

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 16 Μαΐου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Αργυρώ Τσουλούφα – Εισηγήτρια - δυνάμει των με αρ. 572 και 573/2019 Πράξεων της Προέδρου του Κλιμακίου και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει από κοινού τις Προδικαστικές Προσφυγές α) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 466/16-04-2019 της εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ..., (εφεξής «πρώτη προσφεύγουσα» ή «πρώτος προσφεύγων» ή «...») και β) της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 467/16-04-2019 της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ..., (εφεξής «δεύτερη προσφεύγουσα» ή «δεύτερος προσφεύγων» ή «...»), δοθέντος ότι και οι δύο ως άνω προσφυγές στρέφονται κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και της ίδιας εκτελεστής πράξης αυτής, στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, συνεπώς προσήκει να συνεξεταστούν, ήτοι και οι δύο στρέφονται

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» που εδρεύει στο ..., επί της ... αρ. ..., (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «ΔΗΜΟΣ») και κατά όρων της με αρ. πρωτ. .../21.03.2019 Διακήρυξης του «ΔΗΜΟΥ ...», στο πλαίσιο ανοικτού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΓΗΠΕΔΟΥ ΣΤΟ ΔΗΜΟ ...», εκτιμώμενης αξίας 872.000,00 Ευρώ (με Φ.Π.Α.), με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και αντικείμενο του έργου την πλήρη ανακατασκευή και αντικατάσταση του συνθετικού χλοοτάπητα του γηπέδου ποδοσφαίρου του Δήμου ... με νέο σύστημα σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα, για τους λόγους που αναφέρονται σε κάθε μία από τις υπό εξέταση δύο προσφυγές.

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Αργυρώ Τσουλούφα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος ... με την υπ' αρ. .../21.03.2019 Διακήρυξη, προκήρυξε διαγωνισμό (με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...), με αντικείμενο της σύμβασης την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΓΗΠΕΔΟΥ ΣΤΟ ΔΗΜΟ ...», εκτιμώμενης αξίας 872.000,00 Ευρώ (με Φ.Π.Α.), με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και αντικείμενο του έργου την πλήρη ανακατασκευή και αντικατάσταση του συνθετικού χλοοτάπητα του γηπέδου ποδοσφαίρου του Δήμου ... με νέο σύστημα σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα. Κατόπιν της ως άνω Διακήρυξης του Δήμου ..., οι προσφεύγοντες άσκησαν προδικαστικές προσφυγές στις οποίες αιτούνται αφενός ο πρώτος 1) Να γίνει δεκτή στο σύνολο της η παρούσα προδικαστική προσφυγή του, 2) Να ανακληθούν-ακυρωθούν οι φωτογραφικές τεχνικές προδιαγραφές του τεχνητού χλοοτάπητα, όπως αυτές αναφέρονται στη διακήρυξη του Δήμου ..., κατά τρόπο ώστε να μην παραπέμπουν αποκλειστικά σε προϊόν της εταιρίας ..., 3) Να ανακληθούν-ακυρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές του τεχνητού χλοοτάπητα που δεν αποτυπώνονται με ορισμένη τιμή, αλλά με κατώτερα και ανώτερα όρια απόκλισης από μια τιμή αναφοράς, ήτοι +-5% και +-10%, κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας και οι ασαφείς όροι που αφορούν το υλικό καουτσούκ, 4) Να ανακληθούν- ακυρωθούν οι διατάξεις που διευρύνουν την συμμετοχή των οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, σε βάρος του δημόσιου συμφέροντος και κατά παράβαση των αρχών της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της νομιμότητας, 5) Να ανακληθούν-ακυρωθούν οι μη νόμιμοι όροι της διακήρυξης περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, 6) Να ανακληθούν- ακυρωθούν οι μη νόμιμοι όροι της διακήρυξης που αφορούν στο κριτήριο ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης, 7) Να

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αναπεμφθεί η υπόθεση στην Αναθέτουσα Αρχή και να δοθεί παράταση στην ημερομηνία υποβολής προσφορών προκειμένου να καταστεί δυνατή η υποβολή προσφοράς βάσει των νέων όρων διακήρυξης, αφετέρου ο δεύτερος προσφεύγων 1) Να γίνει δεκτή στο σύνολο της η Προδικαστική Προσφυγή του, 2) Να ακυρωθεί η Διακήρυξη του ΔΗΜΟΥ ... με αρ. πρωτ. .../21.3.2019 μαζί με τη Μελέτη 13Α/2015, συνολικά, 3) άλλως να ακυρωθεί η παραπάνω Διακήρυξη και τα συνημμένα έγγραφα, ως και το κανονιστικό της περιεχόμενο, κατά τους προσβαλλόμενους όρους και τις προσβαλλόμενες με την προσφυγή του παραλείψεις, να αναπεμφθεί δε στην αναθέτουσα για να λάβουν χώρα τα νόμιμα, 4) Να του κοινοποιηθούν οι Απόψεις της αναθέτουσας αρχής καθώς και κάθε τυχόν Παρέμβασης, προς γνώση του και άσκηση των νομίμων δικαιωμάτων του.

2. Επειδή, με τις υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές, που χρεώθηκαν στο 2^ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με τα από 16-04-2019 ενημερωτικά ηλεκτρονικά μηνύματα του Προέδρου της, και οι δύο προσφεύγοντες, πλέον του αιτήματος τους να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, σώρευσαν αμφότεροι αίτημα για αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής τους. Επί των αιτημάτων αυτών εκδόθηκε η με αριθμούς Α466 & Α467/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, και οι δύο (2) υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές έχουν ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκαν δε και δεσμεύτηκαν τα νόμιμα παράβολα (για την άσκηση της πρώτης προσφυγής το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., ποσού 3.516,13 €) και (για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., ποσού 3.516,13€), σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) και του αντικειμένου της (έργο, CPV 45212200-8 & 45212290-5) εντάσσεται στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία ανάρτησης της Προκήρυξης της παρούσας σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ την 21^η-03-2019 (ΑΔΑΜ): ...), θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ) του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, εν προκειμένω, και οι δύο προσφεύγοντες τυγχάνουν εργολήπτες δημοσίων έργων, εγγεγραμμένοι στο ΜΕΕΠ, μεταξύ άλλων και για έργα της κατηγορίας του εν λόγω διαγωνισμού και δραστηριοποιούμενοι στο αντικείμενο της σύμβασης, έχουν άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής τους, το οποίο μάλιστα αναλυτικά επεξηγούν και προβάλλουν καθ' έκαστο ισχυρισμό τους, ως και για την εν όλω και καταρχήν άσκηση της προσφυγής τους. Το δικαίωμα συμμετοχής τους στον διαγωνισμό, όπως αναλύουν διεξοδικώς στην προσφυγή τους, κωλύεται εκ των ως άνω προσβαλλόμενων όρων, στο μέτρο που αυτοί ενσωματώνουν υπερβολικές, περιοριστικές και απρόσφορες απαιτήσεις, που ουδένα σκοπό εξυπηρετούν, αντιθέτως περιορίζουν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στο πλαίσιο τήρησης της αρχής favor participationis. Εξάλλου, κατ' άρθρο 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, οι προσφεύγοντες προσδιορίζουν τη βλάβη τους στο γεγονός ότι, αν και έχουν εύλογο ενδιαφέρον και προτίθενται να συμμετάσχουν στον υπόψη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά για την υπό ανάθεση σύμβαση, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, είτε με κάποιους αποκλείονται εξ αρχής είτε με άλλους καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής η συμμετοχή τους στον εν λόγω διαγωνισμό και η υποβολή της προσφοράς τους, σε κάθε δε περίπτωση οι εν λόγω όροι θέτουν την προσφορά του σε ουσιωδώς δυσμενέστερη μοίρα έναντι των προσφορών των άλλων εν δυνάμει συμμετεχόντων, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα τους. Σύμφωνα δε με την ΑΕΠΠ 7μελούς 3/2018, σκ. 11 : *"Επειδή, στην περίπτωση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο ενδιαφερόμενος προβάλλει συγκεκριμένο ισχυρισμό του με έννομο συμφέρον, οφείλει να επικαλείται άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (πρβλ ΕΑ ΣτΕ 129, 130, 131, 146, 147, 148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, 9, 124, 189/2015, 1258, 1316/2008, 342, 670/2009 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προσφυγής ειδικά κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την υποβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητα αυτής, ενώ εξάλλου ο προσφεύγων δύναται παραδεκτώς να προβάλει και ισχυρισμούς κατά όρων διακήρυξης, οι οποίοι καθιστούν ιδιαίτερος δυσχερή την εκ μέρους του κατάρτιση ορθής, παραδεκτής και σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης προσφορά (πράγμα που προϋποθέτει σαφήνεια και μονοσήμαντο χαρακτήρα των απαιτήσεων), διακινδυνεύουν την ισότιμη μεταχείρισή του κατά την όλη διαδικασία προετοιμασίας, υποβολής και*

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αξιολόγησης έως και αποδοχής προσφορών και ανάδειξης αναδόχου, καθιστούν ασαφή τον τρόπο επιλογής αναδόχου και αποδοχής προσφορών, παραβιάζουν τυχόν τα πάσης φύσης δικαιώματά του ως μετέχοντος εντός της διαδικασίας, θεσπίζουν όρους περί της εκτέλεσης, οι οποίοι όμως θα ενσωματωθούν στη μετέπειτα σύμβαση και παραβιάζουν ή διακινδυνεύουν ήδη εκ της νυν διατύπωσής τους εντός του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, τη θέση και τα δικαιώματά του ως τυχόν αναδόχου ή επάγονται ευρεία και ανέλεγκτη ευχέρεια, ως και κίνδυνο αυθαιρεσιών από την αναθέτουσα κατά την αξιολόγηση των προσφορών (με συνακόλουθο αποτέλεσμα την έλλειψη προβλεψιμότητας και εκ μέρους του ελέγχου επί της διαδικασίας, καθώς και βλάβη στη δυνατότητά του να καταρτίσει την προσφορά του με τον βέλτιστο δυνατό τρόπο ως προς την εκ μέρους του επίτευξη αναδείξεώς του ως αναδόχου)....".

6. Επειδή, με τα από 3/05/2019 μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, η αναθέτουσα αποτύπωσε αναλυτικώς τις απόψεις της επί των ασκηθεισών προδικαστικών προσφυγών, οι οποίες και ελήφθησαν υπόψη.

7. Επειδή, η αναθέτουσα στις απόψεις της, σε σχέση με το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος και των δύο προσφευγόντων προβάλλει ένσταση ελλείψεως ενεργητικής νομιμοποίησης και καταλήγει ότι δεν στοιχειοθετείται βλάβη εκ μέρους των προσφευγόντων και η μη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό είναι απόρροια δικής τους επιλογής και ως εκ τούτων η προσφυγή τους θα πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα. Κατόπιν, όμως, των όσων αναφέρθησαν ανωτέρω στη σκ. 5 οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας επί του ζητήματος αυτού προβάλλονται αβασίμως και δεν μπορούν να γίνουν δεκτοί. Ως εκ τούτου, αμφότερες οι προδικαστικές προσφυγές πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

8. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων επιθυμεί να υποβάλει προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό και οι τιθέμενοι από τη διακήρυξη όροι αποκλείουν ή πάντως δυσχεραίνουν υπέρμετρα κατά τους ισχυρισμούς του τη συμμετοχή του, με έννομο συμφέρον βάλλει κατά της διακήρυξης και των όρων αυτής και

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

επιδιώκει συγκεκριμένα α) την ακύρωση «φωτογραφικής» διάταξης διότι κατά τους ισχυρισμούς του στην προκειμένη περίπτωση, δεν έχουν τηρηθεί τυπικά και ουσιαστικά τα όσα ορίζονται στις διατάξεις των άρθρων 18 και 54 του ν. 4412/2016, αφού με την από 29.10.2018 Τεχνική Περιγραφή - Τεχνικές Προδιαγραφές (αρ. μελέτης 13α), στην οποία παραπέμπει το άρθρο 11 της επίμαχης διακήρυξης και η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής σύμφωνα με το άρθρο 2 αυτής, ορίζονται στο κεφάλαιο «Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης - Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα» οι ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του συνθετικού χλοοτάπητα που θα τοποθετηθεί στο γήπεδο ως εξής: *«Μετά την ολοκλήρωση των παραπάνω εργασιών, θα επακολουθήσουν οι εργασίες τοποθέτησης του τεχνητού χλοοτάπητα ως κάτωθι... γ) θα διαστρωθεί προκατασκευασμένη ελαστοσυνθετική υπόβαση, ελάχιστου πάχους 14,5mm(+/-5%), κατασκευασμένη από κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού, συνδεδεμένου με κόλλα πολυουρεθάνης ενός συστατικού, θερμοκολλημένου κατά την παραγωγή με μη υφαντό γεωύφασμα αμφιπλεύρως άνω και κάτω. Στην κάτω πλευρά της υπόβασης θα σχηματίζονται κανάλια για την απορροή των ομβρίων και εκτιμάται ότι θα έχει συνολικό βάρος 8,20kg/m² (+/-5%).»*. Από την ανωτέρω λεπτομερειακή περιγραφή συνάγεται ότι τα απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά του χλοοτάπητα που θα διαστρωθεί στο γήπεδο του Δήμου ..., τα οποία, κατά τον προσφεύγοντα, προσδιορίζουν αποκλειστικά συγκεκριμένο τρόπο κατασκευής και τρόπο παραγωγής. Δια αυτών των απαιτήσεων, ωστόσο, τα συμβατικά τεύχη του διαγωνισμού υποδεικνύουν ένα συγκεκριμένο είδος συστήματος συνθετικού χλοοτάπητα ποδοσφαίρου που προσδιορίζεται από τις ως άνω συνδυαστικές απαιτήσεις του τρόπου κατασκευής και παραγωγής του ελαστικού υποστρώματος ενός μόνον συγκεκριμένου παραγωγού. Ενόψει των ανωτέρω καθίσταται σαφές κατά τον προσφεύγοντα ότι οι τιθέμενες τεχνικές απαιτήσεις προκαλούν τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού και δημιουργούν αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕλΣυν/Τμήμα VI/2402/2010). Περαιτέρω, ο προσβαλλόμενος όρος συγκεκριμένου τρόπου κατασκευής και

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

παραγωγής προκατασκευασμένου ελαστικού υποστρώματος που αποτελεί περαιτέρω προαπαιτούμενο συνθετικό μέρος του κυρίως πράγματος που είναι ο συνθετικός χλοοτάπητας ποδοσφαίρου, αντίκειται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, ενώ παραβιάζει και την αρχή της αναλογικότητας, αφού δεν εξασφαλίζει ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, εισάγοντας αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού στον εν θέματι διαγωνισμό. Προς επίρρωση των ανωτέρω επισημαίνει ότι τα ανωτέρω κριτήρια δεν δικαιολογούνται από κάποιον επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος αλλά ούτε και τελούν σε αναλογία με κάποιον επιδιωκόμενο σκοπό. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι δεν χρησιμοποιήθηκαν οι κανόνες της επιστήμης μέσω της αξιοποίησης συγκεκριμένων αντικειμενικών μετρήσεων για την αξιολόγηση και την επίτευξη των σκοπών τους οποίους προκρίνει η Αναθέτουσα Αρχή. Η τελευταία, μάλιστα, δεν αιτιολογεί και δεν προσδιορίζει με ποια κριτήρια τέθηκε η εν λόγω περιγραφή και ποιον τεχνικό ή λειτουργικό σκοπό αποκλειστικά αυτή και μόνον μπορεί να εξυπηρετεί. Τέλος, ως προς τον όρο αυτό ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο όρος αυτός «φωτογραφίζει» συγκεκριμένο προϊόν, χωρίς να υπάρχει κανένας ειδικότερος και νόμιμος σκοπός προς τούτο και χωρίς να καθίσταται αναγκαία η απαίτηση μόνο του εν λόγω προϊόντος, ώστε να αιτιολογείται με κάποιον τρόπο η θέση της ανωτέρω τεχνικής περιγραφής. β) την ακύρωση διατάξεων της επίμαχης διακήρυξης που θέτουν άοριστες τεχνικές προδιαγραφές λόγω παραβίασης των όσων ορίζει η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 53 του ν. 4412/2016 και της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην Προκήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση. Σε δύο από τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται με το άρθρο 14 της διακήρυξης, που αφορούν στο κεφάλαιο “Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης - Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα” [ελάχιστο πάχος 14,5 mm (+/- 5%) και συνολικό βάρος 8,20kg/m²(+/- 5%)] , δεν πληρείται η αρχή της διαφάνειας στο βαθμό που οι ανωτέρω ελάχιστες τεχνικές απαιτήσεις δεν διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία. Και τούτο διότι όσον αφορά στα δύο συγκεκριμένα σημεία των ανωτέρω προδιαγραφών, αν και αποτελούν ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του συνθετικού χλοοτάπητα που θα πρέπει να τηρεί το προϊόν, εντούτοις και για κάθε μία από τις δύο εν λόγω ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές, ως ποσοτική τιμή δεν ορίζεται μόνο το ελάχιστο ποσοτικό όριο, από το οποίο θα προέκυπτε με σαφήνεια ότι αν το προϊόν τις υπερβαίνει είναι αποδεκτό, και αν όχι θα αποκλείεται, καθιστώντας τον υπόψη όρο ορισμένο και σαφή, αλλά ορίζεται και ποσοστό απόκλισης, προς τα πάνω και προς τα κάτω κατά 5%. Ομοίως, κατά τον προσφεύγοντα, από τις αναφερόμενες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές, για τις έξι από αυτές που αφορούν στο κεφάλαιο “Τεχνητός Συνθετικός Ποδοσφαιρικός Χλοοτάπητας” [ύψος του πέλους 45mm (+/-5%), ίνες με συνολικό αριθμό 115.000/m² (+/-10%), ραμμένες σε σύνολο 9.700/m² (+/-10%), επί πρωταρχικής βάσης (primary backing) διπλής στρώσης εκ πολυπροπυλενίου, βάρους της βάσης 215gr/m² (+/-5%), η οποία θα καλύπτεται με πολυουρεθάνη βάρους 750gr/m² (+/-10%), δημιουργώντας έτσι τη συνολική βάση (backing) του πέλους, γ) το συνολικό του βάρος θα πρέπει να είναι 2.220gr/m² (+/-10%)] δεν πληρείται η αρχή της διαφάνειας κατ’ αντιστοιχία με όσα αναφέρθηκαν παραπάνω. Υπό την ανωτέρω διατύπωση, οι ως άνω τεχνικές απαιτήσεις είναι αόριστες στο βαθμό που εκφράζονται όχι ως μια συγκεκριμένη ελάχιστη τιμή, αλλά ως διάστημα μεταξύ μιας τιμής και μιας άλλης, καθιστώντας μη κατανοητό αν το “ελάχιστο” όριο για κάθε κριτήριο - τεχνική προδιαγραφή είναι τελικά το “κατώτερο/προς τα κάτω” όριο του παραπάνω διαστήματος και απόκλισης, ανά προδιαγραφή ή η βασική τιμή που αναφέρει η προδιαγραφή ή αντίστροφα το “ ανώτατο/προς τα πάνω ”

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

όριο του παραπάνω διαστήματος και απόκλισης. Σε κάθε δε περίπτωση, δεν είναι κατανοητό γιατί η διακήρυξη αντί να θεσπίσει μια συγκεκριμένη ελάχιστη τιμή, επέλεξε να ορίσει μια άλλη μεγαλύτερη τιμή, αλλά παράλληλα να θέσει και απόκλιση προς τα κάτω 5% ή 10%, ενώ η θέσπιση ανώτερης τιμής είναι αντιφατική, αφού σε περίπτωση που η τεχνική προσφορά των υποψήφιων αναδόχων ξεπερνάει αυτήν, τούτο σημαίνει ότι το προϊόν θα είναι αντίστοιχα, για κάθε μια από τις προδιαγραφές πιο συμπαγές, «βαρύ», σταθερό και ανθεκτικό. Η ασάφεια, η ανομία και το πρόβλημα επιτείνονται με δεδομένο ότι το κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η συμφερότερη προσφορά από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, η οποία προκύπτει μετά από αξιολόγηση του βαθμού συμμόρφωσης των προσκομιζόμενων τεχνικών προδιαγραφών, τεχνικών χαρακτηριστικών, παρεχόμενων εγγυήσεων, πιστοποιητικών, βεβαιώσεων, δειγμάτων, κλπ., των βασικών υλικών του σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα και της αντικραδασμικής του υπόβασης, σε σχέση με τα αντιστοίχως τιθέμενα στην υπ' αριθμόν 13α/2015 μελέτης της υπηρεσίας. Τούτο διότι για παράδειγμα θα κριθούν αποδεκτά και θα πρέπει να αξιολογηθούν ως προς τα τεχνικά χαρακτηριστικά τους 2 προϊόντα που θα εμφανίζουν μεταξύ τους απόκλιση 10% ή και 20% ακόμα ως προς τα ελάχιστα ποιοτικά τους κριτήρια, ήτοι την βάση από την οποία θα πρέπει να ξεκινήσει η βαθμολόγησή τους, γεγονός όμως που εξ ορισμού δημιουργεί άνισες συνθήκες ανταγωνισμού, κατά παράβαση των ανωτέρω σχετικών διατάξεων και των αργών του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου. Με τον τρόπο αυτό δηλαδή, πέρα από όλα τα άλλα, καθίσταται ασαφής και διαφοροποιείται ανά προϊόν, κατά μη νόμιμο τρόπο, η βάση εκκίνησης της βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών. Κατόπιν τούτων, καθίσταται σαφές κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα ότι τα εν λόγω ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια, ειδικά σε σύστημα όπου κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η συμφερότερη προσφορά από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής και θα λάβει χώρα η βαθμολόγηση των προϊόντων που πληρούν τα ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια, επιβάλλεται να θεσπίζονται από την αναθέτουσα αρχή αποκλειστικά με την μορφή κριτηρίων

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

on/off, ώστε να καθίσταται σαφές από τους διαγωνιζόμενους ποια είναι τα ελάχιστα κριτήρια που πρέπει να πληροί το προϊόν καθώς και ποιος είναι ο βαθμός συμμόρφωσης των προσκομιζόμενων τεχνικών προδιαγραφών σε σχέση με τα αντιστοίχως τιθέμενα από τη διακήρυξη. Επομένως, για τους παραπάνω λόγους, οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές καθ' ο μέρος θεσπίζονται με προς τα πάνω και προς τα κάτω όρια απόκλισης από την τιμή αναφοράς, ήτοι $\pm 5\%$ και $\pm 10\%$, ασαφώς και αορίστως τίθενται, σε κάθε δε περίπτωση χωρίς καμία ειδικότερη αιτιολόγηση ή διευκρίνιση από την αναθέτουσα αρχή, προσβάλλοντας τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, και κατά τούτο θα πρέπει να ακυρωθούν. Κατά τον προσφεύγοντα προκύπτει και δεύτερο ζήτημα ασάφειας διότι στο Τιμολόγιο Μελέτης (υπ' αριθ. 13α/2015 μελέτη), το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής σύμφωνα με το άρθρο 2 της διακήρυξης, ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Α.Τ.: 46 Άρθρο: ΝΑΟΙΚ ΑΑ73.96.ΣΧ2- Εργασίες διάστρωσης κόκκων καουτσούκ δια κατάλληλων μηχανικών μέσων και μεθόδων ενσωμάτωσης σε ποσότητα τουλάχιστον 9 kg/m². Κωδικός αναθεώρησης: ΟΙΚ 7396 100%. Οι εργασίες διάστρωσης - επίπασης των κόκκων καουτσούκ, κοκκομετρίας από 0,5mm έως 2,5mm, μαύρου χρώματος, σε ποσότητα 9kg/m², θα γίνουν δια κατάλληλων μηχανικών μέσων & μεθόδων ενσωμάτωσης, κατά τα λοιπά κατά τα οριζόμενα στη τεχνική περιγραφή και τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης της υπηρεσίας. Συμπεριλαμβάνεται και η προμήθεια και μεταφορά κόκκων ανακυκλωμένου ελαστικού χαρακτηριστικών ως ανωτέρω και απαλλαγμένων από ξένα στοιχεία και σκόνη. Τιμή για έναν τετρ. μέτρο πλήρους και έντεχνης διάστρωσης - επίπασης στρώσης μίγματος οικολογικού θερμοπλαστικού καουτσούκ συμπεριλαμβανομένης της προμήθειας των υλικών ΕΥΡΩ (Αριθμητικά) : 5.70 € /μ (Ολογράφως) ΠΕΝΤΕ ΕΥΡΩ ΚΑΙ ΕΒΔΟΜΗΝΤΑ ΛΕΠΤΑ». Περαιτέρω, στη Τεχνική Περιγραφή- Τεχνικές Προδιαγραφές (υπ' αριθ. 13α/2015 μελέτη), η οποία αποτελεί ομοίως αναπόσπαστο μέρος αυτής σύμφωνα με το άρθρο 2 της διακήρυξης, ορίζονται στο κεφάλαιο «Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης – Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα» τα ακόλουθα: «...στ) επί του ήδη διαστρωθέντος τάπητα, με κατάλληλο

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

μηχανολογικό εξοπλισμό στη συνέχεια θα γίνει διάστρωση - διανομή υλικού πλήρωσης από μίγμα χαλαζιακής άμμου στρογγυλής, πλυμένης και στεγνωμένης, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0.8mm έως 1.6mm σε ποσότητα τουλάχιστον 20kg m² με κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού καουτσούκ, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0.5mm έως 2.5mm. μαύρου χρώματος, σε ποσότητα τουλάχιστον 9kg/m², πλήρως απαλλαγμένων των υλικών αυτών από ξένα στοιχεία και σκόνη». Από την συνδυαστική ερμηνεία των ανωτέρω, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, προκύπτει ότι α) οι εργασίες διάστρωσης κόκκων καουτσούκ θα γίνουν κατά τα οριζόμενα στη τεχνική περιγραφή και τεχνικές προδιαγραφές και ότι η τιμή για έναν τετρ. μέτρο πλήρους και έντεχνης διάστρωσης - επίπασης στρώσης μίγματος οικολογικού θερμοπλαστικού καουτσούκ - συμπεριλαμβανομένης της προμήθειας των υλικών - ανέρχεται στο ποσό των 5,70 € /τμ και ότι β) σύμφωνα με την Τεχνική Περιγραφή- Τεχνικές Προδιαγραφές, επί του ήδη διαστρωθέντος τάπητα, με κατάλληλο μηχανολογικό εξοπλισμό θα γίνει διάστρωση - διανομή υλικού πλήρωσης από μίγμα χαλαζιακής άμμου στρογγυλής, πλυμένης και στεγνωμένης, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0.8mm έως 1.6mm σε ποσότητα τουλάχιστον 20kg/m² με κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού καουτσούκ, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0,5mm έως 2,5mm, μαύρου χρώματος. Από το σύνολο των ανωτέρω δημιουργείται ασάφεια σχετικά με το είδος ελαστικού υλικού πλήρωσης του πέλους που πράγματι απαιτείται για την παραδεκτή συμμετοχή των οικονομικών φορέων στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Ειδικότερα, όπως ισχυρίζεται ο πρώτος προσφεύγων, δεν προκύπτει εν προκειμένω το είδος του απαιτούμενου υλικού, δεδομένου ότι το υλικό που αναφέρεται στο τιμολόγιο μελέτης είναι το οικολογικό θερμοπλαστικό καουτσούκ, ενώ το υλικό που αναφέρεται στη τεχνική περιγραφή είναι το ανακυκλωμένο καουτσούκ μαύρου χρώματος. Δεδομένου όμως, ότι δεν ταυτίζονται τα ως άνω υλικά, η διακήρυξη είναι ασαφής με αποτέλεσμα να καθίσταται ιδιαίτερα δυσχερής η υποβολή άρτιας και παραδεκτής εκ μέρους του προσφοράς. Τούτο διότι δεν είναι σαφές και ξεκάθαρο ποιο από τα δύο υλικά είναι αυτό που θα γίνει

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αποδεκτό στο πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτό παραβιάζεται το άρθρο 53 Ν. 4412/2016 ενόψει της δημιουργούμενης αμφιβολίας για το παραδεκτό της υποβληθείσας εκ μέρους του προσφοράς. Επιπρόσθετα επισημαίνεται ότι τα δύο υλικά διαφέρουν σημαντικά και ως προς την τιμή (η τιμή του θερμοπλαστικού οικολογικού καουτσούκ είναι οκταπλάσια από τη τιμή του ανακυκλωμένου καουτσούκ μαύρου χρώματος), ώστε καθίσταται ιδιαίτερα δυσχερές για εκείνον να υποβάλει μία προσφορά που θα είναι η συμφερότερη από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι δεν είναι σαφές ποιο από τα δύο προϊόντα ή αν και τα δύο θα γίνουν αποδεκτά στον υπό κρίση διαγωνισμό. Ενόψει όμως του ότι κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η συμφερότερη προσφορά από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, είναι προφανές ότι η διατήρηση των ανωτέρω όρων της διακήρυξης του προκαλεί άμεση βλάβη. Επομένως, οι συγκεκριμένες προδιαγραφές τίθενται ασαφώς και αορίστως, προσβάλλοντας τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, και κατά τούτο θα πρέπει να ακυρωθούν. γ) την ακύρωση διατάξεων της επίμαχης διακήρυξης λόγω μη νόμιμου όρου κατά παραβίαση της διάταξης του άρθρου 76 του ν. 4412/2016. Και τούτο διότι κατ' ορθή ερμηνεία και εφαρμογή των κρίσιμων νομικών διατάξεων στον ελεγχόμενο διαγωνισμό θα έπρεπε να έχουν κληθεί εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στις ανάλογες κατηγορίες έργων οικοδομικών και έργων οδοποιίας, σύμφωνα με τη ρητή επιταγή της διάταξης του άρθρου 76 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και όχι μόνο επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στην κατηγορία οικοδομικών. Η διατήρηση διατάξεων που εξομοιώνει τους οικονομικούς φορείς προς τα κάτω οδηγεί ευθέως σε καταστρατήγηση των αρχών της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων διασαλεύοντας ταυτόχρονα τον υγιή ανταγωνισμό καθιστώντας έτσι μη νόμιμη τη διεξαγωγή του διαγωνισμού. δ) Ακύρωση μη νόμιμου όρου της επίμαχης διακήρυξης όσον αφορά στις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας i. Ως προς τις τραπεζικές βεβαιώσεις, ii. Ως προς τον κύκλο

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

εργασιών. ε) την ακύρωση μη νόμιμου όρου της επίμαχης διακήρυξης όσον αφορά το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης διότι εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή επέλεξε ως κριτήριο ανάθεσης στην επίμαχη σύμβαση έργου την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, χωρίς ωστόσο να έχει εκδοθεί η ΥΑ της § 15 του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016 και οι σχετικές εγκύκλιοι. Ελλείπει υπουργικής απόφασης που να ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να χρησιμοποιούν είτε την τιμή ή το κόστος ως κριτήριο ανάθεσης, είτε τη σχέση βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, καθίσταται σαφές, κατά τον προσφεύγοντα, ότι μέχρι και σήμερα μοναδικό νόμιμο κριτήριο ανάθεσης για τις συμβάσεις έργων είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ή κόστους.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΥ ΛΟΓΟΥ:

9. Επειδή, με τον πρώτο λόγο του ο προσφεύγων αιτιάται φωτογραφική απαίτηση των τεχνικών προδιαγραφών και παραβίαση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της ελευθερίας ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι με την από 29.10.2018 Τεχνική Περιγραφή - Τεχνικές Προδιαγραφές (αρ. μελέτης 13^α), στην οποία παραπέμπει το άρθρο 11 της επίμαχης διακήρυξης και η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής σύμφωνα με το άρθρο 2 αυτής, ορίζονται στο κεφάλαιο «Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης - Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα» οι ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του συνθετικού χλοοτάπητα που θα τοποθετηθεί στο γήπεδο ως εξής: *«Μετά την ολοκλήρωση των παραπάνω εργασιών, θα επακολουθήσουν οι εργασίες τοποθέτησης του τεχνητού χλοοτάπητα ως κάτωθι ... γ) θα διαστρωθεί προκατασκευασμένη ελαστοσυνθετική υπόβαση, ελάχιστου πάχους 14,5mm(+/-5%), κατασκευασμένη από κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού, συνδεδεμένου με κόλλα πολυουρεθάνης ενός συστατικού, θερμοκολλημένου κατά την παραγωγή με μη υφαντό γεωύφασμα αμφιπλεύρως άνω και κάτω. Στην κάτω πλευρά της υπόβασης θα σχηματίζονται κανάλια για την απορροή των ομβρίων και εκτιμάται ότι θα έχει συνολικό βάρος 8,20kg/m² (+/-5%).».*

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

Από την ανωτέρω λεπτομερειακή περιγραφή συνάγεται ότι τα απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά του χλοοτάπητα που θα διαστρωθεί στο γήπεδο του Δήμου ..., τα οποία όπως θα εξειδικευτεί παρακάτω προσδιορίζουν αποκλειστικά συγκεκριμένο τρόπο κατασκευής και τρόπο παραγωγής, είναι συνδυαστικά και σωρευτικά τα ακόλουθα: α) Η υποχρεωτική προκατασκευή του προϊόντος (ενώ υπάρχουν τρείς (3) τουλάχιστον τρόποι κατασκευής ελαστικού υποστρώματος, χυτός επιτόπου, προκατασκευασμένος-στο εργοστάσιο- και μεικτό, ήτοι συνδυασμός των προηγούμενων δύο), β) Η υποχρεωτική κατασκευή του από κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού συνδεδεμένου με κόλλα πολυουρεθάνης (ενώ υπάρχουν πολλά άλλα διαφορετικά υλικά κατασκευής του ελαστικού υποστρώματος όπως π.χ. πολυαιθυλένιο ανοικτού είτε κλειστού πυρήνα από ανακύκλωση η μη, από αφρό είτε από τεμαχισμό, που μπορούν να δώσουν το ίδιο τεχνικό αποτέλεσμα και πολλοί πιθανοί τρόποι συνδέσεως - συγκολλήσεως τους, όπως διά εφαρμογής πίεσεως, πίεσεως και θερμοκρασίας, με χρήση συνδετικής ύλης ή χωρίς κ.λ.π.), γ) Η υποχρεωτική θερμοκόλληση κατά την παραγωγή μη υφαντού γεωυφάσματος αμφιπλεύρωσ άνω και κάτω (ενώ η εργασία εφαρμογής γεωυφάσματος, εφόσον ήθελε κριθεί ότι πράγματι απαιτείται αιτιολογημένα η εφαρμογή του, θα μπορούσε να εκτελεσθεί και επί τόπου του έργου επί όποιου τύπου και τρόπου κατασκευής ελαστικού υποστρώματος), δ) Ο σχηματισμός καναλιών στην κάτω πλευρά της ελαστικής υπόβασης για την απορροή των ομβρίων (ενώ το σύνολο του σχεδιασμού της κατασκευής της επιδομής κατά την μελέτη απαιτεί ρητά το παραδοτέο να είναι υδροπερατό και ο ρυθμός υδατικής διήθησής του κατά την τεχνική περιγραφή απαιτείται να ξεπερνάει το όριο των 180χλστ./ώρα και επομένως τα κανάλια επί της βάσης του ελαστικού υποστρώματος αφενός δεν είναι καταρχήν ωφέλιμα, σε καμία περίπτωση δε απαραίτητα και αφετέρου σε κάθε περίπτωση, εφόσον ήθελε αιτιολογημένα κριθούν επιθυμητά, μπορούν είτε και επί τόπου να διαμορφωθούν σε περίπτωση χυτής επί τόπου κατασκευής αλλά και ενσωματώνονται σε ελαστικά υποστρώματα που κατασκευάζονται με άλλους τρόπους παραγωγής και κατασκευής, όπως το

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

προϊόν ... της ... στο οποίο αναφέρεται σε επόμενο σημείο της προσφυγής του). Δια αυτών των απαιτήσεων, ωστόσο, κατά τον προσφεύγοντα, τα συμβατικά τεύχη του διαγωνισμού υποδεικνύουν ένα συγκεκριμένο είδος συστήματος συνθετικού χλοοτάπητα ποδοσφαίρου που προσδιορίζεται από τις ως άνω συνδυαστικές απαιτήσεις του τρόπου κατασκευής και παραγωγής του ελαστικού υποστρώματος ενός μόνον συγκεκριμένου παραγωγού. Ειδικότερα, το προϊόν αυτό είναι το προκατασκευασμένο ελαστικό υπόστρωμα ... η/και ... της παραγωγού εταιρείας ..., το οποίο όπως προκύπτει από την επίσημη ηλεκτρονική ιστοσελίδα της εταιρίας (...) είναι το μοναδικό παγκοσμίως που έχει τα ακόλουθα τεχνικά χαρακτηριστικά: *«Το ... είναι ένα προκατασκευασμένο υπόστρωμα που αναπτύχθηκε και κατασκευάστηκε από την ... και παρέχει απορρόφηση κραδασμών και αποστράγγιση. Αποτελείται από επιλεγμένους κόκκους, προερχόμενους από ελαστικό μετά το πέρας της χρηστικής του αξίας οι οποίοι υφίστανται κατεργασία και εγκλείονται με ρητίνη πολυουρεθάνης και τοποθετούνται σε διάταξη σάντουιτς μεταξύ δύο στρωμάτων μη υφασμένου υφάσματος πολυεστέρα. Η ανθεκτικότητα και η αντοχή του καουτσούκ εξασφαλίζουν ότι οι τεχνικές και αθλητικές επιδόσεις παραμένουν αναλλοίωτες με την πάροδο του χρόνου. Το ελαστικό υπόστρωμα ... βελτιστοποιεί τις εμβιομηχανικές παραμέτρους που σχετίζονται με την απορρόφηση κραδασμών, την κατακόρυφη παραμόρφωση και την επιστροφή ενέργειας του συνθετικού χλοοτάπητα ..., χαρακτηριστικά που είναι κρίσιμα για την αθλητική απόδοση και την ασφάλεια. Η εγκατάσταση των προκατασκευασμένων ρολών μπορεί να πραγματοποιηθεί με τη χρήση ειδικής ταινίας στερέωσης, η οποία εξασφαλίζει την ομοιομορφία του κάτω στρώματος, εξασφαλίζοντας έτσι συνεπή αναπήδηση και κύλιση της σφαίρας σε όλο το γήπεδο. Για την αποστράγγιση σε ολόκληρη την επιφάνεια, τα παχύτερα υποστρώματα κρούσης FTS φέρουν αυλακώσεις στην κάτω πλευρά που διευκολύνουν την αποστράγγιση του νερού ακόμη και σε περίπτωση έντονων βροχοπτώσεων»*. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από την επικαιροποιημένη μελέτη του επίμαχου έργου, η οποία εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 325/2017 απόφαση του ΔΣ του

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

Δήμου ..., οι σκοποί που καλείται να ικανοποιήσει το παραδοτέο είναι οι ακόλουθοι: «Η προκατασκευασμένη ελαστοσυνθετική αντικραδασμική υπόβαση, προσδίδει συγκριτικό πλεονέκτημα στο σύστημα του σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα, για τους λόγους ότι διασφαλίζονται τόσο η μακρόχρονη συνοχή των ενώσεων του όσο και το αίσθημα του βέλτιστου επιπέδου αντικραδασμικότητας που εξασφαλίζει στους αθλούμενους. Η υπόβαση αυτή, στην οποία θα διαστρωθεί ο τεχνητός χλοοτάπητας, θα πρέπει ειδικότερα να είναι ελαστοσυνθετική, εργοστασιακά προκατασκευασμένη και να είναι σύμφωνη με τα ακόλουθα τεχνικά χαρακτηριστικά ή λεπτομέρειες και τεχνικές προδιαγραφές: α) να έχει πάχος 14,5mm(+/-5%), β) να είναι εργοστασιακά κατασκευασμένη και θερμοκολλημένη από κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού, συνδεδεμένων των κόκκων με κόλλα πολυουρεθάνης ενός συστατικού, γ) να είναι εργοστασιακά θερμοκολλημένη κατά την παραγωγή, δ) στις άνω και κάτω πλευρές της να έχει εργοστασιακά θερμοκολλημένα κατά την παραγωγή μη υφαντά γεωϋφάσματα, ε) στη κάτω πλευρά της να έχει εργοστασιακά σχηματιζόμενα κανάλια για την απορροή των ομβρίων, στ) να έχει την βέλτιστη αποστράγγιση με ικανότητα απορροής >360mm/h, ζ) το συνολικό της βάρος να είναι 8,20kg/m² (+/-5%)...Περαιτέρω, στις Τεχνικές Προδιαγραφές προβλέπονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα: «το γήπεδο ποδοσφαίρου το οποίο θα είναι διαστάσεων περίπου 120,00 X 66,00 μέτρων, θα είναι απολύτως εναρμονισμένο και σύμφωνο με τις τεχνικές προδιαγραφές της FIFA καθώς και του προτύπου EN 15330-1:2013, ώστε να είναι απολύτως κατάλληλο, τόσο για σχολικούς όσο και για αγώνες Εθνικής ή Ερασιτεχνικής Κατηγορίας ...Το εν τέλει εγκατεστημένο σύστημα σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα, μαζί με τα επί μέρους υλικά της πλήρωσης του και της ειδικής αντικραδασμικής του υπόβασης, θα πρέπει να έχει πιστοποίηση από εγκεκριμένο εργαστήριο της διεθνούς ομοσπονδίας Ποδοσφαίρου FIFA. Η πιστοποίηση αυτή θα γίνει με δαπάνες της αναδόχου μετά το πέρας του έργου, προκειμένου να λάβει το πιστοποιητικό FIFA QUALITY ή FIFA QUALITYPRO. Σε κάθε περίπτωση, τα αποτελέσματα των ελέγχων πιστοποίησης θα καλύπτουν απολύτως τις συγκεκριμένες απαιτήσεις της FIFA...Αντικραδασμική

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

Υπόβαση Τεχνητού Χλοοτάπητα: Η προκατασκευασμένη ελαστοσυνθετική αντικραδασμική υπόβαση, προσδίδει συγκριτικό πλεονέκτημα στο σύστημα του σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα, για τους λόγους ότι διασφαλίζονται τόσο η μακρόχρονη συνοχή των ενώσεων του όσο και το αίσθημα του βέλτιστου επιπέδου αντικραδασμικότητας που εξασφαλίζει στους αθλούμενους. Η υπόβαση αυτή, στην οποία θα διαστρωθεί ο τεχνητός χλοοτάπητας, θα πρέπει ειδικότερα να είναι ελαστοσυνθετική, εργοστασιακά προκατασκευασμένη και να είναι σύμφωνη με τα ακόλουθα τεχνικά χαρακτηριστικά ή λεπτομέρειες και τεχνικές προδιαγραφές: ...α) να έχει πάχος 14,5mm(+/-5%), β) να είναι εργοστασιακά κατασκευασμένη και θερμοκολλημένη από κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού, συνδεδεμένων των κόκκων με κόλλα πολυουρεθάνης ενός συστατικού, γ) να είναι εργοστασιακά θερμοκολλημένη κατά την παραγωγή, δ) στις άνω και κάτω πλευρές της να έχει εργοστασιακά θερμοκολλημένα κατά την παραγωγή μη υφαντά γεωϋφάσματα, ε) στη κάτω πλευρά της να έχει εργοστασιακά σχηματιζόμενα κανάλια για την απορροή των ομβρίων, στ) να έχει την βέλτιστη αποστράγγιση με ικανότητα απορροής > 360mm/h, ζ) το συνολικό της βάρος να είναι 8,20kg/m² (+/-5%)». Τέλος, στην ειδική συγγραφή υποχρεώσεων ορίζονται τα εξής «Έκθεση απόδοσης του συστήματος συνθετικού χλοοτάπητα κατά τα πρότυπα NF P90 - 112:2008 & BSEN15330- 1:2013 από εγκεκριμένο εργαστήριο της FIFA εντός του 2016 ή μεταγενέστερο, στην οποία αναφορικά με την προκατασκευασμένη ελαστοσυνθετική υπόβαση, να αναγράφονται επισήμως βάσει εργαστηριακών ελέγχων, τα ακόλουθα αποτελέσματα/μετρήσεις: α) ελάχιστη μάζα ανά μονάδα επιφάνειας 8,45kg/m² (+/-5%), β) ικανότητα απορροής >360mm/h, γ) ελάχιστη αντοχή εφελκυσμού 0,32MPa και δ) ελάχιστος συντελεστής απορρόφησης κρούσης 43%». Από το σύνολο των ανωτέρω προκύπτει κατά τον προσφεύγοντα ότι τα ουσιώδη χαρακτηριστικά που καλείται να ικανοποιήσει η ελαστική υπόβαση αυτοτελώς ως προς τις επιδόσεις και τις λειτουργικές απαιτήσεις είναι επί της ουσίας και εντός των πλαισίων των κανόνων της τέχνης και της επιστήμης και των εν ισχύ τεχνικών προδιαγραφών των προτύπων όπως ετέθησαν (FIFA, EN 15330-1 και NF P90-112) στην επίκαιρη

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

ισχύουσα έκδοσή τους (και όχι στην κατηρηγμένη έκδοση του 2008 του NF P90-112 στην οποία η σχετική ως άνω απαίτηση αναφέρεται αλλά στην ισχύουσα του 2016 δια της οποίας η αρμόδια τυποποιητική αρχή AFNOR της Γαλλικής Δημοκρατίας αντικατέστησε τον Δεκέμβριο του 2016 οριστικά την έκδοση του 2008 όπως από την σελίδα 1-3 του προτύπου αποδεικνύεται) η ικανότητα απορροής ομβρίων σε ρυθμό πέραν των 360 χλστ./ώρα και ταυτόχρονα η απορρόφηση κρούσης πέραν του 43%, δεδομένου του ότι ο έλεγχος της αντοχής κατά την επιμήκυνση στην θραύση έχει απαλειφθεί οριστικά από το πρότυπο NF P 90-112:2016-12 και η σχετική απαιτούμενη τιμή στο πρότυπο EN 15330-1 είναι 15 Mpa και όχι 36 Mpa συμφώνως του σχετικού άρθρου 4.2.7. όπως από την σελίδα 9 του προτύπου αποδεικνύεται, όπως λανθασμένα εκ της ως άνω σχετικής απαιτήσεως προσδιορίζεται συμπαρασύροντας σε ασάφεια και ακυρότητα το σύνολο των σχετιζόμενων περαιτέρω απαιτήσεων, οι οποίες εφόσον δια αποδεικτικού στηριζόμενου σε κατηρηγμένο πρότυπο απαιτείται να αποδεικνύονται θα πρέπει να καταργηθούν για λόγους διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης. Λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι το υψηλότερο επίπεδο αγώνων που το γήπεδο θα πρέπει να ικανοποιεί είναι οι αγώνες εθνικής ερασιτεχνικής κατηγορίας που, όπως η μελέτη αναφέρει, ικανοποιείται επαρκώς από έναν συνθετικό χλοοτάπητα σύμφωνο με τις απαιτήσεις της FIFA και του EN 15330-1, καθίσταται σαφές ότι υπάρχει πληθώρα προϊόντων που είναι απολύτως σύμφωνα και με τις απαιτήσεις της FIFA και μάλιστα για επίπεδο κατάταξης FIFA Quality Pro, τα οποία θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν το σύνολο των ως άνω λειτουργικών, αθλητικών και προστατευτικών ιδιοτήτων συμφώνως των προτύπων και της μελέτης, αλλά ενόψει των φωτογραφικών συνδυαστικών παραμέτρων που αφορούν τον τρόπο κατασκευής, τον τρόπο παραγωγής και τις ποσοτικές παραμέτρους όπως τίθενται από την επίμαχη διακήρυξη αποκλείονται. Σημειωτέον ότι από το σύνολο των 1.482 επίκαιρων (προτύπου FIFA 2015) συστημάτων συνθετικών χλοοταπήτων ποδοσφαίρου που έχουν κριθεί κατάλληλοι από την FIFA, όπως από την ιστοσελίδα της κατά την ημ/νία 16/11/2018

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αποδεικνύεται, μόνον ένα (1) από τα προϊόντα της εταιρείας ... που φαίνεται να είναι διαπιστευμένα από την FIFA συμφώνως του επίκαιρου προτύπου της φέρει το συγκεκριμένο ελαστικό προκατασκευασμένο υπόστρωμα ..., και επιπλέον το σύνολο των υπόλοιπων από τον διαγωνισμό απαιτούμενων ποσοτικών ιδιοτήτων και δη το ..., όπως αποδεικνύεται σε συνδυασμό με το τεχνικό φυλλάδιο της εταιρείας που καταθέτει. Ο προσφεύγων προβάλλει ότι, επειδή δεν προμηθεύεται το εν λόγω προϊόν, καθίσταται σαφές ότι με τους συγκεκριμένους όρους της επίμαχης διακήρυξης οποιαδήποτε τυχόν προσφορά του θα καταστεί ανεπίδεκτη αποδοχής, καθώς όπως επισήμανε και ανωτέρω, κανένα άλλο σύστημα συνθετικού χλοοτάπητα ποδοσφαίρου δεν ικανοποιεί σωρευτικά τα χαρακτηριστικά του συγκεκριμένου προϊόντος της Ως εκ τούτου οποιοδήποτε προϊόν και αν συμπεριλάβει στην προσφορά του, αυτή θα απορριφθεί, μη καλυπτόμενων των τεχνικών περιγραφών της διακήρυξης, παρά του ότι θα μπορούσε να διαθέσει σωρεία συστημάτων ποδοσφαιρικών ταπήτων άλλων παραγωγών με ελαστικά υποστρώματα προκατασκευασμένα και μη, με ισοδύναμα είτε και ανώτερα χαρακτηριστικά επιδόσεων, λειτουργικά, περιβαλλοντικά αλλά ακόμη και χαρακτηριστικά ποσοτικών παραμέτρων, όπως για παράδειγμα τα συστήματα της εταιρείας ..., η οποία είναι διαβαθμισμένη ως FIFA Preferred Producer παραγωγός, τα συστήματα της εταιρείας ... επίσης διαβαθμισμένης από την FIFA μεταξύ των επτά (7) καλύτερων παραγωγών της υφελίου από την FIFA, τα συστήματα της εταιρείας ... επίσης FIFA Preferred Producer παραγωγού. Ειδικότερα, θα μπορούσε να προσφέρει τα ακόλουθα τα συστήματα:

1. ...
2. ...
3. ...
4. ...
5. ...
6. ...

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

7. ...
8. ...
9. ...
10. ...
11. ...
12. ...,

χωρίς όμως να μπορεί κανένα από τα προηγούμενα να ικανοποιήσει τις συνδυαστικά και σωρευτικά ως άνω τεθείσες παραμέτρους του συγκεκριμένου μοναδικού τρόπου κατασκευής και παραγωγής του προκατασκευασμένου ελαστικού υποστρώματος της εταιρείας ..., αφού τα ελαστικά υποστρώματα που διαθέτουν τα ως άνω προϊόντα των τριών (3) από τις καλύτερες (κατά την αντικειμενικά αποδιδόμενη κατάταξη παραγωγών από την FIFA), παραγωγούς υλικών και κατασκευάστριες γηπέδων εταιρείες, ενώ υπερκαλύπτουν όλες τις παραμέτρους λειτουργικότητας και επιδόσεων συμφώνως των τεχνικών προδιαγραφών των σχετικών προτύπων, κατασκευάζονται και παράγονται με διαφορετικό τρόπο και με διαφορετικές ποσοτικές παραμέτρους από το φωτογραφούμενο προϊόν. Προς επίρρωση των ανωτέρω ενδεικτικά επισημαίνει ότι το προαναφερθέν ... έχει τα ακόλουθα χαρακτηριστικά: ελαστικό υπόστρωμα 25χλστ. πάχους και χυτό επιτόπου (IS σημαίνει in situ) πλήρως υδροπερατό, βάρος 17 περίπου kg/m² και χωρίς προδιαμορφωμένα κανάλια με δυνατότητα αποστράγγισης πέραν των 360 mm/hr και απορρόφηση κραδασμών μεγαλύτερη του 42/% αντί για προκατασκευασμένη ελαστοσυνθετική υπόβαση, ελάχιστου πάχους 14,5mm(+/-5%), με θερμοκολλημένο γεώφασμα κατά την παραγωγή αμφοτερόπλευρα και με σχηματισμένα κανάλια για την απορροή των ομβρίων και συνολικό βάρος 8,20kg/m² (+/-5%). Ομοίως τα προαναφερθέντα ... και ... συστήματα της εταιρείας ... που χρησιμοποιούν ως ελαστικό υπόστρωμα το προϊόν ..., του οποίου τα ουσιώδη λειτουργικά χαρακτηριστικά και χαρακτηριστικά επιδόσεων ικανοποιούν τις τεθείσες από την μελέτη απαιτήσεις της FIFA και του EN 15330- 1, αφού παρουσιάζει ρυθμό υδατικής

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

διήθησης 72cm/hr, απορρόφηση κραδασμών 57%, χρησιμοποιείται από εκατοντάδες πιστοποιημένα συστήματα συνθετικού χλοοτάπητα παγκοσμίως και είναι προκατασκευασμένο, ωστόσο δεν μπορεί να γίνει δεκτό διότι ο τρόπος κατασκευής και παραγωγής του δεν ικανοποιεί τις απαιτήσεις της μελέτης, αφού κατασκευάζεται με κανάλια στο ένα μέρος του αλλά έχει μη υφαντό γεωύφασμα στο ένα μέρος του και όχι στα δύο, έχει βάρος 3,2 kg/M² και όχι 8,20kg/m² (+/-5%), και είναι κατασκευασμένο από θερμοδιασυνδεδεμένο πολυαιθυλένιο και όχι από κόκκους ελαστικού. Αντιστοίχως, το προϊόν ελαστικού υποστρώματος ... της εταιρείας ... (...) της οποίας θα μπορούσα να προσφέρω το σύστημα συνθετικού χλοοτάπητα ποδοσφαίρου ..., κατηγορίας FIFA Quality Pro όπως από τις σελίδες 1-3 της εκθέσεως αποτελεσμάτων εργαστηριακών δοκιμασιών ελέγχου με αριθμό ... του διαπιστευμένου εργαστηρίου ERCAT του Πανεπιστημίου της Γάνδης αποδεικνύεται, συμπεριλαμβάνει το ως άνω ελαστικό υπόστρωμα με απορρόφηση κραδασμών 45%, και υδροπερατότητα μεγαλύτερη από 1.000mm/hr όπως από την σελίδα 9/13 του πιστοποιητικού εργαστηριακού ελέγχου R180830-A1 του διαπιστευμένου από την FIFA εργαστηρίου Labosport συμφώνως του προτύπου NF P90-112 (2016) αποδεικνύεται, αλλά δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό συμφώνως των απαιτήσεων της Διακήρυξης αφού είναι κατασκευασμένο από Πολυαιθυλένιο και όχι από κόκκους ελαστικού, δεν χρήζει ανάγκης γεωυφασμάτων λόγω της φυσικοχημικής δομής και της πυκνότητας της μάζας του, το βάρος του είναι 0,59kg/m² και όχι 8,20kg/m² (+/-5%), περιορίζοντας με τον τρόπο αυτό το περιβαλλοντικό αποτύπωμα κατά το μεταφορικό έργο, και δεν έχει προμορφωμένα κατά την παραγωγή του κανάλια στο κάτω μέρος του για την βελτίωση των αποστραγγιστικών του ιδιοτήτων, αφού ο ρυθμός υδατικής διήθησης που αποδίδει είναι σχεδόν τριπλάσιος των 360mm/hr που η μελέτη απαιτεί, (100cm/hr ήτοι 1.000mm/hr). Ομοίως τα ελαστικά υποστρώματα των υπό αριθμό 7 έως 12 προϊόντων συστημάτων συνθετικού χλοοτάπητα ποδοσφαίρου είναι κατασκευασμένα και μελετημένα ειδικά για χρήση σε αθλητικά συστήματα χλοοτάπητα από τις μεγαλύτερες εξειδικευμένες

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

παραγωγούς ελαστικών αντικραδασμικών υποστρωμάτων της υψηλίου, ήτοι τις ..., ... (με 9 τουλάχιστον επίκαιρα πιστοποιημένα συστήματα FIFA να συμπεριλαμβάνουν προϊόντα της), ... (με 11 τουλάχιστον επίκαιρα πιστοποιημένα συστήματα FIFA να συμπεριλαμβάνουν προϊόντα της), ... (με 188 τουλάχιστον επίκαιρα πιστοποιημένα συστήματα FIFA να συμπεριλαμβάνουν προϊόντα της), ... (με 53 τουλάχιστον πιστοποιημένα συστήματα FIFA να συμπεριλαμβάνουν προϊόντα της), συμφωνούν απόλυτα και υπερέχουν των απαιτήσεων της FIFA και του EN 15330-1, υπερέχουν των λειτουργικών χαρακτηριστικών και επιδόσεων που απαιτούνται από την μελέτη, χρησιμοποιούνται σε όλα τα πλάτη και μήκη της γης σε αγώνες του ανώτατου δυνατού επιπέδου, αλλά παρόλα αυτά κανένα από τα προϊόντα τους όπως και επιπλέον κανένα από τα προϊόντα που μπορούν να κατασκευασθούν χυτά επί τόπου (με 203 τουλάχιστον πιστοποιημένα συστήματα FIFA να συμπεριλαμβάνουν τα σχετικά προϊόντα) και τα οποία ικανοποιούν τις απαιτήσεις των προτύπων και υπερέχουν των λειτουργικών απαιτήσεων της μελέτης, δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό λόγω των φωτογραφικών απαιτήσεων του ειδικού τρόπου και κατασκευής και παραγωγής σε συνδυασμό και με τις εκατέρωθεν οριοθετημένες ποσοτικές απαιτήσεις αποδεκτών ορίων (+/- X %) που προσδιόρισε ο Δήμος ... υποδεικνύοντας αποκλειστικά με τον τρόπο αυτό αναιτιολόγητα και αποκλειστικά προϊόντα της παραγωγού Περαιτέρω, σύμφωνα με την επίσημη ιστοσελίδα της εταιρίας ..., οι μοναδικές εταιρίες που προμηθεύονται αυτό το προϊόν στην Ελλάδα είναι η «...», με έδρα τη ... και η «...» με έδρα το Επομένως, οι ανωτέρω οικονομικοί φορείς και οι προστηθέντες τους είναι οι μόνοι δυνάμενοι να συμμετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό ως συνέπεια των ανωτέρω προδιαγραφών (βλ. ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009). Είναι σαφές επομένως, κατά τον προσφεύγοντα, ότι μέσω της ενσωμάτωσης στην διακήρυξη χαρακτηριστικών που αποκλειστικά διακρίνουν τα προϊόντα τους ευνοούνται αποκλειστικά οι συγκεκριμένοι και μόνο οικονομικοί φορείς και/ή οι συνεργάτες τους. Με αυτό τον τρόπο, όμως, περιορίζεται δραματικά ο ανταγωνισμός σε σημείο που αποκλείει όλους τους

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

πιθανούς προσφέροντες, πλην του κλειστού κύκλου που θα επιλέξουν και θα προσδιορίσουν άμεσα είτε έμμεσα οι προαναφερόμενοι είτε η παραγωγός η ίδια. Παρ' ότι, λοιπόν, τυγχάνει ο προσφεύγων να είναι οικονομικός φορέας στο πρόσωπο του οποίου δεν συντρέχει κανένας νόμιμος λόγος αποκλεισμού και πληροί τα κριτήρια συμμετοχής στον διαγωνισμό, ακριβώς εξαιτίας και των συγκεκριμένων συνδυαστικά τεθέντων απαιτήσεων της Διακήρυξης εμποδίζεται να υποβάλει προσφορά με πιθανότητες ευδοκίμησης και συνεπώς συντρέχει αδυναμία συμμετοχής του στην διαγωνιστική διαδικασία, καθώς με τους συγκεκριμένους ασφυκτικά δεσμευτικούς όρους της επίμαχης διακήρυξης οποιαδήποτε τυχόν προσφορά του θα καταστεί μετά βεβαιότητας απορριπτέα, καθώς, όπως επισημάνθηκε και ανωτέρω, κανένα άλλο είδος αντικραδασμικού υποστρώματος χλοοτάπητα δεν ικανοποιεί σωρευτικά τα χαρακτηριστικά του ειδικού τρόπου παραγωγής και κατασκευής του προϊόντος ... της παραγωγού ... που αποκλειστικά υποδεικνύουν τα συμβατικά τεύχη. Πέρα από την προσωπική άμεση βλάβη που υφίσταται, ο συγκεκριμένος περιορισμός, κατά τον προσφεύγοντα, πλήττει ουσιαστικά τον ελεύθερο ανταγωνισμό εις βάρος του δημοσίου συμφέροντος, αφού οδηγεί κατ' αποτέλεσμα εντελώς αναίτια σε μείωση των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων που πληρούν τα τυπικά προσόντα, ερχόμενος σε ευθεία αντίθεση με την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και τον εφαρμοστικό αυτής Ν. 4412/2016 και τούτο διότι, ενώ υπάρχουν είκοσι έξι (26) διαπιστευμένοι από την FIFA παραγωγοί συστημάτων ποδοσφαιρικών ταπήτων και δύο χιλιάδες εννιακόσια ενενήντα δύο (2.992) συνολικά ελεγμένα προϊόντα κατηγορίας FIFA Quality Pro και ελαστικά υποστρώματα διαφόρων τύπων όπως από τα προηγούμενα αποδεικνύεται, μόνον εννέα (9) και όλα προϊόντα της εταιρείας ..., όπως από τα σχετικά αρχεία της FIFA προκύπτει, συμπεριλαμβάνουν στην σύνθεσή τους το ελαστικό υπόστρωμα ... της εταιρείας ... και ένα (1) μόνον από αυτά έως και σήμερα, στον βαθμό που η πληροφορία διατίθεται από τα ανοικτά αρχεία των αποδεκτών προϊόντων από τον διαδικτυακό τόπο της FIFA, συγκεντρώνει το σύνολο των απαιτήσεων, συμπεριλαμβανομένου του θερμοπλαστικού υλικού πλήρωσης και το πάχος της ίνας του πέλους και δη

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

το Ενόψει των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι οι τιθέμενες τεχνικές απαιτήσεις προκαλούν τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού και δημιουργούν αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕλΣυν/Τμήμα VI/2402/2010). Περαιτέρω ο προσβαλλόμενος όρος συγκεκριμένου τρόπου κατασκευής και παραγωγής προκατασκευασμένου ελαστικού υποστρώματος που αποτελεί περαιτέρω προαπαιτούμενο συνθετικό μέρος του κυρίως πράγματος που είναι ο συνθετικός χλοοτάπητας ποδοσφαίρου, αντίκειται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, ενώ παραβιάζει και την αρχή της αναλογικότητας, αφού δεν εξασφαλίζει ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, εισάγοντας αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού στον εν θέματι διαγωνισμό. Προς επίρρωση των ανωτέρω επισημαίνεται ότι τα ανωτέρω κριτήρια δεν δικαιολογούνται από κάποιον επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος αλλά ούτε και τελούν σε αναλογία με κάποιον επιδιωκόμενο σκοπό (βλ. C-234/03, Ε.Σ. 3372/11, 3065/14, 1795/15, 2484/12). Πέραν των ανωτέρω, οι τεχνικές προδιαγραφές δέον κατά το δυνατόν να μην συνιστούν απλές λεκτικές διατυπώσεις που στηρίζονται σε κρίσεις άνευ αντικειμενικού επιστημονικού ερείσματος. Αντιθέτως, οφείλουν να συνιστούν ένα κλειστό σύστημα ρητών και σταθερών κανόνων που, σύμφωνα με τις κανονιστικές διατάξεις που τις διέπουν, να ανταποκρίνονται σε ένα κοινώς αναγνωρισμένο πρότυπο (είτε Ευρωπαϊκό είτε διεθνές), το οποίο αποτελείται από επιμέρους μεθοδολογίες ελέγχου στηριζόμενες αυτοτελώς σε πρότυπα κοινά και αποδεκτά. Επιπλέον, είναι απαραίτητο να τίθενται τα αποδεκτά όρια εντός των οποίων κάθε προϊόν αξιολογείται και κατατάσσεται, με σκοπό την εξυπηρέτηση του δημοσίου σκοπού. Καθίστανται, με τον τρόπο αυτό, διαφανείς, σαφείς, ρητές, νόμιμες και κατανοητές από όλους τους επιμελείς ενδιαφερομένους. Στην προκειμένη περίπτωση, δεν έχουν τηρηθεί τυπικά και ουσιαστικά τα ως άνω, διότι δεν χρησιμοποιήθηκαν οι κανόνες της επιστήμης μέσω της αξιοποίησης συγκεκριμένων αντικειμενικών μετρήσεων για την αξιολόγηση και την επίτευξη των σκοπών τους οποίους προκρίνει η

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

Αναθέτουσα Αρχή. Η τελευταία, μάλιστα, δεν αιτιολογεί και δεν προσδιορίζει με ποια κριτήρια τέθηκε η εν λόγω περιγραφή και ποιον τεχνικό ή λειτουργικό σκοπό αποκλειστικά αυτή και μόνον μπορεί να εξυπηρετεί. Το αληθές είναι ότι ο όρος αυτός «φωτογραφίζει» συγκεκριμένο προϊόν, χωρίς να υπάρχει κανένας ειδικότερος και νόμιμος σκοπός προς τούτο και χωρίς να καθίσταται αναγκαία η απαίτηση μόνο του εν λόγω προϊόντος, ώστε να αιτιολογείται με κάποιον τρόπο η θέση της ανωτέρω τεχνικής περιγραφής. Ως εναργώς προκύπτει, κατά τον προσφεύγοντα, οι συγκεκριμένες περιγραφές δεν συνιστούν νόμιμη τεχνική προδιαγραφή αφού αφορούν χαρακτηριστικά αποκλειστικού τρόπου κατασκευής και παραγωγής προϊόντος και συναντώνται μόνο στο προϊόν συνθετικού χλοοτάπητα της εταιρίας ..., και ως εκ τούτου, λαμβάνοντας υπόψη και την βλάβη που υφίσταται από τους επίμαχους όρους, θα πρέπει αυτοί να ακυρωθούν.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεών της αναφέρει μεταξύ άλλων ότι: « Στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού, ο λόγος της προδικαστικής προσφυγής περί φωτογραφικών όρων θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Πιο συγκεκριμένα, ο Δήμος ... στο πλαίσιο της ελευθερίας του για τον καθορισμό των προδιαγραφών και τεχνικών χαρακτηριστικών του προς τοποθέτηση χλοοτάπητα στο γήπεδο ... σε συσχέτισμό με τις ανάγκες του για την ικανοποίηση των οποίων τίθενται, προσδιόρισε στην υπ' αρ. 13α/2015 τεχνική μελέτη, αφενός τις εν λόγω προδιαγραφές και τεχνικά χαρακτηριστικά αφετέρου παρέχει την απαιτούμενη αιτιολογία που συνδέει την επιλογή αυτή με την ικανοποίηση των αναγκών της κατασκευής γηπέδου ποδοσφαίρου. Η δε επιλογή των συγκεκριμένων προδιαγραφών και μόνο αυτή διασφαλίζει τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται, ενώ σχετική τεχνική κρίση είναι ανέλεγκτη. Μολονότι, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι τα στοιχεία της υπ' αρ. 13α/2015 τεχνικής μελέτης φωτογραφίζουν το προϊόν που παράγεται από την ... εταιρεία ..., εντούτοις η διακήρυξη του διαγωνισμού δεν απαιτεί επί ποινή αποκλεισμού ως προϋπόθεση για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό ούτε την αποκλειστική συνεργασία του οικονομικού φορέα με την παραγωγό εταιρεία ούτε την

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

προηγούμενη εμπορία του προϊόντος από τον συμμετέχοντα στο διαγωνισμό. Κατ' ακολουθίαν, ο προσφεύγων εφόσον επιθυμούσε να συμμετάσχει στο διαγωνισμό όφειλε και μόνο να προμηθευτεί το συγκεκριμένο είδος συνθετικού χλοοτάπητα από την ... παράγωγο εταιρεία. Επιπλέον, ο ισχυρισμός του περί προμήθειας του προϊόντος αυτού στην Ελλάδα από δύο εταιρείες, δεν αποκλείει οποιαδήποτε άλλη εταιρεία να έρθει σε επαφή με τον παραγωγό του υλικού και να το προμηθευτεί και αυτή. Τα ανωτέρω επιβεβαιώνονται από το γεγονός ότι στο διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων δεν περιλαμβάνονται οι εταιρείες που κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος είναι οι μόνες που προμηθεύονται το προϊόν στην Ελλάδα. Συνεπώς, από όλα τα παραπάνω και σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, προκύπτει ότι οι υπό αμφισβήτηση προδιαγραφές και τεχνικά χαρακτηριστικά δεν περιόρισαν την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στον διαγωνισμό διότι συμμετείχε ικανός αριθμός προσφερόντων. Κατά τούτο ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως απαράδεκτος, σε κάθε δε περίπτωση ως αβάσιμος».

11. Επειδή, στο 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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. 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».

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

12. Επειδή, στο άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της. Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθαρίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας... 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο ή ισοδύναμο».

13. Επειδή, όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣΤΕ 3719/2011, 1105/2010, Ε.Α. ΣΤΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ.ά.), η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Η προαναφερόμενη ελευθερία της αναθέτουσας αρχής, να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως, πρέπει, βεβαίως, να ασκείται με βάση τα οριζόμενα στις οικείες διατάξεις και

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

υπό την αναγκαία προϋπόθεση τηρήσεως των βασικών αρχών που διέπουν τους διαγωνισμούς για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα δε της ισότιμης προσβάσεως σε αυτούς των προτιθεμένων να συμμετάσχουν και της διασφάλισης του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Δεν αποκλείεται, όμως, ο περιορισμός του ανταγωνισμού, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνο αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣτΕ 267/2008). Σε μια τέτοια περίπτωση, που, κατά την ανέλεγκτη ακυρωτικώς τεχνική κρίση της διοικήσεως, μόνον οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες, για την κάλυψη των οποίων τίθενται, νομίμως περιορίζεται ο κύκλος των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, ως αναγκαία συνέπεια της επιλογής αυτής, έστω και αν η επιλεγείσα κατηγορία των προς προμήθεια ειδών με τα συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά προσφέρεται τη δεδομένη χρονική στιγμή από μία μόνον εταιρεία (ΣτΕ 1105/2010, Ε.Α. ΣτΕ 77/2011).

14. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 74 του προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά "χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό.

15. Επειδή, από την ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται σε μια διακήρυξη ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, οι αναθέτουσες αρχές

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

πρέπει να αποφεύγουν με κάθε τρόπο την πρόβλεψη συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης που κατευθύνουν το διαγωνισμό σε ορισμένο κύκλο υποψηφίων αναδόχων, γιατί κάθε αντίθετη ενέργεια καταργεί την ουσία του υγιούς ανταγωνισμού και τη διαφάνεια, ενώ επιπλέον αποβαίνει εις βάρος του δημοσίου συμφέροντος. Συνεπώς, προς διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ιδιαίτερη προσοχή πρέπει να δίδεται από τις αναθέτουσες αρχές κατά την πρόβλεψη τυχόν περιορισμών συμμετοχής, καθόσον έτσι θεσπίζονται αυθαίρετοι και μη συναρτώμενοι προς τις συνθήκες και το είδος της σύμβασης φραγμοί. Ενόψει τούτων καθίσταται σαφές ότι οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού μέσω ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα (βλ. ΕΣ 2402/2010).

16. Επειδή, η απορρέουσα από τις ανωτέρω αρχές υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής συνιστά περιορισμό της διακριτικής της ευχέρειας όσον αφορά στον καθορισμό των προϋποθέσεων συμμετοχής σε ένα διαγωνισμό, αποβλέπουσα αφενός στην επίτευξη ευρείας συμμετοχής σε διαγωνιστικές διαδικασίες, και αφετέρου στον αποκλεισμό επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά. Σε περίπτωση δε που η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί πως συντρέχει επιτακτική ανάγκη επιβολής τέτοιου είδους περιοριστικών μέτρων, αυτή δε πραγματοποιείται ελεύθερα, αλλά οριοθετείται από τη συνταγματική αρχή της αναλογικότητας, ενόψει του ειδικότερου σκοπού που εξυπηρετεί και των ενδεχόμενων διακρίσεων που εισάγει (βλ. ΔΕΚ C-148/91, σκ. 9, C-19/92, σκ. 32). Επομένως οποιοσδήποτε περιορισμός που εισάγει η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, εξασφαλίζοντας σε κάθε περίπτωση συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού.

17. Επειδή, αφενός ο προσφεύγων με αποδείξεις επικαλείται ότι το προϊόν προκατασκευασμένο ελαστικό υπόστρωμα ... η/και ... της παραγωγού

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

εταιρείας ... είναι το μόνο που πληροί σωρευτικά τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, στοιχειοθετεί δε επαρκώς ότι δεν υφίστανται άλλα προϊόντα είτε του ίδιου είτε άλλου κατασκευαστή που πληρούν τις παραπάνω προδιαγραφές αφετέρου η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της συνομολογεί επί της ουσίας ότι ένα και μοναδικό προϊόν συγκεντρώνει τα ποιοτικά χαρακτηριστικά που έχει θέσει με την Τεχνική της Μελέτη όταν ισχυρίζεται ότι *«...εφόσον ο προσφεύγων επιθυμούσε να συμμετάσχει στο διαγωνισμό όφειλε και μόνο να προμηθευτεί το συγκεκριμένο είδος συνθετικού χλοοτάπητα από την ... παράγωγο εταιρεία. Επιπλέον, ο ισχυρισμός του περί προμήθειας του προϊόντος αυτού στην Ελλάδα από δύο εταιρείες, δεν αποκλείει οποιαδήποτε άλλη εταιρεία να έρθει σε επαφή με τον παραγωγό του υλικού και να το προμηθευτεί και αυτή...»*. Το γεγονός, όμως, ότι τα συμβατικά τεύχη του διαγωνισμού υποδεικνύουν ένα συγκεκριμένο είδος συστήματος χλοοτάπητα ποδοσφαίρου, όπως προσδιορίζεται από τις συνδυαστικές απαιτήσεις του τρόπου κατασκευής και παραγωγής του ελαστικού υποστρώματος, ενός μόνον συγκεκριμένου παραγωγού αντίκειται στις διατάξεις του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα της παραγράφου 4 αυτού, εφόσον τελικά οι τεχνικές προδιαγραφές, χωρίς να δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής ή παραγωγής που έχει ως αποτέλεσμα, ελλείψει και της μνείας περί ισοδυνάμου, να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα με αποτέλεσμα την καταστρατήγηση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, της αρχής της διαφάνειας και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού. Το γεγονός εξάλλου ότι στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν υπό τις παρούσες τεχνικές προδιαγραφές πέντε οικονομικοί φορείς δεν αναιρεί ότι έχει επέλθει παρανόμως, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, αδικαιολόγητος περιορισμός του ανταγωνισμού.

18. Επειδή, περαιτέρω, τα παραπάνω κριτήρια δεν δικαιολογούνται από κάποιον επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος αλλά ούτε τελούν σε αναλογία με κάποιον επιδιωκόμενο σκοπό και η αναθέτουσα αρχή δεν

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αιτιολογεί επαρκώς και δεν προσδιορίζει με ποια κριτήρια τέθηκε η εν λόγω περιγραφή και ποιον τεχνικό ή λειτουργικό σκοπό αποκλειστικά αυτή και μόνον αυτή μπορεί να εξυπηρετήσει αλλά προβάλλει απλώς ότι η επιλογή των συγκεκριμένων προδιαγραφών και μόνο αυτή διασφαλίζει τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται και η σχετική αυτή τεχνική κρίση της είναι ανέλεγκτη. Ωστόσο, σύμφωνα με τις σκ. 13-16 η αναθέτουσα αρχή υφίσταται περιορισμούς της διακριτικής της ευχέρειας όσον αφορά τον καθορισμό των τεχνικών προδιαγραφών και προϋποθέσεων συμμετοχής ώστε να μην συρρικνώνεται η ελεύθερη αγορά και περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός. Επομένως, κατόπιν όσων αναλύθηκαν στις σκέψεις 11 έως 18 της παρούσας ο πρώτος λόγος της προσφυγής προβάλλεται βασίμως, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο όρος γ) του Κεφαλαίου «Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης-Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα» που τίθεται στην από 29.10.2018 Τεχνική Περιγραφή – Τεχνικές Προδιαγραφές (αρ. μελέτης 13α), στην οποία παραπέμπει το άρθρο 11 της επίμαχης διακήρυξης.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΔΕΥΤΕΡΟΥ ΛΟΓΟΥ:

19. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του ο πρώτος προσφεύγων προβάλλει α) ότι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες παραπέμπει το άρθρο 14 της επίμαχης διακήρυξης και αφορούν στο κεφάλαιο “Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης - Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα” [ελάχιστο πάχος 14,5 mm (+/- 5%) και συνολικό βάρος 8,20kg/m²(+/- 5%)] , δεν πληρείται η αρχή της διαφάνειας στο βαθμό που οι ανωτέρω ελάχιστες τεχνικές απαιτήσεις δεν διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία. Και τούτο διότι όσον αφορά στα δύο συγκεκριμένα σημεία των ανωτέρω προδιαγραφών, αν και αποτελούν ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του συνθετικού χλοοτάπητα που θα πρέπει να τηρεί το προϊόν, εντούτοις και για κάθε μία από τις δύο εν λόγω ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές, ως ποσοτική τιμή δεν ορίζεται μόνο το ελάχιστο ποσοτικό όριο, από το οποίο θα προέκυπτε με σαφήνεια ότι αν το προϊόν τις υπερβαίνει είναι αποδεκτό, και αν όχι θα αποκλείεται, καθιστώντας

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

τον υπόψη όρο ορισμένο και σαφή, αλλά ορίζεται και ποσοστό απόκλισης, προς τα πάνω και προς τα κάτω κατά 5%. Ομοίως, κατά τον προσφεύγοντα, από τις αναφερόμενες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές, για τις έξι από αυτές που αφορούν στο κεφάλαιο “Τεχνητός Συνθετικός Ποδοσφαιρικός Χλοοτάπητας” [ύψος του πέλους 45mm (+/-5%), ίνες με συνολικό αριθμό 115.000/m² (+/-10%), ραμμένες σε σύνολο 9.700/m² (+/-10%), επί πρωταρχικής βάσης (primary backing) διπλής στρώσης εκ πολυπροπυλενίου, βάρους της βάσης 215gr/m² (+/-5%), η οποία θα καλύπτεται με πολουρεθάνη βάρους 750gr/m² (+/-10%), δημιουργώντας έτσι τη συνολική βάση (backing) του πέλους, γ) το συνολικό του βάρους θα πρέπει να είναι 2.220gr/m² (+/-10%)] δεν πληρείται η αρχή της διαφάνειας κατ’ αντιστοιχία με όσα αναφέρθηκαν παραπάνω. Υπό την ανωτέρω διατύπωση, οι ως άνω τεχνικές απαιτήσεις είναι αόριστες στο βαθμό που εκφράζονται όχι ως μια συγκεκριμένη ελάχιστη τιμή, αλλά ως διάστημα μεταξύ μιας τιμής και μιας άλλης, καθιστώντας μη κατανοητό αν το “ελάχιστο” όριο για κάθε κριτήριο - τεχνική προδιαγραφή είναι τελικά το “κατώτερο/προς τα κάτω” όριο του παραπάνω διαστήματος και απόκλισης, ανά προδιαγραφή ή η βασική τιμή που αναφέρει η προδιαγραφή ή αντίστροφα το “ ανώτατο/προς τα πάνω ” όριο του παραπάνω διαστήματος και απόκλισης. Σε κάθε δε περίπτωση, δεν είναι κατανοητό γιατί η διακήρυξη αντί να θεσπίσει μια συγκεκριμένη ελάχιστη τιμή, επέλεξε να ορίσει μια άλλη μεγαλύτερη τιμή, αλλά παράλληλα να θέσει και απόκλιση προς τα κάτω 5% ή 10%, ενώ η θέσπιση ανώτερης τιμής είναι αντιφατική, αφού σε περίπτωση που η τεχνική προσφορά των υποψήφιων αναδόχων ξεπερνάει αυτήν, τούτο σημαίνει ότι το προϊόν θα είναι αντίστοιχα, για κάθε μια από τις προδιαγραφές πιο συμπαγές, «βαρύ», σταθερό και ανθεκτικό. Η ασάφεια, η ανομία και το πρόβλημα επιτείνονται με δεδομένο ότι το κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η συμφερότερη προσφορά από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, η οποία προκύπτει μετά από αξιολόγηση του βαθμού συμμόρφωσης των προσκομιζόμενων τεχνικών προδιαγραφών, τεχνικών χαρακτηριστικών, παρεχόμενων εγγυήσεων, πιστοποιητικών, βεβαιώσεων, δειγμάτων, κλπ.,

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

των βασικών υλικών του σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα και της αντικραδασμικής του υπόβασης, σε σχέση με τα αντιστοίχως τιθέμενα στην υπ' αριθμόν 13α/2015 μελέτης της υπηρεσίας. Τούτο διότι για παράδειγμα θα κριθούν αποδεκτά και θα πρέπει να αξιολογηθούν ως προς τα τεχνικά χαρακτηριστικά τους 2 προϊόντα που θα εμφανίζουν μεταξύ τους απόκλιση 10% ή και 20% ακόμα ως προς τα ελάχιστα ποιοτικά τους κριτήρια, ήτοι την βάση από την οποία θα πρέπει να ξεκινήσει η βαθμολόγησή τους, γεγονός όμως που εξ ορισμού δημιουργεί άνισες συνθήκες ανταγωνισμού, κατά παράβαση των ανωτέρω σχετικών διατάξεων και των αργών του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου. Με τον τρόπο αυτό δηλαδή, πέρα από όλα τα άλλα, καθίσταται ασαφής και διαφοροποιείται ανά προϊόν, κατά μη νόμιμο τρόπο, η βάση εκκίνησης της βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών. Κατόπιν τούτων, καθίσταται σαφές κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα ότι τα εν λόγω ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια, ειδικά σε σύστημα όπου κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η συμφερότερη προσφορά από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής και θα λάβει χώρα η βαθμολόγηση των προϊόντων που πληρούν τα ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια, επιβάλλεται να θεσπίζονται από την αναθέτουσα αρχή αποκλειστικά με την μορφή κριτηρίων on/off, ώστε να καθίσταται σαφές από τους διαγωνιζόμενους ποια είναι τα ελάχιστα κριτήρια που πρέπει να πληροί το προϊόν καθώς και ποιος είναι ο βαθμός συμμόρφωσης των προσκομιζόμενων τεχνικών προδιαγραφών σε σχέση με τα αντιστοίχως τιθέμενα από τη διακήρυξη. Επομένως, για τους παραπάνω λόγους, οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές καθ' ο μέρος θεσπίζονται με προς τα πάνω και προς τα κάτω όρια απόκλισης από την τιμή αναφοράς, ήτοι $\pm 5\%$ και $\pm 10\%$, ασαφώς και αορίστως τίθενται, σε κάθε δε περίπτωση χωρίς καμία ειδικότερη αιτιολόγηση ή διευκρίνιση από την αναθέτουσα αρχή, προσβάλλοντας τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, και κατά τούτο θα πρέπει να ακυρωθούν.

20. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της προβάλλει ότι: «Η αναθέτουσα αρχή στην υπ' αρ. 13α/2015 Τεχνική Μελέτη καταγράφει αναλυτικά τις προδιαγραφές και τα τεχνικά χαρακτηριστικά αφενός του

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

τεχνητού συνθετικού ποδοσφαιρικού χλοοτάπητα αφετέρου της αντικραδασμικής υπόβασης του τεχνητού χλοοτάπητα. Στην περιγραφή αυτή ορίζεται μία τιμή ανά χαρακτηριστικό, η οποία περαιτέρω συνοδεύεται από προσδιορισμό ενός ποσοστού απόκλισης από την τιμή αυτή τόσο προς τα πάνω, όσο και προς τα κάτω (+/- 5%, +/- 10%). Τα ποσοστά αυτά έχουν την έννοια ότι μία τιμή στα τεχνικά χαρακτηριστικά που δεν συμπίπτει με την καθοριζόμενη τιμή, δεν συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς εφόσον εμπίπτει στο οριζόμενο ποσοστό απόκλισης. Αντιστοίχως, και η αξιολόγηση των προδιαγραφών και τεχνικών χαρακτηριστικών θα γίνει σε συσχετισμό με την καθοριζόμενη τιμή ή την απόκλισή της από αυτή, εντός όμως των ορίων που χαράσσουν τα ποσοστά απόκλισης, βάσει της προβλεπόμενης στο άρθρο 14 της διακήρυξης βαθμολογίας και συντελεστή στάθμισης ανά κριτήριο αξιολόγησης. Ως εκ τούτων, δεδομένου ότι οι ως άνω όροι είναι απολύτως σαφείς και ορισμένοι πρέπει να απορριφθεί ο λόγος αυτός της προσφυγής».

21. Επειδή, υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να διατυπώνει με σαφήνεια τους όρους της διακήρυξης, σύμφωνα δε με την αρχή της διαφάνειας επιβάλλεται στην αναθέτουσα αρχή να περιγράψει κατά τρόπο απολύτως σαφή και ακριβή τις πραγματικές συνθήκες υπό τις οποίες ο υποψήφιος ανάδοχος δύναται να συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία, σε περίπτωση δε επιλογής του να εκτελέσει τη σύμβαση, ούτως ώστε αυτός να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα συμμετάσχει ή όχι στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του, τις ίδιες ακριβώς ευκαιρίες με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του.

22. Επειδή, έχει κριθεί συναφώς ότι τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, κατά την

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑΣΤΕ 423, 424, 425/2011). Τούτο, διότι 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, έκδ. θ', σελ. 776).

23. Επειδή, στην υπόψη περίπτωση θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, ανεξάρτητα από το κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού, παραδεκτώς θεσπίζονται από την αναθέτουσα αρχή ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια. Ο προσφέρων που θα τα πληροί δεν δύναται να αποκλειστεί αφενός και αφετέρου το ποσοστό απόκλισής του από την οριζόμενη τιμή κατά επιτρεπτό όριο θα αξιολογείται αναλόγως σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αντίστοιχο άρθρο της διακήρυξης. Εντούτοις, αυτά θα πρέπει να τίθενται με την μορφή κριτηρίων on/off, ότι, δηλαδή, εφόσον πληρούνται από τους διαγωνιζόμενους η προσφορά τους είναι παραδεκτή. Για την πλήρωση των κριτηρίων αυτών και για την αντικειμενική κρίση της αναθέτουσας, θα πρέπει να ορίζεται μια ελάχιστη τιμή, η οποία όταν καλύπτεται από την προσφορά των διαγωνιζομένων, η τελευταία θα είναι παραδεκτή.

24. Επειδή, εν προκειμένω, παραδεκτώς τίθενται τα ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια, από τις απόψεις δε τις αναθέτουσας αρχής διευκρινίζεται και προκύπτει, πλέον σαφώς, ότι ως ελάχιστη τιμή των υπόψη κριτηρίων είναι η τιμή αναφοράς, μειωμένη κατά 5% ή 10% και ως εκ τούτου αποδεκτή είναι οποιαδήποτε τιμή μεγαλύτερη της ελάχιστης.

25. Επειδή, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι όσον αφορά το μεγαλύτερο εύρος επί της τιμής αναφοράς, ήτοι το +5% ή +10% (αναλόγως των προδιαγραφών), ουδεμία αιτιολογία ή διευκρίνιση παρέχεται από την αναθέτουσα αρχή, θα πρέπει δε να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι αν η προσφορά υπερκαλύπτει το όριο αυτό, τούτο σημαίνει ότι το υπό προμήθεια προϊόν καθίσταται ποιοτικότερο για την

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αναθέτουσα αρχή και σε καμία περίπτωση δεν δύναται να θεωρείται ότι δεν καλύπτει τις ελάχιστες ποιοτικές τεχνικές προδιαγραφές και η επί τα βελτίω προσφορά να τυγχάνει αποκλειστέα, παραβιάζοντας προφανώς τις αρχές της ισότητας και της μη διακριτικής μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

26. Επειδή, επομένως, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι για τους παραπάνω λόγους, οι συγκεκριμένες τέσσερις προδιαγραφές καθ' ο μέρος θεσπίζονται με προς τα κάτω όρια απόκλισης από την τιμή αναφοράς, ήτοι -5% από τις αντίστοιχες τιμές αναφοράς, παραδεκτώς τίθενται αυτά, αφού συνιστούν την ελάχιστη τιμή.

27. Επειδή, εντούτοις το προς τα άνω όριο απόκλισης από την τιμή αναφοράς, ήτοι το +5% ή +10% από της τιμής αναφοράς, ασαφώς και αορίστως τίθεται, σε κάθε δε περίπτωση ουδεμία αιτιολόγηση ή διευκρίνιση παρέχεται από την αναθέτουσα αρχή, προσβάλλοντας τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, και κατά τούτο θα πρέπει να ακυρωθεί, γινομένου δεκτού του αντίστοιχου λόγου ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης του προσφεύγοντος ως νόμω και ουσία βάσιμου.

28. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων θέτει με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του και δεύτερο ζήτημα ασάφειας, διότι στο Τιμολόγιο Μελέτης (υπ' αριθ. 13α/2015 μελέτη), το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής σύμφωνα με το άρθρο 2 της διακήρυξης, ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: *«Α.Τ.: 46 Άρθρο: ΝΑΟΙΚ ΑΑ73.96.ΣΧ2- Εργασίες διάστρωσης κόκκων καουτσούκ δια κατάλληλων μηχανικών μέσων και μεθόδων ενσωμάτωσης σε ποσότητα τουλάχιστον 9 kg/m². Κωδικός αναθεώρησης: ΟΙΚ 7396 100%. Οι εργασίες διάστρωσης - επίτασης των κόκκων καουτσούκ, κοκκομετρίας από 0,5mm έως 2,5mm, μαύρου χρώματος, σε ποσότητα 9kg/m², θα γίνουν δια κατάλληλων μηχανικών μέσων & μεθόδων ενσωμάτωσης, κατά τα λοιπά κατά τα οριζόμενα στη τεχνική περιγραφή και τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης της υπηρεσίας. Συμπεριλαμβάνεται και η προμήθεια και μεταφορά κόκκων ανακυκλωμένου ελαστικού χαρακτηριστικών ως ανωτέρω και απαλλαγμένων από ξένα στοιχεία και σκόνη. Τιμή για έναν τετρ. μέτρο πλήρους και έντεχνης*

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

διάστρωσης - επίπασης στρώσης μίγματος οικολογικού θερμοπλαστικού καουτσούκ συμπεριλαμβανομένης της προμήθειας των υλικών ΕΥΡΩ (Αριθμητικά) : 5.70 € /τμ (Ολογράφως) ΠΕΝΤΕ ΕΥΡΩ ΚΑΙ ΕΒΔΟΜΗΝΤΑ ΛΕΠΤΑ». Περαιτέρω, στη Τεχνική Περιγραφή- Τεχνικές Προδιαγραφές (υπ' αριθ. 13α/2015 μελέτη), η οποία αποτελεί ομοίως αναπόσπαστο μέρος αυτής σύμφωνα με το άρθρο 2 της διακήρυξης, ορίζονται στο κεφάλαιο «Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης – Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα» τα ακόλουθα: «...στ) επί του ήδη διαστρωθέντος τάπητα, με κατάλληλο μηχανολογικό εξοπλισμό στη συνέχεια θα γίνει διάστρωση - διανομή υλικού πλήρωσης από μίγμα χαλαζιακής άμμου στρογγυλής, πλυμένης και στεγνωμένης, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0.8mm έως 1.6mm σε ποσότητα τουλάχιστον 20kg m² με κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού καουτσούκ, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0.5mm έως 2.5mm. μαύρου χρώματος, σε ποσότητα τουλάχιστον 9kg/m², πλήρως απαλλαγμένων των υλικών αυτών από ξένα στοιχεία και σκόνη». Από την συνδυαστική ερμηνεία των ανωτέρω, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, προκύπτει ότι α) οι εργασίες διάστρωσης κόκκων καουτσούκ θα γίνουν κατά τα οριζόμενα στη τεχνική περιγραφή και τεχνικές προδιαγραφές και ότι η τιμή για έναν τετρ. μέτρο πλήρους και έντεχνης διάστρωσης - επίπασης στρώσης μίγματος οικολογικού θερμοπλαστικού καουτσούκ - συμπεριλαμβανομένης της προμήθειας των υλικών- ανέρχεται στο ποσό των 5.70 € /τμ και ότι β) σύμφωνα με την Τεχνική Περιγραφή- Τεχνικές Προδιαγραφές, επί του ήδη διαστρωθέντος τάπητα, με κατάλληλο μηχανολογικό εξοπλισμό θα γίνει διάστρωση - διανομή υλικού πλήρωσης από μίγμα χαλαζιακής άμμου στρογγυλής, πλυμένης και στεγνωμένης, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0.8mm έως 1.6mm σε ποσότητα τουλάχιστον 20kg/m² με κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού καουτσούκ, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0,5mm έως 2,5mm, μαύρου χρώματος. Από το σύνολο των ανωτέρω δημιουργείται ασάφεια σχετικά με το είδος ελαστικού υλικού πλήρωσης του πέλους που πράγματι απαιτείται για την παραδεκτή συμμετοχή των οικονομικών φορέων στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Ειδικότερα,

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

όπως ισχυρίζεται ο πρώτος προσφεύγων, δεν προκύπτει εν προκειμένω το είδος του απαιτούμενου υλικού, δεδομένου ότι το υλικό που αναφέρεται στο τιμολόγιο μελέτης είναι το οικολογικό θερμοπλαστικό καουτσούκ, ενώ το υλικό που αναφέρεται στη τεχνική περιγραφή είναι το ανακυκλωμένο καουτσούκ μαύρου χρώματος. Δεδομένου όμως, ότι δεν ταυτίζονται τα ως άνω υλικά, η διακήρυξη είναι ασαφής με αποτέλεσμα να καθίσταται ιδιαίτερα δυσχερής η υποβολή άρτιας και παραδεκτής εκ μέρους του προσφοράς. Τούτο διότι δεν είναι σαφές και ξεκάθαρο ποιο από τα δύο υλικά είναι αυτό που θα γίνει αποδεκτό στο πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτό παραβιάζεται το άρθρο 53 Ν. 4412/2016 ενόψει της δημιουργούμενης αμφιβολίας για το παραδεκτό της υποβληθείσας εκ μέρους του προσφοράς. Επιπρόσθετα επισημαίνεται ότι τα δύο υλικά διαφέρουν σημαντικά και ως προς την τιμή (η τιμή του θερμοπλαστικού οικολογικού καουτσούκ είναι οκταπλάσια από τη τιμή του ανακυκλωμένου καουτσούκ μαύρου χρώματος), ώστε καθίσταται ιδιαίτερα δυσχερές για εκείνον να υποβάλει μία προσφορά που θα είναι η συμφερότερη από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι δεν είναι σαφές ποιο από τα δύο προϊόντα ή αν και τα δύο θα γίνουν αποδεκτά στον υπό κρίση διαγωνισμό. Ενόψει όμως του ότι κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η συμφερότερη προσφορά από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, είναι προφανές ότι η διατήρηση των ανωτέρω όρων της διακήρυξης του προκαλεί άμεση βλάβη. Επομένως, οι συγκεκριμένες προδιαγραφές τίθενται ασαφώς και αορίστως, προσβάλλοντας τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, και κατά τούτο θα πρέπει να ακυρωθούν.

29. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επί του συγκεκριμένου ζητήματος προβάλλει ότι η αναγραφή του όρου «ανακυκλωμένο καουτσούκ» έγινε εκ προφανούς παραδρομής, συνιστά δε επουσιώδη πλημμέλεια, μη άγουσα στη ματαίωση του διαγωνισμού, διότι επρόκειτο για ευχερώς διαγνώσιμη παραδρομή από το μέσο εύλογα ενημερωμένο και επιδεικνύοντα τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενο. Τούτο

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

προκύπτει, κατά την αναθέτουσα από: α) την αναγραφόμενη τιμή τόσο στο Τιμολόγιο όσο και στον Προϋπολογισμό. Υφίσταται μεγάλη απόκλιση της τιμής μεταξύ των δύο προϊόντων (όπως ομολογεί και ο ίδιος ο προσφεύγων), η οποία δικαιολογείται από τη διάσταση ως προς την ποιότητα και απόδοση των δύο υλικών. Επομένως, και μόνο από την τιμή ήταν σε θέση να αντιληφθεί ότι εκ παραδρομής σημειώθηκε ο όρος «ανακυκλωμένο καουτσούκ» επιπλέον του απαιτούμενου «οικολογικού θερμοπλαστικού καουτσούκ». β) Στον προϋπολογισμό της μελέτης, στον οποίο γίνεται ακριβής καταγραφή των αποτιμώμενων σε οικονομική αξία εργασιών του υπό ανάθεση έργου, αναγράφεται ορθώς ο όρος «οικολογικό θερμοπλαστικό καουτσούκ» και μόνον. γ) Στο τιμολόγιο της μελέτης (σελ.7) ρητώς επαναλαμβάνεται ο όρος «οικολογικό θερμοπλαστικό καουτσούκ», υλικό που αντιστοιχεί άλλωστε στην προσδιοριζόμενη δύναμη αυτού τιμή. Η εκ παραδρομής αναγραφή στην ίδια σελίδα του όρου «ανακυκλωμένου καουτσούκ», δεν αναιρεί την κατά τα ανωτέρω ευχερή διάγνωση εκ του προσφεύγοντος του αληθούς απαιτούμενου για την κατασκευή του έργου υλικού. Εξάλλου, το ότι η ίδια εσφαλμένη αναγραφή επαναλαμβάνεται αυτολεξεί εκ προφανούς παραδρομής στην Τεχνική Περιγραφή, υποδηλώνει ότι δεν συνιστά προϊόν νέας συνειδητής καταγραφής αλλά οφείλεται σε παραδρομή που δικαιολογείται από την ανάγκη πολλαπλής καταγραφής των αυτών στοιχείων σε πλείονα τεύχη της σύμβασης, η οποία γίνεται αυτοματοποιημένα, χωρίς επανέλεγχο του κειμένου και πολλές φορές έχει σαν αποτέλεσμα να διαλανθάνουν της προσοχής της αναθέτουσας παρόμοια σφάλματα. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αναφέρει ότι ο προσφεύγων είχε κάθε δικαίωμα κατ' άρθρο 2.3. της Διακήρυξης να ζητήσει διευκρινίσεις από την Αναθέτουσα.

30. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή εξηγεί επαρκώς και εναργώς ότι πρόκειται περί εκ παραδρομής σφάλμα και ταυτόχρονα ο ίδιος ο προσφεύγων στην προσφυγή του, ως εύλογα ενημερωμένος και επιμελής διαγωνιζόμενος επισημαίνει την ποιοτική και οικονομική απόκλιση των δύο προϊόντων και σε συνδυασμό τόσο με τον προϋπολογισμό της μελέτης όσο και με την

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αναγραφόμενη τιμή στο Τιμολόγιο μπορεί ευκόλως να αντιληφθεί ποιο είναι το ζητούμενο από την διακήρυξη προϊόν. Περαιτέρω, πράγματι είχε τη δυνατότητα να θέσει διευκρινιστικό ερώτημα στην αναθέτουσα κατ' άρθρο 2.3. της διακήρυξης, χωρίς αυτό να του απαγορεύει να θέσει το ζήτημα της ασάφειας τούτης αρχικά με την προδικαστική προσφυγή. Εν τούτοις, επειδή από τα ως άνω προκύπτει ότι πρόκειται για επουσιώδη πλημμέλεια, η οποία δεν δύναται να οδηγήσει εξ αυτού του λόγου σε ματαίωση του διαγωνισμού και για το λόγο ότι δεν μπορεί να αποτελέσει ουσιώδη ασάφεια η συγκεκριμένη εκ παραδρομής αναγραφή του όρου «ανακυκλωμένο καουτσούκ» αντί του ορθού «οικολογικού θερμοπλαστικού καουτσούκ» σε ευλόγως ενημερωμένους και επιμελείς διαγωνιζόμενους. Επομένως, η προβαλλόμενη επουσιώδης ασάφεια μη προσβάλλουσα τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης δεν χρήζει ακύρωσης και ως εκ τούτου ο αντίστοιχος λόγος ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης από τον προσφεύγοντα δεν μπορεί να γίνει δεκτός.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΤΡΙΤΟΥ ΛΟΓΟΥ:

31. Επειδή, ο προσφεύγων με τον τρίτο λόγο της προσφυγής του προβάλλει ότι πρέπει να ακυρωθούν ως μη νόμιμοι και αντιβαίνοντες στις διατάξεις του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016 οι όροι α) 21.1. της επίμαχης διακήρυξης του Δήμου ..., ο οποίος ορίζει, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: «21. Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 21.1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 1η τάξη και άνω.», β) «22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (α) Σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, η αναθέτουσα αρχή επιβάλλει ως απαίτηση προκειμένου οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, να είναι εγγεγραμμένοι στη 1η Τάξη της κατηγορίας ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ του ΜΕΕΠ και άνω...», γ) «23.4. Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής Δραστηριότητας του άρθρου 22.Β (α) Όσον αφορά την καταλληλότητα για την

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. στην/στις κατηγορία/ες ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ στην 1η Τάξη». Συγκεκριμένα, αναφέρει ότι το επίμαχο έργο αφορά εργασίες που θα πραγματοποιηθούν για την αντικατάσταση χλοοτάπητα γηπέδου στο Δήμο Στην εκτέλεση των ανωτέρω εργασιών η αναθέτουσα αρχή θεώρησε εσφαλμένα ότι μπορούν να ανταποκριθούν οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.Ε.Π. στις κατηγορίες 1η και άνω για οικοδομικά έργα. Ωστόσο, κατά την έκδοση του επίμαχου όρου της διακήρυξης του Δήμου ... φαίνεται να μη λήφθηκε υπόψη ο σύνθετος χαρακτήρας του συγκεκριμένου έργου, το οποίο περιλαμβάνει, πέρα από οικοδομικές εργασίες, εργασίες οδοποιίας σε ποσοστό μεγαλύτερο του 10% του συνόλου των εργασιών, παρά τον εσφαλμένο χαρακτηρισμό μερικών εξ' αυτών ως έργα υπαγόμενα στη κατηγορία οικοδομικών εργασιών. Πιο συγκεκριμένα, όπως προκύπτει από την υπ' αριθ. ΔΝΣγ/οικ.35577/ΦΝ 466 Υ.Α. του Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών «Κανονισμός Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών για δημόσιες συμβάσεις έργων» (ΦΕΚ 1746 Β717.05.2017) και ειδικότερα από το κεφάλαιο «Περιγραφικό Τιμολόγιο Εργασιών Οδοποιίας» οι δαπάνες φορτοεκφόρτωσης και μεταφοράς προστίθενται στο τιμολόγιο Εργασιών Οδοποιίας. Πάρα ταύτα, όπως εξειδικεύεται στο Τιμολόγιο Μελέτης της επίμαχης διακήρυξης, στις εργασίες της κατηγορίας οικοδομικών έργων έχουν συμπεριληφθεί και οι εργασίες της ομάδας 1 με αύξοντα αριθμό 2 και 3, ήτοι οι εργασίες φορτοεκφόρτωσης υλικών επί αυτοκινήτου ή σε ζώα με μηχανικά μέσα και οι μεταφορές με αυτοκίνητο δια μέσου οδών καλής βατότητας, δαπάνης 2.240,00€ και 36.750,00€ αντιστοίχως, παρά το γεγονός ότι αποτελούν εργασίες της κατηγορίας έργων οδοποιίας και συνδέονται και αφορούν αποκλειστικά εργασίες της κατηγορίας οδοποιίας της ομάδας 1 με α.τ. 1 (Γενικές εκσκαφές σε έδαφος γαιώδες- ημιβραχώδες) και α.τ. 4 (Εκσκαφή τεχνικών έργων και τάφρων πλάτους έως 5,0m). Αν συνυπολογιστούν οι προαναφερόμενες εργασίες, που εσφαλμένα συμπεριελήφθησαν στην κατηγορία οικοδομικών, στην ορθή κατηγορία οδοποιίας, ο συνολικός

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

προϋπολογισμός δαπάνης των εργασιών οδοποιίας, όπως αυτές αποτυπώνονται στον προϋπολογισμό μελέτης [(Ομάδα 1 (1+2+3) και ομάδα 4 (41+42+43+44)] θα ανέλθει στο ποσό των 109.098,80 € ευρώ (ήτοι 2.240,00+ 5.775,00+ 36.750,00+ 24.734,16+ 16.489,44+ 11.555,10 ποσό που αντιστοιχεί στα έργα οδοποιίας και υπερβαίνει κατά πολύ το 10% του συνόλου της δαπάνης των εργασιών του επίμαχου έργου (517.678,20€ X 10%=51.767,82€). Ενόψει τούτου δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της επίμαχης σύμβασης θα έπρεπε να έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι σε αμφότερες τις σχετικές κατηγορίες εργασιών του έργου, ήτοι στις κατηγορίες για : 1) έργα οικοδομικά και 2) έργα οδοποιίας. Είναι προφανές, κατά τον προσφεύγοντα, ότι η διατήρηση των ανωτέρω όρων της διακήρυξης, οι οποίοι παραβιάζουν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό, του προκαλεί άμεση βλάβη, καθώς διασαλεύει με μη νόμιμο τρόπο τον ανταγωνισμό σε βάρος μου, δεδομένου ότι είναι εγγεγραμμένος στο ΜΕΕΠ και για τις δύο κατηγορίες έργων. Η διασάλευση του υγιούς ανταγωνισμού πραγματοποιείται δια της παροχής δικαιώματος συμμετοχής οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, κατά παράβαση της αρχής της νομιμότητας, πλήττοντας έτσι το δημόσιο συμφέρον, καθώς διακινδυνεύεται η ποιότητα και η ασφάλεια του έργου και βέβαια επιτρέπει την υποβολή ιδιαίτερα χαμηλών προσφορών από φορείς που δεν διαθέτουν τα από το νόμο απαιτούμενα προσόντα για να εκτελέσουν το υπό κρίση έργο. Σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να τίθενται όροι με τρόπο που οδηγεί ευθέως σε καταστρατήγηση των αρχών της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων, εξομοιώνοντας τους οικονομικούς φορείς προς τα κάτω. Δεδομένου του ότι μετά την αφαίρεση από το συνολικό προϋπολογισμό εργασιών του έργου της αξίας της δαπάνης του συνόλου των λοιπών εργασιών απομένει το ποσό των 109.098,80 ευρώ που αφορά αποκλειστικά εργασίες οδοποιίας, καθίσταται σαφές ότι κατ' ορθή ερμηνεία και εφαρμογή των κρίσιμων νομικών διατάξεων στον ελεγχόμενο διαγωνισμό θα έπρεπε να έχουν κληθεί εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στις ανάλογες

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

κατηγορίες έργων οικοδομικών και έργων οδοποιίας, σύμφωνα με τη ρητή επιταγή της διάταξης του άρθρου 76 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, ο δημοσιευθείς όρος της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο στον ελεγχόμενο διαγωνισμό δύνανται να λάβουν μέρος εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες αποκλειστικά στην κατηγορία των οικοδομικών έργων, κατά το μέρος που παρέλειψε να περιλάβει και την απαίτηση εγγραφής στην κατηγορία έργων οδοποιίας, είναι μη νόμιμος και άγει σε ουσιώδη νομική πλημμέλεια, με δεδομένο ότι παραβιάζει τη διάταξη του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016. Εφόσον, λοιπόν, δεν καλούνται να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό οι εργοληπτικές επιχειρήσεις οι εγγεγραμμένες σε όλες τις οφειλόμενες από τον νόμο κατηγορίες, όπως από τον νόμο οφείλετο να κληθούν, η διεξαγωγή του διαγωνισμού είναι μη νόμιμη.

32. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις υποστηρίζει ότι: α) ο συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται απαραδέκτως λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος διότι δεν επικαλείται βλάβη, η οποία νοείται όχι ως απλή επίκληση παρανομίας ή κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντα, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ΣτΕ ΕΑ 86/2018). Ο προσφεύγων δεν προσδιορίζει συγκεκριμένη βλάβη/ζημία, καυώς δεν επικαλείται συγκεκριμένα στοιχεία και αρκούντως εξειδικευόμενα πραγματικά περιστατικά, πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύει ότι στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού, διακυβεύεται η ισότιμη μεταχείρισή του από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, ο οποίος δεν πληροί αποδεδειγμένα τις προϋποθέσεις του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016 ως προς τις κατηγορίες έργων στις οποίες οφείλει να είναι εγγεγραμμένος στο Μ.Ε.ΕΠ. Συνεπεία της απουσίας της κατά τα ανωτέρω απαιτούμενης θεμελίωσης του ισχυρισμού του, η γενικόλογη

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αναφορά στη δήθεν παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσλαμβάνει χαρακτήρα επίκλησης όλως αβέβαιης βλάβης, η οποία δεν εξαρκεί προς θεμελίωση του κατ'αρ. 360 του Ν. 4412/2016 έννομου συμφέροντος. Άλλωστε, δίδεται η δυνατότητα συμμετοχής μετ' επιφυλάξεως ως προς το συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, τον οποίο θα μπορούσε ο διαγωνιζόμενος να προσβάλλει μεταγενεστέρως, στην περίπτωση που ο κίνδυνος αποκτούσε συγκεκριμένη υπόσταση, με τη συμμετοχή οικονομικού φορέα μη πληρούντος τις νόμιμες προϋποθέσεις, και πάντως προ της συνδρομής όλων των όρων της οριστικής βλάβης, που θα επήρχετο με την ανάθεση της σύμβασης σε εκείνον. β) ο συγκεκριμένος ισχυρισμός προβάλλεται και αβασίμως. Σύμφωνα με τον προϋπολογισμό της μελέτης, τα έργα οδοποιίας, που αφορούν στην Ομάδα 1 της μελέτης (Χωματουργικά-καθαιρέσεις), αντιστοιχούν σε ποσοστό μικρότερο του 10% της προϋπολογιζόμενης αξίας των συνολικών εργασιών, ανερχόμενος στο ποσό των 46.505€ (σε συνολική αξία εργασιών ύψους 517.678,20€ προ ΓΕ και ΟΕ και ύψους 610.860,28€ συνυπολογιζομένων ΓΕ και ΟΕ, με αποτέλεσμα να μην ασκούν επιρροή στον καθορισμό των κατηγοριών και τάξεων του Μ.Ε.ΕΠ. Συνεπώς, ο λόγος αυτός θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

33. Επειδή, στην περίπτωση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο ενδιαφερόμενος προβάλλει συγκεκριμένο ισχυρισμό του με έννομο συμφέρον, οφείλει να επικαλείται άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (πρβλ ΕΑ ΣτΕ 129, 130, 131, 146, 147, 148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, 9, 124, 189/2015, 1258, 1316/2008, 342, 670/2009 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προσφυγής ειδικά κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την υποβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήσσουν την εν γένει νομιμότητα

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αυτής, ενώ εξάλλου ο προσφεύγων δύναται παραδεκτώς να προβάλει και ισχυρισμούς κατά όρων διακήρυξης, οι οποίοι καθιστούν ιδιαιτέρως δυσχερή την εκ μέρους του κατάρτιση ορθής, παραδεκτής και σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης προσφορά (πράγμα που προϋποθέτει σαφήνεια και μονοσήμαντο χαρακτήρα των απαιτήσεων), διακινδυνεύουν την ισότιμη μεταχείρισή του κατά την όλη διαδικασία προετοιμασίας, υποβολής και αξιολόγησης έως και αποδοχής προσφορών και ανάδειξης αναδόχου, καθιστούν ασαφή τον τρόπο επιλογής αναδόχου και αποδοχής προσφορών, παραβιάζουν τυχόν τα πάσης φύσης δικαιώματά του ως μετέχοντος εντός της διαδικασίας, θεσπίζουν όρους περί της εκτέλεσης, οι οποίοι όμως θα ενσωματωθούν στη μετέπειτα σύμβαση και παραβιάζουν ή διακινδυνεύουν ήδη εκ της νυν διατυπώσής τους εντός του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, τη θέση και τα δικαιώματά του ως τυχόν αναδόχου ή επάγονται ευρεία και ανέλεγκτη ευχέρεια, ως και κίνδυνο αυθαιρεσιών από την αναθέτουσα κατά την αξιολόγηση των προσφορών (με συνακόλουθο αποτέλεσμα την έλλειψη προβλεψιμότητας και εκ μέρους του ελέγχου επί της διαδικασίας, καθώς και βλάβη στη δυνατότητά του να καταρτίσει την προσφορά του με τον βέλτιστο δυνατό τρόπο ως προς την εκ μέρους του επίτευξη ανάδειξης του ως αναδόχου). Σε κάθε πάντως περίπτωση, συμφώνως και με τα άρθρα 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλείται ή σε κάθε περίπτωση να προκύπτει από το δικόγραφο του με σαφή τρόπο (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017) τη βλάβη που επάγεται σε αυτόν ο προσβαλλόμενος όρος, φέρει δε το καταρχήν βάρος στοιχειοθέτησής τέτοιου εννόμου συμφέροντος, άλλως ο ισχυρισμός προβάλλεται τόσο άνευ εννόμου συμφέροντος, όσο και αορίστως και σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 167/2018). Σε διαφορετική περίπτωση, η προδικαστική προσφυγή θα διακινδύνευε να τραπήει σε «actio popularis». Ακόμη δε και αν η επικαλούμενη βλάβη δεν αναγράφεται κατά πανηγυρικό τρόπο σε διακριτό σημείο του ισχυρισμού, θα πρέπει πάντως να υφίσταται μια έστω πραγματική βάση και κάποιο περιεχόμενο εκ του οποίου να μπορεί να συναχθεί αβίαστα και με προφανή τρόπο η συγκεκριμένη βλάβη

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

που επάγεται ο συγκεκριμένος όρος και όχι απλώς να υποτεθεί τέτοιο συμπέρασμα ή η ΑΕΠΠ εκ της φύσης του λόγου να εφευρίσκει την αρμόζουσα με το περιεχόμενό του βλάβη, υποκαθιστώντας εν τέλει τον προσφεύγοντα στο βάρος στοιχειοθέτησης και πλήρωσης των όρων του παραδεκτού της προσφυγής του (κατάσταση που θα κατέληγε και σε ευνοϊκή του μεταχείριση έναντι των λοιπών διαδίκων). Εξάλλου, ο εκ της ΑΕΠΠ τυχόν έλεγχος, υπό την έννοια του άρθρου 367 παρ. 1-2 Ν. 4412/2016, ήτοι κατατείνων στην ακύρωση πράξης ή παράλειψης του προσυμβατικού σταδίου, χωρίς να συνάγεται καν από το σύνολο του δικογράφου οικείο έννομο προς τούτο συμφέρον του προσφεύγοντος, θα συνιστούσε υπέρβαση αρμοδιότητας εκ μέρους της ΑΕΠΠ, αλλοιώνοντας το ρόλο αυτής ως και του ίδιου του θεσμού της προδικαστικής προσφυγής, τρέποντας τον από, κατ' άρθρο 362 παρ. 1 και 367 παρ. 1-2 Ν. 4412/2016, ειδικό, ήτοι κινούμενο επί τη βάσει συγκεκριμένων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών το βάρος επίκλησης των οποίων φέρει ο προσφεύγων, ο οποίος ούτως ορίζει το αντικείμενο της ελεγκτικής διαδικασίας (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017), σε καθολικό και αυτεπάγγελτο. Περαιτέρω, ο σκοπός της ΑΕΠΠ ανάγεται, κατ' άρθρο 347 παρ. 1 Ν. 4412/2016 στην *“επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών”* και τούτο *“ύστερα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής”* (η οποία, ούτως, ορίζει το αντικείμενο και τα όρια της διαφοράς, άρα και του εκ μέρους της ΑΕΠΠ ελέγχου) και πάλι μόνο αν αυτή η άσκηση έλαβε χώρα *“σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο Τμήμα II του παρόντος Τίτλου [άρθρα 360-371 Ν. 4412/2016]”* (ήτοι παραδεκτώς) και όχι στον εν γένει έλεγχο νομιμότητας ή έγκριση των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

34. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένα ότι με την διατήρηση των συγκεκριμένων όρων συμμετοχής, όπως αναλύει στην προσφυγή του (σκ. 31) βλάπτει άμεσα τον ίδιο διότι, ενώ είναι εγγεγραμμένος και στις δύο κατηγορίες του ΜΕΕΠ (ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ και ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ) και θα μπορούσε να έχει βελτιωμένη θέση συμμετοχής στον εν

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

λόγω διαγωνισμό, εν τούτοις αυτός εξομοιώνεται με τους οικονομικούς φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε μία κατηγορία ΜΕΕΠ, δηλαδή εξομοιώνεται προς τα κάτω και αυτό δυσχεραίνει την επιλογή του ως αναδόχου της σύμβασης, την οποία και επιδιώκει κάθε συμμετέχων σε διαγωνισμό. Επομένως, ο προσφεύγων προβάλλει τον λόγο αυτό μετ' εννόμου συμφέροντος και άρα παραδεκτά.

35. Επειδή, περαιτέρω, από την επισκόπηση των εγγράφων της σύμβασης και δη του Τιμολογίου της Μελέτης προκύπτει ότι βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι σύμφωνα με τον προϋπολογισμό της μελέτης, τα έργα οδοποιίας, που αφορούν στην Ομάδα 1 της μελέτης (Χωματουργικά-καθαιρέσεις), αντιστοιχούν σε ποσοστό μικρότερο του 10% της προϋπολογιζόμενης αξίας των συνολικών εργασιών, ανερχόμενος στο ποσό των 46.505€ (σε συνολική αξία εργασιών ύψους 517.678,20€ προ ΓΕ και ΟΕ και ύψους 610.860,28€ συνυπολογιζομένων ΓΕ και ΟΕ, με αποτέλεσμα να μην ασκούν επιρροή στον καθορισμό των κατηγοριών και τάξεων του Μ.Ε.ΕΠ. Αντιστοίχως, αβάσιμα προβάλλεται ο ισχυρισμός του προσφεύγοντα ότι τα έργα οδοποιίας ανέρχονται σε κατά πολύ υψηλότερο ποσοστό του 10%, διότι εσφαλμένα υπολογίζει ως συνολικό προϋπολογισμό δαπάνης των εργασιών οδοποιίας την Ομάδα 1(Χωματουργικά-Καθαιρέσεις) και την Ομάδα 4(Επιστρώσεις), καθώς οι δαπάνες φορτοεκφόρτωσης και μεταφοράς (με ένδειξη 4.2. και 4.3. στην ομάδα 1) προστίθενται στο τιμολόγιο Εργασιών Οδοποιίας και συνδέονται και αφορούν αποκλειστικά εργασίες της κατηγορίας οδοποιίας της ομάδας 1 με α.τ. 1 (Γενικές εκσκαφές σε έδαφος γαιώδες- ημιβραχώδες) και α.τ. 4 (Εκσκαφή τεχνικών έργων και τάφρων πλάτους έως 5,0m), όπως και ο ίδιος επικαλείται στην προσφυγή του. Συνυπολογιζόμενες οι προαναφερόμενες εργασίες, που συμπεριελήφθησαν στην κατηγορία οδοποιίας της Ομάδας 1 με α.τ.1 και α.τ.4 (4.1 + 4.2. + 4.3. + 4.4. + 4.5. = 2.240,00 + 5.777,00 + 36.750,00 + 1.600,00 + 140,00 = 46.505,00) προκύπτει ότι αντιστοιχούν σε ποσοστό μικρότερο του 10% της προϋπολογιζόμενης αξίας των συνολικών εργασιών, ανερχόμενος στο ποσό των 46.505€ (σε συνολική αξία εργασιών ύψους 517.678,20€ προ ΓΕ και ΟΕ

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

και ύψους 610.860,28€ συνυπολογιζομένων ΓΕ και ΟΕ), με αποτέλεσμα να μην ασκούν επιρροή στον καθορισμό των κατηγοριών και τάξεων του Μ.Ε.ΕΠ. Συνεπώς, ο λόγος αυτός θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΤΕΤΑΡΤΟΥ ΛΟΓΟΥ:

36. Επειδή, ο προσφεύγων με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του προβάλλει ότι θα πρέπει να ακυρωθούν ως μη νόμιμοι οι όροι της επίμαχης διακήρυξης αναφορικά με τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και συγκεκριμένα i) οι απαιτήσεις της αναθέτουσας ως προς τις τραπεζικές βεβαιώσεις, επειδή τίθεται κριτήριο ιδιαίτερα δυσανάλογο και υπερβαίνον το αναγκαίο μέτρο σε σχέση με τις συνθήκες ή τους κινδύνους που θα μπορούσαν να οδηγήσουν σε απαιτήσεις κατά του αναδόχου ύψους μέχρι του ποσού τουλάχιστον του ήμισυ του προϋπολογισμού του έργου χωρίς ΦΠΑ περιορίζοντας με αυτόν τον τρόπο μη νόμιμα τον κύκλο των ανταγωνιζόμενων επιχειρήσεων και ii) ως προς τον κύκλο εργασιών λόγω ασάφειας του συγκεκριμένου του όρου της διακήρυξης.

37. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 22.Γ.(Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) της επίμαχης διακήρυξης «... (β) Από το παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α επιλέγονται επίσης ως κριτήρια συμμετοχής των οικονομικών φορέων (τουλάχιστον από τον έναν της ένωσης ή κοινοπραξίας) για την ανάθεση της παρούσας σύμβασης, i) η υποβολή κατάλληλων τραπεζικών βεβαιώσεων, με αναφορά στον κύριο του έργου, στο έργο και στην χρηματοδότηση του ίδιου του έργου μέχρι του ποσού τουλάχιστον του ήμισυ του προϋπολογισμού του χωρίς το ΦΠΑ, και, ii) η υποβολή στοιχείων περί του ελάχιστου μέσου ετήσιου ύψους κύκλου εργασιών - ίσου τουλάχιστον με το διπλάσιο του δημοπρατούμενου έργου - για τα τρία τελευταία οικονομικά έτη, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή της έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών».

38. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 22.Δ. «(α) Σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, η αναθέτουσα αρχή επιβάλλει ως απαίτηση

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

προκειμένου οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, να είναι εγγεγραμμένοι στη 1η Τάξη της κατηγορίας ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ του ΜΕΕΠ και άνω. Στην περίπτωση αλλοδαπής επιχείρησης που δεν είναι γραμμένη σε επίσημο κατάλογο αναγνωρισμένων εργοληπτών, θα πρέπει η επιχείρηση να είναι στο επίπεδο των εγγεγραμμένων στις αντίστοιχες τάξεις του ελληνικού Μ.Ε.Ε.Π., δηλαδή ο κατάλογος και τα πιστοποιητικά που ζητούνται θα πρέπει να αναφέρονται σε έργα αντίστοιχα του προϋπολογισμού, της τάξης και των κατηγοριών που δικαιούνται να συμμετέχουν στο διαγωνισμό. Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, αναφέρονται στο άρθρο 75 του Ν.4412/2016».

39. Επειδή, στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) περί κριτηρίων επιλογής προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης... 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341. Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως. Εάν οι συμβάσεις βάσει συμφωνίας-πλαίσιο πρόκειται να ανατεθούν μετά από προκήρυξη νέου διαγωνισμού, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που θα εκτελεστούν ταυτοχρόνως ή, εάν αυτό δεν είναι γνωστό, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας-πλαίσιο. Στην περίπτωση δυναμικών συστημάτων αγορών, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που πρόκειται να ανατεθούν στο πλαίσιο του εν λόγω συστήματος ... 5. Οι

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

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.»

40. Επειδή, στο άρθρο 76 του ίδιου νόμου προβλέπονται ως κριτήρια επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου τα ακόλουθα: «1. Πέραν των οριζομένων στην παρ. 2 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ισχύουν τα ακόλουθα: α) Στο Μ.Ε.ΕΠ. ή τα νομαρχιακά μητρώα, εγγράφονται οικονομικοί φορείς κατά κατηγορίες ή εξειδικευμένες επιχειρήσεις. β) Όταν το έργο ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία του Μ.Ε.ΕΠ., δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στην κατηγορία αυτή. Ένα έργο θεωρείται ότι ανήκει αποκλειστικά σε μια κατηγορία αν ανήκουν στην κατηγορία αυτή πλέον του ενενήντα τοις εκατό (90%) των εργασιών του όλου έργου. Για τον υπολογισμό του ποσοστού αυτού δεν λαμβάνονται υπόψη τα απρόβλεπτα. γ) Αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες διαφόρων κατηγοριών που καμιάς το ποσοστό δεν ξεπερνά το όριο της προηγούμενης παραγράφου, δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι για όλες τις κατηγορίες του έργου, καθώς και ενώσεις οικονομικών φορέων που να καλύπτουν τις μπορούν όμως τα έγγραφα της σύμβασης να ορίσουν διαφορετικά. δ) Αν το έργο περιλαμβάνει αποκλειστικά αντικείμενο εξειδικευμένων οικονομικών φορέων του Μ.Ε.ΕΠ., δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης έχουν οικονομικοί φορείς εγγεγραμμένοι στην αντίστοιχη κατηγορία και εξειδικευμένοι οικονομικοί φορείς, αν υπάρχουν, σε αντίστοιχες τάξεις. Τα δύο τελευταία εδάφια της περίπτωσης β' εφαρμόζονται και στην περίπτωση αυτή. Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν. ε) Σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτής, πρέπει να είναι εγγεγραμμένα στην κατηγορία του έργου που δημοπρατείται ή, αν το έργο περιλαμβάνει εργασίες περισσότερων κατηγοριών, τουλάχιστον σε μία από τις κατηγορίες του έργου

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

που δημοπρατείται. 2. Πέραν των οριζομένων στις παρ. 4 και 5 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις ειδικών έργων των οποίων η κατασκευή απαιτείται να πραγματοποιηθεί από εξειδικευμένους οικονομικούς φορείς, μπορεί στα έγγραφα της σύμβασης να ορίζονται πρόσθετες απαιτήσεις για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία. Κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, με απόφαση του Υπουργού Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων, ύστερα από γνώμη του Τμήματος Κατασκευών του Συμβουλίου Δημόσιων Έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών, μπορεί να προστίθενται στη διακήρυξη επιπλέον όροι, όταν τούτο ενδείκνυται από το είδος ή την πολυπλοκότητα του προς ανάθεση έργου. 3. Πέραν των οριζομένων στις παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ισχύουν συμπληρωματικά τα ακόλουθα: α) Αν το έργο ανήκει σε μια κατηγορία του Μ.Ε.ΕΠ. κατά την παράγραφο 1 περίπτωση β', η τάξη, στην οποία πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι οι οικονομικοί φορείς, προσδιορίζεται από την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης. Για την εφαρμογή του προηγούμενου εδαφίου τα ποσοστά των απρόβλεπτων δαπανών (απρόβλεπτα), όπως αυτά καθορίζονται στην περίπτωση α' της παρ. 3 του άρθρου 156, λαμβάνονται υποχρεωτικά υπόψη. Αν το έργο ανήκει σε περισσότερες κατηγορίες του Μ.Ε.ΕΠ. κατά την παράγραφο 1 περίπτωση γλ η τάξη για κάθε κατηγορία, στην οποία πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι οι οικονομικοί φορείς, προσδιορίζεται από το αντίστοιχο μέρος της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Τα πιο πάνω εφαρμόζονται ανάλογα και για τις εξειδικευμένες επιχειρήσεις. Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν. β) Ενώσεις οικονομικών φορέων εγγεγραμμένων στην ίδια τάξη και κατηγορία έργου του Μ.Ε.ΕΠ. μέχρι και την πέμπτη τάξη, επιτρέπεται να αναλάβουν έργα εκτιμώμενης αξίας μεγαλύτερης από το ανώτατο όριο της τάξης τους μέχρι το είκοσι πέντε τοις εκατό (25%) της διαφοράς μεταξύ του ανώτατου ορίου της τάξης τους και του ανώτατου ορίου της επόμενης τάξης, υπό την προϋπόθεση ότι τουλάχιστον δύο από τους οικονομικούς φορείς αυτούς συμμετέχουν στην κατανομή της κατασκευής του έργου ή στα κέρδη και τις ζημίες της ένωσης, με ποσοστό τουλάχιστον τριάντα

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

τοις εκατό (30%) ο καθένας. Όταν η ένωση αποτελείται από οικονομικούς φορείς εγγεγραμμένους στην έκτη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. για την ίδια κατηγορία εργασιών, το ανώτατο όριο της εκτιμώμενης αξίας των έργων που επιτρέπεται να αναλάβει η ένωση διαμορφώνεται στα εξήντα εκατομμύρια (60.000.000) ευρώ, υπό την προϋπόθεση ότι το ποσοστό συμμετοχής του καθενός στα κέρδη και τις ζημίες, ανέρχεται τουλάχιστον σε είκοσι πέντε τοις εκατό (25%). Τα όρια της παραγράφου αυτής μπορεί να επανακαθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων, λαμβανομένου υπόψη του δείκτη αναθεώρησης των τιμών των δημοσίων έργων, όπως καθορίζεται, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις. Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν. 4. Επιπλέον των επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες σε τάξεις των μητρώων, επιχειρήσεις που εκπληρώνουν τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 μπορούν να συμμετέχουν σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργων, μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών ανεξαρτήτως της εγγραφής τους σε τάξεις. Οποιαδήποτε αναφορά αντίθετη στο προηγούμενο εδάφιο καταργείται».

41. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 377 παρ. 1 περ. (31) από την έναρξη ισχύος του Ν. 4412/2106 καταργούνται οι διατάξεις του Ν. 3669/2008 (Κώδικας Διατάξεων Δημοσίων Έργων,), πλην των άρθρων 80 έως 110, περί Μ.Ε.ΕΠ. και των σχετικών, τα οποία παραμένουν σε ισχύ μέχρι την έκδοση του προεδρικού διατάγματος του άρθρου 83, των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 20 και της παραγράφου 1 α του άρθρου 176. Οι διατάξεις του άρθρου 100 του Ν. 3669/2008 περί κατηγοριών και τάξεων του Μ.Ε.ΕΠ. προβλέπουν ότι: «1. Οι τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ. ορίζονται σε επτά και επιπλέον αυτών ορίζονται και δύο ειδικές τάξεις οι Α1, Α2 για μικρές επιχειρήσεις. Η κατάταξη στο Μ.Ε.ΕΠ. των εργοληπτικών επιχειρήσεων γίνεται σε μία ή περισσότερες από τις εξής βασικές κατηγορίες έργων: οδοποιίας, οικοδομικών, υδραυλικών, ηλεκτρομηχανολογικών, λιμενικών και βιομηχανικών και ενεργειακών. Κάθε επιχείρηση κατατάσσεται σε μία μόνο

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

τάξη για κάθε κατηγορία. Με απόφαση που εκδίδεται από τον Υπουργό Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημοσίων έργων, μπορεί να επαναπροσδιορίζονται οι κατηγορίες αυτές και το περιεχόμενό τους με σκοπό τη μεγαλύτερη εξειδίκευση των κατηγοριών και να ρυθμίζονται τα μεταβατικά ζητήματα που ανακύπτουν στην περίπτωση αυτή...4. Στην πρώτη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. κατατάσσεται εργοληπτική επιχείρηση, χωρίς την εφαρμογή του Τύπου Κατάταξης, αν διαθέτει τις εξής ελάχιστες προϋποθέσεις: α) Περιλαμβάνει στη βασική της στελέχωση τουλάχιστον δύο (2) τεχνικούς Μ.Ε.Κ. Α' βαθμίδας και έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ. Β' βαθμίδας ή δύο (2) τεχνικούς Μ.Ε.Κ. Β' βαθμίδας ή έναν (1) τεχνικό Μ.Ε.Κ. Γ' βαθμίδας, β) Διαθέτει, κατά την υποβολή της αίτησης, καταθέσεις σε τράπεζα, τουλάχιστον πενήντα χιλιάδων (50.000) ευρώ ή πάγια στοιχεία με βάση τις αντικειμενικές αξίες ή τις αξίες κτήσης αυτών, συνολικής αξίας πενήντα χιλιάδων (50.000) ευρώ ή σωρευτικά καταθέσεις σε τράπεζα και πάγια στοιχεία συνολικής αξίας πενήντα χιλιάδων (50.000) ευρώ. Τα πάγια αυτά στοιχεία αφορούν γήπεδα, οικόπεδα, κτήρια, μηχανολογικό εξοπλισμό και μεταφορικά μέσα, εκτός από τα επιβατικά αυτοκίνητα. Ως αξία παγίων για τα ακίνητα λαμβάνεται, κατ' επιλογή της επιχείρησης είτε η αντικειμενική αξία που ισχύει κατά το χρόνο υποβολής της αίτησης, πιστοποιούμενη από συμβολαιογράφο είτε η αξία αυτών, όπως προσδιορίζεται από τα οριστικά συμβόλαια αγοράς ή το κόστος ιδιοκατασκευής τους, όπως είναι εγγεγραμμένο στα βιβλία της επιχείρησης. Για τον εξοπλισμό και τα μεταφορικά μέσα, η αξία τους προσδιορίζεται με βάση τις διατάξεις του άρθρου 99 του παρόντος. ...»

42. Επειδή, ο προσφεύγων προβάλλει ότι τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας α) θα πρέπει να τηρούν τις βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε δυσανάλογου περιορισμού της να με την οποία “Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες προμήθειες. Ενδεχόμενες τέτοιες απαιτήσεις θα πρέπει να είναι συναφείς και ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης....” και

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

β) δεν θα πρέπει να ορίζονται σε δυσανάλογα υψηλά επίπεδα, με αποτέλεσμα να αποκλείονται αυτόματα οικονομικοί φορείς, κατά τα λοιπά απόλυτα κατάλληλοι. Ειδικότερη έκφανση των ανωτέρω αποτελεί η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να λαμβάνει υπόψη της κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας τις προϋποθέσεις και τους όρους που οι διατάξεις περί ΜΕΕΠ θέτουν για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις, προκειμένου να δικαιούνται να συμμετέχουν στους οικείους διαγωνισμούς. Έτσι οι απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (άρθρο 75 του Ν. 4412/2016), στο πλαίσιο της τήρησης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, δεν πρέπει να υπερβαίνουν τις απαιτήσεις της αντίστοιχης τάξης του ΜΕΕΠ, εκτός αν τούτο αιτιολογείται ειδικώς στα έγγραφα της σύμβασης και είναι ανάλογες με τη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να βαίνουν πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (βλ. ΑΕΠΠ 418/2018). Αντίθετη, εξάλλου, ερμηνευτική εκδοχή, δηλαδή ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θέτει κριτήρια ποιοτικής επιλογής που θα υπερέβαιναν τις απαιτήσεις της αντίστοιχης τάξης του ΜΕΕΠ, μολονότι το δημοπρατούμενο έργο δεν παρουσιάζει χρηματοδοτικές ανάγκες και κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες και ιδιομορφίες που θα δικαιολογούσαν αυξημένη χρηματοοικονομική επάρκεια και τεχνική εμπειρία, γνώση και επιπλέον τεχνικό εξοπλισμό εκ μέρους του διαγωνιζόμενου, θα οδηγούσε στο αντίθετο αποτέλεσμα από αυτό που διώκει η νέα παρ. 4 του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016, δηλαδή θα οδηγούσε στον περιορισμό του κύκλου των ανταγωνιζομένων επιχειρήσεων, τον οποίο συνεπάγεται η θέσπιση ανατιολόγητα αυξημένων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, καθώς και στον έμμεσο προσδιορισμό συγκεκριμένων εργοληπτικών επιχειρήσεων, οι οποίες, μόνες αυτές, κατά περιορισμό του ανταγωνισμού στο οικείο πεδίο, δύνανται να αναλάβουν το έργο (ΑΕΠΠ 418/2018). Εν προκειμένω, κατά τον προσφεύγοντα, σύμφωνα με το άρθρο 22.Δ. της οικείας διακήρυξης, για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής καταλληλότητας του οικονομικού

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

φορέα απαιτείται η εγγραφή στην 1^η τάξη της κατηγορίας Οικοδομικά. Περαιτέρω, από τις διατάξεις του ν.3669/2008 περί Μ.Ε.ΕΠ., που εξακολουθούν να ισχύουν, αλλά και από τον λόγο υπάρξεως του ΜΕΕΠ, προκύπτει ότι η εγγραφή εργοληπτικής επιχειρήσεως σε τάξη και κατηγορία έργων του ΜΕΕΠ δημιουργεί, κατ' αρχήν, τεκμήριο ικανότητάς της για την ανάληψη αντιστοίχων έργων (ΕΑ ΣτΕ 408/2011, 718/2012). Ωστόσο εν προκειμένω η διακήρυξη ζητεί υποχρεωτικά και επομένως επί ποινή αποκλεισμού, κατά την παρ. 22.Γ. ο υποψήφιος ανάδοχος να αποδεικνύει α) με κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις, πιστοληπτική ικανότητα του ήμισυ του προϋπολογιζόμενου ποσού χωρίς ΦΠΑ, ήτοι 351.627,905 ευρώ, και β) ελάχιστο μέσο ετήσιο ύψος κύκλου εργασιών ίσο με το διπλάσιο του δημοπρατούμενου έργου για τα τρία τελευταία έτη. Με την πρώτη απαίτηση καλείται μία εργοληπτική επιχείρηση της πρώτης τάξεως του Μ.Ε.Ε.Π. - η οποία προκειμένου να εγγραφεί στο ΜΕΕΠ όφειλε να έχει καταθέσει σε τράπεζα τουλάχιστον πενήντα χιλιάδων (50.000) ευρώ - να προσκομίσει τραπεζικές βεβαιώσεις επταπλάσιες της τάξεώς της, ήτοι 350.000,00 €, παρ' όλο που το δημοπρατούμενο έργο δεν παρουσιάζει χρηματοδοτικές ανάγκες και κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες και ιδιομορφίες που θα δικαιολογούσαν αυξημένη χρηματοοικονομική επάρκεια του διαγωνιζόμενου, καθώς ούτε από τις διατάξεις της διακήρυξης και την τεχνική περιγραφή, ούτε από άλλα έγγραφα, προκύπτει επαρκώς αιτιολογημένα η ανάγκη για αυξημένη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων στον υπό εξέταση διαγωνισμό. Αναφερόμενο εξάλλου στο ήμισυ της χωρίς ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, το παραπάνω κριτήριο παρίσταται ως ιδιαίτερα δυσανάλογο και μη σύνηθες, χωρίς η αναθέτουσα να επικαλείται οποιοσδήποτε ειδικές συνθήκες ή κινδύνους που θα μπορούσαν να οδηγήσουν σε απαιτήσεις κατά του αναδόχου τέτοιου ύψους. Επομένως, ο όρος που τίθεται με το άρθρο 22.Γ.α. της διακήρυξης, στο μέτρο που αξιώνει οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια πέραν των ελάχιστων προβλεπόμενων για την κατάταξη στην καλούμενη (1^η) τάξη στην καλούμενη κατηγορία (Οικοδομικά) του Μ.Ε.ΕΠ. για το υπό δημοπράτηση έργο,

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις του ν. 3669/2008, είναι μη νόμιμος και ακυρωτέος, δεδομένου ότι τυγχάνει δυσανάλογος και υπερβαίνον το μέτρο του απαραίτητου και σχετικού και οδηγεί στον περιορισμό του κύκλου των ανταγωνιζομένων επιχειρήσεων, καθώς αφενός αποκλείει διαγωνιζόμενους που σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 76 ν. 4412/2016, των άρθρων 80-110 του ν. 3669/2008 και του άρθρου 22.Δ. της επίμαχης διακήρυξης δικαιούνται να συμμετέχουν στον διαγωνισμό, αφετέρου προσδιορίζει έμμεσα συγκεκριμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες σε ανώτερες τάξεις του ΜΕΕΠ, οι οποίες, μόνες αυτές, κατά περιορισμό του ανταγωνισμού, δύνανται να αναλάβουν το έργο. Πέραν των ανωτέρω, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι σύμφωνα με το άρθρο 8.3. της διακήρυξης «Οι πληρωμές θα γίνονται σύμφωνα με το άρθρο 152 του ν. 4412/2016 και το αντίστοιχο άρθρο της Ε.Σ.Υ». Ταυτόχρονα, σύμφωνα με το άρθρο 16.1. «Στον ανάδοχο μπορεί να χορηγηθεί προκαταβολή ύψους μέχρι του δέκα τοις εκατό (10%) της αξίας της σύμβασης χωρίς την αναθεώρηση και του αναλογούντος ποσοστού του Φ.Π.Α». Με δεδομένο, δηλαδή, ότι οι καταβολές του εργολαβικού ανταλλάγματος στον ανάδοχο, στα δημόσια έργα, πραγματοποιούνται τμηματικά σε τακτά χρονικά διαστήματα και κατ' ακολουθίαν της προόδου των εργασιών και ταυτοχρόνως του ότι προβλέπεται και χορήγηση προκαταβολής, δεν συντρέχει κανένας απολύτως λόγος για την προσκομιδή ειδικών με αναφορά στον κύριο και την χρηματοδότηση του συγκεκριμένου έργου τραπεζικών βεβαιώσεων, ύψους 350.000 ευρώ. Σε κάθε περίπτωση άλλωστε, επιπλέον του κριτηρίου αυτού, απαιτείται το πρόσθετο κριτήριο της υποβολής στοιχείων περί του ελάχιστου μέσου ετήσιου ύψους κύκλου εργασιών ίσου με το διπλάσιο του δημοπρατούμενου έργου για τα τρία τελευταία έτη, το οποίο από μόνο του αρκεί ως απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής του επάρκειας, καθώς αποδεικνύει ότι ο ανάδοχος έχει επαρκή πρόσφατο κύκλο εργασιών, άρα και τακτική ανακύκλωση των διαθεσίμων του.

43. Επειδή, η απαίτηση που τίθεται στην προκειμένη περίπτωση από την αναθέτουσα αρχή προς διασφάλιση ότι ο προσφέρων διαθέτει τα αναγκαία οικονομικά μέσα και προσφέρει τις απαραίτητες διασφαλίσεις

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

οικονομικής ευρωστίας για την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου αν τυχόν αναδειχθεί ανάδοχος (ΣΤΕ ΕΑ 203/2018), θεσπίσθηκε σωρευτικά πρώτον, με αυτήν του στοιχείου β' του όρου 22Γ., κατά το οποίο απαιτείται μέσος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών των χρήσεων των τριών τελευταίων ετών τουλάχιστον ίσος με το διπλάσιο του δημοπρατούμενου έργου.

44. Επειδή, όπως ήδη έχει κριθεί κατά την Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017, κατά την αληθή έννοια του εδ. β' του άρ. 75 παρ. 3 Ν. 4412/2016, που θεσπίζει για το κριτήριο κύκλου εργασιών ανώτατο όριο, ακριβώς επειδή αυτό το κριτήριο είναι το ευρύτερα χρησιμοποιούμενο, διαπλάθεται γενική αρχή κατά την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας θα πρέπει να τηρούν τις βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων, ιδίως δε να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), που έχουν τη δυνατότητα να αποτελέσουν αναδόχους που θα εκτελέσουν αποτελεσματικά την υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. και Spyros Panagoroulos, "Strategic EU Public Procurement and Small and Medium Enterprises" σε C. Bovis (επεξ.), Research Handbook on EU Public Procurement Law (E. Elgar 2016), σελ. 277). Ομοίως κατά την παρ. 83 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπεται ότι "Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες προμήθειες. Ενδεχόμενες τέτοιες απαιτήσεις θα πρέπει να είναι συναφείς και ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης...". Επομένως, οι χρηματοοικονομικές απαιτήσεις δεν πρέπει να ορίζονται σε δυσανάλογα υψηλά επίπεδα, με αποτέλεσμα να αποκλείονται αυτόματα οικονομικοί φορείς, κατά τα λοιπά απόλυτα κατάλληλοι. Τα παραπάνω προκύπτουν και από το ότι η παραπάνω διάταξη του άρ. 75 παρ. 3 Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται, όπως και η αντίστοιχη του άρ. 75 παρ. 4 σύμφωνα με τη γενική ρήτρα των οριζόμενων στο άρ. 75 παρ. 1 Ν. 4412/2016 επιλογής, κατά

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

το οποίο “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.” και ιδίως “Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.”, ενώ τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από τη συνδυαστική θεώρηση του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii).. Εξάλλου, όπως έκρινε και το ΔΕΕ στην Απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012 στην υπόθεση C-218/11 *Édukönizig και Hochtief Construction* ECLI:EU:C:2012:643, σκ. 29, αναφερόμενα στα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας: «...το ελάχιστο επίπεδο ικανότητας πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της συμβάσεως. Επομένως, πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία του ισολογισμού που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να καθορίσει το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και, δεύτερον, το κατώτατο όριο που έχει καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας συμβάσεως υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσεως για την καλή εκτέλεση της συμβάσεως, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό.» (βλ. και ΔΕΕ, Απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98 *Holst Italia*, σκ. 28 και Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα επί της ίδιας υπόθεσης, σκ. 26-28). Σημειωτέον δε, ότι η πρόσφατη νομοθετική ρύθμιση συνεπεία ενσωμάτωσης ενωσιακών κανόνων παρείχε στις αναθέτουσες μια ανοικτού τύπου και ευρεία διακριτική ευχέρεια διαμόρφωσης των κριτηρίων επιλογής (βλ. και ΔΕΕ, C-218/11 *Édukönizig και Hochtief Construction*, σκ. 28) με εκ μέρους τους επιλογή και σύνθεση από μια ποικιλία χρηματοοικονομικών μέσων και δεικτών, ώστε να μπορούν να προσαρμόσουν και να εξατομικεύσουν τις απαιτήσεις που θέτουν στα μέτρα

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

του αντικείμενου της ανά περίπτωση σύμβασης και των ειδικών κινδύνων, συνθηκών και παραμέτρων που δύνανται να τη διέπουν. Τούτο όμως δεν σημαίνει ότι παρασχέθηκε μια ελευθερία στις αναθέτουσες να επιστρατεύουν άνευ ετέρου όλα τα τα απαριθμούμενα στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αποδεικτικά μέσα και να σωρεύουν ένα σύνολο αυστηρών χρηματοοικονομικών απαιτήσεων και να εξαντλούν κάθε διαθέσιμο προς επιλογή χρηματοοικονομικό δείκτη, ώστε να περιορίζεται υπέρμετρα ο κύκλος των υποψηφίων αναδόχων. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει να ερμηνεύονται υπό το πρίσμα του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. 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 ούτως τον ανταγωνισμό. Εξάλλου (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120, 209/2017), συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκαλυμμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής ικανότητας ή οικονομικής επάρκειας του προσφέροντος ή τεχνικής επάρκειας του υπό προμήθεια προϊόντος, όπως οι μεν πρώτες επιτυγχάνονται δια των οικείων κριτηρίων επιλογής, η δε δεύτερη προσδιορίζεται δια των τεχνικών προδιαγραφών πρέπει να είναι συνδεδεμένες και ανάλογες προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μερίμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, άλλως θέτουν αδικαιολόγητο

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

περιορισμό του ανταγωνισμού και μάλιστα, ακριβώς διότι αυτός είναι δυσανάλογος και υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, που συνίσταται στη διασφάλιση ότι ο ανάδοχος θα έχει τα απαραίτητα μέσα για να εκτελέσει τη σύμβαση. Ο αδικαιολόγητος κατά τα ως άνω περιορισμός του ανταγωνισμού δεν χρειάζεται να παράγεται αποκλειστικά από έναν συγκεκριμένο όρο, προδιαγραφή ή απαίτηση, ώστε να είναι μη νόμιμος. Αλλά, είναι δυνατόν να προκύπτει ως συνδυαστικό αποτέλεσμα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017) περισσότερων επιμέρους όρων της διακήρυξης, κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και προδιαγραφών και μάλιστα είτε του ίδιου είδους (επί παραδείγματι περισσότερα κριτήρια επιλογής ή περισσότερες προδιαγραφές σε συνδυασμό) είτε διαφορετικού είδους και σκοπού εντός της διάρθρωσης της διακήρυξης (Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017). Άρα, και η νομιμότητα, ήτοι ο δικαιολογημένος χαρακτήρας του παραγόμενου δια του ανά περίπτωση ελεγχόμενου κριτηρίου επιλογής, περιορισμός του ανταγωνισμού, πρέπει να εξετάζεται όχι αυτοτελώς και μεμονωμένα από τις υπόλοιπες απαιτήσεις της διακήρυξης, αλλά ακριβώς υπό το φως αυτών και των ήδη εξ αυτών επιτυγχανόμενων διασφαλίσεων της αναθέτουσας, αλλά και αντιστοίχως του εξ αυτών ήδη δημιουργούμενου περιορισμού του ανταγωνισμού, ακόμη και όταν οι περαιτέρω μη προσβαλλόμενες απαιτήσεις, θα ήταν μόνες τους νόμιμες. Και αυτό γιατί στην ειδικότερη περίπτωση της αμφισβήτησης ενός επιμέρους κριτηρίου εν μέσω όμως περισσότερων σωρευτικώς απαιτούμενων κριτηρίων ιδίου σκοπού, όπως εν προκειμένω περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, το εξεταστέο αντικείμενο είναι αν το συγκεκριμένα προσβαλλόμενο κριτήριο και μάλιστα υπό τις συγκεκριμένες απαιτήσεις που αυτό θέτει (εν προκειμένω σε σχέση με το ύψος του ζητούμενου ποσού πιστοληπτικής ικανότητας) είτε καθίσταται περιττό, δυσανάλογο και μη αναγκαίο σε σχέση με όσα ήδη επιτυγχάνονται από τα λοιπά σωρευτικά κριτήρια και έτσι, εν τέλει δεν προσφέρει καμία περαιτέρω αναγκαίου χαρακτήρα διασφάλιση στην αναθέτουσα, υπό την έννοια ότι η όποια εκ του κριτηρίου αυτού περαιτέρω και επιπλέον αποδεικνυόμενη χρηματοοικονομική και οικονομική ευρωστία (σε σχέση με

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

όσα ήδη αποδεικνύονται με τα άλλα σωρευτικά κριτήρια) βαίνει πλέον πέραν του αναγκαίου και εύλογου μέτρου ως προς τον καταρχήν θεμιτό σκοπό της διασφάλισης εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου και ούτως, ακόμη και αν δεν υφίστατο ή τουλάχιστον υφίστατο με ελαφρύτερες απαιτήσεις πλήρωσης, η αναθέτουσα θα διέθετε ήδη κάθε επαρκή, κατάλληλη και αναγκαία διασφάλιση είτε η όποια οριακώς παραγόμενη εκ του κριτηρίου αυτού περαιτέρω διασφάλιση είναι ιδιαίτερα μικρότερης σημασίας και συνεπώς, ομοίως δυσανάλογη, ως προς τον τυχόν σημαντικό περιορισμό του ανταγωνισμού που επιφέρει (δεδομένων και των λοιπών απαιτήσεων που έχουν τεθεί για τον ίδιο σκοπό).

