

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31.03.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/305/02.04.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Πανεπιστημίου Κρήτης [εφεξής αναθέτουσα αρχή] και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η από 21.03.2018 απόφαση της Συγκλήτου (Πρακτικά 384ης/08.03.2018 Τακτικής Συνεδρίασης της Συγκλήτου), με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό 1 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης, εκδοθείσα στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. 18472/22.12.2017 Διακήρυξης με αντικείμενο την «Προμήθεια και εγκατάσταση κουφωμάτων στα Τμήματα Φυσικής και Βιολογίας του Πανεπιστημίου Κρήτης στο Ηράκλειο», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 750.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

Με την Παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

## **Αριθμός απόφασης: 370/2018**

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 199463127958 0529 0008, ποσού ευρώ τριών χιλιάδων εικοσιτεσσάρων και είκοσι λεπτών (€3.024,20), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 750.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 22.03.2018.

5. Επειδή, η αιτούσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας και έχει υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, με συνέπεια να υφίσταται βλάβη, κατά τα άρθρα 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του

Π.Δ. 39/2017, λόγω της απόρριψης της προσφοράς της. Όσον αφορά δε τις αιτιάσεις της κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η προσφεύγουσα θα έχει έννομο συμφέρον να τις προβάλει μόνο σε περίπτωση που κριθεί ότι ο αποκλεισμός της ίδιας δεν είναι νόμιμος (βλ. σκέψη 26).

6. Επειδή, η Παρέμβαση έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΕΣΗΔΗΣ την 10.04.2018 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, έλαβε δε ΓΑΚ ΠΑΡ/159 και ημερομηνία 10.04.2018. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 02.04.2018.

7. Επειδή, η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον, καθώς η Προδικαστική Προσφυγή της αιτούσας στρέφεται κατά αυτής και επιδιώκει τον αποκλεισμό της προσφοράς της κατά το στάδιο αξιολόγησης των Τεχνικών προσφορών, ασκείται δε εν γένει παραδεκτώς.

8. Επειδή, στον υπό κρίση Διαγωνισμό συμμετέχουν και έχουν υποβάλει προσφορά οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς: 1) ..... (A/A .....), 2) ..... (A/A .....), 3) ..... (A/A .....) και 4) ..... (A/A .....). Κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών απορρίφθηκαν οι υπό A/A ....., ..... και ..... προσφορές, μεταξύ των οποίων και η προσφορά της προσφεύγουσας, και έγινε δεκτή και προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών μόνο η υπό A/A ..... προσφορά της παρεμβαίνουσας. Σημειώνεται ότι τόσο η προσφεύγουσα όσο και η παρεμβαίνουσα κλήθηκαν να υποβάλουν διευκρινίσεις, στο πλαίσιο του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, και, στη συνέχεια, η απάντηση της προσφεύγουσας κρίθηκε μη αποδεκτή, ενώ η απάντηση της παρεμβαίνουσας κρίθηκε αποδεκτή.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται πλημμέλειες της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να έχει γίνει δεκτή η προσφορά της και να έχει αποκλειστεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας, επειδή δεν πληροί ορισμένους υποχρεωτικούς όρους της Διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της, η οποία απορρίφθηκε «διότι δεν πληροί τον ειδικό κύκλο εργασιών που απαιτείται από την Α.Δ. 18472/2017 στην παράγραφο 2.2.5 “Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια”», θα έπρεπε να γίνει δεκτή, δεδομένου ότι υποβλήθηκαν τα Ε3 του οικονομικού φορέα για τα έτη 2014, 2015 και 2016, από τα οποία προκύπτει ότι ο τζίρος για τα συγκεκριμένα έτη ανέρχεται στο ποσό των 3.102.956,40€, υπερκαλύπτοντας την απαίτηση της Διακήρυξης για κύκλο εργασιών ύψους 250.000,00€ γενικώς για κουφώματα αλουμινίου. Όσον αφορά δε τον ειδικό κύκλο εργασιών, που αφορά σε κουφώματα με συντελεστή θερμοπερατότητας  $U_w$  κουφώματος συνολικά κατά Κ.ΕΝ.Α.Κ.  $U_w \leq 3,19W / (m^2K)$ , η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υπερβαίνει το απαιτούμενο από την παράγραφο 2.2.5 της Διακήρυξης ποσό των 150.000,00€ για τα τρία έτη, δεδομένου ότι μετά το 2011 τα κουφώματα αυτά απαιτούνται σε όλες τις οικοδομικές άδειες, ότι περίπου 2.200.000,00€ από τον τζίρο της αφορούν σε τέτοιου είδους κουφώματα και ότι μόνο τα τιμολόγια που επισυνάπτει στην υπό κρίση Προσφυγή της και αφορούν το πρόγραμμα «Εξοικονόμηση κατ' οίκον», ανέρχονται στο ποσό των 168.741,73€. Η Επιτροπή Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Προσφορών, με το υπ' αριθμ. 1941/20.02.2018 έγγραφό της ζήτησε από την προσφεύγουσα να διευκρινίσει από ποιο σημείο της προσφοράς της προκύπτει ότι πληροί την εν λόγω απαίτηση της παραγράφου 2.2.5 της Διακήρυξης, τάσσοντας προθεσμία μίας ημέρας και, κατά την αιτούσα, αρνήθηκε να παραλάβει νέα έγγραφα. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, θα έπρεπε να ταχθεί προθεσμία τουλάχιστον επτά ημερών και να γίνουν δεκτά νέα έγγραφα. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή επεφύλαξε διακριτική μεταχείριση για την ανταγωνίστρια εταιρεία «.....», από την οποία δέχτηκε τα υποβληθέντα με τις διευκρινίσεις της έγγραφα και ότι εσφαλμένα

