

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 13^η Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03.09.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1708/06.09.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», με έδρα το....., οδός....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του , (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αρ. πρωτ. 91358/13-08-2021 απόφαση του....., σχετικά με τη ματαίωση των αποτελεσμάτων της ηλεκτρονικής διαγωνιστικής διαδικασίας σύναψης συμφωνίας πλαίσιο προμήθειας της Διακήρυξης και επανάληψη αυτής με τροποποίηση των όρων της και να συνεχιστεί η τεχνική αξιολόγηση της προσφοράς του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό..... , εκτύπωση ηλεκτρονικής πληρωμής του εν λόγω παραβόλου στην 03.09.2021 δια μέσω της και ομοίως εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών όπου στο πεδίο κατάσταση του ως άνω παραβόλου αναφέρεται η ένδειξη «Δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αρ. διακήρυξη με αρ. πρωτ. 19078/12.02.2021 της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε επαναληπτικός ανοικτός διαγωνισμός για τη σύναψη συμφωνίας- πλαίσιο για την ανάθεση της Προμήθειας σε βάθος τριετίας από την υπογραφή της συμφωνίας, για την κάλυψη αναγκών φορέων του Δημοσίου, [...], προϋπολογισμού 5.427.405,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής, υποδιαιρούμενη σε 9 τμήματα, με δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα, περισσότερα ή όλα τα τμήματα. Εν προκειμένω ο προσφεύγων υπέβαλε προσφορά για όλα τα τμήματα, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου.


3. Επειδή, η προκήρυξη απεστάλη στο Συμπλήρωμα της Ε.Ε.Ε.Ε στις 18.02.2021, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) ΑΔΑΜ: καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου εντέλει έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ.....

4. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του εν λόγω νόμου.

Αριθμός απόφασης: 1647/2021

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε στις **03.09.2021** στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ο δε προσφεύγων δηλώνει στην προσφυγή του (σελ. 3 πεδίο Δ) ότι έλαβε γνώση αυτής στις **25.08.2021**, στοιχείο που επαναλαμβάνει και στο συνοδευτικό μήνυμα κατάθεσης της προσφυγής του. Εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε μεν την προσβαλλόμενη στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ καταρχήν στις 17.08.2021, ωστόσο υπό μορφή «Sourcing-Εσωτερικό στοιχείο», ήτοι μη ορατή στους ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς, όπως επιβεβαιώθηκε από την Εισηγήτρια κατόπιν επικοινωνίας με το αρμόδιο τμήμα του ΕΣΗΔΗΣ, και συγκεκριμένα την κ. Μ. Σταθογιάννη, κατόπιν δε σχετικού αιτήματος έτερου ενδιαφερομένου στις 25.08.2021, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε ορατή από τους οικονομικούς φορείς ανάρτηση της προσβαλλόμενης, αυθημερόν, όπου κατά το χρόνο αυτό (25.08.2021) έλαβε χώρα το πρώτον η απαιτούμενη κοινοποίηση, κατά τις σχετικές διατάξεις της ΥΑ ΕΣΗΔΗΣ ίδια αρ. 8 και 9 (1924/Β/2017), δοθέντος ότι μόνο τότε κατέστη δυνατή η εκ μέρους του απαιτούμενη λήψη γνώσης (αρ. 361 ν. 4412/2016).

Αποφαση ματαιωση αποτελεσματος Δ/ξη **Sourcing-Εσωτερικό** ΚΛΑΓ 17/08/2021
01/2021 υποδηματα **στοιχείο**

ΑΠΟΦΑΣΗ «Ματαίωση αποτελεσμάτων της ηλεκτρονικής διαγωνιστικής διαδικασίας σύναψης συμφωνίας πλαίσιο προμήθειας υποδημάτων πόλης (ανδρικών - γυναικείων) της Διακήρυξης 01/2021 για την κάλυψη αναγκών των φορέων Προς προμηθευτή ΚΛΑΓ 25/08/2021 

Επομένως, εμπροθέσμως ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, εντός 10ημέρου από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα στο πλαίσιο της επίμαχης ηλεκτρονικής

διαδικασίας (βλ. άρθρο 361 «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής» του Ν. 4412/2016), β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη, γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην επίμαχη διαδικασία, του οποίου η προσφορά απορρίφθηκε θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του στην απόρριψη της εκ μέρους του κατατεθείσας προσφοράς, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η σύμβαση της επίμαχης διαδικασίας δοθέντος ότι ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη, στις 06.09.2020 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε «ενδιαφερόμενο» τρίτο.

8. Επειδή, με την με αρ. 2270/06.09.2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της. Επακολούθως εκδόθηκε στις 16.09.2021 η με αρ. Α418/2021 Απόφαση ΑΕΠΠ περί αναστολής της επαναπροκήρυξης της διαδικασίας περί συμφωνίας πλαίσιο, έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ, η οποία ομοίως αποφασίσθηκε με την προσβαλλόμενη κατόπιν απόρριψης του συνόλου των προσφορών και ματαίωσης της. Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 20.09.2021 τις απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στον προσφεύγοντα.

9. Επειδή, ο προσφεύγων κατέθεσε στις **29.09.2021** το οικείο Υπόμνημα του, ενώ οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής του κοινοποιήθηκαν στις **20.09.2021**, η δε σχετική προθεσμία ορίζεται ρητά -από το άρθρο 365 ν.4412/2016, ως τροποποιηθέν ισχύει με το αρ. 136 του ν.4782/2021- σε 5

ημέρες από την κοινοποίηση των ως άνω απόψεων, ήτοι εκπροθέσμως και επομένως απαραδέκτως και δεν λαμβάνεται υπόψη.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή καταρχήν νομίμως και παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, ως ισχύει και του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή, ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σύντομου ιστορικού ισχυρίζεται ότι *«ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ Την υπ' αριθ. Πρωτ.: 91358/13-08-2021 απόφαση της Αναθέτουσας αρχής, προσβάλλουμε, νομίμως, με την παρούσα προδικαστική προσφυγή μας για τους κάτωθι λόγους : α. Επί της παραγράφου 2 (σελ. 7) της απόφασης της αναθέτουσας αρχής, στην οποία αναγράφεται ότι «... και τις απαντητικές επιστολές τους στις διευκρινίσεις που τους ζητήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 (στοιχείο 4 των έχοντας υπόψη)...», μέχρι σήμερα ουδέποτε λάβαμε μήνυμα ηλεκτρονικής επικοινωνίας ή ζητήθηκαν με άλλον τρόπο στο στάδιο αξιολόγησης των προσφορών διευκρινίσεις επί των δηλωθέντων στοιχείων στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) και ειδικότερα στα κριτήρια επιλογής της παρ. 2.2.6 της υπ' αριθ. 01/2021 Διακήρυξης (τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) από τον οικονομικό φορέα. β. Ειδικότερα στην παρ.2.2.6 της διακήρυξης και ειδικά ως προς το ζήτημα «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» καθορίζονται επακριβώς τα εξής : «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία απαιτείται να αποδεικνύουν, ότι διαθέτουν την κατάλληλη εμπειρία για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, όπως προκύπτει από τη συστηματική πραγματοποίηση παρόμοιων παραδόσεων στο πρόσφατο παρελθόν. Ειδικότερα, θα πρέπει να έχουν πραγματοποιήσει τουλάχιστον μία (1) παράδοση υποδημάτων πόλης (κλειστού τύπου), σε φορείς του δημοσίου ή του ιδιωτικού τομέα που έχουν την έδρα τους σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, του Ε.Ο.Χ. ή τρίτων κρατών που έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς*

συμφωνίες με την Ευρωπαϊκή Ένωση σχετικά με τις Δημόσιες Συμβάσεις, κατά τα έτη 2018, 2019 και 2020, αξίας μεγαλύτερης των 60.000,00 ευρώ». γ. Στην παρ. 2.2.9.2. (Αποδεικτικά Μέσα)/ Β4 της διακήρυξης (σελ. 37), καθορίζεται με σαφήνεια ότι ο οικονομικός φορέας υποχρεούται να προσκομίσει συμβάσεις ή παραδόσεις προς το σκοπό τεκμηρίωσης του όρου της διάταξης της παρ.2.2.6 της διακήρυξης. Στην παρ.2.2.6 καθορίζεται ότι στα πλαίσια της απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν πραγματοποιήσει μια τουλάχιστον παράδοση υποδημάτων πόλης (κλειστού τύπου) σε φορείς του δημοσίου ή του ιδιωτικού τομέα κατά τα έτη 2018, 2019, 2020 αξίας μεγαλύτερης των 60.000€. Μια συνολική παράδοση προϊόντων αναλόγως της ειδικότερης συμφωνίας-σύμβασης μεταξύ των συμβαλλομένων μερών μπορεί να ολοκληρωθεί σε μια ή περισσότερες φάσεις. Συνεπώς με βάση τους όρους των ανωτέρω παραγράφων καθορίζεται σαφώς ότι για να αποδειχθεί η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα απαιτείται μια παράδοση μεγαλύτερη από 60.000 € ανεξάρτητα από το εάν αυτή διενεργήθηκε σε μια ή περισσότερες φάσεις. Περαιτέρω δεν δύναται να απαγορεύεται η ακόμα καλύτερη και ισχυρότερη απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ήτοι η ύπαρξη περισσότερων παραδόσεων με συνολικό ποσό μεγαλύτερο των 60.000€. δ. Στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ο οικονομικός φορέας μας, συμπλήρωσε - δήλωσε τα παρακάτω όσον αφορά τα διαλαμβανόμενα την παρ.2.2.6 της διακήρυξης περί της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας : «α. ΣΥΜΦΩΝΙΑ ΓΙΑ..... ΜΕΡΟΣ ΤΩΝ ΔΙΑΤΙΘΕΜΕΝΩΝ ΑΠΟΤΕΛΟΥΝ ΤΑ..... . ΠΑΡΑΔΟΣΕΙΣ ΑΞΙΑΣ 45.337,84 ΕΥΡΩ ΣΤΑ..... ΣΤΟ ΠΟΣΟ ΔΕ ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΤΑΙ Ο ΦΠΑ. Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 01.01.2018 - 31.12.2018 Αποδέκτες β. ΣΥΜΦΩΝΙΑ ΓΙΑ ΠΩΛΗΣΗ ΣΤΗΝ ΕΤΑΙΡΙΑ..... ΜΕΡΟΣ ΤΩΝ ΔΙΑΤΙΘΕΜΕΝΩΝ ΑΠΟΤΕΛΟΥΝ ΤΑ..... ΠΑΡΑΔΟΣΕΙΣ ΑΞΙΑΣ 36.276,64 ΕΥΡΩ ΣΤΑ..... ΣΤΟ ΠΟΣΟ ΔΕ

ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΕΤΑΙ Ο ΦΠΑ. Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης
01.01.2019 - 31.12.2019 Αποδέκτες » ε. Σύμφωνα
με τα παραπάνω αναγραφόμενα η διακήρυξη απαιτούσε την ύπαρξη
τουλάχιστον μίας (1) παράδοσης κατά τα έτη 2018, 2019 και 2020, αξίας
μεγαλύτερης των 60.000,00 ευρώ. Ο οικονομικός φορέας (εταιρία) λαμβάνοντας
υπόψη τον συνδυασμό των σαφών διατάξεων των παρ.2.2.6 και 2.2.9.2. της
διακήρυξης όπως αναλύθηκαν συνοπτικά παραπάνω, έτσι συμμετείχε στο
διαγωνισμό δηλώνοντας ένα (1) συμφωνητικό συνεργασίας διετούς διάρκειας
(με διαδοχικές φάσεις παράδοσης), μέρος του οποίου αποτελούν τα υποδήματα
πόλης συνολικής αξίας 81.614,48€ (45.337,84+31.276,64), μεγαλύτερης των
60.000,00 ευρώ. στ. Επί της παραγράφου 8 της απόφασης της αναθέτουσας
αρχής (σελ. 11) αναφέρεται ότι «Την επανάληψη της ηλεκτρονικής
διαγωνιστικής διαδικασίας σύναψης συμφωνίας πλαίσιο προμήθειας
υποδημάτων πόλης (ανδρικών - γυναικείων) με τροποποίηση των όρων της
Διακήρυξης σύμφωνα με το από 02- 07-2021 Πρακτικό Νο2 της Επιτροπής
Διενέργειας Διαγωνισμού Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των Προσφορών.»,
γίνεται κατανοητό και αντιληπτό ότι η μη απαιτούμενη, ανεξήγητη και
λανθασμένη ερμηνεία του καθόλα αρκούντος με βάση τους κανόνες της αγοράς
και σαφούς όρου της παραγράφου 2.2.6 της Διακήρυξης 01/2021 εκ μέρους της
Επιτροπής αξιολόγησης των οικονομικών φορέων καθώς και η υιοθέτηση αυτής
από την αναθέτουσα αρχή οδηγεί σε σημαντικό βαθμό στη ματαίωση του
διαγωνισμού και στην επανάληψη αυτού, αποκλείοντας αβάσιμα και έωλα τον
οικονομικό φορέα μας. Αυτή η απόφαση έχει αρνητικό αντίκτυπο στους
επωφελούμενους – επιχειρησιακούς φορείς καθώς και ζημιώνει σοβαρά το
Δημόσιο εν γένει, αφού η επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας απαιτεί
μεγάλο χρονικό διάστημα για την προκήρυξη, διεξαγωγή και ολοκλήρωση
αυτού. Αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι η παρούσα διαγωνιστική διαδικασία
αποτελεί επαναληπτικό ανοιχτό διεθνή διαγωνισμό προηγούμενης, η οποία
διενεργήθηκε και ολοκληρώθηκε σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών

κατακυρώνοντας ένα μέρος μόνο των υπό προμήθεια υποδημάτων πόλης. Κατόπιν των παραπάνω είναι ορατό ότι ένας οικονομικός φορέας (εταιρία) που συμμετέχει με μία παράδοση 60.001€ επιδεικνύει μικρότερη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα από άλλον με δύο ή περισσότερες παραδόσεις συνολικού ποσού μεγαλύτερο των 60.001€. ζ. Ειδικότερα σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην παρ.2.2.6 της διακήρυξης, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι ένας οικονομικός φορέας με μία παράδοση 60.001€ υπερτερεί σε τεχνική και επαγγελματική ικανότητα από έναν άλλο φορέα ο οποίος πχ έχει να επιδείξει 100 παραδόσεις των 10.000€ με συνολική αξία 1.000.000€. Σε συνδυασμό με τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα της παραγράφου 2.2.9.2 Β4 της διακήρυξης (σελ. 37), ο οποίος αναφέρεται ειδικότερα στην υποχρέωση του οικονομικού φορέα να προσκομίσει συμβάσεις ή παραδόσεις γίνεται διακριτό ότι ο οικονομικός φορέας μας, ο οποίος δήλωσε ένα (1) συμφωνητικό συνεργασίας πληροί το σύνολο των προβλεπόμενων όρων από τη διακήρυξη και λανθασμένα έχει απορριφθεί η προσφορά μας. ΝΟΜΙΚΗ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗ 1. Σύμφωνα και με νομολογία της Ανεξάρτητης Επιτροπής Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), η οποία διατυπώνεται στη σκέψη 22 της υπ' αριθ. 492/2020 απόφασης της και η οποία αναφέρει ότι : «Επειδή, είναι νόμιμη η πρόβλεψη στην διακήρυξη μίας τουλάχιστον παράδοσης συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει στον διαγωνισμό και επίσης ότι η ειδική εμπειρία αποδεικνύεται από εκτελεσμένες συμβάσεις, ο αριθμός των οποίων και ο καθορισμός του ορίου του συνολικού προϋπολογισμού αυτών εξειδικεύεται συγκεκριμένα στη Διακήρυξη από την αναθέτουσα αρχή (Βλ. ΣτΕ ΕΑ 1184/2009). Ειδικότερα, «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέψει ρητώς, κατ' αρχήν είτε στην προκήρυξη του διαγωνισμού είτε στη συγγραφή υποχρεώσεων, την απαίτηση να πληρούνται ορισμένες ικανότητες και συγκεκριμένοι όροι βάσει των οποίων ο υποψήφιος πρέπει να αποδείξει την καταλληλότητά του να αναλάβει και να εκτελέσει την επίμαχη σύμβαση. 2. Ομοίως, υπό εξαιρετικές περιστάσεις, λαμβανομένων

υπόψη τόσο της φύσεως των σχετικών εργασιών όσο και του αντικειμένου και των σκοπών της συμβάσεως, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέψει περιορισμούς, ιδίως όσον αφορά τον επιτρεπόμενο αριθμό εμπλεκόμενων οικονομικών φορέων, δυνάμει του άρθρου 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 (βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις της 7ης Απριλίου 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψεις 39 έως 41, και της 5ης Απριλίου 2017, *Borta*, C-298/15, EU:C:2017:266, σκέψη 90 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Όταν όμως η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής, πρέπει να διασφαλίζει ότι οι ειδικοί κανόνες που θέτει συνδέονται με το αντικείμενο και με τον σκοπό της συμβάσεως και είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψεις 40 και 56). ... Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν είναι δυνατό να αποκλειστεί *a priori* το ενδεχόμενο η αναγκαία πείρα προς εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως, την οποία έχει αποκτήσει οικονομικός φορέας στο πλαίσιο όχι μίας αλλά δύο ή περισσότερων διαφορετικών συμβάσεων, να μπορεί να θεωρηθεί επαρκής από την αναθέτουσα αρχή, και άρα να δικαιολογεί την κατακύρωση της συμβάσεως αυτής στον εν λόγω οικονομικό φορέα. Πράγματι, όπως σημείωσε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 62 των προτάσεών του, από τη στιγμή που οι όροι εκτελέσεως συγκεκριμένης συμβάσεως μπορούν κατ' αρχήν να πληρούνται με σωρευτική επίκληση των ικανοτήτων και της πείρας περισσότερων οικονομικών φορέων, θα ήταν κατά μείζονα λόγο παράλογο να αποκλειστεί *a priori* η δυνατότητα σωρεύσεως της πείρας και των ικανοτήτων τις οποίες ο ίδιος οικονομικός φορέας απέκτησε όντως στο πλαίσιο διαφορετικών συμβάσεων. Για τον λόγο αυτό, στην περίπτωση όπου, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, η δυνατότητα επικλήσεως της πείρας που έχει αποκτηθεί στο πλαίσιο περισσότερων συμβάσεων δεν έχει αποκλειστεί ούτε με την προκήρυξη του διαγωνισμού ούτε με τη συγγραφή υποχρεώσεων, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, υπό τον έλεγχο των αρμόδιων εθνικών δικαστηρίων, να εξετάσει αν η

συνδυασμένη πείρα από δύο ή περισσότερες συμβάσεις, λαμβανομένων υπόψη τόσο των σχετικών εργασιών όσο και του αντικειμένου και του σκοπού της επίμαχης συμβάσεως, αρκεί για να διασφαλιστεί η ορθή εκτέλεσή της. Κατόπιν των ανωτέρω, στο έβδομο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 44 της οδηγίας 2004/18, σε συνδυασμό με το άρθρο 48, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας αυτής και με την αρχή της ίσης μεταχείρισεως των οικονομικών φορέων, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 2 της ίδιας οδηγίας, έχει την έννοια ότι επιτρέπει σε οικονομικό φορέα να στηριχθεί σε προηγούμενη πείρα επικαλούμενος ταυτόχρονα δύο ή περισσότερες αναθέσεις συμβάσεων ως μία σύμβαση, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή έχει αποκλείσει τη δυνατότητα αυτή βάσει όρων που είναι συνδεδεμένοι και ανάλογοι με το αντικείμενο και με τον σκοπό της επίμαχης δημόσιας συμβάσεως» (βλ. C-387/14, Esaprojekt Sp. z.o.o κατά Województwo Łódzkie, σκ. 82-88)». 3. Επιπρόσθετα, με έτερη νομολογία της Ανεξάρτητης Επιτροπής Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), η οποία διατυπώνεται στη σκέψη 6 της υπ' αριθ. 791,792/2020 απόφασης της και η οποία αναφέρει ότι : «Από τη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω όρων, συνάγεται ότι κρίσιμο στοιχείο για την κατάφαση της τεχνικής ικανότητας του υποψήφιου οικονομικού φορέα, είναι αυτός να έχει εκτελέσει προμήθειες, οι οποίες έχουν αξία ίση με το 50% της υπό ανάθεση σύμβασης. Εάν το ανωτέρω επιτυγχάνεται με μία ή με περισσότερες εκτελεσθείσες συμβάσεις συναφούς αντικειμένου με αυτό της υπό ανάθεση σύμβασης, είναι καταρχήν αδιάφορο, καθώς το κρίσιμο και ουσιώδες ζήτημα εν προκειμένω είναι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να έχει εκτελέσει τις οριζόμενης αξίας συμβάσεις, ούτως ώστε να πληρούται και ο επιδιωκόμενος σκοπός της απόδειξης της τεχνικής ικανότητας. Βασίμως δε ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι εάν απαιτείτο πράγματι οι προμήθειες να έχουν εκτελεστεί στο πλαίσιο μίας και μόνο σύμβασης, τούτο θα έπρεπε να ορίζεται ρητά και πιο συγκεκριμένα να ορίζεται ότι απαιτείται η εκτέλεση «τουλάχιστον μίας (1) σύμβασης αξίας, εκάστης, ίσης με το 50% της υπό ανάθεση σύμβασης» και τούτο διότι ως γίνεται δεκτό η ερμηνεία των όρων

των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΣτΕ ΕΑ 82/2016, 423/2011, 1725/2010, ΔΕφΠειρ ΕΑ 56/2019). Από την αναφορά ωστόσο της λέξης «τουλάχιστον», συνάγεται ότι προς πλήρωση της εν λόγω απαίτησης, ο υποψήφιος δύναται να επικαλεστεί περισσότερες της μίας συμβάσεις, ανερχόμενες εν τω συνόλω στην ως άνω διά της διακηρύξεως ορισθείσα αξία. Εν προκειμένω και όπως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου εταιρείας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. 167874), η ανωτέρω δηλώνει στο κατατεθέν από αυτήν ΤΕΥΔ και στο σχετικό πεδίο αυτού (Γ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) τις εκτελεσθείσες συμβάσεις και παράλληλα υποβάλλει σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία (.pdf) στα οποία ειδικότερα εμπεριέχονται (α) το από 15.10.2019 συμφωνητικό προμήθειας με την εταιρεία «.....», αξίας 24.320,00€, που αφορά στην προμήθεια μηχανισμού πρόσβασης ατόμων με κινητικά προβλήματα στη θάλασσα, αποδυτηρίου ΑμεΑ, χώρου σκίασης ΑμεΑ και αυτόνομου φωτοβολταϊκού συστήματος αποδυτηρίου ΑμεΑ, (β) η με αριθμ. πρωτ.943/29.6.2016 σύμβαση με τον Δήμοπρομήθειας αυτοκινούμενου μηχανισμού για πρόσβαση ατόμων με κινητικά προβλήματα στη θάλασσα, αξίας 12.450,00€ (γ) η από 18.2.2020, με αρ.04/20 σύμβαση με το(.....), με αντικείμενο την προμήθεια αυτοκινούμενου μηχανισμού για την πρόσβαση ατόμων με κινητικά προβλήματα στη θάλασσα, αξίας 14.000,00€ και (δ) το από 4.11.2019 συμφωνητικό προμήθειας με τον, για την προμήθεια ενός (1)-μηχανισμού πρόσβασης ατόμων με κινητικά προβλήματα στη θάλασσα, αξίας 15.000,00€. Ενόψει των ανωτέρω και από τη συνδυαστική εφαρμογή των πραγματικών και νομικών δεδομένων προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα συμμορφούται κατά τούτο το σκέλος στις απαιτήσεις και όρους της οικείας διακήρυξης αναφορικά με την ικανοποίηση του κριτηρίου της τεχνικής ικανότητας για την εκτέλεση ειδικότερα του τμήματος Α της υπό ανάθεση

σύμβασης και συνεπώς ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος». 4. Η εταιρία μας (οικονομικός φορέας) συνήψε συμφωνία συμφωνητικό συνεργασίας διετούς διάρκειας με την εταιρία «.....» για τη προμήθεια υποδημάτων για τα έτη 2018 και 2019. Μέρος των διατιθέμενων υποδημάτων αποτελούν τα υποδήματα πόλης (κλειστού τύπου). Στο Ενιαίο Έντυπο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), ο οικονομικός φορέας δήλωσε τις παραδόσεις υποδημάτων πόλης κατ' έτος στον πελάτη του. Η απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας ενός οικονομικού φορέα εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας λαμβάνοντας υπόψη τις απαραίτητες παραμέτρους για τη διασφάλιση της επιτυχούς εκτέλεσης της εκάστοτε προμήθειας. Η αναφορά στην παρ. 2.2.6 στην υπόψη παράγραφο δημιουργεί ασάφεια συγκριτικά με τον τρόπο που ζητά να αποδειχθεί και δε διασφαλίζει τη προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης. Όπως δηλώνεται και στο ΕΕΕΣ ο οικονομικός φορέας μας διαθέτει τη τελευταία τριετία (2018,2019 και 2020) «ειδικό» κύκλο εργασιών ο οποίος ανέρχεται στο ποσό των 16.825.391,91 ευρώ και προέρχεται αποκλειστικά και μόνο από πωλήσεις υποδημάτων. Οι ιδιώτες παραλήπτες των υποδημάτων οι οποίοι έχουν προμηθευτεί υποδήματα πόλης είναι περισσότεροι του ενός που αναφέρθηκε στο ΕΕΕΣ αλλά όπως είναι φυσικό ουδείς προμηθεύεται με μία παράδοση το σύνολο των αναγκών του. Περίπτωση συγκεντρωτικής – συνολικής παράδοσης υφίσταται αποκλειστικά και μόνο όταν πρόκειται για Δημόσιο παραλήπτη. 4. Ο ανωτέρω όρος περιορίζει αισθητά τον ανταγωνισμό, θίγει το αίσθημα της δικαιοσύνης, της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης και εν τέλει ζημιώνει το Ελληνικό Δημόσιο καθώς δεν παρέχει τη δυνατότητα συμμετοχής σε μεγαλύτερο φάσμα οικονομικών φορέων επιλέγοντας άρτια υποδήματα και σε ανταγωνιστικές τιμές».

