

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5.01.2023 με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 29/10.01.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή «θ» του Παραρτήματος Ι ως προς το Τμήμα 4 «...» της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 5.01.2023 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη του Τμήματος 4 («...») της σύμβασης ,σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 13.709,68€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. «...» Διακήρυξη, προκήρυξε δημόσιο ανοικτό Διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας, από οικονομική άποψη, προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 142.120,97€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 19.12.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 5.01.2023 στον ηλεκτρονικό τόπου του διαγωνισμού λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτηθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 19.12.2022, ο δε προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση αυτής την 30.12.2022 και εν γένει παραδεκτά

4. Επειδή, ο προσφεύγων στις 24.01.2023, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 20.01.2023, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

5. Επειδή, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (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). Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων έχει,

καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται, δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού, έχει ολοκληρώσει παρόμοιες με την προκηρυχθείσα συμβάσεις και έχει πρόθεση να συμμετέχει και στον υπό προκήρυξη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά, στερείται, όμως, τη δυνατότητα αυτή και υφίσταται ζημία, αφού παρεμποδίζεται λόγω του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης, καθώς δεν πληροί την επίμαχη τεχνική προδιαγραφή και η προσφορά του θα αποκλειστεί.

6. Επειδή, το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) (ΦΕΚ Α' 200/24.10.16) ορίζει ότι: «...1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων....».

7. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων 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 : [...]α) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την

οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων,...ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

8. Επειδή, το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περ.1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών...2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό...».

9. Επειδή, το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...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. 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...».

10. Επειδή, το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «...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...».

11. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «...2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς να υποβάλλουν κατάλογο των κυριότερων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών κατά την διάρκεια της τελευταίας τριετίας, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη...B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη...2.4.3.2 Τεχνική προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος I της Διακήρυξης «...» (συστημικός αριθμός «...»), περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα...2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά...i) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης,...Παράρτημα I...ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ «...» Αντικείμενο της σύμβασης: Αντικείμενο της σύμβασης είναι η «...»...Υποχρεώσεις αναδόχου:...θ) «Η ΣΥΝΤΗΡΗΤΡΙΑ» υποχρεούται να έχει τη σχετική εμπειρία στη «...» και να προσκομίσει τα απαραίτητα δικαιολογητικά που την αποδεικνύουν...». Όπως δε έχει παγίως κριθεί, η

αναθέτουσα αρχή είναι καταρχάς ελεύθερη να διαμορφώνει ,κατά την κρίση της, τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια προϊόντων, η δε θέσπιση, με την διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής

στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

12. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή πρέπει να ακυρωθεί ως μη νόμιμη διότι κατ' ουσίαν αφορά στην επιθυμητή τεχνική ικανότητα του υποψήφιου αναδόχου και άρα συνιστά κριτήριο επιλογής που τέθηκε, κατά παράβαση του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν.4412/2016, όπου απαριθμούνται εξαντλητικά τα μέσα απόδειξης των κριτηρίων επιλογής που μπορεί η αναθέτουσα αρχή να αξιολογεί και να ελέγχει τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων. Περαιτέρω, κατά τον προσφεύγοντα, τα «...» όταν κάνουν χρήση του συγκεκριμένου κριτηρίου επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, είτε το θέτουν υπό τη μορφή τεχνικής προδιαγραφής, δεν απαιτούν απολύτως εξειδικευμένα συμβάσεις - παραδόσεις παροχής υπηρεσιών στη «...», και σχετική εμπειρία στη «...», και αντίστοιχες Βεβαιώσεις – Πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης.

Επίσης, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή και ο προβλεπόμενος τρόπος απόδειξης της παραβιάζει τον ανταγωνισμό καθώς ουσιαστικά συνιστά κεκαλυμμένη απευθείας ανάθεση στην εταιρεία «...». η οποία είναι αποκλειστικός αντιπρόσωπος των εν λόγω «...», με αποτέλεσμα να αποκλείονται νεοσύστατες επιχειρήσεις, ως ο προσφεύγων, στη «...» μοντέλων «...», που αφορά το τμήμα 4 του διαγωνισμού.