45. Επειδή, προεχόντως αλυσιτελώς η αναθέτουσα επικαλείται την πρόβλεψη του άρ. 75 του Ν. 4412/2016, καθόσον με τις απόψεις της δεν επεξηγεί ούτε εξειδικεύει πως είναι ανάλογα τα τεθειμένα κριτήρια οικονομικής καταλληλότητας με το αντικείμενο της σύμβασης. Περαιτέρω, η ειδικότερη περίπτωση του προκείμενου προσβαλλόμενου κριτηρίου, ήτοι περί πιστοληπτικής ικανότητας συνιστά εκ φύσεως ένα πολύ περιοριστικό και αυστηρό κριτήριο. Και τούτο διότι αφενός προϋποθέτει κατά την κοινή πείρα και τις τρέχουσες συνθήκες της οικονομίας τη διατήρηση σημαντικών κεφαλαίων σε τραπεζικό λογαριασμό από τον οικονομικό φορέα, άρα εκ των πραγμάτων απαιτεί όχι απλώς εκ μέρους του ευρωστία, αλλά και τη διάθεση ακριβώς κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς και άρα προσκόμισης της οικείας βεβαίωσης αχρησιμοποίητων ποσών που δεν διατίθενται ως κεφάλαιο κίνησης ή τρέχουσες απαιτήσεις κατά πελατών του αλλά ειδικώς ως κατάθεση, ενώ ως προς τη δυνατότητα εκδόσεως της οικείας βεβαίωσης, επιδρά ακόμη και η λήψη άλλων δανείων, έστω και αν εξυπηρετούνται και ο δανειολήπτης-οικονομικός φορέας είναι φερέγγυος, αφετέρου συνίσταται στην εκ μέρους του δυνατότητα εκταμίευσης χρηματοδότησης ίσης με το ζητούμενο ποσό, πράγμα που σημαίνει ότι η απαίτηση πρέπει να συνδέεται με την αληθή ιδιαίτεως πιθανολογούμενη ανάγκη δανειοδότησης του αναδόχου για την εκτέλεση της σύμβασης και συγκεκριμένα ότι πιθανολογείται ότι οι ίδιοι πόροι του, το κεφάλαιο κίνησής του και τα εν γένει οικονομικά μέσα του, όπως

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

προκύπτουν από τους προηγούμενους κύκλους εργασιών του. Άρα, εκ των πραγμάτων πρόκειται για ένα κριτήριο που βαίνει πέραν του συνηθισμένου και πρέπει να συνέχεται με τις ιδιαιτερότητες του συμβατικού αντικειμένου και ιδίως την πιθανολογούμενη εξέλιξη και περιπλοκότητα της εκτέλεσής του, αλλά και ένα κριτήριο πολύ σοβαρότερο και του οποίου η πλήρωσή του είναι κατά τεκμήριο ιδιαίτερα δυσχερέστερη (σε σχέση με τον κύκλο εργασιών, ελάχιστο ή μέσο) και προϋποθέτει τη σύμπτωση πλήθους οικονομικών, κεφαλαιακών και χρηματοοικονομικών, ως και οργανωτικών παραμέτρων στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα, οι οποίες πρέπει να είναι ανάλογες με τις ανά περίπτωση απαιτήσεις της σύμβασης. Οι δε αιτιάσεις της αναθέτουσας περί του ότι ο όρος αυτός αποτελεί εξασφάλιση της αναθέτουσας αρχής για την εκτέλεση της σύμβασης σε σχέση με τις χρηματοδοτικές ανάγκες του έργου, η εκτέλεση του οποίου προϋποθέτει την εισαγωγή και προπληρωμή του αιτούμενου από την αναθέτουσα υλικού χλοοτάπητα, δεν προκύπτουν πειστικές για τη δικαιολόγηση του παραπάνω όρου, ιδίως δεδομένης της αυτοτελούς σοβαρότητάς του ως και των λοιπών απαιτήσεων για διασφάλιση οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Τούτο διότι πρώτον, οι αιτιάσεις αυτές ερείδονται επί υποθέσεων περί απαιτήσεων που τυχόν θέτουν οι εισέτι άγνωστοι ξένοι προμηθευτές του εισέτι αγνώστου ακόμη αναδόχου, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη σειρά παραμέτρων, όπως η τυχόν μακρόχρονη συνεργασία μεταξύ αλλοδαπού κατασκευαστή και προσφέροντος, ο όγκος συνεχών και τρεχουσών παραγγελιών μεταξύ τους, η φερεγγυότητα που διέπει τις σχέσεις τους, η διάρκεια και η ένταση της τρέχουσας συνεργασίας τους ή η ιδιότητα του προσφέροντος ως τυχόν μόνιμου αντιπροσώπου του κατασκευαστή και οι τυχόν ειδικότεροι όροι της συνεργασίας τους που επιτρέπουν άλλους όρους μεταξύ τους αποπληρωμής και ρύθμισης των οικονομικών τους σχέσεων, υποθέσεις όμως επί των οποίων ερείδεται ένα erga omnes κριτήριο ως προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό (εξάλλου, από τον όρο θίγονται ακόμη και οι ίδιοι οι αλλοδαποί προμηθευτές που χωρίς να χρειάζεται να αγοράσουν το προϊόν από άλλη χώρα, τυχόν προτίθενται να μετάσχουν), καίτοι ουδόλως είναι γνωστό ή βέβαιο ή σαφώς πιθανό ότι όντως

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

οι υποθέσεις αυτές θα πραγματωθούν. Δεύτερον, οι προηγούμενοι κύκλοι εργασιών που ομοίως απαιτούνται, διασφαλίζουν αν μη τι άλλο μια σοβαρή οικονομική ευρωστία που εξασφαλίζει ότι ο ανάδοχος έχει καταρχήν τα οικονομικά μέσα για να καλύψει τις προς τρίτους υποχρεώσεις του, προκειμένου να διαθέτει τα απαιτούμενα υλικά που θα διαθέσει για το παρόν συμβατικό αντικείμενο. Εξάλλου, ακριβώς ο προηγούμενος κύκλος εργασιών προσφέρει μια ισχυρή ένδειξη ότι ο οικονομικός φορέας διαθέτει αρκετές τρέχουσες εμπορικές συναλλαγές και μια εδραία θέση στην αγορά, η οποία συνεπάγεται τη διαρκή προς αυτόν εισροή κεφαλαίου που δύναται να χρησιμοποιηθεί για τη χρηματοδότηση και εκτέλεση των νέων υποχρεώσεων του, όπως δηλαδή κατά τους κανόνες της κοινής πείρας λαμβάνει χώρα στο εν γένει εμπόριο. Τρίτον, ομοίως κατά την κοινή λογική και πείρα και δεδομένου ότι ετησίως διενεργείται πλήθος αναθέσεων και εκτελέσεων συμβάσεων με αντικείμενο τους συνθετικούς χλοοτάπητες στην Ελλάδα, δεν προκύπτει κάποια τυχόν τόσο ιδιόζουσα διαφοροποίηση ή ιδιαιτερότητα του προκειμένου αντικειμένου, ώστε να δικαιολογεί τη θέσπιση τόσο αυστηρών απαιτήσεων οικονομικής επάρκειας ούτε όμως εκ της φύσεως του αντικειμένου προκύπτει μια τέτοια περιπλοκότητα ή ενδεχόμενο, πέραν του ότι δεν επικαλείται κάτι σχετικό η αναθέτουσα. Τέταρτον και κυριότερο, η απαίτηση περί πιστοληπτικής ικανότητας, ακριβώς λόγω της σοβαρότητας και των περαιτέρω απαιτήσεων και περιορισμών που δημιουργεί ως μία από τις σοβαρότερες και αυστηρότερες μορφή κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας εξ όσων περιοριστικά αναφέρει το Παράρτημα XII Μέρος Ι του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016), όχι μόνο δεν δύναται να χρησιμοποιείται άνευ ετέρου αντί της κατ' εξοχήν απαίτησης για κύκλο εργασιών (εφόσον δεν προκύπτει αυτή καθαυτή η ειδική ανάγκη χρηματοδότησης για την εκτέλεση του αντικειμένου, η οποία μπορεί να διασφαλιστεί μόνο με το συγκεκριμένο αυτό μέσο) θα πρέπει να χρησιμοποιείται καταρχήν με φειδώ και σε μέγεθος που τελεί ακριβώς στην αναγκαία αναλογία του ως προς αυτές καθαυτές τις χρηματοδοτικές υποχρεώσεις που επάγεται η εκτέλεση της ανά περίπτωση συγκεκριμένης

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

σύμβασης και τούτο μόνο όταν το αντικείμενο φέρει τέτοια χαρακτηριστικά, ώστε να καθίσταται ισχυρό το ενδεχόμενο ανάγκης χρηματοδότησης από τρίτους για την εκτέλεσή του (υπό τη μορφή τυχόν απροβλέπτων εργασιών που θα απαιτηθούν ή πηγών που ενδέχεται να αυξήσουν το κόστος ή να απαιτήσουν άμεσες ταμειακές ροές) και όχι να τίθεται βάσει αορίστων υποθέσεων περί προπληρωμής των υλικών (υπόθεση που θα μπορούσε εν τέλει να αφορά κάθε είδους σύμβαση προμήθειας ή έργου). Πολύ περισσότερο, αφού εν προκειμένω η αναθέτουσα ήδη ζητά και την επιπλέον απαίτηση περί οικονομικής επάρκειας, ήτοι αυτή του κύκλου εργασιών. Εν προκειμένω, πάντως, ουδόλως προκύπτει ότι η αναθέτουσα δεν διασφαλίζεται όλως επαρκώς δια του κριτηρίου του κύκλου εργασιών, το οποίο αποτελεί σωρευτικά με την πιστοληπτική ικανότητα κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, αλλά ούτε αυτή επεξηγεί ούτε εν τέλει προκύπτει γιατί το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο θα απαιτήσει για την ομαλή του εκτέλεση περισσότερες χρηματοοικονομικές διασφαλίσεις από όσες ήδη εξασφαλίζονται (λαμβανομένης υπόψη επιπλέον και της εγγυητικής καλής εκτέλεσης / άρθρο 17 διακήρυξης). Κατ' αποτέλεσμα, ο οικείος όρος ως και η απαίτηση για προσκόμιση του σχετικού προς απόδειξη δικαιολογητικού του είναι αδικαιολόγητοι και συγχρόνως περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό με ένταση δυσανάλογη ως προς τον οικείο σκοπό και τρόπο που δεν κατατείνει εν τέλει σε κάποια αναγκαία πρόσθετη διασφάλιση της αναθέτουσας, σε σχέση με τους λοιπούς ήδη υπάρχοντες και μη προσβαλλόμενους όρους, που σκοπούν και αυτοί στην κατεύθυνση ακριβώς αυτής της διασφάλισης. Και τούτο πέραν του ότι ο ως άνω όρος είναι παράνομος και μόνο λόγω του μεγάλου ύψους της ζητούμενης πιστοληπτικής ικανότητας (ανερχόμενο στο 1/2 της άνευ ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας), το οποίο και μόνο του και ανεξαρτήτως της εν προκειμένω μη νομιμότητας εξαρχής της καταρχήν απαιτήσεως για τέτοια βεβαίωση, είναι με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας ασύνηθες και ιδιαίτερα μεγάλο, τουλάχιστον ως προς ένα συμβατικό αντικείμενο για το οποίο ούτε προκύπτει ούτε επικαλείται η αναθέτουσα κάποια ειδική ιδιομορφία και κάποιον εξαιρετικό κίνδυνο ούτε η

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

σχετική πιθανότητα απροόπτων συνθηκών είναι τόσο μεγάλη και ιδιάζουσα και αυτά, επιπλέον του ότι η αναθέτουσα ουδόλως επεξηγεί και στοιχειοθετεί την ανάγκη για το τόσο υψηλό συγκεκριμένα ζητούμενο ποσό. Και όλα τα ανωτέρω, επιπλέον του ότι κατ' άρ. 80 παρ. 4 εδ. β' Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι *«Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο.»*, διάταξη που σκοπεύει ακριβώς στη διευκόλυνση συμμετοχής, ο οποίος όμως ουδόλως συνάδει με τις προκείμενες όλως περιοριστικές του ανταγωνισμού απαιτήσεις της προκείμενης διακήρυξης.

46. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 408/2011, 718/2012) ότι από τις διατάξεις του ν. 3669/2008, περί Μ.Ε.ΕΠ., που εξακολουθούν να ισχύουν, αλλά και από τον λόγο υπάρξεως του ΜΕΕΠ, προκύπτει ότι η εγγραφή εργοληπτικής επιχειρήσεως σε τάξη και κατηγορία έργων του ΜΕΕΠ δημιουργεί, κατ' αρχήν, τεκμήριο ικανότητάς της για την ανάληψη αντιστοίχων έργων. Και ναι μεν, προκειμένου για έργα με ιδιαίτερο χαρακτήρα, δηλαδή έργα μη συνήθους είδους ή πολύπλοκα, είναι, κατά νόμο, δυνατόν να προστίθενται, κατ' εξαίρεση, στην οικεία διακήρυξη και ιδιαίτεροι όροι, προσαρμοσμένοι στην, κατά την ως άνω έννοια, ιδιαιτερότητα του έργου, η προσθήκη, όμως, των όρων αυτών πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς, με αναφορά των συγκεκριμένων λόγων για τους οποίους το έργο δεν μπορεί να αναληφθεί, εν όλω ή εν μέρει, από οποιαδήποτε εργοληπτική επιχείρηση, εγγεγραμμένη στην αντίστοιχη τάξη και κατηγορία έργων του ΜΕΕΠ. Εν πάση δε περιπτώσει απαιτείται να τηρείται η αναλογία μεταξύ του επιδιωκόμενου με μια τέτοια πρόσθετη απαίτηση σκοπού και των μέσων που χρησιμοποιούνται για την επίτευξή του, ώστε να διαφυλάσσεται και ο χαρακτήρας του διαγωνισμού ως ανοικτού (πρβλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 16.12.2008 επί της υποθέσεως C-213/07, σκ. 47-48, Ε.Α. 143/2010). Με άλλα λόγια, η αναθέτουσα αρχή κατά την άσκηση της διακριτικής της ευχέρειας για την θέσπιση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ειδικά για τους διαγωνισμούς για τη

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων που διενεργούνται με την ανοιχτή διαδικασία, δεν μπορεί να μην λαμβάνει υπόψη της τις προϋποθέσεις και τους όρους που οι διατάξεις περί ΜΕΕΠ θέτουν για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις, προκειμένου να δικαιούνται να συμμετέχουν στους οικείους διαγωνισμούς, η υπέρβαση των οποίων θα πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς και να είναι ανάλογη με τη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Και μπορεί, πράγματι, μετά την τροποποίηση των διατάξεων του άρθρου 76 με το άρθρο 119 του ν. 4472/2017 (Α' 74 ο καθορισμός των κριτηρίων επιλογής να έχει αποσυνδεθεί από την εγγραφή και κατάταξη σε τάξεις του ΜΕΕΠ, καθώς οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας πληροί τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, όπως αυτά εξειδικεύονται από την αναθέτουσα αρχή στα έγγραφα της εκάστοτε υπό ανάθεση σύμβασης, μπορεί να συμμετέχει σε διαγωνισμούς για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων, ανεξάρτητα από την εγγραφή και κατάταξή του σε συγκεκριμένες τάξεις του ΜΕΕΠ, ωστόσο, ούτε η διάταξη του άρθρου 76 παρ. 1 β) περί δικαιώματος συμμετοχής των καταταγέντων στις κατηγορίες έργων του Μ.Ε.ΕΠ. ρητώς καταργήθηκε, ούτε καταργήθηκαν οι διατάξεις του άρθρου 76 παρ. 3 α) και β) περί των καλουμένων τάξεων του Μ.Ε.ΕΠ. με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, ούτε και, κυρίως, δεν καταργήθηκαν οι διατάξεις των άρθρων 80-110 του Ν. 3669/2008 περί Μ.Ε.ΕΠ. Συνεπώς, η αποσύνδεση των κριτηρίων επιλογής με την κατάταξη σε τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ. έχει το νόημα ότι οι απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας καθορίζονται καταρχάς περιγραφικά, χωρίς παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ ή βαθμίδες/κατηγορίες του ΜΕΚ, αλλά με βάση τα αναφερόμενα στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 κριτήρια, στο πλαίσιο της τήρησης των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, όμως, οι απαιτήσεις αυτές δεν πρέπει να υπερβαίνουν τις απαιτήσεις της αντίστοιχης τάξης του ΜΕΕΠ, εκτός αν

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

τούτο αιτιολογείται ειδικώς στα έγγραφα της σύμβασης και είναι ανάλογες με τη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να βαίνουν πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή, δηλαδή ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θέτει κριτήρια ποιοτικής επιλογής που θα υπερέβαιναν τις απαιτήσεις της αντίστοιχης τάξης του ΜΕΕΠ, μολονότι το δημοπρατούμενο έργο δεν παρουσιάζει χρηματοδοτικές ανάγκες και κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες και ιδιομορφίες που θα δικαιολογούσαν αυξημένη χρηματοοικονομική επάρκεια και τεχνική εμπειρία, γνώση και επιπλέον τεχνικό εξοπλισμό εκ μέρους του διαγωνιζόμενου, θα οδηγούσε στο αντίθετο αποτέλεσμα από αυτό που διώκει η νέα παρ. 4 του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016, δηλαδή θα οδηγούσε στον περιορισμό του κύκλου των ανταγωνιζομένων επιχειρήσεων, τον οποίο συνεπάγεται η θέσπιση ανατιολόγητα αυξημένων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, καθώς και στον έμμεσο προσδιορισμό συγκεκριμένων εργοληπτικών επιχειρήσεων, οι οποίες, μόνες αυτές, κατά περιορισμό του ανταγωνισμού στο οικείο πεδίο, δύνανται να αναλάβουν το έργο (βλ. ΑΕΠΠ 418/2018).

47. Επειδή, ούτε από τις διατάξεις της διακήρυξης και την τεχνική περιγραφή, ούτε από ειδική έκθεση περιεχόμενη στα έγγραφα της σύμβασης, ούτε και από τις Απόψεις της αναθέτουσας αρχής προκύπτει επαρκώς αιτιολογημένα η ανάγκη για αυξημένη χρηματοοικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων στον υπό εξέταση διαγωνισμό και σύμφωνα με όσα αναλύθηκαν στις σκ. 27-30, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο όρος 22Γα της διακήρυξης αναφορικά με την απαίτηση τραπεζικών βεβαιώσεων.

48. Επειδή, περαιτέρω, ο επίμαχος όρος του άρθρου 22Γβ της προσβαλλόμενης διακήρυξης είναι μη νόμιμος διότι, όπως ορθά ισχυρίζεται ο προσφεύγωντας, δεν είναι σαφές αν ζητείται αθροιστικός κύκλος εργασιών τριετίας ίσος τουλάχιστον με το διπλάσιο του δημοπρατούμενου έργου για

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

κάθε έτος ή μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών την τελευταία τριετία ίσος τουλάχιστον με το διπλάσιο του δημοπρατούμενου έργου συνολικά, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 και της αρχής της διαφάνειας που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με την οποία όλοι οι όροι διεξαγωγής του διαγωνισμού πρέπει να είναι διατυπωμένοι στη διακήρυξη χωρίς αμφισημία, ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και αφετέρου να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι υποβαλλόμενες προσφορές ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω ανάθεση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA, πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 123/2015, 758/2008). (βλ. ΑΕΠΠ 418/2018). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν προβάλλει κανέναν ισχυρισμό περί της απόδειξης της σαφήνειας του εν λόγω όρου, αλλά απλώς ισχυρίζεται ότι η διατύπωση είναι ρητή και απόλυτα σαφής και δεν καταλείπει περιθώρια παρερμηνείας. Κατόπιν όλων των ανωτέρω, ο επίμαχος όρος 22Γβ πρέπει να ακυρωθεί ως ασαφής και να γίνει δεκτός ο τέταρτος λόγος της προσφυγής ως προς το ζήτημα αυτό.

49. Επειδή, κατόπιν των σκ. 47 και 48, γίνεται εν συνόλω δεκτός ο τέταρτος λόγος της προσφυγής και ως προς τα δύο σκέλη του, υπό στοιχεία ι) και ιι) και ως εκ τούτου πρέπει να ακυρωθεί εξ ολοκλήρου ο όρος 22Γ.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΕΜΠΤΟΥ ΛΟΓΟΥ

50. Επειδή, ο προσφεύγων με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής του επιδιώκει την ακύρωση ως μη νόμιμου του όρου της επίμαχης διακήρυξης όσον αφορά το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, διότι εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή επέλεξε ως κριτήριο ανάθεσης στην επίμαχη σύμβαση έργου την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, χωρίς ωστόσο να έχει εκδοθεί η ΥΑ της § 15 του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016 και οι σχετικές εγκύκλιοι, παρά τα όσα

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

ορίζονται στην παρ.1 του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016 περί της επιφύλαξης εθνικών διατάξεων νόμου ή διοικητικών πράξεων. Ελλείπει υπουργικής απόφασης που να ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να χρησιμοποιούν είτε την τιμή ή το κόστος ως κριτήριο ανάθεσης, είτε τη σχέση βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, καθίσταται σαφές, κατά τον προσφεύγοντα, ότι μέχρι και σήμερα μοναδικό νόμιμο κριτήριο ανάθεσης για τις συμβάσεις έργων είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ή κόστους.

51. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 86 του Ν. 4412/2016, στο οποίο ορίζονται τα κριτήρια ανάθεσης των συμβάσεων (άρθρο 67 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), «1. Με την επιφύλαξη των εθνικών διατάξεων νόμου ή διοικητικών πράξεων σχετικά με την τιμή ορισμένων αγαθών ή την συμβάσεων στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά.2. Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής προσδιορίζεται βάσει της τιμής ή του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας, όπως της κοστολόγησης του κύκλου ζωής, σύμφωνα με το άρθρο 87 και μπορεί να περιλαμβάνει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων, συμπεριλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, ποιοτικών, περιβαλλοντικών ή/και κοινωνικών πτυχών που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης 15. Για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων μπορεί να ορίζεται ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να χρησιμοποιούν την τιμή ή το κόστος ως μοναδικό κριτήριο ανάθεσης, ή μπορεί να περιορίζεται η χρήση τους σε ορισμένες κατηγορίες αναθετουσών αρχών ή ορισμένα είδη συμβάσεων. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, μπορεί να εκδίδονται εγκύκλιοι του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων σχετικά με την στάθμιση των επιμέρους κριτηρίων ανάθεσης, τους συντελεστές βαρύτητας των κριτηρίων ανάθεσης που σχετίζονται με την τεχνική προσφορά, ανά κατηγορία

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

έργου και μελέτης και ανά εκτιμώμενη αξία σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλίνει από τα οριζόμενα στις ανωτέρω εγκυκλίους, έπειτα από σύμφωνη γνώμη του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου».

52. Επειδή, με το άρθρο 14 διακήρυξης ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα: «Η επιλογή των κριτηρίων του παρόντος άρθρου - που τίθενται συμφώνως του άρθρου 86 του νόμου 4412/16 (άρθρο 67 παρ. 2 στοιχ. β' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) - για την επιλογή του αναδόχου, εκπορεύεται εκ της αναγκαιότητας τήρησης κρίσιμων παραγόντων κατά την διάρκεια υλοποίησης της παρούσας υπό ανάθεση δημόσιας σύμβασης, συνδεόμενων ευθέως με το κυρίως αντικείμενο του έργου για την διασφάλιση της βέλτιστης σχέση ποιότητας — τιμής. Οι κρίσιμοι αυτοί παράγοντες συνδέονται τόσο με την επιλογή των βασικών υλικών του σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα (ποιότητα, τεχνική αξία, τεχνική υποστήριξη, εξυπηρέτηση και συνδρομή του κατασκευαστικού οίκου μετά την πώληση κ.α.), όσο και με την επιλογή διάθεσης του αναγκαίου ανθρώπινου δυναμικού και τεχνικών πόρων που θα διατεθούν για την υλοποίηση της σύμβασης, δεδομένου, ότι μεταξύ των κρίσιμων στοιχείων του εν τέλει εκ τελεσθέντος έργου είναι και η λήψη κατάλληλου πιστοποιητικού ποιότητας FIFA QUALITY ή FIFA QUALITY PRO από διεθνές αναγνωρισμένο οίκο που χορηγεί τέτοια πιστοποιητικά. Για την επιλογή της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς - σύμφωνα με τη γνώμη της αναθέτουσας αρχής - βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας — τιμής (άρθρο 86 του ν. 4412/16), οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα υποβάλλουν ξεχωριστό υποφάκελο με την ένδειξη Τεχνική Προσφορά, συμφώνως των οριζόμενων στην παράγραφο 24.3 του άρθρου 24 της παρούσας...».

53. Από την ερμηνεία των διατάξεων των §§ 1 και 2 του άρθρου 86 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να θέτουν ως κριτήριο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, είτε βάσει της τιμής ή του κόστους, είτε βάσει της βέλτιστης σχέση ποιότητας - τιμής, υπό την επιφύλαξη όμως ειδικότερων εθνικών διατάξεων νόμου ή διοικητικών πράξεων σχετικά με την τιμή

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

ορισμένων αγαθών ή την αμοιβή ορισμένων υπηρεσιών. Στην παράγραφο 2 του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016 ορίζονται ρητά οι δυνατότητες της αναθέτουσας αρχής να προσδιορίσει τον τρόπο εκτίμησης του κριτηρίου της συμφερότερης από οικονομική άποψη προσφοράς για κάθε σύμβαση, έτσι ώστε να επιλέξει την καλύτερη δυνατή προσφορά από τους υποψήφιους για το συγκεκριμένο έργο. Συγκεκριμένα, οι διατάξεις προβλέπουν ότι το κριτήριο της συμφερότερης από οικονομική άποψη προσφοράς μπορεί να εκτιμηθεί με βάση είτε την τιμή, είτε το κόστος με προσέγγιση αποτελεσματικότητας, είτε τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής, ως εν προκειμένω. Η δε παράγραφος 15 του αυτού άρθρου προβλέπει, κατ' απόκλιση του παραπάνω κανόνα, ότι με απόφαση του αρμόδιου Υπουργού οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να χρησιμοποιήσουν την τιμή ή το κόστος ως μοναδικό κριτήριο ανάθεσης ή μπορεί να περιορίζεται η χρήση της σε ορισμένες κατηγορίες αναθετουσών αρχών ή ορισμένα είδη συμβάσεων. Προβλέπει, δηλαδή, η τελευταία αυτή διάταξη όχι, όπως εσφαλμένα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ότι οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν υποχρεωτικά να προσδιορίζουν σε κάθε περίπτωση την πλέον συμφέρουσα προσφορά με μοναδικό κριτήριο την τιμή ή το κόστος, αλλά αντίθετα ότι με σχετική Υπουργική απόφαση μπορεί να αποκλείεται η εκτίμηση της συμφερότερης από οικονομική άποψη προσφοράς με βάση το κριτήριο αυτό. Από τη σαφή γραμματική ερμηνεία των διατάξεων των παρ. 1, 2 και 15 του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016 δεν καταλείπεται αμφιβολία ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν έχουν κανένα περιορισμό να επιλέξουν για ανάθεση δημοσίου έργου το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής και οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του προσφεύγοντα προβάλλονται εσφαλμένα και ο πέμπτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Αντιστοίχως, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας επί του πέμπτου λόγου να γίνουν δεκτοί ως βασίμως προβαλλομένοι.

54. Επειδή, εξάλλου, και ο δεύτερος προσφεύγων που, όπως και ο πρώτος, επιθυμεί να συμμετέχει στο διαγωνισμό και να υποβάλει προσφορά και σκοπός της παρούσας προδικαστικής προσφυγής του είναι ακριβώς η

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

παροχή της δυνατότητας να συμμετάσχει και να έχει την ευκαιρία να αναλάβει την εν λόγω δημόσια σύμβαση, με έννομο συμφέρον, προβάλλει λόγους ακύρωσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης και όρων αυτής και συγκεκριμένα επικαλείται τα εξής: «1^{ος} Λόγος: Σύγχυση και επικάλυψη κριτηρίων επιλογής και κριτηρίων ανάθεσης/παράνομη θέσπιση κριτηρίων αξιολόγησης-ανάθεσης με περιεχόμενο κριτηρίου επιλογής/αοριστίες και επικαλύψεις μεταξύ κριτηρίων αξιολόγησης-ανάθεσης/αοριστίες και ασάφειες ως προς τα κριτήρια επιλογής και χρήση της δυνατότητας στήριξης σε ικανότητες τρίτων/αποκλεισμός δυνατότητας στήριξης σε ικανότητες τρίτων για πλήρωση συγκεκριμένων κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας/σύγχυση σταδίων διαγωνιστικής διαδικασίας/σύγχυση δικαιολογητικών συμμετοχής – αντικείμενου αξιολόγησης τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών κατακύρωσης/αόριστο περιεχόμενο κριτηρίων αξιολόγησης και αξιολογητέα και απαιτούμενα ασύνδετα με το υπό ανάθεση (δεκατρείς επιμέρους ισχυρισμοί υπό Α'-ΙΓ'). 2^{ος} Λόγος: Παρανομίες/αοριστίες/αντιφάσεις τεχνικών προδιαγραφών και μέσων απόδειξης αυτών, στοιχειοθέτησης της τεχνικής προσφοράς, αποδοχής και βαθμολόγησης της / παρανομία και του κριτηρίου αξιολόγησης Β3 που στηρίζεται επί αυτών (οχτώ αυτοτελείς περαιτέρω προβαλλόμενοι ισχυρισμοί). 3^{ος} Λόγος: Παράνομος ορισμός κατηγοριών ΜΕΕΠ που γίνονται αποδεκτές για υποβολή προσφοράς (δύο αυτοτελείς προβαλλόμενοι ισχυρισμοί). 4^{ος} Λόγος: Παρανομίες και αοριστίες ως προς τα κριτήρια επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (πέντε αυτοτελείς προβαλλόμενοι ισχυρισμοί)».

ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΥ ΛΟΓΟΥ:

55. Επειδή, με τους ισχυρισμούς του ο προσφεύγων προς στήριξη του πρώτου λόγου της προσφυγής του ζητά την ακύρωση του συνόλου των κριτηρίων αξιολόγησης Β1, Β2, Β3 και Β4, αλλά και όλου του συστήματος αξιολόγησης-βαθμολόγησης προσφορών κατ' άρ. 14 περί κριτηρίου ανάθεσης και του συνδεόμενου με αυτό άρ. 24.3 της διακήρυξης περί περιεχομένου τεχνικών προσφορών, όπως και των κριτηρίων επιλογής του όρου 22.Ε και των δικαιολογητικών κατακύρωσης του όρου 23.7, του άρ. 6 της Ειδικής

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

Συγγραφής Υποχρεώσεων και του άρ. 11 αυτής όσον αφορά την περί προτύπου διαχείρισης ποιότητας απαίτηση και του αντίστοιχου όρου του ΤΕΥΧΟΥΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ.

56. Επειδή, συγκεκριμένα προβάλλει τους εξής αυτοτελείς υπό λόγους του πρώτου ως άνω (σκ. 54) λόγου της προσφυγής του: α) Α. ΑΟΡΙΣΤΙΑ ΠΕΡΙ ΤΟΥ ΠΕΔΙΟΥ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΠΡΟΤΥΠΩΝ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΗΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΩΣ ΚΑΙ ΥΓΙΕΙΝΗΣ ΚΑΙ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ ΣΤΗΝ ΕΡΓΑΣΙΑ, β) ΕΠΙΚΑΛΥΨΗ ΚΡΙΤΗΡΙΟΥ ΕΠΙΛΟΓΗΣ 22.Ε ΑΠΟ ΒΑΘΜΟΛΟΓΟΥΜΕΝΟ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ Β2/ΑΣΑΦΕΙΕΣ ΚΑΙ ΑΟΡΙΣΤΙΕΣ, γ) ΘΕΣΠΙΣΗ ΚΡΙΤΗΡΙΟΥ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ Β2 ΠΟΥ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟΝ ΕΠΡΕΠΕ ΝΑ ΑΠΟΤΕΛΕΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΑ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΕΠΙΛΟΓΗΣ, δ) ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑΣ ΣΤΗΡΙΞΗΣ ΣΕ ΙΚΑΝΟΤΗΤΕΣ ΤΡΙΤΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΛΗΡΩΣΗ ΤΟΥ ΚΡΙΤΗΡΙΟΥ ΕΠΙΛΟΓΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑΣ 22.Ε, ε) ΟΡΙΣΜΟΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ ΚΑΙ ΩΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΣΥΓΧΡΟΝΩΣ, στ) ΑΡΘΡΟ 6 ΕΙΔΙΚΗΣ ΣΥΓΓΡΑΦΗΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΗΣ/ ΚΑΙ ΑΝΤΙΣΤΟΙΧΟΣ ΟΡΟΣ ΤΕΥΧΟΥΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΕΡΙ ΓΡΑΦΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ/ ΕΠΙΤΑΣΗ ΤΗΣ ΣΥΓΧΥΣΗΣ ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΑ ΘΕΣΠΙΖΟΜΕΝΑ ΠΡΟΤΥΠΑ ΚΑΙ ΤΑ ΟΙΚΕΙΑ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΠΡΟΣ ΠΡΟΣΚΟΜΙΣΗ/ ΑΡΙΡΠ 11 ΕΙΔΙΚΗΣ ΣΥΓΓΡΑΦΗΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ ΚΑΙ ΑΝΤΙΣΤΟΙΧΗ ΑΣΑΦΕΙΑ-ΑΝΤΙΦΑΣΗ (ΕΞΙ ΕΠΙΜΕΡΟΥΣ ΑΙΤΙΑΣΕΙΣ, Η ΔΕΥΤΕΡΗ ΩΣ ΠΡΟΣ 8 ΑΥΤΟΤΕΛΕΙΣ ΑΣΑΦΕΙΕΣ), ζ) ΠΑΡΑΝΟΜΙΕΣ ΕΠΙ ΚΡΙΤΗΡΙΩΝ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ Β1 ΚΑΙ Β2/ ΑΟΡΙΣΤΙΕΣ-ΕΠΙΚΑΛΥΨΗ ΜΕ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΕΠΙΛΟΓΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑΣ 22.Δ/ ΘΕΣΠΙΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΤΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΦΟΡΕΑ ΩΣ ΚΡΙΤΗΡΙΟΥ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ/ ΕΠΙΚΑΛΥΨΕΙΣ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΙΔΙΩΝ ΤΩΝ Β1 ΚΑΙ Β2 ΚΡΙΤΗΡΙΩΝ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ (ΕΞΙ ΑΥΤΟΤΕΛΕΙΣ ΑΙΤΙΑΣΕΙΣ), η) ΤΟ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΣΗΣ Β1 ΑΞΙΟΛΟΓΕΙ ΕΙΔΙΚΩΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΥΠΕΡΓΟΛΑΒΩΝ ΧΩΡΙΣ ΝΑ ΥΠΑΡΧΕΙ ΚΑΝ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΕΠΙΛΟΓΗΣ ΠΕΡΙ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΠΟΥ ΚΑΙ ΑΝ ΥΠΗΡΧΕ ΘΑ ΕΠΙΚΑΛΥΠΤΟΤΑΝ ΠΑΡΑΝΟΜΩΣ ΑΠΟ ΤΟ ΠΑΡΑΠΑΝΩ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΣΗΣ/ΠΛΗΡΗΣ ΣΥΓΧΥΣΗ ΚΑΙ ΣΩΡΕΙΑ ΑΣΑΦΕΙΩΝ,

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

θ) ΑΟΡΙΣΤΙΑ ΚΡΙΤΗΡΙΟΥ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ Β3 (ΤΕΣΣΕΡΙΣ ΕΠΙΜΕΡΟΥΣ ΑΙΤΙΑΣΕΙΣ), ι) ΑΝΥΠΑΡΞΙΑ ΕΛΑΧΙΣΤΟΥ ΑΠΟΔΕΚΤΟΥ ΟΡΙΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΣΗΣ ΕΓΚΡΙΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΑΡΑ ΚΑΙ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΝ ΟΛΩ ΕΓΚΡΙΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΣΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ Β1 ΚΑΙ Β2/ ΑΟΡΙΣΤΙΑ ΤΡΟΠΟΥ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΣΗΣ ΑΝΑ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΣΗΣ, ΑΦΟΥ ΔΕΝ ΟΡΙΖΕΤΑΙ ΠΟΙΑ ΠΡΟΣΟΝΤΑ ΑΝΑ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΣΥΝΙΣΤΟΥΝ ΤΑ ΑΝΑΓΚΑΙΑ ΓΙΑ ΤΗ «ΒΑΘΜΟΛΟΓΙΚΗ ΒΑΣΗ» ΔΗΛΑΔΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΠΙΤΕΥΞΗ ΤΗΣ ΕΛΑΧΙΣΤΗΣ ΑΠΟΔΕΚΤΗΣ ΒΑΘΜΟΛΟΓΙΑΣ 60, ια) ΑΟΡΙΣΤΙΑ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΤΕΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΟΥ ΚΡΙΤΗΡΙΟΥ Β4, ιβ) ΕΠΙΠΛΕΟΝ ΑΟΡΙΣΤΙΕΣ ΚΡΙΤΗΡΙΩΝ Β1 ΚΑΙ Β2, ΕΠΑΝΑΛΗΨΕΙΣ, ΑΣΑΦΕΙΑ ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΩΝ ΚΑΙ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΤΕΩΝ, ΕΠΙΚΑΛΥΨΕΙΣ ΜΕ ΥΠΟΧΡΕΩΤΙΚΟΥΣ ΟΡΟΥΣ ΤΩΝ ΕΓΓΡΑΦΩΝ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΚΑΙ ΟΡΟΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΜΟΥ ΕΚ ΤΟΥ ΚΡΙΤΗΡΙΟΥ Β2 ΧΩΡΙΣ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΙΚΗ ΣΥΝΔΕΣΗ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΣΗ ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΟ ΕΡΓΟ, ιγ) ΣΥΣΤΗΜΑ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΣΗΣ ΠΟΥ ΕΚΜΗΔΕΝΙΖΕΙ ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ/ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΑΝΑΘΕΣΗΣ ΠΟΥ ΔΕΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ ΣΤΗΝ «ΠΛΕΟΝ ΣΥΜΦΕΡΟΥΣΑ ΑΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΠΟΨΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ»

57. Επειδή, επί του ως άνω πρώτου λόγου της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή απαντά τα εξής: «Με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, ο προσφεύγων παραπονείται εν γένει για δήθεν αοριστία των όρων της διακήρυξης, επικάλυψη κριτηρίων και δικαιολογητικών ποιοτικής επιλογής και κατακύρωσης, και για δήθεν αποκλεισμό στήριξης σε ικανότητες τρίτων. Πρόκειται για ισχυρισμούς αλληλεπικαλυπτομένους και αδικαιολόγητα επαναλαμβανόμενους... Επί των ισχυρισμών που περιλαμβάνονται στον υπό εξέταση πρώτο λόγο, επαγόμεθα εν συντομία τα ακόλουθα: α. Ο όρος του άρθρου 22Ε της προσβαλλόμενης διακήρυξης περί των απαιτούμενων προτύπων διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης είναι σαφής, καθώς αναφέρεται σε καθιερωμένα πρότυπα και δη τα 180 9001:2015, ΟΗ8Α8 18001:2015 & 180 14001:2004, επιτρέποντας και ισοδύναμα αυτών (πρόβλεψη που αγνοεί (;) ο προσφεύγων, προβάλλοντας

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αβάσιμα περιοριστική απαρίθμηση προτύπων κατά παράβαση της σχετικής ρήτηρας, στο πλαίσιο επόμενου ισχυρισμού), ο δε προσφεύγων βάλλει κατ' αυτού απαραδέκτως. Πράγματι, ο προσφεύγων αναγνωρίζει ότι δεν πληροί το οικείο κριτήριο, περαιτέρω δε όχι μόνον δεν επικαλείται ότι στηρίζεται γι' αυτό σε τρίτο, αλλά ομολογεί ότι δεν έχει εξασφαλίσει την σχετική στήριξη, επομένως ουδεμία βλάβη υφίσταται ή βλαπτική εξίσωση με οικονομικούς φορείς των οποίων υπερτερεί σε σχέση με το εν λόγω κριτήριο, όπως αβασίμως ισχυρίζεται. Σημειώνεται, άλλωστε, ότι η στήριξη σε ικανότητα τρίτου ρητά προβλέπεται στο άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης, ως θα αναπτυχθεί κατωτέρω (δεδομένου ότι ο προσφεύγων επανέρχεται στο θέμα της στήριξης με επόμενο αυτοτελή ισχυρισμό). Εξάλλου, η συγκεκριμένη πρόβλεψη είναι δικαιολογημένη δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης της επίμαχης υπό ανάθεση σύμβασης είναι αυτό της συμφερότερης προσφοράς από οικονομική άποψη βάσει σχέσης ποιότητας - τιμής. Ως εκ τούτου δικαιολογημένα η αναθέτουσα αρχή, προέβλεψε την εφαρμογή των επίμαχων προτύπων, ως ελάχιστες αντικειμενικά απαιτούμενες γενικής υφής παραμέτρους που κρίνονται ήδη στο πλαίσιο των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, όπως προκύπτει από τη σχετική νομολογία της ΑΕΠΠ *"Αντίθετα, σε διαδικασίες ανάθεσης με κριτήριο τη συμφερότερη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας-τιμής, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής δεν θα πρέπει να εισέρχονται στο πεδίο ανάδειξης του «καταλληλότερου» δια της θεσπίσεως υψηλών απαιτήσεων και όρων αφού αυτά μπορούν να καλυφθούν από τα κριτήρια αξιολόγησης. Ο ρόλος των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σε αυτή την περίπτωση, αφορά περισσότερο τις ελάχιστες αντικειμενικά απαιτούμενες (όπως επί παραδείγματι η κατοχή απαραίτητων κατά νόμον προσόντων για την ανάληψη και εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου ή η κατοχή εκ μέρους του προϊόντος των νόμιμων ή ελάχιστων επαρκών για λόγους ασφαλείας προϋποθέσεων ή η κατοχή από τον οικονομικό φορέα των πλέον στοιχειωδών ικανοτήτων που διασφαλίζουν ότι η αναθέτουσα δεν διακινδυνεύει με την επιλογή του συγκεκριμένου προμηθευτή ή προϊόντος/υπηρεσίας τα συμφέροντά της ή ότι η περαιτέρω αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς του δεν θα αποβεί πρόδηλη σπατάλη*

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

χρόνου), γενικής υφής (υπό την έννοια ότι πρέπει να επικεντρώνουν περισσότερο σε γενικά προσόντα του υποψηφίου και όχι σε προσόντα άμεσα συναπτόμενα με το ειδικό περιεχόμενο του συμβατικού αντικειμένου, πλην όσων αφορούν την ίδια τη νομιμότητα παροχής και ασφάλεια του προϊόντος/υπηρεσίας), περισσότερο συνεχόμενες με το πρόσωπο του υποψηφίου (υπό την έννοια ότι επικεντρώνουν περισσότερο σε προσόντα, πιστοποιήσεις, οικονομικά στοιχεία, άδειες κλπ που αφορούν τον οικονομικό φορέα και όχι το ίδιο το προϊόν/υπηρεσία, με εξαίρεση τις όποιες υποκειμενικά αξιολογούμενες ικανότητες και στοιχεία του προσώπου του οικονομικού φορέα που συναρτώνται με αυτό καθαυτό το συμβατικό αντικείμενο, στοιχείο που παραπέμπει σε κριτήριο αξιολόγησης, βλ. και άρ. 86 παρ. 5 Ν. 4412/2016) και δυνάμενες να αξιολογηθούν περί της συνδρομής τους με δέσμιο τρόπο από την αναθέτουσα (υπό την έννοια ότι εκ φύσεώς τους καταλείπουν την ελάχιστη δυνατή διακριτική ευχέρεια και περιθώριο κρίσης στην τελευταία για τη διάγνωση συνδρομής τους, υπό μια απλή καταφατική ή αποφατική απάντηση άμεσα συναγόμενη εκ των προσκομιζόμενων εγγράφων) παραμέτρους, οι οποίες διασφαλίζουν ότι αφενός η επιλογή ενός οποιουδήποτε εκ των αποδεκτών οικονομικών Φορέων δύναται να εξυπηρετήσει καταρχήν το συμφέρον της αναθέτουσας και να καταλήξει στη νόμιμη, έγκαιρη, ασφαλή και στοιχειωδώς ικανοποιητική εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου. Τα δε κριτήρια αξιολόγησης, αντίστοιχα, υπεισέρχονται σε εις βάθος εκτίμηση των επιμέρους, καθοριζόμενων από την αναθέτουσα ως κρίσιμων, πτυχών του ειδικότερου τρόπου με το οποίο το συμβατικό αντικείμενο θα εκτελεστεί και η δια της συμβάσεως ανάγκη και συμφέρον θα ικανοποιηθούν. Επιτρέπουν πιο ανοικτή διατύπωση που αφήνει περιθώριο για μεγαλύτερη κριτική ευχέρεια εκ μέρους του οργάνου αξιολόγησης και δυνατότητα διαβάθμισης της κρίσης επί της ποιότητας της προσφοράς σε περισσότερα επιμέρους επίπεδα ικανοποίησης (βαθμολόγηση), ενώ αποσκοπούν στη βέλτιστη ποιοτικά, και όχι ελάχιστα αποδεκτή ποιοτικά, λύση." (ΑΕΠΠ 120/2017). Επομένως, αβάσιμα προβάλλονται τα αντίθετα από τον προσφεύγοντα, περιλαμβανομένου του ισχυρισμού ότι η συμμόρφωση στα επίμαχα πρότυπα ποιοτικής διαχείρισης

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

παρανόμως ανάγεται σε στοιχείο της τεχνικής προσφοράς του υποψήφιου αναδόχου. Πράγματι, αυτό δεν αποκλείεται όταν το σχετικό πρότυπο συνέχεται με την εκτέλεση της σύμβασης, όπως εν προκειμένω, δεδομένου του κριτηρίου ανάθεσης (συμπερότερη οικονομική προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, όπως έχει ήδη κριθεί: «Υπό αυτή την έννοια, προκύπτει αυτόθροα ότι όταν διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης ζητά ως προαπαιτούμενο τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας ή έστω αναγκαίο στοιχείο της τεχνικής προσφοράς τέτοιο πιστοποιητικό, αυτό θα πρέπει να τελεί σε άμεση συνάφεια και όσο το δυνατόν εγγύτερο προσδιορισμό περιεχομένου της ανά περίπτωση σχετικής δραστηριότητας/πεδίου εφαρμογής με το ακριβές περιεχόμενο του αντικειμένου της συμβάσεως. Τούτο αφού η απαίτηση της διακήρυξης περί κατοχής του δηλώνει πρόθεση της αναθέτουσας να διασφαλίσει πως το επίμαχο συμβατικό αντικείμενο θα εκτελεστεί με τη μέγιστη δυνατή συμμόρφωση στους εφαρμοστέους για αυτήν περιβαλλοντικούς όρους, αλλά και ότι ο ανάδοχος θα εφαρμόσει τις βέλτιστες περιβαλλοντικές πολιτικές ως προς αυτή καθαυτή την εκτέλεση των συμβατικών του υποχρεώσεων. Άλλως, η απαίτηση περί τέτοιου πιστοποιητικού θα συνιστούσε άχρηστη τυπολατρεία και μέσο αποκλεισμού φορέων χωρίς αντικειμενική σύνδεση με το αντικείμενο της σύμβασης» (ΑΕΠΠ 118/2017). Επισημαίνεται συναφώς ότι δεν συντρέχει περίπτωση ασάφειας όσον αφορά το πεδίο εφαρμογής των ως άνω προτύπων, δεδομένου ότι ο μέσος εύλογα ενημερωμένος και επιδεικνύων τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενος αντιλαμβάνεται την εκ του νόμου επιβαλλόμενη συνάφεια με το έργο και άρα το συγκεκριμένο πεδίο εφαρμογής του αιτούμενου προτύπου, όπως και ο ίδιος ο προσφεύγων ομολογεί σε άλλο σημείο της προσφυγής του (σελ. 17: «διότι το μόνο νόημα της διατύπωσης αυτής δεν είναι παρά ότι το πεδίο εφαρμογής των προτύπων ποιότητας θα πρέπει να είναι αυτό του δημοπρατούμενου αντικειμένου»). β. Ως προς τον ισχυρισμό περί αθέμιτης επικάλυψης κριτηρίων ανάθεσης και επιλογής, επισημαίνεται ότι απαγορεύεται η πλήρης ταύτιση και όχι η μερική επικάλυψη. Ειδικότερα, αυτό το οποίο "απαγορεύεται είναι η πλήρης εν τοις πράγμασι ταύτιση κριτηρίου επιλογής και κριτηρίου

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

αξιολόγησης, υπό την έννοια το ίδιο προσόν κατ' απόλυτη ταύτιση των εξεταζόμενων πτυχών, βαθμού επίτευξης του και ειδικότερου περιεχομένου του συνιστά συγχρόνως κριτήριο αμφοτέρων των κατηγοριών", σύμφωνα με την υπ' αρ. 120/2017 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία περιλαμβάνει εκτενή ανάλυση του ζητήματος της επικάλυψης κριτηρίων επιλογής και ανάθεσης (σκ. 5-7), σε σύμπνοια προς τη νεότερη νομολογία του ΔΕΕ (C-601/2013). Με την ίδια απόφαση άλλωστε κρίθηκε ότι "... δεν είναι ακυρωτέα για τον αποκλειστικό λόγο ότι το ίδιο κατά νόμο προσόν αξιολογείται ως προς συγκεκριμένο σημείο, βαθμό και πτυχές του ως κριτήριο επιλογής και ως προς τα περαιτέρω ως κριτήριο αξιολόγησης, διότι και σε αυτή την περίπτωση παραμένει η απαιτούμενη για λόγους σαφήνειας, διαφάνειας και ισότητας διάκριση. Ούτε επιπλέον υπάρξει εμπόδιο, αν αναλόγως της φύσης του προσόντος, τα στοιχεία που αποδεικνύουν το κριτήριο επιλογής και το κριτήριο αξιολόγησης, προκύπτουν εκ κοινού αποδεικτικού μέσον". Επομένως οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, όπως προκύπτει και από την επισκόπηση του κριτηρίου αξιολόγησης υπ' αρ. Β2 του αρ. 14, το οποίο, όπως και το αντίστοιχο υπ' αρ. Β1, περιλαμβάνει σειρά αξιολογητέων παραμέτρων, καταλεπτώς μνημονευόμενων στο άρθρο 14 αλλά και στο 24.3 της προσβαλλόμενης διακήρυξης. γ. Εξάλλου δεν συντρέχει αοριστία ως προς το χρόνο υποβολής εκάστου δικαιολογητικού, τον οποίο ρυθμίζει σαφώς το άρθρο 23 της διακήρυξης και ειδικότερα οι παράγραφοι 23.1, 23.2, 23.4 και 23.7 της διακήρυξης. δ. Ως εκ περισσού σημειώνεται, ότι στο άρθρο 6 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων εκ παραδρομής αναφέρεται το πρότυπο διαχείρισης 180 9001:2008 αντί του ορθού ΚΟ 9001:2015, το οποίο αντικατέστησε το πρώτο - και το οποίο μνημονεύεται ρητά στη διακήρυξη (αρ. 22Ε). Πρόκειται για προφανή παραδρομή η οποία ουδόλως δικαιολογεί τα επιχειρήματα (σελ. 44 προσφυγής) με τα οποία ο προσφεύγων επιχειρεί να θεμελιώσει τη βλάβη που δήθεν υπέστη και η οποία, σύμφωνα με τα επιχειρήματα αυτά συνίσταται στο ότι αποκλείεται από το διαγωνισμό αφ' ενός γιατί έκανε το σφάλμα να ανανεώσει το πρότυπο, αφ' ετέρου γιατί αδυνατεί να βρει τρίτο οικονομικό φορέα με "ληγμένο" πρότυπο. Τα λοιπά δε

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

παραπλανητικά ερωτήματα που κατά τον προσφεύγοντα δημιουργούνται από τη δήθεν ασαφή διατύπωση του επίμαχου άρθρου είναι απορριπτέα ως αβάσιμα, δεδομένου ότι πρόκειται για σαφείς προβλέψεις οι οποίες ανταποκρίνονται στις προβλέψεις του Ν 4412/2016. ε. Περαιτέρω, ως προς τον -ομοίως αβάσιμο- αυτοτελή υπό γ' ισχυρισμό ότι αποκλείεται η στήριξη σε τρίτο, την οποία συνάγει αυθαίρετα ο προσφεύγων από το άρθρο 22ΣΤ, επισημαίνεται ότι ρητά η διακήρυξη σε συμμόρφωση με το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο προβλέπει τη δυνατότητα των διαγωνιζομένων οικονομικών Φορέων να στηρίζονται στην ικανότητα τρίτων, όπως προκύπτει από τα οικεία άρθρα της και συγκεκριμένα τα άρθρα 22ΣΤ' και 23.2, σύμφωνα με το οποίο «Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών, υποχρεούνται στην υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του άρθρου 22 Α της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (άρθρου 22 Β - Ε).» στ. Όσον αφορά τον υπό ζ' ισχυρισμό, ο οποίος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, επικαλούμαστε ό,τι και ανωτέρω περί της θεμιτής θέσης κριτηρίων αξιολόγησης αναφορικά με την καταλληλότητα του αναδόχου λόγω της σημασίας της για την εκτέλεση της σύμβασης (ανωτέρω υπό α & β). Οι λοιποί ισχυρισμοί περί τροπής της τάξης Μ.Ε.ΕΠ στην οποία ανήκουν οι προσφέροντες σε παράγοντα βαθμολόγησης, διότι η εμπειρία και η στελέχωση (κριτήρια αξιολόγησης) συνιστούν και κριτήρια εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ, είναι πρωτίστως απαράδεκτοι ως αλυσιτελείς, σε κάθε περίπτωση δε αβάσιμοι, διότι η εγγραφή σε συγκεκριμένη τάξη αποδεικνύει το είδος της επαγγελματικής δραστηριότητας του οικονομικού φορέα και τίποτε περισσότερο από αυτό (βλ. και κατωτέρω, υπό VII). ζ. Για λόγους πληρότητας των ανά χείρας απόψεων, σημειώνεται ότι είναι προδήλως και καθ' ολοκληρίαν αβάσιμος ο υπό η' ισχυρισμός του προσφεύγοντος, σύμφωνα με τον οποίο η πρόβλεψη-κατεύθυνση σχετικά με το Β1 κριτήριο, σύμφωνα με την οποία θα αξιολογηθεί «...καθώς επίσης, η διάθεση και η χρήση πιστοποιημένων και έμπειρων

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

υπεργολάβων σχετικών με τα κύρια αντικείμενα - ομάδες της σύμβασης» έχει σαν αποτέλεσμα να «καθίσταται αντικείμενο βαθμολόγησης η συνεργασία με υπεργολάβο αυτή καθαυτή». Και τούτο διότι σκοπός της εν λόγω πρόβλεψης δεν είναι η αναγωγή σε αξιολογητέα παράμετρο αυτής καθαυτής της υπεργολαβίας, αλλά η αξιολόγηση των προδιαγραφών που θα πρέπει να πληροί η τελευταία σε περίπτωση που την επιλέξει ο οικονομικός φορέας. Σχετική είναι η υπ' αρ. C-601/13 απόφαση του ΔΕΕ: «Η ποιότητα της εκτέλεσως δημόσιας συμβάσεως μπορεί να εξαρτάται σε σημαντικό βαθμό από την επαγγελματική αξία των προσώπων που έχουν αναλάβει την εκτέλεσή της, αξία η οποία απορρέει από την επαγγελματική πείρα και κατάρτισή τους. 33 Όταν μια τέτοιου είδους σύμβαση πρέπει να εκτελεστεί από ομάδα, καθοριστικής σημασίας για την εκτίμηση της επαγγελματικής ποιότητας αυτής της ομάδας είναι οι ικανότητες και η πείρα των μελών της. Η ποιότητα αυτή μπορεί να αποτελεί εγγενές χαρακτηριστικό της προσφοράς και να συνδέεται με το αντικείμενο της συμβάσεως, κατά την έννοια του άρθρου 53, παράγραφος 1, στοιχείο α της οδηγίας 2004/18. 34 Κατά συνέπεια, η εν λόγω ποιότητα μπορεί να αποτελεί κριτήριο αναθέσεως περιλαμβανόμενο στην οικεία προκήρυξη διαγωνισμού ή στην οικεία συγγραφή υποχρεώσεων.» Επιπρόσθετα δε, πρόκειται για απαράδεκτο ισχυρισμό, διότι ο προσφεύγων δεν επικαλείται συγκεκριμένη βλάβη αλλά καταφεύγει σε γενικόλογες αναφορές (σελ. 54 προσφυγής). ε. Ως προς τον 13ο "αυτοτελή ισχυρισμό", ο οποίος ενσωματώνει (επαναλαμβάνει) τους υπό Θ'-ΙΒ', επισημαίνεται ότι είναι αόριστος αλλά και αβάσιμος και ως εκ τούτου απορριπτός σε κάθε περίπτωση. Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: «... Όμως, όπως θα φανεί παρακάτω, η αναθέτουσα κατασκεύασε ένα πρωτοφανές σύστημα επιλογής αναδόχου, δηλαδή βαθμολόγησης προσφορών, όπου τα 4 έωλα κριτήρια βαθμολόγησης τεχνικής προσφοράς, όπως προανέφερα, ΚΡΙΝΟΥΝ ΜΟΝΑ ΤΟΥΣ ΤΟ ΠΡΟΣΩΠΟ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ, ΕΝΩ Η ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΔΕΝ ΔΙΑΔΡΑΜΑΤΙΖΕΙ ΚΑΝΕΝΑ ΡΟΛΟ Ή ΔΙΑΔΡΑΜΑΤΙΖΕΙ ΣΤΗΝ ΚΑΛΥΤΕΡΗ ΕΚΔΟΧΗ ΚΑΙ ΕΞΕΛΙΞΗ ΤΗΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΕΝΑΝ ΠΡΟΣΧΗΜΑΤΙΚΟ ΚΑΙ ΟΛΩΣ ΠΕΡΙΘΩΡΙΑΚΟ ΡΟΛΟ, ΠΡΟΣ ΚΑΛΥΨΗ ΤΗΣ

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑΣ, ΝΑ ΜΕΤΑΤΡΕΨΕΙ ΕΝΑΝ ΑΝΟΙΚΤΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΑΞΙΑΣ ΠΑΝΩ ΑΠΟ 700.000 ΕΥΡΩ ΠΡΟ ΦΠΑ, ΣΕ ΑΠΕΥΘΕΙΑΣ ΑΝΑΘΕΣΗ ΟΠΩΣ ΘΑ ΚΑΤΑΔΕΙΞΩ, ΚΑΤΑ ΣΑΦΗ ΠΑΡΑΒΑΣΗ ΤΟΥ ΑΡ. 86 ΠΑΡ. 9 Ν. 4412/2016» . *ί. Πρόκειται για αόριστο ισχυρισμό, προεχόντως ως εκ του ότι ο προσφεύγων δεν αναφέρει, πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύει το πρόσωπο του αναδόχου το οποίο υποτίθεται ότι προδιαγράφουν τα "4 έωλα κριτήρια" αξιολόγησης της διακήρυξης, η οποία υποκρύπτει δήθεν απευθείας ανάθεση, και τούτο γιατί ο ισχυρισμός του είναι αναληθής και ουσιαστικά αβάσιμος, γεγονός που αποδεικνύεται και από τη συμμετοχή πέντε οικονομικών φορέων στη διαδικασία, ως αναφέρεται κατωτέρω. Σημειώνεται εξάλλου ότι νομίμως η αναθέτουσα αρχή επέλεξε το επίμαχο κριτήριο ανάθεσης, το οποίο προβλέπεται στο άρθρο 86 παρ. 2 Ν 4412/2016. *ii. Περαιτέρω, ο προσφεύγων ομολογεί ότι (υπό θ' και ια' ισχυρισμοί) τη συνάφεια των κριτηρίων Β3 και Β4 με το αντικείμενο του έργου, απαραδέκτως δε και με επιχειρήματα αβάσιμα στην ουσία τους προσπαθεί να πλήξει κατά τα λοιπά το κύρος τους. Εν συντομία αναφέρεται ότι η διακήρυξη δυνάμει του άρ. 14, που εφαρμόζεται επί όλων των προσφορών κατά τρόπο γενικό και ανεξαιρέτως, ορίζει σαφώς το αντικείμενο των εν λόγω κριτηρίων, προσδιορίζει συγκεκριμένους συντελεστές στάθμισης για έκαστο εξ αυτών και διαλαμβάνει σαφή μεθοδολογία προσδιορισμού της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, κατά τρόπο εξασφαλίζοντα την τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων. Ως εκ τούτου οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί του αντιθέτου κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι, πολλώ δε μάλλον ως απαράδεκτοι. Τούτο, δεδομένου ότι οι σχετικοί ισχυρισμοί, προβαλλόμενοι στο στάδιο της προσβολής της διακήρυξης, συνιστούν το απείκασμα του προβαλλόμενου μετά την υποβολή και αξιολόγηση των προσφορών ισχυρισμού περί μη ορθής βαθμολόγησής τους και επομένως υπόκεινται *mutatis mutandis* σε αντίστοιχες προϋποθέσεις ως προς την ορισμένη προβολή τους: «... δεν αρκεί η προσφεύγουσα να διαμαρτύρεται απλώς για την βαθμολογία της αυτή, αλλά πρέπει να προβάλλει ειδικούς ιστορισμούς. Να αναφέρει, δηλαδή, τους λόγους για τους οποίους κατά την**

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

άποψη της η προσφορά της υπερκαλύπτει, ως προς το κατά περίπτωση κριτήριο, τις απαιτούμενες προδιαγραφές (βλ. ΔΕφΘεσ 211/2012) ή ότι τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της σε σχέση με τα επίμαχα κριτήρια, έχουν υποβαθμολογηθεί (βλ ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, 159/2007, 862/2007). 53. Επειδή σε αόριστους και γενικόλογους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας έχει κριθεί ότι δεν απαιτείται ειδική και ορισμένη απάντηση σχετικά με την αιτούμενη αύξηση της βαθμολογίας (βλ. ΔΕφΘεσ 211/2012). Επομένως, οι αόριστοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με την υποβαθμολόγησή της απορρίπτονται ως απαράδεκτοι.» (ΑΕΠΠ 241/2017). Εντούτοις, ο προσφεύγων αορίστως και με γενικόλογες φράσεις επικαλείται ότι «θίγεται» λόγω δήθεν «αδιαφάνειας» των κριτηρίων, χωρίς, μάλιστα, να αποδεικνύει συγκεκριμένη βλάβη που καθιστά δυσχερή ή αδύνατη τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Επομένως, οι υπό εξέταση ισχυρισμοί του είναι και απαράδεκτοι ως αόριστοι. *iii*. Επισημαίνεται εξάλλου ότι το στοιχείο της «τεχνικής υποστήριξης, εξυπηρέτησης και συνδρομής του κατασκευαστικού οίκου μετά την πώληση» τίθεται σε συμφωνία με το αρ. 86 παρ. 2 στ. γ' Ν 4412/2016 ως παράμετρος κρίσιμη για την ανάθεση της σύμβασης, αναφέρεται δε τόσο στο αρ. 14 της προσβαλλόμενης διακήρυξης όσο και στο άρθρο 24 παρ. 3, ως στοιχείο του περιεχομένου του φακέλου προσφοράς. Επομένως ουδεμία ασάφεια συντρέχει ως προς τον όρο της μεταπωλητικής υποστήριξης, ο οποίος κάθε άλλο παρά «εκ πλαγίου» εισάγεται στη διακήρυξη, παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα, τα οποία είναι απορριπτέα ως αβάσιμα.

58. Επειδή, κατόπιν, της αναλυτικής περιγραφής του πρώτου λόγου της προσφυγής εκ μέρους του προσφεύγοντα αλλά και της απάντησης της αναθέτουσας στις αιτιάσεις του, προς αποφυγή επαναλήψεων, ο πρώτος λόγος της προσφυγής προβάλλεται βάσιμα και γίνεται δεκτός κατόπιν της αποδοχής και της βασιμότητας των αυτοτελών υπολόγων του. Αντιστοίχως, απορρίπτονται οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας ως αβασίμως προβαλλόμενοι.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΔΕΥΤΕΡΟΥ ΛΟΓΟΥ:

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

59. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ο προσφεύγων προβάλλει α) αοριστία και αντιφατικότητα σε τεχνικές προδιαγραφές του τεχνικού χλοοτάπητα και της αντικραδασμικής υπόβασής του, οι οποίες αποτελούν συγχρόνως και αντικείμενο του βαθμολογικού κριτηρίου Β3. Συγκεκριμένα, προβάλλει ότι υπάρχει αντίφαση ως προς το ελάχιστο βάρος της αντικραδασμικής υπόβασης, όπου σε άλλο σημείο της διακήρυξης ορίζεται σε 8, 45 κιλά/τμ με απόκλιση $\pm 5\%$ και σε άλλο ως 8,2 κιλά/τμ με απόκλιση $\pm 5\%$, αφού βάρος και μάζα είναι το ίδιο μέγεθος. Η σύγχυση του ελάχιστου αυτού κριτηρίου του δημιουργεί πρόβλημα στην επιλογή του κατάλληλου προσφερόμενου προϊόντος. α) αοριστία και αντιφατικότητα ως προς το βάρος του συνθετικού χλοοτάπητα και του επιμέρους βάρους των επιμέρους μερών του, αφού το συνολικό βάρος του συνθετικού χλοοτάπητα ορίζεται σε 2.220 γρ/τμ με απόκλιση $\pm 10\%$, σε σχέση με τις προδιαγραφές πρώτον, βάρους πέλους 1.180 γρ/τμ με απόκλιση $\pm 10\%$, δεύτερον, βάρους πρωταρχικής βάσης πολυπροπυλενίου 215 γρ/τμ με απόκλιση $+5\%$ και τρίτον, βάρους δευτερεύουσας βάσης πολυουρεθάνης 750 γρ/τμ με απόκλιση $\pm 10\%$. Όμως το άθροισμα των τριών αυτών στοιχείων ΠΟΥ ΑΠΟΤΕΛΟΥΝ ΤΟ ΣΥΝΟΛΟ ΤΩΝ ΜΕΡΩΝ ΤΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ, ΕΚΤΟΣ ΤΟΥ ΑΝΤΙΚΡΑΔΑΣΜΙΚΟΥ ΥΠΟΣΤΡΩΜΑΤΟΣ, ΠΟΥ ΠΡΟΒΛΕΠΕΤΑΙ ΞΕΧΩΡΙΣΤΑ, ΙΣΟΥΤΑΙ με $1.180+215+750= 2.145$ γρ/τμ, ενώ όμως το συνολικό βάρος ορίζεται σε 2.220 γρ/τμ ή 75 γραμμάρια ανά τμ παραπάνω ή 3,5% παραπάνω, διαφορά αφενός διόλου αμελητέα, δεδομένης και της κατά τον αμέσως προηγούμενο ισχυρισμό του, καταλυτικής σημασίας κάθε απειροελάχιστης διαφοράς στα ελάχιστα όρια κάθε προδιαγραφής ως προς την επιλογή αναδόχου. γ) Αντίφαση προδιαγραφών περί ταχύτητας απορροής υδάτων του συνθετικού χλοοτάπητα σε σχέση με αυτή του αντικραδασμικού υποστρώματος, αφού ως προς τον συνθετικό χλοοτάπητα ορίζεται ελάχιστη ικανότητα απορροής υδάτων 500 χιλ/ώρα και ως προς την αντικραδασμική υπόβαση που τίθεται κάτω από τον χλοοτάπητα και κλείνει έτσι το σύστημα, αποτελώντας το θεμέλιο του συστήματος εκ του οποίου και απορρέουν τα ύδατα τελικά στο έδαφος, η αντίστοιχη ελάχιστη απαίτηση είναι 360 χιλ/ώρα.

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

Η αντίφαση αυτή καταλείπει στην αναθέτουσα αστάθμητο περιθώριο κρίσης κατά την αξιολόγηση, προς αποδοχή προσφορών που υπολείπονται του ελαχίστου για τον χλοοτάπητα ή προς αποκλεισμό προσφορών που υπερβαίνουν αλλά όχι αρκετά το ελάχιστο για την υπόβαση, δια της το πρώτον επίλυσης της πρόδηλης αυτής αντίφασης κατά την αξιολόγηση, διακινδυνεύοντας τη θέση του στον διαγωνισμό, τη συγκρισιμότητα και θέση της προσφοράς του συγκριτικά με τις υπόλοιπες και εν τέλει τόσο την αποδοχή του, όσο και τη βαθμολόγηση της προσφοράς του. Επομένως, οι παραπάνω προδιαγραφές είναι ακυρωτές, όπως αναγκαία ακυρωτέο είναι και το κριτήριο αξιολόγησης Β3 που εφαρμόζεται επί τη βάση των ανωτέρω παράνομων προδιαγραφών και απαιτήσεων. δ) αοριστία των τεχνικών προδιαγραφών με αρίθμηση 8 και 9, που αναφέρονται σε «άριστο συντελεστή τριβής» και «ανθεκτικό στην έκθεση σε υπεριώδη ακτινοβολία και στις μεταβολές των καιρικών συνθηκών», αφού δεν ορίζεται τίποτα συγκεκριμένο, κανένα ελάχιστο και σαφές κριτήριο για την πλήρωσή τους, καμία αναφορά σε κάποιο συγκεκριμένο ποιοτικό και ποσοτικό χαρακτηριστικό που πρέπει να πληρούται. Αυτό έχει ως συνέπεια η αναθέτουσα να μπορεί να κρίνει ό,τι θέλει κατά την αξιολόγηση, χωρίς κανένα όριο και αυτοδέσμευση και χωρίς καμία αντικειμενικότητα και έλεγχο, σε σχέση με το ποια τριβή θεωρεί άριστη και ποιου είδους και τάξης αντοχή στην ακτινοβολία και τις καιρικές συνθήκες θεωρεί επαρκή ώστε να εκλάβει το προϊόν ως «ανθεκτικό». Τα ίδια ακριβώς ισχύουν και για το χαρακτηριστικό «οικολογικό και χημικά αδρανές, χωρίς να προκαλεί δερματικούς ερεθισμούς». Είναι πραγματικά εντελώς αόριστο τι θεωρείται και με ποια κριτήρια θα κριθεί η «οικολογική» φύση του προϊόντος, όπως είναι και αόριστο τι σημαίνει «χημικά αδρανές». Δεδομένου ότι όλες οι παραπάνω προδιαγραφές ανήκουν στο κριτήριο αξιολόγησης Β3, είναι εντελώς έωλο και ασαφές, όχι μόνο πώς θα κριθεί η αποδοχή καταρχήν των προσφορών, αλλά και πώς θα βαθμολογηθούν οι προσφορές, με ποιο κριτήριο θα συγκριθούν μεταξύ τους, τι θα κριθεί και με βάση ποιο χαρακτηριστικό και ποιον έλεγχο ως πιο «ανθεκτικό», τι ως πιο «οικολογικό», πιο «αδρανές χημικά», ποιο κριτήριο θα τεθεί για να κριθεί ποιο προϊόν είναι

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

πιο δερματικά φιλικό από το άλλο και ποιος είναι εν τέλει αυτός ο «ΑΡΙΣΤΟΣ ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΗΣ ΤΡΙΒΗΣ» σε ποιο ποσοτικό μέγεθος διαμορφώνεται και πώς θα κριθεί ποια προσφορά τον αγγίζει και ποια όχι. Επομένως, αναγκαία ακυρωτέο είναι και το κριτήριο αξιολόγησης Β3 που εφαρμόζεται επί τη βάση των ανωτέρω παράνομων προδιαγραφών και απαιτήσεων. ε) ΠΑΡΑΝΟΜΗ ΘΕΣΠΙΣΗ ΑΝΩΤΑΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΕΠΙ ΒΑΘΜΟΛΟΓΟΥΜΕΝΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ ΜΕ ΑΛΛΟΙΩΣΗ ΤΟΥ ΤΡΟΠΟΥ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΣΗΣ ΤΟΥ ΚΡΙΤΗΡΙΟΥ Β3/ ΑΝΤΙΦΑΤΙΚΗ, ΑΟΡΙΣΤΗ ΚΑΙ ΑΣΑΦΗΣ ΘΕΣΠΙΣΗ ΕΛΑΧΙΣΤΩΝ ΤΙΜΩΝ ΑΝΑ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ. στ) ΑΟΡΙΣΤΙΑ ΚΑΙ ΑΝΤΙΦΑΣΗ ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΑ ΠΡΟΣΚΟΜΙΣΤΕΑ ΠΡΟΣ ΒΑΘΜΟΛΟΓΗΣΗ ΚΡΙΤΗΡΙΟΥ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ Β3 ΚΑΙ ΑΠΟΔΕΙΞΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ ΕΓΓΡΑΦΑ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ. Το άρθρ. 24.3 της κυρίως διακήρυξης ορίζει ως προσκομιζόμενο για την αξιολόγηση του κριτηρίου Β3 το ακόλουθο περιεχόμενο τεχνικής προσφοράς "Για την αξιολόγηση στα κριτήρια Β3 και Β4: Έκθεση συνοδευόμενη με τα κατάλληλα έγγραφα (προσπέκτους), πιστοποιητικά, βεβαιώσεις, παρεχόμενες εγγυήσεις, κλπ., των υλικών του σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα και της αντικραδασμικής του υπόβασης, σε συμμόρφωση των οριζόμενων στην υπ. αριθμό 13α/2015 μελέτης της υπηρεσίας και στην υπ. αριθμό 325/2017 απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου ... ". Στο άρθρ. 14 σχετικά με το περιεχόμενο και αντικείμενο του κριτηρίου αξιολόγησης Β3, αναφέρει "Για την βαθμολόγηση στα κριτήρια Β3 & Β4 θα αξιολογηθούν ο βαθμός συμμόρφωσης των προσκομιζόμενων τεχνικών προδιαγραφών, τεχνικών χαρακτηριστικών, παρεχόμενων εγγυήσεων, πιστοποιητικών, βεβαιώσεων, δειγμάτων, κλπ., των βασικών υλικών του σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα και της αντικραδασμικής του υπόβασης, σε σχέση με τα αντιστοίχως τιθέμενα στην υπ. αριθμό 13α/2015 μελέτης της υπηρεσίας. " Δεν προκύπτει, ωστόσο, ποια είναι τα κατ' άρθρ. 24.3 της διακήρυξης "κατάλληλα" έγγραφα, πιστοποιητικά και βεβαιώσεις, ιδίως αφού το FIFA TEST REPORT, αλλά και οι εκθέσεις κατά NF P-90 112 και EN 15330:1, ορίζονται ως προσκομιστέα ειδικώς από τον ανάδοχο. Δεν είναι σαφές εάν πρέπει να υποβληθούν και κατά την προσφορά, ούτε εάν με την προσφορά

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

υποβάλλονται και άλλα έγγραφα και πιστοποιήσεις και τι τελικά θα ληφθεί υπόψη κατά την αξιολόγηση προσφορών και ποια είναι τα πρότυπα βάσει των οποίων θα πρέπει να έχουν συνταχθεί, δεδομένου ότι αφορούν πλήθος τεχνικών χαρακτηριστικών, η διακρίβωση των οποίων και η πλήρης απόδειξή τους απαιτεί όχι αορίστως ελέγχους, αλλά ελέγχους η ακρίβεια και η αποδοχή των αποτελεσμάτων των οποίων εξαρτάται από το ανά περίπτωση εφαρμοζόμενο πρότυπο, ιδίως αφού εν προκειμένω ζητούνται ιδιαίτερα συγκεκριμένες τιμές και ποσοτικά μεγέθη ανά προδιαγραφή, βλ. αναλυτικά παραπάνω. Εξάλλου, με την αόριστη παραπάνω διατύπωση, καταλείπεται περιθώριο η αναθέτουσα για άλλες προδιαγραφές (και κατ' αποτέλεσμα για συγκεκριμένους μετέχοντες) να αρκестεί σε τεχνικά φυλλάδια, ενώ για άλλες προδιαγραφές να κρίνει (αναδρομικά) ότι απαιτούνται πιστοποιήσεις και μάλιστα με συγκεκριμένες μεθόδους ελέγχους και πρότυπα και μάλιστα να τις καταστήσει συγκεκριμένες κατά την αξιολόγηση. Επομένως, είναι ακυρωτέο και το κριτήριο αξιολόγησης Β3, άρα και το άρ. 14 και το άρ. 23.4 της διακήρυξης περί αντίστοιχου ως προς το κριτήριο αυτό στοιχεία τεχνικής προσφοράς, αλλά και τα αντίστοιχα προαναφερθέντα σημεία του άρ. 6 της ΕΣΥ και του Τεύχους ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ. ζ) ΠΑΡΑΝΟΜΟΙ ΚΑΙ ΑΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΟΙ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΟΙ ΕΚ ΤΩΝ ΠΡΟΤΥΠΩΝ ΓΙΑ ΤΑ ΟΠΟΙΑ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ ΕΚΘΕΣΗ ΑΠΟΔΟΣΗΣ ΑΠΟ ΤΟΝ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟ ΑΝΑΔΟΧΟ ΑΠΟ ΤΟ ΑΡ. 6 ΤΗΣ ΕΣΥ ΚΑΙ ΤΟ ΤΕΥΧΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ/ ΜΗ ΠΡΟΒΛΕΨΗ ΙΣΟΔΥΝΑΜΩΝ, ΕΠΙΚΑΛΥΨΗ ΜΕΤΑΞΥ ΤΟΥΣ, ΑΣΧΕΤΑ ΠΡΟΤΥΠΑ ΓΙΑ ΤΑ ΟΡΙΖΟΜΕΝΑ ΩΣ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΖΗΤΟΥΜΕΝΑ. Θεσπίζεται επί ποινή αποκλεισμού προδιαγραφή συνιστάμενη ΣΕ ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΟΥΣ ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΑΚΟΥΣ ΕΛΕΓΧΟΥΣ, αλλά όχι απλά χωρίς αναφορά σε επιτρεπτή προσκόμιση ισοδυνάμων, αλλά και με ρητή μνεία "αποκλειστικώς αποδεδειγμένη" ότι δεκτό θα γίνει μόνο ένα συγκεκριμένο πρότυπο και μόνο έλεγχος που διεξήχθη με αυτό και μόνο αυτό. Σημειωτέον, όμως, ότι το FIFA TEST REPORT που είναι συνυποβλητέο μετά των παραπάνω από τον ανάδοχο, καλύπτει όλα τα ανωτέρα αποδεικτικά ζητούμενα περί των οποίων ζητούνται οι 2 παραπάνω

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

έλεγχοι, ο πρώτος εξ αυτών δε είναι και άσχετος με το αποδεικτικό ζητούμενο. Άρα, συγχρόνως θεσπίζονται 2 διαφορετικά αποδεικτικά μέσα και μάλιστα σωρευτικά για το ίδιο αποδεικτικό ζητούμενο, με τρόπο που αποκλείει έτσι το FIFA TEST REPORT να αποτελέσει ισοδύναμο των παραπάνω 2 εργαστηριακών ελέγχων, αλλά την ίδια ώρα δεν αναφέρεται καν η επιτρεπτή επίκληση και υποβολή ισοδυνάμου ελέγχου για τους 2 αυτούς εργαστηριακούς ελέγχους ούτως ή άλλως. Και ενώ ο προσφεύγων διαθέτει FIFA TEST REPORT για το σύνολο των προϊόντων του που παρέχει πλήρη απόδειξη για τα εδώ αποδεικτικά αντικείμενα που ζητά η διακήρυξη, αλλά όχι το όλως άσχετο με το αποδεικτέο αντικείμενο και εξάλλου όλως τοπικής και μη διεθνούς χρήσης, γαλλικό πρότυπο ούτε διαθέτει ξεχωριστά το εντελώς επικαλυπτόμενο από το FIFA TEST REPORT, πρότυπο EN 15330. Τα παραπάνω όμως αντίκεινται και στα άρ. 54 παρ. 3-5.[απόφαση 1040/2018 αεππ]. Άρα, τα αντίστοιχα σημεία του άρ. 6 της ΕΣΥ και του Τεύχους ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ είναι ακυρωτέα. η) ΙΔΙΑΙΤΕΡΑ ΠΕΡΙΟΡΙΣΤΙΚΕΣ ΚΑΙ ΑΠΟΚΛΕΙΟΥΣΕΣ ΤΟΝ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΑ ΑΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΚΑΙ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ ΙΣΟΔΥΝΑΜΩΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΩΝ ΜΕΘΟΔΩΝ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΩΝ ΤΗΣ ΑΝΤΙΚΡΑΔΑΣΜΙΚΗΣ ΥΠΟΒΑΣΗΣ [ΙΔΙΟ ΠΑΠΑΝΔΡΕΟΥ]. ΣΥΝΕΠΩΣ, ΚΑΤ' ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑ ΤΩΝ ΠΑΡΑΠΑΝΩ 8 ΙΣΧΥΡΙΣΜΩΝ ΤΟΥ (Α-Η) ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΑΚΥΡΩΘΟΥΝ ΟΙ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΟΥ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΚΑΙ ΤΗΣ ΑΝΤΙΚΡΑΔΑΣΜΙΚΗΣ ΥΠΟΒΑΣΗΣ, ΟΠΩΣ ΚΑΙ Η ΠΡΟΒΛΕΨΗ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΕΚΘΕΣΗΣ ΑΠΟΔΟΣΗΣ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΣΥΝΘΕΤΙΚΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΚΑΤΑ NF P-90 112:2008 ΚΑΙ BSEN 15330-1:2013 ΤΟΥ ΤΕΥΧΟΥΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ, ΟΠΩΣ ΚΑΙ ΤΑ ΑΝΤΙΣΤΟΙΧΑ ΣΗΜΕΙΑ ΤΟΥ ΑΡ. 6 ΤΗΣ ΕΙΔΙΚΗΣ ΣΥΓΓΡΑΦΗΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ. ΑΛΛΑ ΚΑΙ ΤΟ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ Β3 ΚΑΙ ΟΙ ΑΝΤΙΣΤΟΙΧΟΙ ΠΕΡΙ ΑΥΤΟΙ ΟΡΟΙ ΤΟΥ ΑΡ. 14 ΚΑΙ ΤΟΥ ΑΡ. 24.3 ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ.

60. Επειδή, η αναθέτουσα επί του ως άνω δεύτερου λόγου της προσφυγής προβάλλει ότι: Με το δεύτερο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, ο

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

προσφεύγων βάλλει κατά των τεχνικών προδιαγραφών του υπό ανάθεση έργου, των μέσων απόδειξης αυτών και των υπ' αρ. Β3-Β4 κριτηρίων αξιολόγησης του άρθρου 14, με ισχυρισμούς ομοίως περιπτώως επαναλαμβανόμενους και κυρίως αόριστους και αβάσιμους, τους οποίους επιχειρεί να θεμελιώσει σε υπεραπλουστευμένα παραδείγματα τα οποία δήθεν συνάδουν με τα διδάγματα της κοινής πείρας, ενώ στην πραγματικότητα είναι έωλα και - αναπόφευκτα - επιστημονικά αναπόδεικτα. Συγκεκριμένα, ο προσφεύγων διαμαρτύρεται εντόνως για τη δήθεν βλάβη που υφίσταται από την αοριστία και αντιφατικότητα συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών του επίμαχου έργου. Συγκεκριμένα, οι τέσσερις πρώτοι σχετικοί αυτοτελείς ισχυρισμοί του αφορούν α) το βάρος/μάζα της αντικραδασμικής υπόβασης του συνθετικού χλοοτάπητα, β) το βάρος του χλοοτάπητα, γ) την ταχύτητα απορροής του χλοοτάπητα αφ' ενός και της αντικραδασμικής υπόβασης αφ' ετέρου και δ) λοιπές αοριστίες των προδιαγραφών. Επ' αυτών, λεκτέα τα ακόλουθα:

α) Ως προς τον ισχυρισμό ότι "η ελάχιστη μάζα ανά μονάδα επιφάνειας της αντικραδασμικής υπόβασης ορίζεται σε 8,45 κιλά/τμ με απόκλιση +-5%. Στη σελ. 6 όμως περί προδιαγραφών πάλι της αντικραδασμικής υπόβασης το ίδιο μέγεθος, δηλαδή το βάρος, αφού το βάρος είναι η μάζα, ορίζεται σε 8,2 κιλά/τμ με απόκλιση +-5%.", σημειώνεται ότι ο προσφεύγων προβαίνει σε αδικαιολόγητη σύγχυση μεταξύ βάρους και μάζας, ρητώς αναφέροντας ότι πρόκειται για το ίδιο μέγεθος, καίτοι κατά τους νόμους της φυσικής πρόκειται για διακριτά μεγέθη, εκ των οποίων το μεν υποδηλώνει μία δύναμη, το δε ποσότητα ύλης. β) Ομοίως ο προσφεύγων επικαλείται ασάφεια ως προς τις προδιαγραφές σχετικά με το βάρος του χλοοτάπητα, επισημαίνοντας ότι διαπιστώνεται απόκλιση $(2.220 - 2.145 =) 75$ γραμμαρίων ανάμεσα στο προδιαγραφόμενο συνολικό βάρος του χλοοτάπητα και του αθροίσματος του βάρους των επιμέρους συστατικών του. Η συγκεκριμένη απόκλιση, που οφείλεται σε προφανή παραδρομή ως προς το βάρος του χλοοτάπητα, συνιστά επουσιώδη πλημμέλεια των προδιαγραφών, δεδομένου ότι το βάρος εκάστου συστατικού προσδιορίζεται με σαφήνεια, σε συνδυασμό με τις

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

υπόλοιπες τεχνικές προδιαγραφές που πρέπει να πληροί κάθε συστατικό: "α) το ύψος του πέλους του θα είναι 45mm (+/-5%), θα είναι κατασκευασμένο δε από μονόκλωνη (monofilament) ίνα, 100%εκ πολυαιθυλενίου, πάχους 422 micron (+/-10%), ποιότητας 13300 Dtex (+/-10%), συνολικού βάρους 1.180gr/m² (+/-10%), δίχρωμου (ανοιχτού σκούρου πράσινου), αδιάβροχου, με άριστο συντελεστή τριβής, ανθεκτικό στην έκθεση σε υπεριώδη ακτινοβολία και στις μεταβολές των καιρικών συνθηκών, οικολογικό και χημικά αδρανές, χωρίς να προκαλεί δερματικούς ερεθισμούς και 100% ανακυκλώσιμο, β) οι ίνες με συνολικό αριθμό 115.000/m² (+/-10%), θα πρέπει να ράβονται σε σύνολο 9.700/m² (+/-10%), επί πρωταρχικής βάσης (primary backing) διπλής στρώσης εκ πολυπροπυλενίου, βάρους της βάσης 215gr/m² (+/-5%), η οποία θα καλύπτεται με πολυουρεθάνη βάρους 750gr/m² (+/-10%), δημιουργώντας έτσι τη συνολική βάση (backing) του πέλους, γ) το συνολικό του βάρος θα πρέπει να είναι 2.220gr/m² (+/-10%) , και δ) να είναι υδατοπερατός με ικανότητα απορροής >500mm/h." Σε κάθε περίπτωση οι ανωτέρω ασάφειες, δεδομένης της ακρίβειας και σαφήνειας των υπολοίπων σχετικών στοιχείων των επίμαχων προδιαγραφών δεν προκαλούν σύγχυση στους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους, ως εκ τούτου συνιστούν επουσιώδεις πλημμέλειες που δεν δικαιολογούν τη ματαίωση του διαγωνισμού (πρβλ ΑΕΠΠ 105/2018: «οι οποίες κρίθηκαν από την παρούσα σύνθεση ως επουσιώδεις και μη δυνάμενες να συμπαρασύρουν σε ακυρότητα την ανοιγείσα δια της δημοσίευσης της κρίσιμης Διακήρυξης διαγωνιστική διαδικασία»). Σημειώνεται άλλωστε ότι ο προσφεύγων θα μπορούσε να έχει αναζητήσει διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή, κατ' άρθρο 2.3. της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο «Εφόσον έχουν ζητηθεί εγκαίρως, ήτοι έως και έξι ημερολογιακές ημέρες πριν από την καταληκτική ημερομηνία διεξαγωγής του ηλεκτρονικού διαγωνισμού (μη συμπεριλαμβανομένης της καταληκτικής ημερομηνίας), 8 ήτοι έως και την Τρίτη 16/04/2019, αναθέτουσα αρχή παρέχει σε όλους τους προσφέροντες που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης σύμβασης τυχόν συμπληρωματικές πληροφορίες σχετικά με τα έγγραφα της σύμβασης, το αργότερο στις

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

19/04/2019 ημέρα Παρασκευή», προκειμένου να διευκρινισθούν τα ως άνω σημεία. Μολαταύτα, προτίμησε να μην ζητήσει διευκρινίσεις αλλά αντιθέτως να μετάσχει στο διαγωνισμό δια της κατάθεσης προδικαστικής προσφυγής, επικαλούμενος ακυρότητα των όρων της διακήρυξης, λόγω επουσιωδών κατά τα ανωτέρω ασφαειών, γεγονός που σε συνδυασμό με τους λοιπούς λόγους που επικαλείται και τις παραδοχές του σχετικά με την μη πλήρωση στο πρόσωπό του των κριτηρίων επιλογής και των τεχνικών προδιαγραφών του επίμαχου χλοοτάπητα, υποδηλώνει τους παρελκυστικούς σκοπούς στους οποίους υπακούει η κρινόμενη προσφυγή και την έλλειψη αληθούς συμφέροντος στη διασαφήνιση των ανωτέρω αντιφατικών -/χαρακτηριστικών, διότι σε κάθε περίπτωση δεν πληροί τις νομότυπες προδιαγραφές και κριτήρια της προσβαλλόμενης διακήρυξης. γ) Περαιτέρω ο προσφεύγων διαμαρτύρεται εντόνως για την ταχύτητα απορροής υδάτων του συνθετικού χλοοτάπητα (500 χλμ/ώρα) και της αντικραδασμικής υπόβασης (360 χλμ/ώρα), ισχυριζόμενος ότι πρόκειται για όρους "αντιφατικούς και παράλογους", καθώς "αν όντως ισχύουν συγχρόνως, πράγμα αδύνατο, οδηγούν σε ένα σύστημα χλοοτάπητα και υπόβασης που θα καταστραφεί και θα πλημμυρίσει στην πρώτη βροχή. Και αυτό δεν προκύπτει από κάποια περίπλοκη τεχνική ανάλυση, αλλά από την κοινή λογική. " Με αυτήν την αφετηρία ξεκινά μία μακρά και υπεραπλουστευτική ανάλυση του εύλογου κατ' αυτόν συλλογισμού του, σε μία απόπειρα να αποδείξει ότι οι "αν υποτεθεί ότι η μία εκ των 2 παραπάνω προδιαγραφών είναι δικαιολογημένη και σκόπιμη τότε η άλλη είναι αυτομάτων αδικαιολόγητη και άσκοπη έως και βλαπτική, αφού είτε η ταχύτητα απορροής της υπόβασης είναι πολύ μικρή αν υποτεθεί ότι η κατάλληλη είναι η μεγαλύτερη του χλοοτάπητα ή η μεγαλύτερη ταχύτητα, δηλαδή αυτή του χλοοτάπητα, είναι άχρηστα μεγαλύτερη του αναγκαίου, επαρκούς και δυνάμενου να αποδοθεί στην πραγματικότητα, δεδομένης της μικρότερης ταχύτητας απορροής του υποστρώματος. Άρα και αυτές οι δύο προδιαγραφές αντιφάσκουν μεταξύ τους αφενός, αφετέρου θέτουν αδικαιολόγητα υψηλά το ελάχιστο όριο απορροής του χλοοτάπητα, με αποτέλεσμα να με βλάπτουν δια της μείωσης της βαθμολογίας μου, αφού η όποια υπέρ του ελάχιστου

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

απόδοση του προσφερόμενου από εκείνον προϊόντος, θα μειωθεί ως προς τη βαθμολογική της επίδραση, λόγω ορισμού του ελάχιστου προς αποδοχή σε υψηλότερα του λογικού όρια. "Εντούτοις οι επίμαχες προδιαγραφές έχουν τεθεί συνειδητά και σε συνάρτηση των τεχνικών προδιαγραφών του συνθετικού χλοοτάπητα, και με στόχο τη βέλτιστη διαχείριση των όμβριων υδάτων, που επιβάλλει τη σταδιακή απορρόφηση των υδάτων, τα οποία θα συκρατούνται σε μία πρώτη φάση από το χλοοτάπητα και θα μεταφέρονται σταδιακά στην αντικραδασμική υπόβαση, ακριβώς για να αποφευχθεί το ενδεχόμενο "πλημμύρας". Δεδομένης της σταδιακής αποστράγγισης των υδάτων, η υπόβαση θα δέχεται πολύ μικρότερη ποσότητα από αυτήν που θα καταλήγει απευθείας στον χλοοτάπητα, με αποτέλεσμα η ικανότητα απορροής της να είναι μικρότερη σε σχέση με την ικανότητα απορροής του χλοοτάπητα.

δ) Ως προς τον τέταρτο ισχυρισμό, περί αόριστων προδιαγραφών εν γένει, επισημαίνεται ότι αξιοποιείται η οικεία επιστημονική ορολογία, γνωστή στο μέσο εύλογα ενημερωμένο και επιδεικνύοντα τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενο, ο δε προσφεύγων με παρελκυστικούς ισχυρισμούς διατείνεται το αντίθετο. Ως εκ τούτου, ο όρος "χημικά αδρανές" επί παραδείγματι, τον οποίο επικαλείται ο προσφεύγων ως παράδειγμα αοριστίας παρέχουσας στην αναθέτουσα αρχή περιθώριο "ανεξέλεγκτης κρίσης", διότι "τίποτα δεν είναι κατ' απόλυτο χημικά αδρανές, και αυτό ισχύει ακόμη και για φυσικά προϊόντα ή το ανθρώπινο σώμα" είναι επιστημονικά αποδεκτός όρος, η δε αξιολόγηση των προσφορών ως προς αυτή τη διάσταση θα γίνει επί τη βάση έκθεσης εργαστηριακών δοκιμών ελέγχου, συμφώνως των απαιτήσεων της FIFA για την κατάταξη του συστήματος συνθετικού χλοοτάπητα στις κατηγορίες FIFA QUALITY & FIFA QUALITY PRO, ως προβλέπεται στο τεύχος των Τεχνικών Προδιαγραφών. Συνεπώς, οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν στο σύνολό τους.

ε) Με τον επόμενο μακροσκελέστατο αυτοτελή ισχυρισμό του, ο προσφεύγων παραπονείται για τα προβλεπόμενα ποσοστά απόκλισης των τεχνικών προδιαγραφών (+/- 5,10%), ισχυριζόμενος μάλιστα πως κωλύεται εκ των επίμαχων όρων να μετάσχει στο διαγωνισμό, διότι διαθέτει «περισσότερα

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

προϊόντα που ΥΠΕΡΚΑΛΥΠΤΟΥΝ ΚΑΘΕ ΜΙΑ ΑΠΟ ΑΥΤΕΣ ΤΙΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ, ΕΠΙΤΥΓΧΑΝΟΝΤΑΣ ΚΑΛΥΤΕΡΕΣ ΕΠΙΔΟΣΕΙΣ ΑΠΟ ΤΙΣ ΕΚΕΙ ΤΕΘΕΙΣΕΣ, αλλά ΑΠΟΚΛΕΙΟΝΤΑΙ ΑΚΡΙΒΩΣ ΓΙΑ ΑΥΤΟΝ ΤΟΝ ΛΟΓΟ».

Ο σχετικός ισχυρισμός είναι απορριπτέος, για τους εξής λόγους: α) η αναθέτουσα αρχή στην υπ' αριθ. 13^α/2015 Τεχνική Μελέτη καταγράφει αναλυτικά τις προδιαγραφές και τα τεχνικά χαρακτηριστικά αφενός του τεχνητού συνθετικού ποδοσφαιρικού χλοοτάπητα αφετέρου της αντικραδασμικής υπόβασης του τεχνητού χλοοτάπητα. Στην περιγραφή αυτή ορίζεται μία τιμή ανά χαρακτηριστικό η οποία περαιτέρω συνοδεύεται από προσδιορισμό ενός ποσοστού απόκλισης από την τιμή αυτή τόσο προς τα πάνω, όσο και προς τα κάτω (+/-5%, +/-10%). Τα ποσοστά αυτά έχουν την έννοια ότι μία τιμή στα τεχνικά χαρακτηριστικά που δεν συμπίπτει με την καθοριζόμενη τιμή, δεν συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς εφόσον εμπίπτει στο οριζόμενο ποσοστό απόκλισης. Αντιστοίχως και η αξιολόγηση των προδιαγραφών και τεχνικών χαρακτηριστικών θα γίνει σε συσχετισμό με την καθοριζόμενη τιμή ή την απόκλιση της από αυτή, εντός όμως των ορίων που χαράσσουν τα ποσοστά απόκλισης, βάσει της προβλεπόμενης στο άρθρο 14 της διακήρυξης βαθμολογία και συντελεστή στάθμισης ανά κριτήριο αξιολόγησης. στ) Οι κατά τα ανωτέρω ισχυρισμοί του περί της ποιοτικής ανωτερότητας των προϊόντων με τα οποία προτίθεται να μετάσχει στο διαγωνισμό είναι αόριστοι και αναπόδεικτοι, και ως εκ τούτου απρόσφοροι να θεμελιώσουν βλάβη του και άρα να καταστήσουν ακυρωτές τις οικείες προδιαγραφές, καθώς ο προσφεύγων, καίτοι αναφέρεται στα προϊόντα με τα οποία δύναται να μετάσχει στο διαγωνισμό, δεν τεκμηριώνει με απτά επιστημονικά στοιχεία την καλύτερη απόδοσή τους σε σχέση με τα προδιαγραφόμενα από τη διακήρυξη. Σχετική είναι η υπ' αριθμόν 271/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ. Ως εκ τούτου, οι εν λόγω ισχυρισμοί της προσφυγής του είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι, σε κάθε περίπτωση δε ως αβάσιμοι. Το απαράδεκτο άλλωστε προκύπτει και από το γεγονός ότι στο σύνολό του ο υπό ε' αυτοτελής ισχυρισμός του προσφεύγοντος, δομείται σε αντιφατικές αιτιάσεις, αφού αλλού διατείνεται ότι πρόκειται για όρο που ενσωματώνει ελάχιστη

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

απαίτηση και αλλού ότι θεσπίζεται δι' αυτού ανώτατο/κατώτατο εύρος αποδεκτής τιμής, χωρίς εν τελεί να προσδιορίζεται με σαφήνεια το περιεχόμενο του ισχυρισμού του, όπως απαιτείται σε περίπτωση επικουρικής σώρευσης ισχυρισμών/αιτιάσεων, η παραδεκτή στοιχειοθέτηση της οποίας προϋποθέτει σαφή διαχωρισμό και κυρίως προσδιορισμό αφ' ενός της κύριας βάσης και αφ' ετέρου της επικουρικής βάσης του ισχυρισμού. Ως εκ περισσού, άλλωστε, επισημαίνεται, αναφορικά με το επιχείρημα (;) στο πλαίσιο του εν λόγω ισχυρισμού του προσφεύγοντος, ότι κατέθεσε μεγάλο ύψους παράβολο, το γεγονός ότι η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών εγγυάται την εξέταση και επίλυση σύμφωνα με το νόμο μίας διαφοράς που εμπίπτει στην καθ' ύλην αρμοδιότητά της, με εχέγγυα αμερόληπτης κρίσης. Ωστόσο, δεν ανήκει στις αρμοδιότητές της η μέριμνα για τα οικονομικά συμφέροντα των προσφευγόντων οικονομικών φορέων που εξαρτώνται από την τύχη του παράβολου. Και τούτο διότι το σχετικό κίνδυνο αναλαμβάνει ο προσφεύγων οικονομικός φορέας, ο οποίος οφείλει να αξιολογήσει αντικειμενικά εάν έχει βάσιμους λόγους να προσφύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ, απέχοντας από την παρελκυστική και κατά μείζονα λόγο καταχρηστική άσκηση προδικαστικών προσφυγών. ζ) Ομοίως αβάσιμοι είναι οι ισχυρισμοί περί σύγχυσης ως προς τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα όσα αναφέρει ο προσφεύγων στον επόμενο υπό Ζ' ισχυρισμό του, στον οποίο επαναλαμβάνει αυτούσια τις διάσπαρτες στους προηγούμενους ισχυρισμούς του αιτιάσεις. Εξάλλου, όσον αφορά τα προσκομιστέα πιστοποιητικά επισημαίνεται ότι ρητά αναφέρεται η δυνατότητα υποβολής ισοδυνάμων πιστοποιητικών, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του Ν 4412/2016, ως εκ τούτου τα αντιθέτως υποστηριζόμενα από τον προσφεύγοντα είναι προδήλως αβάσιμα. η) Όσον αφορά τον τελευταίο ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί αδικαιολόγητων και ιδιαίτερα περιοριστικών προδιαγραφών, επισημαίνεται ότι ο προσφεύγων απαραδέκτως βάλλει κατά των προδιαγραφών που έθεσε η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενος ουσιαστικά θέσπιση φωτογραφικής διάταξης («ρητά απαίτηση συγκεκριμένη τεχνική κατασκευής που πληρούται από συγκεκριμένο προϊόν κατοχυρωμένης εμπορικής ονομασίας, ασχέτως ότι το

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

περιέγραψε εξαντλητικά χωρίς να το κατονομάζει αλλά χωρίς, παράνομα, να επιτρέπει ισοδύναμη κατασκευαστική μέθοδο, κατά παράβαση του άρ. 54 παρ. 4 Ν. 4412/2016», σελ. 111-112 προσφυγής). Ειδικότερα, όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣτΕ 3719/2011, 1105/2010, ΕΑ ΣτΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010), η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς το προς προμήθεια είδος στο πλαίσιο διαγωνισμού προμήθειας ή το υλικό που θα χρησιμοποιηθεί για την εκτέλεση έργου, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά και τις ανάγκες της υπηρεσίας από άποψη ποιοτική και ποσοτική. Η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν οικονομικών φορέων των οποίων τα προϊόντα που εμπορεύονται δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Επομένως, ο προτιθέμενος να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, του οποίου όμως η συμμετοχή καθίσταται αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερής, γιατί τα προϊόντα του δεν πληρούν τις προδιαγραφές της διακήρυξης απαραδέκτως, κατ' αρχάς, αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της θέσπισης τους. Ειδικότερα, λόγοι αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, με τους οποίους ο προτιθέμενος να συμμετάσχει επιχειρεί, υπό τη μορφή της αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, τα προς τοποθέτηση είδη είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΕΑ ΣτΕ 1025/2010). Η προαναφερόμενη ελευθερία της αναθέτουσας αρχής, να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως, πρέπει, βεβαίως, να ασκείται με βάση τα οριζόμενα στις οικείες διατάξεις και υπό την αναγκαία προϋπόθεση τηρήσεως των βασικών αρχών που διέπουν τους διαγωνισμούς για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα δε της ισότιμης προσβάσεως σε αυτούς των προτιθεμένων να συμμετάσχουν και της

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

διασφάλισης του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Σύμφωνα με το αρ 54 του ν. 4412/2016 περί τεχνικών προδιαγραφών, επιδιώκοντας την εξασφάλιση της ισότιμης πρόσβασης των οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, καθώς και ως προς το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων. Δεν αποκλείεται, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣΤΕ 1105/2010, πρβλ. ΣΤΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣΤΕ 267/2008). Σε μια τέτοια περίπτωση, που, κατά την ανέλεγκτη ακυρωτικώς τεχνική κρίση της διοικήσεων μόνον οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες, για την κάλυψη των οποίων τίθενται, νομίμως περιορίζεται ο κύκλος των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, ως αναγκαία συνέπεια της επιλογής αυτής, έστω και αν η επιλεγείσα κατηγορία των προς προμήθεια ειδών με τα συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά προσφέρεται τη δεδομένη χρονική στιγμή από μία μόνον εταιρεία (ΣΤΕ 1105/2010, Ε.Α. ΣΤΕ 77/2011). Περαιτέρω επισημαίνεται ότι τυχόν ταύτιση των πληττόμενων προδιαγραφών με προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας, δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι σχετικές τεχνικές προδιαγραφές είναι φωτογραφικές (Ε.Α. ΣΤΕ 1025, 836/2010, 829, 201/2007), εφόσον η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί τη θέσπιση των τεχνικών αυτών προδιαγραφών. Η δε αιτιολογία αυτή συνίσταται στην παράθεση από την αναθέτουσα αρχή ικανών στοιχείων, σύμφωνα με τα οποία, μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται. Εξάλλου, δεν θεωρούνται ως φωτογραφικές οι τεχνικές προδιαγραφές, στις περιπτώσεις εκείνες που, τελικώς, συμμετέχει στο διαγωνισμό ικανός αριθμός προσφερόντων, γιατί, μετά από μία ευρεία συμμετοχή, σε κάθε περίπτωση, δεν προκύπτει περιορισμός του ανταγωνισμού (ΣΤΕ 214,215/2011). Στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού, ο λόγος της προδικαστικής προσφυγής περί φωτογραφικών όρων θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Πιο

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

συγκεκριμένα, ο Δήμος ... στο πλαίσιο της ελευθερίας του για τον καθορισμό των προδιαγραφών και τεχνικών χαρακτηριστικών του προς τοποθέτηση χλοοτάπητα στο γήπεδο του ... σε συσχετισμό με τις ανάγκες του για την ικανοποίηση των οποίων τίθενται, προσδιόρισε στην υπ' αριθ. 13*72015 τεχνική μελέτη, αφενός τις εν λόγω προδιαγραφές και τεχνικά χαρακτηριστικά αφετέρου παρέχει την απαιτούμενη αιτιολογία που συνδέει την επιλογή αυτή με την ικανοποίηση των αναγκών της κατασκευής του γηπέδου ποδοσφαίρου. Η δε επιλογή των συγκεκριμένων προδιαγραφών και μόνο αυτή διασφαλίζει τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται, ενώ η σχετική τεχνική κρίση είναι ανέλεγκτη. Όλα τα παραπάνω επιβεβαιώνονται από το γεγονός ότι στο διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε οικονομικοί φορείς. Συγκεκριμένα προσφορά υπέβαλαν ο ... στις 16/04/2019, ... στις 22/04/2019, η ... στις 23/04/2019, η ... στις 23/04/2019 και τέλος η ... ομοίως στις 22/04/2019. Συνεπώς, από όλα τα παραπάνω και σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, προκύπτει ότι οι υπό αμφισβήτηση προδιαγραφές και τεχνικά χαρακτηριστικά δεν περιόρισαν τον ανάπτυξη ανταγωνισμού στον διαγωνισμό διότι συμμετείχε ικανός αριθμός προσφερόντων. Κατά τούτο ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως απαράδεκτος, σε κάθε περίπτωση δε ως αβάσιμος.»

61.Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής που προπαρατέθηκαν και κρίνονται βάσιμοι και αποδεκτοί, οι υπό α), β), γ) και δ) αυτοτελείς ισχυρισμοί του προσφεύγοντα προβάλλονται αβάσιμα, δεν μπορούν να γίνουν αποδεκτοί και απορρίπτονται.

62. Επειδή, αναφορικά με τον υπό ε) αυτοτελή ισχυρισμό ισχύουν mutatis mutandis όσα παρατέθηκαν στις σκ. 21 έως 27, κατ' ακολουθία, ο υπό ε) αυτοτελής ισχυρισμός του προσφεύγοντα προβάλλεται βασίμως και πρέπει να γίνει δεκτός.

63. Επειδή, αναφορικά με τον υπό στ) αυτοτελή ισχυρισμό η αναθέτουσα αρχή δεν απαντά με κανένα επιχείρημα στις αιτιάσεις του προσφεύγοντα. Επειδή, ωστόσο, από τα αναφερόμενα στο συγκεκριμένο

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

ισχυρισμό δεν προκύπτει κάποια ασάφεια όσον αφορά στα δικαιολογητικά/πιστοποιητικά που πρέπει να προσκομίσει ο ανάδοχος και των όσων αφορούν την τεχνική προσφορά, την βαθμολόγησή τους και την αξιολόγηση αυτών. Ούτε περαιτέρω προκύπτει κάποια ασάφεια ως προς το 24.3 της διακήρυξης. Επομένως, ο αυτοτελής υπό στ) λόγος πρέπει μα απορριφθεί ως αβάσιμα προβαλλόμενος.

64. Επειδή, αναφορικά με τον υπό ζ) αυτοτελή ισχυρισμό του προσφεύγοντα, από τις διατάξεις της διακήρυξης προκύπτει ότι έχουν προβλεφθεί ισοδύναμα ως προς τα ζητούμενα πιστοποιητικά. Ως εκ τούτων ο εν λόγω ισχυρισμός προβάλλεται αβασίμως από τον προσφεύγοντα και δεν μπορεί να γίνει δεκτός. Αντιστοίχως, γίνονται αποδεκτές οι αιτιάσεις της αναθέτουσας αρχής επί του υπό ζ) ισχυρισμού του προσφεύγοντα.

65. Επειδή, αναφορικά με τον υπό η) αυτοτελή ισχυρισμό ισχύουν *mutatis mutandis* όσα αναλύθηκαν στις σκ. 11 έως 18, συνακόλουθα, ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται βασίμως και πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο όρος γ) του Κεφαλαίου «Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης-Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα» που τίθεται στην από 29.10.2018 Τεχνική Περιγραφή – Τεχνικές Προδιαγραφές (αρ. μελέτης 13α), στην οποία παραπέμπει το άρθρο 11 της επίμαχης διακήρυξης.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΤΡΙΤΟΥ ΛΟΓΟΥ:

66. Επειδή, ο προσφεύγων στον τρίτο λόγο της προσφυγής του προβάλλει ότι παρανόμως έχει γίνει ο ορισμός κατηγοριών ΜΕΕΠ οι οποίες γίνονται αποδεκτές για υποβολή προσφοράς. Η διακήρυξη παράνομα καθορίζει ως κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγέλματος την εγγραφή αποκλειστικά στα ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ και δη όσον αφορά το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, την 1^η τάξη αυτής της κατηγορίας. Αντίθετα, οι ίδιες οι εργασίες που αναφέρει ότι περιλαμβάνει κατέτασσαν κατ' άρ. 76 Ν. 4412/2016 το προκείμενο έργο σωρευτικά στις κατηγορίες ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ, ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ και ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ (τάξεις Α1, Α2 και 1^η αντίστοιχα κατά τα ποσά της εκτιμώμενης αξίας που αφορούν τις εργασίες αυτές κατ' ορθή τους

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

κατάταξη,), με αποτέλεσμα να απονέμεται δικαίωμα συμμετοχής σε οικονομικούς φορείς που κατά νόμο δεν έπρεπε να δικαιούνται να μετέχουν, βλέποντας εκείνον, την ίση μεταχείρισή του και το δικαίωμα του να του ανατεθεί η σύμβαση, αφού θα υποστεί ανταγωνισμό και θα απολέσει την ανάθεση της σύμβασης, παράνομα από πρόσωπα που δεν έπρεπε να δικαιούνται συμμετοχής. Η κατάσταση είναι πλήρως ανάλογη με την υπαγωγή της σύμβασης σε καθεστώς «προμήθειας», όπου μη εργολάβοι που κανονικά δεν έπρεπε να έχουν δικαίωμα συμμετοχής και τους λείπει το κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας δηλαδή της ιδιότητας του εγγεγραμμένου στο ΜΕΕΠ στην κατάλληλη κατηγορία έργων, όπως ακριβώς συμβαίνει και εδώ, όπου μη εγγεγραμμένοι στην κατάλληλη κατηγορία έργων δικαιούνται συμμετοχής εις βάρος εμού και κάθε εργολάβου με τις αναγκαίες κατά νόμο προϋποθέσεις για την ανάληψη του έργου. Για όλους τους λόγους δε, που αναφέρει στην προσφυγή του είναι ακυρωτέοι οι αντίστοιχοι με τις κατωτέρω παραλείψεις και σφάλματα της διακήρυξης, όροι 22.Β, 22.Δ, 23.4 και 23.6 που όλοι συνέχονται με το ζήτημα των κατηγοριών και τάξεων (οι τάξεις αποτελούν αναγκαίο και λογικό επόμενο της κατάταξης σε συγκεκριμένη κατηγορία, αφού πρώτα προσδιορίζεται η κατηγορία/οι κατηγορίες και μετά βάσει του ανά κατηγορία ποσού εκτιμώμενης αξίας προσδιορίζεται και η καθ' εκάστη κατηγορία τάξη) του ΜΕΕΠ στις οποίες απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι οι μετέχοντες. Ειδικότερα, αναφέρει ότι: α) παραλείπεται η θέσπιση υποχρέωσης για εγγραφή και στην κατηγορία των υδραυλικών έργων, όπως και της οικείας τάξης στην κατηγορία αυτή. Συγκεκριμένα, η επίμαχη διακήρυξη του Δήμου ... ορίζει μεταξύ άλλων τα ακόλουθα: «21. Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 21. 1 Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται στην κατηγορία ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 1η τάξη και άνω22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (α) Σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, η αναθέτουσα αρχή επιβάλλει ως απαίτηση προκειμένου οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, να είναι εγγεγραμμένοι στη 1η Τάξη της κατηγορίας ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ του ΜΕΕΠ και άνω ... 23.4. Δικαιολογητικά απόδειξης καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής Δραστηριότητας του άρθρου 22.Β (α) Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα υποβάλλουν βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π. στην/στις κατηγορία/ες ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ στην 1η Τάξη». Από την ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων του Ν. 4412/2016 προκύπτει ότι δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης μίας σύμβασης έργου έχουν οικονομικοί φορείς που ικανοποιούν μεταξύ άλλων τα κριτήρια επιλογής των άρθρων 75 και 76 του νόμου. Η διαπίστωση περί ικανοποίησης των ανωτέρω κριτηρίων διενεργείται μέσα από μια διαδικασία ελέγχου της επαγγελματικής καταλληλότητας, της χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κάθε υποψηφίου αναδόχου. Μέσω αυτού του ελέγχου η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει εάν ο εκάστοτε οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης. Ειδικότερα: Για την απόδειξη του κριτηρίου της καταλληλότητας άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν πιστοποιητικό - βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού μητρώου, από το οποίο προκύπτει το ειδικό επάγγελμα τους και η εγγραφή τους στο οικείο μητρώο. Ειδικά για τις συμβάσεις έργων δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία έχουν οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στην απαιτούμενη με βάση τη διακήρυξη κατηγορία και τάξη του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.Ε.Π.). Οι καλούμενες τάξεις καθορίζονται με βάση τον προϋπολογισμό της κατηγορίας εργασιών στην οποία εντάσσεται το δημοπρατούμενο έργο. Για το ζήτημα τούτο η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να εφαρμόσει τις διατάξεις του νόμου. Η εγγραφή στην απαιτούμενη κατηγορία και τάξη του Μ.Ε.Ε.Π. και η διατήρηση σε ισχύ της εγγραφής αυτής αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση για το παραδεκτό της συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, το επίμαχο έργο αφορά εργασίες που θα πραγματοποιηθούν για

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

την αντικατάσταση χλοοτάπητα γηπέδου στο Δήμο Στην εκτέλεση των ανωτέρω εργασιών η αναθέτουσα αρχή θεώρησε εσφαλμένα ότι μπορούν να ανταποκριθούν οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι στο Μ.Ε.ΕΠ. στις κατηγορίες 1η και άνω για οικοδομικά έργα. Εν προκειμένω, η διακήρυξη και ο αναλυτικός Προϋπολογισμός της προέβλεψαν την Ομάδα 3 εργασιών περί Δικτύων που αφορά δαπάνες και εργασίες κατασκευής υδραυλικού συστήματος, αξίας 54.513,40 ευρώ προ ΓΕ και ΕΟ, απροβλέπτων και ΦΠΑ, ενώ η συνολική δαπάνη όλων των εργασιών του έργου προ ΓΕ, ΕΟ, απροβλέπτων και ΦΠΑ ανέρχεται σε 517.678,20 ευρώ. Η απλή δε επισκόπηση της ανάλυσης των εργασιών της Ομάδας 3 στο ΤΕΥΧΟΣ ΤΙΜΟΛΟΓΙΟΥ αποδεικνύει ότι αυτές αφορούν κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου όμβριων, δηλαδή αποχέτευσης, αλλά και άρδευσης του γηπέδου, εργασίες που ουδεμία σχέση έχουν με «οδοποιία» ή άλλη κατηγορία του ΜΕΕΠ. Περαιτέρω, και το ΤΕΥΧΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ της διακήρυξης αναφέρεται στη σελ. 2 σε *«Εργασίες Δικτύων Απορροής Ομβρίων. Όπως σε κάθε ανοικτό γήπεδο, έτσι και σε αυτό, ανεξάρτητα από το υλικό της επιφάνειας του, βασικό πρόβλημα το οποίο καλείται να αντιμετωπιστεί είναι και η απορροή των όμβριων υδάτων. Το πρόβλημα θα επιλυθεί με την κατασκευή κατάλληλου δικτύου απορροής, το οποίο ήδη προϋπάρχει και την κατασκευή περιμετρικού καναλιού.»* και σελ. 4 σε *«Εργασίες Καταιονισμού Οι υψηλές θερμοκρασίες περιβάλλοντος (κατά τους θερινούς ιδιαίτερα μήνες) αυξάνουν την τριβή μεταξύ της επιφάνειας των συνθετικών ινών, των νημάτων και των υλικών πλήρωσης του πέλους του συνθετικού χλοοτάπητα και της επιφάνειας των υποδημάτων των αθλουμένων παικτών, που έρχονται σε επαφή. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα την υπέρμετρη και επιταχυνόμενη φθορά των στοιχείων του συνθετικού ποδοσφαιρικού χλοοτάπητα, με συνέπεια την σημαντική μείωση του Η εγκατάσταση διαβροχής του συνθετικού χλοοτάπητα θα γίνει ως κάτωθι: α) το νερό που θα χρησιμοποιηθεί για την διαβροχή θα προέρχεται από δίκτυο ύδρευσης κατάλληλο για αυτή την χρήση, β) ο απαραίτητος όγκος νερού θα εξασφαλίζεται από υφιστάμενη δεξαμενή συνολικού όγκου 70 M3 η οποία και θα πληρούνται από το δίκτυο ύδρευσης, γ) ο καταιονισμός*

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

(διαβροχή) θα γίνει με αυτοανυψούμενους υπόγειους εκτοξευτήρες σε σταθερές θέσεις, οι οποίοι κατά την φάση ηρεμίας δεν προεξέχουν διόλου της επιφάνειας των συνθετικών αθλητικών δαπέδων, δεν εμποδίζουν και δεν αποτελούν κίνδυνο με κανένα τρόπο στην όποια αθλητική εκπαιδευτική η ψυχαγωγική δραστηριότητα εντός του χώρου του σταδίου, δ) για την διαβροχή του αγωνιστικού χώρου, περιφερειακά του θα εγκατασταθούν έξι (6) αυτοανυψούμενους εκτοξευτήρες, με ενσωματωμένη ηλεκτροβάνα, ακτίνας διαβροχής 34-54 μ, ε) οι αξονικές των αποστάσεις δε θα υπερβαίνουν το 60% της διαμέτρου του κύκλου διαβροχής των, ώστε να ανταποκρίνονται σε αντίξοες συνθήκες ανέμου (η ακριβής θέση τοποθέτησής των προκύπτει από τα σχέδια της μελέτης), ε) οι εκτοξευτήρες θα συνδεθούν με τους υπόγειους αγωγούς μέσω κατάλληλης διάταξης που θα επιτρέπει την εύκολη ρύθμιση του ύψους και της οριζοντιότητάς των, στ) η κατασκευή της σύνδεσης των θα πραγματοποιηθεί με γαλβανισμένα χαλύβδινα εξαρτήματα, ζ) οι εκτοξευτήρες θα δέχονται εντολή έναρξης και λήξης της διαβροχής, από ηλεκτρονικό προγραμματιστή, τοποθετημένο σε ειδικό χώρο καλά προστατευόμενο από μη ειδικευμένους χειριστές, και η) οι ηλεκτρικές συνδέσεις των σωληνοειδών των ηλεκτροβαλβίδων θα γίνουν με καλώδια ανθυγρού τύπου (NYY), υπόγεια τοποθετημένα μέσα σε αγωγούς προστασίας καλωδίων από PVC. Στα πλεονεκτήματα του ανωτέρω συστήματος διαβροχής συγκαταλέγονται η αυτόματη λειτουργία, η ασφάλεια αθλουμένων παικτών, η προσαρμογή του συστήματος σε οποιαδήποτε συνθήκη, η ομοιόμορφη κατανομή του νερού στον αγωνιστικό χώρο, ο μεγάλος χρόνος ζωής και η μικρή ανάγκη συντήρησης.». Αμφότερες οι εργασίες αυτές είναι εκείνες της Ομάδας 3 του ΤΙΜΟΛΟΓΙΟΥ και του ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ, όπου αναλυτικά περιγράφονται σε αμφότερα αυτά τα τεύχη, οι οικείες δαπάνες και είναι ούτως πρόδηλο ότι ανήκουν στην κατηγορία ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ έργων, ουδόλως δε υπάγονται σε αυτή των ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ όπου συλλήβδην η διακήρυξη υπήγαγε το σύνολο των εργασιών της υπό ανάθεση σύμβασης. Η δε αναλογία της Ομάδας 3 στη συνολική παραπάνω δαπάνη είναι 10,53%, άρα μεγαλύτερη του 10%. Επομένως, έπρεπε κατά νόμο να οριστεί ως προϋπόθεση συμμετοχής και

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, η εγγραφή του προσφέροντος στην οικεία κατηγορία ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ του ΜΕΕΠ και δη στην οικεία αντιστοιχούσα τάξη βάσει της εκτιμώμενης αξίας της κατηγορίας, ήτοι κατά τα ειδικώς οριζόμενα στην Α1 τάξη υδραυλικών έργων, απαίτηση η οποία, δηλαδή η περί της τάξης, έπρεπε να εισαχθεί αντιστοίχως ως κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατ' άρ. 76 παρ. 3 περ. α' Ν. 4412/2016, αφού εκεί ρητά προβλέπεται ότι «Αν το έργο ανήκει σε περισσότερες κατηγορίες του Μ.Ε.ΕΠ. κατά την παράγραφο 1 περίπτωση γ', η τάξη για κάθε κατηγορία, στην οποία πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι οι οικονομικοί φορείς, προσδιορίζεται από το αντίστοιχο μέρος της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης.». Τα παραπάνω παράλληλα και σωρευτικά με την καταρχήν απαίτηση εγγραφής στην οικεία κατηγορία που αφορούν οι υπόλοιπες δαπάνες του έργου ως κριτήριο του δικαιώματος συμμετοχής και καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας. Αντίστοιχα θα έπρεπε να έχουν τεθεί και κάθε άλλες απαιτήσεις της διακήρυξης περί των ως άνω ελαχίστων απαιτήσεων σχετικά με τη συμμετοχή ενώσεων οικονομικών φορέων, όπως και περί κάθε άλλου ζητήματος επηρεαζόμενου από την κατάταξη του έργου σε συγκεκριμένη κατηγορία και τάξη κατ' άρ. 76 Ν. 4412/2016. Επομένως, παρανόμως η διακήρυξη παρέλειψε να θεσπίσει ως κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και ως προϋπόθεση του δικαιώματος συμμετοχής, την υπαγωγή στην κατηγορία ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ του ΜΕΕΠ και περαιτέρω τη θέσπιση του αυτομάτως εκ του νόμου συναγόμενου κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας περί υπαγωγής του οικονομικού φορέα και στην οικεία τάξη της συγκεκριμένης κατηγορίας, πέραν των υπολοίπων σωρευτικών απαιτήσεων που τέθηκαν στους αντίστοιχους όρους. Η δε ως άνω παρανομία προδήλως, κατά τον προσφεύγοντα, τον θίγει καθώς εκείνος είναι εγγεγραμμένος στην κατηγορία ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ και στην ανάλογη με την εκτιμώμενη αξία της Ομάδας Εργασιών 3, τάξη του ΜΕΕΠ, πλην όμως παρανόμως εξισώνεται με οικονομικούς φορείς που ουδεμία σχέση με τέτοια έργα έχουν, ούτως παραβλάπτοντας τη δυνατότητα εκ μέρους του ανάληψης της σύμβασης, αφού παρανόμως αυτή

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

δύνатаι να ανατεθεί σε οικονομικό φορέα χωρίς τα εκ του νόμου θεσπιζόμενα προσόντα. β) υφίσταται παράνομη παράλειψη ορισμού ως πρόσθετης σωρευτικής κατηγορίας ΜΕΕΠ αυτής των έργων ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ. Στο σημείο αυτό της προσφυγής του οι ισχυρισμοί του είναι ανάλογοι με τους ισχυρισμούς του πρώτου προσφεύγοντα στον τρίτο λόγο της προσφυγής του (βλ. σκ. 31).

67. Επειδή, η αναθέτουσα με τις απόψεις της ως προς τον πρώτο ισχυρισμό απαντά στις αιτιάσεις του προσφεύγοντα αναφέροντας τα εξής: α) ο συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται απαραδέκτως λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος διότι δεν επικαλείται βλάβη, η οποία νοείται όχι ως απλή επίκληση παρανομίας ή κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντα, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018). Ο προσφεύγων δεν προσδιορίζει συγκεκριμένη βλάβη/ζημία, καυώς δεν επικαλείται συγκεκριμένα στοιχεία και αρκούντως εξειδικευόμενα πραγματικά περιστατικά, πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύει ότι στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού, διακυβεύεται η ισότιμη μεταχείρισή του από τη συμμετοχή στο διαγωνισμό συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, ο οποίος δεν πληροί αποδεδειγμένα τις προϋποθέσεις του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016 ως προς τις κατηγορίες έργων στις οποίες οφείλει να είναι εγγεγραμμένος στο Μ.Ε.ΕΠ. Συνεπεία της απουσίας της κατά τα ανωτέρω απαιτούμενης θεμελίωσης του ισχυρισμού του, η γενικόλογη αναφορά στη δήθεν παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσλαμβάνει χαρακτήρα επίκλησης όλως αβέβαιης βλάβης, η οποία δεν εξαρκεί προς θεμελίωση του κατ'άρ. 360 του Ν. 4412/2016 έννομου συμφέροντος. Άλλωστε, δίδεται η δυνατότητα συμμετοχής μετ' επιφυλάξεως ως προς το συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, τον οποίο θα μπορούσε ο

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

διαγωνιζόμενος να προσβάλλει μεταγενεστέρως, στην περίπτωση που ο κίνδυνος αποκτούσε συγκεκριμένη υπόσταση, με τη συμμετοχή οικονομικού φορέα μη πληρούντος τις νόμιμες προϋποθέσεις, και πάντως προ της συνδρομής όλων των όρων της οριστικής βλάβης, που θα επήρχετο με την ανάθεση της σύμβασης σε εκείνον. β) ο συγκεκριμένος ισχυρισμός προβάλλεται και αβασίμως... Θεωρεί «πρόδηλο» ότι οι εργασίες της 3^{ης} Ομάδας ανήκουν συλλήβδην στην υποκατηγορία ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ έργων. Εντούτοις, οι εργασίες της 3^{ης} ομάδας έχουν κατηγοριοποιηθεί όχι βάσει «πρόδηλων» κατά τον προσφεύγοντα συσχετισμών αλλά βάσει του ισχύοντος Κανονισμού Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών (ΦΕΚ Β' υπ' αρ. 1746/17-05-2017) και των ενσωματωμένων σε αυτόν Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών και αντίστοιχων Πινάκων Τιμών. Βάσει του Κανονισμού αυτού, οι υδραυλικές εργασίες της 3^{ης} ομάδας είναι μόνον οι υπ' αριθμούς 9,10 και 11, συνολικής αξίας (496,00 + 3.600,00 + 4.680,00=) 8.776,00€ , και ως εκ τούτου δεν αντιστοιχούν σε ποσοστό πλέον του 10% των εργασιών του όλου έργου.

68. Επειδή, η αναθέτουσα με τις απόψεις της ως προς τον δεύτερο ισχυρισμό απαντά με τον ίδιο ακριβώς τρόπο, όπως και στον πρώτο προσφεύγοντα (βλ. σκ. 32).

69. Επειδή, αναφορικά με τον ισχυρισμό της αναθέτουσας περί της απαράδεκτης προβολής των ισχυρισμών α) και β) του προσφεύγοντα λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, λεκτέα είναι *mutatis mutandis* τα όσα αναλύθηκαν ανωτέρω στις σκέψεις 33 και 34 και επομένως ο προσφεύγων προβάλλει τις αιτιάσεις του καταρχήν παραδεκτά και με έννομο συμφέρον.

70. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο ισχυρισμό του προσφεύγοντα ισχύουν *mutatis mutandis* όσα αναλύθηκαν στην σκ. 35 και συνεπώς, ο ισχυρισμός αυτός θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

71. Επειδή, σύμφωνα με τον ισχύοντα Κανονισμό Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών (ΦΕΚ Β' 1746/15-05-2017) και των ενσωματωμένων σε αυτών Περιγραφικών Τιμολογίων Εργασιών και αντίστοιχων Πινάκων Τιμών,

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

οι υδραυλικές εργασίες της 3^{ης} ομάδας είναι μόνον οι υπ' αρ. 9, 10 και 11, συνολικής αξίας που δεν υπερβαίνει το 10% των εργασιών του όλου έργου, ο πρώτος ισχυρισμός του τρίτου λόγου της προσφυγής του προσφεύγοντα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και αντιστοίχως να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας. Επομένως, σύμφωνα και με την προηγούμενη σκέψη, συνολικά ο τρίτος λόγος της προσφυγής του προσφεύγοντα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

ΕΠΙ ΤΟΥ ΤΕΤΑΡΤΟΥ ΛΟΓΟΥ:

72. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση εν συνόλω α) του όρου 22Γβ αφενός λόγω ασάφειας και αοριστίας αφετέρου ως παράνομου που περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό θέτοντας δυσανάλογα σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης και υπέρμετρα αυστηρά κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας και β) του όρου 23.5. της διακήρυξης λόγω ασάφειας.

73. Επειδή, αναφορικά με τους υπό γ) και ε) αυτοτελείς ισχυρισμούς του τέταρτου λόγου και συγκεκριμένα ως προς τον όρο 22Γβι) περί τραπεζικών βεβαιώσεων ισχύουν *mutandis mutandis* όσα εκτέθηκαν στις σκ. 45 – 47 της παρούσας.

74. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ως απάντηση στους ισχυρισμούς του δεύτερου προσφεύγοντα επί των αιτιάσεων που προβάλλει στον τέταρτο λόγο της προσφυγής του προβάλλει ακριβώς τους ίδιους ισχυρισμούς που προέβαλλε για τον αντίστοιχο λόγο της προδικαστικής προσφυγής του πρώτου προσφεύγοντα.

75. Επειδή, ο προσφεύγων στον υπό γ) αυτοτελή ισχυρισμό του τέταρτου λόγου της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι ομοίως με την απαίτηση περί τραπεζικών βεβαιώσεων (22Γβι) και η απαίτηση περί του κύκλου εργασιών, όπως ορίζεται στη διακήρυξη, είναι παράνομη, καταχρηστική και υπέρμετρα δεσμευτική και δυσανάλογη σε σχέση με το συμβατικό αντικείμενο. Ο ισχυρισμός του αυτός προβάλλεται βάσιμα και πρέπει να γίνει δεκτός σύμφωνα και με τα όσα αναλύθηκαν παραπάνω στις σκ.45 – 47.

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

76. Επειδή, με τον υπό δ) ισχυρισμό του τέταρτου λόγου της προσφυγής του ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο όρος 22Γβι θέτει παράνομο και αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω του αποκλεισμού της δυνατότητας επίκλησης βεβαίωσης από το ΤΣΜΕΔΕ και της υποχρεωτικής υποβολής τραπεζικής βεβαίωσης. Εν τούτοις, όπως και η αναθέτουσα με τις απόψεις της υποστηρίζει αλλά και με αποφάσεις της ΑΕΠΠ (195/2018, 94/2017) έχει κριθεί ότι η ευρεία διατύπωση περί «κατάλληλων τραπεζικών βεβαιώσεων» (κατά λέξει μεταφορά της ενωσιακής Οδηγίας) έχει επιλεγεί επειδή προορίζεται για ένα ευρύ σύνολο κρατών-μελών, όπου συνήθως οι βεβαιώσεις που αφορούν την οικονομική κατάσταση των επιχειρήσεων εκδίδονται από πιστωτικά ιδρύματα και επομένως η διατύπωσή της σκοπεί να καλύψει ένα σύνολο διαφορετικών εθνικών πιστοληπτικών συστημάτων και για αυτό αναφέρεται στο κοινώς ισχύον, ενώ σημειωτέον ότι τα παραπάνω επιβεβαιώνονται από το ότι η ως άνω διάταξη αναφέρεται γενικώς σε κατάλληλες βεβαιώσεις, χωρίς να κατονομάζει αυτές ως πιστοληπτικής ικανότητας και να προσδιορίζει ειδικώς το περιεχόμενό τους, ακριβώς προκειμένου να καλύπτει τα επιμέρους ισχύοντα μεταξύ διαφορετικών εθνικών συστημάτων των κρατών μελών) και ουδόλως δύναται να αποκλείσει τη δυνατότητα χρήσης εκ του νόμου προβλεπόμενου μέσου απόδειξης πιστοληπτικής ικανότητας και φερεγγυότητας και καθιερώνεται ως ισοδύναμο με τις σχετικές τραπεζικές βεβαιώσεις, όπως ορίζει ειδική ισχύουσα διάταξη της εθνικής νομοθεσίας με αντικείμενο τις ειδικές αρμοδιότητας συγκεκριμένου ασφαλιστικού φορέα. Επομένως, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός του προσφεύγοντα προβάλλεται εσφαλμένα και δεν μπορεί να γίνει δεκτός.

77. Επειδή, με τον υπό α) ισχυρισμό του τέταρτου λόγου της προσφυγής του ο προσφεύγων βάλλει κατά του όρου 23.5. «περί δικαιολογητικών κατακύρωσης» λόγω ασάφειας και αοριστίας. Συγκεκριμένα, αναφέρει αυτολεξεί ότι «Ο όρος όμως 23.5 περί των δικαιολογητικών κατακύρωσης των κριτηρίων επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν αναφέρει ΤΙΠΟΤΑ για τραπεζικές βεβαιώσεις και απόδειξη μέσου όρου κύκλου εργασιών, αφού ορίζει ότι «23.5. Δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.Ε.Π: · είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει · είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται 40 στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.83 Σε κάθε περίπτωση, η βεβαίωση εγγραφής μπορεί να υποβάλλεται για την απόδειξη μόνο ορισμένων απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ, ενώ για την απόδειξη των λοιπών απαιτήσεων μπορούν να προσκομίζονται ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016 , ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 22.Γ απαίτηση. Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: · με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει ή · με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενης από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου κατά τις κείμενες διατάξεις (β) Οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους ή διαθέτουν πιστοποιητικό από οργανισμούς πιστοποίησης που συμμορφώνονται με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης, κατά την έννοια του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, μπορούν να προσκομίζουν στις αναθέτουσες αρχές πιστοποιητικό εγγραφής, εκδιδόμενο από την αρμόδια αρχή ή το πιστοποιητικό που εκδίδεται από τον αρμόδιο οργανισμό πιστοποίησης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 83 ν. 4412/2016 και στην παράγραφο 9 του παρόντος άρθρου . (γ) Οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς που δεν είναι εγγεγραμμένοι σε

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

επίσημους καταλόγους ή διαθέτουν πιστοποιητικό από οργανισμούς πιστοποίησης κατά τα ανωτέρω, υποβάλλουν ως δικαιολογητικά ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016.». Με το ως άνω δε περιεχόμενο δημιουργούνται οι εξής συνέπειες: 1. Καθίσταται ασαφές και δημιουργείται υπόνοια μήπως η τάξη του ΜΕΕΠ που αφορά και τα κατά τα ως άνω δικαιολογητικά κατακύρωσης, είναι το αποδεικτικό στοιχείο κύκλου εργασιών, με αποτέλεσμα εν τέλει να απαιτείται για την απόδειξη κύκλου εργασιών εγγραφή σε τάξη της οικείας τάξης όπου ανήκουν οι εταιρίες με κύκλο εργασιών διπλάσιο του οικονομικού αντικειμένου της νυν διακήρυξης. Αυτό βέβαια θα σήμαινε ότι ούτως αντιφάσκει η διακήρυξη αφού θα όριζε από τη μια πλευρά τάξη ΜΕΕΠ ως κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, από την άλλη θα όριζε εμμέσως μια άλλη τάξη ΜΕΕΠ μέσω του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Σε κάθε όμως περίπτωση το μόνο που ρητά ορίζεται ως δικαιολογητικό κατακύρωσης η βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ. 2. Η διακήρυξη με πλήρη ασάφεια και αντιγράφοντας άκριτα τον νόμο που θεσπίζει ευχέρειες προς υιοθέτηση όρων, αλλά όχι σαφείς όρους διακήρυξης, αναφέρει ότι «στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται 40 στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.83 Σε κάθε περίπτωση, η βεβαίωση εγγραφής μπορεί να υποβάλλεται για την απόδειξη μόνο ορισμένων απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ, ενώ για την απόδειξη των λοιπών απαιτήσεων μπορούν να προσκομίζονται ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016 , ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 22.Γ απαίτηση.» Άρα, ποιες είναι οι απαιτήσεις του όρου 22.Γ που «δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής»; Ο κύκλος εργασιών εν μέρει καλύπτεται αφού ο κύκλος εργασιών είναι κρίσιμο μέγεθος για την κατάταξη σε κατηγορία και τάξη του ΜΕΕΠ, όμως από την άλλη

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

πλευρά, αν αυτό γίνει δεκτό, τότε αφενός κατά τα ανωτέρω η διακήρυξη αντιφάσκει ως προς τις αποδεκτές τάξεις ΜΕΕΠ αφετέρου, όπως παρακάτω θα αναφέρω, καταλήγει σε αδικαιολόγητο και υπέρμετρο περιορισμό του ανταγωνισμού, βλ. κατωτέρω. Επιπλέον, αν υποτεθεί ότι ο κύκλος εργασιών δεν καλύπτεται από το ΜΕΕΠ και περαιτέρω και όσον αφορά τις τραπεζικές βεβαιώσεις, ποια είναι αυτά τα αποδεικτικά μέσα που προσκομίζονται συγκεκριμένα; Ισολογισμοί, καταστάσεις ταμειακών ροών, αποτελεσμάτων χρήσεως, ισοζύγια; Ποιες από το πλήθος οικονομικών καταστάσεων καλύπτουν και θα γίνουν δεκτές ως προς τον όρο περί κύκλου εργασιών ή μήπως αρκεί ή απαιτείται δήλωση κύκλου εργασιών; Σημειωτέον, ότι γενικόλογα και αόριστα ο όρος 23.5 αναφέρεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΧΙΙ ΜΕΡΟΣ Ι Ν. 4412/2016, όμως αυτό το Μέρος θεσπίζει 2 διαφορετικά μέσα απόδειξης κύκλου εργασιών και συγκεκριμένα «β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας· γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών.», με αποτέλεσμα να είναι ασαφές αν απαιτούνται και τα 2, αν απαιτείται μόνο ένα εκ των 2 κατ' επιλογή του προσφέροντος ή αν εν τέλει η αναθέτουσα κατά την αξιολόγηση κρίνει ότι απαιτείτο το 1 από τα 2 αποδεικτικά μέσα αποκλείοντας όποιον υπέβαλε αυτό που τότε το πρώτον θα κριθεί ως «λάθος». 3. Τι είδους τραπεζικές βεβαιώσεις απαιτούνται και τι πρέπει να αναγράφουν και να πιστοποιούν; Πιστοληπτική ικανότητα; Αξιόχρεο και φερεγγυότητα; Δυνατότητα άνευ ετέρου λήψης δανείων και χρηματοδοτήσεων ή τυχόν επιτρέπεται η υποβολή βεβαίωσης δυνατότητας χορήγησης δανείων υπό όρους; Ή μήπως απαιτείται ΤΡΑΠΕΖΙΚΗ ΒΕΒΑΙΩΣΗ ΚΑΤΑΘΕΣΕΩΝ ΙΣΩΝ ΜΕ ΤΟ ΗΜΙΣΗ ΤΟΥ ΑΝΕΥ ΦΠΑ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ; Ο όρος 22.Γ γενικόλογα αναφέρεται σε «υποβολή κατάλληλων τραπεζικών βεβαιώσεων, με αναφορά στον κύριο του έργου, στο έργο και στην χρηματοδότηση του ίδιου του έργου». Όμως, η έννοια του «καταλλήλου» μπορεί να αφορά οτιδήποτε, ενώ η αναφορά «στη χρηματοδότηση» του έργου μπορεί να ερμηνευθεί ότι σημαίνει δυνατότητα ΛΗΨΗΣ χρηματοδότησης μετά ή άνευ όρων, ζήτημα ασαφές ή δυνατότητα ΕΚ ΜΕΡΟΥΣ ΤΟΥ ΠΡΟΣΦΕΡΟΝΤΑ χρηματοδότησης δια των καταθέσεων του. Άρα είναι όμως ασαφές τι βεβαίωση ζητείται και κάθε σενάριο είναι πιθανό κατά την αξιολόγηση. Εν τέλει: Τι θα κρίνει αποδεκτό η αναθέτουσα κατά την αξιολόγηση και τι όχι; Πώς κάποιος μπορεί να γνωρίζει τι πρέπει να προσκομίσει και να κατέχει κατ' άρ. 104 Ν. 4412/2016 ως προσόν ΗΔΗ κατά την υποβολή της προσφοράς και βάσει ποιου αντικειμενικού πλαισίου θα είναι δυνατή η ελεγχσιμότητα της αποδοχής ανταγωνιστών μου; Επομένως, υφίσταται πλήρης και πολλαπλή κατά τα ανωτέρω ασάφεια ΤΟΣΟ ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΙ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΔΗΛΩΘΕΙ ΣΤΟ ΤΕΥΔ, ΟΣΟ ΚΑΙ ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΙ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΥΠΟΒΛΗΘΕΙ ΩΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΟ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ, ΑΦΟΥ Η ΑΣΑΦΕΙΑ ΑΦΟΡΑ ΤΟΣΟ ΤΑ ΠΑΡΑΠΑΝΩ ΚΑΤΑΡΧΗΝ ΠΡΟΣΟΝΤΑ ΟΣΟ ΚΑΙ ΤΑ ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΑΥΤΩΝ ΕΓΓΡΑΦΑ, ασάφεια που καθιστά έωλες τις προϋποθέσεις συμμετοχής ως και τα ζητούμενα και τον τρόπο αξιολόγησης των προσφορών και επομένως ο όρος 22.Γ.β.ι, ο όρος 22.Γ.β.ii και ο όρος 23.5 της διακήρυξης είναι ακυρωτέοι».

78. Επειδή, στο άρθρο 23.5. «Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ» ορίζεται ότι: « Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.Ε.Π: □ είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει □ είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016.83 Σε κάθε περίπτωση, η βεβαίωση

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

εγγραφής μπορεί να υποβάλλεται για την απόδειξη μόνο ορισμένων απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ, ενώ για την απόδειξη των λοιπών απαιτήσεων μπορούν να προσκομίζονται ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016, ανάλογα με την τιθέμενη στο άρθρο 22.Γ απαίτηση. Ειδικά, για την απόδειξη της απαίτησης της μη υπέρβασης των ανώτατων επιτρεπτών ορίων ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων: □ με την υποβολή ενημερότητας πτυχίου εν ισχύει ή □ με την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του προσωρινού αναδόχου, συνοδευόμενης από πίνακα όλων των υπό εκτέλεση έργων (είτε ως μεμονωμένος ανάδοχος είτε στο πλαίσιο κοινοπραξίας ή υπεργολαβίας) και αναφορά για το ανεκτέλεστο υπόλοιπο ανά έργο και το συνολικό ανεκτέλεστο, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που δεν διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου κατά τις κείμενες διατάξεις (β) Οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους ή διαθέτουν πιστοποιητικό από οργανισμούς πιστοποίησης που συμμορφώνονται με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης, κατά την έννοια του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, μπορούν να προσκομίζουν στις αναθέτουσες αρχές πιστοποιητικό εγγραφής, εκδιδόμενο από την αρμόδια αρχή ή το πιστοποιητικό που εκδίδεται από τον αρμόδιο οργανισμό πιστοποίησης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 83 ν. 4412/2016 και στην παράγραφο 9 του παρόντος άρθρου. (γ) Οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς που δεν είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους ή διαθέτουν πιστοποιητικό από οργανισμούς πιστοποίησης κατά τα ανωτέρω, υποβάλλουν ως δικαιολογητικά ένα ή περισσότερα από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016.» Από την ως άνω διατύπωση του άρθρου 23.5 δεν καταλείπεται περιθώριο ασάφειας ή αοριστίας του. Άλλο ζήτημα αποτελεί το γεγονός ότι αυτό μπορεί να αναφέρει και να παραπέμπει σε άλλες διατάξεις που μπορεί να παρουσιάζουν ασάφεια ή αοριστία. Η ασάφεια, όμως, έτερης επικαλούμενης στο άρθρο αυτό διάταξης δεν καθιστά άνευ ετέρου και τον συγκεκριμένο όρο ασαφή. Ως εκ τούτων, οι ισχυρισμοί του

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

προσφεύγοντα περί της ασάφειας και αοριστίας του όρου 23.5. προβάλλονται αβάσιμα και πρέπει να απορριφθούν.

79. Επειδή, περαιτέρω, πλέον του όρου 22Γβι, ο προσφεύγων βάλλει με τον δεύτερο αυτοτελή ισχυρισμό του κατά του όρου 22Γβii, ήτοι του τιθέμενου κριτηρίου του κύκλου εργασιών, και λόγω ασάφειας διότι κατά τους ισχυρισμούς του δεν καθίσταται σαφές σε ποια εκτιμώμενη αξία αναφέρεται, δηλαδή αν υπολογίζεται αυτή προ ΦΠΑ ή μετά ΦΠΑ. Από τη διατύπωση του εν λόγω όρου πράγματι δεν προκύπτει με σαφήνεια εάν το δημοπρατούμενο έργο υπολογίζεται με ή χωρίς ΦΠΑ, ώστε να προκύπτει περαιτέρω με σαφήνεια σε ποιο ποσό θα πρέπει να ανέρχεται ο μέσος ελάχιστος κύκλος εργασιών τριών τελευταίων χρήσεων ίσος «με το διπλάσιο του δημοπρατούμενου έργου». Συνεπώς, ο ανωτέρω 22Γii όρος της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθεί και για λόγους ασάφειας και να γίνει δεκτός ο εν λόγω ισχυρισμός του προσφεύγοντα ως βασίμως προβαλλόμενος.

80. Επειδή, κατ' ακολουθία, οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτές, σύμφωνα με το σκεπτικό.

81. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε έκαστος προσφεύγων, πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

82. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια ανάθεσης, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται μερικώς αμφότερες τις Προδικαστικές Προσφυγές.

Αριθμός απόφασης: 605, 606 / 2019

Ακυρώνει, κατά το σκεπτικό, τη Διακήρυξη με αρ. πρωτ. 5645/21.03.2019 Διακήρυξη του «ΔΗΜΟΥ ...», για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΓΗΠΕΔΟΥ ΣΤΟ ΔΗΜΟ ...», εκτιμώμενης αξίας 872.000,00 Ευρώ (με Φ.Π.Α.), με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

Ορίζει την επιστροφή σε αμφοτέρους τους προσφεύγοντες των αντιστοίχων παραβόλων, έκαστο ποσού 3.516,13 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη την 16-05-2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 05-06-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη