

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της την 13 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.07.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/644/11.07.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....».

Κατά της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης και Αποχέτευσης Χαλκίδας (Δ.Ε.Υ.Α.Χ.) [εφεξής αναθέτων φορέας].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί ή τροποποιηθεί ο προσβαλλόμενος όρος της υπ' αριθμ. 4329/15.06.2018 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών», προϋπολογισμού 194.280,00€ πλέον Φ.Π.Α.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 222502656958 0903 0040, ποσού εννιακοσίων εβδομήντα ενός ευρώ και σαράντα τριών λεπτών (€971,43), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως

προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 194.280,00€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από την προσφεύγουσα, η οποία έλαβε χώρα την 30.06.2018. Επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης πριν την παρέλευση δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, η οποία έλαβε χώρα την 15.06.2018 (ΑΔΑΜ:18PROC003270418). Επισημαίνεται επίσης ότι η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. την 10.07.2018, ήτοι μετά την παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του αναθέτοντα φορέα.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής, δηλώνοντας ότι βάσει του αντικειμένου δραστηριότητάς της προτίθεται να συμμετάσχει στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης περιορίζει, χωρίς νόμιμο έρεισμα, τη συμμετοχή της ίδιας καθώς και άλλων οικονομικών φορέων και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας εξέδωσε την υπ' αριθμ. 4329/15.06.2018 Διακήρυξη, με αντικείμενο την «Παροχή ταχυδρομικών υπηρεσιών, CPV 64110000-0», προϋπολογισμού 194.280,00€ πλέον Φ.Π.Α., ορίζοντας ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 09.07.2018 και ώρα 14.30 μ.μ. Ειδικότερα, το αντικείμενο της σύμβασης συνίσταται στη διακίνηση της αλληλογραφίας όλων των υπηρεσιών του αναθέτοντος φορέα και συγκεκριμένα στη διακίνηση υπηρεσιακών εγγράφων, τα οποία απευθύνονται κυρίως σε καταναλωτές νερού (λογαριασμοί), σε δημόσιους φορείς (Αποκεντρωμένη Διοίκηση, Υπουργεία, Ελεγκτικό Συνέδριο, Δ.Ο.Υ. κ.α.), σε ασφαλιστικούς οργανισμούς (Ι.Κ.Α., Τ.Σ.Μ.Ε.Δ.Ε. κ.α.) και σε ιδιώτες, για θέματα εξυπηρέτησής τους. Η διάρκεια της σύμβασης ορίστηκε 12μηνιαία, αρχομένη από την ημερομηνία υπογραφής της, ενώ το κριτήριο ανάθεσης που τέθηκε είναι αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής. Στα κριτήρια επιλογής και συγκεκριμένα στο κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (2.2.6) συμπεριλήφθηκε η απαίτηση οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν «ικανό αριθμό καταστημάτων σε πανελλαδικό επίπεδο και συγκεκριμένα ένα (1) τουλάχιστον κατάστημα σε κάθε Καλλικρατικό δήμο και για το 95% των Καλλικρατικών δήμων». Στην παράγραφο 2.2.9.1 της Διακήρυξης ορίστηκε ότι προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς πληρούν τα κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, πρέπει να προσκομίσουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης. Επιπροσθέτως, στις παραγράφους 2.2.9.2 και Β.4 της Διακήρυξης ορίστηκε ότι, για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν παρουσίαση της φυσιογνωμίας (PROFILE) του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, για τη διαμόρφωση σαφούς αντίληψης περί της επαγγελματικής του δραστηριότητας και τη δυνατότητα ανταπόκρισης στην καλή εκτέλεση της σύμβασης, περιγραφή της οργάνωσης, του τεχνικού εξοπλισμού – μεταφορικών μέσων και των εγκαταστάσεων – αναλυτική περιγραφή των υποκαταστημάτων με αναφορά στη διεύθυνση (δήμος, περιοχή,

οδός, αριθμός, Τ.Κ.) ή συνεργαζόμενων καταστημάτων, απασχολούμενο προσωπικό που διαθέτει για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, καθώς και των μέτρων που λαμβάνει για την εξασφάλιση της ποιότητας των παρεχομένων υπηρεσιών. Επειδή, όπως αναφέρεται και στη σκέψη 4 ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ μετά την παρέλευση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, ενώ όπως προκύπτει από τις υπ' αριθμ. 5236/16.07.2018 Απόψεις του αναθέτοντα φορέα, στον Διαγωνισμό (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ 57326) υποβλήθηκαν τέσσερις προσφορές από τους εξής οικονομικούς φορείς: 1) ..... (Α/Α .....), 2) ..... (Α/Α .....), 3) ..... (Α/Α .....) και 4) ..... (Α/Α .....). Σημειώνεται ότι, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, οι υποβληθείσες προσφορές έχουν αποσφραγισθεί, χωρίς όμως να έχει αναρτηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ κάποια σχετική εκτελεστή διοικητική πράξη.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της συγκεκριμένης απαίτησης υπό στοιχείο α) της παραγράφου 2.2.6. της Διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι αφενός δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης, όπως περιγράφεται στη Διακήρυξη, καθώς δεν άπτεται παραγόντων που επηρεάζουν τα ποιοτικά χαρακτηριστικά των προσφερόμενων υπηρεσιών και δεν είναι αναγκαία για την πιστοποίηση αυτών, αφετέρου προσβάλλει τις αρχές της απελευθέρωσης των ταχυδρομικών υπηρεσιών και ισοδυναμεί με παρεμβολή «δημιουργικών» εμποδίων στην προσφεύγουσα, αλλά και σε όλους τους ιδιωτικούς παρόχους, που διαθέτουν την ειδική άδεια από την Ε.Ε.Τ.Τ, ακόμα και τους φορείς παροχής καθολικής υπηρεσίας (ΦΠΚΥ) του εξωτερικού. Κατά την προσφεύγουσα, ο ανωτέρω όρος είναι φωτογραφικός με την έννοια ότι καταλείπει στον αναθέτοντα φορέα απεριόριστη ελευθερία επιλογής υπέρ ενός και μόνου προμηθευτή και παρεμποδίζει άνευ λόγου υπερμέτρως τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οποιουδήποτε άλλου παρόχου του εσωτερικού ή του εξωτερικού, οι οποίοι σύμφωνα με τους προαναφερθέντες όρους του διαγωνισμού έχουν δικαίωμα να συμμετάσχουν στο Διαγωνισμό. Η

προσφεύγουσα ισχυρίζεται περαιτέρω ότι μπορεί να εκτελέσει με ευχέρεια το έργο με τα 350 και πλέον καταστήματα και σημεία εξυπηρέτησης που διαθέτει σε όλη την επικράτεια, πλην όμως η συμμετοχή της στον εν λόγω Διαγωνισμό είναι αδύνατη, λόγω του ανωτέρω όρου, ο οποίος έχει τεθεί ως απαράβατος και ως λόγος αποκλεισμού από το διαγωνισμό, ενώ ουδόλως συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης. Έχει τεθεί δηλαδή, χωρίς να τηρούνται οι προϋποθέσεις που θέτει η κοινοτική και εθνική νομοθεσία και συνεπάγεται τη παροχή απεριόριστης ελευθερίας επιλογής στον αναθέτοντα φορέα για τη κατακύρωση του διαγωνισμού υπέρ ενός και μόνο διαγωνιζόμενου, ήτοι της εταιρείας «.....», η οποία μέχρι την 31.12.2012 αναλάμβανε το έργο αυτό προνομιακά χωρίς διαγωνισμό και επιδιώκεται και μετά την 1.1.2013, ότε και επήλθε πλήρης απελευθέρωση της εσωτερικής αγοράς στο τομέα των ταχυμεταφορών, να εξακολουθήσει να παρέχεται το συγκεκριμένο έργο από τον ίδιο το Φορέα Παροχής Καθολικής Υπηρεσίας (ΦΠΚΥ), τυπικά μέσω Διαγωνισμού, με την απεριόριστη όμως ελευθερία επιλογής του αναθέτοντος φορέα υπέρ αυτής. Η προσφεύγουσα καταλήγει αναφέροντας ότι με τον προσβαλλόμενο όρο πλήττονται οι κανόνες του υγιούς ανταγωνισμού και της απελευθέρωσης της αγοράς των ταχυδρομικών υπηρεσιών στο γενικότερο πλαίσιο απελευθέρωσης των μονοπωλιακών αγορών. Τέλος, ότι έρχεται σε αντίθεση με τον εγχώριο και το ενωσιακό δίκαιο αλλά και με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας. (ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, Ε.Α 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.α).

8. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις υπ' αριθμ. 5236/16.07.2018 Απόψεις του σχετικά με τη βασιμότητα της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, ισχυρίζεται ότι το εν λόγω κριτήριο ποιοτικής επιλογής συνδέεται σαφώς με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι το πλέον αντιπροσωπευτικό για τη διασφάλιση της ικανότητας του παρόχου να ανταποκριθεί στο αντικείμενο της σύμβασης, λαμβάνοντας υπόψη το συνολικό όγκο των ταχυδρομικών αποστολών (402.800 αποστολές), το γεγονός ότι το 15% των αποστολών είναι

εκτός των διοικητικών ορίων του Δήμου Χαλκιδέων, προς όλη την ελληνική επικράτεια και την τακτικότητα αποστολών μεγάλου αριθμητικού μεγέθους ανά εβδομάδα (κατά μέσο όρο 7.700 αποστολές). Κατά τον αναθέτοντα φορέα, η ύπαρξη και διασπορά των καταστημάτων τεκμηριώνει την ύπαρξη επαρκούς προσωπικού, εξοπλισμού και λοιπών υποδομών, που είναι αναγκαία για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης. Επιπλέον, η έγκαιρη και ασφαλής παράδοση των επιστολών, που ο κύριος όγκος (95% του συνόλου της αλληλογραφίας) αφορά σε λογαριασμούς ύδρευσης – αποχέτευσης, αποτελεί σημαντικό παράγοντα στην είσπραξη των κύριων και βασικών εσόδων της επιχείρησης. Ο αναθέτων φορέας παραπέμπει στην Κατευθυντήρια Οδηγία 14 της ΕΑΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με την οποία, η δάνεια εμπειρία συνιστά πρακτική διευκόλυνση πρόσβασης των μικρομεσαίων επιχειρήσεων σε δημόσιες συμβάσεις και επισημαίνει ότι στην παράγραφο 2.2.8 της Διακήρυξης προβλεπόταν, προκειμένου για την πλήρωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων. Ο αναθέτων φορέας αναφέρει περαιτέρω ότι υποβλήθηκαν 4 προσφορές στον Διαγωνισμό, γεγονός που αποδεικνύει ότι δημιουργήθηκε ανταγωνιστικό περιβάλλον και, στο τέλος των Απόψεών του, συνοψίζει αναφέροντας ότι το επίμαχο κριτήριο είναι αναλογικό προς το μέγεθος και τη φύση της σύμβασης, έχει οριστεί με βάση τις ειδικές ανάγκες της συγκεκριμένης σύμβασης, έχει διατυπωθεί κατά τρόπο σαφή, είναι συναφές με το αντικείμενό της, συνάδει με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και δεν αποτρέπει τη συμμετοχή οικονομικών φορέων.

9. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των

υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

11. Επειδή, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη (ΕΑ 977/2006, 303/2007, 307/2007, 1049/2007 κα), η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν πρέπει να παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ 434/2008, 977/2006, 1208/2006, 1076/2006, 977/2006, 1383/2007, ΕΑ 303/2007, 307/2007, 1049/2007, 153/2004, κλπ).

12. Επειδή, 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 την 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 (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). 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.

13. Επειδή, στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2018 (Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων) προβλέπεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης



συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]».

14. Επειδή, στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 (Κριτήρια επιλογής) προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 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 [...] 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».

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

16. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 304-306 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 75-77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο. Επειδή, επιπροσθέτως, στο άρθρο 307 του Ν. 4412/2016 (Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων) προβλέπονται τα εξής: «[...] 2. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων στην ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο ή σε σύμπραξη καινοτομίας, περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς [...]».

17. Επειδή, στην αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), προβλέπεται ότι: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της Οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...]. 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 προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές

δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]».

18. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις Απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

19. Επειδή, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις των Βιβλίων Ι και ΙΙ του Ν. 4412/2016, πριν την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, κατά τα οριζόμενα στη Διακήρυξη, να ενσωματώνει και στάδιο ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, όπου έχει τη δυνατότητα να ελέγχει και να αποκλείει εκείνους τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, χωρίς να διαθέτουν μεταξύ άλλων τα ελάχιστα απαιτούμενα επαγγελματικά προσόντα και την καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, ήτοι την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Ειδικότερα, και δη όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ήτοι την ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει προσηκόντως τη σύμβαση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιβάλλει 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. Στο πλαίσιο αυτό, η αναθέτουσα αρχή ελέγχει την κάλυψη των τιθέμενων στη Διακήρυξη κριτηρίων που σχετίζονται με την τεχνική επαγγελματική ικανότητα, προσδιορίζοντας τα ανάλογα μέσα απόδειξης από αυτά που αναφέρονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016. Επειδή, και από το περιεχόμενο της Κατευθυντήριας Οδηγίας 13/2016 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. προκύπτει ότι, κατά τις αντίστοιχες διατάξεις της πρώην ισχύουσας Οδηγίας 2004/18/ΕΚ, η ελάχιστη -κατά τα απαιτούμενα στη Διακήρυξη- τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων αναδόχων συνίσταται στα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων, εμπειρίας και προσόντων στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ο

διαγωνιζόμενος προκειμένου να κριθεί ικανός για την εκτέλεση του αντικείμενου της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ τα μέσα απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας πρέπει να συμβαδίζουν με την αρχή της αναλογικότητας, ήτοι να μπορεί από αυτά να προκύπτει αντικειμενικά η σχετική ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου, να είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της οικείας σύμβασης και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων. Επειδή, ειδικότερα, οι σχετικοί όροι της Διακήρυξης πρέπει να συνδέονται προς το αντικείμενο των προς ανάθεση υπηρεσιών, να είναι εύλογοι προς τον σκοπό για τον οποίο έχουν τεθεί, που είναι η άμεση και άρτια εξυπηρέτηση της σύμβασης και να μην εισάγουν διακρίσεις. Επειδή, εν προκειμένω η απαίτηση υπό στοιχείο α) της παραγράφου 2.2.6 της Διακήρυξης, οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν ικανό αριθμό καταστημάτων σε πανελλαδικό επίπεδο και συγκεκριμένα ένα τουλάχιστον κατάστημα σε κάθε Καλλικρατικό δήμο, για το 95% των Καλλικρατικών δήμων περιορίζει τον ανταγωνισμό. Ειδικότερα, η απαίτηση οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν καταστήματα σε επίπεδο δήμων (οι οποίοι ανέρχονται σε 325, με αποτέλεσμα το 95% να αφορά 309 δήμους) και όχι σε επίπεδο π.χ. νομού, αποδεικνύεται ασύνδετος με το αντικείμενο της σύμβασης, το οποίο, κατά τον αναθέτοντα φορέα, αφενός αφορά κατά 95% λογαριασμούς ύδρευσης – αποχέτευσης και αφετέρου σε ποσοστό 85% της συνολικής διακινούμενης αλληλογραφίας δεν υπερβαίνει τα όρια του Δήμου Χαλκιδέων. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η προσφεύγουσα, αν και διαθέτει 350 καταστήματα σε Ελλάδα και εξωτερικό, δεν καλύπτει την προσβαλλόμενη απαίτηση και για τον λόγο αυτό δεν συμμετείχε στον Διαγωνισμό. Το γεγονός δε ότι υποβλήθηκαν 4 προσφορές δεν αποδεικνύει άνευ ετέρου ότι οι συμμετέχοντες πληρούν τη συγκεκριμένη απαίτηση και, κατά συνέπεια, ότι η Διακήρυξη επέτρεψε την ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού. Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό του αναθέτοντος φορέα ότι οι προσφέροντες θα μπορούσαν να στηριχθούν στις ικανότητες τρίτων, αυτός δεν αναιρεί το γεγονός ότι σε κάθε περίπτωση η προσβαλλόμενη απαίτηση της Διακήρυξης είναι δυσανάλογη προς τον σκοπό τον οποίο εξυπηρετεί. Ειδικότερα, επειδή, η εκτέλεση του φυσικού αντικείμενου της

σύμβασης μπορεί να πραγματοποιηθεί απρόσκοπτα και χωρίς την τήρηση καταστημάτων στο 95% των δήμων της επικράτειας, στους οποίους συμπεριλαμβάνονται απομακρυσμένοι ή και σε ορισμένες περιπτώσεις δύσβατοι δήμοι της επικράτειας. Επειδή, ο προσβαλλόμενος όρος, είναι ασύνδετος με το αντικείμενο της σύμβασης και δυσανάλογος προς τον σκοπό τον οποίο εξυπηρετεί, με αποτέλεσμα σε κάθε περίπτωση να περιορίζει τον ανταγωνισμό, ο δε αναθέτων φορέας, ούτε στη Διακήρυξη και τα λοιπά έγγραφα της σύμβασης, ούτε στα στοιχεία που προσκόμισε στις Απόψεις απέδειξε την αναγκαιότητά του. Επειδή, κατά συνέπεια, ο προσβαλλόμενος όρος πρέπει να ακυρωθεί.

20. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010· ΣτΕ ΕΑ 1089/2009· ΣτΕ 2951-52/2004· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95). Ειδικότερα, επειδή η ύπαρξη του εν λόγω όρου, που άπτεται των προϋποθέσεων συμμετοχής των οικονομικών φορέων, είναι πιθανό να εμπόδιζε τη συμμετοχή και άλλων οικονομικών φορέων, που είχαν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να εκτελέσουν την εν λόγω σύμβαση, η Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της, προκειμένου η ανάθεση της εν λόγω υπηρεσίας να επαναπροκηρυχθεί μετά από αναπροσαρμογή του εν λόγω όρου στο αντικείμενο της σύμβασης.

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

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

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 4329/2018 Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: 18PROC003270418).

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13.08.2018 και εκδόθηκε στις 03.09.2018.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Ιωάννα Κακλαμάνη**