

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.04.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 502/25.04.2019, του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» που εδρεύει στην..., επί του..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου Κηφισιάς (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ....επί της οδού ...(εφεξής παρεμβαίνων), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί εν μέρει η υπ' αριθμόν 89-2019 προσβαλλόμενη απόφαση της οικονομικής επιτροπής του Δήμου Κηφισιάς με την οποία έγιναν δεκτά τα πρακτικά Νο 1 και Νο 2 της επιτροπής του διαγωνισμού κατά το μέρος της απόρριψης της προσφοράς του και συμμετοχής του στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών για την ομάδα Β και κατά το μέρος της συνέχισης στο διαγωνισμό της εταιρείας..., στην οποία κατακυρώθηκε προσωρινώς η προμήθεια της ομάδας Β, καθώς και κάθε προηγούμενη ή επόμενη της προσβαλλόμενης, πράξη ή παράλειψη, της αναθέτουσας αρχής που ερείδεται στην προσβαλλόμενη.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, ο παρεμβαίνων αιτείται να απορριφθεί η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ η προσβαλλόμενη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 271297126959 0618 0085, αποδεικτικό τραπεζικής συναλλαγής της ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ της 19.04.2019 για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου, εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. 70390/24-12-2018 διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Δημόσιο Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την ανάθεση της *«Προμήθειας και τοποθέτησης οργάνων, δαπέδων, περιφράξεων, καθιστικών κάδων, βρυσών, ιστών φωτισμού, πίλαρ και πινακίδων σε υπάρχουσες παιδικές χαρές»*, με σκοπό την αποκατάσταση των ελλείψεων, ώστε για κάθε υπάρχουσα παιδική χαρά να διασφαλιστούν οι απαιτούμενες προδιαγραφές ασφάλειας. Η προμήθεια διαιρείται σε πέντε (5) Ομάδες ανάλογα με τα προς προμήθεια είδη, με δικαίωμα υποβολής προσφοράς για μία ομάδα έως και το σύνολο τους, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή) και συγκεκριμένα η συνολικά χαμηλότερη προσφορά για κάθε ομάδα ειδών. Η επίμαχη ομάδα Β *«Ξύλινη και μεταλλική περίφραξη»* CPV: 44231000-8, έχει προϋπολογισθείσα αξία 82.800,00€ πλέον ΦΠΑ.

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 24.12.2018 (2018/S249-575526), η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. 18PROC004284421 2018-12-28, καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 68960.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 19.04.2019 στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 10.04.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη και β) 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.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην υπό στοιχείο 2 της παρούσας διαγωνιστική διαδικασία, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018), η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης

ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 (σκ. 9) σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Ωστόσο, σχετικά με τους ισχυρισμούς του περί απόρριψης της προσφοράς έτερων προσφερόντων των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές, κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται – λαμβάνοντας υπόψη και τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα - από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣΤΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣΤΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230, Απόφαση ΑΕΠΠ 242/2019, σκ. 10).

## **Αριθμός Απόφασης: 610 /2019**

7. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 και της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017, κοινοποίησε στις 19.04.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

8. Επειδή, εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου διενέργειας του διαγωνισμού η από 27.04.2019 παρέμβαση. Ο δε παρεμβαίνων, έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης, δεδομένου ότι με την προσβαλλόμενη, η προσφορά του κρίθηκε αποδεκτή και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για την ομάδα Β. Επομένως, η ασκηθείσα παρέμβαση πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί κατ' ουσία.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπροθέσμως στην ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 τις από 24.04.2019 απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω νομίμως και καταρχήν παραδεκτώς φέρεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατόπιν της με αρ. 632/02.05.2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και η ασκηθείσα παρέμβαση.

11. Επειδή, ειδικότερα, με την με αρ. 89/2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκαν τα με αρ. 1 και 2 πρακτικά της επιτροπής διαγωνισμού όπου καταρχήν κρίθηκαν αποδεκτές, αναφορικά με την προσκόμιση των απαιτούμενων δικαιολογητικών του φακέλου «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ» οι προσφορές και των τριών οικονομικών φορέων προσφερόντων για την επίμαχη ομάδα Β, μεταξύ των οποίων του προσφεύγοντος και του παρεμβαίνοντος. Περαιτέρω, κατά τον έλεγχο των Τεχνικών προσφορών προτάθηκε από την

αρμόδια Επιτροπή, και έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη, η απόρριψη των προσφορών του προσφεύγοντος και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία....., ενώ κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος. Ειδικότερα, κατά τον έλεγχο των τεχνικών προσφορών για την Ομάδα Β κρίθηκε ότι η προσφορά του προσφεύγοντος «7.3. ... α) Για την ομάδα Β : «ΞΥΛΙΝΗ ΚΑΙ ΜΕΤΑΛΛΙΚΗ ΠΕΡΙΦΡΑΞΗ» - για το υλικό της ομάδας με α/α 3: Μεταλλική περίφραξη, στην τεχνική περιγραφή του υλικού στο τεχνικό φυλλάδιο που έχει κατατεθεί αναφέρει: « Η μεταλλική περίφραξη διαθέτει 2 λάμες μεγέθους 60Χ5 mm οι οποίες βρίσκονται σε ύψος 0,10m και 1,45m πάνω από το έδαφος και μεταξύ των κοιλοδοκών και είναι οριζόντια τοποθετημένες» το οποίο δεν συμφωνεί με τα απαιτούμενα της μελέτης όπου θα έπρεπε «Η μεταλλική περίφραξη διαθέτει 2 λάμες μεγέθους 60Χ50 mm οι οποίες βρίσκονται σε ύψος 0,10m και 1,55m πάνω από το έδαφος και μεταξύ των κοιλοδοκών και είναι οριζόντια τοποθετημένες».

- για το υλικό της ομάδας (ενν. Ομάδα Β) με α/α 4: Πόρτα μεταλλικής περίφραξης, στην τεχνική περιγραφή του υλικού στο τεχνικό φυλλάδιο που έχει κατατεθεί αναφέρει: «διαθέτει 2 λάμες μεγέθους 60Χ5 mm οι οποίες βρίσκονται σε ύψος 0,10m και 1,45m πάνω από το έδαφος και μεταξύ των κοιλοδοκών και είναι οριζόντια τοποθετημένες» το οποίο δεν συμφωνεί με τα απαιτούμενα της μελέτης όπου θα έπρεπε « Θα διαθέτει 2 λάμες μεγέθους 60Χ50 mm οι οποίες βρίσκονται σε ύψος 0,10m και 1,55m πάνω από το έδαφος και μεταξύ των κοιλοδοκών και είναι οριζόντια τοποθετημένες». Στη συνέχεια με το πρακτικό 2, κατόπιν αποσφράγισης της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος του οποίου και μόνον η προσφορά κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή, προτάθηκε από την αρμόδια Επιτροπή η ανάδειξη του ως προσωρινού αναδόχου, όπερ και με την προσβαλλόμενη αναδείχθηκε ο παρεμβαίνων ως προσωρινός ανάδοχος για το επίμαχο τμήμα.

12. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η επιτροπή του διαγωνισμού όλως εσφαλμένως απέκλεισε την προσφορά του από τη συνέχεια του

## **Αριθμός Απόφασης: 610 /2019**

διαγωνισμού και το άνοιγμα της οικονομικής του προσφοράς, και έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας..., και ήδη παρεμβαίνοντας. Εν προκειμένω, αναφερόμενος στην προσβαλλόμενη, ισχυρίζεται ότι: «Σύμφωνα με την ειδική συγγραφή υποχρεώσεων - τεχνικές περιγραφές του παραρτήματος 2 της διακήρυξης και συγκεκριμένα στην τεχνική περιγραφή της περίφραξης αναφέρεται ότι απαιτούνται λάμες διατομής περίπου 60X50 mm, το οποίο σημαίνει ότι θα χρησιμοποιηθεί λάμα πλάτους 6 εκατοστών και πάχους 5 εκατοστών. Η εταιρεία μας έχει κατασκευάσει χιλιάδες μέτρα παρόμοιας περίφραξης και η λάμα που χρησιμοποιείται πάντα είναι πάχους 5 χιλιοστών και όχι 5 εκατοστών. Είναι προφανές ότι πρόκειται για λάθος της τεχνικής περιγραφής και ότι η επιτροπή του διαγωνισμού δεν συμβουλευτήκε την τεχνική υπηρεσία για το αν η τεχνική μας προσφορά είναι σωστή η όχι. Αν υποθέσουμε ότι χρησιμοποιείται λάμα πάχους 5 εκατοστών το βάρος του κάθε τετάρου περίφραξης θα είναι 127,40kg το οποίο είναι αποτρεπτικό και για την κατασκευή και για την τοποθέτηση των πλαισίων της περίφραξης. Εναλλακτικά η υπηρεσία θα μπορούσε να έχει χρησιμοποιήσει κοιλοδοκό 60X50mm, το οποίο η εταιρεία μας θα δεχόταν πλήρως να κατασκευάσει τα πλαίσια με αυτή τη διατομή.

Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος του λόγου απόρριψης της προσφοράς μας, στην τεχνική περιγραφή αναφέρεται ότι οι δύο λάμες θα βρίσκονται σε ύψος περίπου 0,10 και 1,55m πάνω από το έδαφος. Κατά συνέπεια και επειδή δεν ορίζεται επιτρεπτό όριο απόκλισης από την τεχνική περιγραφή θα πρέπει να γίνει δεκτή η προσφορά της εταιρείας μας διότι καλύπτει πλήρως το ελάχιστο απαιτούμενο ύψος της περίφραξης στο 1,50m, όπως δηλώνεται ρητά στην τεχνική μας περιγραφή και οι λάμες είναι σε ύψος το οποίο καλύπτει απόλυτα την απαίτηση της υπηρεσίας αφού δεν προσδιορίζεται όριο απόκλισης αλλά ρητά αναφέρει περίπου.

Σύμφωνα με τα παραπάνω αιτούμαστε να γίνει δεκτή η προσφορά της εταιρείας μας και να της επιτραπεί να συνεχίσει στο επόμενο στάδιο του

διαγωνισμού ήτοι, το άνοιγμα της οικονομικής μας προσφοράς γιατί η εταιρεία μας θα είναι ο μειοδότης του εν λόγω διαγωνισμού.

2ος λόγος προσφυγής: κατά της συμμετοχής της εταιρείας DIMCOM ΕΠΕ

Σύμφωνα με τα ανωτέρω πρακτικά που μας κοινοποιήθηκαν, η επιτροπή του διαγωνισμού όλως εσφαλμένως και παρανόμως, έκανε δεκτή την προσφορά της για την ομάδα Β του εν λόγω διαγωνισμού. Η προσφορά της ανωτέρω εταιρείας θα έπρεπε να απορριφθεί από τη συνέχεια του διαγωνισμού για τους εξής λόγους:

Όσον αφορά τα δικαιολογητικά συμμετοχής:

1. Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.4 της διακήρυξης, για τα κριτήρια επιλογής και την καταλληλόλητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας θα έπρεπε ο οικονομικός φορέας .....να προσκομίσει το πιστοποιητικό του επιμελητηρίου προς απόδειξη της άσκησης της επαγγελματικής του δραστηριότητας. Ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει μεν προσκομίσει πιστοποιητικό εγγραφής στο οικείο του επιμελητήριο, αλλά στο πεδίο δραστηριότητας δεν αναγράφεται πουθενά εμπορική ή κατασκευαστική ιδιότητα σχετική με το αντικείμενο του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια δεν προκύπτει η συνάφεια του επαγγέλματος του οικονομικού φορέα με το αντικείμενο του διαγωνισμού. 2. Στο άρθρο 2.2.9.2 για τα αποδεικτικά μέσα και συγκεκριμένα στην παράγραφο Β.1.α) θα έπρεπε η εν λόγω εταιρεία να έχει προσκομίσει απόσπασμα ποινικού μητρώου για τα πρόσωπα που έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων κλπ. Επίσης, για την παράγραφο Β.1.β) θα έπρεπε να έχει προσκομιστεί η καρτέλα TAXISNET για τη μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων.

3. Για τις περιπτώσεις του άρθρου 2.2.3.2γ, θα έπρεπε να έχει προσκομιστεί πιστοποιητικό από τη Διεύθυνση προγραμματισμού και συντονισμού της επιθεώρησης εργασίας από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό



διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. Εναλλακτικά θα μπορούσε η εν λόγω εταιρεία να έχει προσκομίσει ένορκη βεβαίωση ώστε να καλύπτεται η απαίτηση του εν λόγω άρθρου. 4. Στο άρθρο 2.2.9.2 για τα αποδεικτικά μέσα και συγκεκριμένα στην παράγραφο Β.6 για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησης στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο, προσκομίζει τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης. Από τα ανωτέρω θα πρέπει να προκύπτουν η νόμιμη σύσταση, όλες οι σχετικές τροποποιήσεις των καταστατικών, τα πρόσωπα που δεσμεύουν νόμιμα την εταιρεία κατά την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού καθώς και τρίτοι που έχουν εξουσία εκπροσώπησης. Ο εν λόγω οικονομικός φορέας έχει μεν προσκομίσει το καταστατικό του και τη βεβαίωση σύστασης, μέσω της υπηρεσίας μίας στάσης, αλλά δεν έχει προσκομίσει το πιστοποιητικό ισχύουσας εκπροσώπησης με συνέπεια να μην προκύπτει την παρούσα περίοδο ποιος έχει το δικαίωμα υπογραφής των σχετικών με το διαγωνισμό εγγράφων.

Όσον αφορά την τεχνική προσφορά της εταιρείας...:

1. Η εταιρεία .....έχει δηλώσει στην προσφορά της ότι προμηθευτής της για την ομάδα Β θα είναι η εταιρεία... Η εταιρεία .....έχει αποστείλει δήλωση προς την αναθέτουσα αρχή του διαγωνισμού σύμφωνα με την οποία αποδέχεται την εκτέλεση της προμήθειας σε περίπτωση κατακύρωσης στην εταιρεία ..Επίσης έχουν προσκομιστεί τεχνικές περιγραφές και τεχνικά φυλλάδια με σχέδια στην αγγλική γλώσσα. Στο άρθρο 2.4.2 της διακήρυξης για τον χρόνο και τον τρόπο σύνταξης των προσφορών και συγκεκριμένα στο 2.4.2.4 αναφέρεται ρητά ότι, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να επισυνάπτουν ηλεκτρονικά υπογεγραμμένα όλα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία με τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς που απαιτούνται από την παρούσα διακήρυξη και τα παραρτήματα της ώστε η προσφορά τους, οικονομική και τεχνική, να είναι πλήρης. Ούτε στην υπεύθυνη δήλωση της εταιρείας ..ούτε στα τεχνικά φυλλάδια, που έχει προσκομίσει η εταιρεία.., υπάρχει ψηφιακή υπογραφή. Στο τεχνικό φυλλάδιο της

ξύλινης περίφραξης απαιτείται οι ορθοστάτες να είναι 95X45mm περίπου. Σύμφωνα με το σχέδιο που έχει προσκομίσει η εταιρεία ...και τη διαστασιολόγηση του σχεδίου προκύπτει ότι οι ορθοστάτες είναι 90X90mm περίπου και όχι 95X45mm. Στο τεχνικό φυλλάδιο της μεταλλικής περίφραξης αναφέρεται ότι το ύψος της περίφραξης είναι 1,50 m. Στη συνέχεια η αναφέρεται ότι οι ορθοστάτες διατομής 60X60mm θα έχουν ύψος 1,5m, ενώ οι οριζόντιες λάμες θα απέχουν από το έδαφος 1,55m ενώ στο συνημμένο σχέδιο φαίνεται ότι οι οριζόντιες λάμες βρίσκονται πιο χαμηλά από τους ορθοστάτες. Κατά συνέπεια, η τεχνική περιγραφή της εν λόγω εταιρείας είναι εντελώς λάθος και κατασκευαστικά ανέφικτη. Εφόσον η επιτροπή του διαγωνισμού αποφάσισε να μην δεχθεί το σχέδιο του τεχνικού φυλλαδίου της εν λόγω εταιρείας, το οποίο είναι εντελώς εσφαλμένο και δεν ανταποκρίνεται στις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού και αυθαίρετα αποφάσισε να δεχθεί την τεχνική περιγραφή θα έπρεπε να έχει εξετάσει επισταμένα τα αναγραφόμενα στην τεχνική περιγραφή ώστε να διαπιστώσει η ίδια ότι είναι εντελώς εσφαλμένο και δεν είναι εφικτό να κατασκευαστεί».

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: «.Α. όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής : «Κατά τις τεχνικές προδιαγραφές - ΕΣΥ του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ 1 της Διακήρυξης (σελ. 80) προβλέπονται επακριβώς οι τεχνικές προδιαγραφές της μεταλλικής περίφραξης και της πόρτας μεταλλικής περίφραξης, τις οποίες η προσφεύγουσα, με την υποβολή προσφοράς της, ανεπιφύλακτα και χωρίς να ασκήσει προσφυγή κατά των όρων του Διαγωνισμού, απεδέχθη. Περαιτέρω, εφόσον όπως αναλύει στην προσφυγή της θεωρεί ότι το βάρος κάθε τελάρου της περίφραξης, είναι αποτρεπτικό και εφόσον θεωρούσε ότι τα περιγραφόμενα στο Παράρτημα I, δηλαδή ότι οι τεχνικές προδιαγραφές και οι περιγραφές για τα προς προμήθεια προϊόντα, είναι είτε τεχνικά ανέφικτες ή λανθασμένες ή χρίζουν επεξηγήσεων και διευκρινήσεων, θα έπρεπε να είχε ζητήσει διευκρινήσεις, κατά τα προβλεπόμενα από το άρθρο 2.1.3. της Διακήρυξης. Σημειώνεται δε ότι υποβλήθηκε τουλάχιστον μία τεχνική

προσφορά σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης. Η δε προσφεύγουσα, δηλώνει ότι η χρήση λάμας διαστάσεων 60X50mm θα οδηγήσει στην κατασκευή ενός πλαισίου με σημαντικό βάρος (127,40 Kg) το οποίο είναι κατά την άποψη της αποτρεπτικό και για την κατασκευή αλλά και την τοποθέτηση, όχι όμως τεχνικά αδύνατο να κατασκευαστεί και να τοποθετηθεί. Συνεπώς, δεν υπάρχει θέμα ανέφικτης τεχνικής λύσης. Εν συνεχεία, χωρίς να ασκήσει το δικαίωμα υποβολής ερωτήσεων για παροχή διευκρινίσεων ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά των συγκεκριμένων όρων της Διακήρυξης, συμμετέχει στον Διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά, συνεπώς αποδεχόμενη πλήρως τις τεχνικές προδιαγραφές. Η τεχνική της όμως προσφορά αλλάζει σημαντικά τα χαρακτηριστικά και της μεταλλικής περίφραξης, αλλά και της μεταλλικής πόρτας της περίφραξης, σε σχέση με τα απαιτούμενα της Διακήρυξης και άρα κρίνεται απορριπτέα από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, κατά τα προβλεπόμενα στον όρο 2.4.3.2. της Διακήρυξης. Σύμφωνα λοιπόν με τα ανωτέρω ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί, δεδομένου ότι αναφέρεται σε αμφισβήτηση όρου της Διακήρυξης και άρα υποβάλλεται στην παρούσα φάση του Διαγωνισμού εκπροθέσμως και εν γένει απαραδέκτως και δεν δύναται πρέπει να κριθεί επί της ουσίας. Αλλά και αν ήθελε κριθεί επί της ουσίας, πρέπει να απορριφθεί για τους λόγους που αναλύονται ανωτέρω.

*B. όσον αφορά το δεύτερο λόγο της προσφυγής :*

*1. για τα δικαιολογητικά συμμετοχής της εταιρίας...:*

Σύμφωνα με τον όρο 2.4.3.1. της Διακήρυξης σε συνδυασμό με τον όρο 3.2 και σε εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4412/16, κατά το στάδιο υποβολής προσφορών, τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν - περιοριστικά - : α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2

αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Συνεπώς, κατά το παρόν στάδιο του Διαγωνισμού κρίνεται αποκλειστικά και μόνο η πληρότητα και ορθότητα των ανωτέρω δύο στοιχείων του φακέλου Δικαιολογητικών και όχι τυχόν άλλα αποδεικτικά μέσα που έχουν προσκομισθεί από υποψήφιο, που δεν αφορούν αυτό το στάδιο αλλά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών για την κατακύρωση του Διαγωνισμού, μετά την πρόσκληση υποβολής των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου. Σημειώνεται ότι σύμφωνα και με την υπ' αριθμ. 23/2018 κατευθυντήρια οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ: «Το ΤΕΥΔ ΕΕΕΣ συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών. Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, και την παράλληλη υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών/δικαιολογητικών, διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο ως άνω κανόνας της προαπόδειξης, που εισάγει ο ν. 4412/2016, με την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι εάν οι οικονομικοί φορείς υποβάλουν αυτοβούλως στον φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» -πέραν του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ- ένα ή περισσότερα από τα σχετικά πιστοποιητικά/δικαιολογητικά, η εν λόγω υποβολή δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς και αποκλεισμού του προσφέροντος, η δε αναθέτουσα αρχή δεν ελέγχει τα εν λόγω δικαιολογητικά στην παρούσα φάση. Εν προκειμένω, τα σχετικά υποβληθέντα από την εταιρία..., ως μη αναγκαία κατά το παρόν στάδιο του Διαγωνισμού, δεν αποτέλεσαν αντικείμενο ελέγχου από την Επιτροπή Διαγωνισμού.

2. για την τεχνική προσφορά της εταιρίας....., α. και τα αναφερόμενα στην παράγραφο 1 (σελ.8) : Έχουν κατατεθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα δηλώσεις συνεργασίας από την εταιρία .....1) στην αγγλική γλώσσα σε ηλεκτρονική μορφή και μεταφρασμένες στην ελληνική και 2) επικυρωμένες από δικηγόρο, με τον με αρ. πρωτ. 5245/6/2/2019 φάκελο υποβολής των δικαιολογητικών

συμμετοχής της εν λόγω εταιρείας. Τα ανωτέρω υποβληθέντα πιστοποιητικά έγιναν αποδεκτά σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.2 (υποσημείωση 2) της με αρ. πρωτ. 70390/18 διακήρυξης του διαγωνισμού απόσπασμα της οποίας παραθέτουμε κατωτέρω: «Σχετικά με την κατάργηση της υποχρέωσης υποβολής πρωτοτύπων ή επικυρωμένων αντιγράφων εγγράφων σε διαγωνισμούς δημοσίων συμβάσεων διευκρινίζονται τα εξής: 1. Απλά αντίγραφα δημοσίων εγγράφων: Γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά ευκρινή φωτοαντίγραφα των πρωτοτύπων ή των ακριβών αντιγράφων των δημοσίων εγγράφων, που έχουν εκδοθεί από τις υπηρεσίες και τους φορείς της περίπτωσης α' της παρ. 2 του άρθρου 1 του νόμου 4250/2014. Σημειωτέον ότι η παραπάνω ρύθμιση δεν καταλαμβάνει τα συμβολαιογραφικά έγγραφα (λ.χ. πληρεξούσια, ένορκες βεβαιώσεις κ.ο.κ.), για τα οποία συνεχίζει να υφίσταται η υποχρέωση υποβολής κεκυρωμένων αντιγράφων. 2. Απλά αντίγραφα αλλοδαπών δημοσίων εγγράφων: Επίσης, γίνονται αποδεκτά ευκρινή φωτοαντίγραφα από αντίγραφα εγγράφων που έχουν εκδοθεί από αλλοδαπές αρχές, υπό την προϋπόθεση ότι αυτά είναι νομίμως επικυρωμένα από την αρμόδια αρχή της χώρας αυτής, και έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 36 παρ. 2 β) του Κώδικα Δικηγόρων (Ν4194/2013). Σημειώνεται ότι δεν θίγονται και εξακολουθούν να ισχύουν, οι απαιτήσεις υποβολής δημοσίων εγγράφων με συγκεκριμένη επισημείωση (APOSTILLE), οι οποίες απορρέουν από διεθνείς συμβάσεις της χώρας (Σύμβαση της Χάγης) ή άλλες διακρατικές συμφωνίες (βλ. και σημείο 6.2.). 3. Απλά αντίγραφα ιδιωτικών εγγράφων: Γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά ευκρινή φωτοαντίγραφα από αντίγραφα ιδιωτικών εγγράφων τα οποία δεν έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο. Στην διακριτική ευχέρεια της υπηρεσίας μπορούν να γίνονται αποδεκτά.

4. Πρωτότυπα έγγραφα και επικυρωμένα αντίγραφα Γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά και πρωτότυπα ή νομίμως επικυρωμένα αντίγραφα των δικαιολογητικών εγγράφων, εφόσον υποβληθούν από τους διαγωνιζόμενους. Τα

τεχνικά φυλλάδια που έχουν κατατεθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα δεν μπορούν να φέρουν ψηφιακή υπογραφή καθώς δεν έχουν παραχθεί - συνταχθεί από την προσφέρουσα εταιρεία σύμφωνα με το άρθρο 2.4.2.5 παρ.1 της Διακήρυξης με αριθμ. πρωτ. 70390/24-12-2018. β. και τα αναφερόμενα στην παράγραφο 2 (σελ.8) : Επισημαίνεται ότι η εταιρία ...δεν κατέθεσε σχέδιο του υλικού αλλά τεχνικό φυλλάδιο στο οποίο υπάρχει τεχνική περιγραφή του προϊόντος και φωτογραφία του. Η Επιτροπή διαπίστωσε ότι στην ομάδα Β: «ΞΥΛΙΝΗ ΚΑΙ ΜΕΤΑΛΛΙΚΗ ΠΕΡΙΦΡΑΞΗ», αναφέρεται ότι για όλα τα υλικά της ομάδας οι φωτογραφίες των υλικών στα τεχνικά φυλλάδια που έχουν κατατεθεί δεν ανταποκρίνονται επ' ακριβώς στις αντίστοιχες τεχνικές περιγραφές των υλικών που αναγράφονται στα φυλλάδια αυτά, όπως άλλωστε αναφέρεται και στο Πρακτικό Νο1, εφόσον όμως οι τεχνικές περιγραφές συμφωνούν απόλυτα με τα απαιτούμενα του Παρατήματος Ι της Διακήρυξης, έκανε αποδεκτή την προσφορά. Η επιτροπή αποδέχθηκε την τεχνική περιγραφή του τεχνικού φυλλαδίου ως επικρατέστερη και την φωτογραφία ως ενδεικτική, κάτι το οποίο έγινε στο διαγωνισμό και για τις υπόλοιπες συμμετέχουσες εταιρείες και συγκεκριμένα για την εταιρεία.... γ. και τα αναφερόμενα στην παράγραφο 3 (σελ.8): Επισημαίνεται ότι και εδώ δεν κατατέθηκε σχέδιο, αλλά τεχνικό φυλλάδιο με φωτογραφία του υλικού, η οποία όμως δεν ανταποκρίνεται στα περιγραφόμενα και στις απαιτήσεις της Διακήρυξης. Η επιτροπή αποδέχθηκε την τεχνική περιγραφή του τεχνικού φυλλαδίου ως επικρατέστερη και την φωτογραφία ως ενδεικτική. Κάτι το οποίο έγινε στο διαγωνισμό και για τις υπόλοιπες συμμετέχουσες εταιρείες και συγκεκριμένα για την εταιρεία ..Η τεχνική περιγραφή του φυλλαδίου ταιριάζει απόλυτα με τα απαιτούμενα του Παρατήματος Ι της Διακήρυξης και ως εκ τούτου έκανε αποδεκτή την προσφορά. Επειδή από τις εκτιθέμενες αναλυτικά σκέψεις της παρούσας περί νομικών, πραγματικών και τεχνικών θεμάτων επί των λόγων της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας «.....» κατά της υπ' αριθ. 89/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κηφισιάς, προκύπτει ότι αφενός η Επιτροπή ορθά απέκλεισε την προσφεύγουσα εταιρεία από το

επόμενο στάδιο του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών, λόγω μη συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και της 20/2018 Μελέτης της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου και αφετέρου, η υποβληθείσα προσφορά της εταιρείας «...πληροί τους όρους της Διακήρυξης. Επειδή, ο πρώτος λόγος προσφυγής αποτελεί αντικείμενο προσφυγής κατά των όρων της Διακήρυξης, η προθεσμία της οποίας έχει παρέλθει. Επειδή, οι όροι έχουν τεθεί μέσα στα πλαίσια της ελευθερίας της αναθέτουσας αρχής να ορίζει τους όρους μιας διακήρυξης με βάση τις πραγματικές ανάγκες της. Επειδή, οι λόγοι που προβάλλονται είναι νόμιμοι, βάσιμοι και αληθείς. Επειδή, από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων αλλά ακόμα και αν περιγραφή τεχνικών προδιαγραφών, συνεπάγεται την αδυναμία συμμετοχής ορισμένων υποψηφίων στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζει άνευ ετέρου τους κανόνες του ανταγωνισμού (Ε.Σ. Τμ. VI 7526/2015, πρβλ. και Τμ. VI 1071/2017, Τμ. Επταμ. Μειζ.Σύνθ. 3372/2011), στο μέτρο ιδίως που οι ενδιαφερόμενοι δύνανται να συμπράξουν με άλλους φορείς, προκειμένου να υποβάλουν παραδεκτή προσφορά».

14. Επειδή, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι «1. Ως προς τον 1ο λόγο της προσφυγής: (1α) Για την ομάδα Β (ξύλινη και μεταλλική περίφραξη).... επαγόμεθα τα εξής: Οι Τεχνικές Προδιαγραφές της με αρ. 20/2018 μελέτης ορίζουν: “Η μεταλλική περίφραξη θα διαθέτει 2 λάμες μεγέθους περίπου 60X50mm οι οποίες θα βρίσκονται σε ύψος περίπου 0,10m και 1,55m πάνω από το έδαφος μεταξύ των κοιλοδοκών και θα είναι οριζόντια τοποθετημένες.” Η προσφορά της εταιρείας ‘...αναφέρει ότι η μεταλλική περίφραξη διαθέτει 2 λάμες μεγέθους 60x5mm οι οποίες βρίσκονται σε ύψος 0,10m και 1,45m πάνω από το έδαφος μεταξύ των κοιλοδοκών και είναι οριζόντια τοποθετημένες. Στην προσφορά, το μέγεθος των λαμών της περίφραξης πάνω από το έδαφος δεν ανταποκρίνονται και συμφωνούν με τα οριζόμενα στην υπ’ αριθμ 70390/24/12/2018 Διακήρυξη και υπ’ αριθμ 20/2018 μελέτη. Η μελέτη αναφέρει δυο λάμες περίπου 60X50mm, αντίθετα η προσφορά της εταιρείας ‘..αναφέρει

60X5mm. Ενδεικτικά αναφέρεται ότι η διαφορά μεταξύ των προαναφερομένων διαστάσεων των δυο λαμών είναι 45mm, το οποίο παρουσιάζει απόκλιση 90%. Πέραν της προφανούς όμως απόκλισης της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας από τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και Μελέτης της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών, ο ισχυρισμός αυτός ασκείται απαραδέκτως αφού αποτελεί αντικείμενο προδικαστικής προσφυγής κατά όρου του Διαγωνισμού, προσφυγή που θα έπρεπε να έχει ασκηθεί εντός της προβλεπόμενης εκ των διατάξεων της παρ. 1(γ) του άρθρου 361 του Ν.4412/2016, η οποία προφανώς έχει παρέλθει. Άλλωστε, κατά τα προβλεπόμενα στον όρο 2.1.3. της υπ' αριθμ 70390/24/12/2018 Διακήρυξης, υπήρχε δυνατότητα υποβολής αιτημάτων διευκρινίσεων, το αργότερο 8 (οκτώ) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, μέσω της διαδικτυακής πύλης [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr), οι οποίες (διευκρινίσεις) παρέχονται εμπροθέσμως από την αναθέτουσα. Όμως, όπως προκύπτει από το σύστημα, ουδέν αίτημα για διευκρίνιση υπεβλήθη από την προσφεύγουσα εταιρεία. Αντίθετα η εταιρεία υπέβαλε στο σύστημα Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία αναφέρει τα ακόλουθα: "Η εταιρεία .... δηλώνει τη πλήρη συμμόρφωση των προσφερόμενων ειδών με τις Τεχνικές προδιαγραφές της υπ. αρ. 20/2018 Μελέτης της υπ. αρ. πρωτ. 70390/ 24-12-2018 Διακήρυξης που συνοδεύει αυτή. Τα προσφερόμενα είδη είναι σύμφωνα με τις προδιαγραφές της υπ' αρ. 20/2018 Μελέτης και της ισχύουσας εθνικής και κοινοτικής νομοθεσίας." Με τη δε συμμετοχή της ανεπιφύλακτα στον Διαγωνισμό με την υποβολή προσφοράς αποδέχθηκε πλήρως όλους του όρους της Διακήρυξης. Σημειώνεται δε ότι όλοι οι συμμετέχοντες, οι οποίοι πέρασαν στο στάδιο του ανοίγματος της οικονομικής προσφοράς, προσφέρουν είδη των οποίων οι τεχνικές προδιαγραφές είναι σύμφωνες με τις τεχνικές προδιαγραφές της υπ' αριθμ 70390/24/12/2018 Διακήρυξης και 20/2018 Μελέτης. Συνεπώς απαραδέκτως και εκπροθέσμως προβάλλεται ο πρώτος λόγος της προσφυγής.

(1β) Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος του 1<sup>ου</sup> λόγου της προσφυγής, που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και αναφέρεται στο ύψος



## Αριθμός Απόφασης: 610 /2019

από τις δύο λάμες, περίπου 0,10 και 1,55, πάνω από το έδαφος, κατά τον οποίο (λόγο της προσφυγής) η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, επειδή δεν ορίζεται επιτρεπτό όριο απόκλισης από την τεχνική περιγραφή, θα πρέπει να γίνει δεκτή η προσφορά της διότι καλύπτει πλήρως το ελάχιστο απαιτούμενο ύψος της περίφραξης στο 1,50m, όπως δηλώνεται ρητά στην τεχνική της περιγραφή και οι λάμες είναι σε ύψος το οποίο καλύπτει απόλυτα την απαίτηση της υπηρεσίας αφού δεν προσδιορίζεται όριο απόκλισης αλλά ρητά αναφέρει περίπου, επαγόμεθα τα εξής: Η υπ' αριθμ 20/2018 μελέτη αναφέρει: «Η μεταλλική περίφραξη θα διαθέτει 2 λάμες μεγέθους περίπου 60X50mm οι οποίες θα βρίσκονται σε ύψος περίπου 0,10m και 1,55m πάνω από το έδαφος μεταξύ των κοιλοδοκών και θα είναι οριζόντια τοποθετημένες.» Η προσφορά της εταιρείας '...αναφέρει : «Η μεταλλική περίφραξη διαθέτει 2 λάμες μεγέθους 60x5mm οι οποίες βρίσκονται σε ύψος 0,10m και 1,45m πάνω από το έδαφος μεταξύ των κοιλοδοκών και είναι οριζόντια τοποθετημένες». Συνεπώς η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας δεν ανταποκρίνεται και δεν συμφωνεί με τα οριζόμενα στην υπ' αριθμ 70390/24/12/2018 Διακήρυξη και υπ' αριθμ 20/2018 μελέτη. Για τους ανωτέρω λόγους ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί και ως προς τα δύο σκέλη, αφενός γιατί αφορά προσβολή όρου της Διακήρυξης, δικαίωμα το οποίο έχει απολεσθεί σε προηγούμενο στάδιο του Διαγωνισμού και η προθεσμία έχει παρέλθει και αφετέρου λόγω της απόκλισης της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας από τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και Μελέτης.

2. Ως προς τον 2ο λόγο της προσφυγής, σχετικά με τα δικαιολογητικά συμμετοχής για την εταιρεία '...:

Επί των ισχυρισμών αυτών : 2.1. Σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3. και πιο συγκεκριμένα την παράγραφο 2.4.3.1. της υπ' αριθμ 70390/24/12/2018 Διακήρυξης, " Τα στοιχεία και τα δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν : α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) , όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και

παρ.3 του άρθρου 79 του ν.4412/2016 ".Σύμφωνα δε με το άρθρο 2.2.9.1. της Διακήρυξης, "Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και 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 IV, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1." Κατά τον όρο δε 3.2, μετά την αξιολόγηση των προσφορών καλείται ο προσωρινός ανάδοχος να προσκομίσει τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα των δικαιολογητικών της παρ.2.2.9.2 ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παρ. 2.2.3 και για τη πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παρ. 2.2.4 – 2.2.8 της Διακήρυξης. Από τους όρους της Διακήρυξης αλλά και από το νόμο συνεπώς προκύπτει σαφώς ότι κατά το παρόν στάδιο του Διαγωνισμού κρίνεται αποκλειστικά και μόνο η πληρότητα και ορθότητα των ανωτέρω δύο στοιχείων του φακέλου Δικαιολογητικών και όχι τυχόν άλλα αποδεικτικά μέσα, που έχουν προσκομισθεί από υποψήφιο και που δεν αφορούν αυτό το στάδιο αλλά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών για την κατακύρωση του Διαγωνισμού, μετά την πρόσκληση του προσωρινού αναδόχου για υποβολή των δικαιολογητικών. Προς επίρρωση των ανωτέρω αναφέρουμε την υπ' αριθμ. 23/2018 κατευθυντήρια οδηγία της ΕΑΔΗΣΥ, κατά την οποία: «Το ΤΕΥΔ ΕΕΕΣ συνιστά προκαταρκτική απόδειξη ως προς τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ανάλογα με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αντικαθιστώντας την υποχρέωση υποβολής των αντίστοιχων πιστοποιητικών. Κατά συνέπεια, οι αναθέτουσες αρχές δεν

απαιτούν, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ, και την παράλληλη υποβολή των σχετικών πιστοποιητικών/δικαιολογητικών, διότι με τον τρόπο αυτό παρακάμπτεται ο ως άνω κανόνας της προαπόδειξης, που εισάγει ο ν. 4412/2016, με την υποβολή του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και προκαλείται πρόσθετο διοικητικό βάρος στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων. Επισημαίνεται, ωστόσο, ότι εάν οι οικονομικοί φορείς υποβάλουν αυτοβούλως στον φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» -πέραν του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ- ένα ή περισσότερα από τα σχετικά πιστοποιητικά/δικαιολογητικά, η εν λόγω υποβολή δεν αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς και αποκλεισμού του προσφέροντος, η δε αναθέτουσα αρχή δεν ελέγχει τα εν λόγω δικαιολογητικά στην παρούσα φάση.».

Εν προκειμένω, τα σχετικά υποβληθέντα από την εταιρία ...ως μη αναγκαία κατά το παρόν στάδιο του Διαγωνισμού, δεν αποτέλεσαν αντικείμενο ελέγχου από την Επιτροπή Διαγωνισμού, κάτι το οποίο αφορά στο επόμενο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης (ως ανωτέρω κατά την παρ. 3.2). Ουδεμία δε αναφορά δεν γίνεται στη προσφυγή περί μη προσκόμισης ή πλημμελούς συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ από την εταιρεία μας, ισχυρισμός που θα μπορούσε να αποτελέσει περιεχόμενο της προσφυγής κατά το στάδιο αυτό. Η εταιρεία μας..., όπως προκύπτει από τον Φάκελο Δικαιολογητικών, έχει υποβάλει το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο είναι πλήρες και ορθώς συμπληρωμένο κατά τα προβλεπόμενα στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ της Διακήρυξης και το νόμο, και αποτελεί προκαταρκτική απόδειξη ότι η εταιρεία πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4. Κάτι που ουδόλως αμφισβητείται από την προσφεύγουσα. Συνεπώς αφού κατά το στάδιο αυτό του Διαγωνισμού δεν απαιτούνταν η προσκόμιση κανενός άλλου αποδεικτικού εγγράφου πλην των προβλεπόμενων ρητά στον ανωτέρω όρο 2.4.3. της Διακήρυξης, ορθώς η Επιτροπή δεν είχε ως αντικείμενο τον έλεγχο άλλων δικαιολογητικών, που τυχόν προσκομίσθηκαν από οικονομικούς φορείς, όπως εν προκειμένω από την εταιρεία μας. Ο έλεγχος των δικαιολογητικών αυτών αποτελεί αντικείμενο της διαδικασίας ελέγχου των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου, ήτοι του σταδίου που ακολουθεί. Τα σχετικά υποβληθέντα από την εταιρία ..., ως μη

αναγκαία κατά το παρόν στάδιο του Διαγωνισμού, ορθώς δεν αποτέλεσαν αντικείμενο ελέγχου από την Επιτροπή Διαγωνισμού και συνεπώς και ο συγκεκριμένος λόγος της προσφυγής ασκείται απαραδέκτως. Σε κάθε περίπτωση όμως, και επί των ισχυρισμών και αυτού του λόγου της προσφυγής, αναφέρουμε τα εξής: Κατά τον όρο 2.2.9.2 της Διακήρυξης: «Για την απόδειξη της απαίτησης του άρθρου 2.2.4. (απόδειξη καταλληλότητας για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας) προσκομίζουν πιστοποιητικό/βεβαίωση του οικείου επαγγελματικού ή εμπορικού μητρώου του κράτους εγκατάστασης. ....». Η εταιρεία μας, ‘.., (παρά το γεγονός ότι δεν απαιτείτο στο στάδιο αυτό του Διαγωνισμού), έχει υποβάλει πιστοποιητικό το οποίο έχει εκδοθεί από το Εμπορικό & Βιομηχανικό Επιμελητήριο Αθηνών, από το οποίο προκύπτει ότι: η εταιρεία διαθέτει δραστηριότητα στο κωδικό 43291200 ‘Εργασίες τοποθέτησης Περιφράξεων και Κιγκλιδωμάτων’, το οποίο αναφέρεται στην τοποθέτηση περιφράξεων με την χρήση ιδίων υλικών. Για την προμήθεια των ιδίων υλικών της περίφραξης η εταιρείας ‘..συνεργάζεται με τον προμηθευτή ‘..’. Η εταιρεία ‘..υπέβαλε Υπεύθυνη Δήλωση της εταιρείας, στην οποία δηλώνει την προμηθευτρια εταιρεία ‘.... Συνεπώς – αν και όπως προαναφέρθηκε ο έλεγχος του συγκεκριμένου πιστοποιητικού δεν αποτελεί αντικείμενο του παρόντος σταδίου του Διαγωνισμού – είναι σαφές ότι η εταιρεία μας πληροί τα κριτήρια καταλληλότητας της άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας και έχει προσκομίσει όλα τα απαραίτητα προς τούτο αποδεικτικά έγγραφα, τα οποία άλλωστε θα ελεγχθούν από την αρμόδια Επιτροπή όταν προσκομισθούν για την κατακύρωση πλέον του Διαγωνισμού στον ανάδοχο.

3. Ως προς τους λοιπούς ισχυρισμούς του 2ου λόγου της προσφυγής: Κατά την παράγραφο 2.2.9.2 της Διακήρυξης απαιτείται η προσκόμιση από τους οικονομικούς φορείς: Β.1.απόσπασμα του σχετικού μητρώου, όπως του ποινικού μητρώου ή, ελλείψει αυτού, ισοδύναμο έγγραφο που εκδίδεται από αρμόδια δικαστική ή διοικητική αρχή (.....). Η υποχρέωση προσκόμισης του ως άνω αποσπάσματος αφορά και στα μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή

εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή στα πρόσωπα που έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην ως άνω παράγραφο 2.2.3.1. Β.1.β πιστοποιητικά ότι δεν τελούν υπό πτώχευση, πτωχευτικό συμβιβασμό ή υπό αναγκαστική διαχείριση ή ότι δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης, εκδίδονται από το αρμόδιο Πρωτοδικείο της έδρας του οικονομικού φορέα. .... Για τη μη αναστολή των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων ηλεκτρονική καρτέλα μέσω taxisnet. [... για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου 2.2.3.4 υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος οικονομικού φορέα ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι στην παράγραφο λόγοι αποκλεισμού. Β.1.γ πιστοποιητικό από την Δ/νση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων ..... Σε περίπτωση αδυναμίας προσκόμισης του αντικαθίσταται από ένορκη βεβαίωση του οικονομικού φορέα. Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.2. παράγραφος Β.6: «γ) Για την απόδειξη της νόμιμης σύστασης και εκπροσώπησης, στις περιπτώσεις που ο οικονομικός φορέας είναι νομικό πρόσωπο, προσκομίζει τα κατά περίπτωση νομιμοποιητικά έγγραφα σύστασης και νόμιμης εκπροσώπησης (όπως καταστατικά, πιστοποιητικά μεταβολών, αντίστοιχα ΦΕΚ, συγκρότηση Δ.Σ. σε σώμα, σε περίπτωση Α.Ε., κλπ., ανάλογα με τη νομική μορφή του διαγωνιζομένου). Από τα ανωτέρω έγγραφα πρέπει να προκύπτουν η νόμιμη σύστασή του, όλες οι σχετικές τροποποιήσεις των καταστατικών, το/τα πρόσωπο/α που δεσμεύει/ουν νόμιμα την εταιρία κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού (νόμιμος εκπρόσωπος, δικαίωμα υπογραφής κλπ.), τυχόν τρίτοι, στους οποίους έχει χορηγηθεί εξουσία εκπροσώπησης, καθώς και η θητεία του/των ή/και των μελών του οργάνου διοίκησης/ νόμιμου εκπροσώπου.» Σύμφωνα με τα ανωτέρω προβλεπόμενα και κατά των ισχυρισμών του 2ου λόγου της προσφυγής επαγόμεθα τα εξής: Το συμπληρωμένο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) της εταιρείας μας υπογράφεται από τον Νόμιμο Εκπρόσωπο της εταιρείας, όπως προκύπτει από τη νομιμοποίησή του. Ταυτόχρονα στην παράγραφο Β” Πληροφορίες

σχετικά με τους εκπροσώπους του οικονομικού φορέα και πιο συγκεκριμένα: «Κατά περίπτωση, να αναφέρετε το όνομα και τη διεύθυνση του προσώπου ή των προσώπων που είναι εξουσιοδοτημένα να εκπροσωπούν τον οικονομικό φορέα για τους σκοπούς της παρούσας διαδικασίας σύναψης σύμβασης», η εταιρεία.., δηλώνει τα στοιχεία του προσώπου που είναι εξουσιοδοτημένος για να εκπροσωπήσει την εταιρεία στο διαγωνισμό, ο οποίος είναι .και δηλώνει την θέση του υπό την ιδιότητα του νόμιμου εκπροσώπου της εταιρείας. Η εταιρεία ‘...έχει υποβάλλει επίσης το Γενικό Πιστοποιητικό, το καταστατικό της εταιρείας καθώς και την βεβαίωση σύστασης, μέσω της υπηρεσίας μίας στάσης. Στο γενικό Πιστοποιητικό αναφέρεται ρητά ότι η εταιρεία συστάθηκε στις 17/02/2015, οπότε και εγγράφηκε στο Γ.Ε.ΜΗ. Από την σύσταση της εταιρείας και την καταχώριση της στο ΓΕΜΗ, δεν έχει καταχωριστεί καμία τροποποίηση του καταστατικού. Παράλληλα σύμφωνα με το καταστατικό της εταιρείας, άρθρο 12, η διαχείριση των εταιρικών υποθέσεων και εκπροσώπησης της εταιρείας ασκείται από τον διαχειριστή που μπορεί να είναι ο εταίρος ή τρίτος. Διαχειριστής και νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας για όλη τη διάρκεια της εταιρείας και μέχρι ανακλήσεως του από την Συνέλευση του μοναδικού εταίρου, ελεύθερα και κατά πάντα χρόνο, ορίζεται δια του παρόντος ο..... Επιπλέον στην βεβαίωση σύστασης, μέσω της υπηρεσίας μίας στάσης, της εταιρείας....., ο κ. .παρουσιάζεται ως ο μοναδικός εκπρόσωπος. Σε κάθε περίπτωση όλα αυτά που έχουν αναφερθεί, καλύπτονται από το υποβληθέν ΕΕΕΣ. Ο προσωρινός ανάδοχος, όπως οφείλει θα τα υποβάλλει εκ νέου, μετά την πρόσκληση των δικαιολογητικών κατακύρωσης από την αναθέτουσα αρχή. 3. Ως προς τον 2ο λόγο της προσφυγής, σχετικά με τη τεχνική προσφορά της εταιρείας ‘...: 3.1. Ως προς τα αναφερόμενα στην παράγραφο 1 της σελ.8 της προσφυγής: Η εταιρεία ..έχει υποβάλλει Υπεύθυνη Δήλωση της εταιρείας ‘...με την οποία αποδέχεται την προμήθεια των ειδών του διαγωνισμού, υπέρ της εταιρείας ‘..... Η Υπεύθυνη Δήλωση της εταιρείας .....η οποία είναι στην αγγλική γλώσσα, έχει συνταχθεί-παραχθεί από την εταιρεία ‘.....’. Τόσο το επικυρωμένο αντίγραφο της υποβληθείσας Υπεύθυνης Δήλωσης της εταιρείας ....όσο και το επικυρωμένο

αντίγραφο της μετάφρασης της Υπεύθυνης Δήλωσης της εταιρείας ‘...έχουν υποβληθεί από την εταιρεία μας ‘..... Επιπροσθέτως η εταιρεία ‘...έχει υποβάλλει τεχνικά φυλλάδια τα οποία έχουν συνταχθεί/παραχθεί από την εταιρεία ....τα οποία είναι στην αγγλική γλώσσα. Επιπλέον η εταιρεία ‘...’ έχει υποβάλλει Υπεύθυνη Δήλωση στην οποία δηλώνει ότι ‘Τα αναγραφόμενα στοιχεία των ηλεκτρονικών υποβαλλόμενων τεχνικών φυλλαδίων (Prospectus) ταυτίζονται με τα στοιχεία των τεχνικών φυλλαδίων (Prospectus) των κατασκευαστριών ή προμηθευτριών εταιρειών’, αναφερόμενη και στην εταιρεία .....’. Σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.2.5. της Διακήρυξης: ‘Ο χρήστης - οικονομικός φορέας υποβάλλει τους ανωτέρω (υπο)φακέλους μέσω του Συστήματος, όπως περιγράφεται παρακάτω: Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα στη διαδικασία υποβάλλονται από αυτόν ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείων τύπου .pdf και εφόσον έχουν συνταχθεί/παραχθεί από τον ίδιο, φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή ή προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή με χρήση εγκεκριμένων πιστοποιητικών, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου της υπογραφής’’. Είναι σαφές τόσο από την άνω διατύπωση της Διακήρυξης όσο και από πάγια νομολογία ότι έγγραφα που δεν έχουν συνταχθεί από τον υποψήφιο οικονομικό φορέα δεν φέρουν ψηφιακή υπογραφή. Όλα τα στοιχεία και τα δικαιολογητικά για την συμμετοχή της εταιρείας ‘...’, τα οποία έχουν συνταχθεί/παραχθεί από την εταιρεία ‘.....φέρουν εγκεκριμένη προηγμένη ηλεκτρονική ψηφιακή υπογραφή, του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας. Τα τεχνικά φυλλάδια καθώς και τα ιδιωτικά έγγραφα, ήτοι Υπεύθυνες Δηλώσεις της εταιρείας ....δεν αποτελούν έγγραφα τα οποία έχουν συνταχθεί από την εταιρεία ‘...επομένως δεν δύναται να φέρουν ηλεκτρονική ψηφιακή υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της. Επιπροσθέτως σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.2.5. «..... Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη

μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά είναι - ενδεικτικά - η εγγυητική επιστολή συμμετοχής, τα πρωτότυπα έγγραφα τα οποία έχουν εκδοθεί από ιδιωτικούς φορείς και δεν φέρουν επικύρωση από δικηγόρο, καθώς και τα έγγραφα που φέρουν τη Σφραγίδα της Χάγης (Apostille). Δεν προσκομίζονται σε έντυπη μορφή στοιχεία και δικαιολογητικά τα οποία φέρουν ηλεκτρονική υπογραφή, τα ΦΕΚ, τα τεχνικά φυλλάδια και όσα προβλέπεται από το ν. 4250/2014 ότι οι φορείς υποχρεούνται να αποδέχονται σε αντίγραφα των πρωτοτύπων. Επιπροσθέτως σύμφωνα με το άρθρο 2.1.4. της Διακήρυξης, Ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα -εταιρικά ή μη- με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται στην ελληνική ή την αγγλική γλώσσα, άλλως θα συνοδεύονται από μετάφραση στην ελληνική. Στην ελληνική υποβάλλονται μόνο τα έγγραφα που απαιτούνται κατά την παράδοση της προμήθειας από το άρθρο 3.1 της Μελέτης 20/18 της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών (Παράρτημα ΙΙ της παρούσας). Συνεπώς, όπως προκύπτει από τον υποβληθέντα φάκελο προσφοράς μας από την εταιρεία μας έχουν προσκομισθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα και κατά τα άνω προβλεπόμενα στην Διακήρυξη δηλώσεις συνεργασίας από την εταιρία .....καθώς και τεχνικά φυλλάδια της εταιρείας.., με τον με αρ. πρωτ. 5245/6/2/2019 φάκελο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής της εν λόγω εταιρείας. Τα ανωτέρω υποβληθέντα πιστοποιητικά έχουν υποβληθεί νομίμως κατά τα ρητά, ως άνω προβλεπόμενα και δεν απαιτείτο ψηφιακή υπογραφή αυτών από την εταιρεία ....3.2. Ως προς τα αναφερόμενα στην παράγραφο 2 της σελ.8 της προσφυγής: Επισημαίνεται ότι η εταιρία ..δεν κατέθεσε σχέδιο του υλικού αλλά τεχνικό φυλλάδιο στο οποίο υπάρχει τεχνική περιγραφή του προϊόντος και φωτογραφία του. Η Επιτροπή διαπίστωσε ότι στην ομάδα Β: «ΞΥΛΙΝΗ ΚΑΙ ΜΕΤΑΛΛΙΚΗ ΠΕΡΙΦΡΑΞΗ», αναφέρεται ότι για όλα τα υλικά της ομάδας οι φωτογραφίες των υλικών στα τεχνικά φυλλάδια, που έχουν κατατεθεί δεν ανταποκρίνονται επ' ακριβώς στις αντίστοιχες τεχνικές περιγραφές των υλικών που αναγράφονται στα φυλλάδια αυτά, όπως άλλωστε αναφέρεται και στο Πρακτικό Νο1, εφόσον όμως οι τεχνικές περιγραφές συμφωνούν απόλυτα με τα απαιτούμενα του Παρατήματος Ι



της Διακήρυξης, έκανε αποδεκτή την προσφορά τόσο της εταιρείας μας όσο και λοιπών υποψηφίων, για τον ίδιο λόγο (βλ. σχετικά προσφορά.....»). 3.3. Ως προς τα αναφερόμενα στην παράγραφο 3 της σελ.8 της προσφυγής : Και πάλι επισημαίνεται ότι η εταιρία ..δεν κατέθεσε σχέδιο του υλικού αλλά τεχνικό φυλλάδιο στο οποίο υπάρχει τεχνική περιγραφή του προϊόντος και φωτογραφία του. Και στην περίπτωση αυτή η Επιτροπή αποδέχθηκε την τεχνική περιγραφή του τεχνικού φυλλαδίου ως επικρατέστερη και την φωτογραφία ως ενδεικτική. Η τεχνική περιγραφή του φυλλαδίου ταιριάζει απόλυτα με τα απαιτούμενα του Παρατήματος I της Διακήρυξης και ως εκ τούτου έκανε αποδεκτή την προσφορά. Για τους ανωτέρω λόγους είναι προφανές ότι και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που αφορούν στην τεχνική προσφορά της εταιρείας μας είναι αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν. Επειδή από τα ανωτέρω αναλυόμενα πραγματικά και νομικά ζητήματα επί των ισχυρισμών της προσφεύγουσας εταιρείας «...κατά της υπ'αριθ. 89/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Κηφισιάς, προκύπτει ότι οι λόγοι της προσφυγής είναι αβάσιμοι και ασκούνται απαραδέκτως..... Επειδή, η Επιτροπή απολύτως αιτιολογημένα αξιολόγησε τους φακέλους των υποψηφίων, τόσο κατά το στάδιο του ανοίγματος των φακέλων των δικαιολογητικών, όσο και κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών και προέκρινε αυτές που συμμορφούνται πλήρως με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης και της 20/2018 Μελέτης της Δ/νσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου. Επειδή, ο πρώτος λόγος προσφυγής αποτελεί αντικείμενο προσφυγής κατά των όρων της Διακήρυξης και ασκείται απαραδέκτως ενώ οι λοιποί λόγοι είναι αβάσιμοι κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα. Επειδή, οι όροι έχουν τεθεί μέσα στα πλαίσια της ελευθερίας της αναθέτουσας αρχής να ορίζει τους όρους μιας διακήρυξης με βάση τις πραγματικές ανάγκες της».

15. Επειδή, η παρ. 1 του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού..... Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων ...».

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, ορίζεται: « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης ....περιέχουν ιδίως : .....ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, ....καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης..».

17. Επειδή, το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 προβλέπει ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄ παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών.2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της

σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, ....γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. ...Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή».

18. Επειδή, το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» του ν. 4412/2016 ορίζει «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. [...].

19. Επειδή, το άρθρο 94 με τίτλο «Περιεχόμενο φακέλου «Τεχνική Προσφορά» και δη στην παρ. 4 ορίζεται ρητώς το εξής : «4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης».

20. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται: «2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στην παρούσα και τα Παραρτήματά της, για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας ανά Ομάδας /Ομάδες ειδών και θα δοθεί τιμή μονάδας για κάθε ένα από τα είδη της εκάστοτε προσφερόμενης Ομάδας. Δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές [...]».

2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με την παρούσα και τα Παραρτήματά της, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στα ανωτέρω» [...]

#### 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: ....δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, ....θ) η οποία παρουσιάζει ...αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης. [...]

[...].Παράρτημα ΙΙ. Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων, Τεχνικές Προδιαγραφές

Άρθρο 3ο Τεχνικές Προδιαγραφές Οι παρούσες τεχνικές προδιαγραφές αφορούν στα ελάχιστα τεχνικά χαρακτηριστικά που πρέπει να διαθέτουν τα νέα όργανα, τα δάπεδα ασφαλείας και ο λοιπός εξοπλισμός των παιδικών χαρών. .... 3.1 Γενικές απαιτήσεις και προδιαγραφές ..... (σελ. 52) 3.2. Οι συμμετέχοντες στον Διαγωνισμό, σε ό,τι αφορά την τεχνική τους προσφορά, πρέπει επί ποινή αποκλεισμού, να καταθέσουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους τα παρακάτω δικαιολογητικά : 3.2.1. Τεχνική περιγραφή για κάθε προσφερόμενο είδος, συνοδευόμενη με την απεικόνισή του με κάθε πρόσφορο τρόπο (τεχνικό φυλλάδιο, απόσπασμα από κατάλογο προϊόντων

κ.λ.π.) που θα επαληθεύει τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου είδους. Σε κάθε ένα από τα παραπάνω έντυπα είναι υποχρεωτικό στη θέση του προσφερόμενου αντικειμένου, να αναγράφεται ο κωδικός αριθμός του και να διευκρινίζεται ο τύπος που προσφέρεται, έτσι ώστε να μη δημιουργείται καμία αμφιβολία ως προς την ταυτότητα του προσφερομένου είδους. Ειδικότερα στην τεχνική προσφορά κάθε είδους θα υπάρχει: α. Χώρα προέλευσης - κατασκευής. β. Κατασκευαστικός - Προμηθευτικός Οίκος. γ. Τύπος ή μοντέλο προσφερομένου. Για τα προϊόντα που κατασκευάζει ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος απαιτείται ο χαρακτηρισμός «κατασκευής του εργοστασίου μας». [...]

(σελ. 80 της διακήρυξης) ΜΕΤΑΛΛΙΚΗ ΠΕΡΙΦΡΑΞΗ Η κατασκευή των κιγκλιδωμάτων περιφράξεων θα είναι από ράβδους συνήθων διατομών. Το ύψος της μεταλλικής περίφραξης θα πρέπει να είναι τουλάχιστον 1,50m, γιατί προορίζεται για παιδικές χαρές που γειτνιάζουν με δρόμους με κυκλοφορία οχημάτων. Η περίφραξη θα είναι μια μεταλλική κατασκευή. Η περίφραξη αποτελείται από τις κατακόρυφες κοιλοδοκούς προτιμώμενων διαστάσεων 1500X60X60 mm. Οι κοιλοδοκοί θα απέχουν μεταξύ τους περίπου 1,30m. Μεταξύ των κατακόρυφων κοιλοδοκών και σε απόσταση περίπου 0,09m, θα πρέπει να υπάρχουν κυκλικοί ορθοστάτες μεγέθους Φ14mm. Η μεταλλική περίφραξη θα διαθέτει 2 λάμες μεγέθους περίπου 60X50mm οι οποίες θα βρίσκονται σε ύψος περίπου 0,10m και 1,55m πάνω από το έδαφος μεταξύ των κοιλοδοκών και θα είναι οριζόντια τοποθετημένες. Οι λάμες συνδέονται με τους κυκλικούς ορθοστάτες. Στην βάση των κοιλοδοκών θα υπάρχει κατάλληλη διαμόρφωση για την ασφαλή πάκτωση της περίφραξης στο έδαφος. Περιλαμβάνεται η τοποθέτηση της περίφραξης και κατασκευή κατάλληλης θεμελίωσης από ελαφρώς οπλισμένο σκυρόδεμα προκειμένου να εξασφαλιστεί η στατικότητα αυτής.

ΠΟΡΤΑ ΜΕΤΑΛΛΙΚΗΣ ΠΕΡΙΦΡΑΞΗΣ Το ύψος της μεταλλικής πόρτας περίφραξης θα πρέπει να είναι τουλάχιστον 1,50m και το πλάτος 1,30m, γιατί

## **Αριθμός Απόφασης: 610 /2019**

προορίζεται για παιδικές χαρές που γειτνιάζουν με δρόμους με κυκλοφορία οχημάτων.

Η μεταλλική πόρτα μεταλλικής περιφραξης αποτελείται από τις κατακόρυφες κοιλοδοκούς προτιμώμενων διαστάσεων 1500X50X50 mm. Οι κοιλοδοκοί θα απέχουν μεταξύ τους περίπου 1,30m. Μεταξύ των κατακόρυφων κοιλοδοκών και σε απόσταση περίπου 0,09m, θα πρέπει να υπάρχουν κυκλικοί ορθοστάτες μεγέθους Φ14mm. Θα διαθέτει 2 λάμες μεγέθους περίπου 60X50mm οι οποίες θα βρίσκονται σε ύψος περίπου 0,10m και 1,55m πάνω από το έδαφος μεταξύ των κοιλοδοκών και θα είναι οριζόντια τοποθετημένες. Οι λάμες συνδέονται με τους κυκλικούς ορθοστάτες. Η πόρτα στερεώνεται στην περιφραξη με δύο μεντεσέδες έτσι ώστε να επιτρέπεται η κίνησή της και κατάλληλο μηχανισμό για να κλείνει αυτόματα. Η κατασκευή να είναι σχεδιασμένη ώστε να μην παρουσιάζει κινδύνους παγίδευσης μερών του σώματος όπως αυτές καθορίζονται από το πρότυπο EN 1176-1 για την ασφάλεια των παιδότοπων. Περιλαμβάνεται η τοποθέτηση.

21. 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 ουσιωδών 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 συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

21. 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).

22. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, 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 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

23. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά

δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.).

24. Επειδή, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣΤΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) εκτός εάν ορισμένες είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣΤΕ ΕΑ 230/2012, 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011). Περαιτέρω, οι προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο υποβολής των προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους, συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομισθούν νέα, κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη, στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας/προσόντος που ενώ, όχι μόνο δεν αποδείχθηκε, αλλά και ουσιαστικά έλειπε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του Διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα.

25. Επειδή, σε ουδένα σημείο της διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές είναι προαιρετικές, οι οποίες, κατά τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία, αποτελούν ενιαίο σύνολο (ε.α ΔΕΦΑΘ 230/2012). Τουναντίον, ορίζεται σαφώς και ρητώς ότι το σύνολο των σχετικών τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να καλύπτεται ως αυτές καταγράφονται στην περιγραφή του είδους/ τεχνικές προδιαγραφές της εκάστοτε Ομάδας (βλ. άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης), ενώ παράλληλα δεν επιτρέπονται οι



εναλλακτικές προσφορές (βλ. άρθρο 2.4.1 της διακήρυξης). Επομένως, σύμφωνα με τους όρους της οικείας διακήρυξης που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. σκέψη 21 της παρούσας), ευχερώς συνάγεται ότι τα εκάστοτε προσφερόμενα προϊόντα έκαστης ομάδας, απαιτείται να συγκεντρώνουν σωρευτικά τα σχετικώς απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά, και δη επί ποινή απόρριψης της προσφοράς (βλ. σκέψη 24 της παρούσας), για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας ανά προσφερόμενη ομάδα (άρθρο 2.4.1 της διακήρυξης). Συνεπώς, προσφορά η οποία δεν πληροί τα ανωτέρω, ήτοι αποκλίνει από τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, καθίσταται εν όλω απορριπτέα (άρθρο 2.4.6 περ.θ) για το σύνολο της οικείας Ομάδας ( βλ. κατ' αναλογία Απόφαση ΑΕΠΠ με αρ. 643/2018).

26. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, ο οικονομικός φορέας αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση την οποία, αυτός διενεργείται και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους του παρεμπόμπουσα, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για τον οικονομικό φορέα, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Και τούτο διότι, ο δικαιούμενος συμμετοχής στο διαγωνισμό έχει το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η Διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας, Η αντίθετη άποψη δεν συμβιβάζεται με την ανάγκη της ασφάλειας δικαίου, που επιβάλλεται από την προστασία όχι μόνο του δημόσιου συμφέροντος αλλά και των ιδιωτικών συμφερόντων τα οποία (συμφέροντα) εξυπηρετούνται κατά τρόπο λυσιτελέστερο με την αμφισβήτηση της νομιμότητας της διακήρυξης πριν από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και όχι εκ των υστέρων

και ανάλογα με την έκβασή του (ΣΤΕ 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ.). Επομένως, λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπιδικά, ήτοι απαραδέκτως, κατόπιν λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 εππαμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, 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).

27. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του έπρεπε να γίνει αποδεκτή καθώς προσφέρει λάμα πάχους 60mm x 5mm, κατά τους ισχυρισμούς του δε, είναι προφανές ότι η τεχνική περιγραφή της μελέτης που απαιτεί λάμα πλάτους 60x50mm είναι λανθασμένη, καθώς με τις εν λόγω διαστάσεις της διακήρυξης, το βάρος του κάθε τετάρου είναι αποτρεπτικό. Ισχυρίζεται επίσης ότι εναλλακτικά δέχεται πλήρως να κατασκευάσει πλαίσια όπου θα χρησιμοποιείται κοιλοδοκός 60x50mm. Ομοίως ισχυρίζεται ότι αναφορικά με το ύψος των λαμών η διακήρυξη αναφέρει ότι θα πρέπει να βρίσκονται σε ύψος περίπου 0,10m και 1.55m πάνω από το έδαφος, παράλληλα ισχυρίζεται ότι δεν προσδιορίζεται ελάχιστο αποδεκτό όριο απόκλισης ενώ σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή του αφενός καλύπτει πλήρως το ελάχιστο απαιτούμενο ύψος της περίφραξης (1,5m), αφετέρου στην εν λόγω απαίτηση ρητά αναφέρεται «περίπου». Η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων, ισχυρίζονται ότι ανεπιδικά προσβάλλει ο προσφεύγων τους όρους της διακήρυξης και συνεπώς απαραδέκτως. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι ήδη έχει υποβληθεί τεχνικά αποδεκτή προσφορά και ισχυρίζεται ότι δεν υπάρχει θέμα ανέφικτης τεχνικά λύσης αλλά και ότι η τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος τροποποιεί σημαντικά τα χαρακτηριστικά και της μεταλλικής περίφραξης αλλά και της μεταλλικής πόρτας της περίφραξης, σε σχέση με τα απαιτούμενα της Διακήρυξης και άρα ορθώς κρίθηκε απορριπτέα από την Επιτροπή του Διαγωνισμού. Ο παρεμβαίνων αναφέρει επίσης ότι η

## **Αριθμός Απόφασης: 610 /2019**

διαφορά μεταξύ των προσφερόμενων διαστάσεων των δυο λαμών και των απαιτούμενων από τη διακήρυξη είναι 45mm, ήτοι παρουσιάζεται απόκλιση 90%.

28. Επειδή, εν προκειμένω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου και στοιχείο που ουδείς αμφισβητεί οι εκ μέρους του προσφεύγοντος προσφερόμενες με την υποβληθείσα προσφορά του λάμες, έχουν διαστάσεις 60mm x 5mm. Περαιτέρω, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι η μεταλλική περίφραξη (α/α είδους 3) όσο και η μεταλλική πόρτα (α/α είδους 4 ομοίως της Ομάδας Β), θα διαθέτουν 2 λάμες μεγέθους περίπου 60X50mm οι οποίες θα βρίσκονται σε ύψος περίπου 0,10m και 1,55m πάνω από το έδαφος μεταξύ των κοιλοδοκών και θα είναι οριζόντια τοποθετημένες. Επομένως, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη σκέψη 25 της παρούσας και δοθέντος ότι, σύμφωνα με τους ρητούς και σαφείς όρους της διακήρυξης, τα προσφερόμενα είδη πρέπει να συμφωνούν με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, χωρίς ουδόλως να ορίζεται ότι μέρος αυτών είναι προαιρετικές ή ότι είναι επιτρεπτή η υποβολή εναλλακτικών προσφορών, η προσφορά του προσφεύγοντος για την Ομάδα Β είναι εν όλω απορριπτέα, αφού και μόνη η απόρριψη ενός εκ των ομού ζητούμενων προϊόντων και δη για ένα χαρακτηριστικό, αρκεί για την εν όλω απόρριψη της προσφοράς κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει προσφορά παρεκκλίνουσα από τους τιθέμενους ουσιώδεις και επί ποινή απόρριψης όρους αυτής, σε περίπτωση μη πλήρωσης τους, μη δυνάμενη νομίμως, σύμφωνα με τα αναλυτικά αναγραφόμενα στη σκέψη 21 της παρούσας, να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε. Τα ανωτέρω ισχύουν ακόμη και στην περίπτωση, όπως εν προκειμένω, όπου η διακήρυξη αναφέρεται μεν με συγκεκριμένους αριθμητικούς προσδιορισμούς στις διαστάσεις των λαμών αλλά προηγείται η ένδειξη «περίπου», ήτοι κατά τους όρους της διακήρυξης είναι αποδεκτή κάποια απόκλιση, ωστόσο, κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής, η οικεία απόκλιση δεν μπορεί να εξικνείται σε ποσοστό της τάξεως του 90%, ως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, εξ' ου

και ο προσφεύγων ουδόλως στους ισχυρισμούς του αναφορικά με την μεταλλική περίφραξη, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του για την μεταλλική πόρτα, δεν αναφέρεται σε ενδεχόμενη ασάφεια των όρων της διακήρυξης ή στη δυνατότητα απόκλισης εκ μέρους των προσφερόντων, παρά μόνο αναφέρεται στο τεχνικά ανέφικτο της οικείας απαίτησης και σε λάθος της οικείας μελέτης. Περαιτέρω, αναφορικά με τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος ότι «εναλλακτικά η υπηρεσία θα μπορούσε να έχει χρησιμοποιήσει κοιλοδοκό 60X50mm το οποίο θα δεχόταν πλήρως να κατασκευάσει τα πλαίσια με αυτή τη διατομή», κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος (βλ. σκέψη 25) και τούτο διότι κατά τους όρους της διακήρυξης (άρθρο 2.4.1) δεν επιτρέπεται ρητά η υποβολή εναλλακτικών προσφορών, ούτε βέβαια η εκ των υστέρων, ήτοι μετά την κατάθεση, τροποποίηση της προσφοράς του (βλ. σκέψη 24 της παρούσας). Εν πάσει περιπτώσει (βλ. σκέψη 26 της παρούσης), δεν είναι παραδεκτή σε αυτό το στάδιο η αμφισβήτηση εκ μέρους των συμμετεχόντων των όρων της διακήρυξης, ως επιχειρεί να πράξει ο προσφεύγων και ως βασίμως ισχυρίζονται τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και ο παρεμβαίνων. Συνεπώς, ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος, ως αποκλίνουσα ουσιωδώς από τους όρους της διακήρυξης που εν προκειμένω συνίστανται στις τεχνικές προδιαγραφές, οι δε ισχυρισμοί του κρίνονται ως απορριπτέοι και γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του για την απόκλιση της προσφοράς του από το τιθέμενο με τη διακήρυξη ύψος της μεταλλικής πόρτας, έτερου είδους της ίδιας ομάδας, καίτοι βάσιμοι υποτιθέμενοι, δεν δύνανται να καταστήσουν αποδεκτή την προσφορά του, αφού ως προεκτέθηκε αναλυτικά, μόνη η απόρριψη ενός εκ των ομού ζητούμενων προϊόντων και δη για ένα χαρακτηριστικό, αρκεί για την εν όλω απόρριψη της προσφοράς για το σύνολο της οικείας Ομάδας.

29. Επειδή, εν προκειμένω, ως προελέχθη, οι επικαλούμενες πλημμέλειες της προσφοράς του παρεμβαίνοντος αφορούν σε διαφορετικούς

όρους της διακήρυξης από τον όρο – τεχνική προδιαγραφή που οδήγησε στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας. Δεν υφίσταται, επομένως, διαφορετική αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμέλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και ως εκ τούτου δεν χωρεί νομίμως εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης. Συγκεκριμένα, ο προσφεύγων δεν απέδειξε ότι τα προσφερόμενα εκ του παρεμβαίνοντος είδη δεν πληρούν τους όρους της διακήρυξης βάσει των εκ μέρους του υποβληθέντων με την προσφορά του απαιτούμενων στοιχείων και δικαιολογητικών.

30. Επειδή, όλως επικουρικώς, ακόμη και εάν ήθελε εκτιμηθεί η δυνατότητα επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, σε ένα σχετικά πρώιμο στάδιο (αξιολόγηση τεχνικών προσφορών), με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας [βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 «Fastweb SpA» και C-689/13 «Puligienica Facility Esco SpA» (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 [απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, «Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik»], έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 22/2018).

31. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, καταρχήν ο προσφεύγων ουδέν σχετικό αναφέρει προς απόπειρα θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντός του ως προς τις αιτιάσεις του κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, δεδομένου ότι ούτε από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου ούτε από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με το έννομο συμφέρον διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο και τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε. αναγνωρίζεται γενικό

έννομο συμφέρον ακόμη και στον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως «μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού» και εγγυητής της διαφάνειας αυτού όταν έχει απομείνει ένας μόνο διαγωνιζόμενος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 106/2018). Επομένως, ο προσφεύγων στερείται, εν πάση περιπτώσει, εννόμου συμφέροντος προκειμένου να στραφεί κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Περαιτέρω, ακόμη και εάν είχε στραφεί κατά της εν λόγω προσφοράς επί τη βάση της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού στο παρόν στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, έννομο συμφέρον προς ματαίωση του διαγωνισμού από συμμετέχοντα θα μπορούσε να νοηθεί μόνο υπό την έννοια της επιδίωξης επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού με τους αυτούς ακριβώς όρους, επί τω τέλει ανάδειξης αυτού ως αναδόχου. Ως προκύπτει, ωστόσο, από την πορεία του εν θέματι διαγωνισμού και τις παραδοχές του προσφεύγοντος σε συνδυασμό με το περιεχόμενο της προσφοράς του και τους με την υπό κρίση προσφυγή προβαλλόμενους σχετικώς ισχυρισμούς, αλυσιτελώς προβάλλονται λόγοι κατά της συμμετοχής του παρεμβαίνοντος εφόσον βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης, δεν είναι δυνατή η ανάθεση της εν θέματι σύμβασης, ως έχει, σε αυτόν [βλ. Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως του ΣτΕ», ΕΔΔ, 2 2015, σελ. 249, και ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 242/2019).

32. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

33. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

34. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

**Αριθμός Απόφασης: 610 /2019**

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στις 6 Ιουνίου στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου**

**Σωτηρία Σταματοπούλου**