

**Η**  
**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**  
**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 05.06.2020 με ΓΑΚ 701/09.06.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στο ....., όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή] και της με αριθμ. πρωτ. ....διακήρυξης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ'αριθμ. πρωτ. ....διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής και συγκεκριμένα η παράγραφος 2.2.6.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο  
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με ηλεκτρονικό κωδικό ..... (βλ. και απόδειξη πληρωμής της ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ της 05.06.2020) ποσού €600,00 , σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με τη υπ' αριθμ. πρωτ. ....διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Διεθνής Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την προμήθεια μεταφορικών μέσων σε αντικατάσταση παλαιότερων οχημάτων και μηχανημάτων έργου, συνολικού προϋπολογισμού 1.208.000,00 € μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος χωρίζεται σε τέσσερις (4) ομάδες, ήτοι Ομάδα Α- Απορριμματοφόρα οχήματα, προϋπολογισμού 715.000,00€ (χωρίς ΦΠΑ), Ομάδα Β -

## Αριθμός απόφασης: ...891/2020

Αυτοκινούμενα αναρροφητικά σάρωθρα, προϋπολογισμού 325.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ), Ομάδα Γ - Ημιφορτηγά οχήματα, προϋπολογισμού 70.000,00€ (χωρίς ΦΠΑ) και Ομάδα Δ - Φορτωτής – Εκσκαφέας, προϋπολογισμού 98.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ). Ως κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού ορίζεται η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής, ανά Ομάδα ειδών και προσφορές υποβάλλονται για μια ή περισσότερες Ομάδες, για το σύνολο όμως των ειδών της κάθε Ομάδας.

3. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με ανάρτηση στις 05.06.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις 26.05.2020. και β) ότι κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 05.06.2020, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361, τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή, στις 09.06.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και παράλληλα απέστειλε στην Α.Ε.Π.Π. τις από 12.06.2020 απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 22.06.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, ζητώντας την απόρριψή της.

5. Επειδή, από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι δεν έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ κάποια παρέμβαση έτερου συμμετέχοντα οικονομικού φορέα.

6. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα,

σύμφωνα με το άρθρο 368».

7. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα αναφέρει ότι δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης και επιθυμεί να συμμετάσχει στην Ομάδα Γ - Ημιφορτηγά οχήματα, προϋπολογισμού 70.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ) του διαγωνισμού και ότι ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης εμποδίζει την συμμετοχή της στην εν λόγω Ομάδα Γ του διαγωνισμού, καθώς αυτός παρανόμως μέσω των τιθέμενων κριτηρίων περιορίζει το εύρος των δυνάμενων να συμμετάσχουν υποψήφιων εταιρειών. Επομένως, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό εξέταση προσφυγή.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται επί λέξει ότι «[...]Σύμφωνα με τα άρθρα 18 παρ. 1, 75 και 80 του ν. 4412/2016 καθώς και την αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την "καταλληλότητα" των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων/αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να

περιορίζεται ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Για παράδειγμα οι δυσανάλογες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις των αναθετουσών αρχών (π.χ. τραπεζικές εγγυήσεις για την κάλυψη των κινδύνων που συνδέονται με τη διαδικασία ανάθεσης και την εκτέλεση μιας σύμβασης, ακόμη και εκείνων που εκφεύγουν του ελέγχου της επιχείρησης) αποτελούν εμπόδιο στη συμμετοχή των ΜΜΕ σε δημόσιες συμβάσεις. Επιπλέον, η αδικαιολόγητη και παρατεταμένη παρακράτηση των πόρων (π.χ. εγγύηση συμμετοχής) των οικονομικών φορέων πρέπει να αποφεύγεται και αντιθέτως πρέπει να ενθαρρύνεται η μείωση των οικονομικών εγγυήσεων κατ' αναλογία προς την εκτέλεση της σύμβασης. Το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/16 απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων. Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων αυτών κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας. Και στις δύο περιπτώσεις, οι πληροφορίες που ζητούνται πρέπει να είναι συνδεδεμένες και ανάλογες προς το αντικείμενο της σύμβασης.