13. Επειδή, στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης. Στο δε Παράρτημα Ι της διακήρυξης τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή (θ) για το Τμήμα 4 του διαγωνισμού που αφορά την «...», ο συντηρητής να διαθέτει τη σχετική εμπειρία στη «...» και να προσκομίσει τα απαραίτητα αποδεικτικά έγγραφα, ήτοι να καταθέσει βεβαιώσεις ή συμβάσεις σχετικά με την εμπειρία στη «...». Επομένως, σε περίπτωση που διαγωνιζόμενος δεν διαθέτει εμπειρία στη «...» δεν μπορεί να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά για το Τμήμα 4 του διαγωνισμού, καθώς θα συντρέχει λόγος αποκλεισμού του ερειδόμενος στη μη πλήρωση τεχνικής προδιαγραφής κατά τα αναφερόμενα στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης. Επισημαίνεται ότι στον όρο 2.2.6 της διακήρυξης τίθεται ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας οι διαγωνιζόμενοι να διαθέτουν εμπειρία σε υπηρεσίες «...», προς απόδειξη δε του εν λόγω κριτηρίου θα πρέπει να προσκομίσουν κατάλογο των κυριοτέρων σχετικών συμβάσεων που έχουν εκτελέσει.

14. Επειδή, τα κριτήρια επιλογής και οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απολύτως διακριτές έννοιες, που αφορούν διακριτές και αυτοτελείς φάσεις της διαγωνιστικής διαδικασίας εντός του ενιαίου σταδίου αξιολόγησης τεχνικής προσφοράς-δικαιολογητικών, με τα κριτήρια επιλογής να συνιστούν το προαπαιτούμενο για την έγκριση συμμετοχής του υποψηφίου στο στάδιο αυτό, η οποία συνιστά αυτονόητη προϋπόθεση για τον περαιτέρω, εντός του ιδίου σταδίου, έλεγχο της τεχνικής προσφοράς, Ειδικότερα, τα κριτήρια επιλογής σκοπούν στη διασφάλιση ενός ελάχιστου ανεκτού επιπέδου καταλληλότητας, ικανότητας και επάρκειας των υποψηφίων αναδόχων και

καθορίζουν έναν κύκλο συμμετεχόντων, (βλ. απόφαση της 24ης Ιανουαρίου 2008, C-532/06, Λιανάκης, σκέψη 26). Λόγω δε της ως άνω θέσης τους στη διαγωνιστική διαδικασία, υφίσταται διάκριση ως προς το περιεχόμενο και τις επιμέρους παραμέτρους που συγκροτούν ανάμεσα στα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής επικεντρώνονται στο πρόσωπο του προσφέροντος και τις ικανότητές του, οι δε τεχνικές προδιαγραφές αφορούν αυτό καθαυτό το προϊόν/υπηρεσία (βλ. Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Αθήνα 2014, σελ. 476). Περαιτέρω, σύμφωνα με το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, ο έλεγχος της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων γίνεται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα κριτήρια του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, και τα αποδεικτικά μέσα του άρθρου 80 του ν. 4412/2016, ενώ με τη διάταξη του άρθρου 54 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 υποδεικνύονται οι τρόποι διατύπωσης των τεχνικών προδιαγραφών, είτε ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, είτε με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και σε εθνικά ή διεθνή πρότυπα, σε κάθε δε περίπτωση χωρίς να περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα. Ως εκ τούτου, τα κριτήρια επιλογής δεν δύναται να αναχθούν σε τεχνικές προδιαγραφές εφόσον μπορούν να συνεκτιμηθούν μόνο στη φάση ελέγχου της συνδρομής των τυπικών προϋποθέσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό και συνδέονται ουσιωδώς με την επιλογή των διαγωνιζομένων, εκτός αν τα στοιχεία αυτά συνδέονται με τον τρόπο εκτέλεσης της συγκεκριμένης προς ανάθεση υπηρεσίας (βλ. απόφαση Beentjes, σκέψεις 17 έως 20 και 24, απόφαση της 19.6.2003, Λιανάκης, σκέψεις 26 έως 32, ΣτΕ ΕΑ 137/2012). Συνεπώς, δεν αποκλείεται άνευ ετέρου, η συμπερίληψη στις τεχνικές προδιαγραφές και στοιχείων τα οποία περιλαμβάνονται και στα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, υπό τον όρο όμως ότι συναρτώνται αντικειμενικώς και με τον τρόπο εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου και αφορούν την ίδια την υπηρεσία. Εξάλλου, ως έχει κριθεί, τα προσόντα που σχετίζονται με την συμμετοχή των διαγωνιζομένων 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 ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών και των κριτηρίων επιλογής, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται από συγκεκριμένους σχετικούς όρους.

15. Επειδή, βάσει των προεκτεθέντων, στον υπό κρίση διαγωνισμό, το γεγονός ότι τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή (θ) για το Τμήμα 4 ο συντηρητής να διαθέτει εμπειρία στη «...» και ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας η εκτέλεση σχετικών συμβάσεων «...» δεν καθιστά ακυρωτέα την προδιαγραφή για τον αποκλειστικό λόγο ότι το προσόν της εμπειρίας στην παροχή υπηρεσιών «...» αξιολογείται και ως κριτήριο επιλογής, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Εξάλλου, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται τυχόν κριτήρια επιλογής που έχουν θεσπιστεί σε έτερους αντίστοιχους διαγωνισμούς «...», ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών αλλά και του, κατά τα ανωτέρω, απαραδέκτου της αμφισβήτησης της σκοπιμότητας της προσβαλλόμενης προδιαγραφής πέραν της εξέτασης της τήρησης των αρχών της ισότητας και αναλογικότητας. Ωστόσο, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή δεν περιλαμβάνει στις απόψεις της πλήρη, ειδική και επαρκή αιτιολογία της αναγκαιότητας θέσπισης του επίμαχου όρου ως τεχνικής προδιαγραφής αλλά αναφέρεται γενικώς και αορίστως στην αναγκαιότητα των «...», χωρίς να παραθέτει τους ειδικότερους επιμέρους λόγους για τους οποίους, κατά την κρίση της, τα «...» που αφορά το Τμήμα 4 δύναται να συντηρηθούν επαρκώς και ορθώς παρά μόνον από ανάδοχο που διαθέτει εμπειρία στα συγκεκριμένα «...» και όχι έτερα αντίστοιχα ή παρόμοια «...», ήτοι για ποιο λόγο για την εκτέλεση της συγκεκριμένης υπό ανάθεσης υπηρεσίας απαιτείται η προσβαλλόμενη προδιαγραφή. Συνεπώς, η επίμαχη προδιαγραφή δεν αιτιολογείται από την αναθέτουσα αρχή ότι συνδέεται και είναι αναγκαία με την ίδια την παρεχόμενη υπηρεσία και όχι το πρόσωπο του αναδόχου. Αλυσιτελώς δε αλλά και αναποδείκτως η αναθέτουσα αρχή επικαλείται εγκύκλιο του Υπουργείου

Υγείας περί τήρησης της εν λόγω υποχρέωσης για την προστασία της δημόσιας υγείας, ενώ ουδεμία επίδραση επί της παράνομου ή μη χαρακτήρα της προσβαλλόμενης προδιαγραφής συνεπάγεται το γεγονός ότι προβλέπεται και για έτερα τμήματα του διαγωνισμού, ως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή. Επιπροσθέτως, η προσβαλλόμενη προδιαγραφή, εν τοις πράγματι, περιορίζει τους συμμετέχοντες σε εκείνες μόνο τις εταιρίες που έχουν εκτελέσει εργασίες «...» παρεμποδίζοντας με τον τρόπο αυτόν το άνοιγμα της υπό ανάθεση σύμβασης στον ανταγωνισμό, διότι αποκλείονται όσοι οικονομικοί φορείς δεν συνδέονται με αποκλειστική συνεργασία με τον κατασκευαστή ή τον αποκλειστικό διανομέα, συγχρόνως δε παρέχεται αθέμιτο πλεονέκτημα στην εταιρεία που είναι αποκλειστικός αντιπρόσωπος των εν λόγω «...», και εν δυνάμει συμμετέχων, να διαμορφώνει τον ανταγωνισμό κατά το δοκούν. Και ναι μεν το αδύνατο της συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της αναθέτουσας αρχής και όχι στην επιχειρηματική του πολιτική, εντούτοις στο πλαίσιο μιας ανοικτής διαδικασίας, ως η υπό κρίση, η οποία ερείδεται και προϋποθέτει την ύπαρξη ενός δυνητικού ανταγωνισμού, δεν είναι συμβατοί όροι οι οποίοι εν τέλει περιορίζουν αδικαιολόγητα τον κύκλο των συμμετεχόντων, δοθέντος μάλιστα ότι ουδόλως προκύπτει η αναγκαιότητα της επίμαχης προδιαγραφής από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής. Ενόψει τούτου, αλλά και διότι ο διαγωνισμός δεν βρίσκεται στο στάδιο ελέγχου των προσφορών αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς περί μη πλήρωσης, σε έτερους διαγωνισμούς, της προσβαλλόμενης προδιαγραφής από την εταιρεία «...». Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η τεχνική προδιαγραφή «θ» του Παραρτήματος Ι για το Τμήμα 4 «...» της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης θα πρέπει να ακυρωθεί και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή «θ» του Παραρτήματος Ι ως προς το Τμήμα 4 «...» της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης και να επιστραφεί το παράβολο στον προσφεύγοντα ,κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει τον όρο «θ» του Παραρτήματος Ι ως προς το Τμήμα 4 «...» της υπ' αριθμ. «...» διακήρυξης ,κατά τα οριζόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 24 Φεβρουαρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**