

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Χρυσάνθη Ζαράρη, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 15.09.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1294/16.09.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό
τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει,
όπως ακυρωθεί συγκεκριμένος όρος της επίμαχης Διακήρυξης (...), η οποία
εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού της
Περιφέρειας ..., με τίτλο: «Προμήθεια 582.437,00 κιλών (kg) ψυχρού
ασφαλτομίγματος, περιόδου 2020-2021», συνολικού προϋπολογισμού
104.938,71€ μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α (CPV:...), με κριτήριο
κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει
της τιμής σε ευρώ για τη συνολική ποσότητα του υπό προμήθεια είδους, με την
προϋπόθεση η προσφορά να μην υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη
της ανωτέρω προμήθειας και να είναι σύμφωνη με όσα αναλυτικά
περιγράφονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ III, που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της
οικείας Διακήρυξης (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 Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ 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 προσφεύγουσα άσκησε την, από 15.09.2020 Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1294/16.09.2020 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, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά Διακήρυξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 104.938,71€ μη 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 η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω Διακήρυξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει 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 Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ και στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 08.09.2020.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία συμμετείχε στον εν θέματι Διαγωνισμό, επιφυλασσόμενη ως προς την νομιμότητα του απαράβατου όρου

2.4.3.2. στοιχείο 4) της επίμαχης Διακήρυξης, ο οποίος τέθηκε, ως υποστηρίζει, κατά παράβαση της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας, προδιαγράφοντας εις βάρος της το αποτέλεσμα της διαδικασίας, αφού δεν δύναται να εκπληρώσει τις απαιτήσεις του, θεμελιώνει έννομο συμφέρον προς άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Υπενθυμίζεται ότι σε περίπτωση άσκησης Προσφυγής κατά όρων Διακήρυξης, προκειμένου να θεμελιώσει έννομο συμφέρον ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεστεί, με την προβολή ειδικού ισχυρισμού, τη βλάβη του, η οποία στην περίπτωση μη συμμετοχής του στον Διαγωνισμό, πρέπει να συνίσταται στον αποκλεισμό ή στη μη λυσιτελή συμμετοχή του στην διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ΣτΕ 31/2019 και σκέψη 18 της παρούσας Απόφασης). Δοθέντος δε, ότι ως επίκληση βλάβης, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, εκ των οποίων, είτε αποκλείεται, είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον Διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμά του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Επίσης, εάν ο διαμαρτυρόμενος (προσφεύγων) εν συνεχεία, λάβει μέρος στον Διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την Προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στον Διαγωνισμό να συνοδεύεται από τη διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της Διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (πάγια νομολογία: ΣτΕ ΕΑ: 16/2015, 9/2015, 314/2013, 472/2012, 718/2012, 714/2012, 890/2009, 881/2008, ΣτΕ 1415/2008, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561/2013 κλπ).

Στην προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα, που, ως προελέχθη, μετά την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής (15.09.2020) συμμετείχε στον υπόψη Διαγωνισμό (23.09.2020), εκφράζοντας ρητώς την επιφύλαξή της ως προς τη νομιμότητα του επίμαχου όρου (βλ. την, από 23.09.2020 Υπεύθυνη Δήλωση

που υποβλήθηκε με την με αριθμό 190972 Προσφορά της), ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον: «[...] Ο υπ' αριθμ. 2.4.3.2 όρος της διακήρυξης, κατά το μέρος που με αυτόν τίθεται ως απαίτηση για την απόδειξη της τεχνικής καταλληλότητας του υποψηφίου η προσκόμιση έξι συνολικά βεβαιώσεων καλής εκτελέσεως, είναι απρόσφορος, εισάγει δε αδικαιολόγητο περιορισμό του κύκλου των υποψηφίων οικονομικών φορέων, σε αντίθεση με τα άρθρα 18 παρ. 1, 53 παρ. 2 και 75 ν. 4412/2016 και τις γενικές αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, της αναλογικότητας και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού. [...] Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι μεν εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και τον σκοπό του συγκεκριμένου υπό ανάθεση αντικειμένου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού (ενδ. ΑΕΠΠ 7/2020, με περαιτέρω παραπομπές). Κατά την επιλογή 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»).

Τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στο πλαίσιο του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και A.S. Graelis, *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*

(πρβλ. Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.). Οι σχετικές απαιτήσεις πρέπει να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να είναι συναφείς ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο αυτής, να μην εισάγουν δε αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού (βλ. ΕλΣυν 2402/2010, ΑΕΠΠ 7/2020).

Οι τιθέμενες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να είναι πρόσφορες για την επιλογή αναδόχου ικανού να φέρει εις πέρας το συγκεκριμένο υπό ανάθεση τεχνικό αντικείμενο και να δικαιολογούνται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις της προς ανάθεσης σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζουν την γενική αρχή της αναλογικότητας (βλ. ΕλΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE). [...] Β. Ο κρίσιμος όρος της διακήρυξης

Σύμφωνα με τον όρο 2.4.3.2 περ. 4 της διακήρυξης, μεταξύ των δικαιολογητικών για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων συμπεριλαμβάνεται και «Υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 του υποψηφίου προμηθευτή ψηφιακά υπογεγραμμένη στην οποία θα δηλώνει: Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική επάρκειά του ότι διαθέτει εμπειρία και επισυνάπτει κατάλογο εμπειρίας -ψηφιακά υπογεγραμμένο αντίστοιχων προμηθειών Δημοσίου των πέντε (5) τελευταίων ετών (2015-2019), που θα συνοδεύεται με τις αντίστοιχες τρεις (3) βεβαιώσεις για συσκευασμένο υλικό και τρεις (3) για χύδην καλής εκτέλεσης των συμβάσεων (εκτελεσμένο αντικείμενο σύμβασης) και εμπρόθεσμης παράδοσης των υλικών».

Γ. Από τον ως άνω όρο προκύπτει ότι, για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων, απαιτείται, μεταξύ άλλων, η προσκόμιση τριών (3) βεβαιώσεων καλής και εμπρόθεσμης παράδοσης συσκευασμένου υλικού και τριών (3) βεβαιώσεων καλής και εμπρόθεσμης παράδοσης χύδην υλικού, το άθροισμα των οποίων πρέπει να υπερκαλύπτει τον προϋπολογισμό του διαγωνισμού (130.000 ευρώ) και να καλύπτει την ποσόστωση της παραγράφου 1 των τεχνικών προδιαγραφών. Ο όρος αυτός είναι αντίθετος με τις προαναφερθείσες διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1, 53 παρ. 2, 75 ν. 4412/2016, διότι, χωρίς

αποχρώντα λόγο, περιορίζει τον κύκλο των - δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό - υποψηφίων. Ειδικότερα, ουδεμία απολύτως διαφορά υφίσταται μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών του συσκευασμένου υλικού σε σχέση με το χύδην. Όποιος είναι σε θέση να προμηθεύσει αρτίως και προσηκόντως χύδην υλικό, είναι σε θέση να το πράξει και αναφορικά με το συσκευασμένο υλικό, και αντιστρόφως. Συνεπώς, η απαίτηση βεβαιώσεων καλής εκτελέσεως σωρευτικών τόσο για συσκευασμένο, όσο και για χύδην υλικό (3 + 3 βεβαιώσεις, αντιστοίχως), εισάγει αδικαιολόγητο περιορισμό του κύκλου των υποψηφίων.

Περαιτέρω, η ποσοτική (- αριθμητική) απαίτηση που τίθεται από την διακήρυξη (: 3 βεβαιώσεις για συσκευασμένο υλικό + 3 βεβαιώσεις για χύδην υλικό), είναι επίσης απρόσφορη και εισάγει, επίσης, αδικαιολόγητο περιορισμό στον κύκλο των υποψηφίων φορέων. Και αυτό, γιατί μπορεί κάλλιστα ένας προσφέρων να δύναται να αποδείξει ότι έχει προμηθεύσει αρτίως και προσηκόντως πολλαπλάσια ποσότητα υλικού σε σχέση με την ποσότητα (-προϋπολογισμό) της επίδικης υπό ανάθεση σύμβασης, τούτο δε μέσω μιας μόνον ή δύο βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης. Ο υποψήφιος αυτός δεν υπάρχει αμφιβολία ότι διαθέτει την τεχνική ικανότητα να εκτελέσει το υπό ανάθεση αντικείμενο, πλην όμως αποκλείεται αδικαιολογήτως της παραδεκτής συμμετοχής στον εν λόγω διαγωνισμό και ευρίσκεται χωρίς κανένα λόγο σε δυσμενέστερη θέση έναντι άλλων υποψηφίων, οι οποίοι έχουν εκτελέσει μικρότερο αντικείμενο (π.χ. συμβάσεις που αθροιστικώς καλύπτουν οριακώς το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης), ωστόσο είναι σε θέση αυτή την εμπειρία να την αποδείξουν μέσω 3 βεβαιώσεων για χύδην υλικό και 3 βεβαιώσεων για συσκευασμένο υλικό, όπως απαιτεί η διακήρυξη. Με άλλα λόγια, η απαίτηση προσκόμισης συγκεκριμένου, ελάχιστου αριθμού βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης, χωρίς την παροχή εναλλακτικής δυνατότητας στον υποψήφιο να αποδείξει ότι έχει φέρει εις πέρας προσηκόντως προμήθειες αντικειμένου (τουλάχιστον) αντίστοιχου της υπό ανάθεση συμβάσεως (και άρα ότι διαθέτει την αναγκαία τεχνική καταλληλότητα), αντίκεινται ευθέως στις προαναφερθείσες διατάξεις. [...]».

6. 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 [...]».

7. 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 άρθρων 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 απαραίτους 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 [...]».

8. 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. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. [...] 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.».

9. 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 εκτελέστηκαν 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».

10. Επειδή, στο άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων» (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παρ. 1 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. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. 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. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74 [...]».

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 80 («Αποδεικτικά μέσα») του Ν. 4412/2016, 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. Όσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους [...].5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών [...]».

12. Επειδή, στο άρθρο 91 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «[...] Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και

102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

13. Επειδή, στο άρθρο 1.3. («Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 5), ορίζεται ότι: «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ανάδειξη αναδόχου για «Προμήθεια 582.437,00 κιλών (kg) ψυχρού ασφαλτομίγματος, περιόδου 2020-2021 συνολικού προϋπολογισμού έως του ποσού των 130.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ (104.838,71€ χωρίς Φ.Π.Α.)» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από Οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, σε ευρώ για τη συνολική ποσότητα του υπό προμήθεια είδους, με την προϋπόθεση η προσφορά να μην υπερβαίνει την προϋπολογισθείσα δαπάνη της ανωτέρω προμήθειας και να είναι σύμφωνα με όσα αναλυτικά περιγράφονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ, που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της Διακήρυξης αυτής, (CPV:...). Η παρούσα Σύμβαση δε διαχωρίζεται σε τμήματα και η αναθέτουσα αρχή, για λόγους δημοσίου συμφέροντος, θα επιλέξει για την προμήθεια έναν ανάδοχο (σχετική αιτιολόγηση παρατίθεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ της παρούσας διακήρυξης, καθώς και στα έγγραφα της σύμβασης). Αναλυτική περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στο παράρτημα Ι και αναλυτικά οι τεχνικές προδιαγραφές στο παράρτημα ΙΙΙ, που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της παρούσας διακήρυξης. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της τιμής.».

13. Επειδή, στο άρθρο 2.2.6. («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 17), ορίζεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να καλύπτουν όλες τις απαιτήσεις και

προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή με το Παράρτημα III-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ, στο οποίο περιγράφονται τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα καθώς και η καταλληλότητα των προϊόντων».

14. Επειδή, στην παρ. 2.4.3.2. της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 26-27), ορίζεται ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος III της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν. Οι συμμετέχοντες, εκτός από την τεχνική προσφορά του συστήματος θα πρέπει να συμπληρώσουν και να υποβάλουν ηλεκτρονικά στο σύστημα σε μορφή αρχείου τύπου.pdf με ψηφιακή υπογραφή (όπου απαιτείται) και τα κάτωθι (επί ποινή αποκλεισμού):

1. Υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 του υποψηφίου προμηθευτή ψηφιακά υπογεγραμμένη στην οποία θα δηλώνει την πλήρη αποδοχή και συμμόρφωση με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, όπως αυτές ορίζονται στο Παράρτημα III της παρούσας διακήρυξης.
2. Φύλλο συμμόρφωσης-τεχνική προσφορά , ψηφιακά υπογεγραμμένο, όπως παρατίθεται στο Παράρτημα III της παρούσας διακήρυξης.
3. Υπεύθυνη δήλωση του ν.1599/1986 του υποψηφίου προμηθευτή ψηφιακά υπογεγραμμένη στην οποία θα δηλώνει ότι το υλικό θα παραδοθεί στα εργοτάξια της Δ/σης Τεχνικών Έργων της ... (... , ... , ... , ...) μετά από έγγραφη εντολή της Υπηρεσίας σε διάστημα όχι μεγαλύτερο 15 ημερών με έξοδα του αναδόχου.
4. Υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 του υποψηφίου προμηθευτή ψηφιακά υπογεγραμμένη στην οποία θα δηλώνει: Όσον αφορά την τεχνική και

επαγγελματική επάρκειά του ότι διαθέτει εμπειρία και επισυνάπτει κατάλογο εμπειρίας -ψηφιακά υπογεγραμμένο αντίστοιχων προμηθειών Δημοσίου των πέντε (5) τελευταίων ετών (2015-2019), που θα συνοδεύεται με τις αντίστοιχες τρεις (3) βεβαιώσεις για συσκευασμένο υλικό και τρεις (3) για χύδην καλής εκτέλεσης των συμβάσεων (εκτελεσμένο αντικείμενο σύμβασης) και εμπρόθεσμης παράδοσης των υλικών. Το άθροισμα των εκτελεσμένων συμβάσεων πρέπει να υπερκαλύπτει τον προϋπολογισμό του παρόντος διαγωνισμού (130.000 ευρώ) και να καλύπτει την ποσόστωση της παραγράφου 1 των τεχνικών προδιαγραφών

5. Υπεύθυνη δήλωση του ν. 1599/1986 του υποψηφίου προμηθευτή (ψηφιακά υπογεγραμμένη), στην οποία θα δηλώνει ότι : α) εφόσον κατασκευάζει ο ίδιος το τελικό προϊόν, πρέπει να δηλώνει την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα κατασκευάσει το προσφερόμενο προϊόν, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής της. β) αν δεν κατασκευάζει ο ίδιος το τελικό προϊόν, σε δική του επιχειρηματική μονάδα, πρέπει να δηλώνει: 1. Την επιχειρηματική μονάδα, στην οποία θα κατασκευαστεί το προσφερόμενο προϊόν και τον τόπο εγκατάστασής της και 2. Η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής ή ο επίσημος αντιπρόσωπός της έχει αποδεχθεί έναντί τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή Οι υπεύθυνες δηλώσεις φέρουν υπογραφή μετά την έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης.».

15. Επειδή, στο Κεφάλαιο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» του Παραρτήματος ΙΙΙ («ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ – ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ»), που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 66-67), ορίζεται ότι: «1. Αντικείμενο του έργου Η προμήθεια έτοιμου ψυχρού ασφαλομίγματος, προϋπολογιζόμενης δαπάνης μέχρι του ποσού των 130.000,00€ ευρώ συμπεριλαμβανομένου του νομίμου Φ.Π.Α. στις παρακάτω μορφές: 95% της συνολικής ποσότητας σε συσκευασίες 25 κιλών (σάκοι) και 5% της συνολικής ποσότητας χύδην, για τις ανάγκες της ...

2. Τεχνικές Προδιαγραφές Επί ποινή αποκλεισμού να αναγράφετε σε υπεύθυνη δήλωση ότι :

- Το έτοιμο ψυχρό ασφαλτόμιγμα πρέπει να είναι παντός καιρού, να εφαρμόζεται με ευκολία και αποτελεσματικότητα κάτω από οποιασδήποτε συνθήκες (βροχόπτωση, λιμνάζοντα νερά, χαμηλές και υψηλές θερμοκρασίες).
- Η εφαρμογή του υλικού να μην απαιτεί επαλείψεις (συγκολλητικές, προπαλείψεις). Να μην χρειάζεται ανάδευση ή ανάμειξη με άλλη συγκολλητική ουσία και να μην απαιτούνται μηχανήματα και ειδικευμένοι εργάτες και η απόδοσή του στην κυκλοφορία να είναι άμεση. Να έχει ταχύτατη εφαρμογή και η απόδοσή του στην κυκλοφορία να είναι άμεση.
- Το υλικό να μην περιέχει πτητικά και να είναι μη τοξικό (υγιεινή και ασφάλεια στην εργασία). Το υλικό να είναι ακίνδυνο στην χρήση του, χωρίς να απαιτείται ειδικός εξοπλισμός και να μην υπάρχει απώλεια υλικού (δίχως φύρα).
- Να μην παρουσιάζει ρωγμές λόγω θερμοκρασιακών συστολών-διαστολών και να μην αποκολλάται από τα ελαστικά των αυτοκινήτων ή από πεζούς. Επίσης να παραμένει ελαστικό για μακρό χρονικό διάστημα μετά την χρήση του χωρίς να δημιουργεί κανένα πρόβλημα στην κυκλοφορία.
- Να είναι συσκευασμένο σε εύχρηστη συσκευασία και δη σάκουσ των 25 κιλών με διάρκεια αποθήκευσης τουλάχιστον (2) έτη, χωρίς περιορισμούς ως προς το χώρο αποθήκευσης (στεγασμένος, κλειστός κ.λ.π.) με την σχετική εγγύηση του προμηθευτή.
- Να είναι δυνατή η χρήση του υπολειπόμενου υλικού μετά το άνοιγμα της συσκευασίας, σε διάστημα τουλάχιστον μιας βδομάδας μετά.
- Να υπάρχει στην προσφορά δήλωση για την προέλευση και του εργοστασίου κατασκευής του υλικού.
- Να υπάρχει στην προσφορά δήλωση ότι το υλικό θα παραδοθεί στα εργοτάξια της Δ/σης Τεχνικών Έργων της ... (..., ..., ..., ...) μετά από έγγραφη εντολή της Υπηρεσίας σε διάστημα όχι μεγαλύτερο 15 ημερών με έξοδα του αναδόχου.

Επί ποινή αποκλεισμού να έχουν προσκομιστεί τα κάτωθι έγγραφα:

- Πιστοποίηση κατά ISO 9001:2015 [...]

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του προσφέροντος απαιτείται κατάλογος εμπειρίας αντίστοιχων προμηθειών Δημοσίου των πέντε (5) τελευταίων ετών, που θα συνοδεύεται με τις αντίστοιχες τρεις (3) βεβαιώσεις

για συσκευασμένο υλικό και τρεις (3) βεβαιώσεις για χύδην καλής εκτέλεσης των συμβάσεων (εκτελεσμένο αντικείμενο σύμβασης) και εμπρόθεσμης παράδοσης των υλικών. Το άθροισμα των εκτελεσμένων συμβάσεων πρέπει να υπερκαλύπτει τον προϋπολογισμό του παρόντος διαγωνισμού (130.000 ευρώ) και να καλύπτει την ποσόστωση της παραγράφου 1 των τεχνικών προδιαγραφών».

16. Επειδή, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει, κατά την κρίση της, τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 201/2017, 124/2015, 9/2015, 354/2014). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ 303/2020, 124/2015, 9/2015, 415/2014, 354/2014, 3719/2011, 676/2011 κλπ).

17. Επειδή, όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο της Ε.Ε., οι αρχές της ίσης μεταχείρισεως, της απαγορεύσεως των διακρίσεων και της διαφάνειας έχουν καθοριστική σημασία όσον αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές, δεδομένου του κινδύνου δημιουργίας δυσμενών διακρίσεων εξαιτίας της επιλογής των τεχνικών προδιαγραφών ή λόγω του τρόπου με τον οποίο οι προδιαγραφές αυτές διατυπώνονται (βλ. Απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω

Χωρών, C-368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 62). Επίσης, ο βαθμός λεπτομέρειας των τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να συνάδει με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, που αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, 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).

18. Επειδή, εξάλλου, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, Υπόθεση C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, Υπόθεση C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, το κατώτατο όριο της τεχνικής καταλληλότητας, πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή αναλογικότητας και της σχετικότητας των κριτηρίων επιλογής για την ανάθεση της σύμβασης με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία και με όσα σχετικώς ορίζει –ως άνω- το άρθ. 75 παρ. 1 σε συνδυασμό με το άρθ. 18 παρ. 1 και 253 του Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii).

19. Επειδή, έχει κριθεί ότι δεν αποκλείεται τυχόν περιορισμός του κύκλου των συμμετεχόντων, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν με αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣτΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει, ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό, θεσπίζοντας, κατά το δοκούν, επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρηστικότητας και καταλληλότητας και ούτως, η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει.

20. Επειδή, ως αντίθετοι προς τη νομοθεσία μπορεί να θεωρηθούν όροι της Διακήρυξης όταν π.χ. είναι ασαφείς ή αντιφατικοί μεταξύ τους, οπότε πλήττουν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων ή και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ τους (βλ. ΣτΕ 923/2016), όταν με σαφείς και χαρακτηριστικούς όρους, προσδιορίζεται το ζητούμενο προς προμήθεια προϊόν, χωρίς ιδιαίτερο λόγο (ΕλΣυν Μειζ. 7μελ. 2907/2012), είτε με άλλα χαρακτηριστικά που περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, σε σημείο που αποκλείονται όλοι οι πιθανοί προσφέροντες, πλην ενός («όροι φωτογραφικοί») (ΕλΣυν Μειζ.1923/2016) ή όταν έρχονται σε αντίθεση με ευρωπαϊκά ή εθνικά πρότυπα ή μονογραφίες, που έχουν ληφθεί υπόψη για τη σύνταξη των παραπάνω και έχουν δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. υπ' αριθμ. 61/2018 Απόφαση Α.Ε.Π.Π.).

21. Επειδή, όπως αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 και ως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (Ε.Α ΣτΕ Β' Τμήμα 1135/2010), οι όροι Διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημόσιας προμήθειας πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου

ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις Αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, σκέψη 31).

22. Επειδή, περαιτέρω, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στον διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της Διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

23. Επειδή, η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για την άσκηση Προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

24. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της Προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος, με βάση

τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004), υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής).

25. Επειδή, στο έγγραφο Απόψεων που εστάλη στην Αρχή σε σχέση με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η Διεύθυνση Τεχνικών Έργων (Δ.Τ.Ε.) της Περιφέρειας Δυτικής Ελλάδας, επισημαίνει τα εξής: «[...]

A. ΙΣΧΥΡΙΣΜΟΣ ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΠΟΙΑΣ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ Η ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΤΗΣ ΚΑΤΑ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ

Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στην προσφυγή της ότι :

«Ο υπ' αριθμ. 2.4.3.2 όρος της διακήρυξης διά της υπεύθυνης δήλωσης που αφορά στην τεχνική και επαγγελματική επάρκεια (δικαιολογητικό 4), κατά το μέρος που με αυτόν τίθεται ως απαίτηση για την απόδειξη της τεχνικής καταλληλότητας του υποψηφίου η προσκόμιση έξι συνολικά βεβαιώσεων καλής εκτελέσεως, είναι απρόσφορος, εισάγει δε αδικαιολόγητο περιορισμό του κύκλου των υποψηφίων οικονομικών φορέων, σε αντίθεση με τα άρθρα 18 παρ. 1, 53 παρ. 2 και 75 ν. 4412/2016 και τις γενικές αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, της αναλογικότητας και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού.».

B. ΟΡΟΙ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ

Στον υπ' αριθμ. 2.4.3.2 όρος της διακήρυξης (δικαιολογητικό 4) αναφέρεται ότι: «Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια του προσφέροντος απαιτείται κατάλογος εμπειρίας αντίστοιχων προμηθειών Δημοσίου των πέντε (5) τελευταίων ετών (2015-2019), που θα συνοδεύεται με τις αντίστοιχες τρεις (3) βεβαιώσεις για συσκευασμένο υλικό και τρεις (3) για χύδην καλής εκτέλεσης των συμβάσεων (εκτελεσμένο αντικείμενο σύμβασης), και εμπρόθεσμης παράδοσης των υλικών. Το άθροισμα των εκτελεσμένων συμβάσεων πρέπει να υπερκαλύπτει τον προϋπολογισμό του παρόντος διαγωνισμού (130.000 ευρώ)

και να καλύπτει την ποσόστωση της παραγράφου 1 των τεχνικών προδιαγραφών.».

Επισημαίνεται ότι ο διαγωνισμός αφορά στην: προμήθεια έτοιμου ψυχρού ασφαλτομίγματος, προϋπολογιζόμενης δαπάνης μέχρι του ποσού των 130.000€ ευρώ συμπεριλαμβανομένου του νομίμου Φ.Π.Α. στις παρακάτω μορφές:

95% της συνολικής ποσότητας σε συσκευασίες 25 κιλών (σάκοι) και 5% της συνολικής ποσότητας χύδην, για τις ανάγκες της ...

Απόψεις υπηρεσίας

Ο υπ' αριθμ 2.4.3.2 όρος της διακήρυξης δεν αντιτίθεται στα άρθρα 18 & 1, 53 παρ. 2 και 75 του Ν. 4412/2016, αλλά αντιθέτως εξασφαλίζει την υπηρεσία μας για την ποιότητα των προς απόκτηση αγαθών. Κάνοντας ορθή χρήση και εντός των ορίων της διακριτικής ευχέρειας που μας παρέχει ο νόμος εκδίδοντας την κανονιστική πράξη της διακήρυξης, η υπηρεσία μας κρίνει, όχι *in abstracto*, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αλλά ειδικά για την υπό ανάθεση σύμβαση ότι το σημαντικότερο κριτήριο επιλογής μας είναι η τεχνική ικανότητα.

Τα συγκεκριμένα προϊόντα (ασφαλτόμιγμα χύδην ή σε σάκους) θα χρησιμοποιηθούν από την υπηρεσία μας για την επισκευή λακκουβών, καθιζήσεων και ερπυσμών από τα οδοστρώματα του Εθνικού Οδικού Δικτύου της Καθώς η ποιότητα των προς προμήθεια προϊόντων σχετίζεται με την οδική ασφάλεια των πολιτών, η υπηρεσία μας κρίνει ότι απαιτείται η αίτηση εχέγγυων που να αποδεικνύουν την τεχνική ικανότητα των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό. Άλλωστε στο άρθρο 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι:

«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.»

Επιπλέον, στο «Παράρτημα XII «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» Μέρος II: Τεχνική ικανότητα αναφέρονται τα κάτωθι:

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»

Η υπηρεσία μας τηρώντας απαρέγκλιτα τα ανωτέρω οριζόμενα όρισε ότι «απαιτείται κατάλογος εμπειρίας αντίστοιχων προμηθειών Δημοσίου των πέντε (5) τελευταίων ετών (2015-2019), που θα συνοδεύεται με τις αντίστοιχες τρεις (3) βεβαιώσεις για συσκευασμένο υλικό και τρεις (3) για χύδην καλής εκτέλεσης των συμβάσεων (εκτελεσμένο αντικείμενο σύμβασης), και εμπρόθεσμης παράδοσης των υλικών. Το άθροισμα των εκτελεσμένων συμβάσεων πρέπει να υπερκαλύπτει τον προϋπολογισμό του παρόντος διαγωνισμού (130.000 ευρώ) και να καλύπτει την ποσόστωση της παραγράφου 1 των τεχνικών προδιαγραφών.»

Όπως αναφέρεται στην απόφαση 1333/2019 της Αρχής Εξέτασης προδικαστικών προσφύγων (https://www.aepp-procurement.gr/images/Apofaseis_AEPP/Apofasi-1333-2019.pdf), αναφέρεται σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, 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. Στην περίπτωση δε αυτή οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν το ελάχιστο ικανοτήτων, το οποίο πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς. (βλ. Δημ. Πυργάκης, Κριτήρια επιλογής σε διαδικασία σύνοψης δημόσιας σύμβασης, Δημόσιες Συμβάσεις Ν.4412/16, εκδόσεις ΝΒ, σελ. 307). Το ελάχιστο αυτό επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας θα πρέπει «να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Με άλλα λόγια, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης (βλ. Ανωτ. Δημ. Πυργάκης, σελ. 308)

Η υπηρεσία με τον ανωτέρω όρο, όχι μόνο δεν υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της σύμβασης, αλλά στοχεύει, ως οφείλει, να εξασφαλίσει την ποιότητα και το εμπρόθεσμο παράδοσης, τόσο του σφραγισμένου, όσο και του χύδην προϊόντος. Είναι, άλλωστε πασίδηλο σε τεχνικούς και σε μη ότι η ευαισθησία του χύδην προϊόντος είναι μεγαλύτερη από αυτή του συσκευασμένου προϊόντος λόγω της έκθεσής του στις εκάστοτε καιρικές συνθήκες ενώ το συσκευασμένο προστατεύεται από την περίβλημά του. Επισημαίνεται επιπλέον ότι η ανωτέρω απαίτηση της διακήρυξης ουδεμία αμφισημία καταλείπει ως προς τον τρόπο καθορισμού της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των συμμετεχόντων, δεν περιορίζει τον ανταγωνισμό, συνδέεται και είναι ανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης, συνάδει με τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου περί διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης, και δεν μπορεί να θεωρηθεί ως "πρόσθετος όρος", ήτοι πρόσθετη απαίτηση που αντιβαίνει την αρχή της αναλογικότητας η και περιορίζει τον ανταγωνισμό .

Επιπλέον, βάσει των πρότυπων τευχών του ΕΑΔΗΣΣΥ στα οποία βασίστηκε η διακήρυξη και ειδικότερα το άρθρο 2.2.8, οιοσδήποτε ενδιαφερόμενος δύναται να στηριχθεί στην ικανότητα τρίτων για να καλύψει τα απαιτούμενα αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Ένα άλλο σημείο το οποίο αξίζει να τονιστεί είναι ότι η εν λόγω διακήρυξη επιτρέπει σε κάποιον οικονομικό φορέα να

προμηθεύσει στην υπηρεσία τόσο προϊόν το οποίο παράγει ο ίδιος π.χ. χύδην, αλλά και συσκευασμένο που προμηθεύεται από κάποιον άλλο παραγωγό. Επομένως, θα ήταν παράλειψη της υπηρεσίας, να μην αιτείται όλα τα εχέγγυα για την ποιότητα και το εμπρόθεσμο παράδοσης ενός εκάστου του προϊόντος, πολλώ δε μάλλον, όταν η ποιότητα αυτών είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με την οδική ασφάλεια των πολιτών.».

26. Επειδή, στο, από 15.10.2020, Υπόμνημα που υπέβαλε εμπροθέσμως η προσφεύγουσα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, αναφέρει τα εξής: «[...] Επί του ισχυρισμού της Υπηρεσίας ότι το ψυχρό ασφαλτόμιγμα σε χύδην μορφή είναι δήθεν διαφορετικό εξ απόψεως συστάσεως και συμπεριφοράς (εργασιμότητας) σε σχέση με το συσκευασμένο, γεγονός που δικαιολογεί δήθεν την απαίτησή της για αυτοτελή προσκόμιση τριών (3) βεβαιώσεων εμπειρίας επί χύδην υλικού:

Πρόκειται για παντελώς αβάσιμο ισχυρισμό. Το ψυχρό ασφαλτόμιγμα σε χύδην μορφή είναι ακριβώς το ίδιο υλικό με το αντίστοιχο συσκευασμένο, με μόνη διαφοροποίηση ότι δεν συσκευάζεται, εξ ου και δεν επιβαρύνει την τιμή του το κόστος συσκευασίας. Τεχνικώς ορθή και ενδεδειγμένη είναι η άμεση χρησιμοποίηση του χύδην προϊόντος εκ μέρους της Υπηρεσίας (αναθέτουσας αρχής), δεδομένου ότι αυτό, ελλείψει συσκευασίας, είναι εκτεθειμένο στις καιρικές και λοιπές εξωτερικές συνθήκες.

Η εργασιμότητα του χύδην προϊόντος ΣΕ ΚΑΜΙΑ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ δεν έχει να κάνει με την εμπειρία του προμηθευτή. Το ψυχρό ασφαλτόμιγμα σε χύδην μορφή έχει ακριβώς την ίδια σύσταση (και, άρα, εργασιμότητα) με το συσκευασμένο. Η ευαισθησία του υλικού έχει να κάνει μόνο με τις εξωτερικές συνθήκες, κατά την αποθήκευσή του από την Υπηρεσία (την οποία ασφαλώς δεν επηρεάζει, ούτε δύναται να επηρεάσει ο προμηθευτής). Εξάλλου, η εκάστοτε Δημόσια Αρχή προμηθεύεται κατ' αρχήν (ή σε κάθε περίπτωση ενδείκνυται να προμηθεύεται) ψυχρό ασφαλτόμιγμα σε χύδην μορφή για να το χρησιμοποιήσει άμεσα (όχι να το αποθηκεύσει και να το χρησιμοποιήσει σε σημαντική χρονική απόσταση από την προμήθεια/αποθήκευση), επωφελούμενη από την χαμηλότερη τιμή του προϊόντος αυτού που με την σειρά της οφείλεται στο ότι δεν επιβαρύνεται με

κόστος συσκευασίας. Σε κάθε περίπτωση, τα χαρακτηριστικά του ασφαλτομίγματος ελέγχονται με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές και ιδιότητες αυτού, ουδόλως επηρεάζονται δε από την εμπειρία του προμηθευτή.

2. Περαιτέρω, αντίκειται στην ίδια την κοινή λογική η απαίτηση προσκόμισης τριών (3) βεβαιώσεων εμπειρίας για το συσκευασμένο ασφαλτόμιγμα, του οποίου η προς προμήθεια ποσότητα είναι 553.315, 15 κιλά και ισάριθμων (!) βεβαιώσεων για το χύδην υλικό, του οποίου η προς προμήθεια ποσότητα είναι μόλις 11.648,74 κιλά. Αντίκειται, επίσης, στην ίδια την κοινή λογική η προσφορότητα του μέσου απόδειξης της ως άνω απαιτούμενης εμπειρίας, δεδομένου ότι - όπως είναι αυτονόητο - καθόλου εμπειρότερος δεν είναι ένας υποψήφιος ο οποίος διαθέτει τρεις βεβαιώσεις εμπειρίας χύδην υλικού, κάθε μια εκ των οποίων αφορά σε μικρή ποσότητα υλικού (πχ 10.000 κιλά εκάστη), σε σχέση με έναν υποψήφιο, ο οποίος διαθέτει μία ή δύο βεβαιώσεις, η κάθε μια εκ των οποίων αφορά σε πολλαπλάσιες ποσότητες υλικού (όπως η εταιρία μας, που διαθέτει δύο βεβαιώσεις εμπειρίας για 400.000 κιλά και 240.000 κιλά εκάστη).

3. Ο φωτογραφικός χαρακτήρας του όρου αποδεικνύεται εξάλλου και εν τοις πράγμασι. Δεν είναι τυχαίο το γεγονός ότι οι συμμετέχοντες στον εν λόγω διαγωνισμό, που διαθέτουν τρεις (3) βεβαιώσεις χύδην υλικού συμμετέχουν με οικονομική προσφορά [επί της ουσίας] χωρίς έκπτωση (προσφερθέν τίμημα 129.999,94€ την στιγμή που η εταιρία μας έχει προσφέρει τίμημα 79.444,41€). Επειδή κατά τα λοιπά αναφερόμαστε στην προσφυγή μας και ζητούμε όπως αυτήν.».

27. Επειδή, από την εξέταση του συνόλου των στοιχείων της εν λόγω υπόθεσης, λεκτέα είναι τα εξής:

A) Σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, 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, 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.

Υπενθυμίζεται, επίσης, ότι στην Αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), προβλέπεται ότι: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της Οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...]. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]».

Έχει κριθεί ότι είναι νόμιμη η πρόβλεψη στη Διακήρυξη μίας τουλάχιστον παράδοσης συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως

ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει στον διαγωνισμό και επίσης ότι η ειδική εμπειρία αποδεικνύεται από εκτελεσμένες συμβάσεις, ο αριθμός των οποίων και ο καθορισμός του ορίου του συνολικού προϋπολογισμού αυτών εξειδικεύεται συγκεκριμένα στη Διακήρυξη από την αναθέτουσα αρχή (Βλ. ΣτΕ ΕΑ 1184/2009).

Β) Εν όψει των ανωτέρω, στην προκείμενη περίπτωση, για να διαπιστωθεί εάν ο επίμαχος όρος, που σχετίζεται με την πλήρωση του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, είναι ανάλογος προς το αντικείμενο της οικείας σύμβασης, θα πρέπει να γίνει κατά περίπτωση αξιολόγηση, με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της. Ως, άλλωστε, έχει κριθεί από τα εθνικά δικαστήρια, τα προσόντα που σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με τον σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003). Ειδικότερα, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, 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 (βλ. άρθρο 25 παρ. 1 Συντ.).

• Κατά την προσφεύγουσα, η επίμαχος όρος 2.4.3.2. στοιχείο 4) της εν θέματι Διακήρυξης, βάσει του οποίου ζητείται (προς τεκμηρίωση της επαγγελματικής επάρκειας των υποψηφίων), όπως υποβληθεί κατάλογος εμπειρίας αντίστοιχων προμηθειών Δημοσίου των πέντε (5) τελευταίων ετών (2015-2019), που θα συνοδεύεται από αντίστοιχες τρεις (3) βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης για το συσκευασμένο υλικό και από τρεις (3) βεβαιώσεις για το χύδην, περιορίζει αδικαιολόγητα και υπέρμετρα τον ανταγωνισμό και εμποδίζει τη συμμετοχή της στην εν θέματι διαδικασία, κατά παράβαση των άρθρων 18 παρ. 1, 53 παρ. 2 και 75 του Ν. 4412/2016. Όπως ειδικότερα επισημαίνει η προσφεύγουσα, τόσο η απαίτηση υποβολής ξεχωριστών βεβαιώσεων για το συσκευασμένο και για το χύδην υλικό, όσο και ο ποσοτικός/αριθμητικός περιορισμός που τέθηκε σε

σχέση με τις ζητούμενες βεβαιώσεις (3 + 3 = 6 συνολικά), οδηγούν κατ' ουσίαν στον αποκλεισμό οικονομικών φορέων που διαθέτουν μεν την τεχνική ικανότητα προς εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, εμποδίζονται, όμως, να συμμετάσχουν στον υπόψη Διαγωνισμό, γιατί δεν μπορούν να ανταποκριθούν στις επίμαχες απαιτήσεις, που τέθηκαν κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της αναλογικότητας και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού.

- Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η οικεία αναθέτουσα αρχή, κατ' ορθή χρήση της διακριτικής ευχέρειας που της παρέχει ο νόμος, έθεσε τις επίμαχες απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας, όχι *in abstracto*, αλλά ειδικά για την εκπλήρωση του σκοπού της υπό ανάθεση σύμβασης, ο οποίος δύναται να εκπληρωθεί μόνο όταν ο υποψήφιος ανάδοχος διαθέτει αποδεδειγμένα την απαιτούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Συνεπώς, κατά την αναθέτουσα αρχή, το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αποτελεί το σημαντικότερο κριτήριο ποιοτικής επιλογής που τέθηκε σε συνάρτηση με το αντικείμενο του εν λόγω Διαγωνισμού. Προς πλήρωση δε του επίμαχου κριτηρίου, ζητήθηκε, μεταξύ άλλων, κατάλογος αντίστοιχων συμβάσεων της τελευταίας πενταετίας και τρεις (3) βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, τόσο για το συσκευασμένο υλικό, όσο και για το χύδην, κατά τα προβλεπόμενα στο Μέρος II («Τεχνική ικανότητα») του Παραρτήματος XII («Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής») του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016.

Πιο συγκεκριμένα, η οικεία αναθέτουσα αρχή επιχειρεί να τεκμηριώσει την ανάγκη θέσπισης της επίμαχης απαίτησης για λόγους διασφάλισης της ποιότητας και της εμπρόθεσμης παράδοσης, τόσο του συσκευασμένου, όσο και του χύδην υλικού, που αμφότερα αποτελούν, έστω και σε διαφορετικό ποσοστό (95% και 5%, αντίστοιχα), το αντικείμενο της εν λόγω προμήθειας (βλ. άρθρο 1.3. της Διακήρυξης και Κεφάλαιο: «Τεχνικές Προδιαγραφές» του Παραρτήματος III), προκειμένου να εξασφαλισθεί η αντικειμενική αξιολόγηση των συμμετεχόντων ως προς την τεχνική και επαγγελματική τους καταλληλότητα για την εκτέλεση της σύμβασης αυτής - η οποία συνίσταται στην

αποκατάσταση λάκκων και φθορών των οδοστρωμάτων - σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, ώστε να επιτευχθεί ο στόχος της οδικής ασφάλειας.

• Ως προκύπτει από το Κεφαλαίο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» του Παραρτήματος III της επίμαχης Διακήρυξης, αντικείμενο του ένδικου Διαγωνισμού, αποτελεί η προμήθεια έτοιμου ψυχρού ασφαλτομίγματος, προϋπολογιζόμενης δαπάνης μέχρι του ποσού των 130.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. στις παρακάτω μορφές: 95% της συνολικής ποσότητας σε συσκευασίες 25 κιλών (σάκοι) και 5% της συνολικής ποσότητας χύδην, για τις ανάγκες της

Επομένως, ανεξαρτήτως των όσων επικαλείται η οικεία αναθέτουσα αρχή με τις Απόψεις της, λαμβανομένου υπόψη του μικρού βαθμού πολυπλοκότητας της προς ανάθεση σύμβασης (αποκατάσταση λάκκων και φθορών του οδοστρώματος), του μικρού προϋπολογισμού της (έως 130.000 ευρώ), αλλά και των τεχνικών προδιαγραφών του προσφερόμενου υλικού, που είναι σε κάθε περίπτωση κοινές για το συσκευασμένο και για το χύδην υλικό, συνάγεται σαφώς ότι ο επίμαχος όρος τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, που απαιτεί την υποβολή ξεχωριστών Βεβαιώσεων για τους ανωτέρω δύο (2) τύπους υλικού, δεν τελεί ποσοτικά και ποιοτικά σε σύνδεση με το αντικείμενο και τον σκοπό της εν λόγω σύμβασης. Ειδικότερα, όπως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, επειδή οι τεχνικές προδιαγραφές της επίμαχης Διακήρυξης είναι κοινές για το συσκευασμένο και το χύδην υλικό, *«...Όποιος είναι σε θέση να προμηθεύσει αρτίως και προσηκόντως χύδην υλικό, είναι σε θέση να το πράξει και αναφορικά με το συσκευασμένο υλικό, και αντιστρόφως. [...]»*. Ομοίως, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, όπως περιλαμβάνονται στην υποβληθέν Υπόμνημά της, σύμφωνα με τους οποίους: *«...Το ψυχρό ασφαλτόμιγμα σε χύδην μορφή είναι ακριβώς το ίδιο υλικό με το αντίστοιχο συσκευασμένο, με μόνη διαφοροποίηση ότι δεν συσκευάζεται, εξ ου και δεν επιβαρύνει την τιμή του το κόστος συσκευασίας [...]»* και *«...Η ευαισθησία του υλικού έχει να κάνει μόνο με τις εξωτερικές συνθήκες, κατά την αποθήκευσή του από την Υπηρεσία (την οποία ασφαλώς δεν επηρεάζει, ούτε δύναται να επηρεάσει ο προμηθευτής). Εξάλλου, η εκάστοτε Δημόσια Αρχή*

προμηθεύεται κατ' αρχήν (ή σε κάθε περίπτωση ενδείκνυται να προμηθεύεται) ψυχρό ασφαλόμιγμα σε χύδην μορφή για να το χρησιμοποιήσει άμεσα (όχι να το αποθηκεύσει και να το χρησιμοποιήσει σε σημαντική χρονική απόσταση από την προμήθεια/αποθήκευση), επωφελούμενη από την χαμηλότερη τιμή του προϊόντος αυτού που με την σειρά της οφείλεται στο ότι δεν επιβαρύνεται με κόστος συσκευασίας.[...]».

Ενόψει των ανωτέρω, η θέσπιση υποχρέωσης υποβολής ξεχωριστών Βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης, τόσο για το συσκευασμένο, όσο και για το χύδην υλικό, ως ελάχιστο ζητούμενο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, δεν είναι συνδεδεμένη επαρκώς προς το συμβατικό αντικείμενο και ως εκ τούτου, δέον απορριφθεί ως υπέρμετρα περιοριστική του ανταγωνισμού.

Γ) Περαιτέρω, ως προς τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας που αφορούν στη θέσπιση ποσοτικού (αριθμητικού) περιορισμού, ήτοι, στη θέσπιση απαίτησης υποβολής τριών (3) βεβαιώσεων για το συσκευασμένο υλικό και τριών (3) βεβαιώσεων για το χύδην (σύνολο: 6), κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, λεκτέα είναι τα εξής:

Καταρχάς, απορρίπτεται ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, βάσει του οποίου η πλήρωση της απαίτησης υποβολής τριών (3) βεβαιώσεων δεν είναι δυσβάσταχτη για τους υποψηφίους, αφής στιγμής δύνανται να στηριχθούν στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα ως προς το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (βλ. άρθρο 2.2.8 της Διακήρυξης), αφού, ως έχει κριθεί από τη νομολογία, δεν ασκεί έννομη επιρροή η δυνατότητα του υποψηφίου να καλύψει τις σχετικές απαιτήσεις στηριζόμενος στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 78 Ν. 4412/2016) ή συμμετέχοντας σε ένωση οικονομικών φορέων (άρθρο 19 παρ. 2 ν. 4412/2016), καθόσον τούτο συνιστά δικαίωμα των ίδιων των υποψηφίων που κατοχυρώνεται σε όλους τους διαγωνισμούς και όχι βάση υπέρ της αναθέτουσας αρχής για την εισαγωγή όρων καταλληλότητας που δεν δικαιολογούνται ευλόγως από το αντικείμενο της σύμβασης καθ' εαυτό (βλ. Ελ. Συν Ε' Κλιμάκιο 151/2018, και σχετικά με τη σύνδεση των κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης βλ. ΔΕΕ Απόφαση της 13.07.2017, Υπόθεση C-76/16, Ingsteel spol. s.r.o., Metrostav

a.s., σκέψη 33, ΔΕΕ Απόφαση της 18.10.2011, Υπόθεση C-218/11, Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukönízig), σκέψη 29, Ελ. Συν Ε΄ Κλιμάκιο 116/2018, 212/2017, 237/2017 κ.α).

Κατά την προσφεύγουσα μη νομίμως τέθηκε ο ως άνω ποσοτικός περιορισμός, αφού οδηγεί στο άτοπο να μην γίνονται δεκτοί στον εν λόγω Διαγωνισμό, υποψήφιοι, οι οποίοι διαθέτουν μεν την τεχνική ικανότητα να υλοποιήσουν την οικεία σύμβαση, γιατί έχουν εκτελέσει συναφείς προμήθειες Δημοσίου, το άθροισμα των οποίων πληροί το ύψος του ζητούμενου στην επίμαχη παρ. 2.4.3.2. στοιχείο 4) προϋπολογισμού (άνω των 130.000€), όμως, έχουν στην κατοχή τους λιγότερες από τρεις βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, τις οποίες απαιτεί -επί ποινή αποκλεισμού- ο ως άνω όρος. Άλλωστε, η επίμαχη απαίτηση υποβολής τριών βεβαιώσεων για το χύδην υλικό για λόγους διασφάλισης της τεχνικής επάρκειας των υποψηφίων, κρίνεται ως καταχρηστική και για τον λόγο ότι για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης ζητείται μικρότερη ποσότητα προσφερόμενου χύδην υλικού (5%) σε σχέση με το συσκευασμένο (95%).

Παρά δε το γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα μέσα σε σχέση με τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του Ν. 4412/2016 - τα οποία σημειωτέον απαριθμούνται κατά τρόπο εξαντλητικό - καθώς υπάρχουν και μέσα απόδειξης που δεν μπορούν από μόνα τους να αποδείξουν την τεχνική ικανότητα των υποψηφίων (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, «Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σχετικές διατάξεις – Νομολογία, Τόμος Ι», Εκδόσεις Σάκκουλα 2018, σελ. 794 και Κατευθυντήρια Οδηγία Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ 13/2016), εντούτοις, η ως άνω δυνατότητα δεν αφορά στην υπό εξέταση σύμβαση, διότι πρόκειται για έργο μικρής κλίμακας (αποκατάσταση λάκκων) και μικρού προϋπολογισμού (έως 130.000 ευρώ) και ως εκ τούτου, θα ήταν αρκετή η υποβολή μιας ή έστω δύο βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης συναφούς προμήθειας και δη, χωρίς την υποδιαίρεση αυτής/αυτών σε συσκευασμένο και χύδην υλικό.

Για τους ανωτέρω λόγους, η απαίτηση υποβολής συνολικά έξι βεβαιώσεων (3 για το συσκευασμένο και 3 για το χύδην υλικό), αποτελεί κατ' ουσίαν

«φωτογραφικό όρο», που αφενός μεν τέθηκε προς όφελος συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αφετέρου δε, εισάγει ανυπέρβλητα εμπόδια σε μεγάλο αριθμό υποψηφίων και δυνητικών αναδόχων, στους οποίους συμπεριλαμβάνεται και η προσφεύγουσα, οι οποίοι, ως είναι φυσικό, δεν δύνανται να έχουν στην κατοχή τους κατά την ημέρα υποβολής της Προσφοράς τους τρεις (3) Βεβαιώσεις για το συσκευασμένο υλικό και τρεις (3) Βεβαιώσεις για το χύδην, ως ακριβώς απαιτεί ο επίμαχος όρος, ο οποίος δεν είναι, σε καμία περίπτωση, συνήθης σε παρόμοιους διαγωνισμούς και - ως ήδη αναλύθηκε ανωτέρω - δεν εξυπηρετεί ούτε τις ανάγκες της συγκεκριμένης σύμβασης. Συνεπώς, για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, θα έπρεπε -αντ' αυτού- να είχε επιλεγεί ένα εξίσου κατάλληλο μέσο, που θα προκαλούσε την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη και θα συνέτεινε στην ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού στην εν θέματι διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.

Εν κατακλείδι, μολονότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατά τα παγίως νομολογιακά κριθέντα, ελεύθερη να διαμορφώσει τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, η ευχέρεια της αυτή ελέγχεται ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της, ήτοι, για τη θέσπιση αποδεδειγμένα αδικαιολόγητης απαίτησης, που ουδέν όφελος δύναται να επιφέρει στον εύλογο εκ της διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας σκοπό, υπέρβαση, που κατά τα προρρηθέντα, συντρέχει εν προκειμένω. Δηλαδή, στην υπό εξέταση περίπτωση, η απαίτηση υποβολής ξεχωριστών και δη, ισάριθμων βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης, τόσο για το συσκευασμένο υλικό, όσο και για το χύδην υλικό, δεν προκύπτει ως λογική και συναφής με τον όλως εύλογο σκοπό που πρέπει να εξυπηρετήσει η σύμβαση (βλ. και υπ' αριθμ. 1149_1150/2019 Απόφαση 1^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 12). Και τούτο, γιατί η υποχρέωση υποβολής των επίμαχων Βεβαιώσεων υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, ενώ βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό για τον οποίο τέθηκε, ήτοι της αντικειμενικής ένδειξης ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης. Με βάση τα προλεχθέντα, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή κρίνεται βάσιμη και για τον λόγο αυτόν πρέπει να γίνει δεκτή.

28. Επειδή, εκ των ως άνω προκύπτει ότι η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

29. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. Και ΔΕΕ, Απόφαση της 04.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., σκέψεις 92-95). Ειδικότερα, επειδή η ύπαρξη των προσβαλλόμενων όρων, που άπτονται των προϋποθέσεων παραδεκτού των κατατεθεισών προσφορών των οικονομικών φορέων, είναι πιθανό να εμπόδισαν τη συμμετοχή και άλλων οικονομικών φορέων, η Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί, προκειμένου η ανάθεση της εν λόγω προμήθειας για τα να επαναπροκηρυχθεί μετά από αναπροσαρμογή του επίμαχου όρου (βλ. ενδεικτικά, υπ' αριθμ. 1033/2019 Απόφαση 7^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 41, εισηγήτρια: Χρυσάνθη Ζαράρη, υπ' αριθμ. 57/2020 Απόφαση (πρώην) 8^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 28, εισηγήτρια: Ιωάννα Θεμελή, υπ' αριθμ. 1284/2020 Απόφαση 7^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 35, εισηγητής: Μιχαήλ Σειραδάκης κλπ).

30. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (βλ. άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την επίμαχη Διακήρυξη (...), η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού της ..., με τίτλο: «Προμήθεια 582.437,00 κιλών (kg) ψυχρού ασφαλομίγματος, περιόδου 2020-2021»,

Αριθμός απόφασης: 1420/2020

συνολικού προϋπολογισμού 104.938,71€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, CPV:... (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...), κατά το σκεπτικό της παρούσας.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 23 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 9 Νοεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΡΥΣΑΝΘΗ Γ. ΖΑΡΑΡΗ

ΕΛΕΝΗ ΛΕΠΙΔΑ