

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Μαΐου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρήστος Σώκος, και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8.04.2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ ) ΑΕΠΠ 416/8.04.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας « .....» (εφεξής «προσφεύγουσα») που εδρεύει στη ....., έναντι ....., νομίμως εκπροσωπούμενης,

Κατά

του « .....», (εφεξής «αναθέτουσα αρχή») όπως εκπροσωπείται.

Με την από 8.04.2020 Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί και να επαναδιατυπωθεί άλλως να επαναδιατυπωθεί ο επίμαχος όρος (άρθρο 11 παρ. 6.5) της με αριθμό ..... διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με ηλεκτρονικό κωδικό ..... και ένδειξη «δεσμευμένο» (βλ. και απόδειξη πληρωμής της ..... της 7.04.2020) ποσού € 1.355,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64). Ωστόσο, δεδομένου ότι το ακριβές ποσό του προϋπολογισμού ανέρχεται σε ευρώ 270.161,29 πλέον ΦΠΑ 24%, το αναλογούν παράβολο είναι ποσού 1.350,81 ευρώ κι επομένως, λαμβάνοντας υπόψη ότι η προσφεύγουσα

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

υπέβαλε παράβολο ποσού 1.355,00 ευρώ, προκύπτει ότι έχει καταβληθεί υπερβάλλον ποσό 4,19 ευρώ, το οποίο σε κάθε περίπτωση πρέπει να επιστραφεί.

2. Επειδή, με την με αριθμό πρωτ. .... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός με σφραγισμένες προσφορές και με κριτήριο κατακύρωσης κατά τα προβλεπόμενα στην παρ. 2.3. το υψηλότερο ποσοστό έκπτωσης προσφοράς για το σύνολο των εργασιών και ανταλλακτικών των ομάδων ή της ομάδας του προϋπολογισμού της μελέτης, για την ανάδειξη αναδόχου για την «Συντήρηση και επισκευή οχημάτων και λοιπών μηχανημάτων στους 2020- 2021», προϋπολογισμού τριακοσίων τριάντα πέντε χιλιάδων ευρώ (335.000€) συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ 270.161,29 €). Περίληψη της διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της ΕΕ στις 20.03.2020. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 24.03.2020 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ. ....). Ο διαγωνισμός θα πραγματοποιηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) μέσω της διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του συστήματος, σύμφωνα με τις διατάξεις των αρ. 27 και 36 του Ν. 4412/2016. Οι προσφορές υποβάλλονται από τους οικονομικούς φορείς ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr), του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στην με α/α ..... συστήματος ηλεκτρονική πλατφόρμα που δημιουργήθηκε για τον υπό κρίση διαγωνισμό, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζει η διακήρυξη. Ως ημερομηνία έναρξης υποβολής προσφορών ορίσθηκε η 27/03/2020 και ώρα 00:01:00 και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είναι η 30/04/2020 και ώρα 15:00:00.

3.Επειδή η προσφεύγουσα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή της με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4.Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα αναφέρει τα εξής *«Η εταιρεία μας διατηρεί εξειδικευμένο συνεργείο στην ..... και διαθέτει πολύχρονη εμπειρία στην συντήρηση οχημάτων προσφέροντας υψηλού επιπέδου υπηρεσίες, μεταξύ άλλων και των οχημάτων των εταιρειών ....., και ....., τα οποία εμπίπτουν στην 4<sup>η</sup>*

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

ομάδα της εν θέματι διακήρυξης (εργασίες υπερκατασκευής απορριμματοφόρου – πλυντηρίων), όπως προκύπτει και από αντίστοιχες συμβάσεις, τις οποίες εκτέλεσε και εκτελεί (π.χ. με τους Δήμους ....., ....., ..... κλπ.). Ωστόσο, συγκεκριμένη απαίτηση της εν λόγω διακήρυξης (κατά παράβαση των ανωτέρω αναλυόμενων καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή της εταιρείας μας στον εν λόγω διαγωνισμό..». Επισημαίνεται, δε, ότι μέχρι την ημερομηνία και ώρα εξέτασης της προσφυγής δεν είχε υποβάλει προσφορά η προσφεύγουσα.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με κατάθεση στις 8.04.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι α) η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 24.03.2020 με ΑΔΑΜ ..... και η προσφεύγουσα έλαβε γνώση αυτής – κατά δήλωσή της – στις 8.04.2020, ήτοι κατά την ημερομηνία της τεκμαιρόμενης 15νθημερης προθεσμίας από τη δημοσίευση και β) ότι κοινοποιήθηκε (η προσφυγή) στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 8.04.2020, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361, τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή η προσφυγή νόμιμα και παραδεκτά εισάγεται ενώπιον του 5ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, 361 παρ. 1 περ. (γ) δεύτερο εδάφιο, 362 παρ. 1 και 2, 363, και 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 4 παρ. 1 περ. γ) δεύτερο εδ., 5, 8 παρ. 1,2 και 3, και 15 του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 8.04.2020 ανάρτησε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την υπό εξέταση προσφυγή, την οποία κοινοποίησε στις 21.04.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» σε «όλους τους συμμετέχοντες».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 14/4/2020 προς την ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτ. ....../10.04.2020 απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής, τις οποίες ανάρτησε στις 21.04.2020 στην κεντρική σελίδα του διαδικτυακού τόπου του ΕΣΗΔΗΣ και απέστειλε αυθημερόν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς «όλους τους συμμετέχοντες» μαζί με την υπ' αριθμ.

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

A125/2020 απόφαση ΑΕΠΠ της 14.04.2020 με την οποία αποφασίστηκε η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ. Εν συνεχεία στις 23/4/2020 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου εκ νέου προς την ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτ. ....../21.04.2020 συμπληρωματικές απόψεις επί της προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του ΕΣΗΔΗΣ στις 23.04.2020 προς «όλους τους συμμετέχοντες».

9. Επειδή, με την προσφυγή της η προσφεύγουσα υποστηρίζει επικαλούμενη καταρχήν τα άρθρα 18, 75 και 80 του Ν. 4412/2016 τα εξής : *«.[..].Είναι προφανές ότι αυτό που πρωτίστως επιδιώκεται με τις ανωτέρω διατάξεις είναι η διασφάλιση της θεμελιώδους αρχής της διενέργειας δημόσιων διαγωνισμών υπό καθεστώς διαφάνειας, ελεύθερου ανταγωνισμού, ισότιμης πρόσβασης και ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών, ειδικά δε σε ότι αφορά τον ανταγωνισμό, είναι σαφές ότι δεν επιτρέπεται ο περιορισμός αυτού, αλλά αντίθετα πρέπει να επιδιώκεται η διεύρυνση αυτού.*

*Όπως γίνεται δεκτό, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας την προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 , ..... κλπ κατά .....).* Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό.

*Συναφώς, οι όροι μιας διακήρυξης θα πρέπει να έχουν θεσπιστεί με την μεγαλύτερη δυνατή λεπτομέρεια και σαφήνεια, περαιτέρω, δε, πρέπει να διασφαλίζουν τη μεγαλύτερη δυνατή συμμετοχή των ενδιαφερομένων, τη*

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

διαφάνεια και τον υγιή ανταγωνισμό. Και ναι μεν η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, πλην όμως η εν λόγω ελευθερία πρέπει να ασκείται με βάση τα οριζόμενα στις οικείες διατάξεις και υπό την αναγκαία προϋπόθεση τήρησης των βασικών αρχών που διέπουν τους διαγωνισμούς για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα δε της ισότιμης πρόσβασης σε αυτούς των προτιθεμένων να συμμετάσχουν και της διασφάλισης του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.

### *B. Η περίπτωση των όρων της εν θέματι διακήρυξης*

*Η εταιρία μας διατηρεί εξειδικευμένο συνεργείο στην ..... και διαθέτει πολύχρονη εμπειρία στη συντήρηση οχημάτων προσφέροντας υψηλού επιπέδου υπηρεσίες, μεταξύ άλλων και των οχημάτων των εταιριών ..... και ....., τα οποία εμπίπτουν στην 4η ομάδα της εν θέματι διακήρυξης (εργασίες υπερκατασκευής απορριμματοφόρου - πλυντηρίων), όπως προκύπτει και από αντίστοιχες συμβάσεις, τις οποίες εκτέλεσε και εκτελεί (πχ. με τους Δήμους ..... κλπ).*

Ωστόσο, συγκεκριμένη απαίτηση της εν λόγω διακήρυξης κατά παράβαση των ανωτέρω αναλυόμενων καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή της εταιρίας μας στον εν λόγω διαγωνισμό.

Για το λόγο αυτό, με την παρούσα ζητάμε να ακυρωθεί και επαναδιατυπωθεί η συγκεκριμένη απαίτηση, προκειμένου να εξασφαλιστεί η δυνατότητά μας συμμετοχής στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία και κατ' επέκταση η μεγαλύτερη δυνατή συμμετοχή εταιριών και η διασφάλιση του δημοσίου συμφέροντος.

### *Πιο συγκεκριμένα:*

1. Σύμφωνα με το άρθρο 11 της επίμαχης Διακήρυξης, που αφορά στις Εγγυήσεις που πρέπει να δηλώσουν υπεύθυνα οι υποψήφιοι διαγωνιζόμενοι, ζητείται το εξής:

«6.5. Επειδή ο στόλος των απορριμματοφόρων αποτελείται κατά 90% από οχήματα τα οποία διαθέτουν λογισμικό για την λειτουργία της υπερκατασκευής, ο ....., ζητά από τον διαγωνιζόμενο Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση, ότι διαθέτει την τεχνογνωσία για την επισκευή αυτών των

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

υπερκατασκευών. Η Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση θα καλύπτει τουλάχιστον το 90% των υπερκατασκευών που διαθέτει ο .....

Για την απόδειξη των παραπάνω θα πρέπει ο διαγωνιζόμενος να καταθέσει βεβαίωση (από τις εταιρείες υπερκατασκευών που διαθέτει ο .....),, ότι θα του παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού (τεχνική υποστήριξη) ή συμβάσεις και τιμολόγια, που να αποδεικνύουν ότι έχει επισκευάσει παρόμοιες υπερκατασκευές που είχαν βλάβη στο λογισμικό τους (αφορά την 4η ομάδα).

2. Εκ πρώτης όψεως, η εν λόγω απαίτηση για την επιβεβαίωση της υπάρχουσας εμπειρίας κάθε διαγωνιζομένου δεν θα έμοιαζε να έχει κάτι το μεμπτό. Ωστόσο, στην πραγματικότητα, η απαίτηση, κατά το δεύτερο σκέλος της, και ειδικά όσον αφορά στην απαίτηση προσκόμισης βεβαίωσης (από τις εταιρείες υπερκατασκευών που διαθέτει ο .....), ότι «θα παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού (τεχνική υποστήριξη)» είναι:

(α) πρώτον, «ανώφελη» και αδικαιολόγητη από πρακτική άποψη, αφού, στα πλαίσια της ελευθερίας ανταγωνισμού με βάση τις προβλέψεις του Ενωσιακού Δικαίου, κάθε κατασκευαστικός Οίκος οφείλει να διαθέτει ελεύθερα πρόσβαση και υποστήριξη στο λογισμικό των οχημάτων και μηχανημάτων, εφόσον έχει αγοραστεί νόμιμα, όπως εν προκειμένω από τον ....., ουδεμία δε ανάγκη παρίσταται να αποδεικνύεται τούτο από τον υποψήφιο ανάδοχο εκ των προτέρων, και (β) δεύτερον, το σημαντικότερο, δεν εξασφαλίζει ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, αλλά έχει ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, αφού τα οχήματα των εταιριών ..... και ....., προέλευσης ....., αντιπροσωπεύονται στην Ελλάδα από την εταιρία « .....» και δ.τ. « .....» (στο εξής και « .....»), που εδρεύει στο ..... (οδός .....), η οποία συνεργάζεται αποκλειστικά με την ανταγωνίστριά μας εταιρία με την επωνυμία « .....», την οποία και μόνο εφοδίασε με τις απαιτούμενες βεβαιώσεις τεχνικής υποστήριξης σε προηγούμενους αντίστοιχους διαγωνισμούς, κάτι που βέβαια αντίκειται στο Νόμο και συγκεκριμένα τόσο στις διατάξεις της ελευθερίας του ανταγωνισμού, όσο και του αθέμιτου ανταγωνισμού.

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

Για το λόγο αυτό, άλλωστε, η εταιρία μας δεν κατόρθωσε να συμμετέχει προσηκόντως σε προηγούμενους διαγωνισμούς του Συνδέσμου, που περιελάμβαναν τον ίδιο ακριβώς όρο, αφού αιτήθηκε μεν τη σχετική βεβαίωση από την ως άνω αντιπρόσωπο εταιρία, αλλά αυτή αρνήθηκε να την παράσχει. Είναι δε αξιοσημείωτο (και όχι βέβαια «συμπτωματικό») ότι και στις δύο περιπτώσεις μοναδική συμμετέχουσα τους αντίστοιχους διαγωνισμούς (και, εν τέλει ανακηρυχθείσα ανάδοχος) ήταν η ως άνω ανταγωνίστριά μας εταιρία «.....», όπως αποδεικνύεται από τις επισυναπτόμενες αναθέσεις στην εταιρία αυτή.

3. Για του λόγου το αληθές, εν προκειμένω, η εταιρία μας απέστειλε την από 30.03.2020 ηλεκτρονική επιστολή στην εταιρία ....., επισημαίνοντας την άρνηση της εν λόγω εταιρίας, επί δύο (2) έτη (επισυνάπτετε το σχετικό αίτημα μας για το προηγούμενο έτος το οποίο επίσης ουδέποτε απαντήθηκε), να συμπράξει, ζητώντας από εκείνη να την εφοδιάσει με την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη βεβαίωση, ώστε να καταστεί δυνατή η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό, τάσσοντας μάλιστα προθεσμία τριών (3) εργασίμων ημερών για το σκοπό αυτό. Λόγω της κρισιμότητας του ζητήματος, παραθέτουμε αυτολεξεί το περιεχόμενο του μηνύματος, που είχε το ακόλουθο περιεχόμενο:

ΠΡΟΣ

Την Εταιρία

« .....,»

....., 30 Μαρτίου 2020 Αγαπητοί,

Όπως γνωρίζετε, διατηρούμε εξειδικευμένο συνεργείο στην ..... και διαθέτουμε πολύχρονη εμπειρία στη συντήρηση οχημάτων προσφέροντας υψηλού επιπέδου υπηρεσίες και για τη συντήρηση οχημάτων των εταιριών ..... και ....., προέλευσης ....., των οποίων είστε αντιπρόσωποι στην Ελλάδα. Τούτο είναι γνωστό σε εσάς, γιατί κατά τα δύο τελευταία έτη σας έχουμε ζητήσει συνεργασία για τη συντήρηση οχημάτων του Συνδέσμου Διαχείρισης Απορριμμάτων ..... (.....), πλην όμως δεν απαντήσατε στα σχετικά αιτήματά μας.

Ήδη με το παρόν σας ενημερώνουμε ότι με το αριθ. .../6-3-2020 πρακτικό της τακτικής συνεδρίασης της Εκτελεστικής Επιτροπής του ίδιου ως άνω Συνδέσμου εγκρίθηκαν όροι διακήρυξης διεθνής ηλεκτρονικού

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

διαγωνισμού με τίτλο "Συντήρηση και επισκευή οχημάτων και λοιπών μηχανημάτων έτους 2020-2021", μεταξύ δε άλλων περιέχεται όρος με το ακόλουθο περιεχόμενο:

«...Επειδή ο στόλος των απορριμματοφόρων αποτελείται κατά 90% από οχήματα τα οποία διαθέτουν λογισμικό για την λειτουργία της υπερκατασκευής, ο ....., ζητά από τον διαγωνιζόμενο Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση, ότι διαθέτει την τεχνογνωσία για την επισκευή αυτών των υπερκατασκευών. Η Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση θα καλύπτει τουλάχιστον το 90% των υπερκατασκευών που διαθέτει ο ..... Για την απόδειξη των παραπάνω θα πρέπει ο διαγωνιζόμενος να καταθέσει βεβαίωση (από τις εταιρείες υπερκατασκευών που διαθέτει ο .....), ότι θα του παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού (τεχνική υποστήριξη) ».

Συνεπώς, για τη συμμετοχή μας στον εν λόγω δημόσιο διαγωνισμό (για τον οποίο πληρούμε όλα τα λοιπά κριτήρια) απαιτείται δική σας βεβαίωση ότι θα μας παρέχετε «τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού (τεχνική υποστήριξη)» των εν λόγω οχημάτων, που εσείς αντιπροσωπεύετε στην Ελλάδα.

Επειδή η άσκηση των νομίμων δικαιωμάτων των συμμετεχόντων στον ανωτέρω διαγωνισμό συναρτάται με ιδιαίτερα σύντομες προθεσμίες εκ του Νόμου, παρακαλούμε να μας χορηγήσετε την ως άνω βεβαίωση το αργότερο εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την παραλαβή του παρόντος (άλλως θα θεωρήσουμε την απάντησή σας ως αρνητική), με δεδομένο ότι, ως γνωστόν, μόνο εσείς μπορείτε να μας εφοδιάσετε με τη βεβαίωση αυτή. Παραμένουμε στη διάθεσή σας για κάθε περαιτέρω διευκρίνιση και συνεργασία.

Με εκτίμηση,»

Ωστόσο, για μια ακόμη φορά, η εταιρία ..... δεν απάντησε καν, ούτε βέβαια ανταποκρίθηκε στο αίτημά μας, όπως ήταν αναμενόμενο, αρνήθηκε δε μάλιστα ακόμη και να παραλάβει την επιστολή σε έντυπη μορφή(!), που της εστάλη και με εταιρία ταχυμεταφορών (courier). Το γεγονός αυτό αποδεικνύεται τόσο από τη σχετική ηλεκτρονική επιβεβαίωση αποστολής του email, όσο και τα αποδεικτικά της εταιρίας courier περί αποστολής και μη παραλαβής της επιστολής, τα οποία επισυνάπτουμε στην παρούσα. Σε κάθε



## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

περίπτωση, για την άρνηση αυτή της ....., επιφυλασσόμαστε για την άσκηση κάθε νομίμου δικαιώματος μας.

Από όλα τα παραπάνω, αποδεικνύεται πλήρως, ότι, κατ' αποτέλεσμα, η εταιρία μας αδυνατεί να συμμετέχει στον εν λόγω διαγωνισμό, παρά την πρόθεσή της, μολονότι κατά τα λοιπά πληροί όλες τις απαιτήσεις της διακήρυξης.

Πρέπει, δε, να επισημανθεί, ότι καμία άλλη εταιρία πλην της ανταγωνιστριάς μας εταιρίας με την επωνυμία « .....» δεν μπορεί να συμμετέχει στο διαγωνισμό, αφού, όπως έμπρακτα αποδεικνύεται, καμία άλλη εταιρία δεν μπορεί να εξασφαλίσει την επίμαχη βεβαίωση. Κατά συνέπεια, εκτός των άλλων, τίθεται και ζήτημα «φωτογραφικότητας» της εν λόγω απαίτησης υπέρ της ως άνω εταιρίας, κατά προφανή παράβαση των αρχών που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς.

4. Κατά συνέπεια, η εν λόγω απαίτηση με τον τρόπο που είναι διατυπωμένη είναι περιοριστική και αντίθετη με τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της αναλογικότητας. Μειώνεται, συνεπώς, αδικαιολόγητα η δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό όσων οικονομικών φορέων επιθυμούν να συμμετάσχουν, μεταξύ των οποίων και της εταιρίας μας, αν και διαθέτει όλα τα τεχνικά, ποιοτικά, επαγγελματικά και οικονομικά κριτήρια να συμμετάσχει στο διαγωνισμό και να αναδειχθεί ανάδοχος και, ακολούθως να εκτελέσει προσηκόντως τις υπηρεσίες, πλην όμως δεν δύναται να διασφαλίσει την επίμαχη επιστολή δέσμευσης ότι θα της παρασχεθούν «τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού (τεχνική υποστήριξη)».

Επομένως, ο όρος αυτός είναι απαγορευτικός στην συμμετοχή μας στον διαγωνισμό και παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης καθώς και εκείνη του ελεύθερου ανταγωνισμού και για το λόγο αυτό πρέπει να ακυρωθεί, η δε επίμαχη διάταξη πρέπει να διατυπωθεί με τέτοιο τρόπο ώστε να διασφαλίσει την ελεύθερη πρόσβαση σε τεχνικές συμβουλές, αφού μόνο τότε θα επιτευχθεί ο πλουραλισμός και θα διασφαλιστεί ο υγιής ανταγωνισμός, καθώς και η επί ίσοις όροις συμμετοχή και διαφάνεια στη διαγωνιστική διαδικασία..[.].».

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, αρχικές και συμπληρωματικές υποστηρίζει τα κάτωθι. Καταρχήν με τις με αριθμό πρωτ. ....../10.04.2020 απόψεις της αναφέρει τα εξής : «Για τον μοναδικό

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

προβαλλόμενο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, λεκτέα τα επόμενα: Ο Σύνδεσμος για να διασφαλίσει την απρόσκοπτη λειτουργία του κάθε χρόνο, προκηρύσσει διεθνή διαγωνισμό, για την συντήρηση των οχημάτων του. Ο διαγωνισμός πραγματοποιείται με βάση τα υφιστάμενα οχήματα και τις πραγματικές ανάγκες που έχει την συγκεκριμένη χρονική περίοδο. Η προσφεύγουσα εταιρεία «.....», γνωρίζει ότι οι εταιρείες υπερκατασκευών που υφίστανται στα οχήματα του Συνδέσμου Διαχείρισης Απορριμμάτων Νομού ..... είναι οι « .....», « .....» και « .....». Ο Σύνδεσμος στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, όπως είναι εύλογο, αναπτύσσει συμβατική σχέση με τον ανάδοχο του διαγωνισμού και όχι με τις εταιρείες, από τις οποίες έχει προμηθευτεί τα οχήματά του και τα οποία έχει αποκτήσει μέσω ανοιχτών διαγωνισμών. Συνεπώς, ο ανάδοχος του διαγωνισμού είναι αυτός, ο οποίος αναλαμβάνει την αποκλειστική υποχρέωση επισκευής των οχημάτων που διαθέτει ο ..... Στην υπό εξέταση περίπτωση (και σύμφωνα με την παράγραφο 6.5 του άρθρου 11 της Διακήρυξης), επειδή ο στόλος των απορριματοφόρων αποτελείται κατά 90% από οχήματα, τα οποία διαθέτουν λογισμικό για την λειτουργία της υπερκατασκευής, ο ....., ζητά από τον διαγωνιζόμενο Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση, ότι διαθέτει την τεχνογνωσία για την επισκευή αυτών των υπερκατασκευών. Η συγκεκριμένη Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση, θα καλύπτει τουλάχιστον το 90% των υπερκατασκευών που διαθέτει ο ..... Για την απόδειξη των παραπάνω θα πρέπει ο διαγωνιζόμενος να καταθέσει βεβαίωση (από τις εταιρείες υπερκατασκευών που διαθέτει ο .....), ότι θα του παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού (τεχνική υποστήριξη) ή συμβάσεις και τιμολόγια, που να αποδεικνύουν ότι έχει επισκευάσει παρόμοιες υπερκατασκευές που είχαν βλάβη στο λογισμικό τους (αφορά την 4η ομάδα).

Επομένως ο ..... δίνει την δυνατότητα σε όλους όσους θέλουν να συμμετάσχουν στην συγκεκριμένη ομάδα συντήρησης, είτε να προσκομίσουν βεβαίωση από τις προαναφερόμενες εταιρείες υπερκατασκευών (στην περίπτωση που δεν έχουν τις γνώσεις να επισκευάσουν τα συγκεκριμένα λογισμικά των υπερκατασκευών) είτε να προσκομίσουν συμβάσεις και τιμολόγια, σύμφωνα με τα οποία θα αποδεικνύεται το γεγονός ότι βγουν επισκευάσει τα συγκεκριμένα λογισμικά των υπερκατασκευών στο παρελθόν.

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

Ο αντικειμενικός σκοπός αυτής της παραγράφου, προσδιορίζεται στην εξασφάλιση του γεγονότος ότι τα οχήματα που διαθέτει ο ....., για την αποκομιδή των απορριμμάτων στην Περιφερειακή Ενότητα ....., θα είναι απολύτως λειτουργικά σε όλη την διάρκεια του χρόνου της σύμβασης, την οποία θα συνάψει με τον διαγωνιζόμενο και ασφαλώς (υπό το πρίσμα αυτό) η απαίτηση της προσκόμισης βεβαίωσης από τις εταιρείες υπερκατασκευών (ως όρος της προκήρυξης του διαγωνισμού), δεν αποτελεί «μέθοδο περιορισμού υποψηφίων αναδόχων» (προφανώς ο Σύνδεσμος επιδιώκει το αντίθετο, όπως απαιτεί άλλωστε το συμφέρον του αλλά βεβαίως όχι εις βάρος της λειτουργικότητας των οχημάτων του), όπως ισχυρίζεται εσφαλμένα και ανεδαφικά στην προσφυγή της η εταιρεία « .....». Με την παράγραφο 5.2 του άρθρου 11 («5.2. Στοιχεία για την εμπειρία τους από τη συμμετοχή τους σε παρόμοιους διαγωνισμούς κατά τα τελευταία τρία (3) έτη (με την κατάθεση των σχετικών συμβάσεων), με ελάχιστη εκτελούμενη αξία το 50% του συνολικού προϋπολογισμού της ομάδας που θα συμμετάσχει ο διαγωνιζόμενος (για όλες τις ομάδες.)), ο ..... αποσκοπεί στη διασφάλιση της σχετικής εμπειρίας. την οποία θα πρέπει να διαθέτει ο διαγωνιζόμενος. η οποία απορρέει, κατά την κοινή λογική και πείρα, από την συμμετοχή του σε άλλους διαγωνιστικούς. σύμφωνα με το άρθρο 75 (κριτήρια επιλογής) παρ, 3 και 4 του Ν. 4412/2016. έτσι ώστε να εξασφαλίζεται η απρόσκοπτη λειτουργία των απορριμματοφόρων της καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης. Άλλωστε, η προαναφερόμενη εξασφάλιση αναφορικά με τα διαλαμβανόμενα στις διατάξεις του συγκεκριμένου άρθρου (παρ. 3 του Ν. 4412/2016, όπου αναφέρεται ότι «ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης»), διασφαλίζεται κατ' ελάχιστον με το συγκεκριμένο όριο (ήτοι, «το 50% [και όχι π.χ. το 90% ή το 80%] του συνολικού προϋπολογισμού της ομάδας που θα συμμετάσχει ο διαγωνιζόμενος»), δεδομένου ότι κατ' αυτόν τον τρόπο ο ..... επιλέγει, μέσω του διαγωνισμού. ανάδοχους. οι οποίοι να γνωρίζουν το αντικείμενο. λαμβάνοντας συγχρόνως υπό Μ/ιν (ο ..... ) τα διαλαμβανόμενα στις διατάξεις του άρθρου (κριτήρια επιλογής) 75 παρ. 3 και 4. του Ν. 4412/2016 («...3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων....»,

«...4 Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. ...).

Συνεπώς, είναι αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι με τον συγκεκριμένο όρο της υπ' αριθ. .... διακήρυξης σύμβασης του ....., παραβιάζεται «η ισότιμη και χωρίς διακρίσεις αντιμετώπιση των δικαιωμάτων των υποψηφίων, η αρχή της αναλογικότητας και του δημοσίου συμφέροντος και η ελευθερία του ανταγωνισμού», δεδομένου ότι αυτός ο όρος αφενός στηρίζεται στις διατάξεις των παραγράφων 3 και 4 του Ν. 4412/2016, προς εξασφάλιση του ικανοποιητικού επιπέδου εμπειρίας των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό και αφετέρου διασφαλίζεται, κατ' ελάχιστον, η απρόσκοπτη λειτουργία των απορριμματοφόρων καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης...[.].». Με τις, δε, συμπληρωματικές απόψεις της η αναθέτουσα αρχή προσθέτει έτι περαιτέρω στα ανωτέρω υποστηριχθέντα τα εξής «...[.].Στον ισχυρισμό της εταιρίας ..... ότι « διατηρεί εξειδικευμένο συνεργείο στην ..... και διαθέτει πολύχρονη εμπειρία στην συντήρηση οχημάτων προσφέροντας υψηλού επιπέδου υπηρεσίες, μεταξύ άλλων και των οχημάτων των εταιριών ....., και ..... όπως προκύπτει και από αντίστοιχες συμβάσεις, τις οποίες εκτέλεσε και εκτελεί (π.χ. με τους .....)», λεκτέα τα επόμενα:

Ο Σύνδεσμος Διαχείρισης Απορριμμάτων Νομού ..... είναι επιφορτισμένος με την αποκομιδή των απορριμμάτων όλης της Περιφερειακής Ενότητας ....., όπου ανήκουν και οι παραπάνω Δήμοι, που επικαλείται η προσφεύγουσα.

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

Οι Δήμοι της Περιφερειακής Ενότητας ..... δεν διαθέτουν απορριμματοφόρα για την αποκομιδή των απορριμμάτων τους, παρά μόνο για την διαδικασία ανακύκλωσης των απορριμμάτων και συγκεκριμένα:

Ο Δήμος ..... διαθέτει δύο (2) απορριμματοφόρα, όπως φαίνεται και στο αριθ. πρωτ. .... /16-4-2020 έγγραφο του Δήμου, τα οποία έχουν υπερκατασκευή της εταιρείας « .....

Ο Δήμος ....., όπως φαίνεται και στο αριθ. πρωτ. .... /21-4-2020 έγγραφο του Δήμου, έχει έξι (6) απορριμματοφόρα, που έχουν υπερκατασκευή της εταιρείας « .....

Ο Δήμος ....., όπως φαίνεται και στο αριθ. πρωτ. .... /21-4-2020 έγγραφο του Δήμου έχει ένα (1) απορριμματοφόρο, που έχει υπερκατασκευή της εταιρείας « .....

Τα παραπάνω απορριμματοφόρα χρησιμοποιούνται αποκλειστικά από τους Δήμους, είναι αυτά της ανακύκλωσης απορριμμάτων και διαθέτουν υπερκατασκευές των εταιριών «.....» και « .....

Τα συγκεκριμένα οχήματα συντηρούνται από τους ανωτέρω Δήμους και έχουν λογισμικό διαφορετικό από αυτό που διαθέτουν τα οχήματα του Συνδέσμου.

Επομένως, η εταιρεία « .....

Άλλωστε, αν είχε επισκευάσει τις υπερκατασκευές που ζητά η διακήρυξη του Συνδέσμου, θα μπορούσε να καταθέσει στον διαγωνισμό τιμολόγια και συμβάσης που να αποδεικνύουν, ότι πράγματι διαθέτει την απαραίτητη τεχνογνωσία που ζητάει το συγκεκριμένο άρθρο 11 παρ. 6.5 της αριθ. πρωτ. .... Διακήρυξης, της αναθέτουσας αρχής...[.]».

11. Επειδή, το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016 προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής : «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων». Περαιτέρω, το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 αναφέρει αυτολεξεί το εξής «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. [...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα

δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341. Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως. Εάν οι συμβάσεις βάσει συμφωνίας-πλαίσιο πρόκειται να ανατεθούν μετά από προκήρυξη νέου διαγωνισμού, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που θα εκτελεστούν ταυτοχρόνως ή , εάν αυτό δεν είναι γνωστό, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας-πλαίσιο. Στην περίπτωση δυναμικών συστημάτων αγορών, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που πρόκειται να ανατεθούν στο πλαίσιο του εν λόγω συστήματος. 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε

κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος». Επίσης, το άρθρο 78 του αυτού Νόμου προβλέπει τα εξής : «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.

Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ` του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α` ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.

Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό.



## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.

3. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κάτω των ορίων». Τέλος, το άρθρο 80 του Ν. 4412/2016 αναφέρει ρητώς τα εξής : «...[...]Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.

6. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω, κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 19.

7. Εφόσον ζητηθεί, η Αρχή θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών κάθε πληροφορία σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στα άρθρα 73 και 74, την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας και τις χρηματοοικονομικές και τεχνικές ικανότητες των προσφερόντων που αναφέρονται στα άρθρα 75, 76 και 77, καθώς και κάθε πληροφορία σχετικά με τα αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στο παρόν άρθρο.

8. Σε περίπτωση διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, για την απόδειξη της αθέτησης των υποχρεώσεων στους τομείς του κοινωνικοασφαλιστικού και του εργατικού δικαίου της παραγράφου 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παράγραφο 4 περίπτωση α` του άρθρου 73, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατ' ελάχιστον, να εφαρμόσει τα οριζόμενα στις περιπτώσεις β` και δ` της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α ` 115).

9. Τα αποδεικτικά έγγραφα του παρόντος άρθρου και του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α`, μπορεί να εξειδικεύονται στις στα πρότυπα έγγραφα σύμβασης που εκδίδει η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53....[...].».

12. Επειδή, ο προσβαλλόμενος όρος του άρθρου 11 της διακήρυξης, ο οποίος εμπεριέχεται αυτούσιος και στο «σώμα» της υπό εξέταση προσφυγής αναφέρει επί λέξει τα κάτωθι «6.5. Επειδή ο στόλος των απορριμματοφόρων αποτελείται κατά 90% από οχήματα τα οποία διαθέτουν λογισμικό για την λειτουργία της υπερκατασκευής, ο ....., ζητά από τον διαγωνιζόμενο Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση, ότι διαθέτει την τεχνογνωσία για την επισκευή αυτών των υπερκατασκευών. Η Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση θα καλύπτει τουλάχιστον το 90% των υπερκατασκευών που διαθέτει ο .....

Για την απόδειξη των παραπάνω θα πρέπει ο διαγωνιζόμενος να καταθέσει βεβαίωση (από τις εταιρείες υπερκατασκευών που διαθέτει ο .....),, ότι θα του παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού (τεχνική υποστήριξη) ή συμβάσεις και τιμολόγια, που να αποδεικνύουν ότι έχει επισκευάσει παρόμοιες υπερκατασκευές που είχαν βλάβη στο λογισμικό τους (αφορά την 4η ομάδα).».

13. 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: «1. 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».

14. Επειδή επομένως «κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, νομιμοποιείται για την άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής οποιοσδήποτε υφίσταται βλάβη των εννόμων συμφερόντων του, εκτός αν ορίζει ειδικότερα η εφαρμοστέα διάταξη, περιορίζοντας τον κύκλο των δικαιουμένων να την ασκήσουν» (βλ.ΣτΕ (Ολομ) 1374/1953 και 677/2005, Σ. Κ./ Κυβέλος, Η ενδικοφανής προσφυγής, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016) μόνο στους έχοντες έννομο συμφέρον να τους ανατεθεί η σύμβαση και αποκλείοντας τρίτους (ΔΕΚ, απόφαση C-230/02, της 12/2/04, Grossmann Air κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας, ΕΑ ΣτΕ 368/2009, 4651/2006). Το, δε, έννομο συμφέρον μπορεί να είναι τόσο υλικό, με την έννοια ότι από την εκτέλεση της πράξης προκαλείται σε αυτόν κάποια αποτιμητή χρηματική βλάβη, όσο και ηθικό, όταν συνεπάγεται καταστάσεις που έχουν ηθική αξίας (βλ.Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τ.2 Νομική Βιβλιοθήκη, 2015 , ΣτΕ 3167/1998).

15. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω και δη όσον αφορά την προσβολή όρων διακήρυξης με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την

ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψη του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.ά). Σε περίπτωση, δε, που ο προσφεύγων τελικώς μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη και προσβάλλει με την Προδικαστική του Προσφυγή συγκεκριμένο όρο της διακηρύξεως, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος, διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, έχει έννομο συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της διακηρύξεως (ΣτΕ (Ασφ) 124/2015, ΕΑ 16/2015, 415/2014, 718, 616/2012 κ.ά). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί της κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

16. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις *«η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης»* (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 847). Περαιτέρω, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προσβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 745 επ. ) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣΤΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣΤΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων ( ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ.4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ). Τα ανωτέρω, δε, δεν έχουν μεταβληθεί όσον αφορά την προσβολή όρων διακήρυξης, ούτε υπό το πρίσμα της πρόσφατης νομολογιακής τάσης περί διεύρυνσης του εννόμου συμφέροντος (βλ. ΣΤΕ 308/2020).

17. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει,

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

18. Επειδή σε κάθε περίπτωση, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του Προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος όσον αφορά τη θεμελίωση των στοιχείων του παραδεκτού.

19. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ. ) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣτΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣτΕ 2521/2004).

20. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών κατά τη διοικητική διαδικασία ή περί παράβασης νόμου, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής

(Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 48-49).

21. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

22. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston κα 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995).

23. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί ο περιορισμός των προσώπων που δύνανται να προσφύγουν κατά μιας κανονιστικής πράξης, υπό την έννοια της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος είναι θεμιτός και επιβεβλημένος, μη προσκρούων στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ καθόσον συνάδει στην εξασφάλιση αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά το προδικαστικό στάδιο, αποτρέποντας την έναρξη προπετών διαδικασιών, με παρελκυστικά κίνητρα που παρεμποδίζουν την υγιή ανταγωνισμό και την ανάπτυξη. Άλλωστε, η ενδεχόμενη βλάβη υπό την έννοια του «πιθανά» ή «εν δυνάμει» θιγόμενου απαντάται και στη νομολογία του ΕΔΔΑ, εφόσον ασφαλώς στοιχειοθετείται επαρκώς η ύπαρξη προσωπικού και υπαρκτού κινδύνου να υποστεί την βλάβη, την οποία επικαλείται με σαφήνεια (βλ. ΕΔΔΑ, Burden κατά Ηνωμένου Βασιλείου, τμήμα ευρείας σύνθεσης, 29.4.2008).

24. Επειδή σε κάθε περίπτωση το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών (βλ. ενδεικτικά C-470/99, Universale-Bau, Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 74 και της 19ης Ιουνίου 2003, Fritsch, Chiari & Partner, κλπ, C-410/01, Συλλογή 2003, σ. I-6413, σκέψη 30). Ωστόσο η άρνηση αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής σε συγκεκριμένες περιπτώσεις προφανώς δεν περιορίζει την πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω Οδηγίας αλλά σε πολλές περιπτώσεις συνάδει στην σκοπούμενη επιτάχυνση και συνακόλουθα αποτελεσματικότητα της παροχής έννομης προστασίας.

25. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/EK καθίστανται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C-240/01, 19.6.03, W.Hackermuller, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 Grossmann Air Service, σκ 26)

26. Επειδή, έχει κριθεί ότι τα κράτη μέλη δεν επιτρέπεται να εξαρτούν την ενεργητική νομιμοποίηση για την άσκηση προσφυγής κατά την προκήρυξης διαγωνισμού από προγενέστερη συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία, καθότι αυτό θα ερχόταν σε αντίθεση με τα αρθ. 1, παρ.3 και 2 παρ. ιβ της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, αλλά και την αρχή της αναλογικότητας ΔΕΚ C-230/02, 12.02.04 Grossmann, Συλλ. 2004, σκέψη 29 και 30, C 26/03 StadtHalle).

27. Επειδή όπως προκύπτει από τη νομολογία του Δικαστηρίου, έχει δικαίωμα υποβολής προσφοράς ή καταθέσεως αιτήσεως συμμετοχής κάθε πρόσωπο ή φορέας που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της συμβάσεως, απευθείας ή μέσω τρίτου (πχ μέσω ιδιωτικού συμφωνητικού περί δέσμευσης πόρων ή μέσω υπεργολαβίας), ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος - δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου- που τον διέπει και ανεξαρτήτως του εάν δραστηριοποιείται στην αγορά επί συστηματικής βάσεως ή μόνον ευκαιριακά, ή εάν επιδοτείται από κρατικούς πόρους ή όχι (απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/98, σκέψη 42, Κατευθυντήρια Οδηγία 14 ΕΑΔΔΗΣΥ).

28. Επειδή, έχει κριθεί ότι το γεγονός ότι μια εταιρεία ανήκει σε όμιλο επιχειρήσεων ή σε κοινοπραξία δε συνιστά αφ' εαυτού τεκμήριο ότι ο



## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

διαγωνιζόμενος διαθέτει “αυτομάτως” τα μέσα των άλλων εταιρειών. Αναφορικά με τον τρόπο και τα χρησιμοποιούμενα μέσα απόδειξης ότι όντως βρίσκονται στη διάθεση του συμμετέχοντα τα μέσα/οι πόροι άλλων οργανισμών ή επιχειρήσεων εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή να εκτιμήσει την καταλληλότητα των προσκομισθέντων συναφώς αποδεικτικών στοιχείων (C-176/98, Holst Italia SpA, ECLI:EU:C:1999:593, σκ.29 ).

29. Επειδή, εν προκειμένω, ως προελέχθη, η προσφεύγουσα επικαλείται βλάβη προς θεμελίωση εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, υποστηρίζοντας ότι αδυνατεί να συμμετάσχει λόγω άρνησης της εταιρίας «.....» να της παράσχει βεβαίωση συνεργασίας. Ωστόσο, *sine qua non* προϋπόθεση για την προαπόδειξη βλάβης – έστω και ενδεχόμενης – του προσφεύγοντος και συνακόλουθα επί αυτή τη βάση θεμελίωση του εννόμου συμφέροντός του προς άσκηση της προσφυγής είναι να μην προκύπτει από τον εν γένει διαμορφωθέντα φάκελο ότι εν πάση περιπτώσει βάσει του οικείου νομοθετικού πλαισίου ή/και όρων της διακήρυξης, που δεν έχουν προσβληθεί ή επί των οποίων δεν έχει γίνει συγκεκριμένη διόρθωση, δεν είναι δυνατόν να συμμετέχει νόμιμα και να καταστεί ανάδοχος -κι επομένως σε κάθε περίπτωση ουδεμία βλάβη ή ωφέλεια έχει από την έκβαση της υπό εξέταση προσφυγής, εκφεύγοντας από τον κύκλο των προσώπων που εξαρτούν τη δυνατότητα συμμετοχής τους μεμονωμένα από τους προσβαλλόμενους όρους καθώς διαρρηγνύεται η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της ζημίας που κατά τα λεγόμενά του του προξενεί ο επίμαχος όρος σε σχέση με τη δυνατότητα συμμετοχής και αξίωσης ανάληψης του αντικείμενου της σύμβασης. Άλλως, θα πρέπει υπό το ανωτέρω πρίσμα να μην προκύπτει από τον οικείο φάκελο και τους όρους της διακήρυξης ότι ο προσφεύγων δύναται - δυνάμει έτερου όρου τον οποίο πληροί ή σε κάθε περίπτωση δεν έχει αμφισβητήσει – να συμμετάσχει καλύπτοντας εναλλακτικά την συγκεκριμένη απαίτηση.

30. Επειδή, όπως έχει κριθεί, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον αιτούντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του η πράξη (ΣΤΕ 2068/2008, 4022/2006). Ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται επομένως η αίτηση ακυρώσεως- επομένως και η προσφυγή κατ’ αναλογία- , η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτή δεν πρόκειται να

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και επομένως δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης. Αυτό μπορεί να είναι, μεταξύ άλλων, συνέπεια και της εν τω μεταξύ διαφορετικής γενικής νομοθετικής ρύθμισης του θέματος (ΣΤΕ Ολ 3167-3168/2014, 1418/2013 7μ, Ολ. 1372/2013) ή αλλαγής νομικών προϋποθέσεων στο πρόσωπο του αιτούντος ή στο επίδικο αντικείμενο.

31 Επειδή, επομένως, έχει κριθεί ότι η ακύρωση πράξεως, παρίσταται αλυσιτελής, εφόσον ακόμη και αν η πράξη αυτή εκτοπισθεί από την έννομη τάξη για άλλο λόγο, η σύμβαση δεν είναι δυνατόν δυνάμει του οικείου νομοθετικού πλαισίου να ανατεθεί στον προσφεύγοντα (πρβ. ΣΤΕ Ολ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣΤΕ 2861-2862/2015, 79/2013 εν συμβ).

32. Επειδή, από το περιεχόμενο της προσφυγής προκύπτει ότι βάλλοντας κατά του συγκεκριμένου όρου εν τοις πράγμασι βάλλει η προσφεύγουσα μονομερώς κατά της υποχρέωσης προσκόμισης βεβαίωσης περί παροχής τεχνικών συμβουλών για την επισκευή του λογισμικού από τις εταιρείες των υπερκατασκευών που διαθέτει ο ..... Ωστόσο, η εν θέματι απαίτηση τίθεται εναλλακτικά άλλως διαζευκτικά της ύπαρξης προγενέστερης εμπειρίας αποδεικνυόμενης με προσκόμιση συμβάσεων και τιμολογίων με αντικείμενο την συντήρηση αντίστοιχων οχημάτων, προϋπόθεση την οποία δεν προσβάλλει με την προσφυγή της η προσφεύγουσα περιοριζόμενη μόνο στο ένα σκέλος του δυνητικού τρόπου απόδειξης της πλήρωσης της απαίτησης, η μη ικανοποίηση του οποίου όμως, δεν αποκλείει *per se* την συμμετοχή οιοδήποτε υποψηφίου στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία (βλ. ΑΕΠΠ 500/2018). Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη τα αναφερόμενα από την ίδια την προσφεύγουσα περί ύπαρξης πολύχρονης σχετικής εμπειρίας και πλήρωσης των απαιτούμενων τεχνικών και επαγγελματικών κριτηρίων για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης, προκύπτει αβίαστα ότι άνευ εννόμου συμφέροντος κι επομένως απαραδέκτως βάλλει η προσφεύγουσα κατά του συγκεκριμένου όρου, καθώς ως συνάγεται από τα λεγόμενά της δύναται να συμμετάσχει αποδεικνύοντας την σχετική της εμπειρία με τιμολόγια και συμβάσεις που θα διαθέτει στα πλαίσια της πολύχρονης σχετικής της εμπειρίας με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας.

33. Επειδή, όλως επικουρικώς, προς τα ανωτέρω, δέον ειπείν τα κάτωθι. Όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία του ΔΕΕ επί των άρθρων

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

47 παρ. 2 και 3, και 48 παρ. 3 και 4, της Οδηγίας 2004/18/EK, η οποία καταργήθηκε με την Οδηγία 24/2014/EE, ωστόσο, υπάρχει αντίστοιχη ρύθμιση με τις παλαιότερες διατάξεις στο άρθρο 63 (όπως αυτό μεταφέρθηκε στο άρθρο 78 του Ν. 4412/2016), αναγνωρίζεται το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να μπορεί να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, ασχέτως της φύσης των δεσμών του με αυτούς, εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων, θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους και τα μέσα αυτών, τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψεις 29 και 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, ο οποίος δεν συναρτάται μόνο με τη διασφάλιση του κοινοτικού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά (βλ. σχετικά την απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze den Mare (CoNISMa), Συλλογή της Νομολογίας 2009, I-12129, σκέψη 37 και εκεί παραπομπή σε περαιτέρω κοινοτική νομολογία). Περαιτέρω, όπως επισήμανε ο γενικός εισαγγελέας στα σημεία 33 και 37 των προτάσεών του, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επεδίωκε η Οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 αυτής (βλ. τη σκέψη 34 της απόφασης της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, καθώς και εκεί περαιτέρω παρατιθέμενη κοινοτική νομολογία) και πλέον στην αιτιολογική σκέψη 2, 59 και 78 κ.α. της Οδηγίας 2014/24/EE. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το δικαίωμα που κατοχυρώνεται πιο πάνω, λαμβανομένου υπόψη του σημαντικού ρόλου που διαδραματίζει στο πλαίσιο των ενωσιακών ρυθμίσεων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, αποτελεί γενικό κανόνα τον οποίο πρέπει να λαμβάνουν υπόψη οι αναθέτουσες αρχές,

όταν ασκούν τις αρμοδιότητές τους για την εξακρίβωση της καταλληλότητας του προσφέροντος για την εκτέλεση ορισμένης σύμβασης. Κατά την έννοια αυτή, θεωρείται δεδομένο ότι στην πραγματικότητα, η προσφυγή κάποιου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα στις ικανότητες τρίτου αποτελεί ένα αυτοτελές μέσο απόδειξης της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής σχετικά με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των υποψηφίων αναδόχων. Υπό τις συνθήκες αυτές, το γεγονός ότι, κατά το άρθρο 48 παρ. 3 της Οδηγίας 2004/18/EK (63 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/EE), ένας οικονομικός φορέας μπορεί «ενδεχομένως» να στηρίζεται στις δυνατότητες άλλων φορέων, δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά τον τρόπο ότι ο εν λόγω φορέας μπορεί μόνο κατ' εξαίρεση να στηρίζεται στις δυνατότητες τρίτων φορέων (απόφαση της 7ης Απριλίου 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκέψη 36). Ενόψει των ανωτέρω, οσάκις μια εταιρία επικαλείται, προκειμένου να αποδείξει τις τεχνικές, χρηματοδοτικές και οικονομικές ικανότητές της για να γίνει δεκτή σε διαδικασία υποβολής προσφορών, τις ικανότητες οργανισμών ή επιχειρήσεων προς τις οποίες συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς, ανεξάρτητα από τη νομική φύση τους, οφείλει να αποδεικνύει ότι όντως βρίσκονται στη διάθεσή της τα μέσα των εν λόγω οργανισμών ή επιχειρήσεων που δεν της ανήκουν και που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκέψη 29 και εκεί περαιτέρω παραπομπή σε κοινοτική νομολογία και απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA και Mannocchi Luigino DI, EU:C:2013:646, σκέψη 29). Όπως προκύπτει τόσο από το αντικείμενο όσο και από το γράμμα των εν λόγω διατάξεων, ένα πρόσωπο δεν μπορεί να αποκλειστεί από διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών με την αιτιολογία απλώς και μόνον ότι προτίθεται να διαθέσει, προς εκτέλεση της σύμβασης, μέσα που δεν κατέχει το ίδιο αλλά που ανήκουν σε μία ή περισσότερες άλλες οντότητες (απόφαση της 14ης Απριλίου 1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1994, σελ. I-01289, σκέψη 15). Επισημαίνεται συναφώς ότι δεν απαιτείται να είναι σε θέση ο συνάπτων σύμβαση με αναθέτουσα αρχή να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με δικά του μέσα, προκειμένου να μπορεί να χαρακτηριστεί ως εργολήπτης, αλλά

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

ότι αρκεί να παρέχει τις αναγκαίες εγγυήσεις για το ότι είναι σε θέση να διασφαλίσει την εκπλήρωση της οικείας παροχής από τρίτους (απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Archtetti delle Province di Milano e Lodi, Συλλογή της Νομολογίας 2001, σελ. I-5409, σκ. 90 και απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa, σκ. 41). Επομένως, όπως προκύπτει τόσο από τις κοινοτικές ρυθμίσεις όσο και από τη νομολογία του Δικαστηρίου, έχει δικαίωμα υποβολής προσφοράς ή κατάθεσης αίτησης συμμετοχής κάθε πρόσωπο ή φορέας που, ενόψει των όρων που θέτει η οικεία προκήρυξη, φρονεί ότι διαθέτει την απαιτούμενη ικανότητα προς εκτέλεση της σύμβασης, απευθείας ή μέσω τρίτου (πχ μέσω ιδιωτικού συμφωνητικού περί δέσμευσης πόρων ή μέσω υπεργολαβίας), ανεξαρτήτως του νομικού καθεστώτος – δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου – που τον διέπει και ανεξαρτήτως του εάν δραστηριοποιείται στην αγορά επί συστηματικής βάσης ή μόνον ευκαιριακά, ή εάν επιδοτείται από κρατικούς πόρους ή όχι (απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare CoNISMa, σκ. 42). Στην περίπτωση αυτή πρέπει να αποδείξει στην αναθέτουσα αρχή ότι πράγματι βρίσκονται στη διάθεσή του τα μέσα των φορέων που πρόκειται να χρησιμοποιήσει για την εκτέλεση της σύμβασης. Επομένως, είναι θεμιτό ο παρέχων υπηρεσίες που δεν πληροί αφ' εαυτού τις ελάχιστες απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης παροχής υπηρεσιών να επικαλεστεί ενώπιον της αναθέτουσας αρχής τις ικανότητες τρίτων στους οποίους υπολογίζει να προσφύγει αν του ανατεθεί η σύμβαση. Πάντως, αυτή η προσφυγή σε αποδεικτικά στοιχεία τρίτων δεν μπορεί να γίνει δεκτή άνευ όρων. Πράγματι, εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή, να προβεί σε έλεγχο της ικανότητας των παρεχόντων υπηρεσίες, σύμφωνα με τα απαριθμούμενα κριτήρια. Η επαλήθευση αυτή σκοπεί ιδίως στο να διασφαλίσει την αναθέτουσα αρχή ότι ο υποβάλλων προσφορά πρόκειται όντως να κάνει χρήση των οποιασδήποτε φύσης μέσων που επικαλείται κατά την καλυπτόμενη από τη σύμβαση χρονική περίοδο (Απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, C-399/98, Ordine degli Architeti delle Province di Milano e Lodi, σκ. 90-92, απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-176/98, Holst Italia SpA, Συλλογή της Νομολογίας 1999 I-08607, EU:C:1999:593, σκ. 24-31, πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 18ης

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

Δεκεμβρίου 1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep NV, Συλλογή της Νομολογίας 1997 I-07549, σκ. 13-14, ΣΤΕ 3306/1991, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 896/2009). Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι πρόσωπο το οποίο προβάλλει τεχνικές και οικονομικές ικανότητες τρίτων, στους οποίους προτίθεται να προσφύγει αν του ανατεθεί το αντικείμενο της σύμβασης, δεν μπορεί να αποκλειστεί παρά μόνο αν δεν μπορεί να αποδείξει ότι έχει πράγματι τη δυνατότητα χρησιμοποίησης αυτών των ικανοτήτων (Απόφαση της 18ης Μαρτίου 2004, C-314/01, Siemens AG Österreich και ARGE Telekom & Partner, Συλλογή της Νομολογίας 2004 I-02549, ΕΑ ΣΤΕ 284/2013, 409/2013) (βλ. συναφώς ΑΕΠΠ 451/2018 και 641/2018).

34. Επειδή, τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται την εφαρμογή στην διοικητική δίκη του βάρους απόδειξης από αντικειμενική άποψη (βάρος απόδειξης «υπό αντικειμενική έννοια»), δοθέντος ότι η εφαρμογή του έχει πάντοτε ως αφετηρία τη λειτουργία του κανόνα δικαίου. Το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως δίνει διέξοδο όταν, παρά τη διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας, παραμένουν αμφιβολίες ως προς την αλήθεια των πραγματικών περιστατικών, και συνεπώς κάποιος από τους διαδίκους πρέπει να φέρει τον κίνδυνο του *non liquet*, δηλαδή του γνωστικού αδιεξόδου του δικαστή. Δεδομένου, δε, ότι δικαστής (ο εφαρμοστής του δικαίου) δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την έκδοση απόφασης, η δικαστική του διάγνωση στηρίζεται τότε στους κανόνες του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, εκδίδει δηλ. μια απόφαση σύμφωνα με το βάρος αποδείξεως (Beweislastentcheidung). Οπότε η περίπτωση του *non liquet* εξομοιώνεται κατά πλάσμα δικαίου με την περίπτωση της μη αποδείξεως του ισχυρισμού (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Τα γνωσιολογικά θεμέλια της απόφασης του διοικητικού δικαστή», Ανάτυπο από το περιοδικό «Διοικητική Δίκη», τόμος ΙΖ', τεύχος 3ο, 2015, Εκδόσεις Σάκκουλας, σελ. 583 επ.).

35. Επειδή, επισημαίνεται ότι -εφόσον εννοιολογικά κι επομένως και θεματικά η συγκεκριμένη απαίτηση κατά της οποίας στρέφεται η προσφεύγουσα εντάσσεται στα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, για τα οποία έχει εφαρμογή το άρθρο 78 του Ν. 4412/2016, δεν υφίσταται, δε, ρητή πρόβλεψη περί μη εφαρμογής της εν προκειμένω, τουλάχιστον όσον αφορά την σχετική εμπειρία, ήτοι την προσκόμιση σχετικών συμβάσεων και τιμολογίων - η προσφεύγουσα δεν επικαλείται πολλώ, δε,

μάλλον αποδεικνύει την μη δυνατότητα πλήρωσης της συγκεκριμένης διάταξης με επίκληση δάνειας εμπειρίας.

36. Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει με τις συμπληρωματικές της απόψεις προσκομίζοντας και σχετικές βεβαιώσεις ότι τουλάχιστον κάποια οχήματα υπερκατασκευών δεν εμπίπτουν στην έννοια της «παρόμοιας υπερκατασκευής» καθώς το λογισμικό τους διαφοροποιείται ουσιωδώς βάσει της διαφορετικής λειτουργίας του κατά περίπτωση απορριματοφόρου, το οποίο δεν συνιστά απορριματοφόρο αποκομιδής – ως τα επίμαχα της διακήρυξης – αλλά ανακύκλωσης, προς την κατεύθυνση θεμελίωσης αλυσιτέλειας της άσκησης της προσφυγής, εφόσον η προσφεύγουσα δεν βάζει σωρευτικά και κατά του δεύτερου μισού της αυτής διάταξης που αφορά στην εμπειρία στην συντήρηση οχημάτων με παρόμοιες υπερκατασκευές. Ωστόσο, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός παρίσταται αβάσιμος, δεδομένου ότι η απαρίθμηση και αναφορά των συγκεκριμένων συμβάσεων είναι ενδεικτική και ως τούτου δεν παρέχει «στέρεο έδαφος» θεμελίωσης της σχετικής ή μη εμπειρίας της προσφεύγουσας, ενώ σε κάθε περίπτωση ισχύουν τα αναφερόμενα υπό σκέψη 33 ανωτέρω περί της δυνατότητας στήριξής της στην ικανότητα τρίτου.

37. Επειδή, ωστόσο, από την εξέταση της προσφυγής, προκύπτει άνευ αμφιβολίας ότι η προσφεύγουσα στρέφεται αποκλειστικά κατά του όρου 6.5. του άρθρου 11 της διακήρυξης που αφορά τα δικαιολογητικά συμμετοχής. Ωστόσο, ο αυτός όρος και αντίστοιχα η ίδια υποχρέωση προσκόμισης εντάσσεται και στο άρθρο 15 που αφορά την τεχνική προσφορά (παρ. 15.3) κατά της οποίας ουδόλως στρέφεται η προσφεύγουσα. Επομένως, όλως επικουρικός ως προς τα ανωτέρω κριθέντα, η προσφυγή παρίσταται και αλυσιτελής εξ αυτού του λόγου (βλ. ΑΕΠΠ 500/2018 και Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ2015, τ. 2, σελ. 256-257).

38. Επειδή, ακόμη κι αν θεμελίωνε έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα για την προβολή του συγκεκριμένου λόγου δέον ειπείν τα εξής. Καταρχήν, η αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 25 παρ. 1 Συντ., αναλύεται στις αρχές της αναγκαιότητας, καταλληλότητας και αναλογικότητας με τη στενή έννοια, και κατατάσσεται εντός των αρχών ενωσιακού δικαίου κατά την πάγια νομολογία ΔΕΕ.

## Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020

Έχει, δε, την έννοια ότι ένα κράτος μέλος οφείλει κατά τη διαδικασία επιλογής των κατάλληλων προς λήψη μέτρων, να επιλέγει αυτά που προξενούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση της διακριτικής του ευχέρειας, προκρίνοντας μεταξύ μέτρων που θεωρεί αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

39. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

40. Επειδή, ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε.



ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

41. Επειδή, εν προκειμένω, λαμβάνοντας υπόψη ότι η κάλυψη της συγκεκριμένης απαίτησης της διακήρυξης δύναται να λάβει χώρα με την απόδειξη σχετικής εμπειρίας, ακόμη και εάν θεωρηθεί επαρκής απόδειξη της αδυναμίας πλήρωσης της απαίτησης προσκόμισης της βεβαίωσης περί παροχής τεχνικών συμβουλών η επίκληση και προσκόμιση της επιστολής προς τη ....., η προσφεύγουσα ουδόλως παραθέτει ειδική και τεκμηριωμένη αιτιολογία περί του ισχυρισμού της που αφορά τον περιορισμό του ανταγωνισμού, της παραβίασης της αρχής της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης, καθόσον δεν υπεισέρχεται σε ειδικότερους ισχυρισμούς σε σχέση με τί θεωρεί αναλογικό και υπό ποια έννοια η εν θέματι διάταξη είναι δυσανάλογη, αξιολογηθείσα (η διάταξη) εν συνόλω προκειμένου να κριθεί εάν πράγματι δεν καθίσταται δυνατή η πλήρωση του σχετικού δυσανάλογου προς τον επιδιωκόμενο σκοπό όρου της διακηρύξεως με όρους ίσης μεταχείρισης και υγιούς ανταγωνισμού. Ως εκ τούτου οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, όλως επικουρικώς, κρίνονται απορριπτέοι ως αόριστοι κι επομένως απαράδεκτοι, άλλως λόγω έλλειψης σχετικής απόδειξης (βλ. ΕΑ ΣτΕ 56/2020 πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 72/2020, ΣτΕ 1987/2011, 4606/2012, Ε.Α. 646/2002).

42. Επειδή, ειδικότερα, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί «αδικαιολόγητης πρακτικής» αναφερόμενη στην προσκόμιση της οικείας βεβαίωσης, που αφορμάται από το ότι ως υποστηρίζει *«ο κατασκευαστικός Οίκος οφείλει να διαθέτει ελεύθερα πρόσβαση και υποστήριξη στο λογισμικό των οχημάτων και μηχανημάτων, εφόσον έχει αγοραστεί νόμιμα»* απορρίπτεται ως αβάσιμος, καθώς ερείδεται επί της εσφαλμένης προϋπόθεσης ότι η απαίτηση της βεβαίωσης λειτουργεί εν είδει εξουσιοδότησης για την επέμβαση στο λογισμικό υπερκατασκευών ενώ καθίσταται σαφές ότι συνιστά δέσμευση για συνεργασία παροχής συγκεκριμένων υπηρεσιών, εφόσον απαιτείται, κατά τους οικείους όρους και λειτουργεί ως δικλίδα ασφαλείας σε περίπτωση που ο εκάστοτε υποψήφιος δεν διαθέτει ή δεν επικαλείται σχετική εμπειρία.

43. Επειδή, αβασίμως προβάλλει εν πάση περιπτώσει η προσφεύγουσα τα περί φωτογραφικού όρου δεδομένης σε κάθε περίπτωση

## **Αριθμός Απόφασης: 634 / 2020**

της δυνατότητας απόδειξης της πλήρωσης του όρου και με προσκόμιση συμβάσεων και τιμολογίων.

44. Επειδή, απαραδέκτως σε κάθε περίπτωση αιτείται την μεταρρύθμιση του οικείου όρου καθώς το εν λόγω αίτημα εκφεύγει εκ της κανονιστικής αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ (ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

45. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

46. Επειδή, επομένως, ποσό 1.350,81 εκ του παραβόλου που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου 1.350,81 εκ του παραβόλου με κωδικό ..... που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε στις 4 Ιουνίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Ευαγγελία Μιχολίτση**

**Η Γραμματέας**

**Φωτεινή Μαραντίδου**

**α/α Αργυρώ Τσουλούφα**