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της ισχυρίζεται ότι « Στη με αρ. 91358/13-08-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται

ότι η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» απορρίφθηκε διότι διαπιστώθηκε προκαταρκτικά, δηλαδή, ήδη από το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής (ΕΕΕΣ) ότι δεν πληροί τον όρο της παρ. 2.2.6 της με αρ. 01/2021 διακήρυξης που αφορά στο κριτήριο επιλογής «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα». Ειδικότερα, σύμφωνα με τον εν λόγω όρο «Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία απαιτείται να αποδεικνύουν, ότι διαθέτουν την κατάλληλη εμπειρία για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, όπως προκύπτει από τη συστηματική πραγματοποίηση παρόμοιων παραδόσεων στο πρόσφατο παρελθόν. Ειδικότερα, θα πρέπει να έχουν πραγματοποιήσει τουλάχιστον μία (1) παράδοση υποδημάτων πόλης (κλειστού τύπου), σε φορείς του δημοσίου ή του ιδιωτικού τομέα που έχουν την έδρα τους σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, του Ε.Ο.Χ. ή τρίτων κρατών που έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ευρωπαϊκή Ένωση σχετικά με τις Δημόσιες Συμβάσεις, κατά τα έτη 2018, 2019 και 2020, αξίας μεγαλύτερης των 60.000,00 ευρώ». Για την απόδειξη δε του συγκεκριμένου όρου ο προσφέρων θα πρέπει να προσκομίσει «κατάλογο συμβάσεων και αντίστοιχων παραδόσεων» που πραγματοποίησε από τον οποίο να προκύπτει ο αριθμός των παραδόσεων και η συνολική τους αξία.

1. Σχετικά με τον ισχυρισμό α) του προσφεύγοντος περί διευκρινίσεων Στο υποβληθέν, από τον προσφεύγοντα, Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με όσα δηλώνονται στο σχετικό πεδίο αυτού από τον ίδιο, προκύπτει - χωρίς αμφιβολία - ότι δεν πληρούται ο σχετικός όρος της παρ. 2.2.6. Συγκεκριμένα, ο προσφεύγων επικαλείται δύο παραδόσεις αξίας 45337.84 ευρώ και 36276.64 ευρώ αντίστοιχα, που έλαβαν χώρα σε διαφορετικά χρονικά διαστήματα έκαστη (2018 και 2019) αντί της μίας παράδοσης αξίας μεγαλύτερης των 60.000 ευρώ. Στη με αρ. 91358/13-08-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εκ παραδρομής αναφέρεται ότι ζητήθηκαν - κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 - σχετικές διευκρινίσεις από αυτόν. Στην πραγματικότητα,

η επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού και συνακόλουθα η εκδούσα την ανωτέρω απόφαση αναθέτουσα αρχή, αξιολογώντας τα δηλωθέντα από τον προσφεύγοντα στο ΕΕΕΣ, θεώρησε αυτά σαφή και δεν ζήτησε περαιτέρω διευκρινίσεις από αυτόν. Άλλωστε, σύμφωνα με όσα ο ίδιος ο προσφεύγων επικαλείται στην από 03-09-2021 (αρ. 1708/06-09-2021) ΓΑΚ/ΑΕΠΠ) προδικαστική προσφυγή που κατέθεσε, καθίσταται απολύτως σαφές ότι ο κρίσιμος όρος, με βάση τη σαφή και συγκεκριμένη διατύπωση αυτού στη διακήρυξη, δεν πληρούται. Ειδικότερα, ο προσφεύγων στο υπό στοιχείο ε της προδικαστικής του προσφυγής επιβεβαιώνει τα δηλωθέντα εκ μέρους του στο ΕΕΕΣ αναφερόμενος σε «ένα συμφωνητικό συνεργασίας διετούς διάρκειας (με διαδοχικές φάσεις παράδοσης), μέρος του οποίου αποτελούν τα υποδήματα πόλης συνολικής αξίας 81.614,48€ (45.337,84+31.276,64), μεγαλύτερης των 60.000,00ευρώ». Συνεπώς, δηλώνει ότι επιχειρεί να καλύψει την απαίτηση του όρου 2.2.6 της διακήρυξης με «διαδοχικές παραδόσεις», δηλαδή περισσότερες της μίας παράδοσης που ζητείται ρητά από τη διακήρυξη. Μάλιστα, ο ίδιος ο προσφεύγων αξιολογεί ως «σαφή» τον σχετικό όρο της διακήρυξης αλλά κρίνει ως «μη απαιτούμενη και ανεξήγητη» την ερμηνεία αυτού από την αναθέτουσα αρχή. Και πράγματι ως προς τη σαφήνεια του όρου έχει απόλυτο δίκιο καθότι η αναθέτουσα αρχή ρητά και κατηγορηματικά χρησιμοποίησε τον όρο της «παράδοσης» και ουχί της σύμβασης, αναφερόμενη αποκλειστικά στην απαίτηση πραγματοποίησης μίας (τουλάχιστον) παράδοσης αξίας μεγαλύτερης των 60.000 ευρώ. Ο προσφεύγων, ωστόσο, ερμηνεύει κατά το δοκούν τον σχετικό όρο, συγχέοντας τις έννοιες της παράδοσης και της σύμβασης, ισχυριζόμενος ότι μία παράδοση μπορεί να διενεργηθεί σε περισσότερες φάσεις. Για τους ανωτέρω λόγους ο ισχυρισμός α) του προσφεύγοντος περί διευκρινίσεων είναι, κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής, αβάσιμος. 2. Σχετικά με τους ισχυρισμούς β, γ, δ, ε, στ και ζ του προσφεύγοντος περί του όρου της παρ. 2.2.6 της διακήρυξης Ο προσφεύγων, με τους β, γ, δ, ε, στ και ζ ισχυρισμούς του, βάλλει κατά του, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς που

προβάλλει, «καθόλα αρκούντος με βάση του κανόνες της αγοράς και σαφούς» όρου της παρ. 2.2.6 προβάλλοντας επιχειρήματα για τη «λανθασμένη» κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής ενσωμάτωση του συγκεκριμένου όρου στη διακήρυξη. Ειδικότερα, εκ των υστέρων, δηλαδή μετά την απόρριψη της προσφοράς του, υποστηρίζει ότι «δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι ένας οικονομικός φορέας με μία παράδοση 60.001€ υπερτερεί σε τεχνική και επαγγελματική ικανότητα από έναν άλλο φορέα ο οποίος πχ έχει να επιδείξει 100 παραδόσεις των 10.000€ με συνολική αξία 1.000.000€». Ωστόσο, όπως έχει κριθεί νομολογιακά (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012), δεν είναι επιτρεπτή η παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία προσβολής, ανάλογα με την έκβαση της διαγωνιστικής διαδικασίας για τον υποψήφιο οικονομικό φορέα, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά της και τούτο, διότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι, λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν επιτρέπεται να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (βλ. ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011). Επιπλέον για την τεκμηρίωση της άποψης του μνημονεύει αποφάσεις οι οποίες φανερώνουν τη σύγκυση του προσφεύγοντος ως προς το υπό κρίση ζήτημα. Από τη μία πλευρά επικαλείται αποφάσεις της ΑΕΠΠ οι οποίες αποδομούν τους ισχυρισμούς του αφού αφενός αναφέρουν τη δυνατότητα κάθε αναθέτουσας αρχής «να προβλέψει ρητώς την απαίτηση να πληρούνται ορισμένες ικανότητες και συγκεκριμένοι όροι βάσει των οποίων ο υποψήφιος πρέπει να αποδείξει την καταλληλότητά του να αναλάβει και να εκτελέσει την επίμαχη σύμβαση», αφετέρου αναφέρονται σε διακηρύξεις διαγωνιστικών διαδικασιών που περιλαμβάνουν όρους διαφορετικούς από τον παρόντα (χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι ότι στην κριθείσα από την ΑΕΠΠ διαφορά, που επικαλείται ο προσφεύγων, η επαγγελματική ικανότητα κρίνεται με

βάση τις πραγματοποιούμενες «προμήθειες αντί τις «παραδόσεις»). Από την άλλη πλευρά αναφέρεται σε κρίσεις του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου σχετικά με την ενσωμάτωση όρων σε διακηρύξεις οι οποίοι θα πρέπει να σέβονται την αρχή της αναλογικότητας παραβλέποντας ότι η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη και η μη προσφυγή κατά των όρων αυτής, εντός των νόμιμων προθεσμιών, σημαίνει την ανεπιφύλαχτη αποδοχή τους και την υποχρέωση απαρέγκλιτης τήρησης τους σύμφωνα με τη εκπεφρασμένη με σαφήνεια βούληση της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον, θα πρέπει να υπογραμμιστεί ότι πέραν των συμμετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικών φορέων και η αναθέτουσα αρχή δεσμεύεται από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και οφείλει να κρίνει αντικειμενικά όλες τις υποβληθείσες προσφορές επί τη βάσει των όρων αυτής. Για το λόγο αυτό πέραν της προσφοράς του προσφεύγοντος η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την απόρριψη δύο ακόμα προσφορών οικονομικών φορέων λόγω μη πληρώσεως του επίμαχου όρου. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων. Για τους ανωτέρω λόγους οι ισχυρισμοί β, γ, δ, ε, στ και ζ του προσφεύγοντος περί του όρου της παρ. 2.2.6 της διακήρυξης είναι, κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής, αβάσιμοι. 3. Σχετικά με τον ισχυρισμό στ) του προσφεύγοντος περί πρόκλησης ζημίας στο δημόσιο συμφέρον από την ματαίωση και επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ο προσφεύγων προβάλλει τον ισχυρισμό ότι η με αρ. 91358/13-08-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής «έχει αρνητικό αντίκτυπο στους επωφελούμενους – επιχειρησιακούς φορείς καθώς και ζημιώνει σοβαρά το Δημόσιο εν γένει, αφού η επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας απαιτεί μεγάλο χρονικό διάστημα για την προκήρυξη, διεξαγωγή και ολοκλήρωση αυτού». Σχετικά με τον ανωτέρω ισχυρισμό, αναφέρεται ότι για τη θεμελίωση του έννομου συμφέροντος, κατά τη θεωρία και νομολογία, θα πρέπει αυτό να είναι και άμεσο, από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το

πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης του ενδίκου βοηθήματος και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση του ενδίκου βοηθήματος και την εξέταση αυτού (βλ. ενδεικτικά, ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002, 2239/2003, Ολομ. ΣΤΕ 1002/2007, ΣΤΕ 522/2020, Κ. Χιώλος, Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σ. 846-7) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για τη σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ) (ΑΕΠΠ 21/2020, αιτιολογική σκέψη 17). Συνεπώς, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί πρόκλησης ζημίας στο δημόσιο συμφέρον από την ματαίωση και επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας προβάλλεται χωρίς έννομο συμφέρον και, κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής, μη παραδεκτά. Κατόπιν όλων των ανωτέρω αναφερόμενων, επειδή οι ισχυρισμοί, επί των οποίων ερείδεται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, είναι - κατά την άποψη της αναθέτουσας αρχής - αβάσιμοι ή προβάλλονται άνευ έννομου συμφέροντος, η προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «.....» με αίτημα την ακύρωση της με αρ. 91358/13-08-2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να απορριφθεί».

13. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται 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

αιφόρου ανάπτυξης. [...] 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.[...].

14. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται:

«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.

[...]

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.

15. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται:

Κριτήρια επιλογής.....2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία απαιτείται να αποδεικνύουν, ότι διαθέτουν την κατάλληλη εμπειρία για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, όπως προκύπτει από τη συστηματική πραγματοποίηση παρόμοιων παραδόσεων στο πρόσφατο παρελθόν. Ειδικότερα, **θα πρέπει να έχουν πραγματοποιήσει τουλάχιστον μία (1) παράδοση υποδημάτων πόλης (κλειστού τύπου), σε φορείς του δημοσίου ή του ιδιωτικού τομέα που έχουν την έδρα τους σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, του Ε.Ο.Χ. ή τρίτων κρατών που έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ευρωπαϊκή Ένωση σχετικά με τις Δημόσιες Συμβάσεις, κατά τα έτη 2018, 2019 και 2020, αξίας μεγαλύτερης των 60.000,00 ευρώ».**

2.2.9.2. «Αποδεικτικά Μέσα» Β4 Για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των οικονομικών φορέων σύμφωνα με την παρ. 2.2.6 της παρούσας διακήρυξης οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν κατάλογο συμβάσεων και αντίστοιχων παραδόσεων που πραγματοποίησαν την τελευταία τριετία πριν τη διεξαγωγή του διαγωνισμού ([έτη 2018.2019 και 2020 μέχρι την υποβολή της προσφοράς) οι οποίες παραδόσεις θα πρέπει να έχουν ως αντικείμενο το είδος «υποδήματα πόλης» (κλειστού τύπου), που παραδόθηκαν σε φορείς του δημοσίου ή του ιδιωτικού τομέα που έχουν την έδρα τους σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, του Ε.Ο.Χ. ή τρίτων κρατών που έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ευρωπαϊκή Ένωση σχετικά με τις Δημόσιες Συμβάσεις. **Από τον κατάλογο που προσκομίζεται πρέπει να προκύπτει ο αριθμός των παραδόσεων, ο αριθμός των ζευγών**

υποδημάτων, η τιμή μονάδας (χωρίς ΦΠΑ), η συνολική τους αξία (χωρίς ΦΠΑ) και η ημερομηνία σύναψης των σχετικών συμβάσεων. Επιπρόσθετα οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τις βεβαίωσης καλής εκτέλεσης ή τα πρωτόκολλα παραλαβής που αντιστοιχούν στις δηλωθείσες παραδόσεις, από τα οποία θα πρέπει να προκύπτει ότι η σύμβαση εκτελέσθηκε προσηκόντως (χωρίς παρατηρήσεις, εκπτώσεις ή απορρίψεις παρτίδων).

16. Επειδή, κατά πάγια νομολογία η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη, να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήσης, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, δεδομένου ότι από την φύση τους οι απαιτήσεις της διακήρυξης περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, από της απόψεως της τηρήσεως 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 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006).

17. Επειδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και Α.Σ. Graelis, "Public Procurement and the EU Competition Rules" (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.ΙΙ.Α.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση

και όχι *in abstracto* (Βλ.κατ' αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.) . Κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων (βλ. ειδικά την παρ. 4.1 του «Ευρωπαϊκού Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» καθώς και την Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας»). Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. 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 τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της.

18. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, εναργώς προκύπτει ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής 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/αναθέτων φορέας, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο «Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής» διευκρινίζεται ότι *«...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων.....»*. Η αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω συνδυασμένη εφαρμογή των παρ. 1 και 4 του άρθρου 75 Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα ότι τα όποια κριτήρια επιλογής περί τεχνικής επάρκειας δεν θα πρέπει να φθάνουν σε τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης.

19. Επειδή, είναι νόμιμη η πρόβλεψη στην διακήρυξη μίας τουλάχιστον παράδοσης συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει

στον διαγωνισμό και επίσης ότι η ειδική εμπειρία αποδεικνύεται από εκτελεσμένες συμβάσεις, **ο αριθμός των οποίων και ο καθορισμός του ορίου του συνολικού προϋπολογισμού αυτών εξειδικεύεται συγκεκριμένα στη Διακήρυξη από την αναθέτουσα αρχή** (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 1184/2009). Ειδικότερα, «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέψει ρητώς, κατ' αρχήν είτε στην προκήρυξη του διαγωνισμού είτε στη συγγραφή υποχρεώσεων, την απαίτηση να πληρούνται ορισμένες ικανότητες και συγκεκριμένοι όροι βάσει των οποίων ο υποψήφιος πρέπει να αποδείξει την καταλληλότητά του να αναλάβει και να εκτελέσει την επίμαχη σύμβαση. Ομοίως, υπό εξαιρετικές περιστάσεις, λαμβανομένων υπόψη τόσο της φύσεως των σχετικών εργασιών όσο και του αντικειμένου και των σκοπών της συμβάσεως, **η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέψει περιορισμούς, ιδίως όσον αφορά τον επιτρεπόμενο αριθμό εμπλεκόμενων οικονομικών φορέων, δυνάμει του άρθρου 44, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18 (βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψεις 39 έως 41, και της 5ης Απριλίου 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, σκέψη 90 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).** Όταν όμως η αναθέτουσα αρχή αποφασίζει να κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής, πρέπει να διασφαλίζει ότι οι ειδικοί κανόνες που θέτει συνδέονται με το αντικείμενο και με τον σκοπό της συμβάσεως και είναι σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκέψεις 40 και 56). ... **Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν είναι δυνατό να αποκλειστεί a priori το ενδεχόμενο η αναγκαία πείρα προς εκτέλεση της επίμαχης συμβάσεως, την οποία έχει αποκτήσει οικονομικός φορέας στο πλαίσιο όχι μίας αλλά δύο ή περισσότερων διαφορετικών συμβάσεων, να μπορεί να θεωρηθεί επαρκής από την αναθέτουσα αρχή, και άρα να δικαιολογεί την κατακύρωση της συμβάσεως αυτής στον εν λόγω οικονομικό φορέα.** Πράγματι, όπως σημείωσε ο γενικός εισαγγελέας στο σημείο 62 των προτάσεών του, από τη στιγμή που οι όροι εκτελέσεως συγκεκριμένης συμβάσεως μπορούν

κατ' αρχήν να πληρούνται με σωρευτική επίκληση των ικανοτήτων και της πείρας περισσοτέρων οικονομικών φορέων, θα ήταν κατά μείζονα λόγο παράλογο να αποκλειστεί *a priori* η δυνατότητα σωρεύσεως της πείρας και των ικανοτήτων τις οποίες ο ίδιος οικονομικός φορέας απέκτησε όντως στο πλαίσιο διαφορετικών συμβάσεων. Για τον λόγο αυτό, στην περίπτωση όπου, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, η δυνατότητα επικλήσεως της πείρας που έχει αποκτηθεί στο πλαίσιο περισσοτέρων συμβάσεων **δεν έχει αποκλειστεί ούτε με την προκήρυξη του διαγωνισμού ούτε με τη συγγραφή υποχρεώσεων**, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, υπό τον έλεγχο των αρμόδιων εθνικών δικαστηρίων, να εξετάσει αν η συνδυασμένη πείρα από δύο ή περισσότερες συμβάσεις, λαμβανομένων υπόψη τόσο των σχετικών εργασιών όσο και του αντικειμένου και του σκοπού της επίμαχης σύμβασεως, αρκεί για να διασφαλιστεί η ορθή εκτέλεσή της. Κατόπιν των ανωτέρω, στο έβδομο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 44 της οδηγίας 2004/18, σε συνδυασμό με το άρθρο 48, παράγραφος 2, στοιχείο α', της οδηγίας αυτής και με την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των οικονομικών φορέων, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 2 της ίδιας οδηγίας, **έχει την έννοια ότι επιτρέπει σε οικονομικό φορέα να στηριχθεί σε προηγούμενη πείρα επικαλούμενος ταυτόχρονα δύο ή περισσότερες αναθέσεις συμβάσεων ως μία σύμβαση, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή έχει αποκλείσει τη δυνατότητα αυτή βάσει όρων που είναι συνδεδεμένοι και ανάλογοι με το αντικείμενο και με τον σκοπό της επίμαχης δημόσιας σύμβασεως**» (βλ. C-387/14, Esaprojekt Sp. z.o.o κατά Województwo Łódzkie, σκ. 82-88).

20. Επειδή, **ο προσφεύγων** ισχυρίζεται καταρχήν ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του λόγω του ότι η απαιτούμενη εκ της διακήρυξης τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, αποκτήθηκε σε διαδοχικές συμβάσεις και παραδόσεις. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι στην παρ. 2.2.9.2. (Αποδεικτικά Μέσα)/ B4 της διακήρυξης, καθορίζεται με σαφήνεια ότι ο οικονομικός φορέας

υποχρεούται να προσκομίσει συμβάσεις ή παραδόσεις προς το σκοπό τεκμηρίωσης του όρου της διάταξης της παρ.2.2.6 της διακήρυξης. Ομοίως ισχυρίζεται ότι δεν δύναται να απαγορευτεί η ακόμα καλύτερη και ισχυρότερη απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ήτοι η ύπαρξη περισσότερων παραδόσεων με συνολικό ποσό μεγαλύτερο των 60.000€, ως του ιδίου που συμμετείχε στο διαγωνισμό δηλώνοντας ένα (1) συμφωνητικό συνεργασίας διετούς διάρκειας (με διαδοχικές φάσεις παράδοσης), μέρος του οποίου αποτελούν τα υποδήματα πόλης συνολικής αξίας 81.614,48€ (45.337,84+31.276,64), μεγαλύτερης των 60.000,00 ευρώ. Επίσης, ισχυρίζεται ότι δημιουργείται ασάφεια και δεν διασφαλίζεται η προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, αλλά και ότι θίγεται το δημόσιο συμφέρον με την προσβαλλόμενη. (βλ. αναλυτικά σκ. 11 της παρούσας).

