

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Ιουνίου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και  
Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03.05.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό  
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 540/06.05.2019 του οικονομικού φορέα με  
την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον ....., όπως  
νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου Κομοτηνής (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί  
η υπ' αριθμ. 11188/18.04.2019 Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, ο Δήμος Κομοτηνής ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό  
Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης 11188/18.04.2019 και Αριθμό  
Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών  
(Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) 72748, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο  
Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 18.04.2019, με μοναδικό κωδικό-  
Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) 19PROC004824294, με  
κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά,  
αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή στο σύνολο των εργασιών), για την

## Αριθμός Απόφασης: 672 /2019

ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών με τίτλο «ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΧΩΡΩΝ ΠΡΑΣΙΝΟΥ ΣΕ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ ΕΥΘΥΝΗΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΚΟΜΟΤΗΝΗΣ ΓΙΑ ΕΝΑ ΕΤΟΣ» (CPV 77340000-5, 77312000-0), εκτιμώμενης αξίας εκατόν ενενήντα εννέα χιλιάδων επτακοσίων σαράντα έξι ευρώ και σαράντα πέντε λεπτών (199.746,45 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, ήτοι προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α. εκατόν εξήντα ενός χιλιάδων ογδόντα πέντε ευρώ και ογδόντα πέντε λεπτών (161.085,85 €), διάρκειας ενός (1) έτους από την υπογραφή της σύμβασης (όχι προγενέστερα της υφιστάμενης σύμβασης η οποία λήγει στις 09.08.2019) ή την ημερομηνία ανάρτησης του υπογεγραμμένου από τα συμβαλλόμενα μέρη συμφωνητικού στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. σε μεταγενέστερο χρόνο και για ένα έτος (παρ. 7 άρθρο 38 του Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στην παρ. 1 άρθρο 11 της υπ' αριθμ. 57654/22.05.2017 Υ.Α. (ΦΕΚ Β' 1781/23.05.2017), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 10η Μαΐου 2019, ημέρα Παρασκευή και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 17η Μαΐου 2019, ημέρα Παρασκευή και ώρα 09:00 π.μ. Ήδη, δυνάμει της υπ' αριθμ. 92/2019 Απόφασης (Απόσπασμα του Πρακτικού της υπ' αριθμ. 11/2019 Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κομοτηνής (ΑΔΑ: 7ΜΣΩΩΛΟ-ΜΝ7), η οποία κοινοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερόμενους μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού ομόφωνα η αναστολή της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχου για την εκτέλεση εργασιών συντήρησης χώρων πρασίνου σε χώρους ευθύνης του Δήμου Κομοτηνής για ένα έτος, λόγω υποβληθείσας προδικαστικής προσφυγής κατά των όρων της υπ' αριθμ. 11188/18.04.2019 διακήρυξης, έως την έκδοση της απόφασης επί της προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. Ο προσφεύγων κατέθεσε στις 03.05.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση Προσφυγή του και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. στι 06.05.2019.

2. Επειδή, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 11188/18.04.2019 διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι είναι μη νόμιμοι και καταχρηστικοί οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής που τίθενται από αυτήν, όπως αποτυπώνονται

στους όρους 2.2.5, 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης και έρχονται σε πλήρη αντίθεση με τις επικαλούμενες από τον προσφεύγοντα διατάξεις του Ν. 4412/2016, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθούν οι αναφερόμενοι απαράδεκτοι και καταχρηστικοί όροι της διακήρυξης και να επαναδιατυπωθούν σύμφωνα με όσα οι διατάξεις του Εθνικού Δικαίου και της Κοινοτικής Νομοθεσίας επιτάσσουν, ώστε να εξασφαλίζεται η ισότιμη πρόσβαση σε όλους τους ενδιαφερόμενες οικονομικούς φορείς και η δημιουργία συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού και διαφάνειας.

4. 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.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 273846822959 0702 0063), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 03.05.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς, ποσού οκτακοσίων έξι ευρώ (806,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. 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.

8. 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.

9. 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.

10. Επειδή, στις 06.05.2019, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7ου Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 648/06.05.2019 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 06.05.2019 και υπέβαλε, εντός της οριζόμενης προθεσμίας και συγκεκριμένα στις 13.05.2019, στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος 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. 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, ενώ περαιτέρω, εάν 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, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

13.Επειδή, στην κρινόμενη Προσφυγή, ο προσφεύγων, ο οποίος δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους του, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή του, αθέμιτα, τη συμμετοχή του στον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων του και με ζημία του και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους του η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 11188/18.04.2019 διακήρυξης.

Νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) που είναι εφαρμοστέος στον επίμαχο διαγωνισμό, ορίζεται ότι: «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.».

15. Επειδή, στο άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται 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.

2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α΄ ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό.

Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων υπηρεσιών, εφόσον οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ειδική έγκριση ή να είναι μέλη συγκεκριμένου οργανισμού για να μπορούν να παράσχουν τη σχετική υπηρεσία στη χώρα καταγωγής τους, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να τους ζητεί να αποδείξουν ότι διαθέτουν την έγκριση αυτή ή ότι είναι μέλη του εν λόγω οργανισμού.

Με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων που εκδίδεται μετά από γνώμη του Τεχνικού Επιμελητηρίου Ελλάδος ή με κοινή απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων και του κατά περίπτωση αρμόδιου Υπουργού, που εκδίδεται μετά από γνώμη επιτροπής που συστήνουν και στην οποία εκπροσωπούνται τα οικεία επαγγελματικά επιμελητήρια, προσδιορίζεται το αντικείμενο κάθε κατηγορίας μελέτης του Παραρτήματος Ι του Προσαρτήματος Γ΄. Με την ίδια απόφαση καθορίζεται η αντιστοιχία κάθε κατηγορίας μελέτης με το επιστημονικό πεδίο απασχόλησης των εγγεγραμμένων στο «Μητρώο Μελετητών», καθώς και στο «Μητρώο Γραφείων Μελετών» του Παραρτήματος ΧΙ του Προσαρτήματος Α΄, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, με γνώμονα την εφαρμογή του Κανονισμού ΕΚ 2195/2002. Με όμοια απόφαση μπορούν να διαιρούνται ή ενοποιοούνται εν γένει οι παραπάνω κατηγορίες.

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 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.

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. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης.

Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους.

5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.».

16. Επειδή, στο άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» παρ. 1, 3, 4 και 5 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76.

Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. Όσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους.

[...].

3. Για την απόδειξη της απαίτησης της παραγράφου 2 του άρθρου 75, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού μητρώου του Παραρτήματος XI του Προσαρτήματος Α', με το οποίο να πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σε αυτό και το ειδικό επάγγελμά τους, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα και στα άρθρα 76 και 77, κατά περίπτωση. Για την απόδειξη άσκησης γεωργικού ή κτηνοτροφικού επαγγέλματος, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν σχετική βεβαίωση άσκησης επαγγέλματος, από αρμόδια διοικητική αρχή ή αρχή Οργανισμού Τοπικής Αυτοδιοίκησης.

4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α'. 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.

5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.».

17.Επειδή, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ XII του Προσαρτήματος Α', με τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ», «Μέρος I: Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια» και «Μέρος II: Τεχνική ικανότητα», ορίζεται ότι: «Μέρος I: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά:

- α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων
- 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.

**Μέρος II: Τεχνική ικανότητα**

Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75:

α) οι ακόλουθοι κατάλογοι:

- i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία,
- ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία

β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· για την εκτέλεση του έργου

γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του

δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης

ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματος της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού· ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας

στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης

ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης

η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια

θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης

ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας

ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται:

i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής,

ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα.».

18. Επειδή, περαιτέρω, στο κεφάλαιο 2.2 της Διακήρυξης με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», άρθρο 2.2.4 με τίτλο «Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας», άρθρο 2.2.5 με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» και 2.2.6 με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» (σελ. 24), ορίζεται 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 παρούσας σύμβασης. 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 εγκατάστασής 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.

Στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης γίνονται δεκτοί όσοι νόμιμα κατέχουν την άδεια για άσκηση δραστηριότητας και τίτλο σπουδών (συγκεκριμένα να κατέχει ο ίδιος ο εργολάβος/υποψήφιος ανάδοχος τον απαιτούμενο τίτλο σπουδών) συναφή με το αντικείμενο της παρούσας εργασίας.

#### **2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια**

Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν την οικονομική επάρκεια της επιχείρησης για να μη δημιουργηθεί κανένα πρόβλημα με την ομαλή λειτουργία των εργασιών.

Ο ανάδοχος πρέπει να έχει ρευστότητα τουλάχιστον το 10% του συνολικού προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α., τους έξι τελευταίους μήνες που προηγούνται της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης, που θα αποδεικνύεται με επίσημο έγγραφο πιστωτικού ιδρύματος, όπου ο υποψήφιος ανάδοχος θα εμφανίζεται ως κύριος του τραπεζικού λογαριασμού.

#### **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) [...]

β) Να έχουν εκτελέσει την τελευταία τριετία ανάλογες εργασίες και συγκεκριμένα τουλάχιστον μία σύμβαση ποσού 70.000,00 € και άνω χωρίς Φ.Π.Α. (στην ίδια σύμβαση εργασίες και για κλάδεμα δέντρων/θάμνων και υπηρεσίες εκκαθάρισης από αγριόχορτα).

γ) [...].»

19. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει

πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Περαιτέρω, η θέσπιση όρων τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζεται ομοίως η γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το ενωσιακό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕλΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕλΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

20. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17<sup>ης</sup> Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Concordia, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12<sup>ης</sup> Μαρτίου 2015, C-538/13 eVigilo, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartiera dell' Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).

21. Επειδή επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς



φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό.

22. 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 επαγγελματικές ανάγκες και 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 303/2007, 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ ΣΤΕ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

23. Επειδή κατά την έννοια των προαναφερθεισών διατάξεων του νόμου, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού με τη θέσπιση απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕλΣυν, Τμήμα VI 2402/2010), καθώς επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις (ΑΕΠΠ 206/2017).

24. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται στο κεφάλαιο 2.2 της Διακήρυξης με τίτλο

«Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», άρθρο 2.2.4 με τίτλο «Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας», τίθεται ως απαιτούμενο στοιχείο της καταλληλότητας του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα όχι μόνο η εγγραφή του σε επαγγελματικό ή εμπορικό μητρώο, αλλά και η κατοχή από τον ίδιο τον εργολάβο, τίτλου σπουδών συναφούς με το αντικείμενο της εργασίας, ήτοι της συντήρησης χώρων πρασίνου. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ο προσφεύγων ότι η προσβαλλόμενη με τον πρώτο λόγο προσφυγής διάταξη παραβιάζει τους κανόνες που θέτει ο Ν. 4412/2016, όπως ισχύει σήμερα, αλλά και τους κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι περιορίζει αναίτιολόγητα και παράνομα τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων και παραβιάζοντας του κανόνες του ενωσιακού δικαίου, καθώς όπως χαρακτηριστικά αναφέρει: «[...]. Συνεπώς κατά την ορθή ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων, το άρθρο 58 παρ. 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, το οποίο συνιστά το αντίστοιχο άρθρο 75 ν. 4412/2016, αφενός μεν απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, αφετέρου δε, σε αντίθεση με το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των οικονομικών φορέων, που υπάρχει σχετική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, καθιερώνει με την παρ. 4 του άρθρου 60 ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές και, ως εκ τούτου, τις δυνατότητές τους να καθορίζουν τις αντίστοιχες απαιτήσεις για τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες. Και τούτο διότι, μολονότι το άρθρο 58, παράγραφος 4, της εν λόγω οδηγίας παρέχει στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να ορίζει ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ο διαγωνιζόμενος προκειμένου η προσφορά του να μπορεί να ληφθεί υπόψη για την ανάθεση της σύμβασης, εντούτοις, κατά την παράγραφο 4 του άρθρου 60 αυτής, τα επίπεδα αυτά πρέπει να καθορίζονται με βάση τα στοιχεία που απαριθμούνται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII αυτής, όσον αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2η έκδ. 2017, σ. 410 – 416). [...].

Επίσης, όπως ήδη αναφέρθηκε και ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή ορίζει ως αναγκαίο στοιχείο την ύπαρξη τίτλου σπουδών, όχι στην ενότητα «τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», όπως προβλέπεται στη νομοθεσία και την κατευθυντήρια οδηγία 23 σελ. 31, αλλά στην ενότητα της καταλληλότητας. Με τον τρόπο αυτό η αναθέτουσα ουσιαστικά δεν επιτρέπει σε οικονομικούς φορείς να στηριχθούν σε ικανότητα τρίτου, θέτοντας όρο που απαγορεύει την δάνεια ικανότητα κατά παράβαση του ενωσιακού δικαίου ενώ η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει τον διαγωνιζόμενο, μόνο αν δεν μπορεί αυτός να αποδείξει ότι έχει τη δυνατότητα χρήσης των ικανοτήτων του τρίτου ή ότι ο τρίτος δεν πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας που τίθενται (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.3.2004, υπόθεση C-314/01, Siemens AG Österreich κ.α. Κατά Bietergemeinschaft EDS/ORGA, σκ. 46 και 48 ΕΑ ΣτΕ 284/2013 και 409 2013 – Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργιών, Δημόσιες Συμβάσεις – Κρατικές Ενισχύσεις – Η Συμμετοχή του Τρίτου στην Ανάθεση και Εκτέλεση Δημόσιας Σύμβασης ([http://www.esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2018/blaxou\\_Oktober2018.pdf](http://www.esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2018/blaxou_Oktober2018.pdf)))

Εξάλλου σύμφωνα και με τα οριζόμενα στο Παράρτημα XII Μέρος II του Παραρτήματος Α σημείο στ του ν. 4412/2016, η αναφορά τίτλων σπουδών μπορεί να ορίζεται ως αποδεικτικό στοιχείο των τεχνικών ικανοτήτων των οικονομικών φορέων, «υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης». [...].». Επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 12991/13.05.2019 εγγράφου της, με θέμα: «Απόψεις υπηρεσίας επί της από 03-05-2019 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα ..... κατά των όρων της υπ' αριθ. 11188/18-04-2019 (ΑΔΑΜ: 19PROC004824294 2019-04-18) διακήρυξης του Δήμου Κομοτηνής.», το οποίο κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικό μήνυμα (email) στην Α.Ε.Π.Π. στις 13.05.2019, αναφέρει σχετικά τα εξής: «[...]. Α. Σχετικά με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής

Στην παράγραφο 2.2.4 «Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας» της αριθ. διακήρυξης 11188/18-04-2019 του Δήμου Κομοτηνής αναφέρεται ότι: «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 παρούσας σύμβασης. Οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο. Στην παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης γίνονται δεκτοί όσοι νόμιμα κατέχουν την άδεια για άσκηση δραστηριότητας και τίτλο σπουδών (συγκεκριμένα να κατέχει ο ίδιος ο εργολάβος/υποψήφιος ανάδοχος τον απαιτούμενο τίτλο σπουδών) συναφή με το αντικείμενο της παρούσας εργασίας.»

Η αναθέτουσα αρχή είναι αυτή που θέτει τις απαιτήσεις που κρίνει αναγκαίες, για να διασφαλίσει με ασφάλεια, ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την καταλληλότητα για να εκτελέσουν την υπό ανάθεση σύμβαση. (άρ. 75 παρ. 1 κατά 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. Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii). (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 208,238/2017)

Από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της και τη χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων ...».

Η υπηρεσία θεωρεί αναγκαίο ανάλογα με τη φύση (κατεξοχήν εργασίες πρασίνου οι οποίες ανατίθενται κατά κανόνα σε εργολήπτες με συναφή πτυχίο) την ποσότητα και τη σπουδαιότητα της εργασίας (άρθρο 80 παρ.5 Ν.4412/2016) και συγκεκριμένα να κατέχει ο ίδιος ο εργολάβος/υποψήφιος ανάδοχος να

διαθέτει τον απαιτούμενο τίτλο σπουδών συναφή με το αντικείμενο της παρούσας εργασίας, ώστε έτσι να επιτευχθεί όσο το δυνατόν ικανοποιητικότερο επίπεδο εμπειρίας τεχνογνωσίας και αποτελεσματικότητας (Σύμφωνα με το Άρθρο 78 του Ν. 4412/16 παρ. 2. στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης εργασιών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα).

Σύμφωνα με την μελέτη της εργασίας θα πραγματοποιηθούν:

- Αποχόρτωση αγριόχορτων, πλατυφύλλων, γκαζόν κλπ. 1.740,09 στρεμμάτων,
- Διαμόρφωση θάμνων σε μπορντούρα 3.000 μέτρων,
- Ανανέωση κόμης ή κοπή δένδρων ύψους περίπου 8 εως πάνω από 20 μέτρων σε πλατείες, πάρκα, σε ερείσματα 181 δένδρων

- Άρδευση χλοοτάπητα με εκτοξευτήρες
- Άρδευση φυτών με βυτίο
- Βοτάνισμα χώρου φυτών με τα χέρια

• Ανανέωση κόμης ή κοπή μεγάλων δένδρων ύψους εως 14 μέτρα, πάνω από 16 μέτρα σε Κοιμητήρια 15 δένδρων, τα οποία λόγω της πολεοδομικής διάταξης των τάφων, των στενών διαδρόμων και της δύσκολης πρόσβασης των δένδρων, ο ανάδοχος οφείλει να διαθέτει: σκαλωσιές, δίχτυα κλπ και τυχόν ειδικές κατασκευές επάνω από τους τάφους έτσι ώστε να μην προκληθούν ζημιές σ'αυτούς.

Όπως είναι ευδιάκριτο σύμφωνα με τα παραπάνω, το αντικείμενο της μελέτης είναι αμιγείς εργασίες πρασίνου οι οποίες ανατίθενται κατά κανόνα σε εργολήπτες με συναφή πτυχίο, οι οποίες εργασίες παρουσιάζουν ιδιομορφίες και ιδιαιτερότητες που αφορούν στη διαχείριση φυτικού υλικού (ψηλά και επικίνδυνα δένδρα, ψηλή ξυλώδη βλάστηση και όχι απλά γκαζόν), στις περιοχές που βρίσκονται (Νεκροταφεία μη προσβάσιμα λόγω της διάταξης τάφων) καθώς του γεγονότος ότι πρέπει να λάβουμε υπόψη ότι πολλές εργασίες συντήρησης εξαρτώνται από απρόβλεπτους παράγοντες όπως είναι οι καιρικές συνθήκες.

*Ενδεικτικά αναφέρουμε ότι κατά το προηγούμενο έτος, για την ίδια εργασία όπου υπήρχε ο ίδιος όρος σχετικά με τον τίτλο σπουδών στην διακήρυξη με τίτλο: «Συντήρηση χώρων πρασίνου σε κοινόχρηστους χώρους ευθύνης του Δήμου Κομοτηνής 2018-2019» υποβλήθηκαν προσφορές από πέντε συμμετέχοντες.*

*Επιπλέον το μόνο δε διαθέσιμο περί τη δραστηριότητά του προσφεύγοντος στοιχείο είναι ότι διαθέτει την ιδιότητα ενός ελεύθερου επαγγελματία και συγκεκριμένα ενός εμπειροτέχνη δημοσίων έργων δραστηριοποιούμενος επαγγελματικά στην Περιφερειακή Ενότητα Ροδόπης, ιδιότητα που από μόνη της και χωρίς τη μεία οιοδήποτε άλλου στοιχείου (εάν δηλ. έχει συμμετάσχει σε άλλες τέτοιες εργασίες, αναφέροντας στοιχεία όπως η επωνυμία, ο διακριτικός τίτλος) δεν αρκεί για να θεμελιώσει το απαιτούμενο έννομο συμφέρον του για την άσκηση της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής κατά της οικείας διακήρυξης, η οποία σημειωτέον αφορά ένα ευμεγέθες οικονομικό και φυσικό αντικείμενο, με πλήθος επιμέρους υποχρεώσεων, εργασιών, απαιτήσεων, κριτηρίων περί ικανοτήτων, παγίων, τεχνικών προσόντων, απασχόλησης πολυάριθμου προσωπικού και εκτεταμένης τεχνικής και οργανωτικής δομής. [...].».*

25. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, συνάγεται ότι πράγματι όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 60 παρ. 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και 78 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), αλλά και σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω (βλ. σκέψη 22 της παρούσας), η αναθέτουσα αρχή στον επίμαχο όρο 2.2.4 της διακήρυξης, έκανε χρήση ενός κριτηρίου επιλογής, το οποίο συμπεριλαμβάνεται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' και δη του τίτλου σπουδών και των επαγγελματικών προσόντων του παρόχου των υπηρεσιών, το οποίο μάλιστα απαιτείται από τη διακήρυξη να διαθέτει ο ίδιος ο υποψήφιος ανάδοχος. Ωστόσο, όπως εξίσου ορθά ισχυρίζεται ο προσφεύγων, αλλά και παγίως έχει

κριθεί από τη νομολογία, πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησής αυτών των ικανοτήτων (ΕΑ ΣτΕ 284/2013 και 409/2013). Ομοίως, καίτοι αφορούσε ζήτημα υπεργολαβικής ανάθεσης μέρους της προκηρυχθείσας σύμβασης και όχι «δάνειας εμπειρίας» κατά την έννοια του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (άρθρο 78 του Ν. 4412/2016) και εν τέλει, κατέληγε να κρίνει επί του δικονομικού ζητήματος εάν, σε περίπτωση που ρήτρα προκηρύξεως διαγωνισμού είναι ασυμβίβαστη με την κοινοτική νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, κατά πόσο οφείλει η εσωτερική έννομη τάξη των κρατών μελών να προβλέπει τη δυνατότητα προβολής αυτού του ασυμβίβαστου στο πλαίσιο των διαδικασιών προσφυγής που προβλέπει η Οδηγία 89/665, ζήτημα το οποίο έκρινε καταφατικά (βλ. σκέψη 50), εντούτοις, το ΔΕΕ είχε την ευκαιρία στην Απόφαση της 18<sup>ης</sup> Μαρτίου 2004, υπόθεση C-314/01, Siemens και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή 2004, σ. I-02549 να υπογραμμίσει ότι διάταξη της προκηρύξεως διαγωνισμού η οποία απαγορεύει την υπεργολαβική ανάθεση σε τρίτους σημαντικών τμημάτων του αντικειμένου μιας συμβάσεως είναι αντίθετη προς την Οδηγία 92/50, όπως την ερμήνευσε το Δικαστήριο με την απόφασή του Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. I-08607 (σκέψη 41). Ταυτόχρονα, όσον αφορά τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, το άρθρο 32, παράγραφος 2, στοιχεία γ' και η', της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ ρητώς προβλέπει τη δυνατότητα του παρέχοντος υπηρεσίες να δικαιολογήσει την τεχνική του ικανότητα παραθέτοντας κατάλογο του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών είτε ανήκουν άμεσα είτε όχι στον συγκεκριμένο παρέχοντα υπηρεσίες, που έχει στη διάθεσή του για την παροχή της υπηρεσίας, ή προσδιορίζοντας το τμήμα του αντικειμένου της συμβάσεως που προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους, καταλήγοντας ότι ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να χρησιμοποιήσει, προς εκτέλεση της συμβάσεως, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο

αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες. Εξ αυτού συνεπάγεται ότι είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί ο ίδιος τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως (σκέψη 43). Το ΔΕΕ με την προαναφερθείσα απόφασή του επανέλαβε τα πορίσματα της Απόφασης της 2<sup>ας</sup> Δεκεμβρίου 1999, υπόθεση *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, σκέψεις 24-31 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, Συλλογή της Νομολογίας, 1999, σελ. I-08607, όπου τόνισε ότι εναπόκειται στον παρέχοντα τις υπηρεσίες, ο οποίος προτίθεται να προσφύγει στις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τους οποίους συνδέεται αμέσως ή εμμέσως, προκειμένου να του επιτραπεί η συμμετοχή σε διαδικασία διαγωνισμού, να αποδείξει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν του ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως. Συναφώς, κρίθηκε ότι δεν αποκλείεται η επιβολή απαγορεύσεως ή περιορισμού της υπεργολαβικής προσφυγής σε τρίτους για την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της συμβάσεως, στην περίπτωση ακριβώς που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να εξετάσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων υπεργολάβων, στο πλαίσιο της εξετάσεως των προσφορών και της επιλογής του διαγωνιζομένου που υπέβαλε την καλύτερη προσφορά (σκέψη 45), εφόσον διαπιστωθεί ότι με την επίμαχη διάταξη της διακήρυξης απαγορεύεται, στο στάδιο εξετάσεως των προσφορών και επιλογής του διαγωνιζομένου στον οποίο θα ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, η προσφυγή αυτού του διαγωνιζομένου στις υπηρεσίες τρίτων υπεργολάβων για σημαντικές παροχές από τις συνιστώσες το αντικείμενο της συμβάσεως. Πράγματι, πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της συμβάσεως, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνον αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησεως αυτών των ικανοτήτων (σκέψη 46). Επιπλέον, το ΔΕΕ στην Απόφαση της 27<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2016, υπόθεση C-



292/15, Hörmann Reisen GmbH κατά Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg, EU:C:2016:817, έκρινε ότι το ενωσιακό δίκαιο δεν απαγορεύει στην αναθέτουσα αρχή να ορίσει ότι ο φορέας στον οποίο έχει ανατεθεί η διαχείριση και η λειτουργία δημόσιων υπηρεσιών, πρέπει να εκπληρώσει ο ίδιος τη συμβατική παροχή σε ποσοστό 70% (βλ. σκέψεις 49-57). Συνεπώς, το ΔΕΕ επιτρέπει τη θέση περιορισμών εκ μέρους των αναθετουσών αρχών κατά τη διατύπωση των όρων μιας διακήρυξης για την προσφυγή στην επίκληση των ικανοτήτων τρίτων φορέων (είτε πρόκειται για υπεργολαβική ανάθεση μέρους της σύμβασης είτε, όπως εν προκειμένω για στήριξη στις ικανότητες τρίτου φορέα κατά την έννοια του άρθρου 78 του Ν. 4412/2016), εφόσον αυτό δικαιολογείται βάσει του αντικειμένου της σύμβασης, της φύσης της, της σπουδαιότητάς της και τελεί σε εύλογη αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, χωρίς να οδηγεί σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, περιορίζοντας τον αριθμό των εν δυνάμει υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό.

26. Επειδή, ωστόσο, σύμφωνα με την παρ. 2.2.8 της διακήρυξης με τίτλο «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» (σελ. 25), η δυνατότητα επίκλησης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής ή της τεχνικής-επαγγελματικής επάρκειας τρίτων φορέων εκ μέρους του συμμετέχοντος υποψηφίου, επιφυλάσσεται ρητά μόνο για τις περιπτώσεις των παρ. 2.2.5 και 2.2.6 της διακήρυξης αντίστοιχα, αλλά όχι και για την καταλληλότητα άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας της παρ. 2.2.4, όπου σαφώς ορίζεται ότι η κατοχή του απαιτούμενου τίτλου σπουδών, θα πρέπει να συντρέχει αποκλειστικά και μόνο στο πρόσωπο του ίδιου του υποψηφίου αναδόχου, χωρίς δυνατότητα επίκλησης τίτλου σπουδών τρίτου φορέα. Με τον τρόπο αυτό όμως, η αναθέτουσα αρχή, καίτοι γίνεται κατ' αρχήν αντιληπτή η μέριμνά της για την κατά το δυνατόν αρτιότερη εκτέλεση των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών από τον υποψήφιο ανάδοχο, λόγω και του αυξημένου βαθμού δυσκολίας εκτέλεσης ορισμένων εξ αυτών, όπως περιγράφονται λεπτομερώς στις απόψεις της, αλλά και η πεποίθηση εκ μέρους της ότι ο επιβαλλόμενος εξ ολοκλήρου αποκλεισμός της στήριξης στις ικανότητες τρίτων για την κατοχή του σχετικού τίτλου

σπουδών, είναι πράγματι ορθός και τελεί σε εύλογη αναλογία με τους επιδιωκόμενους στόχους της διακήρυξης, εντούτοις καθίσταται, παντελώς αδικαιολόγητη και υπέρμετρη η συλλήβδην εξαίρεση της συμμετοχής στον διαγωνισμό, οικονομικών φορέων που δεν διαθέτουν οι ίδιοι τον απαιτούμενο τίτλο σπουδών, αλλά θα μπορούσαν ευχερώς να καλύψουν αυτή τους την έλλειψη μέσω της προσφυγής στη διαδικασία του δανεισμού του ελλείποντος κριτηρίου επιλογής, μέσω τρίτου φορέα. Στην ίδια λογική, η επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή, διάταξη της παρ. 2 του άρθρου 78, ρητά κάνει λόγο για υποχρέωση που μπορεί να επιβληθεί από αυτήν, στον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα να εκτελέσει ο ίδιος μέρος της ανατεθείσας σύμβασης (βλ. για το επιτρεπτό μιας τέτοιας υποχρέωσης στην αμέσως προηγούμενη σκέψη την αναφορά στην Απόφαση της 27<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2016, υπόθεση C-292/15, Hörmann Reisen GmbH κατά Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg, EU:C:2016:817), το οποίο όμως πρέπει να ορίζεται ρητά στο κείμενο της διακήρυξης, αφορά «ορισμένα κρίσιμα καθήκοντα» και δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να οδηγεί σε ολοκληρωτικό αποκλεισμό της στήριξης στις ικανότητες τρίτου φορέα. Με την επιλογή όμως της διατύπωσης της παρ. 2.2.4 με τρόπο απόλυτο και ανεξάιρετο ως προς τον κατέχοντα τον επίμαχο τίτλο σπουδών, δεν επιτυγχάνεται η επιδιωκόμενη επιβολή εκτέλεσης μέρους των υπηρεσιών της σύμβασης από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, όπως εσφαλμένα διατείνεται η αναθέτουσα αρχή, αλλά ο εξ αρχής αποκλεισμός εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι θα μπορούσαν να συμμετάσχουν με επίκληση πτυχίων τρίτων φορέων, περιορίζοντας έτσι, πέραν του αναγκαίου μέτρου και σε πλήρη δυσαναλογία με τους ευλόγως επιδιωκόμενους στόχους της διακήρυξης, την ανάπτυξη συνθηκών βέλτιστου ανταγωνισμού και ανάθεσης της σύμβασης στον ιδανικότερο υποψήφιο. Εξάλλου και από συστηματική άποψη, τόσο το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, όσο και η παρ. 2.2.4 της διακήρυξης, εντάσσονται στο εννοιολογικό πλαίσιο ρύθμισης των κριτηρίων επιλογής του υποψηφίου οικονομικού φορέα και όπως προκύπτει από το πλέγμα των σχετικών διατάξεων, αλλά και την προαναφερθείσα εθνική και ενωσιακή νομολογία, ο μοναδικός περιορισμός που κρίνεται επιτρεπτός

σχετικά, αφορά την αδυναμία του οικονομικού φορέα να αποδείξει την εν τοις πράγμασι στήριξή του στις ικανότητες τρίτου φορέα. Σε αυτή και μόνο την περίπτωση, όπως έκρινε και το ΔΕΕ με την Απόφαση της 18<sup>ης</sup> Μαρτίου 2004, υπόθεση C-314/01, Siemens και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή 2004, σ. I-02549, σκέψη 45, παρίσταται ως δικαιολογημένη η επιβολή απαγορεύσεως ή περιορισμού της δυνατότητας επίκλησης των ικανοτήτων τρίτων φορέων για την εκτέλεση ουσιωδών τμημάτων της συμβάσεως, εφόσον η αναθέτουσα αρχή, με την ύπαρξη ενός τέτοιου όρου στο κείμενο της διακήρυξης, αποδεδειγμένα κατά το στάδιο εξέτασης και αξιολόγησης των προσφορών των υποψηφίων, δεν θα είναι σε θέση να εξετάσει και να αξιολογήσει τις τεχνικές και οικονομικές ικανότητες των τρίτων φορέων (υπεργολάβων ή δανειζόντων εμπειρία), γεγονός όμως που στην προκείμενη περίπτωση, δεν συντρέχει. Ως εκ τούτου, δεν μπορούν να τίθενται περαιτέρω περιορισμοί ως προς την άσκηση του δικαιώματος προσφυγής στις δυνατότητες τρίτου, πολλώ δε μάλλον, είναι παράνομος ο συλλήβδην αποκλεισμός του συγκεκριμένου δικαιώματος εκ προοιμίου, όπως καταληκτικά συμβαίνει εν προκειμένω. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο πρώτος λόγος προσφυγής κρίνεται ως νόμω και ουσία βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός, ενώ απορρίπτονται αντίστοιχα οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

27.Επειδή, σχετικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται στο κεφάλαιο 2.2 της Διακήρυξης με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», άρθρο 2.2.5 «οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζεται από την αναθέτουσα ως κριτήριο η ύπαρξη ρευστότητας τουλάχιστον 10% του συνολικού προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α. τους έξι (6) τελευταίους μήνες που προηγούνται της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης που θα αποδεικνύεται με επίσημο έγγραφο πιστωτικού ιδρύματος, όπου ο ανάδοχος θα εμφανίζεται ως κύριος του τραπεζικού λογαριασμού. Ειδικότερα, υποστηρίζει ο προσφεύγων

ότι: «[...]. Δυνάμει του άρθρου 2.2.5 της με αριθ. 11188/18-04-2019 Διακήρυξης με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» «Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν την οικονομική επάρκεια της επιχείρησής για να μη δημιουργηθεί κανένα πρόβλημα με την ομαλή λειτουργία των εργασιών. Ο ανάδοχος πρέπει να έχει ρευστότητα τουλάχιστον το 10% του συνολικού προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α., τους έξι τελευταίους μήνες που προηγούνται της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακηρύξεως, που θα αποδεικνύεται με επίσημο έγγραφο πιστωτικού ιδρύματος, όπου ο υποψήφιος ανάδοχος θα εμφανίζεται ως κύριος του τραπεζικού λογαριασμού.

Ενόψει όλων όσων εκτέθηκαν, καθίσταται φανερό ότι οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να αιτιολογούν τη θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών που συνεπάγονται τον αποκλεισμό συμμετοχής στο διαγωνισμό. Η αιτιολογία αυτή, για να είναι νόμιμη, θα πρέπει να στηρίζεται σε ικανά στοιχεία, τα οποία πρέπει να συνίστανται αφενός στην παράθεση, κατά συγκεκριμένο τρόπο, των ειδικών αναγκών τις οποίες επιδιώκει να καλύψει η αναθέτουσα αρχή, αφετέρου στην παράθεση των στοιχείων εκείνων, που θεμελιώνουν την τεχνική κρίση ότι οι συγκεκριμένες αυτές ειδικές ανάγκες εξυπηρετούνται αποτελεσματικά μόνον από τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές, για την κάλυψη των οποίων αυτές τίθενται. Η πληρότητα και νομιμότητα μιας τέτοιας αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής, ελέγχεται ακυρωτικώς από το δικαστή του προσυμβατικού σταδίου. Ο δικαστικός αυτός έλεγχος, για να λειτουργεί αποτελεσματικά και να αποτρέπει την ενδεχόμενη προσβολή της ισότιμης προσβάσεως των προσφερόντων, καθώς και τη δημιουργία αδικαιολογήτων φραγμών στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, δηλαδή, να αποτρέπει την ενδεχόμενη προσβολή των αρχών αυτών, τις οποίες, κατά τις ως άνω διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του ν.4412/2016, οφείλουν να εξασφαλίζουν οι τεχνικές προδιαγραφές, θα πρέπει να διαπιστώνει, ως ελάχιστο περιεχόμενο της αιτιολογίας αυτής, τα προαναφερόμενα στοιχεία που θεμελιώνουν και,

ταυτοχρόνως, δικαιολογούν τη θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών που συνεπάγονται τον αποκλεισμό συμμετοχής στο διαγωνισμό.

[...]. Επιπρόσθετα, ως προς την προϋπόθεση ύπαρξης ρευστότητας τουλάχιστον 10% του συνολικού προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α., τους τελευταίους έξι μήνες που προηγούνται της ημερομηνίας δημοσίευσης της Διακήρυξης, ουδεμία αιτιολόγηση δίνεται ως προς το γιατί επιλέχθηκε το εξάμηνο ως το χρονικό διάστημα που αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του υποψηφίου ενώ από τις σχετικές διατάξεις του ν. 4412/16, προβλέπονται διαφορετικά αποδεικτικά μέσα της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. [...]». Επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των προαναφερθεισών απόψεών της, ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «[...] Β. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής

Όσον αφορά την παρ. 2.2.5 της διακήρυξης «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν την οικονομική επάρκεια της επιχείρησης για να μη δημιουργηθεί κανένα πρόβλημα με την ομαλή λειτουργία των εργασιών.

Ο ανάδοχος πρέπει να έχει ρευστότητα τουλάχιστον το 10% του συνολικού προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α., τους έξι τελευταίους μήνες που προηγούνται της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακηρύξεως, που θα αποδεικνύεται με επίσημο έγγραφο πιστωτικού ιδρύματος, όπου ο υποψήφιος ανάδοχος θα εμφανίζεται ως κύριος του τραπεζικού λογαριασμού. Η αναθέτουσα αρχή ζητάει από τον ανάδοχο να έχει ρευστότητα τουλάχιστον το 10% του συνολικού προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α. για να μη δημιουργηθεί κανένα πρόβλημα με την ομαλή λειτουργία των εργασιών.

Όσον αφορά την ρευστότητα των τελευταίων έξι μηνών αυτό ζητήθηκε προς διευκόλυνση των προσφερόντων.

Ο Δήμος Κομοτηνής αποτελείται εκτός της πόλης και από 46 οικισμούς. Τόσο η πόλη όσο και οι οικισμοί πραγματοποιούν πολλές πολιτιστικές εκδηλώσεις σε όλη την διάρκεια του έτους ενόψει τοπικών εορτών και όχι μόνο, Ελευθέρια της πόλης, καλοκαιρινές εκδηλώσεις, εκδηλώσεις σε περιοχές της

*Μουσουλμανικής μειονότητας, Χριστουγεννιάτικες και Πασχαλινές εκδηλώσεις, εκδηλώσεις του Ποντιακού Ελληνισμού, αγώνες ποδοσφαίρου κλπ. οι οποίες έχουν ένα χρονοδιάγραμμα το οποίο δεν επιτρέπει την αναβολή των εργασιών του αναδόχου για κανένα λόγο οικονομικού ενδιαφέροντος.*

*Επίσης δεν πρέπει να δημιουργηθεί κάποιο πρόβλημα με την πληρωμή των εργατών σε ενδεχόμενη καθυστέρηση πληρωμών του αναδόχου.*

*Σημειώνεται πως σύμφωνα με την ενότητα 2.2.8 της διακήρυξης οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. [...]».*

28. Επειδή, μετά τη μελέτη των εκατέρωθεν ισχυρισμών, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Όπως ήδη εκτέθηκε ανωτέρω (βλ. σκέψη 22 της παρούσας), ο προσφεύγων επιχειρεί όλως αόριστα και αβάσιμα, με τη μορφή της γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας του όρου της παρ. 2.2.5 της διακήρυξης να καθορίσει διαφορετικά τα τεθέντα από την αναθέτουσα αρχή κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, αμφισβητώντας ταυτόχρονα όλως απαραδέκτως και τη σκοπιμότητα θέσπισης της συγκεκριμένης διάταξης, χωρίς ωστόσο να τεκμηριώνει επαρκώς τις αιτιάσεις του σε βάρος του επίμαχου όρου ή να αποδεικνύει πέραν πάσης αμφιβολίας, με ποιον τρόπο εμποδίζεται η συμμετοχή του στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία. Αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή, βάσιμα ισχυρίζεται ότι η τεθείσα επίμαχη διάταξη, έχει αποτυπωθεί ούτως στο κείμενο της διακήρυξης, με σκοπό να εξασφαλίσει την απρόσκοπτη εκτέλεση της σύμβασης από τον τελικό ανάδοχο, προσβλέποντας με τον επίμαχο όρο στην κατά το δυνατόν απόδειξη της φερεγγυότητας και της ρευστότητας του οικονομικού φορέα, εξαιτίας του εύρους των εργασιών και του επιτακτικού τους χαρακτήρα, ο οποίος δεν επιτρέπει καθυστερήσεις πληρωμών εκ μέρους του τελικού αναδόχου. Επίσης, κρίνεται ως σύμφωνη με τα οριζόμενα κριτήρια και τελεί σε πλήρη συμμόρφωση με τα οριζόμενα αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' στοιχείο α), στο οποίο παραπέμπει το άρθρο 80 παρ. 4 του Ν. 4412/2016.

Τέλος, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι η απόδειξη της ζητούμενης ρευστότητας σε χρονικό βάθος εξαμήνου (6 μηνών) προ της δημοσίευσης της υπό κρίση διακήρυξης, τέθηκε προς διευκόλυνση των ίδιων των συμμετεχόντων, καθώς η απαίτηση απόδειξης της ρευστότητας για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα, πιθανότατα θα λειτουργούσε αποτρεπτικά για ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να συμμετάσχουν, δεδομένου ότι δεν θα διέθεταν αποδεδειγμένα την απαιτούμενη ρευστότητα για το μεγαλύτερο αυτό διάστημα, περιορίζοντας έτσι κατ' αποτέλεσμα την ανάπτυξη ακόμα μεγαλύτερου ανταγωνισμού και την ευρύτερη συμμετοχή υποψηφίων αναδόχων. Ως εκ περισσού τονίζεται ότι όπως βάσιμα επικαλείται η αναθέτουσα αρχή, ο συγκεκριμένος όρος, δυνάμει της παρ. 2.2.8 της διακήρυξης, επιτρέπει τη στήριξη των υποψηφίων στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της παρ. 2.2.5 της διακήρυξης και ως εκ τούτου, ο επίμαχος όρος είναι εύλογος, τελεί σε αναλογία με τους επιδιωκόμενους σκοπούς της διακήρυξης, έχει οριζόντια εφαρμογή και τηρεί την αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων, χωρίς να θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο δεύτερος λόγος προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος πέρα από νόμω και ουσία αβάσιμος και ως αορίστως προβαλλόμενος, ενώ αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

29. Επειδή, σχετικά με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται στο κεφάλαιο 2.2 της Διακήρυξης με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», άρθρο 2.2.6 με τίτλο «τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», στοιχείο β), απαιτείται η εκτέλεση των τελευταία τριετία ανάλογων εργασιών και συγκεκριμένα τουλάχιστον μιας σύμβασης ποσού 70.000,00 ευρώ και άνω χωρίς Φ.Π.Α. (στην ίδια σύμβαση εργασίες και για κλάδεμα δένδρων/θάμνων και υπηρεσίες εκκαθάρισης από

αγριόχορτα). Περαιτέρω, ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι: «[...]. Επίσης με βάση την περίπτωση Γ με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» του άρθρου 3.4 «Μέρος IV: Κριτήρια Επιλογής» της Κατευθυντήριας Οδηγίας 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (ΑΔΑ: Ψ3ΗΙΟΞΤΒ-Κ3Ε) «Επισημαίνεται ότι στο Παράρτημα XIII/ Μέρος II του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 ορίζεται ως μέγιστη περίοδος αναφοράς, που μπορεί να ζητούν οι αναθέτουσες αρχές: η πενταετία για συμβάσεις έργων και η τριετία για συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών, στις οποίες συμπεριλαμβάνονται τόσο οι συμβάσεις γενικών υπηρεσιών όσο και οι συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών. Ωστόσο, στο ίδιο ως άνω Παράρτημα, προβλέπεται ότι, στις περιπτώσεις που κρίνεται απαραίτητο, για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν στα έγγραφα της σύμβασης ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία, ή έργων που εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία πενταετία.».

Εν προκειμένω από την αναθέτουσα αρχή, όχι μόνο δεν κρίθηκε απαραίτητο να διασφαλιστεί ικανοποιητικό επίπεδο ανταγωνισμού, αλλά τέθηκαν και καταχρηστικοί και μη νόμιμοι όροι, όπως οι παραπάνω αναφερόμενοι όροι της προσβαλλομένης.

Προς επίρρωση των ανωτέρω, αναφέρω ότι στις αντίστοιχες διακηρύξεις των προηγούμενων ετών ο Δήμος Κομοτηνής για τις ίδιες εργασίες ουδέποτε ζήτησε τη συνδρομή τέτοιου είδους ειδικών προϋποθέσεων, που περιορίζουν υπέρμετρα και παράνομα τον κύκλο των υποψηφίων, όπως προκύπτει από τη με αριθ. 26818/11-08-2015 Διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο «Συντήρηση Χώρων Πρασίνου Με Κοινόχρηστους Χώρους Ευθύνης του Δήμου Κομοτηνής» για 1 έτος από την υπογραφή της σύμβασης, ενδεικτικού προϋπολογισμού 138.170,00€ χωρίς το Φ.Π.Α. 23% (CPV: 77312000-0, 77340000-5), τη με αριθμό 81/16/22-03-2017 Διακήρυξη με ΑΔΑΜ 17PRC005958415/22-3-2017, αλλά και τη με αριθ. 8213/19-03-2018 Διακήρυξη ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού με την ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου της δημόσιας σύμβασης με τίτλο «Συντήρηση χώρων πρασίνου σε



## Αριθμός Απόφασης: 672 /2019

κοινόχρηστους χώρους ευθύνης του Δήμου Κομοτηνής 2018-2019», εκτιμώμενης αξίας 157.464,30 χωρίς το Φ.Π.Α. 24% (ΑΔΑΜ: 18PROC002854825/26-03-2018).

Με δεδομένο ότι ο μόνος οικονομικός φορέας που εκτέλεσε τα παραπάνω έργα της αναθέτουσας αρχής τα προηγούμενα έτη και πληρεί την προϋπόθεση του όρου 2.2.6 β περί εκτέλεσης των εργασιών με ΜΙΑ ΣΥΜΒΑΣΗ είναι ο ..... καθίστα σαφές ότι οι όροι που τέθηκαν από τη διακήρυξη είναι μη νόμιμοι. [...]. Ωστόσο, σε κανένα σημείο της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, αλλά και της σχετικής με αριθ. 41/2019 Μελέτης της εν λόγω Διακήρυξης δεν αιτιολογείται η επιλογή ως κριτηρίου ανάθεσης της Σύμβασης η συνδρομή της προϋπόθεσης της εκτέλεσης την τελευταία τριετία ανάλογων εργασιών με την ίδια σύμβαση εργασίες και για κλάδεμα δέντρων/θάμνων και υπηρεσίες εκκαθάρισης από αγριόχορτα, ποσού 70.000,00 ευρώ και άνω. Η επιλογή του εν λόγω ποσού είναι όλως αυθαίρετη, δίχως την παραμικρή αιτιολόγηση ως προς τον λόγο που το συγκεκριμένο ύψος αυτού καθιστά τον υποψήφιο ικανό προς εκτέλεση της μέλλουσας σύμβασης. Μάλιστα, τίθεται εντελώς αδικαιολόγητα και ο απαραίτητος όρος της εκτέλεσης εργασιών κλαδέματος δέντρων/θάμνων και υπηρεσιών εκκαθάρισης από αγριόχορτα με την ίδια σύμβαση, μολονότι κάποιος μπορεί να διαθέτει την εν λόγω εμπειρία από εκτέλεση διαφορετικών συμβάσεων με το ανωτέρω αντικείμενο. [...].». Επί του ανωτέρω λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των προαναφερθεισών απόψεών της, υποστηρίζει ότι: «[...] Γ. Ως προς τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής

Ο προϋπολογισμός της μελέτης είναι εκτιμώμενης αξίας 161.085,85 € χωρίς το Φ.Π.Α. 24%. Η αναθέτουσα αρχή ζητά να υφίσταται από τον υποψήφιο ανάδοχο μία ανάλογη σύμβαση τουλάχιστον 70.000,00 € δηλ. μικρότερη και από το ήμισυ της εκτιμώμενης αξίας (και όχι ίση με τον προϋπολογισμό της μελέτης που ζητούνται σε ανάλογες διακηρύξεις) κατά την τελευταία τριετία (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΧΙΙ ,ΜΕΡΟΣ ΙΙ :ΤΕΧΝΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ).

Η οικεία διακήρυξη αφορά ένα ευμεγέθους οικονομικό και φυσικό αντικείμενο, με πλήθος επιμέρους υποχρεώσεων, εργασιών, απαιτήσεων, κριτηρίων περι

ικανοτήτων, παγίων, τεχνικών προσόντων και εκτεταμένης τεχνικής και οργανωτικής δομής.

Η αναθέτουσα αρχή θεωρεί αναγκαίο ανάλογα με τη φύση (κατεξοχήν εργασίες πρασίνου οι οποίες ανατίθενται κατά κανόνα σε εργολήπτες με συναφή πτυχίο), την ποσότητα και τη σπουδαιότητα της εργασίας (άρθρο 80 παρ.5 Ν.4412/2016) να έχει εκτελέσει εργασία τέτοιου μεγέθους και τέτοιου αντικειμένου, να είναι ο ίδιος γνώστης του αντικειμένου να έχει την ανάλογη εμπειρία (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017, άρ. 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016) προκειμένου να αντιλαμβάνεται τις συνθήκες, τους κινδύνους, να μπορεί να διαχειρισθεί τον μεγάλο όγκο των εργασιών συσσωρευτικά έτσι ώστε να μπορέσει να εκτελέσει την εργασία κατά τις απαιτήσεις της υπηρεσίας χωρίς προβλήματα και μέσα στα χρονοδιαγράμματα που βάζει κάθε φορά η υπηρεσία (πράγμα που υπήρξε κατά το παρελθόν από εργολήπτες οι οποίοι δεν μπόρεσαν να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις και τον όγκο των εργασιών συντήρησης).

Είναι εντελώς διαφορετικό και σαφώς ευκολότερο, να έχει ο ενδιαφερόμενος εκτελέσει εργασίες (συμβάσεις) μικρές σε οικονομικό μέγεθος, σε απαιτήσεις και ιδίως όγκου, διότι εκεί έχει να διαχειριστεί μικρό σε αριθμό προσωπικό, λιγότερα μηχανήματα και γενικά μικρότερες απαιτήσεις οπότε και μικρότερη εμπειρία.

Συναφώς, η απαίτηση ένας οικονομικός φορέας να έχει εμπειρία σε παροχή υπηρεσιών να έχει μία ανάλογη σύμβαση τουλάχιστον 70.000 € (δηλ. μικρότερη και από το ήμισυ της εκτιμώμενης αξίας) με την υπό ανάθεση σύμβαση αποτελεί δείκτη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρόσφορο, ο οποίος δεν υπερβαίνει, το αναγκαίο μέτρο, δεδομένου ότι, κατά κοινή πείρα, συμβάσεις μεγαλύτερης αξίας απαιτούν την δέσμευση περισσότερων ανθρωπίνων πόρων και περισσότερων τεχνικών μέσων για την εκτέλεση τους και την ανάλογη πείρα προς ορθή διαχείριση όλων αυτών.

Η οικεία διακήρυξη αφορά διαγωνισμό που θα διεξαχθεί με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/2016, ύστερα από κανονική προθεσμία των προβλεπόμενων ημερών (ελάχιστη προθεσμία 15 ημέρες από την ημέρα δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ) (άρθρο 121 παρ. 1α του Ν.4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 19 του άρθρου 43 του Ν.

4605/2019). Έχουν τηρηθεί όλοι οι κανόνες δημοσιότητας σύμφωνα με τον Ν 4412/16 και όπως αυτός έχει τροποποιηθεί και σύμφωνα με την ΕΑΑΔΗΣΥ οδηγία 19, έχει τύχει ευρείας δημοσιότητας οπότε μπορούμε να υποστηρίξουμε ότι το πεδίο των εργοληπτών που μπορούν να συμμετέχουν στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τα παραπάνω όχι μόνο στενό και ικανοποιητικό είναι το επίπεδο ανταγωνισμού αλλά είναι και ευρύ αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη (όπως προκύπτει άλλωστε και από τις έως τώρα συμμετοχές σε όμοιους διαγωνισμούς των προηγούμενων ετών). Επομένως η αναφορά ότι μόνο ένας οικονομικός φορέας κατά την προηγούμενη τριετία εκτέλεσε την εν λόγω εργασία, τον οποίο και κατονομάζει, μόνο επειδή είχε δώσει αυτός την χαμηλότερη τιμή εκ των υπολοίπων (π.χ. εκ των πέντε προσφερόντων ή των δυο την προηγούμενη τριετία) είναι εντελώς απαράδεκτος και απορριπτός.

Επίσης επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2), 360 (παρ. 1) και 372 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιαστικά δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.).

Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την ανωτέρω έννοια, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, και ως εκ των οποίων, είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να

## Αριθμός Απόφασης: 672 /2019

εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.).

Βάσει του νόμου και της σχετικής νομολογίας, τρεις είναι οι προϋποθέσεις για την ύπαρξη και αναγνώριση εννόμου συμφέροντος στον διοικούμενο που ασκεί την αίτηση ακύρωσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς.

Το έννομο συμφέρον αναγνωρίζεται στον αιτούντα την ακύρωση μιας διοικητικής πράξης, όταν αυτή έχει προκαλέσει σ' αυτόν υλική ή ηθική βλάβη, βάσει την έννομης σχέσης που τους συνδέει. Το έννομο συμφέρον είναι υλικό, όταν η βλάβη που προκαλείται από την προσβαλλόμενη διοικητική πράξη θίγει περιουσιακά του δικαιώματα και ηθικό, όταν αφορά καταστάσεις που έχουν ηθική αξία για τον αιτούντα.

Προσωπικό είναι το έννομο συμφέρον που συνδέεται με την προσωπικότητα του προσβάλλοντος.

Άμεσο είναι το έννομο συμφέρον όταν τη βλάβη που προκαλείται από τη διοικητική πράξη ή παράλειψη υφίσταται ο ίδιος ο αιτών την ακύρωσή της.

Ενεστώς είναι το έννομο συμφέρον όταν η βλάβη υφίσταται (όχι πιθανόν να υφίσταται) τόσο κατά την έκδοση της πράξης, όσο και κατά την άσκηση και συζήτηση της αιτήσεως ακυρώσεως.

Επομένως, το έννομο συμφέρον πρέπει να υπάρχει προαποδεικτικά σε τρία χρονικά σημεία κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης, κατά την άσκηση της αίτησης ακύρωσης, διαφορετικά αυτή απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

Βασικό μέλημα του Δήμου Κομοτηνής ως Αναθέτουσας Αρχής, μέσω των αρμοδίων Οργάνων της και Επιτροπών της σε κάθε διαγωνιστική διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, είναι η διασφάλιση των αρχών της διαφάνειας, της αμεροληψίας και του υγιούς ανταγωνισμού, δηλαδή η προάσπιση της θεμελιώδους Αρχής της νομιμότητας προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος, που στην εν λόγω περίπτωση μετουσιώνεται σε πιστή εφαρμογή των Όρων της Διακήρυξης.

Η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών, όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των

*αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού ή είναι παράνομοι εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ'αυτόν των προσφερόντων των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές αυτές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους, απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό.*

*Ειδικότερα, οι λόγοι αίτησης της προσφυγής , με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό μορφήν της αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες και δυνατότητες, και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις τους όρους της διακήρυξης, θεωρούμε η σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ.ΕΑ του ΣΤΕ 2/2011, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006, ΕΑ ΣτΕ 307/2007, ΣτΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014).*

*Σε κανένα σημείο η αναθέτουσα αρχή δεν υπερέβη τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας ως προς την διαμόρφωση των όρων της διακήρυξης. [...].».*

30.Επειδή, ενόψει των ισχυρισμών του προσφεύγοντος και της αναθέτουσας αρχής, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Όπως αναπτύχθηκε αναλυτικά ανωτέρω στη σκέψη 28 της παρούσας και με τον εξεταζόμενο τρίτο λόγο προσφυγής, ο προσφεύγων επιχειρεί και στην προκειμένη περίπτωση όλως αόριστα και αβάσιμα, με τη μορφή της γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας του όρου της παρ. 2.2.6 της διακήρυξης να καθορίσει διαφορετικά τα τεθέντα από την αναθέτουσα αρχή κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αμφισβητώντας ταυτόχρονα όλως απαραδέκτως και τη σκοπιμότητα θέσπισης της συγκεκριμένης διάταξης, χωρίς ωστόσο να τεκμηριώνει επαρκώς τις αιτιάσεις του σε βάρος του επίμαχου όρου ή να

αποδεικνύει πέραν πάσης αμφιβολίας, με ποιον τρόπο η απαίτηση αυτή, εμποδίζει τη συμμετοχή του στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία. Αντιθέτως, η αναθέτουσα αρχή, βάσιμα υποστηρίζει ότι η τεθείσα επίμαχη διάταξη τελεί σε πλήρη συμμόρφωση με τα οριζόμενα αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ και συγκεκριμένα υπό στοιχείο α) ii). Ειδικότερα, όπως ορθά υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, το ελάχιστο απαιτούμενο χρηματικό όριο της εκτελεσθείσας από τον υποψήφιο ανάδοχο, σύμβασης, κατά την τελευταία τριετία, το οποίο ανέρχεται στο ποσό των εβδομήντα χιλιάδων ευρώ (70.000,00 €), υπολείπεται ακόμα και του ημίσεως του προϋπολογισμού της υπό κρίση σύμβασης και ως εκ τούτου, λαμβανομένου υπόψη του μεγέθους της τελευταίας, αλλά και του οικονομικού και φυσικού αντικείμενου της, κρίνεται ότι είναι απολύτως ανάλογη με τη φύση, την ποσότητα και τη σπουδαιότητα της προκηρυχθείσας υπηρεσίας κατά την έννοια του άρθρου 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, η απαίτηση να έχει εκτελέσει ο υποψήφιος ανάδοχος, τουλάχιστον μία αντίστοιχου όγκου και έκτασης, σύμβαση κατά την τελευταία τριετία. Όπως άλλωστε, ορθά ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, είναι αναγκαίο στοιχείο της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας του υποψηφίου, η απόδειξη ανάλογης εμπειρίας, δεδομένου του απαιτούμενου μεγάλου εύρους εργασιών, οι οποίες θα πρέπει να εκτελεστούν σωρευτικά από τον τελικό ανάδοχο. Οι ανωτέρω παραδοχές δε, ουδόλως καταρρίπτονται από τους όλως αβάσιμους και μετέωρους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος ότι αντίστοιχοι όροι δεν είχαν περιληφθεί σε διακηρύξεις προηγούμενων ετών της ίδιας αναθέτουσας αρχής με συναφές αντικείμενο, καθώς και ότι ο μοναδικός οικονομικός φορέας που πληροί το επίμαχο κριτήριο είναι ο «.....», καθώς όπως χαρακτηριστικά αναφέρει και η αναθέτουσα αρχή, ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας δεν ήταν ο μοναδικός συμμετέχων σε αντίστοιχες διαγωνιστικές διαδικασίες, ενώ είναι προφανές ότι η αναφορά σε εκτελεσθείσες συμβάσεις προϋπολογισμού 70.000,00 ευρώ με συναφές αντικείμενο, δεν αφορούσε αποκλειστικά και μόνο συμβάσεις με την αναθέτουσα αρχή, αλλά οποιαδήποτε αντίστοιχη σύμβαση πανελλαδικά ή και σε ευρύτερη της εθνικής, κλίμακα. Τέλος, προς επίρρωση των ισχυρισμών της

αναθέτουσας αρχής, επισημαίνεται ότι όπως ειπώθηκε και κατά την εξέταση του δεύτερου λόγου προσφυγής, ο προσβαλλόμενος όρος 2.2.6, δυνάμει της παρ. 2.2.8 της διακήρυξης, επιτρέπει τη στήριξη των υποψηφίων στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παρ. 2.2.6 της διακήρυξης και δη του στοιχείου β) αυτής και ως εκ τούτου, ο επίμαχος όρος είναι εύλογος, τελεί σε αναλογία με τους επιδιωκόμενους σκοπούς της διακήρυξης, έχει οριζόντια εφαρμογή και τηρεί την αρχή της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων, χωρίς να θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο τρίτος λόγος προσφυγής, κρίνεται απορριπτέος πέρα από νόμω και ουσία αβάσιμος και ως αορίστως προβαλλόμενος, ενώ αντίστοιχα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

31.Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

32.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 11188/18.04.2019 Διακήρυξη, κατά το σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου, ποσού οκτακοσίων έξι ευρώ (806,00 €).

**Αριθμός Απόφασης: 672 /2019**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε στις 24 Ιουνίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου**

**Σωτηρία Σταματοπούλου**