.6) και τα Αποδεικτικά μέσα αυτής (2.2.9.2 Β4), αδυνατεί να καταθέσει παραδεκτή προσφορά.

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 ΙV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... , αξίας 600,00 €, ομού με το e-Παράβολο 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, η αναθέτουσα Αρχή κατέθεσε στις 27/09/2023 τις εμπρόθεσμες απόψεις της επί της ένδικης προσφυγής- δοθέντος ότι η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στις 13.09.2023, από τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα- αιτούμενη την απόρριψη αυτής. Επ' αυτών, κατετέθη αυθημερόν το από 02/10/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

5. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται από το γεγονός, ότι, ως δηλώνει, καίτοι διαθέτει εμπειρία στην κατασκευή, προμήθεια και εγκατάσταση δεξαμενών ύδρευσης, εν τούτοις η συμμετοχή της στον οικείο Διαγωνισμό κωλύεται, καθώς, λόγω των προσβαλλόμενων με την εξεταζόμενη προσφυγή όρων της Διακήρυξης, που αφορούν στην τεχνική - επαγγελματική ικανότητα, στην χρηματοοικονομική επάρκεια αλλά και στην απαίτηση συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής και στον τρόπο απόδειξης αυτής, αυτή αδυνατεί να καταθέσει παραδεκτή προσφορά (ΑΕΠΠ 487/2021).

6. Επειδή, στο επίδικο άρθρο της διακήρυξης διαλαμβάνονται τα εξής: «2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς θα δηλώσουν ρητά με το ΕΕΕΣ ότι πληρούν τις ακόλουθες ελάχιστες απαιτήσεις: α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (δηλαδή τα έτη 2020, 2021, 2022) να έχουν ολοκληρώσει τουλάχιστον μια (1) σύμβαση τουλάχιστον σύμφωνα με το υπό προμήθεια φυσικό αντικείμενο (προκατασκευασμένες μεταλλικές δεξαμενές ύδρευσης ως επίσης χωματοουργικές εργασίες και κατασκευή βάσεων δεξαμενών, τοιχίο), σε δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα διάθεσης πόσιμου νερού. Είναι αποδεκτές και συμβάσεις που περιλαμβάνουν μία δεξαμενή, εφόσον αυτή είναι ίση ή μεγαλύτερη της μέγιστης ζητούμενης χωρητικότητας. Στο ΕΕΕΣ ο οικονομικός φορέας θα υποβάλει κατάλογο κυριότερων παραδόσεων που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία με αναφορά των συμβάσεων, της ημερομηνίας ολοκλήρωσης και του δημόσιου ή ιδιωτικού συνεργαζόμενου φορέα. Θα επισυνάψει στην διευκρινιστική Υπεύθυνη Δήλωση του ΕΕΕΣ τις μελέτες των δηλωθεισών συμβάσεων για την τεκμηρίωση του υπό αξιολόγηση κριτηρίου. β) να διαθέτουν δομή στελεχωμένη κατάλληλα, για την μελέτη, προμήθεια, εγκατάσταση προκατασκευασμένων μεταλλικών δεξαμενών νερού και την μελλοντική τεχνική υποστήριξη. Ελάχιστη απαίτηση της παρούσας: 1) ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον ένα (1) άτομο ειδικότητας πολιτικού μηχανικού, με τριετή εμπειρία στην μελέτη και σχεδιασμό συμβάσεων αντίστοιχες με την παρούσα (μεταλλική δεξαμενή ύδρευσης χωρητικότητας μεγαλύτερης ή ίσης της μέγιστης ζητούμενης, υποδομή δεξαμενής αντίστοιχης χωρητικότητας, εκτέλεσης χωματοουργικών εργασιών), σε δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα διάθεσης πόσιμου νερού. 2) ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον ένα (1) άτομο με τριετή εμπειρία στην οργάνωση συμβάσεων αντίστοιχων με την παρούσα (μεταλλική δεξαμενή ύδρευσης χωρητικότητας μεγαλύτερης ή ίσης της μέγιστης ζητούμενης, υποδομή δεξαμενής αντίστοιχης χωρητικότητας, εκτέλεσης χωματοουργικών εργασιών), σε δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα διάθεσης πόσιμου νερού. 3) ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον ένα (1) άτομο με τριετή εμπειρία στην κατασκευή και την εκτέλεση συμβάσεων αντίστοιχων με την παρούσα (μεταλλική δεξαμενή ύδρευσης χωρητικότητας

## Αριθμός Απόφασης:1648/2023

μεγαλύτερης ή ίσης της μέγιστης ζητούμενης, υποδομή δεξαμενής αντίστοιχης χωρητικότητας, εκτέλεσης χωματοουργικών εργασιών), σε δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα διάθεσης πόσιμου νερού. Στην συνοδευτική υπεύθυνη δήλωση του ΕΕΕΣ οι οικονομικοί φορείς θα υποβάλουν κατάλογο προσωπικού ανά έτος που έχει συμμετάσχει το δηλωθέν προσωπικό, κατά το χρονικό εύρος της εκάστοτε ζήτησης. Οι οικονομικοί φορείς για την τεκμηρίωση τους μπορούν να προσκομίσουν κατάλογο, είτε από μία σύμβαση που περιλαμβάνει εξ ολοκλήρου τα ζητούμενα, είτε εναλλακτικά συμβάσεις προμήθειας που να περιλαμβάνουν τμήματα αυτών. Στον κατάλογο θα περιλαμβάνεται το δηλωθέν προσωπικό και τα στοιχεία της σχετικής σύμβασης δηλαδή τα συμβαλλόμενα μέρη, το αντικείμενο της σύμβασης, την ημερομηνία υπογραφής και ολοκλήρωσης. γ) να προσκομιστεί φωτογραφικό υλικό για την οπτική απεικόνιση των ειδών της υπό προμήθεια σύμβασης, από ολοκληρωμένες συμβάσεις σε δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα διάθεσης πόσιμου νερού. Συγκεκριμένα να προσκομισθούν στην διευκρινιστική Υπεύθυνη Δήλωση του ΕΕΕΣ φωτογραφίες των κάτωθι κατασκευαστικών αντικειμένων όπου θα αναγράφονται τα συμβαλλόμενα μέρη, η σχετική σύμβαση και ο τόπος εγκατάστασης: 1. Εκτέλεση χωματοουργικών εργασιών διαμόρφωσης χώρων για την τοποθέτηση μεταλλικών δεξαμενών 2. Κατασκευή βάσεων από οπλισμένο σκυρόδεμα για την τοποθέτηση μεταλλικών δεξαμενών 3. Φωτογραφίες ολοκληρωμένων μεταλλικών προκατασκευασμένων δεξαμενών ύδρευσης 4. Φωτογραφίες του ζητούμενου εξοπλισμού των δεξαμενών Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων τουλάχιστον το ένα (1) μέλος της να καλύπτει τα ως άνω κριτήρια».

7. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου, για τον πρώτο λόγο προσφυγής προκύπτουν τα εξής. Ισχυρίζεται η αναθέτουσα Αρχή, ότι τα ζητούμενα δια του άρθρου 2.2.6. είναι σύννομα, αναλογικά με το αντικείμενο της προμήθειας και κατ' επέκταση ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής πρέπει να απορριφθεί. Η αναθέτουσα διαλαμβάνει στην συνέχεια, ότι: «Ως φορέας διαμορφώσαμε τις απαιτήσεις του άρθρου 2.2.6, από τη φύση του αντικειμένου του διαγωνισμού, λαμβάνοντας επιπλέον υπόψη ότι διαχρονικά πραγματοποιούνται σχετικές συμβάσεις προμήθειας και με δεδομένο ότι κατασκευάζονται πολλαπλάσιες αντίστοιχες συμβάσεις εντός έργων, όπου οι υποψήφιοι που πληρούν τα

## Αριθμός Απόφασης:1648/2023

κριτήρια, είναι επαρκώς αρκετοί. Οι όροι δεν περιορίζουν τον ανταγωνισμό, όπως προβάλλει εσφαλμένα η προσφυγή». Οι ανωτέρω ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχής δεν μπορούν να γίνουν αποδεκτοί. Τούτο, διότι με την προδικαστική προσφυγή (σελίδες 15 έως 17) η προσφεύγουσα έχει προσκομίσει πλήθος διαγωνιστικών διαδικασιών, στις οποίες παρουσιάζει ποιοι οικονομικοί φορείς δραστηριοποιούνται σε ανοικτούς διαγωνισμούς προμήθειας προκατασκευασμένων δεξαμενών, τεκμηριώνοντας, ότι υπάρχουν δύο (2) μόνο εταιρείες, και η αναθέτουσα Αρχή ουδέποτε αντέλεξε επ' αυτού. Αντίθετα, ισχυρίσθηκε αναπόδεικτα, ότι έχει εντοπίσει δεκάδες κατασκευαστές που παρουσιάζουν σχετική ενασχόληση με το αντικείμενο του διαγωνισμού, χωρίς να αναφέρει κανένα από αυτούς τους κατασκευαστές. Προσκόμισε δε η Αναθέτουσα Αρχή παραδείγματα δύο (2) συμβάσεων έργου και μιας (1) σύμβασης, με την διαδικασία πρόσκλησης σε απ' ευθείας διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, οι οποίες αφορούν σε διαφορετικό είδος διαγωνισμού από τον ένδικο. Επ' αυτού, κατέδειξε η προσφεύγουσα, ότι οι ανάδοχοι των έργων αυτών δεν είναι εφικτό να διαθέτουν την εμπειρία που ζητεί η αναθέτουσα Αρχή, στο χρονικό διάστημα για την οποία την ζητεί, οπότε προφανώς δεν έχουν δικαίωμα συμμετοχής στον συγκεκριμένο διαγωνισμό. Ακόμη και για την περίπτωση του ... , που επικαλείται η Αναθέτουσα Αρχή, εκτός του ότι η εμπειρία, που προκύπτει από την ολοκλήρωση της σύμβασης αυτής, είναι εκτός της ζητούμενης τριετίας, δεν αποδεικνύεται από την απόφαση, που η ίδια προσκομίζει, ότι οι προσφορές των εκεί συμμετεχόντων φορέων έγιναν αποδεκτές, ώστε να τεκμηριώνεται, ότι διαθέτουν την ζητούμενη εμπειρία, σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή. Σε αντίθεση με όσα ισχυρίζεται η Αναθέτουσα Αρχή, οι υποψήφιοι που πληρούν τα κριτήρια δεν είναι "επαρκώς αρκετοί" όπως προβάλλει και οι όροι περιορίζουν τον ανταγωνισμό. Η προσφεύγουσα δεν στρέφεται κατά της απαίτησης κατασκευής του τοιχίου ή της τεχνικής ορθότητας της μελέτης 4200/14.08.2023, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η αναθέτουσα Αρχή, αλλά στρέφεται κατά της ζητούμενης εμπειρίας, η οποία, κατ' αυτήν, είναι σπάνια στην αγορά. Στην προδικαστική προσφυγή αναφέρει, ότι «Ενώ η εταιρεία μας έχει προμηθεύσει κατά την τελευταία τριετία (δηλαδή τα έτη 2020, 2021,2022) αρκετές προκατασκευασμένες δεξαμενές ύδρευσης, χωρητικότητας μεγαλύτερης των

## Αριθμός Απόφασης:1648/2023

150m<sup>3</sup>, έχοντας εκτελέσει και τις χωματοουργικές εργασίες και έχοντας κατασκευάσει και την ζητούμενη βάση από σκυρόδεμα, δεν έχει τη δυνατότητα να υποβάλει παραδεκτή προσφορά στον παρόντα διαγωνισμό του ... καθώς σε καμία από τις δεξαμενές αυτές δεν είχε ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή να κατασκευαστεί τοιχίο, όπως ζητείται τώρα». Οι προβαλλόμενες από την Αναθέτουσα Αρχή απόψεις πρέπει να απορριφθούν, καθώς ερείδονται επί εσφαλμένης κατανόησης του επίμαχου λόγου της προδικαστικής προσφυγής. Καταλήγοντας, με τις απόψεις της, επί του πρώτου λόγου της προσφυγής, η αναθέτουσα Αρχή διαλαμβάνει : «Επιθυμία μας, είναι η ορθή και άρτια εκτέλεση του συνόλου του αντικειμένου και - δεδομένου ότι το σύνολο των αντικειμένων (για ιδιαίτερους λόγους το καθένα) έχουν τεχνικές ιδιαιτερότητες και δυσκολίες, απαιτούν κατάρτιση και εξειδίκευση με σχετική εμπειρία, ότι το είδος των αντικειμένων κατασκευής αφορά τον ευαίσθητο τομέα της ύδρευσης- θεωρούμε ότι οι συμμετέχοντες οφείλουν να έχουν προγενέστερη εμπειρία, τόσο ανά τμήμα και κυρίως στον συνδυασμό των αντικειμένων». Σύμφωνα με την ανωτέρω σκέψη, η απόδειξη τεχνικής ικανότητας με την εκτέλεση έργων αποκλειστικά στο αντικείμενο της σύμβασης (εν προκειμένω φοιτητικές εστίες) περιορίζει αναιτιολόγητα και υπέρμετρα τον κύκλο των προσώπων, που δύνανται να συμμετάσχουν στην διαγωνιστική διαδικασία, σε οικονομικούς φορείς που ασχολούνται μόνο με το αντικείμενο της σύμβασης, καθιστώντας σε κάθε περίπτωση αδύνατη την συμμετοχή οικονομικών φορέων, που διαθέτουν την απαιτούμενη τεχνική ικανότητα να αντεπεξέλθουν στις απαιτήσεις της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας. Μελετώντας μάλιστα τις διευκρινίσεις, που έχει χορηγήσει η αναθέτουσα επί ερωτήσεων της υποψήφιας ... , εύκολα διαπιστώνει κανείς, ότι η αναθέτουσα Αρχή δεν ζητεί καμμία κατάρτιση και εξειδίκευση, παρά μόνον εμπειρία. Επέκεινα, τονίζεται με την προσφυγή, ότι η κατασκευή ενός τοιχίου, το οποίο είναι οικοδομική εργασία, εντάσσεται στην κατηγορία των έργων και κακώς ζητείται από την αναθέτουσα Αρχή στα πλαίσια μιας προμήθειας δεξαμενής. Παρ' όλα αυτά, έχει συμπεριληφθεί στο αντικείμενο του διαγωνισμού και μάλιστα χρησιμοποιείται ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των συμμετεχόντων. Η εμπειρία στην εκτέλεση ενός έργου, όπως είναι η κατασκευή ενός τοιχίου στην συγκεκριμένη περίπτωση, δεν μπορεί να αποτελεί κριτήριο για την εκτέλεση της προμήθειας

μιας προκατασκευασμένης δεξαμενής, όπως απαιτεί η διακήρυξη. Η ίδια η αναθέτουσα Αρχή αναφέρει, ότι προέχων χαρακτήρας της σύμβασης είναι αυτός της προμήθειας και γι' αυτό άλλωστε το έργο δημοπρατήθηκε ως προμήθεια. Για τον λόγο αυτόν δεν είναι σύννομο να αξιώνεται η εμπειρία από τους συμμετέχοντες στην κατασκευή τοιχίου, το οποίο αποτελεί μία συνοδευτική εργασία στα πλαίσια της προμήθειας. Συνεπώς, η απαίτηση ύπαρξης εμπειρίας που αφορά σε συμβάσεις έργου, σε μία σύμβαση, όπως η κρινόμενη, που έχει ως προέχοντα χαρακτήρα την προμήθεια, δεν είναι σύννομη, δεν είναι συναφής με τον προέχοντα χαρακτήρα της σύμβασης, που είναι η προμήθεια μεταλλικής δεξαμενής, δεν είναι αναγκαία και ανάλογη με τις επαγγελματικές ικανότητες που ζητούνται, αφού δεν αξιώνει η αναθέτουσα καμία ειδική επαγγελματική ικανότητα, ούτε εξάλλου διευκρινίζεται ειδικώς και εμπειριστατικώς, το ειδικότερο ενδεχομένως περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα βασίμως υποστηρίζει, ότι το γεγονός ότι δεν διαθέτει εμπειρία στην κατασκευή τοιχίου ως μέρος σύμβασης προμήθειας δεξαμενής, όπως κατά τα ανωτέρω ζητεί η αναθέτουσα Αρχή, την αποκλείει παρανόμως από την συμμετοχή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Ως εκ τούτου, και στην νυν κρινόμενη περίπτωση, δεν προκύπτει προς τί το αντικείμενο της εμπειρίας αλλάζει, όσον αφορά στην κατασκευή του ζητούμενου τοιχίου, από το αν η προηγούμενη κατασκευή τοιχίου συνέπεσε με προμήθεια μεταλλικής δεξαμενής ή όχι, και, συνεπώς, ο συγκεκριμένος όρος είναι δυσανάλογος, μη σύννομος, παρίσταται περιοριστικός του ανταγωνισμού, δεν αιτιολογείται η υιοθέτησή του από την αναθέτουσα Αρχή και επομένως τυγχάνει ακυρωτέος.

8. Επειδή, επί του δευτέρου λόγου της κρινόμενης προσφυγής, λεκτέα είναι τα εξής. Η αναθέτουσα Αρχή διά των απόψεων της θεωρεί, ότι ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής προβάλλεται αλυσιτελώς, βασιζόμενη στις διευκρινίσεις, που έχει ήδη παράσχει σε προγενέστερη φάση του διαγωνισμού. Όπως αναπτύσσεται στην προδικαστική προσφυγή, η απαίτηση υποβολής ... ως μέσον απόδειξης της ζητούμενης τεχνικής ικανότητας, σημαίνει, ότι το άτομο που δηλώνεται στην ... αυτή πρέπει να έχει σχέση εξαρτημένης εργασίας με τον οικονομικό φορέα. Η αναθέτουσα Αρχή ουδαμώς αντέλεξε ουσιαστικώς ad hoc επ' αυτού. Στις παρεχόμενες διευκρινίσεις, τις οποίες επικαλείται και στις απόψεις, αναφέρει, ότι "το

## Αριθμός Απόφασης:1648/2023

δηλωθέν προσωπικό δύναται τόσο να κατέχει σχέση εξαρτημένης εργασίας, όσο και να είναι με καθεστώς παροχής υπηρεσιών." αλλά δεν δόθηκε οποιαδήποτε διευκρίνιση ως προς τις ζητούμενες ... , όπως δεν δίδεται καμμία διευκρίνιση γι' αυτές, ούτε στις κατατεθείσες απόψεις. Τα ανωτέρω έχουν ως αποτέλεσμα, οι χορηγούμενες διευκρινίσεις από την αναθέτουσα Αρχή να είναι σε ευθεία αντίθεση με τα ζητούμενα από εκείνη αποδεικτικά μέσα της Διακήρυξης. Ενώ με τις διευκρινίσεις της, η αναθέτουσα Αρχή παρέχει το δικαίωμα στους οικονομικούς φορείς να δηλώσουν προσωπικό με καθεστώς παροχής υπηρεσιών, στα ζητούμενα αποδεικτικά μέσα της παραγράφου 2.2.9.2 - Αποδεικτικά μέσα, περ. Β.4.-, εξακολουθεί να ζητείται αποκλειστικώς η υποβολή ... , η οποία αφορά μόνο σε προσωπικό, που διατηρεί σχέση εξαρτημένης εργασίας με τον οικονομικό φορέα. Η υποχρέωση υποβολής ... είναι αυτή που καθορίζει το είδος της σχέσης εργασίας και η αναθέτουσα Αρχή, γι' αυτό, δεν παρείχε καμμία πρόβλεψη που να επιτρέπει κάτι διαφορετικό από τα ζητούμενα στη Διακήρυξη, ήτοι κάποιον εναλλακτικό τρόπο απόδειξης της δήλωσης προσωπικού από αυτόν την υποβολής ... , η οποία αφορά αποκλειστικώς προσωπικό με σχέση εξαρτημένης εργασίας με τον οικονομικό φορέα. Περαιτέρω, η αναθέτουσα ουδαμώς αντέκρουσε τους υπόλοιπους λόγους της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίοι αναφέρονται με τον τίτλο:- Μη σύνομη η απαίτηση να γίνεται η εξασφάλιση των απαιτούμενων αδειοδοτήσεων υποχρεωτικά από τον προσφέροντα - Αφαίρεση της δυνατότητας στήριξης στην ικανότητα τρίτων- και τεκμηριώνονται επαρκώς στο κείμενο της προδικαστικής προσφυγής. Αξιολογώντας τις απόψεις της Αναθέτουσας για τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, προκύπτει με σαφήνεια, ότι ενώ στην διακήρυξη ορίζεται, ότι η ζητούμενη τεχνική ικανότητα πρέπει να τεκμηριώνεται με συμβάσεις για τα έτη 2020, 2021 και 2022, στις διευκρινίσεις που χορήγησε (απάντηση 4<sup>ου</sup> ερωτήματος) ορίζει, ως έτη απόδειξης τεχνικής ικανότητας, τα έτη 2021, 2022 και 2023. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6- Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα- ζητείται: Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς θα δηλώσουν ρητά με το ΕΕΕΣ, ότι πληρούν τις ακόλουθες ελάχιστες απαιτήσεις: α) κατά την διάρκεια της τελευταίας τριετίας (δηλαδή τα έτη 2020, 2021, 2022) να έχουν ολοκληρώσει τουλάχιστον



## Αριθμός Απόφασης:1648/2023

μια (1) σύμβαση τουλάχιστον σύμφωνα με το υπό προμήθεια φυσικό αντικείμενο (προκατασκευασμένες μεταλλικές δεξαμενές ύδρευσης ως επίσης χωματοургικές εργασίες και κατασκευή βάσεων δεξαμενών, τοιχίο), σε δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα διάθεσης πόσιμου νερού. Συνεπώς, παρέπεται, ότι είναι αποδεκτές και συμβάσεις που περιλαμβάνουν μία δεξαμενή, εφ' όσον αυτή είναι ίση ή μεγαλύτερη της μέγιστης ζητούμενης χωρητικότητας. Σύμφωνα με τις διευκρινίσεις της αναθέτουσας Αρχής, καθορίζεται: «Για το ερώτημα με αριθμό 4: Το χρονικό διάστημα που οφείλουν να λάβουν υπόψη, για τις περιπτώσεις του άρθρου 2.2.6. β1, β2, β3, οι συμμετέχοντες, είναι τα έτη κατά την τελευταία τριετία προ του διαγωνισμού, δηλαδή τα έτη 2021, 2022 και το τρέχον έτος 2023. Επίσης, το δηλωθέν προσωπικό δύναται τόσο να κατέχει σχέση εξαρτημένης εργασίας, όσο και να είναι με καθεστώς παροχής υπηρεσιών». Κατά συνέπεια η αναθέτουσα Αρχή, χωρίς πλήρη και εμπειριστατωμένη αιτιολογία, ορίζει δύο διακριτά χρονικά διαστήματα για την απόδειξη τεχνικής ικανότητας των οικονομικών φορέων. Ορίζει το διάστημα 2020 έως 2022 για το μέρος α' και το διάστημα 2021 έως 2023 για το μέρος β'. Είναι σαφές, ότι η Αναθέτουσα Αρχή, ορίζοντας διαφορετικά διαστήματα τριετίας για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των συμμετεχόντων, κείται εκτός των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας και, ως εκ τούτου, οι συγκεκριμένοι όροι πρέπει να κριθούν μη σύννομοι και να ακυρωθούν.

9. Επειδή, επί του τρίτου λόγου της οικείας προσφυγής, κρίνονται τα εξής. Η προσφεύγουσα διατείνεται διά της ένδικης προσφυγής, ότι η ζητούμενη εμπειρία, μέσω προσκόμισης φωτογραφιών, είναι σπάνια στην αγορά και μη αναλογική με τις ανάγκες της σύμβασης, κάτι που αποδεικνύεται και από την απουσία οικονομικών φορέων προς υποβολή οικονομικής προσφοράς, και, ως εκ τούτου, αιτείται να ακυρωθεί ο εν θέματι όρος, ως δυσανάλογος με τον σκοπό της σύμβασης. Η αναθέτουσα Αρχή επικαλείται την απόφαση 918/2022 της ΕΑΔΗΣΥ, θεωρώντας, ότι το σύννομο της ζήτησης φωτογραφιών έχει κριθεί σε διαγωνισμούς στο παρελθόν. Ο εν θέματι ισχυρισμός της αναθέτουσας είναι εν πρώτοις απορριπτός, λόγω της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών και περαιτέρω, διότι στην Διακήρυξη, που είχε κριθεί τότε, οι φωτογραφίες είχαν ζητηθεί ως μέρος των τεχνικών προδιαγραφών για την αξιολόγηση του προσφερόμενου είδους ενώ τώρα η αναθέτουσα τις ζητεί, ως μέσο απόδειξη τεχνικής ικανότητας, και,

## **Αριθμός Απόφασης:1648/2023**

συνεπώς, είναι δύο διαφορετικά ζητήματα και αβασίμως συγχέονται από την αναθέτουσα. Άλλωστε, ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής πρέπει να κριθεί σε συνδυασμό με τον πρώτο λόγο, σύμφωνα με τον οποίο προβάλλεται, ότι η κατασκευή ενός τοιχίου είναι μία οικοδομική εργασία, η οποία εμπίπτει στην κατηγορία του έργου και κακώς ζητείται στα πλαίσια μιας προμήθειας δεξαμενής. Δεν είναι δε νόμιμο, να κρίνεται η ικανότητα ενός οικονομικού φορέα, να προμηθεύσει μία προκατασκευασμένη δεξαμενή, από το αν έχει κατασκευάσει ένα τοίχιο στο παρελθόν και μάλιστα η κατασκευή αυτή να έχει λάβει χώρα στα πλαίσια μιας σύμβασης προμήθειας μεταλλικής δεξαμενής.

10. Επειδή, τέλος, εν όψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και της διαφάνειας, σε περίπτωση ακύρωσης μιας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010· ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009· ΣΤΕ 2951-52/2004· ΔΕΕ, απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95).

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

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη διακήρυξη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου της προσφεύγουσας.

**Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23/10/2023 και εκδόθηκε στις 10/11/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.**

**Η Πρόεδρος  
ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**Η Γραμματέας  
ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**