

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17.01.2018 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει τη με ημερομηνία καταχώρησης 14.12.2017 στο
διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ Προδικαστική Προσφυγή με
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 361/15.12.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης
(ΕΑΚ) V/60/15.12.2017, του , κατοίκου

Κατά της υπ' αριθ. Πρωτ. 73815/27.11.2017 διακήρυξης για τη
διεξαγωγή ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς δημόσιου διαγωνισμού για την
προμήθεια πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων του Δήμου... , με σφραγισμένες
προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη
προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας 362.880,00€, πλέον
ΦΠΑ αξίας 24%, ήτοι 449.971,20€ και της συνημμένης σε αυτήν ως
αναπόσπαστο Παράρτημά της Τεχνικής Μελέτης υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική
Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές».

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο προσφεύγων στρέφεται κατά
όρων της προαναφερόμενης διακήρυξης, επιδιώκοντας την ακύρωση της
ανωτέρω προσβαλλόμενης, όσον αφορά τους όρους των άρθρων 2 και 3 της
Τεχνικής Μελέτης υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων –
Τεχνικές Προδιαγραφές», κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην
Προδικαστική του Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός απόφασης: 91/2018

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος ... με την υπ' αριθ. Πρωτ. 73815/27.11.2017 Διακήρυξη του και της συνημμένης σε αυτήν ως αναπόσπαστο Παράρτημά της Τεχνικής Μελέτης υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές, προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό, διεθνή, δημόσιο διαγωνισμό για την προμήθεια πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων του Δήμου ... , με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας 362.880,00€, πλέον ΦΠΑ αξίας 24%, ήτοι 449.971,20€, η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ), με ΑΔΑΜ 17PROC002309178 2017-11-27, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), όπου έλαβε συστημικό αριθμό α/α 50391,1.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 179053589958 0212 0097), ποσού 1814,40 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη σύμφωνα με τη σύμβαση ύψους 362.880,00 € άνευ ΦΠΑ, ενώ επισυνάπτεται εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη «πληρωμένο», καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την αρμόδια Υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 362.880,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής

Αριθμός απόφασης: 91/2018

του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη, υπ' αριθ. Πρωτ. 73815/27.11.2017 διακήρυξη για τη διεξαγωγή ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς δημόσιου διαγωνισμού για την προμήθεια πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων του Δήμου ... , δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 27.11.2017, ο προσφεύγων δηλώνει στο μέρος Δ. του Πεδίου (9) της Προσφυγής του ότι έλαβε πραγματική γνώση στις 08.12.2017, ήτοι εντός της 15μερης προθεσμίας της τεκμαιρόμενης γνώσης της περ. γ', εδαφ. β' του άρθρου 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 14.12.2017, ήτοι εντός της 10ημερης προθεσμίας της περ. γ', εδαφ. α' του άρθρου 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (βλ. ΑΕΠΠ 5/2017, σκ. 10) από την ημέρα που έλαβε πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης ο προσφεύγων. Κατ' ακολουθίαν ο σχετικά προβαλλόμενος ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί εκπρόθεσμης άσκησης της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως νόμω αβάσιμος.

6. Επειδή, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της υπ' αριθ. Πρωτ. 73815/27.11.2017 διακήρυξης για τη διεξαγωγή ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς δημόσιου διαγωνισμού για την προμήθεια πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων του Δήμου ... και της συνημμένης σε αυτήν ως αναπόσπαστο Παράρτημά της Τεχνικής Μελέτης υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές», αιτούμενος την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης όσων αφορά τους όρους των άρθρων 2 και 3 της Τεχνικής Μελέτης υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές», κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προδικαστική του Προσφυγή, καθώς ο μεν πρώτος προσβαλλόμενος όρος της Διακήρυξης του άρθρου 2 αντίκειται στο νόμο και τις πάγιες αρχές του ενωσιακού δικαίου

Αριθμός απόφασης: 91/2018

δημοσίων συμβάσεων, ενώ θέτει και αδικαιολόγητες διακρίσεις με συνέπεια να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός, θίγοντας την αρχή της ίση μεταχείρισης, ο δε δεύτερος ανωτέρω προσβαλλόμενος λόγος της διακήρυξης του άρθρου 3, ως ο προσφεύγων ισχυρίζεται, είναι αόριστος, ασαφής, αντιφατικός και θίγει τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας, του υγιούς ανταγωνισμού και εν τέλει το ίδιο το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής.

7. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον του στο γεγονός ότι προτίθεται να υποβάλλει προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, δικαιολογημένα, όμως, ισχυρίζεται ότι θα υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, με τον αποκλεισμό της προσφοράς του ως μη πληρούσας τους όρους της διακήρυξης και ειδικότερα τους όρους των άρθρων 2 και 3 της Τεχνικής Μελέτης υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές», πλην όμως με αυτούς τίθενται αδικαιολόγητες διακρίσεις, περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός, θίγεται η αρχή της ίση μεταχείρισης και παραβιάζεται η νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και η εσωτερική νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων.

8. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 78928/22.12.2017 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της κρινόμενης Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής και αιτιολογώντας τους λόγους για τους οποίους η προσφορά της προσφεύγουσας τυγχάνει απορριπτέα.

9. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Α 94/2017 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. έγινε δεκτό το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος, το οποίο σωρευόταν στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. Πρωτ. 73815/27.11.2017 διακήρυξη του Δήμου Λαμιέων για τη διεξαγωγή ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων καθώς και η καταληκτική

Αριθμός απόφασης: 91/2018

ημερομηνία υποβολής προσφορών μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

11. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

12. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιόν της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

Αριθμός απόφασης: 91/2018

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «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».

14. Επειδή, περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια΄ του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «... Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης...».

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 : « ... Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς

Αριθμός απόφασης: 91/2018

οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β, δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει

Αριθμός απόφασης: 91/2018

προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή ...».

16. Επειδή, περαιτέρω σύμφωνα με το Παράρτημα VIII του Προσαρτήματος Α΄ του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «Για τους σκοπούς του Βιβλίου II νοείται ως 1. «τεχνική προδιαγραφή» ένα από τα ακόλουθα: α] όταν πρόκειται για 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 διαστάσεών 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· β] όταν πρόκειται για συμβάσεις έργων: 2. «πρότυπο»: η τεχνική προδιαγραφή που έχει εγκριθεί από αναγνωρισμένο οργανισμό με δραστηριότητα τυποποίησης, για επαναλαμβανόμενη ή διαρκή εφαρμογή, της οποίας όμως η τήρηση δεν είναι υποχρεωτική και εμπίπτει σε μία από τις ακόλουθες κατηγορίες: α] «διεθνές πρότυπο»: πρότυπο που έχει εγκριθεί από

Αριθμός απόφασης: 91/2018

διεθνή οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού· β] «ευρωπαϊκό πρότυπο»: πρότυπο εγκεκριμένο από ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης που έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού γ] «εθνικό πρότυπο»: πρότυπο που έχει εκδοθεί από εθνικό οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού' 3. «ευρωπαϊκή τεχνική αξιολόγηση»: η τεκμηριωμένη αξιολόγηση των επιδόσεων ενός δομικού προϊόντος, σε συνάρτηση με τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, σύμφωνα προς το αντίστοιχο έγγραφο ευρωπαϊκής αξιολόγησης, όπως ορίζεται στο άρθρο 2 σημείο 12 στον κανονισμό (ΕΕ) αριθ. 305/2011 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου¹ 4. «κοινή τεχνική προδιαγραφή»: η τεχνική προδιαγραφή στον τομέα ΤΠΕ που έχει εκπονηθεί σύμφωνα με τα άρθρα 13 και 14 του κανονισμού (ΕΕ) 1025/2012" 5. «τεχνικό πλαίσιο αναφοράς»: κάθε παραδοτέο το οποίο εκπονείται από τους ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης, πλην των ευρωπαϊκών προτύπων, σύμφωνα με διαδικασίες προσαρμοσμένες στην εξέλιξη των αναγκών της αγοράς. (1) Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 305/2011 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 9ης Μαρτίου 2011, για τη θέσπιση εναρμονισμένων όρων εμπορίας προϊόντων του τομέα των δομικών κατασκευών και για την κατάργηση της Οδηγίας 89/106/ΕΟΚ του Συμβουλίου (ΕΕ L 88 της 4.4.2011, σ. 5).»

17. Επειδή, επέκεινα στην υπ' αριθ. 45/2017 Μελέτη, Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές (σελ. 2) ορίζεται ότι : «Κατά τα υπόλοιπα, ο διαγωνισμός και η προμήθεια θα γίνουν σύμφωνα με τις διατάξεις που αναφέρονται αναλυτικά στην διακήρυξη. Η παρούσα είναι αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης». Περαιτέρω, στη σελ. 2 της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Τα υπό προμήθεια είδη, η ποσότητα και οι προδιαγραφές αναφέρονται αναλυτικά στην 45/2017 μελέτη που συντάχθηκε από τη Δ/νση ΥΠΟΔΟΜΩΝ & ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ και αποτελεί το παράρτημα Α», ενώ σύμφωνα με το άρθρο 5 της Διακήρυξης «Κάθε συμμετέχων στο διαγωνισμό μπορεί να υποβάλλει ηλεκτρονική προσφορά για το σύνολο των υπό προμήθεια ειδών, όπως αυτά προσδιορίζονται στην 45/2017 μελέτη που συνέταξε η Δ/νση ΥΠΟΔΟΜΩΝ & ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ του Δήμου». Τέλος στο άρθρο 7 ορίζεται

Αριθμός απόφασης: 91/2018

ότι «Ειδικότερα τα πιστοποιητικά που απαιτούνται αναφέρονται στην Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων της υπ' αρ. 45/2017 μελέτης που συνέταξε η Δ/νση ΥΠΟΔΟΜΩΝ & ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ του Δήμου.» και στο άρθρο 9 ότι «Η Τεχνική προσφορά έχει το περιεχόμενο που ορίζεται στην αρ. 45/2017 μελέτη της Δ/νσης ΥΠΟΔΟΜΩΝ & ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ του Δήμου και υποβάλλεται ηλεκτρονικά μαζί με τα δικαιολογητικά συμμετοχής στον ίδιο υποφάκελο».

18. Επειδή, περαιτέρω, στην υπ' αριθ. 45/2017 Μελέτη, Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές, ορίζεται αναλυτικά η τεχνική περιγραφή των προδιαγραφών και απαιτήσεων που αφορούν την υπόψη προμήθεια. Ειδικότερα, στο άρθρο 2 αυτής ορίζεται ότι : «*Το σύστημα του συνθετικού χλοοτάπητα θα πρέπει να συνοδεύεται από τα ακόλουθα πιστοποιητικά και ο κάθε υποψήφιος να τα προσκομίζει με την τεχνική του προσφορά επί ποινή αποκλεισμού: Ο κατασκευαστής (οίκος παρασκευής του συνθετικού χλοοτάπητα) να είναι προτιμώμενος από τη FIFA (FIFA PREFERRED PRODUCER) και εξολοκλήρου μέλος του Ευρωπαϊκού Οργανισμού για συνθετικούς χλοοτάπητες (ESTO – European Synthetic Turf Organization Full Member) ...».*

19. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο ως άνω προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης θέτει ως επί ποινή αποκλεισμού της τεχνικής προσφοράς, την τεχνική προδιαγραφή (ως η ίδια η διακήρυξη ορίζει τον σχετικό όρο με τη συμπερίληψή του στην Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων-Τεχνικές Προδιαγραφές) ο κατασκευαστής του συνθετικού χλοοτάπητα που ο υποψήφιος ανάδοχος θα προσφέρει, να είναι (εκτός από προτιμώμενος κατασκευαστής από τη FIFA) «εξολοκλήρου μέλος» (FULL MEMBER) του Ευρωπαϊκού Οργανισμού για συνθετικούς χλοοτάπητες (ESTO-European Synthetic Turf Organization), ότι ο συγκεκριμένος όρος αποτελεί τεχνική προδιαγραφή και όχι κριτήριο ποιοτικής επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια, όχι μόνο γιατί έτσι αναφέρεται από την αναθέτουσα και γιατί εντάσσεται σε Κεφάλαιο περί Τεχνικών Προδιαγραφών, αλλά και γιατί

Αριθμός απόφασης: 91/2018

δεν αφορά σε προσόν που αναφέρεται στο πρόσωπο του υποψηφίου προμηθευτή, αλλά σε προσόν που αφορά στο προϊόν και συγκεκριμένα όσον αφορά τον κατασκευαστή του, ότι το κριτήριο αυτό δεν αποτελεί κριτήριο ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 54 και 75 του Ν. 4412/2016 που ορίζουν τον σεβασμό της αρχής της ισότητας και της διαφάνειας και της προστασίας του ανταγωνισμού, θεσπίζοντας μια αδικαιολόγητη διάκριση που αποκλείει τον ανταγωνισμό χωρίς καμία αιτιολογία, περιορίζοντας τον ανταγωνισμό και παραβιάζοντας ως εκ τούτου το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο περί δημοσίων συμβάσεων. Τέλος, αναφέρει ότι η εν λόγω τεχνική προδιαγραφή δεν συναντάται σε καμία από τις υπόλοιπες 28 διακηρύξεις που έχουν αναρτηθεί στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και αφορούν μεταξύ άλλων και την προμήθεια χλοοτάπητα.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο υπόψη όρος που απαιτεί ο κατασκευαστής (οίκος παρασκευής του συνθετικού χλοοτάπητα) να είναι και εξολοκλήρου μέλος του Ευρωπαϊκού Οργανισμού για συνθετικούς χλοοτάπητες (*ESTO – European Synthetic Turf Organization Full Member*), θα πρέπει να ακυρωθεί αφού, (α) δεν συνιστά νόμιμη τεχνική προδιαγραφή κατά τα άρθρο 54 και το Παράρτημα VIII του Προσαρτήματος Α της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ούτε πρότυπο, σήμα, αποτέλεσμα εργαστηριακού ελέγχου ή τεχνικό πλαίσιο αναφοράς (β) δεν έχει απολύτως καμία σχέση με οποιοδήποτε ποιοτικό ή άλλο κριτήριο και στοιχείο το οποίο σχετίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης, την ποιότητα του προϊόντος και το καλώς νοούμενο συμφέρον της αναθέτουσας, (γ) εισάγει κατ' ουσία μία αδικαιολόγητη δυσμενή διάκριση, παραβιάζοντας την αρχή της αναλογικότητας, της ισότητας στη μεταχείριση των οικονομικών φορέων, της διαφάνειας στην επιλογή των κριτηρίων και όρων της ανάθεσης και της διαδικασίας και περιορίζοντας τον υγιή ανταγωνισμό και (δ) πλήττει το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής και κατ' επέκταση το δημόσιο συμφέρον με τον αποκλεισμό κατάλληλων προϊόντων.

Αριθμός απόφασης: 91/2018

21. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ως προς τον λόγο αυτό της προσφυγής ισχυρίζεται ότι ο οργανισμός ESTO (European Synthetic Turf Organization) είναι ένας μη κερδοσκοπικός οργανισμός που ιδρύθηκε για έρευνα και ανάπτυξη συνθετικού χλοοτάπητα και παρέχει μεγάλη βάση δεδομένων και πολύτιμες πληροφορίες για κάθε ενδιαφερόμενο, ότι ο υπόψη οργανισμός προσφέρει ουδέτερες και αντικειμενικές πληροφορίες για την προβολή του συνθετικού χλοοτάπητα όλων των εταιρειών μελών και για το λόγο αυτό ο Δήμος όρισε τον υπόψη όρο στη διακήρυξη προκειμένου να μην προσδιορίζεται κανένα από τα τεχνικά χαρακτηριστικά του χλοοτάπητα που προέρχεται από συγκεκριμένο εργοστάσιο και ότι ο οργανισμός έχει καθεστώς παρατηρητή και έχει αναγνωριστεί επίσημα από την Ευρωπαϊκή Ένωση για ανάπτυξη και καθορισμό προτύπων για διάφορα είδη υλικών, προϊόντων, υπηρεσιών και διαδικασιών και για τους λόγους αυτούς η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε να εμπιστευτεί εταιρείες παραγωγής χλοοτάπητα που είναι ή υπήρξαν μέλη του υπόψη οργανισμού.

22. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. ΣτΕ 1290/2016, 214/2011, 3719/2011, ΕΑ ΣτΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Εξάλλου, η θέσπιση

Αριθμός απόφασης: 91/2018

συγκεκριμένων προδιαγραφών συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής εκείνων των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, χωρίς αυτό να σημαίνει το δίχως άλλο ότι παραβιάζονται τοιουτοτρόπως οι κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι εκ φύσεως οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων.

23. Επειδή, ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

24. Επειδή, συνεπώς η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις προϋποθέσεις συμμετοχής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν

Αριθμός απόφασης: 91/2018

περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3^η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurtemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων, το οποίο, όμως και πρέπει να συνδέεται και να τελεί σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογείται από τη φύση και το σκοπό του συγκεκριμένου έργου, ήτοι δύναται η αναθέτουσα αρχή να ζητά ένα ή περισσότερα δικαιολογητικά ανάλογα με τις απαιτήσεις της κατά περίπτωση σύμβασης, τις δυνατότητες της συγκεκριμένης αγοράς στην οποία απευθύνεται και την ανάγκη εξασφάλισης συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού.

25.Επειδή, εν προκειμένω, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο τιθέμενος από τη Διακήρυξη ανωτέρω προσβαλλόμενος όρος περί απαίτησης του κατασκευαστή / οίκου παρασκευής του συνθετικού χλοοτάπητα να είναι εξολοκλήρου μέλος του Ευρωπαϊκού Οργανισμού για συνθετικούς χλοοτάπητες (*ESTO – European Synthetic Turf Organization Full Member*), δεν συνιστά νόμιμη τεχνική προδιαγραφή, αφού δεν αφορά τα χαρακτηριστικά του προϊόντος ή τη διαδικασία παραγωγής του, την κατασκευή, την εγκατάσταση, τη συντήρηση, τον κύκλο ζωής του ή τη χρήση του, αλλά αφορά τη συμμετοχή του κατασκευαστή σε έναν οργανισμό που ουδέν στοιχείο ποιοτική ή άλλης αξιολόγησης του υπό προμήθεια υλικού ενέχει. Ο συγκεκριμένος όρος τυγχάνει αδικαιολόγητος και δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης, συνιστώντας περιορισμό του ανταγωνισμού, αφού δεν προκύπτει ότι η συμμετοχή του

Αριθμός απόφασης: 91/2018

κατασκευαστή στον υπόψη οργανισμό σχετίζεται με κάποιου είδους αξιολόγηση, η οποία εξασφαλίζει εχέγγυα ποιοτικής επάρκειας του υπόψη προϊόντος.

26. Επειδή, η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή είναι αντίθετη με τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, ενώ ελέγχεται και όσον αφορά τη συμμόρφωσή της και προς την αρχή της αναλογικότητας, σύμφωνα με τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα (βλ. σκέψεις 23-24), αφού δεν εξασφαλίζει ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, εισάγοντας αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού του εν θέματι διαγωνισμού. Και τούτο διότι, ως εναργώς προκύπτει, ο συγκεκριμένος όρος δεν συνιστά νόμιμη τεχνική προδιαγραφή κατά τα άρθρο 54 και το Παράρτημα VIII του Προσαρτήματος Α της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ούτε πρότυπο, σήμα, αποτέλεσμα εργαστηριακού ελέγχου ή τεχνικό πλαίσιο αναφοράς, σε κάθε δε περίπτωση δεν συνιστά ποιοτικό ή άλλο κριτήριο, το οποίο ενέχεται με το αντικείμενο της σύμβασης, ήτοι την ποιότητα του υπό προμήθεια προϊόντος ή του οικονομικού φορέα που προμηθεύει αυτό.

27. Επειδή, η εν λόγω τεχνική προδιαγραφή περί απαίτησης συμμετοχής του κατασκευαστή του συνθετικού χλοοτάπητα ως μέλους στον Ευρωπαϊκό Οργανισμό για συνθετικούς χλοοτάπητες, ESTO, δεν αναφέρεται σε επίπεδα ποιότητας, επίπεδα περιβαλλοντικής και κλιματικής επίδοσης, σχεδιασμό απαιτήσεων, αξιολόγηση συμμόρφωσης, καταλληλότητα της χρήσης του προϊόντος, ασφάλεια, διαστάσεις, συμπεριλαμβανομένων των απαιτήσεων που ισχύουν για το προϊόν όσον αφορά την ονομασία πώλησης, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και τις 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 σε διαδικασίες αξιολόγησης της συμμόρφωσης, ενώ από την επισκόπηση των εγγράφων του φακέλου και των συνημμένων εγγράφων της Προσφυγής (σελ. 43 αυτής), δεν προκύπτει ότι η εν λόγω τεχνική

Αριθμός απόφασης: 91/2018

προδιαγραφή αποτελεί «πρότυπο», διεθνές, ευρωπαϊκό, ή εθνικό ως το Παράρτημα VIII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 ορίζει τις τεχνικές προδιαγραφές.

28. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο προσβαλλόμενος όρος, ο οποίος μάλιστα συμπεριλαμβάνεται στις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης 45/2017 που τίθενται επί ποινή ακυρότητας, δεν είναι σύμφωνος με την κείμενη, ενωσιακή και εθνική, νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων και κατά τούτο θα πρέπει να ακυρωθεί ως νόμω αβάσιμος.

29. Επειδή, στο άρθρο 3, Τεχνικές Προδιαγραφές, της υπ' αριθ. 45/2017, η οποία ως προελέχθη αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της Διακήρυξης (βλ. σκ.17), ορίζονται αναλυτικότερα οι ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του συνθετικού χλοοτάπητα. Από τις αναφερόμενες ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να πληρούνται, με τον 2^ο λόγο της Προσφυγής του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι για τέσσερις (4) από αυτές, ήτοι: (α) Αντοχή νήματος 12.000 dtex (+/- 5%), (β) Αριθμός Κόμπων ανά τ.μ. 8.100 (+/- 5%), (γ) Ελάχιστο ολικό βάρος ινών 1.300 gr/m² (+/- 5%) και (δ) Ελάχιστο συνολικό βάρος τάπητα 2.600 gr/m² (+/- 5%), δεν πληρείται η αρχή της διαφάνειας στο βαθμό που οι ανωτέρω ελάχιστες τεχνικές απαιτήσεις δε διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία. Και τούτο διότι και όσον αφορά τα τέσσερα συγκεκριμένα σημεία των ανωτέρω προδιαγραφών, καίτοι τιτλοφορούνται ως ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του συνθετικού χλοοτάπητα που θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να τηρεί το υπό προμήθεια προϊόν, εντούτοις και για κάθε μία από τις τέσσερις εν λόγω ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές, ως ποσοτική τιμή δεν ορίζεται μόνο το ελάχιστο ποσοτικό όριο, από το οποίο θα προέκυπτε με σαφήνεια ότι αν το προϊόν τις υπερβαίνει είναι αποδεκτό, και αν όχι θα αποκλείεται, καθιστώντας τον υπόψη όρο ορισμένο και σαφή, αλλά ορίζεται και ποσοστό απόκλισης, προς τα πάνω και προς τα κάτω κατά 5%.

Αριθμός απόφασης: 91/2018

30. Επειδή, περαιτέρω ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι όπως έχουν διατυπωθεί οι υπόψη τέσσερις (4) ελάχιστες τεχνικές απαιτήσεις είναι αόριστες στο βαθμό που εκφράζονται όχι ως μια συγκεκριμένη ελάχιστη τιμή, αλλά ως διάστημα μεταξύ μιας τιμής και μιας άλλης, καθιστώντας μη κατανοητό αν το “ελάχιστο” όριο για κάθε κριτήριο-τεχνική προδιαγραφή είναι τελικά το “κατώτερο/προς τα κάτω” όριο του παραπάνω διαστήματος και απόκλισης, ανά προδιαγραφή ή η βασική τιμή που αναφέρει η προδιαγραφή ή αντίστροφα το “ανώτατο/προς τα πάνω” όριο του παραπάνω διαστήματος και απόκλισης. Περαιτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι δεν γίνεται κατανοητό αν ειδικά το προς τα πάνω όριο του διαστήματος/απόκλισης, δηλαδή το +5% των τιμών αναφοράς, είναι τελικά ελάχιστα αποδεκτά όρια ή ανώτατα αποδεκτά όρια. Σε κάθε δε περίπτωση, ο προσφεύγων αναφέρει ότι δεν είναι κατανοητό γιατί η διακήρυξη, αντί να θέσπισει μια συγκεκριμένη ελάχιστη τιμή, επέλεξε να ορίσει μια άλλη μεγαλύτερη τιμή, αλλά παράλληλα να θέσει και απόκλιση προς τα κάτω 5%, ενώ η θέσπιση ανώτερης τιμής είναι αντιφατική, αφού σε περίπτωση που η τεχνική προσφορά των υποψήφιων αναδόχων ξεπερνάει αυτήν, τούτο σημαίνει ότι το υπό προμήθεια προϊόν θα είναι αντίστοιχα, για κάθε μια από τις προδιαγραφές: α. περισσότερο ανθεκτικό, β. περισσότερο πυκνό, γ. με πιο συμπαγείς, βαριές και ανθεκτικές ίνες και δ. γενικά πιο συμπαγές, «βαρύ», σταθερό και ανθεκτικό.

31. Επειδή και αναφορικά με τον 2^ο λόγο της Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι οι υπόψη ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές αναγράφονται σχεδόν πάντα στις ζητούμενες απαιτήσεις των προκηρύξεων για πλαστικούς χλοοτάπητες, ότι ο προσφεύγων αν και συμμετείχε και στην προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία δεν είχε ζητήσει διευκρινίσεις, θεωρώντας τότε τις συγκεκριμένες απαιτήσεις σαφείς και κατανοητές και ότι οποιαδήποτε τιμή είναι μεγαλύτερη της ελάχιστης, δηλαδή μεγαλύτερη της τιμής αναφοράς μειωμένης κατά 5% είναι αποδεκτή.

32. Επειδή, υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να διατυπώνει με σαφήνεια τους όρους της διακήρυξης, σύμφωνα δε με την αρχή

Αριθμός απόφασης: 91/2018

της διαφάνειας επιβάλλεται στην αναθέτουσα αρχή να περιγράφει κατά τρόπο απολύτως σαφή και ακριβή τις πραγματικές συνθήκες υπό τις οποίες ο υποψήφιος ανάδοχος δύναται να συμμετέχει στη διαγωνιστική διαδικασία, σε περίπτωση δε επιλογής του να εκτελέσει τη σύμβαση, ούτως ώστε αυτός να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα συμμετάσχει ή όχι στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του, τις ίδιες ακριβώς ευκαιρίες με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του.

33. Επειδή, έχει κριθεί συναφώς ότι τυχόν ασάφειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική, κατά την κρίση της Διοίκησης (λόγω της προβαλλόμενης απ' αυτήν ασάφειας), προσφορά τους (ΕΑΣΤΕ 423, 424, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδ. θ', σελ. 776).

34. Επειδή, στην υπόψη περίπτωση θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, εφόσον το κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η συμφερότερη προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής, οπότε και ο μειοδότης προσφέρων θα αναλάβει τη σύμβαση, τα εν λόγω ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια παραδεκτώς θεσπίζονται από την αναθέτουσα αρχή. Εντούτοις, αυτά θα πρέπει να τίθενται με την μορφή κριτηρίων on/off, ότι, δηλαδή, εφόσον πληρούνται από τους διαγωνιζόμενους η προσφορά τους είναι παραδεκτή. Για την πλήρωση των κριτηρίων αυτών και για την αντικειμενική κρίση της αναθέτουσας, θα πρέπει να ορίζεται μια ελάχιστη τιμή, η οποία όταν καλύπτεται από την προσφορά των διαγωνιζομένων, η τελευταία θα είναι παραδεκτή.

Αριθμός απόφασης: 91/2018

35. Επειδή, εν προκειμένω, παραδεκτώς τίθενται τα ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια, από τις απόψεις δε τις αναθέτουσας αρχής διευκρινίζεται και προκύπτει, πλέον σαφώς, ότι ως ελάχιστη τιμή των υπόψη τεσσάρων ποιοτικών κριτηρίων, ήτοι: (α) Αντοχή νήματος 12.000 dtex (+/- 5%), (β) Αριθμός Κόμπων ανά τ.μ. 8.100 (+/- 5%), (γ) Ελάχιστο ολικό βάρος ινών 1.300 gr/m² (+/- 5%) και (δ) Ελάχιστο συνολικό βάρος τάπητα 2.600 gr/m² (+/- 5%), είναι η τιμή αναφοράς, μειωμένη κατά 5% και ως εκ τούτου αποδεκτή είναι οποιαδήποτε τιμή μεγαλύτερη της ελάχιστης.

36. Επειδή, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι όσον αφορά το μεγαλύτερο εύρος επί της τιμής αναφοράς, ήτοι το +5%, ουδεμία αιτιολογία ή διευκρίνιση παρέχεται από την αναθέτουσα αρχή, θα πρέπει δε να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι αν η προσφορά υπερκαλύπτει το όριο αυτό, τούτο σημαίνει ότι το υπό προμήθεια προϊόν καθίσταται ποιοτικότερο για την αναθέτουσα αρχή και σε καμία περίπτωση δεν δύναται να θεωρείται ότι δεν καλύπτει τις ελάχιστες ποιοτικές τεχνικές προδιαγραφές και η επί τα βελτίω προσφορά να τυγχάνει αποκλειστέα, παραβιάζοντας προφανώς τις αρχές της ισότητας και της μη διακριτικής μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

37. Επειδή, επομένως, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι για τους παραπάνω λόγους, οι συγκεκριμένες τέσσερις προδιαγραφές καθ' ο μέρος θεσπίζονται με προς τα κάτω όρια απόκλισης από την τιμή αναφοράς, ήτοι -5% από τις αντίστοιχες τιμές αναφοράς, παραδεκτώς τίθενται αυτά, αφού συνιστούν την ελάχιστη τιμή.

38. Επειδή, εντούτοις το προς τα άνω όριο απόκλισης από την τιμή αναφοράς, ήτοι το +5% από της τιμής αναφοράς, ασαφώς και αορίστως τίθεται, σε κάθε δε περίπτωση ουδεμία αιτιολόγηση ή διευκρίνιση παρέχεται από την αναθέτουσα αρχή, προσβάλλοντας τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, και κατά τούτο θα πρέπει να ακυρωθεί, γινομένου δεκτού του αντίστοιχου λόγου ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης του προσφεύγοντος ως νόμω και ουσία βάσιμου.

Αριθμός απόφασης: 91/2018

39. Επειδή, κατ'ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης, ήτοι του άρθρου 2 της υπ' αριθ. 45/2017 Μελέτης, κατά το μέρος που με αυτούς ορίζεται ότι ο κατασκευαστής του προσφερόμενου υπό προμήθεια είδους θα πρέπει να είναι εξολοκλήρου μέλος του Ευρωπαϊκού Οργανισμού για συνθετικούς χλοοτάπητες (ESTO – European Synthetic Turf Organization Full Member) και του άρθρου 3 της υπ' αριθ. 45/2017 Μελέτης κατά το μέρος που για τις τέσσερις (4) προσβαλλόμενες ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές ορίζεται ανώτερη τιμή απόκλισης, +5%, από την τιμή αναφοράς.

40. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 179053589958 0212 0097), ποσού 1814,40 €, πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και άρθρο 5 παρ.5 του Π.Δ. 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 73815/27.11.2017 διακήρυξη για τη διεξαγωγή ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων του Δήμου ... , με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας 362.880,00€, πλέον ΦΠΑ αξίας 24%, κατά το μέρος του άρθρου 2 της υπ' αριθ. 45/2017 Μελέτης που με αυτό ορίζεται ότι ο κατασκευαστής του προσφερόμενου υπό προμήθεια είδους θα πρέπει να είναι εξολοκλήρου μέλος του Ευρωπαϊκού Οργανισμού για συνθετικούς χλοοτάπητες (ESTO – European Synthetic Turf Organization Full Member) και του άρθρου 3 της υπ' αριθ. 45/2017 Μελέτης κατά το μέρος που για τις τέσσερις (4) προσβαλλόμενες ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές ορίζεται ανώτερη τιμή απόκλισης, +5%, από την τιμή αναφοράς.

Αριθμός απόφασης: 91/2018

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 179053589958 0212 0097).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 17 Ιανουαρίου 2018 και εκδόθηκε στις 5 Φεβρουαρίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας

Βασιλική Κ. Μπάκου