

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Άννα Χριστοδουλάκου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.12.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)/Α.Ε.Π.Π. 6/3.1.2019 της ανώνυμης εταιρίας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην και, στους Αγίους Αναργύρους, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρεία επιδιώκει να ακυρωθεί η διαδικασία του παρόντος διαγωνισμού και να ακυρωθούν, άλλως τροποποιηθούν οι όροι των άρθρων 2.2.4, 2.2.6, 2.2.7 και 2.2.9 παρ. Β4 της Διακήρυξης Δημόσιας Σύμβασης «.....» και να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διαγωνισμό, με αριθμό πρωτοκόλλου διακήρυξης2018-11-29 όπως ορθά επαναλήφθηκε με την υπ' αριθμ.2018-12-20 προκήρυξη και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει μόνο τιμής (άρθρο 2.4 της διακήρυξης) για την παροχή υπηρεσιών «.....», με CPV-.....συνολικού προϋπολογισμού, 108.000.00 €, χωρίς Φ.Π.Α. Η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 24.12.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού

Αριθμός Απόφασης: 102/2019

Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. στις 02/01/2019.

2. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία, επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού περιλαμβάνει όρους, οι οποίοι θα πρέπει να απαλειφθούν ως υπερβολικοί και αδικαιολόγητοι και οδηγούν σε μεγάλη μείωση του ανταγωνισμού χωρίς όφελος για την αναθέτουσα, για τους λόγους που εκτίθενται αναλυτικά στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός ε-παραβόλου ποσού 600,00€ και την από 21.12.2018 εξόφληση στηνΤΡΑΠΕΖΑ της

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, καθώς πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης προκήρυξης έλαβε στις 14.12.2018, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει με την προσφυγή της και ως εκ τούτου η προθεσμία για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής λήγει στις 24.12.2018, ημέρα Δευτέρα. Επισημαίνεται ότι η υπό εξέταση προσφυγή, κοινοποιήθηκε σε κάθε γνωστό ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω

Αριθμός Απόφασης: 102/2019

της λειτουργίας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 08.01.2019 και αναρτήθηκε στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 28.12.2018.

9. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύοντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 612/2012, 1025/2010, 1354/2009). Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό και εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561/2013, ΣτΕ (Ασφ) 314/2013, 472/2012, 718/2012, 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, ΕΑ ΣτΕ 131/2003 κ.ά.). Εξάλλου, εάν η ταχθείσα με τη διακήρυξη προθεσμία προς κατάθεση της

προσφοράς έχει λήξει προτού εκδικασθεί η προδικαστική προσφυγή και ο προσφεύγων δεν έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακηρύξεως διατηρείται μόνον εφόσον προβάλλει ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως, κατ' αυτόν, τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 725/2009, 405/2009, 715/2006, 508/2006, 269/2006, 799/2005, 203, 342/2009, 617, 960, 1383/2007, 27/2006, (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ Ασφ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756), ή ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες προσβαλλόμενες με την προδικαστική προσφυγή πλημμέλειες της διακηρύξεως (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011, 405/2009, 1141/2008, 1023/2007, 340/2006, 269/2006, 237/2006 βλ. και C-230/2002 της 12 Φεβρουαρίου 2004, Grossmann Air Service κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας) είτε ότι η περιγραφή του συμβατικού αντικειμένου του διαγωνισμού είναι όλως αόριστη ή ασαφής, ώστε να είναι αντικειμενικώς ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερής η υποβολή προσφοράς (ΣτΕ (Ασφ) 508/2006).

10. Επειδή, ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαράδεκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

11. Επειδή, έχει κριθεί ότι ο προσφεύγων κατά διακήρυξης ή τροποποιητικών αυτής πράξεων πρέπει να επικαλεστεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη βλάβη που υφίσταται από τον προσβαλλόμενο όρο, δεν αρκεί, δε,

το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΑΕΠΠ 114/2018, 36/2017), ενώ η σοβαρότητα των προβαλλόμενων πλημμελειών δεν ασκεί επιρροή στη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος (ΑΕΠΠ 114/2018).

12. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τυχόν παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

13. Επειδή, σε συνέχεια των αναφερόμενων στην ανωτέρω σκέψη, ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί δηλαδή ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς –ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη– των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος ΣΤΕ 1393/2003)

στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

14. Επειδή, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελές (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

15. Επειδή, η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

16. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί ο περιορισμός των προσώπων που δύνανται να προσφύγουν κατά μιας κανονιστικής πράξης, υπό την έννοια της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος είναι θεμιτός και επιβεβλημένος, μη προσκρούων στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ καθόσον συνάδει στην εξασφάλιση αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά το προδικαστικό στάδιο, αποτρέποντας την έναρξη προπετών διαδικασιών, με παρελκυστικά κίνητρα που παρεμποδίζουν την υγιή ανταγωνισμό και την ανάπτυξη.

17. Επειδή, το αδύνατο της συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της διοίκησης και όχι στην εκ μέρους του ακολουθούμενη εμπορική πολιτική. Επομένως, όπως έχει κριθεί συναφώς, όσον αφορά σε Διακηρύξεις περί ανάθεσης

προμηθειών, εφόσον με τις προβαλλόμενες αιτιάσεις ο προσφεύγων επιδιώκει την τροποποίηση όρων της διακήρυξης παρότι διαθέτει τον τύπο μηχανήματος που απαιτεί η διακήρυξη προκειμένου να του δοθεί η δυνατότητα να προσφέρει έτερο μηχάνημα που διαθέτει, τότε η συμμετοχή του δεν παρεμποδίζεται από όρο της διακήρυξης αλλά είναι συνέπεια της εμπορικής του πολιτικής, η δε αίτηση αίτησή της του ανεξαρτήτως της βασιμότητας των προβαλλόμενων λόγων (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 434/2008) είναι απορριπτέα ως ασκούμενη άνευ εννόμου συμφέροντος (ΣτΕ ΕΑ 581/2008), βλ. και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων , Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδοση, παρ. 133 σελ. 96-97).

18. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι *«Το άρθρο 2.2.1 της διακήρυξης ορίζει τα εξής: «1. Δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα και, σε περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτών, που είναι εγκατεστημένα σε: α) κράτος-μέλος της Ένωσης, β) κράτος-μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), γ) τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρούσας παραγράφου και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. 2.Οι ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και των προσωρινών συμπράξεων, δεν απαιτείται να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς. 3.Στις περιπτώσεις υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρου.» Η εταιρία μας είναι εγγεγραμμένη στα μητρώα εργοληπτικών επιχειρήσεων του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών με αριθμό 19969 στις κατηγορίες οδοποιία, οικοδομικά, υδραυλικά, Λιμενικά, Ηλεκτρομηχανολογικά και Βιομηχανικά ενεργειακά στην 4^η τάξη. Ως εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ στην κατηγορία Η/Μ έργων θα έπρεπε άνευ ετέρου να έχει δικαίωμα συμφωνά με το άρθρο 2.2.1 της*

διακήρυξης συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό. Μολονότι η εταιρία μας βάσει των ανωτέρω θα έπρεπε να είχε δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό εν τούτοις πρόσθετοι όροι που έχουν τεθεί στα κριτήρια επιλογής και στις προϋποθέσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αποκλείουν τη συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό και συγκεκριμένα: Την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων, Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δε θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό. 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».

19. Επειδή, η διακήρυξη της επίμαχης υπηρεσίας στο άρθρο 2.2.4 ορίζει ότι: «2.2.4 Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας. Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της υπηρεσίας. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος εγκατάστασης τους ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα ΧΙ

του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε κράτος μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ) ή σε τρίτες χώρες που προσχωρήσει στη ΣΔΣ, ή σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην προηγούμενη περίπτωση και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι σε αντίστοιχα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο ή στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού [ισχύει κατά περίπτωση για τους εγκατεστημένους στην Ελλάδα Οικονομικούς Φορείς]. Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν επαγγελματική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο των προς παροχή υπηρεσιών, ήτοι κατασκευή ή/και συντήρηση, παρακολούθηση και αποκατάσταση λειτουργίας Εγκαταστάσεωνμε έμφαση στον ηλεκτρομηχανολογικό εξοπλισμό αυτών».

