

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 19 Ιουνίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αρ. 604/2018 Πράξης του ίδιου, και τα μέλη, Μαρία Μανδράκη, που, δυνάμει της με αρ. 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, αναπληρώνει την Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Για να εξετάσει την με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 471/25-05-2018 Προδικαστική Προσφυγή της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και δ.τ. «.....ΑΕ», που εδρεύει στην Αττικής, αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα, (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»), που στρέφεται κατά της με αρ. 634/23-03-2018, ΑΔΑΜ 18PROC003021590 2108-04-30 και α.α. ΕΣΗΔΗΣ 57320 διακήρυξης της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης Αποχέτευσης Μυκόνου («Αναθέτων Φορέας» ή «ΔΕΥΑΜ») για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια δύο φορητών μονάδων αφαλάτωσης τύπου αντίστροφης όσμωσης (R.O) ελάχιστης παραγωγής 1000 m³ ημερησίως εκάστη της ΔΕΥΑΜ, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.300.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη»), προσφυγή κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ την 24-05-2018 και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 25-05-2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

Κατά του Αναθέτοντος Φορέα με την επωνυμία «Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης Αποχέτευσης Μυκόνου» που εδρεύει στην Πλατεία Αγίας Μονής στην Μύκονο, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτων Φορέας» ή «ΑΦ» ή «ΔΕΥΑΜ»).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, με την με αρ. 634/23-03-2018, ΑΔΑΜ 18PROC003021590 2108-04-30 και α.α. ΕΣΗΔΗΣ 57320 διακήρυξη η Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης Αποχέτευσης Μυκόνου («Αναθέτων Φορέας» ή «ΔΕΥΑΜ») προκήρυξε διεθνή ανοιχτό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια δύο φορητών μονάδων αφαλάτωσης τύπου αντίστροφης όσμωσης (R.O) ελάχιστης παραγωγής 1000 m³ ημερησίως εκάστη της ΔΕΥΑΜ, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.300.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη»). Προκήρυξη του ως άνω διαγωνισμού , απεστάλη ηλεκτρονικά για δημοσίευση στις 24/04/2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δημοσιεύτηκε στις 26/04/2018 με αριθμό δημοσίευσης 2018/S 081-180828 TED.

2. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα, επιδιώκει να ακυρωθεί ολικά ή μερικά η υπό εξέταση διακήρυξη, διότι 1) το άρθρο 2.2.6 του τεύχους της Διακήρυξης, υπό τον υπέρτιτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής» και τον τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και συγκεκριμένα το εδάφιο *«...Εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με τα αντίστοιχα επίσημα παραστατικά έγγραφα και με βεβαίωση με πρωτότυπη σφραγίδα και υπογραφή από το νόμιμο εκπρόσωπο του*

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

αγοραστή. Η βεβαίωση θα φέρει νόμιμη θεώρηση του γνησίου της υπογραφής και αρμόδια επικύρωση εφ' όσον πρόκειται για αλλοδαπό έγγραφο. Επίσης θα συνοδεύεται από τα νομιμοποιητικά έγγραφα του υπογράφοντος» εισάγει, εμμέσως, μία φαινομενικά τυπική, πλην όμως με ουσιαστικές δυσμενείς και δη πρακτικές συνέπειες, διάκριση, αναφορικά με την απαιτούμενη βεβαίωση καλής εκτέλεσης παρόμοιων με το υπό ανάθεση έργων, εκ μέρους των διαγωνιζομένων, αναλόγως με το, εάν ο εργοδότης παρόμοιων έργων, τυγχάνει φορέας του Δημοσίου ή ιδιώτης, καθώς, ειδικώς για τη δεύτερη περίπτωση απαιτεί υπερβολικά αυστηρές, υπό προϋποθέσεις, δε και δη στην περίπτωση που πρόκειται για αλλοδαπό ιδιωτικό φορέα, ακόμη και πρακτικώς ανέφικτες τυπικές διατυπώσεις. Εισάγει, με άλλα λόγια, (και δη τεχνηέντως) συγκεκριμένη διάκριση εις βάρος ορισμένης κατηγορίας των διαγωνιζομένων, όπως η προσφεύγουσα, οι οποίοι «ατύχησαν» να έχουν εκτελέσει στο παρελθόν παρόμοια έργα, για λογαριασμό φορέων που εδρεύουν στην αλλοδαπή, ενίοτε μεγάλων πολυεθνικών εταιρειών ή Ομίλων Εταιρειών, έναντι άλλων Διαγωνιζομένων, των οποίων η πρότερη εμπειρία περιορίζεται σε έργα φορέων του Δημοσίου ή (μικρών) ημεδαπών εταιρειών, 2) η παραπάνω τυπική απαίτηση της «θεώρησης γνησίου υπογραφής», αδιακρίτως για όλα τα έγγραφα και δη ακόμη και για τα αλλοδαπά ιδιωτικά τοιαύτα, τελεί σε δυσαρμονία και δη υπέρκειται του πλαισίου «επικύρωσης» αλλοδαπών ιδιωτικών εγγράφων που θέτει το άρθρο 81 παρ. 10 του Ν. 4412/2016, που ορίζει ότι: «Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984...» και αντιτίθεται στο πνεύμα και το γράμμα της διάταξης του άρθρου 2.1.4 της Διακήρυξης η οποία προβλέπει «... Ειδικά, τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα μπορούν να συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

συνταχθεί το έγγραφο.», 3) η διάταξη του 2.2.6 της Διακήρυξης, με τον τίτλο «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» που προβλέπει ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει επιτυχώς τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις προμηθειών ή έργων του συγκεκριμένου τύπου, ύψους 650.000,00 € τουλάχιστον η κάθε μία, μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού προς παραγωγή πόσιμου νερού ανθρώπινης κατανάλωσης με το μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης δυναμικότητας παραγωγής πόσιμου νερού κάθε μίας 2.000 κ.μ. ανά ημέρα ή περισσότερο σε παραλήπτες Δημοσίου ή Ιδιωτικού τομέα...» και συγκεκριμένα η πρόβλεψη της ελάχιστης οικονομικής αξίας εκάστης σύμβασης ουδεμία προσφορότητα εμφανίζει ως στοιχείο απόδειξης της «εμπειρίας» του Διαγωνιζομένου και μάλιστα ενώ έχει ήδη αποδειχθεί αδιαμφισβήτητα η επιτυχή εκτέλεση τουλάχιστον δύο συμβάσεων και μάλιστα με αντικείμενο απολύτως όμοιων τεχνικών χαρακτηριστικών με αυτό της ήδη υπό ανάθεση σύμβασης, επιφέρει έμμεση πλην λίαν ουσιώδη στρέβλωση του υγιούς ανταγωνισμού, η ως άνω καθιέρωση ελάχιστου επιτρεπτού ορίου συμβατικής αμοιβής που έχει πετύχει στο παρελθόν, ο Διαγωνιζόμενος, για την προμήθεια του ίδιου προϊόντος, την αξία του οποίου η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή προϋπολογίζει στο ποσό των 1.300.000,00 Ευρώ και δη ως κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας συμμετοχής του στο Διαγωνισμό, 4) περαιτέρω το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή (αδοκήτως) απαιτεί την εκπόνηση όχι απλώς μίας, αλλά δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεων με τα ίδια τεχνικά όπως η υπό ανάθεση, πλην όμως αποδέχεται ως πρόσφορες ακόμη και συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί οποτεδήποτε και δη ακόμη και σε απώτατο χρόνο προ του Διαγωνισμού και μάλιστα χωρίς καμία ειδική προς τούτο αιτιολόγηση της ως άνω – όλως κατ' εξαίρεση επιτρεπόμενης - παρέκκλισης από τις επιταγές του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου, με αναφορά σε τυχόν ειδικές συνθήκες ή απαιτήσεις του έργου που την υπαγορεύουν, τυγχάνει ακυρωτέα, 5) τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.3.1 της διακήρυξης κριτήρια αξιολόγησης είναι ασαφή και συγχέονται εν

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

μέρει με τα κριτήρια επιλογής. Επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, που η προσφεύγουσα σώρευσε στην υπό εξέταση Προσφυγή της, έως την έκδοση της απόφασης επ' αυτής, εκδόθηκε η με αριθμό Α252/2018 Απόφαση της ΑΕΠΠ (2^ο Κλιμάκιο).

3. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις με αρ. πρωτ. 1673/08-06-2018 Απόψεις του αιτείται την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, α) ελλείπει εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντα, διότι αυτός αορίστως και αβασίμως επικαλείται έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς δεν προβάλλει, ούτε προαποδεικνύει ειδικούς ισχυρισμούς σχετικά με την ζημία που υφίσταται από τους βαλλόμενους ως μη νομίμους όρους της διακήρυξης, β) ως απαραδέκτως ασκηθείσας, λόγω παρέλευσης της νόμιμης προθεσμίας για την άσκησή της, διότι ο προσφεύγων ομολογεί στο ίδιο το κείμενο της προσφυγής ότι έλαβε πλήρη και πραγματική γνώση της βαλλόμενης διακήρυξης 15 ημέρες πριν την υποβολή της προσφυγής («δια της δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ, λάβαμε πραγματική γνώση του περιεχομένου της Διακήρυξης»), γ) διότι οι προϋποθέσεις απόδειξης της επικαλούμενης εμπειρίας των διαγωνιζομένων, δεν εισάγουν διακρίσεις, καθώς ο έλεγχος εγκυρότητας ενός διοικητικού εγγράφου του δημοσίου (βεβαίωση, κλπ.) και τα στοιχεία του υπογράφοντος μπορούν να εξακριβωθούν εύκολα σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.2690/99 «Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας και άλλες διατάξεις», ενώ για τα ιδιωτικά έγγραφα, η γνησιότητα φορέων, προσώπων και εν τέλει η ανάληψη ευθύνης για αυτά που αναγράφονται, είναι μια επιπλέον διαδικασία που δεν θα μπορούσε να συμβεί με διαφορετικό τρόπο πέραν του γνήσιου της υπογραφής για τον οποιονδήποτε ιδιώτη και των επικυρωμένων εγγράφων σε περίπτωση αλλοδαπής προέλευσης αυτών. Σημειώνεται επίσης ότι για έγγραφα που έχουν εκδοθεί στην αλλοδαπή ζητείται επικύρωση της γνησιότητας της υπογραφής με ό, τι διαδικασίες ισχύουν στην χώρα υπογραφής, δ) Το άρθρο 2.1.4 περί γλώσσας της διακήρυξης αφορά την γλώσσα των εγγράφων, την

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

μετάφραση των αλλοδαπών ιδιωτικών εγγράφων στα Ελληνικά, την επικύρωση της μετάφρασης αυτής και όχι την επικύρωση της γνησιότητας των εγγράφων και δεν πρέπει να γίνεται σύγκριση με το άρθρο 2.2.6 περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των δύο αυτών, στ) η κατ' ελάχιστον αξία 650.000 € της καθεμίας από τις ζητούμενες προηγούμενες παραδόσεις των υποψηφίων του συγκεκριμένου τύπου με την υπό δημοπράτηση, δικαιολογείται 1) από την αλατότητα του θαλασσινού νερού του Αιγαίου και κατ' επέκταση της Μεσογείου, για την αφαλάτωση συγκεκριμένου όγκου από το οποίο ημερησίως, απαιτείται εξοπλισμός μεγαλύτερης δυναμικότητας και συνεπώς μεγαλύτερου κόστους, σε σύγκριση με αντίστοιχες μονάδες αφαλάτωσης παραγωγής ίδιου όγκου ημερησίως θαλασσινού νερού με χαμηλής πυκνότητας αλατότητα, όπως στον ατλαντικό ή την βαλτική θάλασσα, 2) προκειμένου να διασφαλιστεί ότι οι συμβάσεις που θα προσκομιστούν θα αφορούν μονάδες πλήρεις σε εξοπλισμό κατ' αναλογία της δημοπρατούμενης και όχι μονάδες αφαλάτωσης με εξοπλισμό απογυμνωμένο από αυτοματισμούς, εφεδρείες, συστήματα μείωσης της ηλεκτρικής κατανάλωσης και γενικότερα μείωσης του λειτουργικού κόστους, αποτελούμενες από τα απολύτως απαραίτητα, δηλαδή μία αντλία υψηλής πίεσης και ολίγες μεμβράνες, 3) προκειμένου οι συμβάσεις που θα προσκομιστούν να αφορούν μονάδες στις οποίες ο προμηθευτής είχε πλήρη την ευθύνη τους, κατ' αναλογία της δημοπρατούμενης σύμβασης, και δεν πρόκειται για μονάδες που έχουν μελετηθεί και σχεδιαστεί από άλλους και ο προμηθευτής εκτέλεσε την προμήθεια ή την εγκατάσταση υπεργολαβικά ή με την μέθοδο φασόν, η αξία της σύμβασης του οποίου αυτονόητα θα είναι 20% έως 30% μικρότερη, 4) προκειμένου εν γένει να διασφαλιστεί ότι οι επικαλούμενες προηγούμενες παραδόσεις είναι παρόμοιες με την δημοπρατούμενη και αφού δεν είναι εφικτό να ζητείται όλο το υπόβαθρο της κάθε σύμβασης, ώστε να επιβεβαιώνεται ότι πρόκειται για μονάδα με ονομαστική, αλλά και πραγματική ικανότητα παραγωγής 2000 κμ ανά ημέρα με επεξεργασία αντίστοιχου θαλασσινού νερού, ότι πρόκειται για μονάδα με πλήρη εξοπλισμό και ότι πρόκειται για μονάδα που ο

