

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Μιχαήλ Σειραδάκης και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.03.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/237/13.03.2018 και της προσφεύγουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στη Αθήνα, οδός....., Τ.Κ. 11525, η οποία κατατέθηκε στις 12 Μαρτίου 2018, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ανώνυμης εταιρίας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στην.....

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ. αριθμ. 2165/22.02.2018 απόφασης της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκρινε νόμιμη την παραμονή της εταιρίας .....στο διαγωνισμό και αποδεκτή την προσφορά της ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τα κριτήρια επιλογής κατά παράβαση των άρθρων 8 και 9 της διακήρυξης, προκειμένου να αποκλεισθεί η προσφορά της εταιρίας .....από τη συνέχεια του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «Ελληνική Ραδιοφωνία Τηλεόραση Α.Ε.» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Διεθνή Ανοιχτό Διαγωνισμό, με Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. 49974, με αντικείμενο την παροχή Υπηρεσιών–Προμήθεια εξοπλισμού και εξειδικευμένου προσωπικού για την παραγωγή και προβολή εικονικών γραφικών (virtual augmented

graphics/reality, infographics κλπ) για τις ανάγκες παραγωγής δελτίων Ειδήσεων για 10 μήνες με ΑΔΑΜ 17PROC002238614 14-11-2017, συνολικού προϋπολογισμού 70.000,00 € (μη συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ).

2. Επειδή στις 01/03/2018 και ώρα 11:19:13 αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του Διαγωνισμού η με Αρ. Πρωτοκόλλου.: 2165 Απόφαση με Θέμα : «Αποδοχή πρακτικού για τον έλεγχο δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών από την Επιτροπή Διενέργειας και Αξιολόγησης του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού προμήθειας εξοπλισμού & εξειδικευμένου προσωπικού για την παραγωγή & προβολή εικονικών γραφικών (virtual augmented graphics/reality, infographics), ενώ στις 02/03/2018 10:14:16 αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού το υπ' αριθμ. 11-2-2018 πρακτικό της επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του ως άνω Διαγωνισμού.

3.Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με 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.

4.Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 195838922958 0511 0040.), ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

5. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ως εκ τούτου στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

6.Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7.Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

9.Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της προσβαλλόμενης.

10. Επειδή το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) που είναι εφαρμοστέος στον επίδικο διαγωνισμό ορίζει ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν:

α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας,

β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια,

γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. [...]. 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα

δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. [...]. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341. Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως. [...].

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.». Επειδή περαιτέρω, το άρθρο 80 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα ΧΙΙ 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. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. Όσον αφορά το άρθρο 78, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται σε οποιοδήποτε κατάλληλο μέσο προκειμένου να αποδείξουν στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχουν τους αναγκαίους πόρους στη διάθεσή τους.

2. [...].

3. [...].

4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο.

5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α΄, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.

6. [...].

7. [...].

8. [...].

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.

10. [...]». Επειδή εξάλλου, στο Παράρτημα XII της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ορίζεται ότι: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 58:

α) οι ακόλουθοι κατάλογοι:

i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία,

ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Εάν είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία».

11. Επειδή από τα ανωτέρω προκύπτει ότι οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «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. 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 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. 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 (πρβλ. τη με αριθμό πρωτοκόλλου 1111/04.03.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 303/2015, με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας: ειδικά η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»). Ενδεικτικά, τα κριτήρια επιλογής πρέπει να σχεδιάζονται κατά τρόπο ώστε να μην περιορίζεται δυσανάλογα η συμμετοχή οικονομικών φορέων 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» (πρβλ. τη με αριθμό πρωτοκόλλου 6510/28.12.2016 Κατευθυντήρια Οδηγία 17 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, απόφαση 181/2016, με θέμα «Ενίσχυση συμμετοχής των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων»). Στο πεδίο 4 του εν λόγω Κώδικα και δη στην παρ. 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 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.. 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 (βλ. Sue Arrowsmith "The Law of Public and Utilities Procurement", παρ 12-48 και 12-49. σελ. 1220-1221). Και στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, οι πληροφορίες που ζητούνται και το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα 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, υπό δύο βασικές προϋποθέσεις. Πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Δεύτερον, το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης,



υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (βλ. την ανωτέρω κατευθυντήρια Οδηγία 13).

12. Επειδή από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων (βλ. ΣΤΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003). Η δε έλλειψη τεχνικής ή επαγγελματικής ικανότητας του συμμετέχοντος προς εκτέλεση της σύμβασης πρέπει να κρίνεται (κατά την εξέταση του φακέλου) με βάση τη συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι αφηρημένα (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», σελ. 405). Τέλος έχει κριθεί ότι είναι νόμιμη η πρόβλεψη στη διακήρυξη μίας τουλάχιστον παράδοσης συναφούς κατά τη φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ειδικότερα, σε δημοπράτηση εκπόνησης μελέτης ή παροχής υπηρεσιών, κρίθηκε σε απόφαση της ΕΑ του Συμβουλίου της επικρατείας ότι η ειδική εμπειρία αποδεικνύεται από εκτελεσμένες συμβάσεις, ο αριθμός των οποίων και ο καθορισμός του ορίου του συνολικού προϋπολογισμού αυτών εξειδικεύεται συγκεκριμένα στη Διακήρυξη από την αναθέτουσα αρχή (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 1184/2009 όπου εκρίθη νόμιμος ο αποκλεισμός της αιτούσας, η οποία προσκόμισε αποδεικτικά στοιχεία με μερικότερο περιεχόμενο από το αιτούμενο στη Διακήρυξη).

13. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας .....έλαβε χώρα κατά παραβίαση του Άρθρου 9 της διακήρυξης περί εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, καθώς στο Άρθρο 9 της διακήρυξης ορίζει μεταξύ άλλων ότι: «Οι Προσφέροντες με αποκλειστική επιβάρυνση τους, υποχρεούνται, μαζί με την προσφορά τους, να καταθέσουν Εγγυητική Επιστολή συμμετοχής, σύμφωνα με το Υπόδειγμα του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Γ της παρούσας, το ποσό της οποίας

## Αριθμός Απόφασης: 231/2018

πρέπει να καλύπτει το 2% της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης (Μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.) ήτοι ποσό ύψους 1.400,00 € (χίλια τετρακόσια ευρώ), οι προσφέροντες υποβάλλουν την Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής ηλεκτρονικά, σε μορφή αρχείου pdf., στον φάκελο δικαιολογητικών και υποχρεούνται να τον υποβάλλουν σε έντυπη μορφή (πρωτότυπο) σε προθεσμία που δεν υπερβαίνει τις τρεις (3) εργάσιμες μέρες από την ηλεκτρονική της υποβολή στα γραφεία της ΕΡΤ. Μη προσκόμιση, κατά τα ανωτέρω, της Εγγύησης συμμετοχής καθιστά την προσφορά απορριπτέα. Περαιτέρω: Η Εγγύηση συμμετοχής, σε κάθε περίπτωση, πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για εξήντα (60) μέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς (αρχικής και παράτασης)... ». β. Στο άρθρο 72 του ν. 4412/2016 (παρ. 1, εδάφιο α) ορίζει μεταξύ άλλων ότι «... Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) μέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς που καθορίζουν τα έγγραφα της σύμβαση ...». γ. Στο Άρθρο 6 της διακήρυξης ορίζει ότι : «Οι προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους διαγωνιζόμενους επί ποινή αποκλεισμού χωρίς καμιά αλλαγή, για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών από την επομένη της ημερομηνίας διενέργειας - ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών- του διαγωνισμού», ήτοι 6 μήνες μετά την 19-12-2017 (βλ. άρθρο 19 της διακήρυξης). Στο ίδιο άρθρο ορίζεται και ότι : «Η διάρκεια ισχύος των προσφορών μπορεί να παραταθεί εφόσον τούτο ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή πριν από τη λήξη τους, και κατ' ανώτατο όριο ίσο με το παραπάνω οριζόμενο χρονικό διάστημα». δ. Από τα σημεία α-γ ανωτέρω, προκύπτει με σαφήνεια ότι η διάρκεια ισχύος της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής οφείλει επί ποινή αποκλεισμού να καλύπτει χρονικό διάστημα τουλάχιστον ίσο με 14 μήνες από την 19-12-2017 (6 + 6 + 2 μήνες), ήτοι να έχει ισχύ τουλάχιστον ως τις 18-02-2019 ώστε να καλύπτει τον απαραίτατο όρο του Άρθρου 9 της διακήρυξης. ε. Με την προσφορά της εταιρείας....., υποβλήθηκε ως δικαιολογητικό συμμετοχής εγγυητική επιστολή της Τράπεζας ALPHA BANK με αριθμό GRA024411, η οποία αναφέρει ρητά ως λήξη ισχύος της εγγυητικής επιστολής την ημερομηνία 30 Αυγούστου 2018.

14. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, από την οποία διέπεται ο διαγωνισμός και η οποία δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήμ. 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους (βλ. μεταξύ άλλων Σ.τ.Ε. 53/2011, 3703/2010). Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΣτΕ Ολομ. 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήμ. 78/2007). Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. απόφαση ΔΕΕ υπόθεση C-19/00 της 18ης Οκτωβρίου 2001, Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και Αριθμός απόφασης: 145/2017 12 απόφαση C-87/94 της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54). Επομένως, κατά δέσμια αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας λόγω μη τήρησης απαράβατου όρου της Διακήρυξης σχετικά με τη διάρκεια ισχύος της εγγύησης συμμετοχής, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 21 αυτής.

15.Επειδή ο χρόνος ισχύος της εγγύησης συμμετοχής περιλαμβάνεται στα υποχρεωτικά στοιχεία αυτής και η μη συμμόρφωση με τη διάρκεια που προβλέπει ρητώς και σαφώς η Διακήρυξη αποτελεί ουσιώδη πλημμέλεια που δεν δύναται να ιαθεί εκ των υστέρων χωρίς να αντικατασταθεί άλλως συμπληρωθεί με την προσκόμιση νέου εγγράφου προς συμμόρφωση με τους όρους της Διακήρυξης, (βλ. ΕΑ ΣτΕ 259/2011).

16. Επειδή εξάλλου, η αναθέτουσα στις με αριθμό πρωτοκόλλου 3312/19.03.2018 απόψεις της βασίμως επικαλείται προς αντίκρουση του ως

άνω λόγου προσφυγής, ότι «Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων της διακήρυξης προκύπτει ότι: α) οι προσφορές πρέπει να ισχύουν έως 19.6.2018 (6 μήνες από την ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών, η οποία πραγματοποιήθηκε στις 19.12.2017) και β) η εγγυητική επιστολή συμμετοχής πρέπει να ισχύει έως τις 18.8.2018 (εξήντα ημέρες μετά τη λήξη ισχύος της προσφοράς). Επίσης από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι οι συμμετέχοντες οφείλουν να παρατείνουν την προσφορά τους και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής, εάν και όταν αυτό ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή και για το χρονικό διάστημα που θα ζητηθεί και ως εκ τούτου είναι αβάσιμος και εσφαλμένος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι έπρεπε ευθύς εξ αρχής η εγγύηση συμμετοχής να ισχύει και για τον χρόνο παράτασης, καθόσον όπως ορίζεται στο άρθρο 6 της διακήρυξης όταν ζητηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή παράταση του χρόνου ισχύος της προσφοράς, τότε μόνο παρατείνεται και η Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής για διάστημα εξήντα (60) ημερών μετά τη λήξη του χρόνου παράτασης. Η εταιρεία .....υπέβαλε με την προσφορά της την υπ' αριθμ. GRA024411 εγγυητική επιστολή συμμετοχής της Τράπεζας ALPHA BANK, η οποία αναφέρει ρητώς ως λήξη ισχύος της εγγυητικής επιστολής την ημερομηνία 30 Αυγούστου 2018, στο σώμα της οποίας αναφέρεται επιπλέον ότι: «Αποδεχόμαστε να παρατείνουμε την ισχύ της εγγύησης, ύστερα από έγγραφη δήλωσή σας, με την προϋπόθεση ότι το σχετικό αίτημά σας θα μας υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής της ως άνω εταιρείας πληροί τους όρους της διακήρυξης και ως εκ τούτου απορριπτέος τυγχάνει ο πρώτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής. Συνεπώς ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

17.Επειδή περαιτέρω, σχετικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα σημειώνει ότι με την προσβαλλόμενη παραβιάστηκε το άρθρο 8 της διακήρυξης καθώς α. Στο Άρθρο 8 της διακήρυξης ορίζει μεταξύ άλλων ότι : «Οι προσφέροντες πρέπει να πληρούν τα παρακάτω κριτήρια επιλογής που αφορούν, στην καταλληλότητα άσκησης της επαγγελματικής τους δραστηριότητας (κατάλληλη οργάνωση, δομή, εξοπλισμό και μέσα) και στην

επαγγελματική/τεχνική τους ικανότητα αντίστοιχα, ήτοι : 1. Να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας με παροχή αντιστοίχων υπηρεσιών τουλάχιστον για ένα (1) έτος σε ζωντανές ειδησεογραφικές εκπομπές σε τηλεοπτικό σταθμό πανελληνίας εμβέλειας...». Αντίστοιχα ορίζονται και στο Παράρτημα Α' «Τεχνικές Προδιαγραφές» της διακήρυξης. β. Από την προσφορά της εταιρείας .....δεν προκύπτει η κάλυψη του απαραίτου αυτού όρου της διακήρυξης. Ειδικότερα: Στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης, στο μέρος IV, ενότητα α, ο υποψήφιος αναφέρει ότι «από τον Μάιο 2017 ως την 4.3.2018, η εταιρία παρέχει στην ΕΡΤ τη συγκεκριμένη υπηρεσία με απόλυτη επιτυχία, με συστήματα τελευταίας τεχνολογίας που τηρούν τις προδιαγραφές της ΕΡΤ και με εξειδικευμένο προσωπικό, με μεγάλη εμπειρία στο συγκεκριμένο έργο, συνολικού ποσού € 34.800. Η ίδια η ΕΡΤ γνωρίζει τη δουλειά της .....και μπορεί να την αξιολογήσει. Επίσης η εταιρία, από 1.1.2013 ως και σήμερα, παρέχει στο συνδρομητικό κανάλι με αθλητικό περιεχόμενο «SPORTPLUS», το οποίο μεταδίδεται στους Έλληνες ομογενείς της Αμερικής, Καναδά και Αυστραλίας, τη συγκεκριμένη υπηρεσία με απόλυτη επιτυχία, με συστήματα τελευταίας τεχνολογίας με εξειδικευμένο προσωπικό, με μεγάλη εμπειρία στο συγκεκριμένο έργο, συνολικού ποσού € 24.000 ανά έτος». Από την ανωτέρω περιγραφή προκύπτει αβίαστα ότι η επίκληση της εμπειρίας στην ΕΡΤ (η οποία είναι και η μόνη με σαφή χρονικό προσδιορισμό) δεν καλύπτει το ελάχιστο απαιτούμενο από τη διακήρυξη χρονικό διάστημα των 12 μηνών. Και τούτο διότι, αφενός η επικαλούμενη διάρκεια της εμπειρίας είναι 10 μήνες (05/2017–03/2018) αφετέρου έχουν μέχρι την υποβολή της προσφοράς παρέλθει έξι (6) μήνες και με το έργο να είναι εν εξελίξει και όχι ολοκληρωμένο, με συνέπεια να μην είναι δυνατή σε καμία περίπτωση η βεβαίωση καλής εκτέλεσης. Επιπρόσθετα, η επίκληση εμπειρίας για το συνδρομητικό κανάλι SPORTPLUS επίσης δεν καλύπτει τον ανωτέρω όρο της διακήρυξης αφού αφενός δεν προσδιορίζεται το είδος των εκπομπών τις οποίες καλύπτει (αν είναι δηλαδή ζωντανές ειδησεογραφικές) και αφετέρου είναι σαφές ότι δεν αφορούν πανελλήνια εμβέλεια.β2. Στην Τεχνική Προσφορά του υποψηφίου («Εισαγωγή») γίνεται

επίκληση των δύο ανωτέρω υπηρεσιών (προς EPT και SPORTPLUS) χωρίς να παρέχεται κάποια πρόσθετη πληροφορία η οποία να τροποποιεί τα ανωτέρω αναφερόμενα περί μη κάλυψης της απαίτησης της διακήρυξης. β3. Επιπρόσθετα, στο ίδιο σημείο της Τεχνικής Προσφοράς παρατίθεται σειρά υπηρεσιών που έχουν παρασχεθεί σε εκπομπές του καναλιού OTE TV, στη FIBA και αποσπασματικά στην EPT με αόριστες περιγραφές από τις οποίες ουδόλως προκύπτει 12μηνη εμπειρία στο συγκεκριμένο αντικείμενο του διαγωνισμού. Και τούτο διότι το σύνολο της επικαλούμενης προϋπηρεσίας αναφέρεται σε κάλυψη αγώνων και όχι στο σύνθετο και σαφώς προσδιορισμένο αντικείμενο που ζητείται από το διαγωνισμό που αφορά ζωντανές ειδησεογραφικές εκπομπές. Για το λόγο αυτό άλλωστε ο υποψήφιος δεν έχει συμπεριλάβει καμία από αυτές τις υπηρεσίες στην υπεύθυνη δήλωση κάλυψης τεχνικής ικανότητας στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης, παρά μόνο περιορίζεται στις δύο υπηρεσίες του σημείου β1 ανωτέρω, για τις οποίες και μόνον θα εκκαλείτο να παράσχει την αντίστοιχη τεκμηρίωση σε υποτιθέμενη προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η τεκμηρίωση της επικαλούμενης εμπειρίας από πλευράς υποψηφίων αναδόχων θα πρέπει να πραγματοποιείται υποχρεωτικά με προσκόμιση συγκεκριμένων εγγράφων που προσδιορίζονται περιοριστικά στη διακήρυξη και αξιολογούνται από την επιτροπή, και ουδόλως με απλή επίκληση από πλευράς του εμπειρικής γνώσης της αναθέτουσας αρχής με σχόλια και αναφορές της υποβληθείσας προσφοράς με περιεχόμενο «όπως γνωρίζετε» και «η ίδια η EPT γνωρίζει τη δουλειά της .....και μπορεί να την αξιολογήσει».

18. Επειδή ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής η αναθέτουσα σημειώνει στις ως άνω απόψεις της ότι Στο Τ.Ε.Υ.Δ. Μέρος IV: «Κριτήρια επιλογής» που υπέβαλε η εταιρεία....., αναγράφεται ο χρόνος παροχής της συγκεκριμένης υπηρεσίας στην Ε.Ρ.Τ Α.Ε. (Μάιος 2017 έως 04/03/2018) έναντι συνολικού ποσού 34.800,00 € και ο χρόνος παροχής της συγκεκριμένης υπηρεσίας 01/01/2013 έως και σήμερα, στο συνδρομητικό κανάλι με αθλητικό περιεχόμενο «SPORTS PLUS» το οποίο μεταδίδει στους ομογενείς στην Αμερική, στον Καναδά και Αυστραλία έναντι συνολικού ποσού

24.000,00€/έτος. Από τα αναγραφόμενα στο Τ.Ε.Υ.Δ. Μέρος IV: «Κριτήρια επιλογής» της εταιρείας....., προκύπτει ο ελάχιστος προβλεπόμενος χρόνος ενός (1) έτους εμπειρίας της σε ζωντανές ειδησεογραφικές εκπομπές διότι επικαλείται εκτός του χρόνου παροχής υπηρεσίας της στην Ε.Ρ.Τ Α.Ε. και παροχή υπηρεσίας από 01/01/2013 έως και τον χρόνο υποβολής της ηλεκτρονικής προσφοράς (12/12/2017), στο συνδρομητικό κανάλι με αθλητικό περιεχόμενο «SPORTS PLUS» που αφορά στη συγκεκριμένη υπηρεσία που είναι αντικείμενο της διακήρυξης. Σημειώνεται ότι δεν απαιτείται από τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης οι τηλεοπτικοί σταθμοί να είναι πανελληνίας εμβέλειας και η επίκληση του χρόνου εμπειρίας δεν είναι απαραίτητο να συνοδεύεται με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεσθεί κατά το παρελθόν.». Τούτος όμως ο ισχυρισμός της αναθέτουσας είναι ουσία αβάσιμος και άρα απορριπτέος καθώς όπως ήδη αναλύθηκε έρχεται σε ευθεία και προφανή αναντιστοιχία προς το κανονιστικό κείμενο της διακήρυξης, εφόσον το συνδρομητικό κανάλι με αθλητικό περιεχόμενο «SPORTPLUS», το οποίο μεταδίδεται στους Έλληνες ομογενείς της Αμερικής, Καναδά και Αυστραλίας, δεν δύναται να θεωρηθεί ως «πανελληνίας εμβέλειας» αφετέρου ο χρόνος της προσαγόμενης εμπειρίας της δεν είναι ο απαιτούμενος από την διακήρυξη. Συνεπώς ο σχετικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος. Κατόπιν τούτων, ο προβαλλόμενος λόγος προσφυγής παρίσταται νόμω και ουσία βάσιμος και άρα πρέπει να γίνει δεκτός.

19. Επειδή επομένως, όπως προκύπτει από την ανωτέρω ανάλυση η αναθέτουσα αρχή, με την υπ. αριθμ. 2165/22.02.2018 απόφαση της η οποία βάσει της από 11/02/2018 εισήγησης επιτροπής του διαγωνισμού έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρίας .....παραβίασε τον απαράβατο όρο του άρθρου 8 της διακήρυξης του διαγωνισμού σχετικά με τα κριτήρια επιλογής, και η απόφαση της θα πρέπει ακυρωθεί κατά το μέρος αυτό. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων και αυτός ο λόγος προσφυγής κρίνεται νόμω και ουσία βάσιμος.

20.Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

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

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ. αριθμ. 2165/22.02.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ως προς τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Μαρτίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**Βασιλική Μπάκου**