

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 13-7-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Μαργαρίτα Κανάβα, σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 10-6-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1186/11-6-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (πρώτος προσφεύγων), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Και την από 11-6-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1197/14-6-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (δεύτερος προσφεύγων), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με τις ως άνω προδικαστικές προσφυγές, οι προσφεύγοντες ζητούν την ακύρωση της διακήρυξης διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης με αρ. 2582/31-05-2021 για τα «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΚΑΙ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΜΟΝΑΔΩΝ ΑΦΑΛΑΤΩΣΗΣ ΣΤΟΥΣ ΟΙΚΙΣΜΟΥΣ ...ΚΑΙ ...», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 1.387.096,77 ευρώ ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 31-5-2021 με Μοναδικό ΑΔΑΜ Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 28-6-2021 Απόψεις της κατά των δύο προσφυγών, ο δε πρώτος και δεύτερος προσφεύγων τα από 28-6-2021 και 2-7-2021, αντιστοίχως, υπομνήματά τους.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής κατεβλήθηκατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 καιάρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 6.935,48 ευρώ και για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής, παράβολο με αρ. ...και ποσού 6.935,50 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούνταιι από 10-6-2021 και 11-6-2021 αντιστοίχως, προσφυγές κατά της από 31-5-2021 δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξης, δια της οποίας προσφυγής κάθε προσφεύγων επικαλείται διακινδύνευση αποκλεισμού και λυσιτέλειας συμμετοχής του, ως και ιδιαίτερη δυσχέρεια συμμετοχής του, ως και αδυναμία ή ιδιαίτερη δυσχέρεια σύνταξης και προετοιμασίας λυσιτελούς προσφοράς, λόγω των προσβαλλόμενων όρων, ασαφειών, αντιφάσεων και αοριστιών, ως και λόγω του επικαλούμενου ως παράνομου, καθεστώτος προκήρυξης της διαδικασίας κατ' άρ. 117 Ν. 4412/2016, που έχει εκτός των άλλων και ως αποτέλεσμα την απομείωση του χρόνου προετοιμασίας και την προθεσμία υποβολής προσφορών, αυτονόητα δυσχεραίνοντας, σε σχέση με τα επικαλούμενα, εκ του νόμου δικαιώματά τους, τη συμμετοχή τους.Εξάλλου, μετ' εννόμου συμφέροντος ο πρώτος προσφεύγων βάλλει κατά της πρόβλεψης άσκησης ενστάσεων και όχι προδικαστικών προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ, αφού τούτο προδήλως απομειώνει το επίπεδο απολαμβανόμενης από αυτόν προδικαστικής προστασίας και κατοχύρωσης των δικονομικών του δικαιωμάτων, περιλαμβάνοντας και δικαίωμα διοικητικής προστασίας ενώπιον οργάνου με αυξημένα εχέγγυα αμεροληψίας και εξειδίκευσης (σκοπός άλλωστε, θέσπισης των περί ΑΕΠΠ διατάξεων του ΒΙΒΛΙΟΥ ΙVN. 4412/2016). Σε αντίθεση δε, με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η διαδικασία νομίμως προκηρύχθηκε κατ' άρ. 117 Ν. 4412/2016, κατά συνέπεια τυχόν ορθής υπαγωγής της στο άρ. 50 Ν. 4487/2017, υπόθεση που όπως προκύπτει κατωτέρω είναι και η ίδια εσφαλμένη ούτως ή άλλως, πάντως και

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

πάλι τούτο δεν εξαιρεί τη διαδικασία από το ΒΙΒΛΙΟ IV Ν. 4412/2016 και άρα, και την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ως και τη δυνατότητα άσκησης προδικαστικής προσφυγής. Τούτο διότι ακόμη και αν θεωρηθεί ότι βάσει του άρ. 50 Ν. 4487/2017 εφαρμόζεται το άρ. 117 Ν. 4412/2016, το άρ. 50 παρ. 5 Ν. 4487/2017 ορίζει πως «εφαρμόζονται τα οριζόμενα στο άρθρο 117 του ν. 4412/2016», αναφερόμενο ούτως αποκλειστικά και ειδικά στη διάταξη αυτή και τις διατάξεις περί ακολουθούμενης διαδικασίας δημοπράτησης που εκεί προβλέπονται, χωρίς να προβλέπεται καμία εκεί δικονομική διάταξη. Ουδόλως δε, λαμβάνει χώρα παραπομπή στην όλη ΕΝΟΤΗΤΑ 3 ΤΜΗΜΑ IV ΤΙΤΛΟΥ 3 ΜΕΡΟΥΣ Α ΒΙΒΛΙΟΥ I Ν. 4412/2016, άρ. 116-128 Ν. 4412/2016 ούτε στο άρ. 127 Ν. 4412/2016 περί ενστάσεων. Άλλωστε, το άρ. 127 Ν. 4412/2016, που είναι και αυτό που περιλαμβάνει δικονομικές διατάξεις, αναφέρεται ρητά και ειδικά σε Ενστάσεις που ασκούνται κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων «με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ» (χωρίς Φ.Π.Α.) - Παράβολο -«Δικαστική Προστασία.», δηλαδή ορίζει ποσοτικό όριο περί της εκτιμώμενης αξίας της διαδικασίας, ως προς την εφαρμογή του (άρ. 127 παρ. 1 «1. «Για δημόσιες συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.)»), χωρίς καμία παραπομπή εν γένει στο άρ. 117 Ν. 4412/2016 ούτε σε κάθε διαδικασία, μεγαλύτερης αξίας, όπου το άρ. 117 Ν. 4412/2016 εφαρμόζεται κατ' εξαίρεση. Ούτε το άρ 50 Ν. 4487/2017 παραπέμπει στο άρ. 127 Ν. 4412/2016, αλλά ούτε το άρ. 117 Ν. 4412/2016 περιλαμβάνει κάποια ρήτρα γενικής εφαρμογής σε κάθε είδους διαδικασία που διέπει, επί του άρ. 127 Ν. 4412/2016. Άρα, ακόμη και αν (εσφαλμένα, βλ. κατωτέρω) υποθεθεί ότι διενεργείται συνοπτικός διαγωνισμός στην προκείμενη διαδικασία, κατ' άρ. 117 Ν. 4412/2016, ουδόλως τούτο συνεπάγεται και τη σε δικονομικό επίπεδο ρύθμιση της διαδικασίας, βάσει του άρ. 127 Ν. 4412/2016. Εξάλλου, κατ' άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 περί πεδίου εφαρμογής του όλου Βιβλίου IV, ορίζεται πως «1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους.» και άρα, καταλαμβάνει κάθε διαδικασία, ανεξαρτήτως φύσης αυτής, δια μόνης της πληρώσεως του κριτηρίου εκτιμώμενης αξίας. Τελεί δε σε αρμονική συστηματική συνέπεια η ως άνω διάταξη του άρ. 345 με το ως άνω άρ. 127, μεταξύ τους αλληλοσυμπληρούμενες, βάσει αποκλειστικά και μόνο, όσον αφορά τα δικονομικά δικαιώματα των οικονομικών φορέων, ως και προφανώς τα αρμόδια επιμέρους όργανα για τη διοικητική τους προστασία, την εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία, η οποία αν είναι μικρότερη ή ίση των 60.000 ευρώ άγει τη διαδικασία σε υπαγωγή στο άρ. 127 και αν είναι μεγαλύτερη των 60.000 ευρώ, άγει τη διαδικασία σε υπαγωγή στο Βιβλίο IV. Ουδόλως δε τα ως άνω αναιρούνται από οιαδήποτε ευθεία ή αναλογική εφαρμογή, βάσει εξαιρετικών ρυθμίσεων εκτός του Ν. 4412/2016, διατάξεων του τελευταίου περί της διαδικασίας δημοπράτησης και ανάθεσης, άλλων από τις καταρχήν αρμόζουσες λόγω της αξίας της ή παρέκκλισης ως προς τα καταρχήν οριζόμενα εκ του Ν. 4412/2016, εφόσον άλλωστε, οι εξαιρετικές συναφείς ρυθμίσεις, όπως και αυτή του άρ. 50 Ν. 4487/2017, ουδόλως ρυθμίζουν ευθέως ή κατά παραπομπή σε περαιτέρω διάταξη, τα δικονομικά δικαιώματα των οικονομικών φορέων, την προδικαστική και δικαστική προστασία τους και τα αρμόδια προς τούτο όργανα απονομής τους. Επομένως, εσφαλμένα η αναθέτουσα επικαλείται μη υπαγωγή της επίδικης διαφοράς στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ενώ άλλωστε, αλυσιτελώς επικαλείται την κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω ομοίως παράνομη πρόβλεψη του άρ. 3.4 της διακήρυξης, που ορίζει ότι «Ενστάσεις κατά της διακήρυξης του διαγωνισμού και κατά πράξεων της αναθέτουσας αρχής υποβάλλονται σύμφωνα με το άρθρο 127 του Ν. 4412/2016», αφού αφενός ο όρος αυτός έχει ήδη προσβληθεί και είναι, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του πρώτου προσφεύγοντος, ακυρωτέος, ως μη νόμιμος, αφετέρου ούτως ή άλλως, η διακήρυξη δεν δύναται νομίμως να ρυθμίζει το δικονομικό καθεστώς της διαδικασίας και την αρμοδιότητα οργάνων εξέτασης διοικητικών βοηθημάτων περί αυτής, κατά διαφορετικό τρόπο, σε σχέση με τον εκ του νόμου, οριζόμενο (ΔΕφΠειρ Ν128/2018, ΕΑ ΣΤΕ 26/2015, 1012/2009, 699/2009, 381/2008, 1130/2007). Εξάλλου, προεχόντως είναι παράνομος ο ως άνω όρος

