

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 16.05.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 687/17.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή της και να ακυρωθεί η με αριθμό 106/2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα (εφεξής η «προσβαλλόμενη») με θέμα «ΕΠΙΚΥΡΩΣΗ ΤΟΥ ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ ΝΟ 3 ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ LED ΣΕ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ € 140.730,00 ΜΕ ΤΟ Φ.Π.Α. ΚΑΙ ΟΡΙΣΤΙΚΗ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗ ΤΟΥ ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑΤΟΣ». Επίσης με την προσφυγή της αιτείται και την ακύρωση της υπ' αριθμό 88/2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα με τίτλο «Επικύρωση ή μη των πρακτικών Νο 1 & Νο 2 του διαγωνισμού «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ LED ΣΕ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...» προϋπολογισμού € 140.730,00 με το Φ.Π.Α.», η οποία εμπεριέχεται στην προσβαλλόμενη.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

### Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ύψους €603,75), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, 120.750,00€ άνευ ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθμό ... Διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την για την επιλογή Αναδόχου Προμήθειας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης με τίτλο: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ LED ΣΕ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...», εκτιμώμενης αξίας: 149.730,00 Ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η άνω Διακήρυξη καταχωρήθηκε την 15.11.2021 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό .... Στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν επτά (7) οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Περαιτέρω απορρίφθηκαν οι προσφορές των εξής εταιριών: α) «...», β) «...», ήτοι της προσφεύγουσας, γ) «...» και δ) «...» και αντιθέτως έγιναν δεκτές οι προσφορές των εξής εταιριών: α) «...», ήτοι της παρεμβαίνουσας, 1<sup>η</sup> στη σειρά μειοδοσίας β) «...», 2<sup>η</sup> στη σειρά μειοδοσίας και γ) «...», 3<sup>η</sup> στη σειρά μειοδοσίας. Με την υπ' αριθμό 88/2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα επικυρώθηκαν το από 09.03.2022 και 16.03.2022 πρακτικό Νο 1 & 2 αντίστοιχα, του εν θέματι διαγωνισμού και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, ενώ η προσφορά της προσφεύγουσας κρίθηκε απορριπτή διότι *«...όπως προκύπτει από την κατατεθειμένη δήλωση κατασκευαστή, δεν πληροί τον όρο «τα φωτιστικά πρέπει να μπορούν να λειτουργούν με ασφάλεια σε θερμοκρασία τουλάχιστον Ta 35°C ή μεγαλύτερη κατά EN60598»*. Τέλος, με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το από 12.04.2022 Πρακτικό Νο 3 και αποφασίσθηκε η οριστική κατακύρωση του εν θέματι διαγωνισμού στην παρεμβαίνουσα.

3.Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (άνευ Φ.Π.Α.), της φύσης της



απόψεων του αναθέτοντος φορέα, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον κλιμάκιο.

**8.**Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 16.05.2022 οπότε και από την επομένη εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 23.05.2022, και μετέννομου συμφέροντος αφού έχει αναδειχθεί ανάδοχος του εν λόγω διαγωνισμού.

**9.**Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή και η παρέμβαση νομίμως εισάγονται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου, είναι τύποις παραδεκτές και πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

**10.** Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Περαιτέρω, ενόψει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας, κάθε διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από την Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για την επιχειρηματική συμμετοχή του σε αυτόν, ώστε να μην είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου από την σε εξέλιξη διαδικασία, για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα (ΣΤΕ 53, 18, 19/2011, 3703/2010, 1329,1616, 1619/2008).

11.Επειδή, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

12.Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. 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. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

13.Επειδή το άρθρο 2.2.7 «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης» της οικείας Διακήρυξης ορίζει:

*«2.2.7.1) Βασική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό αποτελεί ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών του Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας, βάσει της ΔΕΠΕΑ/Γ/οικ.176381/06.07.2018 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ.Β' 2672),[...].»*

14.Επειδή το άρθρο 2.2.9 «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής» της οικείας Διακήρυξης ορίζει:

*«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.»*

**15.**Επειδή το άρθρο 104 Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζει: «1. Το δικαίωμα συμμετοχής, καθώς και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται: α) κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, με την υποβολή του ΕΕΕΣ, β) κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80 και γ) κατά την εξέταση της υπεύθυνης δήλωσης, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην περ. γ' της παρ. 3 του άρθρου 105, περί κατακύρωσης και σύναψης σύμβασης...».

**16.** Επειδή με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της ισχυριζόμενη ότι είναι μη νόμιμη αφού αντίκειται στις διατάξεις της διακήρυξης και στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016. Αναφορικά με τον οικείο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Στην οικεία Μελέτη, υπ' αριθ. ..., στα «**ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ**» στο άρθρο 1, ορίζεται: «...Τα φωτιστικά θα πρέπει να μπορούν να λειτουργούν με ασφάλεια σε θερμοκρασία τουλάχιστον  $T_a$  35οC ή μεγαλύτερη κατά EN 60598. Τεκμήριο αποτελεί η πιστοποίηση ... ή/και η πηγαία έκθεση δοκιμής αυτής...». Επίσης στην ίδια ως άνω Μελέτη, στην ενότητα «**ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΑ-ΕΓΓΥΗΣΕΙΣ**» ορίζεται πως ο προσφέρων θα προσκομίσει με την υποβολή της προσφοράς, τα παρακάτω πιστοποιητικά/έγγραφα για το είδος του φωτιστικού κορυφής:...3)Επίσημο έγγραφο δήλωση του κατασκευαστή του φωτιστικού που αναφέρει τον τύπο και τον κατασκευαστή του LED που χρησιμοποιεί, τη θερμοκρασία  $T_j/T_s$  στην οποία λειτουργεί το LED εντός του φωτιστικού καθώς επίσης την θερμοκρασία περιβάλλοντος  $T_a$ , για τη οποία αναφέρονται τα προηγούμενα δεδομένα και για όλα τα επιμέρους τεχνικά χαρακτηριστικά τα οποία δεν είναι εμφανή στα επίσημα τεχνικά φυλλάδια του». Η προσφεύγουσα με την προσφορά της προσκόμισε το υπ' αριθ. ... πιστοποιητικό ... του φορέα πιστοποίησης «...», αναγράφει ρητά ότι το φωτιστικό δοκιμάστηκε σύμφωνα με τις απαιτήσεις του προτύπου EN60598 και ότι εκδόθηκε επί τη βάση της πηγαίας έκθεσης δοκιμής (test report) με αριθμό ... Μεταξύ των στοιχείων το πιστοποιητικό ... αναφέρεται συνήθως και στη θερμοκρασία περιβάλλοντος ( $T_a$ ) για την ασφαλή λειτουργία του φωτιστικού. Πλην όμως στο προσκομισθέν από την προσφεύγουσα επίμαχο πιστοποιητικό ... δεν υπάρχει τέτοια αναφορά, όπως ομολογεί στην προσφυγή της. Ωστόσο η προαναφερόμενη υπ' αριθ. ...έκθεση δοκιμής, επί

της οποίας εκδόθηκε το προσκομισθέν από εκείνην πιστοποιητικό ... δεν υποβλήθηκε με την προσφορά της, όπως ομολογεί στην προσφυγή της. Όπως όμως προκύπτει από το προσκομισθέν εκ μέρους της προσφεύγουσας πιστοποιητικό ... η θερμοκρασία Ta δεν αναφέρεται, και ως εκ τούτου εξάγεται αυτόματα το συμπέρασμα πως η θερμοκρασία Ta είναι 25οC, καθώς είναι η θερμοκρασία βάσης των δοκιμών κατά EN 60598. Εάν το προσφερόμενο φωτιστικό είχε δοκιμαστεί για υψηλότερη θερμοκρασία Ta, τότε αυτή θα αναγράφονταν υποχρεωτικά στο πιστοποιητικό .... Περαιτέρω, νομίμως δεν ζητήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα συμπληρωματικά η προσκόμιση της έκθεσης δοκιμής του πιστοποιητικού ..., καθώς η προσφορά της προσφεύγουσας δεν ήταν σύμφωνη με τις τεχνικές απαιτήσεις και όρους της διακήρυξης. Ειδικώς ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας πως η έκθεση δοκιμών προβλέπεται προαιρετικά και όχι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθώς εφόσον από το προσκομισθέν εκ μέρους της πιστοποιητικό ... η θερμοκρασία Ta δεν αναφέρεται, έπρεπε να προσκομίσει επί ποινή αποκλεισμού έκθεση δοκιμών προς απόδειξη της θερμοκρασίας *«τουλάχιστον Ta 35οC ή μεγαλύτερη κατά EN 60598»*, αφού στην οικεία Μελέτη, υπ' αριθ. ..., στα «ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ» στο άρθρο 1, ορίζεται: *«...Ta φωτιστικά θα πρέπει να μπορούν να λειτουργούν με ασφάλεια σε θερμοκρασία τουλάχιστον Ta 35οC ή μεγαλύτερη κατά EN 60598. Τεκμήριο αποτελεί η πιστοποίηση ... ή/και η πηγαία έκθεση δοκιμής αυτής...»*. Περαιτέρω οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί εφαρμογής του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, είναι απορριπτέοι καθώς ουδεμία ασάφεια υπήρξε, αλλά η τεχνική προσφορά της δεν πληρούσε τις τεχνικές προδιαγραφές. Άλλωστε, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις 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).

Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ (βλ. ενδεικτικά απόφαση του ΔΕΕ της 29.4.2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκ. 108-111), η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου διαγωνιζόμενου. Εν προκειμένω, η προσφορά της προσφεύγουσας είναι απορριπτέα ως μη πληρούσα τις τεχνικές προδιαγραφές και δεν υπήρχε δυνατότητα περί κλήσης για το πρώτον υποβολή εγγράφων που, επί ποινή αποκλεισμού, θα έπρεπε να είχε υποβάλει με την προσφορά της, καθότι τούτο θα οδηγούσε σε μη νόμιμη υποβολή νέας προσφοράς. Επιπλέον και από την έκθεση δοκιμής του πιστοποιητικού ... (με αριθμό ...) συνάγεται η απόκλιση της προσφοράς της προσφεύγουσας από τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές, καθώς προκύπτει πως τα φωτιστικά έχουν θερμοκρασία  $T_a$  25°C σύμφωνα με το EN 60598. Συγκεκριμένα στο πεδίο 3.12. (12.3) «ENDURANCE TESTS AND THERMAL TESTS», στη σελίδα 23 της έκθεσης δοκιμής, αναγράφεται πως η θερμοκρασία της δοκιμής Endurance test που πραγματοποιήθηκε είναι 35°C. Κατά τις νομίμως κατατεθειμένες απόψεις του αναθέτοντος φορέα: «*Τεκμήριο το πρότυπο EN 60598: Αναφορικά με την δοκιμή Endurance Test εδάφιο 12.3 του προτύπου EN 60598-1 και συγκεκριμένα το 12.3.1 Test*

*a) The luminaire shall be mounted in a thermal enclosure with means for controlling the ambient temperature within the enclosure. The luminaire shall*

*be positioned on a similar supporting surface (and in the same operating position) as for the normal operation thermal test (see 12.4.1). b) The ambient temperature within the enclosure shall be maintained within  $\pm 2$  °C of  $(t_a + 10)$  °C during the test;  $t_a$  is 25 °C unless otherwise marked on the luminaire», καταλήγοντας στο συμπέρασμα πως: «Συνεπώς με βάση το σημείο b) του προτύπου η θερμοκρασία  $T_a$  του προσφερόμενου φωτιστικού είναι  $35-10=25$  C και ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας σύμφωνα με το 1ο πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού. Περαιτέρω απόδειξη του ανωτέρω αποτελεί και η σελίδα 31 του σχετικού 4 της προσφυγής της εταιρείας, όπου όλες οι επιμέρους θερμοκρασίες των εσωτερικών εξαρτημάτων μετρούνται σε θερμοκρασία 25o C», γνομένων δεκτών των ισχυρισμών του αναθέτοντος και απορριπτομένων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως η θερμοκρασία που αναφέρεται στην από 21.12.2021 δήλωση του κατασκευαστή των προσφερόμενων από εκείνη προϊόντων , «.....», αφορά τα τεχνικά χαρακτηριστικά του ημιαγωγού παραγωγής του φωτός (led-chip) και όχι το ίδιο το φωτιστικό, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθώς στο «σώμα» της ως άνω δήλωσης κατασκευαστή αναγράφεται «...θερμοκρασία του Led μέσα στο φωτιστικό: 43.4....θερμοκρασία περιβάλλοντος:  $T_a$  24.8...», και άρα η θερμοκρασία αναφέρεται στο φωτιστικό κα όχι στο led chip, απορριπτομένων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Τέλος, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δια του υπομνήματός της για τη θερμοκρασία περιβάλλοντος  $T_a$ , στην οποία όταν επενεργεί η θερμοκρασία αυξάνεται, καθώς και όλοι οι υπολογισμοί (προσθέσεις, αφαιρέσεις κλπ) επί τους οποίους προβαίνει είναι απορριπτέοι ως αυθαίρετοι, αφού στηρίζονται σε κατ'επιλογήν δικά της αριθμητικά δεδομένα, ενώ είναι και αναπόδεικτοι. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, είναι απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ενώ αντιθέτως είναι δεκτοί οι ισχυρισμοί του αναθέτοντος πως νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία αυτή. Κατ'ακολουθία ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.*

**17.** Επειδή με το δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας επικαλούμενη πως η προσφορά της έπρεπε να απορριφθεί, καθώς δεν προσκομίσθηκε εκ μέρους

