

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 24 Ιανουαρίου 2025 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Βασιλική Παναγιωτίδου, Μέλος και Εισηγήτρια, Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 16.12.2024 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1842/17.12.2024 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), ο οποίος εδρεύει στην οδό ... αριθμός ... στην ... , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία «...», που εδρεύει στα ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμό ... (ΑΔΑΜ ...) Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής για την ... »..., κατά το μέρος που προσβάλλονται οι όροι των άρθρων 2.2.6 και 2.4.3.2. 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 2.206,00 €, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 και με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ποσού 441.152,00 € χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).
2. Με την υπ' αριθμό ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «...» της ... (CPV: ...), με διάρκεια σύμβασης 9 μήνες από την υπογραφή του συμφωνητικού, εκτιμώμενης αξίας 441.152,00 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 %. Δυνάμει του με αριθμό ... διευκρινιστικού εγγράφου της αναθέτουσας αρχής, το οποίο

κοινοποιήθηκε στις 09.12.2024 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμής. Οι προσφορές υποβάλλονται, επί ποινή αποκλεισμού, για το ... των παρεχόμενων ... και όχι μόνο για μέρος αυτών, καθώς η παρούσα σύμβαση είναι ενιαία και αδιαίρετη. Το αντικείμενο των ... δεν υποδιαιρείται σε ομάδες αλλά συγκροτεί ένα ... οι οποίες είναι αλληλένδετες μεταξύ τους και, ως εκ τούτου, για την απρόσκοπτη και χωρίς καθυστερήσεις υλοποίηση της σύμβασης, η ανάθεση θα γίνει σε έναν οικονομικό φορέα. Τυχόν υποδιαίρεση της σύμβασης θα έθετε σε διακινδύνευση την ορθή αποτελεσματική και προσήκουσα εκτέλεση αυτής. Επίσης με αυτό τον τρόπο εξυπηρετούνται καλύτερα οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στη σχετική μελέτη στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις **29.11.2024** και έλαβε μοναδικό ΑΔΑΜ ... , καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ όπου έλαβε συστημικό αριθμό ... Σύμφωνα με τη διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η **16η .12.2024**, ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00. και ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η **20η.12.2024** και ώρα 09:00. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορά, δύο (2) οικονομικοί φορείς ο προσφεύγων και η εταιρεία «...».

3. Η προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία προκηρύχθηκε από το νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, «...» (αναθέτουσα αρχή) και λόγω του αντικειμένου της, του ύψους της εκτιμώμενης δαπάνης καθώς και του χρόνου εκκίνησης αυτής εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των Βιβλίων Ι και ΙV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ, 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 16.12.2024 , δηλαδή εντός της προβλεπόμενης στο άρθρο 365 παρ. 1 (γ) του ν. 4412/2016 δεκαήμερης προθεσμίας από την γνώση της προσβαλλόμενης

Διακήρυξης .Ειδικότερα, ο προσφεύγων κατά ρητή δήλωσή του (βλ. σελ. 3 της .προσφυγής) έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις **06-12-2024**, δηλαδή νωρίτερα από το απώτατο χρονικό σημείο που θα τεκμαιρόταν η πλήρης γνώση, το οποίο 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: 29-11-2024 πάροδος δεκαπενθημέρου: **14-12-2024**). Ωστόσο, από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου προκύπτει ότι ο προσφεύγων στις **04.12.2024** υπέβαλλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το με ίδια ημερομηνία αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή επίσκεψης, αναφορικά με την αρ. πρωτ. ... διακήρυξη, στις ... την Πέμπτη 5/12/2024 και ώρα 11:00πμ, ώστε ο εκπρόσωπος της εταιρείας ... να επισκεφθεί το ..., προκειμένου να έχει ολοκληρωμένη εικόνα για ... στα οποία θα παρασχεθούν οι σχετικές ... Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η πραγματική πλήρης γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης έλαβε χώρα, ήδη από τις **04.12.2024**, εφόσον κατά την ημερομηνία αυτή ο προσφεύγων είχε προγραμματίσει την ... όπου θα παρασχεθούν οι ... του διαγωνισμού την επομένη, δηλαδή στις 05.12.2024. Ως εκ τούτου, η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής εκκίνησε την επομένη της, κατά τα ανωτέρω, πλήρους και πραγματικής γνώσης (04.12.2024), και έληγε στις 16.12.2024, με παρέκταση της προθεσμίας λόγω εξαιρετέας ημέρας (Σάββατο).

5. Ο προσφεύγων έλαβε μέρος στον διαγωνισμό, υποβάλλοντας στις 16.12.2024 την με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... προσφορά του με το ... των προβλεπόμενων δικαιολογητικών συμμετοχής, στα οποία περιλαμβάνεται η υπεύθυνη δήλωση με ημερομηνία 16.12.2024 (ώρα 12:43) του νομίμου εκπροσώπου του με το εξής περιεχόμενο: *«Δ) λάβαμε γνώση των όρων και των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης και τους αποδεχόμαστε πλήρως με επιφύλαξη τον όρο της παραγράφου 2.2.6. και 2.4.3.2 αναφορικά με τον όρο για ... ίδιου αντικειμένου σε ...κατά την τελευταία τριετία από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, από τα οποία το ένα τουλάχιστον θα είναι άνω των 150.000,00 ευρώ, για τον οποίο έχει καταθέσει από 16/12/2024 προδικαστική προσφυγή» (αρχείο: «...pdf»).* Με τα δεδομένα αυτά, η προδικαστική προσφυγή ασκείται κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον στο μέτρο που, αφενός η συμμετοχή στον διαγωνισμό λαμβάνει χώρα με την επιφύλαξη

ως προς τους πληττόμενους όρους της διακήρυξης και αφετέρου καθόσον ο προσφεύγων επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι ο ίδιος δραστηριοποιείται επαγγελματικά σε αντικείμενο απολύτως συναφές με το αντικείμενο του έργου, έχοντας συμμετάσχει σε πλήθος διαγωνιστικών διαδικασιών ... εντούτοις η συμμετοχή του στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία εμποδίζεται, άλλως καθίσταται ιδιαίτερα δυσχερής εξαιτίας των πληττόμενων με την προσφυγή μη νόμιμων όρων και απαιτήσεων της Διακήρυξης. 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 αναδόχου 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 γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων 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, 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. Κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 16.12.2024 με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 17.12.2024 στην κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017.

7. Με την με αριθμό 2223/2024 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της, τις οποίες διαβίβασε στην ΕΑΔΗΣΥ εμπροθέσμως, στις 25.12.2024, δηλαδή εντός δεκαπέντε ημερών από την κατάθεση της προσφυγής (16.12.2024) 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 (25.12.2024) στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού

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.

9. Με τον **μόνο** λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης, στρεφόμενος κατά των όρων που προβλέπονται αφενός στο άρθρο 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» σύμφωνα με το οποίο *« Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν ότι διαθέτουν όλες τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες όπως αυτές εξειδικεύονται στα δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς.»* και αφετέρου στο άρθρο 2.4.3.2. σύμφωνα με το οποίο προβλέπεται η υποχρέωση υποβολής με την τεχνική προσφορά, και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, κατάστασης *« 3. ... από την οποία να αποδεικνύεται ότι ο διαγωνιζόμενος έχει*

αναλάβει ... ίδιου αντικειμένου σε ... κατά την τελευταία τριετία από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών , από τα οποία το ένα τουλάχιστον θα είναι άνω των 150.000,00 ευρώ,...». Κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι με τη διακήρυξη θεσπίζεται ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας η προηγούμενη εμπειρία των υποψήφιων συμμετεχόντων οικονομικών φορέων σε συναφείς με τη διακήρυξη ..., για την απόδειξη της οποίας απαιτείται από τους οικονομικούς φορείς να έχουν συνάψει πέντε συμβάσεις ... αποκλειστικά με άλλα ... Με το ανωτέρω κριτήριο, εισάγεται, σε βάρος του ανταγωνισμού, ανεπίτρεπτη διάκριση μεταξύ της αποκτηθείσας εμπειρίας από την εκτέλεση συμβάσεων με ... και των συμβάσεων που εκτελέστηκαν προς όφελος του λοιπού δημόσιου και ιδιωτικού τομέα, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται ο ίδιος να λάβει μέρος παραδεκτά και νόμιμα στον διαγωνισμό, καθόσον δεν πληροί αυτοτελώς το ως άνω κριτήριο που θεσπίζεται δυνάμει των άρθρων 2.2.6 και 2.4.3.2. της διακήρυξης. Και τούτο, διότι ο προσφεύγων έχει μεν εκτελέσει συναφείς συμβάσεις ... με ... όπως π'χ ... δεν είναι ... όπως αποκλειστικά ορίζεται από τη διακήρυξη. Επίσης, ο προσφεύγων αδυνατεί να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, δεδομένου ότι δεν πληροί την απαίτηση περί σύναψης πέντε(5) συμβάσεων ... μόνο με ... κατά την τελευταία τριετία. Η απαίτηση αυτή παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας, καθώς δεν δικαιολογείται η αναγκαιότητα και η προσφορότητα της, με αποτέλεσμα να περιορίζεται ανεπίτρεπτα ο κύκλος των δυνητικών συμμετεχόντων οικονομικών φορέων στη διαγωνιστική διαδικασία. Τούτων δοθέντων, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της διακήρυξης ως προς τους ανωτέρω πληττόμενους όρους των άρθρων 2.2.6 και 2.4.3.2. λόγω παράβασης της αρχής της αναλογικότητας.

10. Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αντιτάσσει ότι η απαίτηση της να έχει αναλάβει ο διαγωνιζόμενος πέντε (5) ... ίδιου αντικειμένου σε ... κρίνεται αναγκαία για τη διασφάλιση της ικανότητας εκτέλεσης της σύμβασης από οικονομικούς φορείς που διαθέτουν συναφή εμπειρία και για λόγους δημοσίου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψιν τις ιδιαιτερότητες των υπό Και τούτο, διότι η συνεργασία του οικονομικού φορέα με άλλα ... κρίνεται απαραίτητη, λαμβάνοντας υπόψη το διοικητικό καθεστώς αλλά και τις ιδιαίτερες λειτουργικές ανάγκες οι οποίες διαμορφώνονται από τις ... τον αναγκαίο

χρονοδιαχωρισμό της ... στο τμήμα του ... που γίνεται ... Η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ακόμα ότι σε κάθε περίπτωση υπάρχει η δυνατότητα κάθε οικονομικού φορέα να προσφύγει στη δάνεια εμπειρία ώστε να συμμετέχει στο διαγωνισμό.

11. Ο Ν. 4412/2016 "Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και ... (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)" (Α' 147), ορίζει τα εξής: Άρθρο 18 υπό τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ότι: «1. 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 περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. (...). Άρθρο 75, υπό τον τίτλο «Κριτήρια επιλογής», 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 ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. [...] 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.[...]. Άρθρο 80: «.[...]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[...]. Στο δε Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' προβλέπονται ως αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: «... 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[...].».

12. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει, ότι 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 του απαιτούμενου επιπέδου (και) αναφορικά με την τεχνική-επαγγελματική ικανότητα, και δη την εμπειρία των υποψηφίων, 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 τη 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. Ελέγχονται, δηλαδή, τα κριτήρια επιλογής από της απόψεως της τηρήσεως της

αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΕ 444/2022 σκ.40, ΔΕΦ Αθ 1588/2024 σκ. 5,6 κ.α.).

13. 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.

14. 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 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).

15. Κατόπιν των ανωτέρω, επί του λόγου της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης καθορίζεται το αντικείμενο της σύμβασης ως ... κατά τις καθημερινές ,αργίες και Κυριακές. Ακολούθως στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης δίνεται η αναλυτική περιγραφή του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης και τίθενται οι γενικές τεχνικές προδιαγραφές και οι υποχρεώσεις του αναδόχου. Μεταξύ των συμβατικών υποχρεώσεων προβλέπεται ενδεικτικά, για κάθε ... Συχνότητα: Για την περίοδο από 1 Απριλίου έως και 30 Οκτωβρίου - τουλάχιστον 24 ώρες καθημερινά περιλαμβανομένων αργιών και εορτών. Για την περίοδο από 3 Φεβρουαρίου έως και 31 Μαρτίου - τουλάχιστον 16 ώρες καθημερινά συμπεριλαμβανομένων αργιών και εορτών. ... Συχνότητα: Για την περίοδο από 1 Απριλίου έως και 30 Οκτωβρίου - τουλάχιστον 16 ώρες καθημερινά περιλαμβανομένων αργιών και εορτών. Για την περίοδο από 3 Φεβρουαρίου έως και 31 Μαρτίου - τουλάχιστον 8 ώρες καθημερινά συμπεριλαμβανομένων αργιών και εορτών. κ.λπ. Με τα δεδομένα αυτά, οι τιθέμενες απαιτήσεις, που περιλαμβάνονται στους υπό κρίση όρους των άρθρων 2.2.6 και 2.4.3.2. της διακήρυξης, πρέπει να συνδέονται και να τελούν σε αναλογία προς το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ένα ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ως προς τις ... για τη διασφάλιση της ορθής και αποτελεσματικής εκτέλεσης της επίμαχης υπό ανάθεση σύμβασης, χωρίς ωστόσο αυτό να βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου. Εν προκειμένω, η υπό ανάθεση σύμβαση ... στο ... (...)δεν έχει κάποιον ιδιαίτερο χαρακτήρα, ώστε από τη φύση των παρεχόμενων ... να δικαιολογείται η απαίτηση απόδειξης προηγούμενης εμπειρίας από συμβάσεις συναφθείσες αποκλειστικά με ... Άλλωστε, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, ο προσφεύγων διαθέτει ανάλογη εμπειρία αποκτηθείσα από την ... η οποία όμως αντιστοιχεί σε τρεις και όχι σε πέντε συμβάσεις όπως απαιτείται με τη διακήρυξη. Εξάλλου, ο προβαλλόμενος ισχυρισμός ότι η επίμαχη διάκριση δικαιολογείται από το γεγονός ότι το ... διέπεται από ιδιαίτερο διοικητικό καθεστώς και λειτουργικές ανάγκες, που καθιστούν αναγκαία την απόδειξη συναφούς εμπειρίας με συμβάσεις που συνήφθησαν αποκλειστικά με άλλα ... ,είναι προδήλως αβάσιμος, καθόσον αντιβαίνει ευθέως στις ρυθμίσεις του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του

Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, από τις οποίες σαφώς προκύπτει ότι η απαιτούμενη εμπειρία των διαγωνιζομένων σε δημόσιους διαγωνισμούς μπορεί να προέρχεται από συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενους είτε δημόσιους είτε ιδιωτικούς φορείς, χωρίς περαιτέρω διάκριση, ενώ τυχόν παραδοχή του θα οδηγούσε στην αντιστροφή του θεμελιώδους για τον ανταγωνισμό στις δημόσιες συμβάσεις κανόνα περί απαγόρευσης διάκρισης της ζητούμενης εμπειρίας ανάλογα με τον φορέα στον οποίο έχει αυτή αποκτηθεί (πρβλ. ΕΛΣυν Ολ. 1078/2024 σκ. 41, Έβδ. Τμ. 534/2023 σκ. 14 και 17)».

16. Συνεπώς, στην προκειμένη περίπτωση, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης, 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 συνδέεται μεν με το συμβατικό αντικείμενο, πλην όμως δεν παρίσταται εύλογο, αντικειμενικό και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού διασφάλισης της ποιότητας και αρτιότητας ... που αποτελούν το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Σημειώνεται, ότι η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της δεν αιτιολογεί επαρκώς την επιλογή της της να ζητήσει πρότερη εμπειρία, αποκλειστικά σε ..., δεδομένου ότι δεν προσδιορίζονται ιδιαιτερότητες της ... των χώρων αυτών. Άρα, ο όρος αυτός δεν συνδέεται απολύτως με το αντικείμενο της σύμβασης και δεν αιτιολογείται νομίμως και επαρκώς η αναγκαιότητα θέσπισής του, κατ' αποδοχή ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Περαιτέρω, ο όρος του άρθρου 2.4.3.2. της διακήρυξης, που συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία με τη συνδρομή του κριτηρίου της προηγούμενης εμπειρίας αποκλειστικά σε ..., εισάγει ανεπίτρεπτη διάκριση μεταξύ της αποκτηθείσας εμπειρίας σε άλλους ... , χωρίς να υφίσταται αποχρών λόγος δημοσίου συμφέροντος που να δικαιολογεί τη διάκριση. Εξάλλου, είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί δυνατότητας προσφυγής στη δάνεια εμπειρία για την κάλυψη του αριθμού των απαιτούμενων συμβάσεων που, εν προκειμένω, έχουν οριστεί σε πέντε. Τούτο, διότι η προσφυγή στις ικανότητες τρίτου, για την κάλυψη των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, δεν αποτελεί υποχρέωση των συμμετεχόντων, αλλά επαφίεται στην διακριτική τους ευχέρεια. Επομένως, δεν δύναται να επιβληθεί στους συμμετέχοντες, προκειμένου να εισαχθούν με τον τρόπο αυτό πρόσθετοι

και περιοριστικοί του ανταγωνισμού όροι. Ενόψει όλων των ανωτέρω, ο σχετικός όρος της διακήρυξης, που θεσπίζει ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας την προηγούμενη εμπειρία των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, προερχόμενη από την ανάληψη πέντε έργων ... αποκλειστικά και μόνο σε ... εντός της τελευταίας τριετίας, δεν παρίσταται ούτε αναγκαίος ούτε πρόσφορος για την επιλογή αναδόχου, αλλά περιορίζει ανατιολόγητα τον ανταγωνισμό κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και, ως εκ τούτου, ο λόγος της προσφυγής κρίνεται δεκτός ως βάσιμος.

17. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό, να ακυρωθεί η Διακήρυξη ως προς τους πληττόμενους όρους που αφορούν στο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, που θεσπίζεται δυνάμει των όρων που περιέχονται στα άρθρα 2.2.6 (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) και 2.4.3.2. (Τεχνικής Προσφορά) αυτής της και αφορά στην απαίτηση να έχει αναλάβει ο διαγωνιζόμενος ... ίδιου αντικειμένου αποκλειστικά σε ... σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσας και να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό.
Ακυρώνει την προσβαλλόμενη Διακήρυξη κατά το σκεπτικό της παρούσας.
Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε 24 Ιανουαρίου 2025 και εκδόθηκε στις 13 Φεβρουαρίου 2025 στην Αθήνα..

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ

