

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 8 Δεκεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Ελισσάβητ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.10.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1565/30-10-2020 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής, *****», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ****, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική της Προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση όρων της υπ' αριθ. *****», κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της. Ετέρωθεν, η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτούνται όπως απορριφθεί η Προσφυγή και διατηρηθεί η προσβαλλόμενη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 600,00 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****).

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ****, προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας «*****», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 94.600,00 €, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 15.10.2020 και με ΑΔΑΜ *****, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α ****.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του ανωτέρω αντικειμένου του (προμήθεια), της ιδιότητας της αναθέτουσας αρχής, ανήκουσας στους Φορείς της Γενικής Διοίκησης και συγκεκριμένα στον υποτομέα Οργανισμών Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α΄ Βαθμού και του χρόνου αποστολής (15.10.2020) της Διακήρυξης προς δημοσίευσης στη Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Βιβλίου Ι (άρθρο 3 - 221), καθώς και στις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 15.10.2020 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 29.10.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την πλήρη γνώση αυτής, η οποία και έλαβε χώρα στις 22.10.2020, ως η προσφεύγουσα συνομολογεί (Μέρος 9(Δ), σελίδα 4 της Προσφυγής).

4. Επειδή, σε περίπτωση άσκησης Προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, αφού το δικαίωμα άσκησης αυτής, επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

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.). Εν προκειμένω, η εταιρεία «*****» και ώδε προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη και οι προαναφερόμενοι όροι της Διακήρυξης, αφού υφίσταται ζημία και πλήττεται η συμμετοχής της στο διαγωνισμό αυτόν, δοθέντος ότι οι θεσπιζόμενοι όροι αυτής Διακήρυξης είναι παράνομοι για τους αναφερόμενους στην Προσφυγή της λόγους. Ετέρωθεν, εν γένει παραδεκτώς και με πρόδηλο έννομο συμφέρον παρεμβαίνει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017, η εταιρεία με την επωνυμία

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

«*****», αφού, ομοίως, δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν και συνεπώς, παραδεκτώς αιτείται όπως διατηρηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση αυτή, ενώ η Παρέμβασή της ασκείται εμπροθέσμως, καθόσον η υπό κρίση Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 02.11.2020 και η Παρέμβασή της ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 12.11.2020, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας, κατά τις προρρηθείσες διατάξεις. Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή και η ασκηθείσα επ' αυτής Παρέμβαση είναι τυπικά παραδεκτές και θα πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

5. Επειδή, παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 365 «Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής» του Ν. 4412/2016, ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με το άρθρο 43 παρ. 42 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52), η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. πρωτ 6370/09.11.2020 έγγραφό της, το οποίο αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την αυτή ημερομηνία, ήτοι εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης της προσφυγής, εκφράζει τις απόψεις της επί των λόγων αυτής, αιτούμενη την απόρριψη της Προσφυγής. Περαιτέρω, απαραδεκτώς η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε στις 08.12.2020, ήτοι την ημέρα εξέτασης της παρούσας, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το Υπόμνημά της, καθώς αυτό δεν υποβλήθηκε προ πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία εξέτασης της παρούσας (08.12.2020), σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου τυγχάνει απορριπτικό ως εκπρόθεσμο.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της ότι η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα, καθώς ο όρος 2.2.6 και 2.2.9.2. αυτής, στους οποίους ορίζεται ότι *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών (2017, 2018, 2019), να έχουν εκτελέσει και ολοκληρώσει επιτυχώς από κοινού ή*

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

εξ ολοκλήρου τουλάχιστον μία (1) δημόσια σύμβαση προμηθειών συναφούς αντικειμένου με το αντικείμενο της παρούσας, ύψους κατ' ελάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της παρούσας, ήτοι ποσού τουλάχιστον 96.400,00 € (χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο Φ.Π.Α.) [...] Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: Έγγραφα ανάθεσης (Αποφάσεις), Σύμβαση, Πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής ή βεβαιώσεις (σε ευανάγνωστα φωτοαντίγραφα), τα οποία να έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή. Ως ημερομηνία ολοκλήρωσης νοείται η ημερομηνία της βεβαίωσης – πρωτοκόλλου παραλαβής του αντικειμένου της Σύμβασης, που έχει εκδώσει η Αναθέτουσα Αρχή», τυγχάνουν ακυρωτέοι ως παράνομοι.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαιρέσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων», το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια' του Ν. 4412/2016 «περιεχόμενο των εγγράφων της σύμβασης» ορίζει ότι: «Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. [...]. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης [...]

ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής [...].

Επέκεινα, σύμφωνα με το άρθρο 54 «τεχνικές προδιαγραφές» του Ν. 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), 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 [...]. 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», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α`, με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά 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. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο» και το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει 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. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτό, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ορισμένο

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στο τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. [...] 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 [...]. Επιπροσθέτως, στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ απαριθμούνται τα μέσα που μπορεί να επικαλεστεί η αναθέτουσα αρχή προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων ως εξής: «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 εάν είναι 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. Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού,

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία [...]».

8. Επειδή, από τα ανωτέρω και υπό το πρίσμα της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ και αντίστοιχα του Ν.4412/2016, προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές έχουν την ευχέρεια να καθορίζουν όχι μόνο τα ελάχιστα επίπεδα της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αλλά και τα μέσα απόδειξης αυτών, υπό την προϋπόθεση ότι δεν τίθενται υπερβολικά υψηλές και δυσανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης απαιτήσεις, εισάγοντας, στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου, προς έλεγχο της καταλληλότητας αυτού. Από τις προδιαληφθείσες διατάξεις προκύπτει ότι δίδεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να θέτουν στη διακήρυξη κριτήρια αναφορικά με την τεχνική επάρκεια των υποψηφίων, τα οποία και θα αποδεικνύονται με την προσκόμιση καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων, σε περίπτωση ανάθεσης σύμβασης προμηθειών ως εν προκειμένω. Στην περίπτωση αυτή, όμως, τίθενται περιορισμοί ως προς την απαίτηση των αναθετουσών αρχών να ζητούν την υποβολή καταλόγου για την εκτέλεση σχετικών προμηθειών, καθώς ορίζεται ως μέγιστο χρονικό όριο η τελευταία τριετία για την οποία και θα πρέπει να προσκομίζεται ο υπόψη κατάλογος, και μόνον κατ' εξαίρεση και με ειδική αιτιολογία το διάστημα αυτό μπορεί να είναι μεγαλύτερο. Το διάστημα της τελευταίας τριετίας για το οποίο απαιτείται η απόδειξη πλήρωσης των ανωτέρω κριτηρίων που τίθενται, περιλαμβάνει την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης του διαγωνισμού και τρία χρόνια πίσω. Στην υπό κρίση περίπτωση, όπου ορίζεται στον όρο 2.2.6 της Διακήρυξης οι υποψήφιοι «*κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών (2017, 2018, 2019), να έχουν εκτελέσει και ολοκληρώσει επιτυχώς από κοινού ή εξ ολοκλήρου τουλάχιστον μία (1) δημόσια σύμβαση προμηθειών συναφούς αντικειμένου με το αντικείμενο της παρούσας, ύψους κατ' ελάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της παρούσας*», προσκομίζοντας προς απόδειξη πλήρωσης αυτού τα οριζόμενα στον όρο 2.2.9.2. της Διακήρυξης, εις ουδέν

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

παραβιάζει τις σχετικές ανωτέρω διατάξεις της ενωσιακής νομοθεσίας, ως αυτές ενσωματώθηκαν στην εσωτερική έννομη τάξη (βλ. σκέψη 7 της παρούσας). Και τούτο διότι, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 15.10.2020 και ως εκ τούτου η τελευταία τριετία για την οποία απαιτείται από τον όρο 2.2.6. η εκτέλεση επιτυχώς μίας τουλάχιστον συναφούς – με το αντικείμενο της υπό ανάθεση – προμήθειας εκκινεί από το έτος 2017, ήτοι από τις 15.10.2017 και περιλαμβάνει το διάστημα από 15.10.2017 έως και 15.10.2020, οπότε και παραδεκτώς αναγράφεται το έτος αυτό, 2017, στα τελευταία τρία έτη για τα οποία απαιτείται η προσκόμιση σχετικών από τον όρο 2.2.9.2. της Διακήρυξης αποδεικτικών εγγράφων εκτέλεσης συναφούς σύμβασης, χωρίς, περαιτέρω, να αποκλείεται η προσκόμιση σχετικών εγγράφων και για το έτος 2020, έστω και αν η Διακήρυξη δεν αναφέρει αυτό ρητώς. Και αυτό γιατί, τα αναγραφόμενα έτη στο σχετικό όρο της Διακήρυξης τίθενται εντός παρένθεσης και το απαιτούμενο χρονικό διάστημα καθορίζεται από τη λέξη «τριετία» που αναγράφεται στον υπόψη όρο της Διακήρυξης, ο τρόπος δε, μέτρησης της τελευταίας τριετίας, ως ο όρος αυτός της Διακήρυξης απαιτεί, ο οποίος γίνεται με τον τρόπο που έγινε δεκτός ανωτέρω, είναι κοινώς τοις πάσι και εύκολα αντιληπτός στον μέσο συνετό άνθρωπο. Εξάλλου και αν ακόμα ήθελε θεωρηθεί ότι υφίσταται ασάφεια του σχετικού όρου της Διακήρυξης (*quod non*) - ήτοι αν το έτος 2020 περιλαμβάνεται στο χρονικό διάστημα της τελευταίας τριετίας το οποίο ορίζει η Διακήρυξη και για το οποίο η προσφεύγουσα υπολαμβάνει στην Προσφυγή της ότι δεν είχε τη δυνατότητα να προσκομίσει σχετικά αποδεικτικά έγγραφα - αλυσιτελώς η προσφεύγουσα στρέφεται κατ' αυτού, αφού δεν προκύπτει ότι ζητήθηκε από αυτήν η παροχή διευκρινίσεων, κατ' άρθρο 67 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και της ταυτόσημης εννοιολογικά διάταξης του όρου 2.1.3 της Διακήρυξης, από την αναθέτουσα αρχή, ώστε αυτή να άρει οιαδήποτε αμφιβολία της αναφορικά με το αν θα γίνονταν αποδεκτές συμβάσεις που αυτή είχε εκτελέσει το έτος 2020 προς πλήρωση του όρου 2.2.6. της Διακήρυξης. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από το γεγονός ότι και σε περίπτωση που η προσφορά της τυχόν αποκλειόταν για το λόγο αυτό, ήτοι η αναθέτουσα αρχή αιτιολογούσε τον αποκλεισμό της εκ της

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

μη πλήρωσης του όρου 2.2.6. περί εκτέλεσης συναφούς σύμβασης την τελευταία τριετία αποκλείοντας προσκομιζόμενα έγγραφα αυτής έτους 2020, ο τυχόν αυτός αποκλεισμός της θα ήταν παράνομος και ως εκ τούτου ακυρώσιμος, καθώς ερμηνευτικά δεν θα μπορούσε να συναχθεί αντίθετη εκδοχή, που θα οδηγούσε σε αποκλεισμό εταιρείας που έχει αναλάβει προσφάτως τη διάθεση και εμπορία των ζητούμενων από τη διακήρυξη ειδών (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 351/2011, σκ. 9, 276/2011 σκ. 5, 6 και 7, 207/2011, σκ. 4 και 5). Τούτων δοθέντων, ο πρώτος λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της Προσφυγής της προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη τυγχάνει ακυρωτέα, κατά το μέρος που οι τεχνικές προδιαγραφές αυτής απαιτούν μη μόνιμη συναρμολογούμενη διάταξη για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα, καθώς οι σχετικοί όροι είναι μη νόμιμοι, παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας και του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, ενώ φωτογραφίζουν το προϊόν «*****» της εταιρίας «*****», κατά το μέρος που η προς προμήθεια διάταξη θα πρέπει μεταξύ άλλων να αποτελείται από αρθρωτό σιδηρόδρομο (ράγα).

10. Επειδή, στον όρο 1.3 «*Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης*» της Διακήρυξης ορίζεται ότι «*(Α)ντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια, μεταφορά στην ***** και εγκατάσταση μη μόνιμων υποδομών που θα αφορούν την ψυχαγωγία και την άθληση ατόμων με κινητικές αναπηρίες ή περιορισμένης κινητικότητας (ηλικιωμένοι, εγκυμονούσες γυναίκες, άτομα με μειωμένη όραση, κ.λπ.), Τα προς προμήθεια είδη, των οποίων οι προδιαγραφές παρουσιάζονται αναλυτικά στην Τεχνική Έκθεση είναι συνοπτικά τα εξής : ▪ Μη μόνιμη συναρμολογούμενη διάταξη για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα (με ράγες, φορείο κίνησης και κάθισμα, χειρολισθήρα, σύστημα ασφάλειας, συναγερμό, προσαρμοσμένο ντους, σύστημα τηλεμετρίας κλπ).* (*****).*Τεμάχια: 2 Πρόκειται για μη μόνιμη, βοηθητική διάταξη για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη*

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

θάλασσα η οποία θα πρέπει να αποτελείται τουλάχιστον από τα εξής: Κεντρικό πίνακα ελέγχου, υδατοστεγή - Φωτοβολταϊκό στοιχείο - Συσσωρευτές (μπαταρίες) - Αρθρωτούς σιδηρόδρομους (ράγες) και παρελκόμενα αυτών (ντίζες, καλύμματα, κλπ) - Κουπαστή (χειρολισθήρας) - Φορείο κίνησης - Ειδικά διαμορφωμένο κάθισμα – Συρματόσχοινα - Φωτεινή σηματοδότηση της σιδηροτροχιάς - Ασύρματο χειρισμό - Προσαρμοσμένο ντους - Σύστημα ασφαλείας – Συναγερμό (αντικλεπτική προστασία) - Πακέτο τηλεμετρίας: Σε κάθε διάταξη για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα θα πρέπει να προσαρμοστούν πακέτα τηλεμετρίας και να είναι συνδεδεμένη με το διαδίκτυο και να αξιοποιεί την τεχνολογία του *Internet of Things* για να παρέχει σε πραγματικό χρόνο χρήσιμες για τους χρήστες πληροφορίες, όπως η κατάσταση που επικρατεί στην ακτή, η θερμοκρασία του αέρα και του νερού, κλπ καθώς και ψηφιακό διαδικτυακό ιστότοπο προσβασιμότητας και εφαρμογή προσβασιμότητας σε κινητό (*mobile app*) [...]». Περαιτέρω, το Παράρτημα IV «Τεχνική Περιγραφή» της Διακήρυξης ορίζει ότι «2.1 [...] Οι μη μόνιμες, συναρμολογούμενες διατάξεις για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα θα πρέπει να αποτελούνται τουλάχιστον από: • Κεντρικό πίνακα ελέγχου, υδατοστεγή • Φωτοβολταϊκό στοιχείο • Συσσωρευτές (μπαταρίες) • Αρθρωτούς σιδηρόδρομους (ράγες) και παρελκόμενα αυτών (ντίζες, καλύμματα, κλπ) • Κουπαστή (χειρολισθήρας) • Φορείο κίνησης • Ειδικά διαμορφωμένο κάθισμα • Συρματόσχοινα • Φωτεινή σηματοδότηση της σιδηροτροχιάς • Ασύρματο χειρισμό • Προσαρμοσμένο ντους • Σύστημα ασφαλείας – Συναγερμό (αντικλεπτική προστασία) • Πακέτο τηλεμετρίας [...] Οι ράγες πρέπει να αποτελούνται από αρθρωτά τμήματα, κατασκευασμένα από ανοξείδωτο χάλυβα, σε κατάλληλο μήκος, τα οποία συνδεόμενα μεταξύ τους θα μπορούν να φτάσουν στο επιθυμητό συνολικό μήκος (ανάλογα με τις απαιτήσεις της παραλίας που θα τοποθετηθεί), ώστε να καταλήγουν μέσα στο υδάτινο στοιχείο. Πάνω στις ράγες θα τοποθετηθεί ένα ειδικά διαμορφωμένο κάθισμα το οποίο με την προσαρμογή κατάλληλου φορείου θα ολισθαίνει κατά μήκος των ραγών προς την κατεύθυνση της θάλασσας, πάνω σε μια σταθερή τροχιά/διαδρομή [...]».

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

11. Επειδή, όπως γίνεται δεκτό, 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 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 του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007). Ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010). Στην υπό κρίση περίπτωση προκύπτει ότι οι οριζόμενες τεχνικές προδιαγραφές σύμφωνα με τις οποίες απαιτείται *«Μη μόνιμη συναρμολογούμενη διάταξη για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα (με ράγες, φορείο κίνησης και κάθισμα, χειρολισθήρα, σύστημα ασφάλειας, συναγερμό, προσαρμοσμένο*

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

ντους, σύστημα τηλεμετρίας κλπ)» είναι ανάλογη του επιδιωκόμενου σκοπού του αντικειμένου της σύμβασης, καθώς σε αυτό απαιτείται η προμήθεια και εγκατάσταση μη μόνιμων υποδομών που θα αφορούν την ψυχαγωγία και την άθληση ατόμων με κινητικές αναπηρίες ή περιορισμένης κινητικότητας. Τούτο διότι, όπως προκύπτει από τη θεώρηση των υπόψη τεχνικών προδιαγραφών η εν λόγω μη μόνιμη συναρμολογούμενη διάταξη αποτελεί βοηθητικό μηχανισμό αυτόνομης πρόσβασης ΑμεΑ στη θάλασσα, διατυπώνεται ως συγκεκριμένη λειτουργική απαίτηση, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, περιέχοντας μνεία συγκεκριμένης κατασκευής κατά την προρρηθείσα διάταξη, που αιτιολογείται ειδικώς και κατ' αναλογία των σκοπούμενων αναγκών της υπό ανάθεση προμήθειας (βλ. ΣτΕ ΕΑ 889/2009) με το υπ' αριθ. πρωτ 6370/09.11.2020 έγγραφό της. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από τα προσκομιζόμενα και επικαλούμενα από την παρεμβαίνουσα εταιρεία αποσπάσματα διακηρύξεων των ****, με απολύτως ταυτόσημες προδιαγραφές για μηχανήματα πρόσβασης με ράγες στις οποίες τοποθετείται ειδικά διαμορφωμένο κάθισμα το οποίο ολισθαίνει κατά μήκος των ραγών, όπου η προσφεύγουσα συμμετείχε ανεπιφύλακτα, αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος και εν τέλει υπέγραψε σχετικές συμβάσεις, όπως προκύπτει από τα προσκομιζόμενα αποσπάσματα προσφοράς της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό του ****, καθώς και τις αντίστοιχες συμβάσεις ανάθεσης των **** και ως εκ τούτου προκύπτει ότι εις ουδέν παρεμποδίζεται η συμμετοχή της και στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, με την προσφορά ανάλογου με τις προαναφερόμενες συμβάσεις προϊόντος, ενώ ουδόλως η παρεμβαίνουσα εταιρεία είναι η μοναδική που μπορεί να προσφέρει το υπό ανάθεση είδος, όπως αποδεικνύεται από τα προαναφερόμενα και συνεπώς ο υπόψη λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το παράβολο δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να καταπέσει (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

Αριθμός απόφασης: 1687 / 2020

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 8 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 21 Δεκεμβρίου 2020, δυνάμει της υπ' αριθ. 104/2020 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ περί ορισμού νέου Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου