

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4.1.2024 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου – Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.11.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1908/28.11.2023 προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Άσκησε παρέμβαση ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητεί την ακύρωση (i) της απόφασης που ελήφθη κατά την .../15.11.2023 (θέμα 13ο) τακτική συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής για την έγκριση των υποβληθέντων στον επίμαχο διαγωνισμό δικαιολογητικών κατακύρωσης και (ii) της απόφασης που ελήφθη κατά την .../27.10.2023 (θέμα...) τακτική συνεδρίαση του ίδιου Διοικητικού Συμβουλίου για την έγκριση του πρακτικού αποσφράγισης του διαγωνισμού και αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και του πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης του ίδιου διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 600€ σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ.

Αριθμός Απόφασης: 187/2024

39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με την υπ' αριθ. .../2023 Διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό άνω των ορίων για την προμήθεια «...» για τις ανάγκες της για 12 μήνες, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 254.688,80€ χωρίς Φ.Π.Α, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό α/α ...

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή απαραδέκτως ασκείται αυτοτελώς κατά της απόφασης που ελήφθη κατά την ...27.10.2023 (θέμα...) τακτική συνεδρίαση του ίδιου Διοικητικού Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής για την έγκριση του πρακτικού αποσφράγισης του διαγωνισμού και αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και του πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης του ίδιου διαγωνισμού, η οποία ενσωματώθηκε στη μόνη παραδεκτώς προσβαλλόμενη απόφαση που ελήφθη κατά την .../15.11.2023 (θέμα 13ο) τακτική συνεδρίαση του ίδιου Διοικητικού Συμβουλίου για την έγκριση των υποβληθέντων στον επίμαχο διαγωνισμό δικαιολογητικών κατακύρωσης, ως την τελική απόφαση της διαγωνιστικής διαδικασίας, το κύρος δε αυτής ελέγχεται παρεμπιπτόντως, κατά τον έλεγχο της τελικής αυτής απόφασης. Η προδικαστική προσφυγή, ως προς την ως άνω παραδεκτώς προσβαλλόμενη απόφαση, έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, μετ' εννόμου συμφέροντος και παραδεκτώς. Πέραιτέρω παραδεκτώς, μετ' εννόμου συμφέροντος και εμπροθέσμως έχει ασκηθεί και η παρέμβαση.

5. Επειδή, στην υπό κρίση διαδικασία έλαβε μέρος η προσφεύγουσα υποβάλλοντας προσφορά και για το είδος με α/α ... και περιγραφή «...»,

Αριθμός Απόφασης: 187/2024

ζητούμενο με ... Η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού στο από 05.10.2023 πρακτικό της για την αποσφράγιση του διαγωνισμού και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, έκρινε ότι δεν πληρούνται από την προσφεύγουσα τα ζητούμενα κριτήρια επιλογής και εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της. Το σκεπτικό της Επιτροπής ήταν το ακόλουθο: «Από την αξιολόγηση της Τεχνικής Προσφοράς αλλά και του ΕΕΕΣ της εταιρείας ... προέκυψε ότι η εν λόγω εταιρεία προσφέρει για τα είδη ... και ... Για το είδος ... προσφέρει ... στη ζητούμενη διάσταση ... προσφορά η οποία γίνεται τεχνικά αποδεκτή για το είδος ... Για το είδος ... όμως η προσφερόμενη διάσταση είναι ... και όχι η ζητούμενη ... προσφορά που κρίνεται τεχνικά μη αποδεκτή για το είδος ... Παράλληλα με αυτά τα δεδομένα και έπειτα από επανέλεγχο του ΕΕΕΣ της εταιρείας η επιτροπή διαπίστωσε ότι η εταιρεία δηλώνει ότι δεν είναι σε θέση να προσκομίσει συμβάσεις των τελευταίων τριών ετών από ... για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2 6 (υποπαράγραφος Β4 άρθρο 2.2.9.2 της Διακήρυξης «Αποδεικτικά Μέσα») και ότι δεν υπάρχουν πωλήσεις των προαναφερόμενων ειδών λόγω του ότι πρόκειται για νέα είδη που η εταιρεία άρχισε να τα διαθέτει εντός του έτους 2023. Δεδομένων των παραπάνω η Επιτροπή κρίνει ότι δεν πληρούνται τα ζητούμενα κριτήρια επιλογής γιατί δεν έχουν προσκομισθεί δικαιολογητικά απαιτούμενα από την Διακήρυξη ...2023 (συμβάσεις συναφούς αντικειμένου με ... τελευταίας τριετίας) με συνέπεια να πρέπει να απορριφθεί η Προσφορά της εταιρείας...». Το παραπάνω πρακτικό εγκρίθηκε με την απόφαση της .../27.10.2023 τακτικής συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., που επικύρωσε τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας και κατακύρωσε προσωρινά το κρίσιμο είδος στην εταιρεία ... που αναδείχθηκε μειοδότη για αυτό.

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016, «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», «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

Αριθμός Απόφασης: 187/2024

περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης...». Περαιτέρω, κατά τη διάταξη του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016: «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 4. Οσον 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. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. 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».

Αριθμός Απόφασης: 187/2024

7. Επειδή στη διακήρυξη του προβλέπονται τα εξής: 2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης , οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν / παρέχουν: Δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών , από τα οποία θα προκύπτει ότι το ύψος του συνολικού κύκλου εργασιών της επιχείρησης , κατά μέσο όρο για το ανωτέρω χρονικό διάστημα , είναι ίσο ή μεγαλύτερο της προϋπολογισθείσας δαπάνης της διακήρυξης .Αν ο οικονομικός φορέας λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας θα υποβάλλει δήλωση για όσο χρόνο λειτουργεί. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν τα παραπάνω ,κατά περίπτωση δικαιολογητικά, για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 19 του Ν. 4412/2016

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα 1) να διαθέτουν πιστοποιητικά που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας ή υπηρεσίες αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία (πιστοποιητικά) βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων, επαληθευόμενη με παραπομπές στις τεχνικές προδιαγραφές ή σε πρότυπα. Η αναθέτουσα αρχή αναγνωρίζει ισοδύναμα πιστοποιητικά από οργανισμούς εδρεύοντες σε άλλα κράτη - μέλη.

2) τις κυριότερες συμβάσεις προμηθειών που έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας

2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων – Υπεργολαβία

2.2.8.1. Στήριξη στην ικανότητα τρίτων Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή

Αριθμός Απόφασης: 187/2024

άλλων φορέων. 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. Στην περίπτωση που ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται να αποδεικνύουν, κατά τα οριζόμενα στις παραγράφους 2.2.9.1 και 2.2.9.2, ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση. 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσας, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα II το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1. Β.3 Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: συμβάσεις των τελευταίων τριών ετών από ... [...]

8. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και

Αριθμός Απόφασης: 187/2024

των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

9. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μάιου 2016, MT Højgaard και ZCiblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, UniversaleBau, C- 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

10. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς

Αριθμός Απόφασης: 187/2024

εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

11. Επειδή, περαιτέρω, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεν επιτρέπεται η μετά τη διενέργεια (ή κατά τη διάρκεια) διαγωνισμού τροποποίηση των όρων της διακηρύξεως που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που τον διέπει και η βάσει των νέων όρων αξιολόγηση ή αποκλεισμός των προσφορών που ήδη υποβλήθηκαν (πρβλ σχετ. Ε.Α. 179/2009 σκ.5). Ουσιώδης, θεωρείται όχι μόνον η απόκλιση υποβληθείσας προσφοράς από όρους της Διακηρύξεως που χαρακτηρίζονται ρητώς από αυτήν ως απαραίτατοι, αλλά και η έλλειψη ιδιότητας του προσφερομένου, προς προμήθεια, είδους, η οποία του στερεί την καταλληλότητα που απαιτείται για χρήση σύμφωνη με τον προορισμό του και που αποτελεί εξυπακουόμενη, ουσιώδη απαίτηση της εκάστοτε Διακηρύξεως (Αποφάσεις ΕΑ 720/2006, 725/2006, 1052/2008, 61/2011). Περαιτέρω, οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους, συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομισθούν νέα, κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη, στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας/προσόντος που ενώ, όχι μόνο δεν αποδείχθηκε, αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του Διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της και το Υπόμνημά της βάλλει κατά της νομιμότητας της προσβαλλομένης, ισχυριζόμενη μεταξύ άλλων τα εξής: «η Αναθέτουσα Αρχή απέκλεισε την εταιρεία μας από την διαγωνιστική διαδικασία βασιζόμενη στην δήλωση που είχαμε συμπεριλάβει

