

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 26-04-2024 με την εξής σύνθεση Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμύρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27-06-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης 963/27-06-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα. Η παραπάνω υπόθεση εισάγεται προς εξέταση σε συμμόρφωση με την απόφαση με αριθμό .../2024 του ..., με την οποία αναπέμπεται η υπόθεση στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά της ... (...) (εφεξής «ο αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Επί της ως άνω προσφυγής άσκησε παρέμβαση ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...», με δ.τ. «...».

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αρ. πρωτ. .../2023 Διακήρυξης του αναθέτοντος φορέα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.400 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, δυνάμει της υπ' αριθμ. .../2023 διακήρυξης της ... προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός, με τίτλο «...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ..., συνολικής ωφέλιμης χωρητικότητας 2.050 m³ για την κάλυψη των αναγκών Συγκεκριμένα, πρόκειται να τοποθετηθεί μια (1) νέα δεξαμενή ωφέλιμης χωρητικότητας 1.000 m³ στην περιοχή της αφαλάτωσης, πλησίον του υφιστάμενου υδραγωγείου και δύο (2) νέες δεξαμενές, συνολικής ωφέλιμης χωρητικότητας 1.050 m³ , στον οικισμό ... Στην ... περιλαμβάνονται όλα τα απαραίτητα έργα όπου απαιτηθεί, ... όπου απαιτηθεί, ... των ... και ... τους με τα για την κάθε θέση Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης είναι 280.000,00 € χωρίς ΦΠΑ. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε εκατόν είκοσι (120) ημερολογιακές ημέρες για την πλήρη υλοποίηση της ... και πλήρους λειτουργίας του εξοπλισμού. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 01/06/2023 με ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με α/α ...

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (Α' 147).

4. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς. Ειδικότερα η προσφεύγουσα, η οποία δεν έχει υποβάλει προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, θεμελιώνει κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, καθιστούν αδύνατη ή δυσχεραίνουν ουσιαδώς τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Ομοίως εμπρόθεσμα ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε τις απόψεις της επί της προσφυγής μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ενώ εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος έχει ασκηθεί και η παρέμβαση.

5. Επειδή, στη διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπονται τα ακόλουθα: 2.2.6 *Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.* «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: Να έχουν εκτελέσει επιτυχώς κατά την αμέσως προηγούμενη από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής

προσφορών τουλάχιστον μία σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης προκατασκευασμένης μεταλλικής ..., χωρητικότητας μεγαλύτερης ή ίσης με την εκάστη ζητούμενη στην παρούσα διακήρυξη, με την υποδομή έδρασής της». 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα . «B.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από κατάλογο στον οποίο αναφέρονται οι κυριότερες συμβάσεις ... σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παραγράφου 2.2.6. Η δήλωση θα συνοδεύεται υποχρεωτικά από αντίγραφα πρωτοκόλλων παραλαβής ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των παραληπτών καθώς και από τις μελέτες των συμβάσεων αυτών». 12. ΕΝΗΜΕΡΩΤΙΚΑ ΕΝΤΥΠΑ (του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης) α) Προσπέκτους – ενημερωτικά έντυπα β) Φωτογραφίες ήδη εγκατεστημένων ... του συμμετέχοντα προμηθευτή σύμφωνα με το φυσικό αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης γ) Φωτογραφίες εγκατεστημένων ... του συμμετέχοντα προμηθευτή σε φάσεις εγκατάστασης σύμφωνα με το φυσικό αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης δ) Φωτογραφίες του ζητούμενου από την μελέτη εξοπλισμού σε εγκατεστημένες δεξαμενές σύμφωνα με το φυσικό αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης Σημείωση : Όλα τα ανωτέρω άρθρα και οι επιμέρους όροι είναι απαραίτητο να καλύπτονται πλήρως από τους συμμετέχοντες προμηθευτές. Τεχνικές Προσφορές οι οποίες σύμφωνα με τα ανωτέρω θα είναι ελλιπείς ή ασαφείς ή θα αποκλίνουν από τις Τεχνικές Προδιαγραφές, θα κρίνονται ως απαράδεκτες και θα απορρίπτονται.

6. Επειδή, στις υπ. αριθμ. πρωτ. .../2023, 20/06/2023 χορηγηθείσες διευκρινήσεις του αναθέτοντος φορέα αναφέρεται: Δ) Στο άρθρο 1.3 της διακήρυξης του διαγωνισμού στην περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης αναγράφεται μεταξύ άλλων ότι : «... Συγκεκριμένα, πρόκειται να τοποθετηθεί μια (1) νέα ... 1.000 m³ στην περιοχή της αφαλάτωσης, πλησίον του ... και δύο (2) νέες δεξαμενές, συνολικής ωφέλιμης χωρητικότητας 1.050 m³, στον οικισμό ...» Συνεπώς ο χρωματισμός των ... αποτελεί μέρος του φυσικού αντικειμένου της διακήρυξης και οι συμμετέχοντες σύμφωνα με το άρθρο 12 του παραρτήματος Ι της διακήρυξης, για τις περιπτώσεις (β), (γ) και (δ), θα πρέπει να προσκομίσουν φωτογραφίες χρωματισμένων ... συνολικής ωφέλιμης χωρητικότητας 2.050 m³ βάσει του φυσικού αντικειμένου ή μιας ... 1.000 m³ και μιας ... 525 m³. Διευκρινίσεις

προηγούμενων διαγωνισμών δεν σχετίζεται με τον τρέχοντα Διαγωνισμό, δεδομένης της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών.

7. Επειδή, (βλ. αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120, 209/2017), συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκριμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας του υπό προμήθεια προϊόντος, όπως αυτή επιτυγχάνεται και προσδιορίζεται δια των τεχνικών προδιαγραφών και που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, προκύπτει ότι το κατώτατο όριο της τεχνικής αυτής καταλληλότητας, άρα το περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από το ότι η διάταξη του άρ. 5 Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα της γενικής ρήτρας της αναλογικότητας και της σχετικότητας των εν γένει κριτηρίων μιας διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης, σε αντιστοιχία εξάλλου και με όσα αναλόγως ορίζει το άρ. 75 παρ. 1 περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά το οποίο “Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης.” και ιδίως “Όλες οι

απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.”, ενώ τα ίδια εξάλλου προκύπτουν και από τη συνδυαστική θεώρηση του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. και A.S. Graelis, Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii).

8 .Επειδή, όλα τα ανωτέρω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και του άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. Τούτο προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρ. 101 επ. ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10P TOMRA, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/EK στην Υπόθεση COMP Αριθμός Απόφασης: 29/2018 12 D3/38.044-NDC Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, άρα κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1,7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω εφαρμογή του άρ. 54 και συγκεκριμένα ότι οι όποιες τεχνικές προδιαγραφές δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης και συγκεκριμένα την κατάλληλη χρήση του προϊόντος για τον συμβατικό σκοπό. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των τεχνικών προδιαγραφών με το αντικείμενο και

τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια στοιχεία των τεχνικών προδιαγραφών, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης καταλληλότητας, διατύπωση, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό. Ούτως, θα πρέπει οι προδιαγραφές, εφόσον και εκ της φύσεώς τους ανά περίπτωση τούτο είναι δυνατό, να διατυπώνονται με γνώμονα τον συγκερασμό της επίτευξης του επιδιωκόμενου από αυτές αποτελέσματος με το μέγιστο άνοιγμα της διαδικασίας στον ανταγωνισμό. Δηλαδή να εκφράζονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να μην διασφαλίζεται ότι ο σκοπός θα επιτευχθεί, πλην όμως με μέριμνα για την αποφυγή προπεριγραφής μιας μόνο συγκεκριμένης μεταξύ περισσοτέρων διαθέσιμων τεχνικής που τυχόν ενσωματώνεται σε μέρος μόνο των κατά τα άλλα κατάλληλων προϊόντων και έτσι να αποκλείεται κάθε ισοδύναμο επιμέρους τυχόν χαρακτηριστικό (άρα και κάθε προϊόν που το ενσωματώνει), το οποίο συνιστά εναλλακτικό μεν, κατάλληλο και επαρκές δε για την επίτευξη του σκοπού αυτού μέσο (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017). Ειδάλλως, η προδιαγραφή παρίσταται δυσανάλογη και μη αντικειμενικώς δικαιολογημένη.

9. Επειδή, περαιτέρω, η αναθέτουσα καταρχήν διαθέτει ελευθερία, ήτοι διακριτική ευχέρεια περί τη θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια αγαθών σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπο επίτευξής τους. Ούτε παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι κάποιες προδιαγραφές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστούν ουσιαστικά δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων

ορίων (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187, 231/2017) τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017). Άρα, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης και επομένως και τεχνική προδιαγραφή για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ή ένα προϊόν ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώς. Αλλά ο όποιος περιορισμός του ανταγωνισμού δεν θα πρέπει να είναι και αδικαιολόγητος, ήτοι να μην συνδέεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων με το συμβατικό αντικείμενο. Αντίστροφα δε, δεν είναι δυνατόν ένας όρος να είναι άνευ ετέρου νόμιμος, επειδή απλώς υφίστανται περισσότερα προϊόντα ή οικονομικοί φορείς που μπορούν να τον καλύψουν. Αντίθετα, ένας τέτοιος όρος δύναται να είναι παράνομος και δη ως αντιανταγωνιστικός εφόσον, ακόμη και αν αποκλείει ένα μόνο προϊόν ή οικονομικό φορέα, είναι αδικαιολόγητος βάσει των παραπάνω κριτηρίων. Εξάλλου, η συντρέχουσα αρχή της ισότητας δεν εξαρτάται ως προς την τήρησή της από τον τυχόν αριθμό των αποκλεισμένων και των εν γένει υποκειμένων τα οποία υφίστανται δυσμενή διάκριση (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Αριθμός Απόφασης: 29/2018, 238/2017).

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

στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. [...]».

11. Επειδή, ο νόμος 4412/2016 ορίζει στο άρθρο 75 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» τα εξής: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομική δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση

σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. (...) 3. (...) 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας...Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο (...). 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης (...)», στο άρθρο 80 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα»: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους [...] 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη (...) της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 [...]. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο [...] 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών [...]» και στο Προσάρτημα Α', Παράρτημα XII, Μέρος II: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α)...β) ...γ)...δ)... ε) ..., στ)...ζ)...η)...θ)...ι)..., **ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: :)** δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα. (...)».

12. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι εμποδίστηκε να υποβάλει παραδεκτως προσφορά εξαιτίας του όρου Άρθρου 12 Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης (όπως ερμηνεύτηκε με τις υπ. αριθμ. πρωτ. .../2023, 20/06/2023

χορηγηθείσες διευκρινήσεις) που αφορά στην προσκόμιση φωτογραφιών χρωματισμένων ... συγκεκριμένης χωρητικότητας, παρότι σε προηγούμενο ματαιωθέντα διαγωνισμό ο αναθέτων φορέας είχε δώσει τις ακριβώς αντίθετες διευκρινίσεις επιτρέποντας της τότε να συμμετάσχει. Ειδικότερα, προβάλλει ότι ο προσβαλλόμενος όρος αντίκειται στον ανταγωνισμό, καθώς η ίδια έχει στο παρελθόν προμηθεύσει χρωματιστές δεξαμενές όχι όμως αυτού του μεγέθους, αλλά και δεξαμενές αυτού του μεγέθους όχι όμως χρωματισμένες, με αποτέλεσμα η απαίτηση του όρου 12 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης όπως ερμηνεύτηκε με τις υπ. αριθμ. πρωτ. .../2023, 20/06/2023 χορηγηθείσες διευκρινήσεις, να μην της επιτρέπουν να υποβάλει προσφορά. Ωστόσο κατά την επιχειρηματολογία της, «η ικανότητα στον χρωματισμό των ελασμάτων που αποτελούν μία μικρότερης χωρητικότητας δεξαμενή, δεν διαφέρει σε τίποτα με την ικανότητα που απαιτείται για τον χρωματισμό των ελασμάτων μίας ... μεγαλύτερης χωρητικότητας. Χρησιμοποιείται ο ίδιος εξοπλισμός και ο ίδιος τρόπος εργασίας με λογικό συμπέρασμα ότι αυτός που διαθέτει την ικανότητα να χρωματίσει μία μικρής χωρητικότητας δεξαμενή μπορεί να χρωματίσει και μία δεξαμενή μεγαλύτερης χωρητικότητας». Προβάλλει επίσης ότι «[ο αναθέτων φορέας] φαίνεται να συγχέει την έννοια των τεχνικών προδιαγραφών με την έννοια της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Δεν είναι νόμιμο να ζητείται η αποδεδειγμένη προμήθεια ... (μέσω της προσκόμισης φωτογραφιών), που περιορίζει αδικαιολόγητα των ανταγωνισμό και να τίθεται μάλιστα ως μέρος των Τεχνικών Προδιαγραφών της Σύμβασης».

13. Επειδή, η παρεμβαίνουσα και ο αναθέτων φορέας αιτούνται την απόρριψη της προσφυγής. Ειδικότερα, ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει μεταξύ άλλων ότι: «Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι το Άρθρο 12 της Τεχνικής Μελέτης είναι αντίθετο με όρους της Διακήρυξης ή ότι υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες του Διαγωνισμού, είναι επίσης εσφαλμένος για τον λόγο ότι η προσφεύγουσα συνδέει αυθαίρετα την Τεχνική Μελέτη της Διακήρυξης με το Άρθρο 2.2.6 αυτής, ενώ παραβλέπει εσκεμμένα ότι φυσικό αντικείμενο του Διαγωνισμού είναι η ... Συνεπώς η ζήτηση φωτογραφιών στην Τεχνική Μελέτη σύμφωνα με το φυσικό αντικείμενο του Διαγωνισμού, εύλογα και τεχνικά ορθά περιλαμβάνει ... (ΑΕΠΠ 918/2022, η οποία δέχθηκε τις φωτογραφίες ως θεμιτό τρόπο απόδειξης του ζητούμενου αντικειμένου του

Διαγωνισμού). [...]Για λόγους κατανόησης του χρωματισμού ως ουσιώδους στοιχείου του κρινόμενου διαγωνισμού, παραθέτουμε ορισμένες επιπλέον τεχνικές πληροφορίες, ώστε να γίνει σαφές τί επιζητούν οι τεχνικές προδιαγραφές και σχετικές απαιτήσεις που προκύπτουν από την φύση και την δυσκολία αυτής της εργασίας, δεδομένων των δυσκολιών στον χρωματισμό και δη στην βαφή επιφανειών που έχουν αντιδιαβρωτική προστασία, στις περιβαλλοντικές συνθήκες, στην επίτευξη ορθού τεχνικά αποτελέσματος, ομοιόμορφης χρωματικά όψης κτλ, που επαφίεται στην ορθή τεχνική προσφορά του προμηθευτή. Ο χρωματισμός των μεταλλικών εξωτερικών μερών της ... που προβλέπεται στο φυσικό αντικείμενο, έχει ιδιαίτερους κανόνες εφαρμογής, εκτέλεσης και μεθοδολογίας. Στην Διακήρυξη αποτυπώθηκαν μια σειρά από τους βασικούς κανόνες, ώστε οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς να λάβουν γνώση των όσων θέσαμε ως Αναθέτων φορέας . Οι σχετικοί κανόνες καθορίστηκαν ώστε να αποφευχθεί ο μη επιμελής χρωματισμός των μεταλλικών επιφανειών που μπορεί να οδηγήσει και σε επισφαλές / ανομοιόμορφο αποτέλεσμα (ο χρωματισμός να ξεφλουδίζει σε διάφορα σημεία της βαμμένης επιφάνειας, να βγαίνει χρώμα στο χέρι ή στο πέρασμα πανιού σε μορφή λεπτής σκόνης, κατά την εφαρμογή του χρώματος να δημιουργούνται φουσαλίδες, στην βαμμένη επιφάνεια υπάρχουν έντονα σημάδια από το πέρασμα του πινέλου ή η βαμμένη επιφάνεια να αποκτήσει ζάρες ιδιαίτερα στα σημεία που έχουμε γωνίες, κάθετα κτλ στοιχεία). Ο κίνδυνος κακού αποτελέσματος πολλαπλασιάζεται όσο αυξάνονται οι φυσικές διαστάσεις του προς βαφή αντικείμενου. Ταυτόχρονα όσο μεγαλύτερο είναι το φυσικό αντικείμενο το οποίο θα χρωματιστεί, τόσο μεγαλύτερος είναι ο κίνδυνος της ανομοιομορφίας στην όψη (δημιουργία αποχρώσεων). Χαρακτηριστικά να αναφέρουμε ότι η δεξαμενή χωρητικότητας 1.000 κυβικών μέτρων έχει επιφάνεια χρωματισμού περίπου 600 τμ και η δεξαμενή χωρητικότητας 525 κυβικών μέτρων έχει επιφάνεια χρωματισμού περίπου 350 τμ, ενώ η δεξαμενή που επικαλέστηκε η προσφεύγουσα χωρητικότητας 120 κυβικών μέτρων, έχει επιφάνεια χρωματισμού περίπου 130 τμ. Είναι αντιληπτό ότι όσο αυξάνεται το προς χρωματισμό αντικείμενο (η προκύπτουσα επιφάνεια χρωματισμού) τόσο δυσχεραίνεται η επίτευξη ομοιογένειας στο τελικό αποτέλεσμα καθιστώντας την όλη διαδικασία μακράν πιο απαιτητική. [...] Επισημαίνεται συμπληρωματικά ότι επίσης είναι σαφές ότι σε μια μικρότερης

χωρητικότητας δεξαμενή, στην διαδικασία του χρωματισμού συναντώνται λιγότερες εξειδικευμένες εργασίες, ενώ η επίτευξη της ορθής εκτέλεσης και της ομοιομορφίας είναι σαφώς πιο εύκολη, με δεδομένο ότι ο χρωματισμός εκτελείται στο έργο, σε σχέση με τις χωρητικότητες των ... του Διαγωνισμού, οι οποίες έχουν διαφορετικές κατασκευαστικές απαιτήσεις. Συνεπώς είναι εσφαλμένη η τοποθέτηση της προσφεύγουσας, ότι ο χρωματισμός δεν συσχετίζεται με την χωρητικότητα των ... [...]Δηλαδή, για την ορθή παράδοση των ... (από την άποψη του ...), δεν αρκεί να χρωματιστούν τα μέρη των ... σε κλειστούς χώρους σύμφωνα με τα όσα έχουμε αναφέρει ανωτέρω αλλά και να υπάρχει η επίτευξη ορθού χρωματισμού (ομοιομορφία) όπως και η κατάλληλη διαχείριση των υλικών αυτών από την στιγμή ολοκλήρωσης της βαφής μέχρι και της τοποθέτησης των στο μέρος της ... που αντιστοιχεί χωρίς να τραυματιστεί η χρωματισμένη επιφάνεια (κατά την μεταφορά και κατά το στάδιο κατασκευής)».

14. Επειδή, από τη μελέτη του φακέλου και των εκατέρωθεν ισχυρισμών προκύπτει καταρχήν ότι η προμήθεια και η εγκατάσταση χρωματισμένων ... συνιστά ουσιώδη όρο της Διακήρυξης, ο οποίος επιβάλλεται από τις απαιτήσεις της νομοθεσίας και της αρμόδιας υπηρεσίας του ... , λόγω του ιδιαιτέρου νομικού καθεστώτος που διέπει τη ..., γεγονός που συνομολογείται και από την προσφεύγουσα. Συνεπώς, διά της απαίτησης της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής και του αντίστοιχου μέσου απόδειξης αυτής διά της προσκόμισης φωτογραφιών, επιδιώκεται από τον αναθέτοντα φορέα η εξασφάλιση της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής. Επιλογή του αναθέτοντος φορέα για τη διασφάλιση της ικανότητας του ενδιαφερόμενου να παράσχει την τεχνική αυτή ικανότητα, είναι η προσκόμιση φωτογραφιών αντίστοιχων κατασκευών, η οποία όμως, ενόψει όσων αναλυτικά αναφέρονται στις απόψεις του ως τεχνικές κρίσεις και παρατίθενται ανωτέρω -κυρίως ως προς την διαφοροποίηση ανάμεσα στη βαφή μιας μικρού και μιας μεγάλου μεγέθους ... – συναρτώμενων με τη σπουδαιότητα επίτευξης ενός άρτιου τελικού αποτελέσματος ως προς την εμφάνιση των ... και την οπτική ενσωμάτωσή τους στο τοπίο, δεν είναι αυθαίρετη, αλλά εμπίπτει στους επιτρεπόμενους τρόπους απόδειξης της ικανοποίησης του αντικειμένου της Διακήρυξης, (βλ. σχετικά και ΑΕΠΠ 918/2022). Συνεπώς, η απαίτηση

προσκόμισης σχετικών φωτογραφιών στην Τεχνική Μελέτη σύμφωνα με το φυσικό αντικείμενο του Διαγωνισμού, νομίμως περιλαμβάνει χρωματισμένες δεξαμενές συγκεκριμένου μεγέθους, απορριπτομένων των σχετικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που ερείδονται σε έτερους και δη προγενέστερους διαγωνισμούς απαραδέκτως και αβασίμως προβάλλονται, καθώς ισχύει η αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών. Τέλος, αορίστως και άνευ εννόμου συμφέροντος -αφού δεν προκύπτει σχετική και ορισμένως επικαλούμενη βλάβη της προσφεύγουσας - προβάλλονται τα περί σύγχυσης εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα των τεχνικών προδιαγραφών και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Εξάλλου, σύμφωνα με όσα ανωτέρω αναλύθηκαν, η προσφεύγουσα αβασίμως βάλλει κατά του ανωτέρου όρου της διακήρυξης, αφού αυτός δεν προκύπτει ως δυσανάλογος.

15. Επειδή, μετά την κρίση ως νόμιμου του ως άνω προσβαλλόμενου όρου της Διακήρυξης, δυνάμει του οποίου η προσφεύγουσα, όπως η ίδια ανέφερε στην προδικαστική προσφυγή της, καθίσταται αποκλειστέα από τον διαγωνισμό, τυχόν λοιποί λόγοι της προδικαστικής προσφυγής καθίστανται απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΣτΕ 1560/2022).

16. Επειδή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και να καταπέσει το παράβολο που κατεβλήθη για την άσκηση της προσφυγής.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που η προσφεύγουσα κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26-04-2024 και 29-04-2024 και εκδόθηκε στις 30-04-2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ιωάννης Λαμπρόπουλος

Η γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου

και α/α Μιχαήλ Σοφιανός