

**Η**

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

**7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 23<sup>η</sup> Απριλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχάλης Σειραδάκης-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.03.2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 318/17.03.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « ..... και δ.τ. « .....», με έδρα τη ....., οδός ..... αρ. ...., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αρ. πρωτ. .... / ..... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, άλλως ο προσβαλλόμενος όρος που περιέχεται στο άρθρο 2.2.6 σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και να επαναπροκηρυχθεί ο διαγωνισμός.

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 740,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ....., εκτύπωση ηλεκτρονικής πληρωμής του ως άνω παραβόλου 16.03.2020 και ομοίως εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών όπου

στο πεδίο κατάστασης του ως άνω παραβόλου αναφέρεται η ένδειξη «Δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. .... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε η ανάθεση σύμβασης σε πιστοποιημένο εργαστήριο, διάρκειας 24 μηνών από την υπογραφή της, για τη διενέργεια αναλύσεων (φυσικών, χημικών και μικροβιολογικών παραμέτρων) υγρών αποβλήτων, στερεών αποβλήτων τεστ εκπλυσιμότητας) καθώς και υδάτων από επιφανειακούς και υπόγειους αποδέκτες προκειμένου να διαπιστωθεί τυχόν ρύπανση ή υποβάθμιση περιβάλλοντος ή παράβαση εγκεκριμένων περιβαλλοντικών όρων έργων ή/και δραστηριοτήτων [(CPV) : .....- Περιβαλλοντικές Υπηρεσίες]. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 148.000,00 €, πλέον ΦΠΑ : 35.520,00 €, προσφορές υποβάλλονται μόνο για το σύνολο της προς ανάθεση σύμβασης και το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 17.03.2020, ήτοι η επομένη της ημερομηνίας κατάθεσης της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και ημερομηνία αποσφράγισης η 23.03.2020, η δε αναθέτουσα αρχή, κατόπιν κατάθεσης της προσφυγής, ανέστειλε αυτοβούλως την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ σύμφωνα με το με αρ. πρωτ. ..../26.03.2020 έγγραφο της και δεν προέβη σε αποσφράγιση των προσφορών.

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου 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 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.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017: α) κατατέθηκε στις 16.03.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δοθείσας της δημοσίευσης της προσβαλλόμενης στις 28.02.2020 και της λήψης γνώσης του προσφεύγοντος στις 14.03.2020, ως δηλώνει στην προσφυγή του, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελη) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.).

7. Επειδή, στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων, ο οποίος δραστηριοποιείται στην σχετική με το αντικείμενο της διακήρυξης αγορά, αναφέρει τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους του, ισχυριζόμενος ότι η συμπερίληψη των προσβαλλόμενων όρων τον αποκλείουν εν τοις πράγμασι από την διαγωνιστική διαδικασία και παραβιάζουν τους οικείους κανόνες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, θεμελιώνει καταρχήν παραδεκτώς, το πώς στοιχειοθετείται εκ μέρους του η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή όρων της υπό στοιχείο 2 της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη, στις 19.03.2020 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε «ενδιαφερόμενο» τρίτο.

9. Επειδή, με την με αρ. ..../18.03.2020 Πράξη του Προέδρου του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων. Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 26.03.2020 και στις 01.04.2020 τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας ενημερώνοντας και για τον αυτόβουλη αναστολή της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ και επί της προσφυγής, αντίστοιχα.

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

11. Επειδή, ο προσφεύγων κατόπιν θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος του, παραθέτει τις διατάξεις του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 και σχετική νομολογία ιδίως αναφορικά με την αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού στο πεδίο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων και ισχυρίζεται ότι ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης που αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα πρέπει να ακυρωθεί. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι: **«Α' ΠΡΩΤΟΣ ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ** Την τελευταία τριετία στην Ελλάδα έχει προκηρυχθεί και ολοκληρωθεί μόνο μια διαγωνιστική διαδικασία η οποία είναι συναφής με το αντικείμενο παροχής υπηρεσιών του παρόντος διαγωνισμού (φυσικές, χημικές και μικροβιολογικές αναλύσεις) και είχε προϋπολογισμό τουλάχιστον ίσο με το 100% του παρόντος διαγωνισμού, δηλαδή ποσό 148.000 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Όλοι οι διαγωνισμοί, άνω των 20.000,00 € πλέον Φ.Π.Α. 24%, δηλαδή άνω του ορίου της απευθείας ανάθεσης, της τελευταίας τριετίας, ...εμφαίνονται στον παρακάτω πίνακα [παρατίθεται πίνακας που περιλαμβάνει ειδικότερα: ονομασία ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ ΑΡΧΗΣ, Συνοπτική ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ αντικειμένου, ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ της σύμβασης, ΣΥΜΜΕΤΕΧΟΝΤΕΣ, ΠΟΣΟ ΑΝΑΘΕΣΗΣ, ΕΤΟΣ ΑΝΑΘΕΣΗΣ, ΑΝΑΔΟΧΟΣ για 21 διαδικασίες]. Από τον ανωτέρω πίνακα σαφώς προκύπτει ότι ο μοναδικός διαγωνισμός που ένας διαγωνιζόμενος μπορεί να επικαλεστεί στην τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα, (είναι

δηλαδή άνω των 183.520,00 ευρώ) είναι αυτός που είχε προκηρυχθεί από την ..... με θέμα «ΠΑΡΑΚΟΛΟΥΘΗΣΗ ΤΗΣ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΣΤΑ ΥΠΟΓΕΙΑ ΥΔΑΤΙΚΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ ΚΑΙ ΣΤΑ ΕΠΙΦΑΝΕΙΑΚΑ ΥΔΑΤΙΝΑ ΣΩΜΑΤΑ ΤΩΝ ΧΥΤΑ ΤΗΣ ..... ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΕΡΙΟΔΟ 2019-2021», ο οποίος έχει ανατεθεί και εκτελείται από την εταιρεία « .....», έναντι του ποσού 197.829,50 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.(βλ. σχετ.1) Όλοι οι υπόλοιποι διαγωνισμοί της τριετίας, που αναφέρονται παραπάνω, ήταν μικρότερου προϋπολογισμού, μολονότι ζητούσαν την παροχή των ίδιων υπηρεσιών, αποκλειστικά και μόνο επειδή ζητούσαν την παροχή των υπηρεσιών για μικρότερο χρονικό διάστημα. Αντίθετα ο προσβαλλόμενος διαγωνισμός έχει αυτόν τον αυξημένο προϋπολογισμό (όπως και ο διαγωνισμός με θέμα «ΠΑΡΑΚΟΛΟΥΘΗΣΗ ΤΗΣ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΣΤΑ ΥΠΟΓΕΙΑ ΥΔΑΤΙΚΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ ΚΑΙ ΣΤΑ ΕΠΙΦΑΝΕΙΑΚΑ ΥΔΑΤΙΝΑ ΣΩΜΑΤΑ ΤΩΝ ΧΥΤΑ ΤΗΣ ..... ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΕΡΙΟΔΟ 2019-2021»), κυρίως επειδή ζητούνται υπηρεσίες για χρονικό διάστημα 24 μηνών. Πρέπει να σημειωθεί ότι αυτή τη στιγμή είναι σε εξέλιξη ο διαγωνισμός με αντικείμενο την «Παροχή Περιβαλλοντικών Υπηρεσιών, για τον έλεγχο και την παρακολούθηση της λειτουργίας των Εγκαταστάσεων Επεξεργασίας λυμάτων» με κριτήριο αξιολόγησης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής, προϋπολογισμού: 965.800,00€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (778.870,97€, άνευ Φ.Π.Α.)», της ίδιας αναθέτουσας αρχής, ( .....), ο οποίος όμως δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί και συνεπώς δεν μπορεί να συνυπολογιστεί στην τεχνική εμπειρία κάποιου αναδόχου. Έχει αναρτηθεί στον ιστότοπο Διαύγεια η υπ' αριθ. ..../14-01-2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ....., (βλ. σχετ.2) με την οποία αναδεικνύεται προσωρινώς ανάδοχος η εταιρεία « .....» με διακριτικό τίτλο « .....» για το Υποέργο «Παροχή Περιβαλλοντικών Υπηρεσιών, για τον έλεγχο και την παρακολούθηση της λειτουργίας των Εγκαταστάσεων Επεξεργασίας λυμάτων» της πράξης «ΕΛΕΓΧΟΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΤΗΣ ....., ΒΑΣΕΙ ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 91/271/ΕΟΚ», με συνολικό συμβατικό 272.108,16€ πλέον Φ.Π.Α 24%

και 337.414,12€ με την επιφύλαξη της προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Το ανωτέρω έργο έχει διάρκεια 48 μήνες. Επίσης σημειώνεται ότι στον με αριθ. πρωτ. .... /27-12-2018 προηγούμενο διαγωνισμό της ίδιας Αναθέτουσας Αρχής, με αντικείμενο «ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΑΚΕΣ ΑΝΑΛΥΣΕΙΣ ΜΙΚΡΟΒΙΟΛΟΓΙΚΩΝ ΚΑΙ ΧΗΜΙΚΩΝ ΠΑΡΑΜΕΤΡΩΝ ΝΕΡΟΥ (ΠΟΣΙΜΟΥ-ΚΟΛΥΜΒΗΣΗΣ) ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2018-2019 ΤΗΣ .....» προϋπολογισμού 260.000,00 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, η εταιρεία μας κηρύχθηκε ανάδοχος αντί συνολικού τιμήματος 102.233,04 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%. (βλ. σχετ. 3). Αυτό αποδεικνύει τον ισχυρισμό μας ότι η εταιρεία μας έχει τη δυνατότητα τεχνικά να αναλάβει και να εκτελέσει την παρούσα υπηρεσία, αλλά εμποδίζεται να συμμετέχει στο διαγωνισμό από τον προσβαλλόμενο όρο. Επειδή από το άρθρο 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016 συνάγεται ότι για τη διασφάλιση της άρτιας και προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης η αναθέτουσα αρχή έχει τη διακριτική ευχέρεια να προβλέπει στη διακήρυξη κριτήρια επαγγελματικής και τεχνικής επάρκειας και ειδικότερα να απαιτεί όπως οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν, οι σχετικοί, όμως όροι θα πρέπει να είναι ανάλογοι και να σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης. Συγκεκριμένα θα πρέπει αφενός να είναι κατάλληλοι για την αξιολόγηση της επάρκειας του οικονομικού φορέα και αφετέρου να είναι προσαρμοσμένοι στις απαιτήσεις της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς επαγγελματικής και τεχνικής επάρκειας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό. Επειδή τα κριτήρια τεχνικής επάρκειας: α) δεν πρέπει να περιορίζουν δυσανάλογα τη συμμετοχή οικονομικών φορέων, που έχουν τη δυνατότητα να αποτελέσουν αναδόχους που θα εκτελέσουν αποτελεσματικά την υπό ανάθεση σύμβαση β) πρέπει να συνδέονται αντικειμενικά και κατ' ανάλογο τρόπο με το ζητούμενο στην διακήρυξη αντικείμενο και γ) να μη δημιουργούν αναιτιολόγητο αποκλεισμό και να μη νοθεύουν τον υγιή ανταγωνισμό ούτε να αποκλείουν την συμμετοχή

στον διαγωνισμό. Επειδή, εφόσον το γεγονός ότι η σωρευτική πείρα επαρκεί για την εκτέλεση της οικείας συμβάσεως, το εάν από τεχνικής απόψεως η σχετική πείρα έχει αποκτηθεί μέσω δύο ή περισσότερων χωριστών συμβάσεων και όχι από μια ενιαία συμφωνία θα πρέπει, υπό φυσιολογικές συνθήκες, να είναι αδιάφορο (βλ. σκ. 61 του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση C-387/14, *Esaprojekt Sp. z.o.o κατά Województwo Łódzkie*). Ομοίως, έχει κριθεί ότι νόμιμα η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητά οι διαγωνιζόμενοι να αποδείξουν ότι διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν, ακόμη και όταν ζητά μία τουλάχιστον παράδοση συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει στον διαγωνισμό, αλλά πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Η ΑΕΠΠ με σωρεία αποφάσεων έχει δεχθεί τα ανωτέρω (βλ. ΑΕΠΠ 22/2017) αναφέροντας: «...προκειμένου τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων να είναι αναλογικά και να μην περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, δύναται η Αναθέτουσα Αρχή να προβλέπει περισσότερες της μίας «συναφείς παραδόσεις», που όμως συνολικά να φτάνουν ή και να ξεπερνούν ακόμη τον προϋπολογισμό της σύμβασης για την οποία διενεργείται ο διαγωνισμός ...». Επειδή η νομιμότητα της υποχρέωσης σύναψης μίας τουλάχιστον συναφούς σύμβασης ίσης αξίας, και ιδίως η νομιμότητα του απαιτούμενου ύψους αυτής, ως απαίτηση που πρέπει να πληρούται κατά το στάδιο επιλογής, δυνάμενη να επιφέρει τον αποκλεισμό του ενδιαφερομένου από τη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, θα πρέπει να εκτιμάται υπό το πρίσμα της απολύτου αναγκαιότητας αυτού τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας. Επειδή, περαιτέρω, από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων (βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003). Επειδή ο

επιδιωκόμενος από την αναθέτουσα αρχή σκοπός, ήτοι η ασφάλεια δικαίου, η ίση μεταχείριση και αποφυγή των διακρίσεων, έτσι ώστε να μην αποτρέπεται η συμμετοχή οικονομικών φορέων, εν τέλει δεν εξυπηρετείται από τον επίμαχο όρο, με την απαίτηση μιας σύμβασης αξίας ίσης με την υπό ανάθεση σύμβαση αφού περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή των οικονομικών φορέων οι οποίοι δύνανται να αποδείξουν την τεχνική τους επάρκεια και εμπειρία με περισσότερες συμβάσεις μικρότερης αξίας με το ίδιο αντικείμενο. Επειδή ο όρος πρέπει να ακυρωθεί αφού με τον τρόπο που τίθεται περιορίζει αφόρητα τον ανταγωνισμό και προσβάλλει την αρχή της αναλογικότητας, καθώς την τελευταία τριετία έχει προκηρυχθεί και ολοκληρωθεί μόνο ένας τέτοιος διαγωνισμός στην ελληνική επικράτεια και μόνο την εκτέλεση αυτού μπορεί να επικαλεστεί ο υποψήφιος ανάδοχος προκειμένου να είναι αποδεκτή η προσφορά του.

**Β' ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ** Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης ευνοεί αδικαιολόγητα τον οικονομικό φορέα « .....», που εδρεύει στον ..... ( ..... & .....), στον οποίο ανατέθηκε και εκτελεί την τελευταία τριετία τη μοναδική συναφή σύμβαση ίσου ή μεγαλύτερου προϋπολογισμού. Συγκεκριμένα, προσκομίζεται η υπ' αριθ. 771/2019 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ..... (βλ. σχετ.1), με την οποία ανατέθηκε στην εταιρεία με την επωνυμία « .....» η υλοποίηση του Προγράμματος Παρακολούθησης της ποιοτικής κατάστασης στα υπόγεια υδατικά συστήματα και στα επιφανειακά υδάτινα σώματα των ΧΥΤΑ της ....., με συνολικό κόστος 197.829,60 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο ανωτέρω αναφερόμενος οικονομικός φορέας είναι ο μοναδικός που μπορεί να υποβάλλει προσφορά, η οποία να καλύπτει τον επίμαχο όρο της διακήρυξης. Επειδή η αναθέτουσα καταρχήν διαθέτει διακριτική ευχέρεια για τη θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια αγαθών, σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπου επίτευξής τους. Ούτε παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι κάποιες προδιαγραφές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαστικά δυσχερή τη



συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, σύμφωνα και με την παγία νομολογία που η αναθέτουσα, κατά τη σκ. 3, μνημονεύει στις απόψεις της. Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187, 231/2017), τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017). Επειδή έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 238/2017) ότι όσο πιο περιοριστικός επί του ανταγωνισμού είναι ένας όρος, τόσο περισσότερο αναγκαίος θα πρέπει να παρίσταται αυτός για την επίτευξη του συμβατικού σκοπού και τόσο πιο στενά συνδεδεμένος με την προστασία και προώθηση των τυχόν νομικών υποχρεώσεων και του έργου της αναθέτουσας, ως και του συνδεδεμένου με το συμβατικό αντικείμενο δημοσίου συμφέροντος. Επειδή, όσον αφορά διαδικασίες με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη οικονομικά προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής, το οποίο πρωτίστως προορίζεται για συμβάσεις που αφορούν αγαθά και υπηρεσίες με χαρακτήρα σε μεγάλο βαθμό τυποποιημένο ή με μικρές αποκλίσεις μεταξύ των ανταγωνιστικών προϊόντων/υπηρεσιών και χαμηλό βαθμό διαφοροποίησης ή που διέπονται από ρυθμιστικούς κανόνες που μόνοι τους αυτομάτως ορίζουν τις απαιτούμενες προδιαγραφές και όρους για την καταλληλότητα και τη νομιμότητα παροχής ή με μικρό βαθμό δυνητικής ποιοτικής ποικιλίας ή μικρή επίδραση αυτής καθαυτής της ποιότητας επί της καταλληλότητας του συμβατικού αντικείμενου ή λίγες σχετικά τεχνικές, κατασκευαστικές και εν γένει προσδιοριστικές παραμέτρους να διέπουν την τελική μορφή του προϊόντος/υπηρεσίας, τότε οι τεχνικές προδιαγραφές κατά κανόνα θα πρέπει να κινούνται στο επίπεδο εκείνο στο οποίο το προϊόν/υπηρεσία είναι απλώς επαρκές και κατάλληλο για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται. Κατά τα ανωτέρω ο προσβαλλόμενος όρος πρέπει να

ακυρωθεί καθώς ευνοεί χωρίς δικαιολογητικό λόγο τον οικονομικό φορέα « .....», ο οποίος είναι ο μοναδικός που δύναται να καλύψει την συγκεκριμένη απαίτηση της διακήρυξης. Επειδή η Διακήρυξη του Διαγωνισμού παραβιάζει τις αρχές της ισοτιμίας και της αντικειμενικής αξιολόγησης. Επειδή η Διακήρυξη του Διαγωνισμού παραβιάζει ευθέως το Νόμο και τις αρχές της χρηστής Διοίκησης, κάνοντας κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης. Επειδή η Διακήρυξη του Διαγωνισμού, αφενός μεν είναι αντίθετη στο δημόσιο συμφέρον, αφετέρου δε ζημιώνει άμεσα την Εταιρεία μας Επειδή η προφανής αυτή παραβίαση του Νόμου καθιστά άκυρη την προσβαλλόμενη Διακήρυξη και όλες τις μεταγενέστερες συναφείς πράξεις του Διαγωνισμού. Επειδή η Εταιρεία μας ως προμηθευτής έχει έννομο συμφέρον, αφού προτίθεται να συμμετέχει στον διαγωνισμό και να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Επειδή οι ισχυρισμοί μας είναι νόμιμοι, βάσιμοι και αληθείς».

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι « Ο εν λόγω διαγωνισμός αφορά σε αναλύσεις υγρών αποβλήτων και υδάτων που θα συλλέγονται και από τις επτά Περιφερειακές Ενότητες της ..... για χρονικό διάστημα 24 μηνών. Συγκεκριμένα, στα πλαίσια των αρμοδιοτήτων των Υπηρεσιών της ..... διενεργούνται περιβαλλοντικές επιθεωρήσεις, σύμφωνα με το άρθρο 20 του Ν.4014/2011 και το άρθρο 186 του Ν.3852/2010, από τις οποίες δύναται να προκύψουν δειγματοληψίες και αναλύσεις υγρών και στερεών αποβλήτων από διάφορες δραστηριότητες συμπεριλαμβανομένων υγρών βιομηχανικών και αστικών αποβλήτων, επιφανειακών υδάτων (ποταμών, ρεμάτων, λιμνών, αρδευτικών - αποστραγγιστικών καναλιών, κλπ) καθώς και υπόγειων υδάτων (γεωτρήσεις κλπ). Καθώς, λοιπόν, αντικείμενο του έργου είναι η ανάθεση σε διαπιστευμένο εργαστήριο της διενέργειας αναλύσεων (φυσικών, χημικών και μικροβιολογικών παραμέτρων) υγρών αποβλήτων και στερεών αποβλήτων (τεστ εκπλυσιμότητας) από διάφορες δραστηριότητες, καθώς και υδάτων από επιφανειακούς και υπόγειους αποδέκτες, που καλύπτουν γεωγραφικά το σύνολο της ....., γίνεται κατανοητό, ότι το εύρος του έργου απαιτεί την ανάδειξη ενός αναδόχου αξιόπιστου, με όσο το δυνατόν

μεγαλύτερη εμπειρία στο χώρο, προκειμένου να ανταπεξέλθει σε ορισδήποτε συνθήκες. Σε αυτά τα πλαίσια η Αναθέτουσα Αρχή έθεσε, με την υπ' αριθ. .... Διακήρυξη, στα άρθρα 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» και 2.2.6. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», συγκεκριμένες απαιτήσεις τις οποίες θα πρέπει να πληρούν οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς. Ειδικότερα, στο Άρθρο 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζεται ότι «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (2016, 2017, 2018) αθροιστικά, τουλάχιστον στο 100% του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ και να αποδεικνύεται από αποσπάσματα των ισολογισμών του αναδόχου ή από δήλωση περί του ύψους του κύκλου εργασιών. Εάν ο προσφέρων οικονομικός φορέας είναι Ένωση φυσικών ή νομικών ή Κοινοπραξία, η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια η οποία απαιτείται, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, μπορεί να προκύπτει και αθροιστικά από όλα τα μέλη της Κοινοπραξίας ή Ένωσης». Στο Άρθρο 2.2.6. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίζεται «Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται : α) Να διαθέτει οργάνωση, δομή και μέσα, με τα οποία να είναι ικανοί να ανταπεξέλθουν πλήρως, άρτια και ολοκληρωμένα στις απαιτήσεις της υπό ανάθεση παροχής υπηρεσίας β) Να διαθέτει όλον το απαραίτητο εξοπλισμό για τις προβλεπόμενες αναλύσεις των παραμέτρων του Πίνακα 1 του Παραρτήματος Ι της παρούσας Διακήρυξης. γ) Να διαθέτουν ή να συνεργάζονται με ειδικευμένο επιστημονικό/τεχνικό προσωπικό στο αντικείμενο της σύμβασης που να καλύπτει όλο το φάσμα των αναλύσεων των παραμέτρων του Πίνακα 1 του Παραρτήματος Ι της παρούσας Διακήρυξης. δ) Να διαθέτει το εργαστήριο υποχρεωτικά διαπίστευση τουλάχιστον για τις παραμέτρους του Μέρους 1 του Πίνακα 1 του Παραρτήματος Ι της παρούσας Διακήρυξης. ε) Κατά τη διάρκεια των τελευταίων 3 (τριών) ετών, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) σύμβαση παροχής υπηρεσιών συναφή με το αντικείμενο παροχής υπηρεσιών σε φυσικές, χημικές και μικροβιολογικές αναλύσεις συνολικού ύψους

τουλάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού του έργου, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Για τον υπολογισμό της τριετίας, λαμβάνεται υπόψη η ημερομηνία ολοκλήρωσης του/των έργου/ων. Σε περίπτωση έργων που έχουν υλοποιηθεί από Ένωση εταιρειών, λαμβάνεται υπόψη ο προϋπολογισμός του έργου που έχει υλοποιηθεί από τον προσφέροντα βάσει του ποσοστού (%) συμμετοχής του στην Ένωση και όχι ο συνολικός προϋπολογισμός του έργου. Επίσης η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα επαλήθευσης της ακρίβειας και αξιοπιστίας των δηλώσεων με απευθείας επικοινωνία με τους προσδιορισμένους πελάτες, τους οποίους αναφέρει ο Υποψήφιος Ανάδοχος. Τα παραπάνω κριτήρια θα μπορούν σε περίπτωση Ένωσης να τα έχει η Ένωση αθροιστικά και όχι ο καθένας ξεχωριστά». Ειδικότερα, σύμφωνα με την απαίτηση της παραγράφου ε, οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς θα έπρεπε κατά την τελευταία τριετία να έχουν εκτελέσει συμβάσεις με αντικείμενο παροχής υπηρεσιών σε φυσικές, χημικές και μικροβιολογικές αναλύσεις, συνολικού ύψους τουλάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού του έργου, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Τη συγκεκριμένη απαίτηση μπορούν να την ικανοποιήσουν έχοντας εκτελέσει είτε τουλάχιστον μία σύμβαση είτε περισσότερες της μίας, αρκεί το συμβατικό τίμημα αυτών αθροιστικά να υπερβαίνει το 100% του προϋπολογισμού του έργου ή τουλάχιστον να είναι ίσο. Σε περίπτωση, που ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν μπορούσε να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις των δύο παραπάνω Άρθρων, είχε τη δυνατότητα, σύμφωνα με το Άρθρο 2.2.8 'Στήριξη στην ικανότητα τρίτων, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, οι οικονομικοί φορείς αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Επίσης, σύμφωνα με το Άρθρο 2.2.1. 'Δικαίωμα Συμμετοχής –Κριτήρια επιλογής', δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, καθώς και ενώσεις οικονομικών φορέων οι οποίες δεν απαιτείται να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς. Από τα

παραπάνω προκύπτει ότι πρόθεση της Αναθέτουσας Αρχής δεν ήταν να περιορίσει τον ανταγωνισμό με την εισαγωγή διακρίσεων, τουναντίον ήθελε να ενισχύσει τον ανταγωνισμό και την προστασία του δημοσίου συμφέροντος με την εισαγωγή της συγκεκριμένης απαίτησης. Η αδυναμία της προσφεύγουσας να κατανοήσει την απαίτηση της παραγράφου ε του Άρθρου 2.2.6. ή η ύπαρξη τυχόν αμφιβολιών από την πλευρά της για το περιεχόμενο της απαίτησης, θα μπορούσε να θεραπευθεί, σύμφωνα με το Άρθρο 2.1.3. της διακήρυξης, με την υποβολή διευκρινιστικού ερωτήματος προς την Αναθέτουσα Αρχή, γεγονός το οποίο δεν έπραξε, καθώς, όπως υποστηρίζει έλαβε πλήρη γνώση της Διακήρυξης την 14η Μαρτίου 2020, τρεις μόλις ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (17/3/2020), δηλαδή 16 ημέρες αφότου δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (28/02/2020) το πλήρες τεύχος της εν λόγω Διακήρυξης. Επίσης, στην Προδικαστική Προσφυγή της η εταιρία, με δ.τ. « .....», παραθέτει πίνακα με τους διαγωνισμούς της τελευταίας τριετίας, προϋπολογισμού άνω των 20.000,00€ πλέον ΦΠΑ, προκειμένου να καταδείξει ότι μόνο μία εταιρεία έχει αναλάβει την τελευταία τριετία σύμβαση με συμβατικό τίμημα, που υπερβαίνει τον προϋπολογισμό του παρόντος έργου, ήτοι η εταιρεία ....., και ως εκ τούτου ότι μόνο αυτή θα μπορούσε να καταθέσει προσφορά στον παρόντα διαγωνισμό. Σύμφωνα, όμως, με το ιστορικό προσφορών, όπως αυτό αντλήθηκε από την ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, ο μοναδικός οικονομικός φορέας ο οποίος κατέθεσε προσφορά είναι η εταιρία “ .....”. Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα, ότι η εταιρία « .....» είναι ο μοναδικός οικονομικός φορέας που δύναται να καλύψει την συγκεκριμένη απαίτηση της διακήρυξης δεν ευσταθεί. Στο σημείο αυτό πρέπει να επισημανθεί ότι στην παράγραφο 2.2.6 , περίπτωση ε) της σχετικής Διακήρυξης υπάρχει η εξής απαίτηση: “Κατά τη διάρκεια των τελευταίων 3 (τριών) ετών , να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) σύμβαση παροχής υπηρεσιών συναφή με το αντικείμενο παροχής υπηρεσιών σε φυσικές, χημικές και μικροβιολογικές αναλύσεις συνολικού ύψους τουλάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού του έργου, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. .... Για τον υπολογισμό της τριετίας,

λαμβάνεται υπόψη η ημερομηνία ολοκλήρωσης του/των έργου/ων. ...” . Από τα παραπάνω γίνεται σαφές, ότι οι συμβάσεις που οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να δηλώσουν έπρεπε να έχουν ολοκληρωθεί στη διάρκεια της τελευταίας τριετίας και όχι να είναι σε εξέλιξη, όπως η σύμβαση μεταξύ της ..... και της εταιρίας ..... η οποία βρίσκεται στο στάδιο της υλοποίησης (Απόφαση 771/2019 της Οικονομικής Επιτροπής της .....). Ως εκ τούτου, ακόμα και εάν κατέθετε προσφορά η συγκεκριμένη εταιρεία δεν θα μπορούσε να μνημονεύσει τη συγκεκριμένη σύμβαση προς κάλυψη της απαίτησης της παραγράφου ε του Άρθρου 2.2.6»

13. Επειδή, ο προσφεύγων εμπροθέσμως κατέθεσε το από 08.04.2020 Υπόμνημα του σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει και ισχυρίζεται «Α. Επί του ισχυρισμού ότι αρκεί και ο αθροιστικός υπολογισμός των συμβάσεων των τριών προηγούμενων ετών Το άρθρο 2.2.6. περίπτωση ε' της διακήρυξης απαιτούσε: «ε) Κατά τη διάρκεια των τελευταίων 3 (τριών) ετών, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) σύμβαση παροχής υπηρεσιών συναφή με το αντικείμενο παροχής υπηρεσιών σε φυσικές, χημικές και μικροβιολογικές αναλύσεις συνολικού ύψους τουλάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού του έργου, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.» Η διατύπωση της απαίτησης της παραγράφου ε' είναι απολύτως σαφής, δεν επιδέχεται καμία ερμηνεία και ρητώς απαιτεί μία τουλάχιστον σύμβαση συνολικού ύψους ίσο με το 100% του έργου. Η αναθέτουσα αρχή παρά την γραμματική διατύπωση της απαίτησης στις με αριθμό πρωτ. ....../30.3.2020 απόψεις της επιχειρεί παρανόμως να τροποποιήσει την απαίτηση και να της προσδώσει διαφορετικό νόημα ισχυριζόμενη ότι : «Τη συγκεκριμένη απαίτηση μπορούν να την ικανοποιήσουν έχοντας εκτελέσει είτε τουλάχιστον μία σύμβαση είτε περισσότερες της μίας, αρκεί το συμβατικό τίμημα αυτών αθροιστικά να υπερβαίνει το 100% του προϋπολογισμού του έργου ή τουλάχιστον να είναι ίσο.» Μάλιστα ψέγει την εταιρεία μας ότι επέδειξε «αδυναμία να κατανοήσει» την απαίτηση και ότι θα μπορούσε να ζητήσει διευκρίνηση αντί να καταθέσει προσφυγή, αναφέροντας : «Η αδυναμία της

προσφεύγουσας να κατανοήσει την απαίτηση της παραγράφου ε' του Άρθρου 2.2.6. ή η ύπαρξη τυχόν αμφιβολιών από την πλευρά της για το περιεχόμενο της απαίτησης, θα μπορούσε να θεραπευθεί, σύμφωνα με το Άρθρο 2.1.3. της διακήρυξης, με την υποβολή διευκρινιστικού ερωτήματος προς την Αναθέτουσα Αρχή, γεγονός το οποίο δεν έπραξε, καθώς, όπως υποστηρίζει έλαβε πλήρη γνώση της Διακήρυξης την 14η Μαρτίου 2020, τρεις μόλις ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (17/3/2020), δηλαδή 16 ημέρες αφότου δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (28/02/2020) το πλήρες τεύχος της εν λόγω Διακήρυξης.» Είναι προφανές ότι γραμματική ερμηνεία του όρου δεν αφήνει κανένα περιθώριο «αδυναμίας κατανόησης» και ότι η αναθέτουσα αρχή εκ των υστέρων εφευρίσκει ότι θα αρκούσε και αθροιστικά με περισσότερες συμβάσεις να καλύπτεται το 100% του προϋπολογισμού. Αν η αναθέτουσα αρχή επιθυμούσε κάτι τέτοιο όφειλε να είχε εκφραστεί σαφέστερα και να είχε προσθέσει στην απαίτηση αυτό ακριβώς που αναφέρει στις απόψεις της ότι : «το συμβατικό τίμημα αυτών αθροιστικά να υπερβαίνει το 100% του προϋπολογισμού του έργου ή τουλάχιστον να είναι ίσο.» Όπως, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια. Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, 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 (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Για να μην καταλείπεται καμία αμφιβολία ότι η εταιρεία μας έδειξε συνήθη επιμέλεια και δεν ερμήνευσε εσφαλμένα την διακήρυξη προσκομίζουμε

(βλ. σχετ. 1) την υπ' αριθμ. πρωτ. .... προκήρυξη της ίδιας αναθέτουσας αρχής ..... για το έργο «Παροχή Περιβαλλοντικών Υπηρεσιών, για τον έλεγχο και την παρακολούθηση της λειτουργίας των Εγκαταστάσεων Επεξεργασίας Λυμάτων» της Πράξης με τίτλο: «ΕΛΕΓΧΟΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΤΗΣ ....., ΒΑΣΕΙ ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 91/271/ΕΟΚ», όπου στον αντίστοιχο όρο ανέφερε: Στην διακήρυξη αυτή που η ίδια αναθέτουσα αρχή επιθυμεί για την απόδειξη της εμπειρίας να αθροίζονται προηγούμενες συμβάσεις έχει χρησιμοποιήσει την φράση : «... να έχουν εκτελέσει επιτυχώς παρόμοιες συμβάσεις ... συνολικής αμοιβής τουλάχιστον ...». Ανάλογες είναι και οι διακηρύξεις άλλων αναθετουσών αρχών. Προσκομίζουμε, αντί πολλών, την υπ' αριθμ. .... διακήρυξη αντίστοιχου διαγωνισμού της ....., (βλ. σχετ. 2) στον αντίστοιχο όρο της οποίας αναφέρεται επί λέξει:

#### **2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα<sup>28</sup>**

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:

α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας **τριετίας (2015-2017)** , να έχουν εκτελέσει επιτυχώς παρόμοιες συμβάσεις που να αφορούν στην παρακολούθηση της ποιότητας επιφανειακών και υπόγειων υδάτων, συνολικής αμοιβής τουλάχιστον ίσης με το 10% του προϋπολογισμού της παρούσας διακήρυξης χωρίς ΦΠΑ. Το ποσό αυτό ανέρχεται σε τουλάχιστον ίσο με **16.935,48 €**.

Οι απαιτήσεις αυτές θα πρέπει να καλύπτονται **αθροιστικά** από τα μέλη της ένωσης οικονομικών φορέων στην περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς είναι ένωση προσώπων ή κοινοπραξία καθώς και από τους τυχόν άλλους φορείς, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς, στους οποίους οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται για την ενίσχυση της τεχνικής και επαγγελματικής τους ικανότητας.

Από τα ανωτέρω είναι προφανές ότι ο όρος της διακήρυξης ήταν απολύτως σαφής και ότι η αναθέτουσα αρχή επιθυμούσε ο ανάδοχος να έχει εκτελέσει ένα έργο ίσης αξίας αφού όπως αναφέρει και στις απόψεις της: «...γίνεται κατανοητό, ότι το εύρος του έργου απαιτεί την ανάδειξη ενός αναδόχου αξιόπιστου, με όσο το δυνατόν μεγαλύτερη εμπειρία στο χώρο, προκειμένου να ανταπεξέλθει σε οιοσδήποτε συνθήκες».

Επικουρικά και στην αδόκητη στην περίπτωση που κριθεί ότι η απαίτηση του όρου είναι αυτή που αναφέρει η αναθέτουσα στις απόψεις της και πάλι η διακήρυξη τυγχάνει ακυρωτέα λόγω ασάφειας, αφού αυτή όφειλε να εκφραστεί



σαφέστερα και η αμφισημία του όρου δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε βάρος του καλόπιστου και επιμελούς υποψήφιου αναδόχου. Πάντως, η αναθέτουσα αρχή, με την προσπάθεια της παρανόμως να τροποποιήσει την απαίτηση της διακήρυξης ΣΥΝΟΜΟΛΟΓΕΙ κατ' ουσία τους βασικούς ισχυρισμούς της προσφυγής μας, ότι δηλαδή ο όρος αυτός: α) αφενός μεν περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό β) αφετέρου δε ότι το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για την δεδομένη σύμβαση δεν είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της συμβάσης, αφού δεν αναφέρει κανένα επιχείρημα για αντίκρουση τους αλλά αρκείται να υποστηρίζει ότι η εταιρεία μας επέδειξε «αδυναμία κατανόησης». Επίσης ΣΥΝΟΜΟΛΟΓΕΙ (ή τουλάχιστον δεν αμφισβητεί ούτε αποδεικνύει) ότι στην προηγούμενη τριετία δεν προκηρύχθηκαν/εκτελέστηκαν και άλλες συμβάσεις, ανάλογου αντικειμένου, που θα μπορούσε να επικαλεστεί κάποιος φορέας για την απόδειξη της τεχνικής εμπειρίας του προκειμένου να καλύψει την συγκεκριμένη απαίτηση της διακήρυξης.

Β. Επί του ισχυρισμού ότι η εταιρεία μας είχε τη δυνατότητα, να υποβάλλει προσφορά στηριζόμενη σε δάνεια εμπειρία τρίτου. Η αναθέτουσα αρχή περαιτέρω ισχυρίζεται ότι: «Σε περίπτωση, που ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν μπορούσε να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις των δύο παραπάνω Άρθρων, είχε τη δυνατότητα, σύμφωνα με το Άρθρο 2.2.8 'Στήριξη στην ικανότητα τρίτων', να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων» Όπως αναφέρουμε στην προσφυγή μας η μόνη εταιρεία με την οποία θα μπορούσε να συνεργαστεί η εταιρεία μας ώστε να καλύπτει την σχετική απαίτηση της διακήρυξης είναι μία από τις κυριότερες εμπορικές ανταγωνίστριες μας στο χώρο, η εταιρεία « .....». Είναι κατανοητό ότι η δυνατότητα συνεργασίας στον συγκεκριμένο διαγωνισμό ήταν ουσιαστικά αδύνατη, αφού υποχρεωτικά η εταιρεία μας θα έπρεπε να συνεργαστεί με μια ευθέως ανταγωνίστρια εταιρεία.

Γ. Επί του ισχυρισμού ότι στον διαγωνισμό δεν συμμετείχε η εταιρεία ....., που είναι η μόνη που έχει εκτελέσει έργο την προηγούμενη τριετία ίσου ή μεγαλύτερου προϋπολογισμού. Τέλος η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι

:«...Σύμφωνα, όμως, με το ιστορικό προσφορών, όπως αυτό αντλήθηκε από την ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ, ο μοναδικός οικονομικός φορέας ο οποίος κατέθεσε προσφορά είναι η εταιρία “ .....”. Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα, ότι η εταιρία « .....» είναι ο μοναδικός οικονομικός φορέας που δύναται να καλύψει την συγκεκριμένη απαίτηση της διακήρυξης δεν ευσταθεί.» Στην περίπτωση που η μοναδική συμμετέχουσα εταιρεία ..... δεν στηρίζεται σε δάνεια εμπειρία της ..... η προσφορά της τυγχάνει απορριπτέα καθώς γνωρίζουμε ότι δεν πληροί τον σχετικό όρο της διακήρυξης. Το πιθανότερο πάντως είναι ότι η μοναδική συμμετέχουσα εταιρεία ....., στην προσφορά της θα επικαλείται ως δάνεια εμπειρία από την εταιρεία ....., τη μοναδική σύμβαση της τελευταίας τριετίας που η ..... εκτέλεσε και καλύπτει το όριο που απαιτεί η υπό κρίση διακήρυξη. Την πεποίθησή μας αυτή την στηρίζουμε στο γεγονός ότι οι εταιρείες αυτές συνεργάζονται τακτικά και μάλιστα προ μηνός συμμετείχαν σε δημόσιο διαγωνισμό από κοινού ως ένωση εταιρειών. Προσκομίζουμε την υπ’ αριθμ. 55/25.2.2020 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής (βλ. σχετ. 3) της αναθέτουσας αρχής ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΟΣ ΣΥΝΔΕΣΜΟΣ ΦΟΡΕΩΝ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΣΤΕΡΕΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ (Φο.Δ.Σ.Α.) ....., με την οποία το έργο που αναφέρεται σε αυτήν γνωμοδοτεί να κατακυρωθεί στην ένωση εταιρειών ..... και ....., αναφέροντας επί λέξει τα εξής :

➤ Γνωμοδοτεί υπέρ της κατακύρωσης στον υπ’ αριθ. Συστήματος 82501 διαγωνισμό για το 2<sup>ο</sup> τμήμα **B: ΔΕΙΓΜΑΤΟΛΗΨΙΕΣ ΚΑΙ ΑΝΑΛΥΣΕΙΣ ΕΔΑΦΟΥΣ (ΣΤΕΡΕΑ ΔΕΙΓΜΑΤΑ)** της υπ’ αριθ. 18047/29.11.2019 επαναληπτικής διακήρυξης για τη «ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΔΕΙΓΜΑΤΟΛΗΨΙΩΝ ΚΑΙ ΑΝΑΛΥΣΕΩΝ ΠΑΡΑΜΕΤΡΩΝ ΥΓΡΩΝ ΚΑΙ ΕΔΑΦΟΛΟΓΙΚΩΝ ΔΕΙΓΜΑΤΩΝ, ΤΟΥ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΟΥ ΣΥΝΔΕΣΜΟΥ ΦΟΡΕΩΝ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΣΤΕΡΕΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ ΚΕΝΤΡΙΚΗΣ ΜΑΚΕΔΟΝΙΑΣ» της **ΕΝΩΣΗΣ ΙΝΤΕΡΓΚΕΟ ΕΠΕ – ENVIROLAB I.K.E.** έναντι ποσού **23.280,00 € (είκοσι τριών χιλιάδων διακοσίων ογδόντα ευρώ) μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%**, ήτοι 28.867,20 (είκοσι οκτώ χιλιάδων οκτακοσίων εξήντα επτά ευρώ και είκοσι λεπτών) συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%.

14. 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 αειφόρου 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.[...].

15. 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.

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. [...]».

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82»....

18. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται:  
2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (2016, 2017, 2018) αθροιστικά, τουλάχιστον στο 100% του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ και να αποδεικνύεται από αποσπάσματα των ισολογισμών του αναδόχου ή από

δήλωση περί του ύψους του κύκλου εργασιών. Εάν ο προσφέρων οικονομικός φορέας είναι Ένωση φυσικών ή νομικών ή Κοινοπραξία, η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια η οποία απαιτείται, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, μπορεί να προκύπτει και αθροιστικά από όλα τα μέλη της Κοινοπραξίας ή Ένωσης.

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται : α) Να διαθέτει οργάνωση, δομή και μέσα, με τα οποία να είναι ικανοί να ανταπεξέλθουν πλήρως, άρτια και ολοκληρωμένα στις απαιτήσεις της υπό ανάθεση παροχής υπηρεσίας β) Να διαθέτει όλον το απαραίτητο εξοπλισμό για τις προβλεπόμενες αναλύσεις των παραμέτρων του Πίνακα 1 του Παραρτήματος Ι της παρούσας Διακήρυξης. γ) Να διαθέτουν ή να συνεργάζονται με ειδικευμένο επιστημονικό/τεχνικό προσωπικό στο αντικείμενο της σύμβασης που να καλύπτει όλο το φάσμα των αναλύσεων των παραμέτρων του Πίνακα 1 του Παραρτήματος Ι της παρούσας Διακήρυξης. δ) Να διαθέτει το εργαστήριο υποχρεωτικά διαπίστευση τουλάχιστον για τις παραμέτρους του Μέρους 1 του Πίνακα 1 του Παραρτήματος Ι της παρούσας Διακήρυξης. ε) Κατά τη διάρκεια των τελευταίων 3 (τριών) ετών, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) σύμβαση παροχής υπηρεσιών συναφή με το αντικείμενο παροχής υπηρεσιών σε φυσικές, χημικές και μικροβιολογικές αναλύσεις συνολικού ύψους τουλάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού του έργου, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Για τον υπολογισμό της τριετίας, λαμβάνεται υπόψη η ημερομηνία ολοκλήρωσης του/των έργου/ων. Σε περίπτωση έργων που έχουν υλοποιηθεί από Ένωση εταιρειών, λαμβάνεται υπόψη ο προϋπολογισμός του έργου που έχει υλοποιηθεί από τον προσφέροντα βάσει του ποσοστού (%) συμμετοχής του στην Ένωση και όχι ο συνολικός προϋπολογισμός του έργου. Επίσης η Αναθέτουσα Αρχή διατηρεί το δικαίωμα επαλήθευσης της ακρίβειας και αξιοπιστίας των δηλώσεων με απευθείας επικοινωνία με τους προσδιορισμένους πελάτες, τους οποίους αναφέρει ο Υποψήφιος Ανάδοχος.

*Τα παραπάνω κριτήρια θα μπορούν σε περίπτωση Ένωσης να τα έχει η Ένωση αθροιστικά και όχι ο καθένας ξεχωριστά».*

19. 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).

20. 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 A.S. Graelis, "Public Procurement and the EU Competition Rules" (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.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. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της.

21. 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. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας τον ανταγωνισμό. (ΑΕΠΠ 39/2017).



22. 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 αντικείμενου 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 αντικείμενου 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).

23. Επειδή, δεν ασκεί έννομη επιρροή η δυνατότητα του υποψηφίου να καλύψει τις σχετικές απαιτήσεις στηριζόμενος στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 78 ν. 4412/2016) ή συμμετέχοντας σε ένωση οικονομικών φορέων (άρθρο 19 παρ. 2 ν. 4412/2016), καθόσον τούτο συνιστά δικαίωμα των ίδιων των υποψηφίων που κατοχυρώνεται σε όλους τους διαγωνισμούς και όχι βάση υπέρ της αναθέτουσας αρχής για την εισαγωγή όρων καταλληλότητας που δεν δικαιολογούνται ευλόγως από το αντικείμενο της σύμβασης καθ' εαυτό (βλ. Ελ.

Συν Ε' Κλιμάκιο 151/2018, και σχετικά με τη σύνδεση των κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης βλ. C-76/16, σκ.33, C -218/11 σκ.29, Ελ.Συν Ε Κλιμάκιο 116/2018, 212/2017, 237/2017 κ.α).

24. Επειδή εν προκειμένω, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

25. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, 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).

26. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β). Επειδή ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της

χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

27. Επειδή, ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι ο όρος που περιλαμβάνεται στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης που αφορά στην Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και ειδικότερα στην εκτέλεση κατά τη διάρκεια των τελευταίων 3 (τριών) ετών, τουλάχιστον μίας (1) σύμβασης παροχής υπηρεσιών συναφή με το αντικείμενο παροχής υπηρεσιών σε φυσικές, χημικές και μικροβιολογικές αναλύσεις συνολικού ύψους τουλάχιστον ίσου με το 100% του προϋπολογισμού του έργου, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, πρέπει να ακυρωθεί, αφού με τον τρόπο που τίθεται περιορίζει αφόρητα τον ανταγωνισμό και προσβάλλει την αρχή της αναλογικότητας, καθώς την τελευταία τριετία έχει προκηρυχθεί και ολοκληρωθεί μόνο ένας τέτοιος διαγωνισμός στην ελληνική επικράτεια και μόνο την εκτέλεση αυτού μπορεί να επικαλεστεί ο υποψήφιος ανάδοχος προκειμένου να είναι αποδεκτή η προσφορά, παραθέτει, μάλιστα, και σχετικό αναλυτικό πίνακα προς απόδειξη των ουσιαστικών ισχυρισμών του. Εν τέλει, ισχυρίζεται, ότι δεν εξυπηρετείται από τον επίμαχο όρο ο επιδιωκόμενος από την αναθέτουσα αρχή σκοπός, ήτοι η ασφάλεια δικαίου, η ίση μεταχείριση και αποφυγή των διακρίσεων, έτσι ώστε να μην αποτρέπεται η συμμετοχή οικονομικών φορέων, με την απαίτηση μιας σύμβασης αξίας ίσης με την υπό ανάθεση σύμβαση αφού περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή των οικονομικών φορέων οι οποίοι δύνανται να αποδείξουν την τεχνική τους επάρκεια και εμπειρία με περισσότερες συμβάσεις μικρότερης αξίας με το ίδιο αντικείμενο, ήτοι η ως άνω διάταξη αντίκειται στα άρθρα 18 και 75 ν. 4412, ενώ παράλληλα ο ίδιος έχει εκτελέσει συναφείς συμβάσεις χαμηλότερου οικονομικού αντικειμένου διότι συνήθως ο χρόνος

εκτέλεσης των σχετικών προκυρηχθεισών και υπογραφεισών συμβάσεων, ανέρχεται, σχεδόν στο σύνολο τους, σε ένα έτος και όχι σε δύο, ήτοι ο προϋπολογισμός έκαστης διακήρυξης και επακολούθως σύμβασης, ήταν μικρότερος.

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με την απαίτηση του επίμαχου όρου, οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς θα έπρεπε κατά την τελευταία τριετία να έχουν εκτελέσει συμβάσεις με αντικείμενο παροχής υπηρεσιών σε φυσικές, χημικές και μικροβιολογικές αναλύσεις, συνολικού ύψους τουλάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού του έργου, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Τη συγκεκριμένη απαίτηση μπορούν να την ικανοποιήσουν έχοντας εκτελέσει είτε τουλάχιστον μία σύμβαση είτε περισσότερες της μίας, αρκεί το συμβατικό τίμημα αυτών αθροιστικά να υπερβαίνει το 100% του προϋπολογισμού του έργου ή τουλάχιστον να είναι ίσο. Σε περίπτωση, που ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν μπορούσε να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις των Άρθρων «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» και «2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» είχε τη δυνατότητα, σύμφωνα με το Άρθρο 2.2.8 *‘Στήριξη στην ικανότητα τρίτων’*, της διακήρυξης, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Από τα παραπάνω, κατά τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, προκύπτει ότι πρόθεση της δεν ήταν να περιορίσει τον ανταγωνισμό με την εισαγωγή διακρίσεων, τουναντίον ήθελε να ενισχύσει τον ανταγωνισμό και την προστασία του δημοσίου συμφέροντος με την εισαγωγή της συγκεκριμένης απαίτησης. Η αδυναμία της προσφεύγουσας να κατανοήσει την απαίτηση της παραγράφου ε του Άρθρου 2.2.6. ή η ύπαρξη τυχόν αμφιβολιών από την πλευρά της για το περιεχόμενο της απαίτησης, θα μπορούσε να θεραπευθεί, σύμφωνα με το Άρθρο 2.1.3. της διακήρυξης, με την υποβολή διευκρινιστικού ερωτήματος προς την Αναθέτουσα Αρχή, γεγονός το οποίο δεν έπραξε.

Περαιτέρω, με το από 08.04.2020 νομίμως κατατεθέν Υπόμνημα του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή παρά την γραμματική

διατύπωση της επίμαχης απαίτησης στους όρους της διακήρυξης, με τις με αρ. πρωτ. ....../30.3.2020 απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, επιχειρεί παρανόμως να τροποποιήσει την απαίτηση και να της προσδώσει διαφορετικό νόημα, ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, είναι προφανές ότι η γραμματική ερμηνεία του όρου δεν αφήνει κανένα περιθώριο «αδυναμίας κατανόησης» και ότι η αναθέτουσα αρχή εκ των υστέρων εφευρίσκει ότι θα αρκούσε και αθροιστικά με περισσότερες συμβάσεις να καλύπτεται το 100% του προϋπολογισμού. Αν η αναθέτουσα αρχή επιθυμούσε κάτι τέτοιο όφειλε να είχε εκφραστεί σαφέστερα και να είχε προσθέσει στην απαίτηση αυτό ακριβώς που αναφέρει στις απόψεις της ότι : «το συμβατικό τίμημα αυτών αθροιστικά να υπερβαίνει το 100% του προϋπολογισμού του έργου ή τουλάχιστον να είναι ίσο. Επικουρικά, ισχυρίζεται ότι στην περίπτωση που κριθεί ότι η απαίτηση του όρου είναι αυτή που αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της και πάλι η διακήρυξη τυγχάνει ακυρωτέα λόγω ασάφειας, αφού αυτή όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα και η αμφισημία του όρου δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε βάρος του καλόπιστου και επιμελούς υποψήφιου αναδόχου. Πάντως, η αναθέτουσα αρχή, με την προσπάθεια της παρανόμως να τροποποιήσει την απαίτηση της διακήρυξης συνομολογεί κατ' ουσία τους βασικούς ισχυρισμούς της προσφυγής μας, ότι δηλαδή ο όρος αυτός: α) αφενός με περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό β) αφετέρου δε ότι το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για την δεδομένη σύμβαση δεν είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης, αφού δεν αναφέρει κανένα επιχείρημα για αντίκρουση τους αλλά αρκείται να υποστηρίζει ότι η εταιρεία μας επέδειξε «αδυναμία κατανόησης». Επίσης, συνομολογεί (ή τουλάχιστον δεν αμφισβητεί ούτε αποδεικνύει) ότι στην προηγούμενη τριετία δεν προκηρύχθηκαν/εκτελέστηκαν και άλλες συμβάσεις, ανάλογου αντικειμένου, που θα μπορούσε να επικαλεστεί κάποιος φορέας για την απόδειξη της τεχνικής εμπειρίας του προκειμένου να καλύψει την συγκεκριμένη απαίτηση της διακήρυξης.

30. Επειδή, στην επίμαχη διάταξη της διακήρυξης αναγράφεται [άρθρο 2.2.6 «*Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα*» περ. δ, (εν προκειμένω περ. ε και όχι δ ως αναγράφεται στη διακήρυξη λόγω προφανούς παραδρομής)], ότι όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια των τελευταίων 3 (τριών) ετών, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) συναφή σύμβαση παροχής υπηρεσιών με το αντικείμενο των προς ανάθεση υπηρεσιών σε φυσικές, χημικές και μικροβιολογικές αναλύσεις, συνολικού ύψους τουλάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού του έργου, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Στη συνέχεια προσδιορίζεται ο υπολογισμός της τριετίας και η περίπτωση έργων που έχουν υλοποιηθεί από Ένωση εταιρειών, όπου λαμβάνεται υπόψη ο προϋπολογισμός του έργου που έχει υλοποιηθεί από τον προσφέροντα βάσει του ποσοστού (%) συμμετοχής του στην Ένωση και όχι ο συνολικός προϋπολογισμός του έργου, και τέλος υφίσταται οριζόντια ρήτρα για τα κριτήρια επιλογής σε περίπτωση Ένωσης τα οποία μπορεί να τα έχει η Ένωση αθροιστικά και όχι ο καθένας συμμετέχων σε αυτήν ξεχωριστά. Ειδικότερα, κατά τη γραμματική ερμηνεία του επίμαχου όρου, προκύπτει ότι απαιτείται τουλάχιστον η ολοκλήρωση μίας (1) συναφούς σύμβασης σε βάθος τριετίας, συνολικού ύψους τουλάχιστον ίσου με το 100% του προϋπολογισμού του έργου, ωστόσο, καίτοι ευχερώς προκύπτει ότι ο εκάστοτε προσφέρων μπορεί παραδεκτως να προσκομίσει τουλάχιστον μία σύμβαση με οικονομικό αντικείμενο, ως άνωθι, ουδόλως προκύπτει ότι η εν λόγω διάταξη εξικνείται έως του σημείου αποδοχής πλείονων συμβάσεων των οποίων ο προϋπολογισμός ΑΘΡΟΙΣΤΙΚΑ θα είναι τουλάχιστον ίσος με το 100% του προϋπολογισμού του έργου, πολλώ δε μάλλον όταν στο αμέσως προηγούμενο άρθρο της διακήρυξης «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ρητά αναφέρεται ότι «*οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (2016, 2017, 2018) αθροιστικά, τουλάχιστον στο 100% του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ*», ενώ στο επίμαχο παραλείπεται, αντίστοιχη αναφορά. Επομένως, βάσει της γραμματικής ερμηνείας της επίμαχης απαίτησης, δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι, δεν καθίσταται αποδεκτή η υποβολή πλείονων

συμβάσεων προκειμένου να καλυφθεί αθροιστικά ο προϋπολογισμός του έργου, καθόσον εάν ίσχυε το αντίθετο, τότε η αθροιστική κάλυψη έπρεπε να προβλέπεται οριζόντια τόσο δηλαδή για τον όρο 2.2.5 όσο και για τον όρο 2.2.6 ή να παραλείπεται και από τον όρο 2.2.5 όπου θα μπορούσε δυνητικά να υποστηριχθεί βασίμως ότι εφόσον δεν απαγορεύεται επιτρέπεται (βλ. ad hoc σκ. 22 της παρούσας). Συνεπώς, γίνονται δεκτοί οι οικείοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος απορριπτόμενων των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής περί της δυνατότητας υποβολής αποδεκτής προσφοράς με αθροιστική κάλυψη της επίμαχης απαίτησης, βάσει των όρων της διακήρυξης.

31. Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της εν τοις πράγμασι αποδέχεται ότι το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για τη δεδομένη σύμβαση δεν είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης, αφού, όχι μόνο δεν αναφέρει κάποιον ισχυρισμό προς αντίκρουση των εκ μέρους του προσφεύγοντος προβαλλόμενων ουσιωδών ισχυρισμών και στοιχείων, ως βασίμως ισχυρίζεται ο τελευταίος, ενώ παράλληλα ( ενν. η αναθέτουσα αρχή) ρητά αναφέρει, αφενός ότι, τη συγκεκριμένη απαίτηση μπορούν να την ικανοποιήσουν οι προσφέροντες έχοντας εκτελέσει είτε τουλάχιστον μία σύμβαση ή περισσότερες της μίας, αρκεί το συμβατικό τίμημα αυτών αθροιστικά να υπερβαίνει το 100% του προϋπολογισμού του έργου ή τουλάχιστον να είναι ίσο, αφετέρου, ότι πρόθεση της δεν ήταν να περιορίσει τον ανταγωνισμό με την εισαγωγή διακρίσεων, τουναντίον ήθελε να ενισχύσει τον ανταγωνισμό και την προστασία του δημοσίου συμφέροντος. Επομένως, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος κρίνονται βάσιμοι. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής σε σχέση με την μη υποβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος διευκρινιστικού ερωτήματος, απορρίπτονται ως αβάσιμοι και τούτο διότι σε ουδένα σημείο του νόμου ή της διακήρυξης η υποβολή διευκρινιστικού ερωτήματος δεν αποτελεί υποχρέωση του εκάστοτε οικονομικού φορέα ή διαδικαστικό τύπο προ της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής. Σε συνέχεια των ανωτέρω, οι επάλληλοι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος επί του πρώτου λόγου της



προσφυγής όσο και ο δεύτερος λόγος αυτής, περί αδικαιολόγητης εύνοιας του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « .....» στην περίπτωση διατήρησης του επίμαχου όρου, προβάλλονται αλυσιτελώς. Συνεπώς, ο επίμαχος όρος της περ. ε, (και όχι δ, ως εκ προφανούς παραδρομής ετέθη στη διακήρυξη), πρέπει να ακυρωθεί.

32. Επειδή, σε περίπτωση ακυρώσεως διάταξης σχετικής με ένα κριτήριο αναθέσεως, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να συνεχίσει τη διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως αποκλείοντας αυτό το κριτήριο, διότι τούτο θα κατέληγε να τροποποιήσει τα εφαρμοστέα στην εν λόγω διαδικασία κριτήρια. ( ad hoc ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκ.94). Συνεπώς, η προσβαλλόμενη διακήρυξη του ανωτέρω διαγωνισμού πρέπει να ακυρωθεί (βλ. ενδ. και αποφάσεις ΑΕΠΠ 21/2017 σκ. 25, 22/2017 σκ. 28, 668/2018 σκ.20, 1136/2018 σκ. 27-28). Ειδικότερα, επειδή η ύπαρξη του προσβαλλόμενου όρου, που άπτεται των προϋποθέσεων παραδεκτού των κατατεθεισών προσφορών των οικονομικών φορέων, είναι πιθανό να εμπόδισε τη συμμετοχή και άλλων οικονομικών φορέων, η Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της, προκειμένου η ανάθεση της εν λόγω σύμβασης να επαναπροκηρυχθεί μετά από αναπροσαρμογή των επίμαχων όρων (βλ. ενδ. και αποφάσεις ΑΕΠΠ 21/2017 σκ. 25, 22/2017 σκ. 28, 668/2018 σκ.20, 1136/2018 σκ. 27-28,1019/2019).

33. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

34. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

35. 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**

**Αριθμός απόφασης: 492/2020**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε στις 30 Απριλίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Μιχάλης Π. Σειραδάκης**

**Η Γραμματέας**

**Ελένη Χούλη**