

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 21 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να συνεξετάσει προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών Αποφάσεων: α) την, από 12.04.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 768/12.04.2021 της προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», αποτελούμενη από την ατομική επιχείρηση «...», με έδρα: ..., ..., ΤΚ ... και την εταιρία με την επωνυμία «...», με έδρα: ..., ..., ΤΚ ..., νομίμως εκπροσωπούμενης και β) την, από 13.04.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 782/13.04.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», με έδρα: ..., Τ.Κ.:..., ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Με τις ανωτέρω Προδικαστικές Προσφυγές οι προσφεύγουσες επιδιώκουν, όπως ακυρωθεί η με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη (...), όπως περαιτέρω διευκρινίσθηκε με την με αρ. πρωτ. 6446/09.04.2021, διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «...», προϋπολογισμού 280.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24 %, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού χιλίων εκατόν είκοσι εννέα ευρώ και δέκα λεπτών, 1.129,10€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός). Περαιτέρω, για την άσκηση της δεύτερης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού χιλίων εκατόν είκοσι εννέα ευρώ και δέκα λεπτών, 1.129,10€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων άσκησε την, από 12.04.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού. Ομοίως, η δεύτερη προσφεύγουσα άσκησε την, από 13.04.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, οι ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές στρέφονται κατά Διακήρυξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 280.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, 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 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα οι ανωτέρω προσφεύγουσες προσβάλλουν την ως άνω Διακήρυξη, καθόσον οι κατ' αυτής Προδικαστικές Προσφυγές έχουν κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αναρτήθηκε στον Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 24.03.2021 και στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 30.03.2021.

5. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων («...»), ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη έχουν τεθεί παράνομοι όροι σε σχέση με την τεχνική ικανότητα των υποψηφίων (άρ. 22.Δ), που καθιστούν αδύνατη, άλλως, δυσχεραίνουν υπερβολικά τη συμμετοχή της στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία

► Υπενθυμίζεται ότι, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή κατά της Διακηρύξεως, πρέπει, για να θεωρηθεί ότι ασκεί την Προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, άμεση βλάβη που υφίσταται από όρο της Διακηρύξεως ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία

επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείεται ή να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή του στο διαγωνισμό. Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, 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 εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Κρίσιμη, δηλαδή, για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος είναι η επίκληση και απόδειξη βλάβης του προσφεύγοντος λόγω επικείμενου αποκλεισμού του ή σοβαρής δυσχέρειας συμμετοχής του σε διαγωνιστική διαδικασία και όχι η απαίτηση αυτού για την διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για την συμμετοχή του σε διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 353/2018, 86/2018, 12-15/2018 Ολομ., 147/2016 Ολομ., 189/2015, 124/2015, 16/2015, 415/2014, 1140/2010, 1137/2010, 977/2010). Εξάλλου, η - κατά τα ανωτέρω - επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση Προδικαστικής Προσφυγής κατά της Διακηρύξεως, απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητα αυτής (πρβλ. ΕΑ 353/2018, 147/2016 Ολομ., 9/2015, 415/2014, 434/2012 σκ. 6, 977/2010, 14/2006), όπως, ιδίως, η αναρμοδιότητα του εκδόντος την Προκήρυξη οργάνου (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 342/2009 σκ. 15, 1137/2010 σκ. 4) ή το νόμιμο έρεισμα αυτής (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 189/2015). Όταν δε οι προσβαλλόμενοι ως παράνομοι όροι αφορούν στην απαίτηση προσκομιδής επιπλέον στοιχείων, πρέπει να προβάλλεται και να πιθανολογείται, είτε ότι η προσκομιδή των στοιχείων αυτών είναι, λόγω ανυπαρξίας τους ή για άλλο λόγο, αδύνατη ή είναι για οποιονδήποτε λόγο ιδιαίτερα δυσχερής η έγκαιρη προσκομιδή τους, είτε ότι τα στοιχεία αυτά, προσκομιζόμενα και αξιολογούμενα σε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού,

πιθανολογείται, με την επίκληση συγκεκριμένων ισχυρισμών, ότι θα καταστήσουν μειονεκτική την προσφορά του διαγωνιζομένου. Συνεπώς, δεν προβάλλεται παραδεκτώς, κατά την αμφισβήτηση της νομιμότητας Διακήρυξης διαγωνισμού, λόγος περί παρανομίας όρου της Διακήρυξης χωρίς να προσδιορίζεται κατά τρόπο συγκεκριμένο η εντεύθεν βλάβη (ΕΑ ΣΤΕ 1149/2009). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, ενεστώς και ατομικό προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 847, ΑΕΠΠ 725/2018, 742/2018).

Β) Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: «[...] Τα μέλη που απαρτίζουν την υπό σύσταση ένωση δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο του υπό ανάθεση διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, τόσο η ατομική επιχείρηση «...» όσο και η εταιρεία «...» εξειδικεύονται σε έργα πρασίνου και στην κατασκευή/ανακατασκευή και στη συντήρηση ποδοσφαιρικών γηπέδων με φυσικό, υβριδικό και συνθετικό χλοοτάπητα. Στο πλαίσιο της επαγγελματικής τους δραστηριότητας έχουν κατορθώσει να αποτελούν ιδιαίτερα καταξιωμένες και από τις κορυφαίες επιχειρήσεις στον χώρο, έχοντας εκτελέσει πλήθος αντίστοιχων συμβάσεων σε γήπεδα και προπονητήρια υψηλών απαιτήσεων και των πλέον υψηλών προδιαγραφών.

Αναφέρονται ενδεικτικά τα γήπεδα: ..., ..., ..., ..., ..., ...

Περαιτέρω, έχουν αναπτύξει σταθερή συνεργασία με τους κορυφαίους προμηθευτικούς και κατασκευαστικούς οίκους του εξωτερικού στον τομέα αυτόν («...», «...» και «...»), εισφέροντας την τεχνογνωσία και την εξειδικευμένη εμπειρία που απέκτησαν στα γήπεδα ποδοσφαίρου.

Λόγω της σταθερής συμμετοχής μας στους αντίστοιχους δημόσιους διαγωνισμούς στην ελληνική αγορά, πληροφορηθήκαμε μέσω του καθεστώτος ηλεκτρονικής δημοσιότητας, την ένδικη διακήρυξη που εξέδωσε ο ..., ωστόσο η Διακήρυξη - όπως διευκρινίστηκε- περιλαμβάνει παράνομους όρους, γεγονός που δεν μας επιτρέπει να υποβάλουμε προσφορά.

Με την παρούσα προδικαστική προσφυγή, προσβάλλουμε τη Διακήρυξη, όπως διευκρινίστηκε, εμπροθέσμως με προφανές έννομο συμφέρον και. εν γένει. παραδεκτούς, σύμφωνα με τα άρθρα 360 επ. του Ν. 4412/2016, για τους ακόλουθους νόμιμους, βάσιμους και αληθείς λόγους.

II. Ως προς το έννομο συμφέρον μου

Γίνεται δεκτό ότι στην περίπτωση προδικαστικής προσφυγής, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο ενδιαφερόμενος προβάλλει συγκεκριμένο ισχυρισμό του με έννομο συμφέρον, οφείλει να επικαλείται άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 415/2014, 9, 124, 189/2015, 1258, 1316/2008, 342. 670/2009 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προσφυγής ειδικά κατά διακήρυξης διαγωνισμού απαιτείται τόσο κατά την υποβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητα αυτής. Ο προσφεύγων δύναται παραδεκτώς να προβάλει μεταξύ άλλων και ισχυρισμούς κατά όρων διακήρυξης, οι οποίοι καθιστούν ιδιαίτερος δυσχερή την εκ μέρους του κατάρτιση ορθής, παραδεκτής και σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης προσφοράς, ή διακινδυνεύουν την ισότιμη μεταχείρισή του κατά την όλη διαδικασία προετοιμασίας, υποβολής και αξιολόγησης έως και αποδοχής προσφορών και ανάδειξης αναδόχου ή βλάπτουν τα πάσης φύσης δικαιώματα που απορρέουν από τη συμμετοχή στη διαδικασία.

Περαιτέρω, όπως έχει κριθεί (ΣτΕ Ολ. 1415/2000), ο δικαιούμενος να συμμετάσχει σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχει το

δικαίωμα να προσβάλει τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η αναθέτουσα αρχή προχωρήσει στη διεξαγωγή του, είτε να ζητήσει την αναστολή του. επιδιώκοντας τη μη διεξαγωγή του.

Εν προκειμένω. η ένωσή μας δραστηριοποιείται στα έργα πρασίνου και επιθυμούσε να συμμετάσχει στον ένδοκο διαγωνισμό δοθέντος ότι η υπό ανάθεση σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο της επαγγελματικής-επιχειρηματικής δραστηριότητάς της, ήτοι στο αντικείμενο της κατασκευής/ανακατασκευής και στη συντήρηση ποδοσφαιρικών γηπέδων με φυσικό, υβριδικό και συνθετικό χλοοτάπητα. Σημειώνεται ότι η μεν ατομική επιχείρηση ... είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ. μεταξύ άλλων, στην κατηγορία έργων πρασίνου (αριθμ. ΜΕΕΠ: ..., <http://...>). η δε εταιρεία ... είναι επίσης εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ, μεταξύ άλλων, στις κατηγορίες έργων πρασίνου και οικοδομικών έργων (αριθμ. ΜΕΕΠ <http://...>). Ωστόσο στη διακήρυξη του διαγωνισμού, όπως διευκρινίστηκε, περιελήφθησαν όροι που εμποδίζουν τη συμμετοχή της ένωσής μας σε αυτόν και έχουν τεθεί κατά παράβαση του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού και της αρχής της διαφάνειας.

Συγκεκριμένα, με τη Διακήρυξη προβλέπονται ιδιαίτερα περιοριστικοί, παράνομοι και μη σχετικοί όροι και απαιτήσεις σε σχέση με το αντικείμενο και το είδος της σύμβασης. Αποτέλεσμα δε των όρων αυτών, που δεν είναι καθ' οιονδήποτε τρόπο αντικειμενικά συναφείς με το αντικείμενο του διαγωνισμού ούτε με τη φύση και το νομικό καθεστώς της μέλλουσας να συναφθεί συμβάσεως σύμβασης έργου, είναι να αποκλείεται -ή πάντως να καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής- η δυνατότητα συμμετοχής μας στον εν λόγω διαγωνισμό, του οποίου το αντικείμενο αποτελεί κατεξοχήν τομέα στον οποίο δραστηριοποιείται η ένωσή μας.

Επομένως, έχουμε εύλογο ενδιαφέρον, αλλά και εκ του νόμου και της διακήρυξης καταρχήν δικαίωμα να συμμετάσχουμε στον συγκεκριμένο διαγωνισμό και προτιθέμεθα να συμμετάσχουμε σε αυτόν, πλην όμως λόγω των παράνομων όρων της Διακήρυξης, που προσβάλλονται δια της παρούσας, καθίσταται αδύνατη η εκ μέρους μας υποβολή σύμφωνης με τη διακήρυξη και

ορθής προσφοράς, γεγονός στο οποίο θεμελιώνεται το έννομο συμφέρον μας για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής μας. [...]

III. Λόγοι προσφυγής

Η ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπεται από την 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* κ.λπ. κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και με το άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016. εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. Τούτο προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ. Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012. C-549/10P *TOMRA*, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:20 1 2:22 1, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T- 201/04 *Microsoft*, Συλλογή 2007. σ. 11-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/EK στην Υπόθεση COMP D3/38.044-NDC *Health/IMS Health: Interim Measures* C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και τον συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1,7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74. 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40. 41, 49, 57. 66, 67 Οδηγίας).

Οι Αναθέτουσες Αρχές, λοιπόν, οφείλουν να εξασφαλίζουν την ανάπτυξη ελεύθερου ανταγωνισμού και την ισότιμη και απρόσκοπτη πρόσβαση των

ενδιαφερομένων που συμμετέχουν στις διαγωνιστικές διαδικασίες φορέων, ενώ τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος και να μην είναι δυσανάλογοι με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Τμήμα Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης ΕλΣυν 2063/2014, 7380/6022/2015, Στ' Κλ. ΕλΣυν 12/2016).

Όπως δε έχει παγίως κριθεί, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να τηρεί τις βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως δε τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων μεταξύ των διαγωνιζομένων. Προς τούτο τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, να καθορίζεται με σαφήνεια το περιεχόμενό τους και να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα ως προς το μέγεθος και τη φύση τους με το αντικείμενο της σύμβασης (ΔΕΕ, C-218/1 1, Edukozivig-Hochtief Construction AG, σκέψη 27, ΣτΕ ΕΑ 37/2011, 39/2011, 257/2010, 287/2010, 288/2010, 1178/09, 660/2002, 528/2002, 990/2003. ΣτΕ 812/2009). 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 3372/20 I 1, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/20 I 4. 3392/2015, 1759, 3329/2015). Εν προκειμένω, η υπό εξέταση διακήρυξη περιέχει όρους που παραβιάζουν τις ως άνω αρχές και συνεπώς είναι ακυρωτέα, σύμφωνα με όσα αναφέρονται αμέσως παρακάτω:

Α' λόγος προσφυγής

Παράνομες απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας που αφορούν στον προμηθευτή και όχι στον εργολήπτη

Η μέλλουσα να συναφθεί σύμβαση αποτελεί σύμβαση έργου, η δε συμμετοχή στον εξεταζόμενο διαγωνισμό επιτρέπεται σύμφωνα με το άρθρο 22.Β. αυτής - και κατά το μέρος που αφορά εγκατεστημένους στην Ελλάδα οικονομικούς φορείς, όπως οι οικονομικοί φορείς που απαρτίζουν την ένωσή μας- μόνον σε επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) ή στα Νομαρχιακά Μητρώα στην κατηγορία/-ιες έργου του άρθρου 21 της Διακήρυξης, ήτοι στην κατηγορία έργων «Οικοδομικά και Πρασίνου».

[...] Από τον συνδυασμό των άρθρων 75 και 80 του Ν. 4412/2016, καθώς και του Προσαρτήματος Α', Παράρτημα ΧΙΙ προκύπτει ότι στις διατάξεις αυτές ρυθμίζονται κατά τρόπο περιοριστικό, οι απαιτήσεις που μπορούν να θέσουν οι αναθέτουσες αρχές για την απόδειξη της τεχνικής επάρκειας των διαγωνιζομένων και τα αποδεικτικά μέσα προς απόδειξη αυτής, αμφότερα δε (απαιτήσεις και αποδεικτικά μέσα πλήρωσης αυτών) συνδέονται αποκλειστικά με τον οικονομικό φορέα που μετέχει στο διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά και θα συμβληθεί με την αναθέτουσα αρχή και όχι με άλλα τρίτα πρόσωπα. Προορίζονται δηλαδή για την εξακρίβωση των προσωπικών τεχνικών ιδιοτήτων του προσφέροντος και απαιτείται να συντρέχουν καταρχήν στο πρόσωπό του.

ι) Παράνομη η απαίτηση για κατοχή εν ισχύ πιστοποιητικού/βεβαίωσης που δεν αφορά στον εργολήπτη αλλά στον προμηθευτή του

1. Ωστόσο, στην προσβαλλόμενη διακήρυξη προβλέπεται, επί ποινή αποκλεισμού, ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας στο άρθρο 22.Δ. υπό τον τίτλο «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα» και στην περίπτωση γ' αυτού ότι:

«Τόσο οι ημεδαποί όσο και οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα, πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να προσκομίσουν κατά την υποβολή της προσφοράς τα παρακάτω: (...)

γ) Η εταιρεία παραγωγής του έτοιμου φυσικού προκαλλιεργημένου φυσικού χλοοτάπητα και του υβριδικού χλοοτάπητα πρέπει να κατέχει εν ισχύ πιστοποιητικό/βεβαίωση για την «άσκηση παραγωγής πολλαπλασιαστικού υλικού φυτωριακών επιχειρήσεων τύπου Β'» που έχει εκδοθεί από το Υπουργείο Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων ή να διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό. Οι

αλλοδαπές εταιρίες προσκομίζουν αντίστοιχο πιστοποιητικό που εκδίδεται στη χώρα προέλευσής τους, ενώ σε περίπτωση που δεν εκδίδεται σχετικό πιστοποιητικό, υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται ότι το εν λόγω δικαιολογητικό δεν προβλέπεται από την νομοθεσία της χώρας της καταστατικής έδρας τους.».

Μάλιστα, με την από 9.4.2021 απάντηση της αναθέτουσας αρχής στο υπ' αρ. πρωτ. 6446/6.4.2021 έγγραφο του ..., διευκρινίστηκε, σχετικά με την Γ1 ερώτησή του. ότι «Το πιστοποιητικό/βεβαίωση για την «άσκηση παραγωγής πολλαπλασιαστικού υλικού Φυτωριακών επιχειρήσεων τύπου Β'», αφορά τον προκαλλιεργημένο σύστημα υβριδικού χλοοτάπητα που έχει εγκατασταθεί και αναπτυχθεί σε αδειοδοτημένη φυτωριακή μονάδα. Αν ο προκαλλιεργημένος Φυσικό χλοοτάπητας έχει καλλιεργηθεί σε διαφορετική φυτωριακή μονάδα, απαιτείται ξεχωριστή βεβαίωση από την κάθε φυτωριακή μονάδα.

2. Με τα ανωτέρω, σε διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης έργου, όπως εν προκειμένω, απαιτείται η πλήρωση κριτηρίου τεχνικής επάρκειας που δεν σχετίζεται με την επαγγελματική και τεχνική ικανότητα του εργολήπτη/προσφέροντα, αλλά αφορά στον προμηθευτή του, ήτοι τον παραγωγό του έτοιμου χλοοτάπητα ο οποίος είναι τρίτος, δεν θα συμβληθεί με την αναθέτουσα αρχή και δεν μετέχει στην μέλλουσα να συναφθεί σύμβαση. Επομένως, ο όρος 22.Δ.γ της διακήρυξης εισάγει κριτήριο τεχνικής επάρκειας η πλήρωση του οποίου δεν απαιτείται από τον ίδιο τον προσφέροντα, αλλά από τρίτο, και ως εκ τούτου παραβιάζει το άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016 το οποίο καθορίζει το επιτρεπόμενο περιεχόμενο-απαιτήσεις του κριτηρίου επιλογής της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, επιτρέποντας μόνον απαιτήσεις που εξασφαλίζουν ότι ο προσφέρων -ο ίδιος και όχι οποιοσδήποτε τρίτος- διαθέτει τις ικανότητες για να εκτελέσει τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Ομοίως αντίκειται και στο άρθρο 80 παρ. 5 και στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, στο οποίο αυτό παραπέμπει, όπου καθορίζονται τα αποδεικτικά μέσα για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την εκτέλεση της σύμβασης και τα

οποία ομοίως αφορούν αποκλειστικά στον προσφέροντα οικονομικό φορέα και όχι οποιονδήποτε τρίτο ή τον προμηθευτή του.

Επισημαίνεται, εξάλλου, ότι με τη διευκρίνιση που παρείχε τι αναθέτουσα αργή, έθεσε ακόμα πιο περιοριστικούς και δυσανάλογους όρους, αφού ζητά περισσότερες βεβαιώσεις, ήτοι από κάθε φυτωριακή μονάδα. στην περίπτωση που ο προκαλλιεργημένος φυσικός χλοοτάπητας έχει καλλιεργηθεί σε διαφορετική φυτωριακή μονάδα. Η δε διευκρίνιση αυτή αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 9.4.2021. ήτοι λίγες μόλις μέρες από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, στις 15.4.2021, χωρίς να προβλεφθεί ανάλογος χρόνος μετάθεσης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, προκειμένου ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να είναι σε θέση να απορεί να εκπληρώσει και αυτή τη νέα απαίτηση. Για τους λόγους αυτούς είναι παράνομος ο ανωτέρω όρος τόσο υπό την αρχική του μορφή, αλλά και, όπως διευκρινίστηκε από την αναθέτουσα αργή.

3. Επιπλέον από την εφαρμογή του ανωτέρω προδήλως παράνομου όρου - όπως διευκρινίστηκε- εμποδίζεται -ή πάντως δυσχεραίνεται ουσιωδώς- η συμμετοχή μας στον υπό εξέταση διαγωνισμό. Και τούτο διότι, καίτοι από μόνη της η ένωσή μας μπορεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό αφού τα μέλη της είναι εγγεγραμμένα στο ΜΕΕΠ στην κατηγορία έργων πρασίνου και οικοδομικών έργων και δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο της σύμβασης, ενώ λόγω της μακράς εμπειρίας τους ακριβώς σε έργα όπως το προκηρυχθέν υπερκαλύπτουν τα λοιπά κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας που αμιγώς σχετίζονται με την ένωσή μας ως προσφέρουσα. εντούτοις, όπως αναφέραμε, αποκλείεται -ή πάντως δυσχεραίνεται ουσιωδώς- η συμμετοχή μας με τον παράνομο αυτό όρο που δεν συνάδει με τον χαρακτήρα και το νομικό καθεστώς της υπό ανάθεση σύμβασης ως σύμβασης έργου, καθώς η συμμετοχή μας εξαρτάται παρανόμως από το αν τρίτος, άσχετος με την εκτέλεση του έργου, πληροί τα ανωτέρω τιθέμενο κριτήριο. Και ενώ πρόκειται για διαδικασία ανάθεσης σύμβασης έργου και άρα, ουδόλως οι προσφέροντες οφείλουν να διαθέτουν εκ των προτέρων και δη κατά το στάδιο συμμετοχής στο διαγωνισμό αγαθό που να πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές (ΑΕΠΠ 793/2020), με τον

παραπάνω όρο αποκλείεται -ή πάντως καθίσταται εξαιρετικά δυσχερής- η συμμετοχή μας στο διαγωνισμό, διότι περιορίζεται υπέρμετρα ο δυνητικός κύκλος προμηθευτών μας και δυνητικών προς χρήση υλικών και αναγκαζόμαστε προώρως να δεσμευθούμε σε υλικά και παραγωγούς και δη. παραγωγούς και υλικά με συγκεκριμένες πιστοποιήσεις/βεβαιώσεις οι οποίες να υφίστανται ήδη κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς μας.

Επιπλέον, με την ένταξη της απαίτησης αυτής στο άρθρο 22.Δ. της διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, ο παραγωγός του χλοοτάπητα, ήτοι ενός υλικού που ενσωματώνει στο έργο που αναλαμβάνει να κατασκευάσει ο προσφέρων εργολήπτης, καθίσταται αυτομάτως και άνευ άλλου τινός τρίτος στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο εγγεγραμμένος στο ΜΕΕΠ εργολήπτης και για τον οποίο απαιτείται η υποβολή ΕΕΕΣ και δικαιολογητικών κατακύρωσης. Έτσι δυσχεραίνεται έτι περαιτέρω η συμμετοχή μας στο διαγωνισμό αφού ο παραγωγός του χλοοτάπητα από τον οποίο θα προμηθευτούμε τον χλοοτάπητα θα πρέπει να δεχθεί να υποβάλει ΕΕΕΣ για μια σύμβαση στην οποία δεν είναι ανάδοχος ούτε μετέχει καθ' οιονδήποτε τρόπο, προϋπόθεση προφανώς αποτρεπτική για κάθε επιχειρηματία. Όπως δε αναφέρουμε ανωτέρω, με τη διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής. η προσκόμιση των απαιτούμενων βεβαιώσεων καθίσταται ακόμα πιο δύσκολη αφού εμπλέκονται πιθανόν περισσότερα φυτώρια, χωρίς μάλιστα να έχει μετατεθεί η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, καίτοι η διευκρίνιση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ μόλις στις 9.4.2021.

Τέλος και σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα απαιτεί υποβολή στοιχείων τεχνικής προσφοράς και δη, απόδειξης χαρακτηριστικών και ιδιοτήτων πρώτων υλών, στις οποίες ιδιότητες υλικών συμπεριλαμβάνονται και οι ιδιότητες του παραγωγού τους (απόφαση Α Ε Π Π 120/2017) προ της ανάθεσης της σύμβασης και ως αντικείμενο αξιολόγησης προς ανάδειξη αναδόχου, ενώ πρόκειται για σύμβαση έργου με κριτήριο ανάθεσης την χαμηλότερη τιμή και επομένως -όπως εκτενώς αναλύεται κατωτέρω στον Β' λόγο της παρούσας, όπου παραπέμπουμε- δεν υφίσταται εκ του νόμου καν στάδιο αξιολόγησης τεχνικών προσφορών και δεν θα μπορούσαν να απαιτηθούν με το περιεχόμενο

της τεχνικής προσφοράς μας αποδεικτικά στοιχεία για τις ιδιότητες των πρώτων υλών που ενσωματώνονται στο έργο και ως εκ τούτου, παρανόμως παρεισφρέουν στη διαδικασία ανάθεσης υπό την μορφή κριτηρίων επιλογής, περιορίζοντας με τον τρόπο αυτό παρανόμως τη συμμετοχή μας ως ένωση εργοληπτών στο διαγωνισμό. Όπως, δε, έχει κριθεί (ΣτΕ ΕΑ 353/2018) η απαίτηση απόδειξης προδιαγραφών ως κριτηρίων επιλογής, ήτοι δια ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και εν συνεχεία, δια δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι παράνομη και αντίκειται στον συνδυασμό των άρ. 54, 73 έως 82, 92 παρ. 2, 94 παρ. 4, 100 παρ. 2, 4 και 6 και 101 παρ. 1 και 2 Ν. 4412/2016. Η δε απαίτηση αυτή, του όρου 22.Δ.γ της διακήρυξης, δυσχεραίνει και επιβαρύνει την προετοιμασία και υποβολή της προσφοράς μας, δεσμεύοντας μας εκ των προτέρων σε συγκεκριμένα επιμέρους εκ των προτέρων προσδιοριζόμενα υλικά και παραγωγούς-προμηθευτές και όλα αυτά συνιστούν δυσχέρειες, περιορισμούς και επιβαρύνσεις που εκ των προτέρων είναι παράνομες και αδικαιολόγητες, ακριβώς γιατί ο ίδιος ο νόμος προβλέπει ότι δεν υφίστανται σε τέτοιες διαδικασίες, με αποτέλεσμα παρά τον νόμο να περιορίζεται η δυνατότητα και ευχέρεια συμμετοχής μου στο διαγωνισμό.

Για όλους τους ανωτέρω λόγους, ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης όπως διευκρινίστηκε, είναι παράνομος και πρέπει να ακυρωθεί, λόγω δε της σπουδαιότητας αυτού -αφού συνδέεται ευθέως με κριτήριο επιλογής- η ακυρότητα αυτού καθιστά ακυρωτέα και τη Διακήρυξη στο σύνολό της και υποχρεωτική την επαναδημοπράτηση του έργου.

ii) Παράνομη η απαίτηση περί απόδειξης παραγωγής και προμήθειας γηπέδων με έτοιμο φυσικό προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα και υβριδικό χλοοτάπητα που δεν αφορά τον εργολήπτη αλλά τον προμηθευτή του

1. Στη διακήρυξη, στον όρο 22.Δ.δ. περί τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας προβλέπεται, επί ποινή αποκλεισμού, ότι:

«Τόσο οι ημεδαποί όσο και οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα, πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να προσκομίσουν κατά την υποβολή της προσφοράς τα παρακάτω: (...)

δ) Η εταιρεία παραγωγής του έτοιμου φυσικού προκαλλιεργημένου χλοοτάπητα και του υβριδικού χλοοτάπητα θα πρέπει να έχει παράξει και προμηθεύσει την τελευταία τριετία ένα γήπεδο με έτοιμο φυσικό προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα και ένα γήπεδο με υβριδικό χλοοτάπητα το οποίο θα αποδεικνύεται με τα κατάλληλα έγγραφα, ιδίως από το τιμολόγιο πώλησης και την δήλωση παραγωγής της φυτωριακής μονάδας προς το ΚΕΠΠΥΕΛ (Κέντρο Ελέγχου Πιστοποίησης Πολλαπλασιαστικού Υλικού & Ελέγχου Λιπασμάτων), του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων. Οι αλλοδαπές εταιρίες προσκομίζουν αντίστοιχο πιστοποιητικό που εκδίδεται στη χώρα προέλευσης τους, ενώ σε περίπτωση που δεν εκδίδεται σχετικό πιστοποιητικό, υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται ότι το εν λόγω δικαιολογητικό δεν προβλέπεται από την νομοθεσία της χώρας της καταστατικής έδρας τους.».

2. Με τον ανωτέρω όρο είναι προφανές ότι απαιτείται η απόδειξη εμπειρίας από οικονομικό φορέα ο οποίος δεν αναλαμβάνει την εκτέλεση του υπό ανάθεση έργου, ενώ, όπως έχει προαναφερθεί, τα κριτήρια επιλογής και δη το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας έχει τεθεί σύμφωνα με το άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016 προκειμένου να εξακριβώσει η αναθέτουσα αρχή εάν ο προσφέρων -ο ανάδοχος της σύμβασης δηλαδή- μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας και εξ ορισμού αφορούν αποκλειστικώς και μόνον τον προσφέροντα. Ωστόσο και στην περίπτωση αυτή, στον εξεταζόμενο διαγωνισμό έργου, **προβλέπεται απαίτηση τεχνικής επάρκειας που δεν σχετίζεται με την επαγγελματική και τεχνική ικανότητα του εργολήπτη/προσφέροντα. αλλά αφορά στον προμηθευτή του, ήτοι τον παραγωγό του έτοιμου χλοοτάπητα, ο οποίος δεν θα συμβληθεί με την αναθέτουσα αρχή και δεν μετέχει στην μέλλουσα να συναφθεί σύμβαση.** Ως εκ τούτου, ο όρος 22.Δ.δ της διακήρυξης εισάγει κριτήριο τεχνικής επάρκειας που δεν αφορά στον προσφέροντα, ούτε περιλαμβάνεται ούτε στις επιτρεπόμενες κατά το άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016 απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας ούτε στα αποδεικτικά μέσα που κατά τρόπο περιοριστικό ορίζονται στο ν. 4412/2016 (όπως αναλυτικώς αναφέρεται στον προηγούμενο -Α.(i)- λόγο της παρούσας) που αμφότερα συνδέονται αποκλειστικά με τον ίδιο τον

προσφέροντα οικονομικό φορέα και όχι με οποιονδήποτε τρίτο ή τον προμηθευτή του και για τον λόγο αυτό είναι παράνομος και πρέπει να ακυρωθεί. Λόγιο δε της ακυρότητας του επίμαχου όρου, καθίσταται ακυρωτέα η διακήρυξη στο σύνολό της.

3. Για τους λόγους αυτούς είναι παράνομος ο ανωτέρω όρος, από την δε εφαρμογή του εμποδίζεται -ή πάντως δυσχεραίνεται ουσιωδώς- η συμμετοχή μας στον υπό εξέταση διαγωνισμό. Και τούτο διότι, καίτοι από μόνη της η ένωσή μας μπορεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό αφού τα μέλη της είναι εγγεγραμμένα στο ΜΕΕΓΙ στην κατηγορία έργων πρασίνου και οικοδομικών έργων και δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο της σύμβασης, ενώ λόγω της μακράς εμπειρίας τους ακριβώς σε έργα όπως το προκηρυχθέν υπερκαλύπτουν τα λοιπά κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας που αμιγώς σχετίζονται με την ένωσή μας ως προσφέρουσα. εντούτοις αποκλείεται -ή πάντως δυσχεραίνεται ουσιωδώς- η συμμετοχή μας με τον παράνομο αυτό όρο που ευθέως αντίκειται στο άρθρο 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016 και επιπλέον δεν συνάδει με την φύση και το νομικό καθεστώς της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης ως σύμβασης έργου, καθώς η συμμετοχή μας εξαρτάται παρανόμως από το αν τρίτος, άσχετος με την εκτέλεση του έργου, διαθέτει εμπειρία για την εκτέλεση μιας άλλης σύμβασης, διαφορετικής από την δημοπρατούμενη, ήτοι για μια σύμβαση προμήθειας και όχι για σύμβαση έργου (όπως η υπό ανάθεση). Επομένως, το κριτήριο επιλογής είναι όχι μόνον αντίθετο προς τα άρθρα 75 παρ. 4 και 80 του ν. 442/2016, αλλά και προδήλως άσχετο με το αντικείμενο της σύμβασης και ως τέτοιο παράνομο και αδικαιολόγητα περιοριστικό του ανταγωνισμού. Επιπλέον, ως προς το όρο αυτό, ισχύουν όσα αναλυτικούς προβάλλω ανωτέρω υπό στοιχείο 3 του λόγου Α.(i), όπου παραπέμπουμε προς αποφυγή επαναλήψεων, τα οποία τον καθιστούν παράνομο και θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον μας για την αμφισβήτηση της νομιμότητάς του, αφού και πάλι τίθενται απαιτήσεις που αφορούν τις πρώτες ύλες του έργου και τις ιδιότητες -εν προκειμένω την εμπειρία- του παραγωγού αυτών.

Για τους λόγους αυτούς ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης είναι παράνομος και πρέπει να ακυρωθεί, λόγιο δε της σπουδαιότητας αυτού -αφού

συνδέεται ευθέως με κριτήριο επιλογής- η ακυρότητα αυτού καθίσταται ακυρωτέα και η Διακήρυξη στο σύνολό της και υποχρεωτική την επαναδημοπράτηση του έργου.

Β' λόγος προσφυγής

Παράνομη η απαίτηση απόδειξης ιδιοτήτων και χαρακτηριστικών των υλικών που θα χρησιμοποιηθούν στο έργο

1. Σύμφωνα με το άρ. 94 παρ. 1 Ν. 44 12/2016 ορίζεται ότι:

«1. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, στην περίπτωση που εφαρμόζεται το άρθρο 50 και το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά/, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Τεχνική Προσφορά» περιέχει τουλάχιστον οριστική μελέτη όλων των απαραίτητων έργων. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου στις οποίες κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, τα περιεχόμενα του φακέλου «Τεχνική Προσφορά» ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης.».

Σύμφωνα με το άρ. 98 Ν. 44 12/2016 ορίζεται ότι

«1. Τα στάδια στην ανοικτή διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: ... γ) Αν κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, αμέσως μετά την κατά τα ανωτέρω ολοκλήρωση της παραλαβής των προσφορών και καταγραφής των δικαιολογητικών συμμετοχής, ακολουθεί η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και η ανακοίνωση των επί μέρους στοιχείων τους, τα οποία επίσης καταχωρίζονται στο ίδιο ως άνω πρακτικό. Στη συνέχεια αν η αναθέτουσα αρχή εφαρμόζει την παράγραφο 1 του άρθρου ... Στη συνέχεια, στις υποπεριπτώσεις αα) και ββ). τα δικαιολογητικά συμμετοχής ελέγχονται την ίδια ημέρα κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη ... 4. Τα παραπάνω οριζόμενα στις παραγράφους 1 και 2 προσαρμόζονται για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων που διενεργούνται με ηλεκτρονικό

τρόπο, σύμφωνα με τα (Άρθρα 22 και 36, με την απόφαση της παρ. 4 του άρθρου 36».

Περαιτέρω δε, στο άρθρο 101 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «Ι. Στις ανοικτές διαδικασίες, οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να αποφασίζουν να εξετάσουν τις προσφορές πριν από την επαλήθευση μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 73 έως 83. Όταν κάνουν χρήση της δυνατότητας αυτής, εξασφαλίζουν ότι ο έλεγχος μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής πραγματοποιείται κατά τρόπο αμερόληπτο και διαφανή ώστε να μην ανατίθεται σύμβαση σε προσφέροντα που θα έπρεπε να είχε αποκλειστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74 ή δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής που έχει καθορίσει η αναθέτουσα αρχή.

2. Η χρήση της διαδικασίας της προηγούμενης παραγράφου δεν επιτρέπεται: α) στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, εκτός από την περίπτωση που κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και την περίπτωση ανάθεσης σύμβασης του άρθρου 50 ...».

Στο άρ. 93 Ν. 4412/2016 ορίζονται τα εξής «Ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» περιέχει: ... β) στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων: αα) υπεύθυνη δήλωση κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2 του άρθρου 79, ββ) εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 72 ...».

2. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω (βλ. *ad hoc* και ΑΕΠΠ 793/2020. 731/2020) προκύπτει ότι σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων με κριτήριο ανάθεσης, όπως εν προκειμένω, αποκλειστικά την τιμή, δεν υφίσταται στάδιο τεχνικών προσφορών, ούτε υποβάλλεται και νοείται τεχνική προσφορά, παρά οι προσφέροντες υποβάλλουν την οικονομική προσφορά τους και τα δικαιολογητικά συμμετοχής τους, ήτοι ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, το οποίο κατ' άρ. 79 Ν. 44 12/2016, εξάλλου, αφορά αποκλειστικά τη διάγνωση έλλειψης λόγων αποκλεισμού και συνδρομής κριτηρίων επιλογής, ήτοι κατ' άρ. 75 και 76 Ν.

4412/2016 ιδιοτήτων του προσώπου του προσφέροντος, ως και εγγυητική συμμετοχής.

Ο δε λόγος για τον οποίο αποκλείεται σε διαδικασίες ανάθεσης σύμβασης έργου με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή η υποβολή εν γένει τεχνικής προσφοράς και προφανώς αποκλείεται η θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών ως αντικείμενο απόδειξης και αξιολόγησης με την προσφορά, όπως και η υποβολή κάθε εν γένει στοιχείου που αντιστοιχεί σε απόδειξη τέτοιων προδιαγράφων και δη, άνευ οιασδήποτε ευχέρειας της αναθέτουσας να προβλέψει αντίθετα υπό οιαδήποτε συνθήκη και περίπτωση, είναι ακριβώς ότι σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου, το αντικείμενο της προσφοράς και εν συνεχεία, της σύμβασης δεν είναι ούτε οι πρώτες ύλες ούτε τα προς τυχόν εγκατάσταση στην κατασκευή επιμέρους αγαθά που θα ενσωματωθούν στο τεχνικό έργο, αλλά αυτή καθαυτή η εργασία του προσφέροντος και εν συνεχεία αναδόχου ως εργολάβου. Εξ ου και ακόμα και όταν το κριτήριο ανάθεσης συνίσταται στη σχέση ποιότητας/τιμής, οπότε και προβλέπεται τεχνική προσφορά, το αντικείμενο αυτής δεν ανάγεται στις πρώτες ύλες, αλλά στα τεχνικά προσόντα ή και στη προσέγγιση προς το έργο του υποψηφίου αναδόχου. Όταν όμως, το κριτήριο ανάθεσης είναι απλώς η χαμηλότερη τιμή και άρα, πέραν των κριτηρίων επιλογής δεν τυγχάνει αξιολόγησης άλλη ιδιότητα και προσόν του οικονομικού φορέα, δεν υφίσταται καν αντικείμενο προς απόδειξη πέραν των κριτηρίων επιλογής και άρα, για τον λόγο αυτό δεν υποβάλλεται καν τεχνική προσφορά. Σε καμία όμως περίπτωση, οι πρώτες ύλες δεν δύνανται να συνιστούν αντικείμενο της τεχνικής προσφοράς ακόμη και όταν το κριτήριο ανάθεσης επιτρέπει την καταρχήν απαίτηση τεχνικής προσφοράς.

Δοθέντος δε ότι στις διαδικασίες ανάθεσης έργων με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή δεν επιτρέπεται σύμφωνα με τα ανωτέρω κατά το νόμο η απαίτηση υποβολής τεχνικής προσφοράς ούτε η απαίτηση τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις πρώτες ύλες - προϊόντα που εντάσσονται στο έργο, παρέπεται -πολλώ μάλλον- ότι τέτοιες απαιτήσεις δεν δύνανται νομίμως να τεθούν ως κριτήρια επιλογής για τη συμμετοχή σε τέτοιους διαγωνισμούς. Τούτο συνάγεται και από το σχετικό ερώτημα υπ' αριθ. 12 του Μέρους IV. του ΤΕΥΔ,

το οποίο διαμορφώθηκε δυνάμει της κανονιστικού χαρακτήρα υπ' αριθ. 158/2016 Απόφασης της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με θέμα «Έγκριση του "Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης" (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), για διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης κάτω των ορίων των οδηγιών» (Β' 3698), το οποίο αφορά ΜΟΝΟ συμβάσεις προμηθειών και στο οποίο καλούνται οι οικονομικοί φορείς να δηλώσουν αν μπορούν να προσκομίσουν τα απαιτούμενα πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων. Αντίστοιχου περιεχομένου είναι και η ερώτηση υπ' αριθ. 12 του Μέρους IV. του ΕΕΕΣ, που έχει διαμορφωθεί δυνάμει του Εκτελεστικού Κανονισμού 2016/7/ΕΕ «για την καθιέρωση του τυποποιημένου εντύπου για το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας».

3. Ωστόσο, εν προκειμένω, **στον όρο 22.Δ.στ. (που εκ παραδρομής αναγράφεται ως 22.Δ.ε. στη διακήρυξη)** προβλέπεται ότι οι οικονομικοί φορείς, επί ποινή αποκλεισμού, πρέπει να διαθέτουν/προσκομίσουν:

«στ) να διαθέτουν πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία (πιστοποιητικά) βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευόμενη με παραπομπές στις τεχνικές προδιαγραφές ή σε πρότυπα.

- Έκθεση αποτελεσμάτων ελέγχου από διαπιστευμένο ινστιτούτο δοκιμών FIFA ή ισοδύναμο, από το οποίο να προκύπτουν τα τεχνικά χαρακτηριστικά που αναφέρονται στη παρούσα μελέτη με ιδιαίτερη αναφορά στη δομή του υποστρώματος, το ύψος πέλους, την υδατοπερατότητα και την αντοχή νήματος.

- Ιδιαίτερα για τον έλεγχο φυτοτοξικότητας της συνθετικής βάσης του υβριδικού συστήματος χλοοτάπητα απαιτείται: αποτελέσματα εργαστηριακού ελέγχου με τη μέθοδο της βιοδοκιμής, από εξειδικευμένο εργαστήριο στο οποίο θα αναφέρονται βασικά αγρονομικά στοιχεία, όπως ενδεικτικά, ποσοστό βλάστησης, μήκος ριζών, βάρος βλαστών, μονάδες χλωροφύλλης σε σχέση με συμπτώματα φυτοτοξικότητας.

- Ο προγραμματιστής άρδευσης θα πρέπει να είναι κατασκευασμένος από εργοστάσιο με πιστοποιημένο σύστημα διασφάλισης ποιότητας ISO 9001:2015, να διαθέτει πιστοποιητικό CE ή αντίστοιχο και να συνοδεύεται από εγγύηση καλής λειτουργίας τουλάχιστον 3 ετών. Επίσης, θα πρέπει να συνοδεύεται από βεβαίωση από το εργοστάσιο κατασκευής του προγραμματιστή άρδευσης και από επίσημο αντιπρόσωπο, για την παροχή υποστήριξης και ανταλλακτικών για την βέλτιστη λειτουργία και τις τυχόν αναγκαίες αναβαθμίσεις (updates), του υλικολογισμικού του προγραμματιστή, για διάστημα τουλάχιστον 5 ετών από την ημερομηνία εγκατάστασης του συστήματος.».

Τα ανωτέρω στην ουσία αποτελούν στοιχεία καταλληλότητας και αφορούν τα υλικά βάσει των οποίων θα κατασκευαστεί το έργο της σύμβασης.

Όπως όμως δέχεται η Αρχή Σας (απόφαση 793/2020). οι όροι αυτοί είναι παράνομοι, καθώς θεσπίζουν απαγορευμένα υποβολή τεχνικής προσφοράς σε διαδικασία ανάθεσης δημοσίου έργου με κριτήριο ανάθεσης χαμηλότερη τιμή, κατά παράβαση του άρθρου 94 παρ. 1 του ν. 4412/2016 που προβλέπει ότι τεχνική προσφορά υποβάλλεται σε διαδικασίες ανάθεσης έργων με κριτήριο τη σχέση ποιότητας-τιμής και όχι αποκλειστικά την τιμή, όπως εν προκειμένω.

Επί της ουσίας επιβάλλεται απαίτηση υποβολής στοιχείων τεχνικής προσφοράς, χωρίς να υφίσταται ούτε να επιτρέπεται κατά νόμο τέτοια τεχνική προσφορά και στάδιο. Ειδικότερα, εν προκειμένω, αφενός ούτως ή άλλως λόγω του κριτηρίου ανάθεσης δεν τίθεται εκ των προτέρων ζήτημα «τεχνικής προσφοράς», δικαιολογητικών απόδειξης τεχνικών προδιαγραφών και αξιολόγησης συμμόρφωσης με αυτές, αφετέρου, ασχέτως τούτου, οι προς απόδειξη δια των απαιτούμενων εγγράφων τεχνικές προδιαγραφές αφορούν πρώτες ύλες και υλικά που θα χρησιμοποιηθούν κατά την εκτέλεση του έργου και άρα αυτοτελώς και προς τούτο, τίθενται οι ως άνω αποδεικτικές απαιτήσεις ήδη δια της προσφοράς.

Όλως παρανόμως και αντίθετα στον ίδιο τον χαρακτήρα και το νομικό καθεστώς της διαδικασίας ως ανάθεσης έργου, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί την υποβολή εγγράφων και δικαιολογητικών απόδειξης τεχνικών προδιαγραφών πρώτων υλών του υπό ανάθεση έργου και δη με την προσφορά, εμμέσως δια της

δήλωσης συμμόρφωσης του ΤΕΥΔ, ούτως εισάγοντας απαίτηση τεχνικής προσφοράς στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή και ενώ ουδόλως κάτι τέτοιο κατά νόμο επιτρέπεται. Σε κάθε δε περίπτωση οι συγκεκριμένοι όροι είναι παράνομοι διότι συνδέεται η τεχνική επάρκεια των υποψηφίων εργοληπτών από την καταλληλότητα των υλικών που θα χρησιμοποιήσουν κατά την εκτέλεση της σύμβασης.

4. Προς επίρρωση των ισχυρισμών μας, επισημαίνεται ότι και στο ΤΕΥΔ του διαγωνισμού, το οποίο αποτελεί το κατεξοχήν έγγραφο προαποδεικτικής και δεσμευτικής ισχύος σε ένα διαγωνισμό, στα ερωτήματα 11 και 12 του μέρους Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, αναφέρονται, μεταξύ άλλων, επί λέξει τα κάτωθι: «12) Για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών

Μπορεί ο οικονομικός φορέας να προσκομίσει τα απαιτούμενα πιστοποιητικό, που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευόμενη με παραπομπές στις τεχνικές προδιαγραφές ή σε πρότυπα, και τα οποία ορίζονται στη σχετική διακήρυξη ή στην πρόσκληση ή στα έγγραφα της σύμβασης που αναφέρονται στη διακήρυξη;».

Εκ των ανωτέρω προκύπτει με ενάργεια ότι τα ζητούμενα στη διακήρυξη με τον όρο 22.Δ.στ αφορούν σε συμβάσεις προμήθειας και όχι έργου, ως εν προκειμένω. Ειδικά δε η πρώτη παράγραφος του ανωτέρω όρου είναι, στην ουσία, αντιγραφή του ερωτήματος 12 του ΤΕΥΔ στο οποίο δηλώνεται, πέρα πάσης αμφιβολίας, ότι τα ζητούμενα αυτά προβλέπονται μόνο για συμβάσεις προμήθειας.

5. Με έννομο συμφέρον, τέλος, προσβάλλουμε τον επίμαχο όρο της Διακήρυξης αφού, καίτοι ως ένωση εργοληπτών μπορούμε νομίμως να εκτελέσουμε τη σύμβαση, εν τούτοις **παρανόμως μας ζητούνται πιστοποιήσεις για τα υλικά που δεν είμαστε υποχρεωμένοι, από τον νόμο, να διαθέτουμε, δυσχεραίνοντας ή και καθιστώντας αδύνατη τη συμμετοχή μας, αφού η παρά τον νόμο και τα κοινώς ισχύοντα σε κάθε τέτοια διαδικασία απαίτηση για εκ των προτέρων απόδειξη δια της προσφοράς μας**

προδιαγραφών των πρώτων υλών που θα χρησιμοποιήσουμε στην εκτέλεση του έργου, δυσχεραίνει και επιβαρύνει την προετοιμασία και υποβολή προσφοράς και μας δεσμεύει μάλιστα εκ των προτέρων σε συγκεκριμένα επιμέρους εκ των προτέρων προσδιοριζόμενα υλικά. Όλα αυτά συνιστούν δυσχέρειες, περιορισμούς και επιβαρύνσεις που εκ των προτέρων είναι παράνομες και αδικαιολόγητες, ακριβώς γιατί ο ίδιος ο νόμος προβλέπει ότι δεν υφίστανται σε τέτοιες διαδικασίες, με αποτέλεσμα παρά τον νόμο να περιορίζεται η δυνατότητα και ευχέρεια συμμετοχής μας. Σε κάθε περίπτωση και ως προς τον όρο αυτό ισχύουν όσα αναλυτικώς προβάλλουμε ανωτέρω υπό στοιχείο 3 του λόγου Α.ι και υπό στοιχείο 3 του λόγου Α.ii. όπου παραπέμπουμε προς αποφυγή επαναλήψεων, τα οποία τον καθιστούν παράνομο και θεμελιώνουν το έννομο συμφέρον μας για την αμφισβήτηση της νομιμότητάς του. Συνεπώς, και ο σχετικός όρος 22.Δ.στ της διακήρυξης είναι παράνομος και πρέπει να ακυρωθεί, όπως και η διακήρυξη. Συμπερασματικά, εξαιτίας των ανωτέρω παράνομων, δυσανάλογων και άσχετων με το αντικείμενο της σύμβασης όρων η διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί. [...]».

6. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα («...»), καταρχάς μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά του άρθρου 22.Δ της επίμαχης Διακήρυξης και περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον έχουν τεθεί παράνομοι όροι σε σχέση με την τεχνική ικανότητα των υποψηφίων, που καθιστούν αδύνατη, άλλως, δυσχεραίνουν υπερβολικά την συμμετοχή της στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία. Ως προς το έννομο συμφέρον της, όπως στραφεί κατά όρων της εν θέματι Διακήρυξης, ισχύουν *mutatis mutandis* όσα αναφέρθηκαν για την πρώτη προσφεύγουσα στην σκέψη 5 της παρούσας.

• Όπως ειδικότερα ισχυρίζεται η ως άνω προσφεύγουσα: «[...] Η εταιρεία μας δραστηριοποιείται σε έργα οικοδομικά και πρασίνου και επιθυμούσαμε να συμμετάσχουμε στον ένδικο διαγωνισμό δοθέντος ότι η υπό ανάθεση σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο της επαγγελματικής-επιχειρηματικής δραστηριότητάς μας.

Βάσει του άρθρου 21 της διακήρυξης δικαίωμα συμμετοχής έχουν μόνον σε επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) ή στα Νομαρχιακά Μητρώα στην κατηγορία/-ies έργου, ήτοι στην κατηγορία έργων «Οικοδομικά ή Πρασίνου». Η εταιρεία μας είναι εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ στην κατηγορία έργων οδοποιίας, οικοδομικών, υδραυλικών, ηλεκτρομηχανολογικών, βιομηχανικών-ενεργειακών και έργων πρασίνου (αριθμός μητρώου: ..., <http://...>), και επομένως σε όλες τις απαιτούμενες κατά το άρθρο 22.Β της διακήρυξης κατηγορίες που της επιτρέπουν τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Ωστόσο στη διακήρυξη του διαγωνισμού περιελήφθησαν όροι που εμποδίζουν τη συμμετοχή μας σε αυτόν και έχουν τεθεί κατά παράβαση του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού και της αρχής της διαφάνειας, καθιστώντας αδύνατη - άλλως ιδιαιτέρως δυσχερή - τη συμμετοχή μας στο διαγωνισμό.

Επομένως, έχουμε εύλογο ενδιαφέρον, αλλά και εκ του νόμου και της διακήρυξης καταρχήν δικαίωμα να συμμετάσχουμε στον συγκεκριμένο διαγωνισμό και προτιθέμεθα να συμμετάσχουμε σε αυτόν, πλην όμως λόγω των παράνομων όρων της Διακήρυξης, που προσβάλλονται δια της παρούσας, καθίσταται αδύνατη η εκ μέρους μας υποβολή σύμφωνης με τη διακήρυξη και ορθής προσφοράς, γεγονός στο οποίο θεμελιώνεται το έννομο συμφέρον μας για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής μας. Συνεπώς, με προφανές έννομο συμφέρον προσβάλλουμε τη συγκεκριμένη Διακήρυξη, οι όροι της οποίας εμπόδισαν ανεπίτρεπτα τη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό.

II. Λόγος προσφυγής - Παράνομοι όροι σχετικοί με την τεχνική επάρκεια των υποψηφίων

Α. Όπως έχει παγίως κριθεί, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως δε οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων μεταξύ των διαγωνιζομένων. Προς τούτο τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, να καθορίζεται με σαφήνεια το περιεχόμενό τους και να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα ως προς το μέγεθος και τη φύση τους με το

αντικείμενο της σύμβασης (ΔΕΕ, C-218/11, Edukozivig - Hochtief Construction AG, σκέψη 27, ΣτΕ ΕΑ 37/2011, 39/2011, 257/2010, 287/2010, 288/2010, 1178/09, 660/2002, 528/2002, 990/2003, ΣτΕ 812/2009).

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). Εξάλλου, όλα τα ως άνω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, η οποία έχει αποτυπωθεί και στο άρθρο 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, και της Οδηγίας 2014/24.

Β). Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα παραπέμπει στα άρθρα 75 παρ. 4, 80 παρ. 5, όπως και στο Προσάρτημα Α', Παράρτημα XII, Μέρος II του Ν. 4412/2016, προκειμένου να τεκμηριώσει τους κάτωθι ισχυρισμούς: «Σύμφωνα με τα ανωτέρω, ο νόμος προβλέπει ρητώς ότι στις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων δημοσίων έργων η απόδειξη της τεχνικής ικανότητας ενός οικονομικού φορέα μπορεί να αποδεικνύεται με κατάλογο έργων που εκτελέστηκαν κατά την τελευταία πενταετία. Οι δε συμβάσεις έργων διακρίνονται στο σημείο αυτό στο νόμο από τις συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών για τις οποίες οι απαιτήσεις εμπειρίας ανάγονται στην τριετία. Η επιλογή αυτή του νομοθέτη (ενωσιακού και εθνικού) για τη χρονική διεύρυνση της απαίτησης εμπειρίας στα έργα στην πενταετία υπαγορεύθηκε προδήλως από την ανάγκη να διασφαλιστεί το μέγιστο δυνατό επίπεδο ανταγωνισμού. Εξάλλου, από τις ίδιες διατάξεις -ιδίως του Μέρους II του Παραρτήματος XII - ρητώς επιτρέπεται η περαιτέρω η χρονική διεύρυνση της απαιτούμενης εμπειρίας όπου κριθεί απαραίτητο από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή και πάλι με αποκλειστικό γνώμονα τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού. Αντιστρόφως, ο νομοθέτης δεν επιτρέπει τον περιορισμό του χρονικού διαστήματος εντός του οποίου πρέπει να έχει αποκτηθεί η εμπειρία. Η αναθέτουσα αρχή, εφόσον επιλέξει να θέσει ως

κριτήριο καταλληλότητας την εμπειρία σε συμβάσεις συναφούς αντικειμένου, υποχρεούται - δεσμευόμενη από το κλειστό σύστημα των κριτηρίων τεχνικής επάρκειας - να δέχεται πιστοποιητικά εμπειρίας που φθάνουν χρονικά έως και πέντε (5) έτη πριν την υποβολή των προσφορών.

Ε. Εντούτοις, στη διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπονται στο άρθρο 22.Δ., περίπτωση α', και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα:

«22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Τόσο οι ημεδαποί όσο και οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα, πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να προσκομίσουν κατά την υποβολή της προσφοράς τα παρακάτω:

α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας, να έχουν εγκαταστήσει υβριδικό χλοοτάπητα τουλάχιστον σε ένα (1) γήπεδο και να αποδεικνύεται από αντίστοιχη βεβαίωση».

Επίσης, στο άρθρο 22.Δ., περίπτωση β', της διακήρυξης προβλέπεται, επί ποινή αποκλεισμού, ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας θα πρέπει:

«β) Κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας, να έχει εγκαταστήσει έτοιμο φυσικό προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα τουλάχιστον σε δύο (2) γήπεδα κανονικών διαστάσεων (45-90 m x 90-120m) στα οποία τουλάχιστον σε ένα να διεξάγονται αγώνες επαγγελματικών κατηγοριών για εθνικά πρωταθλήματα και να αποδεικνύεται από αντίστοιχη βεβαίωση.».

Κατά συνέπεια, η διακήρυξη περιορίζει παράνομα και αδικαιολόγητα το χρονικό διάστημα το οποίο οι διαγωνιζόμενοι μπορούν να επικαλεστούν για να αποδείξουν ότι απέκτησαν την εμπειρία που απαιτείται για την απόδειξη της τεχνικής τους καταλληλότητας και επάρκειας σε μόλις τρία χρόνια, ήτοι την τελευταία τριετία, ενώ, κατά νόμο και θα έπρεπε να ληφθούν υπόψη συμβάσεις που οι διαγωνιζόμενοι εκτέλεσαν εντός της τελευταίας πενταετίας. Με τον τρόπο αυτό παραβιάζεται ευθέως ο νόμος, ενώ παράλληλα περιορίζεται υπέρμετρα και αδικαιολόγητα η ανάπτυξη ανταγωνισμού στον διαγωνισμό, χωρίς ο περιορισμός αυτός να αιτιολογείται ούτε από τη φύση της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης ως σύμβασης έργου ούτε από το ειδικότερο αντικείμενο της σύμβασης ούτε από οποιονδήποτε τεχνικό και αντικειμενικό λόγο. Αντιθέτως, σε

συνδυασμό με το γεγονός ότι η απαιτούμενη ιδίως από τον όρο 22.Δ.γ' εμπειρία είναι ιδιαίτερος ειδική, αφού εξαρτάται από την εκτέλεση εργασιών σε γήπεδο όπου διεξάγονται επαγγελματικοί αγώνες **σε επίπεδο εθνικού πρωταθλήματος**, ήτοι σε περιορισμένο αριθμό γηπέδων τουλάχιστον στην Ελλάδα, η εγκατάσταση ή/και ολική ανασκευή των οποίων δεν πραγματοποιείται σε τακτά και σύντομα διαστήματα και πάντως πραγματοποιείται σε διαστήματα μεγαλύτερα της τριετίας, καθίσταται σαφές ότι η απαίτηση απόδειξης τέτοιας εμπειρίας εντός της τριετίας που προηγείται του διαγωνισμού περιορίζει ιδιαίτερος τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν οικονομικών φορέων, τουλάχιστον δε τον κύκλο των εγκατεστημένων στην Ελλάδα τέτοιων οικονομικών φορέων. Εκ των ανωτέρω παράνομων όρων αδικαιολόγητα περιορίζεται το δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό και αποκλείονται από αυτόν εταιρείες, όπως η εταιρεία μας, οι οποίες (βλ. αμέσως κατωτ. υπό ΣΤ) διαθέτουν εμπειρία ή/και θεμελιώνουν την εμπειρία τους σε βάθος πενταετίας, όπως ακριβώς ο νόμος επιτρέπει. Και τούτο διότι ο χρονικός περιορισμός της εμπειρίας, εκτός του ότι δεν επιτρέπεται σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν, σε κάθε περίπτωση δεν δικαιολογείται από οποιονδήποτε αντικειμενικό λόγο - τεχνικό ή άλλο - κατά πρόδηλη παράβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που παρέχεται στις αναθέτουσες αρχές από τις προαναφερθείσες διατάξεις των άρθρων 75 παρ. 4, 80 παρ. 5 και υποπ. ι) της περ. α) του Μέρους II του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016. Για τους λόγους αυτούς οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης είναι παράνομοι.

ΣΤ. Τέλος, μετ' εννόμου συμφέροντος προσβάλλουμε τους ανωτέρω παράνομους όρους, αφού, δοθέντος ότι, όπως προαναφέρθηκε έχουμε κατ' αρχήν δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό λόγω της εγγραφής μας στο ΜΕΕΠ στις κατηγορίες Οικοδομικών έργων και έργων πρασίνου, όπως ακριβώς απαιτείται κατά τον όρο 22.Β της διακήρυξης και προτιθέμεθα, σύμφωνα με το άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (Δάνεια εμπειρία)», να συμμετάσχουμε στον εξεταζόμενο διαγωνισμό στηριζόμενοι νομίμως την εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα, εντούτοις, λόγω των ανωτέρω παράνομων και περιοριστικών του ανταγωνισμού όρων, όπως

προπεριγράφηκαν, είναι αδύνατη - ή πάντως καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής - η εξεύρεση οικονομικού φορέα που να έχει εκτελέσει εντός της τελευταίας τριετίας το πλήθος και το ακριβές ειδικό αντικείμενο των συμβάσεων που απαιτούν οι προσβαλλόμενοι όροι, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται, για τον λόγο αυτό, η συμμετοχή μας στον διαγωνισμό.

Συνεπώς, οι προσβαλλόμενοι είναι προδήλως παράνομος και αδικαιολόγητα περιοριστικοί του ανταγωνισμού, αποκλείουν τη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό και για τον λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθούν και λόγω της σπουδαιότητας αυτών να ακυρωθεί και η διακήρυξη στο σύνολό της.

Με βάση τα ανωτέρω, λόγω των ανωτέρω παράνομων, δυσανάλογων και περιοριστικών του ανταγωνισμού όρων της διακήρυξης, αυτή πρέπει να ακυρωθεί. [...] Κατόπιν των ανωτέρω και επειδή οι Αναθέτουσες Αρχές οφείλουν να εξασφαλίζουν την ανάπτυξη ελεύθερου ανταγωνισμού και την ισότιμη και απρόσκοπτη πρόσβαση των ενδιαφερομένων που συμμετέχουν στις διαγωνιστικές διαδικασίες φορέων, ενώ τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος και να μην είναι δυσανάλογοι με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Τμήμα Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης ΕλΣυν 2063/2014, 7380/6022/2015, Στ' Κλ. ΕλΣυν 12/2016). [...]».

7. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. 6446/09.04.2021 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων προς τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, η οικεία αναθέτουσα αρχή διευκρίνισε, κατόπιν υποβολής σχετικού ερωτήματος του κ. ..., ότι: «Σε συνέχεια του εν θέματι εγγράφου σας, σας διευκρινίζουμε ότι : για την 1η Ερώτηση σας, αναφορικά με το άρθρο 22.Δ. ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ στην παράγραφο γ' της διακήρυξης «...Η εταιρεία παραγωγής του έτοιμου φυσικού προκαλλιεργημένου φυσικού χλοοτάπητα και του υβριδικού χλοοτάπητα πρέπει να κατέχει εν ισχύ πιστοποιητικό/ βεβαίωση για την «άσκηση παραγωγής πολλαπλασιαστικού υλικού φυτωριακών επιχειρήσεων τύπου Β'» που έχει εκδοθεί από το

Υπουργείο Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων ή να διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό. Οι αλλοδαπές εταιρίες προσκομίζουν αντίστοιχο πιστοποιητικό που εκδίδεται στη χώρα προέλευσης τους, ενώ σε περίπτωση που δεν εκδίδεται σχετικό πιστοποιητικό, υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται ότι το εν λόγω δικαιολογητικό δεν προβλέπεται από την νομοθεσία της χώρας της καταστατικής έδρας τους. Το πιστοποιητικό/βεβαίωση για την «άσκηση παραγωγής πολλαπλασιαστικού υλικού φυτωριακών επιχειρήσεων τύπου Β'», αφορά τον προκαλλιεργημένο σύστημα υβριδικού χλοοτάπητα που έχει εγκατασταθεί και αναπτυχθεί σε αδειοδοτημένη φυτωριακή μονάδα. Αν ο προκαλλιεργημένος φυσικός χλοοτάπητας έχει καλλιεργηθεί σε **διαφορετική φυτωριακή μονάδα, απαιτείται ξεχωριστή (βεβαίωση από την κάθε φυτωριακή μονάδα).**

8. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. 6827/22.04.2021 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με Θέμα: «Απόψεις του ..., επί της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (Γ.Α.Κ.) Α.Ε.Π.Π. 768/12.04.2021 Προδικαστικής Προσφυγής, ασκηθείσας από την εταιρία με την επωνυμία «...», στρεφόμενης κατά του ... και κατά της διακήρυξης (...) με τίτλο «...» καθώς και κατά της από 09.04.2021 διευκρίνισης της επί του με αρ. πρωτ. 6446/06.04.2021 εγγράφου του ..., στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με α/α συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.», αναφέρονται, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι:

«[...] Α.- Το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και οι απαιτήσεις της διακήρυξης Α.1.- Αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης είναι η ..., μετά των απαραίτητων εργασιών ανακατασκευής των υποδομών του. Οι οριζόμενες στη μελέτη του έργου εργασίες έχουν ως σκοπό την εγκατάσταση νέου, σύγχρονου, ανθεκτικού και λειτουργικά αποτελεσματικού χλοοτάπητα και του απαραίτητου για τη συντήρησή του αρδευτικού δικτύου και αυτοματοποιημένου συστήματος άρδευσης, με τεχνολογικά προηγμένο εξοπλισμό και εξαρτήματα (υπόγειοι αυτοανυψούμενοι εκτοξευτήρες, μονάδα ρύθμισης πίεσης, προγραμματιστής κ.λ.π.). Όπως ορίζεται στη μελέτη, στο έργο θα εγκατασταθούν έτοιμος **προκαλλιεργημένος φυσικός χλοοτάπητας σε έκταση συνολικού εμβαδού**

περίπου 7.000m² και έτοιμος προκαλλιεργημένος υβριδικός χλοοτάπητας σε έκταση συνολικού εμβαδού περίπου 1.330m² , στις δύο μεγάλες περιοχές του γηπέδου, που καταπονούνται περισσότερο από την έντονη χρήση και απαιτούν ενισχυμένο και μεγαλύτερης ανθεκτικότητας χλοοτάπητα. Καθώς όλες οι εργασίες του συμβατικού αντικειμένου στοχεύουν, όπως εκτέθηκε ανωτέρω, στην εγκατάσταση νέου χλοοτάπητα στο γήπεδο, που κατά ένα μέρος του θα είναι φυσικός και κατά το υπόλοιπο υβριδικός, ουσιώδη στοιχεία της σύμβασης, συναρτώμενα απολύτως με την άρτια και επιτυχή κατά προορισμό εκτέλεση του έργου, αποτελούν τα δύο αυτά είδη χλοοτάπητα, που έχουν επιλεγεί από τη μελέτη του έργου, σχετικά με τα οποία λεκτέα τα εξής:

1) Ο φυσικός χλοοτάπητας είναι μια φυτοκοινωνία που αποτελείται από ένα ή περισσότερα βοτανικά είδη, συνήθως αγρωστώδη, που αναπτύσσονται σε στενή επαφή, εξάρτηση και σχέση με το ανώτερο στρώμα της επιφάνειας του εδάφους, δημιουργώντας μια πράσινη πυκνή επιφάνεια. Η ποιότητα, ανθεκτικότητα και εν γένει βιωσιμότητα του φυσικού χλοοτάπητα εξαρτάται από πολλές παραμέτρους, σημαντικότερες από τις οποίες είναι η φύση του εδάφους, το είδος της χλόης, η μέθοδος σποράς και καλλιέργειας, η άρδευση, η συντήρηση, οι κλιματολογικές συνθήκες, κ.λ.π. **Ο φυσικός χλοοτάπητας μπορεί να είναι προκαλλιεργημένος, δηλαδή να έχει σπαρεί σε επιλεγμένους φυτωριακούς χώρους,** όπου αναπτύσσεται με επιστημονική φροντίδα και όταν είναι έτοιμος (μετά από χρονικό διάστημα τριών έως έξι μηνών περίπου, αναλόγως των κλιματολογικών συνθηκών) αφαιρείται από το χωράφι με ένα μικρό μέρος χώματος και κόβεται σε λωρίδες με ειδικά μηχανήματα, συσκευάζεται και μεταφέρεται στο τόπο εγκατάστασης του χλοοτάπητα. Οι προϋποθέσεις για την επιτυχή παραγωγή έτοιμου χλοοτάπητα είναι το έδαφος, η ποιότητα των σπόρων, η ποιότητα και η ποσότητα του νερού, οι κλιματολογικές συνθήκες, η εφαρμογή σύγχρονων μέσων και μεθόδων καλλιέργειας, από προσωπικό επιστημονικά καταρτισμένο, με τη χρήση των κατάλληλων, εξελιγμένης τεχνολογίας μηχανημάτων και γενικά εξοπλισμού. Οι προϋποθέσεις για την επιτυχή εγκατάσταση του εν λόγω χλοοτάπητα είναι η κατάλληλη γνώση του αντικειμένου, η τεχνική ικανότητα και η σχετική εμπειρία σε ανάλογα έργα

του φορέα που θα προβεί στην εγκατάσταση. Με την χρήση έτοιμου προκαλλιεργημένου φυσικού χλοοτάπητα επιτυγχάνεται αφενός η εξοικονόμηση του χρόνου καλλιέργειας και ανάπτυξης της χλόης, που άλλως θα έπρεπε να γίνει επί τόπου του έργου, αφετέρου δε η σωστή εφαρμογή, παρακολούθηση και έλεγχος της καλλιεργητικής διαδικασίας. Ο φυσικός χλοοτάπητας που θα εγκατασταθεί στο υπόψη έργο είναι προκαλλιεργημένος σε φυτώριο.

2) Υβριδικός χλοοτάπητας είναι ο φυσικός χλοοτάπητας που καλλιεργείται σε επιφάνεια, στην οποία συνυπάρχει και συνθετικό υλικό ειδικών προδιαγραφών. Διακρίνεται σε δύο είδη: α) **Στον υβριδικό χλοοτάπητα που κατασκευάζεται επί υφιστάμενου φυσικού χλοοτάπητα για την ενίσχυση αυτού**, με την εμφύτευση συνθετικών ινών στον υφιστάμενο φυσικό χλοοτάπητα. Η μέθοδος αυτή είναι δαπανηρότερη και διαφορετική από την εγκατάσταση νέου χλοοτάπητα. β) **Στον υβριδικό χλοοτάπητα που κατασκευάζεται εξ αρχής στο φυσικό έδαφος, στο οποίο εκτελούνται εργασίες βελτίωσης, ώστε να αποκτήσει την απαιτούμενη για την εγκατάσταση του χλοοτάπητα σύσταση.** Με την εγκατάσταση υβριδικού συστήματος χλοοτάπητα επιτυγχάνεται η αύξηση της ανθεκτικότητας του φυσικού χόρτου και συνεπώς οι ώρες χρήσης, παρέχεται τη δυνατότητα μεγαλύτερης καταπόνησης από συχνότερη χρήση και εξασφαλίζεται χλοοτάπητας περισσότερο φιλικός, καθόσον είναι λιγότερο σκληρός, για τα πόδια των αθλητών, για τον οποίο δεν απαιτείται αυξημένη συντήρηση, κάτι που συνεπάγεται μειωμένα έξοδα, καθώς οι ζημιές στο γρασίδι μετά τη χρήση είναι περιορισμένες σε σχέση με τον φυσικό χλοοτάπητα. Με την εγκατάσταση υβριδικού χλοοτάπητα η επιφάνεια του γηπέδου παραμένει χωρίς λακκούβες και λάσπες, είναι ασφαλέστερη, εξυπηρετεί καλύτερα τους αθλούμενους, μειώνοντας την καταπόνηση κατά την άθληση και το παιχνίδι εξελίσσεται απρόσκοπτα ακόμη και κατά την διάρκεια των χειμερινών μηνών. Τα πλεονεκτήματα του συστήματος υβριδικού χλοοτάπητα σε γήπεδο ποδοσφαίρου συνοψίζονται ως ακολούθως: • Η επαναφορά του χλοοτάπητα είναι ταχύτατη μετά την καταπόνηση του από αγώνες. • Δεν αυξάνεται η συμπίεση στο εδαφικό υπόστρωμα του χλοοτάπητα, άρα η σκληρότητα παραμένει σε ασφαλή επίπεδα, μειώνοντας σε μηδενικά επίπεδα την

καταπόνηση του μυοσκελετικού συστήματος των αθλουμένων. • Η επιφάνεια παραμένει χωρίς λακκούβες και λάσπες, το παιχνίδι εξελίσσεται απρόσκοπτα ακόμη και κατά την διάρκεια των χειμερινών μηνών, καθιστώντας το έτσι ασφαλέστερο. • Οι ζημίες είναι πολύ περιορισμένες μετά τον αγώνα, άρα μειώνει ουσιαστικά τις εργασίες συντήρησης σε σχέση με τον φυσικό χλοοτάπητα, προσφέροντας έτσι οικονομία σε εργατοώρες και υλικά (λιπάσματα, προϊόντα φυτοπροστασίας κλπ). 3) Η εγκατάσταση νέου υβριδικού χλοοτάπητα επί εδάφους μπορεί να υλοποιηθεί με δύο διαφορετικές τεχνικές μεθόδους και συγκεκριμένα: i.- με την εγκατάσταση στο έργο έτοιμου συνθετικού χλοοτάπητα και την επ' αυτού σπορά και καλλιέργεια των επιθυμητών σπόρων και ii.- με την εγκατάσταση στο έργο έτοιμου προκαλλιεργημένου σε φυτώριο υβριδικού χλοοτάπητα, ο οποίος παράγεται με την φύτευση και καλλιέργεια των ενδεδειγμένων σπόρων ή μίγματος σπόρων επί προεγκατεστημένου σε κατάλληλο εδαφικό υλικό συνθετικού χλοοτάπητα ειδικών προδιαγραφών για χρήση σε υβριδικά συστήματα, με τον οποίο ομογεγοποιείται η βλάστηση και το τελικό προϊόν, μετά την πλήρη ανάπτυξή του εντός χρονικού διαστήματος που αναλόγως των καιρικών κυρίως, αλλά και⁴ κλιματολογικών και άλλων, συνθηκών κυμαίνεται από δύο έως έξι μήνες, αποκόπτεται και μεταφέρεται έτοιμος στο χώρο όπου πρόκειται να εγκατασταθεί. Ο υβριδικός χλοοτάπητας που θα εγκατασταθεί στο υπό ανάθεση έργο είναι έτοιμος προκαλλιεργημένος χλοοτάπητας κατάλληλης ποικιλίας για αγωνιστική ποδοσφαιρική χρήση. Η επιλογή του προκαλλιεργημένου υβριδικού χλοοτάπητα (όπως και του προκαλλιεργημένου φυσικού χλοοτάπητα) έγινε διότι με την προετοιμασία του χλοοτάπητα στο γήπεδο, περιορίζεται σημαντικά η εποχική περίοδος σποράς και ανάπτυξης του, άρα και η επιτυχής μεταφυτρωτική πορεία του. Η περίοδος αυτή ως γνωστόν, περιορίζεται στους μήνες από Φεβρουάριο μέχρι και οριακά Μάιο και από το δεύτερο δεκαπενθήμερο του Σεπτεμβρίου έως περίπου τα μέσα Νοεμβρίου. Με την επιλογή της μεθόδου του έτοιμου προκαλλιεργημένου χλοοτάπητα, μηδενίζεται ο κίνδυνος αστοχίας και καταστροφής, μερικής ή ολικής, του χλοοτάπητα από ακραίες θερμοκρασίες στην κρίσιμη περίοδο από την βλάστηση μέχρι την ενηλικίωση του και επιτυγχάνεται, όπως έχει ήδη

αναφερθεί, αφενός μεν δε η σωστή εφαρμογή, παρακολούθηση και έλεγχος της καλλιεργητικής διαδικασίας σε φυτώριο που διαθέτει την εμπειρία, τα κατάλληλα μέσα, την τεχνογνωσία και το επιστημονικό και τεχνικό προσωπικό, αφετέρου δε η εξοικονόμηση του χρόνου καλλιέργειας και ανάπτυξης της βλάστησης, που άλλως θα έπρεπε να γίνει επί τόπου του έργου, με αποκλεισμό της χρήσης του γηπέδου για όλο το χρόνο που απαιτείται για την ενηλικίωση του χλοοτάπητα. [Σημειώνεται ότι ο χρόνος αυτός για τις απαραίτητες εργασίες κατασκευής επιτόπου τόσο του φυσικού όσο και του υβριδικού χλοοτάπητα μέχρι την παράδοση του γηπέδου για ποδοσφαιρική χρήση, ανέρχεται τουλάχιστον σε 100-120 ημέρες ανάλογα με τις καιρικές συνθήκες (για τον φυσικό χλοοτάπητα το απαιτούμενο χρονικό διάστημα είναι μεγαλύτερο, γιατί δεν υπάρχει η προστασία που εξασφαλίζεται για τους σπόρους από τον συνθετικό χλοοτάπητα), χρονική διάρκεια κατά την οποία δεν μπορεί να γίνει χρήση του γηπέδου από τις ποδοσφαιρικές ομάδες, εν αντιθέσει με τον έτοιμο προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα που οι εργασίες τοποθέτησης διαρκούν 10-15 ημέρες, η δε χρήση του γηπέδου είναι εφικτή αμέσως μετά την εγκατάσταση του, ακόμη και την επόμενη ημέρα].

A.2.- Προκαλλιεργημένος φυσικός χλοοτάπητας έχει εγκατασταθεί σε πάρα πολλά γήπεδα διεθνώς, και αποτελεί μια τεχνική που χρησιμοποιείται στην Ελλάδα εδώ και πολλά χρόνια. Προκαλλιεργημένος υβριδικός χλοοτάπητας έχει εγκατασταθεί σε εκατοντάδες γήπεδα και έχει δοκιμαστεί σε διεθνείς διοργανώσεις της UEFA. Στην Ελλάδα η εφαρμογή του υβριδικού συστήματος ξεκίνησε τα τελευταία χρόνια και συγκεκριμένα η πρώτη εφαρμογή του σε γήπεδο ήταν στο στάδιο «Γ. Καραϊσκάκης» του Ολυμπιακού, έργο που εκτελέσθηκε το έτος 2016 και το οποίο αφορούσε υβριδικό χλοοτάπητα που κατασκευάσθηκε επί υφιστάμενου φυσικού χλοοτάπητα με την εμφύτευση συνθετικών ινών. [Επισημαίνεται ότι το σύστημα αυτό (ενδεικτικά αναφέρονται: Δημοτικό Στάδιο ποδοσφαίρου Βουλιαγμένης, γήπεδο «Κλ. Βικελίδης» του Άρη, γήπεδο Νεάπολης του Ιωνικού, γήπεδο Νέας Σμύρνης του Πανιώνιου κ.λ.π.).

Επισημαίνεται ότι στον τομέα παραγωγής έτοιμου προκαλλιεργημένου φυσικού, αλλά και έτοιμου προκαλλιεργημένου υβριδικού χλοοτάπητα δραστηριοποιούνται πολλές εταιρείες διεθνώς. Τα τελευταία χρόνια, στην Ευρώπη δραστηριοποιούνται δεκάδες εταιρείες παραγωγής προκαλλιεργημένου υβριδικού χλοοτάπητα, που διαθέτουν πιστοποιημένα από αναγνωρισμένους φορείς φυτώρια και προετοιμάζουν και καλλιεργούν υβριδικό χλοοτάπητα με παραγγελία εκ των προτέρων είτε από ποδοσφαιρικά σωματεία, είτε από κατασκευαστικές εταιρείες που συμμετέχουν σε διαγωνιστικές διαδικασίες, είτε από εταιρείες που παράγουν το συνθετικό τμήμα του υβριδικού χλοοτάπητα. Μετά από έρευνα της αναθέτουσας αρχής του Δήμου σε αρκετά φυτώρια παραγωγής υβριδικού χλοοτάπητα, διαπιστώθηκε ότι ανάλογα με την χρονική περίοδο, διαθέτουν έτοιμο στις εγκαταστάσεις τους (ως stock), είτε παράγουν μετά από παραγγελία προκαλλιεργημένο υβριδικό χλοοτάπητα, με τις ιδιότητες και τις πιστοποιήσεις που ορίζονται στην επίδικη διακήρυξη.

Ενδεικτικά αναφέρονται τα κάτωθι φυτώρια:

-UK – ... - <https://...>

-Netherlands – ... - <https://...>

-Spain – ... - <http://...>

-Spain – - <https://...>

-Italy – ... - <http://...>

-Italy- ...- <http://...>

-... : <https://...>

- ...: <https://...> - ...: <https://...>

- ... : <https://...>

- ... : <https://...> hybrid

- ... : <https://...>

- ... : <https://www....>

- ... : <https://...> - ... England : <https://...> - ... (...) : <https://...> - ... Italy : <https://...> -

... (...) : <http://...> - ... : <https://...> - ...: <https://...> --

Στη μελέτη του έργου και ειδικότερα στην ενότητα των τεχνικών προδιαγραφών, περιγράφονται αναλυτικά **οι ιδιότητες, τα τεχνικά χαρακτηριστικά και οι εν**

γίνει προδιαγραφές των υλικών που απαιτείται να προμηθεύσει ο ανάδοχος και οι λοιπές υποχρεώσεις του ως προς την εκτέλεση των συμβατικών εργασιών. Σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν στην παρ. Α.1 ανωτέρω, τα ποιοτικά χαρακτηριστικά του φυσικού και του υβριδικού χλοοτάπητα, η διαδικασία παραγωγής του υβριδικού χλοοτάπητα και τα τεχνικά χαρακτηριστικά του συστήματος άρδευσης αποτελούν καίριας σημασίας παραμέτρους για την επιτυχή εκτέλεση του έργου. Για τον λόγο αυτόν, ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να έχει εξασφαλίσει τη δυνατότητα προμήθειας και προσκόμισης στο έργο του κατάλληλου φυσικού και υβριδικού χλοοτάπητα, η παραγωγή των οποίων θα έχει γίνει με τις κατάλληλες προδιαγραφές και με ενδεδειγμένες και πιστοποιημένες μεθόδους σε αδειοδοτημένη και πιστοποιημένη φυτωριακή μονάδα, καθώς και τη δυνατότητα προμήθειας του κατάλληλου προγραμματιστή άρδευσης (που, όπως θα εκτεθεί κατωτέρω, εξασφαλίζει την απρόσκοπτη λειτουργία του αρδευτικού συστήματος του έργου, απαραίτητου για την προστασία και συντήρηση του χλοοτάπητα).

B.- Το είδος της δημοπρατούμενης σύμβασης

Το υπό ανάθεση έργο αποσκοπεί στην έγκαιρη, έντεχνη, ασφαλή και αποτελεσματική ανακατασκευή του δημοτικού σταδίου της πόλεως, με την εκτέλεση των εργασιών που προβλέπονται στη μελέτη του έργου, συνολικού προϋπολογισμού 220.436,13 ευρώ πλέον Φ.Π.Α., εκ των οποίων η προϋπολογισθείσα συνολική δαπάνη των εργασιών ανέρχεται σε 165.635 ευρώ, ποσό στο οποίο περιλαμβάνεται η προϋπολογισθείσα σε 106.715 ευρώ δαπάνη για την προμήθεια, τοποθέτηση και εγκατάσταση έτοιμου προκαλλιεργημένου φυσικού χλοοτάπητα και του προκαλλιεργημένου συστήματος συνθετικών ινών και υβριδικού χλοοτάπητα. Όπως συνάγεται από τα εκτεθέντα ανωτέρω στο κεφ. Α και προσεπιβεβαιώνεται εκ των κονδυλίων του προϋπολογισμού, σημαντικό μέρος της δημοπρατούμενης σύμβασης αποτελεί η προμήθεια και εγκατάσταση του φυσικού και του υβριδικού χλοοτάπητα, η καταλληλότητα των οποίων εξαρτάται από τα υλικά, τη διαδικασία και τη μέθοδο παραγωγής τους σε αδειοδοτημένο προς τούτο και πιστοποιημένο αρμοδίως φυτώριο. Για το λόγο

αυτό η υπό ανάθεση σύμβαση είναι μικτή, καθόσον πρόκειται για σύμβαση στην οποία συνυπάρχουν τα στοιχεία του έργου και της προμήθειας. Η σύμβαση αυτή, κατά τους ορισμούς του άρθρου 4 παρ. 2 και 6 του ν. 4412/2016, δημοπρατείται ως σύμβαση έργου, καθώς το κύριο αντικείμενο είναι η εκτέλεση οικοδομικών, υδραυλικών και ηλεκτρομηχανολογικών εργασιών, που απαιτεί την εφαρμογή μελέτης, με τη χρήση τεχνικών γνώσεων και μεθόδων, όμως λόγω της εξέχουσας σημασίας που έχει για τη λειτουργικότητα και την κατά προορισμό χρήση του έργου η προμήθεια του φυσικού και του υβριδικού χλοοτάπητα, απαιτείται να εφαρμοσθούν, προσαρμοσμένες στο ισχύον νομικό καθεστώς που ρυθμίζει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου και ορισμένες από τις διατάξεις που διέπουν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμήθειας. Επιδίωξη του Δήμου με την ανάθεση και εκτέλεση του υπόψη έργου είναι να καταστεί δυνατή η πιστοποίηση του ανακατασκευασμένου γηπέδου από τους αρμόδιους φορείς και η χρήση αυτού εντός της επόμενης αγωνιστικής περιόδου για τη διενέργεια αγώνων του επαγγελματικού πρωταθλήματος ποδοσφαίρου, προκειμένου να διαθέτει κατάλληλο γήπεδο για την πραγματοποίηση των αγώνων στους οποίους θα συμμετέχει, η ποδοσφαιρική ομάδα της πόλεως «...», που αγωνίζεται στην Γ επαγγελματική κατηγορία.

Για την επίτευξη του σκοπού αυτού απαραίτητη προϋπόθεση είναι η εμπρόθεσμη ολοκλήρωση του έργου εντός της οριζόμενης στα τεύχη δημοπράτησης προθεσμίας των 180 ημερών, για την οποία απαιτείται ο ανακηρυχθησόμενος ανάδοχος να διαθέτει την τεχνική ικανότητα που ορίζεται στη διακήρυξη για την εκτέλεση των εργασιών και, πλην άλλων, να διαθέτει τα αναγκαία προσόντα και την απαιτούμενη εμπειρία, έχοντας εκτελέσει ανάλογα έργα (σύμφωνα με τις απαιτήσεις των περιπτώσεων α' και β' του άρθρου 22.Δ της διακήρυξης) και περαιτέρω, αφενός μεν να έχει εξασφαλίσει τη συνεργασία του με κατάλληλα πιστοποιημένο προμηθευτή του φυσικού και του υβριδικού χλοοτάπητα, ο οποίος να έχει παράξει και προμηθεύσει την τελευταία τριετία σε ένα γήπεδο προκαλλιεργημένο φυσικό χλοοτάπητα και σε ένα γήπεδο προκαλλιεργημένο υβριδικό χλοοτάπητα και ο οποίος να διαθέτει πιστοποιητικά, βεβαιώσεις και εκθέσεις για την καταλληλότητα των προϊόντων, τα τεχνικά

χαρακτηριστικά και την φυτοτοξικότητα της συνθετικής βάσης του υβριδικού συστήματος χλοοτάπητα, **αφετέρου δε να έχει εξασφαλίσει τη δυνατότητα προμήθειας του προδιαγραφόμενου στη μελέτη προγραμματιστή άρδευσης, που απαιτείται για τον τηλεματικό χειρισμό του αρδευτικού συστήματος του γηπέδου, απαραίτητου για την ασφαλή και εξ αποστάσεως λειτουργία του εγκατεστημένου δικτύου.** Οι απαιτήσεις αυτές είναι απαραίτητες λόγω του είδους και της φύσεως της υπό ανάθεση σύμβασης και σύμφωνες με τις διατάξεις των άρθρων 75, 76, 78, 80 και 82 του ν. 4412/2016, και τα αναφερόμενα στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του νόμου αυτού, όπως εκτίθεται κατωτέρω. Αρνούμαστε ως εντελώς αβάσιμους τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας που συνδέουν τα τιθέμενα με τους προσβαλλόμενους όρους κριτήρια με προϋποθέσεις που δήθεν αποτελούν περιεχόμενο τεχνικής προσφοράς. Όλοι οι προσβαλλόμενοι όροι αφορούν σε απαιτήσεις που προαποδεικνύονται με τη συμπλήρωση του ΤΕΥΔ και δεν ζητούνται στοιχεία που χρήζουν αξιολόγησης στο πλαίσιο ελέγχου τεχνικής προσφοράς, η συμμόρφωση δε προς τις απαιτήσεις αυτές προκύπτει από σαφώς προσδιοριζόμενα αποδεικτικά στοιχεία, υποβαλλόμενα ως δικαιολογητικά κατακύρωσης, όπως και όλα τα στοιχεία από τα οποία αποδεικνύεται το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων στη διαγωνιστική διαδικασία. Γ.- Οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης

Γ.1.- Η προσφεύγουσα προσέβαλε την υπ' αριθμόν ... και με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ... διακήρυξη με τίτλο «...» του ... για τους κάτωθι λόγους: α) Παράνομες απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας που αφορούν στον προμηθευτή και όχι στον εργολήπτη και ειδικότερα απαίτηση για κατοχή εν ισχύ πιστοποιητικού/βεβαίωσης που δεν αφορά στον εργολήπτη, αλλά στον προμηθευτή του και απαίτηση περί απόδειξη παραγωγής και προμήθειας γηπέδων με έτοιμο φυσικό προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα και υβριδικό χλοοτάπητα που δεν αφορά τον εργολήπτη αλλά τον προμηθευτή του. Οι σχετικοί όροι της διακήρυξης είναι οι εξής:

Άρθρο 22.Δ «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα», περιπτώσεις γ' και δ', που προβλέπουν: «...γ. Η εταιρεία παραγωγής του έτοιμου φυσικού

προκαλλιεργημένου φυσικού χλοοτάπητα και του υβριδικού χλοοτάπητα πρέπει να κατέχει εν ισχύ πιστοποιητικό/ βεβαίωση για την «άσκηση παραγωγής πολλαπλασιαστικού υλικού φυτωριακών επιχειρήσεων τύπου Β΄» που έχει εκδοθεί από το Υπουργείο Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων ή να διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό . Οι αλλοδαπές εταιρίες προσκομίζουν αντίστοιχο πιστοποιητικό που εκδίδεται στη χώρα προέλευσης τους, ενώ σε περίπτωση που δεν εκδίδεται σχετικό πιστοποιητικό, υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται ότι το εν λόγω δικαιολογητικό δεν προβλέπεται από την νομοθεσία της χώρας της καταστατικής έδρας τους.

δ. Η εταιρεία παραγωγής του έτοιμου φυσικού προκαλλιεργημένου χλοοτάπητα και του υβριδικού χλοοτάπητα θα πρέπει να έχει παράξει και προμηθεύσει την τελευταία τριετία ένα γήπεδο με έτοιμο φυσικό προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα και ένα γήπεδο με υβριδικό χλοοτάπητα το οποίο θα αποδεικνύεται με τα κατάλληλα έγγραφα, ιδίως από το τιμολόγιο πώλησης και την δήλωση παραγωγής της φυτωριακής μονάδας προς το ΚΕΠΠΥΕΛ (Κέντρο Ελέγχου Πιστοποίησης Πολλαπλασιαστικού Υλικού & Ελέγχου Λιπασμάτων), του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων. Οι αλλοδαπές εταιρίες προσκομίζουν αντίστοιχο πιστοποιητικό που εκδίδεται στη χώρα προέλευσης τους, ενώ σε περίπτωση που δεν εκδίδεται σχετικό πιστοποιητικό, υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται ότι το εν λόγω δικαιολογητικό δεν προβλέπεται από την νομοθεσία της χώρας της καταστατικής έδρας τους.».

β) Παράνομη απαίτηση απόδειξης ιδιοτήτων και χαρακτηριστικών των υλικών που θα χρησιμοποιηθούν στο έργο.

Ο σχετικός όρος της διακήρυξης είναι ο εξής: Άρθρο 22.Δ «Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα», περίπτωση στ΄, που προβλέπει: «στ. να διαθέτουν πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία (πιστοποιητικά) βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευόμενη με παραπομπές στις τεχνικές προδιαγραφές ή σε πρότυπα. – Έκθεση αποτελεσμάτων ελέγχου από διαπιστευμένο ινστιτούτο δοκιμών FIFA ή ισοδύναμο, από το οποίο να προκύπτουν τα τεχνικά χαρακτηριστικά που αναφέρονται στη παρούσα μελέτη

με ιδιαίτερη αναφορά στη δομή του υποστρώματος, το ύψος πέλους, την υδατοπερατότητα και την αντοχή νήματος. – Ιδιαίτερα για τον έλεγχο φυτοτοξικότητας της συνθετικής βάσης του υβριδικού συστήματος χλοοτάπητα απαιτείται: αποτελέσματα εργαστηριακού ελέγχου με τη μέθοδο της βιοδοκιμής, από εξειδικευμένο εργαστήριο στο οποίο θα αναφέρονται βασικά αγρονομικά στοιχεία , όπως ενδεικτικά, ποσοστό βλάστησης, μήκος ριζών, βάρος βλαστών, μονάδες χλωροφύλλης σε σχέση με συμπτώματα φυτοτοξικότητας. – Ο προγραμματιστής άρδευσης θα πρέπει να είναι κατασκευασμένος από εργοστάσιο με πιστοποιημένο σύστημα διασφάλισης ποιότητας ISO 9001:2015, να διαθέτει πιστοποιητικό CE ή αντίστοιχο και να συνοδεύεται από εγγύηση καλής λειτουργίας τουλάχιστον 3 ετών. Επίσης, θα πρέπει να συνοδεύεται από βεβαίωση από το εργοστάσιο κατασκευής του προγραμματιστή άρδευσης και από επίσημο αντιπρόσωπο, για την παροχή υποστήριξης και ανταλλακτικών για τη βέλτιστη λειτουργία και τις τυχόν αναγκαίες αναβαθμίσεις (updates) του υλικολογισμικού του προγραμματιστή για διάστημα τουλάχιστον 5 ετών από την ημερομηνία εγκατάστασης του συστήματος».

Γ.2.- Σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, όπως θα καταδειχθεί κατωτέρω, οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης είναι πλήρως συνυφασμένοι με το άκρως απαιτητικό αντικείμενο του διαγωνισμού, εξυπηρετούν τον επιδιωκόμενο δι' αυτού σκοπό, που είναι η εξασφάλιση ανάθεσης του έργου σε οικονομικό φορέα που θα παρέχει τα εχέγγυα για την άρτια εκτέλεσή του και είναι καθοριστικοί για την εμπρόθεσμη και επιτυχή ολοκλήρωση του υπό ανάθεση αντικειμένου, ενώ, καίτοι περιοριστικοί, επιτρέπουν την συμμετοχή αρκετών υποψηφίων.

Ειδικότερα: 1) Ο λόγος για τον οποίο προβλέφθηκε το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της περ. γ' του άρθρου 22.Δ, είναι επειδή ο υποψήφιος θα πρέπει να έχει εξασφαλίσει την δυνατότητα προμήθειας του κατάλληλου φυσικού και υβριδικού προκαλλιεργημένου χλοοτάπητα, ο οποίος πρέπει να προέρχεται αποκλειστικά από αδειοδοτημένες μονάδες (φυτώρια) παραγωγής πολλαπλασιαστικού υλικού και τούτο να αποδεικνύεται με αντίστοιχο πιστοποιητικό εν ισχύ για την «άσκηση

παραγωγής πολλαπλασιαστικού υλικού φυτωριακών επιχειρήσεων τύπου Β΄, ή ισοδύναμο πιστοποιητικό, προκειμένου να διασφαλίζεται η ποιότητα του προϊόντος, η φυτούγεια του, η ιχνηλασιμότητα, κ.λπ. Σημειώνεται ότι πιστοποιητικό άσκησης παραγωγής πολλαπλασιαστικού υλικού φυτωριακών επιχειρήσεων τύπου Β΄ διαθέτουν όλες οι νόμιμα λειτουργούσες επιχειρήσεις παραγωγής και διάθεσης φυτών, ο αριθμός δε των επιχειρήσεων αυτών που διαθέτουν τις οικείες άδειες λειτουργίας σε ισχύ ανέρχεται σε 1.463, σύμφωνα με το Μητρώο Επιχειρήσεων Παραγωγής και Εμπορίας Πολλαπλασιαστικού Υλικού (Π/Υ) που τηρείται στο Υπουργείο Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων, στο οποίο Μητρώο ενδέχεται να μην εμφανίζονται οι επιχειρήσεις των οποίων οι άδειες λειτουργίας βρίσκονται σε διαδικασία ανανέωσης.

Επισημαίνεται ότι η παρασχεθείσα από την αναθέτουσα αρχή διευκρίνιση επί του εν λόγω όρου, καθιστά ευχερέστερη την εξασφάλιση από τους διαγωνιζόμενους παραγωγού χλοοτάπητα που πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης, καθώς διευρύνει τον κύκλο των επιχειρήσεων στις οποίες δύναται να απευθυνθεί ο υποψήφιος ανάδοχος και με τις οποίες δύναται να συνεργασθεί από το παρόν στάδιο ή κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, σε περίπτωση ανάδειξής του ως αναδόχου.

2) Ο λόγος για τον οποίο προβλέφθηκε το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της περ. δ΄ του άρθρου 22.Δ, είναι επειδή η εμπειρία και η απόδειξη της ικανότητας της εταιρείας παραγωγής των καινοτόμων αυτών χλοοταπήτων μέσω πιστοποιήσεων και εφαρμοσμένων έργων, διασφαλίζει την ποιότητα και την ασφάλεια της κατασκευής του έργου. Η εταιρεία παραγωγής του χλοοτάπητα (φυσικού και υβριδικού) απαιτείται να έχει εμπειρία στην παραγωγή χλοοτάπητα ποδοσφαιρικών προδιαγραφών και τούτο να αποδεικνύεται με την παραγωγή και προμήθεια τουλάχιστον ενός γηπέδου με φυσικό χλοοτάπητα και αντίστοιχα ενός γηπέδου με υβριδικό χλοοτάπητα, που θα βεβαιώνονται με τα προβλεπόμενα κατάλληλα έγγραφα, ιδίως από το τιμολόγιο πώλησης και την δήλωση παραγωγής της φυτωριακής μονάδας προς το ΚΕΠΠΥΕΛ (Κέντρο Ελέγχου Πιστοποίησης Πολλαπλασιαστικού Υλικού & Ελέγχου Λιπασμάτων),

του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων. Σημειώνεται ότι στο ΚΕΠΠΥΕΛ εγγράφονται όλες οι επιχειρήσεις φυτωρίων, ήτοι εκείνοι που ασκούν παραγωγή, εκείνοι που ασκούν εμπορία και εκείνοι που δραστηριοποιούνται και στα στις δύο κατηγορίες. Απαγορεύεται ρητά ή διακίνηση οποιουδήποτε φυτικού υλικού χωρίς πιστοποιητικό φυτοϋγείας, το οποίο εκδίδεται από τα κατά τόπους ΚΕΠΠΥΕΛ και τούτο επιβάλλεται για να αποφεύγεται η διασπορά ασθενειών (μυκητολογικών, βακτηριακών και ιώσεων), εχθρών (έντομα) και παρασίτων, που προσβάλλουν τα φυτικά είδη και μπορούν να πάρουν διαστάσεις επιδημίας. Η ως άνω εμπειρία του παραγωγού είναι απαραίτητη, καθώς είναι προφανές ότι είναι πολύ περισσότερες οι απαιτήσεις για χλοοτάπητα που προορίζεται για γήπεδα ποδοσφαίρου έναντι των απαιτήσεων που πρέπει να καλύπτει ο χλοοτάπητας που εγκαθίσταται σε έναν κήπο ή έναν ελεύθερο χώρο.

3) Οι απαιτήσεις της περ. στ' του άρθρου 22.Δ, τέθηκαν διότι τα τεχνικά χαρακτηριστικά του χλοοτάπητα είναι καθοριστικά για την ποιότητα, την ανθεκτικότητα και βιωσιμότητά του. Ειδικότερα, τα χαρακτηριστικά του συνθετικού τμήματος του υβριδικού χλοοτάπητα ασκούν ουσιαστική επίδραση, καθώς: α) ανοιχτή δομή του υποστρώματος, ευνοεί την βέλτιστη ανάπτυξη και διείσδυση του φυσικού χλοοτάπητα προς το εδαφικό υπόστρωμα, με αποτέλεσμα, να έχουμε μεγαλύτερη πυκνότητα φυτών, β) η υδατοπερατότητα ευνοεί την απορρόφηση του νερού προς το υπόστρωμα και κατά συνέπεια την αποφυγή λιμναζόντων υδάτων στον αγωνιστικό χώρο, και γ) η αντοχή του νήματος και το ύψος της (ύψος πέλους), διασφαλίζουν την αντοχή του υβριδικού συστήματος στη μακροχρόνια χρήση. Είναι δε αυτονόητο ότι η έλλειψη φυτοτοξικότητας και η σωστή ανάπτυξη του φυσικού χλοοτάπητα του υβριδικού συστήματος, είναι στοιχεία κρίσιμα για την καλή ποιότητα του και το χρόνο ζωής του. Περαιτέρω, απαιτείται να έχει εξευρεθεί και εξασφαλιστεί η προμήθεια προγραμματιστή άρδευσης αυξημένων δυνατοτήτων για έλεγχο μέσω internet, κατασκευασμένου από εργοστάσιο με πιστοποιημένο σύστημα διασφάλισης ποιότητας που να καλύπτει τις ανάγκες ασφαλούς διαχείρισης του συστήματος άρδευσης του γηπέδου και να ανταποκρίνεται στις προβλέψεις της μελέτης, ήτοι να πρόκειται για διαδικτυακό προγραμματιστή ρεύματος AC, για την αυτόνομη ή

την Κεντρική Διαχείριση πάρκων, γηπέδων και δημόσιων χώρων μέσω Internet, ο οποίος θα πρέπει: - να δέχεται μέχρι 24 Στάσεις VAC + Master Valve, με δυνατότητα να ανοίγει μέχρι 5 ηλεκτροβάνες ταυτόχρονα, - να έχει προγραμματισμό Ημερήσιο, Εβδομαδιαίο ή Κυκλικό μέχρι 999 ημέρες, να διαθέτει οκτώ (8) προγράμματα άρδευσης με ανεξάρτητο προγραμματισμό στάσεων/πρόγραμμα και λειτουργία 4 ενάρξεων ανά πρόγραμμα/ημέρα, - να υποστηρίζει παραθυρικό πρόγραμμα με ώρα έναρξης και ώρα παύσης μέσα σε ένα 24ωρο, με δυνατότητα μέχρι 99 κύκλων/διαστημάτων ανά ημέρα, με το χρόνο άρδευσης να ορίζεται από 1 δευτερόλεπτο μέχρι 24 ώρες, 12 - να επιτρέπει επιλογή της άρδευσης με βάση την διάρκεια (time), τον όγκο νερού (volume), την επιφάνεια του εδάφους (area) ή το ύψος βροχής (mm), με την σύνδεση κατάλληλων αισθητήρων, - να διαθέτει παράκαμψη συγκεκριμένων ημερών άρδευσης μέσω ετήσιου ημερολογίου, - να επιτρέπει ο προγραμματισμός της άρδευσης να μπορεί να γίνεται με ετήσια ποσοστιαία προσαρμογή (water budget) και επιλογή ημέρας έναρξης και παύσης/έτος, - να διαθέτει την δυνατότητα σύνδεσης 4 αναλογικών αισθητήρων 4-20mA για έλεγχο μετεωρολογικών δεδομένων και δεδομένων EC/pH, και δυνατότητα σύνδεσης 4 ψηφιακών αισθητήρων, για την σύνδεση αισθητήρα βροχής (Rain sensor), αισθητήρα παροχής (Water sensor) αισθητήρα λίπανσης (Fertilizer sensor), και μια προγραμματιζόμενη επαφή κοινού αισθητήρα (Common Sensor) για σύνδεση αισθητήριων ελέγχου στάθμης δεξαμενών (φλοτερ), πίεσης, κλπ. - να διαθέτει λειτουργία για τον έλεγχο και τον προγραμματισμό υδρολίπανσης, με ανεξάρτητη είσοδο βάνας λίπανσης (Fertilizer Valve) και δυνατότητα ποσοστιαίας λίπανσης (%) ανά στάση και ανά πρόγραμμα. - να διαθέτει λειτουργία για τον έλεγχο και προγραμματισμό ανεξάρτητου προγράμματος πλυσίματος φίλτρων με ανεξάρτητη είσοδο βάνας φίλτρανσης (Filter Flushing Valve). Η επικοινωνία και ο απομακρυσμένος έλεγχος του προγραμματιστή θα γίνεται μέσω ενσωματωμένου modem δεδομένων 3G/GPRS και κάρτα δεδομένων DATA SIM με εσωτερική κεραία, με δυνατότητα εγκατάστασης εξωτερικής κεραίας 3G/GPRS, ή προαιρετικά μέσω κάρτας Ethernet, - να διαθέτει ενσωματωμένη οθόνη LCD και 4 κουμπιά για την βασική λειτουργία του

προγραμματιστή τοπικά. Θα πρέπει να ελέγχεται απομακρυσμένα μέσω PC και Smartphone, με άμεσες ειδοποιήσεις στον υπολογιστή ή το Smartphone του χρήστη μέσω εφαρμογής ή e-mail, - να παρέχει αμφίδρομη λειτουργία χρήστη και να παρέχει άμεση ένδειξη της κατάστασης του προγραμματιστή σε πραγματικό χρόνο (real time). Περαιτέρω, η καταγραφή του ιστορικού και οι αναφορές θα πρέπει να γίνονται τοπικά σε κάρτα μνήμης SD, και να αποστέλλονται σε τακτικά διαστήματα στο Cloud, έτσι ώστε να παρέχουν στον χρήστη γρήγορη πρόσβαση σε πληροφορίες σχετικά με συναγερμούς, προγράμματα άρδευσης και αναφορές κατανάλωσης νερού. Ο προγραμματιστής θα πρέπει να διαθέτει την δυνατότητα ανίχνευσης ροής και να επιτρέπει την αντίδραση του προγραμματιστή τόσο σε υψηλή όσο και σε χαμηλή ροή, μειώνοντας τις απώλειες ενέργειας και νερού του δικτύου άρδευσης, καθώς και on-line διαχείριση της άρδευσης, μέσω ασφαλούς σελίδας με χρήση username/password. Ο έλεγχος πρόσβασης και η ανάθεση λειτουργιών στους χρήστες ανά επίπεδο πρόσβασης θα προστατεύονται από ένα μοναδικό κωδικό πρόσβασης ανά χρήστη, με διαβαθμισμένες δυνατότητες ανά χρήστη (viewer/user/administrator), μέσω ενός φιλικού μενού χρήστη, εύκολο στην εκμάθηση και απλό στην λειτουργία. Θα πρέπει να διαθέτει εφαρμογή και ιστοσελίδα στο Cloud, μεταφρασμένες στα ελληνικά, έτσι ώστε να επιτρέπει την πρόσβαση από οποιοδήποτε υπολογιστή/smartphone με πρόσβαση στο internet, χωρίς να απαιτείται η εγκατάσταση ειδικού λογισμικού ή χρήση εξειδικευμένου υπολογιστή. Θα πρέπει να είναι συμβατός με ηλεκτροβαλβίδες άρδευσης 24 VAC, με έξοδο 1,0Amp/Στάση. Το μέγιστο μήκος των καλωδίων σύνδεσης θα πρέπει να είναι μέχρι 130μ. με καλώδιο πάχους 18AWG ή 520μ. με καλώδιο 12AWG. Θα πρέπει να είναι κατάλληλος για εξωτερική τοποθέτηση IP65. Θα διαθέτει επιλογή εγκατάστασης σε τοίχο ή σε μεταλλικό σωλήνα διαμέτρου 1 1/4" ή 1 1/2". Οι διαστάσεις του δεν θα πρέπει να ξεπερνούν τα 10,5cm x 24,5cm x 25,5cm για την τοποθέτηση σε ερμάριο, ενώ η θερμοκρασία λειτουργίας θα πρέπει να είναι -10oC έως +60oC. Είναι προφανές ότι η εξασφάλιση προμήθειας ενός ειδικού προγραμματιστή, όπως είναι ο απαιτούμενος από τη μελέτη του έργου, με τον οποίο διασφαλίζεται η προστασία

και διατήρηση της καλής κατάστασης του κατασκευασθσόμενου έργου, ήδη από το χρόνο εκτέλεσης των εργασιών (καθώς ο σύστημα άρδευσης θα πρέπει να είναι σε κανονική και άριστη λειτουργία αμέσως μόλις γίνει η τοποθέτηση στο γήπεδο του φυσικού και του υβριδικού χλοοτάπητα), αποτελεί ουσιώδη παράμετρο για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, που πρέπει να διασφαλιστεί από το στάδιο του διαγωνισμού.

4) Οι τιθέμενοι στη Διακήρυξη όροι που αφορούν τον παραγωγό του προκαλλιεργημένου φυσικού χλοοτάπητα και του προκαλλιεργημένου υβριδικού χλοοτάπητα, εξυπηρετούν εύλογη, ουσιαστική και απαιτούμενη πραγματική ανάγκη του Δήμου, προκειμένου να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση του έργου. Πρέπει να γίνει αντιληπτό ότι η επιτυχής εγκατάσταση του χλοοτάπητα στο γήπεδο, η εξασφάλιση της λειτουργικότητας, της δυνατότητας πιστοποίησης της ποιότητας αυτού και της συντήρησής του συνιστά ζήτημα πρωτεύουσας σημασίας για το την Αναθέτουσα Αρχή, καθώς ταυτίζεται με το αποτέλεσμα στο οποίο στοχεύει η εκτέλεση της σύμβασης. Από την πλήρωση των ανωτέρω προϋποθέσεων που αφορούν στον παραγωγό αμφοτέρων των ειδών χλοοτάπητα εξαρτάται η άρτια και εμπρόθεσμη υλοποίηση του έργου, η δυνατότητα πιστοποίησης του γηπέδου από τις αρμόδιες αρχές που θα επιτρέπει τη διενέργεια αγώνων επαγγελματικού πρωταθλήματος και τη φιλοξενία σχετικών διεθνών διοργανώσεων και η κατά προορισμό χρήση και λειτουργία του.

5) Οι τιθέμενες ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής, όσον αφορά την υποδομή και ικανότητα όχι μόνο του υποψηφίου αναδόχου, αλλά και του παραγωγού του χλοοτάπητα και όσον αφορά τα προϊόντα που θα ενσωματωθούν στο έργο παρίστανται πρόσφορες για τον σκοπό τον οποίο επιδιώκει να εξυπηρετήσει η Διακήρυξη του διαγωνισμού, και δεν συντρέχει εν προκειμένω παραβίαση των διατάξεων περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων ούτε των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων και ιδίως της αναλογικότητας στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων. Τούτο, διότι η συμπερίληψη στη Διακήρυξη των επίμαχων ελάχιστων προϋποθέσεων συμμετοχής, ως προς την υποδομή και την ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου

να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της σύμβασης (πρόσφορων, κατά τα προεκτεθέντα, για τον σκοπό τον οποίο επιδιώκει να εξυπηρετήσει η Διακήρυξη του διαγωνισμού) μπορεί μεν να συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής ορισμένων υποψηφίων αναδοχών στον ένδικο διαγωνισμό, δεν εμποδίζει όμως τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται στην εκτέλεση παρόμοιων έργων να συμμετέχουν στο διαγωνισμό, εφόσον εξασφαλίσουν τη δυνατότητα προμήθειας του κατάλληλου χλοοτάπητα και προγραμματιστή άρδευσης, απευθυνόμενοι πριν από την υποβολή της προσφοράς τους όχι μόνο σε έναν, αλλά και σε περισσότερους από τους δραστηριοποιούμενους τόσο στην εγχώρια όσο και στην ευρωπαϊκή και τη διεθνή αγορά προμηθευτές που διαθέτουν τα προδιαγραφόμενα προϊόντα και τις σχετικές βεβαιώσεις για την καταλληλότητά τους, διατηρώντας έτσι το δικαίωμά τους να επιλέξουν, σε περίπτωση που αναδειχθούν ανάδοχοι, έναν εκ των περισσότερων αυτών προμηθευτών από τον οποίο θα προμηθευτούν τα προϊόντα που θα ενσωματωθούν στο έργο. Επιπροσθέτως, δεν συντρέχει εν προκειμένου ούτε παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, καθότι αφενός από την φύση τους οι ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό [ΣτΕ 1186/2011, ΕΑ ΣτΕ189,124, 9/2015, 354/2014, ΔΕφΑΘ (Ακυρ) 3315/2015] και αφετέρου οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς (και η προσφεύγουσα) μπορούν να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό είτε εξασφαλίζοντας προδιαγωνιστικά τη δυνατότητα να προμηθευτούν τα κατάλληλα ως άνω προϊόντα από έναν εκ των προμηθευτών που αποδεδειγμένα πληροί τις προϋποθέσεις καταλληλότητας αυτών, είτε με την επίκληση ικανότητας τρίτων, είτε συμμετέχοντας ως μέλος συμπράξεως ή κοινοπραξίας, εξασφαλίζοντας την πλήρωση των επίμαχων ελάχιστων προϋποθέσεως συμμετοχής.

6) Από τα ανωτέρω καταδεικνύεται ότι οι όροι που τίθενται στη Διακήρυξη για την ποιοτική επιλογή των υποψηφίων είναι απολύτως πρόσφοροι και αναλογικοί, συνδέονται άμεσα και ευθέως με το αντικείμενο του διαγωνισμού και δεν παρίστανται ασύνδετοι ή απρόσφοροι σε σχέση με το αντικείμενο και τις απαιτήσεις του διαγωνισμού. Το δικαίωμα και η υποχρέωση του αναθέτοντος

φορέα να διασφαλίσει την αποτελεσματική εκτέλεση του έργου δεν μπορεί να καταλυθεί, ούτε υπέρμετρα να περιοριστεί, προκειμένου να συμμετέχουν στο διαγωνισμό υποψήφιοι που ενδεχομένως δεν διαθέτουν την υποδομή, την εμπειρία και τις δυνατότητες που απαιτούνται για την εκτέλεση ενός απαιτητικού και ιδιαίτερου έργου, όπως το υπόψη. Ως εκ τούτου, οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης αφενός μεν είναι απαραίτητοι για την εξασφάλιση της ποιότητας του εκτελεσθσόμενου έργου και της άρτιας και εμπρόθεσμης ολοκλήρωσής του, αφετέρου δε δεν αποκλείουν τη συμμετοχή υποψηφίων στο διαγωνισμό είτε αυτοτελώς, με εξασφάλιση των απαιτούμενων πιστοποιητικών και βεβαιώσεων από έναν ή περισσότερους προμηθευτές εκάστου προϊόντος, είτε με την επίκληση δάνειας ικανότητας από τους προμηθευτές ως τρίτους, είτε ως ένωση ή κοινοπραξία με τον παραγωγό του χλοοτάπητα και ως εκ τούτου δεν νοθεύουν τον ανταγωνισμό.

7) Οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Αναθέτουσα Αρχή δε, είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς το προς εκτέλεση έργο και τα προς προμήθεια είδη που θα ενσωματωθούν σ' αυτό, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά και τις ιδιότητές τους.

8) Οι προϋποθέσεις συμμετοχής ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, 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 αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα /υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του

ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010). 9) Η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, η αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας, υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι:

(α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον,

(β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις,

(γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και

(δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Krausk κατά Land Baden-Württemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια ο αναθέτων φορέας είναι εκείνος που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου.

[...] 10) Η θέσπιση με τη διακήρυξη των απαιτήσεων που ο αναθέτων φορέας κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών του, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των υποψηφίων αναδόχων δεδομένου ότι από

τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Και ναι μεν, σύμφωνα με όσα έχουν γίνει δεκτά νομολογιακώς, καθ' ερμηνεία των προγενεστέρων διατάξεων, τα οποία δύνανται να υποστηριχθούν και υπό τις νέες ως άνω διατάξεις, αφού αυτές ρυθμίζουν κατά τον ίδιο, ακριβώς, τρόπο τα σχετικά ζητήματα των τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, ως προς την εξασφάλιση ισότιμης προσβάσεως των οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, καθώς και ως προς το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση απαιτήσεων που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων. Δεν αποκλείεται όμως ένας τέτοιος περιορισμός, αν μόνον οι συγκεκριμένες απαιτήσεις που τίθενται στη διακήρυξη εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες της σύμβασης. Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των κριτηρίων επιλογής, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που ο αναθέτων παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα, τη συνάφεια, την προσφορότητα και την αναγκαιότητα της θέσπισης των επίμαχων όρων.

11) Εν προκειμένω, οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης κρίθηκαν αναγκαίοι από την Αναθέτουσα Αρχή και προκύπτει με σαφήνεια από όσα έχουν εκτεθεί παραπάνω ότι τέθηκαν προκειμένου να διασφαλιστεί ότι αυτός που θα επιλεγεί θα είναι σε θέση να υλοποιήσει επιτυχώς, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, το υπό ανάθεση έργο, οι όροι δε αυτοί είναι πρόσφοροι και αναγκαίοι προς επίτευξη του ως άνω σκοπού, τίθενται κατά τρόπο αντικειμενικό, κατατείνουν στον καθορισμό του κύκλου των διαγωνιζομένων που διαθέτουν την τεχνική ικανότητα για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δεν περιορίζουν ανεπίτρεπτα τον κύκλο των δικαιουμένων να μετάσχουν στον διαγωνισμό.

Δ.- Έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας

Σύμφωνα δε με την προσφεύγουσα, λόγω των ως άνω απαιτήσεων και όρων της προσβαλλόμενης διακηρύξεως, καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή της στον διαγωνισμό και αντικειμενικώς δεν είναι σε θέση να υποβάλει νόμιμη και παραδεκτή προσφορά. Ο ανωτέρω ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι

αβάσιμος, όπως προκύπτει από το γεγονός ότι η ίδια δηλώνει πως εκ της πλούσιας εμπειρίας αμφοτέρων των μελών της στην κατασκευή και ανακατασκευή ποδοσφαιρικών γηπέδων με φυσικό, υβριδικό και συνθετικό χλοοτάπητα, τα μέλη της «έχουν αναπτύξει σταθερή συνεργασία με τους κορυφαίους προμηθευτικούς και κατασκευαστικούς οίκους του εξωτερικού στον τομέα αυτόν» (βλ. σελ. 5 της προσφυγής). Συνεπώς, εφόσον τα μέλη της προσφεύγουσας έχουν σταθερή συνεργασία με προμηθευτικούς και κατασκευαστικούς οίκους, εξειδικευμένους στην παραγωγή φυσικού και υβριδικού προκαλλιεργημένου χλοοτάπητα, είναι προφανές ότι η προσφεύγουσα δεν βρίσκεται σε αδυναμία, ούτε καν σε δυσκολία, να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις των όρων της διακήρυξης που προσβάλει με την προσφυγή της. Επομένως, η υπόψη προσφυγή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη ελλείψει εννόμου συμφέροντος.

Επειδή όλοι οι ισχυρισμοί μας που αναφέρονται ανωτέρω είναι νόμιμοι και βάσιμοι Επειδή αρνούμαστε την προσφυγή και όλους τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, που βλάπτουν τα έννομα συμφέροντα και τα δικαιώματά μας. Επειδή, ο ... έχει τηρήσει την κείμενη νομοθεσία και δεν έχει προβεί σε παράνομες ενέργειες που θίγουν τα συμφέροντα της προσφεύγουσας. Επειδή η επίκληση από την προσφεύγουσα έτερων αποφάσεων της ΑΕΠΠ με τις οποίες ακυρώθηκαν όροι άλλων διακηρύξεων, λαμβάνει χώρα απαραδέκτως, προεχόντως, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών.[...].

9. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. 6862/23.04.2021 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής επί της 2ης Προσφυγής, με θέμα: «Απόψεις του ..., επί της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (Γ.Α.Κ.) Α.Ε.Π.Π. 782/13.04.2021 Προδικαστικής Προσφυγής, ασκηθείσας από την εταιρία με την επωνυμία «...», στρεφόμενης κατά του ... και κατά της διακήρυξης (...) με τίτλο «...», στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με α/α συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ...», αναφέρονται, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι:

«[...] Β.- Οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης Β.1.- Η προσφεύγουσα προσέβαλε την υπ' αριθμόν ... και με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ... διακήρυξη με τίτλο «...»

του ..., ως προς τους όρους των περ. α και β του άρθρου 22.Δ αυτής, που έχουν ως εξής:

«22.Δ. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Τόσο οι ημεδαποί όσο και οι αλλοδαποί οικονομικοί φορείς όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, ... α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας να έχουν εγκαταστήσει υβριδικό χλοοτάπητα τουλάχιστον σε ένα (1) γήπεδο και να αποδεικνύεται από αντίστοιχη βεβαίωση, β) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας να έχουν εγκαταστήσει έτοιμο φυσικό προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα τουλάχιστον σε δύο (2) γήπεδα κανονικών διαστάσεων (45-90 m X 90-120 m) στα οποία τουλάχιστον σε ένα να διεξάγονται αγώνες επαγγελματικών κατηγοριών για εθνικά πρωταθλήματα και να αποδεικνύεται από αντίστοιχη βεβαίωση».

Ειδικότερα, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυρίζεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή παρανόμως και αδικαιολόγητα περιορίζει το χρονικό διάστημα στο οποίο οι διαγωνιζόμενοι μπορούν να επικαλεστούν για να αποδείξουν ότι απέκτησαν την εμπειρία που απαιτείται για την απόδειξη της τεχνικής τους καταλληλότητας και επάρκειας σε τρία χρόνια, ήτοι την τελευταία τριετία.

B.2.- Η προσφεύγουσα επικαλείται για να υποστηρίξει τους ανωτέρω ισχυρισμούς της τα αναφερόμενα στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, στο οποίο παραπέμπει η διάταξη του άρθρου 75 του νόμου αυτού και προβάλλει ότι βάσει αυτών των διατάξεων σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων έργων απαιτείται η ζητούμενη από τους αναθέτοντες φορείς εμπειρία σε ανάλογα έργα να εκτείνεται στην τελευταία πριν από το διαγωνισμό πενταετία. Ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας είναι αβάσιμος, όπως προκύπτει από τα αναφερόμενα σχετικώς στο ως άνω Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', όπου ορίζονται τα αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων, που μπορούν να ζητηθούν από την αναθέτουσα αρχή σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου και συγκεκριμένα ορίζεται ως τέτοιο αποδεικτικό στοιχείο, πλην άλλων (κατ'αντιγραφή, με την υπογράμμιση δική μας): **«κατάλογος εργασιών που**

εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών» . Συνεπώς, η πενταετία πριν από το διαγωνισμό δεν ορίζεται ως το χρονικό διάστημα στο οποίο απαιτείται οπωσδήποτε εκτείνεται η ζητούμενη εμπειρία, αλλά το χρονικό διάστημα έως το οποίο δύναται να εκτείνεται η εμπειρία αυτή, αναλόγως της φύσεως και του είδους του υπό ανάθεση έργου.

B.3.- Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή έθεσε ως απαίτηση στη διακήρυξη την εμπειρία σε ανάλογα έργα εντός της τελευταίας τριετίας, διότι, όπως έχει αναφερθεί ανωτέρω, η εγκατάσταση προκαλλιεργημένου υβριδικού χλοοτάπητα σε γήπεδα αποτελεί εφαρμόζεται στην Ελλάδα μόνο μετά το έτος 2018, με την ολοκλήρωση των σχετικών έργων να έχει πραγματοποιηθεί από το έτος 2019 και μετά (βλ. ανωτέρω, στην παράγραφο Α.2). Επιπροσθέτως, η απαίτηση για εκτέλεση ανάλογων έργων εντός της τελευταίας τριετίας καθορίστηκε και από το γεγονός ότι η τεχνική και η μεθοδολογία εγκατάστασης του ως άνω υβριδικού χλοοτάπητα εξελίσσεται διαρκώς και ακολουθεί τα σύγχρονα επιστημονικά και τεχνολογικά δεδομένα που μεταβάλλονται από έτος σε έτος. Συνεπώς, συντρέχουν σπουδαίοι λόγοι για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή όρισε ως κριτήριο επιλογής στον υπόψη διαγωνισμό την εγκατάσταση προκαλλιεργημένου υβριδικού και φυσικού χλοοτάπητα σε γήπεδα εντός της τελευταίας τριετίας.

B.4.- Οι τεθέντες στη Διακήρυξη ως άνω όροι που αφορούν στην εμπειρία του υποψήφιου αναδόχου, εξυπηρετούν εύλογη, ουσιαστική και απαιτούμενη πραγματική ανάγκη του Δήμου, προκειμένου να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση του έργου, με τις σύγχρονες τεχνικές μεθόδους, την εξελεγμένη τεχνογνωσία και επιστημονική κατάρτιση και τον ενδεδειγμένο νέας τεχνολογίας εξοπλισμό . Πρέπει να γίνει αντιληπτό ότι η επιτυχής εγκατάσταση του χλοοτάπητα στο γήπεδο, η εξασφάλιση της λειτουργικότητας, της δυνατότητας πιστοποίησης της ποιότητας αυτού και της συντήρησής του συνιστά ζήτημα πρωτεύουσας σημασίας για το την Αναθέτουσα Αρχή, καθώς ταυτίζεται με το αποτέλεσμα στο οποίο στοχεύει η εκτέλεση της σύμβασης. Από την πλήρωση των ανωτέρω προϋποθέσεων που αφορούν αμφότερα τα είδη χλοοτάπητα εξαρτάται η άρτια

υλοποίηση του έργου, η δυνατότητα πιστοποίησης του γηπέδου από τις αρμόδιες αρχές που θα επιτρέπει τη διενέργεια αγώνων επαγγελματικού πρωταθλήματος και τη φιλοξενία σχετικών διεθνών διοργανώσεων και η κατά προορισμό χρήση και λειτουργία του. Οι ανωτέρω τιθέμενες στη διακήρυξη προϋποθέσεις συμμετοχής παρίστανται πρόσφορες για τον σκοπό τον οποίο επιδιώκει να εξυπηρετήσει η Διακήρυξη του διαγωνισμού, και δεν συντρέχει εν προκειμένω παραβίαση των διατάξεων περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων ούτε των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων και ιδίως της αναλογικότητας στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων. Τούτο διότι η συμπερίληψη στη Διακήρυξη των επίμαχων ελάχιστων προϋποθέσεων συμμετοχής, ως προς την υποδομή και την ικανότητα του υποψηφίου αναδόχου να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της σύμβασης (πρόσφορων, κατά τα προεκτεθέντα, για τον σκοπό τον οποίο επιδιώκει να εξυπηρετήσει η Διακήρυξη του διαγωνισμού) δεν εμποδίζει τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται στην εκτέλεση παρόμοιων έργων, αλλά δεν έχουν οι ίδιοι την απαιτούμενη ως άνω εμπειρία, να συμμετέχουν στο διαγωνισμό, σε συνεργασία (υπό μορφή ενώσεως ή κοινοπραξίας ή με την επίκληση δάνειας εμπειρίας) με οικονομικό φορέα που διαθέτει την εν λόγω εμπειρία. Επιπροσθέτως, δεν συντρέχει εν προκειμένω ούτε παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, καθότι αφενός από την φύση τους οι ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό [ΣτΕ 1186/2011, ΕΑ ΣτΕ189,124, 9/2015, 354/2014, ΔΕφΑΘ (Ακυρ) 3315/2015] και αφετέρου οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς (και η προσφεύγουσα) μπορούν να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό, όπως προαναφέρθηκε, είτε με την επίκληση ικανότητας τρίτων, είτε συμμετέχοντας ως μέλος συμπράξεως ή κοινοπραξίας, εξασφαλίζοντας την πλήρωση των επίμαχων ελάχιστων προϋποθέσεως συμμετοχής.

Από τα ανωτέρω καταδεικνύεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης για την ποιοτική επιλογή των υποψηφίων είναι απολύτως πρόσφοροι και αναλογικοί, συνδέονται άμεσα και ευθέως με το αντικείμενο του διαγωνισμού και δεν παρίστανται ασύνδετοι ή απρόσφοροι σε σχέση με το αντικείμενο και τις

απαιτήσεις του διαγωνισμού. Το δικαίωμα και η υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να διασφαλίσει την αποτελεσματική εκτέλεση του έργου δεν μπορεί να καταλυθεί, ούτε υπέρμετρα να περιοριστεί, προκειμένου να συμμετέχουν στο διαγωνισμό υποψήφιοι που ενδεχομένως δεν διαθέτουν την υποδομή, την εμπειρία και τις δυνατότητες που απαιτούνται για την εκτέλεση ενός απαιτητικού και ιδιαίτερου έργου, όπως το υπόψη. Ως εκ τούτου, οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης αφενός μεν είναι απαραίτητοι για την εξασφάλιση της ποιότητας του εκτελεσθησόμενου έργου και της άρτιας και εμπρόθεσμης ολοκλήρωσής του, αφετέρου δε δεν αποκλείουν τη συμμετοχή υποψηφίων στο διαγωνισμό, καθώς οι ευλόγως ενδιαφερόμενοι, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι είναι (δηλώνοντας ότι δεν διαθέτει η ίδια την ως άνω αξιούμενη από τη διακήρυξη εμπειρία) έχουν τη δυνατότητα να συμμετέχουν στη διαγωνιστική διαδικασία, είτε με την επίκληση δάνειας ικανότητας, είτε ως ένωση ή κοινοπραξία με οικονομικό φορέα που διαθέτει την ζητούμενη εμπειρία, και ως εκ τούτου δεν νοθεύουν τον ανταγωνισμό.

Γ.- Έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας

Γ.1.- Το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική10

έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας –το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Επίσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, ακόμη και εάν είναι σοβαρές οι πλημμέλειες αυτές ή και εάν πρόκειται για κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

Γ.2.- Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν θεμελιώνει με τους περιλαμβανόμενους στην προσφυγή της ισχυρισμούς έννομο συμφέρον για την προσβολή των όρων της διακήρυξης που –κατά τους ισχυρισμούς της- είναι μη νόμιμοι και τη βλάπτουν. Συγκεκριμένα: Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, λόγω των ως άνω, τιθέμενων από τους προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, απαιτήσεων καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή της στον διαγωνισμό και αντικειμενικώς δεν είναι σε θέση να υποβάλει νόμιμη και παραδεκτή προσφορά. Ειδικότερα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό στηριζόμενη (κατ' αντιγραφή από τη σελ. 11 της προσφυγής) «στην εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα, εν τούτοις, λόγω των ανωτέρω παράνομων και περιοριστικών του ανταγωνισμού όρων, όπως προπεριγράφηκαν, είναι αδύνατη –ή πάντως καθίσταται ιδιαιτέρως δυσχερής- η εξεύρεση οικονομικού φορέα που να έχει εκτελέσει εντός της τελευταίας τριετίας το πλήθος και το ακριβές ειδικό αντικείμενο των συμβάσεων που απαιτούν οι προσβαλλόμενοι όροι, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται, για τον λόγο αυτό η συμμετοχή μας στον διαγωνισμό». Ο ανωτέρω ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι παντελώς αόριστος και μη νόμιμος.

Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει γενικά και χωρίς οποιαδήποτε τεκμηρίωση ότι θα συμμετείχε στο διαγωνισμό στηριζόμενη στη εμπειρία τρίτου και εμποδίζεται να το πράξει λόγω των προσβαλλόμενων όρων. Επισημαίνεται ότι οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας κατά των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης αφορούν το χρονικό διάστημα στο οποίο εκτείνεται η ζητούμενη εμπειρία (τριετία αντί της επιθυμητής για την προσφεύγουσα πενταετίας) και όχι το πλήθος και το ειδικό αντικείμενο των συμβάσεων που απαιτούν οι προσβαλλόμενοι όροι. Συνεπώς, για να τεκμηριώσει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της προσφυγής της η προσφεύγουσα θα έπρεπε να επικαλεσθεί και να αποδείξει ότι θα συμμετείχε στο διαγωνισμό σε συνεργασία με συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ο οποίος διαθέτει την επίδικη εμπειρία σε εγκατάσταση προκαλλιεργημένου και υβριδικού χλοοτάπητα σε γήπεδα, αλλά τα σχετικά έργα που έχει εκτελέσει έχουν ολοκληρωθεί σε χρόνο προγενέστερο της τριετίας και μικρότερο της πενταετίας από τη διενέργεια του διαγωνισμού. Η προσφεύγουσα

δεν προβάλλει οποιονδήποτε συγκεκριμένο ισχυρισμό από τον οποίο να στοιχειοθετείται η ύπαρξη εννόμου συμφέροντός της για την άσκηση της επίδικης προσφυγής, η οποία συνεπώς είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη για τον ως άνω λόγο. Επειδή όλοι οι ισχυρισμοί μας που αναφέρονται ανωτέρω είναι νόμιμοι και βάσιμοι **Επειδή** αρνούμαστε την προσφυγή και όλους τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, που βλάπτουν τα έννομα συμφέροντα και τα δικαιώματά μας. **Επειδή** ο ... έχει τηρήσει την κείμενη νομοθεσία και δεν έχει προβεί σε παράνομες ενέργειες που θίγουν τα συμφέροντα της προσφεύγουσας. **Επειδή** η επίκληση από την προσφεύγουσα έτερων αποφάσεων της ΑΕΠΠ με τις οποίες ακυρώθηκαν όροι άλλων διακηρύξεων, λαμβάνει χώρα απαραδέκτως, προεχόντως, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών. [...]»

10. Επειδή, στις 14 Μαΐου 2021, η προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων «...» υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2106, ως ισχύει, όπου υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι: «Ως προς το έννομο συμφέρον μας 1. Η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει, στις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής, ότι άνευ έννομου συμφέροντος ασκούμε την υπό εξέταση προσφυγή, καθώς, εξαιτίας της σταθερής συνεργασίας μας με τους κορυφαίους προμηθευτικούς και κατασκευαστικούς οίκους του εξωτερικού, όπως αναφέρουμε στην προσφυγή μας, προκύπτει, κατά την κρίση της, ότι δεν δυσκολευόμαστε, πολύ περισσότερο δεν αδυνατούμε, να ανταποκριθούμε στις παράνομες απαιτήσεις των όρων της διακήρυξης που προσβάλλουμε.

2. Πέραν του ότι όσα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή πρέπει να απορριφθούν ως αόριστα και αναπόδεικτα και ως εκ τούτου απαραδέκτως προβαλλόμενα, είναι και προδήλως αβάσιμα. Προφανώς η εμπειρία της ένωσής μας και όποιου οικονομικού φορέα δεν δικαιολογεί το παράνομο των όρων αυτών που θέτουν εμπόδια στη συμμετοχή μας. Εξάλλου, όπως αναλυτικά αναπτύσσουμε και στην προσφυγή μας, οι όροι αυτοί, ως εξαιρετικά δυσανάλογοι, άσχετοι και αντίθετοι με το νομικό καθεστώς της υπό ανάθεσης σύμβασης, περιορίζουν τον κύκλο των

προμηθευτών μας, από τους οποίους πλέον εξαρτάται απόλυτα η συμμετοχή μας, καίτοι η ένωσή μας από μόνη της πληροί τα υπόλοιπα νομίμως τεθέντα κριτήρια. Παράλληλα, όπως αναφέρουμε στην προσφυγή μας, ακόμα και αν μπορούσαμε να βρούμε προμηθευτή που να πληροί τους προσβαλλόμενους όρους, ουδόλως είμαστε υποχρεωμένοι εκ του νόμου να δεσμευτούμε εκ των προτέρων σε υλικά και παραγωγούς, αφού έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 793/2020) ότι σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης έργου οι προσφέροντες δεν οφείλουν να διαθέτουν εκ των προτέρων και δη κατά το στάδιο συμμετοχής στον διαγωνισμό αγαθό που να πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές. Επί του ειδικού ισχυρισμού μας αυτού, η αναθέτουσα αρχή ουδέν αναφέρει, προς αιτιολόγηση των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης, ώστε να κριθεί με βάση την αιτιολόγηση αυτή αν οι όροι αυτοί είναι τεχνικά και αντικειμενικά δικαιολογημένοι και κατάλληλοι για την ικανοποίηση των συγκεκριμένων αναγκών της αναθέτουσας αρχής. Η αδυναμία της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσει τη νομιμότητα των προσβαλλόμενων όρων αποδεικνύει τη βασιμότητα των λόγων της προσφυγής μας. 3. Εν κατακλείδι, ουδόλως η εμπειρία της ένωσής μας συνεπάγεται από μόνη της την απεριόριστη δυνατότητα να πληρούμε κάθε πιθανό όρο, και μάλιστα προδήλως παράνομο, άσχετο και δυσανάλογο, που θέτει μία διακήρυξη, ούτε μπορεί να νομιμοποιηθεί το παράνομο των όρων αυτών από την αόριστη επίκληση της αναθέτουσας αρχής στην εμπειρία της ένωσής μας. Για τους λόγους αυτούς, με προφανές έννομο συμφέρον ασκήσαμε την υπό εξέταση προσφυγή μας, η δε διακήρυξη, ως περιλαμβάνουσα τους προσβαλλόμενους παράνομους, άσχετους και δυσανάλογα περιοριστικούς του ανταγωνισμού όρους, πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.».

11. Επειδή, στις 14.05.2021 η 2η προσφεύγουσα με την επωνυμία: «...», υπέβαλε εμπρόθεσμα Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρ. 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, όπου αναφέρει τα εξής: «Επί των με αρ. πρωτ. 6862/23.04.2021 απόψεων που κατατέθηκαν από την αναθέτουσα αρχή και σε αντίκρουση αυτών επαγόμεθα τα ακόλουθα:

Α. Ως προς το έννομο συμφέρον μας

Η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει στις απόψεις της ότι άνευ έννομου συμφέροντος ασκήσαμε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, διότι θα έπρεπε να αποδεικνύουμε ότι θα συνεργαζόμασταν πράγματι με συγκεκριμένο τρίτο οικονομικό φορέα τον οποίο να κατονομάζουμε, ο οποίος να διαθέτει την τεχνική εμπειρία που απαιτεί η διακήρυξη εντός της τελευταίας πενταετίας.

Πλην όμως για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προσβολής όρων διακήρυξης, απαιτείται και αρκεί ο προσφεύγων να δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της μέλλουσας να συναφθεί σύμβασης, ιδιότητα με την οποία καθίσταται «ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση» κατά την έννοια του άρθρου 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016. **Αντιθέτως. ουδόλως απαιτείται από τον προσφεύγοντα να αποδεικνύει κατά το χρόνο υποβολής της προσφυγής του ότι πληροί και το σύνολο των κριτηρίων επιλογής, ωσάν δηλαδή να υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό και μάλιστα δια αποδεικτικών μέσων της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, ωσάν δηλαδή να έχει αναδειχθεί ανάδοχος.** Μια τέτοια ερμηνευτική προσέγγιση οδηγεί στο παράδοξο η προδικαστική προσφυγή να εξομοιώνεται με την υποβολή προσφοράς -και ενδεχομένως και με την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης αναδόχου- σε στάδιο κατά το οποίο δεν έχει εκπνεύσει το δικαίωμά του προσφεύγοντος για την οριστική υποβολή αυτής. Ένας τέτοιος, δε, περιορισμός περιορίζει κατά τρόπο μη ανεκτό το δικαίωμα δικαστικής προστασίας του ενδιαφερομένου να του ανατεθεί η σύμβαση, κατά παράβαση του άρθρου 20 του Συντάγματος και της Οδηγίας 89/665.

Σε κάθε περίπτωση, όλα όσα αντίθετα προβάλλει η αναθέτουσα αρχή θα είναι απορριπτέα και ως αβάσιμα. Στην προσφυγή μας αναφέρουμε ότι, αν και επιθυμούμε να δηλώσουμε συμμετοχή, καθώς πληρούμε τις προϋποθέσεις συμμετοχής, η εξεύρεση ενός τρίτου οικονομικού φορέα που θα μας δανείσει την εμπειρία του, η οποία μάλιστα θα πρέπει, παρανόμως, να προκύπτει μόνο εντός της τελευταίας τριετίας, είναι αδύνατη ή πάντως εξαιρετικά δυσχερής. Ο λόγος της προσφυγής μας στηρίζεται στον περιορισμό των δυνατοτήτων μας για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό με την κατάλληλη δάνεια εμπειρία, στον περιορισμό

δηλαδή της δυνατότητάς μας ανεύρεσης κατάλληλου δανείζοντος, αφού αυτός θα πρέπει να έχει αποκτήσει την εμπειρία αυτή εντός της τελευταίας τριετίας.

Εκ των ανωτέρω προκύπτει επομένως ότι είναι πράγματι δυσχερής, αν όχι αδύνατη, η υποβολή εκ μέρους μας προσφοράς, εξαιτίας του παράνομου προσβαλλόμενου όρου, ως αναφέρουμε στην προσφυγή μας, την οποία με έννομο συμφέρον έχουμε ασκήσει.

Β. Ως προς τον μόνο λόγο της προδικαστικής μας προσφυγής, περί παράνομων όρων που αφορούν στην τεχνική επάρκεια των υποψηφίων

Με τον μοναδικό λόγο της προδικαστικής μας προσφυγής, ισχυριζόμαστε ότι είναι αντίθετος στον νόμο, και συγκεκριμένα στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, ο περιορισμός να αποδεικνύεται η τεχνική επάρκεια των υποψηφίων οικονομικών φορέων με συμβάσεις εκτελεσθείσες αποκλειστικά εντός της τελευταίας τριετίας, όπως προβλέπει η διακήρυξη, και όχι εντός της τελευταίας την πενταετίας όπως ορίζει ο νόμος.

Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται με τις απόψεις της ότι ο νόμος δεν ορίζει την πενταετία ως το χρονικό διάστημα στο οποίο απαιτείται οπωσδήποτε να εκτείνεται η ζητούμενη εμπειρία, αλλά ως το χρονικό διάστημα στο οποίο δύναται να εκτείνεται αυτή, και ότι η τριετία που προβλέπει η διακήρυξη επιβάλλεται από το γεγονός ότι το συγκεκριμένο είδος χλοοτάπητα εφαρμόζεται στην Ελλάδα μόνο μετά το έτος 2018 (σελ. 6 των απόψεων).

Παρερμηνεύει η αναθέτουσα αρχή την έννοια της φράσης «κατά μέγιστο όριο» που προβλέπεται στην περίπτωση α' του Μέρους II του Παραρτήματος XII, θεωρώντας ότι δι' αυτής αναγνωρίζεται σχετικώς διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή να περιορίσει σε βάρος των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων το χρονικό διάστημα εντός του οποίου θα πρέπει να έχουν αποκτήσει την εμπειρία που θεμελιώνει την τεχνική ικανότητά τους να αναλάβουν την σύμβαση. Η ερμηνεία αυτή είναι προδήλως αντίθετη με τη ratio της ρύθμισης, όπως διαχρονικά προκύπτει από τη διατύπωσή της κατά το προϊσχύον και το ισχύον δίκαιο. Ειδικότερα:

Ήδη από το έτος 1993, με την πρώτη σχετική με την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων έργων οδηγία 93/37 (άρθρο 27 παρ. 1 περ. β' αυτής) και την

αντίστοιχη οδηγία 93/36 για τις δημόσιες προμήθειες (άρθρο 23 παρ. 1 περ. α αυτής) και έκτοτε διαχρονικώς, ήτοι και με την προϊσχύουσα οδηγία 2004/18 (άρθρο 48), η ρύθμιση για τον τρόπο απόδειξης της τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων εισάγει δικαίωμα υπέρ αυτών, ορίζοντας τους τρόπους με τους οποίους αυτοί μπορούν να αποδείξουν την εμπειρία τους. Όπως προκύπτει από τη διατύπωσή τους, υποκείμενο των διατάξεων αυτών ήταν πάντα ο οικονομικός φορέας/διαγωνιζόμενος. **Αντικείμενο της ρύθμισης ήταν το δικαίωμα του διαγωνιζομένου και όχι κάποιο δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να καθορίζει μονομερώς το χρονικό διάστημα απόκτησης της εμπειρίας του διαγωνιζομένου, μη καταλείποντας, εκ της διατύπωσής τους και μόνον οι διατάξεις αυτές, κανένα σχετικό περιθώριο διακριτικής ευχέρειας υπέρ της αναθέτουσας αρχής.** Το δε σχετικό δικαίωμα του διαγωνιζομένου ήταν απόλυτο: μπορούσε να επικαλεστεί οποιαδήποτε σύμβαση είχε εκτελέσει εντός της τελευταίας τριετίας ή πενταετίας για τις συμβάσεις προμηθειών ή έργων αντιστοίχως, προκειμένου να αποδείξει την εμπειρία που η αναθέτουσα αρχή όριζε στα έγγραφα της σύμβασης.

Η φράση «κατά μέγιστο όριο» ετέθη για πρώτη φορά με την Οδηγία 2014/24 και μεταφέρθηκε και στο εθνικό μας δίκαιο με το ν. 4412/2016. Η διαφοροποίηση αυτή ωστόσο δεν τροποποίησε την ουσία ρύθμισης, η οποία και πάλι απευθύνεται στον οικονομικό φορέα, καθιερώνει δηλαδή υπέρ αυτού δικαίωμα. Και τούτο προκύπτει από το συνδυασμό των ακόλουθων διατάξεων:

(α) Αφενός της παρ. 4 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 στην οποία καθορίζονται **οι επιτρεπόμενες για τις αναθέτουσες αρχές απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας, μεταξύ αυτών δε και η απαίτηση ικανοποιητικού επιπέδου εμπειρίας, αποδεικνυόμενου με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που οι οικονομικοί φορείς έχουν εκτελέσει κατά το παρελθόν.** Η διάταξη προβλέπει διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να ορίσει ποιο είναι το ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, τον αριθμό δηλαδή και το είδος των συμβάσεων που το αποδεικνύουν, αλλά ουδόλως επιτρέπει την εισαγωγή χρονικών περιορισμών σε βάρος των οικονομικών φορέων.

(β) Αφετέρου από την παρ. 5 του άρθρου 80 του ν. 4412/2016, όπου ορίζονται οι τρόποι που η «τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται». Η διάταξη καθορίζει τους τρόπους με τους οποίους ο οικονομικός φορέας μπορεί να αποδείξει την τεχνική ικανότητά του, καθιερώνει δηλαδή δικαίωμα υπέρ αυτού. Δεν αναφέρεται σε απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής αλλά σε δικαίωμα-δυνατότητες των διαγωνιζομένων.

Σε αυτό το δικαίωμα, του οικονομικού φορέα δηλαδή, είναι που τίθεται ο χρονικός περιορισμός της πενταετίας, αποκλείοντας τη δυνατότητά του να επικαλεστεί συμβάσεις εκτελεσθείσες σε χρόνο απώτερο για να αποδείξει την τεχνική ικανότητά του. Αντιθέτως το χρονικό όριο της πενταετίας «κατά μέγιστο όριο» δεν απευθύνεται στην αναθέτουσα αρχή και ως εκ τούτου ουδόλως καθιερώνει διακριτική ευχέρεια αυτής να περιορίζει το χρονικό διάστημα εντός του οποίου οι διαγωνιζόμενοι μπορούν να αποκτήσουν την απαιτούμενη εμπειρία και έτσι να περιστείλει τον ανταγωνισμό. Η μόνη διακριτική ευχέρεια που η (α) του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' θεσπίζει υπέρ των αναθετουσών αρχών, όπως σαφώς προκύπτει από τη δυνητική διατύπωσή της με τη χρήση του ρήματος «μπορούν», είναι η δυνατότητά τους να ορίσουν στα έγγραφα της σύμβασης ότι θα λάβουν υπόψη και συμβάσεις πέραν της πενταετίας, εάν και εφόσον το κρίνουν απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού.

Τα ανωτέρω προκύπτουν σαφώς από το γράμμα αλλά και το πνεύμα των ανωτέρω διατάξεων και την ιστορική - διαχρονική ερμηνεία των σχετικών ρυθμίσεων, αλλά και με βάση τις βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων, οι οποίες επιβάλλουν τα κριτήρια επιλογής - κατά λογική αναγκαιότητα και τα μέσα απόδειξης αυτών - να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ), που έχουν τη δυνατότητα να αποτελέσουν αναδόχους που θα εκτελέσουν αποτελεσματικά την υπό ανάθεση σύμβαση. Με βάση την αρχή του ανταγωνισμού οι σχετικές με τα κριτήρια επιλογής και τα μέσα απόδειξης αυτών

διατάξεις πρέπει να ερμηνεύονται προς την κατεύθυνση διεύρυνσης και όχι περιορισμού του ανταγωνισμού.

Επιπλέον, η νέα διατύπωση της ρύθμισης με την προσθήκη της φράσης «κατά μέγιστο όριο» δεν θίγει ούτε δύναται να περιορίζει το από επί σχεδόν 30 έτη αναγνωριζόμενο από το ενωσιακό δίκαιο δικαίωμα των διαγωνιζομένων να αποδείξουν την εμπειρία τους επικαλούμενοι τις συμβάσεις που έχουν εκτελέσει εντός της τελευταίας τριετίας (για τις προμήθειες και υπηρεσίες) και πενταετίας (για τα έργα). Τυχόν αντίθετη ερμηνεία, προς την κατεύθυνση του περιορισμού του σχετικού δικαιώματος με την αναγνώριση σχετικής διακριτικής ευχέρειας στην αναθέτουσα αρχή, είναι ευθέως αντίθετη με τον δικαιολογητικό λόγο θέσπισης όλων των ευρωπαϊκών οδηγιών για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, ο οποίος συνίσταται στο άνοιγμα των αγορών στον ανταγωνισμό και θα συνιστούσε μη ανεκτή κατά το ευρωπαϊκό δίκαιο περιστολή του αντίστοιχου κοινοτικού κεκτημένου το οποίο έχει καθιερωθεί υπέρ των ενδιαφερομένων για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων.

Κατά συνέπεια, η περ. α του του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' αναφερόμενη στην πενταετία «κατά μέγιστο όριο» ορίζει το απώτατο χρονικό όριο των συμβάσεων που μπορεί να επικαλεστεί ο οικονομικός φορέας και δεν καθιερώνει διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να περιορίσει χρονικά το δικαίωμα αυτό του οικονομικού φορέα. Η μόνη διακριτική ευχέρεια που η διάταξη αναγνωρίζει στην αναθέτουσα αρχή είναι να επεκτείνει το χρονικό όριο και πέραν της πενταετίας, υπό τους όρους που καθορίζονται στο δεύτερο εδάφιο αυτής (διεύρυνση του ανταγωνισμού λόγω ειδικών συνθηκών της υπό ανάθεση σύμβασης).

Αλλά ακόμα και εάν ίσχυαν όσα αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή περί πενταετίας ως μεγίστου χρόνου εμπειρίας άσκησης δικής της διακριτικής ευχέρειας (όπερ δεν ισχύει όπως ανωτέρω και στην προσφυγή μας αντικρούουμε), πάντως ουδόλως η επιλογή αυτή αιτιολογείται νομίμως και επαρκώς από εκείνη. Διότι ουδόλως ισχύει ότι το είδος υβριδικός χλοοτάπητας αποτελεί προϊόν «τεχνολογίας αιχμής» που μάλιστα τα επιστημονικά και τεχνολογικά δεδομένα αυτού να μεταβάλλονται από έτος σε έτος, γεγονός που

αν ήταν αληθές θα καθιστούσε αδύνατη τη διεξαγωγή οποιουδήποτε σχετικού διαγωνισμού του Ν. 4412/2016 για την ολοκλήρωση του οποίου απαιτείται ως γνωστόν κατ' ελάχιστον ένα έτος. Ούτε βεβαίως η αποκτηθείσα αποκλειστικά εντός Ελλάδας -και όχι εκτός της χώρας και δη εντός της ΕΕ- εμπειρία αποτελεί νόμιμο κριτήριο για τη διαμόρφωση του αντίστοιχου κριτηρίου και περιορισμό απαιτούμενης εμπειρίας στην τριετία και πάντως, δεν αποτελεί νόμιμο κριτήριο εντός του εξεταζόμενου διαγωνισμού, όπου (στο άρθρο 22.Δ), δεν τίθενται χωρικοί περιορισμοί στην εμπειρία των προσφερόντων, επιτρεπομένης της επίκλησης εμπειρίας από την εγκατάσταση χλοοτάπητα σε οποιοδήποτε μέρος του κόσμου. Επομένως και υπό την αβάσιμη εκδοχή που υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και πάλι ο όρος πάσχει λόγω υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειάς της και μη νόμιμης αιτιολόγησης του προσβαλλόμενου όρου με βάση τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ανταγωνισμού.

Συνεπεία των ανωτέρω, η σχετική πρόβλεψη στη διακήρυξη είναι παράνομη, νοθεύει τον υγιή ανταγωνισμό και πρέπει να ακυρωθεί, όπως και η διακήρυξη στο σύνολό της, λόγω της σπουδαιότητας του όρου αυτού.».

12. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, 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. [...]».

13. Επειδή, στο άρθρο 53 («Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης») παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή

άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...] περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 [...].».

14. Επειδή, στο άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/16, 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 XI του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό [...] 3. [...] 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. [...] 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 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς [...] Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. [...] Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο

οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης [...]. «.

16. Επειδή, στο άρθρο 80 («Αποδεικτικά μέσα») του Ν. 4412/2017 (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφοι 1, 5 και 10 αντίστοιχα, 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 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.» [...] 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 Μέρος II («Τεχνική ικανότητα») του Παραρτήματος XII («Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής») του Προσαρτήματος Α΄ του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «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, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και A.S. Graells, “Public Procurement and the EU Competition Rules” (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (βλ.κατ’ αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.) . Κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων (βλ. ειδικά την παρ. 4.1 του «Ευρωπαϊκού Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» καθώς και την Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας»). Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο

ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της.

19. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, εναργώς προκύπτει ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο *«Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής»* διευκρινίζεται ότι: *«...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων.....»*.

20. 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 τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων. (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.

21. Επειδή, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη. Κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Συνεπώς, στην περίπτωση των δημοσίων συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να εφαρμόζουν κριτήρια επιλογής τα οποία είναι αναλογικά προς τα χαρακτηριστικά της εκάστοτε διαδικασίας. Περαιτέρω, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ,

Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

22. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, οι οποίες δεν έχουν μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο σύστημα παροχής έννομης 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 του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την 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 κατά της Διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατά την άποψή του, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756, ΣτΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί κατά όρων Διακήρυξης, θεωρώντας ότι παραβάσεις του νόμου την

καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο, τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων.

23. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της Προσφυγής της ένωσης οικονομικών φορέων «...», λεκτέα είναι τα εξής: Καταρχάς, επισημαίνεται ότι σε αντίθεση με την άποψη της οικείας αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα ένωση, που δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της οικείας σύμβασης και πληροί τους όρους του άρθρου 21 («Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης») της ένδικης Διακήρυξης, έχει έννομο συμφέρον, όπως στραφεί κατά όρων που θεσπίζουν απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας, οι οποίοι εμποδίζουν ή δυσχεραίνουν την εκ μέρους της υποβολή Προσφοράς στον εν λόγω Διαγωνισμό (βλ. σκέψη 5 της παρούσας).

► **1^{ος} λόγος Προσφυγής: Θέση μη νόμιμων απαιτήσεων τεχνικής επάρκειας που αφορούν στον προμηθευτή και όχι στον συμμετέχοντα/εργολήπτη - άρθρο 2.2.Δ. περ. γ) και δ της Διακήρυξης**

• Όπως υποστηρίζει η πρώτη προσφεύγουσα, μολοντί δραστηριοποιείται στον τομέα των εργασιών πρασίνου (συμπεριλαμβανομένης της προμήθειας, εγκατάστασης και συντήρησης υβριδικού χλοοτάπητα και της εξ ολοκλήρου κατασκευής ποδοσφαιρικών γηπέδων με φυσικό, συνθετικό και υβριδικό χλοοτάπητα) και ενδιαφέρεται να αναλάβει την προς ανάθεση σύμβαση, αφού πληροί τον όρο 21 («Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης») και τα λοιπά κριτήρια τεχνικής ικανότητας, εντούτοις, εμποδίζεται η συμμετοχή της στον ένδικο Διαγωνισμό, λόγω της θέσπισης μη νόμιμων διατάξεων που αφορούν στον προμηθευτή (τρίτο) του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα [άρθρο 2.2.Δ. περ. γ) και δ)], στην επίμαχη Διακήρυξη, ως αυτή περαιτέρω διευκρινίστηκε.

Ειδικότερα, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι στο άρθρο 2.2.Δ (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) περ. γ) και δ) της εν λόγω Διακήρυξης, τέθηκαν απαιτήσεις που **ουδόλως σχετίζονται με την επαγγελματική και τεχνική**

ικανότητα του εργολήπτη/προσφέροντα, αλλά με την ικανότητα του προμηθευτή του, ήτοι, του παραγωγού του έτοιμου χλοοτάπητα, ο οποίος είναι τρίτος, διότι δεν πρόκειται να συμβληθεί με την αναθέτουσα αρχή. Η δε θέσπιση των ανωτέρω όρων έρχεται, όπως υποστηρίζει, σε πλήρη αντίθεση με τα οριζόμενα στα άρθρα 75 παρ. 4 και 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 που διέπει τον ένδικο Διαγωνισμό, όπως, επίσης, και με τα οριζόμενα στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ως άνω νόμου. Και τούτο, διότι στο ως άνω Προσάρτημα καθορίζονται τα αποδεικτικά μέσα για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την εκτέλεση της σύμβασης, τα οποία, όμως, αφορούν — όπως, άλλωστε, και οι διατάξεις των άρθρων 75 και 80 του Ν. 4412/2016 — αποκλειστικά στον προσφέροντα οικονομικό φορέα και όχι σε οποιονδήποτε τρίτο ή προμηθευτή του. Επομένως, η θέσπιση των σχετικών όρων *«δεν συνάδει με τον χαρακτήρα και το νομικό καθεστώς της υπό ανάθεση σύμβασης ως σύμβασης έργου»* και δέον ακυρωθεί.

- Σε γενικές γραμμές ο ... προτάσσει πως οι προσβαλλόμενοι όροι που αφορούν στον παραγωγό του προκαλλιεργημένου φυσικού χλοοτάπητα και του προκαλλιεργημένου υβριδικού χλοοτάπητα, εξυπηρετούν εύλογη, ουσιαστική και πραγματική ανάγκη του, που είναι η διασφάλιση της άρτιας εκτέλεσης του υπόψη έργου. Επίσης, υποστηρίζει ότι άνευ εννόμου συμφέροντος υποβλήθηκε η κρινόμενη δεύτερη Προσφυγή *«εφόσον τα μέλη της προσφεύγουσας έχουν σταθερή συνεργασία με προμηθευτικούς και κατασκευαστικούς οίκους, εξειδικευμένους στην παραγωγή φυσικού και υβριδικού προκαλλιεργημένου χλοοτάπητα...»* και ως εκ τούτου, *«δεν βρίσκεται σε αδυναμία, ούτε καν σε δυσκολία, να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις των όρων της διακήρυξης που προσβάλει με την προσφυγή της...»*.

Αναλυτικότερα:

- Κατά την οικεία αναθέτουσα αρχή, ο λόγος για τον οποίο θεσπίσθηκε το άρθρο 22.Δ. περ. γ), είναι η διασφάλιση της προμήθειας του κατάλληλου φυσικού και υβριδικού προκαλλιεργημένου χλοοτάπητα, ο οποίος θα πρέπει να προέρχεται αποκλειστικά **από αδειοδοτημένες μονάδες (φυτώρια) παραγωγής πολλαπλασιαστικού υλικού** και τούτο να αποδεικνύεται με

αντίστοιχο πιστοποιητικό εν ισχύ για την «άσκηση παραγωγής πολλαπλασιαστικού υλικού φυτωριακών επιχειρήσεων τύπου Β'», ή ισοδύναμο πιστοποιητικό, προκειμένου να διασφαλίζεται η ποιότητα του προϊόντος, η φυτοϋγεία του, η ιχνηλασιμότητα κλπ. Μάλιστα, ο Δήμος επισημαίνει ότι, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, με τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις του διεύρυνε *«τον κύκλο των επιχειρήσεων στις οποίες δύναται να απευθυνθεί ο υποψήφιος ανάδοχος και με τις οποίες δύναται να συνεργασθεί από το παρόν στάδιο ή κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, σε περίπτωση ανάδειξής του ως αναδόχου»*.

- Περαιτέρω, ο Δήμος υποστηρίζει ότι ο λόγος για τον οποίο θεσπίσθηκε το άρθρο 22.Δ περ. δ), είναι η διασφάλιση της ποιότητας των υπό προμήθεια (καινοτόμων) χλοοταπήτων μέσω πιστοποιήσεων και εφαρμοσμένων έργων και συνεπακόλουθα, η διασφάλιση της κατασκευής του έργου. Επομένως, **η εταιρία παραγωγής είναι αναγκαίο να διαθέτει εμπειρία που θα βεβαιώνεται με τα κατάλληλα έγγραφα, ως προβλέφθηκε εν προκειμένω, ιδίως από το τιμολόγιο πώλησης και την δήλωση παραγωγής της φυτωριακής μονάδας προς το ΚΕΠΠΥΕΛ (Κέντρο Ελέγχου Πιστοποίησης Πολλαπλασιαστικού Υλικού & Ελέγχου Λιπασμάτων), του Υπουργείου Αγροτικής Ανάπτυξης και Τροφίμων.**

- Στην προκείμενη περίπτωση, παρόλο που γίνονται δεκτές οι αιτιάσεις του Δήμου περί του μικτού χαρακτήρα της οικείας σύμβασης (έργο/προμήθεια), που επιτρέπει τη θέσπιση αυξημένων απαιτήσεων ποιότητας, εντούτοις, ο σκοπός αυτός επιτυγχάνεται ήδη με τη θέσπιση υποβολής Πιστοποιητικών συμμόρφωσης με συγκεκριμένα Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης (EN ISO 9001:2015, 14001:2015, 45001: 2018, 50001:2018 κλπ), στο άρθρο 22.Ε της επίμαχης Διακήρυξης. Συνεπώς, οι προσβαλλόμενες απαιτήσεις του άρθρου 22.Δ περ. γ) και δ), όχι μόνο δεν ήταν αναγκαίες για την επιτυχή εκτέλεση των εργασιών του ΚΥΠΙΟΥ υπό ανάθεση αντικειμένου (ΕΡΓΟ), ως αυτό περιγράφεται στα Τεύχη Δημοπράτησης, όπως είναι η αποξήλωση/αφαίρεση του παλαιού χλοοτάπητα, οι εσκαφές, η άρδρευση με καταιονισμό - τεχνητή βροχή, η κατασκευή εδαφικού

υποστρώματος κλπ, αλλά εν τοις πράγμασιν θέτουν δυσανάλογες απαιτήσεις στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς που δεν αφορούν στην δική τους τεχνική επάρκεια, αλλά στην επάρκεια των προμηθευτών τους, που δεν συμβάλλονται με την οικεία αναθέτουσα αρχή (τρίτοι). Επίσης, δια των επίμαχων όρων περιορίζεται υπέρμετρα ο κύκλος δυνητικών προμηθευτών των προσφερόντων και συνεπακόλουθα, τα προς χρήση υλικά και τούτο, διότι προώρως, ήτοι, ήδη κατά το στάδιο υποβολής των προσφορών, οι υποψήφιοι υποχρεούνται να δεσμευθούν ως προς τα προς προμήθεια υλικά και τους παραγωγούς τους, οι οποίοι, κατά τις προσβαλλόμενες διατάξεις, θα πρέπει να διαθέτουν συγκεκριμένες (εν ισχύ) πιστοποιήσεις/βεβαιώσεις (άρ. 22.Δ περ. γ).

Ως δε βασίμως υποστηρίζει η πρώτη προσφεύγουσα «... εξάλλου ότι με τη διευκρίνιση που παρείχε τι αναθέτουσα αρχή, έθεσε ακόμα πιο περιοριστικούς και δυσανάλογους όρους, αφού ζητά **περισσότερες βεβαιώσεις, ήτοι από κάθε φυτωριακή μονάδα, στην περίπτωση που ο προκαλλιεργημένος φυσικός χλοοτάπητας έχει καλλιεργηθεί σε διαφορετική φυτωριακή μονάδα.**». Επίσης, βασίμως προβάλλεται από την πρώτη προσφεύγουσα, η επίμαχη διευκρίνιση αναρτήθηκε στο σύστημα Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 09.04.2021, ήτοι, λίγες μόλις μέρες πριν λήξει η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (15.04.2021), «...χωρίς να προβλεφθεί ανάλογος χρόνος μετάθεσης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, προκειμένου ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να είναι σε θέση να απορεί να εκπληρώσει και αυτή τη νέα απαίτηση.».

• Με βάση τα προλεχθέντα, **ο όρος 2.2.Δ. περ. γ) της εν θέματι Διακήρυξης** έχει τεθεί κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας και των θεμελιωδών αρχών του ανόθευτου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και για τον λόγο αυτόν, πρέπει να ακυρωθεί, απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

Ομοίως, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, κατά τους οποίους η θέσπιση απαίτησης τεχνικής ικανότητας όσον αφορά στην εταιρία παραγωγής του έτοιμου φυσικού προκαλλιεργημένου χλοοτάπητα και του υβριδικού χλοοτάπητα (**βλ. άρ. 2.2.Δ. περ. δ)**, όπου ορίζεται: «...να έχει παράξει και προμηθεύσει την τελευταία τριετία ένα γήπεδο με έτοιμο φυσικό

προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα και ένα γήπεδο με υβριδικό χλοοτάπητα το οποίο θα αποδεικνύεται με τα κατάλληλα έγγραφα, ιδίως από το τιμολόγιο πώλησης και την δήλωση παραγωγής της φυτωριακής μονάδας προς το ΚΕΠΠΥΕΛ....», εισάγεται κριτήριο τεχνικής επάρκειας που ΔΕΝ αφορά στον ίδιο τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα, ούτε περιλαμβάνεται στις οριζόμενες, κατά το άρθρο 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας ή στα προβλεπόμενα και στο 80 παρ. 5 του ως άνω νόμου αποδεικτικά μέσα, αφού αμφότερες οι προρρηθείσες διατάξεις αναφέρονται στον ίδιο τον προσφέροντα και ουχί σε οποιονδήποτε τρίτο ή στον προμηθευτή του.

• Με βάση τα προλεχθέντα, **ο όρος 2.2.Δ. περ. δ) της εν θέματι Διακήρυξης** έχει, επίσης, τεθεί κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας και των θεμελιωδών αρχών του ανόθευτου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και για τον λόγο αυτόν, πρέπει να ακυρωθεί, απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Καταληκτικά, οι αιτιάσεις της (πρώτης) προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων, ως αναλύονται στον 1^ο λόγο Προσφυγής, θα πρέπει να γίνουν στο σύνολο τους δεκτές, ως βάσιμες.

► **2^{ος} λόγος Προσφυγής: Θέση μη νόμιμης απαίτησης περί απόδειξης ιδιοτήτων και χαρακτηριστικών των προς προμήθεια υλικών**

• Κατά την προσφεύγουσα, οι διατάξεις του άρ. 22.Δ περ. στ - εκ παραδρομής αναφέρεται ως περ. ε) στην οικεία Διακήρυξη - με τις οποίες ζητείται επί ποινή αποκλεισμού η υποβολή Πιστοποιητικών από επίσημα Ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία να βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, Έκθεσης αποτελεσμάτων ελέγχου από διαπιστευμένο ινστιτούτο δοκιμών FIFA ή ισοδύναμο, Αποτελεσμάτων εργαστηριακού ελέγχου με τη μέθοδο της βιοδοκιμής, από εξειδικευμένο εργαστήριο κλπ, είναι παράνομοι, καθώς μη νομίμως θεσπίζουν απαίτηση υποβολή τεχνικής προσφοράς σε διαδικασία ανάθεσης δημοσίου έργου με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, κατά παράβαση του άρθρου 94 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, στο οποίο προβλέπεται ότι τεχνική προσφορά υποβάλλεται σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων έργων με κριτήριο ανάθεσης

την πλέον συμφέρουσα προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής και όχι αποκλειστικά με βάση την τιμή, όπως εν προκειμένω. Μάλιστα, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι οι συγκεκριμένοι όροι είναι, σε κάθε περίπτωση, μη νόμιμοι, διότι «συνδέουν» την τεχνική επάρκεια των υποψηφίων εργοληπτών με την καταλληλότητα των υλικών που θα χρησιμοποιήσουν κατά την εκτέλεση της οικείας σύμβασης, παρότι κάτι τέτοιο δεν προβλέπεται στον νόμο. Όπως χαρακτηριστικά δε αναφέρει, το αντικείμενο της ένδικης σύμβασης δεν είναι ούτε οι πρώτες ύλες, ούτε τα προς εγκατάσταση στην κατασκευή επιμέρους αγαθά που τυχόν θα ενσωματωθούν στο τεχνικό έργο, αλλά αυτή καθαυτή η εργασία του προσφέροντος που θα αναδειχθεί ανάδοχος.

- Κατά την αναθέτουσα αρχή, επειδή η υπό ανάθεση σύμβαση είναι μικτή, συνυπάρχουν τα στοιχεία του έργου και της προμήθειας. Όπως ειδικότερα ισχυρίζεται ο Δήμος, η εν λόγω σύμβαση, κατά τους ορισμούς του άρθρου 4 παρ. 2 και 6 του Ν. 4412/2016, δημοπρατείται μεν ως σύμβαση έργου, αφού το κύριο αντικείμενο είναι η εκτέλεση οικοδομικών, υδραυλικών και ηλεκτρομηχανολογικών εργασιών, που απαιτεί την εφαρμογή μελέτης, με τη χρήση τεχνικών γνώσεων και μεθόδων, εντούτοις, λόγω της εξέχουσας σημασίας που έχει για τη λειτουργικότητα και την κατά προορισμό χρήση του έργου, η προμήθεια του φυσικού και του υβριδικού χλοοτάπητα, απαιτείται να εφαρμοσθούν και ορισμένες από τις διατάξεις που διέπουν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμήθειας. Τέλος, ως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, οι απαιτήσεις της περ. στ) του άρθρου 22.Δ, τέθηκαν διότι τα τεχνικά χαρακτηριστικά του χλοοτάπητα είναι καθοριστικά για την ποιότητα, την ανθεκτικότητα και βιωσιμότητά του.

- Στην προκείμενη περίπτωση, παρόλο που γίνονται δεκτές οι αιτιάσεις του Δήμου περί του μικτού χαρακτήρα της οικείας σύμβασης (έργο/προμήθεια), που επιτρέπει τη θέσπιση αυξημένων απαιτήσεων ποιότητας εντούτοις, ο σκοπός αυτός επιτυγχάνεται ήδη με τη θέσπιση απαίτησης υποβολής Πιστοποιητικών συμμόρφωσης με συγκεκριμένα Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης (EN ISO 9001:2015, 14001:2015, 45001: 2018, 50001:2018 κλπ), στο άρθρο 22.Ε της επίμαχης Διακήρυξης.

Συνεπώς, οι προσβαλλόμενες απαιτήσεις του **άρθρου 22.Δ περ. στ)**, όχι μόνο δεν ήταν αναγκαίες για την επιτυχή εκτέλεση των εργασιών του ΚΥΡΙΟΥ υπό ανάθεση αντικειμένου (ΕΡΓΟ), ως αυτό περιγράφεται στα Τεύχη Δημοπράτησης, όπως είναι η αποξήλωση/αφαίρεση του παλαιού χλοοτάπητα, οι εσκαφές, η άρδρευση με καταιονισμό -τεχνητή βροχή, η κατασκευή εδαφικού υποστρώματος κλπ, αλλά εν τοις πράγμασιν περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, καθότι – ως ορθά υποστηρίζει η προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων – εισάγουν στο επίμαχο κριτήριο ποιοτικής επιλογής τεχνικά χαρακτηριστικά των προς προμήθεια ειδών, που ουδόλως σχετίζονται με την τεχνική επάρκεια του ίδιου προσφέροντα που θα εκτελέσει τη σύμβαση. Με βάση τα προελεχθέντα και δοθέντος ότι βάσει της κείμενης νομοθεσίας, δεν είναι επιτρεπτό να παρεισφρέουν στοιχεία περί της καταλληλότητας των υλικών που θα χρησιμοποιηθούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, στις απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων, ο σχετικός λόγος της κρινόμενης Προσφυγής, θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

24. Επειδή, από την εξέταση του συνόλου των στοιχείων της 2^{ης} υπό κρίση Προσφυγής, λεκτέα είναι τα εξής:

- Κατά την 2^η προσφεύγουσα με την επωνυμία «...», **οι όροι 22.Δ. περ. α) και β) της επίμαχης Διακήρυξης**, με τους οποίους ζητείται από τους υποψηφίους: *«α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας, να έχουν εγκαταστήσει υβριδικό χλοοτάπητα τουλάχιστον σε ένα (1) γήπεδο και να αποδεικνύεται από αντίστοιχη βεβαίωση» και «β) Κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας, να έχει εγκαταστήσει έτοιμο φυσικό προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα τουλάχιστον σε δύο (2) γήπεδα κανονικών διαστάσεων (45-90 m x 90-120m) στα οποία τουλάχιστον σε ένα να διεξάγονται αγώνες επαγγελματικών κατηγοριών για εθνικά πρωταθλήματα και να αποδεικνύεται από αντίστοιχη βεβαίωση»*, περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό - χωρίς τούτο να αιτιολογείται ούτε από τη φύση της προς ανάθεση σύμβασης ή από οποιονδήποτε άλλον τεχνικό και αντικειμενικό λόγο - και καθιστούν αδύνατη, άλλως, ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον ένδικο Διαγωνισμό.

Κατά την άποψη δε της εν λόγω προσφεύγουσας, για λόγους ανοίγματος της προς ανάθεση σύμβασης στον ανταγωνισμό, θα έπρεπε να επιτρέπεται να ληφθούν υπόψη παρόμοιες συμβάσεις που εκτελέσθηκαν από τους υποψηφίους **εντός της τελευταίας πενταετίας**. Αντιθέτως, η απαιτούμενη - ιδίως από τον όρο 22.Δ.περ. β) - εμπειρία είναι ιδιαίτερος ειδική, αφού συνδέεται με την εκτέλεση εργασιών σε γήπεδο, στο οποίο διεξάγονται επαγγελματικοί αγώνες σε επίπεδο εθνικού πρωταθλήματος, ήτοι, αφορά σε περιορισμένο αριθμό γηπέδων τουλάχιστον στην Ελλάδα, η εγκατάσταση ή/και ολική ανασκευή των οποίων δεν πραγματοποιείται σε τακτά χρονικά διαστήματα και, εν πάση περιπτώσει, πραγματοποιείται σε διαστήματα μεγαλύτερα της ζητούμενης τριετίας (δυσανάλογος όρος).

Τέλος, ως επισημαίνει η προσφεύγουσα, επειδή ο χρονικός περιορισμός της ζητούμενης εμπειρίας (τριετία), ετέθη κατά πρόδηλη παράβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που παρέχεται στις αναθέτουσες αρχές από τις διατάξεις των άρθρων 75 παρ. 4 και 80 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, αλλά και τα οριζόμενα στην περ. α) του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α ως άνω νόμου, δέον ακυρωθεί, ώστε να καταστεί δυνατή η συμμετοχή περισσότερων οικονομικών φορέων στον Διαγωνισμό. Μάλιστα, λόγω της κρισιμότητας του επίμαχου όρου -αφού συνέχεται με τιθέμενο κριτήριο επιλογής- δέον ακυρωθεί η επίμαχη Διακήρυξη εν συνόλω.

• Κατά την άποψη του εν λόγω Δήμου, η θέσπιση της επίμαχης τριετίας ήταν **αναγκαία/σκόπιμη και ιδίως δικαιολογημένη**, καθόσον: α) η εγκατάσταση προκαλλιεργημένου υβριδικού χλοοτάπητα σε γήπεδα αποτελεί άρχισε να εφαρμόζεται στη χώρα μας μετά το έτος 2018, ενώ τα σχετικά έργα ολοκληρώθηκαν από το έτος 2019 και εντεύθεν και β) η μεθοδολογία εγκατάστασης του υβριδικού χλοοτάπητα εξελίσσεται διαρκώς και ακολουθεί τα σύγχρονα επιστημονικά και τεχνολογικά δεδομένα που μεταβάλλονται από έτος σε έτος. Ως εκ τούτου, οι απαιτήσεις της Διακήρυξης που σχετίζονται με τις σύγχρονες τεχνικές μεθόδους, την εξελιγμένη τεχνογνωσία και επιστημονική κατάρτιση και τον ενδεδειγμένο (νέας τεχνολογίας) εξοπλισμό, είναι δεόντως αιτιολογημένες

Μάλιστα, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, οι προσβαλλόμενες διατάξεις στοχεύουν στην εξασφάλιση της λειτουργικότητας και της πιστοποίησης της ποιότητας του προσφερόμενου χλοοτάπητα, όπως και της επιτυχούς εγκατάστασης και συντήρησής του, ήτοι, παρίστανται πρόσφορες για τον σκοπό τον οποίο επιδιώκει δια της παρούσας διαδικασίας, χωρίς ουδόλως να παραβιάζονται οι κείμενες διατάξεις ή οι ενωσιακές αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αναλογικότητας.

Τέλος, η αναθέτουσα αρχή υπογραμμίζει ότι δια των επίμαχων διατάξεων δεν περιορίζεται υπέρμετρα ο ανταγωνισμός, ως εσφαλμένα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Και τούτο, διότι είναι δυνατή η συμμετοχή στον ένδικο Διαγωνισμό *«...σε συνεργασία (υπό μορφή ενώσεως ή κοινοπραξίας η με την επίκληση δάνειας εμπειρίας) με οικονομικό φορέα που διαθέτει την εν λόγω εμπειρία...»* και περαιτέρω διότι *«...από την φύση τους οι ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό...»*. Επομένως, η προσφεύγουσα ένωση οικονομικών φορέων δεν έχει έννομο συμφέρον της για την άσκηση της κρινόμενης Προσφυγής, η οποία είναι εκ του λόγου αυτού απορριπτέα ως απαράδεκτη.

- Καταρχάς, επισημαίνεται ότι, ως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή: *«Συνεπώς, η πενταετία πριν από το διαγωνισμό δεν ορίζεται ως το χρονικό διάστημα στο οποίο απαιτείται οπωσδήποτε εκτείνεται η ζητούμενη εμπειρία, αλλά το χρονικό διάστημα έως το οποίο δύναται να εκτείνεται η εμπειρία αυτή, αναλόγως της φύσεως και του είδους του υπό ανάθεση έργου.»*, απορριπτομένων των ισχυρισμών του προσφεύγουσας, ως περιλαμβάνονται στο Υπόμνημά της. Πιο συγκεκριμένα, απορρίπτονται οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τις οποίες οι διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 4, του άρθρου 80 παρ. 5 και του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 καθιερώνουν δικαίωμα υπέρ του συμμετέχοντος, όπως επιλέξει ο ίδιος (κατά το δοκούν), εάν θα προσκομίσει συμβάσεις της τελευταίας τριετίας ή της τελευταίας πενταετίας προς απόδειξη της τεχνικής του επάρκειας.

Αντιθέτως, τόσο από το γράμμα, όσο και από το πνεύμα των ως άνω διατάξεων, αλλά και (εν γένει) του νέου θεσμικού πλαισίου για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων (Ν. 4412/2016), η θέσπιση της τριετίας ή της πενταετίας, αντίστοιχα (ως χρόνου αναφοράς) σε μια Διακήρυξη, απόκειται, σε κάθε περίπτωση, στη διακριτική ευχέρεια της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής που διεξάγει τον Διαγωνισμό, ανάλογα με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης. Επομένως, οι αναθέτουσες αρχές είναι επιφορτισμένες με τη θέσπιση των ελάχιστων απαιτήσεων τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων, με γνώμονα, όμως, πάντοτε τις θεμελιώδεις ενωσιακές αρχές της αναλογικότητας και της μη διάκρισης και ως προελέχθη, την τυχόν ιδιαίτερη φύση και την πολυπλοκότητα της προκηρυσσόμενης σύμβασης. Για τους ανωτέρω λόγους, σε περίπτωση ανάθεσης μιας σύμβασης με σύνθετο ή εξειδικευμένο τεχνικό αντικείμενο, είναι εκ του νόμου δυνατόν να τεθούν από την αναθέτουσα αρχή, εξειδικευμένες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας για λόγους ανάδειξης του καταλληλότερου υποψηφίου και συνεπακόλουθα, για λόγους διασφάλισης της άρτιας εκτέλεσής της.

Εντούτοις, επειδή γίνεται ευχερώς αντιληπτό ότι η εγκατάσταση ή/και ολική ανασκευή ενός χλοοτάπητα δεν πραγματοποιείται σε τακτά χρονικά διαστήματα και εν πάση περιπτώσει, πραγματοποιείται σε διαστήματα μεγαλύτερα της ζητούμενης τριετίας, ο οικείος όρος παρίσταται, εν προκειμένω, δυσανάλογος και δεν εξυπηρετεί τον σκοπό για τον οποίο ετέθη (καταλληλότερος υποψήφιος - άρτια εκτέλεση της σύμβασης). Μάλιστα, οι ισχυρισμοί του υπόψη Δήμου, ότι δηλαδή η εγκατάσταση προκαλλιεργημένου υβριδικού χλοοτάπητα άρχισε να εφαρμόζεται στη χώρα μας μετά το έτος 2018 ή ότι η σχετική μεθοδολογία ακολουθεί τα συνεχώς μεταβαλλόμενα επιστημονικά και τεχνολογικά δεδομένα, ουδόλως αποδείχθηκαν με συγκεκριμένα στοιχεία, ώστε να διαπιστωθεί αν οι επίμαχες απαιτήσεις είναι (ή όχι) δεόντως αιτιολογημένες, ως αορίστως υποστηρίζεται στο σχετικό έγγραφο Απόψεών του προς την Αρχή. Εξάλλου, στο ίδιο το Παράρτημα II του Προσαρτήματος Α του Ν. 4412/2016 ορίζεται ρητά ότι: *«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...».

Περαιτέρω, δοθέντος ότι στον όρο 22.Δ. περ. β) ζητείται από τους υποψηφίους να έχουν εγκαταστήσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας, **«έτοιμο φυσικό προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα τουλάχιστον σε δύο (2) γήπεδα κανονικών διαστάσεων (45-90 m χ 90-120m) στα οποία τουλάχιστον σε ένα να διεξάγονται αγώνες επαγγελματικών κατηγοριών για εθνικά πρωταθλήματα και να αποδεικνύεται από αντίστοιχη βεβαίωση»**, περιορίζεται υπέρμετρα ο ανταγωνισμός, χωρίς τούτο να αιτιολογείται ούτε από τη φύση της προς ανάθεση σύμβασης, ούτε από κάποιον άλλον τεχνικό και αντικειμενικό λόγο. Και τούτο, διότι η απαίτηση απόδειξης (δια σχετικής βεβαίωσης) παρόμοιας εμπειρίας σε **δύο (2) μάλιστα γήπεδα** - και όχι σε ένα γήπεδο, όπως στον όρο 22.Δ. περ. α) - και δη, συγκεκριμένων διαστάσεων (45-90 m χ 90-120m), στα οποία μάλιστα θα πρέπει υποχρεωτικώς να **«διεξάγονται αγώνες επαγγελματικών κατηγοριών για εθνικά πρωταθλήματα...»**, θέτει εμπόδια στον ανταγωνισμό, αφού σαφώς περιορίζει τον αριθμό των ενδιαφερόμενων να συμμετάσχουν στον ένδικο Διαγωνισμό οικονομικών φορέων (νόθευση του ανταγωνισμού), ενώ η σώρευση των ανωτέρω απαιτήσεων είναι, σε κάθε περίπτωση, δυσανάλογη, ως ορθώς υποστηρίζει η προσφεύγουσα.

Ειδικότερα, ο συνδυασμός των ανωτέρω απαιτήσεων του όρου 22.Δ. περ. β) παρεμποδίζει, άλλως, καθιστά ιδιαιτέρως δυσχερή την συμμετοχή της προσφεύγουσας, άλλα και πλείστων άλλων εταιριών, οι οποίες, για παράδειγμα είναι δυνατόν να έχουν εγκαταστήσει στο παρελθόν έτοιμο φυσικό προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα σε ένα (1) μόνο γήπεδο των ζητούμενων διαστάσεων (45-90 m χ 90-120m) στο οποίο να διεξάγονται αγώνες επαγγελματικής κατηγορίας και όχι σε δύο γήπεδα, ως ζητείται. Εν όψει των ανωτέρω, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, κατά τους οποίους δεν συνάδει με το πνεύμα του νόμου να: **«τίθενται χωρικοί περιορισμοί στην εμπειρία των προσφερόντων»**, ενώ αντιθέτως, θα έπρεπε να επιτρέπεται η

επίκληση «εμπειρίας από την εγκατάσταση χλοοτάπητα σε οποιοδήποτε μέρος του κόσμου».

Επιπροσθέτως, ο συνδυασμός των τιθέμενων απαιτήσεων των περιπτώσεων α) και β) του όρου 22.Δ για τον υβριδικό και τον φυσικό προκαλλιεργημένο χλοοτάπητα, αντίστοιχα, καθιστούν, εξίσου δυσχερή την συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στον υπόψη Διαγωνισμό.

Τέλος, απορρίπτονται οι ισχυρισμοί του υπόψη Δήμου, σύμφωνα με τους οποίους, η προσφεύγουσα δεν εμποδίζεται να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό, αφού μπορεί να συνεργασθεί - υπό τη μορφή ενώσεως ή κοινοπραξίας η με την επίκληση δάνειας εμπειρίας- με έτερο οικονομικό φορέα που διαθέτει την εν λόγω εμπειρία, διότι οι επίμαχοι όροι, όπως είναι διατυπωμένοι, καθιστούν, κατά τα ανωτέρω αναφερόμενα, δυσχερή, τόσο την αυτοτελή συμμετοχή της, όσο και την ανεύρεση συνεργάτη που να πληροί σωρευτικά τις τιθέμενες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας. Σε αντίθεση δε με την άποψη της οικείας αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα, που δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της οικείας σύμβασης και πληροί τους όρους του άρθρου 21 (Δικαιούμενοι συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης σύμβασης) της εν θέματι Διακήρυξης, έχει έννομο συμφέρον, όπως στραφεί κατά όρων που θεσπίζουν απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας, οι οποίοι εμποδίζουν ή δυσχεραίνουν την εκ μέρους της υποβολή Προσφοράς στον εν λόγω Διαγωνισμό (βλ. σκέψη 6 της παρούσας).

Με βάση το σύνολο των προλεχθέντων, το αίτημα της δεύτερης προσφεύγουσας περί ακύρωσης των προσβαλλόμενων όρων [άρ. 22.Δ περ. α) και β)] και περί επαναπροκήρυξης της εν λόγω Διακήρυξης με νόμιμους όρους, θα πρέπει να γίνει δεκτό ως βάσιμο, ώστε να ενισχυθεί η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού κατά την ανάθεση του οικείου αντικειμένου.

25. 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).

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω αναφερόμενων, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της πρώτης προσφεύγουσας ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει να γίνει δεκτή. Ομοίως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της 2^{ης} προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτή.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφούν τα Παράβολα που κατέθεσαν αμφότερες οι προσφεύγουσες (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή

Διατάσσει την ακύρωση της με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη (...) του ..., όπως περαιτέρω διευκρινίσθηκε με την με αρ. πρωτ. 6446/09.04.2021, διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «...». προϋπολογισμού 280.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24 %, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...), κατά το αναλυτικό σκεπτικό της παρούσας Απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή σε αμφότερες τις προσφεύγουσες των εκ μέρους τους προσκομισθέντων Παραβόλων, ποσού χιλίων εκατόν είκοσι

εννέα ευρώ και δέκα λεπτών, 1.129,10€, αντίστοιχα (βλ. άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Μαΐου 2021 και εκδόθηκε στις 10 Ιουνίου 2021, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΧΡΥΣΑΝΘΗ Γ. ΖΑΡΑΡΗ

ΕΛΕΝΗ Α. ΛΕΠΙΔΑ