Με άλλα λόγια, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Από το στοιχείο ή από τα στοιχεία δε που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Επίσης το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη 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. (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που

σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων. (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003). Η δε έλλειψη των σχετικών ικανοτήτων του συμμετέχοντος προς εκτέλεση της σύμβασης πρέπει να κρίνεται (κατά την εξέταση του φακέλου) με βάση τη συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι αφηρημένα (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Βασικό επίσης κριτήριο ερμηνείας της προσφορότητας και καταλληλότητας των ποιοτικών κριτηρίων για την αντικειμενική διακρίβωση των ικανοτήτων των υποψηφίων αναδοχών είναι η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. Τούτο προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10P TOMRA, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. II- 3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/ΕΚ στην Υπόθεση COMP D3/38.044-NDC Health/IMS Health/Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1, 7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας).

Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την συνδυασμένη εφαρμογή των παρ. 1 και 4 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα ότι τα όποια κριτήρια επιλογής περί τεχνικής επάρκειας δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη

διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό (120/2017 Απόφασης της Αρχής Σας). Επισημαίνεται δε ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού, θα πρέπει να ελέγχεται ακόμη περισσότερο σε σχέση με τον αποκλεισμό νεοσύστατων ή νεοεισερχόμενων σε έναν κλάδο επιχειρήσεων, ήτοι εκείνης της ομάδας οικονομικών φορέων που δύνανται να μεταβάλουν δυναμικά τον ανταγωνισμό εντός μιας δεδομένης αγοράς. Το σύνολο των ανωτέρω αρχών παραβιάζεται με την πρόβλεψη στην παρούσα διακήρυξη περιοριστικού του ανταγωνισμού όρου σε σχέση με την απαιτούμενη τεχνική επάρκεια των υποψηφίων. Ειδικότερα, η παράγραφος 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της διακήρυξης προβλέπει ότι : «[....].

Συγκεκριμένα, το ως άνω ποιοτικό κριτήριο 2.2.6 α) Α1 της εκτέλεσης κατά την τελευταία τριετία σύμβασης προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, προϋπολογισμού ύψους 100% του προϋπολογισμού της κάθε Ομάδας χωρίς ΦΠΑ, το οποίο αφορά, μεταξύ άλλων, και την Ομάδα Γ του διαγωνισμού, στην οποία επιθυμεί η εταιρεία μας να συμμετάσχει είναι ιδιαιτέρως περιοριστικό. Ειδικότερα, το αντικείμενο του διαγωνισμού και συγκεκριμένα της Ομάδας Γ συνίσταται στην προμήθεια δύο (2) ημιφορηγών οχημάτων 4X4 στο ..... Για την εκτέλεση της εν λόγω προμήθειας, η διακήρυξη θα έπρεπε να απαιτεί οι υποψήφιοι εταρείες να δραστηριοποιούνται στην προμήθεια αντίστοιχων οχημάτων και να έχουν στο παρελθόν εκτελέσει συμβάσεις προμήθειας οχημάτων συγκεκριμένου προϋπολογισμού και όχι συμβάσεις προμήθειας μόνο του συγκεκριμένου τύπου οχημάτων, ήτοι ημιφορηγών 4X4 και μάλιστα ιδιαιτέρως υ ψ ηλού προϋπολογισμού. Και τούτο διότι, η εν λόγω απαίτηση δεν εξυπηρετεί το σκοπό του αντικειμένου της σύμβασης, καθώς, για να διαθέτει μία επιχείρηση την ικανότητα να προμηθεύσει δύο (2) ημιφορηγά οχήματα εκάστης προϋπολογισθείσας δαπάνης 35.000 ευρώ, δεν απαιτείται να έχει στο παρελθόν εκτελέσει σύμβαση προμήθειας του συγκεκριμένου τύπου οχήματος και αντίστοιχης προϋπολογισθείσας δαπάνης. Με άλλα λόγια, επειδή πρόκειται για σύμβαση