3.4 της διακήρυξης, ως και ο συναφής περί ένστασης 2.1.3, αφού, όπως προκύπτει κατωτέρω, η διαδικασία δεν υπάγεται στο άρ. 50 Ν. 4487/2017 και άρα, ούτε στο άρ. 117 Ν. 4412/2016, ούτως ή άλλως.Επομένως, οι προσφυγές πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία, ανεφάρμοστες, αλλά και ειδικώς και ακυρωτές δε τυγχάνουν οι μη νόμιμες προβλέψεις της διακήρυξης που ορίζουν δικαίωμα ένστασης ενώπιον της αναθέτουσας, ως και αποκλείουν το δικαίωμα άσκησης προδικαστικής προσφυγής, ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, το άρ. 50 Ν. 4487/2017, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, ορίζει σχετικά με την «Προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων ασφατάωσης», ότι «1. Μέχρι την 31.12.2022, επιτρέπεται η προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία μονάδων παραγωγής νερού ύδρευσης μέσω ασφατάωσης, με δυναμικότητα μικρότερη από 2.000 κ.μ./ημέρα, για την εξυπηρέτηση επείγουσών και βραχυχρόνιων αναγκών υδροδότησης νησιών αρμοδιότητας της Γενικής Γραμματείας ...του Υπουργείου ..., όπως αυτή καθορίζεται με το άρθρο 12 του ν. 4597/2019 (Α` 35).... 3. Φορέας εκμετάλλευσης των φορητών μονάδων παραγωγής νερού του παρόντος άρθρου μπορεί να είναι είτε κρατικός φορέας, όπως ορίζεται στην παρ. 6 του άρθρου 1 του ν. 1256/1982 (Α` 65), είτε Οργανισμός Τοπικής Αυτοδιοίκησης (ΟΤΑ). Η λειτουργία φορητών μονάδων παραγωγής νερού από τους φορείς του προηγούμενου εδαφίου γίνεται, κατά παρέκκλιση των διατάξεων περί πολεοδομικής και περιβαλλοντικής αδειοδότησης και των νόμων 4014/2011 (Α` 209) και 3982/2011 (Α` 143).... 5. Για την προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία των μονάδων του παρόντος άρθρου εφαρμόζονται τα οριζόμενα στο άρθρο 117 του ν. 4412/2016 (Α` 147), ανεξάρτητα από την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης.... 6. Οι φορητές μονάδες του παρόντος άρθρου απομακρύνονται εντός δέκα (10) ημερών από τη λήξη της προθεσμίας της παρ. 1, εφόσον δεν έχουν αποκτήσει άδεια εγκατάστασης και λειτουργίας». Άρα, η ως άνω εξαιρετική διάταξη περιορίζεται αποκλειστικά, όπως άλλωστε κάθε απόκλιση και εξαίρεση από τον κανόνα, ήτοι την εφαρμογή των κοινών διατάξεων του Ν. 4412/2016, στο πλαίσιο των συμβατικών αντικειμένων που ρητά ανωτέρω ορίζονται, ήτοι «προσωρινής εγκατάστασης και λειτουργίας»

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

φορητών μονάδων παραγωγής νερού ύδρευσης μέσω αφαλάτωσης για την εξυπηρέτηση ειδικώς και μόνο «επείγουσών και βραχυχρόνιων αναγκών υδροδότησης νησιών...». Άρα, κρίσιμη προϋπόθεση υπαγωγής της διαδικασίας στο ως άνω εξαιρετικό καθεστώς είναι ο όλως προσωρινός χαρακτήρας και η στόχευση στην εξυπηρέτηση επείγουσών και βραχυχρονίων προβλημάτων υδροδότησης, ήτοι εξαιρετικές και κυρίως επείγουσες κοινωνικές συνθήκες που αποτελούν το δικαιολογητικό έρεισμα της οικείας εξαίρεσης, επί τω τέλει αντιμετώπισης άμεσων αναγκών για σύντομο χρόνο, προς αποσόβηση των οικείων κινδύνων. Εξ ου και η ανωτέρω διάταξη αναφέρεται σε φορητές μονάδες. Προδήλως, η ως άνω διάταξη δεν συνιστά μέσο κάλυψης τακτικών αναγκών και μακροχρόνιου προγραμματισμού και σχεδιασμού υδροδότησης ούτε ιδρύει ειδικό καθεστώς για κάθε εν γένει έργο εγκατάστασης και λειτουργίας μονάδων αφαλάτωσης, εφόσον εκφεύγει ο σκοπός και το αντικείμενο του της αντιμετώπισης αυτών των όλως επείγουσών και βραχυχρόνιων αναγκών. Εν προκειμένω, το συμβατικό αντικείμενο, όπως προκύπτει και με τη με αρ. 362/2021 και τη με αρ. 20/2020 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής, αντιστοίχως για υποβολή αιτήματος δέσμευσης προϋπολογισμού και έγκρισης μελέτης προμήθειας για σύνταξη σχεδίου Προγραμματικής σύμβασης, αφορά την προμήθεια, εγκατάσταση και λειτουργία τριών (3) μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού δυναμικότητας 300κ.μ./ημέρα εκάστη, με διάρκεια της σύμβασης έως και το 2023, για το οποίο υφίσταται πίστωση, ήτοι για άνω των 2 ετών, με βάση τεχνική μελέτη του 2019 (72/2019), αντικείμενο δηλαδή, που ουδόλως είναι βραχυχρόνιου χαρακτήρα, σκοπεύει στην αντιμετώπιση επείγουσών και άμεσων αναγκών βραχυχρόνιου διαστήματος ούτε προδήλως είναι «προσωρινή» η σχετική εγκατάσταση, αλλά σκοπεύει στην εξυπηρέτηση χρονικά εκτεταμένων και διαρκούς χαρακτήρα αναγκών της αναθέτουσας και υλοποίησης μακροχρόνιου προγραμματισμού υδροδότησης, το αυτό δε ισχύει και για τις υπηρεσίες λειτουργίας των μονάδων που ομοίως προφανώς εκτείνονται σε ευρύ χρονικό πλαίσιο και ουδόλως έχουν προσωρινό χαρακτήρα ή σκοπούν σε εξυπηρέτηση επείγουσών και βραχυχρονίων αναγκών. Τούτο επιρρωνύεται και από τον όρο 6.6 της προσβαλλομένης

διακήρυξης και το άρ. 7 του σχεδίου σύμβασης, περί εγγυημένης λειτουργίας τουλάχιστον 1 έτους από την παραλαβή, Εξάλλου, το ίδιο προκύπτει και από επιμέρους εργασίες του αντικειμένου, περί δενδροφυτεύσεων και διαμόρφωσης περιβάλλοντος χώρου και κατασκευή μόνιμης τσιμεντένιας βάσης έδρασης, που προδήλως συμπληρώνουν τον μακροχρόνιο χαρακτήρα της εγκατάστασης. Περαιτέρω, κατά την υπ' αριθμ. 20/2020 Απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου του Δήμου ... (συνεδρίαση 3/2020), η μελέτη του επίμαχου Διαγωνισμού είχε συνταχθεί ήδη από τον Οκτώβριο του 2019, ομοίως, δε, τότε συντάχθηκε το τεύχος της Αναλυτικής Περιγραφής του φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης, όπως και η Γενική και Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων (Παράρτημα Ι της Διακήρυξης), γεγονός που αποδεικνύει ότι ουδόλως είναι δυνατόν η υπό ανάθεση σύμβαση να ανταποκρίνεται σε επείγουσες και βραχυπρόθεσμες ανάγκες, ενώ οι ανάγκες αυτές στοιχειοθετούνταν και ήταν γνωστές ήδη προ 2 και ήμισυ έτη νωρίτερα και εξακολουθούν και ενώ άλλωστε, η έννοια του άρ. 50 Ν. 4487/20017 είναι να επιτρέψει την επιταχυμένη αντιμετώπιση τέτοιων επειγουσών αναγκών, αντιμετώπιση που δια της ανωτέρω χρονοτριβής, ως και της εξακολούθησης πάντως του ενδιαφέροντος της αναθέτουσας στην κάλυψή τους, τεκμηριώνει πως δεν είχαν επείγοντα ή βραχυπρόθεσμο ή προσωρινό χαρακτήρα, αλλά ούτε ότι δικαιολογείται η σχετική βλάβη στον ανταγωνισμό δια της περικοπής των προθεσμιών υποβολής προσφορών, προς τον σκοπό επιτάχυνσης κάλυψής τους. Ουδόλως δε τα ανωτέρω αναιρούνται από τους κατά τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας χρονοβόρα διαδικασία σύναψης προγραμματικής σύμβασης για τη χρηματοδότηση του έργου, αφού τούτο δεν αναιρεί το αντικειμενικό γεγονός ότι οι ανάγκες παρά την παρέλευση του διαστήματος αυτού παραμένουν ίδιες και άρα δεν είναι βραχυπρόθεσμες και επείγουσες, ενώ επιπλέον η αναθέτουσα σκοπεί να καλύψει ανάγκες της ως το 2023, με συνέπεια αλυσιτελώς να επικαλείται άμεσες ανάγκες του τρέχοντος θέρους, το οποίο άλλωστε ήδη έχει παρέλθει σε μεγάλο βαθμό (και ενώ μόνος του ο χρόνος παράδοσης κατ' άρ. 1.3 διακήρυξης και άρ. 8 σχεδίου σύμβασης ανέρχεται σε 120 ημέρες, ήτοι η προμήθεια θα ολοκληρωθεί το φθινόπωρο), ως και του επόμενου χειμώνα, καθώς πάντως, η

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

χρήση των μονάδων δεν προορίζεται για όλως προσωρινή. Επομένως, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας και κατ' αποδοχή των ισχυρισμών αμφοτέρων των προσφευγόντων, δια μόνων των ανωτέρω, η διακήρυξη μη νομίμως προκηρύχθηκε, ως ουδόλως υπαγόμενη στο άρ. 50 Ν. 4487/2017 και κατ' αποτέλεσμα στις διατάξεις περί συνοπτικού διαγωνισμού και των διαδικασιών του άρ. 117 Ν. 4412/2016, παρέλκει δε ως εκ τούτου η περαιτέρω εξέταση των ειδικότερων ισχυρισμών της δεύτερης προσφυγής περί της συνάρτησης προθεσμίας υποβολής προσφορών και επιτόπιας επίσκεψης, αφού ούτως ή άλλως η προθεσμία υποβολής προσφορών, ως ερειδόμενη στο άρ. 117 Ν. 4412/2016 ήταν κατά πολύ μικρότερη του νομίμου ούτως ή άλλως.

4. Επειδή, ο όρος 2.2.6.α θεσπίζει το ακόλουθο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού: α) κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών ετών προ του έτους του διαγωνισμού, (2018-2019- 2020), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον τρεις (3) συμβάσεις προμηθειών μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού με τη μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης με σύστημα ανάκτησης ενέργειας, δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 300 κ.μ./ημέρα έκαστη, που είναι εγκατεστημένες σε Δημόσιο ή Ιδιωτικό φορέα, είτε στην Ελλάδα είτε στην αλλοδαπή και οι οποίες λειτουργούν πάνω από δώδεκα (12) μήνες. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προσκομίσουν υπεύθυνη δήλωση που θα περιέχει κατάλογο με τις παραπάνω παραδόσεις. Στην περίπτωση που ο παραλήπτης ανήκει στον Δημόσιο Τομέα οι ως άνω παραδόσεις θα συνοδεύονται από τα πρωτόκολλα οριστικής παραλαβής και από πρόσφατα σχετικά έγγραφα της αρμόδιας Υπηρεσίας, στα οποία θα πιστοποιείται η έντεχνη, επιτυχή, αποτελεσματική εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία των μονάδων, η εμπρόθεσμη ή μη παράδοσή τους και η καλή λειτουργία αυτών. Εάν ο παραλήπτης ανήκει στον ιδιωτικό τομέα, οι ως άνω παραδόσεις θα βεβαιούνται από τον παραλήπτη με επίσημο έγγραφο του που θα υπογράφεται/σφραγίζεται από το νόμιμο εκπρόσωπο και θα φέρει γνήσιο υπογραφής. Επισημαίνεται ότι δηλούμενες παραδόσεις, που δεν θα

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

συνοδεύονται από τα προαναφερθέντα πιστοποιητικά εμπειρίας, δεν θα λαμβάνονται υπόψη.», ενώ κατά τον όρο 2.3.1. της Διακήρυξης («Κριτήριο ανάθεσης») προβλέπεται ότι «Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει των κάτωθι κριτηρίων: ...», θεσπίζεται δε το κριτήριο Κ8 «Κ 8: Εκπαίδευση του προσωπικού, μεταφορά τεχνογνωσίας και τεχνολογίας, επίδειξη λειτουργίας και συντήρησης του εξοπλισμού: - Πρόγραμμα εκπαίδευσης του προσωπικού του Δήμου - Διάρκεια εκπαίδευσης και εκπαιδευόμενοι - Εμπειρία του προσφέροντος σε έργα μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού ... Το καθένα από τα τρία υποκριτήρια συμμετέχουν στην βαθμολόγηση κατά το 1/3 της συμμετοχής του κριτηρίου Κ8. Ειδικότερα με 120 βαθμολογείται η προσφορά που προσφέρει την μεγαλύτερη διάρκεια εκπαίδευσης, με 100 αυτή που προσφέρει τη μικρότερη και οι ενδιάμεσες με αναλογικό τρόπο μεταξύ 100 και 120 βαθμών.». Άρα, καταρχάς, κατ' απόρριψη των ισχυρισμών των προσφευγόντων, δεν προκύπτει ασάφεια περί της βαθμολόγησης του κριτηρίου, λόγω της μνείας ότι «...ειδικότερα με 120 βαθμολογείται η προσφορά που προσφέρει την μεγαλύτερη διάρκεια εκπαίδευσης, με 100 αυτή που προσφέρει τη μικρότερη και οι ενδιάμεσες με αναλογικό τρόπο μεταξύ 100 και 120 βαθμών...», αφού αυτή αφορά το 1/3 της βαθμολογίας που αφορά τη διάρκεια εκπαίδευσης, ενώ μόνη της η συμπερίληψη στον τίτλο του κριτηρίου περί μεταφοράς τεχνογνωσίας και επίδειξης, δεν αίρει τον σαφή καθορισμό των βαθμολογούμενων στο πλαίσιο αυτού, τριών παραμέτρων. Πλην όμως, προκύπτει προδήλως επικάλυψη μεταξύ του όρου 2.2.6.α που συνιστά κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και του κριτηρίου αξιολόγησης Κ8, όσον αφορά το βαθμολογούμενο ως 1/3 της συνολικής βαθμολόγησης του Κ8 κριτηρίου, υποκριτήριο της εμπειρίας, όχι του προσωπικού ή της ομάδας έργου του προσφέροντος, όπως επιτρέπει το ΜΕΡΟΣ ΙΙ περ. β' και στ' ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΧΙΙ ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α Ν. 4412/2016 και το άρ. 86 παρ. 2 εδ. β' Ν. 4412/2016, αλλά του ιδίου του προσφέροντος σε έργα μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού.Εξάλλου, (βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ Κατευθυντήριες

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

Οδηγίες 11 και 13), οι όροι επιλογής ή αποκλεισμού των διαγωνιζομένων καθώς και τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει απαραίτητως να αναφέρονται εκ των προτέρων και με σαφήνεια στην ίδια τη διακήρυξη του διαγωνισμού, να βασίζονται σε αντικειμενικά κριτήρια που εξασφαλίζουν την τήρηση της αρχής της διαφάνειας, της αρχής της αποφυγής των διακρίσεων και της αρχής της ίσης μεταχείρισης, εγγυώνται την αξιολόγηση των προσφορών υπό συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού, θα πρέπει να συνέχονται με το συμβατικό αντικείμενο και να μην είναι ιδιαίτερα επαχθή και δυσανάλογα του σκοπούς τους, προκειμένου να διευρύνεται ο κύκλος των υποψηφίων. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από παγία ενωσιακή νομολογία (ΔΕΕ, απόφαση της 24ης Ιανουαρίου 2008, C-532/06, Λιανάκης, σκέψεις 26 επ. Συλλογή 2008 I-251), δεν αποκλείεται θεωρητικώς η ταυτόχρονη πραγματοποίηση του ελέγχου της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων και της αναθέσεως της εκτελέσεως της συμβάσεως, γεγονός παραμένει ότι οι δύο αυτές διαδικασίες είναι αυτοτελείς και διέπονται από διαφορετικούς κανόνες (βλ., επ' αυτού, ως προς τις συμβάσεις δημοσίων έργων, απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87, Beentjes, Συλλογή 1988, σ. 4635, σκέψεις 15 και 16). Ο μεν έλεγχος της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων γίνεται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα κριτήρια οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητας (καλούμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής) του άρ. 75 Ν. 4412/2016 εν προκειμέν, ενώ αντίθετα η ανάθεση της εκτελέσεως της συμβάσεως βασίζεται στα κριτήρια του άρ. 86 Ν. 4412/2016, ήτοι μεταξύ άλλων και στη συμφερότερη βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής προσφοράς, η οποία συγκροτείται και εξάγεται με βαθμολόγηση των προσφορών, η οποία με τη σειρά της λαμβάνει χώρα μέσω ορισθέντων δια της διακήρυξης κριτηρίων αξιολόγησης. Επομένως, τα κριτήρια αυτά της αξιολόγησης, καίτοι δεν ταυτίζονται εννοιολογικά με τα κριτήρια ανάθεσης, ως συγκροτούντα το κριτήριο ανάθεσης της συμφερότερης βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής προσφοράς, ταυτίζονται, λόγω κοινού νομικού λόγου, με τα κριτήρια ανάθεσης όσον αφορά τους περιορισμούς που τίθενται στις αναθέτουσες ως προς τη διαμόρφωση και επιλογή τους. Περαιτέρω, η επιλογή των κριτηρίων ανάθεσης, άρα και αξιολόγησης, παρότι ανάγεται στην ευχέρεια της

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

αναθέτουσας, δεν μπορεί να αναφέρεται παρά μόνο στα κριτήρια που αφορούν τον εντοπισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς (βλ. επ' αυτού, ως προς τις συμβάσεις δημοσίων έργων, αποφάσεις Beentjes, σκέψη 19, της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00, SIACConstruction, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 35 και 36, καθώς και, ως προς τις δημόσιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, αποφάσεις της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, ConcordiaBusFinland, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 54 και 59, και της 19ης Ιουνίου 2003, C-315/01, GAT, Συλλογή 2001, σ. I-6351, σκέψεις 63 και 64). Συνεπώς, αποκλείονται ως «κριτήρια αναθέσεως», άρα και αξιολόγησης, τα κριτήρια που δεν σκοπούν στον εντοπισμό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, αλλά συνδέονται κυρίως με την εκτίμηση της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων να εκτελέσουν την εν λόγω σύμβαση. Περαιτέρω, όταν η ανάθεση της συμβάσεως γίνεται βάσει του κριτηρίου της πλέον συμφέρουσας προσφοράς βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής, καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή περιθώριο επιλογής ως προς τον καθορισμό των επί μέρους κριτηρίων αξιολόγησης, τα οποία λαμβάνονται υπ'όψιν για την επιλογή του αναδόχου. Και ναι μεν, εκτός από την προσφερομένη τιμή, μπορεί να τίθενται και κριτήρια συνδεόμενα με την ποιότητα των παρεχομένων υπηρεσιών και την οργάνωση του διαγωνιζομένου για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως και μάλιστα η επιλογή αυτή προκρίνεται στο νέο ενωσιακό πλαίσιο δημοσίων συμβάσεων, δεν δύνανται, ωστόσο, να ανάγονται σε κριτήρια αναθέσεως, τα στοιχεία που αναφέρονται στο άρ. 75 Ν. 4412/2016, δηλαδή τα στοιχεία εκείνα, βάσει των οποίων πιστοποιείται η νομική καταλληλότητα, η οικονομική φερεγγυότητα και η τεχνική και επαγγελματική επάρκεια των διαγωνιζομένων, προκειμένου να τους επιτραπεί η συμμετοχή στον διαγωνισμό («κριτήρια ποιοτικής επιλογής»), εφόσον, πάντως, τα στοιχεία αυτά δεν συνδέονται με τον τρόπο εκτελέσεως της συγκεκριμένης προς ανάθεση υπηρεσίας και συνεπώς, μόνον στο πλαίσιο του ελέγχου της συνδρομής των τυπικών προϋποθέσεων συμμετοχής στον διαγωνισμό μπορούν να εκτιμηθούν (πρβλ. απόφαση Beentjes, σκέψεις 17 έως 20 και 24, απόφαση της 19.6.2003, C 315/2001, GesellschaftfurAbfallentsorgungs-

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

TechnikGmbH (GAT) σκέψεις 59 έως 67, Λιανάκης, σκέψεις 26 έως 32, καθώς και ΠΕΚ απόφαση της 6.7.2005, Τ 148/2004, TQ3 TravelSolutionsBelgiumSA/Επιτροπής Ε.Κ., σκέψεις 86-89, απόφαση της 12.11.2009, C- 199/2007, Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, σκέψεις 51 έως 53, ΣΤΕ ΕΑ 1148/2009, 1318/2009, 100/2009, 1091/2006, 137/2012). Εν προκειμένω δε, υφίσταται πλήρης επικάλυψη και σύγχυση του ως άνω υποκριτηρίου αξιολόγησης και του όρου 2.2.6.α, αφού ουδόλως διαχωρίζεται άλλωστε, ειδικό αντικείμενο στο πρώτο έναντι του δεύτερου. Εξάλλου, ουδόλως καθίσταται σαφές, σε τι συνίσταται αυτή η εμπειρία του Κ8 κριτηρίου, που περιγράφεται απλώς ότι πρέπει να αφορά τις μονάδες αφαλάτωσης θαλασσινού νερού, ενώ στον όρο 2.2.6.α, το κριτήριο επιλογής περιορίζεται σε ένα πολύ πιο κλειστό κύκλο μονάδων, ήτοι με μέθοδο αντίστροφης όσμωσης με σύστημα ανάκτησης ενέργειας και δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 300 κμ/ημέρα, που λειτουργούν για πάνω από 12 μήνες. Ουδόλως προκύπτει όμως αν ο ίδιος περιορισμός αφορά ή δεν αφορά τη βαθμολογητέα εμπειρία του Κ8 κριτηρίου ούτε άλλωστε, προκύπτει αν τα δικαιολογητικά στοιχειοθέτησης της εμπειρίας που αφορούν το τελευταίο, είναι τα ίδια με τα δικαιολογητικά οριστικής απόδειξης του υπό 2.2.6.α κριτηρίου επιλογής ή δύνανται να υποβληθούν περαιτέρω και άλλου είδους έγγραφα, χωρίς τους περιορισμούς του όρου 2.2.6.α. Το πρώτον δε δια των Απόψεων της, η αναθέτουσα αποπειράται να μεταβάλει και να προσθέσει όρους (και όχι απλά να εξηγήσει) στη διακήρυξη, προβάλλοντας ότι για την εμπειρία ως προς το Κ8 κριτήριο αξιολόγησης, ισχύουν όσα και για το υπό 2.2.6.α κριτήριο επιλογής, με μόνη διαφορά το ότι στο Κ8 κριτήριο λαμβάνεται υπόψη για βαθμό άνω του 100 η «μεγαλύτερη εμπειρία» από αυτή του κριτηρίου 2.2.6.α. Πλην όμως, πέραν της ήδη παρανομίας της επικάλυψης κριτηρίου επιλογής και κριτηρίου ανάθεσης, εν προκειμένω αφενός, ουδόλως δύνανται παραδεκτώς δια των Απόψεων η αναθέτουσα να τροποποιήσει ούτως ουσιαστικώς τους όρους της διακήρυξης, χωρίς δημοσίευση προς κάθε ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή, αφού άλλωστε, δεν είναι δυνατόν να ισχύουν επιλεκτικοί όροι περί της αξιολόγησης και του βαθμολογητέου περιεχομένου των προσφορών, γνωστοί σε μέρος των διαγωνιζομένων. Αφετέρου, ούτως ή

άλλως, ακόμη και αν δεν υπήρχε η επικάλυψη και παραδεκτώως διευκρινιζόταν το κριτήριο Κ8 δια των Απόψεων και πάλι παραμένει πλήρως αόριστο το αντικείμενο βαθμολόγησης άνω του 100, αφού η αναφορά σε «μεγαλύτερη εμπειρία», ουδόλως εξηγεί σε τι θα συνίσταται αυτή, ήτοι σε μεγαλύτερη εμπειρία, υπό την έννοια απλώς του αριθμού των συμβάσεων που καλύπτουν καθ' εκάστη, τα ελαχίστως απαιτούμενα του όρου 2.2.6.α για κάθε σύμβαση ή σε μεγαλύτερη εμπειρία, υπό την έννοια της μεγαλύτερης δυναμικότητας ανά μονάδα, που αφορούν οι προηγούμενες συμβάσεις (αν επί παραδείγματι, υπερτερεί βαθμολογικά μια προσφορά με 3 συμβάσεις, εκάστη για μονάδα των 600 κμ/ώρα ή μια προσφορά με 4 συμβάσεις, εκάστη για μονάδα των 300 κμ/ώρα) ή και αν λαμβάνεται βαθμολογικά υπόψη, ο χρόνος λειτουργίας των μονάδων (ήτοι αν λαμβάνεται βαθμολογικά υπόψη υπέρ του προσφέροντος, ο χρόνος αυτός, καθ' ο μέρος υπερβαίνει το δωδεκάμηνο). Εξάλλου, δια των ισχυρισμών της αναθέτουσας δεν καθίσταται σαφές αν τίθεται περιορισμός τριετίας πριν την προσφορά για τις βαθμολογητέες συμβάσεις του κριτηρίου Κ8, όπως στο κριτήριο επιλογής 2.2.6.α. Συνεπώς και για όλους τους ανωτέρω λόγους, κατ' αποδοχή αμφότερων των προσφευγόντων, το κριτήριο αξιολόγησης Κ8 είναι ακυρωτέο, ως παράνομο και αόριστο, καθ' ο μέρος περιλαμβάνει την «Εμπειρία του προσφέροντος σε έργα μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού» ως υποκριτήριο και παράμετρο βαθμολόγησης και ούτως, στο κριτήριο ανάθεσης. Όσον αφορά τον ισχυρισμό του πρώτου προσφεύγοντος για το Κ4 κριτήριο αξιολόγησης περί ΕΥΚΟΛΙΑΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ και τα 5 επιμέρους κριτήρια που περιλαμβάνει με συνολική αξιολόγηση 10%, χωρίς διακριτό καθορισμό πώς έκαστο εξ αυτών θα σταθμιστεί και με ποια επιμέρους βαρύτητα, επιτρέποντας την το πρώτον κατά την αξιολόγηση αυθαίρετη βαθμολόγηση, η αναθέτουσα το πρώτον δια των Απόψεων της, αναφέρει πως έκαστο υποκριτήριο θα βαθμολογηθεί με 2%. Όμως, οι διευκρινίσεις αυτές, οι οποίες κοινοποιούνται μεν στον πρώτο προσφεύγοντα, αλλά δεν δημοσιεύτηκαν ως μέρος του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας, δεν παράγουν erga omnes δεσμευτικότητα εκ τούτου του λόγου της μη δημοσίευσής τους και ενώ δεν είναι δυνατόν να υφίστανται σχετικής ισχύος, υπέρ ορισμένων

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

οικονομικών φορέων, όροι, εν αγνοία των λοιπών ενδιαφερομένων προς συμμετοχή. Συνεπώς, ουδόλως ήρθη η ως άνω ασάφεια και άρα, κατ' αποδοχή του οικείου ισχυρισμού της πρώτης προσφυγής το Κ4 κριτήριο είναι ακυρωτέο καθ' ο μέρος κατ' αόριστο τρόπο, δεν αποσαφηνίζει τον τρόπο στάθμισης των επιμέρους παραμέτρων βαθμολόγησης αυτού. Όσον αφορά τους ισχυρισμούς του πρώτου προσφεύγοντα, το Κ2 κριτήριο αξιολόγησης, αυτό περιλαμβάνει υποκριτήριο «Ποιότητα παραγόμενου νερού-Υπολογισμοί δείκτη διάβρωσης παραγόμενου νερού». Η δε αναθέτουσα με τις διευκρινίσεις της, εξηγεί μεν ότι δεν βαθμολογούνται οι υπολογισμοί, αλλά ότι ελέγχεται αν είναι μη διαβρωτικό, το πρώτον δε ορίζει τον δείκτη και το παραδεκτό εύρος τιμών και θερμοκρασιών υπολογισμού της διαβρωτικότητας, προς τον σκοπό τεκμηρίωσης κάλυψης της υποχρέωσης μη διαβρωτικότητας. Τούτο όμως, απαντά στο πώς θα ελεγχθεί η ελάχιστη πλήρωση των προδιαγραφών και η επίτευξη της ελάχιστη αποδεκτής βαθμολογίας, όχι όμως πώς θα λάβει χώρα η υπέρ του ελαχίστου βαθμολόγηση των προσφορών, ήτοι από 100 έως 120, στοιχείο που παραμένει ασαφές και αόριστο και καταλείπει απεριόριστη ευχέρεια στην αναθέτουσα να εφαρμόσει κατά την αξιολόγηση το κριτήριο ανάθεσης και άρα, το Κ2 ως άνω κριτήριο, κατ' αυτό το μέρος της υπέρ του ελαχίστου, βαθμολόγησης ως προς τη ληπτέα υπόψη παράμετρο Ποιότητας Νερού και υπολογισμών, παραμένει μη νόμιμο και ακυρωτέο. Περαιτέρω, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, ουδόλως υφίσταται υποχρέωση των προσφευγόντων κατά αορίστων όρων διακήρυξης, να επικουρούν την αναθέτουσα με υποδείξεις των ασαφειών ή να αποπειρώνται να εκμαιεύσουν εξ αυτής το πρώτον συγκεκριμενοποίηση ή μεταβολή αορίστων όρων πριν προσφύγουν κατά της οικείας αοριστίας, ως προϋπόθεση του εννόμου συμφέροντος αυτών, αφού τα αιτήματα διευκρινίσεων συνιστούν ευχέρεια και όχι υποχρέωση των ενδιαφερομένων προς συμμετοχή και η ευθύνη σύνταξης σαφών και νομίμων όρων βαρύνει την αναθέτουσα και μόνο. Άλλωστε, ουδόλως η αναθέτουσα εμποδίζεται μετά την άσκηση προσφυγής, να εντοπίσει αληθείς αοριστίες και παραλείψεις της και να διορθώσει τα έγγραφα της σύμβασης, τούτο όμως πρέπει να λάβει χώρα με δημοσιευμένες προσηκόντως διευκρινίσεις προς κάθε

ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή και όχι δια των Απόψεων στο πλαίσιο της προσφυγής, που άλλωστε δεν δεσμεύουν την αναθέτουσα κατά την αξιολόγηση, αφού δεν συνιστούν μέρος του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας ούτε δύνανται να τύχουν κατά την αξιολόγηση επίκλησης από άλλους μετέχοντες πλην του προσφεύγοντος ή να χρησιμοποιηθούν υπέρ ή κατά αυτών, αφού δεν τελούν σε γνώση τους. Όσον αφορά το Κ1 κριτήριο αξιολόγησης σχετικά με την «Ποιότητα του προσφερόμενου εξοπλισμού με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης», η διακήρυξη ορίζει τις ελάχιστες προδιαγραφές, περαιτέρω δε, για την επίτευξη μεγαλύτερης του ελαχίστου, βαθμολογίας, δεν χρειάζεται εναλλακτική προσφορά, αλλά η επιπλέον των ελαχίστως απαιτούμενων προσφορά πρόσθετων ποιοτικών χαρακτηριστικών. Πλην όμως, η διακήρυξη ορίζει πλήθος ελαχίστων προδιαγραφών περί της ποιότητας εξοπλισμού, χωρίς να προσδιορίζεται ο τρόπος με τον οποίο η υπερκάλυψη κάθε μίας άγει σε μεγαλύτερη του 100 βαθμολόγηση και πώς σταθμίζονται μεταξύ τους, άγοντας, δεδομένης και της στάθμισης του Κ1 κριτηρίου με 35% επί της συνολικής βαθμολογίας, σε ιδιαίτερα ευρεία και σε ανεπίτρεπτο βαθμό ευχέρεια της αναθέτουσας, όπως το πρώτον κατά την αξιολόγηση καταλήξει σε τρόπο στάθμισης και εν τέλει σε σαφή κίνδυνο αυθαίρετης βαθμολόγησης, περαιτέρω δυσχεραίνοντας ουσιωδώς και την προετοιμασία και επιλογή καταλλήλου εξοπλισμού για την προσφορά, ελλείψει γνώσης περί των ποιων στοιχείων θα βαρύνουν περισσότερο ή λιγότερο στην άνω του 100 βαθμολόγηση και άρα, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του πρώτου προσφεύγοντα, το Κ1 κριτήριο, όσον αφορά την άνω του 100 βαθμολόγηση αυτού και τις παραμέτρους στάθμισης, ως και τους επιμέρους συντελεστές βαρύτητας, είναι μη νόμιμο και ακυρωτέο. Αλυσιτελώς δε η αναθέτουσα επικαλείται την εκ του πρώτου προσφεύγοντος επίτευξη να αναδειχθεί ανάδοχος σε διαγωνισμό άλλης αναθέτουσας, με επικαλούμενα εξίσου αόριστα κριτήρια και όρους, αφού τούτο ουδόλως αναιρεί το έννομο συμφέρον του να προσβάλει τους νυν αόριστους και ασαφείς όρους.

5. Επειδή, ο όρος 2.2.5 της διακήρυξης ορίζει το ακόλουθο κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας «Όσον αφορά στην

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς επί ποινή αποκλεισμού θα πρέπει να προσκομίσουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους τα ακόλουθα δικαιολογητικά: - Κατάλληλα τραπεζικά έγγραφα για την καλή θέση της εταιρείας, αντίγραφο ή απόσπασμα του ισολογισμού της επιχείρησης, δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών της επιχείρησης, καθώς και του κύκλου εργασιών της που αφορά ειδικότερα στο υπό προμήθεια υλικό (μονάδες αφαλάτωσης θαλασσινού νερού με τη μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης), κατά τις τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις (2018-2019-2020)... Ως ελάχιστο επίπεδο επάρκειας που πρέπει να καλύπτει ο διαγωνιζόμενος προκειμένου να κριθεί κατάλληλος θεωρείται: - η επίτευξη μέσου όρου του κύκλου εργασιών της τελευταίας τριετίας (2018-2019- 2020) σε ποσοστό τουλάχιστον 100% του συνολικού προϋπολογισμού της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ. - η επίτευξη ειδικού μέσου όρου του κύκλου εργασιών της τελευταίας τριετίας (2018- 2019-2020) σε ποσοστό τουλάχιστον 100% του συνολικού προϋπολογισμού της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ο οποίος να αφορά σε μονάδες επεξεργασίας θαλασσινού νερού με τη μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης - Βεβαίωση τραπεζικού οργανισμού που να βεβαιώνει την καλή θέση της εταιρείας.». Συνεπώς, ο ως άνω όρος αορίστως και ασαφώς αναφέρεται σε «καλή θέση» του προσφέροντος, χωρίς να θεσπίζει οιοδήποτε ελάχιστο όριο κατοχύρωσης της αποδοχής αυτού, αλυσιτελώς δε η αναθέτουσα επικαλείται την από 4-6-2021 διευκρίνισή της που αναφέρει ως προς το ως άνω αποδεικτικό του παραπάνω αορίστου κριτηρίου, μέσο, ότι η βεβαίωση τραπεζικού οργανισμού είναι βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, που θα αναφέρει τα όρια πιστοδότησης του συμμετέχοντα και την ικανοποιητική συναλλακτική συμπεριφορά του, αφού και πάλι, ουδόλως ορίζονται τα πιστοδοτικά εκείνα όρια που σηματοδοτούν την «καλή θέση» και την αποδοχή της προσφοράς, καταλείποντας ανεπίτρεπτα ευρύ περιθώριο το πρώτον συγκεκριμενοποίησης των ανωτέρω κατά την αξιολόγηση και διακινδυνεύοντας την ίση μεταχείριση και τη διαφάνεια, ως και δυσχεραίνοντας και καθιστώντας αβέβαιη τη λυσιτελή προετοιμασία των προσφορών. Επομένως, ο ως άνω όρος είναι ακυρωτέος, κατ' αποδοχή των

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

αντίστοιχων ισχυρισμών αμφότερων των προσφυγών. Εξάλλου, ουδόλως μόνη της η απεύθυνση ερωτήματος προς διευκρίνιση ασαφούς όρου, αναιρεί το έννομο συμφέρον προς προσβολή της σχετικής ασάφειας, ενώ δεν είναι εκ των προτέρων γνωστή η άρση αυτής με διευκρίνιση ή σε κάθε περίπτωση δεν άρθηκε η ασάφεια. Περαιτέρω, όσον αφορά τον επιμέρους ισχυρισμό της πρώτης προσφυγής περί της έννοιας του προσφάτου, των σχετικών εγγράφων της αρμόδιας υπηρεσίας περί πιστοποίησης εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία μονάδων, για τη στοιχειοθέτηση του κριτηρίου επιλογής 2.2.6, η οικεία ασάφεια ήρθη με τις από 17-6-2021 διευκρινίσεις της αναθέτουσας, που αναφέρουν ως χρόνο έκδοσης αυτόν μετά το πέρας 12μηνης λειτουργίας της μονάδας και τούτου ενώ ο όρος 2.2.6.α εξαρχής ορίζει ως προς τον χρόνο εκτέλεσης των συμβάσεων «κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών ετών προ του έτους του διαγωνισμού, (2018-2019- 2020), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον τρεις (3) συμβάσεις προμηθειών μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού με τη μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης με σύστημα ανάκτησης ενέργειας, δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 300 κ.μ./ημέρα έκαστη, που είναι εγκατεστημένες σε Δημόσιο ή Ιδιωτικό φορέα, είτε στην Ελλάδα είτε στην αλλοδαπή και οι οποίες λειτουργούν πάνω από δώδεκα (12) μήνες.» (επομένως, αν σύμβαση έχει εκτελεστεί εντός της τριετίας και το έγγραφο εκδόθηκε μετά από 12 μήνες και άρα, δύο έτη πριν τον διαγωνισμό, λαμβάνεται υπόψη υπέρ του κριτηρίου) και άρα, άνευ εννόμου πλέον συμφέροντος βάλλεται ο ως άνω λόγος. Ομοίως και ως προς τον όρο 5.1 περί της πληρωμής του τελευταίου 10% της συμβατικής αξίας και την εκεί αναφορά πραγματοποίησης πολλαπλών δοκιμών εντός δέκα ημερών από την υπογραφή πρωτοκόλλου οριστικής παραλαβής, με τις ίδιες διευκρινίσεις διευκρινίστηκε ότι η πληρωμή θα λάβει χώρα σε κάθε περίπτωση εντός των 10 αυτών ημερών, ανεξαρτήτων τυχόν επιπλέον δοκιμών, οι οποίες είτε λάβουν είτε δεν λάβουν χώρα δεν επηρεάζουν τον ανάδοχο και την πληρωμή του και άρα και προς τούτο, οι οικείοι ισχυρισμοί της πρώτης προσφυγής προβάλλονται πλέον άνευ εννόμου συμφέροντος. Περαιτέρω, όσον αφορά τις προδιαγραφές του όρου 8.2.20 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης, σχετικά με ότι ο πίνακας πρέπει να είναι κατασκευασμένος ειδικά

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

για τον έλεγχο λειτουργίας εγκαταστάσεων αντίστροφης όσμωσης, η αναθέτουσα με τις ίδιες διευκρινίσεις απάντησε ότι η οικεία καταλληλότητα αναφέρεται στην κάλυψη των απαιτήσεων του ίδιου όρου και μόνο, ενώ σχετικά με το πρόγραμμα παρακολούθησης σε υπολογιστή, αποσαφηνίστηκε ότι οι παράμετροι που ζητούνται είναι η ποσότητα και αγωγιμότητα παραγόμενου νερού και η πίεση λειτουργίας και άρα, οι κατά των ως άνω προδιαγραφών και ασάφειας αυτών, ισχυρισμοί του πρώτου προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος. Ομοίως άνευ εννόμου συμφέροντος, προβάλλονται οι αιτιάσεις της πρώτης προσφυγής περί ασάφειας του όρου 8.2.21 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι, σχετικά με τα κυκλώματα αντλίας υδροληψίας θαλασσινού νερού, αντλίας απόπλυσης-χημικού καθαρισμού και ζεύγους αντλιών προώθησης παραγόμενου νερού, αφού η αναθέτουσα με τις ως άνω διευκρινίσεις, τροποποίησε τον όρο 8.2.21, προσθέτοντας τα ως άνω συστήματα και αυτά στον πίνακα ισχύος. Περαιτέρω, όσον αφορά την προδιαγραφή 8.2.16 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι περί του ότι θα πρέπει να γίνει ειδική κατασκευή ανάρτησης ή άλλος ενδεδειγμένος τρόπος στερέωσης όπως υποδειχθεί από τη διευθύνουσα υπηρεσία, σε σημεία διέλευσης από γέφυρα, η αναθέτουσα με τις διευκρινίσεις της απάντησε ότι ο τρόπος στερέωσης θα παρουσιαστεί από τους προσφέροντες και θα σχεδιαστεί με τρόπο διασφάλισης αποτελεσματικής στήριξης του κατά τους κανόνες της τέχνης και της επιστήμης, υπέδειξε δε ήδη στο πλαίσιο της επιτόπιας επίσκεψης τη γέφυρα και το σημείο διέλευσης του αγωγού. Πλην όμως, ρητά προβλέπεται ότι οι προδιαγραφές θα υποδειχθούν κατά την εκτέλεση και άρα, παρότι κατά τις διευκρινίσεις οι προσφέροντες θα προσφέρουν τρόπο δικής τους επιλογής, εν τέλει θα εκτελέσουν μέθοδο υποδεικνυόμενη από την υπηρεσία, αγνώστου κόστους και προδιαγραφών κατά τη σύνταξη της προσφοράς και άρα, προκύπτει και παραμένει, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του πρώτου προσφεύγοντος, ακυρωτέα αοριστία και ασάφεια που καθιστά δυσχερή τη λυσιτελή σύνταξη και κοστολόγηση των προσφορών. Συνεπεία όλων των ανωτέρω σκέψεων, είναι ακυρωτέοι οι όροι 1.2, 2.1.3 ως προς την άσκηση ένστασης, 3.4, 2.2.5, 2.3.1 κατά τα κριτήρια αξιολόγησης Κ1, Κ2, Κ4, Κ8 της διακήρυξης και το άρ. 8.2.16

Αριθμός Αποφάσεων: 1290 και 1291/ 2021

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι, καθ' ο ειδικό επιμέρους μέρος καθ' έκαστο όρο, κρίθηκε ανωτέρω, ενώ παρανόμως προβλέφθηκε άσκηση ένστασης ενώπιον της αναθέτουσας, αντί προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ και περαιτέρω, παρανόμως προκηρύχθηκε οι διαδικασία και τέθηκαν οι όροι περί προθεσμίας υποβολής προσφορών, ως και κάθε άλλος όρος αυτής, επί της εσφαλμένης βάσης προκήρυξης βάσει του άρ. 117 Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, δέχεται τις προσφυγές. Ακυρώνει εν όλω τη διακήρυξη, αφού πρώτον είναι ακυρωτέο το ίδιο το καθεστώς προκήρυξης της, το είδος του διαγωνισμού και η προθεσμία υποβολής προσφορών και δεύτερον, είναι ακυρωτέες διατάξεις περί του παραδεκτού και της αξιολόγησης των προσφορών, αφού εν όψει και των αρχών της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, η διακήρυξη είναι ακυρωτέα στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92- 95).

7. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφούν τα παράβολα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται τις Προσφυγές.

Ακυρώνει τη με αρ. πρωτ. 2582/31-5-2021 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής.

Ορίζει την επιστροφή των παραβόλων.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13-7-2021 και εκδόθηκε στις 2-8-2021.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ**