

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε την 23<sup>η</sup> Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αφοκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια, και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.9.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1280/14.9.2020 της εταιρείας με την επωνυμία ..., που εδρεύει στη ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ..., που εδρεύει στο ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η με ΑΔΑΜ: ... 2020-08-31 Διακήρυξη και συγκεκριμένα ο υπ' αριθμόν 2.2.6. όρος αυτής, όπως αναλυτικά αναφέρεται στην παρούσα. Να ακυρωθεί το υπ' αριθμόν πρωτοκόλλου 24666/8.09.2020 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων του ..., καθώς και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της Διοίκησης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το ελάχιστο νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ επί τη βάσει της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης ποσού ευρώ 103.365,32 χωρίς ΦΠΑ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης, με κωδικό ... και την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, και το από 14-9-2020 αποδεικτικό πληρωμής του στη ...).

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

2. Επειδή με την υπ' αριθ.πρωτ. ... διακήρυξη διακηρύχθηκε Δημόσιος Διαγωνισμός με την ανοικτή διαδικασία του άρθ. 27 παρ. 4 του ν. 4412/2016, με αντικείμενο την προμήθεια και εγκατάσταση μη μόνιμων υποδομών σε παραλίες του ... οι οποίες θα συνεισφέρουν στην πρόσβαση των ΑμεΑ στη θάλασσα, (CPV ...), με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, με καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών την 14-9-2020 ώρα 15.00. Ειδικότερα, τα αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια και η εγκατάσταση Μη μόνιμης βοηθητικής διάταξης για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα, Ντουζ για ΑμεΑ και αμφίβιο-πλωτό αμαξίδιο και λοιπός εξοπλισμός, ενώ οι εργασίες εγκατάστασης, δοκιμών, ρύθμισης, θέσης σε λειτουργία, εκπαίδευσης ακόμη και ελαφρών χρωματοουργικών εργασιών διαμόρφωσης της παραλίας προβλέπονται καταλεπτώς στο Παράρτημα Ι Μελέτη της διακήρυξης (σελ. 1, 5, όροι 1.3, 1.5, 2.3.1 της διακήρυξης).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 31-8-2020 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος ... .

4. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή την 3-9-2020, μέσω της λειτουργικότητας επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής η επικοινωνία), η προσφεύγουσα αιτήθηκε διευκρινήσεις επί των όρων της διακήρυξης ως εξής «.. σύμφωνα με την παρ. 2.2.6.. της διακήρυξης «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ... οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2017, 2018, 2019) θα πρέπει να έχουν εκτελέσει και ολοκληρώσει από κοινού ή εξ ολοκλήρου μία (1) τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας, συναφούς αντικείμενου με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης, ύψους κατ' ελάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεσης σύμβασης». Παρακαλούμε να μας διευκρινίσετε εάν θα γίνουν

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

δεκτές συμβάσεις που έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας εντός του 2020, δεδομένου ότι το άρθρο 104 του Ν. 4412/2016... ορίζει «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της .. προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά τη σύναψη της σύμβασης...». Η αναθέτουσα αρχή μέσω της επικοινωνίας, την 8-9-2020 επιβεβαίωσε στην προσφεύγουσα τους όρους της διακήρυξης ως εξής «... η παράγραφος 2.2.6 της αριθμ.πρωτ.... διακήρυξης είναι απολύτως ξεκάθαρη και σαφής. Οι διατάξεις του άρθρου 104 § 1 του Ν.4412/2016 έχουν αποτυπωθεί στην παράγραφο 2.2.9.2 της διακήρυξης και συγκεκριμένα: «Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016». Σύμφωνα με τα ανωτέρω, το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως έχουν οριστεί με σαφήνεια στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8 της διακήρυξης, θα κριθεί κατά τη διενέργεια των επί μέρους σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας και ειδικότερα: 1ον Κατά την αποσφράγιση και αξιολόγηση των (υπο)φακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» και των (υπο)φακέλων «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» που θα έχουν υποβάλει οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς έως την καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής των προσφορών, βάσει των απαιτήσεων της διακήρυξης (όπως π.χ. απαιτήσεις παραγράφων 2.2.4 έως 2.2.8 της διακήρυξης, κλπ). 2ον Κατά την αποσφράγιση και αξιολόγηση των (υπο)φακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΜΕΙΟΔΟΤΗ» που θα υποβάλει ο προσωρινός ανάδοχος, ήτοι τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στην παράγραφο 2.2.9.2 της διακήρυξης...»

6. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί μέσω της επικοινωνίας νόμιμα και εμπρόθεσμα την Δευτέρα 14-9-2020 ώρα 11.37.12, λαμβανομένου υπ' όψιν α) ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 31-8-2020, β) ότι η κρινόμενη προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου, και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα

## **Αριθμός Απόφασης : 1442/2020**

με τα οριζόμενα στο εδ. (γ) της παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή κατά την ορισμένη καταληκτική ημερομηνία κατάθεσης προσφορών 14-9-2020, στο διαγωνισμό κατέθεσαν προσφορές η προσφεύγουσα ώρα 14.40.28, και η ... ώρα 12.52.11, οι οποίες παραμένουν σφραγισμένες.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό εξέταση προσφυγή προς *όλους τους συμμετέχοντες*, με ανάρτηση στην *επικοινωνία* την 15-9-2020 κατά τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή την 17-9-2020 η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε στην *επικοινωνία* το με αριθ. πρωτ. 26203/17-9-2020 έγγραφο προς *όλους τους συμμετέχοντες*, με το οποίο ανέστειλε την διαγωνιστική διαδικασία *μέχρι την κοινοποίηση στο ... της απόφασης που θα λάβει η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών*.

10. Επειδή την 25-9-2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ μέσω της *επικοινωνίας* το με αριθ. πρωτ. 26969/25-9-2020 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, το οποίο κοινοποίησε και με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ αυθημερόν, γνωστοποιώντας αυθημερόν τις απόψεις της μέσω της *επικοινωνίας* προς την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τον νόμο.

11. Επειδή η προσφεύγουσα εμπρόθεσμα και παραδεκτά σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ως τροποποιημένο ισχύει, κατέθεσε την 16-10-2020 Υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής μέσω της *επικοινωνίας*.

12. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νόμιμα εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1511/2020, Πράξης της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου *περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί προσωρινών μέτρων*.

13. Επειδή, στη διακήρυξη προβλέπεται ότι : « 2.2 Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής ..... Κριτήρια Επιλογής... 2.2.6

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ... Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για τη παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται --- κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2017, 2018, 2019) θα πρέπει να έχουν εκτελέσει και ολοκληρώσει επιτυχώς από κοινού ή εξ ολοκλήρου μία (1) τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας, συναφούς αντικείμενου με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης, ύψους κατ' ελάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης ... 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα Α). Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας... Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) Αν οι αποδέκτες των προμηθειών είναι φορείς του δημόσιου ή του ευρύτερου δημόσιου τομέα (Αναθέτουσες Αρχές), η παροχή των παραπάνω προμηθειών αποδεικνύεται με σχετικές βεβαιώσεις ή πρωτόκολλα οριστικής παραλαβής (ευανάγνωστα φωτοαντίγραφα), τα οποία έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή. Ως ημερομηνία ολοκλήρωσης νοείται η ημερομηνία της βεβαίωσης/πρωτοκόλλου παραλαβής του αντικείμενου της Σύμβασης, που εκδίδει η Αναθέτουσα Αρχή/αποδέκτης. Β) Αν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, η παροχή θα αποδεικνύεται με βεβαίωση του αποδέκτη, την προσκόμιση της σχετικής έγγραφης σύμβασης, καθώς και αντίγραφο του σχετικού τιμολογίου για την παροχή της παραπάνω υπηρεσίας και του σχετικού *extrait* της τράπεζας για την πληρωμή της υπηρεσίας. Ως ημερομηνία ολοκλήρωσης νοείται η ημερομηνία της βεβαίωσης ολοκλήρωσης του αντικείμενου της Σύμβασης, που εκδίδει ο αποδέκτης (ιδιωτικός φορέας)....2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται.. με το περιεχόμενο που ορίζεται.. συγκεκριμένα στις παραγράφους.. 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας.. .... θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα ... έγγραφα της παρούσης διακήρυξης .. 3. ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ - ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ προβλέπεται ότι .. 3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου Μετά την

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας, δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, .. τα πρωτότυπα ή αντίγραφα ... όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία ... για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής. ....Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπερ του αναθέτοντα φορέα η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, .. εάν:... ii) δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα των παραπάνω δικαιολογητικών ή iii) από τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύονται οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με τα άρθρα ... 2.2.4 έως 2.2.8 (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) της παρούσας, .. »

14. Επειδή, με τον μόνο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθρ. 75, 80, 104 και το μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016, τις αρχές της αναλογικότητας της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, την ΚΟ 13/2016 ΕΑΑΔΗΣΥ ισχυρίζεται ότι ο πλησσόμενος όρος 2.2.6 της διακήρυξης δεν είναι σύνομος επειδή «...Γ. Ημερομηνία υποβολής της προσφοράς του προσφεύγοντος Η εταιρίας μας δεν έχει υποβάλει προσφορά.. 3. Εν προκειμένω, το έννομο συμφέρον της εταιρίας μας για την ακύρωση των όρων της διακήρυξης στηρίζεται ακριβώς στην ιδιότητά της ως ενδιαφερόμενης να μετάσχει στον ένδικο διαγωνισμό (ad hoc ΔΕφΘεσ 93/2018). Ειδικότερα, η εταιρία μας, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού, ήτοι στην προμήθεια και εγκατάσταση εξοπλισμού για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμΕΑ στη θάλασσα, αλλά και σε συναφή με αυτό αντικείμενα, επιθυμεί να συμμετάσχει και στον υπό εξέταση διαγωνισμό, προκειμένου να αναλάβει το αντικείμενο της σύμβασης, υποβάλλοντας σχετική προσφορά (βλ.ΑΕΠΠ 230/2019). Πλην όμως, η εταιρία μας αδυνατεί, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς να λάβει μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό, λόγω της

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

μη νόμιμης απαίτησης του υπ' αριθμόν 2.2.6 όρου της διακήρυξης περί της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Πιο συγκεκριμένα, ο υπ' αριθμόν 2.2.6 όρος της διακήρυξης αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, αλλά και ο όρος 2.2.9.2 (B4) που παραπέμπει ρητά στον 2.2.6, απαιτεί ρητά ολοκληρωμένες συμβάσεις αποκλειστικά για τα έτη 2017, 2018, 2019, ενώ παρανόμως δεν γίνονται δεκτές συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί προσηκόντως κατά το τρέχον έτος 2020. Αντίστοιχα, και από το υπ' αριθμόν πρωτοκόλλου 24666/8.09.2020 έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, προκύπτει ότι δεν θα γίνουν δεκτές στον διαγωνισμό οι συμβάσεις που αφορούν στο έτος 2020. Ο όρος τούτος, όπως πιο κάτω αναλυτικά αναφέρεται, παραβιάζει ευθέως τους κανόνες που αφορούν στα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του αναδόχου κριτήρια, σε σημείο που αποκλείει άλλως καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσιτελή) συμμετοχή μας στον διαγωνισμό (βλ. ΣτΕ ΕΑ 61/2020, με πρβλ. 352/2018, 86/2018 κ.ά.). 4. Έτσι, η εταιρία μας, η οποία έχει συνάψει και εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση συναφούς με το υπό προκήρυξη αντικείμενου, μεγαλύτερης αξίας από τον προϋπολογισμό της εν λόγω διακήρυξης μόνο κατά το έτος 2020 και όχι κατά τα προηγούμενα έτη (βλ. ενδεικτικά την υπ' αρ. πρωτ.: ... σύμβαση με τον Δήμο ... και την με αριθμ. .... του Δήμου ... «Έγκριση πρωτοκόλλου παραλαβής», αξίας 213.926,80€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ13% & 24%, καθώς και την υπ' αριθμόν ... σύμβαση με τον Δήμο ... και το από 31.07.2020 πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής της Επιτροπής Παραλαβής του Δήμου ..., αξίας 130.176€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), εξαιτίας της προδήλως παράνομης τούτης απαίτησης της διακήρυξης, αδυνατεί να τις επικαλεστεί αναφορικά με την πλήρωση – και την απόδειξη της πλήρωσης – του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας, με αποτέλεσμα να καθίσταται αδύνατο, άλλως ουσιωδώς δυσχερές να συμμετέχει λυσιτελώς στον επίμαχο διαγωνισμό. .. 5. Συνεπώς η εταιρία μας, στερούμενη τη δυνατότητα αυτή, υφίσταται ζημία και άμεση βλάβη από τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, ώστε υπό την ιδιότητά της ως ενδιαφερόμενη για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης διαθέτει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.. η αναθέτουσα αρχή ελέγχει την κάλυψη των τιθέμενων στη διακήρυξη κριτηρίων που σχετίζονται με την τεχνική-επαγγελματική ικανότητα, προσδιορίζοντας τα ανάλογα μέσα απόδειξης από αυτά που αναφέρονται στο

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Ειδικά με τη διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), απαριθμούνται εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, αντιστοίχως δε με τη διάταξη του άρθρου 80 παρ. 5 (άρθρο 60 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) καθιερώνεται ένα κλειστό σύστημα αξιολόγησης και ελέγχου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, περιορίζοντας τα μέσα απόδειξης αυτής στα αναφερόμενα στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και ως εκ τούτου, περιορίζοντας τις δυνατότητες της αναθέτουσας αρχής να καθορίζει τις αντίστοιχες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (βλ. ΔΕΕ, C-368/2010, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, ΔΕΚ, C-76/1981, *Transporouteettravaux*)... Εξάλλου, με τις ισχύουσες ως άνω διατάξεις, τίθεται πλέον, περιορισμός ως προς την απαίτηση των αναθετουσών αρχών να ζητούν την υποβολή καταλόγου για την εκτέλεση σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών, καθώς ορίζεται ένα μέγιστο χρονικό όριο, ήτοι τα τελευταία τρία έτη για τα αγαθά και τις υπηρεσίες. Ως εκ τούτου, δεν επιτρέπεται η αναθέτουσα αρχή να απαιτεί την υποβολή των σχετικών αποδεικτικών από όλους τους προσφέροντες για το διάστημα πριν από την τριετία (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων)... Αναφορικά με το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αρχικά ο ενωσιακός νομοθέτης στο μέρος II του Παραρτήματος XII της Οδηγίας ΕΕ 2014/24, και κατ' ακολουθία ο εθνικός νομοθέτης στο μέρος II του Παραρτήματος XIIν. 4412/2016, θέσπισαν ΤΟ ΠΡΩΤΟΝ ως μέγιστο χρονικό όριο της περιόδου για την οποία δύναται να αφορά ο κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων τα «ΤΕΛΕΥΤΑΙΑ ΤΡΙΑ ΕΤΗ». Ως τρία τελευταία έτη δε, λογίζονται το έτος κατά το οποίο προκηρύσσεται και διενεργείται ο διαγωνισμός (1ο έτος) και τα δύο προηγούμενα από αυτό έτη (2ο και 3ο έτος), πέρα από τα οποία απαγορεύεται να επεκταθεί η αναθέτουσα αρχή (βλ. ΑΕΠΠ 1311/2019.. Εν προκειμένω, η ως άνω απαίτηση της διακήρυξης αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, αξιώνει οι τελευταίοι, προκειμένου να συμμετέχουν λυσιτελώς στο διαγωνισμό, να έχουν εκτελέσει



## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

και ολοκληρώσει επιτυχώς τουλάχιστον μια σύμβαση προμήθειας συναφούς με το υπό προκήρυξη αντικείμενου, κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών. Εξειδικεύει δε εσφαλμένα τα «τρία τελευταία έτη», ήτοι την περίοδο αναφοράς, ως εξής: 2017, 2018, 2019, ήτοι ΓΙΑ ΧΡΟΝΙΚΟ ΔΙΑΣΤΗΜΑ ΠΡΙΝ ΑΠΟ ΤΗΝ ΤΕΛΕΥΤΑΙΑ ΤΡΙΕΤΙΑ χωρίς να περιλαμβάνεται σ' αυτά το έτος 2020, το οποίο διανύουμε και κατά το οποίο δημοσιεύτηκε η διακήρυξη και διεξάγεται ο διαγωνισμός. Αντίστοιχα, για να αποδείξει την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα, ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει ιδίως βεβαιώσεις αναφορικά με συμβάσεις των αντίστοιχων ετών 2017, 2018, 2019 και όχι του έτους 2020. Τούτο, ήτοι η μη λήψη υπόψη των εκτελεσθέντων το 2020 συμβάσεων των οικονομικών φορέων, αποτυπώθηκε ρητά και στο υπ' αριθμόν 24666/8.09.2020 και ήδη συμπροσβαλλόμενο έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο εκδόθηκε κατόπιν σχετικού ερωτήματός μας. Ωστόσο, κατά την ορθή και σύμφωνη με το γράμμα και το πνεύμα ερμηνεία και εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων, δοθέντος ότι η επίμαχη διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 31.08.2020, ενώ οι προσφορές υποβάλλονται μέχρι και τις 14.09.2020, ως τελευταία τριετία λογίζονται τα έτη 2018, 2019, 2020 (ΣΗΜΕΡΑ) και σε καμία περίπτωση τα έτη 2017, 2018, 2019 (βλ. ΑΕΠΠ 1311/2019). Τούτο ενισχύεται και από τις διατάξεις του άρθρου 104 ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία ως κρίσιμα χρονικά σημεία για την εξέταση της συνδρομής των όρων και προϋποθέσεων συμμετοχής σε διαγωνισμό ορίζονται σωρευτικά: (i) αυτό της υποβολής της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, και εν συνεχεία, (ii) αυτό της υποβολής των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και (iii) αυτό της σύναψης της σύμβασης. Ωστε, δοθέντος ότι το πρώτο χρονικό σημείο κατά το οποίο κρίνεται η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων είναι ο χρόνος υποβολής της προσφοράς, εν προκειμένω η 14η.09.2020, προκύπτει ότι και η επίμαχη τριετία περιλαμβάνει προφανώς και το έτος 2020, όχι όμως και το έτος 2017, στο οποίο παρανόμως επεκτείνει η αναθέτουσα αρχή την περίοδο αναφοράς. Εν όψει των ανωτέρω, προκύπτει ότι τούτη η απαίτηση της διακήρυξης, στο μέτρο που προσδιορίζει (παρανόμως) την περίοδο αναφοράς ΠΡΙΝ ΑΠΟ ΤΗΝ ΤΕΛΕΥΤΑΙΑ ΤΡΙΕΤΙΑ (έτη 2017, 2018, 2019) και αποκλείει (παρανόμως) ρητά την συνδρομή και την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας με τις εκτελεσθείσες συμβάσεις του έτους 2020,

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

χωρίς να επιτρέπεται τούτο ρητά ούτε στις διατάξεις του ν.4412/2016, αλλά ούτε και στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ, εισάγει μη νομίμως τρόπο πλήρωσης του κριτηρίου και μέσο απόδειξης το οποίο δεν περιλαμβάνεται στο κλειστό σύστημα αξιολόγησης και ελέγχου της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων(βλ. ΔΕΕ, C-368/2010, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, ΔΕΚ, C-76/1981, *Transporouteettravaux*), ώστε καθίσταται ακυρωτέα. Εν όψει των ανωτέρω, η ως άνω αναφερόμενη απαίτηση είναι μη νόμιμη, ... Περαιτέρω και σε συνέχεια των ανωτέρω, με τους επίμαχους προδήλως παράνομους όρους της διακήρυξης, πέρα από το γράμμα, καταστρατηγείται ευθέως και ο σκοπός των επίμαχων ενωσιακών και εθνικών διατάξεων, οι οποίες θέσπισαν την τριετία ως απώτατο όριο για τη συνδρομή και την απόδειξη της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων προκειμένου αφενός να διευκολύνουν τις νεοσύστατες μικρομεσαίες επιχειρήσεις να συμμετέχουν στις διαγωνιστικές διαδικασίες, αφετέρου να φροντίσουν για την αποδοτικότητα των οικονομικών φορέων, η οποία διασφαλίζεται πληρέστερα όταν η εμπειρία τους είναι πρόσφατη.. Σύμφωνα δε με την τελεολογική ερμηνεία των διατάξεων αυτών, η πιο πρόσφατη, ήτοι η πιο κοντινή με το σημείο διεξαγωγής του διαγωνισμού εμπειρία, διασφαλίζει ότι ο οικονομικός φορέας βρίσκεται σε πιο άμεση και αδιάκοπη επαφή με το αντικείμενο της προμήθειας, δεν έχει αποξενωθεί από το τελευταίο, ώστε είναι σε θέση να εκπληρώσει με τον πλέον σύγχρονο και άρτιο τρόπο τις συμβατικές υποχρεώσεις του. Άλλωστε, με την καλύτερη εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων εξυπηρετείται με τον βέλτιστο δυνατό τρόπο και το δημόσιο συμφέρον, δοθέντος ότι, σύμφωνα με την αρχή της οικονομικότητας και της χρηστής διοίκησης, οι δαπάνες διοχετεύονται σε πιο αποτελεσματικές και ανθεκτικές στο χρόνο προμήθειες. Τούτου δοθέντος, η επίμαχη απαίτηση η οποία παρανόμως αποκλείει το έτος 2020 και επίσης παρανόμως περιλαμβάνει το έτος 2017 στην περίοδο αναφοράς, όχι μόνο δεν εξυπηρετεί, αλλά βλάπτει το δημόσιο συμφέρον... 6. Πέραν τούτου, εν προκειμένω παραβιάζεται και ευθέως το άρθρο 104 ν. 4412/2016– το οποίο επαναλαμβάνεται στον όρο 2.2.9.2. της διακήρυξης -σύμφωνα με το οποίο το πρώτο χρονικό σημείο κατά το οποίο κρίνεται η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων είναι ο χρόνος υποβολής της προσφοράς, εν προκειμένω η 14η.09.2020. Τούτο διότι, με τον επίμαχο όρο της

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

διακήρυξης, μετατίθεται τεχνηέντως, μη νόμιμα και με λανθάνοντα τρόπο, η περίοδος αναφοράς κατά την θα έπρεπε να κριθεί εάν συντρέχουν οι προϋποθέσεις συμμετοχής (έτη 2018, 2019, 2020 - ΣΗΜΕΡΑ), σε προγενέστερο χρονικό σημείο (έτη 2017, 2018, 2019), χωρίς καμία απολύτως εύλογη αιτία και παντελώς αναπαιολόγητα... Πέραν τούτου, η παράνομη τούτη απαίτηση στερεί την ευκαιρία από επιχειρήσεις όπως η εταιρία μας, η οποία διαθέτει προφανώς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (ήτοι έχει εκτελέσει προ ολίγων μηνών (2020) επιτυχώς συμβάσεις συναφούς αντικειμένου) τη δυνατότητα να συμμετάσχει λυσιτελώς στον επίμαχο διαγωνισμό, ώστε εξυπηρετεί πλήρως το σκοπό της αναθέτουσας αρχής, με αποτέλεσμα να υφιστάμεθα ανεπανόρθωτη βλάβη.. παραβιάζει και την αρχή της ίσης μεταχείρισης (βλ. και C-243/01, *Piergiorgio Gambelli*, C79/01, *PayrollData Services (Italy) Srl et al.*, C-55/94, *Reinhard Gebhard vs Consiglio Dell' Ordine degli Avvocati Procuratori di Milano*, C-448/01, *ENVAG*, EA ΣΤΕ 408/2011). Τέλος, δεδομένου ότι η επίμαχη απαίτηση υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν είναι αναγκαία, αλλά ούτε και πρόσφορη παραβιάζεται εν προκειμένω και η αρχή της αναλογικότητας (βλ. ΑΕΠΠ 1311/2019, 22/2017), και συνεπώς πρέπει να ακυρωθεί και να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή μας. ... Επειδή η εταιρία μας προτίθεται να υποβάλει προσφορά με επιφύλαξη για όσα αναφέρονται στην παρούσα, στον εν λόγω διαγωνισμό, ώστε δεν θα απωλέσει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της παρούσας (βλ. ΣΤΕ Ε.Α. 242/2019)...»

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις απόψεις της επί της προσφυγής ότι «...Α) Η παράγραφος 2.2.6 της αριθμ.πρωτ.... διακήρυξης είναι απολύτως ξεκάθαρη και σαφής. Οι διατάξεις του άρθρου 104 § 1 του Ν.4412/2016 έχουν αποτυπωθεί στην παράγραφο 2.2.9.2 της διακήρυξης... Β) Το σχέδιο διακήρυξης .. συντάχθηκε με βάση το υπόδειγμα της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ, όπως αυτό έχει καταχωρηθεί στην επίσημη ιστοσελίδα της, και Γ) Το προαναφερθέν σχέδιο διακήρυξης, με το υπ αριθμ. ... έγγραφο, το οποίο και σας αποστέλλουμε συνημμένα, έχει λάβει προέγκριση από το ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΑΝΑΠΤΥΞΗΣ ΚΑΙ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ (ΕΙΔΙΚΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ Ε.Π. ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΙΚΟΤΗΤΑ, ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑ & ΚΑΙΝΟΤΟΜΙΑ – ΜΟΝΑΔΑ Β3) ως φορέας χρηματοδότησης της προμήθειας

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

του διαγωνισμού με αρ.πρωτ. ... της 17/06/2020...»

16. Επειδή η προσφεύγουσα, αναφέρει στο Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής ότι «...ως προκύπτει παραχρήμα από το περιεχόμενο της προσφυγής μας, ουδόλως πλήττεται εκ μέρους μας η σαφήνεια της επίμαχης διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα, με την προδικαστική προσφυγή μας πλήττονται εκ μέρους μας οι διατάξεις της παραγράφου 2.2.6., ως αντιβαίνουσες στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Ενόψει τούτων προκύπτει ότι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να απορριφθούν διότι βασίζονται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. 2. Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ακόμη τις διατάξεις της διακήρυξης που αφορούν στον χρόνο αξιολόγησης των φακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» και «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΜΕΙΟΔΟΤΗ». Πλην όμως, οι ισχυρισμοί αυτοί προβάλλονται αλυσιτελώς, δεδομένου ότι και αληθείς υποτιθέμενοι, δεν μπορούν να οδηγήσουν στην απόρριψη της προσφυγής μας. Τούτο διότι .... ουδόλως σχετίζεται με την πρόδηλη παρανομία του όρου 2.2.6 της επίμαχης διακήρυξης.. Ειδικότερα, τα επικαλούμενα εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής άρθρα αφορούν στον χρόνο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, της τεχνικής προσφοράς, της οικονομικής προσφοράς και των δικαιολογητικών μειοδότη, και όχι στο περιεχόμενο των δικαιολογητικών αυτών, τα οποία, κατά ρητή διατύπωση της διακήρυξης, προσδιορίζονται «βάσει των απαιτήσεων της διακήρυξης (όπως π.χ. απαιτήσεις παραγράφων 2.2.4 έως 2.2.8 της διακήρυξης, κλπ)». Ενόψει τούτου αλυσιτελώς προβάλλεται η νομιμότητα των διατάξεων της παραγράφου 2.2.9.2, την οποία άλλωστε ουδέποτε αμφισβητήσαμε, στο μέτρο που δεν μας προκαλεί βλάβη, ως μας προκαλεί η παράγραφος 2.2.6 .. 3. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει πως το σχέδιο της επίμαχης διακήρυξης συντάχθηκε με βάση το υπόδειγμα της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.. Ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται αβασίμως, δεδομένου ότι από τα τεύχη- πρότυπα της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. το μόνο που προκύπτει είναι πως η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να απαιτεί την υποβολή των σχετικών αποδεικτικών για το διάστημα πριν από την τριετία.. όχι μόνο δεν συνάγεται η νομιμότητα των προσβαλλόμενων όρων, ως αβασίμως επικαλείται η αναθέτουσα, αλλά αντιθέτως επιβεβαιώνεται ότι μέγιστο χρονικό όριο της περιόδου για την οποία δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά συναφείς παραδόσεις είναι τα τελευταία

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

τρία έτη, ως τρία τελευταία έτη δε, λογίζονται το έτος κατά το οποίο προκηρύσσεται και διενεργείται ο διαγωνισμός (1ο έτος) και τα δύο προηγούμενα από αυτό έτη (2ο και 3ο έτος). (βλ. ΑΕΠΠ 1311/2019: «- ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ 19η.9.2019- Στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία και ως προελέχθη ορίζεται χρόνος απόδειξης της ζητούμενης εμπειρίας η τελευταία τριετία (2017 - ΣΗΜΕΡΑ), δηλαδή ταυτίζεται η απαιτούμενη χρονική διάρκεια των προς απόδειξη της εμπειρίας από τους οικονομικούς φορείς παρασχεθεισών προμηθειών με την οριζόμενη από το Νόμο προθεσμία», όπου γίνεται δεκτό ότι η κατά το νόμο τελευταία τριετία αφορά στο έτος κατά το οποίο διενεργείται ο διαγωνισμός - ΣΗΜΕΡΑ- και στα δύο προηγούμενα από αυτό έτη). Τούτο άλλωστε παρίσταται απολύτως εύλογο δεδομένου ότι με αυτόν τον τρόπο προκύπτει αντικειμενικά η ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου. .. όπως προκύπτει παραχρήμα από το ίδιο το σώμα της επίμαχης «προέγκρισης», εξετάσθηκε, εν' όψει των όρων της απόφασης ένταξης της πράξης στο επιχειρησιακό πρόγραμμα «Ανταγωνιστικότητα Επιχειρηματικότητα και Καινοτομία 2014-2020», η νομιμότητα «της διαδικασίας διακήρυξης» (προφανώς προκειμένου να αποκλεισθεί τυχόν κίνδυνος απένταξης λόγω διαδικαστικών σφαλμάτων) και όχι η νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, η οποία πρόκειται να ελεγχθεί δια της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής. Σε κάθε δε περίπτωση, ο συγκεκριμένος έλεγχος ουδόλως σχετίζεται με τις αρμοδιότητες τις ΑΕΠΠ και την εκ του νόμου ανάθεση σε αυτήν του ελέγχου νομιμότητας όλων των πράξεων του σταδίου που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, όπως της διακήρυξης και ουδόλως δεσμεύει την κρίση της ΑΕΠΠ, η οποία έχει εκ του νόμου αρμοδιότητα και υποχρέωση να αποκαταστήσει τις παρανομίες που διαπιστώνει, όπως αυτές που συντρέχουν στη συγκεκριμένη περίπτωση. ..»

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. ». Συναφώς και η παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και η παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπουν ότι: «1. 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 κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

18. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣτΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

οικονομικός φορέας, προτίθεται να στραφεί κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

19. Επειδή ειδικότερα, καθόσον αφορά σε προσβολή όρων διακήρυξης έχει *ad hoc* κριθεί στα πλαίσια του προϊσχύσαντος δικαίου το οποίο δεν διαφοροποιείται ως προς τούτο, εν σχέσει με τον ισχύοντα ν. 4412/2016, ότι το θεσπισθέν σύστημα παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι ανωτέρω συμβάσεις από βλάβη την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν, εξαιτίας παράβασης, εκ μέρους της Διοίκησης, των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία της επιλογής του αναδόχου της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης, καθώς και τα κριτήρια βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο ανάδοχος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση προμήθειας ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο 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 συμμετοχή του στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 415/2014, 314/2013, 718, 472/2012, 1140/2010, 203, 670, 1354/2009, 609, 1258, 1316/2008 κα). Σε περίπτωση, δε, που ο αιτών, τελικώς, μετάσχει στο διαγωνισμό, με επιφύλαξη, προσβάλει δε με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, έχει έννομο συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της διακήρυξης (Ε.Α. ΣτΕ 16/2015, 718, 616/2012, ΔΕφΑΘ 44/2015 (ΑΝΑΣΤ), ΣτΕ 616/2012, 472,/2012, ΔΕφΠειρ 34/2013 (ΑΣΦ, ΣτΕ ΕΑ 31/2019, ΣτΕ 4606/2012, 1987/2011, 4039,1650/2009, 2982/2008, Δ.Ε.Κ.

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

απόφαση της 12.2.2004, C-230/02, Grossmann Air Service, Συλλογή 2004, σ. I-1829, σκέψεις 39 και 40, ΕΑ 358, 86/2018, 717, 616/2012 182/2011, 1291, 1148/2009, Ε.Α. ΣΤΕ 415/2014, 314/2013).

20. Επειδή, προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό την 14-9-2020 και ώρα 14.40.28 ήτοι κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (σκέψεις 2 και 7), ωστόσο όμως τούτο εγένετο ρητώς με επιφύλαξη ως αναφέρεται στην υπό εξέταση προσφυγή της (σκέψη 14) που κατατέθηκε πριν την προσφορά της την ίδια ημέρα 14-9-2020 και ώρα 11.37.12 (σκέψη 6). Συνεπώς, εφόσον η προσφεύγουσα έχει υποβάλει την προσφορά της με επιφύλαξη, και ιδία επιφυλασσόμενη ως προς την νομιμότητα του ήδη πλησσομένου με την προσφυγή όρου της διακήρυξης, διατηρεί το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της παρούσας προσφυγής με την οποία υποστηρίζει ότι αποκλείεται του διαγωνισμού και πάντως δεν δύναται να συμμετέχει *λυσιτελώς* -ήτοι τελέσφορα, με προσδοκία επιτυχίας- στην διαδικασία, εξ αιτίας ακριβώς του πλησσομένου και φερόμενου ως παράνομου όρου της διακήρυξης. Ειδικότερα μάλιστα, προκύπτει από την προσφυγή δήλωση της προσφεύγουσας περί συμμετοχής της στο διαγωνισμό με επιφύλαξη, ως απαραίτητο στοιχείο του εννόμου συμφέροντός της για την άσκηση της προσφυγής με την οποία υποστηρίζει ότι αποκλείεται του διαγωνισμού, στον οποίο εν τέλει συμμετέχει (εκτενώς σκέψεις 17-19, βλ. και Φ. Αρναούτογλου *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν 3886/2010*, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη 2013, παρ.132 επ.)

21. Επειδή, στο άρθρο 75 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «*Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)*» ορίζεται ότι « 1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ... γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν .. 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



## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

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.»

22. Επειδή, στο άρθρο 80 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι « 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους .. 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη .. της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75... 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. ...»

23. Επειδή στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» προβλέπεται ότι «..Μέρος II Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι ι) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ιι) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ... που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά ου 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

## **Αριθμός Απόφασης : 1442/2020**

*υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ... που παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία...»*

24. Επειδή, στο άρθρο 104 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής...» ορίζεται ότι « 1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης...»

25. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τους όρους και προϋποθέσεις συμμετοχής και τις τεχνικές προδιαγραφές. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης αυτών απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως επιχειρεί υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες, τα προς προμήθεια είδη, καθώς και ότι απαραδέκτως αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πλησσόμενου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει και να προσδιορίσει αυτός τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, ή/και να καθορίσει τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου με βάση της δικές του εκτιμήσεις, τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και με δικά του κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑθ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑθ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 303/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004, ΔΕφΠειρ 51/2013). Ελέγχονται όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι όροι της διακήρυξης από της απόψεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

(ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

26. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (ΣΤΕ ΕΑ Β' Τμήμα 1135/2010), οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημόσιας προμήθειας πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

27. Επειδή σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 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).

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

28. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως δε οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων μεταξύ των διαγωνιζομένων. Προς τούτο τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, να καθορίζεται με σαφήνεια το περιεχόμενό τους και να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα ως προς το μέγεθος και τη φύση τους με το αντικείμενο της σύμβασης (ΔΕΕ, C-218/11, Edukozivig - Hochtief Construction AG, σκέψη 27, ΣΤΕ ΕΑ 37/2011, 39/2011, 257/2010, 287/2010, 288/2010, 1178/09, 660/2002, 528/2002, 990/2003, ΣΤΕ 812/2009). Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), αναφέρεται ότι «... οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει ... της οδηγίας ...2004/18/ΕΚ ..., θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες ... 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 προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης ...»

29. Επειδή, από τα ανωτέρω και υπό το πρίσμα της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ και αντίστοιχα του ν. 4412/2016, προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν την ευχέρεια να καθορίζουν μεταξύ άλλων και τα ελάχιστα επίπεδα της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αλλά και τα μέσα απόδειξης αυτών, υπό την προϋπόθεση ότι δεν τίθενται υπερβολικά υψηλές και δυσανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης απαιτήσεις. Ειδικότερα, οι αναθέτουσες

## **Αριθμός Απόφασης : 1442/2020**

αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εν δυνάμει προσφέρων οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί δε εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία 13, απόφαση 303/2015, της ΕΑΑΔΗΣΥ), χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός. Εξάλλου, με τις ισχύουσες ως άνω διατάξεις, τίθεται πλέον, περιορισμός ως προς την απαίτηση των αναθετουσών αρχών να ζητούν την υποβολή καταλόγου για την εκτέλεση σχετικών εργασιών, αγαθών ή υπηρεσιών, καθώς ορίζεται ένα μέγιστο χρονικό όριο ήτοι τα τελευταία πέντε έτη για τις εργασίες και τα τελευταία τρία έτη για τα αγαθά και τις υπηρεσίες. Ωστόσο, δίδεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή, εάν το κρίνει απαραίτητο και για συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, να λαμβάνει υπόψη της τα αποδεικτικά μέσα που ο οικονομικός φορέας υποβάλλει και για το διάστημα πριν από την ως άνω ορισθείσα πενταετία ή την τριετία. Για τον ίδιο λόγο, δηλαδή για να μην αποκλείονται «κατάλληλοι» να εκτελέσουν την σύμβαση οικονομικοί φορείς και ούτως να περιορίζεται υπέρμετρα ο

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

ανταγωνισμός, δίδεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή κατά περίπτωση να λαμβάνει υπόψη τις αποδεδειγμένες «παραδόσεις» μεμονωμένων υποψηφίων και πέραν του ελάχιστου ορίου της τριετίας, εάν π.χ. αξιώνεται ποσότητα τριών «παραδόσεων» αγαθών και ο προσφέρων διαθέτει δύο εντός τριετίας και μία παλαιότερα. Άλλως και σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης.

30. Επειδή η προσφεύγουσα αβασίμως ισχυρίζεται ότι ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης προσκρούει στον νόμο και πρέπει να ακυρωθεί διότι -κατά την προσφυγή- απαιτείται ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας επαγγελματική εμπειρία εκτέλεσης συναφών συμβάσεων κτηθείσα ρητώς κατά τα έτη 2017, 2018 και 2019, ήτοι κατά τα τρία χρονολογικά έτη που προηγούνται του έτους της διακήρυξης 2020. Ενώ κατά την προσφεύγουσα ο νόμος απαιτεί κτήση επαγγελματικής εμπειρίας αποκλειστικά και μόνον εντός των τριών ημερολογιακών ετών (ημερολογιακά δωδεκάμηνα), με ημερομηνία αφετηρίας τη κατάθεση των προσφορών ήτοι εν προκειμένω -κατά τον συλλογισμό της προσφεύγουσας- από την 14-9-2020 και πριν μέχρι και την 14-9-2017, συμπεριλαμβανομένων και μη αποκλεισμένων των διαδραμόντων μηνών του 2020. Ωστόσο όμως, τούτο δεν βρίσκει έρεισμα στις διατάξεις του νόμου, καθώς στηρίζεται στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι ο νόμος απαιτεί την κτήση πρότερης επαγγελματικής εμπειρίας προσμετρούμενης αποκλειστικά και μόνον εντός της τελευταίας τριετίας από την προβλεπόμενη καταληκτική ημερομηνία ή από την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς και εν προκειμένω από την 14-9-2020 μέχρι και την 14-9-2017. Όμως ο νόμος (άρθ. 75, 80 και Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 σκέψεις 21-23) δεν διακρίνει εάν η κτήση της επαγγελματικής εμπειρίας εντός της *τελευταίας τριετίας* απαιτείται να τίθεται στην διακήρυξη ημερολογιακά και μόνον και πάντως όχι χρονολογικά -ως εν προκειμένω ετέθη. Συνεπώς, σύμφωνα με το γράμμα του νόμου νοούνται και είναι παραδεκτοί αμφότεροι οι τρόποι υπολογισμού του χρόνου κτήσης της επαγγελματικής εμπειρίας και εξ ίσου νόμιμα και κατ' επιλογήν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέπει ως *τελευταία τριετία* είτε την τριετία που προηγείται χρονολογικά του έτους της διακήρυξης -ως εν προκειμένω-, είτε την τριετία που προηγείται

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

ημερολογιακά της ημερομηνίας της διακήρυξης (36 μήνες από την ημερομηνία της διακήρυξης) -και πάντως όχι την ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Αλυσιτελώς η προσφεύγουσα επικαλείται την απόφαση ΑΕΠΠ 1311/2019 καθόσον το εκεί κριθέν θέμα δεν συσχετίζεται με το υπό κρίση εξεταζόμενο, καθόσον εκεί κρίθηκε το παραδεκτό του όρου της διακήρυξης περί του αριθμού των απαιτούμενων εκτελεσμένων συμβάσεων (3) που ετέθη στην εκεί διακήρυξη άνευ συνάρτησης με την αξία εκάστης ή την συνολική αξία αυτών (σελ. 4 επ της απόφασης). Σε κάθε περίπτωση η εκεί υπό εξέταση διακήρυξη του 2019 προέβλεπε ρητώς ότι θα προσμετρηθεί εμπειρία που αποκτήθηκε την *τελευταία τριετία (2017 - σήμερα)* (σελ. 14 της απόφασης). Ήτοι η εξετασθείσα τότε διακήρυξη, επέλεξε τον εκάτερο παραδεκτό τρόπο ημερολογιακού υπολογισμού της τελευταίας τριετίας, χωρίς να αναφέρεται στην επικαλούμενη απόφαση ΑΕΠΠ ότι ο συγκεκριμένος ημερολογιακός τρόπος υπολογισμού της 3ετίας είναι και ο μόνος παραδεκτός σύννομος και αποδεκτός. Περαιτέρω αβασίμως η προσφεύγουσα επικαλείται την διάταξη του άρθ. 104 του ν. 4412/2016 (σκέψη 24), προκειμένου να υποστηρίξει ότι η κτήση της επαγγελματικής εμπειρίας απαιτείται μονοσήμαντα και αποκλειστικά να εκκινεί από τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς και εκείθεν. Και τούτο διότι το επικαλούμενο άρθ. 104 του ν. 4412/2016 δεν συσχετίζεται με τον ορισμό ούτε την περιγραφή ούτε το περιεχόμενο αυτό κάθε αυτό των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής των διαγωνιζομένων, ως είναι ο επίμαχος χρόνος κτήσης της επαγγελματικής εμπειρίας και δη η εκκίνηση του χρόνου αυτού. Αλλά η επικαλούμενη διάταξη απαιτεί να αποδεικνύεται ότι ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς συνέτρεχαν ήτοι είχαν ήδη αποκτηθεί και συνέτρεχαν τα -όποια- τεθέντα με την διακήρυξη ποιοτικά κριτήρια, χωρίς να ορίζεται ότι ο χρόνος κτήσης της επαγγελματικής εμπειρίας απαιτείται να προσμετράται ακριβώς μέχρι τον χρόνο υποβολής των προσφορών, ως εσφαλμένα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Σε κάθε περίπτωση, και η ίδια η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της καθομολογεί ότι αυτή ακριβώς είναι η έννοια του άρθ. 104 του ν. 4412/2016 ότι δηλαδή αφορά στον χρόνο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, και των δικαιολογητικών μειοδότη, και όχι στο περιεχόμενο των δικαιολογητικών αυτών (σκέψη 16). Περαιτέρω η προσφυγή είναι απορριπτέα επειδή

## Αριθμός Απόφασης : 1442/2020

στηρίζεται στην επίσης εσφαλμένη προϋπόθεση ότι ο νόμος προβλέπει μονοσήμαντα και αποκλειστικά ότι το κριτήριο της πρότερης επαγγελματικής εμπειρίας (τεχνική ικανότητα) απαιτείται μονοσήμαντα να έχει αποκτηθεί αποκλειστικά και μόνο εντός της τελευταίας τριετίας από την διακήρυξη. Κατά την εσφαλμένη παραδοχή της προσφεύγουσας δεν μπορεί να ισχύει ο χρονολογικός αλλά μόνον ο ημερολογιακός προσδιορισμός της τελευταίας τριετίας. Και τούτο διότι -κατά την προσφυγή- ο χρονολογικός προσδιορισμός μη επιτρεπτά λαμβάνει υπ' όψιν χρόνο αποκλειστικά και μόνον προηγούμενων ετών και όχι τον διαδραμόντα χρόνο του έτους της διακήρυξης και συνεπώς εκτείνεται σε χρόνο μεγαλύτερο της τριετίας, που προηγείται της ημερομηνίας υποβολής της προσφοράς. Ο ισχυρισμός αυτός προσκρούει ευθέως στο νόμο ο οποίος σε κάθε περίπτωση προβλέπει ότι η *τελευταία τριετία* εντός της οποίας πρέπει να έχει αποκτηθεί η επαγγελματική εμπειρία -είτε χρονολογική είτε ημερολογιακή τριετία, είτε εκκινεί από ημερομηνία εντός του έτους της διακήρυξης (2020 εν προκειμένω), είτε περιλαμβάνει τα τρία ολόκληρα τελευταία έτη που προηγούνται του έτους της διακήρυξης (2017, 2018, 2019)- μπορεί πάντως παραδεκτά να εκτείνεται και πέραν της τριετίας (Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, σκέψη 23). Μάλιστα δε για συμβάσεις ως η υπό εξέταση η οποία ρητώς και σαφώς περιέχει εργασίες εγκατάστασης του εξοπλισμού (σκέψη 2), προβλέπεται από τον νόμο σε κάθε περίπτωση απόκτηση επαγγελματικής εμπειρίας σε συναφείς συμβάσεις εντός της τελευταίας πενταετίας (άρθ. 75, 80, και Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 σκέψεις 21-23). Συνεπώς υπό οποιαδήποτε εκδοχή ουδεμία υπέρβαση των νόμιμων χρόνων κτήσης της επαγγελματικής εμπειρίας δεν προκύπτει από τον πλησσόμορο όρο, απορριπτομένων ως αβασίμων, επί εσφαλμένης προϋπόθεσης και αλυσιτελών των αντίθετων ισχυρισμών της προσφυγής. Περαιτέρω απαραδέκτως εκ συμφέροντος τρίτου και δη εκ συμφέροντος της αναθέτουσας αρχής, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι διασφαλίζεται το δημόσιο συμφέρον μόνον εφόσον η κτήση επαγγελματικής εμπειρίας εκκινεί από την ημερομηνία κατάθεσης των προσφορών, και όχι εάν λαμβάνεται υπ' όψιν η χρονολογική τελευταία τριετία 2017, 2018, 2019. Επίσης απαραδέκτως ως αλυσιτελώς η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο πλησσόμορος όρος περιορίζει τον ανταγωνισμό διότι αποκλείει τις



## **Αριθμός Απόφασης : 1442/2020**

νεοσυσταθείσες εταιρείες, καθόσον η ίδια δεν ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει ότι είναι νεοσυσταθείσα εταιρεία που συστήθηκε μετά το 2017, ήτοι μετά το έτος αναφοράς και εκκίνησης κτήσης της εμπειρίας. Ακολούθως αβασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο πλησσόμενος όρος προσκρούει στην αρχή της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, καθόσον ο πλησσόμενος όρος συνάδει με τον νόμο όπως παραπάνω εκτενώς παρατίθεται και ως εκ τούτου δεν δύναται να προσκρούει ούτε προσκρούει στις ως άνω αρχές. Επί πλέον αορίστως προβάλλονται οι ως άνω ισχυρισμοί διότι η προσφεύγουσα δεν ιστορεί με ποιόν ακριβώς τρόπο και για ποιόν ακριβώς λόγο *η επίμαχη απαίτηση υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν είναι αναγκαία, αλλά ούτε και πρόσφορη*. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή διότι ο πλησσόμενος όρος συνάδει με τον νόμο και τις αρχές της αναλογικότητας, προσφορότητας, ισότητας και ελεύθερου ανταγωνισμού (σκέψεις 25-29).

31. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

32. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

33. Επειδή ύστερα από τη παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει καταπέσει (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 23 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε την 12 Νοεμβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**