20. Επειδή, στη συνέχεια η προσφεύγουσα επικαλείται ότι «ο άνω όρος της διακήρυξης παραβιάζει ευθέως τις θεμελιώδεις αρχές της αναλογικότητας, της προστασίας του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Όπως και ανωτέρω αναφέραμε η εγγραφή της εταιρίας μας στο ΜΕΕΠ του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών στην κατηγορία των Ηλεκτρομηχανολογικών (Η/Μ) έργων αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας για την εκτέλεση τις επίμαχης υπηρεσίας συντήρησης και λειτουργίας εγκαταστάσεων Βιολογικού καθαρισμού και δεν συντρέχει κανένας νόμιμος λόγος ο να αποκλείει της συμμετοχής τις εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ επιχειρήσεις και να επιτρέπει τη συμμετοχή στις εγγεγραμμένες στο Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού!! και ταυτόχρονα να ζητά πρόσθετα στοιχεία καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και τεχνικής ικανότητας. Συνεπώς ο προσβαλλόμενο όρος του άρθρου 2.2.4 που αποκλείει τη συμμετοχή στο διαγωνισμό εργοληπτικών επιχειρήσεων εγγεγραμμένων στο ΜΕΕΠ του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών στην κατηγορία των Η/Μ Έργων είναι

παράνομος ως ερχόμενος σε ευθεία αντίθεση με τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων».

21. Επειδή, στη συνέχεια η διακήρυξη της επίμαχης υπηρεσίας στο άρθρο 2.2.6 με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίζει ότι οι διαγωνιζόμενοι για το παραδεκτό της προσφοράς του οφείλουν να διαθέτουν ειδική τεχνική επαγγελματική ικανότητα και συγκεκριμένα: «2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να αποδείξουν με στοιχεία, την ειδική τεχνική και επαγγελματική τους ικανότητα: Όποιοι συμμετέχουν οφείλουν: Να ασκούν επάγγελμα σχετικό με το δημοπρατούμενο αντικείμενο και να διαθέτουν την *Ειδική Τεχνική- Επαγγελματική Ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Ως σχετικό επάγγελμα εννοείται: «Εργασίες συντήρησης και λειτουργίας εγκαταστάσεων ΒΙΟΛΟΓΙΚΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΩΝ ΔΗΜΩΝ».* Κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να διαθέτει, επιπλέον ειδική τεχνική- επαγγελματική ικανότητα πάνω στο δημοπρατούμενο αντικείμενο. Ως ελάχιστη αποδεκτή ειδική τεχνική - επαγγελματική ικανότητα θεωρείται: Α. Να έχει ολοκληρώσει τουλάχιστον μία ετήσια σύμβαση λειτουργίας Βιολογικού Καθαρισμού την τελευταία τριετία σε εγκαταστάσεις τουλάχιστον ισοδύναμες με την δημοπρατούμενη (ισοδύναμου πληθυσμού 5.500 κατοίκων). Να έχει αποδεδειγμένη εμπειρία διαχείρισης σύνθετου ηλεκτρομηχανικού εξοπλισμού, με PLC και INVERTER τελευταίας γενιάς, και ικανότητα παρακολούθησης επίβλεψης και συντονισμού επί τόπου στην εγκατάσταση αλλά και εξ αποστάσεως με τη χρήση συστήματος απομακρυσμένου ελέγχου τύπου SCADA.» Περαιτέρω στο άρθρο 2.2.7 της διακήρυξης ορίζεται ότι: «2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης. Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται με: α) το πρότυπο διασφάλισης ποιότητας ISO 9001:2008 ή νεότερο β) το πρότυπο περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 14001:2004 γ) το πρότυπο ενεργειακής διαχείρισης κατά ISO 50001:2011 στο πεδίο της λειτουργίας τεχνικών και περιβαλλοντικών εγκαταστάσεων. Σε περίπτωση ένωσης ή κοινοπραξίας, θα

πρέπει όλα τα μέλη της ένωσης ή κοινοπραξίας να διαθέτουν τα ανωτέρω πιστοποιητικά». Τέλος στο άρθρο 2.2.9.2 παρ. Β4 που εξειδικεύονται τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι διαγωνιζόμενοι για το παραδεκτό της προσφοράς τους και για να αποδείξουν ότι διαθέτουν την απαιτούμενη από τη διακήρυξη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ορίζει τα εξής: «Βλ. Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.6. (απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας) οι υποψήφιοι ανάδοχοι οφείλουν να προσκομίσουν: α) Υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από κατάλογο των παρόμοιων υπηρεσιών, που εκτελέσθηκαν την τελευταία τριετία, από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, από τον μεμονωμένο διαγωνιζόμενο ή από κάθε μέλος της διαγωνιζόμενης ένωσης ή κοινοπραξίας, τη χρονική διάρκεια και τον εργοδότη, συνοδευόμενη από πιστοποιητικά του εργοδότη - δημοσίου φορέα, που να πιστοποιούν την έντεχνη, επιτυχή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης, ώστε να καλύπτονται οι ελάχιστες απαιτήσεις της παρ. 2.2.6. Ο κατάλογος των περαιωμένων αντίστοιχων υπηρεσιών θα πρέπει να συνοδεύεται από βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης εργασιών των αντίστοιχων αρμοδίων υπηρεσιών του δημοσίου. β) Βεβαίωση υποστήριξης ή συνεργασίας με τους κατασκευαστές ή τους αντιπροσώπους αυτών, των κυριότερων υλικών του Συστήματος, δηλαδή των ISO, INVERTER και του SCADA. γ) Σύστημα διασφάλισης ποιότητας ISO 9001, στη λειτουργία τεχνικών και περιβαλλοντικών εγκαταστάσεων, Σύστημα περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO14001 και σύστημα ενεργειακής διαχείρισης κατά ISO 50001:2011, πιστοποιημένα από επίσημους οργανισμούς» .

22. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, ότι «Οι επίμαχοι όροι των άρθρων 2.2.6 και 2.2.7 της διακήρυξης, όπως εξειδικεύονται στο άρθρο 2.2.9.2 παρ. Β4 παραβιάζουν κατά περιεχόμενο τις θεμελιώδεις αρχές της αναλογικότητας, της προστασίας του ελεύθερο ανταγωνισμού, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Όπως αναφέραμε και ανωτέρω η κατάταξη μιας εταιρίας στην κατηγορία έργων Η/Μ του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας όχι μόνο για την συντήρηση και λειτουργία έργων Βιολογικού καθαρισμού αλλά και για την

εξ' αρχής κατασκευή του. Η επίμαχη υπηρεσία συντήρησης και λειτουργίας εγκαταστάσεων βιολογικού καθαρισμού είναι μια απολύτως συνήθης υπηρεσία λειτουργία ΒΙΟ.ΚΑ. και για την εκτέλεση της δεν απαιτείται καμία ιδιαίτερη τεχνική εμπειρία ή ειδικές συνεργασίες εκ των προτέρων προδιαγεγραμμένες. Και πολύ περισσότερο δεν απαιτείται η εκ των προτέρων συνεργασία με τους κατασκευαστές ή τους αντιπροσώπους αυτών του PLC, INVERTER και του SCADA του συστήματος. Η εκ των προτέρων υποχρέωση συνεργασίας με τους κατασκευαστές των υλικών του συστήματος ουδέποτε εισάγεται ως πρόσθετος όρος τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας γιατί αποτελεί συμβατική υποχρέωση του αναδόχου. Η εισαγωγή τέτοιων όρων σε διαγωνισμούς παροχής υπηρεσιών στη συντήρηση και λειτουργία βιολογικών καθαρισμών είναι πρωτόγνωρο γεγονός. Οι επίμαχοι όροι της υποχρεωτικής εκ των προτέρων συνεργασίας με τον κατασκευαστή ή τον αντιπρόσωπο του προκειμένου να χορηγήσουν την απαιτούμενη βεβαίωση συμμετοχής στο διαγωνισμό, και της πιστοποίησης στην ενεργειακή διαχείριση κατά ISO 50001:2011 παραβιάζουν ευθέως την αρχή της αναλογικότητας, διότι δεν είναι ούτε αναγκαίοι ούτε πρόσφοροι για την επίτευξη του επιδιωκόμενου αποτελέσματος, που βεβαίως είναι η άρτια εκτέλεση της δημοπρατούμενης υπηρεσίας. Με τον τρόπο δε που έχουν τεθεί, περιορίζουν δραστικά και προκλητικά τον ανταγωνισμό σε τέτοιο μάλιστα σημείο ώστε οι όροι να είναι καταφανώς «φωτογραφικοί». Ειδικότερα, οι όροι δεν είναι αναγκαίοι για τους λόγους που αμέσως ανωτέρω αναφέραμε, η λειτουργία και συντήρηση τουΔρυμαλίας είναι συνήθης, ο ανάδοχος υποχρεούται εκπληρώνοντας τις συμβατικές του υποχρεώσεις να συνεργασθεί με τον αντιπρόσωπο ή τον κατασκευαστή των υλικών του συστήματος. Το ότι οι επίμαχοι όροι δεν είναι αναγκαίοι το έχει δεχθεί ο ίδιος ο Με τις διακηρύξεις που είχε δημοσιεύσει για τον ίδιο διαγωνισμό ήτοι της συντήρησης και λειτουργίας τουΔρυμαλίας το έτος 2015 στην οποία ουδείς πρόσθετος όρος τεχνικής ικανότητας και κατοχής ISO είχε τεθεί. Στον διαγωνισμό εκείνον το μόνο κριτήριο καταλληλότητας που είχε τεθεί για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό ήταν η εκτέλεση κατά τα τελευταία πέντε (5) έτη παρόμοιων εργασιών λειτουργίας και

συντήρησης βιολογικών καθαρισμών σε Δήμους, Κοινότητες, Δημόσιες Υπηρεσίες, Οργανισμούς και Ν.Π.Δ.Δ. στην Ελλάδα και σε χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Αυτό και μόνο αυτό απαιτούσε ο τότε και βάσει αυτού επελέγη ανάδοχος που εκτέλεσε τις υπηρεσίες συντήρησης και λειτουργίας. Περαιτέρω οι συγκεκριμένοι προσβαλλόμενοι όροι δεν είναι ούτε πρόσφοροι για την εκτέλεση της επίμαχης υπηρεσίας. Συνεπώς οι επίμαχοι όροι περί εκ των προτέρων συνεργασίας με τον κατασκευαστή ή τον αντιπρόσωπο του των υλικών του βιολογικού PLC, INVERTER και του SCADA, καθώς και της κατοχής ISO 50001:2011 ενεργειακής διαχείρισης είναι ακυρωτέοι γιατί παραβιάζουν τις αρχές της αναλογικότητας και της προστασίας του ανόθευτου ανταγωνισμού. Επιπρόσθετα και επικουρικά οι επίμαχοι όροι στερούνται νόμιμης αιτιολογίας ως προς την αναγκαιότητα εισαγωγής τους στην διακήρυξη. Ουδεμία αιτιολόγηση υφίσταται εν προκειμένω περί της αναγκαιότητας της εισαγωγής των συγκεκριμένων όρων για την καλή εκτέλεση της υπηρεσίας. Επομένως οι προσβαλλόμενοι όροι, εκτός του ότι είναι παράνομοι κατά περιεχόμενο για τους λόγους που προαναφέραμε, είναι και μη νομίμως αιτιολογημένοι ως προς την αναγκαιότητα εισαγωγής τους στη διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού και να ακυρωθούν, άλλως τροποποιηθούν οι ως άνω λεπτομερώς αναφερόμενοι όροι της διακήρυξης αυτού».

