

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος, Γεώργιος Κουκούτσης – Εισηγητής, σε αναπλήρωση του Μέλους του 1^{ου} Κλιμακίου Σταυρούλας Κουρή δυνάμει της υπ' αριθ. 14/2022 Πράξης Προέδρου της ΑΕΠΠ, και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, και Ειρήνη Αψοκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31-1-2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 183/1-2-2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ.. .., επί της οδού ... με αριθμό ..., (εφεξής ο «προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και κατά α) της υπ' αριθ. 3952/21.01.2022 απόφασης του Διοικητή της ..., η οποία ενέκρινε το υπ' αριθ. πρωτ. 3274/19.01.2022 πρακτικό αποσφράγισης δικαιολογητικών κατακύρωσης και στην οποία ενσωματώθηκε η υπ' αριθ. 454/05.01.2022 απόφαση έγκρισης του υπ' αριθ. 75069/02.12.2021 πρακτικού αποσφράγισης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού (εφεξής «η προσβαλλόμενη») και β) της υπ' αριθ. 454/05.01.2022 απόφασης του Διοικητή της ..., η οποία ενέκρινε το υπ' αριθ. πρωτ. 75069/02.12.2021 πρακτικό αποσφράγισης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και η οποία ενσωματώθηκε στην προσβαλλόμενη.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» και το διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Γεώργιο Κουκούτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 31/1/2022 πληρωμή στην EUROBANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία του Τμήματος 1 της σύμβασης, για το οποίο ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, ήτοι με βάση το ποσό των 101.613,00 €, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%.

2. Επειδή με την με αριθ. πρωτ.: ... προκήρυξη διενεργήθηκε δημόσιος ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός κάτω των ορίων, μέσω ΕΣΗΔΗΣ, προϋπολογισμού (204.194,00€ άνευ φπα) 253.200,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., CPV ..., για την προμήθεια πετρελαίου θέρμανσης, για τις ανάγκες της ΠΦΥ (Κ.Υ.-ΠΠΙ-ΤΟΜΥ) αρμοδιότητας της ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για ένα χρόνο ή μέχρι εξαντλήσεως του προϋπολογισμού. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 34 τμήματα. Προσφορές υποβάλλονται για ένα, περισσότερα ή και για όλα τα τμήματα (ΟΜΑΔΕΣ 1 έως 34), ενώ δεν επιτρέπεται η μερική προσφορά σε τμήμα.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 3.11.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει 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 η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 31.1.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερόμενους μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 21.1.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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.

6. Επειδή την 1.2.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθ. 233/2022 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, με την δε υπ' αριθ. 459/2022 τροποποιητική Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου αναπληρώθηκε λόγω κωλύματος το μέλος του Κλιμακίου Σταυρούλα Κουρή, δυνάμει της υπ' αριθ. 14/2022 πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 11.02.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος και, ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση των προσβαλλόμενων.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 16.2.2022 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημερόν στους

συμμετέχοντες. Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου Ε. Καλαμιώτη οι ως άνω απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της κρινόμενης προσφυγής δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο διότι υπεβλήθησαν μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού εκπρόθεσμα στις 16-02-2022, ήτοι μετά την πάροδο της αποκλειστικής δεκαπενθήμερης προθεσμίας του άρθρου 365 παρ. 1 περ. β'.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 21.02.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο. Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου Ε. Καλαμιώτη του ως άνω Υπομνήματος παρέλκει μεν η εξέταση κατά το μέρος του που αφορά τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, λόγω του εκπροθέσμου των τελευταίων, αλλά, αυτό λαμβάνεται υπόψη καθ' ό μέρος αντικρούει προβαλλόμενους με την παρέμβαση ισχυρισμούς, ενόψει της εφαρμοστέας στην ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία αρχής της αντιμωλίας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 51/2021, ΔΕφΠειρ 43/2022).

11. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι *«μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη ισχύος του παρόντος»*. Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

12. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και ο οικονομικός φορέας ..., οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθ. συστήματος 249709, 249481 και 249627 προσφορές τους αντίστοιχα. Με το από 24.11.2021 πρακτικό αποσφράγισης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, η επιτροπή διαγωνισμού διαπίστωσε την εγκυρότητα των εγγυητικών επιστολών, έλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές, διαπιστώνοντας ότι και οι τρεις οικονομικοί φορείς έχουν καταθέσει προσφορά μόνο για το Τμήμα Ι, Μ.Υ. Νομού ..., και προχώρησε στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών απ' όπου προέκυψε ότι υπέβαλαν ποσοστό έκπτωσης ο παρεμβαίνων 6,9%, ο προσφεύγων 6,76% και ο οικονομικός φορέας ..., 5,25%. Κατόπιν τούτου, η Επιτροπή Διαγωνισμού πρότεινε ως προσωρινό ανάδοχο τον παρεμβαίνοντα. Το εν λόγω πρακτικό εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 454/05.01.2022 απόφαση, με την οποία κλήθηκε ο παρεμβαίνων να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το με αριθ. πρωτ. 3274/19.1.2021 πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και αναδείχθηκε οριστικός ανάδοχος ο παρεμβαίνων.

13. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει καταρχάς έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του οριστικού αναδόχου, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

14. Επειδή ο προσφεύγων, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, υποστηρίζει ότι ο παρεμβαίνων θα έπρεπε να είχε αποκλειστεί κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, σε κάθε δε περίπτωση ακόμη και κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δοθέντος ότι δεν απέδειξε ότι πληροί τις τασσόμενες από το άρθρο 2.2.6. της διακήρυξης προϋποθέσεις. Συγκεκριμένα, υποστηρίζει ότι: «Σύμφωνα επομένως με τη

ρητή σχετική απαίτηση της διακηρύξεως ο οικονομικός φορέας οφείλει για την απόδειξη της σχετικής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αυτού να αποδείξει την εκτέλεση τουλάχιστον ΜΙΑΣ σύμβασης, η οποία ΑΥΤΟΤΕΛΩΣ ΕΠΙΣΚΟΠΟΥΜΕΝΗ να έχει ύψος τουλάχιστον 50% της εκτιμώμενης αξίας του οικείου τμήματος, ήτοι συνακόλουθα να έχει ύψος τουλάχιστον $101.613,00/2=50.806,50$ ευρώ. Μάλιστα ρητά δηλώθηκε εις την οικεία διακήρυξη ότι το ήμισυ της μεμονωμένης συμβάσεως δέον όπως υπολογισθεί επί του συνόλου των συμβάσεων του οικείου τμήματος, τις οποίες η αναθέτουσα ρητά αντιμετωπίζει ως ενιαίο και αδιαίρετο (ανά τμήμα) σύνολο. Η σχετική απαίτηση κατά τη σχετική απερίφραστη απαίτηση της διακηρύξεως δέον όπως συντρέχει ΑΥΤΟΤΕΛΩΣ άνευ ετέρου σε ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ ΜΙΑ ΠΡΟΣΚΟΜΙΖΟΜΕΝΗ ΣΥΜΒΑΣΗ. Η σχετική απαίτηση είναι όλως ρητή και συνάμα καθ' όλα εύλογη, δοθέντος ότι εκπορεύεται από την έκδηλη αναγκαιότητα ο επιλεγείς εν τέλει οικονομικός φορέας να έχει τουλάχιστον μία φορά μια σχετική εμπειρία αντίστοιχου εύρους, ήτοι αυτή να καταλαμβάνει το ήμισυ τουλάχιστον της προϋπολογισθείσας δαπάνης. Μάλιστα η διακήρυξη υπήρξε εις το σημείο τούτο ιδιαίτερα ελαστική, δοθέντος ότι η σύμβαση αυτή μπορούσε αν είχε λάβει χώρα άπαξ σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο της κρίσιμης τριετίας. Εν προκειμένω επισκοπώντας τα αρχεία που υπέβαλε ο οικονομικός φορέας ... προκύπτει με τον πλέον εύληπτο τρόπο ότι οι προσκομιζόμενες από τον ίδιο συμβάσεις για την πλήρωση του σχετικού κριτηρίου ανέρχονται (καθαρή αξία άνευ ΦΠΑ) σε 1.564,52 ευρώ, 4.548,39 ευρώ (βλ. σχετική υπ. αριθ. πρωτ. 3852/2021 βεβαίωση του ΚΕΑΤ), σε 36.290,32 ευρώ, σε 8.709,68 ευρώ και σε 12.096,77 ευρώ (βλ. σχετική υπ. αριθμ. πρωτοκ. ... βεβαίωση του). Μάλιστα τα ίδια ακριβώς έγγραφα υπέβαλε ο εν λόγω οικονομικός φορέας τόσο στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και στο φάκελο των δικαιολογητικών κατακυρώσεως. Σχετική δήλωση για όλες τις ανωτέρω συμβάσεις (πλην αυτής των 12.096,77 ευρώ) υπάρχει άλλωστε και στις σελ. 11-12 του ΕΕΕΣ του εν λόγω οικονομικού φορέα, όπου αυτές τω όντι δηλώνονται για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Εν πρώτοις παρατηρητέα τυγχάνει μια πρόδηλη ένδεια των σχετικών προσκομιζόμενων συμβάσεων. ΚΑΜΙΑ απολύτως εκ των επικαλούμενων συμβάσεων δεν έχει αυτοτελώς αντικείμενο που να καλύπτει από μόνο την οικεία απαίτηση της εκτέλεσης ΜΙΑΣ

τουλάχιστον συμβάσεως αξίας τουλάχιστον 50.806,50 ευρώ (βλ. σχετικά προηγηθείσα ανάλυση). Όλες οι επικαλούμενες συμβάσεις έχουν αξία η οποία ΥΠΟΛΕΙΠΕΤΑΙ ΤΟΥ ΣΧΕΤΙΚΟΥ ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΟΥ ΚΑΤΑ ΤΑ ΑΝΩΤΕΡΩ ΟΡΙΟΥ, οπότε κατά αδήριτη νομική αναγκαιότητα καθίσταται αδιστάκτως βέβαιο ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας ουδόλως πληροί τη σχετική απαίτηση και η προσφορά θα έπρεπε δίχως άλλο να απορριφθεί ως ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΗ ένεκα και μόνο του λόγου αυτού. Κατά προοικονομία τονίζεται στο σημείο τούτο ότι προδήλως δε δύναται να λάβει χώρα συνάθροιση του ύψους των μνημονευόμενων συμβάσεων (όπως κατ' ουσία υπολαμβάνεται δυνάμει των αναγεγραμμένων εις το ΕΕΣ της εν λόγω εταιρείας), δοθέντος ότι αυτό αφενός μεν αφίσταται ακραίως του ρητού αντίθετου γράμματος της διακηρύξεως, αφετέρου δεν και από τελεολογικής απόψεως η συνάθροιση πολλών επιμέρους συμβάσεων πολύ μικρότερου ύψους εγγενώς δεν ικανοποιεί την απαίτηση της πληρώσεως της ΑΝΤΙΣΤΟΙΧΗΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑΣ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΗΣ/ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗΣ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑΣ για την ανάληψη μίας σύνθετης προμήθειας αυτού του ύψους. Μεγάλες προμήθειες καυσίμων σαν την επιζητούμενη απαιτούν εγγενώς οικονομικές κλίμακος, ειδική συναφή τεχνογνωσία και απαραίτητες υποδομές (αποθήκες, οχήματα, προσωπικό κ.α.) που βεβαίως ουδόλως ικανοποιούνται στην περίπτωση εκτελέσεως πολλαπλών συμβάσεων πολύ μικρότερης εμβέλειας. Μικρότερα επιμέρους συμβατικά αντικείμενα έχουν εγγενώς πολύ μικρότερες απαιτήσεις σε όλα τα επίπεδα και βεβαίως η εκτέλεση πολλών επιμέρους προμηθειών μικρότερης εμβέλειας δεν δύναται να αναπληρώσει την απουσία εκτελέσεως ΜΙΑΣ έστω συμβάσεως με τη ζητούμενη προϋπολογισθείσα δαπάνη».

15. Επειδή ο παρεμβαίνων, με την παρέμβασή του, υποστηρίζει τα εξής: «... η προσφεύγουσα ... διατείνεται ότι η εταιρεία μας δεν πληροί τις τασσόμενες από το κανονιστικό υπόβαθρο του διαγωνισμού, προϋποθέσεις για την ανάληψη της υπό κρίση προμήθειας και στηρίζει την κρίση της αυτή σε αποκλειστικά αυθαίρετη ερμηνεία των διατάξεων 1.3, 2.2.9.2, Β4 και ιδιαίτερα της 2.2.6 της επίδικης διακήρυξης, η οποία αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, για την απόδειξη της οποίας η αναθέτουσα αρχή απαιτεί η εταιρεία να έχει συνάψει και επιτυχώς ολοκληρώσει, κατά τη διάρκεια των ετών 2018, 2019 και 2020 ΜΙΑ ΤΟΥΛΑΧΙΣΤΟΝ (συνεπώς και

περισσότερες αν υπάρχουν) σύμβαση προμηθειών με δημόσιο ή ιδιωτικό παραλήπτη, ύψους τουλάχιστον στο 50% της εκτιμώμενης αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) του κάθε τμήματος για το οποίο θα υποβάλλει προσφορά. Ειδική μνεία γίνεται στην παρένθεση της ίδιας διάταξης προς επίλυση κάθε ενδεχόμενης απορίας, ότι εννοεί το σύνολο των αντίστοιχων συμβάσεων. Μάλιστα στο β) του ίδιου άρθρου απαιτείται να κατατεθούν «οι αντίστοιχες βεβαιώσεις εις ορθή εκτέλεση αυτής/ων». Είναι προφανές, από το ίδιο το γράμμα του νόμου χωρίς να χρήζει καμίας περαιτέρω ερμηνείας, αλλά και από το σκοπό του εν λόγω άρθρου, ότι η αναθέτουσα απαιτεί προς απόδειξη της σχετικής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας την εκτέλεση τουλάχιστον μίας σύμβασης προμηθειών. Η προσφεύγουσα αυθαίρετα προσθέτει δικό της λεκτικό με αποτέλεσμα να αλλοιώνει το περιεχόμενο της διακήρυξης. Δεν αναφέρεται πουθενά στη διακήρυξη η έκφραση «ΑΥΤΟΤΕΛΩΣ ΕΠΙΣΚΟΠΟΥΜΕΝΗ» παρά μόνο στην προσφυγή της προσφεύγουσας! Δεν καταρτίζει όμως αυτή τις διακηρύξεις, ούτε έχει την εξουσία να τις τροποποιεί κατά το δοκούν! Αναφέρεται δε σε μια πλειάδα από νομολογίες της ΑΕΠΠ, οι οποίες ουδεμία σχέση έχουν με το ζητούμενο στην παρούσα. Αφενός μεν αφορούν είδη τροφίμων και είδη βασικών υλικών συνδρομής, αφετέρου δε οι λόγοι απόρριψης των εν λόγω προδικαστικών προσφυγών δεν αφορούν τον αριθμό των συμβάσεων αλλά άλλους άσχετους λόγους. Σε κάποιες από αυτές μάλιστα αναφέρεται και ρητά ότι απαιτούνται εκτελεσμένες σχετικές με το αντικείμενο συμβάσεις ΑΘΡΟΙΣΤΙΚΑ, σε κάποιες άλλες απαιτούνται τουλάχιστον τρεις συμβάσεις και εν πάση περιπτώσει η κάθε Αναθέτουσα διαμορφώνει τα κριτήρια επιλογής όπως αυτή επιθυμεί και ανάλογα με τις ανάγκες της και το αντικείμενο της εκάστοτε σύμβασης προς εκτέλεση. Αντίστοιχα, η κάθε διακήρυξη έχει τις δικές της διατάξεις και όρους, με τους οποίους η κάθε συμμετέχουσα οφείλει να συμμορφώνεται. Δέον να αναφερθεί ότι η παράθεση των όποιων νομολογιών σε μια προσφυγή, θα πρέπει να γίνεται με προσοχή και επιμέλεια. Ο λόγος δε που παρατίθεται μια νομολογία είναι για να καταδείξει την κρίση της Αρχής σε μια παρόμοια περίπτωση και δεν αραδιάζουμε νομολογίες για να γεμίζουμε τις σελίδες της προσφυγής και να μπερδεύουμε τις Αρχές προς όφελός μας, όπως έχει γίνει στην εν λόγω προσφυγή. Μια προσεκτικότερη μελέτη της νομολογίας δε, καταδεικνύει ότι στην πλειοψηφία αυτών ζητούνται περισσότερες συμβάσεις από μια και όπου

η Αρχή ήθελε μια σύμβαση το αναφέρει ΡΗΤΑ και δεν αναφέρει τη λέξη τουλάχιστον που παραπέμπει στο άθροισμα των αντίστοιχων συμβάσεων του ζητούμενου ύψους. Στην ΑΕΠΠ 1149/2021 που το περιεχόμενό της παρατίθεται στην προσφυγή, γίνεται ΡΗΤΗ ΜΝΕΙΑ ότι απαιτείται ΜΙΑ αντίστοιχου περιεχομένου και υπηρεσιών σύμβαση αξίας ίσης με το ζητούμενο όριο. Σε όλες λοιπόν τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ που παρατίθενται στην προσφυγή, ο λόγος απόρριψης είναι τελείως διαφορετικός με τον αριθμό των απαιτούμενων συμβάσεων. Η δε σχετική απαίτηση της αναθέτουσας σκοπεί στο να διαπιστωθεί η αντίστοιχη εμπειρία της συμμετέχουσας εταιρείας μέσα από αντίστοιχες συμβάσεις, που είτε η μια ή στο σύνολό τους θα καταλαμβάνουν το ήμισυ της προϋπολογισθείσας δαπάνης. Η διάταξη ουσιαστικά σκοπεί στην εμπειρία και όχι στο συνολικό ποσό, εξού και κάνει αναφορά στο βάθος τριετίας, ήτοι τι παρόμοιες συμβάσεις είχε η εταιρεία στο δεδομένο χρονικό διάστημα. Η εταιρεία λοιπόν διαθέτει και προσκόμισε τέσσερις συμβάσεις, οι οποίες στο σύνολό αντιστοιχούν στο 50% της εκτιμώμενης αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) του τμήματος για το οποίο υπέβαλλε προσφορά. Κατά συνέπεια πληροί τη σχετική απαίτηση της διακηρύξεως. Είναι προφανές λοιπόν ότι ο πρώτος λόγος της προσφεύγουσας είναι παντελώς αβάσιμος, αυθαίρετος και ανύπαρκτος!!»

16. Επειδή η αναθέτουσα, με τις απόψεις της, υιοθετώντας τις απόψεις της Επιτροπής επί της προσφυγής, υποστηρίζει τα εξής: «Η επιτροπή εμμένει στην αρχική της εισήγηση με βάση τα κάτωθι: Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6 ο οικονομικός φορέας που επιλέχθηκε διαθέτει την αντίστοιχη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα καθώς διαθέτει πέντε αντίστοιχες συμβάσεις που αθροιστικά καλύπτουν το 50% της εκτιμώμενης αξίας 50.806,50€. Ταυτόχρονα τηρείται η απαίτηση για «τουλάχιστον μία σύμβαση» της διακήρυξης καθώς έχουν προσκομιστεί πέντε σχετικές με το αντικείμενο συμβάσεις. Στην παραπομπή στη παρ. 4, Άρθρο 75, ν.4412/2016, γίνεται αναφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του οικονομικού φορέα και όχι στη χρηματοοικονομική επάρκεια».

17. Επειδή ο προσφεύγων με το υπόμνημά του, υποστηρίζει τα εξής: «Η διακήρυξη απαίτησε ρητά τουλάχιστον ΜΙΑ ΣΥΜΒΑΣΗ ΣΥΓΓΕΚΡΙΜΕΝΟΥ ΥΨΟΥΣ. Πράγματι ο κάθε οικονομικός φορέας θα μπορούσε να επικαλεσθεί

και περισσότερες συμβάσεις (εξ ου και η μνεία «τουλάχιστον») αλλά έκαστη αυτών θα πρέπει άνευ ετέρου να πληροί ΤΗΝ ΑΠΑΙΤΟΥΜΕΝΗ ΕΛΑΧΙΣΤΗ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΘΕΙΣΑ ΑΞΙΑ (ad hoc ΑΕΠΠ 1389/2021, 1149/2021). Η παρεμβαίνουσα (σε αντίθεση με ημάς αλλά και σε αντίθεση ακόμη και με την έτερη συμμετέχουσα εταιρεία) ουδόλως έχει να επιδείξει μία σύμβαση του απαιτούμενου ύψους, όπως τούτο προκύπτει εύγλωττα από τα αναγραφόμενα τόσο στην παρέμβαση όσο και στις απόψεις. Η έλλειψη αυτή κατά αδήριτη νομική αναγκαιότητα επιφέρει τον αποκλεισμό της παρεμβαίνουσας, το δε σχετικό αποτέλεσμα είναι δυστυχώς αναπόδραστο για την ίδια (πρβλ. ΑΕΠΠ 1389/2021, 1149/2021, 104/2021, 272/2021, 734/ 2021, 413/2020). Η λέξη αθροιστικά που πολλάκις μνημονεύουν είτε η παρεμβαίνουσα είτε η αναθέτουσα ΔΕΝ ΥΠΑΡΧΕΙ ΣΤΟ ΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ και βεβαίως δεν δύναται να προστεθεί ερμηνευτικά, όπως επιχειρείται ατυχώς. Είναι άλλωστε γνωστό ότι σε περίπτωση που μία διακήρυξη αποδέχεται τη σωρευτική κατά συνάθροιση πλήρωση ενός κριτηρίου το ορίζει ρητά, πράγμα βεβαίως που δεν συνέβη εν προκειμένω. Μόνο ημείς είμαστε πιστοί στο ΑΠΕΡΙΦΡΑΣΤΟ κείμενο της διακηρύξεως, χωρίς να επιθυμούμε να επεκταθούμε περαιτέρω. Η αναφορά δε «το σύνολο των αντίστοιχων συμβάσεων» αναφέρεται στο σύνολο των συμβάσεων του οικείου τμήματος ή των περισσότερων τμημάτων όπου θα συμμετέχει εν δυνάμει κάθε οικονομικός φορέας. Πρακτικά δηλαδή η τουλάχιστο ΜΙΑ σύμβαση δέον όπως καταλαμβάνει άνευ ετέρου το 50% της αξίας του συνόλου των συμβάσεων/τμημάτων, για τις οποίες θα υποβληθεί προσφορά. Η αναφορά αυτή απλώς προσδιορίζει το ύψους του ποσού επί του οποίου δέον όπως υπολογισθεί το 50%, το οποίο σε κάθε περίπτωση δέον όπως καλύπτει τουλάχιστον ΜΙΑ σύμβαση, όπως ΕΞ ΑΡΧΗΣ ΑΝΑΦΕΡΕΤΑΙ και ΧΩΡΙΣ Η ΑΝΑΦΟΡΑ ΑΥΤΗ ΝΑ ΑΝΑΙΡΕΙΤΑΙ ΚΑΘ' ΟΙΟΝΔΗΠΟΤΕ ΤΡΟΠΟ. Η απαίτηση επομένως για ΜΙΑ ΣΥΜΒΑΣΗ ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΟΥ ΥΨΟΥΣ τυγχάνει υφιστάμενη εις το ακέραιο, παρά τους αντίθετους αβάσιμους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας. Οποιαδήποτε αντίθετη θεώρηση, όπως αυτή που υιοθετείται από την παρεμβαίνουσα, καταλήγει στο εκ προοιμίου άτοπο αποτέλεσμα η διακήρυξη να έχει μέσα σε τρεις γραμμές εντελώς αντιθετικές ρυθμίσεις, οι οποίες καταλύουν τύποις η μια την άλλη. Φρονούμε ειλικρινά και ευπρόσωπα ότι μία τέτοια ερμηνεία δεν δύναται εγγενώς να τύχει της επιδοκμασίας της

Υμετέρας Αρχής. Η θεώρηση δε της παρεμβαίνουσας ότι π.χ. η ΑΕΠΠ 1149/2021, η οποία επιλύει *ad hoc* το ίδιο ακριβώς ζήτημα, δεν είναι πρόσφορη για αναφέρεται στο χώρο των τροφίμων ευρίσκεται σε έκδηλη διάστιξη με την αμιγώς νομική διάσταση του αναφευόμενου ζητήματος. Αντίστοιχες κρίσεις έχει ακόμη π.χ. και η ΑΕΠΠ 1389/2021, εις την οποία επί απολύτως όμοιας διακηρύξεως εγκρίθηκαν επίσης τα κάτωθι σε απόλυτη σύμπλευση με τους βάσιμους ισχυρισμού ημών:...».

18. Επειδή η διακήρυξη, στους όρους της, προβλέπει τα εξής:

«2.2.6. Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) να έχουν συνάψει και επιτυχώς ολοκληρώσει, κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2018, 2019, 2020), τουλάχιστον μία σύμβαση προμηθειών, με δημόσιο ή ιδιωτικό παραλήπτη, ύψους τουλάχιστον στο 50% της εκτιμώμενης αξίας (προϋπολογισθείσα αξία άνευ Φ.Π.Α.) του κάθε τμήματος για το οποίο θα υποβάλλουν προσφορά (το σύνολο των αντίστοιχων συμβάσεων)....

[...]

2.2.9. Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής

Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016....

[...]

2.2.9.1. Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών

Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) ..., β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς

τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.

[...]

2.2.9.2. Αποδεικτικά μέσα

Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας.

[...]

Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 α οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν βεβαίωση/σεις ορθής εκτέλεσης συμβάσεων

[...]

2.4.6. Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία αποκλίνει από απαραίτατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους ..., 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλειπίες, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που

περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και την παρ. 3.1.2.1 της παρούσας διακήρυξης,

[...]

3.2. Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου

Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 - 2.2.8 αυτής».

19. 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 78/2007,19/2005,31/2003), 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 συννομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητας των εγκριτικών πράξεων

του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

20. 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 ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

21. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54). Επομένως και βάσει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίσθηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C 496/99 P, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 115). Εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου....», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

22. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, για να πληρούν οι διαγωνιζόμενοι το κριτήριο επιλογής της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας θα πρέπει, κατά την τριετία 2018, 2019, 2020, να έχουν συνάψει

αλλά και επιτυχώς ολοκληρώσει μία τουλάχιστον σύμβαση με δημόσιο ή ιδιωτικό παραλήπτη, η οποία να ανταποκρίνεται στα δεδομένα του τμήματος της σύμβασης για το οποίο υποβάλλουν την προσφορά τους, υπό την έννοια ότι το ύψος της προσκομιζόμενης σύμβασης (εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ) αντιστοιχεί στο 50% του ύψους της εκτιμώμενης αξίας, χωρίς ΦΠΑ, του Τμήματος της σύμβασης για το οποίο ο διαγωνιζόμενος υποβάλλει την προσφορά του. Ορίζεται δε, επιπλέον, στον όρο 2.2.6., ότι προσκομίζεται το σύνολο των συμβάσεων, όταν δηλαδή πρόκειται για διαγωνιζόμενο που υποβάλλει προσφορά για περισσότερα τμήματα, καθόσον η διάταξη περιέχει τον όρο «αντίστοιχων». Συνεπώς, σε περίπτωση που ένας διαγωνιζόμενος υποβάλλει προσφορά για περισσότερα Τμήματα έχει την υποχρέωση να προσκομίσει - για κάθε Τμήμα που συμμετέχει - την αντίστοιχη σύμβαση που ανταποκρίνεται/αντιστοιχεί στο 50 % της εκτιμώμενης αξίας του Τμήματος, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Περαιτέρω, στον όρο 2.2.9. της διακήρυξης ρητώς ορίζεται ότι το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων οι όροι και οι προϋποθέσεις συμμετοχής τους κρίνονται σωρευτικά σε τρεις χρόνους, κατά την υποβολή της προσφοράς, διά των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ, ήτοι κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρ. 2.2.9.1., επιπλέον, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρ. 2.2.9.2 και, τέλος, κατά τη σύναψη της σύμβασης με υπεύθυνη δήλωση του άρθρου 105 παρ. 3 περ. δ' του ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, η συνδρομή του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του όρου 2.2.6, ήτοι της ύπαρξης μίας τουλάχιστον, ή και περισσότερων συμβάσεων, εκτιμώμενης αξίας ίσης ή μεγαλύτερης του 50% της αξίας της σύμβασης για την οποία υποβάλλεται προσφορά, αυταπόδεικτα συντρέχει εν προκειμένω κατά τους τρεις αυτούς προαναφερθέντες «χρόνους», καθόσον κατά τον όρο 2.2.6. η σύμβαση απαιτείται να έχει εκτελεσθεί από το 2018 μέχρι το 2020, ήτοι σε χρόνο πριν την προκήρυξη της υπό κρίση σύμβασης. Ως εκ τούτου, για το νόμιμο της συμμετοχής και το παραδεκτό της προσφοράς του διαγωνιζόμενου αρκεί να δηλώνεται η αντίστοιχη σύμβαση στο ΕΕΕΣ, που αποδεικνύει την ύπαρξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και εμπειρίας που απαιτείται κατά τη διακήρυξη, και να προσκομίζεται εν συνεχεία η βεβαίωση της ορθής εκτέλεσής της κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπως απαιτεί ο όρος 2.2.9.2.Β.4..

23. Επειδή σύμφωνα με τον όρο 2.4.6. της διακήρυξης η αναθέτουσα απορρίπτει προσφορά η οποία δεν υποβάλλεται με το περιεχόμενο του όρου 3.2., ο οποίος προβλέπει ότι ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει τα δικαιολογητικά (του όρου 2.2.9.2.), μεταξύ δε αυτών και τη βεβαίωση καλής εκτέλεσης της προγενέστερης σύμβασης (του όρου 2.2.9.2.B.4.) για την πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του αναδόχου (του όρου 2.2.6). Περαιτέρω δε και επικουρικώς, επισημαίνεται ότι ο όρος 2.4.6. προβλέπει ότι απορρίπτεται η προσφορά και όταν στο ΕΕΕΣ περιέχονται πληροφορίες ατελείς, ελλιπείς ή λανθασμένες, οι οποίες δεν επιδέχονται συμπλήρωσης, διόρθωσης, αποσαφήνισης ή διευκρίνισης.

24. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, ο παρεμβαίνων υπέβαλε προσφορά μόνο για το Τμήμα Ι, εκτιμώμενης αξίας 101.613,00 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με τον όρο 2.2.6. για να πληροί το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, θα έπρεπε να προσκομίσει τουλάχιστον μία σύμβαση, που να έχει συνάψει και εκτελέσει εντός της τριετίας 2018 – 2020, εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ τουλάχιστον ίσης ή μεγαλύτερης με 50.806,50 ευρώ. Προς πλήρωση, όμως, του συγκεκριμένου όρου της διακήρυξης, ο παρεμβαίνων συμπλήρωσε το ΕΕΕΣ του ως εξής:

«Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουν προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη /γνωστοποίηση.

Για τις συμβάσεις προμηθειών: παραδόσεις είδους που έχει προσδιοριστεί

Μόνο για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών: Κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς, ο οικονομικός φορέας έχει προβεί στις ακόλουθες κυριότερες παραδόσεις του είδους που έχει προσδιοριστεί: Κατά τη σύνταξη του σχετικού καταλόγου αναφέρετε τα ποσά, τις ημερομηνίες και τους δημόσιους ή ιδιωτικούς παραλήπτες. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν έως τρία έτη και να επιτρέπουν την τεκμηρίωση πείρας που υπερβαίνει τα τρία έτη.

Περιγραφή

ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ

Αριθμός απόφασης: 482/2022

Ποσό: 36290.32 EUR

Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης

15.12.2020- 31.12.2020

Αποδέκτες

... Περιγραφή

ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ

Ποσό

8709.68 EUR

Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης

28.12.2020- 31.12.2020

Αποδέκτες

...

Περιγραφή

ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ

Ποσό

4548.39 EUR

Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης

11.01.2019 - 11.01.2019

Αποδέκτες

...

Περιγραφή

ΠΕΤΡΕΛΑΙΟ ΘΕΡΜΑΝΣΗΣ

Ποσό

1564.52 EUR

Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης

07.12.2018 - 07.12.2018

Αποδέκτες

...

Τα ποσά των ως άνω συμβάσεων, τις οποίες δήλωσε στο ΕΕΕΣ του ο παρεμβαίνων, αθροιζόμενα ανέρχονται στο ποσό των 51.112,91 ευρώ, ήτοι

υπερβαίνουν καταρχήν «το κατώφλι» των 50.806,50 ευρώ που τίθεται εν προκειμένω από τον όρο 2.2.6.. Με τα δε δικαιολογητικά κατακύρωσης ο παρεμβαίνων προσκόμισε, στη συνέχεια, τις από 12.1.2021 και 4.11.2021 βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης του και του ... αντίστοιχα, όπου περιλαμβάνονται οι συμβάσεις που ο παρεμβαίνων δήλωσε στο ΕΕΕΣ του. Με τα δεδομένα αυτά όμως, δεν πληρώθηκε από τον παρεμβαίνοντα το κριτήριο του όρου της διακήρυξης 2.2.6.. Και τούτο διότι, όπως προαναφέρθηκε, η συγκεκριμένη διάταξη προέβλεπε ρητώς και χωρίς αμφισημία ότι οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να υποβάλουν τουλάχιστον μία σύμβαση εντός της προσδιοριζόμενης τριετίας, η οποία να αντιστοιχεί στο 50% ($\geq$) της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ του Τμήματος της Σύμβασης για το οποίο υποβάλλεται η προσφορά, το οποίο εν προκειμένω για το Τμήμα Ι ανερχόταν στο ποσό των 50.806,50 ευρώ. Εφόσον, μάλιστα, οι διαγωνιζόμενοι υπέβαλαν προσφορές για περισσότερα τμήματα – περίπτωση που δεν συντρέχει εν προκειμένω – θα έπρεπε η καθεμιά σύμβαση που επικαλούνταν να αντιστοιχεί (να ισούται ή να υπερβαίνει) αυτοτελώς το 50% της εκτιμώμενης αξίας του. Συνεπώς, εκ της ερμηνείας του όρου 2.2.6. δεν επιτρεπόταν στους διαγωνιζόμενους να επικαλεστούν και να υποβάλουν περισσότερες συμβάσεις μικρότερης αξίας του 50% της αξίας του συγκεκριμένου Τμήματος, ώστε αθροιζόμενες να υπερβαίνουν το ποσό των 50.806,50 ευρώ, όπως αβασίμως υποστηρίζει ο παρεμβαίνων και η αναθέτουσα. Και τούτο διότι ρητώς και σαφώς προβλέφθηκε στο γράμμα της διακήρυξης ότι οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να υποβάλουν τουλάχιστον μία σύμβαση, αντίστοιχη της υπό κρίση σύμβασης, υπό την έννοια του ύψους της, προκειμένου να αποδείξουν λυσιτελώς την εμπειρία τους στην εκτέλεση συμβάσεων αυτού του ύψους. Ως εκ τούτου, η προσφορά του παρεμβαίνοντος έπρεπε να απορριφθεί ήδη από το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, λόγω μη προαπόδειξης του οικείου κριτηρίου επιλογής, όπως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, σε κάθε περίπτωση δε, τυγχάνει απορριπτέα και στο στάδιο της κατακύρωσης, δυνάμει των όρων 2.4.6 και 3.2., διότι ο παρεμβαίνων δεν προσκόμισε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά που προβλέπονται από τον όρο 2.2.6 προς απόδειξη της πλήρωσης του οικείου κριτηρίου επιλογής ούτε στο στάδιο αυτό, ενώ δεν θα μπορούσε να κληθεί ο παρεμβαίνων να διορθώσει το ΕΕΕΣ του, διότι, πέραν

του ό,τι δεν προβάλλεται σχετικός ισχυρισμός, η τυχόν κλήση του θα ήταν αλυσιτελής γιατί ο ίδιος δεν επικαλείται ότι διαθέτει μία τουλάχιστον σύμβαση αντίστοιχου ύψους με αυτό που προκύπτει από την εφαρμογή του όρου 2.2.6. αλλά αυτές που ήδη έχει προσκομίσει οι οποίες έπρεπε, κατά τους ισχυρισμούς του, να προσμετρηθούν αθροιστικά. Ως εκ τούτου, και ενόψει του ρητού γράμματος της διακήρυξης, από το οποίο δεν προκύπτει ασάφεια ούτε επιδέχεται διαφορετικής ερμηνείας, η έννομη συνέπεια της μη απόδειξης, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6. της διακήρυξης, είναι η απόρριψη της προσφοράς, καθόσον δεν προσκομίστηκε βεβαίωση εκτέλεσης σύμβασης αντίστοιχου ύψους κατά τα προαναφερθέντα, ο δε προβαλλόμενος από τον προσφεύγοντα λόγος τυγχάνει βάσιμος απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας και του παρεμβαίνοντος ως αβάσιμων. Κατόπιν αποδοχής του πρώτου λόγου, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής.

25. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

27. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

28. Επειδή πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στον προσφεύγοντα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11 Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε στις 31 Μαρτίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΚΑΛΑΜΙΩΤΗ

Η Γραμματέας
ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