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

προμηθευτής είχε την πλήρη και συνολική ευθύνη της, δηλαδή έχει μελετηθεί, σχεδιαστεί, έχουν γίνει οι υπολογισμοί και έχει επιλεγεί ο εξοπλισμός, έχει παραγγελθεί, αγοραστεί, συναρμολογηθεί, ανεγερθεί, δοκιμαστεί και λειτουργήσει αποδοτικά από τον ίδιο, κατ' αναλογία ζητείται αξία της προσκομιζόμενης σύμβασης αντίστοιχη της δαπάνης της δημοπρατούμενης και δίδεται ένα μεγάλο περιθώριο έκπτωσης 50 %, ζ) δεν τίθεται το κανονικό χρονικό όριο της τριετίας στις ζητούμενες προηγούμενες παραδόσεις, προκειμένου να εξασφαλιστεί ικανοποιητικό επίπεδο ανταγωνισμού, διότι την τελευταία τριετία στην Ελλάδα έχει γίνει μόνο μία τέτοια παράδοση και κάποιες ελάχιστες στο εξωτερικό, η διεύρυνση δε του χρονικού ορίου δεν σημαίνει ότι γίνονται δεκτές παραδόσεις σε άπειρο παρελθόντα χρόνο, καθώς από τα πράγματα η εφαρμοζόμενη τεχνολογία περιορίζει χρονικά τον ορίζοντα αυτόν σε ολίγα επιπλέον έτη πέραν της Ζετίας, η) το κριτήριο αξιολόγησης «στοιχεία επιτυχούς λειτουργίας για μακρό χρονικό διάστημα», αβάσιμα συνέχεται με παρόμοιες συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί στο παρελθόν. Από πουθενά δεν προκύπτει κάτι τέτοιο ούτε άμεσα από την Διακήρυξη, ούτε έμμεσα. Αναφέρεται στην ανάγκη οι μονάδες αυτές να έχουν τέτοιο σχεδιασμό, υλικά, μέθοδο λειτουργίας, προστασίες κ.λ.π που να εξασφαλίζουν επιτυχή μακροχρόνια λειτουργία. Και θα απαιτηθεί να γίνει βαθμολόγηση των προσφερόμενων μονάδων ακριβώς με αυτό το σκεπτικό. Εάν, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές – αλλά και καθ' υπέρβαση των ελαχίστων απαιτήσεων των προδιαγραφών, ανάλογα με το σχεδιασμό κάθε προσφέροντος - η κάθε προσφορά έχει τα στοιχεία και τις προβλέψεις εκείνες που θα εξασφαλίσουν μια τέτοια λειτουργία προς το συμφέρον της ΔΕΥΑΜ και των καταναλωτών της θα βαθμολογηθεί καλύτερα. Για παράδειγμα, σε σχέση με την ποιότητα των επί μέρους υλικών, ένας ανοξείδωτος χάλυβας DUPLEX SAF 2507 βαθμολογείται καλύτερα από έναν SAF 2205 και επί δύο ίδιων τέτοιων χαλύβων βαθμολογείται καλύτερα αυτός με το μεγαλύτερο schedule, πχ αυτός που έχει sch 80 έναντι αυτού με sch 40. Οι περιγραφές, εξάλλου των λοιπών κριτηρίων αξιολόγησης μόνο ασαφείς και αόριστες δεν είναι. Το κριτήριο Κ1

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

εξετάζει την συμβατότητα των προσφορών με τις τεχνικές προδιαγραφές. Το κριτήριο Κ2 εξετάζει επιπλέον στοιχεία λειτουργικότητας, εργονομίας, μακροχρόνια χωρίς μεγάλες ανάγκες συντήρησης λειτουργία, και λειτουργικό κόστος παραγωγής νερού. Το κριτήριο Κ3 εξετάζει αναλυτικά τα υλικά κατασκευής των μονάδων και τους αυτοματισμούς της. Τέλος, όσον αφορά το κριτήριο Κ4 - «εγγύηση καλής λειτουργίας» -είναι κριτήριο που πάντα μπαίνει σε διαγωνισμούς προμήθειας εξοπλισμού, βαθμολογείται αναλογικά με τον ελάχιστο ζητούμενο χρόνο εγγύησης από την διακήρυξη και δεν μπορεί να προσδιοριστεί πιο αναλυτικά.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, ποσού 6.500,00 Ευρώ (κωδικός e-Παράβολου 215343651958 0723 0061), που αντιστοιχεί, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017, στο αντιστοιχούν ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 1.300.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ), ποσό το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με το με τον πιο πάνω κωδικό e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, του οποίου προσκομίστηκε εκτυπωμένη σελίδα με κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)».

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

6. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 24-05-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1γ του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 γ του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την γνώση της προσβαλλομένης διακήρυξης, η οποία τεκμαίρεται ότι έλαβε χώρα 15 ημέρες από την δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ, που έλαβε χώρα στις 30-04-2018. Επομένως, η προθεσμία για την άσκηση της παρούσας προσφυγής εκκίνησε την 15-05-2018 (μετά την πάροδο του 15νθημέρου) και εξέπνεε την 25-05-2018, η υπό εξέταση προσφυγή όμως κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 24-05-2018 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. την 25-05-2018. Σημειωτέον, ότι η προσφεύγουσα, συνομολογεί ότι έλαβε πραγματική γνώση της βαλλόμενης διακήρυξης την 14-05-2018, επομένως και υπ' αυτήν εκδοχή η προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα, καθώς η δεκαήμερη προθεσμία εξέπνεε την 24-05-2018, ημέρα κατά την οποία και κατατέθηκε. Αβάσιμα δε υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας ότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης από την δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ, καθώς παρά την προφανώς εκ παραδρομής αναφορά στην σελίδα 9 της υπό εξέταση προσφυγής ότι αυτή ασκείται εντός 15 ημερών από την δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ και την αόριστη αναφορά στην σελ. 10 αυτής περί της ακριβούς πραγματικής γνώσης αυτής, ήδη από την σελίδα 4 της Προσφυγής της η προσφεύγουσα ρητώς και χωρίς αμφισημία δηλώνει «*Η εταιρίαΑΕ έλαβε πραγματική και πλήρη γνώση του νυν προσβαλλόμενου τεύχους της Προκήρυξης, στις 14 Μαΐου 2018, ήτοι εντός 15 ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ (30/04/2018). Συνεπώς εντός δέκα (10) ημερών, ήτοι έως τις 24/05/2018, ασκώ νομίμως και εμπροθέσμως την παρούσα προδικαστική προσφυγή κατά της οικείας Διακήρυξης (παρ. 1.γ. του άρθρου 361 του Ν.4412/2016)*».

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας αποστολής Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, που έλαβε χώρα στις 24-04-2018, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία 1.300.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ) υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ) του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

8. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 η Προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης, επικαλούμενη, μεταξύ άλλων, ότι μολονότι έχει πρόθεση να συμμετέχει στον διαγωνισμό, πληροί δε τα κριτήρια για την συμμετοχή της σε αυτόν, ωστόσο, ένεκα των βαλλόμενων πλημμελειών της διακήρυξης, δυσχεραίνεται ουσιωδώς στην κατεύθυνση αυτή. Και τούτο, διότι, κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή έχουν εμφιλοχωρήσει διατάξεις που καθιστούν την συμμετοχή της αδύνατη και σε κάθε περίπτωση την δυσχεραίνουν ουσιωδώς, ενόψει δε των στην προσφυγή αναλυτικά περιγραφόμενων ασαφειών στα κριτήρια αξιολόγησης της Διακήρυξης είναι αδύνατον, κατά την προσφεύγουσα, ούτε για αυτήν, αλλ' ούτε και κάθε άλλον οικονομικό φορέα, να υποβάλει προσφορά που θα αξιολογηθεί ορθά. Συνακόλουθα, η προσφεύγουσα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενους όρους της διακήρυξης, καθόσον η συμμετοχή της στον υπό κρίση διαγωνισμό καθίσταται

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

δυσχερής, αν όχι αδύνατη και η προσφορά της, αν υποβάλει, όπως ισχυρίζεται στην προσφυγή της, κινδυνεύει να απορριφθεί, άλλως να μην αξιολογηθεί ορθά. Τ' αντίθετα δε υποστηριζόμενα από τον αναθέτοντα φορέα είναι αβάσιμα. Συγκεκριμένα, έχει κριθεί ότι, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάληψη δημόσιας σύμβασης ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (ή για την ταυτότητα του λόγου προδικαστική προσφυγή) κατά της διακήρυξης, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί βλάβη. Η βλάβη αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αίτησης ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξέτασης αίτησης προσωρινής δικαστικής προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Ως βλάβη, συνεπώς, στην περίπτωση αυτή νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευόμενα, αφορώντα τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να και εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Συνεπώς, προβάλλεται παραδεκτώς, κατά την αμφισβήτηση της νομιμότητας διακήρυξης διαγωνισμού, λόγος περί παρανομίας όρου της διακήρυξης, όταν προσδιορίζεται κατά τρόπο συγκεκριμένο η εντεύθεν βλάβη. Εν προκειμένω η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δυσχεραίνεται να ανταποκριθεί στις προϋποθέσεις απόδειξης της εμπειρίας από η προηγούμενη εμπειρία της προέρχεται κυρίως από ιδιώτες και μάλιστα από την αλλοδαπή, επομένως βλάπτεται από την ιστορούμενη στην προσφυγή συγκεκριμένη παράνομη διάκριση των προϋποθέσεων απόδειξης της εμπειρίας ιδιωτών έναντι του δημοσίου, καθόσον δε το κυρίως αντικείμενό της είναι η προμήθεια εγκατάσταση και λειτουργία μεταξύ άλλων και μονάδων αφαλάτωσης παρόμοιων με την δημοπρατούμενη και συμμετέχει σε παρόμοιους

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

διαγωνισμούς, αυτονοήτως δυσχεραίνεται η συμμετοχή της από όρους που αξιώνουν προηγούμενες παραδόσεις ελάχιστης αξίας που δεν έχει συνάψει η προσφεύγουσα, αν και κατά τα λοιπά έχει συνάψει επιτυχώς συμβάσεις ίδιου αντικειμένου με το υπό δημοπράτηση, όπως και από όρους κατά τους ισχυρισμούς της αμφίσημους, όπως τα κριτήρια αξιολόγησης, που δεν της επιτρέπουν να εκτιμήσει ορθά την προσφορά που θα υποβάλει, αφού δεν είναι σε θέση να εκτιμήσει αν η τεχνική προσφορά που θα μπορούσε να υποβάλει θα αξιολογηθεί καλύτερα ή όχι έναντι των συνδιαγωνιζομένων της και πόσο.

9. Επειδή, επομένως η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

10. Επειδή, στο άρθρο 301 περί γενικών αρχών (άρθρο 76 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Για τους σκοπούς της επιλογής των συμμετεχόντων στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων εφαρμόζονται οι ακόλουθοι κανόνες: α) ... β) επιλέγουν τους προσφέροντες και τους υποψηφίους, σύμφωνα με τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που θεσπίζονται δυνάμει των άρθρων 304 και 305 ...», περαιτέρω, δε, στο άρθρο 304 με τίτλος «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής» (άρθρο 78 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του ίδιου νόμου ότι «1. Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης. 2. Εάν οι αναθέτοντες φορείς χρειάζεται να διασφαλίσουν μια κατάλληλη ισορροπία μεταξύ των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και των πόρων που απαιτούνται για την εκτέλεσή της, μπορούν, σε κλειστή διαδικασία ή σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο ή σε σύμπραξη καινοτομίας, να θεσπίσουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που αντανakλούν την ανάγκη αυτή και επιτρέπουν στον αναθέτοντα φορέα να μειώσει τον αριθμό των

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

υποψηφίων που θα προσκληθούν να υποβάλουν προσφορές ή να συμμετάσχουν σε διαπραγμάτευση. Ο αριθμός των επιλεγέντων υποψηφίων πρέπει οπωσδήποτε να λαμβάνει υπ' όψιν την ανάγκη εξασφάλισης επαρκούς ανταγωνισμού.». Στις διατάξεις του άρθρου 305 με τίτλο «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι» (άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: *«1. [...] 2. Τα κριτήρια και οι κανόνες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορούν να περιλαμβάνουν τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό, ιδιαίτερα όσον αφορά στα όρια για τις απαιτήσεις που αφορούν τους ετήσιους κύκλους εργασιών.»*, στο άρθρο 308 τέλος με τίτλος «Κανόνες που εφαρμόζονται σε περίπτωση χρήσης των κριτηρίων αποκλεισμού και ποιοτικής επιλογής του Βιβλίου Ι» (παρ. 3 του άρθρου 80 και υποπαράγραφος 2 της παρ. 1, καθώς και υποπαράγραφος 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) του ίδιου νόμου προβλέπεται ότι: *«1. Προς το σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, αν οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80, και 81.»*. Από τις παραπάνω διατάξεις που εφαρμόζονται σε διαγωνιστικές διαδικασίες αναθετόντων φορέων που δραστηριοποιούνται στον τομέα του άρθρου 230 του Ν. 4412/2016 (ύδωρ), όπως στην προκειμένη περίπτωση, συνάγεται ότι και σε αυτές τις διαγωνιστικές διαδικασίες, για την θέση κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και τους τρόπους απόδειξής τους, όταν επιλέγονται τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στα άρθρα 75 έως 77, επιβάλλεται να εφαρμόζονται οι όροι και οι προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτά και αποδεικνύονται με τους όρους και τις προϋποθέσεις των άρθρων 80 και 81 του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016.

11. Επειδή, εξάλλου, στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) περί κριτηρίων επιλογής προβλέπεται ότι: *«1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της*

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

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. ... Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. ... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. ... Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος.». Το άρθρο 80 εξάλλου, (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/16 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. ... [...] 4. [...] 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. [...] 9. Τα αποδεικτικά έγγραφα του παρόντος άρθρου και του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄, μπορεί να εξειδικεύονται στις στα πρότυπα έγγραφα σύμβασης που εκδίδει η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53. ...».

12. Επειδή, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις που συνιστούν εναρμόνιση του εθνικού δικαίου με τις διατάξεις των Οδηγιών 24 και 25 2014, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές και για την ταυτότητα του νομικού λόγου και οι αναθέτοντες φορείς, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την 11 “καταλληλότητα” των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων / αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (πρ.βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να μπορεί να περιορίζεται ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις, όπως περιγράφεται και στον “Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις” (πρ.βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 17- απόφαση 181/2016 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Στο πεδίο 4 του εν λόγω Κώδικα και δη 4.1 με τίτλο “Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής” διευκρινίζεται ότι οι οδηγίες της ΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις επαναδιακηρύσσουν ρητά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικών και οικονομικών δυνατοτήτων και τεχνικών ικανοτήτων πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφ' εαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό. Το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/16 απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, επομένως καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές. Αυτό δεν σημαίνει, πάντως, ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στα άρθρα αυτά. Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων αυτών κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας. Και στις δύο περιπτώσεις, οι πληροφορίες που ζητούνται πρέπει να είναι συνδεδεμένες και ανάλογες προς το αντικείμενο της σύμβασης. Με άλλα λόγια, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα, δηλαδή να είναι πρόσφορες και το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13 - απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων).