23.Επειδή, ωστόσο, η προσφεύγουσα μέχρι και την ημερομηνία της προσφυγής, αν και δεν υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, ο οποίος έχει παραταθεί έως τις 16/02/2019, απέτυχε να καταδείξει στην κρινόμενη προσφυγή της με ποιο τρόπο συγκεκριμένος ή συγκεκριμένοι όροι της διακήρυξης καθιστούν τη συμμετοχή της αδύνατη ή δυσχεραίνουν σε τέτοιο βαθμό την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της, ώστε την αποτρέπουν από το να υποβάλει εμπρόθεσμα προσφορά, έστω και με επιφύλαξη για τους επίμαχους όρους. Επιπλέον, δεν τεκμηριώνει με κανένα βάσιμο επιχείρημα τη συγκεκριμένη και ειδική βλάβη που ενδεχομένως προκαλούν σε αυτήν, οι προσβαλλόμενες με την προσφυγή, διατάξεις της διακήρυξης, με τον τρόπο που είναι συνταγμένες και ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα ασκεί την κρινόμενη προσφυγή, άνευ εννόμου συμφέροντος. Και τούτο διότι, οι προσβαλλόμενοι με

την προδικαστική προσφυγή λόγοι κατά των προσβληθέντων όρων της διακηρύξεως δεν συνεχονται, κατά το ειδικότερο περιεχόμενο της προσφυγής, με τον αποκλεισμό ή την παρεμπόδιση της προσφεύγουσας στη συμμετοχή στην εν θέματι διαδικασία, παρά μόνον αρκείται η προσφεύγουσα στη γενική και αόριστη αναφορά της αντιθέσεως των όρων αυτών προς το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο. Εξάλλου, πρέπει να ειπωθεί ότι από το περιεχόμενο της προσφυγής και των πληττομένων από την προσφεύγουσα όρων, ανεξαρτήτως της νομιμότητάς τους, δεν φαίνεται να είναι τέτοιας φύσεως, που να αποκλείουν *de facto* τη συμμετοχή της προσφεύγουσας στον επίδικο διαγωνισμό, έστω υπό επιφύλαξη.

24. Επειδή, ειδικότερα, υπό τις ανωτέρω περιστάσεις, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται βλάβη λόγω αδυναμίας συμμετοχής της στον επίδικο διαγωνισμό κατά τρόπο που να καθίσταται σαφές σαφής ο λόγος για τον οποίο είναι αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή τουτης. Ειδικότερα, δεν προβάλλει, ούτε άλλωστε πιθανολογείται, ότι ο τρόπος με τον οποίο προκηρύχθηκε ο επίδικος διαγωνισμός την εμπόδιζε να υποβάλει την προσφορά της, διατυπώνοντας σχετική επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα της διακήρυξης, ήτοι δεν αναφέρει ρητώς εάν – ανεξαρτήτως νομιμότητας ή μη των οικείων όρων και αντιστοίχως ανεξαρτήτως εγγραφής της προσφεύγουσας σε συγκεκριμένη τάξη του ΜΕΕΠ- δεν πληροί τους εν θέματι όρους κι επομένως παρεμποδίζεται στην υποβολή αποδεκτής προσφοράς. Αντιθέτως, αρκείται στην αόριστη αναφορά των φράσεων «...*παρεμποδίζουν τη συμμετοχή μας στο διαγωνισμό*» και « *αποκλείουν τη συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό*» αναφερόμενη στους επίμαχους όρους. Εξάλλου, μια άκρως διασταλτική ερμηνεία της έννοιας του εννόμου συμφέροντος, η οποία θα δεχόταν την θεμελίωση αυτού με την ύπαρξη απλά γενικών και αόριστων αναφορών περί παρανομίας των όρων της διακήρυξης ή «*αποτρεπτικών προς την συμμετοχή προβλέψεων*» αυτής, θα βρισκόταν σαφώς εκτός του πνεύματος του ενωσιακού νομοθέτη και της σχετικής δικονομικής οδηγίας, που αποσκοπεί να μεν στο άνοιγμα του ανταγωνισμού, αλλά κατά τρόπο ορθολογικό και σε κάθε περίπτωση χωρίς αυτό να αντιβαίνει στην ταχεία και έγκαιρη διενέργεια και εξέλιξη των σχετικών διαγωνιστικών διαδικασιών. Κατά συνέπεια, είναι

Αριθμός Απόφασης: 102/2019

προκειμένω, κατά τα ανωτέρω, ότι δεν αναγνωρίζεται η ύπαρξη στοιχειοθέτηση εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο της προσφεύγουσας και η προσφυγή της πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος για το λόγο αυτό.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στις 28 Ιανουαρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Άννα Χριστοδουλάκου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρήστος Κάτρης