

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ
ΣΕ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, την 1^η Σεπτεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Σαρμάς, Πρόεδρος, Σωτηρία Ντούνη, Κωνσταντίνος Κωστόπουλος, Μαρία Αθανασοπούλου και Ασημίνα Σαντοριναίου, Αντιπρόεδροι, Γεώργιος Βοΐλης, Βασιλική Ανδρεοπούλου, Κωνσταντίνα Ζώη, Δημήτριος Πέππας, Δέσποινα Καββαδία -Κωνσταντάρα, Γεωργία Τζομάκα, Στυλιανός Λεντιδάκης, Θεολογία Γναρδέλλη, Βιργινία Σκευή, Κωνσταντίνος Εφεντάκης, Αγγελική Πανουτσακοπούλου, Δέσποινα Τζούμα, Δημήτριος Τσακανίκας, Ευφροσύνη Παπαθεοδώρου, Κωνσταντίνος Παραθύρας, Ασημίνα Σακελλαρίου, Αργυρώ Μαυρομαμάτη, Ευαγγελία Σεραφή, Κωνσταντίνος Κρέπης, Ειρήνη Κατσικέρη, Γεωργία Παπαναγοπούλου, Νεκταρία Δουλιανάκη, Νικολέτα Ρένεση, Αικατερίνη Μποκώρου, Βασιλική Πέππα και Γρηγόριος Βαλληνδράς, Σύμβουλοι. Γραμματέας η Ελένη Αυγουστόγλου.

Γενικός Επίτροπος Επικρατείας : Αντώνιος Νικητάκης, Επίτροπος Επικρατείας, κωλυομένης της Γενικής Επιτροπής της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, Χρυσούλας Καραμαδούκη.

Για να δικάσει: α) την από 10.8.2020 (ΑΒΔ .../2020) προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...ΑΕ», που εδρεύει στ... .. (... αριθ. ...), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά του πληρεξουσίου δικηγόρου της Ιωάννη Παραρά (ΑΜ ΔΣΑ 21501) και β) την από 12.8.2020 (ΑΒΔ .../2020) προσφυγή του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου (νπδδ) με την επωνυμία «...» (...), που εδρεύει στ... .. (οδός ... αριθ. ... και ...), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά του πληρεξουσίου δικηγόρου του Βασιλείου Χατζηγιαννάκη (ΑΜ ΔΣΑ 28288).

Με τις ανωτέρω προσφυγές ζητείται η αναθεώρηση της 1635/2020 απόφασης του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπείται νομίμως από τον Υπουργό Οικονομικών, ο οποίος παραστάθηκε διά του Νομικού Συμβούλου του Κράτους Νικόλαου Καραγιώργη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τους πληρεξουσίου δικηγόρους της προσφεύγουσας εταιρείας και του προσφεύγοντος νπδδ, οι οποίοι ζήτησαν την παραδοχή των προσφυγών αναθεώρησης.

Τον εκπρόσωπο του Ελληνικού Δημοσίου που, ομοίως, ζήτησε την παραδοχή των προσφυγών.

Τον Επίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος ανέπτυξε προφορικά την από 1.9.2020 γνώμη του και πρότεινε την απόρριψη των κρινόμενων προσφυγών.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση, το Δικαστήριο, στις 16 Σεπτεμβρίου 2020 συνήλθε σε τηλεδιάσκεψη κατ' εφαρμογή του άρθρου 295 παρ. 2, σε συνδυασμό με τα άρθρα 336 παρ. 1 και 357 του ν. 4700/2020 (φ. 127/29.6.2020 Α'), με παρόντες τους δικαστές που έλαβαν μέρος στη συζήτηση της υπόθεσης, εκτός από τους Αντιπροέδρους Κωνσταντίνο Κωστόπουλο και Μαρία Αθανασοπούλου και τις Συμβούλους Δέσποινα Καββαδία - Κωνσταντάρα και Δέσποινα Τζούμα που είχαν κώλυμα (άρθρα 293 παρ. 3 και 336 παρ. 1 του ν. 4700/2020).

**Άκουσε την εισήγηση της Συμβούλου Γεωργίας Τζομάκα και
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφθηκε κατά τον νόμο**

1. Με τις ένδικες προσφυγές, για την άσκηση της πρώτης εκ των οποίων έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (βλ. το ... δεσμευμένο ηλεκτρονικό παράβολο) ενώ για τη δεύτερη δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (βλ. άρθρο 308 παρ. 3 του Κεφαλαίου 49 του ν. 4700/2020, το οποίο εφαρμόζεται αναλόγως και στην υπό κρίση διαφορά από τον προσυμβατικό έλεγχο, σύμφωνα με το άρθρο 336 παρ. 1 του ανωτέρω νόμου), ζητείται η αναθεώρηση της 1635/2020 απόφασης του VI Τμήματος. Με την απόφαση αυτή απορρίφθηκαν συνεκδικασθείσες προσφυγές ανάκλησης των ήδη προσφευγόντων κατά της 253/2020 πράξης του Ζ' Κλιμακίου με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η, μεταξύ τους, υπογραφή του σχεδίου σύμβασης για την ανάθεση της υπηρεσίας «Εργασίες υποστήριξης λειοτεμαχισμού ΟΕΔΑ ...».

2. Οι ανωτέρω προσφυγές, οι λόγοι της δεύτερης εκ των οποίων αναπτύσσονται με το από 7.9.2020 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, έχουν ασκηθεί εμπροθέσμως και κατά τα λοιπά νομοτύπως. Συνεπώς, πρέπει να γίνουν τυπικώς δεκτές και να κριθούν περαιτέρω ως προς τη βασιμότητα των προβαλλομένων με αυτές λόγων.

3. Ο ν. 4700/2020 «Ενιαίο κείμενο Δικονομίας για το Ελεγκτικό Συνέδριο (...)», στο άρθρο 328 με τίτλο «Προσφυγή ανάκλησης» ορίζει: «1. Προσφυγή ανάκλησης της πράξης του Κλιμακίου Προσυμβατικού Ελέγχου ή του Επιτρόπου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίνεται ότι κωλύεται η υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης, υποβάλλεται στη γραμματεία του αρμόδιου Τμήματος σε περίπτωση πλάνης περί τα πράγματα ή τον νόμο (...)». Σύμφωνα με αυτές τις διατάξεις, κατά την

εκδίκαση της προσφυγής ανάκλησης, το αρμόδιο Τμήμα ελέγχει την προσβαλλόμενη πράξη του Κλιμακίου, περί τα πράγματα ή τον νόμο, μέσα στα όρια των πλημμελειών που το τελευταίο έκρινε ως διακωλυτικές της σύναψης της σύμβασης. Εφόσον κατά τον έλεγχο αυτό, διαπιστωθεί, ύστερα από προβολή σχετικού λόγου ανάκλησης, ότι το Κλιμάκιο υπήγαγε την εριζόμενη πλημμέλεια της διαγωνιστικής διαδικασίας σε εσφαλμένη νομική διάταξη, το Τμήμα έχει την εξουσία να προβεί στον ορθό νομικό χαρακτηρισμό της, να εξετάσει, εντός των ορίων των προσβαλλόμενων λόγων, αν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης που αυτό έκρινε εφαρμοστέα και, σε αρνητική περίπτωση, να διατηρήσει με άλλη αιτιολογία την ισχύ της προσβαλλόμενης πράξης του Κλιμακίου (πρβλ. ΕλΣ Τμ. Μείζ. - Επταμ. Σύνθ. 477/2020 και 581/2019).

4. Ο ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (φ. 147 Α') ορίζει, στο άρθρο 18 παρ. 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 (...)». Με τη διάταξη αυτή αποτυπώνεται ρητώς η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να μην προβαίνει σε ενέργειες, οι οποίες περιορίζουν ή στρεβλώνουν τον ανταγωνισμό μεταξύ ιδιωτικών οικονομικών φορέων, παρέχοντας αδικαιολόγητο πλεονέκτημα σε κάποιον εξ αυτών έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στον διαγωνισμό (ΕλΣ Ολ. 1641/2020).

5. Ο ίδιος ως άνω νόμος 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 χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 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 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. (...)

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) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία, β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας (...), ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματος της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού. Ο

έλεγχος αυτός αφορά το παραγωγικό δυναμικό του προμηθευτή ή τις τεχνικές ικανότητες του παρόχου υπηρεσιών και, όπου κριθεί απαραίτητο, τα μέσα μελέτης και έρευνας που αυτός διαθέτει καθώς και τα μέτρα που λαμβάνει για τον έλεγχο της ποιότητας, στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης (...), ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα. (...).

6. Ο ίδιος νόμος ορίζει στο άρθρο 54 με τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές» τα ακόλουθα: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών (...)» και στο Προσάρτημα Α', Παράρτημα VII: «Για τους σκοπούς του Βιβλίου I νοούνται ως: 1. “τεχνική προδιαγραφή”: ένα από τα ακόλουθα (...) β) όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών: η προδιαγραφή που περιέχεται σε έγγραφο το οποίο προσδιορίζει τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, όπως τα επίπεδα ποιότητας, τα επίπεδα της περιβαλλοντικής και κλιματικής επίδοσης, ο σχεδιασμός για όλες τις απαιτήσεις (συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας πρόσβασης για τα άτομα με αναπηρία), και η αξιολόγηση της συμμόρφωσης, της καταλληλότητας, της χρήσης του προϊόντος, της ασφάλειας ή των διαστάσεων του, συμπεριλαμβανομένων των απαιτήσεων που ισχύουν για το προϊόν όσον αφορά την ονομασία πώλησης, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και μεθόδους δοκιμών, τη συσκευασία, τη σήμανση και την επίθεση ετικετών, τις οδηγίες για τους χρήστες, τις διαδικασίες και μεθόδους παραγωγής σε οποιοδήποτε στάδιο του κύκλου ζωής του αγαθού ή της υπηρεσίας, καθώς και τις διαδικασίες αξιολόγησης της συμμόρφωσης». Εξάλλου, στο άρθρο 130 με τίτλο «Όροι εκτέλεσης της σύμβασης» ορίζεται: «1. (...). 2. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν και άλλους ειδικούς όρους σχετικά με την εκτέλεση της σύμβασης (...). Οι εν λόγω όροι μπορούν να περιλαμβάνουν οικονομικές, περιβαλλοντικές, κοινωνικές παραμέτρους ή παραμέτρους που αφορούν την καινοτομία και την απασχόληση (...).

7. Από τις διατάξεις που παρατέθηκαν στις δύο προηγούμενες σκέψεις συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να διασφαλίζουν την

ορθή και έντεχνη εκτέλεση της σύμβασης, αναζητούν οικονομικούς φορείς οι οποίοι πληρούν ορισμένα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Τα κριτήρια αυτά αφορούν μεταξύ άλλων, την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων, προκειμένου να διαπιστωθεί ότι διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους καθώς και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Η απόδειξη του ελάχιστου επιπέδου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που θέτουν οι αναθέτουσες αρχές με τους όρους της διακήρυξης, γίνεται μόνο με τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στις σχετικές διατάξεις του άρθρου 80 παρ. 5 και του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α'. Τυχόν δε απαίτηση αποδεικτικού μέσου που δεν ορίζεται σε αυτές τις διατάξεις καθιστά τον όρο της διακήρυξης που το προβλέπει μη νόμιμο (πρβλ. ΕλΣ Τμ. Μείζ. - Επταμ. Σύνθ. 1649/2020, σκ. 12 και 21, Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Ένωσης, αποφάσεις της 26^{ης} Σεπτεμβρίου 2000, C-225/98, Επιτροπή κατά Γαλλίας, EU:C:2000:494, σκ. 87 και 88 και της 10^{ης} Φεβρουαρίου 1982, 76/81, EU:C:1982:49, Transporoute, σκ. 8-10 και 15). Πέραν των κριτηρίων επιλογής, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να καθορίζουν με τους όρους της διακήρυξης, τεχνικές προδιαγραφές που προσδιορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση υπηρεσίας καθώς και όρους εκτέλεσης της σύμβασης που θέτουν παραμέτρους οικονομικές, περιβαλλοντικές, κοινωνικές ή σχετικές με την καινοτομία και την απασχόληση.

8. Στο π.δ. 38/2010 (φ. 78 Α'), το οποίο μετέφερε στην εθνική έννομη τάξη την Οδηγία 2005/36 (ΕΕ L 255 της 30^{ης}.9.2005) σχετικά με την αναγνώριση των επαγγελματικών προσόντων, ως «νομοθετικά ρυθμιζόμενο επάγγελμα» ορίζεται «η επαγγελματική δραστηριότητα ή το σύνολο επαγγελματικών δραστηριοτήτων των οποίων η ανάληψη, η άσκηση ή ένας από τους όρους άσκησης εξαρτάται άμεσα ή έμμεσα, δυνάμει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων, από την κατοχή καθορισμένων επαγγελματικών προσόντων» και ως «επαγγελματικά προσόντα», τα προσόντα που πιστοποιούνται από τίτλο εκπαίδευσης, από βεβαίωση επάρκειας, χορηγούμενη από αρμόδια αρχή του κράτους μέλους καταγωγής ή από επαγγελματική πείρα (βλ. άρθρο 3 παρ. 1 περ. α' και β' και άρθρο 11 περ. α' του π.δ/τος). Περαιτέρω, το π.δ. 113/2012 (φ. 198 Α') καθορίζει, μεταξύ άλλων, τις προϋποθέσεις και τα επαγγελματικά προσόντα που απαιτούνται για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας χειρισμού μηχανημάτων έργου από φυσικά πρόσωπα.

9. Στη .../27.12.2019 (ΑΔΑΜ: ...) διακήρυξη του ελεγχόμενου διαγωνισμού, η οποία αποτελεί μέρος του κανονιστικού πλαισίου διενέργειάς του, προσαρτάται ως Παράρτημα I, η .../2019 μελέτη της Διεύθυνσης Διάθεσης Υπολειμμάτων Αποβλήτων (ΔΥΠΑ) του Ειδικού

Διαβαθμιδικού Συνδέσμου Νομού ... (στο εξής: «ΕΔΣΝ...») που περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, τα τεύχη «Τεχνική Έκθεση» και «Τεχνική Περιγραφή και Τεχνικές Προδιαγραφές» και ως Παράρτημα ΙΙ το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ).

10. Οι υπό ανάθεση εργασίες περιγράφονται αναλυτικά στα τεύχη «Τεχνική Έκθεση» και «Τεχνική Περιγραφή και Προδιαγραφές» (άρθρα 1 και 2) της προαναφερθείσας .../2019 μελέτης της Διεύθυνσης ΔΥΠΑ του ΕΔΣΝ... . Ειδικότερα, στα ως άνω τεύχη της μελέτης αυτής αναφέρεται ότι η λειτουργία του συγκροτήματος λειοτεμαχισμού αποσκοπεί στη μείωση του όγκου των ευμεγεθών αντικειμένων (όπως στρώματα, κλαδιά κλπ) πριν από τη διάθεσή τους στο ΧΥΤΑ προκειμένου να διασφαλιστεί η επέκταση του χρόνου ζωής του τελευταίου, το συγκρότημα δε αυτό αποτελείται από κτήριο με κατάλληλα διαμορφωμένες πλατείες ελιγμών οχημάτων τροφοδοσίας, κατάλληλα διαμορφωμένη τάφρο απόθεσης των ογκωδών απορριμμάτων, δύο λειοτεμαχιστές τύπου ..., γερανογέφυρα με υδραυλική αρπάγη, ιμάντες απομάκρυνσης τεμαχισμένων απορριμμάτων, παρελκόμενο Η/Μ εξοπλισμό καθώς και αίθουσα ελέγχου (control room) λειτουργίας του συνόλου των μηχανημάτων. Περαιτέρω, αναφέρεται ότι οι ανατιθέμενες υπηρεσίες συνίστανται: α) στον χειρισμό και λειτουργία των συστημάτων που αποτελούν τη μονάδα τροφοδοσίας των δυο λειοτεμαχιστών, η οποία περιλαμβάνει γερανογέφυρα διπλού φορέα με βαρούλκο και ηλεκτροϋδραυλική αρπάγη μεταφοράς των υλικών και β) στον χειρισμό και λειτουργία των λειοτεμαχιστών και των ιμάντων μεταφοράς τεμαχισμένων υλικών καθώς και την πλήρωση των απορριμματοκιβωτίων με τα προϊόντα του τεμαχισμού.

11. Στη διακήρυξη, επίσης, προβλέπονται τα εξής: 1) Στο άρθρο 2.2.6. «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) Κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών - από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του παρόντος διαγωνισμού - να έχουν εκτελέσει μία ή περισσότερες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, με φυσικό αντικείμενο συναφές με το αντικείμενο της παρούσας (υπηρεσίες λειοτεμαχισμού) που η συμβατική τους αξία αθροιστικά θα είναι ίση ή ανώτερη του 20% του ετήσιου προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ της παρούσας (...). β) Να διαθέτουν ικανούς ανθρώπινους πόρους και επαγγελματική ικανότητα του προσωπικού το οποίο θα επιφορτισθεί την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου. Οι υπηρεσίες θα διενεργούνται από το προσωπικό του οικονομικού φορέα που θα διαθέτει τα κατάλληλα για τον σκοπό αυτό επαγγελματικά προσόντα όπως αυτά προβλέπονται και περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα ΙΙ και την υπ' αριθ. .../019 Μελέτη της Δ.ΥΠ.Α. Θα αναφερθούν στο

αντίστοιχο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. τα ονοματεπώνυμα του προσωπικού που θα χρησιμοποιήσει ο οικονομικός φορέας για την εκτέλεση των εργασιών, όπως επίσης και τα επαγγελματικά προσόντα αυτών». 2) Στο άρθρο 2.4.3.2 «Περιεχόμενα φακέλου “Δικαιολογητικά Συμμετοχής- 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” (...), περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Στην τεχνική προσφορά θα περιλαμβάνονται κατ’ ελάχιστον – επί ποινή αποκλεισμού - τα αναφερόμενα στο Παράρτημα ΙΙ της παρούσας Προκήρυξης, με την διάρθρωση και την σειρά που ζητούνται (...)». 3) Στο άρθρο 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: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους (...) 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς) (...) θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης».

12. Το άρθρο 2 του τεύχους «Τεχνική Περιγραφή και Προδιαγραφές» της .../2019 μελέτης της Διεύθυνσης ΔΥΠΙΑ του ΕΔΣΝ... (Παράρτημα Ι της διακήρυξης) ορίζει τα εξής: «Ο Ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει επαρκές κατάλληλο και έμπειρο προσωπικό για την εκτέλεση των εργασιών λειτουργίας του συνόλου των μηχανημάτων του συγκροτήματος λειοτεμαχισμού των τεμαχισμένων απορριμμάτων. Προκειμένου να εξασφαλισθούν οι ορθοί χειρισμοί και η απρόσκοπτη λειτουργία των συστημάτων τροφοδοσίας των λειοτεμαχιστών, των λειοτεμαχιστών καθώς και των συστημάτων τροφοδοσίας τεμαχισμένου υλικού, ο προσφέρων θα πρέπει να διαθέτει επίσημη βεβαίωση των εκάστοτε κατασκευαστικών οίκων (ή των επίσημων εισαγωγέων στην Ελλάδα) των αντίστοιχων μηχανημάτων κατά περίπτωση, ότι διαθέτει κατάλληλο και έμπειρο προσωπικό να εκτελέσει υπηρεσίες χειρισμού και λειτουργίας των μηχανημάτων αυτών (...)». Σε απάντηση σχετικού ερωτήματος οικονομικού φορέα, με το από 18.1.2019 έγγραφο του Αναπληρωτή Προϊσταμένου της Διεύθυνσης ΔΥΠΙΑ του ΕΔΣΝ... ενημερώθηκαν οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ότι οι εταιρείες που κατασκεύασαν και τοποθέτησαν το συγκρότημα λειοτεμαχισμού στην ΟΕΔΑ ... είναι οι εξής: 1. Για το σύστημα τροφοδοσίας λειοτεμαχιστών (γερανογέφυρα): Κατασκευαστής: ..., με έδρα στ... .., 2. Για τους λειοτεμαχιστές: Κατασκευαστής: ..., με επίσημο εισαγωγέα στην Ελλάδα την εταιρεία «... ΑΕ» και 3. Για το

σύστημα τροφοδοσίας τεμαχισμένου υλικού (ιμάντες τροφοδοσίας): Κατασκευαστής: ..., με έδρα στ... .. .

13. Στο προαναφερθέν άρθρο 2 του τεύχους «Τεχνική Περιγραφή και Προδιαγραφές» της .../2019 μελέτης, αναφέρονται επίσης τα εξής: «Για την άρτια εκτέλεση των υπηρεσιών λειτουργίας της μονάδας, ο Ανάδοχος θα πρέπει να διαθέσει το παρακάτω ελάχιστο προσωπικό: - Προσωπικό για τον χειρισμό και λειτουργία των συστημάτων τα οποία αποτελούν την μονάδα τροφοδοσίας των δυο λειοτεμαχιστών η οποία περιλαμβάνει γερανογέφυρα διπλού φορέα με βαρούλκο και ηλεκτροϋδραυλική αρπάγη μεταφοράς των υλικών. Ελάχιστο προσωπικό: Ένας (1) χειριστής γερανογέφυρας- αρπάγης. Προσόντα: Άδεια χειρισμού ή οτιδήποτε άλλο προβλέπεται από τη σχετική νομοθεσία. - Προσωπικό για τον χειρισμό και λειτουργία των λειοτεμαχιστών καθώς και τον χειρισμό και λειτουργία των ιμάντων μεταφοράς τεμαχισμένων υλικών και την πλήρωση των απορριμματοκιβωτίων με τα προϊόντα του τεμαχισμού ανάλογα με την θέση την οποία βρίσκεται το έτοιμο προς πλήρωση απορριμματοκιβώτιο. Ελάχιστο προσωπικό: Ένας (1) χειριστής λειοτεμαχιστών-ιμάντων μεταφοράς. Προσόντα: Άδεια χειρισμού ή οτιδήποτε άλλο προβλέπεται από τη σχετική νομοθεσία. (...)». Το προσωπικό αυτό είναι αναγκαίο για τη λειτουργία του συγκροτήματος λειοτεμαχιστών διότι οι υπηρετούντες υπάλληλοι του ΕΔΣΝ... δεν επαρκούν ούτε έχουν ολοκληρωθεί οι εκκρεμείς διαδικασίες πρόσληψης νέων. Σε κάθε περίπτωση, οι προαναφερθείσες ειδικότητες απαιτούν εξειδικευμένες γνώσεις και εμπειρία καθώς και ειδικά προσόντα που δεν διαθέτουν ούτε οι υπάρχοντες ούτε οι υπό πρόσληψη εργαζόμενοι του ΕΔΣΝ... .

14. Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν επίσης και όσα εκτίθενται στις σκέψεις 15 έως 17 που ακολουθούν.

15. Με την .../18.12.2019 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ΕΔΣΝ..., εγκρίθηκαν τα τεύχη δημοπράτησης για τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο την ανάθεση υποστηρικτικών εργασιών για τη λειτουργία του συγκροτήματος λειοτεμαχισμού ογκωδών απορριμμάτων στην Ολοκληρωμένη Εγκατάσταση Διαχείρισης Απορριμμάτων (ΟΕΔΑ) στον Χώρο Υγειονομικής Ταφής Απορριμμάτων (ΧΥΤΑ) ... και προϋπολογισθείσα δαπάνη ποσού 506.880,00 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ).

16. Στον διαγωνισμό που διενεργήθηκε υπέβαλαν προσφορές οι εταιρείες «... ΑΕ» και «... ΟΕ». Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, από τον διαγωνισμό αποκλείστηκε η «... ΟΕ», καθόσον η τεχνική προσφορά της

δεν πληρούσε τον όρο του άρθρου 2 της .../2019 μελέτης της Διεύθυνσης ΔΥΠΑ του ΕΔΣΝ... αφού δεν περιλαμβάνονταν σ' αυτήν οι προβλεπόμενες από το τελευταίο άρθρο βεβαιώσεις των κατασκευαστικών οίκων ή επίσημων εισαγωγέων στην Ελλάδα των μηχανημάτων του συγκροτήματος των λειοτεμαχιστών, περί της καταλληλότητας και εμπειρίας του προσωπικού της εταιρείας για τον χειρισμό και τη λειτουργία των εν λόγω μηχανημάτων. Στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας κρίθηκε ότι η μόνη δεκτή σ' αυτό εταιρεία «... ΑΕ», πληρούσε τους όρους της διακήρυξης, και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος, μετά δε τη διαπίστωση της πληρότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσής της, το αποτέλεσμα του διαγωνισμού κατακυρώθηκε σ' αυτήν έναντι τιμήματος 504.000,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι 624.960,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, σύμφωνα με την οικονομική προσφορά της.

17. Το ελεγχόμενο σχέδιο σύμβασης αφορά στην απασχόληση δύο μελών προσωπικού της αναδόχου, εκ των οποίων το ένα ως χειριστή της γερανογέφυρας με ηλεκτροϋδραυλική αρπάγη μεταφοράς των υλικών τροφοδοσίας των λειοτεμαχιστών και το ειδικό επαγγελματικό προσόν του χειριστή γερανογέφυρας - γερανών και το άλλο ως χειριστή των λειοτεμαχιστών και ιμάντων μεταφοράς τεμαχισμένων υλικών και το ειδικό επαγγελματικό προσόν του χειριστή σπαστήρων και συναφών εργασιών.

18. Με την 253/2020 πράξη του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι, η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση των περι τεχνικών προδιαγραφών διατάξεων του 54 παρ. 3 του ν. 4412/2016 δεν προσδιόρισε με ακρίβεια τις επιδόσεις και τις λειτουργικές απαιτήσεις της δημοπρατούμενης υπηρεσίας με πλήρη αναφορά στα ειδικά τεχνικά χαρακτηριστικά των μηχανημάτων του συγκροτήματος λειοτεμαχιστών και τις συγκεκριμένες απαιτήσεις χειρισμού και λειτουργίας τους. Αντ' αυτού τέθηκε η απαίτηση να έχει προηγουμένως πιστοποιηθεί, με χορήγηση σχετικής βεβαίωσης από τους κατασκευαστές ή εισαγωγείς στην Ελλάδα των αντίστοιχων μηχανημάτων, η καταλληλότητα και εμπειρία του προσωπικού των υποψηφίων αναδόχων στον χειρισμό και τη λειτουργία αυτών, χωρίς μάλιστα να προκύπτουν οι τυχόν όλως εξειδικευμένες απαιτήσεις χειρισμού των εν λόγω μηχανημάτων, που καθιστούσαν αδύνατη τη χρήση τους από άλλο προσωπικό αναλόγων προσόντων. Περαιτέρω κρίθηκε ότι και υπό την εκδοχή ότι, για τον ακριβή προσδιορισμό του αντικειμένου της σύμβασης ήταν επιβεβλημένη η αναφορά στους συγκεκριμένους κατασκευαστές των εν λόγω μηχανημάτων, γεγονός το οποίο πάντως δεν προκύπτει από αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως στη διακήρυξη η σχετική απαίτηση πιστοποίησης δεν συνοδεύτηκε από τον όρο «ή ισοδύναμο», σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 54 παρ. 4 του ν. 4412/2016.

19. Το VI Τμήμα, επιληφθέν κατόπιν προσφυγών ανάκλησης των νυν προσφευγόντων, με την προσβαλλόμενη απόφαση καταρχάς μεταρρύθμισε την αιτιολογία της πράξης του Κλιμακίου κρίνοντας, κατά παραδοχή σχετικών λόγων ανάκλησης αμφοτέρων των ήδη προσφευγόντων, ότι η απαίτηση προσκόμισης της εν λόγω βεβαίωσης των κατασκευαστών ή των εισαγωγέων στην Ελλάδα των αντίστοιχων μηχανημάτων, δεν συνιστά τεχνική προδιαγραφή, αλλά κριτήριο επιλογής συνδεδεμένο με την τεχνική και επαγγελματική τους ικανότητα. Προκειμένου να αχθεί σε αυτό το συμπέρασμα, το Τμήμα έλαβε υπόψη αφενός το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του προσωπικού του υποψηφίου αναδόχου περιγράφεται κατά παραπομπή στην .../2019 μελέτη και, συνακόλουθα, στον επίμαχο ειδικότερο όρο για την προσκόμιση βεβαίωσης καταλληλότητας, αλλά και το γεγονός ότι η βεβαίωση αυτή πρέπει να αναγραφεί στο ΕΕΕΣ, ως στοιχείο των επαγγελματικών προσόντων του προσωπικού. Αφετέρου το Τμήμα έκρινε ότι, με τον όρο αυτό δεν περιγράφονται τα ειδικότερα χαρακτηριστικά της ζητούμενης υπηρεσίας, αλλά ζητείται η πιστοποίηση της ικανότητας του αναδόχου να εκτελέσει τη σύμβαση, προκειμένου αυτός να συμμετάσχει εγκύτως στον διαγωνισμό.

20. Το VI Τμήμα εξετάζοντας τη νομιμότητα του επίμαχου όρου ως κριτηρίου επιλογής, στο πλαίσιο ισχυρισμού τους κατά τον οποίο ο όρος αυτός αποτελεί πρόσφορο και αναγκαίο μέσο για τη διακρίβωση της τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, έκρινε ότι, αν και εν προκειμένω τίθεται το ζήτημα απόδειξης της τεχνικής ικανότητας υποψήφιου αναδόχου σύμβασης παροχής υπηρεσιών, όμως, για την ταυτότητα του λόγου, εφαρμοστέα τυγχάνει η διάταξη της περ. ια΄ του Μέρους II, του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 περί αποδεικτικών στοιχείων της τεχνικής ικανότητας του αναδόχου «όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται», κατ' αντιστοιχία προς τα οριζόμενα στη διάταξη αυτή. Εν όψει αυτού, σύμφωνα με την προσβαλλομένη, ο επίμαχος όρος δεν πληροί τις προϋποθέσεις της εν λόγω διάταξης, δοθέντος ότι οι χορηγούντες τη βεβαίωση κατασκευαστές ή επίσημοι εισαγωγείς των μηχανημάτων στην Ελλάδα των μηχανημάτων δεν είναι επίσημοι φορείς ελέγχου ποιότητας, ούτε τεκμηριώνουν την πιστοποίησή τους με παραπομπή σε συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα. Περαιτέρω, με την προσβαλλομένη έγινε δεκτό ότι ο ίδιος όρος εισάγει περιορισμό στην πρόσβαση στον διαγωνισμό που δεν δικαιολογείται από επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, καθόσον δεν προκύπτει η επικαλούμενη από τους προσφεύγοντες εξαιρετική πολυπλοκότητα κατά τον χειρισμό και λειτουργία των μηχανημάτων σε βαθμό που να καθίσταται αδύνατος ο κατάλληλος χειρισμός τους από αναδόχους με εμπειρία σε

αντίστοιχα μηχανήματα διαφορετικού κατασκευαστή, δοθέντος μάλιστα ότι, κατά τα γνωστά στο Δικαστήριο από προηγούμενες ενέργειές του, οι κρίσιμες εργασίες επρόκειτο κατ' αρχήν να εκτελεστούν από το (προφανώς μη πιστοποιημένο) προσωπικό του ΕΔΣΝ... μετά από σύντομη εκπαίδευσή του, πρόβλεψη που δεν υλοποιήθηκε λόγω έλλειψης προσωπικού προς εκπαίδευση

21. Εξάλλου, το Τμήμα έκρινε ότι, ανεξαρτήτως της μη νομιμότητας του όρου με τον οποίο ζητείται η προσκόμιση βεβαίωσης, αυτή που εν προκειμένω προσκόμισε η πρώτη προσφεύγουσα εταιρεία δεν ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης διότι πιστοποιεί την καταλληλότητα και την εμπειρία του προσωπικού της κατά τρόπο γενικό και όχι σε σχέση με τους συγκεκριμένους υπαλλήλους που η εν λόγω εταιρεία θα διαθέσει για την εκτέλεση της σύμβασης.

22. Τέλος, το Τμήμα, εξετάζοντας τη νομιμότητα της επίμαχης απαίτησης υπό την εκδοχή ότι με αυτή διατυπώνεται ένας «όρος εκτέλεσης της σύμβασης», έκρινε ότι τα πιστοποιητικά καταλληλότητας του προσωπικού από συγκεκριμένες εταιρείες συνιστούν «σήματα» ή «απαίτηση ή απαιτήσεις σήματος», κατά την έννοια του άρθρου 2, παρ. 1, περ. 25 και 26 του ν. 4412/2016, για τα οποία, ωστόσο, δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις νομιμότητας του άρθρου 55 του ίδιου νόμου.

23. Με τις κρινόμενες προσφυγές προβάλλεται ότι το Τμήμα, το οποίο, κατά παραδοχή σχετικών λόγων ανάκλησης των ήδη προσφευγόντων, μετέβαλε τον νομικό χαρακτηρισμό του επίμαχου όρου και εξέτασε τη νομιμότητά του όχι ως «τεχνική προδιαγραφή» αλλά ως «κριτήριο επιλογής», υπερέβη την εξουσία του αναδεικνύοντας το πρώτον με την προσβαλλόμενη απόφαση και καθ' υποκατάσταση της αιτιολογίας του Κλιμακίου, έναν νέο διακωλυτικό λόγο σύναψης της σύμβασης που δεν αναφέρεται στην πράξη του τελευταίου και, συνακόλουθα στέρησε από τους προσφεύγοντες το στάδιο δικαστικής προστασίας ενώπιον του δικαστηρίου της προσφυγής ανάκλησης. Συνεπώς, το Τμήμα αντ' αυτού όφειλε είτε να κρίνει ότι δεν κωλύεται η σύναψη της σύμβασης είτε να αναπέμψει την υπόθεση στο Κλιμάκιο προκειμένου το τελευταίο να αξιολογήσει τον επίμαχο όρο ως «κριτήριο επιλογής».

24. Επικουρικά προβάλλεται ότι, και υπό την εκδοχή ότι νομίμως η προσβαλλόμενη απόφαση προέβη σε μεταβολή της αιτιολογίας της πράξης του Κλιμακίου, οι κρίσεις της σχετικά με την παρανομία του επίμαχου όρου ως «κριτηρίου επιλογής» είναι εσφαλμένες. Αναφορικά με αυτόν τον λόγο αναθεώρησης, οι προσφεύγοντες προβάλλουν τους ισχυρισμούς που εκτίθενται στις σκέψεις 25 έως 28 που ακολουθούν.

25. Ειδικότερα, οι προσφεύγοντες προβάλλουν ότι το Τμήμα προέβη σε ανεπίτρεπτη *contra legem* διασταλτική ερμηνεία του ν. 4412/2016 διότι επεξέτεινε το πεδίο εφαρμογής διατάξεων που αφορούν την πιστοποίηση προϊόντων (περ. ια΄ του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016) στην πιστοποίηση ανθρώπινου δυναμικού. Αντίθετα, η επίμαχη πιστοποίηση συνιστά επαγγελματικό προσόν που νομίμως μπορεί να ζητήσει η αναθέτουσα ως μέσο απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων, σύμφωνα με την περ. στ΄ του ανωτέρω Παραρτήματος περί αναφοράς τίτλου σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών.

26. Επίσης, προβάλλουν ότι η κρίση της προσβαλλομένης ότι ο επίμαχος όρος «εισάγει περιορισμό στην πρόσβαση στο διαγωνισμό που δεν δικαιολογείται από επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, αφού δεν προκύπτει η επικαλούμενη από τους προσφεύγοντες εξαιρετική πολυπλοκότητα κατά τον χειρισμό και λειτουργία των κρίσιμων μηχανημάτων» δεν στηρίχθηκε σε επαρκή αξιολόγηση των προβληθέντων με τα δικόγραφα της προσφυγής ανάκλησης. Ειδικότερα, σύμφωνα με όσα προβλήθηκαν στα προαναφερθέντα δικόγραφα και, ήδη, επαναφέρονται αυτούσια με τις ένδικες προσφυγές αναθεώρησης, πέραν της προβλεπόμενης από τη διακήρυξη προηγούμενης εμπειρίας σε συμβάσεις υπηρεσιών λειοτεμαχισμού αφενός, η οποία αφορά σε εμπειρία χειρισμού λειοτεμαχιστών και μόνον (όχι δηλαδή στον χειρισμό του συνόλου των μηχανημάτων του συγκροτήματος), και της κατοχής της απαιτούμενης άδειας ή των νόμιμων προσόντων αφετέρου από το προσωπικό χειρισμού των επί μέρους μηχανημάτων, η επίμαχη βεβαίωση - πιστοποίηση των κατασκευαστικών οίκων ή των νόμιμων εισαγωγέων των μηχανημάτων ότι το προσωπικό του υποψήφιου οικονομικού φορέα είναι ικανό να τα χειριστεί, συνιστά αναγκαίο και πρόσφορο μέσο για την απόδειξη της όλως εξειδικευμένης ικανότητας χειρισμού του συνόλου του συγκροτήματος, λόγω της πολυπλοκότητας και της διαλειτουργικότητας των επί μέρους μηχανημάτων, η οποία προκύπτει από το εξειδικευμένο λογισμικό χρήσης, την πληθώρα πολύπλοκων και συντονισμένων, μεταξύ των χειριστών τους, κινήσεων εντολών και τον χειρισμό ορισμένων εξ αυτών μέσω ασύρματου χειριστηρίου σε «control room».

27. Προβάλλεται ακόμη ότι η κρίση της προσβαλλομένης έρχεται σε αντίθεση με τη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου και συγκεκριμένα με την 327/2018 πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου και τις 300 και 1300/2019 αποφάσεις του VI Τμήματος, με τις οποίες κρίθηκαν νόμιμοι αντίστοιχοι όροι διακηρύξεων.

28. Τέλος, προβάλλεται ότι η βεβαίωση από συγκεκριμένες εταιρείες δεν συνιστά «σήμα» ή «απαίτηση ή απαιτήσεις σήματος» που διατυπώθηκε σε έναν όρο εκτέλεσης της σύμβασης, όπως εσφαλμένα έκρινε η προσβαλλόμενη, ακόμη δε και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι πράγματι συνιστά, πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 55 του ν. 4412/2016. Συναφώς, προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη, στο μέτρο που αποδίδει στον ίδιο όρο της διακήρυξης δύο διαφορετικούς νομικούς χαρακτηρισμούς και, συνακόλουθα, τον εξετάζει υπό δύο διαφορετικές νομικές βάσεις, ενέχει αντιφατική αιτιολογία.

29. Το Δικαστήριο κρίνει ότι το Τμήμα, μεταβάλλοντας τον νομικό χαρακτηρισμό του όρου της διακήρυξης που το Κλιμάκιο ανέδειξε ως πλημμελή και ελέγχοντας τη νομιμότητά του σύμφωνα με τις διατάξεις περί κριτηρίων επιλογής και όχι εκείνες περί τεχνικών προδιαγραφών, δεν προσέθεσε νέα διακωλυτική πλημμέλεια σύναψης της σύμβασης καθ' υπέρβαση των εξουσιών του, αλλά άσκησε επιτρεπτό «περί τον νόμο» έλεγχο της πράξης του Κλιμακίου αναφορικά με τον ίδιο όρο της διακήρυξης και κατόπιν σχετικού λόγου ανάκλησης των ήδη προσφευγόντων. Και τούτο διότι οι τελευταίοι δεν στερήθηκαν σταδίου δικαστικής προστασίας τους, δεδομένου ότι με το δικόγραφο της προσφυγής ανάκλησης προέβαλαν τους λόγους για τους οποίους ο επίμαχος όρος, εξεταζόμενος ως κριτήριο επιλογής, είναι νόμιμος και το Τμήμα τους εξέτασε και τους απέρριψε. Άλλωστε, όπως ορθά κρίθηκε με την προσβαλλόμενη και δεν αμφισβητείται από τους ήδη προσφεύγοντες, ο επίμαχος όρος της διακήρυξης συνιστά κριτήριο επιλογής διότι θέτει μία ελάχιστη απαίτηση τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων προκειμένου να διασφαλιστεί ότι αυτοί είναι σε θέση να χειριστούν τα μηχανήματα του όλου συγκροτήματος λειοτεμαχισμού.

30. Ο εν λόγω όρος της διακήρυξης παρίσταται μη νόμιμος, καθόσον η οικεία βεβαίωση δεν περιλαμβάνεται στα κατ' άρθρο 80 παρ. 5 του ν. 4412/2016 προβλεπόμενα στο Μέρος II «Τεχνική ικανότητα» του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, αποδεικτικά μέσα προς απόδειξη των κριτηρίων τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων (σκ. 5). Ειδικότερα, στη διακήρυξη έχει νομίμως προβλεφθεί η απαίτηση για εμπειρία σε υπηρεσίες λειοτεμαχισμού, σύμφωνα με την περ. α' του Μέρους II του ως άνω Παραρτήματος, χωρίς ωστόσο από το σύνολο των διατάξεων της διακήρυξης να προκύπτει ότι η εμπειρία αυτή συνδέεται αποκλειστικά με τον χειρισμό των λειοτεμαχιστών και μόνον, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ... ΑΕ, καθώς αντικείμενο της διακήρυξης και, εντεύθεν της ζητούμενης εμπειρίας είναι η εκτέλεση «εργασιών υποστήριξης λειοτεμαχισμού μέσω του χειρισμού του συγκροτήματος στο σύνολό του (βλ. και σκ 13 σχετική με άρθρο 2 του

Τεύχους Τεχνική Περιγραφή και Προδιαγραφές, περί απαιτήσεως για επαρκές, κατάλληλο και έμπειρο προσωπικό του αναδόχου για την εκτέλεση λειτουργίας του συνόλου των μηχανημάτων του συγκροτήματος). Περαιτέρω, η εν λόγω βεβαίωση δεν συνιστά «επαγγελματικό προσόν» των χειριστών μηχανημάτων έργου, κατά την έννοια της περίπτωσης στ' του ιδίου Μέρους ΙΙ, καθόσον τα απαιτούμενα επαγγελματικά προσόντα για την άσκηση αυτής της δραστηριότητας έχουν ήδη καθοριστεί από τις διατάξεις του π.δ/τος 113/2012 και έχουν τεθεί ως διακριτή απαίτηση στους όρους της διακήρυξης. Αλλ' ούτε και μπορεί αυτή να υπαχθεί στην περίπτωση ε' του Μέρους αυτού, δοθέντος ότι, και υπό την εκδοχή ότι για την προσκόμισή της διενεργείται έλεγχος των τεχνικών ικανοτήτων των υποψηφίων οικονομικών φορέων, ο έλεγχος αυτός δεν διενεργείται από την αναθέτουσα αρχή ούτε από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας εγκατάστασης του υποψηφίου που ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής. Τέλος, η περίπτωση ια' αφορά, κατά τη ρητή διατύπωσή της, περιπτώσεις όπου «παρέχονται» «προϊόντα» και, προεχόντως εξ αυτού του λόγου δεν είναι εφαρμοστέα αναλόγως για να κριθεί η νομιμότητα αποδεικτικού μέσου τεχνικής ικανότητας για ανάθεση σύμβασης υπηρεσιών.

31. Ως προς τον χαρακτηρισμό της πλημμέλειας ως ουσιώδους, το Δικαστήριο κρίνει ότι ορθά με την προσβαλλομένη κρίθηκε ότι η πρόβλεψη ενός αποδεικτικού μέσου, όπως το επίμαχο, εισάγει περιορισμό στον ανταγωνισμό, που δεν δικαιολογείται από επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος, καθόσον, πράγματι, δεν προκύπτει η επικαλούμενη από τους προσφεύγοντες εξαιρετική πολυπλοκότητα κατά τον χειρισμό και λειτουργία των κρίσιμων μηχανημάτων. Και τούτο, διότι από τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς των προσφευγόντων που αναφέρονται στις υψηλές ταχύτητες λειτουργίας της γερανογέφυρας, την απαίτηση ακριβών χειρισμών μέσω joystick της ηλεκτροϋδραυλικής αρπάγης, το εξειδικευμένο λογισμικό των λειοτεμαχιστών που επιτρέπει στον χειριστή να αυξομειώνει μέσω του πίνακα λειτουργίας την ταχύτητα περιστροφής των μαχαιριών για τον τεμαχισμό των υλικών με ασφάλεια και την πληθώρα των εντολών χειρισμού για την μεταξύ των επί μέρους μηχανημάτων διαλειτουργικότητα, δεν τεκμηριώνεται η ειδική διαφοροποίηση των μηχανημάτων αυτών, σε σχέση με άλλα αντίστοιχα μηχανήματα άλλων κατασκευαστών, σε βαθμό που να καθίσταται αδύνατος ο κατάλληλος χειρισμός τους από αναδόχους με εμπειρία σε άλλα αντίστοιχα μηχανήματα. Τούτο δε λαμβανομένου υπόψιν και ότι οι κρίσιμες εργασίες επρόκειτο αρχικά να εκτελεστούν από το (προφανώς μη πιστοποιημένο) προσωπικό του ΕΔΣΝ... μετά από σύντομη εκπαίδευσή του, πρόβλεψη που δεν υλοποιήθηκε λόγω έλλειψης προσωπικού προς εκπαίδευση.

32. Το Δικαστήριο κρίνει περαιτέρω ότι η εν λόγω βεβαίωση συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού δυσανάλογο σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό διασφάλισης της ορθής εκτέλεσης μίας τεχνικά πολύπλοκης σύμβασης. Και τούτο, διότι δεν προσδιορίζονται κριτήρια χορήγησης των βεβαιώσεων των κατασκευαστών ώστε να καθίστανται αυτές αντικειμενικά προσιτές σε όλα τα ενδιαφερόμενα μέρη μιας διαγωνιστικής διαδικασίας. Συναφώς, η αφορώσα στους λειοτεμαχιστές ... βεβαίωση, χορηγούμενη από την πρώτη προσφεύγουσα εταιρεία με την ιδιότητα του επίσημου εισαγωγέα των λειοτεμαχιστών αυτών στην Ελλάδα, η οποία ταυτόχρονα μετέχει ως υποψήφια στον ελεγχόμενο διαγωνισμό, εισάγει διάκριση υπέρ αυτής. Άλλωστε, το προαναφερθέν Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 προβλέπει στην περ. ε', μία λιγότερο περιοριστική του ανταγωνισμού διαδικασία για την απόδειξη της τεχνικής καταλληλότητας σε σύνθετες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, ήτοι έλεγχο της τεχνικής ικανότητας των υποψηφίων διενεργούμενο από την ίδια την αναθέτουσα αρχή ή εξ ονόματός της από συναινούντα στον έλεγχο αυτό αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας εγκατάστασης του παρόχου υπηρεσιών (βλ. σκ. 5 και 31).

33. Ακόμη, επί εσφαλμένης προϋποθέσεως στηρίζονται οι ισχυρισμοί των προσφευγόντων ότι η κρίση της προσβαλλομένης περί την παρανομία του επίμαχου όρου έρχεται σε αντίθεση με προγενέστερη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου, και τούτο διότι οι επικαλούμενες αποφάσεις του έκριναν επί όρων διακήρυξης διαφορετικούς από τον επίμαχο. Ειδικότερα, με την 328/2018 πράξη του Κλιμακίου κρίθηκε νόμιμη η διαγωνιστική διαδικασία που προκήρυξε το δεύτερο προσφεύγον νπδδ, για την ανάθεση υπηρεσιών όμοιων με τις ελεγχόμενες, χωρίς όμως η διακήρυξη εκείνου του διαγωνισμού, τις κρίσιμες διατάξεις της οποίας παραθέτει η πρώτη προσφεύγουσα στις σελ. 8 και 9 του δικογράφου της, να απαιτεί χορήγηση βεβαίωσης για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας, όπως εν προκειμένω. Επιπλέον, οι 300 και 1300/2019 αποφάσεις του VI Τμήματος, αφορούν σε ανάθεση διαφορετικών υπηρεσιών, σχετικών με επισκευή και συντήρηση οχημάτων και κινητού εξοπλισμού και εξέτασαν τη νομιμότητα διαφορετικού όρου διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο «οι υποψήφιοι ανάδοχοι πρέπει να διαθέτουν άδεια λειτουργίας συνεργείου επισκευής οχημάτων εξουσιοδοτημένου/ων - πιστοποιημένου/ων από τις εταιρίες κατασκευής του σταθερού και κινητού εξοπλισμού».

34. Επειδή, σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, οι επικαλούμενες από τους προσφεύγοντες αποφάσεις του Δικαστηρίου δεν έχουν αποφανθεί επί της νομιμότητας του επίμαχου όρου, αβασίμως ισχυρίζεται το δεύτερο προσφεύγον νπδδ ότι έσφαλε η προσβαλλομένη που δεν αναγνώρισε συγγνωστή πλάνη στο πρόσωπό του, υπό την ιδιότητά του

ως αναθέτουσας αρχής. Δεδομένης δε της ρητής αντίθεσης του επίμαχου όρου της διακήρυξης στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και της δυσμενούς επίδρασης του στον ανταγωνισμό, ορθώς το Τμήμα χαρακτήρισε την πλημμέλεια ουσιώδη. Εξάλλου, αβασίμως ζητείται η αναθεώρηση της προσβαλλόμενης απόφασης για λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, συνδεόμενους με την προστασία του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας, διότι τέτοιοι λόγοι δεν αναιρούν την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να τηρεί τους κανόνες ανάθεσης των δημόσιων συμβάσεων, οι οποίοι έχουν επίσης θεσπιστεί για την προστασία του δημοσίου συμφέροντος (ΕλΣ Τμ. Μείζ. - Επταμ. Σύνθ. 1642/2020).

35. Τέλος, δεδομένου ότι ο όρος της διακήρυξης περί προσκόμισης βεβαίωσης καταλληλότητας συνιστά μη νόμιμο κριτήριο επιλογής, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λόγων αναθεώρησης που πλήττουν τις κρίσεις της προσβαλλόμενης με τις οποίες ο ίδιος όρος χαρακτηρίζεται ως όρος εκτέλεσης της σύμβασης που περιλαμβάνει «σήμα», αντίθετο στις διατάξεις του άρθρου 55 του ν. 4412/2016. Το γεγονός δε, ότι το Τμήμα εξέτασε τον επίμαχο όρο υπό δύο διαφορετικές νομικές βάσεις, δηλαδή ως κριτήριο επιλογής αφενός και ως σήμα αφετέρου, δεν καθιστά αντιφατική την αιτιολογία του, δεδομένου ότι αυτοτελές έρεισμα της προσβαλλόμενης απόφασης είναι οι νόμιμες κρίσεις της σχετικά με την παρανομία του όρου ως κριτηρίου επιλογής. Ομοίως, αλυσιτελής είναι και η εκτίμηση του περιεχομένου των νέων βεβαιώσεων καταλληλότητας του ονομαστικά ορισμένου προσωπικού της πρώτης προσφεύγουσας, οι οποίες το πρώτον προσκομίζονται ενώπιον του Δικαστηρίου.

36. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, οι κρινόμενες προσφυγές πρέπει να απορριφθούν και να διαταχθεί η κατάπτωση του, κατατεθέντος από την πρώτη προσφεύγουσα, παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Συνεκδικάζει τις προσφυγές αναθεώρησης: α) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «... ΑΕ» και β) του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου (νπδδ) με την επωνυμία «Ειδικός Διαβαθμιδικός Σύνδεσμος Νομού ...» (ΕΔΣΝ...).

Απορρίπτει τις προσφυγές αυτές. Και

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέθεσε η πρώτη προσφεύγουσα υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στην Αθήνα, στις 16 Σεπτεμβρίου 2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΣΑΡΜΑΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΑ ΤΖΟΜΑΚΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΛΕΝΗ ΑΥΓΟΥΣΤΟΓΛΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση, στις 4 Νοεμβρίου 2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΣΑΡΜΑΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΛΕΝΗ ΑΥΓΟΥΣΤΟΓΛΟΥ