έκανε δεκτή την προσφορά της, δεδομένου ότι δεν δηλώθηκε ποιος θα κατασκευάσει τα κουφώματα και ότι δεν πληροί τους όρους της Διακήρυξης. Ειδικότερα, αν ήθελε υποτεθεί ότι θα τα κατασκευάσει η ίδια, επισημαίνεται από την προσφεύγουσα ότι η καθής η Προσφυγή δεν διαθέτει τους αντίστοιχους ΚΑΔ και, σε κάθε περίπτωση, δεν προσκομίστηκαν πιστοποιητικά διαχείρισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης. Τέλος, όσον αφορά τις αναφερόμενες στην προσφορά της «.....» εταιρείες «.....» και «.....», η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η πρώτη είναι παραγωγός και όχι κατασκευαστής κουφωμάτων και ότι η δεύτερη δεν παράγει διπλά τζάμια, αλλά τζάμια από άμμο.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. 4169/03.04.2018 και 108/4.4.2018 Απόψεις της εμμένει στην απόφασή της, ισχυριζόμενη ότι η προσφεύγουσα παρέλειψε να αναφέρει στο ΕΕΕΣ τον αναγκαίο ειδικό κύκλο εργασιών, ότι της ζητήθηκε να επισημάνει για οικονομία χρόνου το ακριβές σημείο της προσφοράς στο οποίο δηλώνεται ο εν λόγω ειδικός κύκλος εργασιών, ότι εάν η εταιρεία ζητούσε τον χρόνο των επτά ημερών που ορίζει ο Ν.4412/2016, η Επιτροπή θα της τον χορηγούσε και ότι όσον αφορά «στα νέα έγγραφα που η επιτροπή αρνήθηκε να παραλάβει» αυτά ουδέποτε ζητήθηκαν, ουδέποτε υποβλήθηκαν και συνεπώς ουδέποτε η Επιτροπή αρνήθηκε να τα παραλάβει. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι η προσφεύγουσα δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον απορρίφθηκε η προσφορά της και οι προβαλλόμενες πλημμέλειες είναι διαφορετικές από αυτές για τις οποίες απορρίφθηκε η δική της προσφορά. Όσον αφορά δε την προσφορά της «.....», η αναθέτουσα αρχή απαντά ότι, αν και δεν ζητήθηκαν συμπληρωματικά έγγραφα, παρόλα αυτά προσκομίστηκαν από την υποψήφιο ανάδοχο και η Επιτροπή κατά πλειοψηφία τα έκανε δεκτά, ότι η προσφεύγουσα συγχέει τις έννοιες παραγωγός και κατασκευαστής, ότι η Διακήρυξη δε ζητά με σαφήνεια να κατονομαστούν οι κατασκευαστές, ότι ζητείται ISO για τις εταιρείες παραγωγής αλουμινίων και τζαμιών, το οποίο έχει προσκομισθεί από την «.....» και,

τέλος, ότι η Επιτροπή δεν οφείλει να γνωρίζει ή να ελέγξει εάν η εταιρεία «.....» της Ρουμανίας παράγει «τζάμια από άμμο».

