

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 29 Ιανουαρίου 2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Μέλος Αθηνά Μπουζιούρη.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 21.12.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ **2065/22.12.2023** του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην «...», επί της «...» και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του «...» (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή») νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμό πρωτοκ. «...» και συγκεκριμένα τη διαγραφή του όρου που περιλαμβάνεται στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ - ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ -ΤΕΧΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ» και αφορά στα «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: «...»).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό «...» προκηρύχθηκε

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 74.596,554 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση την τιμή και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 16η.01.2024. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις «...» (ΑΔΑΜ: «...») και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α «...».

3. Η προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 21.12.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλομένη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29.11.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΕΑΔΗΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 2426/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, ενώ στις 05.01.2024 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. «...» για την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

5. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022) κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

6. Κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής Διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, σε περίπτωση που δεν υποβάλει προσφορά εντός της προθεσμίας υποβολής της, να

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της Διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, στη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή στα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

7. Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του για την προσβολή της Διακήρυξης με αίτηση ακύρωσης διατηρείται μόνον εφόσον προβάλλει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η Διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011). Η επίκληση δε τέτοιων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος απαιτείται, τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της Διακήρυξης, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την νομιμότητά της γενικά (ΣΤΕ 2631/2020).

8. Επίσης, η διατύπωση του άρθρου 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, δεν αναιρεί, αλλά αντίθετα επιβεβαιώνει και ενσωματώνει την πάγια δικονομική αρχή ότι το έννομο συμφέρον για άσκηση ενδίκου βοηθήματος και στην προκειμένη περίπτωση ενδικοφανούς προσφυγής, πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Έτσι, κατά την παραπάνω διάταξη η έννοια του «συμφέροντος» ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενό της με την πάγια έννοια του «εννόμου συμφέροντος» όπως αυτή έχει διαμορφωθεί στα πλαίσια της διοικητικής δικονομίας και της ακυρωτικής δίκης.

9. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα, προκειμένου να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής προβάλλει ότι δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της «...» καθώς και ότι επιθυμεί να μετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά για τη «...» και «...». Επομένως, η προσφεύγουσα περιλαμβάνεται καταρχήν στον κύκλο των οικονομικών φορέων, που θεμελιώνουν εύλογο ενδιαφέρον να μετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό. Επικαλείται όμως ότι υφίσταται βλάβη λόγω του προσβαλλόμενου όρου της που

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

περιλαμβάνεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της Διακήρυξης με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ -ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ - ΤΕΧΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», κατά τον οποίο μεταξύ των δικαιολογητικών συμμετοχής θα πρέπει να κατατεθούν και «...». Με βάση και τα όσα έγιναν δεκτά προηγουμένως, η συνδρομή ειδικού εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας εξετάζεται παρακάτω κατά την εξέταση των επιμέρους λόγων που προβάλλει (ΣΤΕ ΕΑ 170/2021, 240/2020).

10. Με το **μόνο προβαλλόμενο λόγο**, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απαίτησης που περιλαμβάνεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της Διακήρυξης με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ -ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ - ΤΕΧΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», κατά την οποία μεταξύ των δικαιολογητικών συμμετοχής θα πρέπει να κατατεθούν και «...». Συνεπώς, με βάση τα παραπάνω οι συμμετέχοντες καλούνται, να «...» ως επίσημα «...». Όμως, κατά τον προβαλλόμενο ισχυρισμό, η παραπάνω απαίτηση παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, την αρχή του υγιούς ανταγωνισμού, καθώς και την αρχή της διαφάνειας προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων στους δημόσιους διαγωνισμούς, καθώς εισάγει απαγορεύσεις, περιορισμούς και διακρίσεις που είναι αθέμιτες, αφού νοθεύουν μη νόμιμα τον ανταγωνισμό, ενώ αντίθετα η Διακήρυξη θα έπρεπε να θέτει τεχνικές προδιαγραφές που επιτρέπουν τη συμμετοχή σε όλες τις εταιρείες που πληρούν τα ζητούμενα κριτήρια. Επίσης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα η παραπάνω απαίτηση έχει ενσωματωθεί στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ - ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ - ΤΕΧΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ» της Διακήρυξης, στο οποίο θα πρέπει να περιλαμβάνονται μόνο οι τεχνικές προδιαγραφές που απαιτείται να πληρούν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, ενώ δεν αποτελεί τεχνική προδιαγραφή της υπό ανάθεση σύμβασης, αλλά κριτήριο ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων οικονομικών φορέων, καθώς αφορά τους ίδιους τους υποψηφίους οικονομικούς φορείς και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που διαθέτουν. Ακόμα, σύμφωνα με τον προβαλλόμενο ισχυρισμό, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να απέχει από τέτοιου είδους απαιτήσεις, οι οποίες υπερβαίνουν τα χαρακτηριστικά του αναγκαίου, κατάλληλου και πρόσφορου μέσου απόδειξης της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων αναδοχών σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ η απαιτούμενη τεχνική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, θα μπορούσε να αποδεικνύεται και με άλλα μέσα που δεν συνδέονται αποκλειστικά με τον «...» του «...», όπως για

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

παράδειγμα με την προσκόμιση βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης παρόμοιων υπηρεσιών.

11. Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αντιτάσσει στα παραπάνω τα εξής: «Ο ως άνω όρος τέθηκε από την Επιτροπή Προδιαγραφών, όπως αναφέρεται και στο υπ' αριθ. πρωτ. «...» έγγραφό της, προκειμένου να εξασφαλιστεί «...» σύμφωνα με τις οδηγίες «...» και «...», ώστε να παραμείνουν τα «...» με τα χαρακτηριστικά που έχει προκαθορίσει ο «...» και για τα οποία έχει πάρει «...» μέσω των απαιτούμενων «...». Οποιαδήποτε αλλαγή στα «...», π.χ. με τη χρήση «...», αλλοιώνει τα «...» και έτσι παύει να υφίσταται η «...». Ο ως άνω όρος εξασφαλίζει ότι ο «...» γνωρίζει τα συγκεκριμένα «...» σε «...» και μπορεί να είναι ανά πάσα στιγμή σε επικοινωνία με «...» για «...». Επισημαίνεται, δε, ότι ο «...» συνεργάζεται μόνο «...» που έχουν «...» από αυτόν και είναι «...». Επομένως, αποδεικνύεται ότι ο συγκεκριμένος όρος έχει τεθεί προκειμένου να εξασφαλιστεί η άρτια «...», μέσω της «...», και να διασφαλιστεί η άριστη και απρόσκοπτη «...» και, μέσω αυτής, η αξιόπιστη «...». Ως εκ τούτου, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός αφορά «...», ο συγκεκριμένος όρος είναι αναγκαίος και πρόσφορος για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής και, κατ' επέκταση, την καλύτερη εξυπηρέτηση της «...», και δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας και τους κανόνες της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της διαφάνειας εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία της προσφεύγουσας να συμμετάσχει». Μετά τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης και την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών, σχετικά με τον προβαλλόμενο λόγο προσφυγής, λεκτέα τα εξής:

12. Στο άρθρο 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και 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 και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων», στο άρθρο 54 ότι «...2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4.....», στο άρθρο 75 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

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. ...3. ...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 σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών 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. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος», και στο άρθρο 80 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα» ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη (...) της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. (...) 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών. (...)». Στο Μέρος II «Τεχνική ικανότητα» του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 (ομοίου περιεχομένου αντίστοιχο Παράρτημα XII της Οδηγίας 2014/24), με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

επιλογής», ορίζεται ότι: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης (...) ii) κατάλογος (...) των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη/ αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του.....η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια'θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης (...).».