προμήθειας και όχι για σύμβαση υπηρεσίας, η εκτέλεση στο παρελθόν σύμβασης προμήθειας του συγκεκριμένου τύπου δεν καθιστά την εταιρεία ικανή και έμπειρη προς εκτέλεση της παρούσας. Επιπροσθέτως, επειδή πρόκειται για απλή προμήθεια οχημάτων ενός συγκεκριμένου τύπου, η προμήθεια οχημάτων στο παρελθόν του ίδιου τύπου δεν συνεπάγεται την ικανότητα διάθεσης αντίστοιχων για την εκτέλεση της παρούσας προμήθειας οχημάτων. Επειδή, η ικανότητα κατασκευής και προμήθειας οχημάτων συγκεκριμένου τύπου εξαρτάται από τους κανόνες της αγοράς, ήτοι από την προσφορά και τη ζήτηση αυτών, ούτε η κατασκευή, ούτε η προμήθεια οχημάτων του συγκεκριμένου τύπου και συγκεκριμένου προϋπολογισμού στο παρελθόν πιστοποιούν την ικανότητα των υποψηφίων να εκτελέσουν την συγκεκριμένη προμήθεια. Εξάλλου η οικονομική επάρκεια των υποψηφίων για την εκτέλεση σύμβασης προμήθειας 70.000 ευρώ δεν πιστοποιείται από την εκτέλεση στο παρελθόν σύμβασης προμήθειας ιδίων οχημάτων, ιδίου προϋπολογισμού, αλλά από τα λοιπά τιθέμενα χρηματοοικονομικά κριτήρια της διακήρυξης. Επομένως, το ανωτέρω κριτήριο δεν συνιστά αντικειμενική ένδειξη ως προς την ικανότητα των υποψηφίων για την καλή εκτέλεση της σύμβασης και βαίνει πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό. Για την εξυπηρέτηση του σκοπού της συγκεκριμένης σύμβασης και προκειμένου το ζητούμενο κριτήριο της τεχνικής επάρκειας των υποψηφίων να είναι ανάλογο με το αντικείμενο της σύμβασης αρκεί η δραστηριοποίηση των υποψηφίων εταιρειών στην προμήθεια οχημάτων και η εκτέλεση στο παρελθόν συμβάσεων προμήθειας, συγκεκριμένου προϋπολογισμού, οχημάτων ή έστω αντίστοιχων οχημάτων με τα ζητούμενα από τη διακήρυξη και όχι όμοιου τύπου οχημάτων. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το ως άνω Α1 κριτήριο δεν εξυπηρετεί τον επιδιωκόμενο από τη σύμβαση σκοπό και περιορίζει σημαντικά τον ανταγωνισμό καθώς, εμποδίζει τη συμμετοχή εταιρειών, όπως τη δική μας, που δραστηριοποιούνται εν γένει στο χώρο προμήθειας οχημάτων και φορτηγών οχημάτων, απαιτώντας την στο παρελθόν εκτέλεση προμήθειας συγκεκριμένης προϋπολογισθείσας δαπάνης, μόνο στο ζητούμενο από τη διακήρυξη είδος ημιφορτηγού οχήματος. Ο εν λόγω περιοριστικός όρος καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή της εταιρείας μας και κάθε άλλης εταιρείας που δεν δύναται να αποδείξει την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας ημιφορτηγών οχημάτων και του συγκεκριμένου προϋπολογισμού των 70.000 ευρώ.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τους ως άνω ισχυρισμούς της προσφεύγουσας και αναφέρει επί λέξει τα εξής: «[...]Στην παρ.4 του άρθρου 75 του ν.

4412/2016 προβλέπεται ότι: [...]. 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν [...]. Ο Δήμος μας κάνοντας νόμιμη χρήση της εν λόγω διάταξης ορθώς θέσπισε κριτήρια για την αξιολόγηση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ζητώντας να αποδείξουν την εμπειρία τους με προηγούμενες συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου και μάλιστα οι συμβάσεις αυτές δύναται να είναι περισσότερες από μια (1), αρκεί να έχουν εκτελεστεί εντός της τελευταίας τριετίας (2017, 2018, 2019) και αθροιζόμενα τα συμβατικά ποσά να είναι τουλάχιστον ίσο με 70.000,00€.

Στην σημ.Β.4 της παρ.2.9.2 - Αποδεικτικά μέσα της διακήρυξης αναφέρεται: «Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν σύμβαση, συνοδευόμενη από βεβαίωση καλής εκτέλεσης ή πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής για το δημόσιο τομέα ή σχετικά τιμολόγια για τον ιδιωτικό τομέα», διευρύνοντας έτσι τη δυνατότητα στους υποψήφιους να αποδείξουν την τεχνική και επαγγελματική τους ικανότητα, προσκομίζοντας είτε συμβάσεις με τον δημόσιο τομέα, είτε τιμολόγια αν οι πωλήσεις πραγματοποιήθηκαν με τον ιδιωτικό τομέα. Στο άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» του ν.4412/2020 προβλέπεται: «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς, αλλά και στην παρ. 2. 2.2.8 «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» της διακήρυξης αναφέρονται τα εξής: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων



στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται». Με τα προαναφερθέντα εδάφια δίνεται η δυνατότητα εκ του νόμου και από τη διακήρυξη σε κάθε υποψήφιο, που ο ίδιος δεν διαθέτει την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (και συνεπώς τις ζητούμενες συμβάσεις/τιμολόγια), να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποκτώντας έτσι το καθόλα νόμιμο δικαίωμα και δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό. Με τον τρόπο αυτό ουδόλως εμποδίζεται η συμμετοχή εταιρειών όπως της .....ή άλλων μικρομεσαίων ή και νεοσύστατων επιχειρήσεων στον συγκεκριμένο διαγωνισμό.».

10. Επειδή, το άρθρο 2.2.6 της υπό κρίση Διακήρυξης ορίζει ότι «2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών ετών [2017, 2018, 2019] να έχουν εκτελέσει μια (1) ή περισσότερες συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, των οποίων το άθροισμα των συμβατικών ποσών [άνευ ΦΠΑ] θα είναι ύψους ίσου ή μεγαλύτερου του: Α.1. 100% του προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ για τις Ομάδες Β, Γ και Δ, Α.2. 50% του προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ για την Ομάδα Α.».

11. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή με το άρθρο 2.2.6. της Διακήρυξης, όρισε ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας πρέπει κατά την διάρκεια των ετών 2016-2019 να έχει εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση προμήθειας του συγκεκριμένου τύπου με αυτόν που απαιτείται για την ομάδα Γ και συγχρόνως ποσού 70.000,00 ευρώ. Σύμφωνα με την Διακήρυξη, για την ομάδα Γ, η αναθέτουσα αρχή ζητάει συγκεκριμένο όχημα ημιφορτηγού τύπου, διπλής καμπίνας με κίνηση και στους τέσσερις τροχούς (4X4), ικανό να κινείται με ευκολία εντός και εκτός δρόμου. Επομένως, από τον συνδυασμό των ως άνω, ο υποψήφιος οικονομικός φορέας προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής του ικανότητας απαιτείται να προσκομίσει σύμβαση προμήθειας για όχημα ημιφορτηγού τύπου, διπλής καμπίνας με κίνηση και στους τέσσερις τροχούς (4X4) με προϋπολογισμό 70.000,00 ευρώ. Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, σε σύμβαση προμήθειας όπως η παρούσα, η εκτέλεση στο παρελθόν παρόμοιας ακριβώς σύμβασης συγκεκριμένου τύπου, δεν συνάγεται ότι καθιστά απαραίτητα τον οικονομικό φορέα ικανό για την εκτέλεση της παρούσας, καθόσον δεν πρόκειται για σύμβαση παροχής υπηρεσιών. Η ικανότητα κατασκευής και προμήθειας οχημάτων συγκεκριμένου τύπου, όπως αυτών που απαιτούνται στην

ομάδα Γ, εξαρτάται από τους κανόνες της αγοράς, ήτοι από την προσφορά και τη ζήτηση αυτών, με αποτέλεσμα να μην συνάγεται μόνο με αυτό τον τρόπο η ικανότητα διάθεσης αντίστοιχων για την εκτέλεση της παρούσας προμήθειας οχημάτων. Επομένως, με το προσβαλλόμενο άρθρο καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή στον διαγωνισμό ενός οικονομικού φορέα που δραστηριοποιείται στην προμήθεια οχημάτων και έχει εκτελέσει στο παρελθόν συμβάσεις προμήθειας παρόμοιων οχημάτων αυτού του προϋπολογισμού και όχι αναγκαστικά του ίδιου τύπου με αυτόν που απαιτείται από την Διακήρυξη. Κατόπιν των ανωτέρω ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός ώστε να ακυρωθεί το προσβαλλόμενο άρθρο.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

13. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει το προσβαλλόμενο 2.2.6 άρθρο της Διακήρυξης που ορίζει ότι πρέπει κατά την διάρκεια των ετών 2016-2019 ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να έχει εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση προμήθειας του συγκεκριμένου τύπου με αυτόν που απαιτείται για την ομάδα Γ, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο ως άνω σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου ποσού €600,00 με κωδικό .....

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε στις 03 Αυγούστου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**ΗΛΙΑΣ ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ**