

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 29 Οκτωβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.9.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1325/21.9.2020 της εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην «...», επί της οδού «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του «...» και δη κατά όρων της με αριθμ. «...» Διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, αναφορικά με ηλεκτρονικό δημόσιο ανοικτό μειοδοτικό διαγωνισμό σύμφωνα με το άρθρο 27 του Ν.4412/2016 με σφραγισμένες προσφορές, με σκοπό την επιλογή αναδόχου για τη διενέργεια της ««...»» CPV: «...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, για το σύνολο των ειδών της κάθε ομάδας, αποκλειστικά βάσει τιμής, (χαμηλότερη τιμή για το σύνολο της κάθε ομάδας), όπως ορίζεται στο άρθρο 86 του Ν.4412/2016.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Μαρία Μανδράκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, δεσμεύτηκε και πληρώθηκε παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό «...»), ποσού 728,00€, το οποίο ωστόσο υπολείπεται

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

κατά 4,50€ του νομίμου αναλογούντος ποσού, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ.39/2017, ως τούτο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας, χωρίς ΦΠΑ, αξίας της σύμβασης και εν προκειμένω για το τμήμα για το οποίο ασκείται η προσφυγή, ήτοι την Ομάδα Β, η εκτιμώμενη αξία της οποίας ανέρχεται σε 146.500,00€ ($146.500,00 \times 0,50\% = 732,50\text{€}$). Συνεπώς, κατά τούτο η προσφυγή ασκείται απαραδέκτως, παρόλα ταύτα, εξαιτίας της μικρής ως άνω διαφοράς, θα εξεταστεί και κατ'ουσίαν.

2. Επειδή, ο "...” διά με αρ. "...” διακήρυξής του προκήρυξε δημόσιο ανοικτό μειοδοτικό διαγωνισμό σύμφωνα με το άρθρο 27 του Ν. 4412/2016 με σφραγισμένες προσφορές, με σκοπό την επιλογή αναδόχου για τη διενέργεια της «"...»», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, για το σύνολο των ειδών της κάθε ομάδας, αποκλειστικά βάσει τιμής, όπως ορίζεται στο άρθρο 86 του Ν.4412/2016. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις "...” με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) "...”. Ο εν λόγω διαγωνισμός διενεργείται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό "...”. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στον προκείμενο διαγωνισμό, ορίστηκε η 30.9.2020 και ημερομηνία αποσφράγισής τους η 8.10.2020. Σύμφωνα με την εν λόγω διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό, ανοικτό, δημόσιο, μειοδοτικό διαγωνισμό με τα ειδικότερα καθοριζόμενα στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - (ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ) και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ - (ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ) της διακήρυξης, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου αναφορικά με την «"...»», για την κάλυψη των αναγκών του "...”, για τα έτη 2020 και 2021, είκοσι τέσσερεις (24) μήνες από την υπογραφή της σύμβασης. Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό υποψήφιοι προμηθευτές, δύνανται να υποβάλλουν προσφορά

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

ανά Ομάδα Υλικών - όπου η προσφερόμενη τιμή δεν θα πρέπει να υπερβαίνει την τιμή στον ενδεικτικό προϋπολογισμό της μελέτης για το αντίστοιχο προϊόν και η σύμβαση θα ισχύει για 24 μήνες ώστε να καλυφθούν οι ανάγκες του “...” και θα ανατεθεί με κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη τιμή ανά Ομάδα Υλικών και συγκεκριμένα: α) Όσον αφορά την Ομάδα Α για προμήθεια “...”, Σταθερή τιμή κέρδους σε ευρώ στην “...” όπως αυτή ανακοινώνεται από τη Δ/ση Τιμών Βιομηχανικών Προϊόντων & Φαρμάκων χωρίς Φ.Π.Α, της Γ.Γ. Εμπορίου, του Υπουργείου Οικονομίας Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας, την ημέρα παράδοσης του υλικού χωρίς Φ.Π.Α., β) Όσον αφορά τα προσφερόμενα υλικά της Ομάδας Β κριτήριο κατακύρωσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής για το σύνολο των υλικών της ομάδας, ανάμεσα στους διαγωνιζόμενους με την υποχρέωση να έχει προσφέρει ο οικονομικός φορέας τιμή σε όλα τα υλικά της ομάδας. Κατά των όρων της ανωτέρω διακήρυξης και συγκεκριμένα της απαίτησης προσκόμισης εν προκειμένω 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 στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και κατά τα ειδικότερα αιτήματα που αναπτύσσονται στην υπό κρίση προσφυγή της.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, του αντικειμένου της (προμήθεια), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται δε και στις διατάξεις του Ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

4. Επειδή, το άρθρο 361 του Ν. 4412/2016 με τίτλο Προθεσμία άσκησης της προσφυγής, ορίζει ότι «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ [...]», ενώ η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται στο άρθρο 4 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών». Εν προκειμένω, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι η διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις "...", ημερομηνία, η οποία κατά τις προρρηθείσες διατάξεις του άρθρου 361 παρ. 1 περ. γ του Ν.4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ. του Π.Δ. 39/2017, αποτελεί το αφετήριο σημείο προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής, αν δεν προκύπτει άλλως πως πραγματική γνώση της διακήρυξης (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 61/2020, 56/2020, 41/2020, 109/2019, ΑΕΠΠ 7μελούς 13/2020, 12/2020). Συνεπώς, στην υπό εξέταση περίπτωση η προσφεύγουσα εταιρεία εμπροθέσμως ασκεί την προσφυγή της διά της αναρτήσεως της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις "...", πολλώ δε μάλλον που, ως ισχυρίζεται στο έντυπο της προσφυγής της, έλαβε γνώση στις "...", (σημείο Δ., σελ. 3 της Προσφυγής), από την επομένη της οποίας, άλλωστε, άρχεται η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής.

5. Επειδή, σε περίπτωση άσκησης Προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, γίνεται δεκτό ότι παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

360 του Ν. 4412/2016, αφού το δικαίωμα άσκησης της επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, γεγονός που στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Ετέρωθεν, όπως έχει κριθεί, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, οι διαγωνιζόμενοι αποδέχονται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση τους οποίους διενεργείται ο διαγωνισμός και διαμορφώνονται οι υποβαλλόμενες προσφορές. Ως εκ τούτου, και για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους τους παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, την οποία δεν έχουν προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αίτησης ακύρωσης, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου, όπως σε κανόνες του Συντάγματος ή του κοινοτικού δικαίου ή αντιβαίνουν σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας (ΣτΕ 1667/2011 Ολομ., 1970/2014, 1078/2014 κ.ά.). Τούτων δοθέντων, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017, βάλλει η προσφεύγουσα κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, αφού ως υποστηρίζει, οι πληττόμενοι όροι της υπόψη διακήρυξης και ειδικότερα η απαίτηση για την απόδειξη της τεχνικής καταλληλότητας του υποψηφίου της προσκόμισης εννέα συνολικά βεβαιώσεων καλής εκτελέσεως (3 βεβαιώσεων για καθένα από τα υπό προμήθεια είδη της Ομάδος Β, ήτοι του ασφαλικού γαλακτώματος του

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

ψυχρού ασφατομίγματος συσκευασμένου και του ψυχρού ασφατομίγματος χύδην) είναι απρόσφορη, εισάγει δε αδικαιολόγητο περιορισμό του κύκλου των υποψηφίων οικονομικών φορέων, σε αντίθεση με τα άρθρα 18 παρ. 1, 53 παρ. 2 και 75 του Ν. 4412/2016 και τις γενικές αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, της αναλογικότητας και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού.

6. Επειδή, περαιτέρω, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 44245/28.9.2020 έγγραφο της, η αναθέτουσα αρχή διαβιβάζει τις απόψεις της επί της υπό κρίση προσφυγής και αναρτά το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, διά του οποίου ζητεί την απόρριψη της προσφυγής, επιπλέον όμως προβάλλει και συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης διακήρυξης, σύμφωνα με το προτελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Υποστηρίζει συναφώς η αναθέτουσα αρχή ότι «Είναι αναγκαία και απαραίτητη η Προσκόμιση, απο τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, εννέα (9) βεβαιώσεων, Καλής Εκτέλεσης, από αντίστοιχες Δημόσιες Υπηρεσίες, για το σύνολο των υπό προμήθεια ειδών της Ομάδας Β, ήτοι: • (3) Βεβαιώσεις για το ασφατικό γαλακτώμα, • (3) Βεβαιώσεις για το ψυχρό ασφατόμιγμα συσκευασμένου και • (3) Βεβαιώσεις για το ψυχρό ασφατόμιγμα χύδην ώστε να διασφαλιστεί κατά το δυνατόν η τεχνική καταλληλότητα των υπό προμήθεια υλικών και κατά συνέπεια τα έννομα αγαθά των πολιτών, καθώς επιτυγχάνεται η κατά το δυνατόν μέγιστη ποιότητα εφαρμογής του υλικού, για την άρση της επικινδυνότητας για πρόκληση ατυχημάτων, που είναι και ο σκοπός για τον οποίο συντάχθηκε η παρούσα “...” μελέτη. Η Υπηρεσία μας, με τον ανωτέρω όρο, όχι μόνον δεν υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της σύμβασης, αλλά στοχεύει, ως οφείλει, να εξασφαλίσει την ποιότητα όλων των υπό προμήθεια υλικών, δεν περιορίζει τον ανταγωνισμό, καθορίζει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των συμμετεχόντων, είναι σύμφωνη με τις γενικές αρχές περί διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων, της αναλογικότητας και της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού.» Επέκεινα,

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

παραδεκτώς και εμπροθέσμως αναρτά η προσφεύγουσα το Υπόμνημα της, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις "...", ήτοι προ πέντε ημερών της ορισθείσας ημερομηνίας εξέτασης της ασηθείσας προσφυγής, προς αντίκρουση της ως άνω συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής.

7. Επειδή, πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα παραπονείται διά της προσφυγής της ότι οι όροι που τίθενται στο Παράρτημα Ι «Τεχνική Έκθεση - Τεχνικές Προδιαγραφές», σχετικά με τα δικαιολογητικά για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων όπου συμπεριλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, η προσκόμιση τριών (3) βεβαιώσεων καλής και εμπρόθεσμης παράδοσης ασφαλτικού γαλακτώματος, τριών (3) βεβαιώσεων καλής και εμπρόθεσμης παράδοσης ψυχρού ασφαλτομίγματος συσκευασμένου και τριών (3) βεβαιώσεων καλής και εμπρόθεσμης παράδοσης ψυχρού ασφαλτομίγματος χύδην είναι αντίθετοι με τις διατάξεις των άρθρων 18 παρ. 1, 53 παρ. 2, 75 του Ν. 4412/2016, διότι, χωρίς αποχρώντα λόγο, περιορίζουν τον κύκλο των - δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό - υποψηφίων. Ειδικότερα, σε σχέση με το ψυχρό ασφαλτόμιγμα (συσκευασμένο και χύδην) υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι ουδεμία απολύτως διαφορά υφίσταται μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών του συσκευασμένου υλικού σε σχέση με το χύδην, καθώς όποιος είναι σε θέση να προμηθεύσει αρτίως και προσηκόντως χύδην ψυχρό ασφαλτόμιγμα, είναι σε θέση να το πράξει και αναφορικά με το συσκευασμένο ψυχρό ασφαλτόμιγμα, και αντιστρόφως. Συνεπώς, η απαίτηση βεβαιώσεων καλής εκτελέσεως σωρευτικώς τόσο για συσκευασμένο όσο και για χύδην ψυχρό ασφαλτόμιγμα (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, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, μπορεί κάλλιστα ένας προσφέρων να δύναται να αποδείξει

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

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 η 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 υπολείπονται κατά πολύ ή αθροιστικώς καλύπτουν οριακώς το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού κατά την διακήρυξη οι βεβαιώσεις δεν απαιτείται να αφορούν συμβάσεις συγκεκριμένου προϋπολογισμού, ανάλογου του προϋπολογισμού εκάστου προς προμήθειαν είδους), 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 εν λόγω 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. Τέλος, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, σε κάθε περίπτωση, η προσκόμιση 3 βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης για το χύδην ασφατόμιγμα είναι υπερβολική και ως εκ τούτου περιορίζει υπέρμετρα, χωρίς κανένα λόγο τον κύκλο των δυναμένων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Και αυτό γιατί ο προϋπολογισμός του συγκεκριμένου προς προμήθεια είδους είναι μόλις 2.500 ευρώ (ποσότητα μόλις 25.000 χλγρ), σύμφωνα με τον ενδεικτικό προϋπολογισμό (Παράρτημα IV της διακήρυξης), επομένως η απαίτηση της διακήρυξης για προσκόμιση 3 βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης είναι αφ'εαυτής υπέρμετρη. Το αυτό ακριβώς συμβαίνει και σε σχέση με το προς προμήθεια ασφατικό γαλάκτωμα: Για ποσότητα μόλις 10.000 χλγρ, δαπάνης μόλις 7.000 ευρώ, με βάση τον ενδεικτικό προϋπολογισμό της διακήρυξης, απαιτούνται ομοίως 3 βεβαιώσεις

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

καλής εκτέλεσης. Περαιτέρω, και στην περίπτωση του ασφαλικού γαλακτώματος, δεν παρέχεται καμία εναλλακτική σε υποψήφιο προσφέροντα να αποδείξει ότι έχει την απαιτούμενη τεχνική καταλληλότητα να φέρει εις πέρας το προς προμήθειαν αντικείμενο. Έτσι, ένας υποψήφιος ο οποίος έχει εκτελέσει αρτίως μία σύμβαση πολλαπλάσιας ποσότητας (δαπάνης) σε σχέση με την υπό δημοπράτηση σύμβαση, βρίσκεται σε αδικαιολόγητα δυσμενέστερη θέση έναντι υποψηφίου ο οποίος έχει εκτελέσει τρεις συμβάσεις υποπολλαπλάσιας ποσότητας και δαπάνης (αφού η διακήρυξη απαιτεί τρεις βεβαιώσεις, αρκείται δηλ. σε απρόσφορο αριθμητικό προσδιορισμό τους, χωρίς να τις συναρτά με ποσότητα / δαπάνη του προς προμήθειαν είδους). Συμπερασματικώς, κατά την προσφεύγουσα, η απαίτηση προσκομίσεως εννέα συνολικώς βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης, με τον τρόπο που τίθεται, ήτοι με απρόσφορη διάκριση μεταξύ βεβαιώσεων χύδην υλικού και βεβαιώσεων συσκευασμένου υλικού, με υπερβολική απαίτηση τριών βεβαιώσεων υλικού χύδην και τριών βεβαιώσεων ασφαλικού γαλακτώματος, την στιγμή που ο προϋπολογισμός των ειδών αυτών δεν ξεπερνά τις 2.500 ευρώ και 7.000 ευρώ αντιστοίχως, και χωρίς να παρέχεται εναλλακτική για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας του υποψηφίου επί αντικειμένου αντιστοίχου με αυτό της υπό ανάθεση σύμβασης, δεν συνιστά πρόσφορο μέσο απόδειξης της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων και συναφώς, εισάγει περιορισμό του κύκλου των υποψηφίων οικονομικών φορέων, χωρίς αποχρώντα λόγο. Ενόψει των ανωτέρω, αιτείται η προσφεύγουσα την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων.

8. Επειδή, στην υπόψη διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους (υποψήφιους) συμμετέχοντες ορίζεται ότι: «Άρθρο 8° Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας 1) Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας [...] 2) [...] 3) Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να πληρούν

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

τις προϋποθέσεις όπως αυτές περιγράφονται στην με αριθ. 6/2020 μελέτη, ως εξής: Εμπειρία • Για την προμήθεια θερμής ασφάλτου της Ομάδας Α οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να καταθέσουν τουλάχιστον μία βεβαίωση καλής εκτέλεσης κατά τη διάρκεια των δύο τελευταίων ετών • Οι οικονομικοί φορείς για την προμήθεια των υλικών της Ομάδας Β απαιτείται να προσκομίσουν κατά τη διάρκεια τουλάχιστον των τελευταίων τριών ετών, (τουλάχιστον τρεις 3) βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης αντίστοιχων προμηθειών οργανισμών του Δημοσίου. [...] Άρθρο 12^ο Αποδεικτικά μέσα Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στα άρθρα 5 έως 9 της παρούσης, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του Ν. 4412/2016 όπως ισχύει και του άρθρου 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. [...]

> Για την Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι φορείς προσκομίζουν: 1) Για την προμήθεια θερμής ασφάλτου της Ομάδας Α οι οικονομικοί Φορείς απαιτείται να καταθέσουν τουλάχιστον μία βεβαίωση καλής εκτέλεσης κατά τη διάρκεια των δύο τελευταίων ετών 2) Οι οικονομικοί φορείς για την προμήθεια των υλικών της Ομάδας Β απαιτείται να προσκομίσουν κατά τη διάρκεια τουλάχιστον των τελευταίων τριών ετών, τουλάχιστον τρεις (3) βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης αντίστοιχων προμηθειών οργανισμών του Δημοσίου. [...]