13. Κατά την έννοια της διάταξης του άρθρου 54 του ν. 4412/2016, οι τεχνικές προδιαγραφές προσδιορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση υπηρεσίας, δηλαδή συναρτώνται αποκλειστικά προς τα χαρακτηριστικά της ίδιας της παρεχόμενης υπηρεσίας και όχι προς τους όρους υπό τους οποίους αποκτήθηκε από τον υποψήφιο ανάδοχο ή προς τις ελάχιστες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας τις οποίες ο τελευταίος οφείλει να πληροί για την προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση υπηρεσίας. Προς τούτο, με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 3 του ν. 4412/2016 υποδεικνύονται οι τρόποι διατύπωσης των τεχνικών προδιαγραφών. Επίσης, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητα που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την Διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού μόνο για το λόγο ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν κάποιων διαγωνιζομένων, οι οποίοι δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαράδεκτα αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης του εθνικού και ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και την αρχή της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

14. Η επίμαχη απαίτηση του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, όπως προκύπτει από το περιεχόμενό της, αποτελεί στοιχείο που συνδέεται άμεσα με το πρόσωπο του αναδόχου, συνιστώντας κριτήριο ποιοτικής επιλογής. Συγκεκριμένα, η απαίτηση «...» προς απόδειξη της «...» για την «...» και η προσκόμιση των σχετικών «...», αποτελεί απαίτηση που συνδέεται άμεσα με το πρόσωπο του υποψηφίου αναδόχου και όχι με την ίδια την «...». Ωστόσο, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, ότι μη νόμιμα έχουν τεθεί τα παραπάνω κριτήρια στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, είναι απορριπτέες ως απαραδέκτα προβαλλόμενες, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος. Και αυτό γιατί η προσφεύγουσα δεν προσδιορίζει τη βλάβη που υφίσταται από την αναγραφή των άνω κριτηρίων ποιοτικής επιλογής στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, στο οποίο ορίζονται οι τεχνικές προδιαγραφές και όχι στο σημείο που αναφέρονται τα κριτήρια επιλογής. Δηλαδή, η προσφεύγουσα δεν θεμελιώνει το ειδικό έννομο συμφέρον, που απαιτείται, καθόσον δεν προσδιορίζει με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, γιατί η εσφαλμένη συμπερίληψη των άνω κριτηρίων επιλογής στο συγκεκριμένο σημείο της Διακήρυξης της προκαλεί συγκεκριμένη βλάβη που καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ. ΣτΕ 352/2018, 86/2018). Επιπλέον, στο άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης, στο οποίο ορίζονται τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, γίνεται ρητά η παραπομπή στο Παράρτημα Α' (Ι), ως προς τα «...». Συνεπώς, ο παραπάνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι απορριπτέος και ως αβάσιμος. Τέλος, επισημαίνεται ότι, ακόμα και αν γινόταν δεκτό ότι η εσφαλμένη συμπερίληψη της επίμαχης απαίτησης στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, προκάλεσε ασάφεια στην

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

προσφεύγουσα, η τελευταία είχε τη δυνατότητα υποβολής διευκρινιστικού ερωτήματος κατά τη διαδικασία του άρθρου 2.1.3 της Διακήρυξης, δυνατότητα την οποία δεν ενεργοποίησε (βλ. ΣΤΕ 1259/2019).

15. Περαιτέρω, στην προκειμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή, πέραν του ότι είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά που η ίδια κρίνει, αιτιολογεί και την επιλογή της να εισάγει την προσβαλλόμενη απαίτηση στο κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης, αντικρούοντας τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, προβάλλει ότι η απαίτηση αυτή είναι σκόπιμη για την προσήκουσα κάλυψη των αναγκών της, επικαλούμενη την ανάγκη να διασφαλισθεί η ποιοτική και αποτελεσματική «...», να αποτραπεί η «...» και να παύσει η «...». Με βάση τον παραπάνω επιδιωκόμενο στόχο η απαίτηση της αναθέτουσας αρχής για την «...» δεν βαίνει πέραν αυτών που μπορεί να θέσει η αναθέτουσα αρχή κινούμενη εντός των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας.

16. Σχετικά με την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας και των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, στις οποίες αναφέρεται η προσφεύγουσα, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι στηρίζει τους ισχυρισμούς της για την απαλοιφή των απαιτήσεων αυτών στο γεγονός ότι η ίδια δεν μπορεί να υποβάλει προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό, καθώς δεν πληροί το επίμαχο κριτήριο, γεγονός που από μόνο του δεν αρκεί για να στοιχειοθετήσει παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού. Και αυτό γιατί δεν προκύπτει από τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ότι μεγάλη μερίδα των δυνητικών συμμετεχόντων δεν πληρούν το κριτήριο αυτό, ώστε να γίνεται σαφές αν τελικά εμποδίζεται η συμμετοχή και άλλων ενδιαφερομένων και αν κλονίζεται υπέρμετρα η δυνατότητα υποβολής περισσότερων ανταγωνιστικών προσφορών, καταλείποντας το συμπέρασμα ότι η μόνη ζημιούμενη από τους προσβαλλόμενους όρους της Διακήρυξης είναι η προσφεύγουσα. (βλ. και ΕΑΔΗΣΥ 1771/2022).

17. Μετά τα παραπάνω και δεδομένου ότι η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά ενός ή περισσότερων όρων της Διακήρυξης δεν κατατείνει στη διασφάλιση της συμμετοχής του προσφεύγοντος στο διαγωνισμό, αλλά στην τήρηση της

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

ισορροπίας μεταξύ της ελευθερίας της αναθέτουσας αρχής να καλύψει τις ανάγκες της με τον κατά την κρίση της προσφορότερο τρόπο και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας και των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί θα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι, στο μέτρο που προβάλλεται παράβαση των παραπάνω αρχών. Και αυτό γιατί στην κρινόμενη περίπτωση η αναγκαιότητα της επίμαχης απαίτησης αιτιολογείται από την αναθέτουσα αρχή, ενώ δεν αποδεικνύεται ο περιορισμός του κύκλου των οικονομικών φορέων που μπορούν να υποβάλλουν παραδεκτή προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό.

18. Τέλος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι η επίμαχη απαίτηση είναι δυσανάλογη και μη αναγκαία, προβάλλεται χωρίς έννομο συμφέρον, διότι η προσφεύγουσα δεν εξειδικεύει τη βλάβη που υφίσταται από αυτήν. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δεν αναφέρει σε τι συνίσταται ειδικά η βλάβη της από τη συμπερίληψη του συγκεκριμένου όρου στη Διακήρυξη, πώς ακριβώς εμποδίζεται η συμμετοχή της στο διαγωνισμό ή το γεγονός ότι δεν είναι εφικτή από πλευράς της η τήρηση όρου αυτού, αλλά επικαλείται αόριστα ότι δυσχεραίνεται η συμμετοχή της χωρίς να επικαλείται ή να αποδεικνύει ότι ο «...» (βλ. ΔΕφΑΘ 503/2013 σκ. 15). Ούτε ακόμη αναφέρει ότι το «...», που η ίδια διαθέτει, έχει λάβει «...» και μπορεί να ανταποκριθεί στις «...», ώστε η ζητούμενη από τη Διακήρυξη «...» αποκλειστικά από τον «...» να καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή της. Συνεπώς, ο κρινόμενος ισχυρισμός είναι απορριπτέος και ως απαράδεκτα προβαλλόμενος, χωρίς έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας και κατά συνέπεια ο μόνος **λόγος προσφυγής προβάλλεται αβάσιμα και απαράδεκτα στο σύνολό του και πρέπει να απορριφθεί.**

19. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης : 326 / 2024

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Ιανουαρίου 2024 και εκδόθηκε στις 16 Φεβρουαρίου 2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ
Α/Α ΜΑΡΙΑ ΠΛΟΣΚΑ