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι με τα υποβληθέντα στην προσφορά της στοιχεία, η προσφεύγουσα δεν απέδειξε ότι πληροί την απαίτηση του ειδικού κύκλου εργασιών και ότι ακόμη και με τα νέα στοιχεία που επισύναψε στην υπό κρίση Προσφυγή της, δεν φαίνεται να καλύπτει το ποσό των 150.000,00€ για κουφώματα με τον προβλεπόμενο συντελεστή θερμοπερατότητας και των 250.000,00€ για κουφώματα αλουμινίου γενικά. Επίσης ισχυρίζεται ότι τα αποδεικτικά μέσα του γενικού και του ειδικού κύκλου εργασιών απαριθμούνται περιοριστικά στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης (συμβάσεις και τιμολόγια) και ότι σε αυτά δεν περιλαμβάνονται τα έντυπα Ε3. Όσον αφορά τις διευκρινίσεις, η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι δεν τίθεται θέμα διακριτικής μεταχείρισης, δεδομένου ότι τάχθηκε και στις δύο εταιρείες η ίδια προθεσμία, παρελήφθησαν όλα τα υποβληθέντα δικαιολογητικά και η μεν απάντηση της προσφεύγουσας κρίθηκε μη ικανοποιητική, η δε απάντηση της παρεμβαίνουσας ικανοποιητική. Τέλος, ισχυρίζεται ότι και η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας είχε πλημμέλειες, οι οποίες δεν εξετάστηκαν από την Επιτροπή, επειδή απέρριψε την προσφορά σε επίπεδο δικαιολογητικών συμμετοχής και ότι η δική της προσφορά είναι σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης, η οποία δεν απαιτούσε να δηλωθούν οι κατασκευαστές κουφωμάτων και τζαμιών.

12. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των

υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

13. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

14. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣτΕ 194/2011).

15. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις Απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

16. Επειδή, στο άρθρο 75 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 (Κριτήρια επιλογής) προβλέπεται ότι: «3. Όσον αφορά την οικονομική και

χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341 [...]».

17. Επειδή, στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 (Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών) προβλέπεται ότι: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε



παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

18. Επειδή, στην παράγραφο 2.2.5 της Διακήρυξης (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) αναφέρεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, απαιτείται: Ο κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα για την κατασκευή κουφωμάτων, με συντελεστή θερμοπερατότητας  $U_w$  κουφώματος συνολικά κατά ΚΕΝΑΚ  $U_w \leq 3,19 \text{ W/(m}^2\text{K)}$  για τα τρία προηγούμενα έτη του διαγωνισμού (2016-2015-2014) ξεπερνά συνολικά (προσθετικά) το ποσό των 150.000,00€, και ο κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα γενικώς για την κατασκευή κουφωμάτων αλουμινίου (πόρτες, παράθυρα, φεγγίτες κλπ) για τα τρία προηγούμενα έτη του διαγωνισμού (2016-2015-2014) ξεπερνά συνολικά (προσθετικά) το ποσό των 250.000,00€. Οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν πιστοληπτική ικανότητα, μέχρι ποσού 300.000,00€».

19. Επειδή, στην παράγραφο 2.2.9.1 (Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών) αναφέρεται: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος Ι [...]». Επειδή, επιπροσθέτως, στην παράγραφο Β.3. προβλέπεται: «Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν α) Ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών της επιχείρησης κατά τα οριζόμενα στο Παράρτημα Ι [...]». Τέλος, στην παράγραφο 2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» προβλέπεται: «2.4.3.1 [...]

2.4.3.2 [...] Τέλος η τεχνική προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει όλες τις δηλώσεις-βεβαιώσεις και όλα τα πιστοποιητικά που ζητούνται στα Παραρτήματα I και II».

20. Επειδή, στην παράγραφο 2.4.6 της Διακήρυξης (Λόγοι απόρριψης προσφορών) προβλέπεται: «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 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, δ) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.4 περ. γ της παρούσας (περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων, ζ) η οποία είναι υπό αίρεση, η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, 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».

21. Επειδή, στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης προβλέπεται: «Απαιτούμενα δικαιολογητικά/πιστοποιητικά - επί ποινή αποκλεισμού η έλλειψη οποιουδήποτε από τα παρακάτω: 1. Οικονομική Επάρκεια: Να δηλώνεται υπεύθυνα εντός του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης και να παρουσιάζεται αναλυτικά με στοιχεία, ότι ο κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα για την κατασκευή κουφωμάτων, με συντελεστή θερμοπερατότητας  $U_w$  κουφώματος συνολικά κατά ΚΕΝΑΚ  $U_w \leq 3,19 \text{ W}/(\text{m}^2\text{K})$  για τα τρία προηγούμενα έτη του διαγωνισμού (2016-2015-2014) ξεπερνά συνολικά (προσθετικά) το ποσό των 150.000,00€, και ο κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα γενικώς για την κατασκευή κουφωμάτων αλουμινίου (πόρτες, παράθυρα, φεγγίτες κλπ) για τα τρία προηγούμενα έτη του διαγωνισμού (2016-2015-2014) ξεπερνά συνολικά (προσθετικά) το ποσό των 250.000,00€. α. Δημόσιες Συμβάσεις έργων: Ο κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα, υπολογίζεται μετά την έκπτωση των ομάδων κατά την δημοπράτηση του έργου (στις ομάδες που αναφέρονται τα κουφώματα), και περιλαμβάνει και το εργολαβικό όφελος του οικονομικού φορέα. Θα προσκομιστούν έγγραφα από την Σύμβαση του έργου (τεχνική περιγραφή, τιμολόγιο μελέτης, σύμβαση έργου) με ημερομηνίες που να αποδεικνύουν: Ι. Το έτος κατασκευής των κουφωμάτων. ΙΙ. Την απαίτηση του συντελεστή θερμοπερατότητας  $U_w$  κουφωμάτων συνολικά κατά ΚΕΝΑΚ  $U_w \leq 3,19 \text{ W}/(\text{m}^2\text{K})$ . Επίσης να προσκομιστεί το πρωτόκολλο προσωρινής παραλαβής του εκάστοτε έργου, ώστε να αποδεικνύεται η ποιοτική και έντεχνη κατασκευή κουφωμάτων που τοποθετήθηκαν. β. Ιδιωτικές συμβάσεις έργων: Για τις ιδιωτικές συμβάσεις έργων ο κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα υπολογίζεται με την προσκόμιση εμπρόθεσμων ιδιωτικών συμφωνητικών (κατατεθειμένων στην εφορία με ημερομηνίες για τα έτη (2016-2015-2014) και εκδοθέντων τιμολογίων πώλησης ή παροχής υπηρεσιών (για τα έτη 2016-2015-2014) που να περιγράφουν αναλυτικά τις κυριότερες παραδόσεις κουφωμάτων με συντελεστή θερμοπερατότητας  $U_w$  κουφωμάτων

## Αριθμός απόφασης: 370/2018

συνολικά κατά ΚΕΝΑΚ  $U_w \leq 3,19 \text{ W/(m}^2\text{K)}$  για ποσό 150.000,00€ και τις κυριότερες παραδόσεις κουφωμάτων αλουμινίου (πόρτες, παράθυρα, φεγγίτες κλπ) για ποσό 250.000,00€ [...].».

22. Επειδή, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της προσφοράς της προσφεύγουσας προέκυψε ότι κατά παράβαση της ρητά διατυπωμένης απαίτησης των παραγράφων 2.2.9.1 και 2.4.3.2 της Διακήρυξης και της τεθείσας επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, η προσφεύγουσα παρέλειψε: α) να δηλώσει προαποδεικτικά στο ΕΕΕΣ τον ειδικό κύκλο εργασιών, που αφορά σε κατασκευή κουφωμάτων με συντελεστή θερμοπερατότητας  $U_w$  κουφώματος συνολικά κατά ΚΕΝΑΚ  $U_w \leq 3,19 \text{ W/(m}^2\text{K)}$  και β) να προσκομίσει αποδεικτικά μέσα, από τα οποία να προκύπτει ότι τουλάχιστον 150.000,00€ από τον κύκλο εργασιών της για τα έτη 2014-2015-2016 αφορούν σε κουφώματα με τον προαναφερόμενο συντελεστή θερμοπερατότητας. Ειδικότερα, στην προσφορά περιλήφθηκαν συμβάσεις με τους οικονομικούς φορείς «.....», «.....» και «.....» καθώς και τιμολόγια που εκδόθηκαν στο πλαίσιο των προαναφερόμενων συμβάσεων, η αξία των οποίων υπολείπεται του απαιτούμενου ποσού των 150.000,00€. Σημειώνεται δε ότι ούτε από τα υποβληθέντα ιδιωτικά συμφωνητικά, ούτε από τα υποβληθέντα τιμολόγια προκύπτει ο συντελεστής θερμοπερατότητας των εν λόγω κουφωμάτων, παρά τη ρητή απαίτηση της Διακήρυξης. Κατά συνέπεια, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς της προσφεύγουσας, η πλήρωση του υποχρεωτικού κριτηρίου επιλογής, που αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των διαγωνιζομένων και συγκεκριμένα στον προβλεπόμενο από τη Διακήρυξη ειδικό κύκλο εργασιών, δε δηλώθηκε προαποδεικτικά, ούτε αποδείχθηκε με τα κατάλληλα έγγραφα.

23. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με το υπ' αριθμ. 1941/20.02.2018 Έγγραφο της, ζήτησε από την προσφεύγουσα να αποσαφηνίσει από ποιο σημείο της προσφοράς της προκύπτει ότι καλύπτεται ο συγκεκριμένος όρος, τάσσοντας προθεσμία μίας ημέρας. Η προσφεύγουσα, με την από 21.02.2018

Απάντησή της δεν προσδιόρισε συγκεκριμένο έγγραφο της προσφοράς, από το οποίο να προκύπτει ότι πληροί το εν λόγω κριτήριο, αλλά επεσήμανε ότι «η πλειοψηφία των κουφωμάτων μας στα 2,2 εκατ. ευρώ είναι ενεργειακά κατά ΚΕΝΑΚ δηλαδή  $U_w < 3.19$  (W/m<sup>2</sup>k) γιατί ως γνωστόν αυτό απαιτείται σε όλες τις οικοδομικές άδειες μετά το 2011». Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα ισχυρίστηκε ότι στα εκδιδόμενα τιμολόγια δεν συνηθίζεται να αναγράφεται ο συντελεστής θερμοπερατότητας, επιχειρώντας με αυτόν τον τρόπο να αιτιολογήσει τη μη προσκόμιση των αποδεικτικών μέσων που η Διακήρυξη ζητούσε να υποβληθούν, επί ποινή αποκλεισμού, κατά το στάδιο της συμμετοχής. Ωστόσο, εάν η προσφεύγουσα έκρινε ότι ο όρος της Διακήρυξης περί υποχρεωτικής διάκρισης μεταξύ γενικού κύκλου εργασιών για κουφώματα αλουμινίου και ειδικού κύκλου εργασιών για κουφώματα με συγκεκριμένο συντελεστή θερμοπερατότητας δεν έπρεπε να περιληφθεί στη Διακήρυξη, επειδή στερείται νοήματος, και ομοίως, εάν γνώριζε ότι η αναγραφή του συντελεστή θερμοπερατότητας πάνω στα αποδεικτικά μέσα (συμφωνητικά και τιμολόγια) δεν ήταν δυνατός, θα έπρεπε να είχε προσφύγει κατά των συγκεκριμένων όρων της Διακήρυξης σε προηγούμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και όχι να προβάλλει τους εν λόγω ισχυρισμούς ανεπιτακτως, συνεπώς απαραδέκτως, μετά την απόρριψη της προσφοράς της. Τέλος, η προσφεύγουσα, στην από 21.02.2018 Απάντησή της και προκειμένου να αποδείξει ότι πληροί το συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής, αναφέρθηκε στις συμβάσεις που έχει καταρτίσει στο πλαίσιο του προγράμματος «Εξοικονόμηση κατ' οίκον», τις οποίες όμως δεν είχε συμπεριλάβει εμπροθέσμως και προσηκόντως στην ηλεκτρονική προσφορά της, με αποτέλεσμα να μην μπορούν να ληφθούν υπόψη. Η αναθέτουσα αρχή έκρινε την εν λόγω Απάντηση μη ικανοποιητική και απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας.

24. Επειδή, η παράλειψη της προσφεύγουσας να δηλώσει στα έγγραφα της προσφοράς της ότι πληροί το υποχρεωτικό κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας, που σχετίζεται με τον ειδικό κύκλο εργασιών για κουφώματα με συγκεκριμένο συντελεστή θερμοπερατότητας, καθώς και η

αδυναμία της να το αποδείξει με τα προβλεπόμενα από τη Διακήρυξη, και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, αποδεικτικά μέσα, συνιστούν ουσιώδη πλημμέλεια της προσφοράς της, μη δυνάμενη να θεραπευτεί με την παροχή διευκρινίσεων, στο πλαίσιο του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016. Επειδή, κατά συνέπεια, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη τήρησης της διαδικασίας του άρθρου 102 (επταήμερη προθεσμία παροχής διευκρινίσεων και δυνατότητα υποβολής ακόμη και νέων εγγράφων), είναι αβάσιμοι, δεδομένου ότι ελλείπει η βασική προϋπόθεση τήρησης της διαδικασίας του εν λόγω άρθρου, που είναι η ζητούμενη διευκρίνιση ή συμπλήρωση να αφορά μόνο ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα, που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, και δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους.

25. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε και από την παρεμβαίνουσα να παράσχει διευκρινίσεις και συγκεκριμένα να απαντήσει σε ποιο σημείο της τεχνικής της προσφοράς αποδεικνύεται ότι ικανοποιείται η προδιαγραφή της παρ. 6 του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης «Θερμοδιακοπή: από 20 mm έως 34 mm (PA 6.6 25%GF)» και η απάντηση της παρεμβαίνουσας, μαζί με τα συμπληρωματικά έγγραφα που υποβλήθηκαν, κρίθηκε κατά πλειοψηφία ικανοποιητική από την αναθέτουσα αρχή. Επειδή, η προσφεύγουσα, δεν αμφισβητεί με την Προσφυγή της την πλήρωση της συγκεκριμένης προδιαγραφής από την προσφορά της παρεμβαίνουσας, αλλά παραπονείται επί της διαδικασίας και συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έπρεπε να δεχτεί την υποβολή εγγράφων από την παρεμβαίνουσα. Επειδή, όμως, η προσφορά της παρεμβαίνουσας ήταν δεκτική διευκρινίσεων, γεγονός που ούτε η προσφεύγουσα αμφισβητεί, με αποτέλεσμα στην προκειμένη περίπτωση να τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 και να μην τίθεται ζήτημα διακριτικής μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα.

26. Επειδή, από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ορθώς απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας. Όσον αφορά δε τις

αιτιάσεις της περί εσφαλμένης αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, όπως γίνεται παγίως δεκτό, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από Διαγωνισμό δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το Διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009, κ.α.). Επειδή, εν προκειμένω οι λόγοι που προβάλλει η προσφεύγουσα, ζητώντας την απόρριψη της προσφοράς της παρεμβαίνουσας είναι διαφορετικοί, τόσο ως προς τη νομική όσο και ως προς την ουσιαστική βάση τους, από τους λόγους για τους οποίους αποκλείστηκε η δική της προσφορά, οι εν λόγω ισχυρισμοί της προβάλλονται απαραδέκτως λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος.

27. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.



**Αριθμός απόφασης: 370/2018**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 04.05.2018 και εκδόθηκε στις 14.05.2018.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Νεκτάριος Μερτινός**