

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 15-4-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Βύρρα και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει, την από 15-3-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 423/16-3-2022 της ένωσης οικονομικών φορέων «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Και του από 12-4-2022 παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση των όρων 2.2.6.1.A1-A2, 2.2.6.1.Γ της με αρ. πρωτ. ... διακήρυξης για ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ ΚΑΙ ΕΙΔΩΝ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΟΥ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΟΥ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΟΣ «ΕΠΙΣΙΤΙΣΤΙΚΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ» ΤΟΥ ΤΑΜΕΙΟΥ ΒΟΗΘΕΙΑΣ ΠΡΟΣ ΤΟΥΣ ΑΠΟΡΟΥΣ (ΤΕΒΑ/FEAD) ΤΗΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΣΥΜΠΡΑΞΗΣ Π.Ε. ... ΓΙΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2022, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ και άνευ προαιρέσεων αξίας 1.353.022,39 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 16-2-2022 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μον. ΑΔΑΜ ... την 18-2-2022 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 28-3-2022 Απόψεις της.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ ..., ποσού 6.780 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται εκ της ενδιαφερομένης προς συμμετοχή προσφεύγουσας, κατόπιν της από 18-2-2022 δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ και της από 5-3-2022 παραγωγής τεκμηρίου γνώσης, η από 15-3-2022 προσφυγή της κατά των ως άνω όρων της διακήρυξης, που όπως επικαλείται έκαστος τον αποκλείει από τη διαδικασία. Η δε υποβολή προσφορών έληξε πριν την εξέταση της προσφυγής, χωρίς η προσφεύγουσα να μετάσχει. Η δε παρέμβαση εκ του μόνου μετέχοντος παρεμβαίνοντος, ασκείται εκπροθέσμως και ούτως απαραδέκτως και είναι άνευ ετέρου απορριπτέα, αφού σε αντίθεση με όσα δηλώνει στην παρέμβαση, περί λήψης γνώσης της προσφυγής την 8-4-2022, εκ του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, προκύπτει ότι είχε κοινοποιηθεί στον ίδιο τον νυν παρεμβαίνοντα η προσφυγή, ήδη από 16-3-2022 και άρα, η προθεσμία άσκησης παρέμβασης έληξε την 26-3-2022 και κατά παρέκταση την 28-3-2022, ήτοι 15 ημέρες προ της ασκήσεώς της. Ομοίως εκπρόθεσμα υποβάλλεται και το από 14-4-2022 υπόμνημα του παρεμβαίνοντος και τούτο ασχέτως του εκπροθέσμου της παρέμβασης, αφού οι Απόψεις της αναθέτουσας είχαν, κατά τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, κοινοποιηθεί με ένδειξη προς «όλους τους διαγωνιζόμενους» και άρα στον ίδιο, ήδη από 28-3-2022 και άρα, ακόμη και αν είχε ασκήσει παρέμβαση εμπρόθεσμα, η προθεσμία υποβολής υπομνήματος, θα είχε, κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 λήξει ήδη από 2-4-2022 και κατά παρέκταση από 4-4-2022, ήτοι 10 ημέρες προ της υποβολής του ως άνω υπομνήματος. Σε κάθε πάντως περίπτωση, απορριπτέοι τυγχάνουν και κατ' ουσία, οι ισχυρισμοί της παρέμβασης περί απαραδέκτου της προσφυγής, επί τη βάσει ότι η προσφεύγουσα συστάθηκε μόνο για την άσκηση της, εξαιτίας μη πλήρωσης των προϋποθέσεων συμμετοχής. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος, προεχόντως διότι ούτως αναιρεί το δικαίωμα ενώσεων οικονομικών φορέων να αμφισβητούν όρους διακήρυξης που αποκλείουν τη συμμετοχή τους, αφού ακριβώς θα συστήνονταν, υπό τις αιτιάσεις του παρεμβαίνοντα, προς τον σκοπό άσκησης προσφυγής. Αντιθέτως,

από κανένα σημείο της προσφυγής δεν προκύπτει εκ της προσφεύγουσας μη πρόθεση συμμετοχής στη διαδικασία (ο ίδιος ο παρεμβαίνων επικαλείται τη σελ. 8 της προσφυγής που ρητά αναφέρει ότι «...Εν προκειμένω, αποτελούμε Ένωση Εταιρειών, το κάθε δε μέλος-εταιρεία αυτής δραστηριοποιείται σε μέρος ή στο σύνολο του φυσικού αντικειμένου και όλοι μαζί αθροιστικά στο σύνολο του φυσικού αντικειμένου του εν λόγω διαγωνισμού, έχοντας ήδη συμμετάσχει και αναλάβει σχετικούς διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων του ίδιου αντικειμένου και άρα, προδήλως συνιστούμε ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή στον προκείμενο διαγωνισμό, προς τον σκοπό εξάλλου αυτόν, αποκλειστικά, συστήθηκε η εν λόγω Ένωση Εταιρειών», ήτοι προς τον σκοπό δια της ενώσεως επιδίωξης ανάθεσης της σύμβασης), αλλά πρόθεση συμμετοχής που ματαιώνεται ακριβώς δια των προσβαλλόμενων όρων. Άλλωστε, το γεγονός ότι τα μέλη της προσφεύγουσας ενώθηκαν ακριβώς προς ομού πλήρωση, μη προσβαλλόμενων, όρων της διακήρυξης, δεν αναιρεί ότι δεν δύνανται ούτε δια της ενώσεώς τους να καλύψουν τους νυν προσβαλλόμενους όρους. Εξάλλου το άρ. 19 παρ. 2 Ν. 4412/2016 κατοχυρώνει, όπως και η νυν διακήρυξη, το δικαίωμα διεκδίκησης της σύμβασης και σε ενώσεις οικονομικών φορέων και συγκεκριμένα και σε οικονομικούς φορείς που επιλέγουν να μετάσχουν δια μεταξύ τους ενώσεως, ενώ το Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 που σκοπεύει στην προστασία αυτού του δικαιώματος στην ανάληψη δημόσιας σύμβασης, ισότιμα προστατεύει οικονομικούς φορείς που διεκδικούν ή ενδιαφέρονται να διεκδικήσουν την ανάθεση μεμονωμένα, αλλά και ως συγκροτούντες μεταξύ τους ενώσεις. Η δε αιτίαση του παρεμβαίνοντα, ότι επειδή η ένωση δεν υπάρχει εξ αρχής, όπως ένας οικονομικός φορέας, αλλά συστήνεται προς τον σκοπό ανάληψης δημόσιας σύμβασης και άρα, αφού η ένωση δεν πληροί τους προσβαλλόμενους όρους (άλλως δεν θα είχε έννομο συμφέρον να τους προσβάλει), τότε δεν συστήνεται η ένωση προς ανάληψη της σύμβασης και άρα, δεν έχει έννομο συμφέρον να προσβάλλει τους προσβαλλόμενους όρους που την αποκλείουν, συνιστά επιχείρημα προδήλως κυκλικό και προβαίνει σε λήψη του ζητουμένου, ενώ κατατείνει σε κατάργηση της έννομης προστασίας του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 επί διακηρύξεων, σε ενώσεις οικονομικών φορέων

και άρα, είναι σε κάθε περίπτωση, απορριπτέο. Περαιτέρω, ουδόλως η άσκηση προσφυγής κατά όρων διακήρυξης από ένωση προϋποθέτει τη σύναψη γραπτού συμφωνητικού ή την υποβολή μετ' αυτής του συμφωνητικού αυτού και τούτο, ενώ τούτο δεν απαιτείται κατά τους όρους της νυν διακήρυξης ούτε για την ίδια την υποβολή προσφοράς από ένωση, αφού κατά τον όρο 2.2.1.2 δεν χρειάζεται καν η περιβολή ενώσεων με οιαδήποτε συγκεκριμένη νομική μορφή ούτε εταιρική ούτε συμβατική για την ανάθεση της σύμβασης ούτε αποκλείονται οι ρητά δικαιούμενες να μετάσχουν προσωρινές, ήτοι συσταθείσες αποκλειστικά για τη νυν διαδικασία, συμπράξεις. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία, η δε παρέμβαση είναι εξαρχής απορριπτέα ως απαράδεκτη.

3. Επειδή, ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης ορίζει τα ακόλουθα «2.2.6.1 Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, κατά τα έτη (2018, 2019, 2020) και μέχρι την ημερομηνία δημοσίευσης της παρούσας διακήρυξης να έχουν εκτελέσει ορθώς: Α) Δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών πλήρως ολοκληρωμένες, αξίας τουλάχιστον του 20% προϋπολογισμού της παρούσας (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.), οι οποίες να περιλαμβάνουν: Α1) η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια ίδιων ή συναφών ειδών τουλάχιστον κατά 50% αυτών που αναφέρονται στην παρούσα και Α2) η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου και Α3) η μία τουλάχιστον εξ αυτών να περιλαμβάνει δύο είδη βασικής υλικής συνδρομής (ΕΒΥΣ). Η συνάφεια των ειδών αποδεικνύεται για τα τρόφιμα βάσει των διατάξεων του ισχύοντος Κώδικα Τροφίμων και Ποτών και για τα ΕΒΥΣ βάσει του ΚΑΔ της κάθε δραστηριότητας. Η παραπάνω απαίτηση δεν δύναται να καλυφθεί από περισσότερες αθροιζόμενες μεταξύ τους συμβάσεις...». Άρα, θα πρέπει εντός του διαστήματος 1/1/2018-18/2/2021 (ημ/νια δημοσίευσης διακήρυξης), να έχουν εκτελεσθεί και πλήρως ολοκληρωθεί 2 διακριτές συμβάσεις, εκ των οποίων εκάστη θα πρέπει συγχρόνως να έχει συμβατική αξία ίση με το 20% της νυν άνευ ΦΠΑ

εκτιμώμενης αξίας, να περιλαμβάνει τουλάχιστον το 50% των νυν υπό προμήθεια αγαθών (ή συναφών με βάση τον Κώδικα Τροφίμων και Ποτών) και εξ αυτών 2 είδη νωπών κρεάτων, 2 νωπών τυροκομικών και 2 ειδών οπωροπολείου, αυτά δε πέραν του ότι η μία θα πρέπει να περιλαμβάνει και 2 είδη ΒΥΣ, πέραν όλων των ανωτέρω. Ρητά ορίστηκε ότι καμία από τις ανωτέρω απαιτήσεις δεν δύναται να καλυφθεί δια συνδυασμού περισσότερων συμβάσεων μεταξύ τους, αλλά όλα τα ως άνω στοιχεία θα πρέπει σωρευτικά να συντρέχουν επί εκάστης εκ των 2 ως άνω συμβάσεων. Σημειωτέον, ότι ο όρος 2.2.6.Β επιπροσθέτως απαιτεί και «Σύμβαση ή συμβάσεις, οι οποίες θα περιέχουν το 50% ίδιων ή συναφών ειδών της παρούσας και το άθροισμα των ποσοτήτων των ίδιων ή συναφών αυτών ειδών να είναι ίση ή μεγαλύτερο του 50% της ζητούμενης από τη διακήρυξη συνολικής ποσότητας του εν λόγω είδους». Άρα, ζητήθηκε να έχουν συντελεσθεί και παραδόσεις επί του 50% των νυν υπό προμήθεια αγαθών σε ποσότητες τουλάχιστον 50% ανά έκαστο ίδιο/συναφές είδος, σε σχέση με τις νυν ζητούμενες ανά είδος ποσότητες. Η νυν διαδικασία, βλ. όρο 1.3 διακήρυξης, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι διακήρυξης και σελ. 83 αυτής, αναφέρεται σε 27 αυτοτελή είδη, εκ των οποίων τα 8 ΒΥΣ και 19 τρόφιμα και συγκεκριμένα, 2 είδη νωπών κρεάτων, 2 είδη νωπών τυροκομικών, 3 είδη οπωροκηπευτικών και 12 λοιπά είδη παντοπωλείου. Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι αφενός μέσω του μέλους της ... διαθέτει εκτελεσμένη σύμβαση που καλύπτει τουλάχιστον 14 ίδια ή συναφή είδη με τη νυν 2 διακήρυξη, τουλάχιστον 2 είδη κρεάτων, 2 τυροκομικών, 2 οπωροπωλείου και 2 ΒΥΣ και μάλιστα, με συμβατική αξία πολλαπλάσια της νυν εκτιμώμενης, όπως και ότι τα επιμέρους μέλη της έχουν εκτελέσει συμβάσεις για είδη νυν ζητούμενα, πολλαπλάσιας αξίας της νυν ανά είδος ζητούμενης. Το δε γεγονός ότι η προσφεύγουσα καλύπτει 1 ως η νυν ζητούμενη αντί για 2, συγκροτεί το έννομο συμφέρον της προς προσβολή του όρου, αφού αν η απαίτηση είχε διατυπωθεί διαφορετικά, θα δυνατό να μετάσχει είτε δια περισσότερων συμβάσεων, εκάστη για επιμέρους νυν ζητούμενα είδη είτε δια μίας σύμβασης που υπερκαλύπτει τυχόν τις νυν ζητούμενες αθροιστικές (δια των 2 διακριτών συμβάσεων) αξίες. Πράγματι, ευλόγως μιν ζητούνται παραδόσεις συναφών ειδών, το δε ύψος σε

αξία ή ποσότητα ή ο αριθμός προηγούμενων παραδόσεων, καταρχήν υπόκεινται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας. Πλην όμως, δεν καθίσταται κατανοητό ούτε προκύπτει εύλογος λόγος για τον οποίο ζητείται και δη, επί απαίτησης που αφορά προηγούμενες συμβάσεις απλώς πώλησης αγαθών, τα είδη να έχουν όλα πωληθεί στο πλαίσιο ενιαίας σύμβασης (2 διακριτές φορές). Περαιτέρω, όντως, η σύμπτωση τόσων ειδών, σε πλήθος, αλλά και ανά κατηγορία, στο πλαίσιο ενιαίας σύμβασης με έναν αντισυμβαλλόμενο, δεν απαντάται ευχερώς στην πράξη, παρά είθισται ιδίως στα πλαίσια του ειδικού καθεστώτος συμβάσεων ΤΕΒΑ, με συνέπεια, πέραν του ότι δεν προκύπτει εύλογη αιτία που να δικαιολογεί τη σύρρευση τόσων ειδών ανά κατηγορία και αριθμό ειδών σε μια ενιαία σύμβαση, να επέρχεται σημαντικός περιορισμός του ανταγωνισμού. Περαιτέρω, το γεγονός ότι έχουν δημοπρατηθεί και εκτελεσθεί, όπως προβάλλει η αναθέτουσα αρκετές συμβάσεις ΤΕΒΑ (ώστε να χρησιμοποιηθούν ως προηγούμενη εμπειρία για το νυν όρο), αλυσιτελώς προβάλλεται, διότι δεν δικαιολογεί τη δόμηση του ως άνω όρου με τρόπο τέτοιο, ώστε τόσα είδη να πρέπει να έχουν πωληθεί ομού σε μια ενιαία σύμβαση, χωρίς η αναθέτουσα να προβάλλει οιονδήποτε λόγο για τον οποίο, μια τέτοια σωρευμένη πώληση φέρει κάποια τυχόν ειδικά και διαφορετικά, από τη σύρρευση πωλήσεων δια διακριτών συμβάσεων, χαρακτηριστικά, ώστε να τίθεται ως αναγκαίος όρος φερεγγυότητας του υποψηφίου αναδόχου. Εξάλλου, όπως και από αναλυτικούς όρους της διακήρυξης προκύπτει, η κάθε κατηγορία των ως άνω ειδών έχει άλλες προϋποθέσεις και χαρακτηριστικά ορθής διαχείρισης και διακίνησης (νωπά τυροκομικά, νωπά κρέατα, νωπά οπωροκηπευτικά, είδη παντοπωλείου), με συνέπεια να μην γίνεται κατανοητός ο λόγος για τον οποίο η πώληση τους δια μίας σύμβασης να αποδεικνύει διαφορετική και άλλου είδους ικανότητα, από τη συγκρότηση συνολικών παραδόσεων επί συναφών ειδών δια περισσότερων συμβάσεων, εκάστη εκ των οποίων αφορά επιμέρους είδη. Επιπλέον, εν προκειμένω, όχι μόνο ζητείται η σύρρευση των ειδών ομού σε μια σύμβαση, αλλά ζητείται τούτο να συμβεί με 2 συμβάσεις, κατά τρόπο, ώστε δεν αρκεί η δια μίας έστω σύμβασης ενιαίας κάλυψη όλων των ως άνω ειδών με κάποια

συνολική αξία παραδόσεων, αλλά πρέπει επιπροσθέτως, να έχουν εκτελεσθεί 2 αυτοτελείς συμβάσεις εκάστη συγκεκριμένης ελάχιστης αξίας, με συνέπεια να προστίθεται πρόσθετος όρος αποκλεισμού ακόμη και προσφοράς, που όντως διαθέτει εκτελεσμένη ενιαία τέτοια σύμβαση. Ούτε η αναθέτουσα δικαιολογεί την παραπάνω επιμέρους απαίτηση για κάλυψη της ως άνω αξίας ανά σύμβαση και δια 2 διακριτών συμβάσεων, αντί της θέσπισης έστω μιας συνολικής αξίας που θα έπρεπε να συγκροτείται από τον προσφέροντα (είτε δια μίας είτε δια περισσότερων συμβάσεων). Τούτο, επιπλέον του ότι κατά τον όρο 2.2.6.B ούτως ή άλλως ζητείται η συγκρότηση προηγούμενων παραδόσεων στο 50% ίδιων/συναφών ειδών με ανά είδος ποσότητες ίσες με το 50% της νυν ανά είδος ποσότητας, με αποτέλεσμα να μην προκύπτει γιατί ειδικώς περί του όρου 2.2.6.A, όσον αφορά τις ανά σύμβαση αξίες τίθενται οι περιορισμοί περί ταυτόχρονης, σώρευσης σε ενιαία σύμβαση του αριθμού ειδών, αλλά και περί διακριτής ελάχιστης αξίας εκάστης σύμβασης και γιατί, όσον αφορά τις αξίες, αλλά όχι τις ποσότητες, τίθενται τόσοι περιορισμοί, με συνέπεια και εκ τούτου να αναιρείται η σκοπιμότητα των παραπάνω σωρευτικών περιορισμών επί του όρου 2.2.6.1.A (κατά τις υπό Α1 και Α2 προσβαλλόμενες απαιτήσεις, τουλάχιστον). Επιπλέον πάντως, να μην είναι εύλογο η φερεγγυότητα του αναδόχου να προσδιορίζεται και από τις εντός πρόσφατου διαστήματος παραδόσεις του. Πλην όμως δεν δικαιολογείται από την αναθέτουσα ούτε προκύπτει ως εύλογο εν προκειμένω, η φερεγγυότητα αυτή υπό μορφή εμπειρίας, ιδίως ενόψει της φύσης του αντικείμενου που η εμπειρία αυτή αφορά, ήτοι πώλησης κοινών καταναλωτικών αγαθών, όπως τροφίμων και ΒΥΣ (και επομένως, δεν υφίσταται παράμετρος που από μόνη της καθιστά εύλογο ένα ανά παράδοση ελάχιστο όριο, προκειμένου να ληφθεί υπόψη, όπως επί παραδείγματι σε κάποιο αντικείμενο εξειδικευμένης φύσης ή σχετικό με εξυπηρέτηση συγκεκριμένων οργανωσιακών αναγκών, το μέγεθος και η έκταση των οποίων μεταβάλλει και την ίδια τη φύση του έργου του αναδόχου, με αποτέλεσμα να μην αρκεί η συνάθροιση άνευ ελαχίστου ορίου ανά επιμέρους παραδότηση), να συναρτάται όχι με έναν αθροιστικό όγκο παραδόσεων ομοειδών αγαθών σε όρους αξίας (διότι στον πρόσθετο όρο 2.2.6.1.B, για τις ποσότητες,

η ζητούμενη εμπειρία ορίζεται αθροιστικά δια συνόλου παραδόσεων, χωρίς ελάχιστο όριο, κάτω από το οποίο μια επιμέρους παράδοση δεν λαμβάνεται υπόψη), αλλά με την επίτευξη ελάχιστων επιμέρους αξιών στο πλαίσιο διακριτών συμβάσεων, εκάστη εκ των οποίων πρέπει να συναθροίζει μια σειρά επιμέρους ειδών ενιαία. Σημειωτέον, ότι για την ενιαία δημοπρατούμενη στη νυν διαδικασία, υπηρεσία της διανομής, βλ. επόμενη σκέψη, τέθηκαν ούτως ή άλλως επιπλέον και διακριτές απαιτήσεις προηγούμενης εμπειρίας, ενώ αυτές του όρου 2.2.6.1.A, ως και του όρου 2.2.6.1.B, αφορούν αποκλειστικά το μέρος της υπό ανάθεση σύμβασης, που αναφέρεται σε πώληση αγαθών. Ομοίως σημειωτέον και ότι ακριβώς δεδομένου ότι τα αγαθά εν προκειμένω είναι και ετερόκλητα και χρήζουν διαφορετικής μεταχείρισης ανά κατηγορία, εν τέλει με τον ως άνω όρο 2.2.6.1.A1, δεν διαγνώσκεται ούτε κάποια τυχόν ικανότητα του οικονομικού φορέα να εξυπηρετήσει τις τυχόν ειδικές ανάγκες παράδοσης και διακίνησης ενός όγκου συγκεκριμένου τύπου αγαθών, με συγκεκριμένες απαιτήσεις (όπως επί παραδείγματι, κάποιας αντίστοιχης με τη νυν, ποσότητας για νωπά κρέατα ή νωπά σπρωροκηπευτικά) ούτε κάποια φερεγγυότητα του οικονομικού φορέα να εξυπηρετεί μείζονος και σχετικής με τη νυν υπό ανάθεση σύμβαση, αξίας συμβατικά αντικείμενα (αφού αν ούτως είχε, θα λαμβάνονταν υπόψη αξίες αθροιστικών παραδόσεων ή αξίες επιμέρους συμβάσεων προμήθειας που αφορούν τρόφιμα ή είδη ΒΥΣ, χωρίς όμως και ταυτόχρονη απαίτηση ιδίων/συναφών ειδών με τα συγκεκριμένα νυν δημοπρατούμενα, τα οποία θα πρέπει όλα συνδυαστικά να σωρεύονται εντός της καθεμίας σύμβασης, ενώ ούτως ή άλλως η ικανότητα του οικονομικού φορέα να εκτελεί αντιστοίχου ποσότητας με τις νυν ζητούμενες, παραδόσεις αγαθών αντιστοίχου είδους, ούτως ή άλλως καλύπτεται από τον όρο 2.2.6.1.B, με συνέπεια εν τέλει να μην προκύπτει εύλογη και θεμιτή σκοπιμότητα απαίτησης δια του όρου 2.2.6.1.A1-A2, περισσότερων διακριτών συμβάσεων εκάστη συγκεκριμένης ελάχιστης αξίας και ελαχίστων συναφών με τα νυν υπό προμήθεια, ειδών. Αντιθέτως, ως έχει ο όρος 2.2.6.1.A1-A2 και δη, ενώ ήδη υφίστανται οι λοιπές σωρευτικές απαιτήσεις προηγούμενης εμπειρίας στους όρους 2.2.6.1.B-Γ, δεν προκύπτει πως δικαιολογείται ούτε ότι επιτελεί κατά κατάλληλο τρόπο κάποιον

εύλογο σχετικά με την απαιτούμενη εμπειρία αναδόχου, σκοπό, πέραν του ιδιαίτερα περιοριστικού του χαρακτήρα ούτε εξηγείται οτιδήποτε συναφές από την αναθέτουσα. Ακόμη, αλυσιτελώς, ο παρεμβαίνων προβάλλει την ύπαρξη αλυσίδων υπεραγορών (super markets) ή ιδιωτικών επιχειρήσεων που εμπορεύονται χονδρική ή μεταφέρουν αντίστοιχα είδη, στο πλαίσιο αιτίασης του περί πολυάριθμων οικονομικών φορέων που θα δύναντο να πληρούν τους προσβαλλόμενους όρους και δη, τον υπό 2.2.6.1.Α, αφού το γεγονός πως ένα supermarket ή ένας χονδρέμπορος εμπορεύεται πλήθος και μεγάλες ποσότητες και αξίες αγαθών δεν συνεπάγεται ότι πωλεί τέτοιο πλήθος, συνδυασμό και ποσότητες αγαθών σε έναν ειδικώς πελάτη και μάλιστα, σε μια σύμβαση. Αντίθετα, όντως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ο συνδυασμός τόσων παραμέτρων ομού, διαφορετικών κατηγοριών ειδών, αξιών και ποσοτήτων, στο πλαίσιο μίας μόνο (και όχι τυχόν περισσοτέρων συναθροιζομένων συμβάσεων) σύμβασης είναι όλως σπάνιος και δυσχερής και δεν συνάδει με τα συνήθως ισχύοντα και προκύπτοντα κατά τις ανάγκες της αγοράς, αλλά τείνουν να ανακύπτουν στο πλαίσιο συμβάσεων αντιστοίχου με τον προκείμενο, χαρακτήρα. Άλλωστε, ασχέτως των ανωτέρω, οι οικείες αιτιάσεις προβάλλονται αλυσιτελώς και διότι, ακόμη και αν περισσότεροι οικονομικοί φορείς, όπως ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται, είτε μέσω συμβάσεων ΤΕΒΑ είτε με ιδιωτικές συμβάσεις, δύναντο να πληρούν τον ως άνω όρο (και ασχέτως ότι, ομοίως αλυσιτελώς, ο παρεμβαίνων προβάλλει οικονομικούς φορείς που έχουν αναλάβει συμβάσεις ΤΕΒΑ και την αξία αυτών, χωρίς όμως τούτο να σημαίνει αναγκαία και να αποδεικνύει ο παρεμβαίνων, ότι περιείχαν τους αυτούς συνδυασμούς και ελάχιστες αξίες με αυτούς της νυν απαίτησης) και ασχέτως, αν ο όρος είναι φωτογραφικός ή περιορίζει τον ανταγωνισμό σε ελάχιστους δυνητικούς αναδόχους, πάντως, ενόψει όσων προαναφέρθηκαν είναι ούτως ή άλλως αδικαιολόγητα περιοριστικός και ασύνδετος με οιαδήποτε ευλόγως εξυπηρετούμενη, δια του ακριβούς περιεχομένου και των σωρευτικών δι' αυτού απαιτήσεων, ανάγκη, ως και δυσανάλογος. Εξάλλου, ακόμη και αν όρος όντως μπορεί να καλυφθεί από έναν οικονομικό φορέα, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος εφόσον δικαιολογείται, ενώ αντίστροφα, ακόμη και αν

μπορεί να καλυφθεί από ευρύ αριθμό οικονομικών φορέων, δεν αναιρείται η παρανομία του, εφόσον δεν δικαιολογείται αντικειμενικά από εύλογες προς εξυπηρέτηση ανάγκες του συμβατικού αντικειμένου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017). Επομένως, οι ως άνω προσβαλλόμενοι όροι 2.2.6.1.A1 και 2.2.6.1.A2 πάσχουν αυτοτελώς, διότι αφενός ζητούν αναγκαία ενιαία σώρευση του ως άνω αριθμού και κατηγοριών ειδών σε ενιαία σύμβαση, αφετέρου ζητούν διακριτές ανά εκάστη εκ 2 συμβάσεων αξίες και όχι κάποια έστω, συνολική αξία συγκροτούμενη δια παραδόσεων των ίδων ή συναφών ειδών ή συγκεκριμένου ελάχιστου αριθμού ίδων ή συναφών με τη νυν διακήρυξη ειδών, περιορίζοντας δυσανάλογα και ιδίως, αδικαιολόγητα, τον ανταγωνισμό και είναι ούτως ακυρωτέοι. Τούτο πέραν των ισχυρισμών της προσφεύγουσας ότι δια του ΚΗΜΔΗΣ προκύπτει, ότι μόνο 2 οικονομικοί φορείς πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, αφού το γεγονός αν ένας όρος είναι ή όχι καταχρηστικός και δυσανάλογα περιοριστικός, δεν κρίνεται επαρκώς και αναγκαία από τον αριθμό όσων τυγχάνουν να τον πληρούν, αλλά από την έλλειψη αντικειμενικής του δικαιολόγησης, σε σχέση με κάποιον εξ αυτού ευλόγως και θεμιτό επιδιωκόμενο σκοπό, ενώ ούτε η θεωρητική δυνατότητα στήριξης σε τρίτο προς πλήρωση τέτοιου όρου, αναιρεί από μόνη της το εκ του αδικαιολογήτου αυτού, ακυρωτέο χαρακτήρα του.

4. Επειδή περαιτέρω, ο όρος 2.2.6.1.Γ ορίζει ότι απαιτούνται ως επιπλέον κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και τα εξής «Γ. Δύο τουλάχιστον συμβάσεις προμήθειας και διανομής τροφίμων σε πακέτο (όπου ως «πακέτο» ορίζεται το σύνολο περισσότερων του ενός προϊόντος, σε οποιαδήποτε μορφή συσκευασίας, που έχει διανεμηθεί σύμφωνα με τον προγραμματισμό για την κατανομή των ειδών της Αναθέτουσας Αρχής) σε τουλάχιστον δύο χιλιάδες (2.000) συνολικά φυσικά πρόσωπα, ωφελούμενους, με υπόδειξη κάποιου φορέα, οι οποίοι θα πρέπει να περιέχουν (α) δύο τουλάχιστον νωπά(π.χ τυροκομικά, κρέατα, σπρωρολαχανικά) είδη, και (β) συσκευασμένα τρόφιμα γενικά. Ειδικότερα, ως διανομή, λογίζεται η οργάνωση των διαφορετικών ειδών σε πακέτα προς τους ωφελούμενους και η υποστήριξη

της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους ή η απευθείας διανομή σε πακέτα στους ωφελούμενους όπως αναφέρθηκε προηγουμένως.». Άρα, ζητήθηκε προηγούμενη εμπειρία δια 2 συμβάσεων που ενιαία εκάστη αφορά και προμήθεια και διανομή τροφίμων σε πακέτο (σε 2000 τουλάχιστον ωφελούμενους), που θα πρέπει να αφορούν (και η προμήθεια και η διανομή) συγκεκριμένες κατηγορίες ειδών. Ως διανομή άλλωστε, διευκρινίζεται ότι λαμβάνεται υπόψη η οργάνωση ειδών σε πακέτα, ήτοι η πακετοποίηση και η αυτή καθαυτή επιτόπια διανομή. Εν προκειμένω δε, το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης αφορά όντως τόσο προμήθεια, όσο και διανομή των υπό προμήθεια ειδών. Επιπλέον, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι διαθέτει μεν τέτοια σύμβαση, ήτοι ενιαίας προμήθειας και διανομής, που υπερκαλύπτει τον αριθμό ωφελουμένων ανωτέρω, πλην όμως αυτή είναι 1, ενώ διαθέτει και διακριτές συμβάσεις διανομής και άρα, αποκλείεται και παραδεκτώς προσβάλλει τον ως άνω όρο, καθ' ο μέρος δεν αρκείται αφενός σε ένα συνολικό αντικείμενο ενιαίας προμήθειας-διανομής (με αθροιστικό αριθμό ωφελουμένων), αλλά θέτει επιπλέον απαίτηση 2 διακριτών συμβάσεων, εκάστη με επιμέρους αριθμό ωφελουμένων (και επομένως, διαγωνιζόμενος που δια μίας σύμβασης υπερπληροί τον αριθμό ωφελουμένων αποκλείεται, όπως αποκλείεται και διαγωνιζόμενος που δια περισσοτέρων συμβάσεων πληροί τον αριθμό συνολικών ωφελουμένων $2 \times 2.000 = 4.000$), αφετέρου, καθ' ο μέρος απαιτεί η προηγούμενη εμπειρία να συνίσταται όχι σε διανομή (εξάλλου, για την προμήθεια, τέθηκαν κατά τα ανωτέρω απαιτήσεις προηγούμενης εμπειρίας), αλλά σε συμβάσεις που ομού περιλαμβάνουν προμήθεια και διανομή. Ο δε όρος 1.3 της διακήρυξης εξηγεί αναλυτικά τον λόγο για τον οποίο σειρά παραγόντων καθιστούν αναγκαία την ενοποιημένη ανάθεση προμήθειας και διανομής, όπως και οι Απόψεις της αναθέτουσας επαναλαμβάνουν τα συναφή. Αυτά όμως αφορούν το γιατί δεν τμηματοποιείται η νυν σύμβαση. Δεν εξηγούν ούτε καθιστούν εύλογο τον λόγο για τον οποίο η προηγούμενη εμπειρία θα πρέπει να προκύπτει από συμβάσεις ενιαίας προμήθειας και διανομής και όχι από διακριτές συμβάσεις προμήθειας και διακριτές συμβάσεις διανομής. Είναι άλλο δε το θέμα της μη τμηματοποίησης εν προκειμένω προμήθειας και

διανομής και άλλο το θέμα του ότι απαιτείται η προηγούμενη εμπειρία να προέρχεται αποκλειστικά από προηγούμενες συμβάσεις με ενιαία ανάθεση σε έναν ανάδοχο προμήθειας και διανομής. Ούτε το γεγονός ότι η νυν σύμβαση δεν τμηματοποιείται συνεπάγεται και δη, άνευ ετέρου, αναλογικότητα και δικαιολογήση της, περί προηγούμενης εμπειρίας, απαίτησης, η εμπειρία να προέρχεται από τέτοιες ενιαίες συμβάσεις, ακριβώς διότι δεν προκύπτει προς τι το αντικείμενο της νυν ζητούμενης εμπειρίας αλλάζει όσον αφορά τη διανομή, από το αν η προηγούμενη διανομή συνέπεσε με προμήθεια ή όχι. Τούτο, ενώ ούτε εκ των Απόψεων της αναθέτουσας προκύπτει κάποια αιτία για την οποία το ειδικό γεγονός ότι η διανομή εκτελείται από τον προμηθευτή και όχι από διανομέα που διανέμει είδη που έχουν τύχει προμήθειας από άλλον προμηθευτή, διαφοροποιεί ποιοτικά την εμπειρία στην αυτή καθαυτή διανομή ούτε προκύπτει αντίστροφα, κάποια διαφορετικού είδους εμπειρία στην προμήθεια, αν αυτή στο πλαίσιο ίδιας σύμβασης σωρευθεί με διανομή ή άλλου τύπου εμπειρία στη διανομή, αν αυτή εντός της ίδιας σύμβασης σωρευθεί με προμήθεια ούτε προκύπτει κάποια εν γένει διαπλαστικού χαρακτήρα επίδραση της εντός ενιαίας σύμβασης σώρευσης των δύο εργασιών (προμήθειας και διανομής), επί της τεχνογνωσίας του αναδόχου να εκτελεί διανομές. Εξάλλου, ήδη η αναθέτουσα έθεσε ελάχιστο όριο ωφελουμένων, δηλαδή παραληπτών της διανομής, σε συνάφεια με τις νυν απαιτήσεις της, όπως και σώρευσε την πακετοποίηση, με τις όποιες ειδικές ικανότητες αυτή περιλαμβάνει, στη ζητούμενη εμπειρία. Ακόμη δε και αν υποθεθεί ότι η απαίτηση περισσοτέρων και δη, 2 συμβάσεων, παροχής υπηρεσίας διανομής σε ελάχιστο ανά περίπτωση αριθμό ωφελουμένων, εξασφαλίζει δια της επανάληψης, μεγαλύτερες διασφαλίσεις φερεγγυότητας και ικανότητας στη διανομή, λόγω τυχόν της φύσης της υπηρεσίας της πακετοποίησης ή της επιτόπιας διανομής απευθείας σε ωφελούμενους πολίτες, πάντως, δεν προκύπτει ο λόγος για τον οποίο η διανομή θα πρέπει να είναι σωρευμένη με προμήθεια. Και τούτο, επιπλέον του ότι για την προμήθεια, ούτως ή άλλως τίθενται διακριτές κατά τα ανωτέρω απαιτήσεις, προηγούμενης εμπειρίας, σωρευτικά μετά των ανωτέρω. Αλυσιτελώς δε, ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι όρος ως ο ανωτέρω υπήρχε και

σε προηγούμενες διακηρύξεις, αφού τούτο δεν αναιρεί την προκείμενη καταχρηστικότητα του όρου, η οποία ελέγχεται στο πλαίσιο και με έρεισμα τη νυν προσφυγή εντός της νυν, αυτοτελούς διαγωνιστικής διαδικασίας. Συνεπώς, ο όρος 2.2.6.1.Γ είναι ακυρωτέος, καθ' ο μέρος απαιτεί η προηγούμενη εμπειρία να προκύπτει ειδικώς και αποκλειστικά εκ συμβάσεων που σωρεύουν ενιαία προμήθεια και διανομή, καθώς η απαίτηση αυτή προκύπτει ως αδικαιολόγητη και ασύνδετη με κάποιον ευλόγως επιδιωκόμενο και θεμιτό σκοπό, περαιτέρω δε, ούτως, καταλήγει δυσανάλογα περιοριστική του ανταγωνισμού και άρα, μη νόμιμη. Επιπλέον των ανωτέρω εντός της νυν και της προηγούμενης σκέψης και όσον αφορά το σύνολο των ισχυρισμών της προσφυγής και των προσβαλλόμενων όρων, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της ούτως ή άλλως απαράδεκτης παρέμβασης, ουδόλως η προσφεύγουσα προσβάλλει ζήτημα τεχνικής κρίσης και σκοπιμότητας όρου διακήρυξης (πράγμα που τυχόν θα συνέβαινε, αν επί παραδείγματι είχε προβάλλει ότι η αναθέτουσα έπρεπε να μεταβάλει το υπό ανάθεση φυσικό αντικείμενο ή να αλλάξει τον τρόπο οργάνωσης και επιλογής των υπό εξυπηρέτηση αναγκών, τη σύνθεση των τροφίμων ή ειδών ΒΥΣ ή τον αριθμό των ωφελούμενων ή παρέλειψε να θεσπίσει καλύτερες και αυστηρότερες προδιαγραφές), αλλά προσβάλλει αποκλειστικά όρους περί προηγούμενης εμπειρίας, που την αποκλείουν, λόγω της σύνθεσης των εντός αυτών σωρευτικών και επιμέρους απαιτήσεων. Περαιτέρω, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα και ασχέτως απαραδέκτου της παρέμβασης, η προσφεύγουσα δεν προβάλλει επί ουδενός εκ των δια της διακήρυξης προσβαλλόμενων όρων, ότι τυπικώς δεν γίνονται δεκτές παρά μόνο δημόσιες συμβάσεις και δη, ΤΕΒΑ, αλλά ότι πρακτικά, λόγω του περιεχομένου του όρου και δη, των ως άνω σωρευτικών απαιτήσεων, επί της ουσίας δύνανται να καλυφθούν οι ως άνω απαιτήσεις μόνο δια προηγούμενης σύμβασης ΤΕΒΑ. Πάντως, παρότι όντως ουδόλως αποκλείεται η χρήση προηγούμενων ιδιωτικών συμβάσεων για την πλήρωση των ως άνω απαιτήσεων, τούτο ουδόλως αναιρεί τον όλως περιοριστικό χαρακτήρα των απαιτήσεων αυτών, ως και την ιδιαίτερη και πρόδηλη δυσχέρεια να επιτευχθούν δια συνήθων ιδιωτικών συμβάσεων ούτε ο μη αποκλεισμός ιδιωτικών

συμβάσεων αναιρεί τον όλως περιοριστικό, ένεκα όσων προαναφέρθηκαν, χαρακτήρα των ως άνω προσβαλλόμενων όρων. Εξάλλου, αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων προβάλλει δυσχέρεια συντονισμού πολλαπλών διαφορετικών αναδόχων στο πλαίσιο της προμήθειας και διανομής ειδών τροφίμων και ΒΥΣ και το εύλογο της ομαδοποίησης προμήθειας και διανομής ως ενιαίο τμήμα σε κοινό ανάδοχο, αφού, όπως αναφέρθηκε, εν προκειμένω δεν προσβάλλεται η μη τμηματοποίηση στο πλαίσιο της ανάθεσης της νυν σύμβασης, αλλά η υπό τον όρο 2.2.6.1.Γ, απαίτηση προηγούμενης εμπειρίας σε συμβάσεις που ενιαία περιείχαν προμήθεια και διανομή. Τα ανωτέρω, πέραν του ότι αυτά προβάλλονται εκ συμφέροντος τρίτου, ήτοι της αναθέτουσας και δεν συνιστά αρμοδιότητα του επιδιώκοντος να αναλάβει τη σύμβαση οικονομικού φορέα, να δικαιολογεί τους όρους της διακήρυξης. Ομοίως αλυσιτελώς δια του ούτως ή άλλως απαραδέκτου υπομνήματος του ο παρεμβαίνων προβάλλει την αποδοχή της προσφεύγουσας σε διαδικασία ανάθεσης δημοσίας σύμβασης, που περιλαμβάνει όρο με το εξής περιεχόμενο 2.6.1) Δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεις προμηθειών πλήρως ολοκληρωμένες, αξίας τουλάχιστον του 20% προϋπολογισμού της παρούσας (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.), οι οποίες να περιλαμβάνουν: • η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια ιδίων ή συναφών ειδών τουλάχιστον κατά 50% αυτών που αναφέρονται στην παρούσα και • η κάθε μία εξ αυτών την προμήθεια δύο ειδών νωπών κρεάτων, δύο ειδών νωπών τυροκομικών, δύο ειδών οπωροπωλείου και • η μία τουλάχιστον εξ αυτών να περιλαμβάνει δύο είδη βασικής υλικής συνδρομής (ΕΒΥΣ). Η συνάφεια των ειδών αποδεικνύεται για τα τρόφιμα βάσει των διατάξεων του ισχύοντος Κώδικα Τροφίμων και Ποτών και για τα ΕΒΥΣ βάσει του ΚΑΔ της κάθε δραστηριότητας 2.2.6.2) Σύμβαση ή συμβάσεις, ολοκληρωμένες με αντισυμβαλλόμενο δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα, οι οποίες θα πρέπει να περιέχουν το 50% ίδιων ή συναφών ειδών της παρούσας και το άθροισμα των ποσοτήτων των ίδιων ή συναφών αυτών ειδών να είναι ίσο ή μεγαλύτερο του 50% της ζητούμενης από τη διακήρυξη συνολικής ποσότητας του εν λόγω είδους, συνοδευόμενη/ες με βεβαίωση/εις διανομής σε τουλάχιστον 3.000 ωφελούμενους συνολικά. Ειδικότερα, ως διανομή, λογίζεται η οργάνωση των

διαφορετικών ειδών σε πακέτα προς τους ωφελούμενους και η υποστήριξη της αναθέτουσας αρχής στην επί τόπου διανομή τους ή η απευθείας διανομή σε πακέτα στους ωφελούμενους.».

Και τούτο, διότι όπως εκ της υποβληθείσας με το υπόμνημα αυτό 398/2022 Πράξης 12^{ης} Συνεδρίασης Οικονομικής Επιτροπής Δήμου ... επί της από 5-1-2022 με Μον. ΑΔΑΜ ... δημοσιευθείσας διακήρυξης επί της οποίας υπεβλήθη η από 4-2-2022 προσφορά της νυν προσφεύγουσας, προκύπτει ρητά, ο ως άνω όρος καλύφθηκε δια δάνειας εμπειρίας της νυν ένωσης από τρίτο οικονομικό φορέα, που δεν συνιστά νυν μέλος αυτής και άρα, τούτο επιρρωνύει ότι η προσφεύγουσα δεν πληροί η ίδια τον όρο και πάντως, δεν ανταποδεικνύει τούτο, ενώ ουδόλως προκύπτει ότι η νυν ένωση διαθέτει ή δύναται να διαθέτει εκ νέου και σε κάθε επόμενη και πάντως στη νυν διαδικασία τη στήριξη του ίδιου τρίτου και ότι δεν συνεργάστηκαν ευκαιριακά. Ακόμη, πέραν του γεγονότος ότι πάντως στην ως άνω διακήρυξη του Δήμου ... δεν υφίστατο σωρευτικά και όρος ως ο νυν 2.2.6.1.Γ περί συμβάσεως προμήθειας-διανομής (ο ως άνω όρος 2.2.6.2 της διακήρυξης του Δήμου ... αναφέρεται αποκλειστικά σε διανομή), ούτως ή άλλως, η κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων συνιστά μεν ένα μέσο διευκόλυνσης συμμετοχής και τόνωσης του ανταγωνισμού, αλλά δεν θεραπεύει την παρανομία αδικαιολόγητων όρων. Ούτε η θεωρητική δυνατότητα χρήσης της δια θεωρητικών ή συγκεκριμένων τρίτων, πολλώ δε μάλλον όταν ουδόλως προκύπτει μόνιμη συνεργασία ή δέσμευση των τρίτων με το νυν ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή, ουδόλως αναιρεί το έννομο συμφέρον προσβολής του οικείου όρου που αποκλείει, πάντως, τον ίδιο τον ενδιαφερόμενο. Τούτο, διότι πέραν του ότι μόνη της η υποχρέωση στήριξης σε τρίτο προς πλήρωση όρου συνιστά έναν περιορισμό και μια δυσχέρεια της συμμετοχής, περαιτέρω ελεγχόμενη (αφού η καταρχήν βλάβη εκ του προσβαλλόμενου όρου δεν καθιστά τον όρο παράνομο, αλλά συνιστά προαπαιτούμενο για την περαιτέρω εξέταση της παρανομίας του) ως προς τη νομιμότητα και αναλογικότητά της σε σχέση με τον επιδιωκόμενο δι' αυτής και δια της συμβάσεως, σκοπό, σε κάθε περίπτωση, η δυνατότητα σε τέτοια στήριξη συνυπάρχει νομοθετικά με τις εκ των άρ. 18 παρ. 1 («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.») και 75 παρ. 1 και 4 Ν. 4412/2016 («1... 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... 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. ...») υποχρεώσεις των αναθετουσών αρχών, όπως διατηρούν τους περιορισμούς του ανταγωνισμού εκ των απαιτήσεων συμμετοχής στο αναγκαίο και αναλογικό

μέτρο και όριο για την εκπλήρωση των θεμιτών, δια της συμβάσεως επιδιωκόμενων, σκοπών και προς διασφάλιση επιλογής αξιόπιστου σε σχέση με τη σύμβαση και τις ανάγκες της, αναδόχου και όπως, απέχουν από τη θέσπιση όρων που καταλήγουν σε τεχνητούς, ήτοι αδικαιολόγητους ως προς κάθε δια της συμβάσεως ευλόγως επιδιωκόμενο σκοπό και ανάγκη διασφάλισης, περιορισμούς του ανταγωνισμού. Άρα, σε συνδυασμό και με τις προηγούμενες σκέψεις, το σύνολο των ισχυρισμών της παρέμβασης και του υπομνήματος του παρεμβαίνοντος, πέραν του απαραδέκτου αυτών είναι και κατ' ουσία απορριπτέοι.

5. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι 2.2.6.1.A1, 2.2.6.1.A2 και 2.2.6.1.Γ της νυν διακήρυξης, κατά τα καθ' έκαστον αναφερόμενα στις ανωτέρω σκ. 3 και 4.

6. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τους όρους 2.2.6.1.A1, 2.2.6.1.A2 και 2.2.6.1.Γ της με αρ. πρωτ. ... διακήρυξης της αναθέτουσας, κατά τα καθ' έκαστον όρο αναφερόμενα στις σκ. 3 και 4 της νυν διακήρυξης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15-4-2022 και εκδόθηκε στις 28-4-2021

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