της πιστοποιητικό εγγραφής στο Μητρώο Ε.Ε.Υ, αλλά και ούτε προκύπτει ότι η εταιρία είναι εγγεγραμμένη στο εν λόγω Μητρώο. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής από τα στοιχεία του φακέλου, προκύπτουν τα εξής: Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς και των δικαιολογητικών κατακύρωσης της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι εκείνη δεν προσκόμισε σε κανένα από τα στάδια του διαγωνισμού βεβαίωση εγγραφής στο Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών του Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας βάσει της ΔΕΠΕΑ/Γ/οικ.176381/06.07.2018 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ.Β'2672), η οποία προβλεπόταν ρητώς από τον όρο 2.2.7.1 σύμφωνα με τον οποίο «Βασική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό αποτελεί ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών του Υπουργείου Περιβάλλοντος και Ενέργειας, βάσει της ΔΕΠΕΑ/Γ/οικ.176381/06.07.2018 Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ.Β' 2672),[...]». Οι δε ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας πως «...η εγγραφή στο «Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών» δεν αποτελεί πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητα ή περιβαλλοντικής διαχείρισης... Επειδή η συγκεκριμένη προμήθεια είχε ως κριτήριο την οικονομικότερη προσφορά και δεν αφορά σύμβαση ΣΕΑ: Σύμβαση Ενεργειακής Απόδοσης, σύμφωνα με τον ορισμό του άρθρου 3 του ν. 4342/2015 και το άρθρο 16 του ν. 3855/2010, όπου και θα υπήρχε αξιολόγηση βάση ενεργειακής εξοικονόμησης...» τυγχάνουν απορριπτέοι ως ανεπικαίρως προβαλλόμενοι και άρα απαράδεκτοι, διότι η παρεμβαίνουσα δεν αμφισβήτησε επικαίρως το συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης και μετείχε στον εν θέματι διαγωνισμό άνευ επιφύλαξης, αποδεχόμενη ούτως τον όρο αυτόν, απορριπτομένων των οικείων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Άλλωστε η παροχή έννομης προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο σύμφωνα με την αρχή του επικαίρου της τηρήσεως των σχετικών διαδικασιών ρητώς εδράζεται και στις διατάξεις του Ν.4412/2016, καθώς προβλέπεται αποκλειστική προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της βλαπτικής για τον προσφεύγοντα πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΑΕΠΠ 440/2018). Κατά τα παγίως, δε, κριθέντα, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της κατά στάδια προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως

(ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού, εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Περαιτέρω οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας πως: *«Επειδή στην παράγραφο 1. 4 της διακήρυξης, θεσμικό πλαίσιο, βάση του οποίου διεξάγεται η συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, πουθενά δεν αναφέρεται η υπουργική απόφαση σχετικά με την υποχρέωση εγγραφής των οικονομικών φορέων στο μητρώο επιχειρήσεων ενεργειακών υπηρεσιών... η μη προσκόμιση βεβαίωση εγγραφής στο Μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών δεν μπορεί να αποτελέσει λόγω αποκλεισμού για οποιαδήποτε εταιρεία που υπέβαλε προσφορά στην συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία»* είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι, καθώς στην ίδια παράγραφο της οικείας διακήρυξης, ήτοι την 1.4, που επικαλείται η παρεμβαίνουσα προβλέπεται πως *«...σε εκτέλεση των ανωτέρω νόμων εκδοθεισών κανονιστικών πράξεων, των λοιπών διατάξεων που αναφέρονται ρητά ή απορρέουν από τα οριζόμενα στα συμβατικά τεύχη της παρούσας, καθώς και του συνόλου των διατάξεων του ασφαλιστικού, εργατικού, κοινωνικού, περιβαλλοντικού και φορολογικού δικαίου που διέπει την ανάθεση και εκτέλεση της παρούσας σύμβασης, έστω και αν δεν αναφέρονται ρητά παραπάνω»*, και επομένως η επίμαχη ΔΕΠΕΑ/Γ/οικ.176381/06.07.2018 Υπουργική Απόφαση ρητώς προβλεπόταν στον όρο 2.2.7.1), ούτως εντασσόμενη νομίμως στο οικείο κανονιστικό πλαίσιο του εν θέματι διαγωνισμού, χωρίς παράλληλα να πρέπει να αναφέρεται και στην παράγραφο 1.4 της διακήρυξης, απορριπτομένων των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα δεν περιλαμβάνεται στον κατάλογο «Εγγεγραμμένων Επιχειρήσεων», όπως είναι αυτός διαθέσιμος στο διαδίκτυο (με τελευταία ενημέρωση τον Απρίλιο του 2022), γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και του αναθέτοντος φορέα, αποδεικνυόμενης ούτως της μη πλήρωσης του επίμαχου κριτηρίου του όρου 2.2.7.1) της διακήρυξης εκ μέρους της παρεμβαίνουσας. Τούτων δοθέντων, η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθεί

λόγω παράλειψης προσκόμισης της επίμαχης βεβαίωσης εγγραφής στο μητρώο Επιχειρήσεων Ενεργειακών Υπηρεσιών κατά παράβαση του όρου 2.2.7.1), αλλά και της ουσιαστικής μη εγγραφής της συγκεκριμένης εταιρείας στο εν λόγω μητρώο, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και του αναθέτοντος, και απορριπτομένων των περιαντιθέτου ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Ενόψει των ανωτέρω ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

**18.** Επειδή η εξέταση του λόγου της προσφυγής κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας σχετικά με την πιστοληπτική ικανότητα παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι οι ως άνω πλημμέλειες της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς του και την ακύρωση της προσβαλλόμενης (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 1374/2019. 782/2020).

**19.** Επειδή με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της «...» επικαλούμενη πως έπρεπε να απορριφθεί και για τον λόγο πως *«Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, αποδεχόμενη με την υπ' αριθ. 88/2022 απόφασή της, το υπ' αριθ. 1ο πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού απέρριψε μεταξύ άλλων την τεχνική προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...» ως μη σύμφωνη με τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της προκήρυξης, διότι, όπως προκύπτει από την κατατεθειμένη πιστοποίηση ..., δεν πληρείται ο όρος «τα φωτιστικά πρέπει να μπορούν να λειτουργούν με ασφάλεια σε θερμοκρασία τουλάχιστον Ta 35°C ή μεγαλύτερη κατά EN60598». Ως προς τον παρόντα λόγο απόρριψης της προσφοράς της εν λόγω εταιρίας θα μπορούσαν ενδεχομένως να αναφερθούν όσα σημειώνουμε ανωτέρω στον 1ο λόγο της προσφυγής μας....Το προσφερόμενο όμως από την εταιρία «...», το οποίο φέρει την ονομασία ... με κατανομή TYPE I, προσφέρει ασύμμετρη κατανομή φωτός ως προς τα επίπεδα C90/270 και C0/180...».* Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Η προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα απορρίφθηκε με την εξής αιτιολογία: *«Η προσφορά του οικονομικού φορέα «...»: δεν είναι σύμφωνη με τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της προκήρυξης, διότι, όπως προκύπτει από την κατατεθειμένη πιστοποίηση*

..., δεν πληρείται ο όρος «τα φωτιστικά πρέπει να μπορούν να λειτουργούν με ασφάλεια σε θερμοκρασία τουλάχιστον  $T_a$  35oC ή μεγαλύτερη κατά EN60598». Ως εκ τούτου, η προσφορά κρίνεται ως απαράδεκτη και συνεπώς απορρίπτεται». Συνεπώς οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας προβάλλονται απαραδέκτως, χωρίς έννομο συμφέρον, καθόσον κατατείνουν στην τροποποίηση της προσβαλλομένης απόφασης και ίδια στην προσθήκη αιτιολογιών κατ' αποδοχή των περαιτέρω λόγων απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «... . Όμως, εφόσον η επίμαχη προσφορά έχει απορριφθεί με την προσβαλλόμενη για ορισμένο λόγο, η προσφεύγουσα δεν έχει έννομο συμφέρον ούτε και δύναται να αξιώσει την απόρριψη της προσφοράς για άλλον διαφορετικό ή για επιπρόσθετο διαφορετικό λόγο. Τέλος, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 1 και 2 ν. 4412/2016, και του άρθρου 18 παρ. 4 του ΠΔ 39/2017, σε κάθε περίπτωση εκφεύγει της αρμοδιότητάς της ΑΕΠΠ, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, η τροποποίηση της προσβαλλόμενης πράξης και ίδια συμπλήρωση των αιτιολογιών της, όπως ουσιαστικά εν προκειμένω ζητείται με τον τρίτο λόγο της προσφυγής. Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος.

**20.** Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή. Να απορριφθεί η παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος έκρινε δεκτή την παρεμβαίνουσα και την ανέδειξε ανάδοχο του εν θέματι διαγωνισμού.

**21.** Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.  
Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Αριθμός Απόφασης: 1019 /2022

Ακυρώνει την με αριθμό 106/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Πετρούπολης, καθ' ο μέρος έκρινε δεκτή την παρεμβαίνουσα και την ανέδειξε ανάδοχο του εν θέματι διαγωνισμού.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε στις 05 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ**