

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 3 Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 25-9-2023 και με ... Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1444/25.9.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που διατηρεί ατομική επιχείρηση στη ... επί της οδού ... αριθ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ..., ... που εδρεύει στην ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθεί η υπ' αριθ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής για ... κατά το μέρος που προσβάλλονται οι όροι των άρθρων 2.2.6, 2.2.9.2.B4, 2.2.7 και 2.2.9.2.B5 αυτής, κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα με την προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 3.986,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, και με βάση την εκτιμώμενη αξία της ... χωρίς Φ.Π.Α. και χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Το, ως αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ... προϋπολογισθείσας δαπάνης 797.091,41€ χωρίς ΦΠΑ (και 988.393,36€ με ΦΠΑ). Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, η διάρκεια της ... ορίζεται σε ένα (1) έτος με δικαίωμα προαίρεσης ενός (1) ακόμη έτους. Ως κριτήριο

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

...ς της ... ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Η αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της ... δίνεται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής. Η προκήρυξη της ... απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 31-7-2023 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η δε τροποποίηση της προκήρυξης απεστάλη για δημοσίευση στις 10-8-2023. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 6-9-2023 και έλαβε ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ... Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 16-10-2023 και ώρα 15.00 μ.μ. και ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η 18-10-2023, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00. Με την υπ' αριθμό Α912/2023 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου έγινε δεκτό το ενσωματωμένο στην προσφυγή αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ανεστάλη η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής. Σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμό ... απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ενέκρινε τη μετάθεση της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής των προσφορών για τις 18-12-2023 και την ημερομηνία αποσφράγισης αυτών για τις 20-12-2023.

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (...), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της ... χωρίς ΦΠΑ, συμπεριλαμβανομένου όμως του δικαιώματος προαίρεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εν γένει παραδεκτά με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και εμπρόθεσμα, στις 25-9-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης στο άρθρο 365 παρ. 1 (γ) του ν. 4412/2016 δεκαήμερης προθεσμίας από την γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, δεδομένου ότι ο προσφεύγων κατά ρητή δήλωσή του (βλ. σελ. 3, σημείο Δ' της προσφυγής) έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

Διακήρυξης στις 21-9-2023, δηλαδή σε χρόνο που συμπίπτει με την κατά τεκμήριο γνώση αυτής, η οποία ορίζεται στο νόμο (άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016) μετά την πάροδο 15νθημέρου από την ανάρτηση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (εν προκειμένω δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ: 6-9-2023, πάροδος δεκαπενθημέρου: 21-9-2023). Επίσης, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5. Ο προσφεύγων ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά από ετών στο αντικείμενο της ..., δηλαδή στην ... και επιθυμεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, πλην όμως, η συμμετοχή του εμποδίζεται και καθίσταται αδύνατη εξαιτίας των πληττόμενων όρων της Διακήρυξης, που έχουν τεθεί παρανόμως και περιορίζουν αθέμιτα τον ανταγωνισμό.

Περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη, προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ... ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΣΤΕ 2361/2020, ΣΤΕ ΕΑ 117-8/2021, 107/2021, 240/2020 56/2020, 352/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά ... τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ... των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευμένων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, από τα οποία είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 146-148/2016 Ολ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της Διακήρυξης,

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων, που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της, όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (ΣΤΕ ΕΑ 240/2020, 325/2018, 86/2018, 12-15/2018 Ολ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολ., κ.ά.). Ενόψει των ανωτέρω, το ειδικό έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος θα κριθεί κατά την εξέταση των κατ' ιδίαν λόγων της προσφυγής.

6. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 25-9-2023 στην κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και ανάρτησε αυτήν κατά την ίδια ως άνω ημερομηνία στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017.

7. Με την υπ' αριθ. 1751/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε τις απόψεις της στην ΕΑΔΗΣΥ εμπροθέσμως στις 10-10-2023, δηλαδή εντός της προθεσμίας των δεκαπέντε (15) ημερών από την κατάθεση της προσφυγής κατ' άρθρο 365, παρ. 1, περ. β του ν. 4412/2016, αιτούμενη παράλληλα την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Τις απόψεις αυτές κοινοποίησε αυθημερόν (10-10-2023) στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Επί των απόψεων αυτών και προς αντίκρουσή τους, ο προσφεύγων υπέβαλε στις 20-10-2023 το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό Υπόμνημα, το οποίο, ωστόσο, δεν λαμβάνεται υπόψη, καθώς υποβλήθηκε εκπρόθεσμα, δηλαδή μετά την προβλεπόμενη στο άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 αποκλειστική πενθήμερη προθεσμία από την κοινοποίηση των απόψεων.

8. Σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

9. Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση του των όρων (α) και (β) του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, με το οποίο εισάγεται κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας με το ακόλουθο περιεχόμενο: «2.2.6. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης ..., οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να υποβάλουν: α) Βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης συμβάσεων με το ίδιο αντικείμενο (...), από τις οποίες να αποδεικνύεται η κατ' ελάχιστο αποδεκτή προϋπηρεσία του ... μίας (1) ετήσιας ... τα τελευταία τρία (3) έτη σε δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα ..., ποσού ίσου ή μεγαλύτερου του 50% της καθαρής ετήσιας αξίας του δημοπρατούμενου έργου, β) πρόσφατη κατάσταση του προσωπικού της επιχείρησης θεωρημένη από την επιθεώρηση εργασίας, στην οποία να φαίνεται ότι απασχολεί τουλάχιστον τριάντα πέντε (35) άτομα αντίστοιχης ή σχετικής με το αντικείμενο της παρούσας ειδικότητας». Ειδικότερα, ο προσφεύγων, επικαλούμενος το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 και τις αρχές της αναλογικότητας, της διαφάνειας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, υποστηρίζει ότι, η απαίτηση που τίθεται στον όρο αυτό, δηλαδή η εξειδικευμένη εμπειρία σε εκτέλεση συμβάσεων με αντικείμενο την σε δημόσιους ή ιδιωτικούς φορείς κατά την τελευταία τριετία, είναι μη αναγκαία, δυσανάλογη και περιορίζει αθέμιτα τον ανταγωνισμό. Ομοίως μη αναγκαία, δυσανάλογη και περιοριστική του ανταγωνισμού είναι η τιθέμενη απαίτηση του όρου (β) του ίδιου άρθρου, σύμφωνα με την οποία το προσωπικό του ... πρέπει να έχει αντίστοιχη ή σχετική με το αντικείμενο της ... ειδικότητα. Κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η αναθέτουσα αρχή δεν αρκείται στην απόδειξη της εμπειρίας των διαγωνιζομένων στο ίδιο αντικείμενο της ..., δηλαδή στην, αλλά επιπρόσθετα – και δυσανάλογα-απαιτεί η εμπειρία αυτή να έχει παρασχεθεί α) σε φορείς ... και β) κατά την τελευταία τριετία. Ο προσφεύγων προβάλλει ότι διαθέτει την απαιτούμενη εμπειρία στην, αφού δραστηριοποιείται από ετών (1999) στο αντικείμενο αυτό, έχοντας αναλάβει και εκτελέσει επιτυχώς πλήθος συμβάσεων ... σε πολυάριθμους δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς, και μάλιστα σε ..., πλην όμως η συμμετοχή του στον παρόντα διαγωνισμό εμποδίζεται, καθώς η εμπειρία που διαθέτει σε σε φορείς ... δεν ανάγεται στα τρία τελευταία έτη. Επιπλέον, δε, και η τρίτη εταιρεία «...», στην οποία θα μπορούσε να στηριχθεί δεν διαθέτει τη ζητούμενη εμπειρία τα τελευταία τρία

