

Η

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

8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1^η Απριλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ιωάννης Κίτσος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21-2-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 269/26-2-2019 της εταιρείας με την επωνυμία ..., εδρεύουσα στην ..., έναντι ..., νομίμως εκπροσωπούμενης,

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

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά ι) *Να ακυρωθεί η με αριθμό 1/12-2-2019 απόφαση, με την οποία επικυρώθηκε η με αριθμό πρωτ. 85/2019 απόφαση αξιολόγησης δικαιολογητικών και τεχνικών προσφορών της Επιτροπής διεξαγωγής διαγωνισμών και αξιολόγησης προσφορών του ... κατά το σκέλος αυτής με το οποίο αποφασίστηκε ο αποκλεισμός μας από τη συνέχεια του διαγωνισμού για την 4η και 6η ομάδα εργασιών και να κριθούν παράνομοι άπαντες οι αναφερόμενοι σε αυτήν λόγοι αποκλεισμού μας, ...και να διαταχθεί το άνοιγμα της οικονομικής μας προσφοράς, και ii) Να ακυρωθεί η με αριθμό 1/12-2-2019..., με την οποία επικυρώθηκε το με αριθμό 150/21-1-2019 Πρακτικό-Άνοιγμα Οικονομικών Προσφορών και ανάδειξη προσωρινού αναδόχου, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για την 4η και 6η ομάδα εργασιών η εταιρεία ..., και iii) Να ακυρωθεί η με αριθμό 1/12-2-2019 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ..., κατά το σκέλος αυτής με το οποίο ο υπό κρίση διεθνής διαγωνισμός κατακυρώθηκε για την 4η και 6η ομάδα εργασιών στην εταιρεία .., και iv) Να διαταχθούν τα νόμιμα ώστε να μην αποκλεισθούμε από τη συνέχεια του διαγωνισμού αλλά να ανοιχτεί η οικονομική προσφορά μας, με σκοπό να επαναληφθεί ο υπό κρίση διεθνής διαγωνισμός (άνοιγμα οικονομικών προσφορών, ανάδειξη προσωρινού αναδόχου και κατακύρωση) για την 4η και 6η ομάδα εργασιών.*

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού 807 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο, με κωδικό ..., το από 21-2-2019 αποδεικτικό πληρωμής του στη Τράπεζα Πειραιώς, και εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη «δεσμευμένο»). Ειδικότερα, η προσφυγή αφορά στις Ομάδες εργασιών 4 και 6 του διαγωνισμού, ενδεικτικού προϋπολογισμού αντιστοίχως ποσού 150.000 ευρώ και 50.000 ευρώ και εν συνόλω ποσού 200.000 ευρώ με ΦΠΑ άρθ. 2.1 της διακήρυξης), ήτοι ποσού 161.290,32 άνευ ΦΠΑ 24% και συνεπώς έχει καταβληθεί το νόμιμο ποσόν παραβόλου.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. Πρωτ. ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός με ανοικτή διαδικασία για την ανάθεση εργασιών επισκευής και συντήρησης οχημάτων - μηχανημάτων έργου του ..., με κριτήριο κατακύρωσης το υψηλότερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στις τιμές του πίνακα κόστους ενδεικτικών εργασιών της υπ' αριθ. ... μελέτης, συνολικού προϋπολογισμού του έργου τετρακόσιες χιλιάδες ευρώ (400.000,00), συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%. Οι υπό προμήθεια εργασίες επισκευής κατατάχθηκαν στη Διακήρυξη σε έξι Ομάδες (άρθ. 2), μεταξύ των οποίων η ήδη υπό εξέταση « 4^η ΟΜΑΔΑ ...», και «6^η ΟΜΑΔΑ ...». Επίσης σύμφωνα με το άρθ. 2.3 της διακήρυξης «Οι ενδιαφερόμενοι **επί ποινή αποκλεισμού, μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο των ειδών της εργασίας για μια ομάδα ή για περισσότερες ομάδες (π.χ. 1η ή 2η κ.λ.π.) και η προσφορά θα πρέπει να καλύπτει υποχρεωτικά όλα τα είδη της ομάδας**», και περαιτέρω σύμφωνα με το άρθ. 7^ο « **7.1 Κριτήριο κατακύρωσης Το κριτήριο κατακύρωσης είναι το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί του συνόλου της καθεμίας από τις ομάδες ενδιαφέροντος των διαγωνιζόμενων, το οποίο θα πρέπει να σημειωθεί στο έντυπο**

Αριθμός απόφασης: 448/2019

οικονομικής προσφοράς της υπηρεσίας (αριθμητικώς και ολογράφως). Το ποσοστό αυτό λογίζεται ταυτόχρονα τόσο ως ποσοστό έκπτωσης επί των τιμών των εργασιών, όσο και ως ποσοστό έκπτωση επί των τιμών των ανταλλακτικών, όπως αυτές παρατίθενται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό της μελέτης και καθορίζονται από το άρθρο 7° παρ. 2 της οικείας Διακήρυξης. Ο προϋπολογισμός της προμήθειας υποδιαιρείται σε έξι (6) τμήματα (ομάδες) και οι διαγωνιζόμενοι μπορούν να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο των τμημάτων ή για ένα τμήμα....»

3. Επειδή περίληψη της ως άνω διακήρυξης απεστάλη την 25-10-2018 για δημοσίευση στο Συμπλήρωμα των Επίσημων Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπου δημοσιεύτηκε την 26-10-2018 και έλαβε τον αριθμό Services ..., και το πλήρες κείμενο αυτής αναρτήθηκε την 29-10-2018 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 IV του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, κατά όρων της παραπάνω διακήρυξης του διαγωνισμού, η ήδη προσφεύγουσα είχε ασκήσει την με αριθ. ΓΑΚ 1192/13-11-2018 προδικαστική προσφυγή της, εφ' ής εκδόθηκε την 7-1-2019 η με αριθ. 21/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία απορρίφθηκε η προσφυγή λόγω εκπροθέσμου άσκησης και ελλιπούς παραβόλου.

6. Επειδή στον διαγωνισμό και ειδικά για τις επίμαχες Ομάδες 4 και 6 συμμετείχαν η προσφεύγουσα, και η αναδειχθείσα ανάδοχος ..., αντίστοιχα με τις προσφορές τους υπ' αριθ. 120205 και 117681, που κατατέθηκαν την 6-12-2018.

7. Επειδή η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμών της αναθέτουσας αρχής εξέδωσε την με αριθ. πρωτ. 85/14-1-2019 ΑΠΟΦΑΣΗ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ, σύμφωνα με την οποία μετά την αποσφράγιση των κατατεθεισών προσφορών «...εξακριβώθηκαν τα παρακάτω:.. 2. «...» Η παραπάνω εταιρία ...κατέθεσε όλα τα δικαιολογητικά

Αριθμός απόφασης: 448/2019

σύμφωνα με τα ζητούμενα της Διακήρυξης. 3. «...» Η παραπάνω εταιρία έλαβε μέρος στην 4η ομάδα εργασιών «Εργασίες επισκευής ...» και στην 6η ομάδα εργασιών «Συντήρηση και επισκευή ...», κατέθεσε όλα τα δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα ζητούμενα της Διακήρυξης, εκτός από τα παρακάτω: α) Στο άρθρο «τεχνική προσφορά» της οικείας Διακήρυξης, στην παρ. 14.2 ζητείται από τους διαγωνιζομένους να καταθέσουν υπεύθυνη δήλωση που να δηλώνει ότι: «έλαβε πλήρη γνώση των όρων της Διακήρυξης και της σχετικής μελέτης και ότι τους αποδέχεται ανεπιφύλακτα». Η εταιρία «...» αντί της παραπάνω δήλωσης, κατέθεσε υπεύθυνη δήλωση που αναφέρει ότι: «Έλαβα πλήρη γνώση των όρων της διακήρυξης και της σχετικής μελέτης». Η υπεύθυνη δήλωση είναι ελλιπής, διότι δεν αποδέχεται τους όρους της μελέτης και της διακήρυξης ανεπιφύλακτα και κρίνεται ως απαράδεκτη. β) Δεν κατέθεσε συμβάσεις που να αποδεικνύεται η εμπειρία της εταιρίας «...» από τη συμμετοχή της, σε παρόμοιους διαγωνισμούς για την 4η ομάδα εργασιών «...» με ελάχιστη εκτελούμενη αξία το 50% του συνολικού προϋπολογισμού της ομάδας (75.000,00) ευρώ, που συμμετέχει ο διαγωνιζόμενος κατά τα τρία (3) τελευταία έτη. Κατέθεσε μία μόνο σύμβαση ύψους (34.052,88) με τον ... που αντιστοιχεί σε αυτή την ομάδα και αναφέρεται σε μηχανήματα έργου, ..., δηλαδή όλο το ποσό της σύμβασης δεν αναφέρετε στην 4η ομάδα εργασιών, (άρθρο 75 παρ. 4 και 5 του Ν 4412/2016 και άρθρο 11° παρ.5.2 της οικείας Διακήρυξης). γ) Δεν κατέθεσε βεβαίωση που να αντιστοιχεί στο 90% του στόλου των οχημάτων από τις εταιρίες υπερκατασκευών που διαθέτει ο ... (άρθρο 11° παρ. 6.5) όπου θα βεβαιωνόταν ότι θα τις παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού των υπερκατασκευών. Αντί αυτού η διαγωνιζόμενη εταιρία «...» γ1. κατέθεσε μία βεβαίωση από την εταιρεία «...» στην οποία αναφέρεται, ότι θα παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή υπερκατασκευών, που αφορούν μόνο τις υπερκατασκευές της εταιρείας τους, οι οποίες είναι δύο, γ2. κατέθεσε μία υπεύθυνη δήλωση που δηλώνει ότι: «έχουμε δε υπογράψει την από 20/11/2018 σύμβαση με τον ... για την παροχή τεχνικών συμβουλών για την επισκευή και προγραμματισμό του λογισμικού που χρησιμοποιείται στις», χωρίς βέβαια να προσκομίσει, ούτε συμβάσεις ούτε τιμολόγια από ανάλογες επισκευές, που να αποδεικνύουν αυτήν την δυνατότητα του κ.,

Αριθμός απόφασης: 448/2019

γ3. κατέθεσε μία υπεύθυνη δήλωση στην οποία αναφέρει, ότι «Η εταιρεία μας μπορεί να καλύψει τουλάχιστον το 90% των υπερκατασκευών που διαθέτει ο ...». Η συγκεκριμένη δήλωση δεν καλύπτει τα επιτασσόμενα στο σχετικό άρθρο της οικείας Διακήρυξης, διότι δεν στηρίζεται ούτε στην βεβαίωση της εταιρίας «...» ούτε στην δυνατότητα της εταιρίας να επισκευάσει μόνη της τα λογισμικά των υπερκατασκευών που διαθέτει ο ... διότι, δεν κατέθεσε, ούτε συμβάσεις και τιμολόγια από ανάλογες επισκευές που να αποδεικνύουν αυτήν την δυνατότητα. Ο ... διαθέτει υπερκατασκευές από τις εταιρείες ...,... , ... και ... Επομένως η βεβαίωση που κατέθεσε η διαγωνιζόμενη εταιρεία, κρίνεται ως απαράδεκτη. Λόγω των προαναφερομένων, η εταιρεία «...» αποκλείεται από την συνέχεια του διαγωνισμού, για την 4η ομάδα εργασιών «...» και για την 6η ομάδα εργασιών «...».... Για τους προαναφερόμενους λόγους, η επιτροπή αποκλείει από την συνέχεια του διαγωνισμού ... την εταιρία «...» και δεν θα ανοιχθεί η οικονομική προσφορά της, για την 4η ομάδα εργασιών «...» και για την 6η ομάδα εργασιών «...»....» Τα Πρακτικό με αριθ. 85/14-1-2019 κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς την 16-1-2019 μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή την 21-1-2019 συνεδρίασε η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμών της αναθέτουσας αρχής εξέδωσε την με αριθ. πρωτ. 150/21-1-2019 πράξη με τον τίτλο *ΑΝΟΙΓΜΑ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ-ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΠΡΟΣΩΡΙΝΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ*, σύμφωνα με την οποία μετά την αποσφράγιση των κατατεθεισών προσφορών διαπίστωσε ότι «...2. Η εταιρεία ... έλαβε μέρος • στην 4η ομάδα εργασιών «...» όπου έδωσε ποσοστό έκπτωσης (έντεκα τοις εκατό 11%) Επί του τιμοκαταλόγου που κατέθεσε ... • και στην 6η ομάδα εργασιών «Συντήρηση και επισκευή ...», όπου έδωσε ποσοστό έκπτωσης (τριάντα δύο τοις εκατό 32%) Επί του τιμοκαταλόγου που κατέθεσε στον διαγωνισμό και στις τιμές του πίνακα κόστους ενδεικτικών εργασιών της μελέτης που αφορούν τις συγκεκριμένες ομάδες εργασιών.... Η επιτροπή... **ανακηρύσσει ως προσωρινούς αναδόχους τους παρακάτω:...** 3. Για την 4η ομάδα εργασιών ...την εταιρεία με ποσοστό έκπτωσης (έντεκα τοις εκατό 11%)....5..Ενώ, για την 6η ομάδα εργασιών με ποσοστό έκπτωσης (**τριάντα δύο τοις εκατό 32%**)....» Το Πρακτικό με αριθ. 150/21-1-2019 κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς

Αριθμός απόφασης: 448/2019

φορείς την 21-1-2019 μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση με αριθ. 1 της αναθέτουσας αρχής (Απόσπασμα από το υπ' αριθ. 1/12-2-2019 πρακτικό της Εκτελεστικής Επιτροπής της από 12-2-2019 συνεδρίασης), επικυρώθηκαν «...**A**...το με αριθ.πρωτ. 85/14-1-2019 πρακτικό-απόφαση αξιολόγησης δικαιολογητικών -τεχνικών προσφορών ...το οποίο έχει ως εξής:... **B**. .. το αριθ. πρωτ. 150/21-1-2019 Πρακτικό-Ανοιγμα οικονομικών προσφορών και ανάδειξη προσωρινού αναδόχου το οποίο έχει ως εξής :... **Γ**. ... το αριθ. πρωτ. 279/7-2-2019 Πρακτικό κατακύρωσης του διαγωνισμού ...το οποίο έχει ως εξής :... **Δ** . **Κατακυρώνει τον διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό**... 3. Για την 4η ομάδα εργασιών ...στην εταιρεία ... με ποσοστό έκπτωσης (**έντεκα τοις εκατό 11%**) επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης δηλ. το ποσό της σύμβασης θα είναι **Εκατόν τριάντα τρεις χιλιάδες πεντακόσια (133.500,00) ευρώ συμπεριλαμβανομένου και του ΦΠΑ**... 5. Ενώ, **για την 6η ομάδα εργασιών ... στην εταιρεία ... με ποσοστό έκπτωσης (τριάντα δύο τοις εκατό 32%) επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης δηλ. το ποσό της σύμβασης θα είναι σαράντα δύο χιλιάδες εξακόσια **(34.000,00) ευρώ συμπεριλαμβανομένου και του Φ.Π.Α** ..» Η προσβαλλόμενη απόφαση με ενσωματωμένα τα σχετικά Πρακτικά, κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς την 13-2-2019 μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.**

10. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 21-2-2019, με κατάθεση μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε την 25-2-2019 στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα αρχή, 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.

11. Επειδή την 22-2-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στην ανάδοχο ..., μόνη συνδιαγωνιζόμενη στις επίμαχες

Αριθμός απόφασης: 448/2019

Ομάδες εργασιών 4^η και 6^η , μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή γνωστοποίησε την 1-3-2019 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρ. 365 παρ. 1 περ. (β) του ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. (β) του ΠΔ 39/2017.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 8ου 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. 332/2019 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων».

14. Επειδή η προσφεύγουσα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ισχυρίζεται ότι πλημμελώς απορρίφθηκε η προσφορά της με την αιτιολογία ότι δεν κατέθεσε υπεύθυνη δήλωση με την οποία να δηλώνει ότι αποδέχεται ανεπιφύλακτα τους όρους της διακήρυξης και της μελέτης διότι : «..Κατά το χρόνο κατάθεσης της ανωτέρω υπεύθυνης δήλωσης στην Αναθέτουσα Αρχή, εκκρεμούσε ενώπιον Σας η από 12/11/2018 προδικαστική προσφυγή μας κατά των όρων της διακήρυξης και συγκεκριμένα με την προσφυγή προσβάλλαμε ως παράνομους τους όρους της διακήρυξης που αναφέρονται στην παράγραφο 6.5 του άρθρου 11 και στην παράγραφο 5.2 του άρθρου 11, για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτουμε στην προσφυγή μας. Είναι επομένως προφανές ότι εάν δηλώναμε ότι αποδεχόμαστε ανεπιφύλακτα όλους τους όρους της Διακήρυξης, η δήλωσή μας θα ήταν ψευδής και θα διαπράτταμε το αδίκημα που προβλέπεται και τιμωρείται από την παράγραφο 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/1986 ...Με δεδομένο μάλιστα ότι το όφελος που επιδιώκουμε με τη συμμετοχή μας στο διαγωνισμό, υπερβαίνει το ανωτέρω χρηματικό όριο, η συγκεκριμένη υπεύθυνη δήλωση θα συνεπαγόταν την ποινική δίωξη των εκπροσώπων μας για κακούργημα, με ολέθριες συνέπειες για αυτούς και την εταιρία μας. Ως εκ τούτου, ο λόγος αυτός αποκλεισμού μας είναι παράνομος διότι ήταν αδύνατη εν προκειμένω η ανεπιφύλακτη αποδοχή των όρων της Διακήρυξης από την εταιρεία μας, η οποία είχε ήδη ασκήσει προσφυγή

Αριθμός απόφασης: 448/2019

προσβάλλοντας ως παράνομους τους όρους αυτής, και για το λόγο αυτό θα πρέπει να κριθεί ότι η προσφορά μας δεν παραβιάζει τη διάταξη της παραγράφου 14.2 της διακήρυξης. Άλλωστε το περιεχόμενο της συγκεκριμένης υπεύθυνης δήλωσης αποτελεί το μόνο λόγο αποκλεισμού μας από την 6η ομάδα εργασιών και ως εκ τούτου είναι μείζονος σημασίας η κρίση για το αν ορθώς κατά τα ανωτέρω δεν περιλάβαμε δήλωση για ανεπιφύλακτη αποδοχή όλων των όρων της διακήρυξης. »

15. Επειδή ειδικά επί του πρώτου λόγου της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή, επικαλούμενη την κανονιστική νομική φύση της διακήρυξης, αναφέρει στις απόψεις της ότι «...Η ...υπεύθυνη δήλωση είναι ελλιπής, διότι δεν αποδέχεται τους όρους της μελέτης και της διακήρυξης ανεπιφύλακτα και επομένως κρίνεται ως απαράδεκτη. Επιπλέον, δεν ευσταθεί ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας, ότι είχε ήδη προσφύγει προσβάλλοντας ως παράνομους τους όρους της διακήρυξης, δεδομένου ότι με την αριθ. 21/2019 Απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, η συγκεκριμένη προσφυγή της εταιρείας «...» απορρίφθηκε. Κατά συνέπεια, ο ... ενήργησε σύννομα, συντάσσοντας την αριθ. 85/2019 απόφαση αξιολόγησης δικαιολογητικών και τεχνικών προσφορών (με την οποία, αποκλείει την εταιρεία «...», από την συνέχεια του Διαγωνισμού διότι, δεν αποδέχεται τους όρους της μελέτης και της οικείας Διακήρυξης), αφού προηγουμένως ανέμενε την έκδοση της αριθ. ... Απόφασης της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (με την οποία, όπως προαναφέρθηκε, απορρίφθηκε η σχετική προσφυγή της εταιρείας «...»)..»

16. Επειδή η προσφεύγουσα, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ισχυρίζεται ότι πλημμελώς απορρίφθηκε η προσφορά της από την 4^η Ομάδα εργασιών, με την αιτιολογία ότι δεν κατέθεσε συμβάσεις από τις οποίες να αποδεικνύεται η εμπειρία της με την συμμετοχή κατά τα τρία (3) τελευταία έτη σε παρόμοιους διαγωνισμούς για την 4^η Ομάδα εργασιών και μάλιστα με ελάχιστη εκτελούμενη αξία ίση με το 50% του προϋπολογισμού της Ομάδας (ήτοι 75.000 ευρώ), διότι : «...Ωστόσο, το γεγονός ότι δεν πληρούμε την προϋπόθεση που θέτει ο σχετικός όρος της παραγράφου 5.2 του άρθρου 11 της διακήρυξης, ... δεν συνεπάγεται τον αποκλεισμό μας από το διαγωνισμό. διότι πρόκειται για όρο παράνομο για τους εξής λόγους: Με τον όρο αυτό

καταρχήν αποκλείεται η συμμετοχή ενός νέου διαγωνιζόμενου στο διεθνή διαγωνισμό, ήτοι δεν μπορεί να λάβει μέρος ένας διαγωνιζόμενος στον οποίο δεν έχει ανατεθεί δημόσια σύμβαση στο παρελθόν. Δεν μπορεί επίσης να λάβει μέρος διαγωνιζόμενος ο οποίος έχει μεν παρόμοια εμπειρία, αλλά απέκτησε αυτήν σε χρόνο πέραν της τριετίας. Ο χρονικός περιορισμός είναι άστοχος και δε συνδέεται με αντικειμενικά κριτήρια, όπως θα ήταν για παράδειγμα η αντικατάσταση των οχημάτων του ... με νέα οχήματα πριν από τρία χρόνια, οπότε θα υπήρχε λογική σύνδεση της εμπειρίας στα οχήματα συγκεκριμένου τύπου. Επειδή ωστόσο δε συντρέχει αντίστοιχος λόγος εν προκειμένω, το χρονικό κριτήριο έχει τεθεί αυθαίρετα, παραβιάζοντας τους κανόνες του ελεύθερου ανταγωνισμού. Ο πυρήνας ωστόσο της παρανομίας του εν λόγω όρου, έγκειται στο ποσοτικό κριτήριο: ενώ είναι εν μέρει κατανοητό να ζητείται να διαθέτει ο διαγωνιζόμενος εμπειρία στη συντήρηση και επισκευή μεγάλων οχημάτων και μηχανημάτων, παρόμοιων με τα ..., είναι απολύτως αυθαίρετη η απαίτηση του ορισμένου και ιδιαίτερος υψηλού ποσοστού αξίας των προγενέστερων συμβάσεων που καλείται να πληροί ο υποψήφιος. Και τούτο διότι **η αξία της εργασίας που εκτελέστηκε δε συνδέεται λογικά με την αποκτηθείσα εμπειρία** και δεν μπορεί να χρησιμοποιείται ως κριτήριο για τη συμμετοχή στο διεθνή διαγωνισμό. _Ερωτάται εύλογα κανείς στο σημείο αυτό, ποιες μπορούν να είναι οι επιχειρήσεις που θα πληρούν το ανωτέρω κριτήριο: με δεδομένη τη φύση της εργασίας που απαιτείται, ήτοι την ύπαρξη μηχανουργείου που θα είναι διαθέσιμο για άμεση επισκευή και συντήρηση των οχημάτων και λοιπών μηχανημάτων του ..., προκύπτει ότι οι ενδιαφερόμενοι θα έχουν μηχανουργεία κοντά στην έδρα του ..., ήτοι κοντά στην πόλη της Το επιχείρημα αυτό ενισχύεται από την παράγραφο 6.4 του άρθρου 11 της διακήρυξης όπου αναφέρεται ότι ο διαγωνιζόμενος πρέπει να προσκομίσει **«υπεύθυνη δήλωση στην οποία θα δηλώνεται ότι όλες οι επισκευές-συντηρήσεις, θα πραγματοποιούνται στο χώρο του συνεργείου που διαθέτει ο διαγωνιζόμενος»**. Σε περίπτωση δε μεταφοράς του οχήματος, τα έξοδα θα βαρύνουν τον ανάδοχο. Γίνεται έτσι εύκολα αντιληπτό ότι ο υπό κρίση διαγωνισμός, καίτοι τιτλοφορείται ως διεθνής διαγωνισμός, εν τοις πράγμασι και λόγω της φύσης του έργου, απευθύνεται σε μηχανουργεία που βρίσκονται στο Με δεδομένο ότι στο ... μόνο ο ... διαθέτει μεγάλο στόλο ...

και συνάπτει δημόσιες συμβάσεις με αξίες της τάξης της υπό κρίση διακήρυξης, γίνεται κατανοητό ότι **ο διαγωνιζόμενος που θα πληροί το ανωτέρω ποσοτικό κριτήριο και επιπλέον θα έχει μηχανουργείο στο ... , θα είναι αυτός που συνήψε τα τρία τελευταία έτη δημόσιες συμβάσεις συντήρησης και επισκευής των οχημάτων του ...** Συνάγεται ότι με τις ανωτέρω προσθήκες στους όρους της τρέχουσας διακήρυξης και τον αποκλεισμό με έμμεσο και όχι επί τη βάσει ουσιαστικών κριτηρίων αποκλεισμό υποψηφίων αναδόχων κινδυνεύει το εν λόγω έργο να κατακυρωθεί και να συνεχίσει να κατακυρώνεται ες αεί στο ίδιο φυσικό ή νομικό πρόσωπο με ό,τι αυτό συνεπάγεται ως προς τις οικονομικές προσφορές των λοιπών υποψηφίων αναδοχών οι οποίες (εξαιτίας των ανωτέρω αναλυτικά εκτιθέμενων λόγων προσφυγής μου) ουδέποτε θα φτάσουν στο στάδιο να ανοιχθούν, αλλά θα αποκλείονται λόγω του παράνομου αυτού όρου. Γίνεται δε αντιληπτό, ότι η δημιουργία ενός τεχνητού ολιγοπωλίου ή μονοπωλίου, ουδέποτε ευνόησε τα συμφέροντα όχι μόνο του ελληνικού Δημοσίου, αλλά ευρύτερα του δημοσίου και κοινού συμφέροντος. Ιδία όμως στην τρέχουσα διακήρυξη, όπου κριτήριο κατακύρωσης είναι το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί του συνόλου κάθε μιας από τις ομάδες ενδιαφέροντος, το γεγονός ότι εκ του τρόπου σύνταξης κι ερμηνείας των όρων της Διακήρυξης αποκλείονται παράνομα και καταχρηστικά (έναντι λίγων ή και ενός) υποψήφιοι Ανάδοχοι, προκαλεί βλάβη στα συμφέροντα του Ελληνικού Δημοσίου αφού έτσι, αντί να μειοδοτούν πολλοί, μειοδοτεί ένας ή λίγοι με αποτέλεσμα να διατηρούνται σε υψηλό επίπεδο οι οικονομικές προσφορές και διαχρονικά να μην λαμβάνουν χώρα εκπτώσεις. Το γεγονός αυτό καταστρατηγεί το μοναδικό κριτήριο αξιολόγησης που θέτει η ίδια η διακήρυξη και είναι «το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης» και γι' αυτό ζητώ να ελέγξετε, ως έχετε τη δυνατότητα, τις οικονομικές προσφορές των προγενέστερων διακηρύξεων και κατά πόσο ο (απαιτούμενος από τέτοιου είδους - Ανοιχτούς, διεθνείς - διαγωνισμούς) υγιής ανταγωνισμός μείωσε και σε ποιον βαθμό την οικονομική προσφορά με την οποία κατακυρωνόταν ο διαγωνισμός στον ίδιο Ανάδοχο ή ποιο ακριβώς ποσοστό έκπτωσης παρέχει, (από τότε που ξεκίνησαν οι προκηρύξεις του έργου μέχρι σήμερα) ο εκάστοτε Ανάδοχος αυτού. Ο όρος αυτός της προκήρυξης είναι ακυρωτέος διότι, βάσει των ανωτέρω εκτεθέντων

Αριθμός απόφασης: 448/2019

συντάχθηκε με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων και παραβιάζει ευθέως : • την ισότιμη και χωρίς διακρίσεις αντιμετώπιση των δικαιωμάτων των υποψηφίων αναδοχών_• την αρχή της αναλογικότητας και του δημοσίου συμφέροντος και • την ελευθερία του ανταγωνισμού, τον οποίο τεχνητά περιορίζει.»

17. Επειδή επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή, αναφέρει στις απόψεις της ότι «...Η εταιρεία «...» δεν κατέθεσε συμβάσεις που να αποδεικνύεται η εμπειρία της από τη συμμετοχή της σε παρόμοιους διαγωνισμούς, για την 4η ομάδα εργασιών «Εργασίες επισκευής ...» με ελάχιστη εκτελούμενη αξία το 50% του συνολικού προϋπολογισμού της ομάδας (75.000,00) ευρώ, που συμμετέχει ο διαγωνιζόμενος κατά τα τρία (3) τελευταία έτη. Ειδικότερα, αντί των ανωτέρω, κατέθεσε μία μόνο σύμβαση ύψους (34.052,88 €, το οποίο ποσό θα έπρεπε να ανέρχεται τουλάχιστον στα 75.000,00 €) με τον ..., η οποία αντιστοιχεί σε αυτή την ομάδα και αναφέρεται σε μηχανήματα έργου, απορριμματοφόρο και λοιπά οχήματα, άλλως ειπείν το προαναφερόμενο συνολικό ποσό της σύμβασης (34.052,88 €) αφορά διάφορες επισκευές άλλων μηχανημάτων, οχημάτων κλπ. και όχι σ' αυτές που αναφέρονται στην 4η ομάδα εργασιών άρθρο 75 παρ. 4 και 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 11 παρ. 5.2 της οικείας Διακήρυξης). Συνεπώς ορθώς απορρίπτεται από την συνέχεια του διαγωνισμού, για την 4η ομάδα εργασιών.»

18. Επειδή η προσφεύγουσα, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ισχυρίζεται ότι πλημμελώς απορρίφθηκε η προσφορά της από την 4^η Ομάδα εργασιών, με την αιτιολογία ότι δεν κατέθεσε βεβαίωση που να αντιστοιχεί στο 90% του στόλου των οχημάτων, από τις εταιρείες υπερκατασκευών που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή, με την οποία οι εταιρείες βεβαιώνουν ότι θα παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού των υπερκατασκευών, διότι : «...1. Με την παρούσα προσβάλλουμε ως παράνομη την πράξη της Αναθέτουσας Αρχής να απαιτεί για τους υποψηφίους Αναδόχους της 4ης Ομάδας να προσκομίσουν βεβαίωση από τις εταιρείες υπερκατασκευών που διαθέτει ο ... ότι θα του παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού (τεχνική υποστήριξη) ή συμβάσεις και τιμολόγια, που να αποδεικνύουν ότι έχει επισκευάσει παρόμοιες

Αριθμός απόφασης: 448/2019

υπερκατασκευές που είχαν βλάβη στο λογισμικό τους. Ο όρος αυτός αναφέρεται στην παράγραφο 6.5 του άρθρου 11 της διακήρυξης και είναι παράνομος για τους κάτωθι λόγους: Οι εταιρείες υπερκατασκευών που διαθέτει ο ..., αντιπροσωπεύονται στην Ελλάδα από συγκεκριμένη ανώνυμη εταιρία, την ... που εδρεύει στην Αθήνα. Τίθεται εν προκειμένω το ερώτημα γιατί πρέπει να προσκομίσει τη συγκεκριμένη βεβαίωση ο υποψήφιος ανάδοχος εφόσον πρόκειται για βεβαίωση μελλοντικού γεγονότος, ήτοι για μία υπόσχεση της εταιρίας ότι θα παρέχει τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού. Επειδή πρόκειται για εταιρίες με τις οποίες συνεργάζεται ο ... , θα ήταν λογικό να ζητούσε ο ίδιος ο ... βεβαίωση από τις εταιρείες (ή εν προκειμένω την εταιρία) με τις οποίες συνεργάζεται, **ότι θα παρέχουν τεχνική υποστήριξη στον εκάστοτε ανάδοχο του έργου.** Άλλωστε, η συμβατική σχέση αναπτύσσεται ανάμεσα στο ... και τις εν λόγω εταιρείες, ενώ ο τρίτος-υποψήφιος ανάδοχος, ουδεμία συμβατική σχέση έχει κατά το στάδιο προ της ανάθεσης της σύμβασης σε αυτόν, με τις εταιρείες υπερκατασκευών. Εύλογα λοιπόν τίθεται το ερώτημα πώς προστατεύεται ο καλόπιστος υποψήφιος ανάδοχος, όταν η εταιρεία υπερκατασκευών αρνείται να του χορηγήσει την εν λόγω βεβαίωση, επικαλούμενη διάφορες προφάσεις. Τίθεται επίσης εύλογα το ερώτημα μήπως η απαίτηση προσκόμισης βεβαίωσης από συγκεκριμένη εταιρεία υπερκατασκευών αποτελεί μέθοδο περιορισμού των υποψήφιων αναδόχων. Και τούτο διότι δίνεται η δυνατότητα σε τρίτη εταιρεία συνεργαζόμενη με το να καθορίσει ποιες εταιρείες θα συμμετέχουν στο διαγωνισμό και ποιες θα αποκλειστούν για το λόγο ότι δεν τους χορηγήθηκε η βεβαίωση. Σημειώνουμε και επισημαίνουμε στο σημείο αυτό, ότι κατά την αμέσως προηγούμενη διακήρυξη του ... για το έτος 2018, επικοινωνήσαμε με την εταιρία που αντιπροσωπεύει τις εταιρίες υπερκατασκευών που διαθέτει ο ..., προκειμένου να μας χορηγήσει την εν λόγω βεβαίωση και λάβαμε αρνητική απάντηση με την πρόφαση ότι έδωσαν ήδη μία βεβαίωση(!) σε άλλη εταιρία και αυτό είναι αρκετό. Έτσι, απευθυνθήκαμε στην εταιρία ..., που μας χορήγησε αντίστοιχη βεβαίωση, ωστόσο με την υπ'αριθμ.πρωτ. 356/2018 απόφαση αξιολόγησης, ο ... απέκλεισε την εταιρία μας από το διαγωνισμό, κρίνοντας μεταξύ άλλων ότι δεν προσκομίσαμε βεβαίωση από εταιρία υπερκατασκευών που διαθέτει ο ... Φέτος, ευθύς μετά τη δημοσίευση της τρέχουσας διακήρυξης,

ζητήσαμε μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την εταιρία ... και την εταιρεία ... να μας χορηγήσουν την αντίστοιχη βεβαίωση. Συγκεκριμένα, αναφέραμε τα εξής: «Εν όψη της πρόθεσής μας να λάβουμε μέρος στη διακήρυξη με αριθμό πρωτοκόλλου ... για τη ... έτους 2019- 2020 του ... του ... θα θέλαμε να μας χορηγήσετε βεβαίωση ότι θα μας παρέχετε τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού (τεχνική υποστήριξη) και την προμήθεια ανταλλακτικών για τα οχήματα που αντιπροσωπεύει η εταιρία σας, σε εκτέλεση του άρθρου 11 παράγραφος 6.5 της ανωτέρω διακήρυξης. Παρακαλούμε για την άμεση απάντησή σας». Επί των αιτημάτων αυτών, παρά τις επανειλημμένες προσπάθειες επικοινωνίας, δε λάβαμε γραπτή απάντηση αλλά μόνο την προφορική απάντηση ότι δεν μπορούν να μας την χορηγήσουν με διάφορες κάθε φορά δικαιολογίες. Επισυνάπτουμε στην παρούσα τα σχετικά ηλεκτρονικά μηνύματα. Για τους λόγους αυτούς, **ο συγκεκριμένος όρος είναι παράνομος και καταχρηστικός διότι υποχρεώνει τους υποψηφίους να προσκομίσουν βεβαίωση τρίτου για μελλοντικό γεγονός, χωρίς να διασφαλίζει τους υποψηφίους σε περίπτωση άρνησης της εταιρίας να χορηγήσει τη σχετική βεβαίωση.** Η δε πρόβλεψη προσκόμισης συμβάσεων και τιμολογίων που να αποδεικνύουν ότι ο υποψήφιος έχει επισκευάσει παρόμοιες υπερκατασκευές που είχαν βλάβη στο λογισμικό τους, ουδόλως «σώζει» την παρανομία του όρου περί προσκόμισης της βεβαίωσης. Και τούτο διότι περιορίζει υπέρμετρα τους πιθανούς υποψηφίους, οι οποίοι πρέπει κατ'ανάγκη να έχουν επισκευάσει απορριμματοφόρο των ίδιων εταιρειών με αυτά του, γεγονός που υποδεικνύει άμεσα τους αναδόχους του ίδιου έργου των προγενέστερων ετών. Πράγματι, είναι απορίας άξιο ποια μηχανουργεία της ευρύτερης περιοχής θα μπορούσαν να έχουν επισκευάσει μηχανήματα παρόμοια, ήτοι με παρόμοιο λογισμικό με αυτά του ..., αν δεν είχε κατακυρωθεί σε αυτούς το ίδιο έργο τα προηγούμενα έτη. Σε κάθε άλλωστε περίπτωση, η προσκόμιση τιμολογίων του υποψηφίου για την παροχή υπηρεσιών του προς τρίτους χωρίς τη συγκατάθεσή του, είναι παράνομη σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2472/1997 για την προστασία του ατόμου από την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων. Εν κατακλείδι, με τον όρο αυτό δεν επιχειρείται η διασφάλιση της τεχνογνωσίας και εμπειρίας του υποψηφίου αναδόχου αλλά περιορίζεται υπέρμετρα ο κύκλος των πιθανών υποψηφίων,

οδηγώντας αναπόδραστα στην ανάδειξη του αναδόχου των τελευταίων ετών ως νέου αναδόχου του έργου. 2. Επικουρικά, σε περίπτωση που θέλει κριθεί ως νόμιμος ο όρος της παραγράφου 6.5 του άρθρου 11 της Διακήρυξης, θα πρέπει να κριθεί ότι πληρούμε τους όρους της διακήρυξης αναφορικά με την απόδειξη της δυνατότητας επισκευής του λογισμικού των υπερκατασκευών και να αναγνωρισθεί ότι οι ανωτέρω λόγοι αποκλεισμού μας είναι παράνομοι διότι:

- φέρουν ελλιπή και ασαφή αιτιολογία. Συγκεκριμένα, ενώ στην παράγραφο 3γ.1 αναφέρεται ότι προσκομίσαμε βεβαίωση από την εταιρεία «...» εκ της οποίας ο ... διαθέτει δύο υπερκατασκευές, δεν προσδιορίζεται ο συνολικός στόλος του Φορέα, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να προσδιορισθεί το ποσοστό που αντιστοιχεί στη συγκεκριμένη εταιρία. Ήτοι, ενώ ο όρος της διακήρυξης αναφέρεται σε ποσοστό επί τοις εκατό, η βεβαίωση της εταιρίας εταιρεία «...» κρίνεται απαράδεκτη χωρίς να προσδιορίζεται το ποσοστό των οχημάτων της επί του στόλου του ..., με αποτέλεσμα να είναι αδύνατη η εξακρίβωση της ορθότητας του συμπεράσματος για το αν πληρείται τελικά από τη βεβαίωση της συγκεκριμένης εταιρίας υπερκατασκευών το απαιτούμενο ποσοστό ύψους 90%.
- Εσφαλμένα η από 20/11/2018 σύμβαση που υπογράψαμε με τον κ. ..., ο οποίος όπως αναφέρουμε στην υπεύθυνη δήλωση είναι ηλεκτρολόγος μηχανικός και μηχανικός υπολογιστών και έχει έδρα στην ..., κρίθηκε ως ανεπαρκής επειδή δεν προσκομίσαμε τιμολόγια και συμβάσεις που να αποδεικνύουν αυτήν του τη δυνατότητα. Η αιτιολογία είναι ελλιπής και προφανώς δεν επαρκεί για να στηρίξει την απόρριψη της προσκομισθείσας από εμάς δήλωσης, διότι η ικανότητα του επαγγελματία και το επίπεδο των γνώσεών του έχουν προφανώς κριθεί ήδη από τα αρμόδια κρατικά όργανα που του χορήγησαν το πτυχίο του και την άδεια να ασκεί το συγκεκριμένο επάγγελμα. Άλλωστε, ακόμη κι αν θέλαμε να αποδείξουμε με το συγκεκριμένο τρόπο την εμπειρία του, η προσκόμιση τιμολογίων του για την παροχή υπηρεσιών προς τρίτους, θα ήταν παράνομη και θα παραβίαζε την εσωτερική και ευρωπαϊκή νομοθεσία για την προστασία των προσωπικών δεδομένων. Σύμφωνα άλλωστε με τις διατάξεις του ν. 2472/1997 για την προστασία του ατόμου από την επεξεργασία προσωπικών δεδομένων, η ενέργειά μας αυτή θα επέσυρε βαρύτατες ποινικές κυρώσεις σε βάρος των εκπροσώπων της εταιρίας μας • Εσφαλμένα κρίθηκε ότι δεν προσκομίσαμε τη

Αριθμός απόφασης: 448/2019

βεβαίωση που απαιτεί το άρθρο 11 στην παραγρ. 6.5, διότι η προσκόμιση της βεβαίωσης δεν ήταν δυνατή λόγω άρνησης των συγκεκριμένων εταιριών να μας την προσκομίσουν. Πρόκειται για γεγονός που δεν ανάγεται σε δική μας υπαιτιότητα και προς κάλυψη του οποίου συνήψαμε σύμβαση με εξειδικευμένο επιστήμονα- ηλεκτρολόγο μηχανικό, ο οποίος και είναι σε θέση να επισκευάσει το λογισμικό των υπερκατασκευών. Άλλωστε, η μη προσκόμιση της βεβαίωσης, δεν προκαταβάλλει κατ' ανάγκην την άρνηση στο μέλλον των εν λόγω εταιριών υπερκατασκευών να παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού των μηχανημάτων, εάν και εφόσον χρειαστεί.»

19. Επειδή επί του τρίτου λόγου της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή, αναφέρει στις απόψεις της ότι «...Η εταιρία «...» δεν κατέθεσε βεβαίωση, η οποία να αντιστοιχεί στο 90% του στόλου των οχημάτων, από τις εταιρίες υπερκατασκευών που διαθέτει ο ... (άρθρο 11° παρ. 6.5), όπου θα βεβαιωνόταν ότι θα τις παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού των υπερκατασκευών. Αντί αυτού η διαγωνιζόμενη εταιρία «...» κατέθεσε: α) μία βεβαίωση από την εταιρεία «...», στην οποία αναφέρεται, ότι θα παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή υπερκατασκευών, που αφορούν μόνο τις υπερκατασκευές της εταιρείας τους, οι οποίες είναι δύο (2), β) μία υπεύθυνη δήλωση, όπου δηλώνεται ότι «έχουμε δε υπογράψει την από 20/11/2018 σύμβαση με τον ... για την παροχή τεχνικών συμβουλών για την επισκευή και προγραμματισμό του λογισμικού που χρησιμοποιείται στις ...», χωρίς όμως να προσκομίσει συγχρόνως καμία σχετική σύμβαση ή κάποια τιμολόγια από ανάλογες επισκευές, με βάση τις οποίες να αποδεικνυόταν η αντίστοιχη δυνατότητα του κ. ... και γ) μία υπεύθυνη δήλωση στην οποία αναφέρει, ότι «Η εταιρεία μας μπορεί να καλύψει τουλάχιστον το 90% των υπερκατασκευών που διαθέτει ο ...». Η συγκεκριμένη όμως δήλωση, αυτή καθ' αυτή, δεν καλύπτει τα επιτασσόμενα στο σχετικό άρθρο της οικείας Διακήρυξης, διότι δεν υποστηρίζεται ούτε από κάποια ανάλογη βεβαίωση της εταιρίας «...» ενώ δεν προκύπτει επίσης η δυνατότητα της εταιρίας να επισκευάσει μόνη της τα λογισμικά των υπερκατασκευών που διαθέτει ο ..., δεδομένου ότι δεν υποβλήθηκαν ούτε συμβάσεις ούτε τιμολόγια από ανάλογες επισκευές, από τα οποία να αποδεικνύεται αυτή η δυνατότητα. Επιπροσθέτως, δεν ευσταθεί ο ισχυρισμός της εταιρείας «...» ότι «δεν μπορεί να προσδιοριστεί

το ποσοστό που αντιστοιχεί στην συγκεκριμένη εταιρεία υπερκατασκευών το απαιτούμενο ποσοστό ύψους 90%», δεδομένου ότι στο άρθρο 3 της Συγγραφής Υποχρεώσεων και στο άρθρο 5 των τεχνικών προδιαγραφών της αριθ. ... μελέτης του ..., υπάρχουν αναλυτικά πίνακες που αναφέρουν όλα τα προς συντήρηση οχήματα που διαθέτει ο Ο αριθμός των οχημάτων που αφορά τις υπερκατασκευές και την 4η ομάδα, που προκύπτει από τους πίνακες, είναι τριάντα δύο (32). Συνεπώς, η βεβαίωση της εταιρίας «...» (που αφορά δύο [2] μόνον οχήματα), που κατέθεσε η εταιρεία «...», σε καμία περίπτωση δεν αντιπροσωπεύει το 90% του στόλου των οχημάτων του Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας, ότι όλες οι εταιρείες υπερκατασκευών ανήκουν στην «...», είναι ουσία αβάσιμος και θα πρέπει να απορριφθεί, δεδομένου ότι δεν ανταποκρίνεται στην αλήθεια, διότι οι εταιρείες που αντιπροσωπεύονται στην Ελλάδα από την ανώνυμη εταιρεία «...» είναι η «...» και η «...» ενώ οι υπόλοιπες δύο (2) εταιρείες είναι ανεξάρτητες. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας, ότι «η συμβατική σχέση αναπτύσσεται ανάμεσα στο ... και τις εταιρείες υπερκατασκευών, ενώ ο τρίτος υποψήφιος ανάδοχος ουδεμία συμβατική σχέση έχει κατά το στάδιο προ της ανάθεσης της σύμβασης» είναι επίσης ουσία αβάσιμος, για τους εξής λόγους: Ο ... στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, όπως είναι εύλογο, αναπτύσσει συμβατική σχέση με τον ανάδοχο του διαγωνισμού και όχι με τις εταιρείες, από τις οποίες έχει προμηθευτεί τα οχήματά του και τα οποία έχει αποκτήσει μέσω ανοιχτών διαγωνισμών. Επομένως, ο ανάδοχος του διαγωνισμού είναι αυτός, ο οποίος αναλαμβάνει την αποκλειστική υποχρέωση επισκευής των οχημάτων, τα οποία διαθέτει ο ... Ο ... διαθέτει υπερκατασκευές από τις εταιρείες ..., ..., ... και Συνεπώς η βεβαίωση που κατέθεσε η διαγωνιζόμενη εταιρεία, κρίνεται ως απαράδεκτη...»

20. Επειδή η προσφεύγουσα κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, παραδεκτά και με προφανές έννομο συμφέρον άσκησε την υπό εξέταση προσφυγή, με την οποία ισχυριζόμενη πλημμέλειες της προσβαλλόμενης απόφασης, αιτείται την ακύρωσή της κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της και αποκλείσθηκε από την συνέχεια του διαγωνισμού, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

Αριθμός απόφασης: 448/2019

Περαιτέρω η προσφεύγουσα απαραδέκτως ως προεχόντως αορίστως αιτείται την ακύρωση της προβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος με το οποίο ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος και κατακυρώθηκε η προμήθεια στην διαγωνιζόμενη ..., δεδομένου ότι στην προσφυγή δεν περιέχεται λόγος, ούτε πραγματικός ή νομικός ισχυρισμός κατά της αποδοχής προσφοράς της αναδόχου και της κατακύρωσης της προμήθειας σε αυτήν. Συνεπώς, για τον λόγο αυτό είναι απορριπτικά προεχόντως λόγω αοριστίας το δεύτερο και τρίτο αιτήματα της προδικαστικής προσφυγής.

21. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «*Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων*» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης....»

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως:ε) την ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης ... 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, ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...»

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης.....».

Αριθμός απόφασης: 448/2019

24. 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: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας 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. 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.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...»

25. Επειδή το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» προβλέπει ότι «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 μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και 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..... 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών....» Και περαιτέρω στο Παράρτημα XII με τον τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» στο μέρος II με τον τίτλο «Τεχνική ικανότητα» προβλέπεται «Αποδεικτικά στοιχεία τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα που προβλέπονται στο άρθ. 75 α) οι ακόλουθοι κατάλογοι : ι) κατάλογος των εργασιών που εκτελέστηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης κα ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών ...ii)

Αριθμός απόφασης: 448/2019

κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη...»

26. 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 αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή 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 τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. ...»

27. Επειδή στο άρθρο 92 του ν.4412/2016, «Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής» ορίζεται ότι «...2. Στην ανοικτή διαδικασία οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: α) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 93,....»

28. Επειδή στο άρθρο 367 του ν.4412/2016, ως τροποποιημένο ισχύει «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» ορίζεται ότι «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής... 5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ...»

29. Επειδή, στο άρθ. 9^ο της διακήρυξης με τον τίτλο «**Κριτήριο επιλογής -Δικαιούμενοι συμμετοχής**» ορίζεται ότι « **1. Ως κριτήριο επιλογής τίθεται: ... 1.3 Η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα Η αναθέτουσα αρχή για να διασφαλίσει ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ότι διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, ορίζει ως ελάχιστη απαίτηση, οι**

διαγωνιζόμενοι να ικανοποιούν τις απαιτήσεις του άρθρου 11 παρ. ...5 της οικείας διακήρυξης του ..., όπως ορίζεται στο άρθρο 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016...» Εν συνεχεία στο άρθ. 11^ο της διακήρυξης με τον τίτλο «**Δικαιολογητικά συμμετοχής**» προβλέπεται ότι «Οι προσφέροντες υποβάλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, **εγκαίρως και προσηκόντως, επί ποινή αποκλεισμού**, τα εξής δικαιολογητικά, σε μορφή αρχείου τύπου pdf..... όπως αναλυτικά περιγράφονται κατωτέρω:... **5. Εμπειρία-Τεχνική Οργάνωση** Οι συμμετέχοντες θα πρέπει να υποβάλλουν τεχνική προσφορά, από την οποία θα τεκμηριώνεται η εμπειρία, η τεχνική και η οικονομική τους επιφάνεια, σχετικά με τις αντίστοιχες της μελέτης επισκευαστικές εργασίες. Συγκεκριμένα θα πρέπει να κατατεθούν: 5.2. **Στοιχεία για την εμπειρία τους από τη συμμετοχή τους σε παρόμοιους διαγωνισμούς** κατά τα τελευταία τρία (3) έτη, (με την κατάθεση των σχετικών συμβάσεων), με ελάχιστη εκτελούμενη αξία το 50% του συνολικού προϋπολογισμού της ομάδας που θα συμμετάσχει ο διαγωνιζόμενος (για όλες τις ομάδες)... **6. Εγγύηση** Οι συμμετέχοντες θα πρέπει απαραίτητα, να καταθέσουν υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση, με την οποία θα πρέπει να εγγυώνται ότι: ... **6.5** Επειδή ο στόλος των απορριμματοφόρων αποτελείται κατά 90% από οχήματα τα οποία διαθέτουν λογισμικό για την λειτουργία της υπερκατασκευής, ο, ζητά από τον διαγωνιζόμενο Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση , ότι διαθέτει την τεχνογνωσία για την επισκευή αυτών των υπερκατασκευών. Η Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση θα καλύπτει τουλάχιστον το 90% των υπερκατασκευών που διαθέτει ο ... Για την απόδειξη των παραπάνω θα πρέπει ο διαγωνιζόμενος να καταθέσει βεβαίωση (από τις εταιρείες υπερκατασκευών που διαθέτει ο ...), ότι θα του παρέχουν τεχνικές συμβουλές για την επισκευή του λογισμικού (τεχνική υποστήριξη) ή συμβάσεις και τιμολόγια, που να αποδεικνύουν ότι έχει επισκευάσει παρόμοιες υπερκατασκευές που είχαν βλάβη στο λογισμικό τους (**αφορά την 4η ομάδα**).» Ακολουθώντας, στο άρθ. 15^ο με τον τίτλο «**Τεχνική Προσφορά**» προβλέπεται ότι «Στον (υπό) φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», υποβάλλεται ηλεκτρονικά η Τεχνική Προσφορά ως εξής:... **Επιπλέον στον (υπό) φάκελο “Δικαιολογητικά Συμμετοχής -Τεχνική Προσφορά”, όσον αφορά στα δικαιολογητικά, (με ποινή αποκλεισμού)**

υποβάλλονται ηλεκτρονικά τα κάτωθι: **14.2** Υπεύθυνη δήλωση στην οποία δηλώνεται ότι έλαβε πλήρη γνώση των όρων της διακήρυξης και της σχετικής μελέτης και ότι τους αποδέχεται ανεπιφύλακτα.» Εξ άλλου, στην σελ. 1 τη διακήρυξης ορίζεται ότι «Ο Πρόεδρος του ... διακηρύσσει διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία για την ανάθεση εργασιών επισκευής και συντήρησης οχημάτων - μηχανημάτων έργου του ..., με κριτήριο κατακύρωσης το υψηλότερο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στις τιμές του πίνακα κόστους ενδεικτικών εργασιών της υπ' αριθ. ... μελέτης του ..., η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης αυτής...Οι εργασίες επισκευής οχημάτων & μηχανημάτων έργου του ... είναι ενδεικτικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, ...σύμφωνα με τους ακόλουθους όρους και προϋποθέσεις της παρούσης Διακήρυξης και της υπ' αριθ. ... μελέτης του» Και περαιτέρω ορίζεται ότι «**ΑΡΘΡΟ 2 Αντικείμενο του έργου** **2.5**

Οι Τεχνικές Προδιαγραφές των εργασιών επισκευής επισυνάπτονται στη διακήρυξη και συγκεκριμένα στη μελέτη (...) που συντάχθηκε από τη Δ/νση Τεχνικών Υπηρεσιών του, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής.» Εν συνεχεία, στην με αριθ. ... Μελέτη που επισυνάπτεται στην διακήρυξη, στο κεφάλαιο με τον τίτλο «**ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ**» στο «**ΑΡΘΡΟ 4^ο ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΕΠΙΣΚΕΥΑΣΤΙΚΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ**» ορίζεται ότι «Αντικείμενο της παρούσας μελέτης αποτελούν οι επισκευαστικές εργασίες των ακόλουθων επιμέρους συστημάτων των συνήθων και ειδικών οχημάτων και μηχανημάτων έργου του ...: **4.1 ΜΗΧΑΝΗ ΕΣΩΤΕΡΙΚΗΣ ΚΑΥΣΗΣ (ΚΙΝΗΤΗΡΑΣ)...****4.2 ΣΥΣΤΗΜΑ ΜΕΤΑΔΟΣΗΣ ΚΙΝΗΣΗΣ** **4.3 ΣΥΣΤΗΜΑ ΔΙΕΥΘΥΝΣΗΣ** **4.5 ΗΛΕΚΤΡΙΚΟ-ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ** **4.6 ΣΥΣΤΗΜΑ ΤΡΟΦΟΔΟΣΙΑΣ ΚΑΥΣΙΜΟΥ** **4.7 ΣΥΣΤΗΜΑ ΕΞΑΓΩΓΗΣ ΚΑΥΣΑΕΡΙΩΝ****4.8 ΠΛΑΙΣΙΟ-ΑΜΑΞΩΜΑ**.... **4.9 ΣΥΣΤΗΜΑ ΨΥΞΗΣ ΚΙΝΗΤΗΡΑ-ΑΕΡΙΣΜΟΥ-ΚΛΙΜΑΤΙΣΜΟΥ ΚΑΜΠΙΝΑΣ**... **4.10 ΥΔΡΑΥΛΙΚΟ-ΥΔΡΟΣΤΑΤΙΚΟ-ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ ΜΕΤΑΔΟΣΗΣ ΚΙΝΗΣΗΣ** ... **4.11 ΥΠΕΡΚΑΤΑΣΚΕΥΗ** ... οχήματος, λογισμικό υπερκατασκευής ..., Γερανός, Καρότσα ανατροπής Βυτίο μεταφοράς λυμάτων, ...». Εν συνεχεία στο «**ΑΡΘΡΟ 5^ο ΚΑΤΗΓΟΡΙΕΣ ΟΧΗΜΑΤΩΝ-ΕΡΓΟΣΤΑΣΙΑΚΟΙ ΤΥΠΟΙ ΟΧΗΜΑΤΩΝ**» παρατίθεται πίνακας με –μεταξύ άλλων- 26 τύπους απορριμματοφόρων τύπου πρέσας και τύπου μύλου (ήτοι τα μηχανήματα με

Αριθμός απόφασης: 448/2019

αριθ. 1 έως 21, 29, 33, 34, 36, 37), και με 4 τύπους πλυντηρίων κάδων (ήτοι τα μηχανήματα με αριθ. 22, 23, 39, 40), και με 1 τύπο ανατρεπόμενου φορτηγού (ήτοι το μηχάνημα με αριθ. 24), και με 1 τύπο γερανάκι (ήτοι το μηχάνημα με αριθ. 35), ήτοι εν συνόλω 32 μηχανήματα υπερκατασκευών κατά την έννοια του άρθ. 4.11. Περαιτέρω στο «**ΑΡΘΡΟ 6^ο ΟΜΑΔΟΠΟΙΗΣΗ ΕΠΙΣΚΕΥΑΣΤΙΚΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ**» προβλέπεται ότι «Οι επισκευαστικές εργασίες είναι ομαδοποιημένες σε έξι (6) συνολικά συναφείς ομάδες, ως ακολούθως : ...**ΟΜΑΔΑ 4^η** Εργασίες επισκευής μετά των αναγκαίων κατά περίπτωση ανταλλακτικών των υπερκατασκευών: απορριμματοφόρων οχημάτων τύπου πρέσας και μύλου, γερανών φορτηγών γερανοφόρων οχημάτων, πλυντηρίων κάδων βυτίων μεταφοράς λυμάτων ... **ΟΜΑΔΑ 6^η** Εργασίες επισκευής και συντήρησης μετά των αναγκαίων κατά περίπτωση ανταλλακτικών, κινητήρα, πλαισίου, συστημάτων μετάδοσης κίνησης (μηχανικού, υδραυλικού, πνευματικού), πέδησης, διεύθυνσης, ψύξης, κινητήρα, τροφοδοσίας καυσίμου, εξαγωγής καυσαερίων, των μηχανημάτων έργου του ...». Ακολούθως, στο κεφάλαιο «**ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ**» της μελέτης στο άρθ. 3^ο με τον τίτλο «**Οχήματα**» παρατίθεται ο αυτός πίνακας με –μεταξύ άλλων- τους αυτούς 32 τύπους μηχανημάτων υπερκατασκευών ως ανωτέρω αναφέρεται εν σχέσει με το άρθ. 5^ο της Τεχνικής Περιγραφής της μελέτης.

30. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα 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 ...), 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). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος ...).

31. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του

Αριθμός απόφασης: 448/2019

διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000) Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, 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 (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 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 Constrction 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).

32. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33,

Αριθμός απόφασης: 448/2019

της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

33. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ' Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009).

34. 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 επιτυχανόταν 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, *Pirro Pizzo*, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

35. Επειδή αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (ΕΑ ΣΤΕ 1740/2004, 93, 316, 563/2006.)

36. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα ρητώς και σαφώς ομολογεί μεν ότι ως προς την 4^η Ομάδα εργασιών i) δεν εκπληρώνει το κριτήριο επιλογής του άρθ. 11 παρ. 5.2 της διακήρυξης και ίδια

Αριθμός απόφασης: 448/2019

ότι δεν προσκόμισε με την προσφορά της τα απαιτούμενα ρητώς επί ποινή αποκλεισμού δικαιολογητικά –και δη συμβάσεις- από τα οποία να αποδεικνύεται η εμπειρία της από τη συμμετοχή της σε παρόμοιους διαγωνισμούς κατά τα τελευταία τρία (3) έτη, ούτε ii) κατέθεσε τις επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενες σχετικές συμβάσεις, με ελάχιστη εκτελούμενη αξία ίση με το 50% του συνολικού προϋπολογισμού της επίμαχης ομάδας εργασιών, ως επίσης αναφέρει και η προσβαλλόμενη και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της (σκέψη 29, 16, 17). Όμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρά ταύτα η προσφορά της δεν μπορεί να αποκλεισθεί διότι ο επίμαχος όρος του άρθ. 11 παρ. 5.2 της διακήρυξης είναι –κατ’ αυτήν- παράνομος. Εν συνεχεία στην υπό εξέταση προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλει με ισχυρισμούς και επιχειρήματα κατά του όρου τούτου, επαναλαμβάνοντας εν προκειμένω αυτολεξεί τους ίδιους λόγους, ισχυρισμούς και επιχειρήματα όπως στον δεύτερο λόγο της με αριθ. ΓΑΚ 1192/13-11-2018 προσφυγής της η οποία απορρίφθηκε με την υπ’ αριθ. 21/2019 απόφαση ΑΕΠΠ (σκέψη 5). Από τα στοιχεία του φακέλου της διαδικασίας δεν προκύπτει, ούτε η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι προσέβαλε ενώπιον του αρμοδίου Δικαστηρίου την απορριπτική ως άνω απόφαση ΑΕΠΠ με αριθ. 21/2019. Συνεπώς ο επίμαχος όρος του άρθ. 11 παρ. 5.2 της διακήρυξης δεν έχει ακυρωθεί και παραμένει εν ισχύ κατά πάντα χρόνο, χωρίς δυνατότητα πλέον προσβολής του λόγω παρέλευσης απράκτων των νομίμων προθεσμιών του άρθ. 372 παρ. 4 του ν. 4412/2016 για την προσβολή της παραπάνω απόφασης 21/2019 ΑΕΠΠ της 7-1-2019. Επομένως ο επίμαχος όρος της διακήρυξης δεσμεύει τόσο τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς όσο και την αναθέτουσα αρχή, λόγω ίδια του κανονιστικού χαρακτήρα των όρων της διακήρυξης (σκέψη 30, 34). Όμως ακαίρως απαραδέκτως και περαιτέρω αβασίμως στρέφεται η προσφεύγουσα κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού και επ’ ευκαιρία της προσβολής της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού, κατά του επίμαχου όρου της διακήρυξης, διότι : **i)** Ως έχει ad hoc κριθεί, για λόγους ασφάλειας του δικαίου, δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους διαγωνιζόμενου παρεμπίπτουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, τους οποίους δεν έχει προσβάλει ευθέως εντός της προθεσμίας για την άσκηση της αιτήσεως ακυρώσεως, με την ευκαιρία της

Αριθμός απόφασης: 448/2019

προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανεξαρτήτως του αν οι όροι αυτοί, σύμφωνα με τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς, αντίκεινται ακόμη και σε υπερκείμενους κανόνες δικαίου, όπως σε κανόνες του συντάγματος ή του κοινοτικού δικαίου (ΣΤΕ 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008 και άλλες, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66) ή αντιβαίνουν σε αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της κοινής νομοθεσίας. Τούτο δε, δηλαδή η αδυναμία παρεμπόδισης αμφισβήτησης της νομιμότητας όρων της διακήρυξης, η οποία δεν έχει προσβληθεί ευθέως, ισχύει, κατά λογική ακολουθία, και στο μεταγενέστερο στάδιο της εκτέλεσης της συναφθείσης με τον ανάδοχο σύμβασης, οπότε οι όροι της διακήρυξης έχουν πλέον καταστεί όροι της σύμβασης διότι, πέραν των ανωτέρω, η αντίθετη άποψη θα είχε και ως συνέπεια την, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ανεπίτρεπτη, εκ των υστέρων, ανατροπή των όρων με βάση τους οποίους αναπτύχθηκε ο ανταγωνισμός, διαμορφώθηκαν οι προσφορές των διαγωνιζομένων και ανακηρύχθηκε ο ανάδοχος (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99 P, σκέψεις 106 έως 125 και απόφαση της 19.6.2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, C-454/06, σκέψεις 55 και επόμενες και ιδίως 59 και 60) και ii) Επί πλέον έχει επίσης ad hoc παγίως κριθεί ότι ανεπικαίρως και απαραδέκτως, επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερης πράξεως, η οποία εντάσσεται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας –και εν προκειμένω της απόφασης κατακύρωσης- 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 επταμ., 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 **iii)** Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με το άρθ. 367 του ν.4412/2016, ως τροποποιημένο ισχύει δεν χωρεί εν προκειμένω παρεμπόδιων έλεγχος του αμφισβητούμενου ως παρανόμου επίμαχου όρου του άρθ. 11 παρ. 5.2 της διακήρυξης, διότι σύμφωνα με τον νόμο *Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης*. Συνεπώς, για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί ο δεύτερος λόγος της προσφυγής επειδή, στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα έκρινε τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας ομοίως κατά δέσμια αρμοδιότητα, ορθά και βάσιμα, την προσφορά της προσφεύγουσας που παραβιάζει –και ομολογουμένως κατά την προσφυγή- τον απαράβατο όρο του άρθ. 11 παρ. 5.2 της διακήρυξης.

37. Επειδή με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα, με την κύρια βάση του λόγου τούτου, ρητώς και σαφώς στρέφεται ευθέως κατά του άρθ. 11 παρ. 6.5 της διακήρυξης το οποίο –κατ’ αυτήν- αντιβαίνει στον νόμο. Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα βάλει με ισχυρισμούς και επιχειρήματα κατά του όρου τούτου, επαναλαμβάνοντας εν προκειμένω αυτολεξεί τους ίδιους λόγους, ισχυρισμούς και επιχειρήματα όπως στον πρώτο λόγο της με αριθ. ΓΑΚ 1192/13-11-2018 προσφυγή της η οποία απορρίφθηκε με την υπ’ αριθ. 21/2019 απόφαση ΑΕΠΠ (σκέψη 5). Όμως η κύρια βάση του τρίτου λόγου της υπό εξέταση προσφυγής είναι απαράδεκτη καθώς ανεπικαίρως βάλει, επ’ ευκαιρία της προσβολής της απόφασης κατακύρωσης της προμήθειας κατά όρου της διακήρυξης, ως εκτενώς αναφέρεται στην σκέψη 36 σχετικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής. Για τον ίδιο λόγο – ανάπτυξη του οποίου παραλείπεται προς αποφυγή επαναλήψεων- είναι απαράδεκτη και απορριπτέα και η δεύτερη επικουρική βάση του τρίτου λόγου της προσφυγής με την οποία βάλλεται ανεπικαίρως ο όρος του άρθ. 11 παρ. 6.5 της διακήρυξης. Με τη δεύτερη επικουρική βάση, η προσφεύγουσα επικαλείται αδυναμία όπως προσκομίσει τα απαιτούμενα τιμολόγια, διότι –κατά την προσφυγή- τούτο θα προσέκρουε στην *εσωτερική και ευρωπαϊκή νομοθεσία*

Αριθμός απόφασης: 448/2019

για την προστασία των προσωπικών δεδομένων. Όμως εν προκειμένω βάλλεται ανεπιταίμως και απαραδέκτως, ως ευθέως παράνομος ο επίμαχος όρος του άρθ. 11 παρ. 6.5 της διακήρυξης ο οποίος ρητώς και σαφώς απαιτεί επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς την προσκόμιση τιμολογίων. Ήδη ως ανωτέρω στην σκέψη 36 αναλυτικά αναφέρεται, απαραδέκτως και ανεπιταίμως προσβάλλεται ο επίμαχος όρος της διακήρυξης επί του οποίου δεν χωρεί παρεμπόδιων έλεγχος της ΑΕΠΠ στο παρόν στάδιο της διαδικασίας και για τους λόγους αυτούς είναι απορριπτέα και η δεύτερη επικουρική βάση του τρίτου λόγου της προσφυγής. Περαιτέρω, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και ο ισχυρισμός της προσφυγής ότι παρέλκει η προσκόμιση των απαιτούμενων τιμολογίων και συμβάσεων με τα οποία αποδεικνύεται η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα διότι αρκεί η ικανότητα του επαγγελματία και το επίπεδο των γνώσεων του έχουν προφανώς κριθεί ήδη από τα αρμόδια κρατικά όργανα που του χορήγησαν το πτυχίο του και την άδεια να ασκεί το συγκεκριμένο επάγγελμα. Όμως, και ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος επειδή αμφισβητεί ευθέως και μάλιστα για λόγους σκοπιμότητας, το άρθ. 11 παρ. 6.5 της διακήρυξης (σκέψη 29), ανεπιταίμως και απαραδέκτως. Περαιτέρω, είναι απορριπτέα και η πρώτη επικουρική βάση του τρίτου λόγου της προσφυγής, όπου η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη φέρει ελλιπή και ασαφή αιτιολογία διότι δεν προσδιορίζεται ο συνολικός στόλος της αναθέτουσας αρχής. Επομένως κατά την προσφυγή δεν μπορεί να ελεγχθεί αν είναι ορθή η κρίση της προσβαλλόμενης ότι η προσκομιζόμενη βεβαίωση από την εταιρεία... η οποία διαθέτει δύο υπερκατασκευές πράγματι δεν καλύπτει την απαίτηση της διακήρυξης η βεβαίωση να αφορά στο 90% των υπερκατασκευών της διακήρυξης. Όμως, στους όρους της διακήρυξης και ιδία στην Μελέτη, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης σύμφωνα με τους όρους της σελ. 1, του άρθ. 2^{ου} παρ. 2.5, και συγκεκριμένα στο κεφάλαιο Τεχνική Περιγραφή, άρθ. 4^ο, παρ. 4.11, άρθ. 5^ο με παρατιθέμενο πίνακα οχημάτων, άρθ. 6, και στο κεφάλαιο Συγγραφή Υποχρεώσεων, άρθ. 3^ο, παρατιθέμενος πίνακας περιγράφονται ονομαστικά και καταλεπώς όλα τα μηχανήματα που αποτελούν της υπερκατασκευές της επίμαχης Ομάδας 4^{ης} εργασιών, οι οποίες συμποσούνται σε 32, όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της (βλ. και σκέψη 29 με

Αριθμός απόφασης: 448/2019

αναλυτική απαρίθμηση και περιγραφή των μηχανημάτων – υπερκατασκευές). Συνεπώς είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο παραπάνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας διότι δεν αναφέρει τον αριθμό των υπερκατασκευών, δεδομένου ότι ο επίμαχος αριθμός των υπερκατασκευών της Ομάδας εργασιών 4ης προκύπτει από την ίδια την διακήρυξη, σε συνδυασμό και κατά αξιολόγηση των όρων της οποίας έχει εκδοθεί η προσβαλλόμενη. Εξ άλλου, και δεδομένου ότι i) Το κριτήριο του άρθ. 11 παρ. 6.5 της διακήρυξης έχει ρητώς και σαφώς τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, και ii) Για τον λόγο αυτό, παραμένει άνευ ετέρου απαραίτητο να γνωρίζει κάθε προσφέρων εκ των προτέρων τον απόλυτο αριθμό των υπερκατασκευών, προκειμένου και να δύναται να προσκομίσει βεβαίωση ότι διαθέτει την τεχνογνωσία για την επισκευή αυτών των υπερκατασκευών και μάλιστα Υπεύθυνη δήλωση / βεβαίωση που να καλύπτει τουλάχιστον το 90% των υπερκατασκευών και iii) Η προσφεύγουσα δεν ζήτησε διευκρίνιση επί του απολύτου αριθμού των υπερκατασκευών, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα γνωρίζει κατά πάντα χρόνο τον απόλυτο αριθμό των υπερκατασκευών της αναθέτουσας αρχής, καθισταμένου και εκ του λόγου αυτού αβασίμου του επικουρικού λόγου της προσφυγής. Συνεπώς, για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί ο τρίτος λόγος της προσφυγής επειδή, στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή κατά δέσμια αρμοδιότητα έκρινε τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας ομοίως κατά δέσμια αρμοδιότητα, ορθά και βάσιμα, την προσφορά της προσφεύγουσας που παραβιάζει –και ομολογουμένως κατά την προσφυγή- τον απαραίτητο όρο του άρθ. 11 παρ. 6.5 της διακήρυξης.

38. Επειδή, η εξέταση του πρώτου λόγου της προσφυγής παρέλκει ως αλυσιτελής ως προς τον Ομάδα 4^η εργασιών, δοθέντος ότι οι πλημμέλειες της προσφοράς της προσφεύγουσας ως ορθά και βάσιμα αναφέρονται στην προσβαλλόμενη απόφαση (σκέψεις 36, 37) παρέχουν αυτοτελή ερείσματα και αιτιολογούν αυτοδυνάμως και ανεξαρτήτως της ευδοκίμησης του πρώτου λόγου της προσφυγής την απόρριψη της προσφοράς της (ΣτΕ ΕΑ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007 κα). Περαιτέρω εν προκειμένω, παρά τα αντίθετα που ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή, ορθά και βάσιμα αναφέρει η

Αριθμός απόφασης: 448/2019

προσφεύγουσα στον πρώτο λόγο της προσφυγής, ότι δεν χωρεί απόρριψη της προσφοράς της για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε υπεύθυνη δήλωση αποδεχόμενη ανεπιφυλάκτως τους όρους της διακήρυξης. Και τούτο δεδομένου ότι κατά τον κρίσιμο χρόνο της κατάθεσης της προσφοράς ήτοι κατά την 6-12-2018 (σκέψη 6) η νυν προσφεύγουσα είχε ήδη ασκήσει προδικαστική προσφυγή ήτοι την ΓΑΚ 1192/13-11-2018 –ως είχε δικαίωμα-αμφισβητώντας τους όρους της διακήρυξης (σκέψη 5), η οποία εκκρεμούσε κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφοράς, και εφ' ής εκδόθηκε απόφαση, μετά την κατάθεση της προσφοράς ήτοι την 7-1-2019. Εν προκειμένω, δεν θα μπορούσε νόμιμα να απαιτηθεί από την προσφεύγουσα να μετέχει του διαγωνισμού ανεπιφυλάκτως έχοντας πλήρως συνομολογήσει αναγνωρίσει και αποδεχτεί άνευ επιφυλάξεων την διακήρυξη ως προς όλους τους όρους αυτής, ενώ κατά την κατάθεση της προσφοράς είχε ήδη προσβάλει όρους της διακήρυξης. Πέραν και επιπροσθέτως της ανακρίβειας υπεύθυνης δήλωσης με το περιεχόμενο αυτό, ως έχει παγίως κριθεί, η προσφεύγουσα δεν διατηρεί το έννομο συμφέρον της αμφισβήτησης της νομιμότητας της διακήρυξης, εφόσον έλαβε μέρος στον διαγωνισμό χωρίς επιφύλαξη ως προς την νομιμότητα αυτής και απαραδέκτως χωρίς έννομο συμφέρον αμφισβητεί την νομιμότητα των όρων της διακήρυξης (ΣΤΕ (ΑΣΦ) 616/2012, 474/2009, 354/2014, 314/2013, 9/2015, 885/2012, 467/2012, 429/2010, 3106/2002, 1317/2017, Ε.Α. ΣΤΕ επί αιτ. ασφαλ. μετρ. 182, 258, 394, 402, 105/2011, 1450, 842/2010, 1291, 1305/2009, 597, 319, 1023, 617/2007, ΔΕΦΑΘ 590/2013, ΔΕΦΑΘ 1166/2014, και περαιτέρω αναφερόμενη νομολογία στις ως άνω αποφάσεις, ... Η Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων του ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη 2^η έκδ. 2013, σελ. 97 και εκεί αναφερόμενη σχετική νομολογία). Επισημαίνεται ότι η παραπάνω παγία νομολογία ερείδεται επί του άρθ. 29 του ΠΔ 18/1989, σύμφωνα με το οποίο σε περίπτωση αποδοχής της προσβαλλόμενης πράξης το ένδικο μέσο είναι απαράδεκτο, και διατηρεί την ισχύ της και κατόπιν της θέσης σε ισχύ του νεώτερου ν. 4412/2016. Και ιδία το άρθ. 29 του ΠΔ 18/1989 το οποίο αφορά στην άσκηση των ενδίκων μέσων ενώπιον των Δικαστηρίων εφαρμόζεται αναλόγως και για το παραδεκτό της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ. Και τούτο κατά συνεκτική ερμηνεία και εφαρμογή ι) του άρθ. 360 παρ. 2 του ν. 4412/2016,

Αριθμός απόφασης: 448/2019

σύμφωνα με το οποίο η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων και ii) του άρθ. 372 παρ. 1 του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το οποίο σε περίπτωση άσκησης ενδίκου μέσου κατά απόφασης της ΑΕΠΠ συμπροσβάλλεται και η συναφής πράξη της αναθέτουσας αρχής, iii) σε συνδυασμό με το παραπάνω άρθ. 29 του ΠΔ 18/1989. Και τούτο δεδομένου ότι τυχόν μη αναλογική εφαρμογή του άρθ. 29 του ΠΔ 18/1989 και επί του παραδεκτού της προδικαστικής προσφυγής θα οδηγούσε ad absurdum να μπορεί να κρίνεται παραδεκτή η προσβολή της αποδεκτής άνευ επιφυλάξεων διακήρυξης ενώπιον της ΑΕΠΠ αλλά η προσβολή αυτής της ίδιας άνευ επιφυλάξεων διακήρυξης να κρίνεται απαράδεκτη ενώπιον των Δικαστηρίων ως συμπροσβαλλόμενη μαζί με την απόφαση της ΑΕΠΠ. Συνεπώς, αν γινόταν δεκτό ότι η προσφεύγουσα όφειλε επί ποινή απαραδέκτου της προσφοράς της να προσκομίσει υπεύθυνη δήλωση περί ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων της διακήρυξης, η με αριθ. ΓΑΚ 1192/13-11-2018 και κάθε προσφυγή κατά όρων της διακήρυξης θα είχε κριθεί ως ασκηθείσα απαραδέκτως άνευ εννόμου συμφέροντος διότι η προσφεύγουσα θα συμμετείχε στον διαγωνισμό αποδεχόμενη ανεπιφύλακτα τους όρους της διακήρυξης. Με τον τρόπο αυτό θα ακυρωνόταν παρά τον νόμο συλλήβδην το υπέρτερο δικαίωμα της προσφεύγουσας προς παροχή έννομης προστασίας κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης της σύμβασης, τόσο προδικαστικά όσο και δικαστικά κατά παράβαση των οριζόμενων στα άρθ. 345 επ. του ν. 4412/2016. Συνεπώς, παρά τον νόμο απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη η προσφορά της προσφεύγουσας ως προς την Ομάδα εργασιών 6^η της διακήρυξης, δεδομένου ότι ορθά βάσιμα και σύννομα η προσφεύγουσα δεν αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα με την κατάθεση της προσφοράς της τους όρους της διακήρυξης τους οποίους κατά τον κρίσιμο χρόνο της κατάθεσης της προσφοράς της ήδη αμφισβητούσε ενώπιον της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τον νόμο, και για τον λόγο αυτό, πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση ως προς την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας στην Ομάδα εργασιών 6^η της διακήρυξης.

39. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

40. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

Αριθμός απόφασης: 448/2019

41. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη 40, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

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

Ακυρώνει εν μέρει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1-4-2019 και εκδόθηκε την 22-4-2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Νικόλαος Λιακατσίδας