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται με τις απόψεις της ότι οι όροι της διακήρυξης είναι σαφείς, ότι η ίδια ρητά και κατηγορηματικά χρησιμοποίησε τον όρο της «παράδοσης» και ουχί της σύμβασης, αναφερόμενη αποκλειστικά στην απαίτηση πραγματοποίησης μίας (τουλάχιστον) παράδοσης αξίας μεγαλύτερης των 60.000 ευρώ και ότι ο προσφεύγων, ερμηνεύει κατά το δοκούν τον σχετικό όρο, συγχέοντας τις έννοιες της παράδοσης και της σύμβασης, ισχυριζόμενος ότι μία παράδοση μπορεί να διενεργηθεί σε περισσότερες φάσεις. Ομοίως ισχυρίζεται ότι απαράδεκτως στο παρόν στάδιο βάλλει κατά των σαφών όρων της διακήρυξης(βλ. αναλυτικά σκ. 12 της παρούσας) και ότι οφείλει να σέβεται τους όρους της διακήρυξης και αλυσίτελως προβάλλει ισχυρισμούς σχετικούς με το δημόσιο συμφέρον, εξάλλου η ίδια σέβεται τους όρους της διακήρυξης.

21. Επειδή, ως παρατέθηκαν αυτούσιοι στη σκέψη 15 της παρούσας, οι επίμαχοι όροι της διακήρυξης ορίζουν ρητά ότι (αρ. 2.2.6 «*Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα*»), οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία θα πρέπει να έχουν πραγματοποιήσει **τουλάχιστον** μία (1) παράδοση υποδημάτων πόλης (κλειστού τύπου) κατά τα έτη 2018, 2019 και

Αριθμός απόφασης: 1647/2021

2020, αξίας μεγαλύτερης των 60.000,00 ευρώ. Δηλαδή, ορίζεται ρητά ότι απαιτείται να έχουν πραγματοποιήσει τουλάχιστον μία παράδοση αξίας μεγαλύτερης των 60.000€ στο ως άνω χρονικό διάστημα, χωρίς ουδόλως να αποκλείεται η δυνατότητα σώρευσης πλείονων παραδόσεων, εξάλλου, αν δεν καθίστατο επιτρεπτή η σώρευση πλείονων παραδόσεων, δοθέντος ότι δεν αξιολογείται το επιπλέον αφού αποτελεί κριτήριο ποιοτικής επιλογής και ουδεμία επιρροή δύναται νομίμως να ασκήσει ως προς την πλήρωση ή μη του επίμαχου όρου, τότε ο ως άνω όρος θα είχε διαφορετική διατύπωση, έστω θα αναφερόταν ότι το ως άνω ποσό θα πρέπει να προκύπτει από μία παράδοση, που, ωστόσο, δεν αναφέρεται, εν προκειμένω (βλ. σκ. 19 της παρούσας). Επομένως, η σχετική ικανότητα δεν αποκλείεται να προκύπτει από σώρευση πλείονων παραδόσεων, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων και τούτο διότι, θα ήταν κατά μείζονα λόγο παράλογο να αποκλειστεί a priori η δυνατότητα σωρεύσεως της πείρας και των ικανοτήτων τις οποίες ο ίδιος οικονομικός φορέας απέκτησε όντως στο πλαίσιο διαφορετικών συμβάσεων, χωρίς να προκύπτει τουλάχιστον με σαφήνεια ότι η εν λόγω δυνατότητα έχει αποκλειστεί από τα έγγραφα του διαγωνισμού (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 492/2020 του 7^{ου} κλιμακίου Εισ. Χ. Ζαράρη και εκεί ad hoc παρατιθέμενη νομολογία του ΔΕΕ, σκ. 19 της παρούσας και 791_792/2020 του 2^{ου} κλιμακίου).

Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από το άρ. 2.2.9.2 Β4 της διακήρυξης, όπου προς απόδειξη του εν λόγω κριτηρίου επιλογής (2.2.6), οι προσφέροντες απαιτείται να προσκομίσουν κατάλογο συμβάσεων και αντίστοιχων παραδόσεων. Ειδικότερα, στην ίδια ως άνω διάταξη (2.2.9.2 Β.4), ρητά ορίζεται ότι «Από τον κατάλογο που προσκομίζεται πρέπει να προκύπτει ο αριθμός των παραδόσεων (πληθυντικός αριθμός), **προφανώς για να αποδειχθεί ότι υφίσταται τουλάχιστον μία παράδοση, επιβεβαιώνοντας τη δυνατότητα σώρευσης -ειδάλλως θα απαιτούσε μία μόνο δοθέντος ότι το επιπλέον δεν αξιολογείται κατά τα ως άνω-**, επίσης, να προκύπτει ο αριθμός των ζευγών υποδημάτων, η τιμή μονάδας (χωρίς ΦΠΑ), η συνολική τους αξία

(ομοίως πληθυντικός αριθμός) - προφανώς των παραδόσεων που δύναται να σωρευθούν κατά τα ως άνω-, ειδάλλως θα αναφερόταν στην αξία μίας έκαστης παράδοσης. Ούτε δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι αφορά στη συνολική αξία των συμβάσεων, καθόσον ως αποδέχεται και η αναθέτουσα αρχή απαίτησε παραδόσεις και όχι συμβάσεις, άρα η εν λόγω ερμηνεία καθίσταται εν τοις πράγμασι κενή περιεχομένου. Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος απορριπτόμενων του συνόλου των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας.

22. Επειδή, έτι περαιτέρω, αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος περί μη κλήσης αυτού προς παροχή διευκρινήσεων, και περί εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αναφοράς στην προσβαλλόμενη περί σχετικής κλήσης του προς παροχή διευκρινήσεων, που ουδέποτε έλαβε χώρα, προβάλλονται αλυσιτελώς καθόσον ουδεμία ασάφεια υφίστατο εν προκειμένω στα εκ μέρους του δηλωθέντα στο ΕΕΕΣ, αναφορικά με τον επίμαχο όρο. Ομοίως, απορριπτέοι είναι και οι ισχυρισμοί του αναφορικά με τη βλάβη του δημοσίου συμφέροντος, ως προβαλλόμενοι εκ συμφέροντος τρίτου (ΔΕΦΑΘ 641/2013 και ΑΕΠΠ 524/2021 σκ. 24 Εις. Χ. Ζαράρη).

23. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

24. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή βάσει των αναγραφόμενων στη σκ. 21 της παρούσας.

25. Επειδή κατ' ακολουθία σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 363 του ν. 4412/2016, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, ως αυτό αναφέρεται στη σκέψη 1 της παρούσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 1647/2021

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13.10.2021 και εκδόθηκε στις 2 Νοεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Η Γραμματέας

Αναστασία Ρουμेलιώτη