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

έτη. Ενόψει των ανωτέρω, ο υπόψη λόγος της προσφυγής προβάλλεται με έννομο συμφέρον, αφού ο προσφεύγων εξειδικεύει τη βλάβη που υφίσταται από τους μη νόμιμους – κατά τους ισχυρισμούς του- όρους της Διακήρυξης. Ακολούθως, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η απαίτηση του άρθρου 2.2.6 (α) και (β) της Διακήρυξης είναι περιοριστική του ανταγωνισμού, καθώς ελάχιστες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στο οικείο αντικείμενο (έξι μόνον, κατά τους ισχυρισμούς του) την διαθέτουν. Υπό τα δεδομένα αυτά, προβάλλει ότι ο συγκεκριμένος όρος είναι φωτογραφικός υπέρ των εταιρειών αυτών. Τέλος, ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αποδεικνύει την αναγκαιότητα θέσπισης του συγκεκριμένου όρου, ο οποίος θα μπορούσε να επιτευχθεί με λιγότερο περιοριστικούς όρους. Συγκεκριμένα, η απόδειξη ύπαρξης συναφούς με το αντικείμενο της ... εμπειρίας θα μπορούσε, κατά τον προσφεύγοντα, να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά με την λιγότερο περιοριστική (συνδυαστική) απαίτηση: (α) να διαθέτουν οι υποψήφιοι εξειδικευμένη εμπειρία σε φορείς ... (ενδεχομένως σε συμβάσεις ανάλογου προϋπολογισμού με την δημοπρατούμενη) και (β) να έχουν εκτελέσει επαρκείς συμβάσεις (σε αριθμό και προϋπολογισμό) κατά την τελευταία τριετία, όχι όμως απαραίτητως σε φορείς Για τους ίδιους λόγους πλήττεται και η απαίτηση (β) του όρου 2.2.6, σύμφωνα με την οποία ο ... θα πρέπει να απασχολεί τουλάχιστον τριάντα πέντε (35) άτομα αντίστοιχης ή σχετικής με το αντικείμενο της ... ειδικότητας. Ο προσφεύγων προβάλλει, ομοίως, ότι δεν αποδεικνύεται η αναγκαιότητα θέσπισης της απαίτησης αυτής, διότι δεν προκύπτει ως προς τι διαφοροποιείται η ... σε ένα φορέα πριν από ορισμένα έτη σε σχέση με την πρόσφατη ... τέτοιων ... και μάλιστα τόσο ουσιαδώς, ώστε να θεωρείται ότι κάποιος εργαζόμενος, που διαθέτει σημαντική πρόσφατη εμπειρία στις ... σε πλήθος φορέων (όχι αποκλειστικά σε φορείς ...) αλλά και εξειδικευμένη προηγούμενη εμπειρία, δεν τεκμαίρεται ικανός να παρέχει τις ζητούμενες ... στο Τέλος, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση του όρου 2.2.9.2 (B.4) της Διακήρυξης, καθ' ο μέρος σε αυτόν καθορίζονται τα δικαιολογητικά έγγραφα που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο προς απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής του άρθρου 2.2.6 (α) και (β).

10. Στο ν. 4412/2016, στο άρθρο 18 ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού (...)», στο άρθρο 75 παρ. 1 και 4, 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 Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της 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.Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης ... προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους». Περαιτέρω, το **άρθρο 80** παρ. 5 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «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 ...». Τέλος, στο Μέρος II «Τεχνική ικανότητα» του Παραρτήματος XII – Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής ορίζονται τα εξής: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75:

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

... α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i)...., ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων ... που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή ... που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία· β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών ..., είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· γ)δ) ... ε) ...στ)ζ) η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια· θ)ι)ια)...».

11. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει, ότι οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια τόσο κατά τον ... 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 ... και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 του ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής, οι οποίες από την φύση τους μειώνουν τον αριθμό των δυνάμενων να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επιπροσθέτως, οι εν λόγω απαιτήσεις πρέπει να είναι συναφείς με το αντικείμενο της ... 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, ΕΑΣΤΕ 117/2021, 335/2019, 203/2018, πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

12. Ειδικότερα, για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, ζητώντας από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς την υποβολή καταλόγου των κυριότερων ... που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία (ΕΛΣυν. Ολομ. 505/2021, Έβδομο Τμ. 1274/2021). Μάλιστα, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 ν. 4412/2016, με την οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο η διάταξη του άρθρου 60 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, η πλήρωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα αποκλειστικά αναφερόμενα στοιχεία του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ν. 4412/2016 (βλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 63/2018, σκ. 9), δηλαδή με τα απαριθμούμενα από α' έως ια' στοιχεία. Μεταξύ των στοιχείων αυτών είναι και ο κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων ..., που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, από τον διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη.

13. Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015). Όμως, η κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής επιλογή των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), εν προκειμένω δε και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

της Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018).

14. Κατόπιν των ανωτέρω, επί του πρώτου λόγου της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης καθορίζεται το αντικείμενο της ... ως εξής: «...». Ακολούθως, στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης δίνεται η αναλυτική περιγραφή του φυσικού αντικειμένου της ... και τίθενται οι γενικές τεχνικές προδιαγραφές και οι υποχρεώσεις του ... Μεταξύ των συμβατικών υποχρεώσεων προβλέπεται ότι ο ... αναλαμβάνει την ... και την ... των ... και των εν γένει ... του ... καθ' όλο το ... και για όλες τις ... του ..., υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις που περιγράφονται στο Παράρτημα Ι. Ακολούθως, καταγράφονται αναλυτικά οι προς ... του ..., μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται οι ... κ.α. Ρητώς προβλέπεται ,ως συμβατική υποχρέωση του ..., η ολοκλήρωση του Συναφώς, απαιτείται ο ... να γνωρίζει και να τηρεί την ισχύουσα ελληνική νομοθεσία για τη διαχείριση των εντός του ... Τέλος, ρητώς αναφέρεται ότι ο ... είναι υπεύθυνος για την, λαμβάνοντας υπόψη «τις αυξημένες απαιτήσεις που συνεπάγεται η ...». Συνεπώς, στην προκειμένη περίπτωση, ενόψει του αντικειμένου της ..., όπως περιγράφεται στο προπαρατεθέν άρθρο 1.3 της Διακήρυξης και αναλύεται στο Παράρτημα Ι αυτής, το επίμαχο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρθρου 2.2.6 (α) και (β) αφενός συνδέεται με το συμβατικό αντικείμενο και αφετέρου παρίσταται εύλογο, αντικειμενικό και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού διασφάλισης της ποιότητας και αρτιότητας των ... που αποτελούν το αντικείμενο της υπό Συγκεκριμένα, νόμιμα η αναθέτουσα αρχή προσδιόρισε στο άρθρο 2.2.6 ως αντικείμενο της απαιτούμενης εμπειρίας των οικονομικών φορέων την πρότερη σε φορείς ..., δηλαδή σε ... , καθώς πρόκειται για αντικείμενο απολύτως συναφές με το δημοπρατούμενο, και επιπλέον δικαιολογείται από τις ιδιαιτερότητες της ... κ.α., που δεν προσομοιάζουν με τον ... έτερων μη συναφών .../... Σημειώνεται, ότι η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αιτιολογεί επαρκώς την επιλογή της να ζητήσει πρότερη εμπειρία σε ..., επισημαίνοντας τις απαιτήσεις και ιδιαιτερότητες της, σε συνάρτηση με τις αυξημένες

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

ανάγκες λόγω της συνεχιζόμενης ανάγκης αντιμετώπισης του ... Άρα, ο όρος αυτός συνδέεται απολύτως με το αντικείμενο της ... και αιτιολογείται νομίμως και επαρκώς η αναγκαιότητα θέσπισής του, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Ακολουθως, νομίμως ζητείται στο άρθρο 2.2.6 (α) και (β) η εμπειρία να προέρχεται από συμβάσεις, που έχουν εκτελεστεί κατά την τελευταία τριετία, καθώς η απαίτηση αυτή στοιχεί και συνάδει προς τις προβλέψεις της παρ. 4 του άρθρου 75, της παρ. 5 του άρθρου 80 και του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016, όπου ρητώς προβλέπεται ότι η ζητούμενη εμπειρία αποδεικνύεται από κατάλογο των κυριότερων ... που παρασχέθηκαν κατά την τελευταία τριετία, κατ' ανώτατο όριο. Η αναθέτουσα αρχή, ομοίως, επισημαίνει ότι η θέσπιση του όρου αυτού, δηλαδή η ζητούμενη εμπειρία να αφορά σε συναφείς συμβάσεις, που έχουν εκτελεστεί κατά την τελευταία τριετία, είναι απολύτως νόμιμη και συνάδει προς τα διαλαμβανόμενα στην κατευθυντήρια οδηγία 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ. Κατόπιν των ανωτέρω, ο όρος αυτός τελεί σε πλήρη στοίχιση προς την οικεία πρόβλεψη του νόμου για επίκληση εμπειρίας κατά τα τελευταία τρία έτη, κατ' ανώτατο όριο, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Περαιτέρω, απορριπτέος ,ως αναγόμενος σε κρίση σκοπιμότητας της αναθέτουσας αρχής, είναι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι η αναθέτουσα αρχή θα μπορούσε να έχει χρησιμοποιήσει διαφορετικό συνδυασμό της ζητούμενης εμπειρίας, δηλαδή να ζητά πρότερη εμπειρία σε φορείς ... ανεξαρτήτως χρόνου εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των συναφών συμβάσεων και γενική εμπειρία σε κατά την τελευταία τριετία. Τούτο, διότι, όπως έχει κριθεί (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007), λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο ... αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, και να καθορίσει με βάση δικές του εκτιμήσεις τα κριτήρια για την, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι. Κατ' αναλογία, αυτό ισχύει και για τις συμβάσεις αναφορικά με τον προσδιορισμό των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Τέλος, απορριπτέοι ως απαράδεκτοι και αναπόδεικτοι είναι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, ότι οι πληττόμενοι όροι είναι φωτογραφικοί και πληρούνται από λίγες μόνον- έξι κατά τους ισχυρισμούς του- εταιρείες, που εκτελούν ή έχουν εκτελέσει κατά την τελευταία τριετία συναφείς ... Αυτό,

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

γιατί ο προσφεύγων δεν προσκομίζει, ούτε επικαλείται συγκεκριμένα στοιχεία προς απόδειξη της πραγματικής βάσης του ισχυρισμού του, και ιδίως δεν προσκομίζει ούτε επικαλείται αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι οι «φωτογραφιζόμενες» εταιρείες και μόνον αυτές εκπληρώνουν τους πληττόμενους όρους και προδιαγραφές της Διακήρυξης(βλ. ΣΤΕ ΕΑ 836, 429, 1025, 1140/2010, 474/2009, 1317/2007). Σε κάθε περίπτωση, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία (βλ. ΔΕφΚομ 152/2022, ΔΕφΑθ 296/2013, 885/2012, ΣΤΕ ΕΑ 9/2015), ο ισχυρισμός ότι οι πληττόμενοι όροι είναι φωτογραφικοί υπέρ μόνο μίας ή μερικών συγκεκριμένων -ακόμη δε και-κατονομαζόμενων εταιρειών, δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι προδιαγραφές είναι φωτογραφικές (ad hoc ΔΕφΚομ 152/2022, ΔΕφΑθ 296/2013, 885/2012, ΣΤΕ ΕΑ 9/2015). Κατόπιν των παραπάνω, ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής, που βάλλει κατά των όρων (α) και (β) του άρθρου 2.2.6., καθώς και κατά του συναφούς άρθρου 2.2.9.Β4 της Διακήρυξης πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του.

15. Με τον δεύτερο λόγο ο προσφεύγων βάλλει κατά του όρου 2.2.7 της Διακήρυξης και της εκεί τιθέμενης απαίτησης, σύμφωνα με την οποία τα αξιούμενα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας θα πρέπει να έχουν εκδοθεί πριν την ημερομηνία δημοσίευσης της Διακήρυξης. Όμως, δεδομένης της απόρριψης του πρώτου λόγου της προσφυγής και της κρίσης ως νόμιμου του άρθρου 2.2.6 (α) και (β) της Διακήρυξης, ο οποίος καθ' ομολογίαν του προσφεύγοντος καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, αφού ούτε ο ίδιος διαθέτει την απαιτούμενη εμπειρία, αλλά ούτε και ο τρίτος φορέας στον οποίο θα μπορούσε να στηριχθεί (βλ. ειδικώς τα αναφερόμενα στη σελ. 15 της προσφυγής για την τρίτη εταιρεία «...»), που ομοίως δεν διαθέτει τη ζητούμενη εμπειρία κατά τα τελευταία τρία έτη), ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος. Τούτο, διότι, όπως νομολογιακά γίνεται δεκτό (ΕΑ ΣΤΕ 1168/2009, 135/2009, 829/2009), όταν ο προσφεύγων, προκειμένου να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον του προς προσβολή των όρων της Διακήρυξης, προβάλλει ότι αυτοί αποκλείουν την συμμετοχή του στο διαγωνισμό, και κριθούν απορριπτέοι οι λόγοι που βάλλουν κατά ενός έστω από τους όρους αυτούς, τότε στερείται πλέον εννόμου συμφέροντος να βάλλει

Αριθμός απόφασης: 1709 /2023

κατά των λοιπών όρων, αφού ούτως ή άλλως ο όρος που ίσταται καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Ενόψει των ανωτέρω, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος.

16. Κατόπιν των ανωτέρω η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί σύμφωνα με το σκεπτικό και να διαταχθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου (άρθρο 363 του ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 23 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