

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24-2-2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 15-1-2021 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ΕΣΗΔΗΣ) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 150/18-1-2021 της εταιρίας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη του «...», με αντικείμενο την «...», επί σκοπώ απάλειψης των πληττόμενων όρων της Διακήρυξης.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...»), ποσού 800,00€.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη

Αριθμός απόφασης: 487/2021

διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29-12-2020, η προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση αυτής στις 13-1-2021 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 15-1-2021.

5. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι, ως δηλώνει, καίτοι διαθέτει εμπειρία στην κατασκευή, προμήθεια και εγκατάσταση δεξαμενών ύδρευσης, εντούτοις η συμμετοχή της στον οικείο Διαγωνισμό κωλύεται, καθώς, λόγω των προσβαλλομένων με την εξεταζόμενη προσφυγή όρων της Διακήρυξης που αφορούν την τεχνική - επαγγελματική ικανότητα, την χρηματοοικονομική επάρκεια αλλά και την απαίτηση συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής και τον τρόπο απόδειξης αυτής και ως εκ τούτου αδυνατεί να καταθέσει παραδεκτή προσφορά.

6. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. «...» διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης «...», CPV «...», διάρκειας 1 μήνα, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 160.000,00€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια, μεταφορά επί τόπου κατασκευή / συναρμολόγηση μιας προκατασκευασμένης μεταλλικής κυλινδρικής δεξαμενής χωρητικότητας 800m³ και μίας προκατασκευασμένης μεταλλικής κυλινδρικής δεξαμενής χωρητικότητας 1.000 m³, για την αποθήκευση πόσιμου νερού στα πλαίσια αύξησης της αποθηκευτικής ικανότητας του «...». Στην προμήθεια περιλαμβάνεται και η κατασκευή της βάσης έδρασης της κάθε δεξαμενής από οπλισμένο σκυρόδεμα. Οι δεξαμενές θα παραδοθούν χρωματισμένες σε λευκό χρώμα για την εναρμόνιση με την γενικότερη αισθητική της περιοχής που εγκαθίσταται. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από

Αριθμός απόφασης: 487/2021

οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ «...» στις 29-12-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό «...». Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είχε ορισθεί στις 22-1-2021, αλλά με την υπ' αρ.3/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίσθηκε στις 22-3-2021. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 18-1-2021.

8. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης, προβάλλουσα τα εξής: **A.** Οι όροι 2.2.6 (τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) και 2.2.9.2 Β4 (Αποδεικτικά μέσα), ως και το άρθρο 11 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης είναι παράνομοι, καθώς αντίκεινται στην αρχή του ελεύθερου, υγιούς και επαρκούς ανταγωνισμού και της αναλογικότητας, βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου και δέον όπως ακυρωθούν. Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τα άρθρα 253, 301, 304, 305, 75, 80 και 18 του ν.4412/2016, το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του ν.4412/2016, τους όρους 2.2.6, 2.2.9.2.Β4 της διακήρυξης, ως και το άρθρο 11 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης προβάλλει ότι αν και διαθέτει μακροχρόνια και επιτυχή παρουσία και πλούσια εμπειρία στους τομείς της επίμαχης σύμβασης, ήτοι της κατασκευής, προμήθειας και εγκατάστασης δεξαμενών ύδρευσης και μολονότι έχει κατασκευάσει και προμηθεύσει και μάλιστα την τελευταία τριετία, πολλές δεξαμενές όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας με τις ζητούμενες, μεταξύ των οποίων και μια δεξαμενή ύδρευσης 1.101 κυβικών (Διαγωνισμός «...» ως προμηθεύτρια της αναδόχου «...»), χωρητικότητας δηλαδή μεγαλύτερης και από τις δύο των ζητούμενων, αλλά και πολλές άλλες μικρότερης χωρητικότητας δεξαμενές, (ενδεικτικά μια δεξαμενή 542 κυβικών - διαγωνισμός «...» ως προμηθεύτρια της αναδόχου «...»), εντούτοις στον οικείο διαγωνισμό, αυτή κωλύεται να υποβάλει παραδεκτή προσφορά, ενόψει των ως άνω πληττόμενων παράνομων όρων της Διακήρυξης που έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, καθώς δεν έχει την απαιτούμενη εν προκειμένω εμπειρία της κατασκευής και προμήθειας κατά την τελευταία τριετία τριών δεξαμενών τουλάχιστον 800 κ.μ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι την τελευταία τριετία έχει κατασκευάσει τις κατωτέρω δεξαμενές : α) προμήθεια και τοποθέτηση δεξαμενών χωρητικότητας 1101 κυβ, 244 κυβ. και 109 κυβ. ως μέρος μονάδας αντιστροφής ώσμωσης στον «...», β) προμήθεια

Αριθμός απόφασης: 487/2021

και τοποθέτηση μεταλλικής δεξαμενής ύδρευσης χωρητικότητας 542 κυβ. στη θέση «...» για την «...», γ) προμήθεια δεξαμενής ύδρευσης χωρητικότητας 466 κυβ. ως μέρος μονάδας αντιστροφής ώσμωσης στον «...», δ) προμήθεια και τοποθέτηση μεταλλικής δεξαμενής ύδρευσης χωρητικότητας 347 κυβ. στον οικισμό «...» της Δ.Ε. «...» στον «...». Κατά την προσφεύγουσα, από τα ανωτέρω εμφανίζεται με σαφήνεια η άρτια τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και τεχνογνωσία της στον τομέα της κατασκευής και προμήθειας δεξαμενών ύδρευσης, εφόσον έχει κατασκευάσει και παραδώσει την τελευταία τριετία δεξαμενή αντίστοιχες με τις ζητούμενες στον οικείο διαγωνισμό και μάλιστα μεγαλύτερης (ήτοι 1.100 κ.μ.) χωρητικότητας, (αλλά και πλήθος άλλων όμοιων των ζητούμενων δεξαμενών έστω και μικρότερης χωρητικότητας) και συνεπώς αποδεικνύει την εμπειρία και την δυνατότητα ανταπόκρισής της προς το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης, που είναι η προμήθεια, μεταφορά επί τόπου κατασκευή / συναρμολόγηση μίας προκατασκευασμένης μεταλλικής κυλινδρικής δεξαμενής αποθήκευσης πόσιμου νερού χωρητικότητας 1.000 κ.μ. και μίας δεξαμενής χωρητικότητας 800 κ.μ. Εντούτοις, η προσφεύγουσα δεν μπορεί να λάβει μέρος στον επίμαχο διαγωνισμό, διότι ζητείται από τη Διακήρυξη οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να έχουν και να αποδεικνύουν εμπειρία προμήθειας κατά την τελευταία τριετία 3 δεξαμενών με χωρητικότητα μεγαλύτερη ή ίση των 800 κ.μ., χωρίς όμως να δικαιολογείται επαρκώς από την αναθέτουσα η επιλογή του σχετικού κριτηρίου επιλογής. Ειδικότερα, δεν υπάρχει στην διακήρυξη ουδεμία ειδική αιτιολόγηση εκ μέρους της αναθέτουσας, γιατί η αξιούμενη εμπειρία θα πρέπει να αποδεικνύεται από τρεις τουλάχιστον παραδόσεις δεξαμενών με χωρητικότητα μεγαλύτερη ή ίση των 800 κ.μ., καθώς η εμπειρία στην κατασκευή και προμήθεια όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας δεξαμενών με τις αξιούμενες από την Διακήρυξη αποδεικνύεται κάλλιστα και από την παράδοση μίας δεξαμενής μεγαλύτερης χωρητικότητας από τις ζητούμενες σε συνδυασμό με παραδόσεις μικρότερης χωρητικότητας όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας. Περαιτέρω, παρότι η Διακήρυξη αξιώνει εμπειρία στην προμήθεια και κατασκευή όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας δεξαμενών, εντούτοις δεν αιτιολογεί σε κανένα σημείο αυτής, σε τι διαφέρει η τεχνική και τεχνολογία κατασκευής δεξαμενής μεγάλης χωρητικότητας σε σχέση με δεξαμενές μικρότερης χωρητικότητας. Και τούτο, διότι κρίσιμο στοιχείο για την

Αριθμός απόφασης: 487/2021

απόδειξη εμπειρίας, όπως προκύπτει από το άρθρο 11 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης είναι η εμπειρία στην τεχνική και τεχνολογία κατασκευής των δεξαμενών και όχι η χωρητικότητα («είναι απαραίτητη και απαιτητή η αποδεδειγμένη εμπειρία τόσο των συμμετεχόντων προμηθευτών όσο και των κατασκευαστών σε κατασκευή δεξαμενών όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας με την προδιαγεγραμμένη της παρούσας Τεχνικής Μελέτης»). Όπως προκύπτει από την Διακήρυξη, οι κατασκευαστικές, χρονικές, τεχνικές απαιτήσεις αφορούν κατά τον ίδιο τρόπο και τις δύο προσφερόμενες δεξαμενές. Σε τίποτα δεν διαφοροποιείται η Διακήρυξη αναφορικά με τις εν λόγω απαιτήσεις, ανάλογα με την χωρητικότητα της δεξαμενής. Σύμφωνα με τα παραπάνω, η εν λόγω απαίτηση των όρων 2.2.6 και 2.2.9.2. Β4 της οικείας διακήρυξης, αντίκειται, κατά την προσφεύγουσα, στις αρχές του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού, βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου, τελεί σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό και τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης που είναι η προμήθεια, μεταφορά επί τόπου κατασκευή / συναρμολόγηση μίας προκατασκευασμένης μεταλλικής κυλινδρικής δεξαμενής αποθήκευσης πόσιμου νερού χωρητικότητας 1.000m³ και μίας δεξαμενής χωρητικότητας 800m³ και θέτει εμπόδια στην υποβολή προσφορών από υποψήφιους ανάδοχους όπως η προσφεύγουσα, που, όμως, κατά τεκμήριο έχουν την ικανότητα να ανταποκριθούν στην εκτέλεση της σύμβασης, και οι οποίοι, αν είχε νομίμως και σύμφωνα με τις θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου επιλεγεί μια άλλη, ομοίως επαρκής για την διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας διατύπωση, θα μπορούσαν να συμμετέχουν στον επίμαχο Διαγωνισμό. Δηλαδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα ενώ διαθέτει την απαραίτητη τεχνική επάρκεια και ικανότητα να κατασκευάσει και να προμηθεύσει τις ζητούμενες δεξαμενές, εντούτοις αποκλείεται από τον Διαγωνισμό παράνομα και αδικαιολόγητα. Η προσφεύγουσα παραθέτει στην εξεταζόμενη προσφυγή της πίνακες κατασκευής/προμήθειας δεξαμενών των ετών 2020, 2019, 2018, 2017, 2016, 2013 και 2012 που έχει υλοποιήσει και υλοποιεί για να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι δεν δύναται νομίμως να θεωρηθεί ότι μία εταιρεία σαν αυτή που έχει τέτοια τεχνογνωσία και εμπειρία στην κατασκευή τόσων πολλών δεξαμενών, μίας μάλιστα εκ των οποίων μεγαλύτερης χωρητικότητας και από τις δύο ζητούμενες, δεν είναι ικανή και κατάλληλη τεχνικά να συμμετάσχει

Αριθμός απόφασης: 487/2021

στον παρόντα Διαγωνισμό, μολοντί έχει την απαιτούμενη τεχνογνωσία και ικανότητα να κατασκευάσει και να προσφέρει το αξιούμενο είδος. Κατά την προσφεύγουσα, η απαίτηση που τίθεται με την Διακήρυξη, της κατασκευής δηλαδή και προμήθειας τριών δεξαμενών χωρητικότητας τουλάχιστον 800 κυβικών κατά την τελευταία τριετία, είναι σπάνια στην αγορά και εξ όσων γνωρίζει η προσφεύγουσα, μία μόνο εταιρία τη διαθέτει, ήτοι η εταιρεία «...». Προς τούτο εκθέτει με την προσφυγή της κατάλογο διαγωνισμών των τελευταίων ετών, από όπου προκύπτει ότι η εν λόγω εταιρεία είτε συμμετείχε μόνη της στους εν λόγω διαγωνισμούς, είτε αναδείχθηκε ανάδοχος διότι καμία άλλη συμμετέχουσα (ούτε η προσφεύγουσα εννοείται όπου συμμετείχε) δεν κάλυπτε παρόμοια με την αξιούμενη από την διακήρυξη απαίτηση, της κατασκευής δηλαδή και προμήθειας τριών παρόμοιων δεξαμενών μεγάλης χωρητικότητας σε βάθος τριετίας. Στις περιπτώσεις αυτές έχει χρησιμοποιηθεί όρος με απαίτηση προσκόμισης εμπειρίας για την τελευταία τριετία τριών παραδόσεων δεξαμενών όμοιων με την (τις) αξιούμενη (ες) από την Διακήρυξη. Στην δε περίπτωση της «...» ζητήθηκαν τρεις παραδόσεις δεξαμενών 1000 κυβικών για προκηρυχθείσα δεξαμενή 2.000 κυβικών. Ως αποτέλεσμα ήταν, είτε να υπάρξει μόνο μία συμμετοχή όπως στους διαγωνισμούς του «...», του «...» και «...», με ανάδοχο την εταιρεία «...», είτε να υπάρξει και δεύτερος συμμετέχων ο οποίος δεν πληρούσε τους ζητούμενους όρους. Χαρακτηριστικό παραδείγματα της δεύτερης περίπτωσης είναι ο ηλεκτρονικός διαγωνισμός του «...» στον οποίο, πέρα της «...», προσήλθε η εταιρεία «...». η οποία δεν υπέβαλε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά ή οι διαγωνισμοί της «...», τέσσερις (4) στον αριθμό, στους οποίους μαζί με την «...» υπέβαλε προσφορά και η προσφεύγουσα, η οποία απορρίφθηκε, αφού δεν πληρούσε τους απαραίτητους όρους συμμετοχής, με αποτέλεσμα μοναδική έγκυρη προσφορά να είναι αυτή της εταιρείας «...» που κρίθηκε ανάδοχος των διαγωνισμών. Μοναδική περίπτωση είναι ο Διαγωνισμός του «...» στον οποίο δεν υπήρξε σχετική απαίτηση απόδειξης εμπειρίας, με αποτέλεσμα να συμμετέχει η προσφεύγουσα και να αναπτυχθεί ισχυρός ανταγωνισμός. Χαρακτηριστικό είναι ότι η τιμή χαμηλότερης προσφοράς για δεξαμενή χωρητικότητας 1000 κυβ. στον «...» είναι 59.371,20 € (συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ) όταν η «...» λίγους μήνες νωρίτερα αγόρασε ίδιας χωρητικότητας δεξαμενή στην τιμή των 59.000,00 € πλέον

Αριθμός απόφασης: 487/2021

ΦΠΑ, ήτοι 73.160,00 €. Σύμφωνα με τα παραπάνω, είναι προφανές ότι η επιλογή της συγκεκριμένης διατύπωσης του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής της τεχνικής επαγγελματικής ικανότητας των συμμετεχόντων, που τίθεται με την Διακήρυξη, προσκρούει στις ως άνω θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων, καθώς συρρικνώνει τον ανταγωνισμό αποκλείοντας την συμμετοχή σε μικρομεσαίες επιχειρήσεις που είναι ικανές να αναλάβουν την σύμβαση όπως η προσφεύγουσα, ενώ όμως δεν διαθέτουν την απαιτούμενη εμπειρία, η οποία μάλιστα είναι σπανιότατη στην αγορά και διότι δεν τελεί σε αναλογία με το αντικείμενο της επίμαχης σύμβασης. Περαιτέρω, η σχετική διατύπωση των προσβαλλόμενων όρων ούτε αιτιολογείται από την αναθέτουσα ειδικά και εμπειριστατωμένα, όπως νομίμως απαιτούν οι επίμαχες διατάξεις του ν. 4412/2016, ενώ παράλληλα ο κατ' αυτόν τον τρόπο αδικαιολόγητος αποκλεισμός των μικρομεσαίων επιχειρήσεων που θα μπορούσαν να συνάψουν την οικεία σύμβαση με χαμηλότερη και ανταγωνιστική ενδεχομένως τιμή με δεδομένο ότι κριτήριο ανάθεσης είναι αποκλειστικά η τιμή, προφανώς πλήττει το δημόσιον συμφέρον, καθιστώντας παράνομους και ακυρωτέους τους όρους 2.2.6 και 2.2.9.2 Β4 της διακήρυξης. Περαιτέρω, ο τρόπος που έχει καταστρωθεί η απαίτηση απόδειξης εμπειρίας από την Διακήρυξη αποτελεί σοβαρή ένδειξη ότι τέθηκε προς αποκλεισμό των περισσότερων επιχειρήσεων και φανερώνει ότι τίθεται προς το συμφέρον συγκεκριμένου προμηθευτή που διαθέτει μόνο αυτός την σπάνια αυτή εμπειρία. Και τούτο διότι δεν είναι εύλογο και δικαιολογημένο να θεωρείται τεχνικά ικανός ο φορέας που έχει λχ εμπειρία προμήθειας και κατασκευής τριών δεξαμενών 800 κ.μ. και όχι ο φορέας που έχει εμπειρία προμήθειας και κατασκευής μίας δεξαμενής 1000 κ.μ. Εν κατακλείδι, η προσφεύγουσα, ενώ έχει την ικανότητα να κατασκευάσει, να προμηθεύσει και να εγκαταστήσει και τις δύο αξιούμενες από την Διακήρυξη δεξαμενές ύδρευσης χωρητικότητας 800 κυβικών μέτρων και 1000 κυβικών μέτρων αντίστοιχα, δεν καλύπτει το ως άνω κριτήριο τεχνικής επάρκειας και ικανότητας, αφού δεν μπορεί να προσκομίσει τρεις όμοιες συμβάσεις κατά την τελευταία τριετία. Έτσι οι παραπάνω όροι της Διακήρυξης, σύμφωνα με όσα αναλύθηκαν ανωτέρω, την αποκλείουν ως μη πληρούσα κριτήριο ποιοτικής επιλογής, το οποίο, όμως, παραβιάζει την γενική αρχή του ανοίγματος της διαδικασίας στον υγιή ανταγωνισμό και το δικαίωμα ισότιμης πρόσβασης των

Αριθμός απόφασης: 487/2021

διαγωνιζομένων στην συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης. Διότι δεν πρόκειται για κριτήριο το οποίο, με βάση το φυσικό αντικείμενο του Διαγωνισμού, η προσφεύγουσα δεν μπορεί να καλύψει. Σε κάθε περίπτωση, η Αναθέτουσα όφειλε να αιτιολογήσει ειδικώς και επαρκώς, γιατί απαιτεί την συγκεκριμένη τεχνική και επαγγελματική απαίτηση και για ποιο λόγο θεωρείται τεχνικά ικανός για την εν λόγω προμήθεια, με ιδιαίτερη αναφορά στα συγκεκριμένα ειδικά τεχνικά χαρακτηριστικά της, ο έχων πρότερη εμπειρία με τρεις όμοιες παραδόσεις κατά την τελευταία τριετία και όχι ο φορέας που έχει παραδώσει μία ίδια δεξαμενή ίδιας ή μεγαλύτερης χωρητικότητας και ίδιων χαρακτηριστικών κατά την τελευταία τριετία, πολλώ δε μάλλον ο φορέας που έχει παραδώσει μία όμοια δεξαμενή μεγαλύτερης χωρητικότητας και πολλές άλλες μικρότερες, όπως η προσφεύγουσα Βλ. σχετ. ΕΑ ΣτΕ 718/2012 με την οποία κρίθηκε ότι για έργα με ιδιαίτερο χαρακτήρα είναι δυνατόν να προστίθενται ιδιαίτεροι όροι. Η προσθήκη όμως αυτών θα πρέπει να αιτιολογείται ειδικώς με αναφορά των συγκεκριμένων λόγων για τους οποίους το έργο δεν μπορεί να αναληφθεί από οποιαδήποτε επιχείρηση εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ, αλλά από επιχείρηση με ιδιαίτερες τεχνικές ικανότητες ή συγκεκριμένη εμπειρία. Έχει επίσης κριθεί παράνομη η Διακήρυξη που περιορίζει αδικαιολόγητα τον κύκλο των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό αποκλείοντας προϊόντα που θα μπορούσαν να καλύψουν με αντίστοιχο τρόπο τις τεχνικές απαιτήσεις και τον σκοπό για τον οποίο προορίζονται (ΕΑ ΣτΕ 409/2008). Η αναφορά στο άρθρο 11 του Παραρτήματος Ι, ότι το συγκεκριμένο υπό προμήθεια προϊόν αφορά την δημόσια υγεία και ασφάλεια, είναι απαραίτητη και απαιτητή η αποδεδειγμένη εμπειρία τόσο των συμμετεχόντων προμηθευτών όσο και των κατασκευαστών σε κατασκευή δεξαμενών όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας με την προδιαγεγραμμένη της παρούσας Τεχνικής Μελέτης, δεν καλύπτει σε καμία περίπτωση την υποχρέωση ειδικής και επαρκούς αιτιολόγησης του πληττόμενου όρου, καθώς είναι γενική και αόριστη, δεν αναφέρεται στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της συγκεκριμένης προμήθειας, αλλά γενικότερα στην προμήθεια δεξαμενών και σε καμία περίπτωση δεν αιτιολογεί το ως άνω αναφερθέν, δηλαδή για ποιο λόγο θεωρείται τεχνικά ικανός για την εν λόγω προμήθεια, ο έχων πρότερη εμπειρία με τρεις όμοιες παραδόσεις κατά την τελευταία τριετία και όχι ο φορέας που έχει παραδώσει μία ίδια δεξαμενή ίδιας ή μεγαλύτερης

Αριθμός απόφασης: 487/2021

χωρητικότητας και χαρακτηριστικών κατά την τελευταία τριετία, πολλώ δε μάλλον ο φορέας που έχει παραδώσει μία όμοια δεξαμενή μεγαλύτερης χωρητικότητας και πολλές άλλες μικρότερες όπως η προσφεύγουσα. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης (2.2.6 (τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), 2.2.9.2 B4 (αποδεικτικά μέσα) και άρθρο 11του Παραρτήματος I, παραβιάζουν τις διατάξεις των παραγράφων 1 και 4 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, καθώς και τις προαναφερόμενες αρχές του ενωσιακού δικαίου και πρέπει να ακυρωθούν. Ενόψει δε των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών όπως στην προκείμενη περίπτωση, αφού όποιος δεν έχει και δεν αποδεικνύει την ως άνω απαιτούμενη εμπειρία αποκλείεται από τον Διαγωνισμό, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (ΑΕΠΠ 564/2019, σκέψη 13, πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95). **Β.** Οι όροι 2.2.5 (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) 2.2.9.2 B3 (Αποδεικτικά μέσα) είναι, κατά την προσφεύγουσα, παράνομοι, καθώς αντίκεινται στην αρχή του ελεύθερου, υγιούς και επαρκούς ανταγωνισμού και της αναλογικότητας, βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου και δέον όπως ακυρωθούν. Εν προκειμένω η προσφεύγουσα αν και διαθέτει μακροχρόνια και επιτυχή παρουσία και πλούσια εμπειρία στους τομείς της επίμαχης σύμβασης, ήτοι της κατασκευής, προμήθειας και εγκατάστασης δεξαμενών ύδρευσης και μολονότι έχει κατασκευάσει και προμηθεύσει και μάλιστα την τελευταία τριετία, πολλές δεξαμενές όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας με τις ζητούμενες, ωστόσο εμποδίζεται να συμμετάσχει στον παρόντα Διαγωνισμό, καθώς δεν διαθέτει τον απαιτούμενο από την Διακήρυξη μέσο "ειδικό" ετήσιο κύκλο εργασιών προμήθειας και τοποθέτησης μεταλλικών δεξαμενών ύψους 300.000,00 ευρώ για τα έτη 2017, 2018, 2019. Ειδικότερα ο μέσος κύκλος εργασιών προμήθειας και τοποθέτησης μεταλλικών δεξαμενών της προσφεύγουσας για τα έτη 2017, 2018, 2019 ανέρχεται σε 162.600,00 Ευρώ. Όμως, η εν λόγω απαίτηση λαμβάνοντας υπόψη ότι ο προϋπολογισμός της οικείας σύμβασης ανέρχεται μόλις στα 160.000,00 ευρώ άνευ Φ.Π.Α.,

Αριθμός απόφασης: 487/2021

αντίκειται στις αρχές του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού, βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου, τελεί σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό και τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης που είναι η προμήθεια, μεταφορά επί τόπου κατασκευή / συναρμολόγηση μίας προκατασκευασμένης μεταλλικής κυλινδρικής δεξαμενής χωρητικότητας 1.000m³ και μίας δεξαμενής χωρητικότητας 800m³, και θέτει εμπόδια στην υποβολή προσφορών από υποψήφιους ανάδοχους που κατά τεκμήριο έχουν την ικανότητα να ανταποκριθούν στην εκτέλεση της σύμβασης, όπως η προσφεύγουσα και οι οποίοι, υπό άλλη, ομοίως επαρκή για την διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας διατύπωση, θα μετείχαν στον Διαγωνισμό. Δηλαδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, ενώ διαθέτει κατά τα ανωτέρω την απαραίτητη τεχνική επάρκεια και ικανότητα να κατασκευάσει και να προμηθεύσει τις ζητούμενες δεξαμενές, και έναν αξιόλογο ειδικό κύκλο εργασιών στον τομέα της προμήθειας και κατασκευής δεξαμενών, τέτοιου ύψους (162.600,00 ευρώ) που φανερώνει ότι έχει την εμπειρία, τα απαιτούμενα μέσα και την αξιοπιστία για να αναλάβει την σύμβαση, εντούτοις αποκλείεται από τον Διαγωνισμό παράνομα και αδικαιολόγητα. Και τούτο, διότι, η απαίτηση της Διακήρυξης να έχει ο υποψήφιος φορέας μέσο ειδικό κύκλο εργασιών τα τελευταία τρία έτη σε ύψος (300.000,00 ευρώ), σχεδόν διπλάσιο από το ύψος του προϋπολογισμού (160.000 ευρώ), είναι δυσανάλογος σε σχέση με τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, το είδος και την έκταση της προμήθειας, ενώ η Αναθέτουσα σε κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν δικαιολογεί την επιλογή της να επιβάλλει στους υποψήφιους έναν τέτοιο αυστηρό και υπερβολικό όρο. Εξ όσων δε γνωρίζει η προσφεύγουσα, μόνο η εταιρεία «...», διαθέτει την αξιούμενη από την Διακήρυξη απαίτηση για μέσο ειδικό κύκλο εργασιών τέτοιου ύψους. Συνεπώς, ενόψει α) του αντικειμένου της σύμβασης που συνίσταται στην προμήθεια, μεταφορά επί τόπου κατασκευή / συναρμολόγηση μίας προκατασκευασμένης μεταλλικής κυλινδρικής δεξαμενής αποθήκευσης πόσιμου νερού χωρητικότητας 1.000m³ και μίας δεξαμενής χωρητικότητας 800m³ συμπεριλαμβανομένης και της κατασκευής των βάσεων έδρασης αυτών και β) του συνολικού προϋπολογισμού της προμήθειας 160.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, η κρινόμενη απαίτηση της Διακήρυξης δεν εμφανίζεται επαρκώς και δεόντως αιτιολογημένη και εύλογη, υπό τη στάθμιση και του περιορισμού του ανταγωνισμού που επιφέρει, αφού

Αριθμός απόφασης: 487/2021

αποκλείει την δυνατότητα συμμετοχής στον Διαγωνισμό εταιρειών τεχνικά και οικονομικά ικανών που δύνανται να αναλάβουν την σύμβαση, αλλά κωλύονται να συμμετέχουν και να υποβάλλουν παραδεκτή προσφορά λόγω της ως άνω υπερβολικής και δυσανάλογης απαίτησης, αφού, δε δύναται να θεωρηθεί, ότι με τον τρόπο αυτό επιτυγχάνεται αύξηση του ανταγωνισμού αλλά αντιθέτως η κατά αυτόν τον τρόπο προσπάθεια ενδεχομένως από τον αναθέτοντα φορέα της διασφάλισης της ποιότητας της προμήθειας αποκλείει επιχειρήσεις, που δύνανται και είναι ικανές να ανταποκριθούν στο αντικείμενο της εν λόγω συμβάσεως, όπως η προσφεύγουσα. Εύλογη θα ήταν, ενόψει του αντικειμένου του υπόψη διαγωνισμού και των λοιπών υποχρεώσεων του αναδόχου, η απαίτηση ως προς την απόδειξη της οικονομικής επάρκειας, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να έχουν εμπειρία σε προμήθειες και κατασκευές δεξαμενών ύδρευσης ίσης αξίας με την υπό ανάθεση σύμβαση, όπερ εν προκειμένω αποτελεί τον κατάλληλο δείκτη ικανότητας που δεν υπερβαίνει και το προδήλως αναγκαίο μέτρο, απαίτηση που όπως προελέχθη πληροί η προσφεύγουσα. Με την προσφυγή της η προσφεύγουσα εκθέτει παραδείγματα Διαγωνισμών στους οποίους ο αναθέτων φορέας είχε ζητήσει ειδικό κύκλο εργασιών ίσο με τον προϋπολογισμό. Κατόπιν των ανωτέρω, κατά την προσφεύγουσα, οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης (2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, 2.2.9.2 Β3 (αποδεικτικά μέσα) παραβιάζουν τις διατάξεις των παραγράφων 1 και 3 του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, καθώς και τις προαναφερόμενες αρχές του ενωσιακού δικαίου και πρέπει να ακυρωθούν. Ενόψει δε των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών όπως στην προκείμενη περίπτωση, αφού όποιος δεν έχει και δεν αποδεικνύει την ως άνω απαιτούμενη εμπειρία αποκλείεται από τον Διαγωνισμό, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της. Γ. Μη σύννομη η απαίτηση της διακήρυξης για χρησιμοποίηση συγκεκριμένου τύπου μεμβράνης (ΟΠΛΙΣΜΕΝΗΣ - REINFORCED) και η απαίτηση προσκόμισης Βεβαίωσης στην οποία δηλώνεται ότι η συγκεκριμένη μεμβράνη έχει εφαρμοστεί τα τελευταία 3 έτη. Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη το άρθρο 54 του ν.4412/2016 και το άρθρο 4 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης,

Αριθμός απόφασης: 487/2021

προβάλλει ότι η εν λόγω απαίτηση των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης, για την προσφορά συγκεκριμένου τύπου μεμβράνης (reinforced), είναι αντίθετη στην αρχή του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού ως υπερβαίνουσα τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Και τούτο διότι με την εν λόγω απαίτηση προδιαγράφεται η χρήση συγκεκριμένης οπλισμένης μεμβράνης (reinforced) και ζητείται μάλιστα για αυτή βεβαίωση από δημόσια ή ιδιωτική αρχή στην οποία θα βεβαιώνεται ότι ο συμμετέχων προμηθευτής έχει χρησιμοποιήσει την μεμβράνη στο παρελθόν, χωρίς να δικαιολογεί η Αναθέτουσα Αρχή τους λόγους που επέλεξε την ως άνω αυστηρή και δυσανάλογη απαίτηση. Ειδικότερα, στο ίδιο άρθρο της Διακήρυξης (άρθρο 4 του Παραρτήματος Ι), καλώς ορίζει η Αναθέτουσα σκοπός της τοποθέτησης των μεμβρανών στεγανοποίησης είναι η ασφαλής και μόνιμου φύσεως στεγανοποίηση της δεξαμενής και η υγιεινή προστασία του περιεχομένου ύδατος, αφού με τον τρόπο αυτό ορίζει τις επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις της μεμβράνης που θα χρησιμοποιηθεί. Ζητάει δηλαδή να εξασφαλίζει η προσφερόμενη μεμβράνη, ασφαλή και μόνιμου φύσεως στεγανοποίηση (να είναι ανθεκτική στο χρόνο) και την υγιεινή προστασία του περιεχόμενου ύδατος (πιστοποιητικό καταλληλότητας). Στη συνέχεια, όμως, παράνομα και αναιτιολόγητα ορίζει τον τύπο και όχι τα λειτουργικά χαρακτηριστικά της μεμβράνης απαιτώντας, χωρίς ειδική και επαρκή αιτιολόγηση και σύνδεση με το σκοπό της μεμβράνης, να είναι οπλισμένη (να έχει εσωτερική ενίσχυση) (reinforced), παραπέμποντας σε συγκεκριμένα προϊόντα και αποκλείοντας άλλα που τα τεχνικά τους χαρακτηριστικά καλύπτουν τις απαιτούμενες λειτουργικές επιδόσεις (μόνιμη και ασφαλή στεγανοποίηση, υγιεινή του ύδατος, αντοχή στο χρόνο). Η προσφεύγουσα αναφέρεται σε «...» η οποία είναι ελληνικής παραγωγής και χρησιμοποιείται από την προσφεύγουσα για στεγανοποίηση δεξαμενών. Η μεμβράνη αυτή έχει ελεγχθεί από το Γενικό Χημείο του Κράτους και έχει βρεθεί σύμφωνη με τον Ευρωπαϊκό Κανονισμό 10/2011 για πλαστικά που έρχονται σε επαφή με υδατικά τρόφιμα (πόσιμο νερό), ενώ και η χρήση της είναι η ζητούμενη από την Υπηρεσία, η ασφαλής και μόνιμης φύσεως στεγανοποίηση δεξαμενών. Η προσφεύγουσα έχει χρησιμοποιήσει αυτό τον τύπο μεμβράνης σε 10άδες δεξαμενές ανά την Ελλάδα και προσκομίζει Βεβαίωση καλής λειτουργίας 5 δεξαμενών στον «...» το 2012, οι οποίες

Αριθμός απόφασης: 487/2021

βρίσκονται ακόμα σε καλή λειτουργία. Αποδεικνύεται δηλαδή ότι καλύπτουν την "ασφαλής και μονίμου φύσεως στεγανοποίηση της δεξαμενής" όπως ζητάει η Διακήρυξη. Η Αναθέτουσα δεν αιτιολογεί για ποιον λόγο απαιτεί τον συγκεκριμένο τύπο μεμβράνης με την προσκόμιση μάλιστα βεβαιώσεων εφαρμογής της την τελευταία τριετία, όταν αυτά τα οποία θέλει να εξασφαλίσει για τις προσφερόμενες δεξαμενές, δηλαδή η μόνιμη και ασφαλής στεγανοποίηση, η υγιεινή του ύδατος, η αντοχή στο χρόνο, εξασφαλίζονται από τα άλλα πιστοποιητικά και βεβαιώσεις που ζητάει, όπως «Πιστοποιητικό στο οποίο Κα δηλώνεται ότι η προσφερόμενη μεμβράνη του κατασκευαστή είναι κατάλληλη για αποθήκευση πόσιμου νερού. Το πιστοποιητικό θα πρέπει να έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο / ινστιτούτο κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης έτσι ώστε να προκύπτει η καταλληλότητα της μεμβράνης από νομοθεσία ευρωπαϊκών χωρών ή ευρωπαϊκών προτύπων, Τεχνικό φυλλάδιο της προσφερόμενης μεμβράνης, Βεβαίωση από τον κατασκευαστή της μεμβράνης από την οποία Κα προκύπτει ότι η προσφερόμενη μεμβράνη παράγεται από πρωτογενή και όχι ανακυκλωμένα υλικά. ». Με βάση τα παραπάνω γίνεται εμφανές ότι ζητώντας η Αναθέτουσα Αρχή μεμβράνη με εσωτερική ενίσχυση-οπλισμένη (reinforced), βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου, θέτει εμπόδιο στην ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων, αδικαιολόγητα και χωρίς επαρκή σύνδεση με το αντικείμενο της σύμβασης, αφού αποκλείει άλλα προϊόντα κατάλληλα κατά τα άλλα για να χρησιμοποιηθούν σε εφαρμογές στεγανοποίησης δεξαμενών, όπως λχ η «...», που χρησιμοποιεί η προσφεύγουσα. Μάλιστα, η Αναθέτουσα Αρχή, όχι μόνο απαιτεί αδικαιολόγητα συγκεκριμένο τύπο μεμβράνης, αλλά περιορίζει περαιτέρω τους συμμετέχοντες σε αυτούς που έχουν χρησιμοποιήσει τον τύπο μεμβράνης που προδιαγράφει, στο παρελθόν και μάλιστα κατά την τελευταία τριετία, αποκλείοντας όσους δεν την έχουν χρησιμοποιήσει. Στο σημείο αυτό φαίνεται να συγχέει η Αναθέτουσα την έννοια των τεχνικών προδιαγραφών με την έννοια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Δεν είναι νόμιμο να ζητείται η αποδεδειγμένη χρησιμοποίηση συγκεκριμένου τύπου μεμβράνης, που περιορίζει αδικαιολόγητα των ανταγωνισμό και να τίθεται μάλιστα η απαίτηση αυτή ως τεχνική προδιαγραφή. Εφόσον η μεμβράνη αυτή έχει τεθεί ως τεχνική προδιαγραφή δεν θα έπρεπε να ζητείται εμπειρία χρήσης, αλλά απλά και μόνο πιστοποιητικό ότι η προσφερόμενη

Αριθμός απόφασης: 487/2021

μεμβράνη καλύπτει τις ζητούμενες προδιαγραφές. Άλλωστε αντικείμενο του διαγωνισμού είναι η προμήθεια δεξαμενών και όχι μεμβρανών, ούτως ώστε να ζητείται εμπειρία στην χρήση συγκεκριμένης μεμβράνης. Η μη χρησιμοποίηση μίας κατάλληλης και σύμφωνης με τις τεχνικές προδιαγραφές προσφερόμενης μεμβράνης από ένα οικονομικό φορέα στο παρελθόν δύναται να στερήσει από τη μεμβράνη αυτή τα τεχνικά χαρακτηριστικά που έχει ως προϊόν? Επιλέγοντας δηλαδή η Αναθέτουσα Αρχή να θέσει αυστηρή και μη δικαιολογημένη από το αντικείμενο της Σύμβασης, προδιαγραφή, κινδυνεύει να προμηθευτεί το ίδιο προϊόν σε ακριβότερη τιμή, αφού ο μόνος ή οι ολίγοι εναπομείναντες προμηθευτές, λειτουργώντας υπό συνθήκες μονοπωλίου ή ολιγοπωλίου, θα δύνανται να διογκώσουν την τιμή των προσφερόμενων ειδών (πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 113/2008, 730/2009). Εν προκειμένω η προσφεύγουσα, η οποία δεν έχει χρησιμοποιήσει στο παρελθόν, και δη την τελευταία τριετία, τη ζητούμενη από την Διακήρυξη ενισχυμένη - οπλισμένη μεμβράνη (reinforced), εμποδίζεται να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό παρότι έχει χρησιμοποιήσει μεμβράνη «...», η οποία, όμως, καλύπτει τον σκοπό που θέτει η Διακήρυξη που είναι η "ασφαλής και μονίμου φύσεως στεγανοποίηση της δεξαμενής, κατά τα ανωτέρω. Με αυτό τον τρόπο ο ως άνω όρος αποκλείει την προσφεύγουσα, αλλά και άλλους οικονομικούς φορείς αδικαιολόγητα και κατά παράβαση της αρχής του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού. Με βάση τα παραπάνω, οι ως άνω όροι της Διακήρυξης (άρθρο 4, Παραρτήματος Ι), για χρησιμοποίηση ενισχυμένης - οπλισμένης (reinforced) μεμβράνης και προσκόμισης βεβαιώσεων χρησιμοποίησης της την τελευταία τριετία, είναι δυσανάλογοι και παράνομοι, καθώς δεν εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, δημιουργούν αδικαιολόγητα εμπόδια στον άνοιγμα της Σύμβασης στον ανταγωνισμό και δέον όπως ακυρωθούν - απαλειφθούν. Ενόψει δε των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών όπως στην προκείμενη περίπτωση, αφού όποιος δεν έχει και δεν αποδεικνύει την ως άνω απαιτούμενη εμπειρία αποκλείεται από τον Διαγωνισμό, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (ΑΕΠΠ 564/2019, σκέψη 13, πρβλ. ΣτΕ

Αριθμός απόφασης: 487/2021

1135/2010, ΕΑ1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95).

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ.806/27-1-2021 έγγραφο απέστειλε τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, τις οποίες κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ του ΕΣΗΔΗΣ» στις 28-1-2021, προβάλλοντας τα εξής: Η αναθέτουσα αρχή πραγματοποίησε έρευνα αγοράς για την επιλογή μεθόδου κατασκευής των νέων δεξαμενών. Η μέθοδος των συγκεκριμένων μεταλλικών δεξαμενών με την εσωτερική μεμβράνη στεγανοποίησης αποτελεί τεχνολογική λύση ως μέθοδος, προσαρμοσμένη στις ανάγκες της, καθώς αξιοποιεί σύγχρονους κανόνες αποθήκευσης του ύδατος σε συνδυασμό και με μακροχρόνιες εγγυήσεις κατασκευής. Η επιθυμία της είναι να κατασκευαστεί μια διαχρονική κατασκευή, αντοχής πέρα των εγγυήσεων, με βαρέως τύπου υλικά κατασκευής και για αυτό δεν επιλέχθηκαν υλικά ελαφρύτερης τεχνολογίας. Εξέτασε στο στάδιο της μελέτης, διαδικασίες προμήθειας μεταλλικών δεξαμενών, τους αντίστοιχους δημόσιους διαγωνισμούς όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας που είναι αναρτημένοι επίσημα, μελέτες Δημοσίων έργων και προμηθειών κυρίως της ύδρευσης, που επίσης τα στοιχεία τους είναι αναρτημένα επίσημα, τεχνικές προδιαγραφές κατασκευαστών, site κατασκευαστών, εργοληπτικών οικονομικών φορέων και προμηθευτών, υφιστάμενα έργα κυρίως νησιωτικών περιοχών και ιδιαίτερα της διοικητικής εμβέλειας της «...» (ενδεικτικά και πέραν των αναφερομένων της προσφεύγουσας, αναφέροντα οι «...», «...», «...», «...», «...», «...»), αλλά και περιοχών διοικητικής ευθύνης περιφερειών της ηπειρωτικής χώρας (ενδεικτικά «...», «...»). Διαπίστωσε η αναθέτουσα αρχή τόσο την πληθώρα των τεχνικών και κατασκευαστικών λεπτομερειών με βάση την χωρητικότητα των δεξαμενών, τις ιδιαίτερες συνθήκες ανά περιοχή τοποθέτησης και τη γνώμη της εκάστοτε αναθέτουσας, όσο και κατάγραψε σημαντικό αριθμό διαγωνιστικών διαδικασιών μεταλλικών δεξαμενών χωρητικότητας ίσης ή μεγαλύτερης με την μελέτη της υπό ανάθεσης σύμβασης, καθώς αυτή αποτελεί μια συνήθης κατασκευή. Προέβη σε έρευνα, αξιολόγηση και τεχνική επιλογή αποκλειστικά των χαρακτηριστικών της δικής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Η μελέτη άντλησε στοιχεία από επίσημες αναρτημένες μελέτες, εξετάστηκαν λεπτομερώς τα τεχνικά χαρακτηριστικά και

Αριθμός απόφασης: 487/2021

οι τεχνικές απαιτήσεις του έργου, ενώ υπήρξε σχετική έρευνα αγοράς, με άντληση υλικού από ιστοσελίδες και τεχνικά φυλλάδια κατασκευαστών, εργοληπτών, μεταξύ άλλων και της προσφεύγουσας, καθώς αυτή έχει πραγματοποιήσει τοποθετήσεις δεξαμενών όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας υλικά σε όμορους «...» (πχ «...»). Λαμβάνοντας τις διατάξεις του νόμου, τις σχετικές κατευθυντήριες οδηγίες, το ευρύτερο πεδίο των έργων ύδρευσης και της προμήθειας δεξαμενών, καθορίστηκαν οι σχετικές απαιτήσεις και ορίστηκε η εκτέλεση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Δεδομένης της αναφοράς της προσφεύγουσας σε άλλους οικονομικούς φορείς και συγκεκριμένα στον οικονομικό φορέα «...», κάθε οικονομικός φορέας που επιθυμεί μπορεί να συμμετάσχει ελεύθερα στις σχετικές διαγωνιστικές διαδικασίες της αναθέτουσα αρχής. Η προσφεύγουσα αναφέρει τον συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, (ο οποίος έχει τοποθετήσει δεξαμενές στον «...» στο παρελθόν, όπως επίσης και σε όμορους δήμους, όπως στο «...») για λόγους τεκμηρίωσης των απόψεων περί ειδικής μεταχείρισης, αλλά και για να επισημάνει ότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας έχει μειοδοτήσει σε μια σειρά διαγωνιστικών διαδικασιών τις οποίες και αναφέρει. Η αναθέτουσα αρχή θεωρεί απαράδεκτο οποιοδήποτε παραλληλισμό της με οποιοδήποτε οικονομικό φορέα, όπως και ότι λειτουργεί εις βάρος των νομίμων δικαιωμάτων και αρχών των οικονομικών φορέων και μάλιστα εις βάρος του υγιούς ανταγωνισμού. Υπό αυτή την έννοια η αναθέτουσα δηλώνει ότι επιφυλάσσεται και δεν εξετάζει τις αναφορές της προσφεύγουσας περαιτέρω. Η σχετική αναφορά της προσφεύγουσας σε μειοδότες διαγωνισμών άλλων φορέων αφενός δεν την αφορά την αναθέτουσα αρχή, καθώς η σχετική επιλογή αναδόχων δεν έχει προκύψει από την δική της αξιολόγηση και αφετέρου δεν δύναται να αναλύσει τη διαδικασία υποβολής και αξιολόγησης προσφορών. Ο συσχετισμός του εξεταζόμενου διαγωνισμού με διαφορετικές διαγωνιστικές διαδικασίες άλλων δημόσιων αρχών για ανάδειξη αναδόχων σε αυτούς, είναι λανθασμένος και εκτός λογικής πρακτικής. Εξετάζοντας την προδικαστική προσφυγή, η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ορισμένες παρατηρήσεις αποκλειστικά για όσα η προσφεύγουσα προσάπτει στην υπό εξέταση διαδικασία. Στην προσφυγή δεν γίνεται μνεία στο σύνολο των επίσημα δημοσιευόμενων δημόσιων προμηθειών και έργων στα οποία περιλαμβάνονται μεταλλικές δεξαμενές ύδρευσης. Δεν γνωρίζει τον τρόπο

Αριθμός απόφασης: 487/2021

επιλογής της προσφεύγουσας και με ποια κριτήρια συντάχτηκε ο σχετικός πίνακας της προδικαστικής προσφυγής, αλλά ο πίνακας έχει συγκεκριμένες καταγραφές, καθώς απουσιάζουν πολλές από αυτές που η αναθέτουσα έχει υπόψη της. Η γνώμη της προσφεύγουσας ότι η κατασκευή είναι ασυνήθιστη αφενός δεν συμβαδίζει με την γενική εικόνα της αναθέτουσας αρχής και αφετέρου δεν καθορίστηκε η ζήτηση της βάσει των ανωτέρω διαγωνισμών, καθώς αυτοί απλά ελήφθησαν υπόψη μεταξύ και των υπολοίπων αναφερομένων παραγόντων (καθορισμός απαιτήσεων, έρευνα, αυτοψία κτλ). Εντοπίζει η αναθέτουσα αρχή μια σειρά μεταλλικών δεξαμενών ύδρευσης όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας και όμοιας χωρητικότητας και μάλιστα την τελευταία τριετία τόσο σε δημόσια έργα, όπως και σε προμήθειες στους φορείς που αναφέρονται ανωτέρω και απουσιάζουν, για άγνωστο σε αυτήν λόγο, από την προσφυγή. Στους διαγωνισμούς αυτούς έχουν μειοδοτήσει διάφοροι οικονομικοί φορείς (εργοληπτικές και κατασκευαστικές ή προμηθευτές). Η παρουσίαση μέρους των διαγωνιστικών διαδικασιών και σε σύγκριση με τις εν γένει δεξαμενές που έχουν τοποθετηθεί σε δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς κοινής ωφέλειας, που και αυτή ως Αναθέτουσα Αρχή μέσα από την έρευνα αγοράς που πραγματοποίησε γνωρίζει ένα μέρος τους μόνο (αδυνατεί να γνωρίζει το σύνολο τους), διαπιστώνει ότι δεν προκύπτει και παράλληλα η προσφεύγουσα δεν τεκμηριώνει ότι η κατασκευή αυτή είναι ασυνήθιστη. Η προσφεύγουσα οριοθετεί επίσης ως υπερβολική, δυσανάλογη με το φυσικό αντικείμενο, τη ζήτηση απόδειξης εμπειρίας και τεχνικής επάρκειας, λόγω του αριθμού των ζητούμενων ολοκληρωμένων παραδόσεων δεξαμενών εντός τριετίας, που είναι και το μοναδικό βασικό μέσο αποδείξεως της εμπειρίας ενός οικονομικού φορέα. Από την ανάγνωση των μελετών των διαγωνισμών που παρουσίασε η ίδια η προσφεύγουσα, της δικής της εμπειρίας και συμμετοχής σε διαγωνισμούς που προσκόμισε στους πίνακες, αλλά και από τις αποφάσεις προκύπτει ότι έχει συμμετάσχει σε διαγωνισμούς / αναθέσεις με τη ζήτηση ανάλογης εμπειρίας (όπως της «...»), όπου και ζητούνταν παρεμφερείς κατά αναλογία χωρητικότητας παραδόσεις δεξαμενών. Άρα η προσφεύγουσα αναλόγως των δικών της δεδομένων αποδέχεται ή όχι την απόδειξη τεκμηρίωσης εμπειρίας, ενώ εμμέσως αναγνωρίζει ότι η ζήτηση τέτοιας μορφής τεχνικής επαρκείας είναι σωστή και ορθή αναλογικά ζήτηση, καθώς η ζήτηση απόδειξης και εκεί αφορούσε τόσο

Αριθμός απόφασης: 487/2021

την χωρητικότητα ως παράγοντα, αλλά και την πολλαπλή πείρα σε βάθος τριετίας, σε συνάρτηση πάντα με το φυσικό αντικείμενο κάθε διαδικασίας. Η αναθέτουσα αρχή δεν εντοπίζει και δεν αντιλαμβάνεται πλήρως το πώς τεκμηριώνεται από την προσφεύγουσα η υπερβολική και δυσανάλογη απαίτηση, αλλά θεωρεί ότι ο ορισμός απόδειξης εμπειρίας ενός συμμετέχοντα με βάση την χωρητικότητα και την πολλαπλή εφαρμογή – τοποθέτηση είναι μια ορθή και πάγια / αναγνωρισμένη πρακτική που δεν είναι σε αντίθεση με τις διατάξεις του νόμου και για αυτό την επαναλαμβάνει. Παράλληλα θέτει σε ισορροπία την ποιότητα και την μακροχρόνια εγγύηση σε συνάρτηση με το βέλτιστο οικονομικό αποτέλεσμα. Το κριτήριο της βέλτιστης οικονομικής προσφοράς βάσει τιμής είναι το μοναδικό κριτήριο επιλογής αναδόχου, εφόσον οι συμμετέχοντες εξασφαλίζουν την απαιτούμενη συμμόρφωση με τους όρους. Η συγκεκριμένη κατεύθυνση την οδήγησε για λόγους μείωσης κοστολογίων να εντάξει σε ένα σώμα διαγωνιστικής διαδικασίας και τις υποδομές σκυροδέματος, καθώς θέλει να πετύχει το βέλτιστο οικονομικό αποτέλεσμα προς το συμφέρον της. Η πλειοψηφία των αναφερόμενων από την προσφεύγουσα διαγωνιστικών διαδικασιών δεν περιλαμβάνουν τις υποδομές σκυροδέματος, όπως γίνεται ζήτηση στην παρούσα διαδικασία. Με αυτή την έννοια επίσης δεν γίνεται να συγκριθούν οι εν λόγω διαδικασίες ούτε στα τεχνικά ούτε στα οικονομικά στοιχεία του παρόντος διαγωνισμού. Οι άνω αναφορές τεκμηριώνουν και αποδεικνύουν ότι οι δεξαμενές όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας και όμοιας χωρητικότητας είναι αδύνατο να συγκριθούν ως διαδικασίες, καθώς ανάλογα με τις κατασκευαστικές απαιτήσεις της εκάστοτε μελέτης και τις συνθήκες της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως και ανάλογα με την τεχνική προσφορά που επιλέγει να υποβάλει ο κάθε συμμετέχοντας οικονομικός φορέας, υπάρχουν διαφοροποιήσεις, δεδομένων και των πολλαπλών επιλογών που δίνουν τα αποδεκτά υλικά. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι τα όσα αναφέρει η προσφεύγουσα στα πλαίσια της προδικαστικής προσφυγής, τόσο στα ζητήματα απόδειξης του μη υγιούς ανταγωνισμού, όσο και στα ζητήματα επιλογής κριτηρίων αποδοχής, εμπειρίας και υλικών, της σπανιότητας του αντικειμένου, στερούνται τεκμηρίωσης, αποτελούν κρίση της, ενώ γίνεται επανειλημμένα λανθασμένα για λόγους στήριξης των απόψεών της, σύγκριση ανόμοιων διαγωνιστικών διαδικασιών, που μοναδικό συνδυαστικό κριτήριο και σημείο αναφοράς έχουν ότι

Αριθμός απόφασης: 487/2021

αφορούν διαγωνισμούς με μεταλλικές δεξαμενές ίδιας μεθόδου κατασκευής. Με βάση τα ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή διατυπώνει τα εξής: α) Θεωρεί ότι η υποβολή τριών συμβάσεων χωρητικότητας ίσης ή μεγαλύτερης της ελάχιστης ζητούμενης εντός της τελευταίας τριετίας (3) είναι αφενός ορθή και αναγνωρισμένη πρακτική, είναι στα πλαίσια εφαρμογής της νομοθεσίας, και αφετέρου σε καμία περίπτωση δυσανάλογη του φυσικού αντικειμένου (η κατασκευή δεξαμενών ίσης χωρητικότητας και όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας δεν είναι ασυνήθιστη, υπάρχει επανάληψη κατασκευής παρόμοιων δεξαμενών σε δημοσίες προμήθειες ή έργα). Οι ζητούμενες ολοκληρωμένες παραδόσεις μεταλλικών δεξαμενών ύδρευσης αποτελούν το μοναδικό μέσο εξέτασης της τεχνικής και επαγγελματικής επαρκείας του κάθε συμμετέχοντα ή της κάθε συμμετέχουσας ομάδας, όσο αναφορά τα ουσιώδη μελετητικά και κατασκευαστικά σημεία. Η ζήτηση αυτή είναι απαραίτητη λόγω της σπουδαιότητας του φυσικού αντικειμένου, των ειδικών απαιτήσεων της κατασκευής που αναλύονται σαφώς στην μελέτη (υλικά, μελέτη, τοποθέτηση), του χρόνου εγγύησης και συνολικής ζωής των υλικών. Οι συγκεκριμένες κατασκευές αποτελούν μια διαχρονική κομβική μονάδα αποθήκευσης πόσιμου νερού, αποτελούν τμήμα των συνολικών έργων αναβάθμισης της ύδρευσης που πραγματοποιούνται και η ορθή εκτέλεση και υποστήριξη τεχνικά της δεξαμενής σε βάθος 10 ετών στα πλαίσια της εγγύησης, απαιτούν γνώση και εμπειρία κατασκευής από τον οικονομικό φορέα που θα κριθεί ανάδοχος. Στην υπό ανάθεση προμήθεια η ζήτηση αφορά δυο δεξαμενές ιδιαίτερα αυξημένης χωρητικότητας και συγκεκριμένα 800 και 1.000 κυβικών μέτρων αντίστοιχα. Η ζητούμενη απόδειξη εμπειρίας συνοψίζεται στη ζήτηση πρωτοκόλλων παραλαβής από τρεις (3) της κατ' ελάχιστον ζητούμενης στο διαγωνισμό χωρητικότητας, δηλαδή της δεξαμενής των 800 κυβικών μέτρων. Ζήτηση ανάλογη με την χωρητικότητα των ζητούμενων από το φυσικό αντικείμενο. Ως Αναθέτουσα θέλει να εξασφαλίσει όχι μόνο τη δεδομένη απόδειξη εμπειρίας σε όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας δεξαμενές με ίση τουλάχιστον χωρητικότητα της κατ' ελάχιστης ζητούμενης, αλλά και την επαναληψιμότητα των εφαρμογών (δεξαμενών αυτής της χωρητικότητας κατά τα τελευταία έτη) από τον οικονομικό φορέα. Σκοπός της ζήτησης είναι η εξασφάλιση ότι οι υποψήφιοι κατασκευαστές έχουν έρθει αντιμέτωποι ξανά στο παρελθόν με παρόμοιες απαιτήσεις της μελέτη πρόσφατα (ορίζοντας

Αριθμός απόφασης: 487/2021

εύρος τριετίας για την απόδειξη της εμπειρίας) και συνάμα κατ' επανάληψη στο ζητούμενο μέγεθος κατασκευής, αποκτώντας από αυτήν την επαναληψιμότητα την γενική μελετητική, κατασκευαστική γνώση και εμπειρία του αντικειμένου (ανεξαρτήτως περιοχής εγκατάστασης). Δεδομένης μάλιστα της πληθώρας των κατασκευαστών, εργοληπτών κτλ. η συγκεκριμένη ζήτηση των τριών δεξαμενών αποτελεί εξασφάλιση και δεν περιορίζει αδικαιολόγητα τον κύκλο των συμμετεχόντων όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Η αναφορά σε όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας εμπίπτει στα ζητήματα της κατασκευαστικής μεθοδολογίας. Οι μεταλλικές δεξαμενές ανάλογα με την χωρητικότητα και το κατασκευαστικό μέγεθός τους έχουν διαφορετική προσέγγιση ακόμα και αν διατηρούν την ίδια μεθοδολογία κατασκευής. Για αυτό ακόμα και αν περιγράφονται από τα ίδια τεχνικά άρθρα εντός της μελέτης και κατασκευάζονται από τα ίδια υλικά, γίνεται επιπλέον ζήτηση ξεχωριστής υποβολής τεχνικής έκθεσης και στατικής μελέτης, σχεδίων ανά τύπο (μέγεθος - χωρητικότητα) δεξαμενής, διότι αντιμετωπίζουν διαφορετικές κατασκευαστικές συμπεριφορές. Οι διαφορετικές συμπεριφορές εμπίπτουν σε αλλαγές στα πάχη, στην πύκνωση των ενισχύσεων, σε εσωτερικές ή εξωτερικές στηρίξεις, στον τρόπο στήριξης της σκεπής, η ύπαρξη ή μη πυλώνων, που είναι συνδεδεμένα αποκλειστικά με την χωρητικότητα της δεξαμενής και την θέση / περιοχή εγκατάστασης. Η ανάγνωση των δεδομένων της περιοχής και η χωρητικότητα της δεξαμενής οδηγούν τον κάθε συμμετέχοντα ως σημείο έναρξης της μελέτης του. Όλα τα ανωτέρω συνοψίζονται στην ζήτηση ξεχωριστής τεχνικής έκθεσης και στατικής μελέτης για κάθε τύπο δεξαμενής που αναφέρεται στην μελέτη, που υποβάλλουν υποχρεωτικά οι συμμετέχοντες. Όλες αυτές οι διαφορετικές απαιτήσεις που παρατηρούνται αναλόγως της χωρητικότητας της δεξαμενής, καθώς η περιοχή τοποθέτησης είναι η ίδια, αντιμετωπίζονται με διαφορετικές κατασκευαστικές - τεχνικές δομές (ενισχύσεις, πάχη μετάλλων, στηρίξεις, υλικά κατασκευής κλπ.) και αποτυπώνονται αναλόγως. Αναγνωρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι η κατασκευή μια δεξαμενής χωρητικότητας 800 κυβικών μέτρων και η κατασκευή μια δεξαμενής 1000 κυβικών μέτρων δεν διαφοροποιείται μεν δραματικά, προσαρμόζοντας αναλόγως την ζητούμενη απόδειξη εμπειρίας, αλλά δεν παύει σε καμία περίπτωση να μην διαφοροποιείται. Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό οφείλουν να υποβάλουν

Αριθμός απόφασης: 487/2021

τόσο για τη δεξαμενή 800 κυβικών μέτρων, όσο και των 1.000 κυβικών μέτρων, ξεχωριστή τεχνική έκθεση και στατική μελέτη βάσει Ευρωκώδικα μαζί με την υποδομή τους, ακριβώς γιατί οι δεξαμενές διαφοροποιούνται τεχνικά, δομικά και κατασκευαστικά βάση χωρητικότητας. Η μέγιστη δυνατή διάμετρος της δεξαμενής των 1.000 μέτρων κυβικών είναι 15,50 m, ενώ των 800 μέτρων κυβικών είναι 16,50m, γεγονός που επηρεάζει άμεσα το ύψος των δύο κατασκευών. Στην μεν πρώτη περίπτωση των 1.000 μέτρων κυβικών είναι μια μεγάλου ύψους δεξαμενή, που συνεπάγεται μεγαλύτερες πιέσεις, στη δε δεύτερη περίπτωση των 800 μέτρων κυβικών είναι μια μεγαλύτερης διαμέτρου δεξαμενή που συνεπάγεται και δυνατότητα σκεπής μεγαλύτερου εμβαδού με μεγαλύτερες απαιτήσεις στήριξης, σύμφωνα και με τις επιλογές κάθε συμμετέχοντα. Παρ' όλα αυτά η αναθέτουσα αρχή αναγνωρίζει την απόδειξη εμπειρίας σε κάθε δεξαμενή όμοιας τεχνικής και χωρητικότητας και μόνον και δεν υπεισέρχεται, ως δηλώνει, στην απόδειξη εμπειρίας με τόσο λεπτομερή δεδομένα. Αντίθετα, για λόγους διευκόλυνσης των οικονομικών φορέων και τηρώντας τις αρχές της αναλογικότητας με βάση το φυσικό αντικείμενο, η απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας καλύπτεται μόνον από την σχετική ζήτηση των παραδόσεων. Λόγω της σχετικά περιορισμένης απόστασης των δυο ζητούμενων δεξαμενών (αναλογικά βάσει της χωρητικότητας) αποδέχεται η αναθέτουσα αρχή την απόδειξη εμπειρίας της μικρότερης ζητούμενης χωρητικότητας δεξαμενή, ως ικανή συνθήκη για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Η αναλογική όμως αυτή ζήτησή της, σε καμία περίπτωση δεν τεκμηριώνει τις γενικές απόψεις της προσφεύγουσας ότι μπορεί να γίνει αποδεκτή απόδειξη εμπειρίας κάθε δεξαμενής γενικά. Αυτό θα οδηγούσε στην λανθασμένη από πλευράς μηχανικής άποψη, από την μια πλευρά ότι απόκτηση γνώσης, μελέτης, κατασκευής και τοποθέτησης, σε πολύ μικρότερες αναλογικά χωρητικότητας δεξαμενές (παραδείγματος 100, 200, 400, 500 μέτρων κυβικών) οδηγούν αυτομάτως και νοητά σε λεπτομερή και γενική γνώση κάθε χωρητικότητας, αλλά και από την άλλη πλευρά ότι η γνώση μιας ομοίας τεχνικής με μοναδικό κριτήριο την όμοια χωρητικότητας, οδηγεί αυτόματα και νοητά σε λεπτομερή γενική γνώση κάθε συνθήκης - περιοχής κτλ. Αυτό είναι κάτι που η προσφεύγουσα το παρουσιάζει ως δεδομένο, αλλά κατά την αναθέτουσα αρχή αυτό δεν είναι αποδεκτό για τους ανωτέρω λόγους. Με το σκεπτικό της

Αριθμός απόφασης: 487/2021

προσφεύγουσας εύκολα προκύπτουν λανθασμένα συμπεράσματα όπως ότι μια δεξαμενή χωρητικότητας των 100 κυβικών μέτρων ή το άθροισμα δέκα (10) δεξαμενών χωρητικότητας των 100 κυβικών μέτρων, είναι ισοδύναμη από πλευράς τεχνικής επαρκείας με μια (1) δεξαμενή χωρητικότητας 1.000 κυβικών μέτρων. Είναι σαφές ότι η εμπειρία δεν λειτουργεί προσθετικά ως τυπικό άθροισμα χωρητικοτήτων, αλλά κάθε χωρητικότητα δεξαμενής σε κάθε περιοχή αποτελεί μια ξεχωριστή μονάδα, που συνοδεύεται με γνώση κατασκευής, μελέτης και τοποθέτησης. Αυτό ισχύει και για την επαναληψιμότητα. Θα ήταν θεμιτό να γίνει ζήτηση εμπειρίας όμοιας τεχνικής, χωρητικότητας και περιοχής ταυτόχρονα, αλλά αυτό είναι πρακτικά αδύνατο καθώς δεν έχουν πραγματοποιηθεί ανάλογες και μάλιστα πολυπληθείς τοποθετήσεις στο παρελθόν στο νησί της Κύθνου. Για αυτό και επελέγη η ζήτηση της επαναληψιμότητας όμοιας χωρητικότητας δεξαμενές γενικά σε δημόσια και σε ιδιωτικά έργα κοινής ωφέλειας καλύπτοντας την άνω απαίτηση. Προς αποφυγή ζήτησης πολλών παραπάνω πρωτοκόλλων παραλαβής από το φυσικό αντικείμενο της προμήθειας (ζητώντας πρωτόκολλα παραλαβής από κάθε χωρητικότητα), πραγματοποιεί ενιαία, και μάλιστα όχι δυσανάλογη όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα αλλά το αντίθετο, ζήτηση για τις δεξαμενές χωρητικότητας 800 και 1.000 κυβικών μέτρων και πάντα κατά αναλογία με το φυσικό αντικείμενο της μελέτης. Σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν 4412/2016 και της Κατευθυντήριας Οδηγίας 13/2015, αφενός οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα και αφετέρου η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή, ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της. Η διακήρυξη έχει διαμορφώσει ικανές και αναλογικές με το φυσικό αντικείμενο απαιτήσεις και δεν είναι σε αντίθεση με τις ανωτέρω διατάξεις. **β)** Με βάση και το φυσικό αντικείμενο της σύμβασης, επιδίωξη είναι τόσο η ορθή εκτέλεση όσο και η εξασφάλιση μακροχρόνιας εγγύησης και για αυτό ζητείται επί ποινή αποκλεισμού η προσκόμιση 10 ετών εγγύησης. Στα πλαίσια αυτή είναι η υπό ζήτηση χρηματοοικονομική επάρκεια. Η ζητούμενη χρηματοοικονομική

Αριθμός απόφασης: 487/2021

επάρκεια λαμβάνει επίσης υπόψη τον προϋπολογισμό, είναι σύννομη, υπολογίζει τόσο τις αρχικές κατασκευαστικές απαιτήσεις τοποθέτησης των δεξαμενών, όσο και τη χρονική εγγύηση των δέκα ετών και ότι οι δεξαμενές αφορούν τη δημόσια υγεία και ασφάλεια καθώς αφορούν την ύδρευση. Αποτελεί το μέσο απόδειξης της υποστήριξης της προμήθειας, δεν είναι δυσανάλογη δεδομένου του ύψους του προϋπολογισμού της προμήθειας, καθόσον ο ανάδοχος αναλαμβάνει την κατασκευή, την τοποθέτηση και την σταθερή εγγύηση λειτουργίας, καθώς και ότι οφείλει να επιλύσει οποιαδήποτε ελαττωματική κατασκευή, όπως φθορές και αστοχίες υλικών. Επίσης διαμοιράζεται σε διάστημα τριών ετών, καθώς δεν αφορά ένα και μοναδικό έτος, αλλά αφορά τα έτη 2017 -2018 - 2019 και τον μέσο όρο του ειδικού ετησίου κύκλου εργασιών αυτών. Η εκτέλεση εργασιών κατασκευής, μεταφοράς και ανέγερσης των δεξαμενών και των βάσεων από σπλισμένο σκυρόδεμα, όπως και η παροχή εγγύησης είναι δεσμευτικές προς τους συμμετέχοντες. Στην εγγύηση ο ανάδοχος θα καλύψει ελαττωματικές καταστάσεις που εμφανίζονται στο βάθος δεκαετίας και αυτό θα το πράξει με την αποστολή τόσο των υλικών αποκατάστασης αλλά αναλαμβάνοντας τη μεταφορά των υλικών, τις εργασίες αποκατάστασης, τη μετάβαση και τοποθέτηση με δικό του προσωπικό. Ο Ανάδοχος οφείλει να παρέχει αυτή την δυνατότητα σταθερά και άμεσα, δηλαδή να εξασφαλίσει την σταθερή υποστήριξη της προμήθειας επί 10 έτη. Συνολικά η χρηματοοικονομική επάρκεια δεν αφορά αποκλειστικά τη φάση κατασκευής, αλλά των συνολικών δεσμεύσεων και μελλοντικών παροχών εγγύησης σε βάθος 10 ετών που θα αναλάβει ο ανάδοχος. Τα κριτήρια αυτά καθόρισαν την απόφαση της αναθέτουσας αρχής για τη ζητούμενη απόδειξη χρηματοοικονομικής επάρκειας. Η εκτέλεση, αλλά και η σταθερή υποστήριξη της εγγύησης, είναι κριτήρια καθορισμού της χρηματοοικονομικής επαρκείας, στα πλαίσια της φερεγγυότητας της αναδόχου με βάση των ειδικό κύκλο εργασιών της και ως Αναθέτουσα οφείλει να εξασφαλίσει προς το συμφέρον της. Οι παράμετροι αυτές είναι καθοριστικής σημασίας για τον καθορισμό της παρούσας χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς έγινε αξιολόγηση με γνώμονα την χρονική έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του. Σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και της Κατευθυντήριας Οδηγίας 13/2015, αφενός οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες

Αριθμός απόφασης: 487/2021

προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα και αφετέρου η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή, ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της. Η διακήρυξη έχει διαμορφώσει ικανές και αναλογικές με το φυσικό αντικείμενο απαιτήσεις και δεν είναι σε αντίθεση με τις ανωτέρω διατάξεις. γ) Η ζήτηση οπλισμένης θερμοπλαστικής μεμβράνης με ενίσχυση, η οποία και καθορίζεται από την μελέτη ως «θερμοπλαστική μεμβράνη οπλισμένη (reinforced) από καμβά ινών πολυεστέρα ή υάλου, ελάχιστου πάχους 1.20 mm για μεγιστοποίηση αντοχών στον χρόνο» αποτελεί μια σύννομη και σε καμία περίπτωση δυσανάλογη επιλογή. Συγκεκριμένα γίνεται ζήτηση με σαφήνεια του ελάχιστου πάχους που γίνεται αποδεκτό (εντοπίζονται εφαρμογές με μεμβράνες από 0,60 σισιέως και 2,00mm), της ενίσχυσης οπλισμού (υπάρχουν ενισχυμένες μεμβράνες είτε με καμβαϊνών πολυεστέρα ή υάλου όπως αναφέρεται και στην μελέτη), των ζητούμενων πιστοποιητικών καταλληλότητας για επαφή με πόσιμο νερό, της βεβαίωσης από Δημόσιο Φορέα ότι το υλικό έχει χρησιμοποιηθεί σε αντίστοιχο δημόσιο έργο. Το υλικό κατασκευής δεν διευκρινίζεται, καθώς υπάρχουν αρκετά υλικά που καλύπτουν τις άνω προϋποθέσεις και κατασκευάζονται διεθνώς πολλές δεκαετίες (όπως το PVC ή το TPO). Έχουν τεθεί υπό σύγκριση μια σειρά από τύπους μεμβρανών, οι οποίες ανεξάρτητα της χώρας προέλευσης τους, δεν ικανοποιούν τις απαιτήσεις της στο παρόν κατασκευαστικό υπό προμήθεια είδος των δεξαμενών, ανεξάρτητα της δεδομένης ικανότητας τους. Η επιλογή τόσο του συγκεκριμένου οπλισμού, του συγκεκριμένου πάχους, αλλά και η εξασφάλιση της ποιότητας του υλικού από πλευράς χρήσης, μέσα από τα πιστοποιητικά και βεβαιώσεις, αποτελεί εξασφάλιση της χρήσης των δεξαμενών προς το συμφέρον της ως Αναθέτουσα. Η καταλληλότητα μιας θερμοπλαστικής μεμβράνης, στην επαφή της με πόσιμο νερό, δεν αποτελεί το μοναδικό κριτήριο επιλογής. Ορίζεται μέσα στην διαδικασία, πέρα από τα ποιοτικά χαρακτηριστικά χρήσης του πόσιμου νερού, το επίσης βασικό κριτήριο που είναι η αυξημένη αντοχή σε βάθος χρόνου κάτι που σαφώς αναφέρεται στην τεχνική μελέτη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Οι μεμβράνες αποτελούν ζωτικής σημασίας τμήμα

Αριθμός απόφασης: 487/2021

της συγκεκριμένης μεθόδου των μεταλλικών δεξαμενών, καθώς επιβαρύνονται τόσο με την καταλληλότητα της επαφής με το πόσιμο νερό όσο και την στεγανότητα, ενώ δέχονται σταθερές καταπονήσεις, λόγω καθαρισμών και αυξομείωσης των πιέσεων, ανάλογα με την πηγή εισόδου και φερτών υλικών και είναι σταθερά υπό πίεση από τα ανωτέρω. Στην μελέτη ορίζεται ότι οι μεμβράνες πρέπει να είναι μακροχρόνιας αντοχής. Ως Υπηρεσία κατόπιν της οριστικής παραλαβής, θα έχει την αποκλειστική ευθύνη της χρήσης της. Αναλαμβάνει επίσης τον τακτικό καθαρισμό (καθώς είναι δεξαμενές ύδρευσης), υπολειμμάτων και φερτών συμφωνά και με τις ζητούμενες οδηγίες του Άρθρου 8 της μελέτης (οδηγίες λειτουργίας) που θα παρέχει ο ανάδοχος στην προσφορά του. Η ύπαρξη φερτών και οι τακτικοί καθαρισμοί υποβάλουν την μεμβράνη σε καταπόνηση, με ανάγκη η μεμβράνη να έχει αυξημένη αντοχή στις άνω αναφερόμενες καταπονήσεις. Για τον λόγο αυτό, η αναθέτουσα αρχή έθεσε ενιαία και ανεξαρτήτως υλικού κατασκευής της μεμβράνης, το αποδεκτό ελάχιστο πάχος και την δεδομένη ύπαρξη οπλισμού για την επίτευξη της αυξημένης αυτής ζητούμενης αντοχής. Οι ανωτέρω όροι είναι αναλογικοί, ικανοποιούν τις απαιτήσεις της για μακροχρόνια σταθερή λειτουργία (αντοχή και στεγανότητα) και δημιουργούν βάσεις ασφάλειας χωρίς να επιβαρύνουν δυσανάλογα το υπό προμήθεια είδος των δεξαμενών. Τις ανωτέρω απαιτήσεις τις εξασφαλίζουν μια σειρά εμπορικοί τύποι μεμβρανών, που έχουν χρησιμοποιηθεί σε δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς κοινής ωφέλειας, σε μια σειρά εφαρμογές (λιμνοδεξαμενές, ταμιευτήρες, δεξαμενές μεταλλικές ή εκ σκυροδέματος, στεγανώσεις μεταλλικών δεξαμενών ή εκ σκυροδέματος, ποτιστικές ζωικές στέρνες). Οι ανωτέρω απαιτήσεις δεν αποτελούν υπερβάλλουσα ζήτηση, καθώς αφενός δεν απαιτούνται δυσανάλογα με τις ανάγκες της, αφετέρου δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένου κατασκευαστή ή προμηθευτή, καθώς υπάρχει πληθώρα οπλισμένων μεμβρανών διαφόρων υλικών και που καλύπτουν τις ζητούμενες για το αντικείμενο του διαγωνισμού απαιτήσεις των δυο κατηγοριών οπλισμού που αναφέρονται στη μελέτη. Η προσφεύγουσα παραβλέπει τις ανωτέρω λεπτομέρειες, ενώ παρουσιάζει ότι μεμβράνες ανεξαρτήτως οπλισμού και πάχους παρουσιάζουν την ενδεδειγμένη για το αντικείμενο λειτουργική ικανότητα και αντοχή. Η ανωτέρω εκτίμηση έρχεται σε αντίθεση με την αξιολόγηση μεμβρανών που πραγματοποιείται αναλόγως του πάχους, του

Αριθμός απόφασης: 487/2021

οπλισμού και αποτυπώνεται στα τεχνικά φυλλάδια μεμβρανών. Στα πλαίσια της αντοχής που επιθυμεί η αναθέτουσα αρχή, στο χρόνο ζωής που εκτιμά ως χρόνο ζωής της δεξαμενής, ο οποίος σύμφωνα και με την έρευνα αγοράς μας κατά μέσο όρο θα ξεπερνά τα 25 έτη, δεν εξετάζει μόνο την καταλληλότητα ως χρήση (σημείωση: όλες οι μεμβράνες για πόσιμο νερό, ανεξαρτήτως ποιότητας και πάχους, από πλευράς χρήσης τον ίδιο σκοπό εξασφαλίζουν), αλλά και την αντοχή τους σε βάθος χρόνου και την αντοχή επί σταθερών ή απροβλέπτων καταπονήσεων (σε περιπτώσεις που δεν καλύπτονται από την εγγύηση όπως ακούσιος τραυματισμός της μεμβράνης κατά τον καθαρισμό της δεξαμενής). Οι οπλισμένες μεμβράνες ελαχίστου πάχους 1,2mm παρουσιάζουν θετικές κατασκευαστικές διαφορές στην αντοχή τους σε σύγκριση με τις ομοιογενείς και του μικρότερου πάχους. Επίσης οι ομοιογενείς μεμβράνες ιδίου ή μικρότερου πάχους, ανεξάρτητα του υλικού τους (TPO, PVC, FPP, EPDM), εμφανίζουν σε βάθος χρόνου φθορές ιδιαίτερα λόγω έκθεσης και καθαρισμών, οδηγούνται σε δεδομένες διαρροές ιδιαίτερα μετά την δεκαετία και για αυτό τον λόγο υπάρχουν αντικαταστάσεις (διαγωνιστικές διαδικασίες είναι αναρτημένες επίσημα με τα άνω αναφερόμενα υλικά). Επίσης οι όποιες αντικαταστάσεις θα είναι επιζήμιες χρονικά, λειτουργικά και οικονομικά. Αντίθετα δεν εντοπίσαμε κάποια αρνητική συμπεριφορά στις οπλισμένες μεμβράνες. Επίσης όσον αναφορά τη βεβαίωση, αυτή δεν αποτελεί στοιχείο επαγγελματικής ικανότητας, όπως παρουσιάζει η προσφεύγουσα, καθώς η βεβαίωση ζητεί σαφώς να αποδειχτεί από τον συμμετέχοντα φορέα ότι η συγκεκριμένη εμπορικού σήματος μεμβράνη που θα προσφερθεί έχει χρησιμοποιηθεί σε αντίστοιχη κατάσταση, ανεξαρτήτου εμπειρίας. Τη συγκεκριμένη βεβαίωση την προσκομίζει είτε ο συμμετέχων οικονομικός φορέας απευθείας, αλλά είναι σαφές ότι μπορεί να την προσκομίσει είτε ο κατασκευαστής ή ο εγκαταστάτης που έχει εφαρμόσει στο παρελθόν (οι δύο τελευταίες παράγραφοι του άρθρου 1, περιγράφουν την απαίτηση δήλωσης του κατασκευαστή και του εγκαταστάτη των δεξαμενών στην περίπτωση που δεν είναι ο συμμετέχων οικονομικός φορέας). Στην περίπτωση αυτή η διακήρυξη καθορίζει σαφώς τις επιπλέον απαιτήσεις που οφείλει να προσκομίσει τόσο ο συμμετέχων όσο και ο κατασκευαστής/εγκαταστάτης. Σε καμία περίπτωση δεν συνδέεται η τεκμηρίωση μέσα από την βεβαίωση με επαγγελματική ικανότητα. Η βεβαίωση αποτελεί

Αριθμός απόφασης: 487/2021

πιστοποίηση ότι η εμπορικού σήματος μεμβράνη που θα προσφερθεί δεν δοκιμάζεται για πρώτη φορά και ότι έχει επαληθευτεί η ορθή λειτουργικότητα του υλικού σε προηγούμενη εφαρμογή. Η συγκεκριμένη δικλείδα ασφαλείας δεν είναι δυσανάλογη απαίτηση, αντιθέτως εξυπηρετεί την συνολική ασφάλεια της προμήθειας δεδομένης της θέσης της μεμβράνης στην δεξαμενή (στεγανοποίηση και άμεση επαφή με το πόσιμο νερό). Ακριβώς λόγω του εύρους εμπορικών σημάτων και ποιοτήτων μεμβρανών που η αναθέτουσα αρχή κάνει αποδεκτά στην διαδικασία, η αξιοπιστία ενός υλικού δεν μπορεί να επαφίεται αποκλειστικά στα πιστοποιητικά του περί καταλληλότητας για πόσιμο νερό και τα σχετικά τεχνικά φυλλάδια. Η αναθέτουσα αρχή θεωρεί απαραίτητο οι προσφερόμενες μεμβράνες να έχουν δοκιμαστεί ξανά. Συμπερασματικά των άνω σημείων, κατά την αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα επιχειρεί να προσάψει στη Διακήρυξη και στην Υπηρεσία στοιχεία που παραβιάζουν το δίκαιο των διαγωνιστικών διαδικασιών και της ισότιμης συμπεριφοράς απέναντι σε προμηθευτές, κατασκευαστές ή σε ομάδες προμηθευτών και κατασκευαστών. Σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή θεωρεί ότι η ζήτησή της στο σύνολο της Διακήρυξης είναι βάσει πρακτικής, ανάλογη του αντικειμένου στα πλαίσια των διατάξεων του νόμου, που εξασφαλίζουν την μακροχρόνια αντοχή και ορθή και αποτελεσματική ποιοτική αποθήκευση του νερού. Κατά την αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα ζητεί η αναθέτουσα αρχή να προσαρμοστεί στις δικές της απαιτήσεις - επίπεδα ικανότητας και να ασκήσει μείωση των δεδομένων συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, δεχόμενη μειούμενη επαγγελματική ικανότητα από τους συμμετέχοντες, μειούμενη χρηματοοικονομική επάρκεια από τους συμμετέχοντες και να γίνει αποδοχή υλικών προς το συμφέρον της, τα οποία η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι δεν εξυπηρετούν τις καθορισμένες ανάγκες της.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα ανήρτησε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ στις 16-2-2021 σχετικό Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και

Αριθμός απόφασης: 487/2021

τους διαγωνιζόμενους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

12. Επειδή, όπως έχει νομολογιακά κριθεί, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως για την ανάθεση της συμβάσεως, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των απαιτήσεων 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις απαιτήσεις αυτές. Λόγοι δε με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο 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).

13. Επειδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και A.S. 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* (βλ. κατ' αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.).

14. Επειδή, κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας 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

Αριθμός απόφασης: 487/2021

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»).

15. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή 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, το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελεί σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της, χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις.

16. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη με αρ. 83 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται 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 εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Ωστόσο, σε δεόντως δικαιολογημένες περιπτώσεις, θα πρέπει να μπορούν να*

Αριθμός απόφασης: 487/2021

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. Σε αυτές τις δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να παραμένουν ελεύθερες να αποφασίσουν αυτόνομα αν είναι σκόπιμο και κατάλληλο να προβλεφθούν υψηλότερες ελάχιστες απαιτήσεις κύκλου εργασιών χωρίς διοικητική ή δικαστική εποπτεία. Όταν πρόκειται να εφαρμοστούν υψηλότερες ελάχιστες απαιτήσεις κύκλου εργασιών, οι αναθέτουσες αρχές παραμένουν ελεύθερες να ορίσουν το επίπεδο, εφόσον είναι συναφές και ανάλογο με το αντικείμενο της σύμβασης. Όταν η αναθέτουσα αρχή αποφασίσει ότι η ελάχιστη απαίτηση κύκλου εργασιών θα πρέπει να ορισθεί σε επίπεδο άνω του διπλασίου της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, οι βασικοί λόγοι της επιλογής της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να αναφέρονται στη χωριστή έκθεση ή τα έγγραφα της προμήθειας. Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να μπορούν επίσης να ζητήσουν πληροφορίες σχετικά με την αναλογία, φερ' ειπείν, ενεργητικού και παθητικού στους ετήσιους λογαριασμούς. Η θετική αναλογία από την οποία προκύπτουν επίπεδα ενεργητικού υψηλότερα από του παθητικού θα μπορούσε να παράσχει πρόσθετα αποδεικτικά στοιχεία για την οικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα».

17. Επειδή, ωστόσο, τα ελάχιστα επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης και να είναι ανάλογα προς αυτό. Επομένως, τα στοιχεία που απαιτούνται όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια πρέπει αφενός να είναι κατάλληλα για την αξιολόγηση της επάρκειας αυτής του οικονομικού φορέα και αφετέρου να είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς όμως να ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό (βλ., C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549 Ingsteel spol. sr.o., Metrostav a.s σκ.33 συναφώς, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, Édukönízig και Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, σκέψη 29).

Αριθμός απόφασης: 487/2021

18. Επειδή η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C213/07, 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). Εν προκειμένω, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

19. 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 καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη ή τις προς παροχή υπηρεσίες, 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 ή τις προς παροχή υπηρεσίες 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, Δ.Εφ. Πειραιά 80/2020).

20. Επειδή, όσον αφορά στον πρώτο λόγο προσφυγής, σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Κατά τον όρο 2.2.6. της διακήρυξης, που αφορά 'Τεχνική και επαγγελματική

Αριθμός απόφασης: 487/2021

ικανότητα' ορίζεται ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2017-2018-2019), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον τρεις (3) παραδόσεις προμήθειας μεταλλικών δεξαμενών ύδρευσης, συμπεριλαμβανομένης της κατασκευής των υποδομών αυτών, και χωρητικότητας μεγαλύτερης ή ίσης της ελάχιστης ζητούμενης στην παρούσα.». Συνακόλουθα στον όρο 2.2.9.2.B4. αυτής, που αφορά στα 'Αποδεικτικά Μέσα', ορίζεται ότι «Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία (2017-2018-2019), με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας σύμβασης και του φορέα υλοποίησης της προμήθειας, συνοδευόμενο από τις αντίστοιχες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης ή πρωτόκολλα παραλαβής των εν λόγω συμβάσεων.». Εξάλλου, στο της διακήρυξης ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης - Τεχνικές Προδιαγραφές ΜΕΡΟΣ Α - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ Άρθρο 11 : ΕΜΠΕΙΡΙΑ - ΕΙΔΙΚΕΥΣΗ – ΕΦΑΡΜΟΓΗ ορίζεται ότι «Δεδομένου ότι το συγκεκριμένο υπό προμήθεια προϊόν αφορά την δημόσια υγεία και ασφάλεια, είναι απαραίτητη και απαιτητή η αποδεδειγμένη εμπειρία τόσο των συμμετεχόντων προμηθευτών όσο και των κατασκευαστών σε κατασκευή δεξαμενών όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας με την προδιαγεγραμμένη της παρούσας Τεχνικής Μελέτης. Για το λόγο αυτό με την προσφορά, θα δοθεί επί ποινή αποκλεισμού κατάλογος πωλήσεων των συγκεκριμένων τύπων δεξαμενών. Ο κατάλογος αυτός θα αφορά τουλάχιστον τρεις παραδόσεις προμήθειας μεταλλικών δεξαμενών ύδρευσης, συμπεριλαμβανομένης της κατασκευής των υποδομών αυτών, και χωρητικότητας μεγαλύτερης ή ίσης της ελάχιστης ζητούμενης στην παρούσα, που να αφορά δημόσια προμήθεια ή έργο ύδρευσης. Θα περιλαμβάνει τα συμβαλλόμενα μέρη, το αντικείμενο της προμήθειας, την ημερομηνία ανάληψης του έργου (εντός της τελευταίας τριετίας) και τον φορέα υλοποίησης. Ο ανωτέρω κατάλογος θα περιλαμβάνεται σε υπεύθυνη δήλωση και αφορά τον συμμετέχοντα προμηθευτή, τον κατασκευαστή και εγκαταστάτη χωριστά. Επιπρόσθετα, θα δοθούν για τις ανωτέρω αναφερόμενες συμβάσεις οι βεβαιώσεις ή τα πρωτόκολλα παραλαβής καλής εκτέλεσης.».

Αριθμός απόφασης: 487/2021

21. Επειδή, καταρχήν η αυξημένη αποδεδειγμένη τεχνική και κατασκευαστική εμπειρία των οικονομικών φορέων ευλόγως αποτελεί προαπαιτούμενο, λόγω του ότι αφορά σε προμήθεια και κατασκευή που άπτεται της δημόσιας υγείας (δεξαμενές αποθήκευσης πόσιμου νερού). Ομοίως δικαιολογημένα ζητείται εμπειρία στην κατασκευή των σχετικών υποδομών για λόγους μείωσης των κοστολογίων, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα στο Υπόμνημα της προσφεύγουσας, ως βάσιμα προέβαλε και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της. Όμως, η απόδειξη της τεχνικής επάρκειας με βάση τον αριθμό των ζητούμενων ολοκληρωμένων παραδόσεων δεξαμενών εντός της τελευταίας 3ετίας (2017-2018-2019) δεν παρίσταται αιτιολογημένη. Συγκεκριμένα, οι δύο προς προμήθεια δεξαμενές αφορούν σε μία δεξαμενή χωρητικότητας 800m³ και μία χωρητικότητας 1.000m³. Η αναθέτουσα αρχή, όπως προκύπτει από το προεκτεθέν άρθρο 11 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, όρισε ως κρίσιμο στοιχείο για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας την εμπειρία σε όμοια τεχνική και τεχνολογία και όχι την εμπειρία στη χωρητικότητα. Παρά ταύτα για την απόδειξη εμπειρίας σε όμοια τεχνική και τεχνολογία απαίτησε 3 παραδόσεις δεξαμενών χωρητικότητας μεγαλύτερης ή ίσης των 800m³. Με αυτόν τον τρόπο, όμως, δεν αιτιολογείται επαρκώς γιατί εν τέλει η εμπειρία δεν εξασφαλίζεται εάν ένας οικονομικός φορέας έχει παραδώσει εντός της 3ετίας 1 δεξαμενή των 800m³ και 1 δεξαμενή των 1.000 m³, ήτοι όπως ακριβώς είναι και το προς δημοπράτηση φυσικό αντικείμενο, ή 2 δεξαμενές των 800m³ που διασφαλίζουν την επαναληψιμότητα των εφαρμογών από τον οικονομικό φορέα, όπως διατείνεται ότι επιδιώκει η αναθέτουσα αρχή ή ακόμη και 1 δεξαμενή των 1.000m³, αφού ως συνάγεται από τα προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή, δια των απόψεών της η τεχνική και η τεχνολογία δεν διαφέρει ουσιωδώς μεταξύ των δεξαμενών χωρητικότητας 800m³ και 1.000m³ (βλ. σελ. 6 απόψεων «...η κατασκευή μια δεξαμενής χωρητικότητας 800 κυβικών μέτρων και η κατασκευή μια δεξαμενής 1000 κυβικών μέτρων δεν διαφοροποιείται μεν δραματικά, προσαρμόζοντας αναλόγως την ζητούμενη απόδειξη εμπειρίας, αλλά δεν παύει σε καμία περίπτωση να μην διαφοροποιείται») και άρα εάν ένας οικονομικός φορέας έχει εμπειρία στην υλοποίηση της μεγαλύτερης δεξαμενής, τότε τεκμαίρεται ότι έχει εμπειρία και στην κατασκευή της μικρότερης σε όγκο. Άλλωστε, από την επισκόπηση του

Αριθμός απόφασης: 487/2021

Τεύχους των Τεχνικών Προδιαγραφών δεν προκύπτει ότι απαιτείται διαφορετική κατασκευαστική τεχνική ανάλογα με τον όγκο των επίμαχων δεξαμενών, δεδομένου ότι τίθενται όμοιες απαιτήσεις και για τους δύο τύπους δεξαμενών και προδιαγράφονται ίδιας ποιότητας υλικά, ίδια μέθοδος κατασκευής, ίδια επιμέρους μέρη, ήτοι πλευρικό πλαίσιο, εσωτερική επένδυση, σκεπή. Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή ηδύνατο ευχερώς να επιλέξει έτερες λύσεις που να τελούν σε αναλογία αφενός με την αδιαμφισβήτητη ανάγκη προστασίας του δημοσίου συμφέροντος και της δημόσιας υγείας, αφετέρου να ευνοήσουν την ανάπτυξη υγειούς ανταγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αιτιολογήσει ειδικώς και επαρκώς, γιατί απαιτεί την συγκεκριμένη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής κρίνεται δεκτός ως βάσιμος και οι προσβαλλόμενοι οικείου όροι 2.2.6., 2.2.9.2.B4. και 11 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης πάσχουν ακυρότητας.

22. Επειδή, όσον αφορά στο δεύτερο λόγο προσφυγής, σχετικά με τη χρηματοοικονομική επάρκεια και δη τον ειδικό κύκλο εργασιών, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Κατά τον όρο 2.2.5. της διακήρυξης 'Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια' ορίζεται ότι «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται : (α) Να μην έχουν αρνητικό αποτέλεσμα διαχείρισης (καθαρό αποτέλεσμα χρήσης προ Φόρων) των τριών τελευταίων οικονομικών χρήσεων (2017-2018-2019). (β) Να διαθέτουν μέσο "ειδικό" ετήσιο κύκλο εργασιών περί προμήθειας και τοποθέτησης μεταλλικών δεξαμενών : αριθμός ετών (2017-2018-2019) μέσος ειδικός κύκλος εργασιών (300.000,00) νόμισμα (€).». Επίσης κατά τον όρο 2.2.9.2.B3. της διακήρυξης «Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα κάτωθι : (α) Ισολογισμοί των τριών τελευταίων οικονομικών χρήσεων (2017-2018-2019) νομοτύπως υπογεγραμμένοι ή δημοσιευμένοι. Ισχύει για Α.Ε., Ε.Π.Ε., Ι.Κ.Ε. και λοιπές εταιρείες που συντάσσουν και δημοσιεύουν ισολογισμούς. Υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/1986, συνοδευόμενη από τα έντυπα Ν και Ε3 των τριών τελευταίων οικονομικών χρήσεων (2017-2018-2019). Ισχύει για τις λοιπές μορφές οικονομικών φορέων που δεν οφείλουν να συντάσσουν ισολογισμούς. (β) Για την απόδειξη του «μέσου ειδικού κύκλου εργασιών» για

Αριθμός απόφασης: 487/2021

τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (2019, 2018, 2017) προσκομίζουν Υπεύθυνη Δήλωση του Ν. 1599/1986, με ενσωματωμένο πίνακα εκτελεσθεισών συμβάσεων στον οποίο θα περιλαμβάνονται τα εξής στοιχεία: το αντικείμενο της προμήθειας, τον αντισυμβαλλόμενο φορέα, την ημερομηνία υπογραφής της σύμβασης και την καθαρή αξία. Τα ανωτέρω αξιολογούνται σε συνάρτηση με την ημερομηνία σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο.».

23. Επειδή, ως προς τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας στην αιτιολογική σκέψη 83 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ αναφέρεται ότι «Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες συμβάσεις. 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 ένα ελάχιστο κύκλο εργασιών ο οποίος θα είναι δυσανάλογος προς το αντικείμενο της σύμβασης. Η σχετική απαίτηση δεν θα πρέπει να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το διπλάσιο της 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 [...]». Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι, υπό το πρίσμα της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ και αντιστοίχως του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές έχουν την ευχέρεια να καθορίζουν όχι μόνο τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, αλλά και τα μέσα απόδειξης αυτών υπό την προϋπόθεση ότι δεν τίθενται υπερβολικά υψηλές και δυσανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης απαιτήσεις. Ειδικότερα, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για

Αριθμός απόφασης: 487/2021

την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, τον έλεγχο της της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του, χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός. Εν προκειμένω, η συνολική προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 160.000€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, κατά δε τον όρο 2.2.6. της διακήρυξης απαιτείται μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών προμήθειας και τοποθέτησης μεταλλικών δεξαμενών 300.000€ για την 3ετία 2017-2018-2019. Η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί την απαίτηση αυτή με τον ισχυρισμό ότι δεν αφορά μόνον στην εξασφάλιση της ορθής εκτέλεσης, αλλά και στην εξασφάλιση μακροχρόνιας και δη 10ετούς εγγύησης καλής λειτουργίας, στη διάρκεια της οποίας ο ανάδοχος επιλύει οποιαδήποτε ελαττωματική κατασκευή, όπως φθορές και αστοχία υλικών, όπως ζητείται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς. Η απαίτηση εν προκειμένω ο ετήσιος ειδικός κύκλος εργασιών να ανέρχεται σε ύψος στο ποσό των 300,00€ φαίνεται καταρχήν να κείται εντός των ορισθεισών σχετικών προϋποθέσεων από το οικείο νομοθετικό πλαίσιο που επιτάσσει ειδικότερα: *«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»*. Εντούτοις, η αιτιολόγηση ότι τέθηκε προς εξασφάλιση ότι ο ανάδοχος κατά τη διάρκειας της 10ετούς εγγύησης καλής λειτουργίας θα έχει οικονομική ικανότητα να επιλύει οποιαδήποτε ελαττωματική κατασκευή, όπως φθορές και αστοχία υλικών, όπως ζητείται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, κρίνεται ότι δεν ανταποκρίνεται στο σκοπό για τον οποίο τέθηκε. Τούτο διότι ακόμη και εάν ένας υποψήφιος οικονομικός φορέας κατά τα προηγούμενα 2017-2018-2019 είχε μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών 300.000€, αυτό δεν διασφαλίζει ότι στην επόμενη 10ετία (2021 έως 2031) θα έχει την οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα να καλύψει φθορές, ελαττώματα και

Αριθμός απόφασης: 487/2021

κατασκευαστικές αδυναμίες. Σε κάθε περίπτωση οι ενδεχόμενες απαιτήσεις από τη 10ετή εγγυημένη λειτουργία θα μπορούσαν να καλυφθούν από το γενικό κύκλο εργασιών του υποψήφιου οικονομικού φορέα και έτσι θα εδίδετο η δυνατότητα σε περισσότερους φορείς να συμμετάσχουν και να υποβάλλουν παραδεκτή και ανταγωνιστική προσφορά, αναπτύσσοντας υγιή ανταγωνισμό. Επίσης, ο πληττόμενος όρος με βάση τον οποίο αξιώνεται μέσος ειδικό ετήσιος κύκλος εργασιών κατά τα τελευταία τρία έτη σχεδόν διπλάσιος από τον προϋπολογισμό, είναι και δυσανάλογος, διότι αυτά τα οποία θέλει να εξασφαλίσει η αναθέτουσα αρχή (κατασκευαστικές απαιτήσεις, ορθή εκτέλεση, εξασφάλιση μακροχρόνιας εγγύησης) καλύπτονται από συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές της διακήρυξης, οι οποίες δηλώνονται ρητά στη διακήρυξη. Σύμφωνα με τους όρους και τις προδιαγραφές της διακήρυξης, η αναθέτουσα έχει καθορίσει τον προϋπολογισμό του έργου που συμπεριλαμβάνει όλα τα πιθανά κόστη και απαιτήσεις, τα οποία αφορούν στο κόστος των υλικών τα οποία η αναθέτουσα έχει κρίνει κατάλληλα, τις εργασίες κατασκευής και τοποθέτησης της δεξαμενής και στο κόστος κάλυψης της εγγύησης. Οι προσφέροντες αντίστοιχα είναι υποχρεωμένοι να λάβουν υπόψη όλες τις απαιτήσεις και να συμπεριλάβουν τα ανωτέρω κόστη στην προσφορά που θα υποβάλουν. Εφόσον, λοιπόν, οι απαιτήσεις της αναθέτουσας σε ό,τι αφορά την ποιότητα των υλικών και στις εγγυήσεις, έχουν προβλεφθεί στον προϋπολογισμό της προμήθειας και ασφαλώς θα ληφθούν υπόψη για την κατάστρωση της οικονομικής προσφοράς του κάθε υποψήφιου οικονομικού φορέα, κρίνεται πέραν του αναγκαίου μέτρου να ζητείται επιπλέον ως κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας μέσος ειδικό ετήσιος κύκλος εργασιών σε ύψος σχεδόν διπλάσιος του προϋπολογισμού της σύμβασης. Συνεπώς, και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής κρίνεται δεκτός ως βάσιμος και οι προσβαλλόμενοι οικείου όροι 2.2.5. και 2.2.9.2.B3. της διακήρυξης σχετικά με τον ύψος του απαιτούμενου μέσου ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών πάσχουν ακυρότητας.

24. Επειδή, όσον αφορά στον τρίτο λόγο προσφυγής, σχετικά με την απαίτηση της διακήρυξης για χρησιμοποίηση συγκεκριμένου τύπου μεμβράνης (οπλισμένης-reinforced) και την απαίτηση προσκόμισης Βεβαίωσης στην οποία να δηλώνεται ότι η συγκεκριμένη μεμβράνη έχει

Αριθμός απόφασης: 487/2021

εφαρμοστεί τα τελευταία 3 έτη, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Κατά το άρθρο 4 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης ορίζεται ότι «.....β) Μεμβράνη στεγανοποίησης Σκοπός της τοποθέτησης των μεμβρανών στεγανοποίησης είναι Η ασφαλής και μονίμου φύσεως στεγανοποίηση της δεξαμενής και Η υγιεινή προστασία του περιεχομένου ύδατος. Το εσωτερικό μέρος της προδιαγραφόμενης δεξαμενής (πυθμένας και εσωτερικό μέρος ελασμάτων του πλευρικού πλαισίου αποκλειστικά, για λόγους φυσικής ανακύκλωσης του περιεχόμενου αέρα) θα επενδυθεί με θερμοπλαστική μεμβράνη οπλισμένη (reinforced) από καμβά ινών πολυεστέρα ή υάλου, ελάχιστου πάχους 1.20mm για μεγιστοποίηση αντοχών στον χρόνο. Οι δεξαμενές θα χρησιμοποιηθούν για να καλύψουν τις ανάγκες ύδρευσης και για το λόγο αυτό η χρησιμοποιούμενη μεμβράνη θα πρέπει να είναι απόλυτα κατάλληλη για τον σκοπό αυτό. Η προσφερόμενη μεμβράνη θα πρέπει να φέρει τις εξής πιστοποιήσεις, τις οποίες ο προμηθευτής θα πρέπει να καταθέσει απαραίτητως με την προσφορά του: Πιστοποιητικό στο οποίο θα δηλώνεται ότι η προσφερόμενη μεμβράνη του κατασκευαστή είναι κατάλληλη για αποθήκευση πόσιμου νερού. Το πιστοποιητικό θα πρέπει να έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο/ινστιτούτο κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης έτσι ώστε να προκύπτει η καταλληλότητα της μεμβράνης από νομοθεσία ευρωπαϊκών χωρών ή ευρωπαϊκών προτύπων. Τεχνικό φυλλάδιο της προσφερόμενης μεμβράνης Βεβαίωση από τον κατασκευαστή της μεμβράνης από την οποία θα προκύπτει ότι η προσφερόμενη μεμβράνη παράγεται από πρωτογενή και όχι ανακυκλωμένα υλικά. Βεβαίωση από Δημόσια ή Ιδιωτική Αρχή κοινής ωφέλειας από την οποία να προκύπτει ότι η προσφερόμενη μεμβράνη έχει εφαρμοστεί από τον οικονομικό φορέα σε δεξαμενές αποθήκευσης πόσιμου νερού ή στεγανοποιήσεις δεξαμενών για χρήση σε πόσιμο νερό κατά την τελευταία τριετία και το σύστημα στο οποίο εφαρμόστηκε λειτουργεί καλώς σε ότι αφορά την μεμβράνη. Επίσης, θα πρέπει να υποβληθεί δείγμα της προσφερόμενης μεμβράνης.».

25. Επειδή, αναγνωρίζεται ευρύ περιθώριο εκτίμησης στις αναθέτουσες αρχές να θέτουν τους κατά περίπτωση όρους της εκάστοτε διακήρυξης και τούτο διότι αυτές γνωρίζουν καλύτερα τις ανάγκες τους, ωστόσο θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των τεχνικών λύσεων και των τεχνικών

Αριθμός απόφασης: 487/2021

προδιαγραφών στην αγορά προς διασφάλιση στη συγκεκριμένη περίπτωση μόνιμης και ασφαλούς στεγανοποίησης, υγιεινής του ύδατος και αντοχής στο χρόνο. Ο σχετικός ισχυρισμός της αναθέτουσας ότι «Ως Αναθέτουσα έχουμε θέσει υπό σύγκριση μια σειρά από τύπους μεμβρανών, οι οποίες ανεξάρτητα της χώρας προέλευσης τους, δεν ικανοποιούν τις απαιτήσεις μας στο παρόν κατασκευαστικό υπό προμήθεια είδος των δεξαμενών, ανεξάρτητα της δεδομένης ικανότητάς τους. Η επιλογή τόσο του συγκεκριμένου οπλισμού, του συγκεκριμένου πάχους αλλά και η εξασφάλιση της ποιότητας του υλικού από πλευράς χρήσης, μέσα από τα πιστοποιητικά και βεβαιώσεις, αποτελεί εξασφάλιση της χρήσης των δεξαμενών προς το συμφέρον μας ως Αναθέτουσα.» προβάλλεται αορίστως, καθόσον δεν αιτιολογεί η αναθέτουσα αρχή ποιους τύπους μεμβρανών σύγκρινε, ποια ήταν η ικανότητα έκαστης και για ποιο λόγο δεν ικανοποιούσαν τις απαιτήσεις της. Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι με τον ως άνω όρο προδιαγράφεται συγκεκριμένος τύπος μεμβράνης (reinforced) αποτελούμενος από καμβά ινών πολυεστέρα ή υάλου συγκεκριμένου ελαχίστου πάχους. Η συγκεκριμένη, όμως, επιλογή του τύπου της μεμβράνης από την αναθέτουσα αρχή δεν παρίσταται απρόσφορη για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, ούτε τεκμηριώνεται ότι παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό της προσφεύγουσας. Ωστόσο, αναφορικά με την βεβαίωση από την οποία να προκύπτει ότι η προσφερόμενη μεμβράνη έχει εφαρμοστεί από τον οικονομικό φορέα σε δεξαμενές αποθήκευσης πόσιμου νερού ή στεγανοποιήσεις δεξαμενών για χρήση σε πόσιμο νερό κατά την τελευταία τριετία και το σύστημα στο οποίο εφαρμόστηκε λειτουργεί καλώς σε ότι αφορά την μεμβράνη, λεκτέα είναι τα εξής: Καταρχάς αποσαφηνίζεται ότι είναι εσφαλμένη η αναφορά της αναθέτουσας αρχής με τις απόψεις της ότι η ζητούμενη Βεβαίωση να είναι από δημόσιο φορέα και να αφορά σε δημόσιο έργο (βλ. σελ.9 αυτών), δεδομένου ότι ο σχετικός όρος προβλέπει «Βεβαίωση από Δημόσια ή Ιδιωτική Αρχή κοινής ωφέλειας από την οποία να προκύπτει ότι η προσφερόμενη μεμβράνη έχει εφαρμοστεί από τον οικονομικό φορέα σε δεξαμενές αποθήκευσης πόσιμου νερού ή στεγανοποιήσεις δεξαμενών για χρήση σε πόσιμο νερό κατά την τελευταία τριετία και το σύστημα στο οποίο εφαρμόστηκε λειτουργεί καλώς σε ότι αφορά την μεμβράνη». Η καταλληλότητα μίας

Αριθμός απόφασης: 487/2021

θερμοπλαστικής μεμβράνης, καθορίζεται από τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος (για παράδειγμα αντοχή σε εφελκυσμό, αντοχή στη διάτρηση, ποσοστό επιμήκυνσης, υδατοπερατότητα κ.ά.), τα οποία πιστοποιούνται σε εργαστήρια μέσω μετρήσεων και συνοδεύουν το προϊόν. Τα χαρακτηριστικά αυτά αναγράφονται στο Τεχνικό Φυλλάδιο της μεμβράνης, που ούτως ή άλλως ζητείται με τη διακήρυξη και το οποίο αποδεικνύει την ικανότητα της μεμβράνης για τη χρήση σε στεγανοποίηση δεξαμενών. Αυτά τα οποία θέλει να εξασφαλίσει η αναθέτουσα αρχή για τις προσφερόμενες δεξαμενές, δηλαδή η μόνιμη και ασφαλής στεγανοποίηση, η υγιεινή του ύδατος και η αντοχή στο χρόνο εξασφαλίζονται από τα άλλα πιστοποιητικά και βεβαιώσεις που ζητά, όπως *«Πιστοποιητικό στο οποίο θα δηλώνεται ότι η προσφερόμενη μεμβράνη του κατασκευαστή είναι κατάλληλη για αποθήκευση πόσιμου νερού. Το πιστοποιητικό θα πρέπει να έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο / ινστιτούτο κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης έτσι ώστε να προκύπτει η καταλληλότητα της μεμβράνης από νομοθεσία ευρωπαϊκών χωρών ή ευρωπαϊκών προτύπων, Τεχνικό φυλλάδιο της προσφερόμενης μεμβράνης, Βεβαίωση από τον κατασκευαστή της μεμβράνης από την οποία θα προκύπτει ότι η προσφερόμενη μεμβράνη παράγεται από πρωτογενή και όχι ανακυκλωμένα υλικά.»* και όχι με βεβαίωση χρησιμοποίησής της την τελευταία τριετία. Η εν λόγω βεβαίωση, όπως τίθεται στον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης, κατατείνει σε πιστοποίηση του προσφερόμενου υλικού και ως τέτοια περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, αφού δεν τεκμηριώνεται για ποιο λόγο οι Βεβαιούντες περιορίζονται σε αυτούς της τελευταίας 3ετίας, δεδομένου μάλιστα ότι η εγγύηση καλής λειτουργίας αφορά σε 10ετία. Με ποια αιτιολογία δηλαδή δεν κρίνεται αποδεκτή π.χ. Βεβαίωση από φορέα που έχει εφαρμόσει τη συγκεκριμένη μεμβράνη προ 4ετίας ή 5ετίας. Επίσης, αποκλείονται υποψήφιοι που έχουν εφαρμόσει π.χ. προ έτους τέτοιου τύπου μεμβράνη, αλλά με χαρακτηριστικά νεότερα και ενδεχομένως αποτελεσματικότερα. Τούτων δοθέντων, ο σχετικός λόγος προσφυγής κρίνεται εν μέρει δεκτός ως βάσιμος και ο προσβαλλόμενος όρος του άρθρου 4 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης κρίνεται ακυρωτέος κατά το μέρος με το οποίο ζητείται *«Βεβαίωση από Δημόσια ή Ιδιωτική Αρχή κοινής ωφέλειας από την οποία να προκύπτει ότι η προσφερόμενη μεμβράνη έχει εφαρμοστεί από τον οικονομικό φορέα σε δεξαμενές αποθήκευσης πόσιμου νερού ή*

Αριθμός απόφασης: 487/2021

στεγανοποιήσεις δεξαμενών για χρήση σε πόσιμο νερό κατά την τελευταία τριετία και το σύστημα στο οποίο εφαρμόστηκε λειτουργεί καλώς σε ότι αφορά την μεμβράνη.».

26. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και της διαφάνειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010· ΣτΕ ΕΑ 1089/2009· ΣτΕ 2951-52/2004· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95).

27. Επειδή, κατόπιν όσων αναλύθηκαν ανωτέρω, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή κρίνεται εν μέρει δεκτή ως βάσιμη και η προσβαλλόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί για τους λόγους που αναλύονται στις σκέψεις 21, 23 και 25 της παρούσας.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», ποσού 800,00€, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμ. πρωτ. «...» διακήρυξη του «...» με αντικείμενο την «...» για τους λόγους που αναλύθηκαν στις σκέψεις 21, 23 και 25 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του με κωδικό «...» ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 800,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 24-2-2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 16-3-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΗΛΙΑΣ ΣΤΡΕΠΕΛΙΑΣ