

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε την 2^η Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχάλης Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 26.10.2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1548/27.10.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «****», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ***** (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης κατάλληλων μέτρων προσωρινής προστασίας, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αρ. ***** διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής προκειμένου να επαναπροκηρυχθεί με νόμιμους όρους.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, εκτύπωση ηλεκτρονικής συναλλαγής της 26.10.2020 που αφορά στην

πληρωμή του εν λόγω παραβόλου δια μέσου της EUROBANK και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών όπου στο πεδίο κατάσταση του ως άνω παραβόλου αναφέρεται η ένδειξη «Δεσμευμένο»).

2.Επειδή, με την με ***** διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την σύναψη σύμβασης για την παροχή υπηρεσίας/εργασίας με τίτλο «ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ *****» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον Συμφέρουσα από Οικονομική Άποψη Προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 99.200,00€ (συμ/νου ΦΠΑ).

3. Επειδή, η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με αρ. ***** και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ****.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 26.10.2020 στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, με την με αρ, 1836/27.10.2020 Πράξη της Προέδρου του 7ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή : α) προέβη, στις 27.10.2020 σε ανάρτηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στην 1^η σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου διενέργειας της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας στο ΕΣΗΔΗΣ και β) απέστειλε στην ΑΕΠΠ, στις 30.10.2020 τις απόψεις της τις οποίες και κοινοποίησε στον προσφεύγοντα δια της «επικοινωνίας» αυθημερόν.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ίδια αναστολής της υπό στοιχείο διαγωνιστικής διαδικασίας που σωρεύεται στην με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1548/27.10.2020 προδικαστική προσφυγή.

9. Επειδή, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή σωρεύοντας και αίτηση παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Η βλάβη, δηλαδή, αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξετάσεως αιτήσεως προσωρινής έννομης προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την ανωτέρω έννοια, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου

ενδιαφερόμενου ο οποίος και ενδιαφέρεται να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΕΑ 353/2018 σκ. 6, 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση αιτήσεως αναστολής εκτελέσεως κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ.). Τα παραπάνω ισχύουν και σε περίπτωση που ο αιτών μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη (πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ., 16/2015, 718/2012, 616/2012 κ.ά., όσον αφορά την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010 που εν προκειμένω δεν έχει διαφοροποιεί αναφορά με το έννομο συμφέρον αιτούντος προσωρινή προστασία κατά όρων διακήρυξης).

10. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι : *Άρθρο 1ο ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΤΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης Η παρούσα διακήρυξη αφορά στην τοποθέτηση και αποξήλωση *****. Αναλυτικά: CPV: ******

*Α/Α ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ Μ.Μ. 1. Ηλεκτρολογικές εργασίες τοποθέτησης των ειδών, 2. Χρήση ενός ανυψωτικού καλαθοφόρου οχήματος για την τοποθέτηση των ειδών, 3. Χρήση ενός *****.*

Άρθρο 6ο Δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό έχουν: φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή ενώσεις αυτών εγκατεστημένα σε: α) σε κράτος-μέλος της Ένωσης, β) σε κράτος-μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), καθώς και γ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρούσας παραγράφου και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης Δημοσίων συμβάσεων.

8.3 ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΚΑΤΑΛΛΗΛΟΤΗΤΑ ΑΣΚΗΣΗΣ ΤΗΣ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗΣ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΑΣ -Ο ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ: ΘΑ ΔΗΛΩΣΕΙ ΡΗΤΑ ΣΤΟ ΤΕΥΔ → Εγγραφή οικονομικού φορέα στο οικείο Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο. ΚΑΤΑΧΩΡΙΣΤΕΟ ΣΤΟ ΚΗΜΔΗΣ

8.4 ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ/ ΣΥΣΤΗΜΑΤΑ ΔΙΑΣΦΑΛΙΣΗΣ ΠΟΙΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΠΡΟΤΥΠΑ ΠΕΡΙΒΑΛΛΟΝΤΙΚΗΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ -Ο ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΣ ΦΟΡΕΑΣ: α) ΘΑ ΔΗΛΩΣΕΙ ΡΗΤΑ ΣΤΟ ΤΕΥΔ ΚΑΙ β) ΘΑ ΚΑΤΑΘΕΣΕΙ ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΣΤΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΤΙΚΟ ΣΤΑΔΙΟ – ΣΤΟΝ (ΥΠΟ)ΦΑΚΕΛΟ ΜΕ ΤΗΝ ΕΝΔΕΙΞΗ «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» ΤΑ ΚΑΤΩΘΙ: Δικαιολογητικά επί ποινή αποκλεισμού, Απαιτήσεις Ασφάλειας → Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν στην ομάδα έργου τουλάχιστον έναν Ηλεκτρολόγο Μηχανικό, ο οποίος θα πρέπει να διαθέτει πτυχίο Πανεπιστημιακής Σχολής και έναν Μηχανολόγο Μηχανικό, απόφοιτο ΤΕΙ ή άλλου Ανώτατου Τεχνολογικού Ιδρύματος.

Επιπλέον, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προσκομίσουν κατάλογο με τους συμμετέχοντες στην Ομάδα Έργου, προσκομίζοντας τα αντίστοιχα βιογραφικά σημειώματα

Όσον αφορά την Εμπειρία υποψηφίου αναδόχου, απαιτείται κατά την τελευταία τριετία να έχει εκτελέσει, με φορείς του δημοσίου, τρεις (3) παρόμοιες συμβάσεις με το αντικείμενο της διακήρυξης, που να καλύπτουν αθροιστικά το συνολικό ποσό τουλάχιστον των 80.000,00€ (μη συμ/νου ΦΠΑ). Προς απόδειξη απαιτείται η προσκόμιση βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης και οι αντίστοιχες συμβάσεις. → Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορές οφείλουν να προσκομίσουν, τις άδειες κυκλοφορίας, τα ασφαλιστήρια συμβόλαια, τα σχετικά εργοστασιακά πιστοποιητικά, καθώς και τα πιστοποιητικά καλής λειτουργίας για τα παρακάτω μηχανήματα. Α) ένα (1) ανυψωτικό καλαθοφόρο όχημα με μέγιστο ύψος εργασίας 22 μέτρα, Β) ένα (1) τηλεσκοπικό γερανό με μέγιστο ύψος εργασίας 21

μέτρα & μέγιστο φάρδος οχήματος 2 μέτρα και Γ) ένα (1) τηλεσκοπικό γερανό με μέγιστο ύψος εργασίας 49 μέτρα. Επισημαίνεται ότι τα μηχανήματα μπορεί να είναι ιδιόκτητα ή μισθωμένα. Εφόσον τα μηχανήματα είναι μισθωμένα, μαζί με τα ανωτέρω δικαιολογητικά, θα υποβληθεί προσύμφωνο μίσθωσης (με ιδιωτικό συμφωνητικό ή συμβολαιογραφική πράξη) το οποίο θα αναφέρει ότι μισθώνεται για τη συγκεκριμένη παροχή υπηρεσίας → Θα πρέπει να προσκομιστούν αντίγραφα των Διπλωμάτων όλων των χειριστών των μηχανημάτων. → Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται με την πιστοποίηση κατά ISO: 9001:2015 ή αντίστοιχες πιστοποιήσεις διεθνούς κύρους και αποδοχής για την διασφάλιση της ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών καθώς επίσης και με την πιστοποίηση σύμφωνα με το πρότυπο OHSAS:18001:2007, σχετικά με τη Διαχείριση της Υγείας και Ασφάλειας στην Εργασία.

11. Επειδή, ο προσφεύγων, κατόπιν παράθεσης σύντομου ιστορικού ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: «Ενόψει του αντικείμενου του Διαγωνισμού, η εταιρεία μας, που έχει, μεταξύ άλλων, συναφές με αυτό της επίμαχης σύμβασης αντικείμενο επαγγελματικής δραστηριότητας, όπως προκύπτει και από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο επισυναπτόμενο πιστοποιητικό μας από το Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο Αθηνών, ενδιαφέρεται να συμμετάσχει σε αυτόν. Ωστόσο, η Διακήρυξη περιλαμβάνει παράνομο όρο, ο οποίος δεν μας επιτρέπει να υποβάλουμε, σε κάθε περίπτωση, την κατά τη γνώμη μας βέλτιστη ανταγωνιστική προσφορά και να διαγωνιστούμε με άλλους οικονομικούς φορείς επί τη βάση ίσων όρων ανταγωνισμού.

Με την παρούσα προδικαστική προσφυγή, προσβάλλουμε τη Διακήρυξη εμπροθέσμως, με προφανές έννομο συμφέρον και, εν γένει, παραδεκτώς, σύμφωνα με τα άρθρα 360 επ. του Ν. 4412/2016, για τους ακόλουθους νόμιμους, βάσιμους και αληθείς λόγους.

II. Θεσμικό Πλαίσιο - Νομικές Διατάξεις σε σχέση με τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης Στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014,

σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/EK (EE L 94, σ. 65), αναφέρονται τα εξής: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της οδηγίας [...] 2004/18/EK [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...]. 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 προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]».

Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 80 παρ. 5 του ν. 4412/2016, που αποτελεί μεταφορά του άρθρου 60 της οδηγίας 2004/24 προβλέπονται: «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».

Στο, δε, Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', υπό τον τίτλο «Τεχνική ικανότητα» προβλέπεται ότι:

«Μέρος II: Τεχνική ικανότητα

Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75:

α) οι ακόλουθοι κατάλογοι:

i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές

μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία

ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία . ».

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων.

Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων / αιτών 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 στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής.

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 κατά περίπτωση αξιολόγηση με

γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13 - απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να περιορίζεται ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 17 - απόφαση 181/2016 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Στο πεδίο 4 του εν λόγω Κώδικα και δη 4.1 με τίτλο «Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής» διευκρινίζεται ότι οι οδηγίες της ΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις επαναδιακηρύσσουν ρητά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικών και οικονομικών δυνατοτήτων και τεχνικών ικανοτήτων πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας.

Οι πληροφορίες που ζητούνται πρέπει να είναι συνδεδεμένες και ανάλογες 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. Πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής

και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Δεύτερον, το κατώτατο όριο που θα καθορισθεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13 - απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων).

Από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια και 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 ικανότητας των υποψηφίων. (Βλ. ΣτΕ ΕΑ 660/2002, 528/2002, 990/2003). Η δε έλλειψη των σχετικών ικανοτήτων του συμμετέχοντος προς εκτέλεση της σύμβασης πρέπει να κρίνεται (κατά την εξέταση του φακέλου) με βάση τη συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι αφηρημένα (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13 - απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων).

Εξάλλου, όλα τα ως άνω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελευθέρου ανταγωνισμού, η οποία έχει αποτυπωθεί και στο άρθρο 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, και της Οδηγίας 2014/24, (παρατίθεται το άρθρο) Με βάση την αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού τα οποία κριτήρια επιλογής δεν θα πρέπει να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό , παρά μόνον εάν ο περιορισμός αυτός είναι απολύτως αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης. Τούτο έχει ως συνέπεια ότι τα οποία κριτήρια επιλογής , ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά , δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, και ιδίως με την προσθήκη ποιοτικών ή ποσοτικών παραμέτρων που δεν είναι απολύτως αναγκαίες για την ομαλή εκτέλεση της μέλλουσας να συναφθεί συμβάσεως, ώστε να αποκλείουν

υποψηφίους αναδόχους που θα μετείχαν στο διαγωνισμό, τονώνοντας τον ανταγωνισμό .

Εν προκειμένω από τη διακήρυξη ετέθη ο παρακάτω μη νόμιμος, περιοριστικός, δυσανάλογος ως προς το αντικείμενο αυτής όρος που παραβιάζει τις αρχές την αρχή της ίσης μεταχείρισης και οδηγεί σε a priori αποκλεισμό της προσφοράς μας η/και καθιστά αδύνατη την υποβολή προσφοράς από μέρους μας για τον κάτωθι λόγο:

III. Λόγος Προδικαστικής Προσφυγής

Παράνομη η απαίτηση η αποκτηθείσα εμπειρία να προέρχεται μόνο από τον δημόσιο τομέα.

Γίνεται δεκτό ότι στην περίπτωση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο ενδιαφερόμενος προβάλλει συγκεκριμένο ισχυρισμό του με έννομο συμφέρον, οφείλει να επικαλείται άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει 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 η να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 129, 130, 131, 146, 147, 148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, 9, 124, 189/2015, 1258, 1316/2008, 342, 670/2009 κ.α.).

Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προσφυγής ειδικά κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την υποβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήσσουν την εν γένει νομιμότητα αυτής, ενώ εξάλλου ο προσφεύγων δύναται παραδεκτως να προβάλει και ισχυρισμούς κατά ορών διακήρυξης, οι οποίοι καθιστούν ιδιαιτέρως δυσχερή την εκ μέρους του κατάρτιση ορθής, παραδεκτής και σύμφωνης με τους ορούς της διακήρυξης προσφορά (πράγμα που προϋποθέτει σαφήνεια και μονοσήμαντο χαρακτήρα των απαιτήσεων), διακινδυνεύουν την ισότιμη μεταχείριση του κατά την όλη διαδικασία προετοιμασίας, υποβολής και αξιολόγησης έως και αποδοχής προσφορών και

ανάδειξης αναδόχου, καθιστούν ασαφή τον τρόπο επιλογής αναδόχου και αποδοχής προσφορών, παραβιάζουν τυχόν τα πάσης φύσης δικαιώματά του ως μετέχοντος εντός της διαδικασίας, θεσπίζουν όρους περί της εκτέλεσης, οι οποίοι όμως θα ενσωματωθούν στη μετέπειτα σύμβαση και παραβιάζουν ή διακινδυνεύουν ήδη εκ της νυν διατύπωσης τους εντός του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, τη θέση και τα δικαιώματά του ως τυχόν αναδόχου ή επάγονται ευρεία και ανέλεγκτη ευχέρεια, ως και κίνδυνο αυθαιρεσιών από την αναθέτουσα κατά την αξιολόγηση των προσφορών (με συνακόλουθο αποτέλεσμα την έλλειψη προβλεψιμότητας και εκ μέρους του ελέγχου επί της διαδικασίας, καθώς και βλάβη στη δυνατότητά του να καταρτίσει την προσφορά του με τον βέλτιστο δυνατό τρόπο ως προς την εκ μέρους του επίτευξη ανάδειξής του ως αναδόχου). Περαιτέρω γίνεται δεκτό (βλ. ΣΤΕΟΛ. 1415/2000 σκ. 4.) ότι και κάθε οικονομικός φορέας ο οποίος προτίθεται να συμμετάσχει σε ένα διαγωνισμό μπορεί, μεταξύ των άλλων, να συμμετάσχει είτε υποβάλλοντας σχετική επιφύλαξη για τη νομιμότητα συγκεκριμένου όρου των τευχών δημοπράτησης, είτε ασκώντας τις προβλεπόμενες διοικητικές προσφυγές ή/και τα προβλεπόμενα ένδικο βοηθήματα κατά συγκεκριμένου όρου του διαγωνισμού (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ ΙΙΙ Κλιμ. 14, 40/2017).

Εν προκειμένω η ατομική μου επιχείρηση αποτελεί μία από τις πλέον γνωστές και καταξιωμένες επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών πρασίνου στην Ελλάδα. Έχοντας ιδρυθεί πριν από 20 χρόνια (2000), συνδυάζει την εμπειρία και την άριστη γνώση του αντικειμένου με την παροχή υπηρεσιών υψηλότατου επιπέδου και επαγγελματισμού, έχοντας εκτελέσει επιτυχώς πλήθος σχετικών συμβάσεων. Παράλληλα, ως επιχείρηση έχω συνάψει και περατώσει συμβάσεις με καταξιωμένους στην Ελλάδα ιδιωτικούς φορείς. Ενδεικτικά, αναφέρουμε τις

Για τον λόγο αυτό, διατηρώ, εξάλλου, σύγχρονο και επαρκή μηχανολογικό εξοπλισμό, αποτελούμενο, μεταξύ άλλων, από 3 καλαθοφόρα οχήματα, όπως απαιτεί και η διακήρυξη (άρθρο 8, παρ. 8.4), 5 φορτηγά οχήματα, 3 φορτηγά ΙΧ

για μεταφορά επιβατικού κοινού και μικρών μηχανημάτων, 2 βυτιοφόρα οχήματα και 1 φορτηγό αρπάγη *****

Επομένως, έχω εύλογο ενδιαφέρον, αλλά και εκ του νόμου και της διακήρυξης καταρχήν δικαίωμα για συμμετοχή μου στον συγκεκριμένο διαγωνισμό και προτίθεμαι να μετάσχω σε αυτόν, πλην όμως η συμμετοχή μου αποκλείεται από συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, ενώ καθίσταται η υποβολή σύμφωνης με τη διακήρυξη και ορθής προσφοράς ιδιαίτερος δυσχερής έως πρακτικά αδύνατη πληρώντας την αντίστοιχη προϋπόθεση θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντός μου (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ Ι Κλιμ. 126/2017, ΙΙΙ Κλιμ. 14, 40/2017, V Κλιμ. 56-57/2017, VI Κλιμ. 120/2017). Έτσι, ως εξαρχής αποκλειόμενος από την τελεσφόρα συμμετοχή μου στον διαγωνισμό και από οποιαδήποτε πιθανότητα να αναλάβω την παραπάνω δημόσια σύμβαση, αλλά συγχρόνως και παρεμποδιζόμενος ιδιαίτερος στη σύνταξη ορθής προσφοράς, αφού αυτή είναι αδύνατη δεδομένων των όρων της διαδικασίας, παρότι προτίθεμαι να υποβάλω προσφορά και να μετάσχω στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, αλλά και επειδή συγκεκριμένος όρος διακινδυνεύει την τελεσφόρα συμμετοχή μου στον διαγωνισμό και την προσφορά μου με αποκλεισμό, εξ όλων των ανωτέρω προκύπτει ότι το έννομο συμφέρον μου είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώς (βλ. ΣΤΕ 213, 328/2011, 4124/2010, 2817/2008, ΟΛΣΤΕ 1002/2007, 280/1996) για την προσβολή της συγκεκριμένης πλημμέλειας και παράλειψης της διακήρυξης, η οποία παραβιάζει την αρχή της διαφάνειας και διακινδυνεύει την τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ ΙΙΙ Κλιμ. 71/2017, VI Κλιμ. 120/2017).

Εν προκειμένω, στο άρθρο 8, Δικαιολογητικά συμμετοχής-Περιεχόμενο προσφορών, και συγκεκριμένα στην παρ. 8.4, αναφέρονται τα εξής: «Αναφορικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα/συστήματα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης-Ο Οικονομικός Φορέας:

α) ΘΑ ΔΗΛΩΣΕΙ ΡΗΤΑ ΣΤΟ ΤΕΥΔ ΚΑΙ

β) ΘΑ ΚΑΤΑΘΕΣΕΙ ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ ΣΤΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΤΙΚΟ ΣΤΑΔΙΟ - ΣΤΟΝ (ΥΠΟ)ΦΑΚΕΛΟ ΜΕ ΤΗΝ ΕΝΔΕΙΞΗ «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» ΤΑ ΚΑΤΩΘΙ:

Δικαιολογητικά επί ποινή αποκλεισμού, Απαιτήσεις Ασφάλειας

- Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν στην ομάδα έργου τουλάχιστον έναν Ηλεκτρολόγο Μηχανικό, ο οποίος θα πρέπει να διαθέτει πτυχίο Πανεπιστημιακής Σχολής και έναν Μηχανολόγο Μηχανικό, απόφοιτο ΤΕΙ ή άλλου Ανώτατου Τεχνολογικού Ιδρύματος. Επιπλέον, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προσκομίσουν κατάλογο με τους συμμετέχοντες στην Ομάδα Έργου, προσκομίζοντας τα αντίστοιχα βιογραφικά σημειώματα.

- Όσον αφορά την εμπειρία υποψηφίου αναδόχου, απαιτείται κατά την τελευταία τριετία να έχει εκτελέσει, με φορείς του δημοσίου, τρεις (3) παρόμοιες συμβάσεις με το αντικείμενο της διακήρυξης, που να καλύπτουν αθροιστικά το συνολικό ποσό τουλάχιστον των 80.000,00€ (μη συμ/νου ΦΠΑ). Προς απόδειξη απαιτείται η προσκόμιση βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης και οι αντίστοιχες συμβάσεις ... ».

Όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, αποτυπούμενη στη διάταξη του άρ. 75 παρ. 4, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκαλυμμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017, ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, 03/88, Επιτροπή κατά Γαλλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά δαλίας, Συλλογή 1 -1992, σ, 3401, σκ. 11).

Επίσης γίνεται δεκτό ότι το άρθρο 78 παρ. 4 του νόμου, αφενός μεν απαριθμεί εξαντλητικά, τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, αφετέρου δε, -σε αντίθεση με το κριτήριο της οικονομικής και

χρηματοοικονομικής επάρκειας των οικονομικών φορέων, που υπάρχει σχετική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής -, καθιερώνει με την παρ. 4 του άρθρου 80 ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές και, ως εκ τούτου, τις δυνατότητές τους να καθορίζουν τις αντίστοιχες απαιτήσεις για τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες.

Και τούτο διότι, μολονότι το άρθρο 78, παράγραφος 4, της εν λόγω οδηγίας παρέχει στην αναθέτουσα αρχή τη δυνατότητα να ορίζει ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων στα οποία πρέπει να ανταποκρίνεται ο διαγωνιζόμενος προκειμένου η προσφορά του να μπορεί να ληφθεί υπόψη για την ανάθεση της σύμβασης, εντούτοις, κατά την παράγραφο 5 του άρθρου 80, τα επίπεδα αυτά πρέπει να καθορίζονται με βάση τα στοιχεία που απαριθμούνται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII αυτής, όσον αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες.

Στην υπό κρίση υπόθεση, ο ως άνω όρος, που τέθηκε από την Αναθέτουσα Αρχή στην παρ. 8.4 του άρθρου 8, παραβιάζει ευθέως τα στοιχεία που απαριθμούνται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII, όσον αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες και συγκεκριμένα το εδάφιο όπου ορίζεται ότι αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων μπορεί να είναι: «ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία . ».

Όπως προκύπτει από την ως άνω διατύπωση, ο κοινοτικός νομοθέτης δεν κάνει διάκριση ανάμεσα σε εμπειρία αποκτηθείσα από συνεργασία με το δημόσιο ή τον ιδιωτικό τομέα αλλά ζητεί διαζευκτικά κατάλογο υπηρεσιών από τον δημόσιο ή

τον ιδιωτικό παραλήπτη. Συνεπώς είναι πρόδηλο ότι η απαίτηση της διακήρυξης παραβιάζει τις βασικές αρχές του ενωσιακού δικαίου.

Με τον τρόπο αυτό παραβιάζεται ο πυρήνας του ενωσιακού δικαίου στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (παραβίαση των αρχών του ελεύθερου ανταγωνισμού) αφού περιορίζεται άνευ προφανούς ερείσματος και χωρίς καμία ειδική αιτιολογία το αντικείμενο της τεχνικής καταλληλότητας σε εμπειρία αποκτηθείσα αποκλειστικά σε συνεργασία με το δημόσιο, περιορίζοντας τον κύκλο των δυνητικά δυναμένων να συμμετάσχουν εταιρειών. Μάλιστα, εκ του αντικειμένου της σύμβασης δεν δικαιολογείται ο περιορισμός της εμπειρίας σε συμβάσεις που προέρχονται μόνο από ΟΤΑ, αφού σχετικές συμβάσεις συνάπτονται και με άλλους φορείς του Δημοσίου ή και ιδιωτικούς φορείς (λ. χ. μεγάλες εταιρείες, εμπορικά καταστήματα).

Παράλληλα με αυτόν τον μη νόμιμο και περιοριστικό όρο, η εταιρεία μου που διαθέτει πολυετή εμπειρία στον χώρο, συνεργαζόμενη με εταιρείες του ιδιωτικού τομέα, όπως αναφέρουμε ανωτέρω, τίθεται αυτομάτως εκτός του πλαισίου του διαγωνισμού.

Τονίζεται ότι σε σχέση με τον όρο αυτό παρεμφερώς έχει κριθεί από τα Δικαστήρια (βλ. ΣτΕ 1 135/2010, ΣτΕ (Ασφ) 491/2009, ΔΕφΚομοτηνής Ν 39/2017) ότι ο όρος κατά το μέρος που αφορά στην απαίτηση ο υπεύθυνος έργου και ο αναπληρωτής υπεύθυνος έργου να έχουν ο καθένας εμπειρία στην παροχή συμβουλευτικών υπηρεσιών αποκτηθείσα μόνον από τον ευρύτερο δημόσιο παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της αναλογικότητας καθότι αποκλείει, σε κάθε δε περίπτωση δυσχεραίνει, a priori τη συμμετοχή στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων οι οποίοι διαθέτουν στελέχη που έχουν αποκτήσει την ζητούμενη εμπειρία στον ιδιωτικό και όχι στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, χωρίς να υπάρχει σοβαρός λόγος δημοσίου συμφέροντος προς τούτο. Τέλος επισημαίνεται ότι το κριτήριο υπ' αρ. 5 ετέθη εσφαλμένα ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας ενώ αποτελεί κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας.

Με την προσθήκη, όμως, του όρου αυτού η εταιρεία μου υφίσταται βλάβη, αφού αν και διαθέτει τη ζητούμενη εμπειρία από συμβάσεις που προέρχονται από τον ιδιωτικό τομέα, δεν της επιτρέπεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό παρανόμως επειδή δεν διαθέτει εμπειρία από συμβάσεις Δημοσίου.

Συνεπώς, η παρούσα διακήρυξη πάσχει, ως περιέχουσα όρο που αντίκειται στις διατάξεις του νόμου, και θα πρέπει να ακυρωθεί.

(12) ΑΙΤΗΜΑ ΑΝΑΣΤΟΛΗΣ - ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ

...Επειδή, όπως προκύπτει από τους λόγους της παρούσας προδικαστικής προσφυγής μας, ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης είναι παράνομος διότι περιορίζει υπέρμετρα και αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, για τους λόγους που αναλυτικώς προβάλλονται ανωτέρω στην παρούσα προσφυγή.

Επειδή λόγω του παράνομου προσβαλλόμενου όρου της Διακήρυξης, καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή της εταιρείας μας στον εξεταζόμενο διαγωνισμό -για τους λόγους που επίσης αναλυτικώς προβάλλονται ανωτέρω στην παρούσα προσφυγή μας - και κατά συνέπεια δεν είμαστε αντικειμενικώς σε θέση να υποβάλουμε νόμιμη και παραδεκτή προσφορά, αποκλειόμενοι παρανόμως από την ανάθεση της σύμβασης.

Επειδή σε περίπτωση που ο διαγωνισμός διενεργηθεί, με τους συγκεκριμένους παράνομους όρους, θα δημιουργηθεί σε βάρος της εταιρείας μας προδήλως βλάβη, λόγω της μη συμμετοχής της στον διαγωνισμό, η οποία βλάβη δεν θα είναι δυνατόν να επανορθωθεί όταν θα ευδοκιμήσει η παρούσα προδικαστική προσφυγή και ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης που καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό, οδηγώντας με τον τρόπο αυτό στη δημιουργία τετελεσμένων και μη αναστρέψιμων καταστάσεων, οι οποίες δεν θα είναι δυνατόν να ανατραπούν λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Επειδή η παρούσα προδικαστική προσφυγή είναι προδήλως παραδεκτή και βάσιμη Επειδή δεν συντρέχει κανένας λόγος δημοσίου συμφέροντος που να επιβάλλει την άμεση διενέργεια του ελεγχόμενου διαγωνισμού.

Για τους λόγους αυτούς, που είναι νόμιμοι και βάσιμοι, και προκειμένου να αποτραπεί η ζημία των εννόμων συμφερόντων της εταιρείας μας, η οποία έχει

προφανές ενδιαφέρον να της ανατεθεί η προκηρυχθείσα σύμβαση και πλήττεται από την παράβαση των διατάξεων της εθνικής και της ενωσιακής νομοθεσίας, ζητούμε να ανασταλεί η πρόοδος του προσβαλλόμενου διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής μας και να υποχρεωθεί η αναθέτουσα αρχή να μεταθέσει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο διαγωνισμό σε χρόνο πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασης της Αρχής επί της προσφυγής μας.

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις με αρ. πρωτ. **** απόψεις της ισχυρίζεται ότι Ως μοναδικό λόγο προσφυγής η άνω εταιρεία προβάλλει την αντίθεση προς την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και το ν. 4412/2016 του όρου σύμφωνα με τον οποίο οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα πρέπει να καταθέσουν – μεταξύ των άλλων δικαιολογητικών- και τουλάχιστον τρεις παρόμοιες συμβάσεις που έχουν συνάψει με φορείς του Δημοσίου, καθώς και τις αντίστοιχες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο συγκεκριμένος όρος περιορίζει υπέρμετρα τον υγιή ανταγωνισμό υποψηφίων, παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης και αποκλείει από την πρόσβασή τους στον διαγωνισμό υποψηφίους οι οποίοι και μεν θα ήθελαν να συμμετέχουν στη δημοπρασία, δεν έχουν όμως να επιδείξουν παρόμοιες συμβάσεις με άλλους δημόσιους φορείς. Με αυτό το περιεχόμενο η υπό κρίση προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί για τους κάτωθι λόγους:

Ι. Κατ' αρχάς ο προσφεύγων δεν θεμελιώνει επαρκώς το έννομο συμφέρον, το οποίο επικαλείται ότι υφίσταται στο πρόσωπό του για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής και τούτο διότι: (α) Δεν αναφέρει στην υπό κρίση προσφυγή του ότι υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό, έστω με επιφύλαξη των δικαιωμάτων του για το λόγο ότι θεωρεί μη νόμιμο τον συγκεκριμένο όρο του. (β) Δεν μνημονεύει σε κανένα σημείο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής του αν έχει συνολικά τις προϋποθέσεις, ώστε να συμμετέχει νομίμως στον διαγωνισμό. Ειδικότερα, ο προσφεύγων αναφέρει αορίστως ότι έχει σημαντική εμπειρία στο πλαίσιο της επαγγελματικής του δραστηριότητας. Ως τομέα της επαγγελματικής

του δραστηριότητας προσδιορίζει την «παροχή υπηρεσιών πρασίνου». Επομένως, καίτοι διαμαρτύρεται περί του ότι δήθεν η πρόβλεψη της διακήρυξης σύμφωνα με την οποία δεκτοί στον διαγωνισμό θα γίνονται οι οικονομικοί φορείς έχουν συνάψει παρόμοιες συμβάσεις με δημόσιους φορείς, τον αποκλείει παράνομα από τον διαγωνισμό, διότι δήθεν αυτός δεν έχει συνάψει τέτοιες συμβάσεις με δημόσιους φορείς, εντούτοις αυτός δεν μνημονεύει καν αν έχει συνάψει «παρόμοιες συμβάσεις» έστω με ιδιωτικούς φορείς. Αντίθετα, γενικώς και αορίστως αναφέρει ότι έχει παράσχει υπηρεσίες πρασίνου σε φορείς, όπως*****. Κατά συνέπεια και ελλείψει οποιασδήποτε αναφοράς περί του ότι ο προσφεύγων έχει στο παρελθόν εκτελέσει επιτυχώς παρόμοιες συμβάσεις τοποθέτησης και αποξήλωσης θα πρέπει να κριθεί ότι ούτως ή άλλως δεν θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής. (γ) Περαιτέρω, όμως, επίσης από κανένα σημείο της προσφυγής δεν προκύπτει ότι συνέτρεχαν στο πρόσωπο του προσφεύγοντος και οι υπόλοιπες προβλεπόμενες προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, καθότι αυτός – πέραν μίας γενικής αναφοράς περί του ότι έχει στην κυριότητά του σύγχρονο και επαρκή μηχανολογικό μηχανισμό και μία ενδεικτική απαρίθμηση αυτού ουδέν αναφέρει σχετικά με το αν διαθέτει τα υπόλοιπα δικαιολογητικά που απαιτείται να συμπεριληφθούν στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς και άρα αν θα μπορούσε ούτως ή άλλως να συμμετέχει στον συγκεκριμένο διαγωνισμό. II. Περαιτέρω όμως η πρόβλεψη του όρου, σύμφωνα με τον οποίο οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα πρέπει να καταθέσουν –μεταξύ των άλλων δικαιολογητικών- και τουλάχιστον τρεις παρόμοιες συμβάσεις που έχουν συνάψει με φορείς του Δημοσίου, καθώς και τις αντίστοιχες βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, παρίσταται ως απολύτως αιτιολογημένη, ενόψει του ότι με αυτή επιδιώκεται να διαπιστωθεί ότι ο υποψήφιος ανάδοχος έχει τη σχετική ελάχιστη επαρκή εμπειρία ανάληψης και προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης. Ως γνωστό η τοποθέτηση και αποξήλωση εορταστικού *****είναι μία σύνθετη και πολύπλοκη εργασία με ιδιαίτερες απαιτήσεις. Η έκταση και το είδος της εργασίας επιπλέον, δεν προσιδιάζει, κατά τους κανόνες της λογικής και την κοινή πείρα, σε εργασία που

θα ανέθετε ένας ιδιώτης, δεδομένου ότι ποτέ ένας ιδιώτης δεν θα μεριμνούσε για τον στολισμό μίας ολόκληρης πόλης. Κατά λογική αναγκαιότητα, λοιπόν, η ανάγκη απόδειξης εμπειρίας αποδεικνυόμενη από την εκτέλεση «παρόμοιων» συμβάσεων συνδέεται με την εκτέλεση συμβάσεων με δημόσιους φορείς, άλλως δεν υπάρχει ιδιωτικός φορέας που να έχει αναθέσει παρόμοια σύμβαση σε ανάδοχο. Εξάλλου, η εμπειρία στην ***** συνδέεται με την ανάγκη εξασφάλισης ενός υψηλού επιπέδου ασφάλειας κατά την εκτέλεση της συγκεκριμένης εργασίας, καθώς κατά τη διάρκεια εκτέλεσής της πρέπει να τηρούνται συγκεκριμένες προδιαγραφές τοποθέτησης ή αποξήλωσης, λειτουργίας και συντήρησης, δεδομένου ότι η μη τήρηση των εν λόγω προδιαγραφών μπορεί να εγείρει ζητήματα ασφάλειας των ηλεκτρολογικών εγκαταστάσεων. Βάσει των παραπάνω, η προβλεπόμενη στον παρόντα όρο προϋπόθεση συμμετοχής συμβάλλει στην περαιτέρω*****, καθώς λόγω του μεγέθους και της πολυπλοκότητας του έργου (*****), η ανάθεσή του σε συμμετέχοντα ο οποίος έχει αναλάβει ανάλογα έργα στο παρελθόν παρέχει εχέγγυα καλής εκτέλεσης (βλ. π.χ. ΣτΕ 3627/2009). Ενόψει των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι η συγκεκριμένη πρόβλεψη της διακήρυξης αιτιολογείται πλήρως και επαρκώς, με αναφορά σε συγκεκριμένα κριτήρια τα οποία έλαβε υπόψη η αναθέτουσα αρχή και με βάση τα οποία κατέληξε στην περίληψη του εν λόγω όρου στο κείμενο της διακήρυξης. Με βάση τα ανωτέρω κριτήρια ***** κατέληξε στο συμπέρασμα ότι είναι απαραίτητη η αναζήτηση επαρκούς αντίστοιχης εμπειρίας και άρα αιτιολόγησε πλήρως την περίληψη του συγκεκριμένου όρου στη διακήρυξη.

13. Επειδή, η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης [...]»

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016, ορίζεται : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.

[...] 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος». Περαιτέρω στο προσάρτημα Α Παράρτημα ΧΙΙ Μέρος ΙΙ: Τεχνική ικανότητα, ορίζεται Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών

ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75:

α) οι ακόλουθοι κατάλογοι:

i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία πενταετία,

ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία·

β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· για την εκτέλεση του έργου·

γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του·

δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης·

ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματος της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο

πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού· ο έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας·

στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης·

ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης·

η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια·

θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης για την εκτέλεση της σύμβασης·

ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας·

ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται:

i) 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.

15. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, και σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της

σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον *«Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις»* και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο *«Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής»* διευκρινίζεται ότι *«...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί*

υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφεαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό.....»

16.Επειδή, έχει κριθεί ότι «η απαίτηση προμήθειας σε δημόσια ή πανεπιστημιακά νοσοκομεία και, περαιτέρω, καθιστά το πελατολόγιο αυτό κριτήριο εξεύρεσης της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, δημιουργεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό, στο πλαίσιο της οικείας αγοράς, και αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών (πρβλ. ΕΑ 573/2009). Εξάλλου, η απαίτηση υποβολής τέτοιου πελατολόγιου δεν βρίσκει έρεισμα στο άρθρο 46 του π.δ. 60/2007 (Α΄ 64), το οποίο ρυθμίζει τα σχετικά με τον έλεγχο και την απόδειξη της καταλληλότητας, από απόψεως τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, του προσφέροντος, χωρίς να προβλέπει τέτοιο κατάλογο, αλλά «την υποβολή καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων ή υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη» (βλ. παρ. 2, περιπτ. α΄, υποπεριπτ. ii). Τούτων έπεται ότι οι δύο ανωτέρω όροι της επίδικης διακήρυξης είναι παράνομοι, όπως βάσιμα προβάλλεται με την κρινόμενη αίτηση, και πρέπει να ακυρωθούν, περαιτέρω, δε, είναι ακυρωτέα και η υπό στοιχ.***** . 6. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση, όπως η παρούσα, ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95), είναι δε απορριπτέα τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την αιτούσα. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη διακήρυξη του ανωτέρω διαγωνισμού πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της (ΣτΕ 1135/2010 αλλά και Κατευθυντήρια Οδηγία με αρ. 13 ΘΕΜΑ: Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος

καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της ΕΑΑΔΗΣΥ σελ. 19).

17. Επειδή, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1, 94 και 95 του Συντάγματος, συνάγεται ότι ο κοινός νομοθέτης υποχρεούται να εξασφαλίζει τη δυνατότητα έννομης προστασίας έναντι των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών. Η προστασία αυτή, δεν αφορά μόνο την οριστική επίλυση της διαφοράς, αλλά περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία, δηλαδή τη λήψη του μέτρου που κρίνεται κατάλληλο για να αποσοβηθεί η ανεπανόρθωτη βλάβη, που κατά περίπτωση συνδέεται με την άμεση εκτέλεση της διοικητικής πράξης, ήτοι για να αποσοβηθεί η ματαίωση του σκοπού, για τον οποίο παρέχεται το κύριο ένδικο βοήθημα. Ως ανεπανόρθωτη δε βλάβη, η αποσόβηση της οποίας καθιστά, συνταγματικά επιβεβλημένη την παροχή προσωρινής προστασίας, νοείται όχι μόνον η κατά κυριολεξία μη αναστρέψιμη, αλλά και εκείνη, της οποίας η αποκατάσταση, υπό τις συγκεκριμένες οικονομικές και λοιπές συνθήκες, είναι για το διάδικο δυσχερής σε τέτοιο βαθμό, ώστε να αδυνατεί πράγματι να την επιτύχει. Περίπτωση δε πρόδηλης βασιμότητας του κύριου ένδικου βοηθήματος συντρέχει, ιδίως, όταν αυτό βασίζεται σε πάγια νομολογία ή σε νομολογία της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικράτειας και, πάντως, όχι όταν πιθανολογείται απλώς η ευδοκίμησή του (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011).

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των*

θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

19. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως απαράδεκτη – ως και προδήλως αβάσιμη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

20.Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου

του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των – κατ'ελάχιστον - αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

21.Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

22. Επειδή, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλομένη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, σύμφωνα και με τους ανωτέρω προβαλλόμενους ισχυρισμούς, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

23. Επειδή εν προκειμένω α) η υπό εξέταση προσφυγή έχει ασκηθεί καταρχήν παραδεκτώς απορριπτόμενων των ισχυρισμών της αναθέτουσας

αρχής ότι δεν αναφέρει στην υπό κρίση προσφυγή του ότι υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό, έστω με επιφύλαξη των δικαιωμάτων του και τούτο διότι 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) και, ως εκ τούτου, εφόσον στην κρινόμενη προσφυγή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εμποδίζεται να υποβάλει προσφορά, έχει επίσης και τη δυνατότητα να μην υποβάλει καν προσφορά χωρίς τούτο να έχει έννομες συνέπειες σε σχέση με το παραδεκτό της προσφυγής του, ομοίως απορριπτέος κρίνεται και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι δεν μνημονεύει σε κανένα σημείο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής του αν έχει συνολικά τις προϋποθέσεις, ώστε να συμμετέχει νομίμως στον διαγωνισμό και τούτο διότι υπευθύνως δήλωσε ότι η συμμετοχή του αποκλείεται από τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης και μόνο, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής του διαγωνισμού θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του, γ) ο λόγος της προσφυγής δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμος και δ) δεν υφίσταται επίκληση ζημίας ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, δηλαδή σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων

συμφερόντων της προσφεύγουσας, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

25.Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

26.Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

27. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής του προσφεύγοντος.

Διατάσσει την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 02.11.2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Ελένη Λεπίδα