

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Σωτηρία Σταματοπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6.8.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1122/8.8.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... .. - - - -» και το διακριτικό τίτλο «... ..» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην (.... .. αριθμ. ...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου ... -...,' βαθμού, που εδρεύει στο, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. .../22-7-2022 Διακήρυξη του Δήμου ...- ... για την ανάθεση της προμήθειας με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ».

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια, Σωτηρία Σταματοπούλου,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την με ημερομηνία 5-8-2022 ηλεκτρονική απόδειξη πληρωμής της Τράπεζας ALPHA BANK, καθώς και την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ. με την ένδειξη «δεσμευμένο»), ποσού 3.983,04€, το οποίο

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

υπολογίζεται ως ποσοστό 0,50% επί της προϋπολογισθείσας, άνευ Φ.Π.Α., αξίας της σύμβασης, ήτοι επί του ποσού των €796.608,00.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. .../2022 Διακήρυξη, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της προμήθειας με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑΣ», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, προϋπολογισμού 796.608,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και 987.794,00€, συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α εκ 24%, ήτοι 191.186,00€.

3. Επειδή, η προκήρυξη της σύμβασης εστάλη προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 22-7-2022, ενώ το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 26-7-2022 και έλαβε μοναδικό ΑΔΑΜ ..., καθώς και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, αντικείμενο της σύμβασης είναι **η προμήθεια και εγκατάσταση** του εξοπλισμού για την αναβάθμιση της λειτουργίας της, όπως αυτός περιγράφεται στο Παράρτημα ΙΙ της Διακήρυξης, η θέση σε λειτουργία του εξοπλισμού και η τρίμηνη λειτουργία αυτού. Η σύμβαση υποδιαιρείται στα ειδικώς οριζόμενα στο άνω άρθρο 1.3 της Διακήρυξης δέκα τμήματα, ενώ ρητώς ορίζεται στο υπόψη άρθρο της Διακήρυξης ότι, προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των τμημάτων, ενώ και η ανάθεση θα γίνει για το σύνολο των τμημάτων, διότι η Εγκατάσταση Λειτουργίας Λυμάτων λειτουργεί ως ένα ενιαίο σύνολο, όπου κάθε μια μονάδα αποτελεί απαραίτητο προστάδιο για το επόμενο, αλλά και το αντίστροφο και η πλημμελής ή ελλιπής λειτουργία κάθε μονάδας ή/και εξοπλισμού προκαλεί δυσλειτουργία, τόσο της επιμέρους μονάδας, όσο και του συνόλου και δημιουργεί κενά ή προβλήματα στην διεργασία, άρα και στην εκροή, για την οποία εγγυάται ο προσφέρων με την εγγύηση απόδοσης του επιμέρους εξοπλισμού και δεσμεύεται να λειτουργήσει επί τρίμηνο, τηρώντας τους όρους της ΑΕΠΟ.

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

5. Επειδή, σύμφωνα με το **άρθρο 1.5** της Διακήρυξης, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 29-8-2022 και ώρα 15:00, ενώ, σύμφωνα με το **άρθρο 3.1.1** της Διακήρυξης ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης του υποφακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» ορίστηκε η 1-9-2022 και ώρα 11:00 π.μ., η δε ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης του (υπό)φακέλου «Οικονομική Προσφορά», θα ελάμβανε χώρα κατά την ημερομηνία και ώρα που θα ορίζετο εν συνεχεία από την Αναθέτουσα Αρχή.

6. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ (€796.608,00), της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής, καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ, και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

7. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, είναι δε νομίμως υπογεγραμμένη και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' και γ' του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 26-7-2022 και η προσφυγή ασκήθηκε, δια κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, στις 6-8-2022, η δε προσφεύγουσα κατά δήλωσή της έλαβε γνώση της Διακήρυξης και των πληττόμενων όρων της, στις 29-7-2022 (ήτοι σε κάθε περίπτωση προ της οριζόμενης στο άρθρ. 361 παρ. 1 περ. γ' κατά τεκμήριο γνώσης αυτής, δια της παρόδου 15νθημέρου από την ανάρτησή της στο ΚΗΜΔΗΣ), οπότε και υπέβαλε αίτημα, δια μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού, για ορισμό ημερομηνίας επί τόπου επίσκεψης, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.7 της Διακήρυξης.

8. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης,

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσιτελή) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ, 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Ως επίκληση βλάβης νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη **νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος**, και ως εκ των οποίων, είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (ΕΑ ΣΤΕ 86/2018, 1140, 1137, 977/2010). Σε κάθε δε περίπτωση, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος και της κατ' άρθρα 346 και 360 παρ. 1 του Ν.4412/2016 βλάβης της προσφεύγουσας για την προσβολή των όρων διακήρυξης αρκεί κατ' αρχήν η επίκληση της ιδιότητας του ενδιαφερομένου και δυνάμενου προς συμμετοχή στον διαγωνισμό, ως αυτή απορρέει από το γεγονός ότι η προσφεύγουσα **δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης** και δεν απαιτείται η επίκληση, πολλώ δε μάλλον η απόδειξη πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που συνδέονται με το δικαίωμα συμμετοχής της προσφεύγουσας, απαίτηση η οποία συνδέεται με επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, η δε απόδειξή της κατά το παρόν στάδιο προσβολής των όρων της διακήρυξης θα συνεπαγόταν περιπλοκές και δυσχέρειες στην επιδιωκόμενη προδικαστική προστασία (πρβλ. ad hoc ΔΕφΠατρών Ν25/2019, σκ.10). Σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων, ενεργά στο αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού, ήτοι στην προμήθεια, εγκατάσταση εξοπλισμού και λειτουργία Εγκατάστασης Επεξεργασίας Λυμάτων, ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως, κατά τους ισχυρισμούς της, λόγω των μη νόμιμων όρων της Διακήρυξης, όπως εξειδικεύονται κατά περίπτωση

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

στην προσφυγή της, αποκλείεται εκ της διαγωνιστικής διαδικασίας, άλλως καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η (λυσιτελής) συμμετοχή της σε αυτήν. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι ο πληττόμενος όρος του άρθρ. 2.2.5 περ. 1 εδ. β΄ της Διακήρυξης περί υποχρεωτικής κερδοφορίας του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, καθ' εκάστη των τριών τελευταίων χρήσεων (2018, 2019 και 2020), τον οποίο όρο δεν πληροί ως διατυπώνεται στο άνω άρθρο [*«...επιπλέον, να μην έχουν για τις 3 τελευταίες δηλούμενες οικονομικές χρήσεις (έτη 2018 – 2019 – 2020), αρνητικό αποτέλεσμα του ισολογισμού (καθαρό αποτέλεσμα χρήσης προ φόρων)»*], ενώ όμως πληροί τις λοιπές απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υπόψη άρθρου, αντίκειται στις θεμελιώδεις αρχές του υγιούς ανταγωνισμού, της ισότητας, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, ενώ επιπλέον και προεχόντως, κατά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας πάντοτε, παραβιάζει και κάθε κανόνα λογιστικής/οικονομικής και κοινής ακόμη λογικής, ιδίως, μάλιστα όταν δεν αιτιολογείται ειδικώς και με αναγωγή στα τυχόν ειδικά χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση σύμβασης. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προσάπτει στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη αοριστία και ασάφεια του Κριτηρίου αξιολόγησης Κ1 και τούτο διότι - κατά την προσφεύγουσα - η Διακήρυξη δεν ορίζει ποια ειδικά χαρακτηριστικά/ ιδιότητες των προσφερόμενων ειδών είναι ικανά να υπερκαλύψουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης, προκειμένου η οικεία προσφορά να λάβει βαθμολογία ανώτερη των 100 βαθμών, ενώ επίσης αοριστία και ασάφεια προσάπτει η προσφεύγουσα και στις τεχνικές προδιαγραφές αναφορικά με το υλικό μεμβράνης της Μονάδας Απολύμανσης. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα κατ' αρχάς μεθ' εννόμου συμφέροντος, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της προσβαλλόμενης διακήρυξης και συγκεκριμένα κατά των άνω πληττόμενων όρων της, όπως ειδικώς προσδιορίζονται στην προσφυγή της, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής περί ελλείψεως εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο της προσφεύγουσας λόγω μη προαπόδειξης της συναφούς επαγγελματικής της δραστηριότητας, αλλά και λόγω μη πλήρωσης συγκεκριμένων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και δη της αξιούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (πρβλ. ανωτέρω και βλ. ΣτΕ 93/2021, σκ. 11, 2631/2020, ΕΑ

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

123/2015, 4606/2012, 1987/2011, 14/2006, ΔΕφΠατρών Ν25/2019, σκ.10). Σε κάθε δε περίπτωση το ειδικό έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας και η εκ μέρους της επίκληση της απαιτούμενης βλάβης, θα εξετασθεί στη βάση των κατ' ιδίαν προβαλλόμενων λόγων της προσφυγής κατά των επιμέρους πληττόμενων όρων της Διακήρυξης.

9. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στις 8-8-2022 σε κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε όλους τους συμμετέχοντες δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 και ανήρτησε αυτήν ομοίως στις 8-8-2022 ως συνημμένο έγγραφο στην αρχική σελίδα (portal) του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 1585/2022 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής η αναφερόμενη στην αρχή της παρούσας και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής ως και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπροθέσμως στις 19-8-2022 στην ΕΑΔΗΣΥ τις με αριθμ. πρωτ. 4295/19.8.2022 απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, τις οποίες (απόψεις της) κοινοποίησε και σε όλους τους συμμετέχοντες στις 22.8.2022, αιτούμενη παραλλήλως την απόρριψη των προβαλλόμενων λόγων της προσφυγής. Επίσης, απέστειλε και τις με αριθμ. πρωτ. 4324/22.8.2022 απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, αιτούμενη την απόρριψή του για τους εκεί ειδικώς αναφερόμενους λόγους. Επί των άνω απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής επί της προσφυγής και προς αντίκρουση αυτών, η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως στις 6-9-2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης πενθήμερης αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το με ίδια ημερομηνία συμπληρωματικό της Υπόμνημα.

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

12. Επειδή με την υπ' αριθμ. **A643/2022** απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ έγινε δεκτό το αίτημα προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας και ανεστάλη η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής. Σε εφαρμογή της άνω απόφασης αναστολής, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών (για την 10^η.10.2022, ημέρα Δευτέρα και ώρα 15:00) και της ημερομηνίας αποσφράγισης των προσφορών (για την 14^η.10.2022, ημέρα Παρασκευή και ώρα 11:00 π.μ.), όπως προκύπτει από την με αριθ. πρωτ. 254/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, αναρτηθείσα ως συνημμένο έγγραφο στην αρχική σελίδα (portal) του διαγωνισμού στις 14-9-2022 και κοινοποιηθείσα σε όλους τους συμμετέχοντες ομοίως κατά την άνω ημερομηνία δια μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

14. Επειδή η προσφεύγουσα με τον **πρώτο λόγο** της προσφυγής της βάλλει κατά του **άρθρου 2.2.5 παρ. 1 εδ. β΄** της Διακήρυξης υπό τον τίτλο «Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια» και δη καθ' ο μέρος απαιτείται όπως οι οικονομικοί φορείς *«...επιπλέον, να μην έχουν για τις 3 τελευταίες δηλούμενες οικονομικές χρήσεις (έτη 2018-2019 -2020) αρνητικό αποτέλεσμα του ισολογισμού (καθαρό αποτέλεσμα χρήσης προ φόρων)»*. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη σχετική νομολογία, επάγεται ότι ο άνω όρος του άρθρου 2.2.5 παρ. 1 εδ. β΄ της Διακήρυξης, ο οποίος απαιτείται να συντρέχει σωρευτικώς με τις λοιπές απαιτήσεις του υπόψη άρθρου (μέσος όρος του συνολικού κύκλου εργασιών κατά τις τελευταίες τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού χρήσεις μεγαλύτερο ή ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της διακήρυξης, ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών και πιστοληπτική ικανότητα) εισάγει μία αθέμιτη, αντίθετη στον ανταγωνισμό και συγκεκαλυμμένη διάκριση και τούτο διότι χωρίς συνεκτίμηση ουδενός άλλου

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

ουσιώδους και πρόσφορου στοιχείου του ισολογισμού και χωρίς καμία επεξήγηση και εξειδίκευση του άνω κριτηρίου με αναγωγή στις ειδικές ανάγκες και απαιτήσεις της ένδικης σύμβασης ανάγεται αδικαιολογήτως και δυσαναλόγως σε ρυθμιστικό παράγοντα συμμετοχής στον διαγωνισμό. Υπό τα δεδομένα αυτά, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι εκ του ως άνω όρου της διάταξης του άρθρου 2.2.5 παρεμποδίζεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό εκ μόνου του λόγου ότι έτυχε να εμφανίζει ζημία στη χρήση του έτους 2020. Ο άνω όρος πλήττεται συνεπώς από την προσφεύγουσα ως απρόσφορος, δυσανάλογος και αθέμιτος. Περαιτέρω, με το **δεύτερο λόγο** της προσφυγής της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση ως αόριστου αφενός του κριτηρίου ανάθεσης Κ.1, στο οποίο αξιολογούνται τα τεχνικά /ποιοτικά /λειτουργικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου εξοπλισμού *αφετέρου* των τεχνικών προδιαγραφών που σχετίζονται με το υλικό μεμβράνης της Μονάδας Απολύμανσης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι στο Κριτήριο Κ1 του Πίνακα όπου τίθενται τα ποιοτικά, λειτουργικά και τεχνικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου εξοπλισμού που αξιολογούνται δεν προσδιορίζονται ποια ειδικά χαρακτηριστικά και ιδιότητες των προσφερόμενων ειδών είναι ικανά να υπερκαλύψουν τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, προκειμένου η οικεία προσφορά να λάβει βαθμολογία ανώτερη των 100 βαθμών, με αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται ουσιωδώς στην υποβολή ανταγωνιστικής προσφοράς, ενώ περαιτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας καταλείπεται απεριόριστη και ανεπίδεκτη δικαστικού ελέγχου διακριτική ευχέρεια στην αναθέτουσα αρχή κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του εν γένει υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Τέλος, στο πλαίσιο του υπόψη δεύτερου λόγου της προσφυγής της, και κατά το δεύτερο σκέλος αυτού, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές του υλικού μεμβράνης της Μονάδας Απολύμανσης πάσχουν αοριστίας και ασάφειας και συνεπώς τυγχάνουν ακυρωτέες και τούτο διότι αφενός δεν προσδιορίζεται το εύρος ούτε και η ελάχιστη αποδεκτή τιμή διηθητικότητας και υδροφοβικότητας, ενώ η αναφορά στις τεχνικές προδιαγραφές του επίμαχου υλικού στις «υπόλοιπες» μεμβράνες δεν παρίσταται ικανή να άρει την επικαλούμενη εκ μέρους της προσφεύγουσας ασάφεια.

15. Επειδή η **Αναθέτουσα Αρχή** με τις υποβληθείσες απόψεις της, αντικρούει τους άνω προβαλλόμενους λόγους της προσφυγής, ισχυριζόμενη ειδικώς ως προς τον **πρώτο** λόγο της προσφυγής που βάλλει κατά της αξιούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας σε συνάρτηση με το κερδοφόρο των τριών τελευταίων χρήσεων (2018-2019-2020), ότι το επίμαχο κριτήριο ποιοτικής επιλογής, το οποίο απαιτείται να συντρέχει σωρευτικώς με τις λοιπές απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άνω άρθρου, είναι απολύτως νόμιμο ως ερειδόμενο στις διατάξεις του εθνικού και ενωσιακού δικαίου για τα τιθέμενα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων και συνιστά καθ' όλα πρόσφορο, δικαιολογημένο και αναγκαίο όρο, ενόψει και της σπουδαιότητας του δημοπρατούμενου έργου. Ειδικότερα, η Αναθέτουσα Αρχή κατόπιν παράθεσης του θεσμικού και κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού και της εν γένει διαμορφωθείσας νομολογίας επί του ζητήματος, επάγεται αυτολεξεί τα κάτωθι: «**Όσον αφορά τον 1ο λόγο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής για την ακύρωση της προσβαλλομένης διακήρυξης, διευκρινίζουμε τα ακόλουθα: ...[...]****Εν προκειμένω, στην παράγραφο 2.2.5 της διακήρυξης αναφέρεται: Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν επί ποινή αποκλεισμού: 1. Μέσο όρο του συνολικού κύκλου εργασιών κατά τις τελευταίες τρεις προηγούμενες* του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις (έτη 2018 – 2019 – 2020) μεγαλύτερο ή ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της παρούσας διακήρυξης, χωρίς τον Φ.Π.Α. **Επιπλέον, να μην έχουν για τις 3 τελευταίες δηλούμενες οικονομικές χρήσεις (έτη 2018 – 2019 – 2020), αρνητικό αποτέλεσμα του ισολογισμού (καθαρό αποτέλεσμα χρήσης προ φόρων)....** Η απαίτηση του ανωτέρω κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, είναι απολύτως δικαιολογημένη λόγω της σπουδαιότητας της εν λόγω προμήθειας για τον Δήμο μας και είναι σαφές ότι δεν εισάγει αδικαιολόγητους περιορισμούς, καθώς είναι ένα αντικειμενικό και σαφές κριτήριο, προς απόδειξη της επαρκούς οικονομικής δυνατότητας του Αναδόχου, να εκτελέσει αποτελεσματικά την υπό ανάθεση σύμβαση. Το εν λόγω κριτήριο είναι **πρόσφορο** για την απόδειξη της επάρκειας της οικονομικής δυνατότητας των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων, ενώ το γεγονός ότι η οικονομική**

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

ευρωστία μιας επιχείρησης είναι δυνατόν να προκύπτει από τη συνεκτίμηση και άλλων παραμέτρων ή οικονομικών στοιχείων, δεν αποκλείει, πάντως, τη δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής να επιλέγει τα στοιχεία που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων. Η δε πρόβλεψη συγκεκριμένου κριτηρίου για όλους τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς, ότι η μη πλήρωση έστω και ενός εκ των επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενων όρων, όπως ο προσβαλλόμενος, δύναται να επιφέρει τον αποκλεισμό του υποψηφίου, χωρίς να γίνεται συνεκτίμηση όλων των κριτηρίων, δεν συνιστά δυσμενή διάκριση σε βάρος όσων δεν πληρούν το σύνολο των απαιτήσεων της διακήρυξης (βλ. ενδεικτ. ΣτΕ 2203/2017, ΕΑ ΣτΕ 273/2015, 812, 1209/2009, 257, 649/2010, 260, 37/2011). Κατόπιν των ανωτέρω, γίνεται αντιληπτό ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης δεν υπερβαίνουν το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου με την υπό ανάθεση σύμβαση σκοπού, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη του σημαντικού φυσικού και οικονομικού αντικειμένου και των ειδικών απαιτήσεων της συμβάσεως, καθώς αφορά ένα πολύ σημαντικό έργο για την περιοχή των ... και τους κατοίκους της, δηλαδή την αναβάθμιση της ... της Δημοτικής Ενότητας ... του Δήμου ...-..., η οποία περαιώθηκε το 2002, με αποτέλεσμα λόγω των φυσιολογικών φθορών, να υπάρχει αντίκτυπο τόσο στη αποτελεσματική λειτουργία αλλά στο θαλάσσιο περιβάλλον, λόγω της άμεσης γειννίασης με αυτό. Η εφαρμογή του κριτηρίου αυτού, αποτρέπει από την αυθαίρετη, υποκειμενική, μεροληπτική και ενδεχομένως παράτυπη κρίση, κατά την αξιολόγηση των προσφορών. Είναι δε εμφανής η προσπάθεια του προσφεύγοντος να διαμορφώσει και προδιαγράψει τον υπό κρίση όρο της διακήρυξης σύμφωνα με τα δικά του συμφέροντα και τις επιθυμητές από τον ίδιο προϋποθέσεις συμμετοχής, προσβάλλοντας ένα αντικειμενικό, σαφές, αμερόληπτο και αναλογικό κριτήριο, ως δήθεν περιορίζον τον ανταγωνισμό και παραγνωρίζοντας την ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής να επιλέγει τους όρους της διακήρυξης. **Επομένως, θα πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής για την ακύρωση της προσβαλλομένης διακήρυξης, ως αβάσιμος».**

Εν συνεχεία, επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής που αφορά την ασάφεια και αοριστία του Κριτηρίου αξιολόγησης Κ.1 και των τεχνικών

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

προδιαγραφών του υλικού της μεμβράνης της Μονάδας Απολύμανσης, η Αναθέτουσα Αρχή αντιτάσσει στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας αυτολεξεί τα κάτωθι: **«Επί του πρώτου σκέλους (2.1) του δεύτερου λόγου της προσφυγής, διευκρινίζονται τα ακόλουθα: Α. Το κριτήριο Κ1 απαντάται πολύ συχνά σε διακηρύξεις τέτοιου είδους, όπως αιτιολογείται ακολούθως, και προτείνεται στο σχετικό υπόδειγμα διακήρυξης προμηθειών της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Ο ανωτέρω τρόπος αξιολόγησης συναντάται στην πλειονότητα παρόμοιων πράξεων προμηθειών, χωρίς να έχει κριθεί από τα αρμόδια όργανα διοικητικού ή δικαστικού ελέγχου, η καταχρηστικότητα των κριτηρίων, όπως αυτό που επικαλείται ο προσφεύγων με το κριτήριο Κ1. Ενδεικτικά, παραθέτουμε (Σχετικά έγγραφα) αντίστοιχες παραγράφους από παρόμοιες διακηρύξεις προμηθειών, που αφορούν έργα επεξεργασίας λυμάτων (χωρίς αυτό να σημαίνει ότι τα εν λόγω ή παρεμφερή κριτήρια βαθμολόγησης δεν εφαρμόζονται ευρέως και σε άλλα αντικείμενα δημοσίων συμβάσεων όπως π.χ. έργα ύδρευσης, επεξεργασίας νερού, ενεργειακά κτλ). Έτσι, καθίσταται σαφές ότι τα κριτήρια που τέθηκαν στην προσβαλλόμενη διακήρυξη έχουν συμπεριληφθεί σε πολλές διακηρύξεις παρομοίων διαγωνισμών, ενώ οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, περί αοριστίας και υποκειμενικότητάς τους, τυγχάνουν αβάσιμοι και αναληθείς. Οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί αδυναμίας κατανόησης, εκ μέρους του, του τρόπου βαθμολόγησης και η δήθεν απεριόριστη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών που καθιστούν ασαφή τον τρόπο επιλογής αναδόχου, τυγχάνουν προσχηματικοί και παρελκυστικοί. Στο κριτήριο Κ1 γίνεται αξιολόγηση των τεχνικών / ποιοτικών / λειτουργικών χαρακτηριστικών του προσφερόμενου εξοπλισμού, καθώς και της ανθεκτικότητας των υλικών κατασκευής και βαθμολογείται η συμμόρφωση με τις τεχνικές προδιαγραφές. Τα τεχνικά / ποιοτικά / ποσοτικά χαρακτηριστικά και οι απαιτήσεις των υλικών κατασκευής είναι ορισμένα με σαφήνεια για το σύνολο του ζητούμενου εξοπλισμού. Επομένως, η κάλυψη των συγκεκριμένων όρων είναι η απαίτηση για την ελάχιστη δυνατή βαθμολογία, όπως άλλωστε αναφέρει και ο προσφεύγων. Πέραν όμως των απαιτήσεων που τίθενται, η αναφορά («παραμικρή ένδειξη» αναφοράς - όπως αναφέρει ο προσφεύγων) σε χαρακτηριστικά και ιδιότητες, που μπορούν να οδηγήσουν σε υπερκάλυψη και επομένως σε υψηλότερη βαθμολόγηση, δεν αποτελεί υποχρέωση της**

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

διακήρυξης, καθώς η λεπτομερής αναφορά θα είχε ως αποτέλεσμα τη φωτογραφική περιγραφή συγκεκριμένων χαρακτηριστικών και συνακολούθως τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Το περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων εναπόκειται στην εμπειρία των διαγωνιζόμενων, στη γνώση των υλικών και του τρόπου κατασκευής και στη μελέτη των δοθέντων με τη μελέτη της προμήθειας στοιχείων. Είναι προφανές και αποδεικνύεται στη συγκεκριμένη περίπτωση, ότι δεν αρκεί απλά «μια ανάγνωση του Παραρτήματος ΙΧ της Διακήρυξης» που αναφέρει ο προσφεύγων στη σελ. 23 της Προσφυγής της. Επιπλέον, στην περιγραφή του Κριτηρίου Κ1, **η ανθεκτικότητα των υλικών κατασκευής αποτελεί στοιχείο αξιολόγησης του κριτηρίου, επομένως κατά την κοινή λογική και την τεχνική - επιστημονική γνώση, αν κάποιο υλικό π.χ. απαιτείται να είναι χαλύβδινο και κάποιος από τους διαγωνιζόμενους προσφέρει ως υλικό ανοξείδωτο χάλυβα, καλύπτοντας και τις υπόλοιπες προδιαγραφές, τότε αυτός θα τύχει υψηλότερης βαθμολογίας από κάποιον άλλο που προσφέρει απλό χάλυβα. Η εν λόγω μέθοδος αξιολόγησης έχει εφαρμοστεί σε πλείστες περιπτώσεις και αποτελεί αντικειμενική και αμερόληπτη διαδικασία αξιολόγησης και βαθμολόγησης.** Θα πρέπει να τονισθεί στο σημείο αυτό ότι, ως προαναφέρθη, ο προσφεύγων είχε στραφεί ξανά κατά προηγούμενης διακήρυξης της εν λόγω προμήθειας, ενώ με την σχετική προδικαστική προσφυγή του (υπό ΓΑΚ 134/27-01-2022) δεν είχε στραφεί κατά του κριτηρίου Κ1 της διακήρυξης, το οποίο προφανώς είχε θεωρήσει αρκούντως σαφές (οράτε Σχετικά Έγγραφα). Ωστόσο, παρελκυστικά με την υπό κρίση προσφυγή του, στρέφεται και κατά αυτού του κριτηρίου βαθμολόγησης, το οποίο ήταν ίδιο και στην προηγούμενη διακήρυξη για την ανάθεση της συγκεκριμένης προμήθειας. Συνεπώς, ο εν λόγω ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί αοριστίας και υποκειμενικότητας του κριτηρίου βαθμολόγησης, τυγχάνει απορριπτέος, ως καταφανώς αβάσιμος και αναληθής. **Αναφορικά με το 2ο σκέλος του 2ου λόγου προσφυγής (2.2) και συγκεκριμένα με όσα αναφέρονται περί αοριστίας και ασάφειας τεχνικών προδιαγραφών αναφορικά με το υλικό μεμβράνης της Μονάδας Απολύμανσης,** επαγόμεστε τα κάτωθι: Όσον αφορά δε στις γενικόλογες διατυπώσεις, που αναφέρονται στο κείμενο της προσφυγής για την αοριστία του υλικού των μεμβρανών και το ελάχιστο αποδεκτό εύρος εκείνων των παραμέτρων

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

λειτουργίας των μεμβρανών, που προβλέπονται ως αξιολογητέες από την Αναθέτουσα Αρχή, αποδεικνύεται πως «μία ανάγνωση του Παραρτήματος ΙΧ της Διακήρυξης», που αναφέρει ο προσφεύγων στη σελίδα 23 της Προσφυγής του, δεν είναι αρκετή για τη σύνταξη της προσφοράς του. Θα έπρεπε, δηλαδή, ο προσφεύγων να ανατρέξει στον πίνακα της παραγράφου 3.9.2.4 της επόμενης σελίδας (σελ. 36), στον οποίο αναφέρονται τα ακόλουθα: «3.9.2.4 Λίστα βασικού εξοπλισμού:

A/A	ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ	ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ	ΠΟΣΟΤΗΤΑ
1	Αντλίες τροφοδοσίας	35 m ³ /h στα 2 bar	1+1
2	Πρόφιλτρα	<200 micron, δυναμικότητας 35 m ³ /h, Αυτοκαθαριζόμενα	1+1
3	Μεμβράνες Υπερδιήθησης	PVDF, Παροχή Διηθήματος Φίλτρασης <50 l/h	Συνολική Ελάχιστη Επιφάνεια 700 m²

Δηλαδή, σε σχέση με τις αναφερόμενες στην σελίδα 27 της προσφυγής του ελλείψεις: «όπως η διηθητικότητα (παροχή/επιφάνεια- χρόνο) και η υδροφοβικότητα δεν γίνεται καμία αναφορά, ώστε υπάρχει προκύπτει ουσιώδης ασάφεια, με αποτέλεσμα να μην καθίσταται δυνατή η κατάλληλη κατάστρωση της Προσφοράς μας», αναφέρουμε τα ακόλουθα επί του ανωτέρω πίνακα:

A) δίνονται οι παράμετροι λειτουργίας και το ελάχιστο αποδεκτό εύρος λειτουργίας των μεμβρανών, που προβλέπονται ως αξιολογητέες από την Αναθέτουσα Αρχή (παροχή συστήματος 35 m³/h, παροχή διηθήματος φίλτρασης <50 l/h, συνολική ελάχιστη επιφάνεια μεμβρανών 700 m²) καθορίζοντας επακριβώς τα σημεία που μπορούν να αξιολογηθούν ως πλεονέκτημα έκαστης προσφοράς.

B) δεν υφίστανται ελλείψεις ή ασάφειες σε σχέση με την διηθητικότητα των ζητούμενων μεμβρανών υπερδιήθησης (παροχή/επιφάνεια- χρόνο), αφού προσδιορίζονται επακριβώς η παροχή του συστήματος, η συνολικά ελάχιστη ζητούμενη επιφάνεια, καθώς και η μέγιστη ανοιγμένη παροχή ανά μονάδα επιφάνειας και χρόνου (μονάδα l/h) .

Γ) δεν υφίστανται ελλείψεις ή ασάφειες σε σχέση με την υδροφοβικότητα των μεμβρανών υπερδιήθησης αφού είναι γνωστό ότι μία από τις ιδιότητες κάθε

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

μεμβράνης είναι και η υδροφοβικότητα/υδροφιλικότητα της, καθώς επίσης ότι αυτή η ιδιότητά της είναι συνυφασμένη με το υλικό κατασκευής της το οποίο μπορεί να επιλέξει ο προσφέρων χωρίς περιορισμό λαμβάνοντας αν θέλει υπόψη την αναφορά των τευχών σε ενδεικτικό υλικό πολυμερές PVDF διότι είναι επιστημονικά αποδεκτό ότι οι πολυμερικές μεμβράνες, χρησιμοποιούνται ευρέως στην επεξεργασία υγρών αποβλήτων.

Επομένως, όλα όσα αναφέρει ο προσφεύγων περί γενικόλογων διατυπώσεων, εμμέσων διαπιστώσεων των διαγωνιζόμενων, αοριστίας υλικών κατασκευής μεμβρανών κτλ είναι παντελώς ανυπόστατα. Ο προσφεύγων αναφέρει στην προσφυγή του αυτολεξεί: «Ειδικώς, τέλος, ως προς τη «διηθητικότητα» η ασάφεια δεν αίρεται ούτε από την αμέσως επόμενη πρόβλεψη ότι «Η μεμβράνη θα είναι σχεδιασμένη από το κατασκευαστή να λειτουργεί σε Υψηλή Παροχή διηθήματος (Gross Flux) με ανώτατη τιμή 50 (l/m²/h)», καθώς, ενώ εξ αυτής φαίνεται να προκύπτει η μέγιστη αποδεκτή τιμή διηθητικότητας, εντούτοις εξακολουθεί να παραμένει άδηλη η ελάχιστη αποδεκτή τοιαύτη, ώστε (βάσει αυτής) να μπορεί να αξιολογηθεί εάν και σε ποιο βαθμό η προσφερόμενη από τον Διαγωνιζόμενο είναι «μεγαλύτερη από τις υπόλοιπες». Ωστόσο, με την βοήθεια μιας απλής πράξης διαίρεσης, δεδομένης της παροχής του συστήματος και της συνολικής ελάχιστης επιφάνειας αυτού, προκύπτει η ανώτατη τιμή παροχής διηθήματος και διασφαλίζεται το αναφαίρετο δικαίωμα και η καθαρά ελεύθερη επιλογή σχεδιασμού του προσφερόμενου συστήματος από έκαστο συμμετέχοντα χωρίς περιορισμό στην ελάχιστη αποδεκτή τιμή της διηθητικότητας. Η επιλογή της παραμέτρου αυτής (διηθητικότητα), αποτελεί παράμετρο σχεδιασμού του κάθε συμμετέχοντα, αφού είναι προφανές ότι δεν θα μπορούσε η Α.Α. να προσδιορίσει τον τύπο και το μέγεθος των στοιχείων (επιφάνεια module) φίλτρανης (διήθισης) κάθε κατασκευαστή που θα ενσωματωθούν στο σύστημα τριτοβάθμιας επεξεργασίας. Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν θεωρήσουμε ότι όσα δηλώνονται από τον προσφεύγοντα περί ασάφειας των δύο συγκεκριμένων τεχνικών χαρακτηριστικών του συστήματος διήθησης της τριτοβάθμιας επεξεργασίας είναι ορθά, σημειώνουμε ότι η αξιολόγηση και βαθμολόγηση του κριτηρίου K1 της Τεχνικής Προσφοράς (η οποία έχει συντελεστή βαρύτητας 70%) έχει συντελεστή βαρύτητας 50%, το δε υποκριτήριο K1.7 που αφορά στο σύνολο του εξοπλισμού της μονάδας

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

τριτοβάθμιας επεξεργασίας (και όχι μόνο τις μεμβράνες υπερδιήθησης) έχει συντελεστή βαρύτητας 20%, και η αξιολόγηση του συστήματος υπερδιήθησης αφορά όλα τα ακόλουθα στοιχεία όπως αναφέρονται στις προδιαγραφές: Το προτεινόμενο σύστημα θα συνδυάζει σταθερή και υψηλή απόδοση επεξεργασίας, με τις χαμηλότερες απαιτήσεις ενέργειας, την ελάχιστη δυνατή κατανάλωση αναλώσιμων και χημικών καθαρισμού και τις ελάχιστες απαιτήσεις υλικοτεχνικής υποδομής (απαιτούμενη επιφάνεια εγκατάστασης, κλπ). Οι μεμβράνες που θα χρησιμοποιηθούν θα πρέπει κατ' ελάχιστο να έχουν τα παρακάτω χαρακτηριστικά:.....[.]Δηλαδή, ακόμα και αν ίσχυαν όσα αναφέρονται στην προσφυγή της εταιρείας ... Α.Ε., η βαθμολόγηση των εν λόγω δύο τεχνικών χαρακτηριστικών θα αφορούσε ποσοστό μικρότερο από το 1% της συνολικής βαθμολογίας και ως εκ τούτου, γίνεται αντιληπτός ο λόγος που ο προσφεύγων επικαλείται μια τεχνική δήθεν πλημμέλεια των τευχών δημοπράτησης, προκειμένου να συνεπικουρήσει τεχνηέντως τον 1ο λόγο της προσφυγής του. Συνεπώς, η αποσπασματική επιλογή του προσφεύγοντος προσβολής δύο εκ των στοιχείων αξιολόγησης, για τα οποία αποδείχθηκε τεκμηριωμένα ανωτέρω ότι είναι σαφή και πλήρως ορισμένα, καθιστά τα αναφερόμενα από τον προσφεύγοντα, περί δήθεν αοριστίας του τρόπου αξιολόγησης μια ενδεχόμενης προσφοράς της και τα περί απεριόριστης και ανεπίδεκτης δικαστικού ελέγχου διακριτικής ευχέρειας της Α.Α., αβάσιμα και απορριπτέα στο σύνολό του. Τέλος, θα πρέπει να τονισθεί ότι, αν με τις τεχνικές προδιαγραφές είχαν ορισθεί όλες οι τιμές που ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να υπάρχουν, τότε θα υπήρχε σαφής κίνδυνος «φωτογραφικής διατύπωσης» κατασκευαστή μεμβρανών, καταστρατηγώντας έτσι την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και επηρεάζοντας τον υγιή ανταγωνισμό. **Κατόπιν των ανωτέρω, απορριπτέος ως αβάσιμος τυγχάνει και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και κατά τα δύο σκέλη του».**

16. Επειδή ο ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζει στο **άρθρο 18** παρ. 1 (Βιβλίο Ι) ότι «[ο]ι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού (...)» και στο **άρθρο 53** παρ. 2 ότι «[τ]α έγγραφα της σύμβασης (...) περιέχουν ιδίως: (...) ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων (...)».

17. Επειδή από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγεται ότι, κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οι όροι του διαγωνισμού πρέπει να διατυπώνονται κατά τρόπο τελούντα σε συνάρτηση με την ανάγκη που η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει να θεραπεύσει, όπως απαιτείται από **την αρχή της αναλογικότητας**, η οποία διέπει τις σχετικές ρυθμίσεις του νόμου ως εγγενές στοιχείο αυτών, αλλά και ως ερμηνευτικός κανόνας για τον τρόπο με τον οποίο πρέπει οι ρυθμίσεις αυτές να εφαρμόζονται. Συνακόλουθα, όροι υπερβολικά περιοριστικοί και άρα μη αναλογικοί πλήττουν τον ανταγωνισμό, διότι, περιορίζοντας χωρίς βάσιμο λόγο τον κύκλο των δικαιουμένων να υποβάλουν προσφορά, δημιουργούν συνθήκες αθέμιτης εύνοιας υπέρ ορισμένων μόνον ή και μεμονωμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕΛΣ Ολ. 505 και 1832/2021).

18. Επειδή περαιτέρω ο ίδιος νόμος 4412/2016 ορίζει, στο Βιβλίο Ι, τα ακόλουθα: (i) Στο **άρθρο 71**: «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) (...) β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος (...) πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77 (...)». (ii) Στο **άρθρο 75**: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) (...) β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει (...) τις

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. (...) 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. (...) Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. (...). Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. (...) 4. (...) 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 (...). (iii) Και στο **άρθρο 80**: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη (...) της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. 4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α'. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο. 5. (...). Συναφώς, στο **Μέρος I «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» του Παραρτήματος XII**, με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής», του Προσαρτήματος Α' του ως άνω νόμου ορίζονται τα εξής: «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) (...) β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών».

19. Επειδή από τις ρυθμίσεις που παρατέθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, ερμηνευόμενες υπό το φως όσων έγιναν δεκτά στις σκέψεις 17 και 18, συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές διαμορφώνουν, **κατά διακριτική ευχέρεια**, τα κριτήρια καταλληλότητας των διαγωνιζομένων, τα οποία πρέπει να αποβλέπουν στην αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο αυτής, ώστε να καθίστανται πρόσφορα για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων (βλ. ΕΛΣ Ολ. 505 και 1832/2021, Τμ. Μείζ. - Επταμ. Σύνθ. 3065/2014, 6022/2015, 1265, 1563/2019, πρβλ. ΔΕΕ αποφ. της 18.10.2012, Edukozivig – Hochtief Construction AG, C-218/11, σκ. 29 και της 13.7.2017, INGSTEEL και Metrostav, C- 76/16, σκ. 33). Ειδικότερα, για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού, ζητώντας από τους

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αναφερόμενα στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 δικαιολογητικά, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και οι οικονομικές καταστάσεις/ισολογισμοί ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας. Άλλωστε, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ «οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να μπορούν επίσης να ζητούν πληροφορίες σχετικά με την αναλογία φερ' ειπείν ενεργητικού και παθητικού στους ετήσιους λογαριασμούς. Η θετική αναλογία από την οποία προκύπτουν επίπεδα ενεργητικού υψηλότερα από το παθητικό θα μπορούσε να παράσχει πρόσθετα αποδεικτικά στοιχεία για την οικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα».

20. Επειδή στο άρθρο 2.2.5 της επίμαχης Διακήρυξης ορίζονται τα ακόλουθα: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν επί ποινή αποκλεισμού: 1. Μέσο όρο του συνολικού κύκλου εργασιών κατά τις τελευταίες τρεις προηγούμενες* του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις (έτη 2018 – 2019 – 2020) μεγαλύτερο ή ίσο με το 100% του προϋπολογισμού της παρούσας διακήρυξης, χωρίς τον Φ.Π.Α. **Επιπλέον, να μην έχουν για τις 3 τελευταίες δηλούμενες οικονομικές χρήσεις (έτη 2018 – 2019 – 2020), αρνητικό αποτέλεσμα του ισολογισμού (καθαρό αποτέλεσμα χρήσης προ φόρων)...**». Περαιτέρω, τα αποδεικτικά έγγραφα της απόδειξης πλήρωσης της αξιούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας προσδιορίζονται στο άρθρο 2.2.9.2. Β.3. της Διακήρυξης ως εξής: «Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν α) Για την περίπτωση 1 του άρθρου 2.2.5: Οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων των τριών (3) τελευταίων ετών (2018, 2019, 2020) και Υπεύθυνη δήλωση με προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, περί του ύψους του μέσου κύκλου εργασιών του οικονομικού φορέα κατά τις τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις, σε συνάρτηση προς την ημερομηνία δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή την έναρξη των

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

δραστηριοτήτων του. Σε περίπτωση που ο Διαγωνιζόμενος δραστηριοποιείται για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων, τότε η παραπάνω υπεύθυνη δήλωση θα αφορά σε όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιείται ο υποψήφιος Ανάδοχος. Επιπλέον για την μη ύπαρξη αρνητικού αποτελέσματος για τις τρεις (3) τελευταίες δηλούμενες οικονομικές χρήσεις (έτη 2018, 2019, 2020) θα υποβληθούν οι ισολογισμοί, δημοσιευμένοι ή από έκθεση ορκωτού λογιστή. Στις περιπτώσεις που δεν υπόκεινται σε υποχρέωση κατάθεσης ισολογισμών (φυσικά πρόσωπα), η οικονομική επιφάνεια της επιχείρησης μπορεί να αποδειχθεί με την κατάθεση των φορολογικών εντύπων Ε3 της επιχείρησης, των τριών τελευταίων ετών, όπου φαίνεται η διάρθρωσή και δήλωση της φορολογίας». Όπως προκύπτει από την άνω διάταξη της Διακήρυξης, σε συνδυασμό με όσα ανωτέρω αναφέρθηκαν περί των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, εν προκειμένω η Αναθέτουσα Αρχή κινήθηκε εντός του κανονιστικού πλαισίου του άρθρου 58 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 θέτοντας ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας την εμφάνιση κερδοφορίας – καθαρό αποτέλεσμα χρήσης προ φόρων για τα τρία τελευταία έτη (2018-2019 -2020). Τούτο διότι όπως προκύπτει από τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή έχει την δυνατότητα, κατά τον καθορισμό των προϋποθέσεων συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία, να επιλέγει τα στοιχεία που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, μπορεί δε στο πλαίσιο αυτό, μεταξύ άλλων, να αναφέρεται και σε συγκεκριμένο στοιχείο ή στοιχεία του ισολογισμού, εφόσον από τα στοιχεία αυτά μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα. Εν προκειμένω, ο επίμαχος όρος παρίσταται πρόσφορος εν σχέσει προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι να παράσχει ένδειξη για την οικονομική φερεγγυότητα και την επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση, καθόσον πρόκειται για απαίτηση από την οποία μπορεί, αντικειμενικά, να προκύπτει η σχετική ικανότητα των διαγωνιζομένων γενικώς. Εξ άλλου, η εν λόγω απαίτηση δεν φαίνεται να βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του σκοπού αυτού, λαμβανομένου υπόψη του φυσικού και

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης, όπως ειδικώς προσδιορίζεται στη Διακήρυξη και των αναγκών που επιθυμεί να καλύψει η Αναθέτουσα Αρχή ως και της σπουδαιότητας του επίμαχου έργου, όπως περιγράφεται στις υποβληθείσες απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής για την ευρύτερη περιοχή, την τοπική κοινωνία και τους κατοίκους (πρβλ. ΣΤΕ 93/2021, 2203/2017, ΕΑ 56/2020, 273/2015), απορριπτόμενων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ιδίως λαμβανομένου υπόψη ότι για τη διαμόρφωση των επίμαχων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής δεν εκτιμώνται μόνον οικονομικά κριτήρια (προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης) αλλά και η εν γένει σπουδαιότητα και αναγκαιότητα του έργου, όπως αυτές προσδιορίζονται από την αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Άλλωστε ο επίμαχος όρος περιορίζεται στην απαίτηση υπάρξεως απλώς καθαρών κερδών σε διάστημα τριετίας, χωρίς να καθορίζεται το ύψος αυτών, ως εκ τούτου πρόκειται περί απαιτήσεως από την οποία μπορεί αντικειμενικά να προκύψει η σχετική ικανότητα των διαγωνιζομένων γενικώς, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί δυσανάλογου και αθέμιτου όρου που παραβιάζει τους όρους του υγιούς ανταγωνισμού. Επιπλέον, οι οικείες αιτιάσεις της προσφεύγουσας περί δυσανάλογης απαίτησης της Διακήρυξης εκ της θεσπίσεως σωρευτικώς της επίμαχης απαίτησης χρηματοοικονομικής επάρκειας με τις λοιπές απαιτήσεις του επίμαχου άρθρου, είναι απορριπτέες δοθέντος ότι η Αναθέτουσα Αρχή διαθέτει, ως προελέχθη, διακριτική ευχέρεια θεσπίσεως των επίμαχων προϋποθέσεων και η συγκεκριμένη επιλογή της δεν παρίσταται ούτε δυσανάλογη ούτε απρόσφορη για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Τέλος, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα δεν πληροί τον συγκεκριμένο όρο για συγκεκριμένο έτος που αναφέρει στην προσφυγή της (2020), ενώ όμως μπορεί να αποδείξει την οικονομική και χρηματοοικονομική της επάρκεια με άλλους τρόπους, εκ των οποίων προκύπτει η οικονομική ευρωστία που εν τοις πράγμασι διαθέτει, κατά τους ισχυρισμούς της, δεν καθιστά τον όρο αυτό ούτε δυσαναλόγο ούτε απρόσφορο, ενόσω μάλιστα η προσφεύγουσα με τους ισχυρισμούς της αυτούς απαραδέκτως επιχειρεί να διαμορφώσει και προδιαγράψει τον υπό κρίση όρο της διακήρυξης, σύμφωνα με τα δικά της συμφέροντα και τις επιθυμητές από την ίδια προϋποθέσεις συμμετοχής (πρβλ. ΣΤΕ 1290/2016, 3719/2011, Ε.Α. ΣΤΕ 9/2015, ΔΕφΘεσ/κης 186/2021 σκ. 14). Ενόψει μάλιστα

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

και της δυνατότητας της προσφεύγουσας να συμμετάσχει στον διαγωνισμό με τη σύμπραξη ή την οικονομική στήριξη τρίτου οικονομικού φορέα, ο λόγος ότι η απαίτηση αυτή κατατείνει εξ αντικειμένου στον αποκλεισμό της δεν δύναται και εξ αυτής της απόψεως να θεωρηθεί βάσιμος. Άρα και σε συνέχεια των προαναφερομένων, κατ' αποδοχή των αιτιάσεων της Αναθέτουσας Αρχής και απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ο **πρώτος λόγος** της προσφυγής που βάλλει κατά του άρθρου 2.2.5 περ. β της Διακήρυξης και διώκει την ακύρωση αυτού ως απρόσφορου, δυσανάλογου και αθέμιτου, είναι απορριπτέος.

21. Επειδή περαιτέρω με το **δεύτερο** λόγο της προσφυγής της, και κατά το πρώτο σκέλος αυτού, η προσφεύγουσα βάλλει κατά των κριτηρίων αξιολόγησης, ισχυριζόμενη ότι χαρακτηρίζονται από ασάφεια και υποκειμενικότητα και συγκεκριμένα βάλλει κατά του Κριτηρίου αξιολόγησης Κ1, προβάλλοντας ότι δεν προσδιορίζονται ποια ειδικά χαρακτηριστικά της τεχνικής προσφοράς λαμβάνονται υπόψη από την Αναθέτουσα Αρχή και είναι ικανά να υπερκαλύψουν τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, ώστε η οικεία προσφορά να λάβει βαθμολογία ανώτερη των 100 βαθμών. Επί του λόγου αυτού λεκτέα είναι τα εξής: Κατ' αρχάς, στο άρθρο 2.3.1 της Διακήρυξης με τίτλο «Κριτήριο Ανάθεσης» προβλέπεται ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει των κάτωθι κριτηρίων 1. Τεχνική Προσφορά: (συντελεστής βαρύτητας 70%) και 2. Οικονομική Προσφορά (συντελεστής βαρύτητας 30%). Περαιτέρω, προβλέπεται ότι η Τεχνική Προσφορά υποδιαιρείται στα ακόλουθα κριτήρια Κ1, Κ2, Κ3, Κ4 και Κ5, όπως εμφανίζονται και περιγράφονται στον ακόλουθο Πίνακα της Διακήρυξης:

ΚΡΙΤΗΡΙΟ	ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ	ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΗΣ ΒΑΡΥΤΗΤΑΣ (σ)
Κ1	Τεχνικά, Ποιοτικά και Λειτουργικά χαρακτηριστικά εξοπλισμού	50%
Κ2	Περιβαλλοντικό κόστος (ΑΚΖ) εξοπλισμού	15%
Κ3	Μεθοδολογία υλοποίησης προμήθειας - Χρονοδιάγραμμα	10%
Κ4	Οργάνωση Οικονομικού Φορέα λειτουργίας ΕΕΛ	10%

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

K5	Εγγύηση εξοπλισμού-Τεχνική Υποστήριξη	15%
ΑΘΡΟΙΣΜΑ ΣΥΝΟΛΟΥ ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΩΝ ΒΑΡΥΤΗΤΑΣ		100%

Στο κριτήριο K1, στο οποίο αποδίδεται συντελεστής βαρύτητας 50%, ως προκύπτει από την περιγραφή του, γίνεται αξιολόγηση των **τεχνικών /ποιοτικών /λειτουργικών χαρακτηριστικών του προσφερόμενου εξοπλισμού**. Βαθμολογείται η συμμόρφωση με τις τεχνικές προδιαγραφές (ποσοτικά – ποιοτικά χαρακτηριστικά - προσφερόμενου εξοπλισμού, πληρότητα φακέλου τεχνικής προσφοράς), η ανθεκτικότητα των υλικών κατασκευής. Το κριτήριο K1, διαιρείται σε υποκριτήρια, σύμφωνα με τον ακόλουθο πίνακα της Διακήρυξης:

K1) ΤΕΧΝΙΚΑ, ΠΟΙΟΤΙΚΑ ΚΑΙ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ		
A/A	ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ	ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΗΣ ΒΑΡΥΤΗΤΑΣ
1	Εξοπλισμός μονάδας Προεπεξεργασίας	8,00%
2	Εξοπλισμός μονάδας μέτρησης παροχής-κυρίως βιολογικής επεξεργασίας	20,00%
3	Εξοπλισμός φρεάτιου μερισμού II – Τελικής καθίζησης	8,00%
4	Εξοπλισμός μονάδας απολύμανσης-μεταερισμού-κτίριο χημικών	5,00%
5	Εξοπλισμός δεξαμενής ιλύος και μονάδας επεξεργασίας ιλύος	5,00%
6	Εξοπλισμός μονάδας βοηθολυμάτων	10,00%
7	Εξοπλισμός μονάδας τριτοβάθμιας επεξεργασίας	20,00%
8	Εξοπλισμός ηλεκτρολογικής εγκατάστασης - συστήματος αυτοματισμού	8,00%
9	Εξοπλισμός ενεργειακής αναβάθμισης	10,00%
10	Φάκελος τεχνικής προσφοράς	6,00%
-	ΣΥΝΟΛΟ ΚΡΙΤΗΡΙΟΥ Κ1	100 %

Εξάλλου, στο άρθρο 2.3.2 της Διακήρυξης υπό τίτλο «Βαθμολόγηση και κατάταξη προσφορών» προβλέπεται ότι *«Η βαθμολόγηση κάθε κριτηρίου αξιολόγησης κυμαίνεται από 100 βαθμούς στην περίπτωση που ικανοποιούνται ακριβώς όλοι οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών, αυξάνεται δε μέχρι τους 120 βαθμούς όταν υπερκαλύπτονται οι απαιτήσεις του συγκεκριμένου κριτηρίου. Κάθε κριτήριο αξιολόγησης βαθμολογείται αυτόνομα με βάση τα στοιχεία της προσφοράς».*

Εκ των ανωτέρω Πινάκων προκύπτει ότι στο Κριτήριο Κ.1 βαθμολογούνται τα τεχνικά/ποιοτικά/ποσοτικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου εξοπλισμού,

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

και οι απαιτήσεις/ανθεκτικότητα των υλικών κατασκευής. Επιπλέον, στα τιθέμενα υποκριτήρια του Κριτηρίου Κ.1 περιγράφονται η Κατηγορία του Εξοπλισμού που αξιολογείται με τον συντελεστή βαρύτητας που αντιστοιχεί σε κάθε κατηγορία εξοπλισμού. Άλλωστε, στο Παράρτημα ΙΧ της Διακήρυξης τίθενται οι τεχνικές προδιαγραφές για κάθε αξιολογούμενη κατηγορία εξοπλισμού, ως άλλωστε και η προσφεύγουσα επιβεβαιώνει στην προσφυγή της. Εξ αυτού έπεται ότι τα υποκριτήρια του Κριτηρίου Κ.1 είναι ορισμένα με σαφήνεια για το σύνολο του ζητούμενου εξοπλισμού. Επομένως, η κάλυψη των συγκεκριμένων όρων και υποκριτηρίων είναι η απαίτηση για την ελάχιστη δυνατή βαθμολογία, όπως άλλωστε και η προσφεύγουσα αναφέρει και επιβεβαιώνει στην προσφυγή της και ως εκ τούτου ουδεμία ασάφεια δημιουργείται περί της κάλυψης των άνω κριτηρίων. Η περιγραφή εκάστου (υπο) κριτηρίου είναι απολύτως σαφής, προσδιορίζοντας και περιορίζοντας το αντικείμενο αξιολόγησης σε συγκεκριμένο πλαίσιο (συγκεκριμένος αξιολογούμενος εξοπλισμός με τις τεχνικές προδιαγραφές που απαιτούνται για έκαστο εξ αυτών στο Παράρτημα ΙΧ της Διακήρυξης) και ούτως, επαρκώς τίθενται σαφή όρια στην ούτως ή άλλως καταρχήν παραδεκτή βαθμολογική ευχέρεια του οργάνου αξιολόγησης επί της ποιοτικής, κατά τη φύση των κριτηρίων, βαθμολογικής κρίσης του επί εκάστου εξ αυτών. Ήτοι η αξιολογική βαθμολογική κρίση του οργάνου αξιολόγησης και η ευχέρεια του για την κρίση περί κάλυψης και (ενδεχομένως) υπερκάλυψης των υποκριτηρίων έχει σαφώς οριοθετεί και προσδιοριστεί κατά τη θέσπιση των επίμαχων υποκριτηρίων χωρίς να υφίσταται εκ του νόμου υποχρέωση να αναφέρονται στη Διακήρυξη και εξειδικεύονται στοιχεία της προσφοράς που οδηγούν σε υπερκάλυψη των κριτηρίων, τα οποία δεν δύνανται να προσδιοριστούν εκ των προτέρων και μονοσήμαντα ως συγκεκριμένα χαρακτηριστικά, καθώς ανάγονται όπως και η εν γένει σύνταξη της τεχνικής προσφοράς στην επιλογή εκάστου συμμετέχοντος κατά τη σύνταξη και διαμόρφωση της προσφοράς του. Επομένως, ο 2^{ος} λόγος της προσφυγής είναι **απορριπτός**, καθώς δεν στοιχειοθετείται ασάφεια του Κριτηρίου Κ1 και των επιμέρους υποκριτηρίων του ως προς τα στοιχεία που θα ληφθούν υπόψη από το αρμόδιο όργανο αξιολόγησης για την κάλυψη των κριτηρίων, αλλά και για την υπερκάλυψη αυτών, και τούτο καθώς το αντικείμενο αξιολόγησης (εξοπλισμός και ανθεκτικότητα υλικών), στο οποίο θα κινηθεί η βαθμολογική ευχέρεια του

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

οργάνου αξιολόγησης επί εκάστου εξ αυτών, έχει σαφώς και σε συγκεκριμένο πλαίσιο οριοθετεί.

22. Επειδή τέλος, με το **δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου** της προσφυγής της, η προσφεύγουσα βάλλει κατά των τεχνικών προδιαγραφών του υλικού της μεμβρανής, στις οποίες προσάπτει ασάφεια και αοριστία, γεγονός που την παρεμποδίζει κατά τους ισχυρισμούς της από την υποβολή παραδεκτής προσφοράς. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι στην Τεχνική Περιγραφή της Διακήρυξης – Παράρτημα ΙΧ, δεν προσδιορίζεται το *εύρος και η ελάχιστη αποδεκτή τιμή της διηθητικότητας και της υδροφοφικότητας* των προσφερόμενων μεμβρανών. Ωστόσο, η ίδια η προσφεύγουσα επιβεβαιώνει (πρβλ. σελ 28 της προσφυγής της) ότι εν πάση περιπτώσει προκύπτει και καθορίζεται εκ της Διακήρυξης, η μέγιστη αποδεκτή τιμή διηθητικότητας, ωστόσο παραμένει άδηλη η ελάχιστη τιμή αυτής. **Πλην όμως, ως προκύπτει από τους οικείους όρους του Παραρτήματος ΙΧ της Διακήρυξης ως παράμετρος αποκλεισμού τίθεται το ανώτατο όριο διηθητικότητας.** Πιο συγκεκριμένα, στα οικεία άρθρα του Παραρτήματος ΙΧ της Διακήρυξης ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των μεμβρανών προβλέπονται τα ακόλουθα:

«3.9.2 Μονάδα υπερδιήθησης – απολύμανσης ...[...] 3.9.2.2 Σχεδιασμός του συστήματος υπερδιήθησης: Το προτεινόμενο σύστημα θα συνδυάζει σταθερή και υψηλή απόδοση επεξεργασίας, με τις χαμηλότερες απαιτήσεις ενέργειας, την ελάχιστη δυνατή κατανάλωση αναλώσιμων και χημικών καθαρισμού και μεμβράνες που θα χρησιμοποιηθούν θα πρέπει κατ' ελάχιστο να έχουν τα παρακάτω χαρακτηριστικά:

1. Η κατεύθυνση διήθησης θα είναι από έξω προς τα μέσα (Out to In - O/I) διότι έχουν μεγαλύτερη απόδοση καθώς:

- Αποδίδουν μεγαλύτερη επιφάνεια διαχωρισμού*
- Προκαλούν μικρότερη πτώση πίεσης*
- Δύναται να ενισχυθεί ο καθαρισμός/πλύση τους με αέρα*
- Απαιτούν μικρότερη παροχή νερού αντίστροφης έκπλυσης (backwash)*
- Επιδεικνύουν σταθερότητα σε ρυπαντικά και υδραυλικά φορτία αιχμής*

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

II. Υψηλή Απόδοση της Υπερδιήθησης με την συγκράτηση του συνόλου των αδιάλυτων στερεών και το 90% των διαλυμένων ενώσεων Μοριακού Βάρους μεγαλύτερο από 50.000 dalton

III. Το Υλικό Μembrάνης θα εξασφαλίζει τα ακόλουθα :

- Μέγιστη μηχανική αντοχή
- Μέγιστη χημική αντοχή (καθαρισμούς σε χημικά διαλύματα, pH 1-11)
- Μεγαλύτερη διηθητικότητα (παροχή/(επιφάνεια-χρόνο) σε σχέση με τις υπόλοιπες
- Ενδιάμεση τιμή υδροφοβικότητας σε σχέση με τις υπόλοιπες
- Χαμηλή αντίσταση (πτώση πίεσης) οφειλόμενη στο υλικό μεμβράνης R_m
- Οι εμφράξεις στο πέρασμα του χρόνου αντιμετωπίζονται πιο αποτελεσματικά (Υψηλότερο ποσοστό αντιστρεπτού fouling (εμφράξεις και Χαμηλότερο ποσοστό μη αντιστρεπτού fouling)

IV. Η μεμβράνη θα είναι σχεδιασμένη από το κατασκευαστή να λειτουργεί σε Υψηλή Παροχή διηθήματος (Gross Flux) με ανώτατη τιμή 50 (l/m²/h)

V. Η μεμβράνη θα είναι σχεδιασμένη από το κατασκευαστή να έχει χαμηλή απαίτηση αέρα για τον καθαρισμό.

VI. VII. VIII.....

Ήτοι εκ των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι ως παράμετρος αποκλεισμού τίθεται η ανώτατη τιμή διηθητικότητας [..να λειτουργεί σε Υψηλή Παροχή διηθήματος (Gross Flux) με ανώτατη τιμή 50 (l/m²/h)] και όχι η ελάχιστη αποδεκτή, παραδοχή η οποία εξάλλου επιβεβαιώνεται και από την προσφεύγουσα. Εξ αυτού έπεται ότι ο υπόψη λόγος της προσφυγής, προβάλλεται πρωτίστως άνευ εννόμου συμφέροντος και τούτο καθόσον δεν προκύπτει η συγκεκριμένη βλάβη που υφίσταται η προσφεύγουσα, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι υφίσταται ασάφεια ως προς το σκέλος της κατώτατης τιμής διηθητικότητας των προσφερόμενων μεμβρανών, καθόσον η εν λόγω ασάφεια και αληθής υποτιθέμενη δεν άγει στον αποκλεισμό της συμμετοχής της ή άλλως στην ουσιώδη δυσχέρεια λυσιτελούς συμμετοχής της. Ούτε άλλωστε η αναφορά «..στις υπόλοιπες» χωρίς άλλο προσδιορισμό στις προαναφερθείσες τεχνικές προδιαγραφές των μεμβρανών, καταλείπει περιθώριο διαφορετικής ερμηνείας παρά του ότι ο συγκεκριμένος όρος αναφέρεται στις υπόλοιπες «μεμβράνες». Συνεπώς, η προσφεύγουσα καίτοι

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

δηλώνει ότι υφίσταται ασάφεια και αοριστία των πληττόμενων τεχνικών προδιαγραφών για τις μεμβράνες ως προς το εύρος των ελαχίστων τιμών διηθητικότητας, εντούτοις δεν θεμελιώνει το ειδικό έννομο συμφέρον που απαιτείται για την προσβολή των πληττόμενων όρων, καθόσον δεν προσδιορίζει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς ότι η συγκεκριμένη ασάφεια καθιστά αδύνατη ή ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, ούτε και δύναται να συναχθεί βασίμως ότι η άνω ασάφεια ενόψει του ότι δεν έχει τεθεί ως παράμετρος αποκλεισμού καθιστά αδύνατη η ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της (πρβλ. ΔΕφΑθηνών Ν7/2021). Επιπλέον δε, ενόψει της ευχέρειας που παρέχει η Διακήρυξη στους διαγωνιζόμενους κατ' άρθρο 2.1.3 να ζητούν διευκρινίσεις προς άρση τυχόν αμφισβητήσεων ως προς την έννοια των τιθέμενων με αυτήν όρων και προδιαγραφών, δεν αρκεί προς θεμελίωση εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας η επίκληση ασάφειας των ανωτέρω όρων. Σε κάθε δε περίπτωση και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, ήτοι της άνευ εννόμου συμφέροντος προβολής εκ μέρους της προσφεύγουσας του συγκεκριμένου λόγου, και προς εκκαθάριση των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί ασάφειας των πληττόμενων όρων ως προς το ελάχιστο αποδεκτό εύρος διηθητικότητας και υδροφοβικότητας αυτών, δέον όπως σημειωθεί ότι η Αναθέτουσα Αρχή με τις υποβληθείσες απόψεις της, κατόπιν παράθεσης των κρίσιμων άρθρων του Παραρτήματος ΙΧ ως και του Πίνακα της παρ. 3.9.2.4 «*Λίστα βασικού εξοπλισμού*», αναφέρει τις παραμέτρους λειτουργίας και το ελάχιστο αποδεκτό εύρος λειτουργίας των μεμβρανών, ως προκύπτουν από τα άρθρα και τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος, ώστε δεν δύναται να συναχθεί βασίμως ότι υφίσταται η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα ασάφεια. Ειδικότερα, η Αναθέτουσα Αρχή επάγεται τα κάτωθι, επί τη βάση των στοιχείων του Παραρτήματος και των εκεί ενσωματωμένων Πινάκων: «*....Δηλαδή, σε σχέση με τις αναφερόμενες στην σελίδα 27 της προσφυγής του ελλείψεις.....: Α) δίνονται οι παράμετροι λειτουργίας και το ελάχιστο αποδεκτό εύρος λειτουργίας των μεμβρανών, που προβλέπονται ως αξιολογητές από την Αναθέτουσα Αρχή (παροχή συστήματος 35 m³/h, παροχή διηθήματος φίλτρανσης <50 l/mh, συνολική ελάχιστη επιφάνεια μεμβρανών 700 m²) καθορίζοντας επακριβώς τα σημεία που μπορούν να αξιολογηθούν ως πλεονέκτημα έκαστης προσφοράς, Β) δεν υφίστανται*

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022

ελλείψεις ή ασάφειες σε σχέση με την διηθητικότητα των ζητούμενων μεμβρανών υπερδιήθησης (παροχή/επιφάνεια- χρόνο), αφού προσδιορίζονται επακριβώς η παροχή του συστήματος, η συνολικά ελάχιστη ζητούμενη επιφάνεια, καθώς και η μέγιστη ανοιγμένη παροχή ανά μονάδα επιφάνειας και χρόνου (μονάδα l/mh), Γ) δεν υφίστανται ελλείψεις ή ασάφειες σε σχέση με την υδροφοβικότητα των μεμβρανών υπερδιήθησης αφού είναι γνωστό ότι μία από τις ιδιότητες κάθε μεμβράνης είναι και η υδροφοβικότητα/υδροφιλικότητα της, καθώς επίσης ότι αυτή η ιδιότητά της είναι συνυφασμένη με το υλικό κατασκευής της το οποίο μπορεί να επιλέξει ο προσφέρων χωρίς περιορισμό λαμβάνοντας αν θέλει υπόψη την αναφορά των τευχών σε ενδεικτικό υλικό πολυμερές PVDF διότι είναι επιστημονικά αποδεκτό ότι οι πολυμερικές μεμβράνες, χρησιμοποιούνται ευρέως στην επεξεργασία υγρών αποβλήτων». Συνεπεία των ανωτέρω, ο 2^{ος} λόγος της προσφυγής κατά το δεύτερο σκέλος αυτού που πλήττει ως αόριστες και ασαφείς τις τεχνικές προδιαγραφές των μεμβρανών είναι απορριπτέος καταρχήν ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος, επιπλέον δε ως αβάσιμος.

23. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα κατ' άρθρο 363 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 5 Οκτωβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΣΩΚΡΑΤΗΣ ΤΣΑΠΑΛΙΑΡΗΣ

A.A.

ΒΑΣΙΛΗΣ ΓΚΙΖΗΣ

Αριθμός Απόφασης: 1447 /2022