Αριθμός Απόφασης: 187/2024

στο ΕΕΕΣ που καταθέσαμε, προς προκαταρκτική απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής του διαγωνισμού και στην οποία αναφέραμε ότι: «ΔΕΝ ΥΠΑΡΧΟΥΝ ΠΩΛΗΣΕΙΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ ΚΑΤΑ ΤΟ ΔΙΑΣΤΗΜΑ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΚΑΘΩΣ ΕΙΝΑΙ ΝΕΑ ΕΙΔΗ ΤΑ ΟΠΟΙΑ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΜΑΣ ΞΕΚΙΝΗΣΕ ΝΑ ΠΡΟΣΦΕΡΕΙ ΚΑΤΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2023». Η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένα ερμηνεύει τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης περί υποχρέωσης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να αναφερθούν στις κυριότερες παραδόσεις του κρίσιμου είδους κατά την τελευταία τριετία ως ότι άνευ ετέρου αποκλείει την συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία οποιασδήποτε εταιρείας για πρώτη φορά δραστηριοποιείται στη συγκεκριμένη αγορά (...). Όμως μια τέτοια ερμηνεία του κρίσιμου όρου είναι προδήλως περιοριστική του ανταγωνισμού αφού αποκλείει νέες επιχειρήσεις ή και επιχειρήσεις που ενώ δραστηριοποιούνται χρόνια στην ευρύτερη αγορά των ... προϊόντων, προσφάτως, μόνο, άρχισαν να εμπορεύονται τα ζητούμενα είδη, όπως, ακριβώς, η εταιρεία μας».

13. Επειδή η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής.

14. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι πράγματι, όπως η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί, αυτή δήλωσε στο ΕΕΕΣ της προς προκαταρκτική απόδειξη της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής του διαγωνισμού και ειδικώς των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ότι «ΔΕΝ ΥΠΑΡΧΟΥΝ ΠΩΛΗΣΕΙΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ ΚΑΤΑ ΤΟ ΔΙΑΣΤΗΜΑ ΠΟΥ ΑΠΑΙΤΕΙΤΑΙ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΚΑΘΩΣ ΕΙΝΑΙ ΝΕΑ ΕΙΔΗ ΤΑ ΟΠΟΙΑ Η ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΜΑΣ ΞΕΚΙΝΗΣΕ ΝΑ ΠΡΟΣΦΕΡΕΙ ΚΑΤΑ ΤΟ ΕΤΟΣ 2023». Ωστόσο, όπως έχει παγίως κριθεί, η αναθέτουσα αρχή 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. Η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις

Αριθμός Απόφασης: 187/2024

προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Εν προκειμένω, από την αδιάστικη διατύπωση των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, τα οποία καθόρισε η Αναθέτουσα Αρχή κατ' εφαρμογή των οριζόμενων στο άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 που παρατίθεται στη σκέψη 6 της παρούσας, προέκυπτε, κατά σαφή τρόπο μη επιδεχόμενο άλλης ερμηνείας, η υποχρέωση προσκόμισης προηγούμενων συμβάσεων, ως αποδεικτικό στοιχείο εμπειρίας του προσφέροντος. Σε ουδένα δε σημείο της διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι το κριτήριο αυτό επιλογής είναι προαιρετικό ή ότι είναι αποδεκτή η πλήρωση μέρους μόνο των εν λόγω κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Επομένως, δεν καταλείπεται αμφιβολία στο μέσο επιμελή υποψήφιο ότι το συγκεκριμένο κριτήριο επιλογής ήταν υποχρεωτικό, ούτε, βέβαια, η Αναθέτουσα Αρχή, δύναται νομίμως να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε. Άλλωστε, δεν είναι παραδεκτή σε αυτό το στάδιο η έστω και έμμεση αμφισβήτηση εκ μέρους της προσφεύγουσας των όρων της διακήρυξης, υπό το πρόσχημα εσφαλμένης ερμηνείας αυτών κατά το στάδιο της αξιολόγησης, αφού τουλάχιστον περί της ρητής απαίτησης περί προσκόμισης προηγούμενων συμβάσεων ουδεμία αμφιβολία καταλείπεται και άρα ουδεμία ερμηνεία χωρεί, ιδίως δε τέτοια που να επιτρέπει την άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων. (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012). Κατ' ακολουθίαν όλων των ανωτέρω, νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για το ως άνω είδος, με την προαναφερόμενη αιτιολογία, απορριπτομένου ως αβασίμου του αντιθέτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής.

15. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, να γίνει δεκτή η παρέμβαση και να καταπέσει το παράβολο που η προσφεύγουσα κατέβαλε για την άσκηση της προσφυγής της.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 187/2024

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4-1-2024 και εκδόθηκε στις 24-1-2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η Γραμματέας

**ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ
α/α ΜΑΡΙΑ ΠΛΟΣΚΑ**