Περαιτέρω, στο Παράρτημα Ι Τεχνική Έκθεση – Τεχνικές Προδιαγραφές που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της επίμαχης διακήρυξης ορίζεται: «Οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς για να γίνουν δεκτοί στο διαγωνισμό πρέπει να καταθέσουν τα κάτωθι δικαιολογητικά: Για την προμήθεια Ασφάλτου 50/70 • ΑΔΕΙΑ ΕΜΠΟΡΙΑΣ ΑΡΓΟΥ ΠΕΤΡΕΛΑΙΟΥ & ΠΕΤΡΕΛΕΙΟΕΙΔΩΝ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ από το Τμήμα Εμπορίας/ Υπουργείου Ανάπτυξης & Επενδύσεων. • Πιστοποιητικό Συστημάτων Διαχείρισης Ποιότητας για την εμπορία της προμήθειας κατά ISO 9001:2015 από την παραγωγό εταιρεία (ΠΔ 118/2007 άρθρο 9) για την εξασφάλιση ποιότητας των προς προμήθεια υλικών. • Επαγγελματική και τεχνική επάρκεια των συμμετεχόντων οι οποίοι υποχρεούνται να προσκομίσουν βεβαιώσεις καλής

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

εκτέλεσης αντίστοιχων προμηθειών οργανισμών του Δημοσίου (τουλάχιστον 1 βεβαίωση για την τελευταία διετία). Για την προμήθεια Ασφαλικού Γαλακτώματος ΚΕ-1 • Πιστοποιητικό Συστημάτων Διαχείρισης Ποιότητας για την εμπορία των εν λόγω προμηθειών κατά ISO 9001:2015 • Πιστοποιητικό Συμμόρφωσης Παραγωγής Εργοστασίου για το υλικό σύμφωνα με τις προδιαγραφές προτύπου ΕΛΟΤ EN 13808:2005 • Υπεύθυνη Δήλωση για την προέλευση και το εργοστάσιο παραγωγής του προσφερόμενου υλικού. • Επαγγελματική και τεχνική επάρκεια των συμμετεχόντων οι οποίοι υποχρεούνται να προσκομίσουν βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης αντίστοιχων προμηθειών οργανισμών του Δημοσίου (τουλάχιστον τρεις (3) βεβαιώσεις για κάθε υλικό). Οι Βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης για το Ασφαλικό γαλάκτωμα θα είναι κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών ετών. & Για την προμήθεια Ψυχρού Ασφαλομίγματος (σε δοχεία και σάκκους) και σε χύδην μορφή • Πιστοποιητικό Συστημάτων Διαχείρισης Ποιότητας για την εμπορία των εν λόγω προμηθειών κατά ISO 9001:2015 • Υπεύθυνη Δήλωση για την προέλευση και το εργοστάσιο παραγωγής των προσφερόμενων υλικών • Επαγγελματική και τεχνική επάρκεια των συμμετεχόντων οι οποίοι υποχρεούνται να προσκομίσουν βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης αντίστοιχων προμηθειών οργανισμών του Δημοσίου (τουλάχιστον 3 βεβαιώσεις για κάθε υλικό). [...]»

9. Επειδή, στο άρθρο 54 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄ παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

[...]. 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο» [...] 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα [...].».

10. 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: ι) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

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 εκτελέστηκαν 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 εκτελέστηκαν 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· [...]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

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

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 [...]».

11. Επειδή, στην αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), προβλέπεται ότι: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της Οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...]. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]». Ομοίως, στην αιτιολογική σκέψη 83 της ως άνω Οδηγίας, προβλέπεται ότι: «Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες προμήθειες. Ενδεχόμενες τέτοιες απαιτήσεις θα πρέπει να είναι συναφείς και ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. Ειδικότερα, δεν θα πρέπει να επιτρέπεται στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ελάχιστο κύκλο εργασιών ο οποίος θα είναι δυσανάλογος προς το αντικείμενο της σύμβασης· η σχετική απαίτηση δεν θα πρέπει κανονικά να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το διπλάσιο της

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Ωστόσο, σε δεόντως δικαιολογημένες περιστάσεις, θα πρέπει να μπορούν να εφαρμόζονται υψηλότερες απαιτήσεις. Οι εν λόγω περιστάσεις μπορεί να σχετίζονται με τους υψηλούς κινδύνους που συνεπάγεται η εκτέλεση της σύμβασης ή με το γεγονός ότι η έγκαιρη και ορθή εκτέλεσή της είναι κρίσιμης σημασίας, παραδείγματος χάρη γιατί αποτελεί απαραίτητη προκαταρκτική προϋπόθεση για την εκτέλεση άλλων συμβάσεων [...]».

12. Επειδή, 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, 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 προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, υπό την έννοια ότι οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Δεν αποκλείεται, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον 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, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα αρχή 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 τεχνικά χαρακτηριστικά ως επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρησιμότητας και καταλληλότητας και ούτως η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει. Προσέτι, πρέπει να τονισθεί, σχετικώς, ότι τυχόν ταύτιση των πληττόμενων προδιαγραφών με προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας, δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι σχετικές τεχνικές προδιαγραφές είναι φωτογραφικές (Ε.Α. ΣΤΕ 1025, 836/2010, 829, 201/2007) Εξάλλου, δεν θεωρούνται ως φωτογραφικές οι τεχνικές προδιαγραφές, στις περιπτώσεις εκείνες που, τελικώς, συμμετέχει στο διαγωνισμό ικανός αριθμός προσφερόντων, γιατί, μετά από μία ευρεία συμμετοχή, σε κάθε περίπτωση, δεν προκύπτει περιορισμός του ανταγωνισμού (ΣΤΕ 214,215/2011).

13. Επειδή, 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 δε Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάσει δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007). Συνεπώς 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

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

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, κάθε 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 Kraus κατά Land Baden-Wurtemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη 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, 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.

14. Επειδή, εξάλλου, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

συμφέροντος, δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελής (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17). Επιπροσθέτως, η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντάγματος) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις ad hoc ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004). Συνεπώς το αδύνατο της συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της διοίκησης και όχι στην εκ μέρους του ακολουθούμενη εμπορική πολιτική. Επομένως εφόσον με τις προβαλλόμενες αιτιάσεις ο προσφεύγων επιδιώκει την τροποποίηση όρων της διακήρυξης παρότι διαθέτει λ.χ. τον τύπο μηχανήματος που απαιτεί η διακήρυξη προκειμένου να του δοθεί η δυνατότητα να προσφέρει έτερο μηχάνημα που διαθέτει, τότε η συμμετοχή του δεν παρεμποδίζεται από όρο της διακήρυξης αλλά είναι συνέπεια της εμπορικής του πολιτικής, η δε αίτηση της ανεξαρτήτως της βασιμότητας των προβαλλόμενων λόγων (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 434/2008) είναι απορριπτέα ως ασκούμενη άνευ εννόμου συμφέροντος (ΣΤΕ ΕΑ 581/2008), βλ. και Φ. Αρναούτογλου, «Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων», Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδοση, παρ. 133 σελ. 96-97).

15. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της προκείμενης υπόθεσης αλλά και τη συνδυαστική εφαρμογή των ως άνω αναλυτικώς αναφερθέντων (σκ. 8-14), νομοθετικού και κανονιστικού πλαισίου, συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή, εκ των δυνατοτήτων που της παρέχει το ισχύον νομικό πλαίσιο, αιτείται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

προκειμένου για την άρτια και προσήκουσα υποβολή της προσφοράς τους, επί τω τέλει όπως τους ανατεθεί η οικεία σύμβαση, για το σύνολο των ειδών της Ομάδας Β της εν λόγω σύμβασης τρεις βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης κατά την τελευταία τριετία για κάθε ένα εκ των ειδών της ομάδας αυτής, ήτοι, εν προκειμένω, για το προσφερόμενο ασφαλτικό γαλακτώμα, για το ψυχρό ασφαλτόμιγμα συσκευασμένο (δοχεία) και για το ψυχρό ασφαλτόμιγμα χύδην (σάκοι). Κατ'αρχήν, εκ των ως άνω απαιτήσεων, δεν εμφανίζεται η αναθέτουσα αρχή να περιορίζει υπέρμετρα το απαιτούμενο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, αντιθέτως, συνδέεται και τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, πολλώ δε μάλλον που σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις δύναται, η αναθέτουσα αρχή, να αιτηθεί κατάλογο των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών (σκ. 10) προκειμένου για την απόδειξη των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα. Κατά δεύτερον, βάσιμη κρίνεται και η συμπληρωματική αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής, ως τούτη αποτυπώνεται στο έγγραφο των απόψεων της, ακόμη και στη βάση που ήθελε υποτεθεί ότι εν προκειμένω εφαρμόζονται υψηλότερες απαιτήσεις, οι οποίες ωστόσο αιτιολογούνται δεόντως, κατά τα ακόλουθα: «[...] ενημερώνουμε ότι από την μέχρι τώρα εμπειρία μας, από τη συμμετοχή των Μηχανικών της Υπηρεσίας μας σε Επιτροπές Διαγωνισμών Προμηθειών καθώς και σε Επιτροπές Παραλαβής Υλικών και ειδικά για «ψυχρό ασφαλτόμιγμα (συσκευασμένο)», έχει διαπιστωθεί ότι, παρόλο που στην διαδικασία του διαγωνισμού οι συμμετέχοντες προσκομίζουν Τεχνικά Φυλλάδια όπου ορίζεται, ειδικά για το «συσκευασμένο ψυχρό ασφαλτόμιγμα», ότι πληρούνται οι Προδιαγραφές της Τεχνικής Έκθεσης της μελέτης, διαπιστώνεται πολλές φορές κατά την εφαρμογή του υλικού, αυτό να μην είναι εύπλαστο και εργάσιμο αλλά να έχει στερεοποιηθεί (παγώσει). Συνέπεια τούτου, είναι να μην μπορεί να "δουλευτεί" και να διαστρωθεί από το συνεργείο, που το εφαρμόζει στις βλάβες των οδοστρωμάτων των

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

ασφαλτοστρωμένων οδών τόσο στο κεντρικό οδικό δίκτυο όσο και στους οικισμούς του "...", με αποτέλεσμα την πλημμυρή ή αδύνατη αποκατάσταση των βλαβών, με αυτές να παραμένουν ανοικτές ή με σημαντική παραμόρφωση, εγκυμονώντας κινδύνους για στους χρήστες της οδού. Να σημειώσουμε ότι η πόλη "...", είναι παραθαλάσσια πόλη, με εύκρατο κλίμα και ήπιες θερμοκρασίες κατά τους χειμερινούς μήνες και θεωρούμε αδικαιολόγητη την αστοχία του συγκεκριμένου υλικού με προβλήματα τοποθέτησης και διάστρωσής του. Το Συνεργείο Ασφαλικών της Δ/σης Έργων Υποδομής, παρεμβαίνει, κατόπιν αιτημάτων των δημοτών ή άλλων θεσμικών παραγόντων, άμεσα, ανεξαρτητως εποχής και καιρικών συνθηκών για την αποκατάσταση βλαβών των οδοστρωμάτων, καθιζήσεων και ερπυσμών σε αυτά και λόγω των ανωτέρω προαναφερομένων δυσλειτουργιών, καθίσταται δύσκολη έως αδύνατη η αποτελεσματική και έγκαιρη συντήρηση του οδικού δικτύου της πόλης. [...] Για τους παραπάνω λόγους και λόγω του γεγονότος ότι η ευαισθησία στην διάρκεια ζωής και ποιότητας του χύδην προϊόντος είναι μεγαλύτερη από το υλικό «ψυχρό «ψυχρό ασφαλτόμιγμα σε σάκκους», καθώς αυτό εκτίθεται πιο άμεσα στις καιρικές συνθήκες από το συσκευασμένο (που είναι σφραγισμένο και προστατευμένο σε πλαστικό σάκκο), ζητούμε, με την εν λόγω διακήρυξη, για όλα τα ανωτέρω υλικά, βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, συμπεριλαμβανομένου και του χύδην προϊόντος.» Ενόψει των ανωτέρω και ανεξάρτητα από την επάρκεια της αιτιολογίας που η αναθέτουσα αρχή παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από τους συγκεκριμένους σχετικούς προσβαλλόμενους όρους, διαπιστώνεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν περιορίζει υπέρμετρα και απρόσφορα τον ανταγωνισμό, ως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, θεσπίζοντας κατά το δοκούν ως επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά το αναγκαίο αυτών, όπερ, άλλωστε, αποδεικνύεται και από την συμμετοχή των υποψηφίων οικονομικών φορέων καθώς επίσης και της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, από την επισκόπηση των ήδη κατατεθεισών προσφορών στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ εμφανίζεται ότι, εκτός από την προσφεύγουσα έχουν καταθέσει προσφορές άλλες δύο εταιρείες.

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

Σημειωτέον δε ότι από την επισκόπηση της προσφοράς της προσφεύγουσας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (με αρ. "..."), υποβληθείσα την "...", οπότεν και η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, προκύπτει ότι, παρόλη τη διατύπωση από πλευράς της επιφύλαξης λόγω της ασκηθείσας υπό κρίση προσφυγής της (συγκεκριμένα στα αρχεία της Υπεύθυνης Δήλωσης συμμετοχής και Υπεύθυνης Δήλωσης τεχνικών προδιαγραφών) έχει υποβάλει τα ηλεκτρονικά αρχεία pdf με τίτλους 1) ΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΚΑΛΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ - ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΨΥΧΡΟΥ ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑΤΟΣ - ΧΥΔΗΝ, 2) ΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΚΑΛΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ - ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΑΣΦΑΛΤΙΚΟΥ ΓΑΛΑΚΤΩΜΑΤΟΣ, 3) ΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΚΑΛΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ - ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΨΥΧΡΟΥ ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑΤΟΣ - ΔΟΧΕΙΑ καθώς και 4) ΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΚΑΛΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ - ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΨΥΧΡΟΥ ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑΤΟΣ –ΣΑΚΟΙ όπου εμπεριέχονται όλες οι απαιτούμενες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης και αντίστοιχες συμβάσεις της τελευταίας τριετίας. Τούτων δοθέντων, οι σχετικές διά της προσφυγής της αιτιάσεις πρέπει να απορριφθούν, καθώς διαπιστώνεται ότι εν προκειμένω η προσφεύγουσα επιχειρεί να προσδιορίσει και να καθορίσει, βάσει δικών της εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, λόγοι που είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007).

16. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και δοθέντος ότι, *sine qua non* προϋπόθεση για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός του προσφεύγοντος προς άσκηση της προσφυγής είναι και η προαπόδειξη βλάβης, κατά τα διατυπωθέντα στη σκέψη 14 της παρούσας, έστω και ενδεχόμενης, ενώ, όπως έχει κριθεί, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον αιτούντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του η πράξη (ΣΤΕ 2068/2008, 4022/2006), όπερ εν προκειμένω, εντούτοις, δεν συντρέχει. Ως αλυσιτελής, εξάλλου, χαρακτηρίζεται η αίτηση ακυρώσεως -επομένως και η προσφυγή κατ'

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

αναλογία- , η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτή δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και επομένως δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης. Δεδομένου δε ότι, κατά τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω, ο διαγωνισμός απευθύνεται σε οικονομικούς φορείς που διαθέτουν τα επί ποινή απαραδέκτου ζητούμενα από τη διακήρυξη μέσα και εμπειρία για την εκτέλεση της σύμβασης και ότι η προσφεύγουσα ήδη έχει υποβάλει τις επίμαχες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, προκειμένου να υποβάλει παραδεκτή προσφορά, δεν έχει έννομο συμφέρον να προβάλει αιτιάσεις κατά των αντίστοιχων όρων της διακήρυξης, αιτούμενη την ακύρωση τους. Επικουρικώς δε, από την συνδυαστική ανάλυση των στοιχείων του φακέλου, παρέπεται, ότι οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας, είναι απορριπτέες, προεχόντως, ως προβαλλόμενες χωρίς έννομο συμφέρον, δοθέντος ότι για τη στοιχειοθέτηση βλάβης, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσφεύγουσα πρέπει να εξειδικεύει ειδικώς την ζημία που της προκαλείται και τον τρόπο που αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Αν και η προσβαλλόμενη με την υπό κρίση προσφυγή διακήρυξη ουσιαστικά δεν αφορά μόνο την προσφεύγουσα, η προσφεύγουσα θα πρέπει να επικαλείται ότι από την κανονιστική πράξη θίγονται τα δικά της συμφέροντα, ούτως ώστε να αποδείξει τον ιδιαίτερο δεσμό της με την διακήρυξη. Η προσφεύγουσα, ωστόσο, στην συγκεκριμένη περίπτωση, ουδόλως προσδιορίζει τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, κατά την έννοια που εκτέθηκε ανωτέρω και συνεπακόλουθα δεν θεμελιώνει βάσιμα το πώς στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της εν λόγω διακήρυξης. Αντιθέτως, ως προελέχθη, κατά την εκτίμηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, οι τεθείσες στη διακήρυξη απαιτήσεις σκοπούν στην επίτευξη της ευρύτερης δυνατής συμμετοχής στον διαγωνισμό και την ανάπτυξη του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού. Συνεπώς, ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων, ο κρινόμενος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.

Αριθμός απόφασης: 1477 / 2020

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, συνακολούθως πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 29 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 18 Νοεμβρίου 2020 από τον νέο Πρόεδρο του 2^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της με αριθμό 104/2020 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου