

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.05.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 643/28.05.2020 της Εταιρείας Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «... ...» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά Δήμου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος ... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης ... και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 13.05.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΣΤΕΓΑΣΗΣ (4), ΧΩΡΩΝ ΥΓΙΕΙΝΗΣ ΚΑΙ ΒΑΣΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ

ΚΑΛΥΨΗ ΕΠΕΙΓΟΥΣΩΝ ΑΝΑΓΚΩΝ ΤΗΣ ΔΙΧΡΟΝΗΣ ΠΡΟΣΧΟΛΙΚΗΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ (ΝΗΠΙΑΓΩΓΕΙΩΝ) ΣΤΙΣ ...» (CPV ...), συνολικού προϋπολογισμού διακοσίων δεκατριών χιλιάδων διακοσίων ογδόντα ευρώ (213.280,00 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, ήτοι προϋπολογισμού χωρίς Φ.Π.Α. εκατόν εβδομήντα δύο χιλιάδων ευρώ (172.000,00 €), διάρκειας τριών (3) μηνών ή ενενήντα (90) ημερών από την υπογραφή της, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 1^η Ιουνίου 2020 και ώρα 13:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 5^η Ιουνίου 2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 13:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 27.05.2020, στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι ο τιθέμενος όρος 2.2.6 για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα είναι ακυρωτέος, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή και να ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί ο προσβαλλόμενος με αύξοντα αριθμό 2.2.6 όρος της Διακήρυξης για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων που δικαιούνται να λάβουν μέρος στην υπόψη προμήθεια.

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 26.05.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς, ποσού επτακοσίων είκοσι ευρώ (720,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 28.05.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7ου Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 793/28.05.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 28.05.2020 και υπέβαλε στις 29.05.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 26.06.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού, το από 25.06.2020 Υπόμνημά της.

13.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής 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 εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη 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 ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο 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 ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561 /2013, ΣτΕ(Ασφ) 314/2013, ΣτΕ (Ασφ) 472/2012, ΣτΕ (Ασφ) 718/2012, ΣτΕ (Ασφ) 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

14. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης.

Νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

15. Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 54 «Τεχνικές Προδιαγραφές» (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) και το άρθρο 75 «Κριτήριας επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, περαιτέρω, στο Κεφάλαιο 2 της Διακήρυξης με τίτλο «ΓΕΝΙΚΟΙ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ», άρθρο 2.2. με τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής-Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής», παρ. 2.2.6 (σελ. 17), ορίζεται ότι: *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:*

A) κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 3 συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, προϋπολογισμού ίσου με τον προϋπολογισμό του κάθε προκηρυσσόμενου είδους έκαστη.

B) να διαθέτουν εμπειρία στις εργασίες τοποθέτησης – εγκατάστασης και απαιτούμενη τεχνογνωσία στις εγκαταστάσεις όπου να αποδεικνύεται μέσα από τις συμβάσεις που εκτελέστηκαν/παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία.

Γ) να διαθέτει η ανάδοχος εταιρία διαδικασίες σύστημα ποιότητας (ISO 9001) που θα διατηρεί και να είναι πιστοποιημένη.

Δ) να προσκομίσουν Υ.Δ. ΤΟΥ ν.1599/1986 που να δηλώνεται ότι ο συνολικός χρόνος της παράδοσης της προμήθειας- τοποθέτησης ορίζεται σε 2 μήνες από την υπογραφή της σύμβασης μεταξύ προμηθευτή και Δήμου.

Ε) να προσκομίσουν βεβαίωση εγγραφής στο οικείο Επιμελητήριο με αντικείμενο συναφή με αυτή του δημοπρατούμενου είδους (για την ομάδα ή τις ομάδες που συμμετέχουν).».

17.Επειδή, παγίως έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΣτΕ 189/2015, ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Περαιτέρω, η θέσπιση όρων τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων, ενόψει των περιορισμών που συνεπάγονται, πρέπει να δικαιολογείται από τη φύση, την ποσότητα, το μέγεθος, τη σπουδαιότητα, την πολυπλοκότητα και τις εξειδικευμένες απαιτήσεις τής προς ανάθεση σύμβασης, ώστε να μην παραβιάζεται ομοίως η γενική αρχή της αναλογικότητας που ορίζει κατά το

ενωσιακό δίκαιο, ότι οι όροι αυτού δεν πρέπει να βαίνουν πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου στόχου (βλ. ΕΛΣυν 2590/2016, ΔΕΕ C-213/07, Μηχανική Α.Ε. σκ. 44-48 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, C-234/03 CONTSE και τη 2η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ). Ως εκ τούτου, τα κριτήρια και τα μέσα απόδειξης της ελάχιστης απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων που επιλέγονται από τις αναθέτουσες αρχές πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να μην άγουν σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, ώστε να διασφαλίζεται η ανάπτυξη ανταγωνισμού και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕΛΣυν Τμ. Μείζονος – Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011, 3065/2014, VI Τμ. 2484/2012, 558/2014, 3392/2015, 1759, 3329/2015).

18. Επειδή, ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. απόφαση ΕΛΣυν, Τμήμα VI 2402/2010), καθώς επίσης, και συμφώνως με την αρχή της διαφάνειας, να μην περιλαμβάνουν ορολογία, η οποία θα μπορούσε να οδηγήσει σε απροσδιοριστία, ούτε στοιχεία που μειώνουν τον ανταγωνισμό ή δημιουργούν διακρίσεις (ΑΕΠΠ 206/2017). Εξάλλου είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ.

και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 Concordia, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 eVigilo, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2015:166, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6ης Νοεμβρίου 2014, C-42/13 Cartiera dell' Adda, Ηλεκτρ. Συλλογή EU:C:2014:2345, σκέψη 44, απόφαση της 10ης Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).

19. Επειδή, επιπλέον, όπως συνάγεται από τη ρητή διατύπωση των άρθρων 18, 24, 42 και 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, (ενδεικτικά) τις σκέψεις 37, 45 και 90 της ίδιας Οδηγίας, αλλά και τα αντίστοιχα άρθρα 18, 24, 54 και 71 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές κατά τη διεξαγωγή των διαγωνιστικών διαδικασιών ενώπιόν τους, οφείλουν να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό.

20. Επειδή ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό τη μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 303/2007, 307/2007), ενώ ομοίως έχει παγίως κριθεί, ότι απαράδεκτως προβάλλονται ισχυρισμοί ως προς την σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 ΕΑ ΣτΕ 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

21. Επειδή, όπως προέκυψε από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, η προσφεύγουσα, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου εξερχομένου εγγράφου της ίδιας 5597/22.05.2020, το οποίο αναρτήθηκε στη «επικοινωνία του διαγωνισμού» αυθημερόν, υπέβαλε αίτημα για παροχή διευκρινίσεων επί του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης, το ακριβές περιεχόμενο του οποίου είχε ως εξής: «Αξιότιμοι κύριοι,

Παρακαλούμε όπως μας διευκρινίσετε τα εξής:

Στη σελ. 17 της διακήρυξης, άρθρο 2.2.6. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, παρ. α) «κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 3 συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, προϋπολογισμού ίσου με τον προϋπολογισμό του κάθε προκηρυσσόμενου είδους κάθε εκάστη». Με τον όρο συγκεκριμένου τύπου αναφέρεστε ειδικά στον τύπο της σχολικής αίθουσας ή γενικότερα σε προκάτ οικίσκους/κτίρια;

Αναμένουμε απάντησή σας.

Ευχαριστούμε εκ των προτέρων,

Με εκτίμηση,

Για την ... ΑΒΕΕ». Σε απάντηση του ανωτέρω υποβληθέντος ερωτήματος, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 6598/25.05.2020 απαντητικού εγγράφου της, με θέμα: «Απάντηση σε υπόμνημα σχετικά με την υπ' αρ. 5968/13-5-2020 διακήρυξης διαγωνισμού ,με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ..., στο Δήμο ...» και το οποίο αναρτήθηκε στην «επικοινωνία» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 25.05.2020, απάντησε τα εξής: «Σε συνέχεια της υπ'αρ.5597/22-5-2020 αίτησής σας για παροχή διευκρινήσεων , σας γνωρίζουμε ότι με τον όρο συγκεκριμένου τύπου αίθουσες αναφερόμαστε σε προκάτ αίθουσες , οι οποίες πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές όπως αυτές παρουσιάζονται στην υπ'αρ.63/2018 μελέτη των υπηρεσιών του Δήμου.». Κατόπιν τούτων, η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα την 01.06.2020 και ώρα 10:19:21 π.μ. την υπ' αριθμ. ... προσφορά της στον διαγωνισμό, ωστόσο, δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου εξερχομένου εγγράφου της ίδιας 5598/01.06.2020, το οποίο αναρτήθηκε στη «επικοινωνία του διαγωνισμού» αυθημερόν και είχε το ακόλουθο περιεχόμενο: «Αξιότιμοι κύριοι,

Παρακαλούμε όπως αποσύρετε την προσφορά μας, η οποία αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ μόνο στα πλαίσια για να λάβουμε γνώση των αρχείων του διαγωνισμού και να μπορούμε να επικοινωνούμε με την Αναθέτουσα Αρχή, καθώς έχουμε υποβάλλει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης.

Ευχαριστούμε εκ των προτέρων,

Με εκτίμηση,

Για την ... ΑΒΕΕ», αιτήθηκε την απόσυρση της προσφοράς της. Ενόψει του ανωτέρω υποβληθέντος αιτήματος της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της υπ' αριθμ. 42 Απόφασης του Δημάρχου ..., η οποία έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου 6984/01.06.2020 και η οποία αναρτήθηκε στην «επικοινωνία» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 01.06.2020, αποφάσισε ότι: «Στα πλαίσια των ανωτέρω και κατόπιν του αιτήματος της εταιρίας "... ΑΒΕΕ" προχωρούμε στον αποκλεισμό της εν λόγω προσφοράς από τον ηλεκτρονικό διαγωνισμό με συστημικό αριθμό».

22. Επειδή, σχετικά με τον μοναδικό λόγο της υπό κρίση προσφυγής, όπως διεξοδικά αναλύεται στις σελ. 7-10, υπό «ΙΙΙ. ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ», η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτή προκηρύχθηκε, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, καθώς, όπως ισχυρίζεται, ο όρος 2.2.6 αυτής, καθιστά παράνομο τον εν λόγω διαγωνισμό, δεδομένου ότι περιορίζει αδικαιολόγητα και κατά παράβαση των αρχών της ισότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας, την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, για τους λόγους που αναφέρει στην προσφυγή της. Επί του ανωτέρω μόνου λόγου προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των με αριθμό πρωτοκόλλου 6817/29.05.2020 Απόψεών της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 29.05.2020, υποστηρίζει τα εξής: «[...]. Σύμφωνα με την Οδηγία 9 της Ε.Α.Α.Δη.Συ 2984/30-6-2015, οι όροι της διακήρυξης ενός διαγωνισμού αποκτούν υπόσταση και παγιώνονται νομοθετικά από την ημερομηνία δημοσίευσής αυτής, αρκεί να μην περιέχονται όροι αντίθετοι με το ισχύον

νομοθετικό πλαίσιο που εμποδίζουν τη συμμετοχή των ενδιαφερομένων σύμφωνα με την Οδηγία 2 Ε.Α.Α.Δη.Συ 3107/23-07-2014.

Στον διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανωτέρω προμήθεια που θα διενεργηθεί ηλεκτρονικά την 1/6/2020 ,μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ , συντάχθηκε η υπ'αρ.5968/13-5-2020 διακήρυξη σύμφωνα με τα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων της ΕΑΑΔΣΥ ,την κατευθυντήρια οδηγία 13, και τις υπ'αρ.63&64/2018 μελέτες του Δήμου

Σχετικά με την προσφυγή για την αναστολή του υπ'αρ. ... Διαγωνισμού ,σας ενημερώνουμε ότι η αναθέτουσα αρχή έχει το δικαίωμα να θέτει ποιοτικά κριτήρια στα τεύχη Διακήρυξης και ειδικά όταν η εν λόγω προμήθεια αφορά παιδιά, όπου θα χρησιμοποιήσουν τις προκάτ αίθουσες. Ο όροι της Διακήρυξης είναι εύπεπτοι, μη φωτογραφικοί και σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας και αυτό καταδεικνύεται από την συμμετοχή και άλλων εταιριών όπως παρουσιάζονται στο ηλεκτρονικό σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ και στον υπ'αρ.... διαγωνισμό.

Οι όροι της υπ'αρ. 5968/13-5-2020 Διακήρυξης του Δήμου ... είναι:

- ο Αναλογικά προς το μέγεθος και τη φύση της σύμβασης.
- ο Καθορίζονται λαμβάνοντας υπ'όψη τις ειδικές ανάγκες – απαιτήσεις για τη διαβίωση παιδιών σε αυτές.
- ο Συναφή με τη συγκεκριμένη σύμβαση που πρόκειται να ανατεθεί.
- ο Διατυπώνονται με σαφή και απλό τρόπο σύμφωνα πάντα με τα πρότυπα τεύχη Διακηρύξεων της ΕΑΑΔΣΥ

Η αναθέτουσα αρχή- Δήμος ... - προσδιόρισε τις ελάχιστες απαιτήσεις της για την τεκμηρίωση της επαγγελματικής και τεχνικής επάρκειας των υποψήφιων/προσφερόντων οικονομικών φορέων (σύμφωνα με την ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 13_Απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, ΑΔΑ: ΩΒΥ7ΟΞΤΒ-ΤΛ7), με αναφορά πχ: στην προηγούμενη υλοποίηση συναφούς αντικειμένου συμβάσεων. Προκειμένου να κριθεί εάν ένας οικονομικός φορέας διαθέτει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται για την υλοποίηση της σύμβασης, είναι απαραίτητο η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει την κάλυψη ορισμένων κριτηρίων τα οποία πρέπει

να έχει ορίσει στα έγγραφα της σύμβασης, προσδιορίζοντας παράλληλα και το ανάλογο μέσο απόδειξης για κάθε ένα από αυτά. Και στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν (δεν είναι υποχρεωτικό) το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων το οποίο πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες (άρθρο 44 παρ. 2 οδηγίας 2004/18/EK, άρθρο 42 πδ. 2 πδ 60/2007). Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή εάν ο εκάστοτε οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στο διαγωνισμό. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του.

Γενικότερα, η αναθέτουσα αρχή καθορίζει με σαφήνεια στα έγγραφα της σύμβασης το ελάχιστο επίπεδο κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που κρίνει αναγκαία για την επιτυχή υλοποίηση της σύμβασης και τα αποδεικτικά μέσα από τα οποία αυτό προκύπτει. Τέλος, επισημαίνεται ότι στα άρθρα 47&48 της οδηγίας 2004/18/EK, προβλέπεται ότι ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηρίζεται και στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων για τη συγκεκριμένη σύμβαση.

Εν προκειμένω η εν λόγω προσφυγή της εταιρίας ... ΑΕΒΕ είναι αβάσιμη και αναιτιολόγητη. Οι όροι της υπ αριθμ. 5968/13-5-2020 Διακήρυξης του Δήμου ... είναι σαφείς, ρητοί και σύμφωνοι με τις απαιτήσεις του ενωσιακού δικαίου και πάντα προς το συμφέρον του γενικού καλού. [...]».

23. Επειδή, ενόψει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα. Η προσφεύγουσα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της, επικαλείται μεταξύ άλλων ότι: «...δεν αμφισβητείται ότι οι προκάτ σχολικές αίθουσες ως εν προκειμένω, με τους προκάτ οικίσκους, δεν

έχουν καμία απολύτως ουσιαστική διαφορά στον τρόπο κατασκευής. Οι όποιες διαφορές μπορεί να εντοπίζονται, για παράδειγμα στην κατασκευή της τοιχοποιίας από πάνελ πολυουρεθάνης ή από πάνελ πετροβάμβακα, σε καμία περίπτωση δεν μεταβάλουν την κατασκευαστική τεχνική και συνακόλουθα την ικανότητα κατασκευής τους, έστω και αν διαφοροποιούνται τα πάχη της τοιχοποιίας. Όπως δεν έχει καμία απολύτως πρακτική και ουσιαστική διαφορά ο τρόπος κατασκευής σχολικών αιθουσών από οπλισμένο σκυρόδεμα, με τον τρόπο κατασκευής οικιών, πολυκατοικιών κ.ο.κ. από οπλισμένο σκυρόδεμα. Συνακόλουθα, ο προσβαλλόμενος όρος της ως άνω Διακήρυξης με α. α. 2.2.6 για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των συμμετεχουσών οικονομικών φορέων, είναι πρόδηλα μη νόμιμος και καταχρηστικός, δημιουργεί δε τουλάχιστον εύλογες απορίες και ερωτηματικά για τον πραγματικό λόγο που ετέθη. [...].». Ειδικότερα, διατείνεται ότι με τη διατύπωση του επίμαχου όρου της διακήρυξης αποκλείονται οικονομικοί φορείς, οι οποίοι διαθέτουν ετήσιο κύκλο εργασιών πολλών εκατομμυρίων ευρώ, λόγω του ότι δεν έχουν εκτελέσει κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα της προηγούμενης τριετίας, τουλάχιστον τρεις (3) συμβάσεις προμηθειών προκατασκευασμένων σχολικών αιθουσών με τις ίδιες ακριβώς τεχνικές προδιαγραφές, όπως αποτυπώνονται στην υπ' αριθμ. 63/2018 μελέτη των υπηρεσιών του Δήμου, συνολικού προϋπολογισμού, τουλάχιστον ίσου με τον προϋπολογισμό της προκηρυσσόμενης σύμβασης. Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι είναι ακατανόητη η απαίτηση για την κατασκευή ίδιων ακριβώς σχολικών αιθουσών, όπως εκθέτει στην προσφυγή της και εύλογα δημιουργεί σημαντικότερες απορίες και ερωτηματικά για τον πραγματικό λόγο που συμπεριλήφθηκε στη διακήρυξη, ενώ ισχυρίζεται ότι: «*Η τεθείσα απαίτηση και μάλιστα για οικονομικούς φορείς, οι οποίοι έχουν εντάξει στα προϊόντα τους τα προκάτ flat -pack κτίρια και έχουν κατασκευάσει τέτοια αξίας πολλών εκατομμυρίων ευρώ, είτε από πάνελ πολυουρεθάνης, είτε από πάνελ πετροβάμβακα, είτε με οποιαδήποτε άλλη επί μέρους ειδικότερη τεχνική προδιαγραφή κατ' απαίτηση του κυρίου του έργου, χωρίς ουδέποτε να έχει δημιουργηθεί έστω και το ελάχιστο πρόβλημα, είναι μη νόμιμη.*». Ωστόσο, οι ανωτέρω προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας προβάλλονται χωρίς

επαρκή τεκμηρίωση και ως εκ τούτου, κρίνονται απορριπτέοι προεχόντως ως αορίστως προβαλλόμενοι. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα επιχειρεί να στοιχειοθετήσει την καταλληλότητά της για συμμετοχή στην εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία, μέσα από την ταύτιση των προκάτ σχολικών αιθουσών, οι οποίες αποτελούν το αντικείμενο του υπό κρίση διαγωνισμού, με τους προκάτ οικίσκους άλλων τύπων, οι οποίοι κατά την ίδια δεν έχουν απολύτως καμία ουσιαστική διαφορά στον τρόπο κατασκευής τους. Προς απόδειξη όμως του εν λόγω ισχυρισμού της ουδεμία επαρκή τεκμηρίωση παράσχει, αλλά αρκείται να επικαλεστεί, όπως άλλωστε πράττει και με τα διαλαμβανόμενα στο υποβληθέν από αυτήν υπόμνημα, τις διαγωνιστικές διαδικασίες προκάτ κτιρίων, σημαντικά μεγαλύτερου προϋπολογισμού, στις οποίες έχει συμμετάσχει και έχει αναδειχθεί μειοδότης. Το ανωτέρω αναμφισβήτητο όμως γεγονός δεν οδηγεί κατά λογική αναγκαιότητα και στην απόδειξη ότι πράγματι η τεχνική και επαγγελματική της επάρκεια για την εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης είναι δεδομένη. Εξάλλου, η ίδια με το περιεχόμενο του διευκρινιστικού ερωτήματος, το οποίο υπέβαλε προς την αναθέτουσα αρχή στις 22.05.2020, ουσιαστικά ομολογεί εμμέσως ότι υφίσταται ουσιώδης διάκριση μεταξύ των προκάτ σχολικών αιθουσών και των προκάτ οικίσκων/κτιρίων άλλων τύπων (βλ. ανωτέρω και σκέψη 21 της παρούσας. Ειδικότερα, στη σχετική επιστολή της προσφεύγουσας, η ίδια θέτει το ερώτημα: *«Με τον όρο συγκεκριμένου τύπου αναφέρεστε ειδικά στον τύπο της σχολικής αίθουσας ή γενικότερα σε προκάτ οικίσκους/κτίρια;»*, δεχόμενη απερίφραστα ότι ο τύπος της προκάτ σχολικής αίθουσας τελεί σε σχέση ειδικού προς γενικού, σε αντιδιαστολή με τους προκάτ οικίσκους/κτίρια γενικότερου τύπου.

24. Επειδή, όπως άλλωστε προκύπτει και από τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1111/04.03.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Απόφαση 303/2015 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., με θέμα: «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»), όπου υπό «ΙV. Τεχνικές και

επαγγελματικές ικανότητες» (σελ. 13 επ.) αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι: «Για να κριθεί εάν ένας οικονομικός φορέας διαθέτει την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτείται για την υλοποίηση της σύμβασης, είναι απαραίτητο η αναθέτουσα αρχή να ελέγξει την κάλυψη ορισμένων κριτηρίων τα οποία πρέπει να έχει ορίσει στα έγγραφα της σύμβασης, προσδιορίζοντας παράλληλα και το ανάλογο μέσο απόδειξης για κάθε ένα από αυτά.

Και στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν (δεν είναι υποχρεωτικό) το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων το οποίο πρέπει να καλύπτουν οι υποψήφιοι και οι προσφέροντες (άρθρο 44 παρ. 2 οδηγίας 2004/18/EK, άρθρο 42 πδ. 2 πδ 60/2007).

Έτσι, η αναθέτουσα αρχή μπορεί για παράδειγμα να προσδιορίζει τις ελάχιστες απαιτήσεις της για την τεκμηρίωση της επαγγελματικής και τεχνικής επάρκειας των υποψήφιων/προσφερόντων οικονομικών φορέων, με αναφορά πχ:

- στην προηγούμενη υλοποίηση συναφούς αντικειμένου συμβάσεων
 - στο είδος των έργων, των υπηρεσιών ή των προμηθειών για τις οποίες απαιτείται η ύπαρξη εμπειρίας
 - στον απαιτούμενο αριθμό ολοκληρωμένων συμβάσεων εντός ορισμένου διαστήματος συνοδευόμενο από πιστοποιητικά καλής εκτέλεσης
- Και στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, οι πληροφορίες που ζητούνται με το άρθρο 48 και το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Με άλλα λόγια, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. [...].»

και περαιτέρω αναφέρεται ότι: «Σύμφωνα με το άρθρο 48 της Οδηγίας 2004/18/EK (άρθρο 46 πδ 60/2007), οι τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των οικονομικών φορέων αξιολογούνται και ελέγχονται σύμφωνα με τις παραγράφους 2 και 3, οι διατάξεις των οποίων περιέχουν απαρίθμηση των

αποδεικτικών μέσων, με τα οποία μπορεί να αποδειχθεί η απαιτούμενη τεχνική ικανότητα. Εκεί, επίσης, προβλέπεται ότι η αναθέτουσα αρχή διευκρινίζει στην προκήρυξη ή στην πρόσκληση υποβολής προσφορών ποια δικαιολογητικά πρέπει να προσκομισθούν για να αποδείξουν την τεχνική καταλληλότητα.

Συγκεκριμένα, οι τεχνικές ικανότητες των οικονομικών φορέων κατά την Οδηγία αποδεικνύονται με έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους τρόπους, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των προμηθειών, ή των υπηρεσιών:

α) i) υποβολή καταλόγου των εργασιών που έχουν εκτελεσθεί κατά την προηγούμενη πενταετία, συνοδευόμενο από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης των σημαντικότερων εργασιών.

Τα πιστοποιητικά αυτά αναφέρουν το ποσό, τον χρόνο και τον τόπο εκτέλεσης των εργασιών και προσδιορίζουν εάν πραγματοποιήθηκαν σύμφωνα με τους κανόνες της τέχνης και εάν περατώθηκαν κανονικά· ενδεχομένως, η αρμόδια αρχή διαβιβάζει τα πιστοποιητικά αυτά απευθείας στην αναθέτουσα αρχή,

ii) υποβολή καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. [...].», ενώ τέλος επισημαίνεται ότι: «Πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα.

Δεύτερον, το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», σελ. 409). Έτσι, δεν επιτρέπεται στην αναθέτουσα αρχή να ελέγξει λ.χ. την τεχνική ικανότητα του οικονομικού φορέα εν γένει, ή να τον αποκλείσει για το λόγο ότι δεν ακολουθεί ορθές περιβαλλοντικές πολιτικές κατά την εκτέλεση των συμβατικών του υποχρεώσεων, που δεν έχουν σχέση με την

κατασκευή του έργου ή την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών της συγκεκριμένης υπό ανάθεση σύμβασης (ΔΕΕ απόφαση της 10-5-2012, υπόθεση C-368/10, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, σκ. 107-108).

Από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003).

Η δε έλλειψη τεχνικής ή επαγγελματικής ικανότητας του συμμετέχοντος προς εκτέλεση της σύμβασης πρέπει να κρίνεται (κατά την εξέταση του φακέλου) με βάση τη συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι αφηρημένα.». Συνακόλουθα, σε πλήρη αντίθεση με τους όλως αόριστους και αβάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή, όπως βάσιμα υποστηρίζει και με τις απόψεις της, έθεσε με την υπ' αριθμ. 63/2018 μελέτη των υπηρεσιών της, αντικειμενικά και οριζόντια κριτήρια για την εκτέλεση της εν λόγω σύμβασης, σχετιζόμενα με τις ιδιαιτερότητες αυτής, τα οποία κρίνονται απολύτως αναλογικά με το αντικείμενο της προς ανάθεση προμήθειας. Εξάλλου, με βάση και όσα εκτέθηκαν ανωτέρω στις σκέψεις 17-20 της παρούσας, στις οποίες και παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, εκτός από ανυποστήριχτοι και άρα αόριστοι, βάλλουν κατά ενός όρου της διακήρυξης, ο οποίος συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής της ίδιας στον διαγωνισμό, λόγω του ότι τα προσφερόμενα από αυτήν είδη δεν πληρούν τις τιθέμενες από τη διακήρυξη του διαγωνισμού προδιαγραφές. Ωστόσο, είναι σαφές ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων και κατ' επέκταση η σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Περαιτέρω, η θέσπιση του επίμαχου όρου της διακήρυξης, κατά την κρίση του οικείου Κλιμακίου δεν παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και

της αρχής της αναλογικότητας, ενώ συνάδει απόλυτα και είναι συνδεδεμένη κατά τρόπο αναλογικό με τις ιδιαιτερότητες εκτέλεσης της υπό κρίση σύμβασης και δη της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας που απαιτείται σε συμβάσεις προμήθειας προκάτ σχολικών αιθουσών. Προσέτι, είναι εξίσου προφανές ότι η επιλογή από την αναθέτουσα αρχή του εν λόγω κριτηρίου επιλογής δεν άγει εν τέλει σε υπέρμετρο περιορισμό του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό, όπως όλως αβάσιμα διατείνεται η προσφεύγουσα, δεδομένου ότι έχουν υποβληθεί πέντε (5) προσφορές και ως εκ τούτου, είναι προφανές ότι διασφαλίζεται η ανάπτυξη συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού. Ως εκ περισσού τονίζεται, με βάση και όσα εκτέθηκαν στις σκέψεις 17-20 της παρούσας ότι, δεν είναι θεμιτή η απόπειρα της προσφεύγουσας, υπό τη μορφή της κατά γενικό τρόπο αμφισβήτησης της νομιμότητας της παρ. 2.2.6 της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές της εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου. Τέτοιοι ισχυρισμοί απορρίπτονται ως απαράδεκτοι, ενώ ομοίως ως απαράδεκτοι απορρίπτονται ισχυρισμοί που αφορούν αποκλειστικά και μόνο τη σκοπιμότητα της θέσπισης συγκεκριμένης προδιαγραφής, όπως εν προκειμένω. Όπως ήδη ειπώθηκε, η προσφεύγουσα, αποτυγχάνει να τεκμηριώσει επαρκώς την τεχνική και επαγγελματική της επάρκεια σε σχέση με τα τιθέμενα κριτήρια επιλογής του διαγωνισμού και για τον λόγο αυτό, οι σχετικοί ισχυρισμοί της, πάσχουν και αοριστίας. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, ο μοναδικός λόγος προσφυγής κρίνεται απορριπτέος εκτός από αόριστος και ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

25. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

26. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 6 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε στις 27 Ιουλίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη