

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 06 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 29.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, 624/03.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...», και με διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»).

Κατά του «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή της, και να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη (...) [εφεξής η «προσβαλλόμενη»] Συστημικός Αύξων Αριθμός ΕΣΗΔΗΣ : ... της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ..., με αντικείμενο την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΥΔΑΤΟΔΕΞΑΜΕΝΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΥΡΟΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ...», επί σκοπώ απάλειψης των πληττόμενων όρων της Διακήρυξης, που αναφέρονται στην προσφυγή της.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της κρινόμενης προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ύψους 3.231,86€, το οποίο και υπολογίζεται επί τη βάσει της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ ΦΠΑ, ήτοι 646.370,97€).

2.Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ... προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός, με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΥΔΑΤΟΔΕΞΑΜΕΝΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΥΡΟΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 646.370,97 ευρώ, πλέον ΦΠΑ 24%.

3.Επειδή η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 08.04.2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

4.Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α., και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως στις 29.04.2022, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, δεδομένου ότι ημερομηνία ανάρτησης της προσβαλλομένης διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ ήταν η 08.04.2022. Εξάλλου, ειδικώς επί διακήρυξης, κατά το άρθρο 361 Ν. 4412/2016, η πλήρης γνώση, που αποτελεί αφετηρία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, τεκμαίρεται από μόνη την πάροδο 15 ημερών από της δημοσίευσής στο ΚΗΜΔΗΣ, εάν από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει τέτοια πλήρης γνώση σε προγενέστερο χρόνο (ΕΑ ΣτΕ 56/2020). Εν προκειμένω, η επίμαχη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 08.04.2022 και ως εκ τούτου βάσει του προαναφερθέντος άρθρου, η τεκμαιρόμενη γνώση αυτής επήλθε την 22.04.2022. Από τις 23.04.2022

εκκίνησε η 10ήμερη προθεσμία για την υποβολή προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, που έληγε –κατά παρέκταση- στις 03.05.2021.

6.Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 03.05.2022 στην προβλεπόμενη κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προκειμένου να ασκήσει ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής του.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στις 17.05.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ σε όλες τις συμμετέχουσες εταιρείες και στην ΑΕΠΠ τις με αρ. πρωτ. 162873/17.05.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε το από 20.05.2022 Υπόμνημά της, επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και επί της παρέμβασης. Τέλος, οι απόψεις της αναθέτουσας έχουν κατατεθεί εκπροθέσμως μετά την πάροδο της οριζόμενης εκ του άρθρου 365 αρ. 1 παρ. β του ν 4412/2016 δεκαπενθήμερης προθεσμίας από την κατάθεση της προσφυγής, ωστόσο λαμβάνονται υπόψη διότι η προσφεύγουσα δεν υφίσταται βλάβη, αφού κατέθεσε επ'αυτών το από 20.05.2022 Υπόμνημά της.

8. Επειδή, εν γένει παραδεκώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 03.05.2022, οπότε και εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 13.05.2022, και με προφανές έννομο συμφέρον, ως η μόνη υποβάλλουσα προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης.

9.Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν 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 (λυσίτελη) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ, 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, StadtHalle, σκέψη 40).

10. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία δεν έχει υποβάλει προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, θεμελιώνει κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκρούουν στο εθνικό και το ενωσιακό δίκαιο και καθιστούν αδύνατη ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει. Ειδικότερα, δηλώνει ότι, αν και η επιχειρηματική της δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, ωστόσο, οι πλησσόμενοι με την προσφυγή της όροι της Διακήρυξης καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της βλάβης της για την προσβολή όρων της Διακήρυξης αρκεί καταρχήν η επίκληση ότι ενδιαφέρεται να συμμετέχει στον διαγωνισμό, με βάση το γεγονός ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης (βλ. και ΑΕΠΠ 7ΜΕΛΟΥΣ 3/2018, σκ. 10). Δεν απαιτείται αντίθετα η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη, πλήρωσης αναλυτικά όλων των κριτηρίων και προϋποθέσεων της διακήρυξης, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και η απόδειξη της οποίας κατά το στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν ανυπέρβλητα εμπόδια στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, επιδιώκει την ακύρωση των όρων 2.2.6 και 2.2.9.2 Β4 της προσβαλλόμενης

Διακήρυξης επικαλούμενη πως : «Α. Οι όροι 2.2.6 (τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), 2.2.9.2 Β4 (Αποδεικτικά μέσα), είναι παράνομοι, καθώς αντίκεινται στην αρχή του ελεύθερου, υγιούς και επαρκούς ανταγωνισμού και της αναλογικότητας, βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου και δέον όπως ακυρωθούν». Περαιτέρω επικαλείται πως «...Η εταιρεία μας, μεταξύ άλλων, διαθέτει μακροχρόνια εμπειρία σε προκατασκευασμένες δεξαμενές κλειστού τύπου με δεκάδες παραδόσεις σε φορείς Δημοσίου, δεξαμενές που λόγω της φύσης τους και των ζητούμενων χαρακτηριστικών είναι πολύ δυσκολότερο να κατασκευαστούν. Ειδικότερα, οι δεξαμενές κλειστού τύπου για αποθήκευση πόσιμου νερού έχουν όλα τα χαρακτηριστικά των δεξαμενών ανοικτού τύπου για χρήση πυρόσβεσης και επιπλέον φέρουν μεταλλική σκεπή η οποία καθιστά την κατασκευή της δεξαμενής πολύ πιο απαιτητική αφού η σκεπή προσθέτει μόνιμο βάρος και φορτίσεις στην κατασκευή, επηρεάζει τη στατικότητά της, την συμπεριφορά στον άνεμο και το χιόνι, το σεισμό κλπ. Είναι αυτονόητο ότι η εμπειρία και η τεχνική ικανότητα στην κατασκευή κλειστού τύπου δεξαμενών υπερκαλύπτει την ικανότητα και εμπειρία στην κατασκευή ανοικτού τύπου δεξαμενών, η δε καταλληλότητα των τελευταίων για την λήψη νερού από επίγεια ή εναέρια μέσα έγκειται στο γεγονός ότι είναι ανοικτές και όχι κλειστές και όχι σε κάποιο άλλο ιδιαίτερο κατασκευαστικό χαρακτηριστικό τους ή ιδιαίτερη ιδιότητα τους. Τεκμηριώνουμε κατωτέρω ότι οι δεξαμενές που ζητούνται από την Περιφέρεια ... (ανοικτού τύπου, πυρόσβεσης) είναι όμοιες ως προς την κατασκευή και τις τεχνικές απαιτήσεις και ως προς την υποδομή και τον εξοπλισμό διασύνδεσής τους με αυτές που ζητούνται σε άλλους διαγωνισμούς (κλειστού τύπου δεξαμενές ύδρευσης) με τη διαφορά ότι οι δεύτερες διαθέτουν μεταλλικό σκέπαστρο, σκεπή...».

12. Επειδή η αναθέτουσα με τις απόψεις της ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής επάγεται τα εξής: «1. Είναι απαραίτητη η προμήθεια προκατασκευασμένων ανοικτών (χωρίς σκεπή) μεταλλικών κυλινδρικών δεξαμενών αποθήκευσης νερού για χρήση πυροπροστασίας, κατάλληλων τόσο για λήψη νερού από επίγεια μέσα όσο και από εναέρια μέσα και ως κατασκευαστικό αντικείμενο ορίζουμε αποκλειστικά αυτό (σημ. το αντικείμενο) στην τεχνική μελέτη της Διακήρυξης. 2. Ως κατασκευαστικό αντικείμενο οι δεξαμενές αποθήκευσης νερού για χρήση πυροπροστασίας, έχουν συγκεκριμένη χρήση και λειτουργία - συγκεκριμένα είναι δεξαμενές

πυροπροστασίας, κατάλληλες τόσο για λήψη νερού από επίγεια μέσα (οχήματα και πεζοπόρες δυνάμεις) και κύρια από εναέρια μέσα (ελικόπτερα) - και δεν δύναται να συσχετίσουμε τις προδιαγραφόμενες δεξαμενές, με κάθε δεξαμενή νερού που κυκλοφορεί στην αγορά υδρευτικής χρήσης ή αγροτικής χρήσης ή όσες δεξαμενές γενικά κατατάσσονται στους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : ... Δεξαμενές νερού (π.χ πλαστικές, μεταλλικές κτλ), παραβλέποντας το βασικό κριτήριο, δηλαδή την χρήση και λειτουργία του υπό προμήθεια αντικειμένου ήτοι την πυρόσβεση, άρρηκτα συνδεδεμένο με τα μέσα που θα τις αξιοποιήσουν στην φάση της κατάσβεσης.

3. Είναι προφανές ότι οι προκατασκευασμένες μεταλλικές δεξαμενές πυροπροστασίας ανοικτού τύπου (χωρίς σκεπή) για χρήση από επίγεια και ιδιαίτερα από τα εναέρια μέσα (με κάδο ή χωρίς) αποτελούν ένα ειδικό, συγκεκριμένο, μοναδικό κατασκευαστικό αντικείμενο – δηλαδή μια μοναδική κατηγορία προϊόντος. Αντίστοιχα ξεχωριστά κατασκευαστικά αντικείμενα που υπόκεινται και αυτά σε ιδιαίτερους και μοναδικούς κανόνες, είναι οι δεξαμενές υδρευτικής χρήσης, όπως αντίστοιχα και οι δεξαμενές αγροτικής χρήσης (άρδευσης) κτλ, ακόμα και εάν είναι ίδιας ή παρεμφερούς μεθόδου κατασκευής (προκατασκευασμένη, κυλινδρική, μεταλλική, με επένδυση εσωτερικά από μεμβράνη – υπάρχουν διαφόρων τύπων προκατασκευασμένες μεταλλικές δεξαμενές στην αγορά). Ο συσχετισμός διαφορετικών κατασκευαστικών αντικειμένων αποτελεί λανθασμένη προσέγγιση. Στην εμβέλεια της Περιφέρειάς μας υπάρχει εκτεταμένο δίκτυο δεξαμενών (σκυροδέματος, μεταλλικών, πλαστικών) υδρευτικής και αρδευτικής χρήσης που αυτή την στιγμή δεν είναι τεχνικά ικανές να τροφοδοτήσουν τα εναέρια μέσα (είτε είναι με σκεπή - είτε

χωρίς) αφού δεν μπορούν εκ της κατασκευής τους να εξυπηρετήσουν τα εναέρια μέσα και ιδιαίτερα τα όσα φέρουν κάδο λήψης νερού, αλλά ούτε και τα επίγεια μέσα, καθώς απουσιάζει ο κατάλληλος εξοπλισμός διασύνδεσης της δεξαμενής. Για αυτό άλλωστε προκηρύξαμε την συγκεκριμένη προμήθεια, με μοναδικό κατασκευαστικό αντικείμενο τις δεξαμενές πυροπροστασίας αυτής της κατηγορίας. Την ορθή αντίληψη της ανωτέρω συνθήκης την τεκμηριώνει επίσης ότι οι δεξαμενές πυροπροστασίας ανοικτού τύπου υπόκεινται σε διαφορετικές συνθήκες ακόμα και σε σύγκριση με τις δεξαμενές πυροπροστασίας κλειστού τύπου (με σκεπή), καθώς διαφοροποιούνται οι

συνθήκες λειτουργίας τους και οι κατασκευαστικές απαιτήσεις τους, παρότι έχουν παρόμοια χρήση (πυροπροστασία). 4. Από τις απαιτήσεις χρήσης και λειτουργίας του παρόντος αντικείμενου και συγκεκριμένα από όσα προκύπτουν από αυτές, δηλαδή χρήση των κατάλληλων προδιαγραφόμενων και υλικών ώστε να καθίσταται εφικτή στο βάθος χρόνου ζωής της δεξαμενής η λήψη ύδατος από επίγεια οχήματα (πυροσβεστικά οχήματα και δημοτικά βυτιοφόρα) και ταυτόχρονα και εναέρια μέσα (ελικόπτερα με δυνατότητα αναρρόφησης ή με κάδο) σύμφωνα και με τα στοιχεία της μελέτης απορρέουν μια σειρά μελετητικές και κατασκευαστικές διαφοροποιήσεις σε σύγκριση με τα υπόλοιπα αντικείμενα (δεξαμενές). Κύρια στοιχεία σε αυτές τις διαφοροποιήσεις προκύπτουν όχι μόνο από την θέση τοποθέτησης των δεξαμενών (ανοικτά σημεία ώστε να είναι εφικτή η προσέγγιση ελικοπτέρων) και τον τρόπο λήψης νερού (συγκεκριμένα από ελικόπτερα), αλλά κύρια στις συνθήκες που θα αντιμετωπίσουν οι δεξαμενές σε βάθος χρόνου. Ενδεικτικά αναφέρουμε τα ζητήματα διαφορετικής προσέγγισης σε επίπεδο στατικής και αντισεισμικής μελέτης. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι η αυξημένη επιρροή του ανέμου στις ανοικτές δεξαμενές είτε πλήρεις ή κενές ύδατος (λόγω της έλλειψης σκεπής), για αυτό και γίνεται ζήτηση στατικής και αντισεισμικής Μελέτης αναλόγως της ζητούμενης χωρητικότητας (άρθρα 6, 7 και 8), ώστε ο κατασκευαστής που θα υποβάλει προσφορά στον διαγωνισμό να λαμβάνει υπόψη όλες την ιδιαιτερότητα αυτή. Αντίστοιχα, διαφοροποιήσεις χαρακτηρίζουν τα υπό προμήθεια αντικείμενα και στα είδη των υλικών κατασκευής και στις απαιτήσεις τοποθέτησής τους (π.χ άρθρο 5.3. Εξοπλισμός Διασύνδεσης, όπου ζητούνται τα ειδικά υλικά διασύνδεσης των δεξαμενών ή στο άρθρο 5.2 Εσωτερική επένδυση, γίνεται ζήτηση μεμβράνης με προστασία έναντι της UV ακτινοβολίας), αλλά και στον τρόπο κατασκευής, ιδιαίτερα όταν αυτές επηρεάζουν το ζήτημα της ορθής και απρόσκοπτης λειτουργίας τους (παράδειγμα η αγκύρωση μεμβράνης ώστε να μην αποσπάται όταν η δεξαμενή είναι κενή ύδατος) κ.τ.λ. Η προσφεύγουσα διατυπώνει αυθαίρετα ότι «είναι αυτονόητο ότι η εμπειρία και η τεχνική ικανότητα στην κατασκευή κλειστού τύπου δεξαμενών υπερκαλύπτει την ικανότητα και εμπειρία στην κατασκευή ανοικτού τύπου δεξαμενών, η δε καταλληλότητα των τελευταίων για την λήψη νερού από επίγεια ή εναέρια μέσα έγκειται στο γεγονός ότι είναι ανοικτές και όχι κλειστές και όχι σε κάποιο άλλο ιδιαίτερο κατασκευαστικό χαρακτηριστικό

τους ή ιδιαίτερη ιδιότητα τους» θέση που είναι σαφώς απορριπτέα σύμφωνα με τα δεδομένα που καταγράφουμε και ανωτέρω. Χαρακτηριστικά ως επιπρόσθετο παράδειγμα αναφέρουμε, στην περίπτωση δεξαμενής ιδίων διαστάσεων (χωρητικότητας), η δεξαμενή ανοικτού τύπου επίκειται ευκολότερα σε λυγισμό

στην στέψη της, σε σύγκριση με δεξαμενή κλειστού τύπου η οποία είναι ανθεκτική λόγω της ύπαρξης σκεπής και οι κατασκευαστές οφείλουν να το αντιμετωπίσουν. Είναι προφανές ότι η ζήτηση στατικής και αντισεισμικής μελέτης αναλόγως και της χωρητικότητας και στις δεξαμενές πυροπροστασίας και στις δεξαμενές ύδρευσης υπόκεινται στις διατάξεις του Ευρωκώδικα, αλλά χρίζουν διαφορετικής προσέγγισης που απορρέουν από τις ιδιαίτερες κατασκευαστικές λεπτομέρειες των ζητούμενων στην παρούσα δεξαμενών πυροπροστασίας, κάτι το οποίο αποσιωπάται ή αγνοείται από τον προσφεύγοντα. Επίσης μια δεξαμενή με σκεπή, δεν αντιμετωπίζει ζητήματα κίνησης των μεμβρανών ή βλαβών των μεμβρανών στην στέψη, από τις δυνάμεις του αέρα που αναπτύσσονται (ή από τους κάδους) που δύναται να προκαλέσουν διαρροές σε μια δεξαμενή χωρίς σκεπής, όπως προδιαγραφεί η παρούσα. Οι ανωτέρω παραδοχές αποδεικνύουν την διαφορετική προσέγγιση που οφείλει να κάνει ο κατασκευαστής συνολικά και όχι μόνο στην στατική μελέτη, ανάλογα με την θέση, την χρήση και την λειτουργία της δεξαμενής που είναι να κατασκευάσει (διαφορετικότητα προσέγγισης στην κατηγορία δεξαμενής πυροπροστασίας ανοικτού τύπου – διαφορετική προσέγγιση στην κατηγορία δεξαμενή πυροπροστασίας κλειστού τύπου – διαφορετική προσέγγιση και διαφοροποίηση υλών κατασκευής στις δεξαμενές υδρευτικής λειτουργίας και χρήσης με σκεπή). Αντίθετα οι δεξαμενές με σκεπή έχουν να αντιμετωπίσουν τα βάρη σκεπής όπως παρουσιάζει και η προσφεύγουσα ή την συμπεριφορά – κίνηση του νερού σε έναν σεισμό ώστε αυτή να μην προκαλέσει αστοχία στην σκεπή, ενώ ιδιαίτερα οι δεξαμενές ύδρευσης, πρέπει να εξασφαλίσουν επιπλέον και το ζήτημα της καταλληλότητας του πόσιμου νερού, κάτι που προφανέστατα όλα τα ανωτέρω, οι προδιαγραφόμενες δεξαμενές ως αντικείμενο, είτε δεν εξετάζουν - είτε δεν καλύπτουν. Θεωρούμε λοιπόν μη αξιόπιστο το να γίνεται σύγκριση των δεξαμενών μόνο, στην βάση της μεθόδου κατασκευής, όπως το εξετάζει η προσφεύγουσα. Το πλέον κύριο σημείο αποτελεί ποια κατασκευαστικά δεδομένα απορρέουν από την χρήση

και λειτουργία των προδιαγραφόμενων δεξαμενών και αυτό είναι ανεξάρτητο της μεθόδου...».

13. Επειδή η παρεμβαίνουσα ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής επάγεται τα εξής: «...υφίστανται αρκετές και ουσιώδεις ομοιότητες μεταξύ μεταλλικών δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου για λήψη νερού από εναέρια και επίγεια μέσα και μεταλλικών δεξαμενών κλειστού τύπου ύδρευσης ή ακόμα και μεταλλικών δεξαμενών ανοικτού τύπου άρδευσης.... Άλλωστε, στην ίδια της την Ιστοσελίδα (www....com), η προσφεύγουσα έχει προβεί σε κατηγοριοποίηση των δεξαμενών που κατασκευάζει και αναφέρει ως **ΞΕΧΩΡΙΣΤΗ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ** τις Δεξαμενές για Πυρόσβεση – Πυροπροστασία (<http://www....>).... όλες οι εταιρείες κατασκευής δεξαμενών αντιμετωπίζουν τις δεξαμενές πυρόσβεσης ως διαφορετικό αντικείμενο από τις δεξαμενές ύδρευσης και άρδευσης (βλ ενδεικτικά ιστοσελίδα της εταιρείας κατασκευής δεξαμενών ... - <https://...htm>)... Προφανώς η προσφεύγουσα θα έπρεπε, προς απόδειξη του σχετικού λόγου της προσφυγής της, να επικαλεστεί και να προσκομίσει επιστημονικά κείμενα, συγκριτικές μελέτες, σχετική αρθρογραφία και να παραπέμψει σε σχετική επιστημονική βιβλιογραφία, εκ των οποίων να αποδεικνύεται η τεχνική και κατασκευαστική ομοιότητα μεταξύ των διαφόρων ειδών μεταλλικών δεξαμενών. Και δεν το έπραξε γιατί ΔΕΝ υπάρχει σχετικό υλικό, πολύ απλά γιατί δεν υπάρχει ταύτιση των δύο αντικειμένων. Την μη ταύτιση / σύγκριση των δύο αντικειμένων και την μη ανωτερότητα του αντικειμένου της ύδρευσης σε σχέση με την πυρόσβεση ανέδειξε και η Περιφέρεια ... στις απόψεις της τις οποίες και ενστερνιζόμαστε...».

14. Επειδή, (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120, 209/2017), συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας του υπό προμήθεια προϊόντος, όπως αυτή επιτυγχάνεται και προσδιορίζεται δια των τεχνικών προδιαγραφών και που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει

να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, προκύπτει ότι το κατώτατο όριο της τεχνικής αυτής καταλληλότητας, άρα το περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από το ότι η παραπάνω διάταξη του άρ. 5 Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα της γενικής ρήτηρας της αναλογικότητας και της σχετικότητας των εν γένει κριτηρίων μιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία εξάλλου και με όσα αναλόγως ορίζει το άρ. 75 παρ. 1 περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά το οποίο “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.” και ιδίως “Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.”, ενώ τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από τη συνδυαστική θεώρηση του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii).

15.Επειδή, όμως, όλα τα ως άνω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. Τούτο προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά

σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10P TOMRA, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/EK στην Υπόθεση COMP Αριθμός Απόφασης: 29/2018 12 D3/38.044-NDC Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1,7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω εφαρμογή του άρ. 54 και συγκεκριμένα ότι οι όποιες τεχνικές προδιαγραφές δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης και συγκεκριμένα την κατάλληλη χρήση του προϊόντος για τον συμβατικό σκοπό. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των τεχνικών προδιαγραφών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια στοιχεία των τεχνικών προδιαγραφών, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης καταλληλότητας, διατύπωση, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό. Ούτως, θα πρέπει οι προδιαγραφές, εφόσον και εκ της φύσεώς τους ανά περίπτωση τούτο είναι δυνατό, να διατυπώνονται με γνώμονα τον συγκερασμό της επίτευξης του επιδιωκόμενου από αυτές αποτελέσματος με το μέγιστο άνοιγμα της διαδικασίας στον ανταγωνισμό. Δηλαδή να εκφράζονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να μην διασφαλίζεται ότι ο σκοπός θα επιτευχθεί, πλην όμως με μέριμνα για την αποφυγή προπεριγραφής μιας μόνο συγκεκριμένης μεταξύ περισσοτέρων διαθεσίμων τεχνικής που τυχόν ενσωματώνεται σε μέρος μόνο των κατά τα άλλα κατάλληλων προϊόντων και έτσι να αποκλείεται κάθε ισοδύναμο

επιμέρους τυχόν χαρακτηριστικό (άρα και κάθε προϊόν που το ενσωματώνει), το οποίο συνιστά εναλλακτικό μεν, κατάλληλο και επαρκές δε για την επίτευξη του σκοπού αυτού μέσο (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017). Ειδάλλως, η προδιαγραφή παρίσταται δυσανάλογη και μη αντικειμενικώς δικαιολογημένη.

16. Επειδή περαιτέρω, η αναθέτουσα καταρχήν διαθέτει ελευθερία, ήτοι διακριτική ευχέρεια περί τη θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια αγαθών σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπο επίτευξής τους. Ούτε παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι κάποιες προδιαγραφές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187, 231/2017) τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017). Άρα, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης και επομένως και τεχνική προδιαγραφή για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ή ένα προϊόν ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώς. Αλλά ο όποιος περιορισμός του ανταγωνισμού θα πρέπει να είναι και αδικαιολόγητος, ήτοι να μην συνδέεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων με το συμβατικό αντικείμενο. Αντίστροφα δε, δεν είναι δυνατόν ένας όρος να είναι άνευ ετέρου νόμιμος, επειδή απλώς υφίστανται περισσότερα προϊόντα ή οικονομικοί φορείς που μπορούν να τον καλύψουν. Αντίθετα, ένας τέτοιος όρος δύναται να είναι παράνομος και δη ως αντιανταγωνιστικός εφόσον, ακόμη και αν αποκλείει ένα μόνο προϊόν ή οικονομικό φορέα, είναι αδικαιολόγητος βάσει των παραπάνω κριτηρίων. Εξάλλου, η συντρέχουσα

αρχή της ισότητας δεν εξαρτάται ως προς την τήρησή της από τον τυχόν αριθμό των αποκλεισμένων και των εν γένει υποκειμένων τα οποία υφίστανται δυσμενή διάκριση (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Αριθμός Απόφασης: 29/2018, 238/2017).

17. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζεται: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [...].ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, σύμφωνα με τα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...]».

18.Επειδή το άρθρο 54 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περ. 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της. [...]2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να

επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. [...]».

19.Επειδή, ο νόμος 4412/2016 ορίζει **στο άρθρο 75** με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» τα 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 χρηματοοικονομική 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. (...) 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 δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο (...). 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 (...)», **στο άρθρο 80 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα»: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους [...] 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη (...) της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 [...]. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο [...] 5. 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 [...]» και στο Προσάρτημα Α', Παράρτημα XII, Μέρος II: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α)...β) ...γ)...δ)... ε) ..., στ)...ζ)...η)...θ)...ι)..., ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: :) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα. (...)».**

20. Επειδή, ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής από τα στοιχεία του φακέλου και επί τη βάση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, λεκτέα είναι τα εξής: Οι προκατασκευασμένες μεταλλικές δεξαμενές πυροπροστασίας ανοικτού τύπου (χωρίς σκεπή) για χρήση από επίγεια και ιδιαίτερα από τα εναέρια μέσα (με κάδο ή χωρίς) αποτελούν ένα ειδικό, συγκεκριμένο, μοναδικό κατασκευαστικό αντικείμενο, ήτοι μια μοναδική κατηγορία προϊόντος με ουσιώδη διαφοροποίηση από τις ανοικτού τύπου και αυτό διότι: Οι δεξαμενές πυροπροστασίας ανοικτού τύπου υπόκεινται σε

διαφορετικές συνθήκες ακόμα και σε σύγκριση με τις δεξαμενές πυροπροστασίας κλειστού τύπου (με σκεπή), καθώς διαφοροποιούνται οι συνθήκες λειτουργίας τους και οι κατασκευαστικές απαιτήσεις τους, παρότι έχουν παρόμοια χρήση (πυροπροστασία). Πρώτον στις ανοικτού και κλειστού τύπου δεξαμενές ανακύπτουν διαφορετικά ζητήματα προσέγγισης σε επίπεδο στατικής και αντισεισμικής μελέτης. Χαρακτηριστικό παράδειγμα είναι η αυξημένη επιρροή του ανέμου στις ανοικτές δεξαμενές είτε πλήρεις ή κενές ύδατος λόγω της έλλειψης σκεπής. Δεύτερον διαφοροποιήσεις υπάρχουν και ως προς τα είδη των υλικών κατασκευής για τις δεξαμενές ανοικτού τύπου, καθώς και στις προδιαγραφές αυτών (π.χ στην εσωτερική επένδυση απαιτείται μεμβράνη με προστασία έναντι της UV ακτινοβολίας), αλλά και στον τρόπο κατασκευής, ιδιαίτερα όταν αυτές επηρεάζουν το ζήτημα της ορθής και απρόσκοπτης λειτουργίας τους (επί παραδείγματι η αγκύρωση μεμβράνης, ώστε να μην αποσπάται όταν η δεξαμενή είναι κενή ύδατος). Τρίτον, η δεξαμενή ανοικτού τύπου επίκειται κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας ευκολότερα σε λυγισμό στην στέψη της, σε σύγκριση με δεξαμενή κλειστού τύπου, η οποία είναι ανθεκτική λόγω της ύπαρξης σκεπής. Κατ'ακολουθία, διαφορετική είναι η στατική και αντισεισμική μελέτη στις ανοικτού και στις κλειστού τύπου δεξαμενές αναλόγως και της χωρητικότητας και στις δεξαμενές πυροπροστασίας και στις διότι υπάρχουν διαφορετικές κατασκευαστικές λεπτομέρειες μεταξύ αυτών. Τέταρτον, μια δεξαμενή με σκεπή δεν αντιμετωπίζει ζητήματα κίνησης των μεμβρανών ή βλαβών των μεμβρανών στην στέψη, από τις δυνάμεις του αέρα που αναπτύσσονται ή από τους κάδους, που δύναται να προκαλέσουν διαρροές σε μια δεξαμενή χωρίς σκεπή. Από τα ανωτέρω καταδεικνύεται τα διαφορετικά δεδομένα, που οφείλει να λάβει υπόψη ο κατασκευαστής, όχι μόνο στην στατική μελέτη, αλλά και συνολικά ανάλογα με τον τύπο δεξαμενής, που πρόκειται να κατασκευάσει, ήτοι ανοικτού ή κλειστού, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της αναθέτουσας και της παρεμβαίνουσας, και απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί άλλων διαγωνισμών τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι κατ' εφαρμογή της αρχής της αυτοτέλειας των Διαγωνισμών, (ΕΑ ΣτΕ 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007 κ.ά.). Επίσης, απορριπτέοι ως αβάσιμοι

τυγχάνουν και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη αιτιολόγησης των επίμαχων προσβαλλόμενων όρων, καθώς από τις τεχνικές προδιαγραφές και την οικεία μελέτη καταδεικνύεται η σημαντικότητα του εν θέματι διαγωνισμού λόγω της δημόσιας ασφάλειας και η ανάγκη να πληρούνται οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές, για αυτό και στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, στο άρθρο 1 «ΓΕΝΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», αναφέρεται εναργώς πως «Για το λόγο ότι οι υπό προμήθεια δεξαμενές αφορούν τη δημόσια ασφάλεια ουδεμία εναλλακτική προσφορά γίνεται αποδεκτή η οποία θα προτείνει διαφορετική μέθοδο και ποιότητα χρησιμοποιούμενων πρώτων υλών από την αιτούμενη στις παρούσες Τεχνικές Προδιαγραφές/ Τεχνική Μελέτη», αλλά και η αναθέτουσα με τις απόψεις της προέβη σε συμπληρωματική αιτιολογία των επίμαχων όρων σύμφωνα με το άρθρο 365 αρ. 1 παρ. β), το οποίο ορίζει πως «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης». Τέλος, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως οι πληττόμενοι όροι της Διακήρυξης τυγχάνουν ακυρωτέοι και για τον λόγο ότι αξιώνουν απόδειξη εμπειρίας μόνο σε Δημόσιους Φορείς, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι καθώς στην οικεία Διακήρυξη εναργώς αναφέρεται πως ο εν θέματι διαγωνισμός αφορά τη δημόσια ασφάλεια και συνεπώς συντρέχει επιτακτικός λόγος δημόσιου συμφέροντος, αφού ως επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος νοούνται οι λόγοι που αναγνωρίζονται ως τέτοιοι στη νομολογία, συμπεριλαμβανομένης και της «δημόσιας ασφάλειας». Επομένως, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας πως «Στον παρόντα διαγωνισμό η απαίτηση δεξαμενών αποκλειστικά από δημόσιες προμήθειες ή έργα (δημόσια, ανταποδοτικά κτλ) που συσχετίζονται με τον δημόσιο τομέα, είναι απόλυτα δικαιολογημένη και αναλογική καθώς συνδέεται α) με τον λόγο της χρήσης από εναέρια μέσα, που μόνο ο δημόσιος τομέας μελετά, κατασκευάζει και αξιοποιεί ως μέσο κατάσβεσης β) οι δεξαμενές έχουν προδιαγραφεί με την βάση την χρήση και λειτουργία τους, για αυτό και ζητούνται να κατατεθούν και οι σχετικές μελέτες» είναι δεκτοί ως βάσιμοι, απορριπτομένων των περί αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Τα ανωτέρω συνάγονται και εξ αντιδιαστολής από την υπ' αριθμό 3065/2014 απόφαση ΕΣ, όπου κρίθηκε ότι: «...Στο πλαίσιο αυτό οι αναθέτουσες αρχές είναι κατ' αρχήν ελεύθερες να διαμορφώνουν τους όρους της διακήρυξης κατά την κρίση τους, καθορίζοντας

με γνώμονα τις εκάστοτε ανάγκες τους ως κριτήρια καταλληλότητας ή ανάθεσης ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Για το λόγο αυτό, η θέσπιση με τη διακήρυξη προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή απαραίτητες για την εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει άνευ ετέρου τις προαναφερόμενες διατάξεις και θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, που έχουν ενσωματωθεί και στην εθνική έννομη τάξη, και ιδιαιτέρως τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών υποψηφίων που δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενες προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (βλ. Τμήμα Μείζονος - Επταμελούς Σύνθεσης 3372/2011). Σε κάθε, όμως, περίπτωση τα θεσπιζόμενα ως άνω κριτήρια καταλληλότητας ή ανάθεσης πρέπει να σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του Δικαίου της Ένωσης, πρέπει να δικαιολογούνται από κάποιο επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος και να μην τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό [...]». Τέλος, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως «η Αναθέτουσα, όφειλε να αιτιολογήσει ειδικώς και επαρκώς, γιατί απαιτεί την συγκεκριμένη τεχνική και επαγγελματική απαίτηση και για ποιο λόγο θεωρείται τεχνικά ικανός για την εν λόγω προμήθεια, με ιδιαίτερη αναφορά στα συγκεκριμένα ειδικά τεχνικά χαρακτηριστικά της, ο έχων πρότερη εμπειρία προμήθειας μίας μόνο δεξαμενής πυρόσβεσης ανοικτού τύπου 100 κυβικών κατά την τελευταία τριετία και όχι ο φορέας που λχ έχει παραδώσει 2 δεξαμενές πυρόσβεσης, κλειστού τύπου, χωρητικότητας 236 m³ η κάθε μία και πλείστες άλλες δεξαμενές ύδρευσης με τις ίδιες κατασκευαστικές και τεχνικές απαιτήσεις με αυτές που τίθενται στην παρούσα Διακήρυξη, όπως η εταιρεία μας» είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, διότι αντικείμενο του εν θέματι διαγωνισμού είναι η προμήθεια και η τοποθέτηση ανοικτών δεξαμενών πυροπροστασίας για επίγεια και εναέρια μέσα, δηλαδή για χρήση από ελικόπτερα και επομένως οι δεξαμενές κλειστού τύπου δεν ικανοποιούν τα ανωτέρω βασικά στοιχεία του αντικειμένου του διαγωνισμού.

Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

21. Επειδή, η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της, επιδιώκει την ακύρωση των όρων 2.2.5 και 2.2.9.2 Β3 της προσβαλλόμενης Διακήρυξης επικαλούμενη πως: «Β. Οι όροι 2.2.5 (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) 2.2.9.2 Β3 (γ) (Αποδεικτικά μέσα), είναι παράνομοι καθώς αντίκεινται στην αρχή του ελεύθερου, υγιούς και επαρκούς ανταγωνισμού και της αναλογικότητας, βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου και δέον όπως ακυρωθούν... Εν προκειμένω, στο άρθρο 2.2.5 της Διακήρυξης (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια), σελ 16, ορίζεται ότι: «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να διαθέτουν :α)...β)...(γ) Να διαθέτει μέσο ειδικό κύκλο εργασιών προμήθειας και εγκατάστασης μεταλλικών δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου ύψους τουλάχιστον 35.000 €, κατά τις τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις. Σε περίπτωση Κοινοπραξίας ο μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών υπολογίζεται σαν άθροισμα των μέσων ειδικών ετήσιων κύκλων εργασιών των συμμετεχόντων επί το ποσοστό συμμετοχής έκαστου στην Κοινοπραξία.».... Εν προκειμένω η εταιρεία μας αν και διαθέτει μακροχρόνια και επιτυχή παρουσία και πλούσια εμπειρία στους τομείς της επίμαχης σύμβασης, ήτοι της κατασκευής, προμήθειας και εγκατάστασης δεξαμενών πυρόσβεσης, ύδρευσης και άρδευσης και μολονότι έχει κατασκευάσει και προμηθεύσει και μάλιστα την τελευταία τριετία, πολλές δεξαμενές όμοιας τεχνικής και τεχνολογίας με τις ζητούμενες, ωστόσο εμποδίζεται να συμμετάσχει στον παρόντα Διαγωνισμό, καθώς δεν διαθέτει τον απαιτούμενο από την Διακήρυξη μέσο "ειδικό" ετήσιο κύκλο εργασιών προμήθειας και εγκατάστασης μεταλλικών δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου ύψους τουλάχιστον 35.000 €, κατά τις τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις.... Εξ όσων δε γνωρίζουμε, μόνο η εταιρεία, διαθέτει την αξιούμενη από την Διακήρυξη απαίτηση για μέσο ειδικό κύκλο εργασιών προμήθειας και εγκατάστασης μεταλλικών δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου ύψους τουλάχιστον 35.000€.... Εύλογο θα ήταν, ενόψει του αντικειμένου του υπόψη διαγωνισμού και των λοιπών υποχρεώσεων του αναδόχου, αλλά και με βάση όλα όσα

αναλυτικά αναφέραμε στον πρώτο λόγο της προσφυγής μας, να ζητείται μόνο γενικός κύκλος εργασιών αφού οι ενδεχόμενες απαιτήσεις από την εγγυημένη λειτουργία των δεξαμενών θα μπορούσαν να καλυφθούν από το γενικό κύκλο εργασιών του υποψήφιου οικονομικού φορέα και έτσι θα εδίδετο η δυνατότητα σε περισσότερους φορείς να συμμετάσχουν και να υποβάλλουν παραδεκτή και ανταγωνιστική προσφορά, αναπτύσσοντας υγιή ανταγωνισμό. Άλλωστε αυτά τα οποία θέλει να εξασφαλίσει η αναθέτουσα αρχή (κατασκευαστικές απαιτήσεις, ορθή εκτέλεση, εξασφάλιση μακροχρόνιας εγγύησης) καλύπτονται από συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές της διακήρυξης, οι οποίες δηλώνονται ρητά στη διακήρυξη (άρθρα 1 έως 9, παραρτήματος Ι της διακήρυξης της Περιφέρειας ...), βλ. σχετ. ΑΕΠΠ 487/2021, σκέψη 23). Άλλωστε με το να αξιώνει η Αναθέτουσα Αρχή μέσο ειδικό κύκλο εργασιών προμήθειας και εγκατάστασης μεταλλικών δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου σε ύψος μόνο 35.000€ ενώ ο προϋπολογισμός της σύμβασης είναι 801.500,00 €, αναγνωρίζει ουσιαστικά ότι η παράδοση δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου κατά την τελευταία τριετία είναι σπάνια στην αγορά και ως εκ τούτου τόσο η απαίτηση να έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας κατά την τελευταία τριετία μία σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης προκατασκευασμένης μεταλλικής δεξαμενής πυρόσβεσης ανοικτού τύπου για λήψη νερού από εναέρια και επίγεια μέσα, χωρητικότητας τουλάχιστον 100 κυβικών μέτρων, ως κριτήριο τεχνικής καταλληλότητας αλλά και η απαίτηση να διαθέτει μέσο ειδικό κύκλο εργασιών προμήθειας και εγκατάστασης μεταλλικών δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου ύψους τουλάχιστον 35.000 €, ως κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας, είναι πέραν του αναλόγου μέτρου, σε μια ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία, σε σχέση με τη συνήθη εμπειρία κατάλληλων κατά τα άλλα οικονομικών φορέων στη σχετική αγορά και ως εκ τούτου οι εν λόγω όροι είναι δυσανάλογοι, θέτουν εμπόδιο στον υγιή και ελεύθερο ανταγωνισμό και δεόν όπως ακυρωθούν (σχετ. ΑΕΠΠ 22/2017, σκέψη 21)...».

22. Επειδή η αναθέτουσα ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής επάγεται τα εξής: «Για τα μέσα απόδειξης της χρηματοοικονομικής και τεχνικής επάρκειας τα οποία και περιέχονται στην διακήρυξη, θεωρούμε ως απόλυτα αναλογική την ζήτησή μας, καθώς αυτή είναι περιορισμένη στα ελάχιστα αποδεκτά. Συγκεκριμένα η ζήτησή μας: α) μέσο ειδικό κύκλο εργασιών

προμήθειας και εγκατάστασης μεταλλικών δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου ύψους τουλάχιστον 35.000 €, κατά τις τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις, σε διαδικασία όπου η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 801.500,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 646.370,97 € και ΦΠΑ : 155.129,03€) και β) «Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς κατά την αμέσως προηγούμενη τριετία από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών τουλάχιστον μία σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης προκατασκευασμένης μεταλλικής δεξαμενής πυρόσβεσης ανοικτού τύπου για λήψη νερού από εναέρια και επίγεια μέσα, χωρητικότητας τουλάχιστον 100 κυβικών μέτρων, με την υποδομή της και τον εξοπλισμό διασύνδεσης, όπως αυτός περιγράφεται στην μελέτη του παρόντος διαγωνισμού, που να αφορά δημόσια προμήθεια ή δημόσιο έργο», σε προμήθεια που περιλαμβάνει είκοσι επτά (27) τεμαχίων ανοικτών μεταλλικών κυλινδρικών δεξαμενών ονομαστικής χωρητικότητας 40 κυβικών μέτρων, τριάντα ενός (31) τεμαχίων ανοικτών μεταλλικών κυλινδρικών δεξαμενών ονομαστικής χωρητικότητας 100 κυβικών μέτρων και πέντε (5) τεμαχίων ανοικτών μεταλλικών κυλινδρικών δεξαμενών ονομαστικής χωρητικότητας 300 κυβικών μέτρων δηλαδή στο σύνολο 63 δεξαμενών, σε διαδικασία ορίων ενός διεθνούς διαγωνισμού. Δεδομένης της μη σπανιότητας του αντικειμένου στην Ελλάδα και Διεθνώς, καθώς κατασκευάζονται κατ' έτος δεξαμενές πυροπροστασίας σύμφωνα με τις προδιαγραφόμενες, διαδικασίες δημοσίων προμήθειων, δημοσίων έργων, ανταποδοτικά έργα τεχνικών εταιρειών σε δημοσιές υπηρεσίες (πχ αναφέρουμε ενδεικτικά Κεντρική Διοίκηση, Διευθύνσεις Δασών, Δασαρχεία, Ν.Π.Δ.Δ., Περιφέρειες, Δήμοι με αναδόχους κατασκευαστές και εργολήπτες τόσο από την Ελληνική Επικράτεια και την Ευρωπαϊκή Ένωση κτλ) και των χαμηλών απαιτήσεων των κριτηρίων επιλογής των οικονομικών φορέων (οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, τεχνική και επαγγελματική ικανότητα), θεωρούμε ότι εξυπηρετείται η πρόθεσή μας, σε έναν διεθνή διαγωνισμό, της πρόσβασης και της δυνατότητας συμμετοχής μικρών και μικρομεσαίων κατασκευαστών. Στην προσφυγή γίνεται αναφορά ότι «Περαιτέρω ο τρόπος που έχει καταστρωθεί η απαίτηση απόδειξης εμπειρίας από την Διακήρυξη οδηγεί στον αποκλεισμό των περισσότερων επιχειρήσεων και δη ικανότατων όπως η επιχείρησή μας» κάτι που έρχεται σε αντίθεση με

τον αριθμό ζήτησης ολοκληρωμένων συμβάσεων (μόλις 1) αλλά και με τα ύψη της χρηματοοικονομικής τεκμηρίωσης που έχουν καθοριστεί που είναι ελαφρώς ανωτέρα από τα όρια απευθείας αναθέσεων (μέσος όρος τριετίας 35.000€). Το αντικείμενο αφορά την δημόσια ασφάλεια και θεωρούμε όπως αναφέραμε και ανωτέρω, ότι οι συμμετέχοντες κατασκευαστές οφείλουν να έχουν εμπειρία στο αντικείμενο, για αυτό είναι απολύτως απαραίτητο η προσκόμιση έστω αυτών των ελάχιστων απαιτήσεων, σε βάθος μάλιστα τριετίας...».

23. Επειδή, ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής από τα στοιχεία του φακέλου και επί τη βάσει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με τη γραμματική ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016, προκύπτει ότι είναι σύνηθες η απαίτηση περί ελάχιστου ετήσιου κύκλου εργασιών συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση, η οποία απαίτηση, ωστόσο, δεν πρέπει να υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Περαιτέρω, σύμφωνα με το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α, ΜΕΡΟΣ Ι, περ. γ του εν λόγω νόμου (*«Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α)...β)...γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ'ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών»*) και αναφορικά με τον ελάχιστο κύκλο εργασιών, προβλέπεται ρητώς, ως αποδεικτικό μέσο για την ανωτέρω απαίτηση, η δήλωση του οικονομικού φορέα περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών του και κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στο τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, η οποία δεν πρέπει να υπερβαίνει τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις. Συνεπώς, είναι, καταρχήν, σύνηθες η απαίτηση εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα περί δήλωσης του ελάχιστου κύκλου εργασιών των οικονομικών φορέων συμπεριλαμβανομένου ειδικού κύκλου εργασιών που δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της

υπό ανάθεσης σύμβασης κατά τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις. Έτι περαιτέρω, η εισαγωγή σε μια Διακήρυξη απαίτησης για τη διακρίβωση ενός ελάχιστου κύκλου εργασιών εξυπηρετεί συγκεκριμένους σκοπούς και συγκεκριμένα διασφαλίζει στην αναθέτουσα Αρχή/ αναθέτοντα φορέα ότι οι υποψήφιοι ανάδοχοι αφενός μπορούν να εκτελέσουν τη σύμβαση, μαζί με τις άλλες οικονομικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις τους κατά την ίδια χρονική περίοδο, και αφετέρου είναι ικανοί να αντιμετωπίσουν τυχόν νομικές ευθύνες που θα προκύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης, όπως την παράβαση συμβατικής υποχρέωσης. Ομοίως, οι απαιτήσεις που αφορούν στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των υποψηφίων πρέπει, αφενός, να είναι κατάλληλες για την αξιολόγηση της επάρκειας του οικονομικού φορέα και, αφετέρου, να είναι προσαρμοσμένες στην υπό ανάθεση σύμβαση, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεσή της. Επομένως, το κατώτατο όριο χρηματοοικονομικής επάρκειας που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Περαιτέρω, τα οικεία κριτήρια δεν θα πρέπει να φθάνουν σε τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης (βλ. σκέψη 42 της με αρ. ΑΕΠΠ 611/2018 Απόφασης). Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι οι όροι που αφορούν στον απαιτούμενο ελάχιστο γενικό και ειδικό κύκλο εργασιών δεν καθίστανται ανάλογοι εκ μόνου του γεγονότος ότι δεν υπερβαίνουν αυτοτελώς το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, αφού τούτο συνιστά ανώτατο (καταρχήν) επιτρεπτό όριο που προβλέπεται στο άρθρο 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και όχι όριο στο οποίο δύναται άνευ ετέρου να προσφύγει η αναθέτουσα αρχή. Εν προκειμένω αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης αποτελεί η προμήθεια και εγκατάσταση υδατοδεξαμενών για την πυροπροστασία της Περιφέρειας ..., συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 646.370,97 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Τα δε καθορισμένα από την διακήρυξη ύψη σαφώς και ρητά δεν κείνται εκτός των σύννομων απαιτήσεων σύννομη ζήτηση. Επομένως, λόγω της φύσεως της προς ανάθεση σύμβασης δεν

προκύπτει ότι ο οικείος όρος έχει τεθεί μη νομίμως και κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και τούτο διότι ο όρος αυτός δεν είναι ασύνδετος και δυσανάλογος προς το αντικείμενο της προς ανάθεση συμβάσεως συμπεριλαμβανομένου του ύψους του προϋπολογισμού της συμβάσεως (ΣΤΕ ΕΑ 257/2010) ούτε παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας ούτε υπερβαίνει τα άκρα όρια της διακριτικής ευχέρειας της διοικήσεως (ΣΤΕ ΕΑ 287/2010, 288/2010, 37/2011 και 39/2011 και απόφαση 812/2009 ΣΤΕ, αλλά και ad hoc ΑΕΠΠ 105/2018 σκ.13, 611/2018). Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν απορριπτέοι, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της αναθέτουσας και της παρεμβαίνουσας. Τέλος, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως *«μόνο η εταιρεία, διαθέτει την αξιούμενη από την Διακήρυξη απαίτηση για μέσο ειδικό κύκλο εργασιών προμήθειας και εγκατάστασης μεταλλικών δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου ύψους τουλάχιστον 35.000€»* είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθώς δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ή ένα προϊόν ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώς. Αλλά ο όποιος περιορισμός του ανταγωνισμού θα πρέπει να είναι και αδικαιολόγητος, ήτοι να μην συνδέεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων με το συμβατικό αντικείμενο, γεγονός που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Συνεπώς ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

24. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της, επιδιώκει την ακύρωση του άρθρου 10 «ΕΝΗΜΕΡΩΤΙΚΑ ΕΝΤΥΠΑ», του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης (σελ. 51), το οποίο ορίζει πως:

«.....Στον υπο-φάκελο της τεχνικής προσφοράς να υποβληθούν επιπρόσθετα:

- 1. Προσπέκτους
- 2. Φωτογραφίες του συμμετέχοντα προμηθευτή, ήδη εγκατεστημένων ανοικτών δεξαμενών πυροπροστασίας, όπου θα αναγράφονται τα συμβαλλόμενα μέρη, η σχετική σύμβαση και ο τόπος εγκατάστασης.
- 3. Φωτογραφίες του συμμετέχοντα προμηθευτή, εγκατεστημένων ανοικτών δεξαμενών πυροπροστασίας σε φάσεις εγκατάστασης, όπου θα αναγράφονται τα συμβαλλόμενα μέρη, η σχετική σύμβαση και ο τόπος εγκατάστασης.

- 4. Φωτογραφίες του συμμετέχοντα προμηθευτή, εγκατεστημένων ανοικτών δεξαμενών πυροπροστασίας με τις υποδομές τους και τον εξοπλισμό διασύνδεσής τους όπως αναφέρονται στα προηγούμενα άρθρα της παρούσης μελέτης, όπου θα αναγράφονται τα συμβαλλόμενα μέρη, η σχετική σύμβαση και ο τόπος εγκατάστασης.

Σημείωση : Όλα τα ανωτέρω άρθρα και οι επιμέρους όροι είναι απαραίτητο να καλύπτονται πλήρως από τους συμμετέχοντες προμηθευτές. Τεχνικές Προσφορές οι οποίες σύμφωνα με τα ανωτέρω θα είναι ελλιπείς ή ασαφείς ή θα αποκλίνουν από τις Τεχνικές Προδιαγραφές, θα κρίνονται ως απαράδεκτες και θα απορρίπτονται». Η προσφεύγουσα επικαλείται πως «...Γενομένων δεκτών των δύο προηγούμενων λόγων της προσφυγής μας και ως αυτονόητη συνέπεια θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι και η εν λόγω απαίτηση των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης, για την προσκόμιση φωτογραφιών δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου, είναι αντίθετη στην αρχή του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού ως υπερβαίνουσα τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Μάλιστα, η Αναθέτουσα Αρχή, φαίνεται να συγχέει την έννοια των τεχνικών προδιαγραφών και της τεχνικής καταλληλότητας με την έννοια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αφού θέτει όρο απόδειξης εμπειρίας στο τμήμα των τεχνικών προδιαγραφών...Εν προκειμένω η εταιρεία μας, η οποία δεν έχει την αξιούμενη από την διακήρυξη εμπειρία της εκτέλεσης σύμβασης προμήθειας ανοικτής δεξαμενής πυροπροστασίας ανοικτού τύπου σε δημόσιο φορέα τουλάχιστον 100 κυβικών κατά την τελευταία τριετία και ως εκ τούτου δεν δύναται να προσκομίσει στον φάκελο της τεχνικής προσφοράς φωτογραφίες όπως ακριβώς αξιώνονται στο άρθρο 10 του Παραρτήματος Ι των Τεχνικών προδιαγραφών. Με βάση όλα όσα ανωτέρω αναφέραμε αλλά και με βάση όλα όσα αναλυτικά αναπτύξαμε στους δύο προηγούμενους λόγους της προσφυγής μας για την τεχνική – επαγγελματική ικανότητα και την χρηματοοικονομική επάρκεια, ο ως άνω όρος αποκλείει την εταιρεία μας αλλά και άλλους οικονομικούς φορείς αδικαιολόγητα και κατά παράβαση της αρχής του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού. Με βάση τα παραπάνω, οι ως άνω όροι της Διακήρυξης (άρθρο 10, Παραρτήματος Ι), για προσκόμιση φωτογραφιών εγκατεστημένων και σε φάση εγκατάστασης δεξαμενών πυροπροστασίας ανοικτού τύπου, είναι δυσανάλογοι και παράνομοι καθώς δεν εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στον

διαγωνισμό, δημιουργούν αδικαιολόγητα εμπόδια στον άνοιγμα της Σύμβασης στον ανταγωνισμό και δέον όπως ακυρωθούν – απαλειφθούν...».

25. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής επάγεται τα εξής: «*Η ζήτηση ενημερωτικών εντύπων και κατ' επέκταση φωτογραφιών αποτελούν αποκλειστικά και μόνο, την οπτική απεικόνιση του προσφερόμενου αντικειμένου και μάλιστα χωρίς κατασκευαστικούς περιορισμούς ή απεικόνιση των συγκεκριμένων ποιοτήτων και μεγεθών που ζητούνται στο διαγωνισμό. Η απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των κριτηρίων επιλογής έχει επιβεβαιωθεί σε προηγούμενο του διαγωνισμού στάδιο. Το άρθρο 10 της Τεχνικής Μελέτης στο σύνολό του δεν αποτελεί απόδειξη τεχνικής επάρκειας, ούτε ζητούνται για το σκοπό αυτό, καθώς δεν καθορίζουν καμίας μορφής απόδειξη εμπειρίας (πχ κατασκευή εντός τριετίας, κατασκευή με συγκεκριμένη χωρητικότητα ή ποιότητα υλικών, απόδειξη τεχνικής επάρκειας με βάση την θέση τοποθέτησης, απόδειξη χρήσης εντός του τρέχοντος έτους κτλ). Από τα ενημερωτικά έντυπα αντλούμε, όπως και από το σύνολο της τεχνικής προσφοράς του κάθε συμμετέχοντα, τα δεδομένα τα οποία και θα επιβεβαιώσουν την εναρμόνιση του κατασκευαστή με την μελέτη, την ορθότητα και την εγκυρότητα της προσφοράς του. Προφανώς δεν έχει νόημα να υποβληθούν φωτογραφίες ή προσπέκτους από κατασκευή άλλου φορέα εκτός του συμμετέχοντα κατασκευαστή ή συμμετέχουσας κοινοπραξίας προς αξιολόγηση».*

26. Επειδή ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής από τα στοιχεία του φακέλου και επί τη βάσει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών προκύπτουν τα εξής: Στο νόμο 4412/2016 ορίζεται, και δη στο Προσάρτημα Α', Παράρτημα XII, Μέρος II: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α)...β) ...γ)...δ)... ε) ..., στ)...ζ)...η)...θ)...ι)..., ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: :) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω κατά τα κριθέντα στην υπ' αριθμό 2117/2021 απόφαση ΕΣ(ΟΛΟΜ) [σκέψη 7]: «...οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να διασφαλίζουν την ορθή και έντεχνη εκτέλεση της σύμβασης, αναζητούν οικονομικούς φορείς οι οποίοι πληρούν ορισμένα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Τα κριτήρια αυτά αφορούν μεταξύ άλλων, την τεχνική και επαγγελματική

ικανότητα των υποψηφίων, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους καθώς και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Η απόδειξη του ελάχιστου επιπέδου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που θέτουν οι αναθέτουσες αρχές με τους όρους της διακήρυξης, γίνεται μόνο με τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στις σχετικές διατάξεις του άρθρου 80 παρ. 5 και του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α'. Τυχόν δε απαίτηση αποδεικτικού μέσου που δεν ορίζεται σε αυτές τις διατάξεις καθιστά τον όρο της διακήρυξης που το προβλέπει μη νόμιμο (πρβλ. ΕΛΣ Τμ. Μείζ. - Επταμ. Σύνθ. 1649/2020, σκ. 12 και 21, Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Ένωσης, αποφάσεις της 26ης Σεπτεμβρίου 2000, C-225/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, EU:C:2000:494, σκ. 87 και 88 και της 10ης Φεβρουαρίου 1982, 76/81, EU:C:1982:49, Transporoute, σκ. 8-10 και 15)....». Επομένως ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης περί προσκόμισης φωτογραφιών είναι νόμιμος καθώς ρητώς προβλέπεται στο του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 (εξ'αντιδιαστολής από την 2117/2021 απόφαση ΕΣ ΟΛΟΜ). Περαιτέρω οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως ο εν λόγω όρος δημιουργεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθώς πρώτον η πρόβλεψή του τελεί σε σύνδεση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, και δεύτερον εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει άνευ τους κανόνες του ανταγωνισμού. Τέλος, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως «η Αναθέτουσα Αρχή, φαίνεται να συγχέει την έννοια των τεχνικών προδιαγραφών και της τεχνικής καταλληλότητας με την έννοια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αφού θέτει όρο απόδειξης εμπειρίας στο τμήμα των τεχνικών προδιαγραφών» είναι απορριπτέοι διότι πρώτον προβάλλονται χωρίς επίκληση βλάβης και άρα άνευ έννομου συμφέροντος, και δεύτερον ως αόριστοι καθώς το μόνο που επικαλείται η προσφεύγουσα είναι πως «Γενομένων δεκτών των δύο προηγούμενων λόγων της προσφυγής μας και ως αυτονόητη συνέπεια θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι και η εν λόγω απαίτηση των τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης, για την προσκόμιση φωτογραφιών δεξαμενών πυρόσβεσης ανοικτού τύπου, είναι αντίθετη στην αρχή του ελεύθερου και υγιούς

ανταγωνισμού». Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της αναθέτουσας και της παρεμβαίνουσας. Συνεπώς και ο τρίτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί. Η Παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

28. Επειδή σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να καταπέσει το παράβολο της προσφεύγουσας (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 06 Ιουνίου 2022 και δημοσιεύθηκε στις 20 Ιουνίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