

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

(Με τον προϊσχύσαντα σχηματισμό του κατά την μεταβατική περίοδο, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1/2018 κατά πλειοψηφία απόφασης της Ολομέλειας ΑΕΠΠ σύμφωνα με την οποία συγκροτήθηκαν νέα Κλιμάκια με ταυτόχρονη εν όλω ανασυγκρότηση των υφιστάμενων Κλιμακίων)

Συνήλθε στην έδρα της την 10^η Σεπτεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας που ενσωματώνεται στην από 30-8-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 871/31-8-2018 της εταιρείας με την επωνυμία, με έδρα στην, ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ΙΚΑΡΙΑΣ (αναθέτουσα αρχή) που εδρεύει στον Άγιο Κήρυκο, Ικαρίας, και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται ι) να ακυρωθεί η με αριθ. πρωτ. 3678/2018 Διακήρυξη του Δήμου Ικαρίας, με αντικείμενο την «Προμήθεια και Εγκατάσταση Συστήματος Αποσιδήρωσης-Απομαγνητίωσης για την Ύδρευση του Δ.Δ. Ραχών (Γεώτρηση Χάρακα)», επί σκοπώ επαναπροκήρυξης του Διαγωνισμού, κατόπιν απάλειψης, άλλως προσήκουσας αναπροσαρμογής των πλησσομένων με την προσφυγή όρων της διακήρυξης, ii) να κληθεί να παραστεί κατά τη συζήτηση της προσφυγής, προκειμένου να αναπτύξει τους ισχυρισμούς της, iii) να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου, iv) να ανασταλεί η εκτέλεση της Διακήρυξης, v) να διαταχθεί η αναθέτουσα αρχή, όπως απόσχει από κάθε ενέργεια (π.χ. κατάθεση και εξέταση προσφορών, ανάδειξη μειοδότη), η οποία θα βασίζεται

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

ή θα λαμβάνει υπόψη της τους πλησσόμενους όρους της διακήρυξης, vi) να διαταχθεί κάθε πρόσφορο μέτρο για τη μη συνέχιση της διαδικασίας, vii) να κληθεί, όπως παραστεί κατά την εξέταση του αιτήματος για την χορήγηση προσωρινών μέτρων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό 230997255958 1029 0007, με ένδειξη κατάστασης «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», και αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην Alpha Bank της 30-8-2018).

2. Επειδή με την με αριθ. πρωτ. 3687/2018 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Δημόσιος Ανοικτός Διαγωνισμός για την «προμήθεια και εγκατάσταση μιας μονάδας αποσιδήρωσης-απομαγνητίωσης νερού γεώτρησης της περιοχής Χάρακα του Δ.Δ. Ραχών του Δήμου Ικαρίας προς συνολική ωριαία παραγωγή κατ' ελάχιστον 30 m³/h επεξεργασμένου νερού - σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές - με σκοπό την παροχή, επί 24ώρου βάσεως, νερού κατάλληλου για πόση από τους κατοίκους και τους επισκέπτες του Δ.Δ. Ραχών.» (CPV 42912300-5), εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 80.645 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέση ποιότητας – τιμής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC003560934/10-8-2018, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό 62764.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα την 30-8-2018, μέσω της «*Επικοινωνίας*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι α) η προσβαλλόμενη διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 10-8-2018, β) η κρινόμενη προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου, και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 30-8-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο εδ. (γ) της παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. γ) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

7. Επειδή κατ' αρχήν, και με την επιφύλαξη των σκ. 8 και 9, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής του διαγωνισμού, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης που αφορούν στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των διαγωνιζομένων, οι οποίοι όροι κατά τους ισχυρισμούς της προσκρούουν στον νόμο, είναι αντιφατικοί, επιτρέπουν την συμμετοχή στον διαγωνισμό φωτογραφικά σε μη κατονομαζόμενη εταιρεία, και αποκλείουν ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς την ευρεία συμμετοχή στον διαγωνισμό εταιρειών, μεταξύ των οποίων και η ίδια η προσφεύγουσα, η οποία δηλώνει ότι δραστηριοποιείται *«με πλούσια εμπειρία στον κλάδο της κατασκευής, προμήθειας, εγκατάστασης και λειτουργίας μονάδων αφαλάτωσης, αλλά και φίλτρανσης (αποσιδήρωσης – απομαγνησίωσης) τόσο στην Ελλάδα, όσο και στο εξωτερικό»* και ενδιαφέρεται *«να εκδηλώσει ενδιαφέρον συμμετοχής στον ως άνω Διαγωνισμό, εντούτοις κωλύεται, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς να το πράξει και δη με εύλογες πιθανότητες επιτυχίας»*, εξαιτίας των πλησσομένων όρων της διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

8. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού κατόπιν απάλειψης άλλως τροποποίησης των όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Και τούτο ιδία επειδή σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017 επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης – όπως εν προκειμένω επιδιώκεται- η ΑΕΠΠ ακυρώνει την πράξη ενώ σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ να διατάξει την τροποποίηση της προσβαλλόμενης πράξης ή/και την απαναδημοπράτηση της προμήθειας.

9. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως στο μέτρο που αιτείται να κληθεί η προσφεύγουσα να παρασταθεί κατά την εξέταση της προσφυγής. Και τούτο ιδία επειδή i) δεν προβλέπεται στις οικείες διατάξεις και ιδία στα άρθ. 362 και 367 παρ. 1 ν. 4412/2016, και άρθ. 7, 13 και 18 παρ. 2 του ΠΔ 39/2-17 η εξέταση της προσφυγής παρισταμένου του προσφεύγοντος προς ανάπτυξη των ισχυρισμών του, ενώ εξ άλλου ii) σύμφωνα με τη νομολογία, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους των θιγομένων προσώπων ικανοποιεί αυτή καθ' εαυτή το δικαίωμα ακρόασής τους, λόγω της ανάγκης ταχείας περατώσεως των διαφορών εκ διοικητικών συμβάσεων (βλ. ΣτΕ ΕΑ 620/2011, ΣτΕ Ασφ 554/08, ΣτΕ 2381/2009, ΔΕΦΠΑτρ. 29/2016). Επομένως, εφόσον η προσφεύγουσα είχε τη δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ με την υπό κρίση προσφυγή της, δεν δικαιούται όπως –πλέον τούτου- παρίσταται κατά την εξέταση της προσφυγής.

10. Επειδή την 31-8-2018 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό εξέταση προσφυγή μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού κατά τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017.

11. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ιδία αναστολής του διαγωνισμού νόμιμα εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν των με αριθ. 1162/2018 και 1163/2018 πράξεων της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, αντιστοίχως «περί ορισμού εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή» και «περί κλήσεως της

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

αναθέτουσας αρχής σε εξέταση της αίτησης αναστολής και ορισμού προσωρινών μέτρων».

12. Επειδή, στον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, με την τίτλο «**2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα**» προβλέπεται ότι «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: **α)** κατά τη διάρκεια των **τελευταίων δέκα (10) ετών (2007-2016)**, να έχει εκτελέσει τουλάχιστον **μια (1) παράδοση** μονάδας φίλτρανσης (αποσιδήρωσης – απομαγνησίωσης) δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των **30 m³** ανά ώρα, που είναι εγκατεστημένη σε ελληνικό Δήμο ή ΔΕΥΑ και λειτουργεί πάνω από δώδεκα (12) μήνες..... **δ)** Ο κατασκευαστής του συστήματος, επίσης θα πρέπει να έχει εγκαταστήσει σε ελληνικούς Δήμους ή ΔΕΥΑ, τουλάχιστον πέντε (5) μονάδες επεξεργασίας νερού (φίλτρανσης ή αφαλάτωσης) δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 300m³/d την προηγούμενη πενταετία (2012, 2013, 2014, 2015, 2016) από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, τις οποίες υποστηρίζει τεχνικά.» Και περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 2.2.9.2 με τον τίτλο «**2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα**» περ. Β. 4 : «**B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν:** □ Κατάλογο στον οποίο αναφέρονται οι κυριότερες παραδόσεις (κατά τις δέκα προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις, δηλαδή 2007-2016) μονάδων φίλτρανσης που να λειτουργούν για περισσότερο από 12 μήνες, καθώς και οι παραλήπτες Δημοσίου ή Ιδιωτικού τομέα. Ο κατάλογος θα συνοδεύεται από πιστοποιητικά εμπρόθεσμης παράδοσης και καλής λειτουργίας ώστε να αποδεικνύεται η απαιτούμενη ως άνω τεχνική ικανότητα. Στην περίπτωση που ο παραλήπτης ανήκει στο δημόσιο τομέα, οι παραδόσεις αποδεικνύονται με πρόσφατα σχετικά έγγραφα της αρμόδιας Υπηρεσίας, στα οποία θα πιστοποιείται η έντεχνη, επιτυχή, αποτελεσματική εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία της μονάδας αφαλάτωσης, η εμπρόθεσμη ή μη παράδοσή της και η καλή λειτουργία αυτής. Στην περίπτωση που ο παραλήπτης ανήκει στον ιδιωτικό τομέα, οι παραδόσεις κ.λπ. ως άνω βεβαιούνται από τον παραλήπτη με επίσημο έγγραφό του που θα υπογράφεται/σφραγίζεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο. Επισημαίνεται ότι δηλούμενες παραδόσεις, που δεν θα συνοδεύονται από τα προαναφερθέντα πιστοποιητικά εμπειρίας, δεν θα

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

λαμβάνονται υπόψη. Επί ποινή αποκλεισμού, ο παραπάνω κατάλογος θα πρέπει να περιέχει τουλάχιστον μία μονάδα φίλτρανσης (αποσιδήρωσης – απομαγνησίωσης) δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 30 m³ ανά ώρα, που είναι εγκατεστημένη σε ελληνικό Δήμο ή ΔΕΥΑ και λειτουργεί πάνω από δώδεκα (12) μήνες....»

13. Επειδή, με τον Π. Α. 2 λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 301, 304, 305, 308, 75, 80, το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, τις κατευθυντήριες Οδηγίες 13 και 17 – αποφάσεις 303/2015 και 181/2016- της ΕΑΑΔΗΣΥ, το πεδίο 4.1 του Ευρωπαϊκού Κώδικα Βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις τον αναφέρει ότι οι παραπάνω όροι της διακήρυξης δεν είναι σύνομοι επειδή «..τοιαύτη συρρίκνωση του πεδίου των θεωρούμενων ως πρόσφορων για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των διαγωνιζομένων, **σε παρόμοιες παραδόσεις/εγκαταστάσεις που έχουν γίνει ΜΟΝΟ σε Δήμους ή Δημοτικές Επιχειρήσεις Ύδρευσης και Αποχέτευσης και μάλιστα ΜΟΝΟ στην Ελλάδα** περιορίζει αδικαιολογήτως τον ανταγωνισμό και τελεί σε δυσαναλογία με το τεχνικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Τούτο, διότι ουδείς αποχρών λόγος συνάγεται εκ της Διακήρυξης να μην θεωρείται πρόσφορη για τη θεμελίωση της τεχνικής ικανότητας διαγωνιζομένου η, στο παρελθόν, παράδοση και εγκατάσταση παρόμοιας, με τη νυν υπό ανάθεση, μονάδος φίλτρανσης ή αφαλάτωσης νερού, πλην όμως ουχί, κατ' ανάγκην σε Δήμο ή ΔΕΥΑ και μάλιστα εδρεύοντες στην ημεδαπή, όπως αδοκίμως και αναιτιολογήτως απαιτεί η Διακήρυξη, **αλλά, είτε σε ιδιωτικούς φορείς (αλλοδαπούς ή ημεδαπούς) είτε σε Δήμους ή ΔΕΥΑ της αλλοδαπής, είτε σε οποιονδήποτε άλλον φορέα του ευρύτερου δημοσίου τομέα.** Δεδομένου, δηλαδή, ότι το ζητούμενο, στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, είναι να αποδειχθεί εάν ο Διαγωνιζόμενος διαθέτει, **κατά τεκμήριο**, την τεχνική ικανότητα να εγκαταστήσει μία μονάδα αποσιδήρωσης-απομαγνησίωσης νερού γεώτρησης, με συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά και προδιαγεγραμμένη δυναμικότητα παραγωγής επεξεργασμένου πόσιμου νερού (συνολική ωριαία παραγωγή κατ' ελάχιστον 30 m³/h επεξεργασμένου νερού, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και με σκοπό την παροχή, επί 24ώρου βάσεως, νερού

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

κατάλληλου για ανθρώπινη πόση), δεν είναι κατανοητό για ποιο λόγο δεν προσμετράται η πρότερη προμήθεια και εγκατάσταση μίας τέτοιας μονάδας, ακόμη και όταν οι παραλήπτες (αποδέκτες) δεν είναι Δήμοι ή ΔΕΥΑ και μάλιστα της ημεδαπής. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, λοιπόν, τόσο η περίπτωση α' όσο και η περίπτωση δ' του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης **τυγχάνουν μη σύννομες και ακυρωτές**, στο βαθμό που κοινός παρονομαστής αμφοτέρων των ως άνω προβλέψεων είναι ο αδικαιολόγητος και πέραν του αναγκαίου μέτρου, σε σχέση με το αντικείμενο του Διαγωνισμού, περιορισμός των ληπτέων υπόψη πρότερων συμβάσεων μόνο σε αυτές που έχουν συναφθεί με ελληνικούς Δήμους ή ΔΕΥΑ, γεγονός που περιορίζει αθεμίτως τον υγιή ανταγωνισμό και προκαλεί βλάβη στην εταιρεία μας, η οποία έχει μεν να επιδείξει την εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων, ποιοτικώς και τεχνικώς απολύτως αντίστοιχων με την υπό ανάθεση, πλην όμως, κατά περίπτωση, για λογαριασμό είτε ιδιωτών, είτε αλλοδαπών είτε φορέων του ευρύτερου δημοσίου τομέα, ώστε, εκ του ως άνω (μη σύννομου) λόγου κωλύεται να συμμετάσχει επιτυχώς στο Διαγωνισμό. Τέλος, αξίζει να σημειωθεί ότι το ως άνω πληττόμενο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των περιπτώσεων α' και δ' χρήζει οπωσδήποτε αναμόρφωσης και εκ του επάλληλου λόγου ότι, αντιπαραβαλλόμενο με τα αποδεικτικά μέσα που απαιτούνται για τη θεμελίωσή του, **δημιουργεί σύγχυση και αμφιβολία ως προς την αληθή πρόθεση του κανονιστικού νομοθέτη**, παραβιάζοντας την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, σύμφωνα με τις οποίες όλοι οι όροι και ο τρόπος διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως, πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο, ώστε, αφενός μεν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και αφετέρου να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 9.4.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta Spa, σκ. 111 κλπ.). Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.2. περ. Β.4 της Διακήρυξης, με υπέρτιτλο «Αποδεικτικά μέσα»: **«Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί**

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

φορείς προσκομίζουν: Κατάλογο στον οποίο αναφέρονται οι κυριότερες παραδόσεις (κατά τις δέκα προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις, δηλαδή 2007-2016) μονάδων φίλτρανσης που να λειτουργούν για περισσότερο από 12 μήνες, καθώς και οι παραλήπτες Δημοσίου ή Ιδιωτικού τομέα. ...Στην περίπτωση που ο παραλήπτης ανήκει στο δημόσιο τομέα, οι παραδόσεις κ.λπ. ως άνω βεβαιούνται από τον παραλήπτη με επίσημο έγγραφό του που θα υπογράφεται/σφραγίζεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο. Επισημαίνεται ότι δηλούμενες παραδόσεις, που δεν θα συνοδεύονται από τα προαναφερθέντα πιστοποιητικά εμπειρίας, δεν θα λαμβάνονται υπόψη. ...» Από τα παραπάνω απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, λοιπόν και ιδίως από τη σαφή πρόβλεψη ότι είναι νοητή η παραλαβή της μονάδος και από παραλήπτη που ανήκει, αδιακρίτως, στον ιδιωτικό τομέα δημιουργείται η εντύπωση ότι ο κανονιστικός νομοθέτης, παρά την ανωτέρω (άρθρο 2.2.6 περ. α' και δ') ρητή εξαίρεση ιδιωτών παραληπτών, ενδεχομένως αποδέχεται τελικά, ως πρόσφορες, παραδόσεις που δεν έχουν γίνει μόνο σε Δήμους ή ΔΕΥΑ, αλλά και σε φορείς του ευρύτερου ιδιωτικού τομέα, χωρίς, εντούτοις (ενόψει της λογικής αντιφατικότητας των δύο άρθρων της Διακήρυξης) να παρέχεται η βεβαιότητα στους Διαγωνιζόμενους (όπως η νυν προσφεύγουσα εταιρεία μας) περί της αληθούς πρόθεσής του, με αποτέλεσμα να στερούνται της δυνατότητας να καταστρώσουν με απόλυτη ασφάλεια την Προσφορά τους...»

14. Επειδή στο με αριθ. πρωτ. 4569/6-9-2018 έγγραφο με τις απόψεις επί της προσφυγής, το οποίο κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ και μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 περ. (β) του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. (β) του ΠΔ 39/2017, και ίδια επί του παραπάνω λόγου της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή αναφέρει «...II.A Μη σύννομη η απαίτηση, ο κατασκευαστής του συστήματος, να έχει, στο παρελθόν, εγκαταστήσει μονάδες ΜΟΝΟ σε ελληνικούς Δήμους ή ΔΕΥΑ (άρθρο 2.2.6 περ. α' και δ' της Διακήρυξης). Ο Δήμος Ικαρίας για ένα τόσο λεπτό ζήτημα όπως η δημόσια υγιεινή των Δημοτών του καθώς και του μεγάλου αριθμού τουριστών επισκεπτών στην περιοχή που θα εγκατασταθεί η εν λόγω μονάδα αποσιδήρωσης και η πρόσβαση αυτών σε ασφαλές πόσιμο νερό, έκρινε απαραίτητο ο κατασκευαστής του συστήματος να έχει ανάλογη

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

εμπειρία σε έναν τόσο απαιτητικό τομέα όπως ο Δημόσιος, με την ευθύνη που αναλογεί, και να αποκλείονται από τη διαγωνιστική διαδικασία κατασκευαστές χωρίς την απαραίτητη εμπειρία που θα έθεταν σε κίνδυνο την άρτια εκτέλεση της προμήθειας. Επιπρόσθετα, με το ζητούμενο εξασφαλίζεται ότι σε περίπτωση συμμετοχής εργοληπτικής εταιρίας, ο Δήμος μπορεί να απευθυνθεί μετά το πέρας της εγγύησης σε έμπειρο κατασκευαστή συντήρησης μονάδων σε Δήμους και ΔΕΥΑ, ώστε να τον υποστηρίξει σε *service* και ανταλλακτικά καθ' όλη την διάρκεια ζωής του συστήματος και να διασφαλίζεται με αυτό τον τρόπο η δημόσια υγεία των καταναλωτών (πόσιμο νερό) και το Δημόσιο συμφέρον...Το παραπάνω ζητούμενο της διακήρυξης για προσκόμιση καταλόγου με παραδόσεις μονάδων φίλτρανσης και στον Ιδιωτικό τομέα -που δεν αποκλείονται από την διαγωνιστική διαδικασία- στοχεύει στην αξιοκρατική αξιολόγηση του κριτηρίου 5 «Εμπειρία του προσφέροντος σε έργα επεξεργασίας νερού» της Ομάδας Β – Υποστήριξη των κριτηρίων ανάθεσης του Άρθρου 2.3.1. της διακήρυξης....»

15. Επειδή περαιτέρω με τον λόγο II. Β. 2 της προσφυγής στρεφόμενη και πάλι η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου 2.2.6 περ. α' της διακήρυξης αναφέρει ότι δεν είναι σύνηθες η απαίτηση, ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας να έχει παραδώσει τουλάχιστον μία παρόμοια μονάδα αποσιδήρωσης - απομαγνανίωσης, οποτεδήποτε τα τελευταία δέκα (10) χρόνια, καθώς « ... σύμφωνα με τον ως άνω προσβαλλόμενο όρο η Αναθέτουσα Αρχή θεωρεί κατάλληλους τους οικονομικούς φορείς που έχουν εγκαταστήσει μία μονάδα φίλτρανσης (αποσιδήρωσης – απομαγνανίωσης) ίσης ή μεγαλύτερης των 30m³ ανά ώρα **και προ δεκαετίας ακόμη**, συνιστά *argori* αναγνώριση από μέρους της ότι αυτή η εμπειρία είναι τόσο σπάνια στην σχετική αγορά, ώστε προκειμένου να επιτευχθεί ικανοποιητικός ανταγωνισμός **αυξάνει και μάλιστα υπερβολικά το χρονικό διάστημα εντός του οποίου αρκείται να την έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας για να κριθεί κατάλληλος**. Η ως άνω απαίτηση, δηλαδή, να έχει εγκαταστήσει ο οικονομικός φορέας μία (1) μονάδα φίλτρανσης με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά που προβλέπει η Διακήρυξη, ως κριτήριο τεχνικής καταλληλότητας **είναι πέραν του αναλόγου μέτρου**, σε μια ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία, όπως η επίμαχη, σε σχέση με τη συνήθη εμπειρία κατάλληλων κατά τα άλλα οικονομικών φορέων στη σχετική αγορά και, επομένως, θα έπρεπε η

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου νόμιμα να συμπεριλάβει τον ως άνω όρο στη Διακήρυξη, να έχει αιτιολογήσει ειδικώς και δεόντως, στα έγγραφα της σύμβασης (οράτε ΑΕΠΠ 528/2018, σκ. 17) ότι η θεώρηση ως «τεχνικώς ικανού» του Διαγωνιζόμενου ο οποίος έχει παραδώσει παρόμοια μονάδα, ακόμη και προ 10ετίας, είναι προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, σε σχέση με τη φύση και το αντικείμενο του αγαθού που ζητείται να προσφερθεί, πράγμα το οποίο δεν συνέβη, εν προκειμένω, ώστε μη σύννομη και ακυρωτέα τυγχάνει η ως άνω πρόβλεψη. Αντιθέτως, μάλιστα, από μία προσεκτική επισκόπηση του περιεχομένου της Διακήρυξης και δη του Παραρτήματος II, υπό τον τίτλο «Απαιτήσεις και Τεχνικές Προδιαγραφές ανά τμήμα αντικειμένου» και υπότιτλο «ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ», αποδεικνύεται ότι και αποτελεί εκπεφρασμένη κανονιστική απαίτηση «Το κάθε προσφερόμενο σύστημα θα είναι απόλυτα καινούργιο και αμεταχειρίστο, κατασκευασμένο εντός του τρέχοντος έτους της προμήθειας με σύγχρονη τεχνολογία», ώστε γίνεται εύκολα αντιληπτό ότι δεν παρίσταται πρόσφορη, ως κριτήριο τεχνική και επαγγελματικής ικανότητας Διαγωνιζόμενου, η εκ μέρους του παράδοση παρόμοιας μονάδος φίλτρανσης π.χ. το έτος 2007, ότε, κατά αδήριτη λογική αναγκαιότητα, η τεχνολογία κατασκευής του μηχανήματος προφανώς δεν ήταν «σύγχρονη», σε σχέση με τις τρέχουσες τεχνικές προδιαγραφές και ανάγκες του νυν επίμαχου Διαγωνισμού. Η δε βλάβη που υφίσταται η εταιρεία μας από την παραπάνω υπερβολική και αναιτιολόγητη (χρονική) διεύρυνση των ληπτέων υπόψη παρόμοιων συμβάσεων συνίσταται στο γεγονός ότι διαστέλλεται αθεμίτως και δυσαναλόγως, σε σχέση με τις τεχνικές απαιτήσεις του Διαγωνισμού, το πεδίο ανταγωνισμού και δη εις βάρος της εταιρείας μας, η οποία διαθέτει πλούσια εμπειρία σε παραδόσεις και εγκαταστάσεις παρόμοιων μονάδων σύγχρονης τεχνολογίας, μεταξύ άλλων και κατά τη διάρκεια των τελευταίων πέντε (5) ετών, ώστε, κατά τεκμήριο, παρίσταται πλέον κατάλληλη για την ανάληψη της υπό ανάθεση σύμβασης, σε σχέση με άλλον ενδιαφερόμενο, του οποίου η εμπειρία, εκτεινόμενη ενδεχομένως μόνο στο απώτερο παρελθόν (π.χ. προ 10ετίας), παρίσταται εξ ορισμού «παρωχημένη» και άρα λιγότερο κατάλληλη για την πλήρωση των απαιτητικών τεχνικών προδιαγραφών του Διαγωνισμού και εντούτοις ενδέχεται να κατακυρωθεί, αθεμίτως, σε εκείνον η σύμβαση.....»

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

16. Επειδή στις απόψεις επί της προσφυγής, και ίδια επί του παραπάνω λόγου της προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει «*Δεδομένου του εξειδικευμένου αντικειμένου της σύμβασης και της δυναμικότητας του συστήματος, ζητείται εμπειρία κατά την τελευταία δεκαετία – εύλογο χρονικό διάστημα-, προκειμένου να επιτευχθεί η ευρύτητα των συμμετοχών και η αύξηση του ανταγωνισμού.*»

17. Επειδή ακολούθως, με τον λόγο II. Γ. 2 της προσφυγής στρεφόμενη και πάλι η προσφεύγουσα κατά του παραπάνω όρου 2.2.6 περ. α' και δ' της διακήρυξης αναφέρει ότι δεν είναι σύνηθες η σωρευτική απαίτηση εγκατάστασης: α) μίας (1) τουλάχιστον μονάδας φίλτρανσης (αποσιδήρωσης – απομαγνανίωσης) νερού και β) πέντε (5) τουλάχιστον μονάδες επεξεργασίας νερού(φίλτρανσης ή αφαλάτωσης) καθώς εν προκειμένω «...δεν επαρκεί απλώς η εκ μέρους του Διαγωνιζόμενου, πρότερη εγκατάσταση μονάδος, **κατά είδος και τεχνικά χαρακτηριστικά, παρόμοιας με τη νυν υπό προμήθεια** (μονάδα φίλτρανσης – αποσιδήρωσης ή απομαγνανίωσης - νερού, δυναμικότητας 30m³/ώρα), αλλά, επιπλέον, προσαπαιτείται και η εγκατάσταση μονάδων – **και δη κατ' ελάχιστον πέντε (5)** - ουχί απολύτως αντίστοιχων με την υπό προμήθεια, ήτοι μονάδων επεξεργασίας νερού, δυναμικότητας 300m³/ημέρα. Πρόκειται, δηλαδή, για μία απαίτηση, η οποία αντικειμενικά και χωρίς καμία (τουλάχιστον εμφανή στα τεύχη του Διαγωνισμού και με αναφορά στα ειδικότερα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση σύμβασης) αιτιολογία, **υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες του Διαγωνισμού** και, εν πάση περιπτώσει βαίνει πέραν της **ελάχιστης δυνατής ένδειξης ως προς την, καταρχήν, ύπαρξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης**. Για να καταδειχθεί η «παραδοξότητα» της ως άνω σωρευτικής αξίωσης [συνολικά έξι (6)] παραδόσεων, αρκεί να σημειωθεί ότι, κατά την έννοια των παραπάνω περιπτώσεων α' και δ' του άρθρου 2.2.6 τη Διακήρυξης, ένας Διαγωνιζόμενος ο οποίος π.χ. έχει εγκαταστήσει τέσσερις (4) μονάδες φίλτρανσης (αποσιδήρωσης ή απομαγνανίωσης) νερού, δυναμικότητας 30m³/ώρα, **δηλαδή έχει αυξημένη και δη τέσσερις φορές πέραν της ελάχιστης, εμπειρία στην εγκατάσταση μονάδος με τα αυτά τεχνικά χαρακτηριστικά και συνεπώς διαθέτει, κατά τεκμήριο, (υπερ-)αρκετή τεχνική εμπειρία ανάλογη με το δημοπρατούμενο αντικείμενο**, εντούτοις κρίνεται a priori

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

«ακατάλληλος» να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της σύμβασης, επειδή, ενδεχομένως, δεν έχει εγκαταστήσει (και) άλλες – και μάλιστα τουλάχιστον πέντε (!) – μονάδες, πλην όμως **διάφορου είδους και τεχνικών χαρακτηριστικών** με την υπό προμήθεια, ήτοι επεξεργασίας νερού, δυναμικότητας 300m³/ημέρα. Θα ήταν, δηλαδή, εύλογο και ανάλογο με το αντικείμενο της σύμβασης, εάν η Διακήρυξη απαιτούσε, ενδεχομένως, πλείονες της μίας (π.χ. δύο ή τρεις) παραδόσεις **αντίστοιχων, με την υπό ανάθεση, μονάδων** (φίλτρασης - αποσιδήρωσης ή απομαγνησίωσης- νερού, δυναμικότητας 30m³/ώρα) παρά την εγκατάσταση μόλις μίας (1) τέτοιας μονάδος και την επιπρόσθετη εγκατάσταση άλλων πέντε (!), πλην όμως ουχί απολύτως παρεμφερών μονάδων (επεξεργασίας νερού, δυναμικότητας 300m³/ημέρα). Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και υπό την εκδοχή ότι η μονάδα επεξεργασίας (φίλτρασης ή αφαλάτωσης) νερού, δυναμικότητας 300m³/ημέρα εμφανίζει στενή τεχνική συνάφεια με το αντικείμενο του Διαγωνισμού, **εντείνεται ακόμη περισσότερο η δυσαναλογία και η υπέρβαση του αναγκαίου μέτρου, σε σχέση με τις πραγματικές ανάγκες Διαγωνισμού**, καθώς, υπό την εκδοχή αυτή, τότε μόνο κρίνεται τεχνικά κατάλληλος ο Διαγωνιζόμενος να εκτελέσει την υπό ανάθεση σύμβαση, όταν έχει αποδεδειγμένα εκπονήσει τον αντικειμενικά ιδιαίτερα μεγάλο και εξωπραγματικό για διαγωνιστική διαδικασία αριθμό **των (συνολικά) έξι (6) παρόμοιων συμβάσεων!** Συμπερασματικά, λοιπόν, με τέτοιο (παντελώς ανεξήγητο) περιεχόμενο, και λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι, όλως «παραδόξως», μόνο η απαίτηση εγκατάστασης των πέντε (5) μονάδων επεξεργασίας νερού δυναμικότητας 300m³/ημέρα, υπόκειται στον αυστηρό χρονικό περιορισμό της τελευταίας 5ετίας (ενώ τούτο θα αναμενόταν ευλόγως να ισχύει για την εγκατάσταση της, κατ' εξοχήν και ευθέως παρεμφερούς μονάδος φίλτρασης, δυναμικότητας 30m³/ώρα, η οποία αδοκήτως επιτρέπεται να εκτείνεται σε βάθος 10ετίας!), ενώ, ταυτόχρονα και σε κάθε περίπτωση, ο μοναδικός επιτρεπόμενος παραλήπτης των μονάδων παραμένει πάντα Δήμος ή ΔΕΥΑ της ημεδαπής, το άρθρο 2.2.6. περ. α' και δ' της Διακήρυξης ευλόγως δημιουργεί την πεποίθηση σε οποιονδήποτε αντικειμενικό παρατηρητή ότι «**φωτογραφίζει**» συγκεκριμένο φορέα (κατ' ακριβολογία, **εργολάβο του Δημοσίου** και αποκλειστικά των ΟΤΑ α' βαθμού και των συνδεδεμένων με αυτούς επιχειρήσεών τους!), νοθεύοντας κατά τρόπο

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

προκλητικό και καταφανή τον υγιή ανταγωνισμό, ώστε θα πρέπει να ακυρωθεί...»

18. Επειδή στις απόψεις επί της προσφυγής, και ίδια επί του παραπάνω λόγου της προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει «*Το ζητούμενο σε μονάδες επεξεργασίας νερού (φίλτρανσης ή αφαλάτωσης) δυναμικότητας 300m³/ημέρα, όπως έχει αναφερθεί αναφέρεται στον κατασκευαστή του συστήματος και όχι για τον διαγωνιζόμενο, και κρίνεται απαραίτητο για την διασφάλιση της απαιτούμενης εμπειρίας για την εκτέλεση της υπό ανάθεση προμήθειας. Εκτός του άλλου, οι μονάδες αφαλάτωσης έχουν ως προκατεργασία την μέθοδο της φίλτρανσης και για αυτό το λόγο οι κατασκευαστές μονάδων αφαλάτωσης κρίνεται ότι έχουν εμπειρία σε αντίστοιχες εφαρμογές. Τέλος, η ζητούμενη δυναμικότητα 300m³/d για τις πέντε παραδοτέες μονάδες (σύνολο 1500 m³/d) είναι το διπλάσιο από την δυναμικότητα του αντικειμένου της προμήθειας (30m³/h = 720m³/d), κάτι το οποίο προβλέπεται από τον Ν.4412/2016, άρθρο 75 παρ. 1,3 και 4.»*

19. Επειδή με βάση το άρθρο 1 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «*Αντικείμενο – Πεδίο εφαρμογής*» ορίζεται ότι :« 2. Ο παρών νόμος θεσπίζει κανόνες: α) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης δημοσίων συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I (άρθρα 2 έως 221), β) για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης συμβάσεων και διαγωνισμών μελετών που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου II (άρθρα 2 και 222 έως 338), γ) για τη διακυβέρνηση, οι οποίοι εφαρμόζονται, σύμφωνα με το Βιβλίο III (άρθρα 339 έως 344), από τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς και δ) για την έννομη προστασία κατά τη σύναψη συμβάσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374). Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται, με την επιφύλαξη των παραγράφων 3 έως 7, σε όλες τις συμβάσεις των περιπτώσεων α' και β', ανεξαρτήτως είδους και εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν άλλως ορίζεται στις επιμέρους διατάξεις αυτού».

20. Επειδή, στο άρθ. 222 με τον τίτλο «*Αντικείμενο και πεδίο εφαρμογής (άρθρο 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)*» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι « 1. Το παρόν Βιβλίο (άρθρα 222 έως 338) θεσπίζει κανόνες για τις διαδικασίες προγραμματισμού και σύναψης που πραγματοποιούνται από αναθέτοντες φορείς για συμβάσεις και διαγωνισμούς μελετών, ανεξαρτήτως

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

της εκτιμώμενης αξίας αυτών, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στα επιμέρους άρθρα του παρόντος Βιβλίου. 2. Διαδικασία σύναψης σύμβασης κατά την έννοια του παρόντος Βιβλίου, είναι η διαδικασία για την απόκτηση έργων, προμηθειών ή υπηρεσιών από οικονομικούς φορείς που επιλέγονται από έναν ή περισσότερους αναθέτοντες φορείς, εφόσον τα εν λόγω έργα, προμήθειες ή υπηρεσίες προορίζονται για την εκτέλεση μιας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται στα άρθρα 228 έως 234. ...» Και περαιτέρω, στο άρθρ. 223 «Αναθέτουσες αρχές (άρθρο 3 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) » του ν. 4412/2011 προβλέπεται ότι «1. Για τους σκοπούς του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ως αναθέτουσες αρχές νοούνται το κράτος, οι αρχές περιφερειακής και τοπικής αυτοδιοίκησης, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου». Ακολούθως, στο άρθρ. 230 ορίζεται ότι : «Ύδωρ (άρθρο 10 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του ν. 4412/2016: « 1. Όσον αφορά στο νερό, οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις ακόλουθες δραστηριότητες: α) την παροχή ή λειτουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής πόσιμου ύδατος· β) την τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με πόσιμο ύδωρ....» Συνεπώς, δύναμι των παραπάνω διατάξεων ο υπό εξέταση διαγωνισμός διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου II του ν. 4412/2016, ως εκ του αντικειμένου του.

21. Επειδή στο άρθρ. 75 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ...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, ... 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

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

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. [...]. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος....»

22. Επειδή στο άρθρ. 80 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη ...της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82....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.... » Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» : «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

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

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»

23. Επειδή στο άρθ. 253 «Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων (άρθρο 36 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» του ν .4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, ...και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό ...τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων....».

24. Επειδή στο άρθ. 281 του ν. 4412/2016 ορίζονται ως προς το « Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» τα εξής: «1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.2. Τα έγγραφα της σύμβασης, ...περιέχουν 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, ...καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με ...την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, ... ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, ... ιζ) τους απαραίτους όρους,

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς, ...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (υπεύθυνες δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)...».

25. Επειδή στο άρθρ. 304 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής (άρθρο 78 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται ότι : «1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης ...».

26. Επειδή στο άρθρ. 305 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι (άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. ... οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία ... μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό.....2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό...»

27. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA).

28. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

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

30. Επειδή εξάλλου, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμενοποιημένης 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 5^{ης} Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Επομένως, το κατώτατο όριο της τεχνικής καταλληλότητας, πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή αναλογικότητας και της σχετικότητας των κριτηρίων επιλογής για την ανάθεση της σύμβασης με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία και με όσα σχετικώς ορίζει –ως άνω- το άρ. 75 παρ. 1 σε συνδυασμό με το άρθ. 18 παρ. 1 και 253 ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart 2015, 2^η εκδ.) 6.II.A.vii)

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

31. 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».

32. Επειδή, 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.

33. 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

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί- 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).

34. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων που συντελέστηκε με τους πλησσομένους όρους της προσβαλλομένης, δεν παρίστανται ως προδήλως αβάσιμοι, πλην για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας αυτών απαιτείται ενδελεχής έρευνα 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 εξέταση των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και ενδεχομένως περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

35. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της δεν έχει επικαλεστεί λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που να καθιστούν τις πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων περισσότερες από τα οφέλη.

36. Επειδή εν προκειμένω α) έχει ασκηθεί παραδεκτώς η υπό εξέταση προσφυγή, με την επιφύλαξη των παραπάνω σκέψεων 8 και 9 και β) η ύπαρξη βλάβης της προσφεύγουσας ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής του διαγωνισμού θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της από την ιδιότητά της ως προτιθέμενης να συμμετάσχει πλην όμως αποκλειόμενης λόγω των όρων της διακήρυξης, γ) οι λόγοι της προσφυγής

Αριθμός απόφασης: Α394/2018

δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι ή απαράδεκτοι, με την επιφύλαξη των παραπάνω σκέψεων 8, 9, 34 και 35 και δ) δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλαδή σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση δε, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

37. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή του διαγωνισμού, η οποία (αναστολή) διατάσσεται με διάρκεια βεβαία και εύλογη δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

38. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 10-9-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ειρήνη Ε. Αποκάρδου

Η Γραμματέας

Μαρία Μανώλογλου