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

13. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 2.2.6 περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της προσβαλλόμενης διακήρυξης προβλέπεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει επιτυχώς τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις προμηθειών ή έργων του συγκεκριμένου τύπου, ύψους 650.000,00 € τουλάχιστον η κάθε μία, μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού προς παραγωγή πόσιμου νερού ανθρώπινης κατανάλωσης με τη μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης δυναμικότητας παραγωγής πόσιμου νερού κάθε μίας 2000 κ.μ. ανά ημέρα ή περισσότερο, σε παραλήπτες Δημοσίου ή Ιδιωτικού τομέα. Προς απόδειξη προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικά συμμετοχής επί ποινή αποκλεισμού υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από κατάλογο στον οποίο αναφέρονται οι κυριότερες συμβάσεις μονάδας (ή μονάδων στον ίδιο παραλήπτη) αφαλάτωσης θαλασσινού νερού προς παραγωγή πόσιμου νερού ανθρώπινης κατανάλωσης με τη μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης, δυναμικότητας παραγωγής πόσιμου νερού κάθε μίας σύμβασης 2000 κ.μ. ή 2 x 1000 κ.μ. ανά ημέρα ή περισσότερο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας καθώς και των παραληπτών Δημοσίου ή Ιδιωτικού τομέα. Ο κατάλογος συνοδεύεται υποχρεωτικά, εάν ο παραλήπτης είναι αναθέτων φορέας, με τις συμβάσεις και τα αντίστοιχα πρωτόκολλα οριστικής παραλαβής, τα οποία έχουν εκδοθεί από δημόσια αρχή και στα οποία θα αναφέρεται η εμπρόθεσμη ή μη παράδοση των μονάδων αφαλάτωσης αντίστροφης όσμωσης και η εν γένει τήρηση των συμβατικών υποχρεώσεών τους. Εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας με τα αντίστοιχα επίσημα παραστατικά έγγραφα και με βεβαίωση με πρωτότυπη σφραγίδα και υπογραφή από τον νόμιμο εκπρόσωπο του αγοραστή. Η βεβαίωση θα φέρει νόμιμη θεώρηση του γνησίου της υπογραφής και αρμόδια επικύρωση εφ' όσον πρόκειται για αλλοδαπό έγγραφο. Επίσης θα συνοδεύεται από τα νομιμοποιητικά έγγραφα του υπογράφοντος.».

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

14. Επειδή, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην σκέψη 12 της παρούσας, από την πιο πάνω διάταξη της διακήρυξης, σε σχέση με την απόδειξη των ζητούμενων συναφών προηγούμενων συμβάσεων προμήθειας και των παραστατικών παραλαβής, δεν προκύπτει άνευ ετέρου άμεση ή έμμεση διάκριση των οικονομικών φορέων, όταν τα αποδεικτικά προέρχονται προέρχονται από τον ιδιωτικό τομέα έναντι του δημοσίου. Και τούτο, διότι, όπως βάσιμα υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας και έχει κρίνει και η Αρχή (ΑΕΠΠ Απόφαση 298/2018), η γνησιότητα της υπογραφής του αρμοδίου προσώπου μιας Δημόσιας Αρχής μπορεί να ελεγχθεί ευχερώς με βάση τις διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, με την εφαρμογή δε της ψηφιακής υπογραφής, η θεώρηση του γνησίου της υπογραφής τείνει να καταργηθεί εντελώς, ενώ η αρμοδιότητα του υπογράφοντος προσώπου ομοίως προκύπτει ευχερώς από το κανονιστικό πλαίσιο και τις αποφάσεις της Δημόσιας Αρχής, που είτε είναι δημοσιευμένες είτε ευχερώς μπορεί να ελεγχθούν. Αντίθετα, η γνησιότητα της υπογραφής του αντίστοιχου προσώπου ενός ιδιωτικού φορέα και η ιδιότητά του, άλλως η αρμοδιότητά του να υπογράψει τα προς υποβολή έγγραφα στον αναθέτοντα φορέα για τις ανάγκες του διαγωνισμού, δεν μπορεί να ελεγχθεί με άλλον τρόπο, εκτός από την θεώρηση του γνησίου της υπογραφής του και την συνυποβολή των νομιμοποιητικών του εγγράφων, εάν εκπροσωπεί νομικό πρόσωπο. Στο βαθμό, όμως, που δεν περιέχεται και ρύθμιση για την περίπτωση που στο κράτος της αλλοδαπής δεν προβλέπεται διαδικασία για την θεώρηση του γνησίου της υπογραφής ή που αυτή είναι χρονοβόρα ή δυσχερής, από την διάταξη, όπως είναι διατυπωμένη, εισάγεται μη νόμιμη έμμεση διάκριση, αφού οι οικονομικοί φορείς που κατά τα λοιπά έχουν εκτελέσει προηγούμενες παραδόσεις της φύσεως και της αξίας που αξιώνει η διάταξη του αρ. 2.2.6 της διακήρυξης δυσχεραίνονται να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό. Η εν λόγω ρύθμιση, μάλιστα, μολονότι γίνεται δεκτή από τον αναθέτοντα φορέα στις απόψεις του, δεν έχει γνωστοποιηθεί ούτε με τροποποίηση του οικείου όρου ούτε με διευκρίνιση επ' αυτού, ώστε τηρουμένων και των λοιπών όρων δημοσιότητας

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

να καταστεί μέρος του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού. Επειδή, μέσω της επίμαχης έμμεσης διάκρισης περιορίζεται ο ανταγωνισμός, χωρίς αποχρώντα λόγο και χωρίς να μπορεί να υποστηριχθεί βάσιμα ότι ο περιορισμός αυτός συνδέεται και είναι ανάλογος με το αντικείμενο της σύμβασης, πρέπει, επομένως, κατά τούτο να ακυρωθεί ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης. Εξάλλου, υποστηρίξιμο είναι και ότι αντί της θεώρησης του γνησίου της υπογραφής του υπογράφοντος νομίμου εκπροσώπου του νομικού προσώπου που παρέλαβε από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα τα αντίστοιχα με τα δημοπρατούμενα αγαθά και της συνυποβολής όλων των νομιμοποιητικών του εγγράφων για την απόδειξη της αρμοδιότητάς του για αυτό μαζί με την προσφορά του υποψήφιου στον διαγωνισμό, θα μπορούσε να επιλεγεί ένα ηπιότερο μέτρο (βλ. 6022/2015 ΕΣ (Μείζονος)), όπως π.χ. η δυνατότητα θέσεως ψηφιακής υπογραφής στα έγγραφα που ζητούνται από τα νομίμως εξουσιοδοτημένα πρόσωπα των νομικών προσώπων της αλλοδαπής ή με την υποβολή της προσφοράς η συνυποβολή υπεύθυνης δήλωσης από τον προσφέροντα οικονομικό φορέα για την ιδιότητα του υπογράφοντος τα εν λόγω έγγραφα, εάν προέρχονται από ιδιωτικά νομικά πρόσωπα, και την υποβολή των σχετικών αποδεικτικών της γνησιότητας της υπογραφής των νομίμων εκπροσώπων του και τα νομιμοποιητικά έγγραφά τους με την τεχνική προσφορά ή τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και όχι ως επί ποινή αποκλεισμού υποβαλλόμενα έγγραφα με την υποβολή της προσφοράς, ώστε να μην μπορεί να συναχθεί μη δικαιολογημένη δυσχέρεια συμμετοχής σε υποψήφιες ΜΜΕ επιχειρήσεις επί ζημιά του ανταγωνισμού (πρ.βλ. αιτιολογική σκ. 84 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Δεν τέθηκε, όμως, ευθέως λόγος ακύρωσης της διάταξης για αυτήν την τυχόν πλημμέλεια, επομένως το επιληφθέν Κλιμάκιο δεν μπορεί να διαλάβει κρίση επ' αυτού, κατ' άρθρο 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, περαιτέρω, αβάσιμα υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας ότι το επικαλούμενο ελάχιστο ποσό της κάθε μίας από τις δύο συμβάσεις που θα

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

πρέπει να έχει εκτελέσει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας για να θεωρηθεί «κατάλληλος» για την εκτέλεση της σύμβασης συνδέεται και είναι ανάλογο με το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης. Και τούτο, διότι η τελική αξία μιας σύμβασης μιας αντίστοιχης μονάδας αφαλάτωσης δεν συνδέεται μόνον με τον εξοπλισμό που ενσωματώθηκε στην μονάδα, αλλά και με πλήθος άλλων παραγόντων που δεν λαμβάνει υπόψη του ο αναθέτων φορέας (τόπος εκτέλεσης και χρηματοοικονομικές συνθήκες, χρόνος εκτέλεσης, προθεσμία παράδοσης, συνθήκες υψηλού ή χαμηλού ανταγωνισμού κ.α.), ούτε η δυνατότητα του υποψηφίου να διαθέτει αυτός ή συνεργάτες του απόθεμα υλικών και εξοπλισμού, ώστε εξ αυτού του λόγου να μπορεί να κατασκευάζει με πολύ χαμηλότερες τιμές αντίστοιχες με τις δημοπρατούμενες μονάδες, μπορεί να τον καθιστά «μη κατάλληλο», ούτε η χαμηλότερη του ορίου αξία των επικαλούμενων συμβάσεων μπορεί αιτιωδώς να αποδοθεί στην μη πλήρη ευθύνη του υποψηφίου για την πλήρη εγκατάσταση της μονάδας, καθώς τούτο προκύπτει από τους όρους της σύμβασης που ο υποψήφιος επικαλείται, ούτε και σε κάθε περίπτωση δεν επικαλείται αποδεδειγμένα ο αναθέτων φορέας ότι η αξία του 50% του προϋπολογισμού της υπό δημοπράτηση σύμβασης είναι η ελάχιστη αξία των συμβάσεων αντίστοιχων μονάδων ανά των κόσμο ή έστω στην περιοχή του Αιγαίου και της ευρύτερης Μεσογείου στο χρονικό διάστημα εντός του οποίου ζητείται να έχει εκτελέσει προηγούμενες παραδόσεις ο υποψήφιος οικονομικός φορέας. Είναι επομένως ακυρωτέος ο όρος και κατά την αναγραφή κατ' ελάχιστον αξία κάθε μιας εκ των προηγούμενων συμβάσεων που πρέπει να έχει εκτελέσει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας για να είναι κατάλληλος, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης.

16. Επειδή, εξάλλου και σε συνέχεια όσων αναφέρονται στην σκέψη 12 της παρούσας, γίνονται περαιτέρω δεκτά και τα εξής: Έχει κριθεί (βλ. ΑΕΠΠ 22/2017) ότι με τις ισχύουσες διατάξεις (βλ. σκ. 11 της παρούσας) τίθεται πλέον περιορισμός ως προς την απαίτηση των αναθετουσών αρχών να ζητούν την

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

υποβολή καταλόγου για την εκτέλεση σχετικών εργασιών, αγαθών ή υπηρεσιών, καθώς ορίζεται ένα μέγιστο χρονικό όριο (τα τελευταία πέντε έτη για τις εργασίες και τα τελευταία τρία έτη για τα αγαθά και τις υπηρεσίες). Ωστόσο, δίνεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή αλλά και για τον αναθέτοντα φορέα εάν χρησιμοποιεί τα κριτήρια του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, εάν το κρίνει απαραίτητο και για συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, να λαμβάνει υπόψη της τα αποδεικτικά μέσα που ο οικονομικός φορέας υποβάλλει και για το διάστημα πριν από την πενταετία ή την τριετία. Στην πραγματικότητα αυτό φαίνεται ήδη να εφαρμόζεται, όπου κρίνεται σκόπιμο, καθόσον οι διατάξεις του άρθρου 48 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (και Παράρτημα XII παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) αφορούν κατ' εξοχήν τον περιορισμό των μέσων που η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί από τους προσφέροντες και όχι τον περιορισμό της χρήσης άλλων μέσων που ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει. Δεν επιτρέπεται ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή να απαιτεί την υποβολή των σχετικών αποδεικτικών από όλους τους προσφέροντες για το διάστημα πριν από την πενταετία ή την τριετία (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Και τούτο, γιατί, η αξίωση της Αναθέτουσας Αρχής για υποβολή καταλόγου των κυριότερων «παραδόσεων» ή συγκεκριμένου αριθμού «παραδόσεων» κατ' έτος ή συνολικά για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα από το μέγιστο οριζόμενο, θα περιορίζε αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, γιατί θα σήμαινε κατά τεκμήριο περισσότερες «παραδόσεις» από όσες θα έπρεπε να αξιώνει η Αναθέτουσα Αρχή, για να αποδείξει την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα. Για τον ίδιο λόγο, δηλαδή για να μην αποκλείονται «κατάλληλοι» να εκτελέσουν την σύμβαση οικονομικοί φορείς και έτσι να περιορίζεται υπέρμετρα ο ανταγωνισμός, δίνεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα κατά περίπτωση να λαμβάνει υπόψη τις αποδεδειγμένες «παραδόσεις» μεμονωμένων υποψηφίων και πέραν του ελάχιστου ορίου της τριετίας, εάν π.χ. αξιώνεται ποσότητα τριών «παραδόσεων» αγαθών και ο προσφέρων διαθέτει δύο εντός τριετίας και μία παλαιότερα. Κατά

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

τον Ενωσιακό Νομοθέτη, επομένως, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να ζητεί παραπάνω από μία «παραδόσεις» αρκεί να μην ζητεί περισσότερες «παραδόσεις» από όσες εύλογα θα μπορούσε να έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας εντός μίας τριετίας. Υπό τις ανωτέρω σκέψεις, όταν δεν αξιώνεται από τους οικονομικούς φορείς να αποδείξουν πολλές, αλλά δύο (2) «παραδόσεις» συναφών με το δημοπρατούμενο αγαθών, με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και ίσης δυναμικότητας με το δημοπρατούμενο αγαθό, με την ανοιχτή διαδικασία, μπορεί εύλογα να περιμένει κανείς καταρχήν ευρεία συμμετοχή οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό. Αν, ωστόσο, η Αναθέτουσα Αρχή από την διακήρυξη θεωρεί κατάλληλους τους οικονομικούς φορείς που εκτέλεσαν αυτές τις προηγούμενες παραδόσεις όχι εντός του μέγιστου οριζόμενου χρονικού διαστήματος της τριετίας, αλλά εντός χρονικού διαστήματος μεγαλύτερου, τότε, αναγνωρίζει άνευ ετέρου ότι οι ζητούμενες παραδόσεις είναι τόσο σπάνιες στην σχετική αγορά, ώστε προκειμένου να επιτευχθεί ικανοποιητικός ανταγωνισμός αυξάνει το χρονικό διάστημα εντός του οποίου αρκείται να την έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας για να κριθεί κατάλληλος. Σε αυτήν την περίπτωση, η απαίτηση να έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας δύο (2) παραδόσεις με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και ίσης δυναμικότητας με το δημοπρατούμενο αγαθό, ως κριτήριο τεχνικής καταλληλότητας είναι μάλλον πέραν του αναλόγου μέτρου, σε μια ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία, σε σχέση με τη συνήθη εμπειρία κατάλληλων κατά τα άλλα οικονομικών φορέων στη σχετική αγορά και, επομένως, θα πρέπει ο αναθέτων φορέας, προκειμένου νόμιμα να την περιλάβει σε μια διακήρυξη, να αιτιολογεί ειδικώς και δεόντως ότι είναι προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος η συγκεκριμένη απαίτηση σε σχέση με την φύση και το αντικείμενο του αγαθού που ζητείται να προσφερθεί. Τα παραπάνω ισχύουν πολύ περισσότερο όταν δεν ορίζεται καν χρονικό διάστημα εντός του οποίου καλούνται οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να αποδείξουν ότι έχουν εκτελέσει τις δύο (2) προηγούμενες παραδόσεις. Η παράλειψη ορισμού του χρονικού διαστήματος, μάλιστα, εκτός που αντιβαίνει στις ρητές ως άνω διατάξεις του

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

Νόμου, παραβιάζει και την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, σύμφωνα με την οποία όλοι οι όροι και ο τρόπος διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

17. Επειδή, επομένως, οι διατάξεις του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθούν και γιατί δεν ορίζεται καθόλου χρονικό διάστημα, εντός του οποίου θα πρέπει οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να έχουν εκτελέσει δύο (2) αντίστοιχες με την δημοπρατούμενη παραδόσεις, ούτε δικαιολογείται επαρκώς στα έγγραφα της σύμβασης η απαίτηση να έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας δύο (2) παραδόσεις με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και ίσης δυναμικότητας με το δημοπρατούμενο αγαθό, ως κριτήριο τεχνικής καταλληλότητας χωρίς ελάχιστο χρονικό διάστημα, μολονότι ο αναθέτων φορέας συνομολογεί στις απόψεις του ότι αν ετίθετο το χρονικό όριο της τριετίας ο ανταγωνισμός θα ήταν μηδενικός, ωστόσο, λόγω της εφαρμοζόμενης τεχνολογίας ο χρονικός ορίζοντας περιορίζεται σε ολίγα επιπλέον έτη πέραν της 3ετίας.

18. Επειδή, εξάλλου οι διατάξεις του άρθρου 311 περί κριτηρίων ανάθεσης της σύμβασης (άρθρο 82 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) Ν. 4412/2016 προβλέπει ότι: «...2. Η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά κατά την κρίση του αναθέτοντος φορέα προσδιορίζεται βάσει της τιμής ή του κόστους, με χρήση μίας μεθόδου προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας,

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

όπως της κοστολόγησης του κύκλου ζωής, σύμφωνα με το άρθρο 312 και μπορεί να περιλαμβάνει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει κριτηρίων, συμπεριλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, ποιοτικών, περιβαλλοντικών και/ή κοινωνικών χαρακτηριστικών που συνδέονται με το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης. Στα κριτήρια αυτά μπορούν να περιλαμβάνονται, για παράδειγμα: α) η ποιότητα, περιλαμβανομένης της τεχνικής αξίας, τα αισθητικά και λειτουργικά χαρακτηριστικά, η προσβασιμότητα, ο σχεδιασμός για όλους τους χρήστες, τα κοινωνικά, περιβαλλοντικά και καινοτόμα χαρακτηριστικά και η εμπορία και οι σχετικοί όροι, β) η οργάνωση, τα προσόντα και η πείρα του προσωπικού στο οποίο ανατίθεται η εκτέλεση της σύμβασης, αν η ποιότητα του διατεθέντος προσωπικού μπορεί να έχει σημαντική επίδραση στο επίπεδο εκτέλεσης της σύμβασης ή γ) η εξυπηρέτηση μετά την πώληση και η τεχνική υποστήριξη, οι όροι παράδοσης, όπως η ημερομηνία παράδοσης, η διαδικασία και η προθεσμία παράδοσης ή η προθεσμία ολοκλήρωσης. Το στοιχείο του κόστους μπορεί επίσης να λαμβάνει τη μορφή σταθερής τιμής ή κόστους, βάσει του οποίου οι οικονομικοί φορείς θα ανταγωνίζονται αποκλειστικά και μόνο βάσει ποιοτικών κριτηρίων. 3. Τα κριτήρια ανάθεσης θεωρούνται ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης, εφόσον συνδέονται με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που θα παρασχεθούν στο πλαίσιο της σύμβασης σε σχέση με οποιαδήποτε πτυχή της και σε οποιοδήποτε από τα στάδια του κύκλου ζωής της, περιλαμβανομένων και των παραγόντων που εμπλέκονται: α) στη συγκεκριμένη διαδικασία παραγωγής, διάθεσης ή εμπορίας των εν λόγω έργων, αγαθών ή υπηρεσιών· ή β) στη συγκεκριμένη διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής της, έστω και αν οι εν λόγω παράγοντες δεν αποτελούν μέρος της υλικής υπόστασής της. 4. Τα κριτήρια ανάθεσης δεν έχουν ως αποτέλεσμα την παροχή απεριόριστης ελευθερίας επιλογής στους αναθέτοντες φορείς. Διασφαλίζουν τη δυνατότητα αποτελεσματικού ανταγωνισμού και συνοδεύονται από προδιαγραφές που επιτρέπουν την αποτελεσματική επαλήθευση των πληροφοριών που παρέχονται από τους προσφέροντες, προκειμένου να αξιολογείται ο βαθμός

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

συμμόρφωσής τους προς τα κριτήρια ανάθεσης. Σε περίπτωση αμφιβολίας, οι αναθέτοντες φορείς επαληθεύουν αποτελεσματικά την ακρίβεια των πληροφοριών και αποδείξουν τις οποίες παρέχουν οι προσφέροντες. 5. Το κριτήριο ανάθεσης καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Ο αναθέτων φορέας διευκρινίζει στα έγγραφα της σύμβασης τη σχετική στάθμιση που προσδίδει σε καθένα από τα κριτήρια που έχουν επιλεγεί για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, εκτός εάν αυτό καθορίζεται μόνο βάσει της τιμής. Η στάθμιση αυτή μπορεί να εκφράζεται με την πρόβλεψη περιθωρίου διακύμανσης με το κατάλληλο μέγιστο εύρος. Εάν δεν είναι δυνατή η στάθμιση για αντικειμενικούς λόγους, ο αναθέτων φορέας επισημαίνει τα κριτήρια με φθίνουσα σειρά σπουδαιότητας. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένη και να περιλαμβάνει υποχρεωτικά, εκτός από τη βαθμολογία, και τη λεκτική διατύπωση της κρίσης ανά κριτήριο.». Από την γραμματική διατύπωση των διατάξεων αυτών συνάγεται ότι όταν η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά προσδιορίζεται βάσει κριτηρίων αξιολόγησης, ο αναθέτων φορέας πρέπει στα έγγραφα της σύμβασης να καθορίζει με σαφήνεια τουλάχιστον τα κριτήρια, την σχετική στάθμιση που προσδίδει σε αυτά και τις προδιαγραφές με βάση της οποίες ο αναθέτων φορέας θα επαληθεύσει το βαθμό συμμόρφωσης του οικονομικού φορέα στα κριτήρια αξιολόγησης. Με άλλα λόγια θα πρέπει να καθορίζει στα έγγραφα της σύμβασης σε ποιες προδιαγραφές ο βαθμός συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα θα ληφθεί υπόψη για την αξιολόγησή του σε κάθε κριτήριο. Διαφορετικά, ο αναθέτων φορέας μη νόμιμα θα διατηρεί απεριόριστη ελευθερία επιλογής και δεν θα διασφαλίζεται η δυνατότητα αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

19. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 2.3.1 της διακήρυξης περί κριτηρίου ανάθεσης προβλέπεται ότι: «2.3.1 Κριτήριο ανάθεσης Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά: βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

των κάτωθι κριτηρίων: ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΗΣ ΒΑΡΥΤΗΤΑΣ Κ1 Πληρότητα της προσφοράς και συμφωνία με τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης: 30, Κ2 Επάρκεια προσφερόμενων μονάδων, εργονομία, ευελιξία, ευκολία στη χρήση. Λειτουργικότητα, αποτελεσματικότητα και στοιχεία επιτυχούς λειτουργίας για μακρό χρονικό διάστημα. Κόστος παραγωγής νερού: 30, Κ3 Ποιότητα κατασκευής και τεχνικά χαρακτηριστικά ενσωματωμένου στις μονάδες εξοπλισμού, αξιόπιστη λειτουργία. Αυτοματισμός: 30, Κ4 Εγγύηση καλής λειτουργίας 10 ΑΘΡΟΙΣΜΑ ΣΥΝΟΛΟΥ ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΩΝ ΒΑΡΥΤΗΤΑΣ 100%». Περαιτέρω, στις διατάξεις του άρθρου 2.3.2 της διακήρυξης περί βαθμολόγησης και κατάταξης προσφορών, προβλέπεται ότι: «Η βαθμολόγηση κάθε κριτηρίου αξιολόγησης κυμαίνεται από 100 βαθμούς στην περίπτωση που ικανοποιούνται ακριβώς όλοι οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών, αυξάνεται δε μέχρι τους 120 βαθμούς όταν υπερκαλύπτονται οι απαιτήσεις του συγκεκριμένου κριτηρίου. Κάθε κριτήριο αξιολόγησης βαθμολογείται αυτόνομα με βάση τα στοιχεία της προσφοράς. Η σταθμισμένη βαθμολογία του κάθε κριτηρίου θα προκύπτει από το γινόμενο του επιμέρους συντελεστή βαρύτητας επί τη βαθμολογία του, η δε συνολική βαθμολογία της προσφοράς θα προκύπτει από το άθροισμα των σταθμισμένων βαθμολογιών όλων των κριτηρίων. Η συνολική βαθμολογία της τεχνικής προσφοράς υπολογίζεται με βάση τον παρακάτω τύπο :

$$U = \sigma_1 \chi K_1 + \sigma_2 \chi K_2 + \dots + \sigma_n \chi K_n$$

Κριτήρια με βαθμολογία μικρότερη από 100 βαθμούς (ήτοι που δεν καλύπτουν/παρουσιάζουν αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές της παρούσας) επιφέρουν την απόρριψη της προσφοράς. Συμπερότερη προσφορά είναι εκείνη που παρουσιάζει το μεγαλύτερο τελικό βαθμό αξιολόγησης (T_i) όπως υπολογίζεται από τον τύπο: $T_i = 80 \times (T_{ai} / T_{Amax}) + 20 \times (O_{Pmin} / O_{Pi})$ όπου: $T_i = 0$ τελικός βαθμός αξιολόγησης της προσφοράς i (με στρογγυλοποίηση στα δύο δεκαδικά ψηφία) $T_{ai} = 0$ βαθμός τεχνικής αξιολόγησης της προσφοράς i $T_{Amax} = 0$ βαθμός τεχνικής αξιολόγησης της καλύτερης προσφοράς $O_{Pmin} = T_0$ κόστος της χαμηλότερης οικονομικής προσφοράς $O_{Pi} = T_0$ κόστος της προσφοράς i », επισημαίνεται δε στο τέλος του

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

άρθρου ότι «η κατάταξη των προσφορών που θα παρουσιαστεί στο σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ), μετά την αξιολόγηση και των οικονομικών προσφορών, δεν λαμβάνεται υπόψη. Η τελική κατάταξη των προσφορών θα γίνει από την αρμόδια Επιτροπή Αξιολόγησης με σχετικό Πρακτικό λαμβάνοντας υπόψη ως πλέον συμφέρουσα την προσφορά με το μεγαλύτερο τελικό βαθμό αξιολόγησης όπως προσδιορίζεται στην παρούσα διακήρυξη». Στο Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών, όμως, που συνοδεύει την διακήρυξη, δεν περιέχεται άρθρο ή ενότητα περί εργονομίας, ευελιξίας, ευκολίας στη χρήση, ούτε λειτουργικότητας, αποτελεσματικότητας και ούτε περιγράφεται με σαφήνεια με βάση ποια κατ' ελάχιστον δεδομένα θα θεωρηθεί επιτυχής η λειτουργία της μονάδας, ούτε ποιο θεωρείται μακρό χρονικό διάστημα επιτυχούς λειτουργίας. Ομοίως δεν προσδιορίζεται ελάχιστο κόστος παραγωγής νερού, πλέον του οποίου ο οικονομικός φορέας αποκλείεται ή κάτω από το οποίο βαθμολογείται υψηλότερα, ούτε προβλέπονται ειδικά κριτήρια για την ποιοτική κατασκευή της μονάδας, ούτε καθορίζονται με βάση ποια κατ' ελάχιστον δεδομένα θα θεωρηθεί αξιόπιστη η λειτουργία της μονάδας. Τέλος δεν είναι σαφές, σε τι διαφέρει η αξιολόγηση επί των τεχνικών χαρακτηριστικών του ενσωματωμένου εξοπλισμού του Κριτηρίου Κ3 από την συμφωνία με τις τεχνικές προδιαγραφές του Κριτηρίου Κ1. Απεναντίας, από το σύνολο των περιεχόμενων προδιαγραφών Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών που συνοδεύει την διακήρυξη είναι σαφές ότι σύμφωνα με το Κριτήριο Κ1 θα αξιολογηθεί ο βαθμός συμμόρφωσης των οικονομικών φορέων στις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, ενώ από το άρθρο 4.1 της διακήρυξης προκύπτει ο ελάχιστος χρόνος Εγγύησης καλής λειτουργίας, συνεπώς είναι σαφές ότι αξιολογείται ο βαθμός συμμόρφωσης προς τα πάνω ή προς τα κάτω σε σχέση με τον χρόνο αυτό. Συνακόλουθα, και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην σκέψη 18 της παρούσας η διάταξη με αρ. 2.3.1 ως προς τα Κριτήρια ανάθεσης Κ2 και Κ3 πρέπει να ακυρωθεί, διότι δεν καθορίζονται με σαφήνεια τα στοιχεία και οι προδιαγραφές με βάση της οποίες ο αναθέτων φορέας θα επαληθεύσει το βαθμό συμμόρφωσης του οικονομικού φορέα στα κριτήρια αυτά,

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

σύμφωνα με τα ανωτέρω. Σημειωτέον, ότι ειδικώς, ως προς το Κριτήριο Κ3, δεν μπορεί βάσιμα να υποστηριχθεί ότι συνέχεται με τα κριτήρια επιλογής, διότι, παρά την αοριστία του, δεν προκύπτει ότι θα αξιολογηθούν προηγούμενες επί μακρό χρόνο επιτυχώς λειτουργούσες μονάδες που εγκατέστησαν οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς.

20. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, οι όροι των άρθρων 2.2.6 και 2.3.1 της υπό εξέταση διακήρυξης, πρέπει να ακυρωθούν, σύμφωνα με το σκεπτικό.

21. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95). Συνεπώς, καθόσον είναι άκυροι οι όροι των άρθρων 2.2.6 και 2.3.1 της υπό εξέταση διακήρυξης, που ρυθμίζουν τα κριτήρια τεχνικής καταλληλότητας και ανάθεσης των οικονομικών φορέων, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσβαλλόμενη διακήρυξη του ανωτέρω διαγωνισμού πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

23. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Αριθμός Απόφασης 528 / 2018

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την με αρ. 634/23-03-2018, ΑΔΑΜ 18PROC003021590 2108-04-30 και α.α. ΕΣΗΔΗΣ 57320 διακήρυξη της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης Αποχέτευσης Μυκόνου διεθνούς ανοιχτού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια δύο φορητών μονάδων αφαλάτωσης τύπου αντίστροφης όσμωσης (R.O) ελάχιστης παραγωγής 1000 m³ ημερησίως εκάστη της ΔΕΥΑΜ, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.300.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 19-06-2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 06-07-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