

**Η**

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

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε την 30<sup>η</sup> Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια, και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.6.2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1268/22.6.2021 της εταιρείας με την επωνυμία ..., που εδρεύει στη ..., οδός ... αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ..., που εδρεύει στο ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή), και κατά

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ...» (...), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η *υπ' αριθμόν 251/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., τόσο κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της, όσο και κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρίας «...», άλλως και σε κάθε περίπτωση που δεν ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της, να ακυρωθεί κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρίας «...», προκειμένου να ματαιωθεί η διαγωνιστική διαδικασία.*

Με την παρέμβαση ζητείται να απορριφθεί η προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλόμενη απόφαση.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το ελάχιστο νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ επί τη βάση της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης ποσού ευρώ 103.365,32 χωρίς ΦΠΑ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης, με κωδικό ... και την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ, και το από 16-6-2021 αποδεικτικό πληρωμής του στη Τράπεζα Πειραιώς).

2. Επειδή με την υπ' αριθ.πρωτ. 23315/26-8-2020 διακήρυξη διακηρύχθηκε *Δημόσιος Διαγωνισμός με την ανοικτή διαδικασία του άρθ. 27 παρ. 4 του ν. 4412/2016*, με αντικείμενο *την προμήθεια και εγκατάσταση μη μόνιμων υποδομών σε παραλίες του Δήμου ... οι οποίες θα συνεισφέρουν στην πρόσβαση των ΑμεΑ στη θάλασσα, (CPV ...)*, με κριτήριο ανάθεσης *τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά*. Ειδικότερα, τα αντικείμενα της σύμβασης είναι η προμήθεια και η εγκατάσταση *Μη μόνιμης βοηθητικής διάταξης για την αυτόνομη πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα, Ντουζ για ΑμεΑ και αμφίβιο-πλωτό αμαξίδιο* και λοιπός εξοπλισμός, ενώ οι εργασίες *εγκατάστασης, δοκιμών, ρύθμισης, θέσης σε λειτουργία, εκπαίδευσης* ακόμη και *ελαφρών χωματουργικών εργασιών διαμόρφωσης της παραλίας* προβλέπονται καταλεπτώς στο *Παράρτημα Ι Μελέτη* της διακήρυξης (σελ. 1, 5, όροι 1.3, 1.5, 2.3.1 της διακήρυξης).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 31-8-2020 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος ...

4. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή την 3-9-2020, μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τύπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ (εφεξής η *επικοινωνία*), η προσφεύγουσα αιτήθηκε διευκρινήσεις επί των όρων της διακήρυξης ως εξής

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

«.. σύμφωνα με την παρ. 2.2.6.. της διακήρυξης «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ... οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2017, 2018, 2019) θα πρέπει να έχουν εκτελέσει και ολοκληρώσει από κοινού ή εξ ολοκλήρου μία (1) τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας, συναφούς αντικείμενου με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης, ύψους κατ' ελάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης». Παρακαλούμε να μας διευκρινίσετε εάν θα γίνουν δεκτές συμβάσεις που έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας εντός του 2020, δεδομένου ότι το άρθρο 104 του Ν. 4412/2016... ορίζει «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της .. προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά τη σύναψη της σύμβασης...». Η αναθέτουσα αρχή μέσω της επικοινωνίας, την 8-9-2020 επιβεβαίωσε στην προσφεύγουσα τους όρους της διακήρυξης ως εξής «... η παράγραφος 2.2.6 της αριθμ.πρωτ.23315/26-08-2020 διακήρυξης είναι απολύτως ξεκάθαρη και σαφής. Οι διατάξεις του άρθρου 104 § 1 του Ν.4412/2016 έχουν αποτυπωθεί στην παράγραφο 2.2.9.2 της διακήρυξης και συγκεκριμένα: «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, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016». Σύμφωνα με τα ανωτέρω, το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως έχουν οριστεί με σαφήνεια στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8 της διακήρυξης, θα κριθεί κατά τη διενέργεια των επί μέρους σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας και ειδικότερα: 1ον Κατά την αποσφράγιση και αξιολόγηση των (υπο)φακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» και των (υπο)φακέλων «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» που θα έχουν υποβάλει οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς έως την καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής των προσφορών, βάσει των απαιτήσεων της διακήρυξης (όπως π.χ. απαιτήσεις παραγράφων 2.2.4 έως 2.2.8 της διακήρυξης, κλπ). 2ον Κατά την αποσφράγιση και αξιολόγηση των (υπο)φακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΜΕΙΟΔΟΤΗ» που θα υποβάλει ο προσωρινός ανάδοχος, ήτοι τα αποδεικτικά

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

μέσα που ορίζονται στην παράγραφο 2.2.9.2 της διακήρυξης...» Κατόπιν τούτων, η νυν προσφεύγουσα υπό την τότε επωνυμία της ..., άσκησε προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ 1280/2020 αιτούμενη την ακύρωση του παραπάνω όρου της διακήρυξης, η οποία προσφυγή απορρίφθηκε με την υπ' αριθ. 1442/2020 απόφαση του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου ΑΕΠΠ. Κατά της απόφασης αυτής η νυν προσφεύγουσα άσκησε την με αριθ. ANM/2020 αίτηση αναστολής ενώπιον του ΕφΠατρών, εφ' ής εκδόθηκε η με αριθ. Ν11/2021 απόφαση του Δικαστηρίου αυτού, με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση αναστολής. Σύμφωνα με την κρινόμενη προσφυγή, η νυν προσφεύγουσα άσκησε την με αριθ. ΑΚ74/2021 αίτηση ακύρωσης κατά της με αριθ. 1442/2020 απόφασης ΑΕΠΠ, η οποία όμως δεν έχει κοινοποιηθεί στην ΑΕΠΠ (βλ. υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα από το Γραφείο Προέδρου ΑΕΠΠ με ημερομηνία 24-6-2021), ούτε προσκομίζεται με την προσφυγή.

6. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα, και δη με επιφύλαξη, δεδομένης της εγερθείσας αμφισβήτησης ως άνω υπό σκέψη 5 των όρων της διακήρυξης, και η ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχος ..., με τις προσφορές τους υπ' αριθ. 187774 και 190744 αντίστοιχα.

7. Επειδή η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού της αναθέτουσας αρχής συνεδρίασε την 18-5-2021, και εξέδωσε ΠΡΑΚΤΙΚΟ 1<sup>ο</sup> Αποσφράγισης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς σύμφωνα με το οποίο έκρινε αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τη τεχνική προσφορά της ... και απορριπτέα τα δικαιολογητικά συμμετοχής της προσφεύγουσας διότι σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης και συγκεκριμένα «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται « • κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2017, 2018, 2019) θα πρέπει να έχουν εκτελέσει και ολοκληρώσει επιτυχώς από κοινού ή εξ' ολοκλήρου μία (1) τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας, συναφούς αντικείμενου με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης, ύψους κατ' ελάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης». Ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας δεν διαθέτει κατά την διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2017, 2018, 2019) ούτε ως σύνολο, ούτε μεμονωμένα σύμβαση/σεις ίσες με τον προϋπολογισμό της υπό ανάθεση σύμβασης. Εν συνεχεία η Επιτροπή συνεδρίασε εκ νέου την 31-5-2021 και εξέδωσε

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

*ΠΡΑΚΤΙΚΟ 2<sup>ο</sup> ΑΠΟΣΦΡΑΓΙΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ*, σύμφωνα με το οποίο, κρίθηκε αποδεκτή η οικονομική προσφορά της ... ποσού 85.900 ευρώ, και προτάθηκε η ανακήρυξη της ως προσωρινής αναδόχου.

8. Επειδή με την ήδη προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 251/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκαν τα ως άνω 1<sup>ο</sup> και 2<sup>ο</sup> Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και ανακηρύχθηκε η ... προσωρινή ανάδοχος της προμήθειας. Η προσβαλλόμενη απόφαση, με ενσωματωμένα το 1<sup>ο</sup> και 2<sup>ο</sup> Πρακτικό, κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 9-6-2021, μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

9. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 21-6-2021, με κατάθεση μέσω της *επικοινωνίας*, και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή την 23-6-2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση μέσω της *επικοινωνίας* της υπό εξέταση προσφυγής προς την μόνη συνδιαγωνιζόμενη .... Κατόπιν τούτου εμπροθέσμως, προσηκόντως και παραδεκτώς με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ασκήθηκε εντός της 10ήμερης αποκλειστικής νόμιμης προθεσμίας, την 5-7-2021 -νομίμως παρατεινόμενη μέχρι την πρώτη εργάσιμη ημέρα- η υπό κρίση παρέμβαση, με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθ. 365 παρ. 1, 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017).

11. Επειδή την 5-7-2021 εμπροθέσμως εντός της της 15ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας από την κατάθεση της προσφυγής που έγινε την 21-6-2021 (άρθ. 365 παρ. 1 και παρ. 8 του ν. 4412/2016), προσηκόντως και παραδεκτώς, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ στην προσφεύγουσα και στην παρεμβαίνουσα μέσω της *επικοινωνίας* το με αριθ.

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

πρωτ. 18173/29-6-2021 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθρ. 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

12. Επειδή η προσφεύγουσα την 12-7-2021 εμπρόθεσμα και παραδεκτά, εντός της 5 ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας - νομίμως παρατεινόμενη μέχρι την πρώτη εργάσιμη ημέρα-, από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής που έγινε την 5-7-2021 (άρθρ. 365 παρ. 1 και παρ. 8 του ν. 4412/2016), κατέθεσε Υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής μέσω της επικοινωνίας.

13. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νόμιμα εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 1592/2021 Πράξης του Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί προσωρινών μέτρων.

14. Επειδή, στη διακήρυξη προβλέπεται ότι : « 2.2 Δικαίωμα Συμμετοχής - Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής ..... Κριτήρια Επιλογής... 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα ... Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για τη παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται --- κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2017, 2018, 2019) θα πρέπει να έχουν εκτελέσει και ολοκληρώσει επιτυχώς από κοινού ή εξ ολοκλήρου μία (1) τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας, συναφούς αντικείμενου με το αντικείμενο της παρούσας σύμβασης, ύψους κατ' ελάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης ... 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς ... β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων ... 2.2.6 της παρούσας προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ),... το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986... 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα Α). Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8,

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας... Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) Αν οι αποδέκτες των προμηθειών είναι φορείς του δημόσιου ή του ευρύτερου δημόσιου τομέα (Αναθέτουσες Αρχές), η παροχή των παραπάνω προμηθειών αποδεικνύεται με σχετικές βεβαιώσεις ή πρωτόκολλα οριστικής παραλαβής (ευανάγνωστα φωτοαντίγραφα), τα οποία έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή. Ως ημερομηνία ολοκλήρωσης νοείται η ημερομηνία της βεβαίωσης/πρωτοκόλλου παραλαβής του αντικειμένου της Σύμβασης, που εκδίδει η Αναθέτουσα Αρχή/αποδέκτης. Β) Αν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, η παροχή θα αποδεικνύεται με βεβαίωση του αποδέκτη, την προσκόμιση της σχετικής έγγραφης σύμβασης, καθώς και αντίγραφο του σχετικού τιμολογίου για την παροχή της παραπάνω υπηρεσίας και του σχετικού *extrait* της τράπεζας για την πληρωμή της υπηρεσίας. Ως ημερομηνία ολοκλήρωσης νοείται η ημερομηνία της βεβαίωσης ολοκλήρωσης του αντικειμένου της Σύμβασης, που εκδίδει ο αποδέκτης (ιδιωτικός φορέας)...2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται..με το περιεχόμενο που ορίζεται.. συγκεκριμένα στις παραγράφους.. 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας.. .... θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα ... έγγραφα της παρούσης διακήρυξης .. »

15. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, η προσφεύγουσα, επανερχόμενη και πάλι επί του όρου 2.2.6 της διακήρυξης και προβάλλοντας τους ίδιους ισχυρισμούς ως και στην προσφυγή της με ΓΑΚ 1280/2020, οι οποίοι απορρίφθηκαν με την υπ' αριθ. 1442/2020 απόφαση ΑΕΠΠ που επικυρώθηκε με την υπ' αριθ. Ν11/2020 απόφαση του ΔΕφΠατρών (σκέψη 6), επικαλούμενη εκ νέου τα άρθ. 75, 80, 104 το μέρος ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, και τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, την ΚΟ 13/2016 ΕΑΑΔΗΣΥ ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της διότι η αναθέτουσα αρχή

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

κατά παράβαση όλων των παραπάνω αναφερομένων διατάξεων και αρχών ερμήνευσε τον επίμαχο όρο 2.2.6 της διακήρυξης αποδεχόμενη ότι για την πλήρωση του ποιοτικού κριτηρίου επιλογής της πρότερης εμπειρίας πρέπει να ληφθούν υπ' όψιν πρότερες συμβάσεις μόνον των ετών 2017, 2018 και 2019 και όχι του έτους 2020, χωρίς να αμφισβητεί ότι η ίδια σύμφωνα με τις δηλώσεις στο υποβληθέν ΤΕΥΔ της, δεν εκπληρώνει την επίμαχη πρότερη εμπειρία εντός των ετών 2017, 2018 και 2019 παρά μόνον εφόσον ληφθούν υπ' όψιν και οι συμβάσεις της έτους 2020.

16. Επειδή, καθόσον αφορά στο κύριο αίτημα της προσφυγής, η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος που απέρριψε την προσφορά της, και αποδέχθηκε την προσφορά της παρεμβαίνουσας, επικαλούμενη άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης, θεμελιώνοντας τη ζημία της στον φερόμενο παράνομο αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό και το προφανές επιδιωκόμενο όφελος για την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής της, επί τω τέλει αξιολόγησης και αποδοχής και της οικονομικής προσφοράς της η οποία -ως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση- ανέρχεται σε ποσόν 88.700 ευρώ, έναντι της χαμηλότερης προσφοράς της παρεμβαίνουσας και προσωρινής αναδόχου που ανέρχεται σε ευρώ 85.900, ενώ συγχρόνως επιδιώκει με την προσφυγή και την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος που αποδέχθηκε την προσφορά της παρεμβαίνουσας προσωρινής αναδόχου ... επί τω τέλει όπως αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος της προμήθειας.

17. Επειδή η αναθέτουσα αρχή επικαλούμενη στις απόψεις της επί της προσφυγής την κανονιστική φύση των όρων της διακήρυξης, τον όρο 2.2.6, την ρητή συμμετοχή με επιφύλαξη στον διαγωνισμό από την προσφεύγουσα και την εκ των προτέρων γνώση της προσφεύγουσας ότι δεν πληροί τον όρο 2.2.6, αναφέρει ότι ο λόγος της προσφυγής έχει ήδη εξετασθεί από την ΑΕΠΠ και εκδόθηκε η με αριθ. 1442/2020 απόφαση που απέρριψε ήδη τον εκ νέου φερόμενο λόγο της νυν προσφυγής, την επικυρωτική απόφαση με αριθ. 11/2021 του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, και ότι κατόπιν τούτων, ορθά η προσβαλλόμενη απόφαση απέκλεισε την προσφορά της προσφεύγουσας. Συστοίχως και η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι «... Ορθώς κρίθηκε



## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

απορριπτέα η προσφορά της προσφεύγουσας με βάση όρο της διακήρυξης για τα κριτήρια επιλογής, ο οποίος κρίθηκε ως νόμιμος τόσο από την ΑΕΠΠ (βλ. ΑΕΠΠ 1442/2020) όσο και από το Διοικητικό Εφετείο Πατρών (βλ. ΔΕφΠατρών 11/2021). Η επικαλούμενη εκκρεμής αίτηση ακύρωσης ουδεμία έννομη επιρροή ασκεί...»

18. Επειδή η προσφεύγουσα, με το Υπόμνημά της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται στους λόγους και ισχυρισμούς της προσφυγής περί του φερόμενου παράνομου αποκλεισμού της, ισχυριζόμενη ότι πληροί τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης διότι διαθέτει την απαιτούμενη εμπειρία για την εκτέλεση της σύμβασης, και ότι η δικαστική απόφαση που θα εκδοθεί επί της αίτησής της αναστολής θα κρίνει οριστικά την νομιμότητα του όρου 2.2.6 της διακήρυξης και συνεπώς η αίτησή της ακύρωσης ασκεί έννομη επιρροή και με δεδομένο ότι επιφυλάχθηκε για τη νομιμότητα του υπ' αριθμόν 2.2.6. όρου της διακήρυξης μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της.

19. Επειδή, στο άρθρο 75 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι « 1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ... γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν .. 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.»

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

20. Επειδή στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016 με τίτλο «*Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης*» (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: ... β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75... 3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. ... 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας...»

21. Επειδή, στο άρθρο 80 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «*Κριτήρια επιλογής* (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι « 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους .. 5 και στο Παράρτημα ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη .. της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75... 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. ...»

22. Επειδή στο Παράρτημα ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «*ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ*» προβλέπεται ότι «..Μέρος ΙΙ Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι 1) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών όπου κριθεί 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, ιι) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ... που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά ου αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ... που παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία...»

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση προσφορά : α) Η οποία ... υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της, σύμφωνα με το άρθρο 102...»

24. Επειδή, στο άρθρο 104 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής..» ορίζεται ότι « 1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης...»

25. Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα 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, ΣτΕ Ε.Α. 523/2010), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993).

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

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 Τμήματος 78/2007, IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτές, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 26/2007 κ.ά.) Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion 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), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

26. 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 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 απόρριψης της προσφοράς.

27. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία εφόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση *Pirro Pizzo*, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

28. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 25 και C-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 27). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, *Pizzo Pizzo*, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

29. 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 (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).

30. Επειδή, από τη ρητή διατύπωση των ισχυρών, ισταμένων, και μη ανασταλέντων όρων της διακήρυξης σε συνδυασμό με τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας, είναι σαφές ότι υποχρεωτικά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς και αποκλεισμού του διαγωνιζόμενου από την διαδικασία, απαιτείται ως ποιοτικό κριτήριο συμμετοχής στον διαγωνισμό η κτήση πρότερης εμπειρίας με εκτέλεση συμβάσεων εντός της περιόδου αναφοράς 2017, 2018, 2019 και όχι εντός του έτους 2020. Όμως η προσφεύγουσα χωρίς να αμφισβητεί ότι δεν εκπληρώνει το τεθέν ποιοτικό κριτήριο επαγγελματικής εμπειρίας εντός των ρητώς προβλεπομένων ετών 2017, 2018 και 2019, ισχυρίζεται όμως ότι παρά το ρητό γράμμα της διακήρυξης πρέπει να ληφθούν υπ' όψιν για την πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου και οι συμβάσεις που εκτέλεσε το έτος 2020. Όμως, όλοι οι ισχυρισμοί της προσφυγής αμφισβητούν ανεπικαίρως και απαραδέκτως το ως άνω σαφές και ρητό γράμμα της διακήρυξης, και πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι, καθώς: α) έχει *ad hoc* παγίως κριθεί ότι ανεπικαίρως και απαραδέκτως, επ'

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερης πράξεως, η οποία εντάσσεται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας – και εν προκειμένω της απόφασης επί των της ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου- προβάλλεται λόγος με τον οποίον αμφισβητείται η νομιμότητα πράξης προηγούμενου σταδίου του διαγωνισμού –και εν προκειμένω της διακήρυξης- δοθέντος ότι έχει παρέλθει η εκ του νόμου προβλεπόμενη αποκλειστική προθεσμία (ΔΕφ 100/2015, ΔΕφΑθ 426/2015, ΣτΕ 17/2018, ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ. 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 εππαμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, ΔΕΚ απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 56, και απόφαση της 14.2.2019, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop. Impresa Sociale Onlus σκέψεις 39 έως 50, και σκέψη 52, βλ. και *ad hoc* νομολογία σχετικά με την απαράδεκτη εκ των υστέρων αμφισβήτηση των ενσωματωμένων στην διακήρυξη Υποδειγμάτων οικονομικής προσφοράς ΕΑ ΣτΕ 723/2011, 705/2011, 654/2011, 659/2011, 367/2011, 1342/2010, 1166/2010), και β) Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με το άρθ. 367 του ν.4412/2016, δεν χωρεί, εν προκειμένω, παρεμπόδιων έλεγχος του αμφισβητούμενου όρου της διακήρυξης, διότι σύμφωνα με τον νόμο η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης, και γ) επί πλέον δε το -και πάλι εκ νέου- αμφισβητούμενο κριτήριο ποιοτικής επιλογής έχει ήδη κριθεί ως σύννομο, ισχυρό και δεσμευτικό με την απόφαση ΑΕΠΠ 1442/2020, που επικυρώθηκε με την απόφαση Ν11/2021 ΔΕφΠατρών (σκέψη 5), επί της οποίας κρίσης της η ΑΕΠΠ δεν δύναται να επανέλθει. Και πολλώ δε μάλλον η ΑΕΠΠ δεν δύναται να ερμηνεύσει το σαφές ρητό και ανεπίδεκτο ερμηνείας κριτήριο ποιοτικής επιλογής και δη με τρόπο καταλυτικό, αγνοώντας και στην ουσία καταργώντας το ως αντίθετα αξιώνει η προσφεύγουσα. Περαιτέρω είναι άνευ ετέρου απορριπτέος ο ισχυρισμός της προσφυγής (σελ. 16 επ.) ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα διότι καθ' ερμηνεία του επίμαχου όρου 2.2.6 της διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή έλαβε ως χρονική περίοδο αναφοράς της επαγγελματικής εμπειρίας τα έτη 2017, 2018, 2019 και όχι το έτος 2020. Κι τούτο διότι ρητά στην διακήρυξη αναφέρεται ότι η απαιτούμενη επαγγελματική εμπειρία απαιτείται να έχει

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

συγκεντρωθεί εντός των ετών 2017, 2018 και 2019 και όχι εντός του έτους 2020, και συνεπώς όχι μόνον η αναθέτουσα αρχή δεν ερμήνευσε τον επίμαχο όρο της διακήρυξης, ο οποίος είναι σαφής ρητός μονοσήμαντος και ανεπίδεκτος ερμηνείας, αλλά απλώς τον εφάρμοσε και μάλιστα αυτολεξί, ορθά σύννομα και παραδεκτά αποκλείοντας την προσφορά της προσφεύγουσας ή οποία ομολογουμένως δεν συγκεντρώνει την απαιτούμενη εμπειρία εντός της απαιτούμενης τριετίας 2017, 2018 και 2019. Μάλιστα δε η προσφεύγουσα είναι εκείνη η οποία απαραδέκτως, ανεπικαιρώς και παρά το ρητό γράμμα της απόφασης ΑΕΠΠ 1442/2020 επιχειρεί με την υπό κρίση προσφυγή της (σελ. 16 επ.) ερμηνεία του όρου 2.2.6 και δη καταλυτική αντίθετη με το γράμμα της διακήρυξης έτσι ώστε να περιληφθεί και το έτος 2020 ενώ αντίθετα τούτο ρητώς αποκλείεται από την σαφή διατύπωση του επίμαχου όρου 2.2.6. Περαιτέρω, αορίστως και αλυσιτελώς η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η μη συμπερίληψη των συμβάσεων έτους 2020 αντίκειται στον ελεύθερο ανταγωνισμό εις βάρος των νεοσύστατων επιχειρήσεων (σελ. 17), δεδομένου ότι η ίδια ούτε ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει ότι τυγχάνει νεοσύστατη επιχείρηση και δεν θα μπορούσε να εκπληρώσει το επίμαχο κριτήριο κατά την περίοδο αναφοράς 2017, 2018, 2019. Περαιτέρω αορίστως και αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα (σελ. 20) ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της επί τη βάσει του όρου 2.2.6 -τον οποίο ομολογουμένως δεν εκπληρώνει- διότι η ίδια ήδη έχει αμφισβητήσει την νομιμότητα του όρου αυτού προδικαστικώς και δικαστικώς (σκέψη 6). Ωστόσο όμως η προσφεύγουσα δεν μνημονεύει καμία διατάξη του νόμου ή της διακήρυξης - ούτε υπάρχει τέτοια διάταξη- η οποία να προβλέπει ότι λόγω της δικαστικής αμφισβήτησης όρου της διακήρυξης και ενώ ακόμη δεν έχει κριθεί εάν παραδεκτά, νόμιμα και βάσιμα αμφισβητείται ο εν λόγω όρος είναι ακυρωτέα κάθε απόφαση της αναθέτουσας αρχής επί τη βάσει του δικαστικά αμφισβητούμενου και μη κριθέντος όρου. Αντίθετα μάλιστα δυνάμει της απόφασης Ν11/2021 του Διοικητικού Εφετείου, η οποία απέρριψε το αίτημα αναστολής του διαγωνισμού, πιθανολογώντας την νομιμότητα και εγκυρότητα του επίμαχου όρου 2.2.6 της διακήρυξης, ορθά σύννομα και παραδεκτά εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση ανεξαρτήτως της -φερόμενης και αναπόδεικτης πάντως- περαιτέρω δικαστικής αμφισβήτησης του όρου αυτού με αίτηση ακύρωσης της προσφεύγουσας (σκέψη 5), βασιζόμενη η

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

προσβαλλόμενη επί του αμφισβητούμενου μεν αλλά μη ακυρωθέντος ουδέ ανασταλέντος επίμαχου όρου 2.2.6 της διακήρυξης. Και τούτο πολλώ δε μάλλον που σύμφωνα με το άρθ. 367 παρ. 3 *Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ.* Πράγμα το οποίο και έπραξε η αναθέτουσα αρχή με την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης η οποία αυτολεξί εφάρμοσε τον κριθέντα νόμιμο ισχυρό και δεσμευτικό επίμαχο όρο 2.2.6 της διακήρυξης (απόφαση ΑΕΠΠ 1442/2020), ενώ συγχρόνως ούτε η διαγωνιστική διαδικασία έχει ανασταλεί (απόφαση Ν11/2021 ΔΕφΠατρών). Επομένως για όλους τους παραπάνω λόγους πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος και το αίτημα της προσφυγής περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, διότι η προσφορά της ορθά απορρίφθηκε σύμφωνα με τα άρθ. 75, 79, 80, Παρ XII του Προσαρτήματος Α', Μέρος II, 91, 104 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 19-24), και τους όρους 2.2.6, 2.2.9, 2.2.9.1 β), 2.2.9.2 Β4, 2.4.6 της διακήρυξης (σκέψη 14) κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής και σύμφωνα με τις αρχές της νομιμότητας της διαφάνειας και της τυπικότητας (σκέψεις 25-29) επειδή δεν προαπέδειξε ότι πληροί το τεθέν απαράβατο επί ποινή αποκλεισμού ποιοτικό κριτήριο επιλογής επαγγελματικής και τεχνικής ικανότητας και δη εμπειρίας κτηθείσας κατά την τριετία που προηγείται του έτους της διακήρυξης ήτοι κατά τα έτη 2017, 2018, 2019, αλλά αντίθετα προαπέδειξε με τις ρητές δηλώσεις της στο ΤΕΥΔ που κατέθεσε -ως ομολογείται και στην προσφυγή- ότι το τεθέν κριτήριο ποιοτικής επιλογής και δη επαγγελματικής εμπειρίας εκπληρώνεται μόνον εφόσον ληφθούν υπόψιν και οι συμβάσεις της έτους 2020, όπερ αποκλείεται από την διακήρυξη.

31. Επειδή στην διακήρυξη ορίζεται ότι «...2.4.3.2 *Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 28/2018 (ανασυνταγμένη) μελέτη της Δ/σης τεχνικών υπηρεσιών του Δήμου ..., περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα...2.4.6 Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου*



## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:... θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης... 3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών Μετά την ... αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών ... Ειδικότερα ... β)... Η αξιολόγηση γίνεται σύμφωνα με τους όρους της παρούσας και συντάσσεται πρακτικό για την απόρριψη όσων τεχνικών προσφορών δεν πληρούν τους όρους και τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών... Παράρτημα Ι ΜΕΛΕΤΗ ... Τεχνικές Προδιαγραφές ... Ζ' Η Ανάδοχος εταιρεία θα παρέχει γραπτή εγγύηση τουλάχιστον δύο (2) ετών για την καλή λειτουργία τόσο των μηχανικών μερών όσο και των ηλεκτρονικών συστημάτων. Ο Ανάδοχος, χωρίς πρόσθετη δαπάνη για την Υπηρεσία, είναι υποχρεωμένος μέχρι και τη λήξη της εγγύησης (2 έτη) του συστήματος να ενημερώνει, αναβαθμίζει ή αντικαθιστά το λογισμικό ελέγχου των διατάξεων με κάθε νεότερη έκδοση που διατίθεται από τον Κατασκευαστή. Στην προσφορά του Αναδόχου θα περιλαμβάνεται και η συντήρηση του μηχανισμού χωρίς πρόσθετη χρέωση για την πρώτη περίοδο λειτουργίας, μέχρι την απόσυρσή από την ακτή ή για διάστημα ενός έτους. Στη διάρκεια αυτή ο Ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να παρέχει κατ' ελάχιστον μια (ανά μήνα) τακτική προληπτική συντήρηση κάθε συστήματος. Επιπλέον, υποχρεούται να προβαίνει στην αποκατάσταση οποιασδήποτε βλάβης ή άλλης λειτουργικής ανωμαλίας του εξοπλισμού, ή/και σύστημα, ή/και στην αντικατάσταση ( εφ' όσον απαιτείται ) μέρους ή του συνόλου αυτών χωρίς καμία πρόσθετη δαπάνη για την Υπηρεσία. Το κόστος όλων των αναλωσίμων, ανταλλακτικών, λιπαντικών, μικροϋλικών, κλπ βαρύνει τον Ανάδοχο. Θα πρέπει να δοθεί η δαπάνη και πρόγραμμα συντήρησης για κάθε χρόνο και για τα επόμενα πέντε χρόνια. Θα πρέπει να δοθεί πίνακας των κυριότερων ανταλλακτικών τις διάταξης με τιμές και θα πρέπει να δοθεί βεβαίωση για πενταετή, τουλάχιστον, δυνατότητα προμήθειας ανταλλακτικών των συσκευών του συστήματος...»

32. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβάινουσας, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τους παραπάνω όρους και τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης (σκέψη 35), τα άρθ. 18 και 91 του ν. 4412/2016 ισχυρίζεται ότι (σελ. 20 επ.) πρέπει να

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση καθώς κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και του νόμου έκρινε αποδεκτή την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας διότι «... η συμμετέχουσα εταιρία ... έχει συμπεριλάβει στην τεχνική προσφορά της έγγραφο με τίτλο «Εγγυητική καλής λειτουργίας», όπου μεταξύ άλλων διαλαμβάνονται τα εξής: “...Η εγγύηση αφορά τα μηχανικά και ηλεκτρονικά μέρη. Ειδικότερα για την πρώτη θερινή περίοδο εγκατάστασης των μηχανισμών η εγγύηση καλύπτει τους μηχανισμούς σε επίπεδο εργασίας και ανταλλακτικών και αφορά την αποκατάσταση οποιασδήποτε βλάβης προέλθει σαν αποτέλεσμα της εύλογης χρήσης των μηχανισμών. Η αποκατάσταση της βλάβης θα πραγματοποιείται εντός 48 ωρών από την γνωστοποίησή της..” Περαιτέρω, στο έγγραφο με τίτλο «Έντυπο τεχνικής προσφοράς» αναφέρεται, επίσης, ότι: «...Επιπλέον, η προσφορά περιλαμβάνει...Συντήρηση του μηχανισμού και αποκατάσταση οποιασδήποτε βλάβης ή άλλης λειτουργικής ανωμαλίας του εξοπλισμού, ή/και σύστημα, ή/και στην αντικατάσταση (εφ’ όσον απαιτείται) μέρους ή του συνόλου αυτών χωρίς καμία πρόσθετη δαπάνη για την Υπηρεσία για την πρώτη θερινή περίοδο της εγκατάστασης της κάθε διάταξης SEATRAC, εφόσον δεν προκύψουν βλάβες από βανδαλισμό ή κακόβουλη ενέργεια. Μηνιαία προληπτική συντήρηση της κάθε διάταξης SEATRAC χωρίς πρόσθετη χρέωση για την πρώτη θερινή περίοδο λειτουργίας. Την αποκατάσταση οποιασδήποτε βλάβης για το διάστημα αυτό, που μπορεί να προκύψει σαν αποτέλεσμα της εύλογης χρήσης των μηχανισμών σε εύλογα πλαίσια σε εργάσιμες ή μη ημέρες σε συνεννόηση με την αρμόδια υπηρεσία...». Ούτως έχουσα η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρίας «...» παρίσταται μη νόμιμη λόγω μη συμμόρφωσης με τους όρους της διακήρυξης και συγκεκριμένα με τους όρους του Παραρτήματος Ι. Συγκεκριμένα, η προσφορά της εταιρίας ... δεν ικανοποιεί τις απαιτήσεις του κεφαλαίου των Τεχνικών Προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, στο οποίο προβλέπεται η ρητή και ανεπιφύλακτη υποχρέωση του αναδόχου να αποκαθιστά οποιαδήποτε βλάβη ή λειτουργική ανωμαλία του εξοπλισμού (βλ. *ad hoc* ΔΕφΤριπ Αναστ. 4/2021, ΔΕφΤριπ Αναστ. 19/2020, ΑΕΠΠ 1169/2020, 995/2020). Η εταιρία «...» δηλαδή, παρ’ ότι όφειλε να δηλώσει ότι συμμορφώνεται πλήρως με τις απαιτήσεις του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης περί αποκατάστασης οποιασδήποτε βλάβης ή άλλης λειτουργικής ανωμαλίας του εξοπλισμού, χωρίς περιορισμούς και εξαιρέσεις, δεν το έπραξε.

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

*Συγκεκριμένα, η εταιρία ... δήλωσε ρητά και υπεύθυνα με τα ως άνω έγγραφα που εμπεριέχονται στην προσφορά της ότι θα αποκαθιστά τις βλάβες που δεν οφείλονται σε βανδαλισμούς ή κακόβουλες ενέργειες, αλλά τις βλάβες που προέρχονται αποκλειστικά και μόνο από εύλογη χρήση του εξοπλισμού. Οι ανωτέρω δηλώσεις της ως εταιρίας ... συνιστούν απόκλιση από τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, τις οποίες παραβιάζουν κατάφωρα, δεδομένου ότι εισάγουν περιορισμούς και εξαιρέσεις στις ανεπιφύλακτες υποχρεώσεις που τίθενται από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού για τον ανάδοχο....»*

33. Επειδή η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον προβάλλει το επικουρικό αίτημά της ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της προσωρινής αναδόχου και μόνης συνδιαγωνιζόμενης παρεμβαίνουσας, επί τω τέλει απόρριψης της προσφοράς της, ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, δεδομένου ότι έχει ήδη κριθεί ότι ορθά και σύννομα έχει αποκλειστεί η προσφορά της ίδιας της προσφεύγουσας, ενώ συγχρόνως η προσφεύγουσα δεν θεωρείται οριστικά αποκλεισθείσα του διαγωνισμού επί τη βάση της παρούσας απόφασης ΑΕΠΠ η οποία υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο κατ' άρθ. 367 παρ. 4 και 372 επ. του ν. 4412/2016, ως έχει ad hoc κριθεί από το ΔΕΕ και την εθνική νομολογία ( ΔΕΕ απόφαση της 24-3-2021 υπόθεση C-771/19 με εκτενή νομολογία, και αποφάσεις της 4ης.7.2013, Fastweb, C-100/12, της 5ης Απριλίου 2016, Puligienica Facility Escro SpA, C-689/13, της 21ης.12.2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, και της 11ης.5.2017, C-131/16, Archus και Gama, ΣΤΕ ΕΑ 22/2018, ΟΛΣΤΕ ΕΑ 235/2019).

Όπως δε κρίθηκε με πρόσφατη απόφαση του ΔΕΕ C-771/19 της 24ης Μαρτίου 2021 NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε., NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε., LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε. κατά Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), Αττικό Μετρό Α.Ε.: « Όσον αφορά τους ισχυρισμούς τους οποίους μπορεί να προβάλλει ένας Αριθμός απόφασης: 849/2021 4 αποκλεισθείς προσφέρων στο πλαίσιο μιας τέτοιας προσφυγής, παρατηρείται ότι η οδηγία 92/13 δεν προβλέπει άλλη απαίτηση πέραν εκείνης του άρθρου 1, παράγραφος 1, η οποία ορίζει ότι ο προσφέρων αυτός μπορεί να προβάλλει

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της εν λόγω νομοθεσίας [...].Εξάλλου, στη σκέψη 29 της απόφασης της 5ης Απριλίου 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), το Δικαστήριο επισήμανε ότι οι διαφορές των ισχυρισμών που προβάλλουν οι προσφέροντες οι οποίοι αποκλείστηκαν από τη διαδικασία σύναψης της επίμαχης σύμβασης δεν ασκούν επιρροή στην εφαρμογή της νομολογιακής αρχής που υπομνήσθηκε στη σκέψη 31 της παρούσας απόφασης. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ο αποκλεισθείς προσφέρων δικαιούται να προβάλει οποιοδήποτε ισχυρισμό κατά της απόφασης περί αποδοχής άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του.Τούτου δοθέντος, η νομολογιακή αρχή που υπομνήσθηκε στη σκέψη 31 της παρούσας απόφασης ισχύει μόνον εφόσον ο αποκλεισμός του προσφέροντος δεν έχει επικυρωθεί με απόφαση έχουσα ισχύ δεδικασμένου (πρβλ. αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψεις 57 και 58, και της 5ης Σεπτεμβρίου 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, σκέψεις 31 και 32) [...].Επομένως, εν προκειμένω, γίνεται δεκτό ότι μετ' εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας που δεν σχετίζονται με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείστηκε η δική της προσφορά.

34. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, στις απόψεις της επί της προσφυγής, δεν παραθέτει άποψη επί των παραπάνω πραγματικών ισχυρισμών του δεύτερου λόγου της προσφυγής, ούτε παραθέτει άποψη και επί των λοιπών τρίτου και τέταρτου λόγου της προσφυγής κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Για τον λόγο αυτό συνάγεται τεκμήριο ομολογίας των ισχυρισμών της προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή, κατά το άρθρ. 365 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο «1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, .. η αναθέτουσα αρχή,.. : .. (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, .. τις απόψεις της επί της προσφυγής .. 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της παρ. 1, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. .. »

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αφοκάρδου, σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις, ομολογία της αναθέτουσας αρχής δύναται να συναχθεί με τη μη αποστολή του φακέλου. Εν προκειμένω, ωστόσο, τα στοιχεία του φακέλου ήταν επαρκή, ως προκύπτει από την παρούσα, καθώς επέτρεψαν την εξέταση της προσφυγής στην ουσία της και την έκδοση απόφασης από το αποφασίζον Κλιμάκιο. Ως εκ τούτου, δεν θεωρείται αναγκαία ή σκόπιμη η συνδρομή του τεκμηρίου ομολογίας της αναθέτουσας αρχής λόγω της μη αποστολής απόψεων από την αναθέτουσα αρχή (βλ. απόφαση 6ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ 680/2021, σκ. 10, 1529/2020, σκ. 14 ειδική γνώμη Ε. Αφοκάρδου). Σε κάθε περίπτωση, το θεσμικό πλαίσιο εξέτασης προδικαστικών προσφυγών δίνει τη δυνατότητα στον Εισηγητή να ζητήσει, μεταξύ άλλων, και από την αναθέτουσα αρχή να προσκομίσει στοιχεία που λείπουν ή είναι οπωσδήποτε χρήσιμα για την υποστήριξη ή την αντίκρουση της προδικαστικής προσφυγής (άρθρο 12 παρ. 3 ΠΔ 39/2017).

35. Επειδή, ανεξαρτήτως της σκέψης 34, επί της ουσίας του δεύτερου λόγου της προσφυγής, η παρεμβαίνουσα, δεν αμφισβητεί την προσφυγή ως προς το αναφερόμενο ως άνω (σκέψη 32) περιεχόμενο των εγγράφων της τεχνικής της προσφοράς, με τα οποία δεν εγγυάται την *αποκατάσταση οποιασδήποτε βλάβης κάθε συστήματος* ως απαιτεί η διακήρυξη (σκέψη 31), αλλά εγγυάται την *αποκατάσταση οποιασδήποτε βλάβης προέλθει σαν αποτέλεσμα της εύλογης χρήσης των μηχανισμών* καθώς επίσης δεν αναλαμβάνει αδιακρίτως και απεριορίστως την *συντήρηση του μηχανισμού για την πρώτη περίοδο λειτουργίας* αλλά δηλώνει ότι αναλαμβάνει μεν την συντήρηση του συστήματος αλλά *μόνον εφόσον δεν προκύψουν βλάβες από βανδαλισμό ή κακόβουλη ενέργεια*. Αλλά η παρεμβαίνουσα αβασίμως ισχυρίζεται ότι οι επικαλούμενοι στην προσφυγή όροι της διακήρυξης περί αποκατάστασης οποιασδήποτε βλάβης και συντήρησης (σκέψη 31) αφορούν και δεσμεύουν την ανάδοχο εταιρεία και το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης και πάντως όχι το στάδιο του διαγωνισμού. Ο ισχυρισμός είναι αβάσιμος διότι οι ως άνω επικαλούμενοι όροι της διακήρυξης αφ' ενός μεν συνιστούν τεχνικές προδιαγραφές οι οποίες ρητώς απαιτείται να εκπληρώνονται από τις υποβαλλόμενες τεχνικές προσφορές κατά το στάδιο του διαγωνισμού (όρος 3.1.2 β), 2.4.6 της διακήρυξης, αφ' ετέρου δε, σε κάθε περίπτωση οι ως άνω δηλώσεις της παρεμβαίνουσας στην τεχνική της προσφορά προδικάζουν ότι

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

και κατά το στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης η ίδια -ως ανάδοχος της προμήθειας- δεν πρόκειται να συμμορφωθεί με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και δη με την απαιτούμενη εγγύηση λειτουργίας και υποχρέωση συντήρησης του συστήματος, κατά το εύρος που απαιτεί η διακήρυξη, αλλά ρητώς περιορισμένα, καθισταμένης απορριπτέας της προσφοράς καθόσον *παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης* (άρθ. 91 του ν. 4412/2016 και όρος 2.4.6 της διακήρυξης). Περαιτέρω η παρεμβαίνουσα αλυσιτελώς επικαλείται έτερο έγγραφο της προσφοράς της και ιδία το ηλεκτρονικό αρχείο “Υπεύθυνη Δήλωση Iyn 2\_signed.pdf” με το οποίο δηλώνεται υπεύθυνα ότι *Δεσμευόμαστε για την καλή λειτουργία (ή διατήρηση) του εξοπλισμού για δύο (2) έτη... Επιπλέον, θα προβαίνουμε στην αποκατάσταση οποιασδήποτε βλάβης* διότι το επικαλούμενο έγγραφο είναι αντιφατικό σε σχέση με τα έτερα ως άνω μη αμφισβητούμενα έγγραφα της προσφοράς της με τα οποία παρέχεται περιορισμένη εγγύηση καλής λειτουργίας και περιορισμένη συντήρηση, καθιστώντας την προσφορά εν συνόλω απορριπτέα ως ασαφή καθόσον δεν δύναται να παρέχεται εν ταυτώ και περιορισμένη και απεριόριστη εγγύηση καλής λειτουργίας και συντήρηση. Περαιτέρω αβασίμως η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι *και υπό εκδοχή ακόμα ότι έχει επιλοχώσει κάποιου είδους ασάφεια στην προσφορά μας, αναφορικά με μελλοντική υποχρέωσή μας, που αφορά στο στάδιο μετά την ανακήρυξή μας ως οριστικής αναδόχου, αυτή ήταν διευκρινίσιμη κατ’ άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δεδομένου ακριβώς ότι η υποχρέωση για προσκόμιση εγγύησης καλής λειτουργίας γεννάται το πρώτον για τον οριστικό ανάδοχο της προμήθειας και αποτελεί υποχρέωση που αναφύεται κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης*. Και τούτο διότι οποιαδήποτε διευκρίνηση τη προσφοράς θα κατέληγε σε τροποποίηση αυτής καθόσον θα έπρεπε να αγνοηθούν τα στοιχεία της προσφοράς τα οποία δηλώνουν περιορισμένη εγγύηση και περιορισμένη συντήρηση και να ληφθεί υπ’ όψιν μόνο η επικαλούμενη υπεύθυνη δήλωση. Όμως, 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

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

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). Συνεπώς, οποιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11<sup>ης</sup> Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29<sup>ης</sup> Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κλπ, C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). 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, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε 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). Σε κάθε περίπτωση, η αίτηση και παροχή διευκρίνησης δεν δύναται να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Εξ άλλου παρά τον αντίθετο ισχυρισμό της παρέμβασης αποκλείεται η εφαρμογή του άρθ. 102 του ν. 4412/2016 το οποίο επιτρέπει την διευκρίνιση της προσφοράς όταν *οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες* ενώ εν προκειμένω δεν προκύπτει έλλειψη ή λάθος της προσφοράς αλλά σαφώς αντιφατική προσφορά με αλληλοαναιρούμενου περιεχομένου έγγραφα.

36. Επειδή, ανεξαρτήτως της σκέψης 34, επί της ουσίας του δεύτερου λόγου της προσφυγής, ως προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, βάσιμα αναφέρει η προσφεύγουσα ότι η παρεμβαίνουσα στην τεχνική της προσφορά δεσμεύεται να αποκαθιστά όχι *οποιαδήποτε βλάβη* του εξοπλισμού ως απαιτεί η τεχνική προδιαγραφή Z, αλλά μόνον τις βλάβες εκείνες που δεν προέρχονται από βανδαλισμό ή άλλη κακόβουλη ενέργεια ή

## Αριθμός Απόφασης :1363 /2021

από μη εύλογη χρήση των μηχανισμών (σκέψη 35 εκτενώς). Ως έχει ad hoc κριθεί επί ταυτόσημου όρου διακήρυξης που προέβλεπε αποκατάσταση βλαβών απεριορίστως ενώ η παρεμβαίνουσα είχε δεσμευτεί μόνο για αποκατάσταση βλαβών που δεν οφείλονται σε βανδαλισμούς ή κακόβουλη ενέργεια ή μη εύλογη χρήση -ως εν προκειμένω- (βλ. απόφαση ΔεφΤρ. Ν19/2020 με την οποία επικυρώθηκε η απόφαση ΑΕΠΠ 995/2020 Εισηγήτρια Μ. Κανάβα σκέψεις 40 επ.) «... δοθέντος ότι κατά τον όρο 1.5 του Παραρτήματος II της Διακήρυξης δεν προβλέπονται εξαιρέσεις και απαλλαγές από την εγγύηση καλής λειτουργίας, η ως άνω δήλωση εγγύησης του παρεμβαίνοντος δεν πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης διότι δεν καλύπτει βλάβες που προέρχονται από κακή χρήση, βανδαλισμούς, ... όπως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων.... Εκ του ως άνω περιεχομένου (της τεχνικής προσφοράς) συνάγεται ότι η παρεχόμενη από τον παρεμβαίνοντα συντήρηση και αποκατάσταση δεν καλύπτει βλάβες που προκύπτουν από κακή χρήση, βανδαλισμό και κακόβουλη ενέργεια και ως εκ τούτου δεν πληροί τις απαιτήσεις του όρου 1.5 του Παραρτήματος II της διακήρυξης, ο οποίος ρητώς προβλέπει την αποκατάσταση «οιασδήποτε βλάβης... » Η απόφαση ΑΕΠΠ 995/2020 έχει επικυρωθεί με την ΔΕφΤριπ Ν19/2020 η οποία έκρινε ότι « Κατά την έννοια του ... όρου της Διακήρυξης ... «οποιαδήποτε βλάβη» την εν γένει αποκατάσταση της οποίας υποχρεούται να προσφέρει ο οικονομικός φορέας/διαγωνιζόμενος κατά την πρώτη περίοδο λειτουργίας του μηχανισμού, χωρίς καμία πρόσθετη δαπάνη για την Υπηρεσία, επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς του, νοείται οποιαδήποτε βλάβη που μπορεί να προκληθεί από οποιαδήποτε αιτία, όπως από κακή χρήση, κακόβουλη ενέργεια ή βανδαλισμό...» (σκέψεις 2 και 4). Συνεπώς πρέπει να γίνει δεκτός ο εξεταζόμενος δεύτερος λόγος της προσφυγής και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση που έκρινε αποδεκτή ενώ έπρεπε να απορρίψει την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας, διότι δεν πληροί την τεθείσα επί ποινή απόρριψης της προσφοράς τεχνική προδιαγραφή περί αποκατάστασης οποιασδήποτε βλάβης του εξοπλισμού για την πρώτη περίοδο λειτουργίας του συστήματος αδαπάνως για την αναθέτουσα αρχή.

37. Επειδή τα παραπάνω αναφερόμενα (σκέψη 36) παρέχουν αυτοτελές αιτιολογικό έρεισμα ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την τεχνική προσφορά της



## **Αριθμός Απόφασης :1363 /2021**

παρεμβαίνουσας και την ανακήρυξε προσωρινή ανάδοχο της προμήθειας και αποδοχής του αιτήματος της προσφυγής και συνεπώς η εξέταση των έτερων λόγων της προσφυγής κατά της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας παρέλκει ως αλυσιτελής (ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑθ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 239/2019, 841/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.)

38. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

39. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που αποδέχθηκε την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την κήρυξε προσωρινή ανάδοχο του διαγωνισμού.

40. Επειδή πρέπει να απορριφθεί εν μέρει η παρέμβαση.

41. Επειδή ύστερα από τη παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Απορρίπτει εν μέρει την παρέμβαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 30 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε την 19 Αυγούστου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Αριθμός Απόφασης :1363 /2021**

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Ε. Αψοκάρδου**  
**α/α μόνο ως προς την έκδοση**  
**Χ. Ζαράρη**  
**( Πράξη Προέδρου ΑΕΠΠ**  
**117/17.08.2021)**

**Γ. Β. Ελευθεριάδης**