

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και
Αγγελική Πουλουπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.3.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/19-3-2018
προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....»
και διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ
ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΝΟΜΟΥ, νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την
ακύρωση, άλλως ανάκληση κατά τα πληττόμενα σκέλη του άρθρου
2.2.9.2.B.4 της υπ' αρ...../.....-2018 διακήρυξης της σύμβασης με αντικείμενο
την «Προμήθεια μονάδων αφαλάτωσης για θαλασσινό νερό με αντίστροφη
ώσμωση δυναμικότητας 200κμ/ημέρα».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής
κατεβλήθη το, κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016, απαιτούμενο
παραβόλο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου) με την
ένδειξη 'ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ', ποσού 7.425,00 €, όπως και αποδεικτικό
πληρωμής του δια του από 16-3-2018 εμβάσματος του προσφεύγοντος μέσω
της Τράπεζας ALPHA BANK, παραδεκτά δε ασκείται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την υπ' αρ.-2018 διακήρυξη
προκήρυξε διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την ανάθεση
της σύμβασης με αντικείμενο την «Προμήθεια μονάδων αφαλάτωσης για

Αριθμός απόφασης: 298/2018

θαλασσινό νερό με αντίστροφη ώσμωση δυναμικότητας 200κμ/ημέρα», CPV 42912340-7 και 65122000-0, προϋπολογισθείσας αξίας 1.485.000,00€ μη συμπ/νου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει του κόστους με χρήση προσέγγισης του κόστους-αποτελεσματικότητας, με κοστολόγηση του κύκλου ζωής της προμήθειας, διάρκειας 440 ημερών. Το έργο συγχρηματοδοτείται από το ΕΤΠΑ και περιλαμβάνεται στο υποέργο 2 της πράξης με κωδικό MIS 5011268. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την (και δημοσιεύθηκε στην ΕΕΕΕ την με αρ. ανακοίνωσης και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την με συστημικό α/α και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την Αντικείμενο της σύμβασης, κατά τον όρο 1.3. της διακήρυξης, είναι η προμήθεια και τοποθέτηση σε λειτουργία, εντός κτιρίου, συστήματος αφαλάτωσης θαλασσινού νερού με ελάχιστη δυναμικότητα παραγωγής πόσιμου νερού 2000m³/day, αποτελούμενο από δύο μονάδες 1000m³/day κατ' ελάχιστο, ανεξάρτητης λειτουργίας, με σκοπό την αντιμετώπιση του προβλήματος λειψυδρίας που παρουσιάζει ο Δήμος στο δημοτικό διαμέρισμα του καλοκαιρινούς μήνες.

3. Επειδή, ο προσφεύγων βάλλει κατά όρων της ανωτέρω διακήρυξης και συγκεκριμένα κατά της δυσανάλογης, όπως ισχυρίζεται, με το τεχνικό αντικείμενο του διαγωνισμού απαίτησης βεβαίωσης 'καλής λειτουργίας', που θέτει ο όρος 2.2.6.9.2. περ. Β.4.α) της διακήρυξης και επικουρικώς κατ' επίκληση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διακρίσεων σε σχέση με τον ως άνω συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλομένης διακήρυξης κατά τον ανωτέρω όρο της.

4. Επειδή, ο προσφεύγων παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, με την ιδιότητά του ως εταιρία δραστηριοποιούμενη στην εμπορία συστημάτων επεξεργασίας νερού, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ θίγεται από τον προσβαλλόμενο με την προσφυγή όρο της διακήρυξης, διότι, όπως δηλώνει, δεν τον πληροί, οπότε κατά συνέπεια αποκλείεται, άλλως λίαν ουσιωδώς δυσχεραίνεται από τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, και έτσι προδήλως

Αριθμός απόφασης: 298/2018

ευνοείται από την ακύρωση του προσβαλλόμενου όρου. Ειδικότερα ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι είναι δυσανάλογος με το τεχνικό αντικείμενο του διαγωνισμού η απαίτηση του 2.2.6.9.2. περ. Β.4.α' όρου της διακήρυξης 'Αποδεικτικά Μέσα' και επικουρικώς παραβαίνει τις αρχές του υγιούς ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διακρίσεων όσον αφορά στην εμπειρία σε έργα επεξεργασίας νερού, με βάση τον οποίο (όρο) η λειτουργία των μονάδων θα πρέπει να πιστοποιείται από αντίστοιχες βεβαιώσεις του φορέα λειτουργίας αυτών, οι οποίες θα έχουν εκδοθεί το πολύ 6 μήνες πριν τη διενέργεια του διαγωνισμού, οι παραδόσεις δε και η καλή λειτουργία αποδεικνύονται, εάν ο αναθέτων φορέας ή αναθέτουσα αρχή, με τα αντίστοιχα πρωτόκολλα οριστικής παραλαβής και πιστοποιητικά καλής λειτουργίας, τα οποία έχουν εκδοθεί από δημόσια αρχή και στα οποία θα αναφέρεται η εμπρόθεσμη ή μη παράδοση των μονάδων αφαλάτωσης και η καλή λειτουργία τους, εάν δε ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας με τα αντίστοιχα επίσημα παραστατικά έγγραφα και με πρόσφατη βεβαίωση με πρωτότυπη σφραγίδα και υπογραφή από το νόμιμο εκπρόσωπο του αγοραστή, η οποία θα φέρει νόμιμη θεώρηση του γνησίου της υπογραφής και αρμόδια επικύρωση εφόσον πρόκειται για αλλοδαπό έγγραφο.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ..... έγγραφο απόψεών της ισχυρίστηκε επί των λόγων της προσφυγής ενόψει του γεγονότος ότι το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει του κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας, με κοστολόγηση του κύκλου ζωής της προμήθειας προς πιστοποίηση των απαιτούμενων υπολογισμών, ο ανάδοχος θα πρέπει να παρέχει και εγγύηση καλής λειτουργίας για διάστημα 1095 ημερών (ήτοι 3 ετών), μετά την περίοδο δοκιμαστικής λειτουργίας των μονάδων, όπως αναφέρεται στο άρθρο 7 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων του Παραρτήματος II της διακήρυξης. Άλλωστε, όπως προβάλλει ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα από τις διατάξεις του Ν.4412/16 και δη της παρ.1 του άρθρου 215: *«Η αναθέτουσα αρχή μπορεί όταν κρίνει σκόπιμο για σύμβαση συγκεκριμένης προμήθειας να προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης και εγγυημένη λειτουργία του αντικειμένου της προμήθειας. Ο χρόνος και το περιεχόμενο της εγγυημένης λειτουργίας περιγράφεται στα έγγραφα της σύμβασης.»*, οπότε

Αριθμός απόφασης: 298/2018

συμπερασματικά, από τα έγγραφα της σύμβασης προκύπτει αιτιολογημένα ότι ο «αγοραστής», εν προκειμένω η Δ.Ε.Υ.Α. Ν., απαιτεί από τους προμηθευτές να παρέχουν εγγύηση καλής λειτουργίας 3 ετών, καθώς η Τεχνική Προσφορά κάθε προσφέροντος θα πρέπει να εμπεριέχει στοιχεία που αφορούν τον κύκλο ζωής της προμήθειας (ηλεκτρική ενέργεια, χημικά-αναλώσιμα, προσωπικό και καταπόνηση). Κατά συνέπεια ο όρος που θέτει ο αναθέτων φορέας και αφορά στα αποδεικτικά μέσα που πιστοποιούν ότι ο υποψήφιος έχει την απαιτούμενη Τεχνική ικανότητα και δη της παρ. Β.4. α) του άρθρου 2.2.9.2. της οικείας διακήρυξης, δηλαδή η απαίτηση οι μονάδες που έχουν εγκαταστήσει οι προμηθευτές να είναι σε λειτουργία, είναι, κατά τις απόψεις του, ευθέως ανάλογα του αντικειμένου του εν λόγω διαγωνισμού και ως εκ τούτου οι ελάχιστες απαιτήσεις, καθώς και τα ζητούμενα δικαιολογητικά που έχουν τεθεί στην διακήρυξη δεν υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης και είναι σύμφωνες με την αρχή της αναλογικότητας. Εξάλλου η απαίτηση του δεύτερου εδαφίου της παρ Β.4.α) της οικείας διακήρυξης που αναφέρει ότι : *« Η λειτουργία των μονάδων θα πρέπει να πιστοποιείται από αντίστοιχες βεβαιώσεις του φορέα λειτουργίας αυτών, η οποίες θα έχουν εκδοθεί το πολύ 6 μήνες πριν την διενέργεια του διαγωνισμού.»* αφορά σε όλους τους φορείς λειτουργίας (δημόσιος ή ιδιώτης) και η υποχρέωση προσκόμισης βεβαίωσης, εκδοθείσας το πολύ έξι μήνες πριν τη διενέργεια του διαγωνισμού δεν αναφέρεται μόνο στους ιδιωτικούς φορείς αλλά και στους δημόσιους. Σχετικά με την «συγκεκριαυμένη διάκριση», που ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι εισάγει ο αναθέτων φορέας στους όρους του διαγωνισμού εις βάρος των διαγωνιζόμενων που έχουν σχετική τεχνική ικανότητα που προέρχεται από τον ιδιωτικό τομέα, ο αναθέτων φορέας επισημαίνει ότι η καλή λειτουργία πρέπει να βεβαιωθεί από το φορέα λειτουργίας, που μπορεί να είναι διαφορετικός από τον φορέα παραλαβής και πάλι όμως θα πρέπει να έχει τις αντίστοιχες διακριβώσεις που να μπορούν να πιστοποιήσουν το αληθές και το γνήσιο του φορέα. Οι απαιτήσεις της οικείας διακήρυξης περί «γνησιότητας» των βεβαιώσεων που καλούνται οι υποψήφιοι να προσκομίσουν τέθηκαν από τον αναθέτοντα φορέα, όπως προβάλλει, προκειμένου να υπάρχει σαφήνεια ως προς τα αποδεκτά αποδεικτικά μέσα τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που γίνονται δεκτά, να διευκολύνει την επιτροπή αξιολόγησης του

Αριθμός απόφασης: 298/2018

διαγωνισμού σχετικά με τα έγγραφα που παραλαμβάνει και αποδέχεται και να ελαττώνει ενδεχόμενες προδικαστικές προσφυγές των υποψηφίων ως προς την γνησιότητα ή το αληθές των βεβαιώσεων. Για το λόγο αυτό ο αναθέτων φορέας υποστηρίζει ότι, λαμβάνοντας υπόψη την πολυπλοκότητα της σύμβασης και τον χρόνο που απαιτείται για την προετοιμασία των προσφορών και ιδιαιτέρως το χρονοβόρο της συλλογής των απαιτούμενων δικαιολογητικών (όπως οι βεβαιώσεις καλής λειτουργίας) επιμήκυνε την προθεσμία υποβολής προσφορών κατά 30 ημέρες σε σχέση με την ελάχιστη, ήτοι εξήντα έξι (66) ημέρες (χρονικό διάστημα από .../2018 ημ/νία δημοσίευσης της προκήρυξης στην Εφημ. Ε.Κ. έως/2018–καταληκτική ημερομηνία παραλαβής προσφορών). Περαιτέρω αναφορικά με τις άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες, με τις οποίες συγκρίνει ο προσφεύγων τον εξεταζόμενο διαγωνισμό, προβάλλει την αρχή της αυτοτέλειας κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας. Καταληκτικά δε ο αναθέτων φορέας επικαλείται το δημόσιο συμφέρον, που επιβάλλει την τάχιση διενέργεια του διαγωνισμού, καθώς ήδη σήμερα κατά τους θερινούς μήνες η ζήτηση νερού στην περιοχή υπερβαίνει τις δυνατότητες παροχής, με αποτέλεσμα συχνά να εμφανίζονται προβλήματα επάρκειας.

6. Επειδή, μετά τις ανωτέρω απόψεις του αναθέτοντος φορέα, ο προσφεύγων κατέθεσε το από 2-4-2018 Υπόμνημά του, απευθυνόμενο προς την ΑΕΠΠ, με το οποίο επαναλαμβάνει τους ισχυρισμούς του επί της προδικαστικής προσφυγής και αντικρούει τους προβληθέντες με τις απόψεις ισχυρισμούς του αναθέτοντα φορέα.

7. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας με αρ. 321/2018 Πράξης του Προέδρου του στην εξέταση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, όσον αφορά το από 2-4-2018 προαναφερθέν Υπόμνημα του προσφεύγοντος (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 133/2017) επισημαίνονται τα εξής: Όπως εκρίθη από το ΣτΕ, Ε' Τμ., Γνμδ. 51/2017, (εκτός του ότι σκοπός της ΑΕΠΠ είναι να παρέχει ταχύ και αποτελεσματικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων, δηλαδή των συμβάσεων έργου, υπηρεσιών και προμηθειών, κατά το άρ. 2 παρ. 1 περ. 5 Ν. 4412/2016, βλ. σημ. 3 ως άνω Απόφασης ΣτΕ), ενώπιον της ΑΕΠΠ λαμβάνει χώρα απλή

Αριθμός απόφασης: 298/2018

εξέταση (βλ. και νομοθετική τροποποίηση άρ. 365 παρ. 4 Ν. 4412/2016 με την εισαγωγή του όρου «εξέταση», προς συμμόρφωση μάλιστα στις οικείες γνωμοδοτήσεις του ΣΤΕ) και όχι «συζήτηση», η δε εξέταση λαμβάνει χώρα σε κλειστή εν συμβουλίω διαδικασία χωρίς παράσταση των διαδίκων και η εν γένει κοινοποίηση πράξης ορισμού ημερομηνίας εξέτασης και εισηγητή, ως και η εξ αυτής εν γένει ενημέρωση των μερών περί του χρόνου εξέτασης, δεδομένης της κατά τα ως άνω μη διενέργειας συζήτηση μετ' αντιμωλίας και παρουσία των μερών, δεν συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, καθώς συνιστά πλέον άσκοπο κατάλοιπο της αρχικής διατύπωσης του ΠΔ, το οποίο όμως στη συνέχεια και ακριβώς λόγω σχετικής γνωμοδότησης του ΣΤΕ τροποποιήθηκε ιδίως με τον αποκλεισμό της δικαστηριακού τύπου διαδικασίας συζήτησης (σημείο 15 Απόφασης ΣΤΕ). Επομένως, κατά αναγκαία συνέπεια των παραπάνω, ελλείπει αντιμωλίας και δημόσιας ή και προφορικής διαδικασίας στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. εξέταση και δεδομένου ότι αυτή δεν συνιστά Δικαστήριο κατά την έννοια του άρ. 6 της ΕΣΔΑ (ΕΔΔΑ, *I.T.C. Ltd κατά Μάλτας* περί μη θεμελίωσης "αστικής φύσεως δικαιωμάτων" επί διαφορών ως προς διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και πρβλ. *Tinelly και λοιποί κατά Ην. Βασιλείου*, σκ. 61, όπου η όποια εμπλοκή τέτοιων δικαιωμάτων λαμβάνει χώρα μόνο σε περίπτωση διακρίσεων βάσει πολιτικών ή θρησκευτικών πεποιθήσεων, ως και *Axen κατά Γερμανίας*, σκ. 26, κατά την οποία για τη διάγνωση τήρησης των όρων της ΕΣΔΑ, λαμβάνεται υπόψη το σύνολο της διαδικασίας, η οποία εν προκειμένω περιλαμβάνει και δικαίωμα Αίτησης Αναστολής και Αίτησης Ακύρωσης ενώπιον Δικαστηρίου, κατ'άρ. 372 παρ. 1 Ν. 4412/2016) και δεν παρέχεται δικαστική προστασία κατ'άρ. 20 παρ. 1 Συντ. (η οποία μάλιστα παρέχεται πλήρως, πλην όμως με αντικείμενο προσβολής τις Αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π., κατ'άρ. 346 παρ. 2 και 372 παρ. 1 Ν. 4412/2016, δια των οποίων συμπροσβάλλονται και οι πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας, και όχι απευθείας κατά των τελευταίων), όχι μόνο δεν χωρεί παράσταση των διαδίκων, αλλά ούτε υφίσταται κάποιο καταρχήν δικονομικό δικαίωμά τους για κατάθεση προσθέτων λόγων, συμπληρωματικών υπομνημάτων ή προσθήκης-αντίκρουσης των ισχυρισμών των τυχόν αντιδίκων. Η δε Α.Ε.Π.Π. συγκεντρώνει το σύνολο των εκατέρωθεν ισχυρισμών που προβάλλονται με την προσφυγή, τις τυχόν παρεμβάσεις και τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, ως και του υλικού που αφενός

Αριθμός απόφασης: 298/2018

προσκομίζουν τα διάδικα μέρη, αφετέρου προκύπτει από αυτεπάγγελτο έλεγχο των διαθέσιμων στο ΕΣΗΔΗΣ στοιχείων και εγγράφων του διαγωνισμού. Γι' αυτόν άλλωστε το λόγο και η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, κατ' άρ. 9 παρ. 1 ΠΔ 39/2017, να παραχωρήσει στο αρμόδιο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. πλήρη πρόσβαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Εξάλλου, κατά κανόνα, ο έλεγχος περί της συμμόρφωσης των προσβαλλόμενων προσφορών είναι βέβαια δυνατός βάσει των υποβληθεισών τεχνικών προσφορών και δικαιολογητικών στον διαγωνισμό και από τα εν γένει στοιχεία που συγκεντρώθηκαν στον ηλεκτρονικό τόπο του τελευταίου, το αρμόδιο Κλιμάκιο αναζητεί αυτά και τα συσχετίζει με τους λόγους της προσφυγής, εκτελώντας την οικεία νομική υπαγωγή, αυτεπάγγελα. Ο δε προσφεύγων ούτως ή άλλως ακούεται δια της ίδιας της προσφυγής του (ως συνιστώσα ενδικοφανή προσφυγή, πρβλ. ΣτΕ 3251/2015, 1392/2016), χωρίς δυνατότητα ή δικαίωμά του, αν δεν κληθεί προς τούτο από τον Πρόεδρο του Κλιμακίου, και τούτο μόνο όταν αυτό κριθεί αναγκαίο για την κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 διακρίβωση της ουσίας και ακρίβειας των ισχυρισμών της προσφυγής του και την αναζήτηση της ουσιαστικής αλήθειας της υπόθεσης, να προσκομίσει επεξηγήσεις, υπομνήματα και αντικρούσεις. Η δε ανάγκη για κάτι τέτοιο κρίνεται ανά περίπτωση αναλόγως της φύσεως και του ειδικότερου περιεχομένου των ισχυρισμών σε σχέση και με το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης ή της πραγματοποιηθείσας ή μη παραχώρησης πρόσβασης από την αναθέτουσα στα έγγραφα του διαγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017) και ακόμη και τότε ανάγεται αποκλειστικά σε σχετική κρίση και ευχέρεια του Κλιμακίου κατ' άρ. 12 παρ. 3 και 13 παρ. 3 ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω, τόσο η πρόβλεψη του άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017, περί προδιατυπωμένου εντύπου, που σκοπεύει στην επιτάχυνση και αυτοματοποίηση της διαδικασίας άσκησης των προσφυγών και παρεμβάσεων ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., όσο και οι ιδιαίτερα σύντομες προθεσμίες που έχουν θεσπιστεί για τη διεκπεραίωση των προσφυγών και την έκδοση αποφάσεων επ' αυτών, δεν συμβιβάζονται με τη δυνατότητα των διαδίκων να επικαλούνται διαρκώς με επανειλημμένα και διαδοχικά έγγραφά τους, νέους λόγους, νέα στοιχεία πραγματικού και εν γένει νέους ισχυρισμούς έως και την εξέταση της προσφυγής. Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, αφενός δεν υφίσταται δυνατότητα συμπλήρωσης, με πρωτοβουλία των διαδίκων, των λόγων της

Αριθμός απόφασης: 298/2018

προσφυγής ή της παρέμβασης μετά το πέρας της προθεσμίας για την άσκησή τους ή των στοιχείων αυτών, αν δεν ζητηθούν από το Κλιμάκιο. Αφετέρου, δεν υφίσταται οιοδήποτε καταρχήν «δικαίωμα» αντίκρουσης εκατέρωθεν ισχυρισμών στο πρόσωπο των διαδίκων, παρά μόνο ευχέρεια του Κλιμακίου και αναλόγως των ανά περίπτωση δεδομένων της υπόθεσης, να ζητήσει στοιχεία, διευκρινίσεις ή εξηγήσεις από έναν, περισσότερους ή το σύνολο των διαδίκων. Συνεπώς, κανένα υπόμνημα μετά την παρέλευση της προθεσμίας άσκησης προσφυγής και παρέμβασης αντίστοιχα δεν δύναται να ληφθεί υπόψη, ιδίως όταν δεν έχει ζητηθεί από το Κλιμάκιο, κατ' άρ. 12 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, καμία διευκρίνιση ή επεξήγηση. Για τους λόγους αυτούς το σχετικό από 2-4-2018 Υπόμνημα του προσφεύγοντος δεν λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

9. Επειδή, με βάση τον όρο 2.2.6.α) της διακήρυξης προβλέπεται αναφορικά με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής ο προσφέρων να έχει κατά την τελευταία 3ετία (2015—2016-2017) πλήρως εγκαταστήσει και θέσει σε λειτουργία τουλάχιστον 2 μονάδες αφαλάτωσης επεξεργασίας θαλασσινού νερού, τύπου αντίστροφης ώσμωσης, παραγωγής πόσιμου νερού δυναμικότητας έκαστη τουλάχιστον 1.000 κ.μ./ημέρα σε φορείς του δημοσίου ή του ιδιωτικού τομέα. Επίσης κατά τον όρο 2.2.9.2.Β.4.α της διακήρυξης, που αφορά στα αποδεικτικά μέσα ποιοτικής επιλογής και ειδικά την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας, ορίζεται ότι απαιτούνται: *«Βεβαιώσεις των φορέων παραλαβής των μονάδων και θα αναφέρουν υποχρεωτικά την δυναμικότητα των μονάδων, τον τύπο νερού τροφοδοσίας και παραγόμενου νερού και την ημερομηνία παράδοσης. Η λειτουργία των μονάδων θα πρέπει να πιστοποιείται από αντίστοιχες βεβαιώσεις του φορέα λειτουργίας αυτών, η οποίες θα έχουν εκδοθεί το πολύ 6 μήνες πριν την διενέργεια του διαγωνισμού. Οι παραδόσεις και η καλή λειτουργία αποδεικνύονται, εάν ο παραλήπτης είναι αναθέτων φορέας ή αναθέτουσα αρχή, με τα αντίστοιχα πρωτόκολλα οριστικής παραλαβής και πιστοποιητικά καλής λειτουργίας, τα οποία έχουν εκδοθεί από δημόσια αρχή και στα οποία θα αναφέρεται η εμπρόθεσμη ή μη παράδοση των μονάδων αφαλάτωσης και η καλή ή μη λειτουργία τους. Εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας με τα αντίστοιχα επίσημα παραστατικά έγγραφα και με πρόσφατη (εντός έξι μηνών πριν το διαγωνισμό) βεβαίωση με πρωτότυπη σφραγίδα και υπογραφή από το νόμιμο*

Αριθμός απόφασης: 298/2018

εκπρόσωπο του αγοραστή. Η βεβαίωση θα φέρει νόμιμη θεώρηση του γνησίου της υπογραφής και αρμόδια επικύρωσης.....».

10. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 253 ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.»*. Επίσης σύμφωνα με το άρθρο 281 ν. 4412/2016, που αφορά στο περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης, προβλέπεται ότι τα έγγραφα της σύμβασης περιέχουν ιδίως, μεταξύ άλλων, τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, καθώς και τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (υπεύθυνες δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.). Κατά δε την παρ. 2 του άρθρου 282 ν. 4412/2016, που αφορά στις τεχνικές προδιαγραφές, ορίζεται ότι: *«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 συμβάσεων στον ανταγωνισμό.»*.

11. Επειδή, σύμφωνα με τις γενικές αρχές του εθνικού και ενωσιακού δικαίου που διέπουν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών, υπηρεσιών, μελετών κ.λπ., κατά τη σύνταξη και έγκριση των τευχών δημοπράτησης πρέπει να αποφεύγεται οπωσδήποτε η πρόβλεψη συγκεκριμένων όρων που κατευθύνουν το διαγωνισμό σε ορισμένο κύκλο υποψηφίων αναδόχων, γιατί κάθε αντίθετη ενέργεια καταργεί την ουσία του

Αριθμός απόφασης: 298/2018

υγιούς ανταγωνισμού και τη διαφάνεια, ενώ επιπλέον αποβαίνει σε βάρος του δημοσίου συμφέροντος. Ως εκ τούτου κάθε διακήρυξη, προκειμένου να διασφαλίσει τον υγιή ανταγωνισμό, οφείλει να παρέχει δυνατότητα ευρύτερης συμμετοχής οικονομικών φορέων στη διαγωνιστική διαδικασία, χωρίς αποκλεισμούς και διατάξεις που περιορίζουν τον ανταγωνισμό.

12. Επειδή, στους διαγωνισμούς οι αναθέτοντες φορείς δύνανται να καθορίζουν κριτήρια ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων, που μπορεί να περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με τις τεχνικές ικανότητες των οικονομικών φορέων, όπως η προηγούμενη εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων. Τα ειδικότερα, όμως, κριτήρια που τίθενται, αναφορικά με το ζητούμενο επίπεδο εμπειρίας, πρέπει να είναι αντικειμενικά, να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους και να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο ώστε να εξυπηρετούν τον σκοπό για τον οποίο τέθηκαν. Σε κάθε περίπτωση, οι σχετικοί περιορισμοί πρέπει να είναι πρόσφοροι για την υλοποίηση του σκοπού που επιδιώκουν και να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού μέτρο, αφού διαφορετικά παρεμποδίζεται δυσανάλογα το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, που εντάσσεται στους επιδιωκόμενους από τους κοινοτικούς κανόνες σκοπούς (πρβλ. σχετ. ΔΕΚ αποφάσεις της 19.5.2009, C-538/07, Assitur και της 16.12.2008, C-213/07, Μηχανική και ιδίως Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39/2017 και

13. Επειδή, με τα δεδομένα αυτά, η απαίτηση της διακήρυξης οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν βεβαιώσεις καλής λειτουργίας αυτών, οι οποίες θα έχουν εκδοθεί το πολύ 6 μήνες πριν την διενέργεια του διαγωνισμού, όταν η απαιτούμενη εμπειρία έχει οριστεί στην εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία τουλάχιστον 2 μονάδων αφαλάτωσης εντός της προηγούμενης 3ετίας, δεν στηρίζεται σε αντικειμενικά κριτήρια, διότι δεν δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους, τουναντίον συναρτάται με την εφαρμογή τυχαίων και συμπτωματικών κριτηρίων. Συγκεκριμένα, κανένας αντικειμενικός λόγος δεν δικαιολογεί τον αποκλεισμό από το διαγωνισμό ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα, ο οποίος έχει βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης παρόμοιων έργων προ του τελευταίου 6μήνου του διαγωνισμού και εν πάσει περιπτώσει συμβάσεων που έχουν εκτελεστεί εντός της προηγούμενης τριετίας, κατά τα οριζόμενα. Η εφαρμογή αμφοτέρων των

Αριθμός απόφασης: 298/2018

κριτηρίων – πολύ περισσότερα συνδυαστικά μεταξύ τους - λειτουργεί τόσο περιοριστικά, ώστε κατ' ουσία παραβιάζεται η κατοχυρωμένη στο άρθρο 253 ν. 4412/2016 αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων. Εξάλλου δεν δικαιολογείται από αντικειμενικούς παράγοντες η εκδοθείσα 6 μήνες πριν το διαγωνισμό βεβαίωση καλής λειτουργίας να τεκμηριώνει την απαιτούμενη από τη διακήρυξη εμπειρία, όχι όμως και η εκδοθείσα προ π.χ. 7 μήνες σχετική βεβαίωση ή προ 3ετίας, αφής στιγμής η διακήρυξη απαιτεί την υλοποίηση 2 τέτοιων έργων στην προηγούμενη 3ετία. Έτσι, ως είναι διατυπωμένος ο όρος 2.2.9.2.B.4.α) της διακήρυξης, χωρίς να συντρέχει κανένας ειδικός λόγος, κατά τα προδιαληφθέντα, οδηγούνται σε αποκλεισμό από το διαγωνισμό υποψήφιοι που θα μπορούσαν με αντίστοιχο τρόπο να καλύψουν τις επίμαχες ρυθμίσεις και με τον τρόπο αυτό φαλκιδεύεται ο υγιής ανταγωνισμός. Ως αιτιολογική βάση της απαίτησης περί 6μήνου προ του διαγωνισμού ο αναθέτων φορέας επικαλείται με τις απόψεις του η βεβαίωση να είναι εν γνώσει του εν ενεργεία νομίμου εκπροσώπου ή ενός σχετικά πρόσφατου νομίμου εκπροσώπου. Σε κάθε περίπτωση, ο συγκεκριμένος όρος βαίνει πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, παρεμποδίζοντας δυσανάλογα το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό και πλήττουν εξ αρχής το δικαίωμα συμμετοχής, την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων στο διαγωνισμό και της αναλογικότητας. Ακόμη δε και εάν υποτεθεί ότι ο αναθέτων φορέας διαπίστωσε πριν θέσει τα ανωτέρω κριτήρια στη διακήρυξη ότι αυτά κάλυπταν μεγάλο αριθμό επιχειρήσεων και ως εκ τούτου δεν περιορίζει τον ανταγωνισμό, είναι τυχαίο και αντίθετο προς την ασφάλεια δικαίου, καθώς, αν γινόταν δεκτό, θα οδηγούσε στην εξάρτηση του ελέγχου της νομιμότητας των όρων των διακηρύξεων ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων από τις εκάστοτε αγοραίες συνθήκες και όχι αποκλειστικά βάσει των δεσμευτικών για τις αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς κανόνων και γενικών αρχών που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων. Και ναι μεν ο καθορισμός των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής ανήκει στη διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντα φορέα, τηρουμένων ωστόσο των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια οποιοσδήποτε περιορισμός των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας

Αριθμός απόφασης: 298/2018

συμβάσεως είναι θεμιτός, μόνο αφού διασφαλίζεται η τήρηση των ανωτέρω αρχών που, εν προκειμένω, δεν συντρέχει. Κατά συνέπεια ο σχετικός ισχυρισμός που προβάλλει ο προσφεύγων τυγχάνει βάσιμος.

14. Επειδή, όσον αφορά τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος ότι η απαίτηση της διακήρυξης για βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης προηγούμενων ομοειδών συμβάσεων αποτελεί υπερχειλή, ήτοι τεχνικώς δυσανάλογη απαίτηση, δεδομένου ότι αντικείμενο του υπό ανάθεση έργου είναι μόνον η προμήθεια και όχι και η λειτουργία και/ή συντήρηση μονάδας αφαλάτωσης και ως εκ τούτου η απαίτηση θα έπρεπε να περιορίζεται στην προσκόμιση της παράδοσης και παραλαβής των προηγούμενων υλοποιηθέντων μονάδων αφαλάτωσης, τυγχάνει αβάσιμος. Καταρχήν οι αναθέτουσες αρχές/αναθέτοντες φορείς δεν απαγορεύεται να χορηγούν βεβαιώσεις καλής λειτουργίας, ενώ βεβαιώσεις καλής λειτουργίας εκδίδονται και για προμήθειες, όπως εκδίδονται και εγγυήσεις καλής λειτουργίας για προμήθειες (βλ. άρ. 302 παρ.2 Ν. 4412/2016). Επίσης αντικείμενο της εν προκειμένω σύμβασης είναι, κατά τον όρο 1.3 της διακήρυξης, η προμήθεια και η τοποθέτηση σε λειτουργία του συστήματος αφαλάτωσης. Ως εκ τούτου δικαιολογημένα και ευθέως ανάλογα του αντικειμένου του διαγωνισμού ο αναθέτων φορέας αξιώνει με τον σχετικό όρο 2.2.9.2.B.4.α της διακήρυξης, να βεβαιώνεται η καλή λειτουργία των εγκατασταθέντων συστημάτων που επικαλείται προς τεκμηρίωση της τεχνικής του εμπειρίας ο εκάστοτε προσφέρων. Κατά συνέπεια απορριπτέος τυγχάνει ο ειδικότερος αυτός ισχυρισμός της προδικαστικής προσφυγής.

15. Επειδή, όσον αφορά την επικαλούμενη από τον προσφεύγοντα ασάφεια του ανωτέρω όρου της διακήρυξης αναφορικά με το αν η ζητούμενη πρόσφατη βεβαίωση καλής λειτουργίας απαιτείται μόνον όταν εργοδότης είναι ιδιώτης ή και όταν εργοδότης είναι το δημόσιο, τυγχάνει αβάσιμος, δεδομένου ότι από τη γραμματική ερμηνεία του όρου, ως ανωτέρω τούτος έχει περιγραφεί, συνάγεται ότι αφορά και τους ιδιωτικούς και τους δημόσιους φορείς. Άλλωστε και ο αναθέτων φορέας με τις κατατεθείσες απόψεις του συνομολόγησε ότι δεν αναφέρεται μόνον στους ιδιωτικούς φορείς, αλλά και στους δημόσιους.

16. Επειδή, όσον αφορά τον ειδικότερο ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί συγκεκριμένης διάκρισης των διαγωνιζομένων εκ του

Αριθμός απόφασης: 298/2018

γεγονότος ότι εάν μεν η βεβαίωση καλής λειτουργίας προέρχεται από ιδιωτικό φορέα απαιτείται να συνταχθεί από το νόμιμο εκπρόσωπό του και να θεωρηθεί για το γνήσιο της υπογραφής του, ενώ, εάν προέρχεται από δημόσιο φορέα θα εκδοθεί από το αρμόδιο όργανο του εργοδότη που του έχει ανατεθεί ο έλεγχος και η πιστοποίηση της ποιότητας και αρτιότητας των παραδοτέων της σύμβασης και ουχί από τον νόμιμο εκπρόσωπο του δημόσιου φορέα (Υπουργό, Δήμαρχο κ.λπ.) κρίνεται αβάσιμος, καθόσον εάν μεν πρόκειται για μεγάλο ιδιωτικό φορέα κατά κανόνα θα έχει αναθέσει τη σχετική αρμοδιότητα σε έχοντα θέση ευθύνης υπάλληλό του, η θεώρηση του γνησίου της υπογραφής ερείδεται στον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, προκειμένου να διασφαλίζεται το αληθές του περιεχομένου, η δε ψηφιακή υπογραφή, που πλέον οι περισσότεροι οικονομικοί φορείς, απαλλάσσει από τη θεώρηση του γνησίου της. Μάλιστα, ως επικαλείται ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του, για την έγκαιρη και ολοκληρωμένη εξασφάλιση των ζητούμενων βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης, παρέκτεινε την ελάχιστη για την παραλαβή των προσφορών προθεσμία των 35 ημερών (άρθ. 264 ν.4412/2016) σε 66 ημέρες. Τούτων δοθέντων δεν τεκμηριώνεται διάκριση μεταξύ του ιδιωτικού φορέα που θα εκδώσει τη βεβαίωση καλής λειτουργίας και του δημοσίου φορέα αντίστοιχα. Ωστόσο, κατά το γράμμα του όρου 2.2.9.2.B.4.α της διακήρυξης δημιουργείται ασάφεια εάν οι βεβαιώσεις καλής λειτουργίας εκδίδονται από τους φορείς παραλαβής *«.....Βεβαιώσεις των φορέων παραλαβής των μονάδων.....»* ή του φορέα λειτουργίας *«....Η λειτουργία των μονάδων θα πρέπει να πιστοποιείται από αντίστοιχες βεβαιώσεις του φορέα λειτουργίας αυτών.....»*. Με τις απόψεις του ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι *«....η καλή λειτουργία πρέπει να βεβαιωθεί από το φορέα λειτουργίας, που μπορεί να είναι διαφορετικός από το φορέα παραλαβής.....»*. Μάλιστα στις εν λόγω απόψεις ο αναθέτων φορέας καταγράφει αναλυτική λίστα των σχετικών απαιτούμενων που δεν περιέχεται στον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης, ειμή μόνον περιγραφικά και περιεκτικά. Κατά τούτο ο σχετικός όρος χρήζει ως προς αυτό το σημείο διευκρίνισης.

17. Επειδή, όσον αφορά τις επικληθείσες από τον προσφεύγοντα άλλες διαγωνιστικές διαδικασίες με τις οποίες συγκρίνει η προσφεύγουσα το υπόψη διαγωνισμό, σύμφωνα με πάγια νομολογία των

Αριθμός απόφασης: 298/2018

δικαστηρίων ισχύει η αρχή της αυτοτέλειας κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας (ΕΑ ΣΤΕ 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007 κ.ά.), όπως επικαλείται και ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του, η δε Α.Ε.Π.Π. έχει επικαλεσθεί την ως άνω αρχή της αυτοτέλειας με επανειλημμένες αποφάσεις της (βλ. ενδ. ΑΕΠΠ 18/2018, 29/2018). Συνεπώς ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος είναι απορριπτέος.

18. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων οικονομικός φορέας πρέπει να του επιστραφεί, κατ' άρθρο 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει εν όλω τον ειδικό όρο 2.2.9.2.B.4.α της διακήρυξης και αναπέμπει στον αναθέτοντα φορέα την προσβαλλόμενη Διακήρυξη ως προς το σκέλος της αυτό, προκειμένου αφενός ο όρος 2.2.9.2.B.4.α να συνάδει με την απαίτηση του όρου 2.2.6.α) της διακήρυξης και δη χωρίς την επιβολή όρου περί ελαχίστου χρονικής αποστάσεως της εκδόσεως της βεβαιώσεως καλής λειτουργίας ως προς τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού, αφετέρου να αποσαφηνιστούν κατ' ειδικό και συγκεκριμένο τρόπο τα απαιτούμενα δικαιολογητικά για την απόδειξη της βεβαίωσης καλής λειτουργίας προηγούμενων ομοειδών συμβάσεων.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα εταιρία «.....» του υπ' αρ. παραβόλου, ποσού επτά χιλιάδων τετρακοσίων είκοσι πέντε ευρώ (7.425.000€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2-4-2018 και εκδόθηκε στις 17-4-2018.

Αριθμός απόφασης: 298/2018

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