

Η

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

8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 30^η Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ιωάννης Κίτσος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25-4-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 514/30-4-2019 της εταιρείας με την επωνυμία ..., και με τον διακριτικό τίτλο ..., με έδρα στο ..., ... αριθ. ... και ... αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία ..., που εδρεύει στη ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα στρεφόμενη κατά όρων της διακήρυξης με αριθ. Πρωτ. ... για την *Προμήθεια και Τοποθέτηση Εξοπλισμού και Δαπέδου Ασφαλείας για την Αναβάθμιση έντεκα (11) Παιδικών Χαρών* της αναθέτουσας αρχής αιτείται: ι. Να ανακληθούν - ακυρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές και συγκεκριμένα του είδους 16 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων όπου απαιτούνται *αθροιστικά συγκεκριμένες διαστάσεις μήκους και πλάτους (1602cm- 1062 cm), Ύψους (438,0 cm), χώρου ασφαλείας (Μήκος/Πλάτος: 1900,0 cm x 1362,4 cm) και κρίσιμου ύψους πτώσης (<60 cm) του υπό προμήθεια είδους “διπλό χωροδικτύωμα”*, ώστε να μην παραπέμπουν σε ένα συγκεκριμένο προϊόν της αγοράς και ιι) Να ανακληθούν - ακυρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές του είδους 31 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων όπου απαιτείται *το παιχνίδι- ελατήριο να μετατρέπει την κινητική ενέργεια στο φως και να έχει σχεδιασμό που να επιτρέπει στα παιδιά ηλικίας άνω των 3 ετών να κάθονται σε χαμηλότερη θέση,*

Αριθμός απόφασης: 664/2019

κρατώντας μια πίσω λαβή, και τα παιδιά ηλικίας 6+ ετών να κάθονται προς την αντίθετη κατεύθυνση κρατώντας τη μεγαλύτερη λαβή, ώστε να μην παραπέμπουν σε ένα συγκεκριμένο προϊόν της αγοράς και iii) Να ανακληθούν – ακυρωθούν οι όροι της διακήρυξης καθ' ο μέρος δεν συμφωνούν με τις διατάξεις των άρθρων του ν. 4605/2019 και iv) Να ανακληθούν-ακυρωθούν οι όροι της διακήρυξης καθ' ο μέρος απαιτούν την υποβολή δικαιολογητικών περί απόδειξης της τεχνικής – επαγγελματικής ικανότητας με τον φάκελο της τεχνικής προσφοράς, καθώς και οι όροι που συγχέουν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα με τις τεχνικές προδιαγραφές των προϊόντων, και v) Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην Αναθέτουσα Αρχή και να δοθεί παράταση στην ημερομηνία υποβολής προσφορών προκειμένου να καταστεί δυνατή η υποβολή προσφοράς βάσει των νέων τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες δεν θα πρέπει να φωτογραφίζουν συγκεκριμένο προϊόν της αγοράς.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, και εν τοις πράγμασι την διατήρηση της ισχύος των όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, ύψους 2.362,52 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με ένδειξη κατάστασης «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», και αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην Τράπεζα Πειραιώς της 25-4-2019).

2. Επειδή με την με αριθ. Πρωτ. 14926/28-3-2019 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε *Ανοιχτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός άνω των ορίων για την προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού και δαπέδου ασφαλείας για την αναβάθμιση έντεκα (11) παιδικών χαρών του Δήμου ...*

Αριθμός απόφασης: 664/2019

(CPV: ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... και ...), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης) για το σύνολο της προμήθειας, συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 472.504 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, και με τον όρο ότι προσφορές υποβάλλονται στο σύνολο της προμήθειας και τοποθέτησης εξοπλισμού και δαπέδου ασφαλείας (άρθ. 4 της διακήρυξης).

3. Επειδή η σχετική προκήρυξη απεστάλη την 29-3-2019 για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπου δημοσιεύτηκε την 2-4-2019 και έλαβε τον αριθμό 2019/S 065-150924, και το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 1-4-2019 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

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

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί την 26-4-2019, μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή την 30-4-2019 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό εξέταση προσφυγή μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού κατά τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, ήτοι μέχρι την 2-5-2019 (σελ. 2 της διακήρυξης) στον διαγωνισμό κατέθεσαν προσφορές η παρεμβαίνουσα, και οι οικονομικοί φορείς ... και ..., αντιστοίχως με αριθ. ..., ... και

Αριθμός απόφασης: 664/2019

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε, την 6-5-2019 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, και μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης και τις απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης διακήρυξης νόμιμα, εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της παρεμβαίνουσας με ισχυρισμούς περί φωτογραφικών υπέρ αυτής τεχνικών προδιαγραφών, και σύμφωνα με την παρ. 1 και 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, και των άρθ. 7 και 8 του ΠΔ 39/2017, ασκήθηκε την 9-5-2019 παρέμβαση της ..., με τον νόμιμο προβλεπόμενο τρόπο κατάθεσης στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, και κοινοποίηση αυθημερόν στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

10. Επειδή την 9-5-2019 εισήχθη προς κρίση το αίτημα αναστολής το οποίο η προσφεύγουσα είχε ενσωματώσει στην εξεταζόμενη προσφυγή, και εξεδόθη η με αριθ. Α210/10-5-2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία έγινε δεκτό το αίτημα αναστολής του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

11. Επειδή επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα, την 24-5-2019, κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ *Υπόμνημα*, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, κατ' επίκληση της διάταξης του άρθ. 365 παρ. 1 τρίτη παραγρ. του ν. 4412/2016, ως τροποποιημένη ισχύει.

12. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νόμιμα εισάγεται ενώπιον του 8^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθ. 3 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 620/30-4-2019 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων».

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθ. 43 παρ. 42 με τον τίτλο «*Τροποποίηση διατάξεων του ν. 4412/2016*» του ν. 4605/2019 προστέθηκε στο τέλος του άρθ.

Αριθμός απόφασης: 664/2019

365 του ν. 4412/2016 παράγραφος ως εξής «Σε περίπτωση συμπληρωματικής αιτιολογίας επί της προσβαλλόμενης πράξης, αυτή υποβάλλεται έως και δέκα (10) ημέρες πριν την συζήτηση της προσφυγής και κοινοποιείται αυθημερόν στον προσφεύγοντα μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή αν αυτό δεν είναι εφικτό με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο. Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής.» Περαιτέρω, στο άρθ. 108 με τον τίτλο «Εναρξη ισχύος» του ν. 4605/2019 ορίζεται ότι «Η ισχύς του παρόντος νόμου αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του.» Ο ν. 4605/2019 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Α 52/1.4.2019 και η παραπάνω τροποποιητική διάταξη καταλαμβάνει σαφώς τις διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών που κατατέθηκαν μετά την 1-4-2019, και ίδια την υπό εξέταση προσφυγή που κατατέθηκε την 26-4-2019 (σκέψη 5).

14. Επειδή, όπως προκύπτει από τα έγγραφα της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η μεν υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε ηλεκτρονικά την 26-4-2019 (σκέψη 5), αλλά το υποβληθέν Υπόμνημα δεν έχει κατατεθεί ηλεκτρονικά μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ως ο νόμος ορίζει (σκέψη 13). Η προσφεύγουσα αναφέρει στο από 24-5-2019 ηλεκτρονικό της μήνυμα με το οποίο κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ το Υπόμνημά της (σκέψη 11) ότι «..δεν υπάρχει η δυνατότητα ηλεκτρονικής υποβολής του υπομνήματος λόγω του ότι δεν είναι δυνατή η πρόσβαση μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στον συγκεκριμένο διαγωνισμό..» Συνεπώς το υποβληθέν Υπόμνημα είναι απαράδεκτο και δεν εξετάζεται στην παρούσα διαδικασία, καθόσον δεν υποβλήθηκε με τον αποκλειστικό εκ του νόμου προβλεπόμενο τρόπο κατάθεσης στο ΕΣΗΔΗΣ, απορριπτομένου ως αόριστου και αναπόδεικτου του ισχυρισμού της προσφεύγουσας περί μη δυνατότητας υποβολής μέσω του οικείου ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού. Και τούτο ίδια επειδή ι) Η προσφεύγουσα ούτε ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει εάν, πότε, πώς, και βάσει ποιάς διάταξης νόμου και δυνάμει ποιάς συγκεκριμένης ενέργειας ποίου φορέα, αποκλείσθηκε η πρόσβασή της

Αριθμός απόφασης: 664/2019

στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, μετά την κατάθεση της υπό εξέταση προσφυγής, η οποία κατατέθηκε ηλεκτρονικά, και μέχρι την ημερομηνία κοινοποίησης του Υπομνήματός της (24-5-2019), το οποίο δεν κατατέθηκε ηλεκτρονικά και ii) Σε περίπτωση που πράγματι αποκλείσθηκε η πρόσβαση της προσφεύγουσας στο ΕΣΗΔΗΣ, η προσφεύγουσα ούτε ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει εάν, πότε, και πώς, αιτήθηκε αλλά δεν έλαβε πρόσβαση, προκειμένου να ασκήσει το νόμιμο δικαίωμά της κατάθεσης Υπομνήματος κατ' άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ως τροποποιημένο ισχύει. Συνεπώς, το υποβληθέν Υπόμνημα δεν εξετάζεται ως απαραδέκτως ασκηθέν, χωρίς ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ ως ο νόμος ορίζει, ενώ δεν αποδείχθη ότι η προσφεύγουσα εμποδίσθηκε παρανόμως ή/και άνευ υπαιτιότητας, όπως προβεί στην εκ του νόμου υποχρεωτική ηλεκτρονική κατάθεση στο ΕΣΗΔΗΣ.

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις επί της προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτη λόγω εκπρόθεσμης άσκησης διότι « **II. ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟ - ΕΚΠΡΟΘΕΣΜΟ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ** Η υποβληθείσα «προδικαστική προσφυγή» πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη για τους ακόλουθους λόγους: **Δ.** Η προσφεύγουσα για το εμπρόθεσμο και παραδεκτό της προσφυγής της επικαλείται το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016. Ερμηνεύει για το εμπρόθεσμο και παραδεκτό της προσφυγής της ότι σύμφωνα με το παραπάνω εδάφιο του Ν.4412/2016 έλαβε γνώση της διακήρυξης μετά τη 15η ημέρα (στις 16/04/2019) από την ανάρτηση της διακήρυξης του διαγωνισμού η οποία πραγματοποιήθηκε την 1/04/2019 και ως εκ τούτου ότι υπέβαλε εμπρόθεσμα την προσφυγή της (στις 25/04/2019) εντός δέκα ημερών από τις ημερομηνία κατά την οποία έλαβε πλήρη γνώση της διακήρυξης. Η παραπάνω ερμηνεία του συγκεκριμένου εδαφίου από την προσφεύγουσα εταιρεία «ΠΑΠΑΚΥΡΙΑΚΗ ΜΕΡΩΠΗ – ΗΛΙΑΧΤΙΔΑ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ Α.Ε.», μόνο σοβαρά προβλήματα μπορεί να δημιουργήσει για τους εξής λόγους: **1ο λόγος** ...Προφανώς η προσφεύγουσα εταιρεία ή ερμηνεύει το συγκεκριμένο χωρίο λάθος ή η ερμηνεία οφείλεται στην κακή διατύπωση του άρθρου από το νομοθέτη, καθώς η αντίστοιχη περίπτωση κατά ένστασης κατά της διακήρυξης στους συνοπτικούς διαγωνισμούς κατά το

Αριθμός απόφασης: 664/2019

δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 127 του Ν.4412/2016, όπως αυτό ισχύει μετά την αντικατάστασή του με την περίπτωση γ' της παραγράφου 20 του άρθρου 43 του Ν.4605/2019 αναφέρει: «Η ένσταση κατά της διακήρυξης ή της πρόσκλησης υποβάλλεται σε προθεσμία που εκτείνεται **μέχρι το ήμισυ** του χρονικού διαστήματος από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ ή την αποστολή της πρόσκλησης, κατά περίπτωση, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών.» (τα έντονα γράμματα δικά μας). Δεν μπορεί το πνεύμα του νομοθέτη να είναι διαφορετικό στις δύο περιπτώσεις λοιπόν. Δηλαδή στο συνοπτικό διαγωνισμό που πολλές φορές οι διακηρύξεις είναι επίσης ανάλογου όγκου με έναν ανοιχτό διαγωνισμό, ένας προμηθευτής μπορεί να υποβάλλει ένσταση κατά της διακήρυξης εντός του χρονικού διαστήματος **μέχρι το ήμισυ** από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Αντίθετα σύμφωνα με την ερμηνεία της προσφεύγουσας εταιρείας «...». σε ανοιχτό διαγωνισμό άνω ή κάτω των ορίων να απαιτείται κάτι εντελώς διαφορετικό, δηλαδή παρέλευση 15 ημερών από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ και άλλες δέκα ημέρες για υποβολή της προσφυγής. Η γνώμη της αναθέτουσας αρχής ως προς την ερμηνεία του παραπάνω χωρίου είναι ότι η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται εντός 15 ημερών από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Δεν μπορεί να είναι διαφορετικά ώστε να συμβαδίζει και με το πνεύμα του άρθρου 127 του Ν.4412/2016. Εξάλλου η παραπάνω ερμηνεία εφόσον γίνει δεκτή θα δημιουργήσει και πρόσθετα ανυπερέβλητα προς το παρόν προβλήματα όπως: Σε διαγωνισμούς για παράδειγμα κάτω των ορίων που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 121 όπως αυτό αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 19 του άρθρου 43 του Ν.4605/2019 απαιτείται ως ελάχιστη προθεσμία υποβολής προσφορών οι 15 ημέρες από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Σύμφωνα με την ερμηνεία του δεύτερου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 από την προσφεύγουσα εταιρεία «...» η προσφυγή κατά της διακήρυξης σε αυτή την περίπτωση θα πρέπει να υποβληθεί δέκα ημέρες μετά τη λήξη υποβολής προσφορών. Αν δε επιπρόσθετα, υποβληθεί με τη λήξη του δεκαήμερου η

Αριθμός απόφασης: 664/2019

προσφυγή τότε, σύμφωνα με τις προθεσμίες που θέτει το νέο άρθρο 221Α (Προθεσμίες για την ολοκλήρωση των επιμέρους σταδίων), το οποίο προστέθηκε με την παράγραφο 28 του άρθρου 43 του Ν.4605/2019, για διαγωνισμούς με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, υπάρχει σοβαρή πιθανότητα να έχουν αποσφραγισθεί ήδη και αξιολογηθεί και οι οικονομικές προσφορές. Η προσφυγή επιπρόσθετα θα μπορεί να υποβληθεί και από οικονομικό φορέα, ο οποίος δεν έχει υποβάλλει καν προσφορά στο διαγωνισμό, αφού αυτό δεν απαιτείται για υποβολή προσφυγής κατά της διακήρυξης. Το ίδιο ακριβώς πρόβλημα και με μεγαλύτερες επιπτώσεις έχουν για παράδειγμα οι περιπτώσεις του ανοιχτού διαγωνισμού κάτω των ορίων σε επείγουσα κατάσταση που απαιτείται ελάχιστη προθεσμία υποβολής προσφορών 10 ημέρες από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Πιστεύουμε από τα προαναφερόμενα ότι γίνονται άμεσα αντιληπτά η ανασφάλεια και η σύγχυση που θα προκαλέσει στις αναθέτουσες αρχές και αναθέτοντες φορείς η αποδοχή της ερμηνείας του δεύτερου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 από την προσφεύγουσα εταιρεία «...» με την ελεγχόμενη προσφυγή της και η κατάχρηση που πιθανά επιφέρει μία τέτοια απόφαση από μέρους των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στις διαγωνιστικές διαδικασίες. **2ο λόγος** ...Εφόσον γίνει δεκτή η ερμηνεία της προσφεύγουσας ...και γίνει αποδεκτή η διατύπωση του δεύτερου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 ως έχει, δημιουργείται και ένα πρόσθετο ζήτημα με την ερμηνεία του. Ο Ν.4412/2016 προσδιορίζει τη διάκριση μεταξύ διακήρυξης και προκήρυξης, όπως: - στην περίπτωση β) της παραγράφου 1 του άρθρου 38, - στην παράγραφο 1 του άρθρου 65 και την παράγραφο 2 του άρθρου 117 του Ν.4412/2016 όπως αυτή αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 3 του άρθρου 47 του Ν.4472.2017 (όπου η λέξη προκήρυξη αντικαταστάθηκε με τη λέξη διακήρυξη). Το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 το οποίο επικαλείται η προσφεύγουσα εταιρεία «...» αναφέρεται σε προσφυγή κατά **προκήρυξης**. Δεν αναφέρει το συγκεκριμένο χωρίο του νόμου ούτε τη λέξη **διακήρυξη** ούτε καν τις λέξεις

Αριθμός απόφασης: 664/2019

όροι του διαγωνισμού. Ο νομοθέτης λοιπόν αναφέρεται στην **προκήρυξη του διαγωνισμού** και όχι στη διακήρυξη ή τους όρους. Αν υπήρχε διαφορετική σκέψη θα έπρεπε να έχει τροποποιηθεί ήδη το χωρίο (μετά από 27 ΦΕΚ που εκδόθηκαν μέχρι σήμερα και τροποποιούν την Ν.4412/2016), όπως τροποποιήθηκε για παράδειγμα και συγκεκριμένα και στοχευμένα η προαναφερόμενη παράγραφος 2 του άρθρου 117 του Ν.4412/2016. Οπότε σύμφωνα με το εδάφιο που επικαλείται το εμπρόθεσμο της προσφυγής της η προσφεύγουσα εταιρεία, προδικαστική προσφυγή **χωρεί μόνο επί της προκήρυξης**. Εφόσον λοιπόν ερμηνευτεί πιστά το συγκεκριμένο χωρίο, η προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρείας θα έπρεπε να στρέφεται κατά της προκήρυξης όπως αυτή προσδιορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 65 του Ν.4412/2016 (δηλ. το τυποποιημένο έντυπο της Ε.Ε. το οποίο περιλαμβάνει τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Μέρος Γ του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α' του Ν.4412/2016) και η οποία αναρτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Ε.Ε. αλλά και στο ΚΗΜΔΗΣ ως **προκήρυξη** την οποία επισυνάπτουμε με ΑΔΑΜ: Η προσφυγή όμως της προσφεύγουσας διατρέχεται από αναφορές επί της διακήρυξης του διαγωνισμού με λεπτομέρειες και κείμενα οι οποίες δεν περιέχονται και δεν μπορούν να περιέχονται στην συγκεκριμένη προκήρυξη καθώς αυτά αναφέρονται στην πλήρη διακήρυξη του διαγωνισμού όπως αυτή αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ, στο ΕΣΗΔΗΣ και στην ιστοσελίδα του Δήμου Περιστερίου και φέρει ΑΔΑΜ: ..., όπως **εσφαλμένα** αναφέρεται από την προσφεύγουσα στη σελίδα 2 της προσφυγής της ότι ο συγκεκριμένος αριθμός αφορά την προκήρυξη, ενώ ο ΑΔΑΜ αυτός αφορά την ανάρτηση της πλήρους διακήρυξης του διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ. Πώς μπορεί λοιπόν να γίνει παραδεκτή η προσφυγή της εταιρείας «...»; **Αφού με αυτή δεν έχει προσβάλει την προκήρυξη**, η οποία και φέρει ΑΔΑΜ: ... (δηλαδή διαφορετικό ΑΔΑΜ από αυτόν που αναφέρει στην 2η σελίδα της προσφυγής της), όπως ορίζει ρητά και συγκεκριμένα το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016. Επισημαίνουμε και τονίζουμε ότι είναι διακριτές οι αναρτήσεις που πραγματοποιούνται στο ΚΗΜΔΗΣ για την προκήρυξη και στη συνέχεια τη διακήρυξη, βάσει της περίπτωσης β) της παραγράφου 1 του

Αριθμός απόφασης: 664/2019

άρθρου 38 του Ν.4412/2016. Επίσης σύμφωνα με την περίπτωση β' του άρθρου 5, καθώς και ειδικότερα με την περίπτωση γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 6 της Υ.Α.57654/22-5-2017 (Β' 1781/23-5-2017) «Ρύθμιση ειδικότερων θεμάτων λειτουργίας και διαχείρισης του Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης.», προηγείται η ανάρτηση της προκήρυξης και έπεται και συνδέεται με την προηγούμενη ανάρτηση, η ανάρτηση της διακήρυξης (επισυνάπτουμε τα σχετικά αρχεία της προκήρυξης και της διακήρυξης του διαγωνισμού με αναγραφόμενους επ' αυτών τους Αριθμούς Διαδικτυακής Ανάρτησής τους στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων). »

16. Επειδή στο Βιβλίο IV του ν. 4412/2016 με τον τίτλο IV ΕΝΝΟΜΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΤΑ ΤΗ ΣΥΝΑΨΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΤΙΤΛΟΣ 1 ΠΕΔΙΟ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ, άρθ. 345 παρ. 1 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Πεδίο εφαρμογής» ορίζεται ότι « 1. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους. »

17. Επειδή στο άρθ. 346 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» ορίζεται ότι « 1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση ...και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. ...»

18. Επειδή στο άρθ. 360 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» ορίζεται ότι « 1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή

Αριθμός απόφασης: 664/2019

είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1.»

19. Επειδή, στο άρθρο 361 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής» ορίζεται ότι «...1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ....»

20. Επειδή η υπό εξέταση προσφυγή παραδεκτά φέρεται προς κατ' ουσία εξέταση ως εμπρόθεσμη, καθόσον ασκήθηκε εντός της νόμιμης προβλεπόμενης αποκλειστικής προθεσμίας σύμφωνα με το ρητό και σαφές γράμμα της διάταξης του άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016, ήτοι ασκήθηκε εντός 10 ημερών από την παρέλευση 15 ημερών από την

Αριθμός απόφασης: 664/2019

δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ της διακήρυξης και της προκήρυξης του διαγωνισμού. Ειδικότερα, τόσο η διακήρυξη (σκέψη 3), όσο και η προκήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού δημοσιεύτηκαν στο ΚΗΜΔΗΣ την 1-4-2018, ως αναφέρεται στην σκέψη 3 σχετικά με την διακήρυξη, και ως προκύπτει από την ανάρτηση της προκήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ την 1-4-2019 με ΑΔΑΜ Οι αντίθετοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής είναι άνευ ετέρου απορριπτέοι ως αβάσιμοι και ειδικότερα : Είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός ότι κατόπιν ερμηνείας της ως άνω σαφούς και ρητής διάταξης του άρθ. 361 παρ. 1 παρ. γ του ν. 4412/2016 η επίμαχη διάταξη δεν μπορεί να ισχύσει διότι - κατά την αναθέτουσα αρχή- *μόνο σοβαρά προβλήματα μπορεί να δημιουργήσει*. Ανεξαρτήτως των επικαλουμένων *προβλημάτων*, είναι άνευ ετέρου απορριπτέα, κατά την εφαρμογή του νόμου, κάθε ερμηνεία καταλυτική του σαφούς και ρητού γράμματος του νόμου, η οποία ερμηνεία κατατείνει βάσει επιχειρημάτων περί σκοπιμότητας ή χρησιμότητας ή -κατ' υποκειμενική- κρίση ευχέρειας εφαρμογής του νόμου, στην εν γένει κατάργηση και μη λήψη υπ' όψιν του νόμου, ούτε μπορεί να γίνει δεκτό ως νόμιμο οποιοδήποτε αίτημα βασιζόμενο στην ως άνω κατ' επίκληση ερμηνεία, πλην όμως εν τοις πράγμασι κατάλυση του νόμου. Για τον λόγο αυτό, είναι άνευ ετέρου απορριπτέος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι πρέπει να αγνοηθεί η ως άνω ρητή και σαφής εφαρμοστέα προθεσμία άσκησης *προδικαστικής προσφυγής* ενώπιον της ΑΕΠΠ ως προβλέπεται στο άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016 σχετικά με διαδικασίες εκτιμώμενης αξίας της προμήθειας άνω των 60.000 ευρώ, ως η επίμαχη διαδικασία. Είναι επίσης αβάσιμη η άποψη της αναθέτουσας αρχής ότι αντί του εφαρμοστέου άρθ. 361 παρ.1 περ. γ του ν. 4412/2016 πρέπει να ισχύσει η προθεσμία του άρθ. 127 παρ. 1 του ν. 4412/2016 το οποίο ρητώς και σαφώς εφαρμόζεται σε διαφορετική από την υπό εξέταση περίπτωση, ήτοι δε περίπτωση άσκησης *ένστασης* κατά της διακήρυξης ενώπιον της αναθέτουσας αρχής σχετικά με διαδικασίες εκτιμώμενης αξίας της προμήθειας κάτω των 60.000 ευρώ. Περαιτέρω είναι απορριπτέος και ο δεύτερος ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί απαράδεκτης άσκησης της προσφυγής καθόσον στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης και όχι κατά όρων της προκήρυξης διότι κατά την αναθέτουσα

Αριθμός απόφασης: 664/2019

αρχή προσφυγή **χωρεί μόνο επί της προκήρυξης** (σκέψη 15). Και τούτο επειδή i) Δεδομένης και μη αμφισβητούμενης, νομικής φύσης της διακήρυξης ως κανονιστικού περιεχομένου εκτελεστή διοικητική πράξη, είναι απορριπτέος άνευ ετέρου ως αβάσιμος ο ισχυρισμός ότι δεν χωρεί προσφυγή κατά διακήρυξης αλλά μόνον κατά προκήρυξης. Και τούτο επειδή κατά νόμο, προδικαστική προσφυγή νομίμως χωρεί κατά εκτελεστών διοικητικών πράξεων, ως ρητώς προβλέπεται στα άρθ. 346 και 360 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 18 και 19), όπως κατ' εξοχήν εκτελεστή διοικητική πράξη είναι η διακήρυξη διαγωνισμού δημόσιας προμήθειας, ii) Ο αντίθετος μάλιστα ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής κατατείνει ευθέως, πλην αβασίμως, στο απρόσβλητο των όρων της διακήρυξης όχι μόνον σε προδικαστικό στάδιο αλλά ακόμη και ενώπιον των Δικαστηρίων, καθόσον σύμφωνα με τον νόμο η *άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων* (άρθ. 360 παρ. 2 του ν. 4412/2016, σκέψη 18). Επομένως τυχόν ευδοκίμηση του ισχυρισμού της αναθέτουσας αρχής θα συνεπαγόταν κατά αναγκαία νομική ακολουθία στο απρόσβλητο των όρων της διακήρυξης είτε προδικαστικά είτε δικαστικά, πράγμα που ευθέως αντίκειται στα άρθ. 346 και 360 του ν. 4412/2016 iii) Όμως ακόμη και αν ήθελε γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι το νόμιμο τεκμήριο έναρξης της 10ήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής κατ' άρθ. άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ) δεύτερο εδ. αναφέρεται κατά το λεκτικό του και κατά στενή εφαρμογή αποκλειστικά και μόνον σε προσβολή της **προκήρυξης**, τότε κατ' ανάγκην, λαμβανομένων υπ' όψιν και των άρθ. 346 και 360 του ν. 4412/2016 θα έπρεπε η προθεσμία προσβολής **διακήρυξης** με προδικαστική προσφυγή, να ήταν *δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα*, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο του άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ). Συνεπώς τυχόν ευδοκίμηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής θα συνεπαγόταν κατά αναγκαία νομική ακολουθία ότι η προθεσμία άσκησης της προσφυγής εκτείνεται αδιακρίτως και μακράν ακόμη πέραν του νομίμου τεκμηρίου γνώσης των όρων της διακήρυξης και έναρξης της σχετικής προθεσμίας προσβολής της, που θέτει το εφαρμοστέο δεύτερο εδάφιο του άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ).

Αριθμός απόφασης: 664/2019

Μάλιστα εφόσον δεν θα ίσχυε το νόμιμο τεκμήριο της γνώσης των όρων της διακήρυξης, τότε η προθεσμία άσκησης της προσφυγής θα εξαρτάτο από τις κατά περίπτωση συνθήκες πραγματικής και πλήρους γνώσης των όρων της διακήρυξης από κάθε ένα προσφεύγοντα. Σε κάθε περίπτωση, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, διότι δεν βασίζονται επί των νομίμων διατάξεων, δεδομένου ότι παραδεκτά χωρεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά όρων διακήρυξης κατ' άρθ. 346 και 360 του ν. 4412/2016, η προθεσμία της οποίας είναι 10ήμερη και εκκινεί το αργότερο μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, κατ' άρθ. 361 του ν. 4412/2016. Συνεπώς εν προκειμένω, εμπροθέσμως και παραδεκτώς ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή την 26-4-2019 (σκέψη 5), δεδομένου ότι η επίμαχη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1-4-2019, και συνεπώς, κατά νόμιμο τεκμήριο, η έναρξη της προθεσμίας κατάθεσης της προσφυγής είναι η 16-4-2019, ήτοι η παρέλευση 15 ημερών από την δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ και η λήξη της 10ήμερης προθεσμίας είναι η 26-4-2019, σύμφωνα με το άρθ. 361 του ν. 4412/2016 (σκέψη 19).

21. Επειδή η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται στο πρώτο λόγο της παρέμβασης ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος και ειδικότερα ότι *«Η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε όπως ομολογεί προσφορά στο διαγωνισμό ούτε έκανε χρήση των ευνοϊκών διατάξεων του νόμου και της Διακήρυξης. Ειδικότερα ουδέποτε έκανε χρήση του δικαιώματος που δίδεται βάσει του άρθρου 10 της διακήρυξης να αιτηθεί διευκρινίσεις έως και 8 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία του διαγωνισμού.Με την προδικαστική προσφυγή προσβάλλονται μόνο οι μονομερείς εκτελεστές πράξεις ή παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες εντάσσονται στην διαδικασία που προηγείται της σύναψης της δημόσιας σύμβασης, ως αποσπαστές από τη σύμβαση πράξεις. Είναι δε αδιάφορο, αν πρόκειται για ατομικές ή κανονιστικές πράξεις (λ.χ. η διακήρυξη). Ειδικά ως προς την διακήρυξη, αξιοσημείωτο είναι ότι αν ο προσφεύγων συμμετέχει ανεπιφύλακτα στο διαγωνισμό ή έχει αποδεχθεί τους όρους της διακήρυξης ανεπιφύλακτα και στο σύνολό τους, δεν έχει έννομο συμφέρον να*

Αριθμός απόφασης: 664/2019

αμφισβητήσει τη νομιμότητα όρων διακήρυξης με την ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερης βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣΤΕ 754/2011, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ) Ως «ενδιαφερόμενοι» νοούνται οι συμμετέχοντες ή εν δυνάμει συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, οι οποίοι αμφισβητούν είτε τη διακήρυξη είτε πράξεις της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι και την κατακύρωση του διαγωνισμού, όχι όμως οι «τρίτοι», οι οποίοι απλά επικαλούνται παράβαση άλλης νομοθεσίας, λ.χ. της περιβαλλοντικής (ΣΤΕ 5/2013, ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ). Επομένως, διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό λ.χ. λόγω μη υποβολής ενός ή περισσότερων δικαιολογητικών ή λόγω μη συνδρομής των προβλεπόμενων, επί ποινή αποκλεισμού προϋποθέσεων, **δεν έχει κατ' αρχήν έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος** (Δημήτριος Γ. Ράικος Ευαγγελία Γ. Βλάχου-Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016, σελ. 1169). Περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση η παρεμβαίνουσα είχε τη δυνατότητα να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, διατυπώνοντας επιφύλαξη ως προς την νομιμότητα των όρων της διακήρυξης (πρβλ. ΔΕΦ Πατρών 39/2017, Δημοσιευμένη στη ΝΟΜΟΣ)»

22. Επειδή αβασίμως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα την έλλειψη εννόμου συμφέροντος για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, βασιζόμενη στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι η προσφυγή στρέφεται κατά της προσφοράς της στον διαγωνισμό, εν σχέσει με τον οποίο η προσφεύγουσα έχει καταστεί τρίτη καθώς δεν έχει καταθέσει προσφορά. Ωστόσο η υπό εξέταση προσφυγή δεν στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ως εσφαλμένα υπολαμβάνει αλλά κατά των πλησσομένων όρων της επίμαχης διακήρυξης των οποίων αιτείται την ακύρωση (σελ. 1 παραπάνω). Συνεπώς είναι αβάσιμος και απορριπτέος ο πρώτος λόγος της παρέμβασης ως επί εσφαλμένης βάσης στηριζόμενος και αβασίμως προβαλλόμενος.

23. Επειδή ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που

Αριθμός απόφασης: 664/2019

αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ από ασφ. μ. 415/2014, ΣτΕ ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013, 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α ΔΕφΑθ 571/2012 (ΑΣΦ), Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

24. Επειδή κατ' αρχήν, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης, οι οποίοι κατά τους ισχυρισμούς της προσκρούουν στον νόμο, ως φωτογραφικοί υπέρ της παρεμβαίνουσας, με αποτέλεσμα να αποκλείεται η συμμετοχή στον διαγωνισμό, και περαιτέρω στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης καθώς και παραλείψεων, τα οποία κατά τους ισχυρισμούς της προσκρούουν στον νόμο με αποτέλεσμα να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, ενώ ως δηλώνει i) δραστηριοποιείται από το 2008 διαθέτουσα πολυετή εμπειρία και δραστηριότητα στο συγκεκριμένο αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, έχοντας προμηθεύσει τόσο ιδιωτικούς όσο και δημόσιους φορείς, και ii) πληροί όλα τα απαιτούμενα από την διακήρυξη κριτήρια συμμετοχής, και iii) προτίθεται να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, πλην όμως κωλύεται η νόμιμη συμμετοχή της εξαιτίας των πλησσομένων ως ευθέως παρανόμων όρων της διακήρυξης, οι οποίοι κατά την προσφυγή είναι άλλοι μεν φωτογραφικοί, άλλοι δε ασαφείς, άλλοι δε ευθέως παράνομοι, με αποτέλεσμα να διακινδυνεύεται ή/και να αναιρείται η δυνατότητα ασφαλούς διαμόρφωσης της προσφοράς και συμμετοχής της στην διαδικασία. Παρότι έχει λήξει η ταχθείσα με την διακήρυξη προθεσμία υποβολής προσφορών την 2-5-2019, δηλαδή προ της εξέτασης της προσφυγής, η προσφεύγουσα όμως διατηρεί *de prima facie* το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, εφόσον κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό ισχυρίζεται ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει τους πλησσομένους όρους οι οποίοι αποκλείουν παρανόμως την συμμετοχή της στον διαγωνισμό και καταστούν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της (*ad hoc* ΣτΕ (ΑΣΦ) 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ επί αιτ.

Αριθμός απόφασης: 664/2019

ασφαλ. μετρ. 182, 105/2011, 1450, 842/2010, 1291, 1305/2009, 1023, 617/2007, ΔΕΦΑΘ 590/2013, ΔΕΦΑΘ 1166/2014, ΣΤΕ ΕΑ 472,616,718/2012, 172/2011, 1140/2010, 203, 342, 1354/2009). Συναφώς, έχει κριθεί και από το ΔΕΕ, ότι τα κράτη μέλη δεν επιτρέπεται να εξαρτούν την ενεργητική νομιμοποίηση για την άσκηση προσφυγής κατά την προκήρυξης διαγωνισμού από προγενέστερη συμμετοχή στην διαγωνιστική διαδικασία, καθότι αυτό θα ερχόταν σε αντίθεση με τα αρθρ. 1, παρ.3 και 2 παρ. ιβ της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, αλλά και την αρχή της αναλογικότητας ΔΕΚ C-230/02, 12.02.04 *Grossmann*, Συλλ. 2004, σκέψη 29 και 30, C 26/03 *StadtHalle*).

25. Επειδή με τον λόγο Β της προσφυγής, στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά φερομένων παραλείψεων της διακήρυξης, επικαλούμενη εν γένει τις διατάξεις του άρθρ. 43 του ν. 4605/2019, και την αρχή της διαφάνειας, αναφέρει ότι «...Την 1η-4-2019 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ ο ν. 4605/2019...Με το άρθρο 43 του ως άνω νόμου τροποποιήθηκαν επιμέρους διατάξεις...του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, τροποποιήθηκαν τα άρθρα..... Επίσης, προστέθηκαν τα ακόλουθα νέα άρθρα:... Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 108 του ν. 4605/2019 «Η ισχύς του παρόντος νόμου αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του». 2. Εν προκειμένω, η επίμαχη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1η-4-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ στις 2-4-2019. Ο ανωτέρω νόμος δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ την 1η-4-2019 και όπως συνάγεται από την τελευταία του διάταξη η ισχύς του αρχίζει από την 1η-4-2019. Παρά ταύτα, στην προσβαλλόμενη διακήρυξη δεν έχουν συμπεριληφθεί οι τροποποιήσεις που επήλθαν στον ν. 4412/2016 με τον ν. 4605/2019. Παρ' ότι ο χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ συμπίπτει με τον χρόνο δημοσίευσης στο ΦΕΚ του ν. 4605/2019, η διακήρυξη δεν έχει λάβει υπόψη τις αλλαγές του νομικού καθεστώτος που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Η παράλειψη αυτή της επίμαχης διακήρυξης συνιστά παραβίαση των διατάξεων του ν. 4605/2019. Επιπρόσθετα, λαμβανομένου υπόψη ότι κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξηδημιουργείται ανασφάλεια στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς που προτίθενται να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό

Αριθμός απόφασης: 664/2019

μεταξύ των οποίων και η εταιρία μας, ως προς το εφαρμοστέο νομικό πλαίσιο.... **Ενδεικτικά** αναφέρουμε ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 43 παρ. 6 του ν. 4605/2019 «Το ΕΕΕΣ ή το ΤΕΥΔ κατά περίπτωση μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών». Στην διακήρυξη, όμως δεν περιλαμβάνεται ανάλογη υποχρέωση, με αποτέλεσμα να μην γνωρίζουμε εάν θα ακολουθήσουμε τις νέες διατάξεις του ν. 4605/2019 ή τους όρους της διακήρυξης, που δεν αναφέρουν κάτι σχετικό. Επιπρόσθετα, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 43 παρ. 7 περ. αε΄ του ν. 4605/2019 «Ειδικά τα αποδεικτικά τα οποία αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, μπορεί να γίνονται αποδεκτά και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους». Τούτο, όμως, δεν συμπεριλαμβάνεται στην επίμαχη διακήρυξη και για τον λόγο αυτό δεν γνωρίζουμε αν εφαρμόζεται εν προκειμένω και αν γίνει δεκτή μία ανάλογη υπεύθυνη δήλωση..... Ως εκ τούτου, η επίμαχη διακήρυξη που δεν έλαβε υπόψη τις τροποποιήσεις των διατάξεων του ν. 4412/2016 παραβιάζει τις διατάξεις του ν. 4605/2019 και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να ακυρωθεί.»

26. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, ειδικά επί του λόγου Β της προσφυγής, επικαλούμενη τις διατάξεις του άρθρ. 61 παρ. 1 του ν. 4412/2016, στις απόψεις της αναφέρει ότι «...Οι όροι του διαγωνισμού καταρτίστηκαν στις **21/03/2019** με την 73/2019 πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, η οποία αναρτήθηκε στο πρόγραμμα ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 27/03/2019 (ΑΔΑ: ...). Η διακήρυξη του διαγωνισμού υπογράφηκε στις **28/03/2019**.....πραγματοποιήθηκε ανάρτηση της προκήρυξης του τυποποιημένου εντύπου, το οποίο αναφέρεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 65 του Ν.4412/2016, στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης στις **29/03/2019**. Λόγω των παραπάνω αναφερόμενων ημερομηνιών και ειδικότερα της κρίσιμης ημερομηνίας δημοσίευσης στην Ε.Ε. ο διαγωνισμός διέπεται από τις προγενέστερες του Ν.4605/2019 διατάξεις.... Δηλαδή με τη δημοσίευση του Ν.4605/2019 είχε ήδη πραγματοποιηθεί η δημοσίευση στην Ε.Ε. η οποία είναι η κρίσιμη ημερομηνία για τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία άνω των ορίων....»

Αριθμός απόφασης: 664/2019

27. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 5 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Κατώτατα όρια (άρθρο 4 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και Κανονισμός (ΕΕ) 2015/2170)» ορίζεται ότι « Ως κατώτατα όρια, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, εκτός ΦΠΑ, ορίζονται τα ακόλουθα: ...γ) 209.000 ευρώ για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και υπηρεσιών που ανατίθενται από μη κεντρικές αναθέτουσες αρχές και για διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τις εν λόγω αρχές. ...»

28. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 61 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης» ορίζεται ότι «1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης.....»

29. Επειδή είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και επί εσφαλμένης προϋπόθεσης στηριζόμενος ο λόγος Β της προσφυγής, δεδομένου ότι βασίζεται στην εσφαλμένη παραδοχή ότι η έναρξη της επίμαχης διαδικασίας εγένετο με την από 1-4-2019 ανάρτηση της προσβαλλόμενης διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Ωστόσο όμως, σύμφωνα με τα άρθ. 61 και 5 του ν. 4412/2016 (σκέψη 28 και 27), η έναρξη της διαδικασίας ταυτίζεται με την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα ΕΕ, και εν προκειμένω η έναρξη της διαδικασίας εγένετο κατά νόμο την 29-3-2019 (σκέψη 3), όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Συνεπώς, και δεδομένου ότι η έναρξη ισχύος του ν. 4605/2019 εγένετο την 1-4-2019 (σκέψη 13), ήτοι συνέπεσε με την δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, η προκήρυξη της οποίας είχε ήδη αποσταλεί για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 29-3-2019, παραμένει αδύνατον κατά την φυσική και νομική τάξη των πραγμάτων να είχαν ληφθεί υπ' όψιν στην διακήρυξη οι διατάξεις του ν. 4605/2019, παρά τα αντίθετα που ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Συνεπώς για τον λόγο αυτό, είναι απορριπτέος ο λόγος Β της προσφυγής καθόσον δεν θα ήταν δυνατόν να ληφθούν υπ' οψιν κατά την προγενέστερη ημερομηνία έναρξης της διαδικασίας ήτοι την 29-3-2019 οι διατάξεις του μεταγενέστερου ν. 4605/2019 ο οποίος τέθηκε σε ισχύ την 1-4-2019. Εξ άλλου, η θέσπιση νέου νόμου δεν άγει σε ανασφάλεια εφαρμοστέου δικαίου ούτε σε νόμιμη

Αριθμός απόφασης: 664/2019

ακύρωση των εν εξελίξει διακηρύξεων και διαγωνισμών, ως ο υπό εξέταση, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντίθετων ισχυρισμών και του λόγου Β της προσφυγής.

30. Επειδή, στο άρθ 3 της διακήρυξης με τον τίτλο «**Συνοπτικά στοιχεία - Χρόνος και τόπος διαγωνισμού**» ορίζεται ότι «**..ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ** Σύμφωνα με την ενότητα Τεχνικές προδιαγραφές του εξοπλισμού της 17/2019 μελέτης ...Οι προδιαγραφές για την προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού και δαπέδου ασφαλείας για την αναβάθμιση έντεκα (11) παιδικών χαρών στο Δήμο ... ορίζονται στο άρθρο 1 τεχνικές προδιαγραφές εξοπλισμού της ενότητας ειδική συγγραφή υποχρεώσεων της 17/2019 μελέτης της Διεύθυνσης Περιβάλλοντος & Ποιότητας Ζωής. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται στην 17/2019 μελέτη της Διεύθυνσης Περιβάλλοντος & Ποιότητας Ζωής του Δήμου.» Περαιτέρω στο άρθ. 14.3 προβλέπεται «**..14.3 Τεχνική Ικανότητα και Επαγγελματική Ικανότητα** Η Τεχνική Ικανότητα αποδεικνύεται σωρευτικά με τους παρακάτω τρόπους: ...γ) Υπεύθυνη δήλωση στην οποία να δηλώνεται: - ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των προσφερομένων ειδών είναι σύμφωνες και πληρούν τα οριζόμενα στο άρθρο 1 της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων της 17/2019 μελέτης ή αναφέρονται τα τυχόν σημεία διαφοροποίησής τους προκειμένου να αξιολογηθούν από την επιτροπή του διαγωνισμού...» Ακολούθως στο άρθ. 20 με τον τίτλο «**Λόγοι απόρριψης προσφορών**» προβλέπεται «**Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: ...η) η οποία παρουσιάζει ...αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.**» Περαιτέρω, στην επισυναπτόμενη ως τεύχος της διακήρυξης **Μελέτη** με αριθ. 17/21-3-2019, προβλέπονται 58 όργανα παιδικής χαράς προς τοποθέτηση σε 11 Παιδικές Χαρές της αναθέτουσας αρχής, και ειδικότερα : «**1. ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ**, στην παρ. **Καταλληλότητα χώρων- Σκοπιμότητα Μελέτης** ...Βασικός στόχος είναι η διαμόρφωση ασφαλών και λειτουργικών χώρων, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις και τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται παραπάνω....Στόχος της παρούσας μελέτης είναι η αναβάθμιση και ο

Αριθμός απόφασης: 664/2019

εμπλουτισμός των χώρων των παιδικών χαρών με κατάλληλο εξοπλισμό ώστε να γίνει αντικατάσταση του υφιστάμενου επικίνδυνου και μη πιστοποιημένου εξοπλισμού, με παιχνίδια ασφαλή και κατάλληλα ώστε να αναπτυχθούν ασφαλείς χώροι για παιχνίδι και ξεκούραση. Για τον λόγο αυτό, στην παρούσα μελέτη έχουν ληφθεί υπόψη όλες οι παράμετροι που περιγράφονται αναλυτικά στα προαναφερόμενα πρότυπα ασφαλείας και την ελληνική νομοθεσία. Συγκεκριμένα:... - Η ασφάλεια που πρέπει να παρέχει στα παιδιά η επιλογή των παιχνιδιών...- Η ποικιλία των παιχνιδιών, ώστε να προσφέρονται εναλλακτικές ευκαιρίες για παιχνίδι και εκπαίδευση, σε πληθώρα ηλικιακών ομάδων. - Η τήρηση των ορίων ασφαλείας του κάθε παιχνιδιού, ώστε να ελαχιστοποιούνται οι κίνδυνοι τραυματισμού.... **3. ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ**

ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ **1. ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ** Ο εξοπλισμός θα ανταποκρίνεται πλήρως προς τους όρους των προδιαγραφών της μελέτης, ως προς τον τύπο, το πλήθος των δραστηριοτήτων που προσφέρουν, τις ηλικιακές ομάδες που απευθύνονται και τα υλικά κατασκευή.... **1.5 ΑΠΟΚΛΙΣΕΙΣ** Στις διαστάσεις των παιχνιδιών και λοιπών ειδών της μελέτης καθώς και των χώρων ασφαλείας επιτρέπεται απόκλιση της τάξης του $\pm 15\%$, όπως επίσης και $\pm 15\%$ στις διαστάσεις των επί μέρους στοιχείων. Αποκλίσεις στο μέγιστο ύψος πτώσης των παιχνιδιών επιτρέπονται σε ποσοστό $\pm 15\%$, αντιστοίχως. Σε περίπτωση που οι αποδεκτές αποκλίσεις στον χώρο ασφαλείας, οδηγούν σε αύξηση του χώρου αυτού σε σχέση με τις αναφερόμενες στην μελέτη διαστάσεις, ο ανάδοχος θα υποχρεούται σε αντίστοιχη αύξηση στην ποσότητα των δαπέδων ασφαλείας, χωρίς επιπλέον οικονομική επιβάρυνση προς τον Δήμο. Επιπλέον, σε περίπτωση που οι αποδεκτές αποκλίσεις στο ύψος πτώσης των εξοπλισμών, οδηγούν σε αύξηση του ύψους αυτού σε σχέση με το αναγραφόμενο στην μελέτη, αυτό θα συνεπάγεται και την αντίστοιχη αύξηση του πάχους του προσφερόμενου δαπέδου, ώστε οι επιφάνειες απορρόφησης κραδασμών να πληρούν τις απαιτήσεις του ύψους πτώσης των εξοπλισμών, χωρίς επιπλέον οικονομική επιβάρυνση προς τον Δήμο. Για τα ανωτέρω, ο συμμετέχων θα πρέπει να δεσμεύεται με σχετική υπεύθυνη δήλωση, επί ποινή αποκλεισμού. Αποκλίσεις πέραν των αναφερόμενων επιτρεπτών ορίων δεν θα γίνονται αποδεκτές και οι

Αριθμός απόφασης: 664/2019

προσφορές θα απορρίπτονται ως απαράδεκτες.... **16. ΔΙΠΛΟ ΧΩΡΟΔΙΚΤΥΩΜΑ** ορίζεται «Τεχνικές πληροφορίες Διαστάσεις οργάνου Μήκος: 1602cm Πλάτος: 1062 cm Ύψος: 438,0 cm Ηλικιακή κατηγορία : άνω των 5 ετών Κατάλληλο για 60 παιδιά-χρήστες Διαστάσεις χώρου ασφαλείας Μήκος/Πλάτος: 1900,0 cm x 1362,4 cm Κρίσιμο ύψος πτώσης: <60 cm Επιπλέον στοιχεία εξοπλισμού Διατομή συρματοσχοίνου: 20 mm»

31. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 18 και 54 του ν. 4412/2016, την αιτιολογική σκέψη 90 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ισότητας, και της αναλογικότητας, και προσκομιζόμενα έγγραφα, στρεφόμενη κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης, ισχυρίζεται στον λόγο Α 2.1 της προσφυγής ότι «Το μοναδικό προϊόν, όμως, στην αγορά που συγκεντρώνει τις συγκεκριμένες ως άνω περιγραφόμενες τεχνικές προδιαγραφές ...και πιο συγκεκριμένα τις διαστάσεις οργάνου (Μήκος: 1602cm- Πλάτος: 1062 cm -Ύψος: 438,0 cm) την ηλικιακή κατηγορία (άνω των 5 ετών), τον μέγιστο αριθμό χρηστών (60 παιδιά-χρήστες), τις διαστάσεις χώρου ασφαλείας (Μήκος/Πλάτος: 1900,0 cm x 1362,4 cm) και το κρίσιμο ύψος πτώσης (<60 cm) είναι το Διπλό Χωροδικτύωμα της εταιρίας ... με κωδικό ..., όπως αυτό περιγράφεται στην επίσημη ιστοσελίδα της κατασκευάστριας εταιρίας ... [...], το οποίο και φωτογραφίζεται εν προκειμένω, ... δεδομένου ότι είναι το μοναδικό προϊόν στην αγορά που έχει τα απαιτούμενα εκ της ειδικής συρραφής υποχρεώσεων τεχνικά χαρακτηριστικά, ήτοι: διαστάσεις οργάνου- Μήκος: 1600cm- Πλάτος: 1060 cm -Ύψος: 440, 0 cm- Ηλικιακή κατηγορία : άνω των 5 ετών, Κατάλληλο για 60 παιδιά-χρήστες, Διαστάσεις χώρου ασφαλείας, Μήκος/Πλάτος: 1900,0 cm x 1400 cm, Κρίσιμο ύψος πτώσης: 60 cm. Τούτο, άλλωστε, ευχερώς προκύπτει από το σχετικό φυλλάδιο της εταιρίας ... το οποίο εκτυπώθηκε από την επίσημη ιστοσελίδα αυτής και συνυποβάλλεται με την παρούσα προδικαστική προσφυγή (σχετικό 1). Οι τιμές των ανωτέρω τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών και συγκεκριμένα, οι διαστάσεις του μήκους και του πλάτους, του ύψους, του μήκους και του πλάτους του χώρου ασφαλείας και του ύψους πτώσης φωτογραφίζουν το ανωτέρω συγκεκριμένο

Αριθμός απόφασης: 664/2019

προϊόν της αγοράς, το οποίο είναι το μόνο που πληροί σωρευτικά τις ανωτέρω τεχνικές προδιαγραφές. Η κατασκευάστρια εταιρία ... όμως προμηθεύει το διπλό χωροδικτύωμα ..., το οποίο είναι το μοναδικό διπλό χωροδικτύωμα της αγοράς που συγκεντρώνει όλες τις παραπάνω τεχνικές προδιαγραφές όπως ακριβώς απαιτεί η διακήρυξη, **αποκλειστικά και μόνο στην εταιρία με την επωνυμία «...», η οποία είναι και η ευνοούμενη από τις ανωτέρω τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης.** Τούτο δε προκύπτει από την με ημερομηνία 03.12.2018 δήλωση της κατασκευάστριας ... στην οποία αναφέρεται επί λέξει ότι «η ... ανώνυμη εταιρία βεβαιώνουμε ότι εξουσιοδοτούμε με το παρόν την ... να μας εκπροσωπεί στην Ελλάδα και να προσφέρει τα προϊόντα μας» (σχετικό 2, 3). Δεδομένου όμως ότι η εν λόγω εταιρία είναι η μόνη που προμηθεύεται το εν λόγω προϊόν από την κατασκευάστρια ... είναι σαφές ότι είναι και η μόνη εταιρία που μπορεί να υποβάλει παραδεκτή προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό, με αποτέλεσμα η ως άνω αποδεικνυόμενη προμήθεια κατ' αποκλειστικότητα στη συγκεκριμένη εταιρεία του διπλού χωροδικτυώματος να αποστερεί τη δυνατότητα σε όλους τους υποψηφίους αναδόχους μεταξύ των οποίων και η εταιρία μας να προμηθευτούν το συγκεκριμένο προϊόν και να μπορέσουν να λάβουν μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό. Άλλωστε, αν δεν είχαν τεθεί τα ως άνω τεχνικά χαρακτηριστικά η εταιρίας μας θα προσέφερε οποιοδήποτε από τα ακόλουθα προϊόντα άλλων εταιριών τα οποία, **δεδομένου ότι δεν προκύπτει από κανένα σημείο της διακήρυξης ειδική και αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την απαίτηση των συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών του διπλού χωροδικτυώματος,** συνάγεται ότι ικανοποιούν τους σκοπούς που επιδιώκει να εξασφαλίσει η αναθέτουσα αρχή, δηλαδή την αναβάθμιση των παιδικών χαρών του Δήμου Στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, λοιπόν, δεν υπάρχει καμία απολύτως αιτιολογία, ώστε να προκύπτουν οι λόγοι για τους οποίους οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής ικανοποιούνται μόνο από τις ανωτέρω διαστάσεις του χωροδικτυώματος και όχι από άλλες. Ούτε πολύ περισσότερο αναφέρεται στην διακήρυξη για ποιον λόγο οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής ικανοποιούνται μόνο από το φωτογραφιζόμενο προϊόν της αγοράς και όχι από κανένα άλλο. Εμείς από την πλευρά μας θα μπορούσαμε

Αριθμός απόφασης: 664/2019

να προσφέρουμε οποιοδήποτε από τα ακόλουθα προϊόντα: A) Το διπλό χωροδικτύωμα της εταιρίας ..., το οποίο όμως αν και πληροί τις προδιαγραφές που τίθενται όσον αφορά το ύψος, δεν πληροί τις λοιπές απαιτούμενες προδιαγραφές που αφορούν το μήκος και πλάτος (1230 *730 – αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1602* 1062), τον χώρο ασφαλείας (1530* 1030– αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1900,0 cm x 1362,4) και το ύψος πτώσης (0,9 m- αντί του απαιτούμενου εκ της διακηρύξεως <60 cm). Προς απόδειξη του ανωτέρω ισχυρισμού μας προσκομίζουμε εκτυπωμένη σελίδα από τον ιστότοπο της εταιρίας ... στην οποία αναφέρονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος που προτιθέμεθα να προσφέρουμε στον επίμαχο διαγωνισμό ... (σχετ. 4). B) Το διπλό χωροδικτύωμα της εταιρίας ..., το οποίο όμως αν και πληροί τις προδιαγραφές που τίθενται όσον αφορά το ύψος, δεν πληροί τις λοιπές απαιτούμενες προδιαγραφές που αφορούν το μήκος και πλάτος (1350 *800 – αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1602* 1062) και τον χώρο ασφαλείας (1650* 1100– αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1900,0 cm x 1362,4). Προς απόδειξη του ανωτέρω ισχυρισμού μας προσκομίζουμε εκτυπωμένη σελίδα από τον ιστότοπο στην οποία αναφέρονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος που προτιθέμεθα να προσφέρουμε στον επίμαχο διαγωνισμό: ... (σχετ. 5). Γ) Το διπλό χωροδικτύωμα της εταιρίας ..., το οποίο όμως αν και πληροί τις προδιαγραφές που τίθενται όσον αφορά το ύψος και τις σχετικές με τον χώρο ασφαλείας διαστάσεις, δεν πληροί τις λοιπές απαιτούμενες προδιαγραφές που αφορούν το μήκος και πλάτος (1130 *840 – αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1602* 1062) και το ύψος πτώσης (120 - αντί του απαιτούμενου εκ της διακηρύξεως <60 cm). Προς απόδειξη του ανωτέρω ισχυρισμού μας προσκομίζουμε εκτυπωμένη σελίδα από τον ιστότοπο στην οποία αναφέρονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος που προτιθέμεθα να προσφέρουμε στον επίμαχο διαγωνισμό: ... (σχετ. 6) Δ) Το διπλό χωροδικτύωμα της εταιρίας ..., το οποίο όμως αν και πληροί τις προδιαγραφές που τίθενται όσον αφορά το ύψος, δεν πληροί τις λοιπές απαιτούμενες προδιαγραφές που αφορούν το πλάτος (844 – αντί του απαιτούμενου εκ της διακηρύξεως 1062) και τον χώρο ασφαλείας (1556* 1040– αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1900,0

Αριθμός απόφασης: 664/2019

cm x 1362,4). Προς απόδειξη του ανωτέρω ισχυρισμού μας παραθέτουμε τον ιστότοπο στον οποίο αναφέρονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος που προτιθέμεθα να προσφέρουμε στον επίμαχο διαγωνισμό: ... και ... (σχετ. 7) Κάθε ένα από τα παραπάνω προϊόντα θα μπορούσε να εξυπηρετήσει επαρκώς τις ανάγκες του Δήμου ... και να αναβαθμίσει ποιοτικά και αισθητικά τις παιδικές χαρές του. Πλην, όμως, δεν μπορεί να προσφερθεί στον επίμαχο διαγωνισμό, διότι κανένα από αυτά δεν καλύπτει τα αιτούμενα εκ της διακηρύξεων τεχνικά χαρακτηριστικά που απαιτούνται ... από τα οποία φωτογραφίζεται το διπλό χωροδικτύωμα που προμηθεύει η εταιρία ... και πιο συγκεκριμένα το προϊόν ..., το οποίο αδυνατούμε να προμηθευτούμε. ... Η εταιρία μας λοιπόν υφίσταται βλάβη, δεδομένου ότι δεν μπορεί να λάβει μέρος σε διαγωνισμό, παρ' ότι δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του επίμαχου διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μας ζητούμε την ακύρωση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης που αφορούν στο διπλό χωροδικτύωμα και συγκεκριμένα των προδιαγραφών αυτών ενόψει των οποίων απαιτούνται αθροιστικά οι συγκεκριμένες διαστάσεις του μήκους και του πλάτους (1602cm- 1062 cm), του Ύψους (438,0 cm), του χώρου ασφαλείας (Μήκος/Πλάτος: 1900,0 cm x 1362,4 cm) και του κρίσιμου ύψους πτώσης (<60 cm).»

33. Επειδή η παρεμβαίνουσα επικαλούμενη τον όρο 14.3 της διακήρυξης και τον όρο 1.5 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων της διακήρυξης, την ευρεία διακριτική ευχέρεια ως προς την επιλογή των τεχνικών προδιαγραφών και την ανέλεγκτη κρίση της διοίκησης ως προς την σκοπιμότητα των επιλογών της καθώς και προσκομιζόμενα έγγραφα, σχετικά με τις εν γένει αιτιάσεις της προσφυγής και ειδικά επί του παραπάνω λόγου της προσφυγής αναφέρει ότι «...από την διακήρυξη και τη μελέτη ρητά προβλέπονται και περιθώρια αποκλίσεων, τα οποία πρέπει να δηλώνονται με την υποβολή της προσφοράς ώστε να αξιολογηθούν από την αρμόδια Επιτροπή. 3. **Επί των τεχνικών ζητημάτων** Πέραν των ανωτέρω για το αντικείμενο της προμήθειας με τίτλο «ΔΙΠΛΟ ΧΩΡΟΔΙΚΤΥΩΜΑ» είναι ενδεικτικό ότι η προσφεύγουσα ότι σε άλλους διαγωνισμούς προμήθειας που προηγήθηκαν (ενδεικτικά Δήμος ...) έχει προσφέρει αντίστοιχα

Αριθμός απόφασης: 664/2019

χωροδικτύωματα, με αποκλίσεις πέραν των επιτρεπτών ορίων και δεν απορρίφθηκε η προσφορά της για αυτές (δεν ήταν διπλό χωροδικτύωμα, αλλά μονό και πάλι όμως, οι διαστάσεις δεν ήταν όλες εντός των επιτρεπτών - αποδεκτών αποκλίσεων). Εκεί δεν κατατέθηκε προσφυγή κατά της διακήρυξης - μελέτης. Επιπλέον, προκύπτει από τον υποβληθέντα φάκελο της προσφοράς μας ότι δεν είμαστε αποκλειστικοί αντιπρόσωποι της εταιρείας ... ούτε μας έχει εξουσιοδοτήσει να συμμετέχουμε αποκλειστικά σε διαγωνισμούς. Το γεγονός η ... μας έχει εξουσιοδοτεί να προσφέρουμε τα προϊόντα της στην Ελλάδα δεν σημαίνει ότι είμαστε αποκλειστικοί αντιπρόσωποι. Άλλωστε η προσφεύγουσα ουδέποτε απευθύνθηκε σε εμάς για να της παρέχουμε το εν λόγω προϊόν που χωρίς αυτό δεν είχε την δυνατότητα να συμμετάσχει, παρά το γεγονός ότι η κατασκευάστρια ... την παρέπεμψε για την καλύτερη και πιο άμεση εξυπηρέτησή της σε εμάς. Σημειωτέον ότι η δήλωση που προσκομίζει ως σχετικό έγγραφο 2 προέρχεται από προγενέστερο διαγωνισμό (ημ/νία υπογραφής δήλωσης 03/12/2018) και δεν έχουν ανοιχθεί ακόμη οι προσφορές στον συγκεκριμένο διαγωνισμό. Στο σχετικό έγγραφο 3 ρητά αναφέρεται ότι η προσφεύγουσα απλά έχει τη δυνατότητα να αγοράσει τα εν λόγω προϊόντα της ... μέσω της Υπάρχουν πολλοί διαγωνισμοί όπου συμμετείχαν άλλες πλην ημών εταιρείες και προσέφεραν προϊόντα της ... τα οποία προμηθεύτηκαν από την εταιρεία μας. »

34. Επειδή στο Κεφάλαιο **3. ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ** της με αριθ. 17/21-3-2019 **Μελέτης**, και ειδικότερα στον όρο **31. ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΝΗΠΙΩΝ & ΠΑΙΔΩΝ ΦΩΤΙΖΟΜΕΝΟ** προβλέπεται ότι « Τεχνικές πληροφορίες Διαστάσεις Παιχνιδιού: Μήκος x Πλάτος x Ύψος: 0.64m x 0.40m x 0.80m Διαστάσεις Ασφαλείας: Μήκος x Πλάτος: 3.64m x 3.40mΤο παιχνίδι αποτελείται από φορέα / κάθισμα και βάση. Φορέας / Κάθισμα: Ο φορέας / κάθισμα είναι διάτρητος σε δύο πλευρές του, σχηματίζοντας χειρολαβές για το χρήστη με όποια φορά και αν κάθεται ενώ στις άλλες δύο πλευρές του υπάρχουν κοιλότητες, κατάλληλες για τη στήριξη των ποδιών. Αναλόγως με την ηλικιακή ομάδα του χρήστη (3+ ή 6+), δίνεται η δυνατότητα να χρησιμοποιήσει την μεγάλη πλευρά του καθίσματος είτε σαν πλάτη είτε σαν χειρολαβή....»

Αριθμός απόφασης: 664/2019

35. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθρ. 18 και 54 του ν. 4412/2016, την αιτιολογική σκέψη 90 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ισότητας, της αναλογικότητας, και προσκομιζόμενα έγγραφα, στρέφεται κατά της ως άνω τεχνικής προδιαγραφής, ισχυριζόμενη στον λόγο Α 3 της προσφυγής ότι « Η προδιαγραφή που τίθεται στον ανωτέρω όρο της διακήρυξης ... φωτογραφίζει ένα συγκεκριμένο προϊόν της αγοράς, το οποίο κατασκευάζει η εταιρεία «playground energy» και ονομάζεται "...", όπως προκύπτει από τον επίσημο ιστότοπο της ως άνω εταιρίας ... (σχετ. 8). Το ως άνω προϊόν είναι ένα παιχνίδι-ελατήριο με κάθισμα διάτρητο σε δύο πλευρές και σχεδιασμό που να επιτρέπει στα παιδιά ηλικίας άνω των 3 ετών να κρατούν μια πίσω λαβή, και τα παιδιά ηλικίας 6+ ετών να κάθονται προς την αντίθετη κατεύθυνση κρατώντας τη μεγαλύτερη λαβή. Κανένα άλλο προϊόν παιχνίδι ελατηρίου Νηπίων & Παίδων Φωτιζόμενο στην οικεία αγορά κατασκευαστών δεν διαθέτει τον σχεδιασμό αυτό, εκτός από το μοναδικό αυτό προϊόν της εταιρίας playground energy, το οποίο ακριβώς λόγω της μοναδικότητας του έχει λάβει και σχετικό βραβείο όπως αναφέρεται στον σχετικό ιστότοπο της κατασκευάστριας (reddot awards 2017). Πρόκειται για ένα προϊόν που σχεδιάστηκε από τον συνιδρυτή της ..., τον σχεδιαστή ..., και επίσης παρέχεται **κατ' αποκλειστικότητα** στην Ελλάδα μόνο στην εταιρία «...». Δεδομένου, όμως, ότι η κατασκευάστρια εταιρία προμηθεύει αποκλειστικά το ... στην εταιρία «...», σύμφωνα με ρητή δήλωση του συνιδρυτή της πρώτης ..., όπως προκύπτει από σχετικό μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας, η ... και πάλι ευνοείται αδικαιολόγητα (σχετ. 9). Παρ' ότι, λοιπόν, στο πρόσωπο της εταιρίας μας δεν συντρέχει κανένας λόγος αποκλεισμού και πληρούμε τα κριτήρια συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό, ακριβώς εξαιτίας των φωτογραφικών όρων της διακήρυξης και εν προκειμένω λόγω της απαίτησης το παιχνίδι ελατηρίου Νηπίων & Παίδων Φωτιζόμενο να έχει κάθισμα διάτρητο σε δύο πλευρές και τον μοναδικό σχεδιασμό που επιτρέπει στα παιδιά ηλικίας άνω των 3 ετών να κρατάν μια πίσω λαβή, και τα παιδιά ηλικίας 6+ ετών να κάθονται προς την αντίθετη κατεύθυνση κρατώντας τη μεγαλύτερη λαβή, η εταιρία μας εμποδίζεται να υποβάλει προσφορά με πιθανότητες ευδοκίμησης και συνεπώς συντρέχει αδυναμία συμμετοχής μας

Αριθμός απόφασης: 664/2019

στην διαγωνιστική διαδικασία. Επισημαίνουμε ότι αν δεν υπήρχαν οι ως άνω φωτογραφικοί όροι, που φωτογραφίζουν το προϊόν ..., η εταιρία μας θα προσέφερε το προϊόν ΤΑΛΑΝΤΕΥΟΜΕΝΟ ΖΩΑΚΙ ΜΕ ΓΕΝΝΗΤΡΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΦΩΤΙΣΜΟΥ κατασκευής μας (σχετ. 10). Ωστόσο, το ως άνω ταλαντευόμενο προϊόν της εταιρίας μας, το οποίο θα μπορούσαμε να προσφέρουμε για να καλύψουμε τις απαιτήσεις της αναθέτουσας ως προς το υπό προμήθεια προϊόν ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΝΗΠΙΩΝ ΚΑΙ ΠΑΙΔΩΝ ΦΩΤΙΖΟΜΕΝΟ, παρ' ότι πληροί όλες τις υπόλοιπες απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν πληροί τις επίμαχες προδιαγραφές όσον αφορά στον σχεδιασμό, δεδομένου ότι οι απαιτήσεις της διακήρυξης φωτογραφίζουν το μοναδικό προϊόν ..., το οποίο είναι το μόνο προϊόν- παιχνιδι- ελατήριο με κάθισμα διάτρητο σε δύο πλευρές και με σχεδιασμό που επιτρέπει στα παιδιά ηλικίας άνω των 3 ετών να κρατάν μια πίσω λαβή, και τα παιδιά ηλικίας 6+ ετών να κάθονται προς την αντίθετη κατεύθυνση κρατώντας τη μεγαλύτερη λαβή και αποτελεί καινοτομία της ..., βραβευμένη για την μοναδικότητα της (... awards ...) και το οποίο προμηθεύεται κατ' αποκλειστικότητα η Η βλάβη που υφίσταται η εταιρία μας είναι πρόδηλη, διότι μέσω των ως άνω απαιτήσεων ευνοείται αδικαιολόγητα ένας και μόνο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας, ήτοι η εταιρία «...». ...Επισημαίνεται δε ότι ακριβώς λόγω του φωτογραφικού χαρακτήρα των όρων της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολογεί την επιλογή των συγκεκριμένων προδιαγραφών που έχει θέσει αναφορικά με τις απαιτήσεις του υπό προμήθεια προϊόντος «παιχνίδι ελατήριο Νηπίων & Παίδων Φωτιζόμενο» και πιο συγκεκριμένα δεν δικαιολογεί ειδικώς και επαρκώς γιατί μόνο το παιχνίδι ελατήριο Νηπίων & Παίδων Φωτιζόμενο με κάθισμα διάτρητο σε δύο πλευρές και με ειδικό σχεδιασμό που επιτρέπει στα παιδιά ηλικίας άνω των 3 ετών να κρατάν μια πίσω λαβή, και τα παιδιά ηλικίας 6+ ετών να κάθονται προς την αντίθετη κατεύθυνση κρατώντας τη μεγαλύτερη λαβή καλύπτει τις ανάγκες της για την Παιδική χαρά ... και για την Παιδική χαρά ..., και κανένα άλλο, όπως α) τα αναφερόμενα στην Ειδική Συρραφή Υποχρεώσεων στα σημεία 42, 43, 44, 47, 48, και 49 υπό προμήθεια είδη, ήτοι κανένα από τα: ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΤΥΠΟΥ ΑΣΤΕΡΙ, ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΔΙΠΛΟ, ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ

Αριθμός απόφασης: 664/2019

2ΘΕΣΙΟ, ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΔΙΠΛΟ 2, ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΑΚΙ και ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΤΥΠΟΥ ΑΚΡΙΔΑ, τα οποία δεν φέρουν τον συγκεκριμένο μοναδικό σχεδιασμό που φέρει αποκλειστικά το προϊόν ... της εταιρίας ..., ή β) όπως αυτό που θα προσφέραμε σε περίπτωση που δεν υπήρχε η φωτογραφική διάταξη το οποίο είναι παιχνίδι ελατήριο νηπίων και παιδών φωτιζόμενο, χωρίς όμως τον μοναδικό σχεδιασμό του ... με τις δύο λαβές και ποιες είναι οι ειδικότερες αυτές ανάγκες, αν υποθεθεί ότι υπάρχουν τέτοιες, που επιβάλλουν την επιλογή αποκλειστικά του συγκεκριμένου προϊόντος με πλήρη αποκλεισμό όλων των υπολοίπων παιχνιδιών ελατήριων Νηπίων & Παιδών Φωτιζόμενων τα οποία θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν πλήρως την ίδια λογική και ανάγκη. Ήτοι, ποια είναι για παράδειγμα η αποκλειστική ανάγκη για διάτρητο κάθισμα σε δύο πλευρές με συγκεκριμένο ειδικό σχεδιασμό που δεν μπορεί να ικανοποιηθεί από τα λοιπά όμοια ελατήρια παιχνίδια, τα οποία ωστόσο, δεν έχουν διάτρητο κάθισμα και αποκλείονται πλήρως με τον τρόπο αυτό. Είναι, δηλαδή, μία απαίτηση προφανώς δυσανάλογη με την ανάγκη που η ίδια η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει εν προκειμένω, ήτοι της ποιοτικής και αισθητικής αναβάθμισης μόνο των ως άνω 2 παιδικών χαρών του με ελατήριο παιχνίδι. Σημειωτέον ότι στην σχετική υπ' αριθμόν 17/2019 μελέτη δεν αναφέρεται καμία αιτιολογία ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των ανωτέρω προϊόντων. Αναφέρεται μόνο ότι στόχος είναι η αναβάθμιση και ο εμπλουτισμός των χώρων των παιδικών χαρών με κατάλληλο εξοπλισμό ώστε να γίνει αντικατάσταση του υφιστάμενου επικίνδυνου και μη πιστοποιημένου εξοπλισμού, με παιχνίδια ασφαλή και κατάλληλα, ώστε να αναπτυχθούν ασφαλείς χώροι για παιχνίδι και ξεκούραση. Ο στόχος αυτό δύναται ευχερώς να ικανοποιηθεί και με τα προσφερόμενα εκ μέρους μας προϊόντα, τα οποία αποκλείονται αναίτια από τον διαγωνισμό λόγω των φωτογραφικών τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης. Η βλάβη, λοιπόν, που υφιστάμεθα από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης είναι αυταπόδεικτη, δεδομένου ότι λόγω της φωτογραφικότητας των όρων της διακήρυξης αποκλείονται όλα τα λοιπά προϊόντα της αγοράς μεταξύ των οποίων και αυτά που μπορεί να προσφέρει η εταιρία μας. Τα συγκεκριμένα προϊόντα μπορούν, μάλιστα, να ικανοποιήσουν

Αριθμός απόφασης: 664/2019

πλήρως τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, όπως η ίδια τις προσδιορίζει στα έγγραφα του διαγωνισμού, και να αναβαθμίσουν τις παιδικές χαρές της. Επιπρόσθετα, παρ' ότι ο συγκεκριμένος εξοπλισμός απαιτείται μόνο για τις 2 από τις 11 παιδικές χαρές και όχι για το σύνολο αυτών αποκλείομαι από τον επίμαχο διαγωνισμό στον οποίο δεν μπορώ να λάβω μέρος με πιθανότητες ευδοκίμησης της προσφοράς μου. Και τούτο διότι στο άρθρο 4 της διακήρυξης αναφέρεται ότι είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς για το σύνολο της προμήθειας και τοποθέτησης εξοπλισμού και δαπέδου ασφαλείας. Παρ' ότι, λοιπόν, δεν απαιτείται ο ανωτέρω εξοπλισμός για τις λοιπές 9 παιδικές χαρές αποκλείομαι από το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου λόγω της ανωτέρω φωτογραφικής διάταξης. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, θα πρέπει να ακυρωθεί η τεχνική προδιαγραφή που ορίζει ότι το υπό προμήθεια είδος «παιχνίδι ελατήριο Νηπίων & Παιδών Φωπιζόμενο» πρέπει να έχει βάση διατηρητή σε δύο πλευρές και να έχει διαφορετική λαβή ανάλογα με την ηλικία των παιδιών (3+/6+), δεκτής γενομένης της προδικαστικής προσφυγής μας, άλλως να τροποποιηθεί προκειμένου να τεθούν νέες, μη παραβιάζουσες τις αρχές του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού και της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και κατά τρόπο ώστε να είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς και άλλων αντίστοιχων ελατηρίων παιχνιδιών, ώστε να μπορέσουμε να υποβάλλουμε παραδεκτή προσφορά.»

36. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής εν γένει και ειδικά για τον παραπάνω λόγο της προσφυγής αναφέρει ότι « Κατά τα τελευταία χρόνια και μετά από τραγικά γεγονότα που σημάδεψαν τη λειτουργία των παιδικών χαρών, οι φορείς που τις διαχειρίζονται προχώρησαν σε προσωρινό ή οριστικό κλείσιμό τους μεγάλου αριθμού αυτών. Στο περιβάλλον αυτό γίνεται προσπάθεια από τους φορείς διαχείρισης των παιδικών χαρών για την ασφαλή πάντα λειτουργία τους ή την επαναλειτουργία τους, τοποθετώντας αξιόπιστα και ασφαλή για τους χρήστες (νήπια και παιδιά, στα οποία περιλαμβάνονται και παιδιά ή νήπια με ειδικές ανάγκες) όργανα καθώς και λοιπά στοιχεία – εξοπλισμό για τις παιδικές χαρές, π.χ. δάπεδα ασφαλείας για τις πτώσεις, καθώς τέλος και ασφαλή περιβάλλοντα εσωτερικό και εξωτερικό χώρο των παιδικών χαρών. Απώτερος σκοπός η δημιουργία

Αριθμός απόφασης: 664/2019

ασφαλών χώρων αναψυχής σύμφωνα με τα πρότυπα ασφαλείας που θέτει ο νόμος και η πιστοποίηση και λειτουργία ή επαναλειτουργία των χώρων των παιδικών χαρών. Ο Δήμος μας διαθέτοντας ένα μεγάλο αριθμό παιδικών χαρών, έχει ήδη εγκαταστήσει ασφαλή εξοπλισμό και έχει πιστοποιήσει ήδη 26 παιδικές χαρές από τις συνολικά 68, τις οποίες διαθέτει. Οι λειτουργούσες παιδικές χαρές, συντηρούνται σύμφωνα με τα πρότυπα ασφαλείας που θέτει ο νόμος και επανελέγχονται στα προβλεπόμενα χρονικά πλαίσια ώστε να διαθέτουν διαρκή και συνεχή πιστοποίηση της λειτουργίας τους από τους φορείς πιστοποίησης. Για να καταλήξουμε στο παραπάνω αποτέλεσμα, οι τεχνικές προδιαγραφές οι οποίες τίθενται σε σχετικές διακηρύξεις και αφορούν σε προμήθεια εξοπλισμού παιδικών χαρών και δαπέδων ασφαλείας μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών είναι ακριβείς, πλήρεις και σύμφωνες ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των οργάνων και λοιπών στοιχείων για τη λειτουργία των παιδικών χαρών, ώστε να προμηθευόμαστε τα κατάλληλα όργανα και εξοπλισμό για κάθε παιδική χαρά. Έτσι λοιπόν οι προδιαγραφές οι οποίες τέθηκαν στην 17/2019 μελέτη της ελεγχόμενης διαδικασίας ανάθεσης για την «Προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού και δαπέδου ασφαλείας σε έντεκα (11) παιδικές χαρές του Δήμου ...», προϋπολογισμού συνολικού ποσού 585.904,96 ευρώ, είναι αναλυτικές, σαφείς και πλήρεις ως προς τα απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά και στοιχεία τους, βάσει των κατά περίπτωση προτύπων ασφαλείας EN1176, EN1177 και EN71-3. Ως εκ τούτου διευκολύνεται η συμμετοχή των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων που ενδιαφέρονται να συμμετάσχουν, καθώς γνωρίζουν ακριβώς τι πρέπει να κατασκευάσουν ή και να διαμορφώσουν και να προσφέρουν, ώστε να είναι σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης του διαγωνισμού. Οι προδιαγραφές του εξοπλισμού πρέπει να είναι σαφώς προσδιορισμένες και όχι αόριστες ή ασαφείς, δίνοντας όμως, τη δυνατότητα στους συμμετέχοντες να υποβάλλουν προσφορές για είδη που εμπίπτουν ακριβώς στις προδιαγραφές (συμπεριλαμβανομένων και των καθορισμένων αποκλίσεων) της διακήρυξης. Ο φορέας της ανάθεσης θα πρέπει να προσδιορίζει με ακρίβεια το τι ζητάει, πόσο μάλλον όταν πρόκειται για την ασφάλεια και την προστασία χαμηλών ηλικιακών ομάδων (νηπίων και παιδιών). Αυτό έπραξε

Αριθμός απόφασης: 664/2019

και ο Δήμος ... με τη συγκεκριμένη μελέτη. Με τον ίδιο τρόπο ενεργούν και άλλοι Δήμοι (παραθέτουμε συνημμένα σχετικές διακηρύξεις με τεχνικές προδιαγραφές). Ο Δήμος ... μάλιστα είναι από τους λίγους δήμους, ο οποίος θέτει ένα μεγάλο όριο ανοχής $\pm 15\%$ στα στοιχεία κατασκευής του εξοπλισμού, ώστε να ευνοείται όσο το δυνατό περισσότερο η συμμετοχή των οικονομικών φορέων, οι οποίοι δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο της ανάθεσης. Απόδειξη αυτού αποτελεί ότι από τα πενήντα οκτώ (58) συνολικά ζητούμενα όργανα και δάπεδα ασφαλείας του διαγωνισμού μόνο για δύο συγκεκριμένα και μάλιστα για ελάχιστα τεχνικά στοιχεία αυτών, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται δυσκολία στη συμμετοχή της. Η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται δυσκολία για τα δύο συγκεκριμένα όργανα που προσδιορίζει στην προσφυγή της, όμως και πάλι όπως αναφέρει η ίδια για ελάχιστα και συγκεκριμένα τεχνικά στοιχεία αυτών. Είναι γνωστό στις διαγωνιστικές διαδικασίες γενικά αλλά και για τη συγκεκριμένη με το συγκεκριμένο αντικείμενο, ότι ο κάθε ενδιαφερόμενος έχει αρκετές εναλλακτικές για τη συμμετοχή του. Το ότι προσδιορίζονται με τόση σαφήνεια, ακρίβεια και λεπτομέρεια τα τεχνικά χαρακτηριστικά των ειδών του διαγωνισμού, δίνει τη δυνατότητα στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς (όπως και για την προσφεύγουσα εταιρεία), για όποιο είδος δεν διαθέτουν, να πράξουν ως εξής:

- Να **κατασκευάσουν**, να πιστοποιήσουν και να προσφέρουν το προϊόν αν δεν το διαθέτουν ήδη. Η προσφεύγουσα δηλώνει ότι είναι παραγωγός – κατασκευαστής.
- Να **προσαρμόσουν** προϊόντα κατασκευή τους, να τα πιστοποιήσουν και να τα προφέρουν, αφού επικαλούνται και οι ίδιοι στην προσφυγή τους ότι ελάχιστα στοιχεία από τα ζητούμενα διαφέρουν από τα υπάρχοντα προϊόντα τους.
- Να **παραγγείλουν**, αγοράσουν και μεταπωλήσουν στο φορέα ανάθεσης από τρίτο κατασκευαστή τον ζητούμενο από τη διακήρυξη εξοπλισμό. Εδώ για παράδειγμα η προσφεύγουσα θα μπορούσε κάλλιστα να αγοράσει τα δύο επίμαχα είδη από την εταιρεία, την οποία κατονομάζει ως αποκλειστικό διανομέα (σελ.32 προσφυγής) και να τα μεταπωλήσει στο Δήμο. **Αυτό αποδεικνύεται και από τα ίδια τα συνημμένα στην προσφυγή απαντητικά emails των κατασκευαστών με αριθμούς Σχετικού εγγράφου 3 και 9 της προσφεύγουσας.**
- Να **παραγγείλουν**, με

Αριθμός απόφασης: 664/2019

τις απαραίτητες προσαρμογές ώστε να συμφωνούν με τις τεχνικές προδιαγραφές των ειδών της διακήρυξης, ν' αγοράσουν και μεταπωλήσουν στο φορέα ανάθεσης από τρίτο κατασκευαστή, τον ζητούμενο από τη διακήρυξη εξοπλισμό. Η προσφεύγουσα μάλιστα επικαλείται σωρεία (αναφέροντας μάρκες προϊόντων που αφορούν στα επίμαχα είδη), ειδών-εξοπλισμού που θα μπορούσαν να προσαρμοστούν στις απαιτήσεις της διακήρυξης. Επίσης κάθε ενδιαφερόμενος έχει τη δυνατότητα να συμμετάσχει μέσω δημιουργίας ένωσης οικονομικών φορέων αν δυσκολεύεται για τη συμμετοχή και για οποιοδήποτε λόγο, σε κάποια είδη. Τα παραπάνω είναι ενδεικτικά αναφερόμενα και όχι περιοριστικά καταρρίπτοντας το επιχείρημα της προσφεύγουσας για δυσκολία συμμετοχής αναφορικά με τα δύο είδη που κατονομάζει. Δηλαδή τα υπόλοιπα πενήντα έξι (56) του διαγωνισμού τα διαθέτει ως κατασκευαστής ή κάποια θα τα προμηθευτεί από τρίτους με έναν από τους παραπάνω ενδεικτικούς τρόπους; Και αν ναι γιατί δεν το πράττει και για τα δύο είδη που επικαλείται αδυναμία ή δυσχέρεια; Επισημαίνουμε ότι κανείς άλλος ενδιαφερόμενος οικονομικός στο διαγωνισμό φορέας έθεσε παρόμοιο ζήτημα, ούτε καν σχετικό ερώτημα. **Προς απόδειξη του αβάσιμου και αναληθούς της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας «...» επικαλούμαστε και επισυνάπτουμε στο παρόν δύο στοιχεία δημόσια ελεύθερα προσπελάσιμα στο διαδίκτυο και συγκεκριμένα: α) τη διακήρυξη του Δήμου ... με αριθμό ΑΔΑΜ:..., όπως αυτή αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και β) την απόφαση με αριθμό .../2019 της υπ. Αριθμ. .../26-02-2019 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., με ΑΔΑ:... όπως αυτή αναρτήθηκε στο πρόγραμμα ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 26-02-2019. Το είδος του ΑΤ10-ΤΡ4 «ΑΤ10– ΤΡ4 Τραμπάλα ελατηρίου δύο χρήσεων» όπως περιγράφεται στη σελίδα 38 της προαναφερόμενης διακήρυξης του Δήμου ..., είναι ακριβώς το ίδιο ζητούμενο προϊόν με το είδος «ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΝΗΠΙΩΝ ΚΑΙ ΠΑΙΔΩΝ ΦΩΤΙΖΟΜΕΝΟ», για το οποίο επικαλείται φωτογραφικές προδιαγραφές και αδυναμία να το προσφέρει στη διακήρυξη του Δήμου ..., λαμβανομένου υπόψη της ανοχής του $\pm 15\%$ στα επιμέρους στοιχεία των οργάνων στη διακήρυξη του Δήμου Στο συγκεκριμένο διαγωνισμό του Δήμου ..., στον οποίο**

Αριθμός απόφασης: 664/2019

το κριτήριο ανάθεσης ήταν η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά μόνο βάσει τιμής στο σύνολο των ειδών της προμήθειας, σύμφωνα με την προαναφερόμενη απόφαση με αριθμό 051/2019 του Δήμου Σπάτων – Αρτέμιδος, μοναδικός και προσωρινός ανάδοχος ανακηρύχθηκε η προσφεύγουσα εταιρεία «...» έναντι ποσού συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντα ΦΠΑ τα 661.065.27 ευρώ. Αυτό σημαίνει ότι ένα από τα δύο είδη που αναφέρει στην προσφυγή της και για τα οποία επικαλείται αδυναμία να συμμετάσχει, το έχει ήδη προσφέρει ακριβώς το ίδιο προϊόν στον παραπάνω διαγωνισμό του Δήμου ... στο οποίο ανακηρύχτηκε ανάδοχη. Γιατί λοιπόν επικαλείται αδυναμία για τη συμμετοχή της στον ελεγχόμενο διαγωνισμό του Δήμου ... τη στιγμή που έχει προσφέρει ακριβώς το ίδιο προϊόν, πρόσφατα σε άλλο Δήμο; Γιατί στον συγκεκριμένο διαγωνισμό δεν προσέφυγε για τον ίδιο λόγο αναφορικά με το προαναφερόμενο προϊόν; Το γεγονός δε ότι στο διαγωνισμό του Δήμου ... έχει τεθεί υψηλότερο ποσό ενδεικτικού προϋπολογισμού για το είδος «ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΝΗΠΙΩΝ ΚΑΙ ΠΑΙΔΩΝ ΦΩΤΙΖΟΜΕΝΟ» μεγιστοποιεί τη δυνατότητα και την ευκαιρία για την κατασκευή ή προσαρμογή παρόμοιου είδους από την πλευρά των συμμετεχόντων και κυρίως αν είναι οι ίδιοι κατασκευαστές. Συνοψίζοντας, οι τιθέμενες στο διαγωνισμό τεχνικές προδιαγραφές των ειδών ευνοούν την συμμετοχή έχοντας πάντα υπόψη τις ενδεικτικά αναφερόμενες εναλλακτικές επιλογές των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων.»

37. Επειδή η παρεμβαίνουσα ειδικά επί του παραπάνω λόγου της προσφυγής αναφέρει ότι « ... η προσφεύγουσα ο έχει ή προσφέρει σε δύο προηγούμενους διαγωνισμούς προμήθειας και ειδικότερα στο διαγωνισμό του Δήμου ..., όπου έκανε επίσης προδικαστική προσφυγή, που αφορούσε την απόρριψη της προσφοράς της και ουδέποτε κινήθηκε κατά των όρων της διακήρυξης και στο διαγωνισμό του Δήμου ..., όπου έχει κηρυχθεί ανάδοχος εταιρεία. Στους ανωτέρω διαγωνισμούς προσέφερε το εν λόγω προϊόν με ακριβώς τα ίδια χαρακτηριστικά και τεχνική περιγραφή όπως στον διαγωνισμό του Δήμου»

Αριθμός απόφασης: 664/2019

38. Επειδή στο άρθρ. **14.3 Τεχνική Ικανότητα και Επαγγελματική Ικανότητα** της διακήρυξης ορίζεται ότι «*Η Τεχνική Ικανότητα αποδεικνύεται σωρευτικά με τους παρακάτω τρόπους: α) Κατάλογος με τρεις (3) σχετικές με την παρούσα σύμβαση προμήθειες εξοπλισμού παιδικών χαρών που εκτελέστηκαν την τελευταία τριετία (2016, 2017 & 2018 και όχι υποχρεωτικά σε διαφορετικά έτη), συνοδευόμενες από συστάσεις ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης αυτών (από δημόσιο ή και ιδιωτικό φορέα), β) Λεπτομερής περιγραφή των τεχνικών χαρακτηριστικών για κάθε προσφερόμενο είδος, Επίσης θα αναφέρονται: 1. Χώρα προέλευσης - κατασκευής, 2. Κατασκευαστικός - Προμηθευτικός Οίκος. 3. Τύπος ή μοντέλο προσφερομένου είδους. γ) Υπεύθυνη δήλωση στην οποία να δηλώνεται: - ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των προσφερομένων ειδών είναι σύμφωνες και πληρούν τα οριζόμενα στο άρθρο 1 της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων της 17/2019 μελέτης ή αναφέρονται τα τυχόν σημεία διαφοροποίησής τους προκειμένου να αξιολογηθούν από την επιτροπή του διαγωνισμού, - ότι τα υπό προμήθεια είδη είναι σύμφωνα με τα πρότυπα EN1176 για τα όργανα και σύμφωνα με τα πρότυπα EN1176, EN1177 και EN71-3 για τα ελαστικά δάπεδα ασφαλείας, καθώς και ότι διαθέτουν το αντίστοιχο πιστοποιητικό συμμόρφωσης, - ότι η εγκατάσταση θα γίνει σύμφωνα με πρότυπα EN1176 για τα όργανα και σύμφωνα με τα πρότυπα EN1176, EN1177 και EN71-3 για τα ελαστικά δάπεδα ασφαλείας - ότι θα διαθέσουν τα απαραίτητα μέσα και το απαραίτητο προσωπικό έτσι ώστε να εκτελέσουν τόσο τις εργασίες αποξήλωσης του υφιστάμενου εξοπλισμού, όσο και τις εργασίες εγκατάστασης του νέου εξοπλισμού και των πλακιδίων ασφαλείας (συμπεριλαμβανομένων των υποβάσεων τους). - ότι εγγυάται την καλή λειτουργία των οργάνων για δύο (2) τουλάχιστον έτη από την οριστική παραλαβή τους (ή για όσα έτη ορίζεται διαφορετικά ανά είδος στις τεχνικές προδιαγραφές των ειδών στην 17/2019 μελέτη), καθώς και την δωρεάν αποκατάσταση βλαβών που δεν θα οφείλονται σε κακούς χειρισμούς ή κακή μεταχείριση τους. - ότι μετά την ολοκλήρωση της εγκατάστασης των οργάνων, θα παραδοθούν στον Δήμο τα βιβλία συντηρήσεων και τα εγχειρίδια περιοδικής συντήρησής τους. Όλα τα παραπάνω απαιτούμενα της παρούσας παραγράφου 14.3 προσκομίζονται στο*

Αριθμός απόφασης: 664/2019

υποφάκελο τεχνικής προσφοράς κατά την ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής της προσφοράς των συμμετεχόντων, μαζί με τα λοιπά απαιτούμενα που ορίζονται στην 17/2019 μελέτη (υπεύθυνες δηλώσεις, πιστοποιητικά εξοπλισμού κ.λπ.)» Ακολούθως, στο άρθ. 14.5 **Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων** ορίζεται «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 14.2 του παρόντος άρθρου και τα κριτήρια που σχετίζονται με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 14.3 του παρόντος άρθρου, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς....» Περαιτέρω, στο άρθ. 15 : **Κανόνες προκαταρκτικής απόδειξης επιλογής – αποδεικτικά μέσα** ορίζεται ότι «15.1 Προς προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 13 της διακήρυξης και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής της παραγράφου 14.1, 14.2 ή και της 14.5 (εφόσον εμπíπτουν) του άρθρου 14 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) (ESPD), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν.1599/1986....» Εν συνεχεία, στο άρθ. 17.2 **Τεχνική Προσφορά** προβλέπεται ότι «...Με την ηλεκτρονική τεχνική προσφορά του ο συμμετέχων υποβάλλει ηλεκτρονικά όλα τα απαιτούμενα έγγραφα τα οποία αφορούν στην τεχνική του προσφορά, δηλαδή οποιοδήποτε τεχνικό ή άλλο στοιχείο (π.χ. Υπεύθυνες Δηλώσεις, προδιαγραφές κ.λ.π.) απαιτείται από την 17/2019 μελέτη της Δ/σης Περιβάλλοντος & Ποιότητας Ζωής/Τμήμα Διαχείρισης Πρασίνου & Παιδικών χαρών να προσκομιστεί κατά το στάδιο της αρχικής ηλεκτρονικής υποβολής στο στάδιο Δικαιολογητικά /Τεχνική προσφορά με την τεχνική προσφορά του συμμετέχοντα, ώστε να ελεγχθούν από την επιτροπή αξιολόγησης, τα απαιτούμενα της παραγράφου 14.3, καθώς

Αριθμός απόφασης: 664/2019

και τα απαιτούμενα πιστοποιητικά της παραγράφου 14.4 της παρούσας διακήρυξης...»

39. Επειδή, στον λόγο Γ της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά των παραπάνω όρων της διακήρυξης ισχυρίζεται ότι προσκρούουν στα άρθ. 78, 79 και 94 του ν. 4412/2016, την ΚΟ 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ και στην αρχή της διαφάνειας, και είναι ακυρωτέοι διότι «...*Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή, όπως προαναφέρθηκε, απαιτεί την υποβολή δικαιολογητικών στον φάκελο της τεχνικής προσφοράς, που αφορούν στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του οικονομικού φορέα, καθώς και στα προϊόντα που προτίθεται να προσφέρει. Με τον τρόπο αυτό η διακήρυξη παραβιάζει ευθέως τη διάταξη του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής **το μόνο που οφείλουν οι οικονομικοί φορείς να προσκομίσουν για τα κριτήρια επιλογής είναι η δήλωση πλήρωσής τους στα έντυπα υπευθύνων δηλώσεων Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ. και όχι αυτά καθαυτά τα ίδια τα αποδεικτικά των μέσα.** Εξάλλου, από τη διάταξη του άρθρου 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016 παρέχεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να ζητεί σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο την υποβολή όλων ή ορισμένων δικαιολογητικών, σε περίπτωση, όμως, που προκύψει κάποιος λόγος σχετικός με την αποτελεσματικότητα της αξιολόγησης και τη διακρίβωση της ορθότητας και αλήθειας των δηλούμενων στο Ε.Ε.Ε.Σ. και όχι σε οποιαδήποτε περίπτωση και πριν τον έλεγχο του Ε.Ε.Ε.Σ. Η ευχέρεια αυτή δεν δύναται να φθάνει στο σημείο να τίθεται ως εξαρχής απαίτηση ήδη με τη διακήρυξη, καταργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο είτε εν όλω είτε επιλεκτικά ως προς συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής και λόγους αποκλεισμού τον καταρχήν κανόνα της προκαταρκτικής απόδειξης που θεσπίζει η διάταξη του άρθρου 79 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016 (βλ. παρακ. ΑΕΠΠ 921/2018). Στην προκειμένη, μάλιστα, περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί μόνο την υποβολή δικαιολογητικών και τίποτα άλλο. Δεν αναφέρει, δηλαδή, ότι θα πρέπει να συμπληρωθεί συγκεκριμένο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. για την απόδειξη της τεχνικής – επαγγελματικής ικανότητας. Περαιτέρω, ο κανόνας της προκαταρκτικής απόδειξης συνιστά έναν ενωσιακό κανόνα διεξαγωγής των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και μεταθέτει την οριστική απόδειξη των*

Αριθμός απόφασης: 664/2019

εκεί δηλουμένων μόνο στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου.... Συνεπώς, και εκ του νομοθετικού σκοπού και της σημασίας που έχει το σύστημα προκαταρκτικής απόδειξης προκύπτει ότι αποτελεί αναγκαστικού δικαίου κανόνα, του οποίου η υιοθέτηση δεν ανάγεται σε απλή δυνατότητα ή ευχέρεια των αναθετουσών αρχών. Η αντίθετη δε ερμηνεία, πέραν του ότι δεν έχει έρεισμα στη διατύπωση του οικείου εθνικού και ενωσιακού κανόνα, θα κατέληγε εν τοις πράγμασι στη ματαίωση του παραπάνω νομοθετικού σκοπού εν τέλει της ίδιας της διάταξης και του συστήματος προκαταρκτικής απόδειξης, αφού οι αναθέτουσες αρχές θα μπορούσαν να το παρακάμπτουν με διαφορετικές προβλέψεις στη διακήρυξη, οπότε και θα ίδρυσαν εκ νέου πλήρη και οριστική απόδειξη ήδη με την προσφορά....4. ...με τον υπ' αριθμόν 14.3 όρο της διακήρυξης για την τεχνική – επαγγελματική ικανότητα καλούνται οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να υποβάλουν με την τεχνική προσφορά τους στοιχεία που αφορούν στην εμπειρία τους και στις τεχνικές προδιαγραφές των προϊόντων που προτίθενται να προσφέρουν στον επίμαχο διαγωνισμό. Με την ανωτέρω διατύπωση του όρου της διακήρυξης συγχέεται το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας με τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς του υποψηφίου. Λόγω της ανωτέρω σύγχυσης του κριτηρίου της τεχνικής – επαγγελματικής ικανότητας και των στοιχείων της τεχνικής προσφοράς **δεν καθίσταται δυνατό να γνωρίζουμε εκ των προτέρων εάν μπορούμε να στηριχθούμε σε τρίτους και για ποια από τα στοιχεία, που τίθενται στον υπ' αριθμόν 14.3 όρο της διακήρυξης.** Ειδικότερα, παρ' ότι ο νόμος παρέχει τη δυνατότητα στήριξης σε τρίτους οικονομικούς φορείς αναφορικά με την οικονομική και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, από τη διακήρυξη προκύπτει ότι μπορούμε να στηριχθούμε σε τρίτο οικονομικό φορέα και για τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς μας. Και αυτό γιατί στον υπ' αριθμόν 14.5 όρο της διακήρυξης γίνεται παραπομπή στον όρο 14.3 της διακήρυξης, όπου, δηλαδή, αναφέρονται στοιχεία της εμπειρίας των υποψηφίων, αλλά και στοιχεία των τεχνικών προδιαγραφών των προσφερόμενων προϊόντων. Πλην, όμως, επί των στοιχείων τεχνικής προσφοράς, ήτοι στοιχείων που αφορούν αυτό καθαυτό το προϊόν και όχι το πρόσωπο του προσφέροντος δεν νοείται κατ' άρθρο 78 του ν. 4412/2016

Αριθμός απόφασης: 664/2019

τέτοια στήριξη σε τρίτο... Όλα τα ανωτέρω έχουν ως αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό, δεδομένου ότι δεν καθορίζονται με σαφήνεια οι όροι του και για τον λόγο αυτό κινδυνεύουμε να υποβάλουμε μη παραδεκτή προσφορά, ενώ ταυτόχρονα παραβιάζεται η αρχή της διαφάνειας, που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. ... »

40. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι « **Γ. Για το Γ μέρος της προσφυγής** Σχετικά με τα στοιχεία που ζητούνται με τις παραγράφους: 14.3 Τεχνική Ικανότητα και Επαγγελματική Ικανότητα, καθώς όμως και 14.4 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης (τα οποία τελευταία και δεν αναφέρει στην προσφυγή της η προσφεύγουσα), της διακήρυξης, λόγω της φύσης και του αντικειμένου της ανάθεσης, η οποία απαιτεί εξοπλισμό ασφαλή σύμφωνα με τα πρότυπα ασφαλείας καθώς και αποδεδειγμένη προηγούμενη εμπειρία για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή γνωστοποίησε τίμια και ξεκάθαρα εξ' αρχής μέσω της διακήρυξης **με υπογραμμίσεις επί των ειδικότερων τιθέμενων όρων σε κάθε μία από τις ανωτέρω παραγράφους**, χωρίς καμία διάκριση απέναντι στους συμμετέχοντες, την πρόθεσή της, ότι τα συγκεκριμένα ζητούμενα στοιχεία θα αξιολογηθούν άμεσα από την Επιτροπή διαγωνισμού κατά το στάδιο Δικαιολογητικά/Τεχνική προσφορά. Τα παραπάνω στοιχεία αφορούν σε εμπειρία, τεχνικά στοιχεία της προσφοράς, καθώς και τις απαιτούμενες κατά ISO πιστοποιήσεις. Για τον παραπάνω λόγο δεν ζητούνται στο ΕΕΕΣ (δεν θα μπορούσαν να ζητούνται να δηλωθούν και εκεί) καθώς ζητούνται άμεσα με την ηλεκτρονική τεχνική προσφορά των συμμετεχόντων. Τα απαιτούμενα στοιχεία αναλυτικότερα αφορούν: α) Μόνο κατάλογο παρόμοιων συμβάσεων, τον οποίο ούτως ή άλλως θα δήλωναν στο ΕΕΕΣ, συνοδευόμενα από συστάσεις καλής εκτέλεσης. β) Τεχνική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών. γ) Υπεύθυνη δήλωση με την οποία να δηλώνονται η συμφωνία των ειδών και της εγκατάστασής τους με τα εκ του νόμου πρότυπα ασφαλείας, ότι θα διαθέσουν τα απαιτούμενα μέσα και προσωπικό, οι εγγυήσεις καλής λειτουργίας, παραδόσεις εγχειριδίων κ.λπ.. δ) Τα απαιτούμενα κατά ISO πιστοποιητικά ποιότητας και περιβαλλοντικής

Αριθμός απόφασης: 664/2019

διαχείρισης. Τα παραπάνω ζητούμενα δεν επιφέρουν **καμία οικονομική επιβάρυνση** ούτε δυσχέρεια για την συμμετοχή ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα καθώς, α) την τεχνική τους περιγραφή των ειδών ούτως ή άλλως οφείλουν να αναλύσουν κατά το πρώτο στάδιο του διαγωνισμού, β) τα δηλούμενα στην Υπεύθυνη δήλωση είναι ανέξοδα, γ) τα πιστοποιητικά ISO θα πρέπει να διαθέτουν ήδη για τη συμμετοχή τους, δ) για τις παρόμοιες συμβάσεις ζητείται μόνο ένας απλός κατάλογος (λίστα) και ε) οι συστάσεις καλής εκτέλεσης αν δεν διατίθενται ήδη μπορούν απλά να ζητηθούν-αιτηθούν για τη χορήγησή τους είτε από ιδιωτικό είτε από δημόσιο φορέα και μέσω και ενός απλού email **ανέξοδα**. Όσα εξ αυτών επιτρέπεται από τις διατάξεις του Ν.4412/2016, βεβαίως οι συμμετέχοντες μπορούν να επικαλεστούν στήριξη σε ικανότητες τρίτου φορέα π.χ. τις παρόμοιες συμβάσεις ή το απαιτούμενο προσωπικό ή μέσα. Η διακήρυξη στην παράγραφο 14.5 το αναφέρει όπως το αναφέρει και η ίδια η προσφεύγουσα στην προσφυγή της. Η αναθέτουσα αρχή ούτως ή άλλως έχει το δικαίωμα να ζητήσει όσα εκ των παραπάνω στοιχείων επιθυμεί ή όλα για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας, όπως αναφέρεται στην υποπαράγραφο 16.2.6 της διακήρυξης του διαγωνισμού και όπως αναφέρει στην προσφυγή της και η ίδια η προσφεύγουσα. Η αναθέτουσα αρχή αντί αυτού γνωστοποίησε εξ αρχής την πρόθεση της μέσω της διακήρυξης χωρίς να τα ζητάει και ως προκαταρκτική δήλωση μέσω του ΕΕΕΣ. Περαιτέρω δηλώθηκε στην διακήρυξη η συγκεκριμένη απαίτηση και στην παράγραφο 17.2 στην οποία ορίζεται ρητά **ως όρος της διακήρυξης** μεταξύ άλλων: «Με την ηλεκτρονική τεχνική προσφορά του ο συμμετέχων υποβάλλει ηλεκτρονικά όλα ..., τα απαιτούμενα της παραγράφου 14.3, καθώς και τα απαιτούμενα πιστοποιητικά της παραγράφου 14.4 της παρούσας διακήρυξης.»

40. Επειδή το άρθ. 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

Αριθμός απόφασης: 664/2019

ανάπτυξης.Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων ...».

41. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 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 σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : ...ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης..... ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης,... ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, ... ιε)τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς ...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κλπ.)...».

42. Επειδή στο άρθ. 54 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται 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

Αριθμός απόφασης: 664/2019

το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση,.... 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».. ...»

43. Επειδή στο άρθρ. 75 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ...γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, ... καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. [...]. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή

Αριθμός απόφασης: 664/2019

εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος....».

44. Επειδή στο άρθ. 78 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : « 1. Όσον αφορά τα κριτήριασχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.... Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. ...»

45. Επειδή στο άρθ. 79 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: ...β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 γ) κατά περίπτωση,

Αριθμός απόφασης: 664/2019

τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή,απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82. ...»

46. Επειδή στο άρθ. 80 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : « 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη ...της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82.... 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών....» Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» : «Μέρος II: Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού

Αριθμός απόφασης: 664/2019

φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία ...ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται : ... ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα»

47. Επειδή, στο άρθρο 94 παρ. 4 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Περιεχόμενο φακέλου «Τεχνική Προσφορά»» ορίζεται ότι «...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...»

48. Επειδή, στο άρθρο 100 παρ. 2, 4, 6 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών» ορίζεται ότι «...2. Τα επιμέρους στάδια στην ανοικτή διαδικασία ...όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) Αποσφραγίζεται ο κυρίως φάκελος προσφοράς, ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής στην ανοικτή διαδικασία, καθώς και ο φάκελος

Αριθμός απόφασης: 664/2019

της τεχνικής προσφοράς, εφόσον προβλέπεται η υποβολή της στα έγγραφα της σύμβασης, μονογράφονται δε και σφραγίζονται από το αρμόδιο όργανο όλα τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται κατά το στάδιο αυτό και η τεχνική προσφορά, ανά φύλλο..... β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης.6. Τα παραπάνω οριζόμενα στις παραγράφου 1 έως 3 προσαρμόζονται για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, ...».

49. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

50. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσομένης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητούνται

Αριθμός απόφασης: 664/2019

από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως η αιτούσα αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πλησσόμενου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει αυτή τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και με δικά της κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣΤΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣΤΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕΦΑΘ 491/2011, ΔΕΦΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕΦΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣΤΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20).

51. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι οι πλησσόμενοι όροι των προς προμήθεια ειδών αποτελούν φωτογραφική περιγραφή των προϊόντων τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μία συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία και ίδια το γεγονός της ταύτισης των πλησσομένων προδιαγραφών με προϊόντα της εν λόγω εταιρείας δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι προδιαγραφές είναι φωτογραφικές (*ad hoc* ΔΕΦΑΘ 296/2013, 885/2012 (ασφ.), ΣΤΕ ΕΑ 9/2015, 676/2011, 429, 1140, 1024, 1025, 836/2010, 829, 201/2007).

52. Επειδή ακόμη, και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, ο γενικός και αόριστος ισχυρισμός της αιτούσας ότι οι πλησσόμενοι όροι των προς προμήθεια ειδών αποτελούν φωτογραφική περιγραφή των προϊόντων τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μία συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία απορρίπτονται ως προεχόντως απαράδεκτοι επειδή είναι αόριστοι, αναπόδεικτοι και ανυποστήρικτοι, εφόσον δεν γίνεται προσκόμιση και επίκληση στοιχείων

Αριθμός απόφασης: 664/2019

προς απόδειξη της πραγματικής βάσης του ισχυρισμού τούτου, και ιδία αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι το αναφερόμενο ως φωτογραφιζόμενο προϊόν και μόνον αυτό διαθέτει τις πλησσόμενες προδιαγραφές (ad hoc ΣτΕ ΕΑ 836, 429, 1025, 1140/2010, 474/2009, 1317/2007).

53. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει ή να μπορεί να προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

Αριθμός απόφασης: 664/2019

54. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004). Ειδικότερα, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23).

55. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί παράβασης νόμου, όσο σοβαροί και εάν είναι και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

56. Επειδή είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής και περαιτέρω αόριστος, αναπόδεικτος και αβάσιμος, ο λόγος Α 2.1 της προσφυγής (σκέψη 31), με τον οποίο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των διαστάσεων μήκους, πλάτους, ύψους, χώρου ασφαλείας και ύψους πτώσης του είδους *16 διπλό χωροδικτύωμα*. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, δηλώνει ότι προτίθεται να προσφέρει οποιοδήποτε από τα είδη της που κατονομάζει στην προσφυγή, τα οποία όμως όλα διαθέτουν μικρότερες διαστάσεις μήκους, ή/και πλάτους, ή/και ύψους, ή/και χώρου ασφαλείας και όλα μεγαλύτερο ύψος πτώσης σε σχέση με τις απαιτούμενες διαστάσεις βάσει του πλησσόμενου ως φωτογραφικού όρου 16 της Η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση του όρου 16 της ... αποκλειστικά και μόνον ως προς τις τεθείσες διαστάσεις μήκους, πλάτους, ύψους, χώρου ασφαλείας και κρίσιμου ύψους πτώσης, επικαλούμενη ότι υφίσταται βλάβη ακριβώς επειδή λόγω των πλησσόμενων τεχνικών προδιαγραφών τα προϊόντα της δεν πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Ωστόσο, εν πρώτοις, η προσφεύγουσα προσβάλλει την τεχνική

Αριθμός απόφασης: 664/2019

προδιαγραφή του ύψους πτώσης <60 εκ. βασιζόμενη στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι η συγκεκριμένη προδιαγραφή έχει τεθεί κατά τρόπο απόλυτο και απαρέγκλιτο. Όμως, όπως ρητώς και σαφώς προβλέπεται στον όρο 1.5 της ... (σκέψη 30) : **1.5 ΑΠΟΚΛΙΣΕΙΣ...** σε περίπτωση που οι αποδεκτές αποκλίσεις στο ύψος πτώσης των εξοπλισμών, οδηγούν σε αύξηση του ύψους αυτού σε σχέση με το αναγραφόμενο στην μελέτη, αυτό θα συνεπάγεται και την αντίστοιχη αύξηση του πάχους του προσφερόμενου δαπέδου, ώστε οι επιφάνειες απορρόφησης κραδασμών να πληρούν τις απαιτήσεις του ύψους πτώσης των εξοπλισμών, χωρίς επιπλέον οικονομική επιβάρυνση προς τον Δήμο. Για τα ανωτέρω, ο συμμετέχων θα πρέπει να δεσμεύεται με σχετική υπεύθυνη δήλωση, επί ποινή αποκλεισμού. Επομένως, και εφόσον η προσφεύγουσα δεν έχει αμφισβητήσει την νομιμότητα, ισχύ και δεσμευτικότητα του παραπάνω όρου 1.5 περί επιτρεπτών αποκλίσεων ύψους πτώσης, επομένως απαραδέκτως, άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ ζημίας και βλάβης και περαιτέρω αβασίμως στρέφεται κατά της τεθείσας προδιαγραφής ύψους πτώσης. Και τούτο δεδομένου ότι βάσει του όρου 1.5 της ..., οποιοδήποτε ύψος πτώσης γίνεται αποδεκτό υπό τις προϋποθέσεις του όρου 1.5 ο οποίος όρος δεν αμφισβητείται. Για τον λόγο αυτό είναι απαράδεκτος, αβάσιμος και απορριπτός άνευ ετέρου και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί φωτογραφικής προδιαγραφής, δεδομένου ότι η απαίτηση ύψους πτώσης δεν έχει τεθεί κατά τρόπο αποκλειστικό αλλά αντίθετα κατά τρόπο ώστε παραδεκτά να υποβάλλονται προσφορές υπό οποιαδήποτε εκδοχή ύψους πτώσης. Για τους λόγους αυτούς είναι απορριπτός ο λόγος Α 2.1 της προσφυγής στο μέτρο που στρέφεται κατά της τεχνικής προδιαγραφής περί ύψους πτώσης ως απαραδέκτως, άνευ εννόμου συμφέροντος βλάβης και ζημίας προβαλλόμενος και ως αβάσιμος, επί εσφαλμένης προϋπόθεσης ερειδόμενος. Περαιτέρω, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα πλήσσει τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές, διότι ακόμη και αν ήθελε κριθεί αποδεκτό και βάσιμο το αίτημα της προσφυγής και ακόμη και αν ήθελε ακυρωθούν οι συγκεκριμένες πλησόμενες τεχνικές προδιαγραφές διαστάσεων του διπλού χωροδικτυώματος, όμως και πάλι τα κατονομαζόμενα στην προσφυγή προϊόντα της προσφεύγουσας θα παρέμεναν αποκλειστέα,

Αριθμός απόφασης: 664/2019

και η επικαλούμενη βλάβη της θα παρέμενε ακεραία, δεδομένου ότι τα προϊόντα της δεν πληρούν αποδεδειγμένα έτερη μη πλησσόμενη αποδεκτή και παραδεκτή από την ίδια την προσφεύγουσα τεχνική προδιαγραφή. Και συγκεκριμένα : Το διπλό χωροδικτύωμα της εταιρίας ... το οποίο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι προτίθεται πλην εμποδίζεται να προσφέρει, ως προδιαγράφεται από την κατασκευάστρια εταιρεία στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο στον οποίο παραπέμπει η προσφυγή (σελ. 14) ήτοι στο ... , εκτύπωση του οποίου προσκομίζεται μετ' επικλήσεως ως Σχετ. 4, αναφέρει χωρητικότητα *περίπου 48 χρηστών*, η οποία υπολείπεται της απαιτούμενης χωρητικότητας των 60 παιδιών-χρηστών σύμφωνα με τον πλησσόμενο όρο 16 της ..., ο οποίος όμως δεν προσβάλλεται και είναι αποδεκτός ως προς την συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή. Γίνεται μάλιστα μεία ότι η μη αμφισβητούμενη τεχνική προδιαγραφή χωρητικότητας δεν επιδέχεται καμίας ανεκτής διακύμανσης, δεδομένου ότι ο όρος 1.5 της ... είναι ο μόνος όρος της διακήρυξης ο οποίος προβλέπει μεν ανεκτές αποκλίσεις σε σχέση με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, αλλά μόνο ως προς τις *διαστάσεις των παιχνιδιών και των χώρων ασφαλείας* (σκέψη 30), αποκλεισμένων των αποκλίσεων σε σχέση με τις λοιπές τεχνικές προδιαγραφές και εν προκειμένω τη χωρητικότητα του χωροδικτύωματος. Περαιτέρω, το διπλό χωροδικτύωμα της εταιρίας ... το οποίο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι προτίθεται πλην εμποδίζεται να προσφέρει, ως προδιαγράφεται από την κατασκευάστρια εταιρεία στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο στον οποίο παραπέμπει η προσφυγή (σελ. 15) ήτοι στο ..., εκτύπωση του οποίου προσκομίζεται μετ' επικλήσεως ως Σχετ. 5, αναφέρει *χωρητικότητα 24-30 παιδιά*, η οποία υπολείπεται της απαιτούμενης χωρητικότητας των 60 παιδιών-χρηστών σύμφωνα με τον πλησσόμενο όρο 16 της ΕΣΥ, ο οποίος όμως δεν προσβάλλεται και είναι αποδεκτός ως προς την συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή κατά τα ως άνω αναφερόμενα. Περαιτέρω, και καθόσον αφορά στα λοιπά δύο επικαλούμενα στην προσφυγή είδη ως αποκλειόμενα λόγω των πλησσόμενων προδιαγραφών διαστάσεων, ήτοι τα διπλά χωροδικτύωματα των κατασκευαστριών εταιρειών ... και ..., ουδόλως προκύπτει από τα προσκομιζόμενα τεχνικά φυλλάδια, ή άλλως, η χωρητικότητα τούτων, ενώ

Αριθμός απόφασης: 664/2019

ούτε η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τα προϊόντα αυτά πληρούν την τεθείσα τεχνική προδιαγραφή χωρητικότητας 60 παιδιών ως απαιτείται από την διακήρυξη. Συνεπώς αλυσιτελώς, αβασίμως και περαιτέρω αορίστως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι υφίσταται βλάβη, λόγω αποκλεισμού των τεσσάρων ειδών της που κατονομάζει στην προσφυγή, διότι δεν προέκυψε αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του επικαλούμενου αποκλεισμού της και των πλησσομένων τεχνικών προδιαγραφών διαστάσεων μήκους πλάτους ύψους επιφάνειας ασφαλείας και ύψους πτώσης. Και τούτο διότι, ως προς μεν τα δύο πρώτα είδη της απεδείχθη ότι τούτα ούτως ή άλλως αποκλείονται διότι δεν πληρούν έτερη τεχνική προδιαγραφή την οποία δεν αμφισβητεί η προσφεύγουσα, ήτοι την απαίτηση χωρητικότητας 60 παιδιών, ενώ τα δύο άλλα είδη της ουδόλως απεδείχθη ότι πληρούν όλες τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, πλην των πλησσομένων απαιτήσεων διαστάσεων και ίδια δεν απεδείχθη ότι πληρούν την απαιτούμενη χωρητικότητα 60 παιδιών, η οποία δεν αμφισβητείται.

57. Επειδή εξ άλλου, επιπροσθέτως και ανεξαρτήτως της σκέψης 56, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και αναπόδεικτος ο ισχυρισμός της προσφυγής ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές διαστάσεων του είδους 16 διπλό χωροδικτύωμα είναι φωτογραφικές και έχουν τεθεί αποκλειστικά και μόνον υπέρ της παρεμβαίνουσας, φερομένης ως αποκλειστικής αντιπροσώπου του κατασκευαστικού οίκου ..., ο οποίος κατά την προσφεύγουσα είναι ο μόνος ο οποίος κατασκευάζει διπλό χωροδικτύωμα με τις επίμαχες διαστάσεις το οποίο προμηθεύει μόνον προς την παρεμβαίνουσα, με κωδικό αριθμό προϊόντος ..., προσκομίζοντας με αριθ. Σχετ. 1 το τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος Εν πρώτοις, όπως βάσιμα αναφέρει η παρεμβαίνουσα, ουδόλως προκύπτει από τα προσκομιζόμενα με την προσφυγή έγγραφα ότι η παρεμβαίνουσα είναι η αποκλειστική αντιπρόσωπος του οίκου ..., υπό την έννοια ότι ουδείς έτερος οικονομικός φορέας στην Ελλάδα δεν δικαιούται και αποκλείεται της εισαγωγής ή/και της εμπορίας εντός της χώρας των προϊόντων της Ειδικότερα, 1) με την από 3-12-2018 δημόσια επιστολή της απευθυνόμενη σε όποιον ήθελε αφορά, προσκομιζόμενη με την προσφυγή και επικαλούμενη με αριθ. Σχετ. 2, η ...

Αριθμός απόφασης: 664/2019

βεβαιώνει ότι η παρεμβαίνουσα είναι προμηθεύτρια των προϊόντων της ... στην Ελλάδα, είναι εξουσιοδοτημένη όπως την εκπροσωπεί στην Ελλάδα, όπως πωλεί προωθεί και εγκαθιστά τα προϊόντα της, ως επίσης και όπως τα προσφέρει σε δημόσιους διαγωνισμούς και σε ιδιώτες αγοραστές, και ότι εγγυάται όπως προμηθεύει την παρεμβαίνουσα με γνήσια ανταλλακτικά των προϊόντων της, και ii) Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα προσκομίζει και επικαλείται με αριθ. Σχετ. 3, ιδιωτική αλληλογραφία μεταξύ ενός φυσικού προσώπου και της ..., χωρίς να διευκρινίζεται στην προσφυγή εάν η προσφεύγουσα δικαιούται όπως δημοσιοποιεί περαιτέρω και ίδια ενώπιον της ΑΕΠΠ ιδιωτικά έγγραφα τρίτων περί εμπορικών δοσοληψιών τους, ούτε με ποιόν τρόπο η ίδια η προσφεύγουσα έγινε κοινωνός της εν λόγω ιδιωτικής αλληλογραφίας ούτε εάν δικαιούται κατά νόμον και ίδια εάν πότε και πώς της έχει επιτραπεί από τους υπογράφοντες την εν λόγω αλληλογραφία, ή με ποιόν έτερο νόμιμα προβλεπόμενο τρόπο δικαιούται όπως κάνει χρήση αυτής. Ειδικότερα, δεν προκύπτει εάν η εν λόγω προσκομιζόμενη και επικαλούμενη αλληλογραφία, συνιστά νόμιμα προσκομιζόμενο αποδεικτικό μέσο, καθώς δεν προκύπτει ότι προσκομίζεται σύμφωνα με τα νόμιμα ισχύοντα και χωρίς να προσκρούει στις διατάξεις των άρθ. 9, 9 Α, 14,19, 25 παρ. 1 του Συντάγματος, άρθ. 370 Α του Ποινικού Κώδικα, άρθ. 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974 και έχει υπερνομοθετική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ.1 του Συντάγματος, τον ν. 2472/1997 *"Προστασία του ατόμου από την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα"*, ως ήδη αντικαταστάθηκε με τον Κανονισμό ΕΕ 2016/679 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 27ης Απριλίου 2016, για την *προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών και την κατάργηση της οδηγίας 95/46/ΕΚ (Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων)*, τον ν. 3471/2006 *"Προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών"* ως ισχύει (βλ. ΑΠ Ολομ. 1/2017 με διακρίσεις επί των μορφών προστασίας, και παραπομπές σε εθνική, ευρωπαϊκή και διεθνή νομολογία).

Αριθμός απόφασης: 664/2019

Σε κάθε περίπτωση πάντως, αλυσιτελώς προσκομίζεται η εν λόγω αλληλογραφία, δεδομένου ότι αναφέρεται σε είδη, εκ των οποίων κανένα δεν φέρει τον κωδικό προϊόντος ... ήτοι κανένα δεν συμπίπτει με το φερόμενο ως φωτογραφικό προϊόν και συνεπώς ουδέν αποδεικνύει εν σχέσει με την υπό εξέταση διακήρυξη. Συνεπώς, η εν λόγω ηλεκτρονική αλληλογραφία είναι άνευ ετέρου απαράδεκτη διότι δεν προκύπτει ότι προσκομίζεται νομίμως αλλά και περαιτέρω απορριπτέα διότι δεν συσχετίζεται καν με το κρίσιμο εν προκειμένω, φερόμενο ως φωτογραφιζόμενο προϊόν με κωδικό προϊόντος ... της Επιπροσθέτως από το πρώτο ως άνω έγγραφο ουδόλως προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα είναι ο μόνος οικονομικός φορέας που δικαιούται να εισάγει και να εμπορεύεται το φερόμενο ως φωτογραφιζόμενο προϊόν της Και τούτο διότι η ύπαρξη εξουσιοδότησης της ... στο πρόσωπο της προσφεύγουσας να *πωλεί, προωθεί και εγκαθιστά τα προϊόντα* της, ως επίσης και να τα *προσφέρει σε δημόσιους διαγωνισμούς και σε ιδιώτες αγοραστές*, δεν μπορεί κατά νόμο να αποκλείσει και δεν αποκλείει την δυνατότητα της προσφεύγουσας να προμηθεύεται και να εμπορεύεται το επίμαχο προϊόν στην Ελλάδα σύμφωνα με τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και του ελευθέρου εμπορίου, στα πλαίσια παράλληλης εισαγωγής ή άλλου τρόπου αγοράς του συγκεκριμένου προϊόντος. Εξ άλλου, και ανεξαρτήτως των νόμιμων και θεμιτών τρόπων διάθεσης του συγκεκριμένου φερομένου ως φωτογραφιζομένου είδους, ουδόλως απεδείχθη ότι το συγκεκριμένο τούτο προϊόν είναι το μόνο και αποκλειστικό προϊόν που κυκλοφορεί στην Ελλάδα και πληροί τις πλησσόμενες τεχνικές προδιαγραφές αποκλειομένου παντός άλλου. Και τούτο ίδια επειδή i) Το γεγονός ότι κανένα από τα είδη τα οποία η προσφεύγουσα κατονομάζει στην προσφυγή της ότι προτίθεται να προσφέρει δεν πληροί τις πλησσόμενες τεχνικές προδιαγραφές δεν αρκεί αφ' εαυτού όπως αποδείξει ότι και κανένα άλλο εμπορικά διαθέσιμο στην αγορά διπλό χωροδικτύωμα δεν πληροί επίσης τις πλησσόμενες προδιαγραφές διαστάσεων, και ii) Από απλή έρευνα στις επίσημες ιστοσελίδες των αναφερομένων στην προσφυγή κατασκευαστών οίκων ..., ..., ..., ως οι ηλεκτρονικές τους διευθύνσεις αναφέρονται στην προσφυγή, προέκυψε ότι άπασες κατασκευάζουν πολλούς τύπους και πολλών

Αριθμός απόφασης: 664/2019

διαστάσεων διπλά χωροδικτυώματα, πέραν εκείνων που δηλώνει ότι προτίθεται να προσφέρει η προσφεύγουσα, η οποία ουδόλως ισχυρίζεται ότι οι συγκεκριμένοι κατονομαζόμενοι κατασκευαστές οίκοι δεν προσφέρουν είδος εντός των πλησσομένων προδιαγραφών διαστάσεων και iii) Ως αποδείχθη από ενδελεχή έρευνα στις επίσημες ιστοσελίδες των ως άνω κατασκευαστών, ο ένας τουλάχιστον και δη η Κομπρα προσφέρει ρητά την δυνατότητα παραγγελίας ακόμη και εξ ολοκλήρου νέων ειδικών προϊόντων προσφέροντας μάλιστα προς τούτο τεχνική, σχεδιαστική και αρχιτεκτονική πλήρη υποστήριξη (...). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει, όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, ότι για κάποιον νόμιμο λόγο αποκλείεται η προσφορά προϊόντος με τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές διαστάσεων, είτε κατόπιν παραγγελίας του στην δηλούμενη συνεργάτιδά της εταιρεία ..., είτε ακόμη και ιδιοκατασκευής αυτού στις εγκαταστάσεις της προσφεύγουσας ως κατασκευάστριας οργάνων για παιδικές χαρές (σελ. 4 της προσφυγής), είτε και με αγορά του από την εταιρεία ... στην οποία δεν προκύπτει ότι αποτάνθηκε προς σκοπούμενη προμήθεια του επίμαχου διπλού χωροδικτυώματος. Συγχρόνως δε δεν αποδείχθηκε ότι ετέθησαν φωτογραφικά οι συγκεκριμένες απαιτήσεις διαστάσεων υπέρ συγκεκριμένου είδους το οποίο κατασκευάζεται και μπορεί να κατασκευάζεται αποκλειστικά και μόνον από την εταιρεία ..., ούτε αποδείχθηκε ότι η εταιρεία ... προμηθεύει αποκλειστικά και μόνον την παρεμβαίνουσα. Αντίθετα μάλιστα, ως προκύπτει από το με ημερομηνία 11-4-2019 έγγραφο της κατασκευάστριας ... προς τον Δήμο ..., το οποίο προσκομίζει μετ' επικλήσεως η παρεμβαίνουσα, η κατασκευάστρια ... εξουσιοδότησε έτερη τρίτη εταιρεία όπως προσφέρει τα προϊόντα της στον οικείο διαγωνισμό. Επομένως, παρίσταται απορριπτέος ως απαράδεκτος, αόριστος και περαιτέρω αβάσιμος και αναπόδεικτος ο λόγος Α.2.1 της προσφυγής περί φωτογραφικών προδιαγραφών υπέρ της παρεμβαίνουσας (βλ. και σκέψεις 51 και 52). Περαιτέρω είναι απορριπτέος ο υπό εξέταση λόγος Α. 2. 1. της προσφυγής ως απαράδεκτος, διότι: i) η προσφεύγουσα επιχειρεί να διαμορφώσει τους επίμαχους όρους της διακήρυξης με συγκεκριμένο τρόπο που ευθέως πλην απαραδέκτως εξυπηρετεί δικές της

Αριθμός απόφασης: 664/2019

επαγγελματικές ανάγκες, επιλογές και δυνατότητες, και δη την επιδίωξή της όπως προμηθεύσει μικρότερο διπλό χωροδικτύωμα από το απαιτούμενο, πράγμα ευθέως αντίθετο με τις ανάγκες και επιλογές της αναθέτουσας αρχής (ΣΤΕ ΕΑ 581/2008, ΕΑ ΣΤΕ 307/2007 και παραπάνω σκέψη 50). **ii)** Διότι υπεισέρχεται απαραδέκτως στην σκοπιμότητα αυτή καθ' εαυτή επιλογής των επίμαχων όρων διαστάσεων του επίμαχου είδους 16, η οποία σκοπιμότητα δεν ελέγχεται ακυρωτικά (ΣΤΕ ΕΑ 1208/2006, 303, 960, 965/2007, 1317/2007, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006, 1245/2006, 1140/2010, 1024/2010). Συγκεκριμένα εν προκειμένω, απαραδέκτως αμφισβητείται η σκοπιμότητα επιλογής της αναθέτουσας αρχής, όπως προμηθευτεί και τοποθετήσει διπλό χωροδικτύωμα με τις συγκεκριμένες διαστάσεις, σύμφωνα με την Μελέτη της διακήρυξης, η οποία φέρεται ειδικά επί του συγκεκριμένου χώρου όπου θα τοποθετηθεί, ήτοι στην Παιδική Χαρά ... (σελ. 13 της διακήρυξης είδος με α/α 16), συγκεκριμένης συνολικής επιφάνειας (σελ. 8 της διακήρυξης), και τούτο, κατόπιν σχετικού σχεδιασμού τόσο διάταξης των λοιπών οργάνων όσο και του επίμαχου διπλού χωροδικτυώματος στον συγκεκριμένο χώρο. Σε κάθε περίπτωση, η εν γένει διαχείριση των δημοτικών χώρων ιδιοκτησίας της αναθέτουσας αρχής (Παιδικές Χαρές) και η εκτίμηση περί χωροταξικής βέλτιστης εκμετάλλευσης των διατιθέμενων επιφανειών με τοποθέτηση οργάνου με τις συγκεκριμένες μεγαλύτερες διαστάσεις και όχι με τις μικρότερες διαστάσεις που επιθυμεί η προσφεύγουσα, προς εξυπηρέτηση του μέγιστου δυνατού αριθμού παιδιών ανάγεται σε κατ' εξοχήν θέμα σκοπιμότητας εφ' ού δικαιούται η ίδια η αναθέτουσα αρχή όπως αποφασίζει κυριαρχικά. Συναφώς είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο το αίτημα της προσφυγής να ακυρωθούν οι επίμαχες απαιτήσεις διαστάσεων του επίμαχου οργάνου, έτσι ώστε να μπορεί να προσφέρει όργανο μικρότερων διαστάσεων, το οποίο θα υποχρέωνε –αν γινόταν δεκτό- την αναθέτουσα αρχή να μεταβάλει χωρίς νόμιμη αιτία τον σχεδιασμό, την χωροθέτηση και την κυριαρχική της αξιολόγηση περί της βέλτιστης αξιοποίησης της επιφάνειας της Παιδικής Χαράς ..., όπου θα τοποθετηθεί το επίμαχο όργανο. Για τον λόγο αυτό το αίτημα της προσφυγής είναι απαράδεκτο ως υπεισερχόμενο σε θέματα σκοπιμότητας και διαχείρισης των πόρων της αναθέτουσας αρχής και

Αριθμός απόφασης: 664/2019

κυριαρχικού προσδιορισμού των ποσοτικών και ποιοτικών αναγκών της, τα οποία επί πλέον δεν ελέγχονται ακυρωτικά. Η αναθέτουσα αρχή κρίνοντας ελεύθερα διαμόρφωσε, ως δικαιούται κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της, τους όρους της διακήρυξης και τούτο μάλιστα χωρίς να προσκρούει ούτε σε νόμο ούτε στις αρχές της αναλογικότητας της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων. Συνεπώς και για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί ο υπό εξέταση λόγος Α.2.1 της προσφυγής ως απαραδέκτως άνευ εννόμου συμφέροντος, αλυσιτελώς, άνευ βλάβης και περαιτέρω αβασίμως και αναποδείκτως ασκηθείς.

58. Επειδή κατόπιν των σκέψεων 56, 57, και 58 παρέλκει ως απαραδέκτος άνευ εννόμου συμφέροντος και βλάβης και περαιτέρω ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών της προσφυγής και ίδια η εξέταση της έτερης πλησσόμενης τεχνικής προδιαγραφής, ως εκτενώς αναφέρεται στην σκέψη 60. Παρά ταύτα, και ανεξαρτήτως τούτου, είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής και περαιτέρω άοριστος, αναπόδεικτος και αβάσιμος, ο λόγος Α 3 της προσφυγής (σκέψη 35), με τον οποίο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά ορισμένων μορφολογικών χαρακτηριστικών του είδους *31 παιχνίδι ελατηρίου νηπίων και παιδων φωτιζόμενο*. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, δηλώνει ότι προτίθεται πλην εμποδίζεται να προσφέρει προϊόν κατασκευής της *ΤΑΛΑΝΤΕΥΟΜΕΝΟ ΖΩΑΚΙ ΜΕ ΓΕΝΝΗΤΡΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΦΩΤΙΣΜΟΥ* προσκομίζοντας και επικαλούμενη με αριθ. Σχετ. 10 και ορθότερα 12, τεχνικά στοιχεία και εικόνες παιχνιδιών με μορφή διάφορων ζώων, τα οποία φέρονται στην προσφυγή να *πληρούν όλες τις απαιτήσεις της διακήρυξης* πλην της πλησσόμενης μορφολογίας της οποία αιτείται την ακύρωση, επικαλούμενη ότι υφίσταται βλάβη ακριβώς επειδή λόγω της πλησσόμενης μορφολογίας του παιχνιδιού 31, τα προϊόντα της δεν πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Όμως, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα πλήσσει την επίμαχη μορφολογία του παιχνιδιού 31, διότι ακόμη και αν ήθελε κριθεί αποδεκτό και βάσιμο το αίτημα της προσφυγής και ακόμη και αν ήθελε ακυρωθεί η απαίτηση της συγκεκριμένης μορφολογίας του παιχνιδιού 31, όμως και πάλι τα κατονομαζόμενα στην προσφυγή προϊόντα της προσφεύγουσας θα παρέμεναν αποκλειστέα, και η επικαλούμενη βλάβη της θα παρέμενε ακεραία,

Αριθμός απόφασης: 664/2019

δεδομένου ότι τα προϊόντα της δεν πληρούν αποδεδειγμένα έτερες μη πλησσομένες αποδεκτές και παραδεκτές από την ίδια την προσφεύγουσα τεχνικές προδιαγραφές. Και συγκεκριμένα : Όλα τα παιχνίδια ελατηρίου τα οποία προτίθεται να προσφέρει η προσφεύγουσα (παιχνίδι αλογάκι, ψαράκι, βέσπα, ιππόκαμπος, γαϊδουράκι, γατάκι, σκυλάκι το τεχνικό φυλλάδιο των οποίων προσκομίζει), είναι παιχνίδια τα οποία προσφέρονται από την κατασκευάστρια προσφεύγουσα ως «ελατηριωτά μίας θέσεως παιδων» αντιδιαστελλόμενα των «ελατηριωτών μίας θέσεως νηπίων», ως εμφανίζεται στην επίσημη ιστοσελίδα της (...). Δεδομένου δε ότι ως νήπιο ορίζεται το παιδί από 1 έως 5 ετών, προκύπτει ότι τα προϊόντα που προτίθεται να προσφέρει η προσφεύγουσα ήτοι τα «ελατηριωτά μίας θέσεως παιδων» αλλά και τα λοιπά προϊόντα της του τύπου αυτού που κατασκευάζει, ήτοι τα «ελατηριωτά μίας θέσεως νηπίων» απευθύνονται έκαστο σε διαφορετικές ηλικιακές ομάδες παιδιών ήτοι αντιστοίχως σε *παιδιά* άνω των 5 ετών και σε *νήπια* κάτω των 5 ετών. Όμως, ως ρητώς και σαφώς περιγράφεται στην ... της Μελέτης της διακήρυξης (σκέψη 34) το παιχνίδι ελατηρίου 31 απαιτείται να είναι κατάλληλο ασφαλές δυνάμενο να χρησιμοποιείται αδιακρίτως από παιδιά που ανήκουν και στις δύο ηλικιακές ομάδες ήτοι τόσο από νήπια άνω των 3 ετών αλλά και από παιδιά άνω των 6 ετών. Γίνεται μάλιστα μνεία, ότι η μη αμφισβητούμενη τεχνική προδιαγραφή δυνατότητας χρήσης του παιχνιδιού από διαφορετικές ηλικιακές ομάδες παιδιών δεν επιδέχεται καμίας ανεκτής διακύμανσης, δεδομένου ότι ο όρος 1.5 της ... είναι ο μόνος όρος της διακήρυξης ο οποίος προβλέπει μεν ανεκτές αποκλίσεις σε σχέση με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, αλλά μόνο ως προς τις *διαστάσεις των παιχνιδιών και των χώρων ασφαλείας* (σκέψη 30), αποκλειομένων των αποκλίσεων σε σχέση με τις λοιπές τεχνικές προδιαγραφές και εν προκειμένω της δυνατότητας χρήσης του ίδιου παιχνιδιού από διαφορετικές ηλικιακές ομάδες παιδιών (νήπια και παιδιά). Περαιτέρω, τα παιχνίδια ελατηρίου τα οποία προτίθεται να προσφέρει η προσφεύγουσα, ως προδιαγράφονται από την ίδια ως κατασκευάστρια εταιρεία στο προσκομιζόμενο μετ. επικλήσεως σχετικό της 12, απαιτούν χώρο ασφαλείας 279X228, ο οποίος υπολείπεται των διαστάσεων ασφαλείας της διακήρυξης (ΜxΠ 3,64 μ x 3,40 μ), και

Αριθμός απόφασης: 664/2019

διαθέτουν διαστάσεις ΜxΠ 79,3 εκ X 28 εκ., διαφοροποιούμενα -άλλοτε υπολειπόμενα άλλοτε υπερβαλλόντως- των απαιτούμενων διαστάσεων του παιχνιδιού (ΜxΠ 0,64 μ X 0,40 μ), λαμβανομένης υπ' όψιν ακόμη και της ανεκτής απόκλισης των διαστάσεων +/- 15% που προβλέπεται στον όρο 1.5 της ... (σκέψη 30). Συνεπώς αλυσιτελώς και αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι υφίσταται βλάβη, λόγω αποκλεισμού των ειδών της που κατονομάζει στην προσφυγή, διότι δεν προέκυψε αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του επικαλούμενου αποκλεισμού της και της πλησσόμενης τεχνικής προδιαγραφής μορφολογίας του παιχνιδιού 31. Και τούτο διότι απεδείχθη ότι τα κατονομαζόμενα μετ' επικλήσεως είδη της ούτως ή άλλως αποκλείονται διότι δεν πληρούν έτερες τεχνικές προδιαγραφές τις οποίες δεν αμφισβητεί η προσφεύγουσα, ήτοι την απαίτηση καταλληλότητας του παιχνιδιού για χρήση από ηλικιακές ομάδες τόσο νηπίων μέχρι 5 ετών όσο και παιδιών άνω των 6 ετών, και τις απαιτούμενες διαστάσεις μήκους, πλάτους και χώρου ασφαλείας, τα οποία άπαντα δεν αμφισβητούνται με την προσφυγή. Επομένως, και εφόσον η προσφεύγουσα δεν έχει αμφισβητήσει την νομιμότητα, ισχύ και δεσμευτικότητα των παραπάνω μη πλησσόμενων τεχνικών προδιαγραφών και απαιτήσεων του επίμαχου παιχνιδιού 31, αλυσιτελώς άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ ζημίας και βλάβης στρέφεται κατά της τεθείσας προδιαγραφής μορφολογίας του επίμαχου παιχνιδιού, δεδομένου ότι ακόμη και αν γινόταν δεκτό το αίτημα της προσφυγής και ακυρωνόταν η απαίτηση της μορφολογίας του παιχνιδιού 31, όμως και πάλι τα προϊόντα της προσφεύγουσας θα παρέμεναν εκτός των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης. Και τούτο ίδια επειδή, παρά τα αντίθετα που ισχυρίζεται η προσφεύγουσα απεδείχθη ότι τα είδη της δεν πληρούν όλες τις άλλες προδιαγραφές της διακήρυξης πλην της πλησσόμενης μορφολογίας του παιχνιδιού, αλλά αντίθετα απεδείχθη ότι τα προϊόντα της δεν πληρούν ούτε τις ως άνω απαιτήσεις της διακήρυξης περί ηλικιακών ομάδων και διαστάσεων τα οποία δεν αμφισβητεί ούτε πλήσσει η προσφυγή. Συνεπώς η επικαλούμενη βλάβη της προσφεύγουσας δεν συνδέεται αιτιωδώς με τη πλησσόμενη ως φωτογραφική και παράνομη απαίτηση μορφολογίας του παιχνιδιού και για τον

Αριθμός απόφασης: 664/2019

λόγο αυτό είναι απορριπτέος ο λόγος Α 3 της προσφυγής ως αλυσιτελής άνευ αποδεδειγμένης βλάβης και άνευ εννόμου συμφέροντος ασκηθείς.

59. Επειδή εξ άλλου, επιπροσθέτως και ανεξαρτήτως της σκέψης 58, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος και αναπόδεικτος ο ισχυρισμός της προσφυγής ότι η επίμαχη απαίτηση μορφολογίας του επίμαχου παιχνιδιού 31 είναι φωτογραφική και έχει τεθεί αποκλειστικά και μόνον υπέρ της παρεμβαίνουσας, φερομένης ως αποκλειστικής αντιπροσώπου του κατασκευαστικού οίκου ..., ο οποίος κατά την προσφεύγουσα είναι ο μόνος ο οποίος κατασκευάζει **ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΝΗΠΙΩΝ & ΠΑΙΔΩΝ ΦΩΤΙΖΟΜΕΝΟ** με την επίμαχη μορφολογία το οποίο φέρεται να προμηθεύει μόνον προς την παρεμβαίνουσα, με την εμπορική ονομασία Εν πρώτοις, ουδόλως προκύπτει από τα προσκομιζόμενα με την προσφυγή έγγραφα ότι η παρεμβαίνουσα είναι η αποκλειστική αντιπρόσωπος του κατασκευαστικού οίκου, υπό την έννοια ότι ουδείς έτερος οικονομικός φορέας στην Ελλάδα δεν δικαιούται και αποκλείεται της εισαγωγής ή/και της εμπορίας εντός της χώρας του είδους Ειδικότερα, 1) αορίστως και περαιτέρω αβασίμως επικαλείται η προσφεύγουσα ως απόδειξη αποκλειστικότητας, την βράβευση της κατασκευάστριας για το επίμαχο είδος ..., για το σχεδιασμό του προϊόντος, δεδομένου ότι η απλή βράβευση ενός παραγωγού δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου και το αποκλειστικό του δικαίωμα όπως παράγει και εμπορεύεται μόνον αυτός κατ' αποκλεισμό παντός άλλου προϊόντα με τον ίδιο ή παραπλήσιο σχεδιασμό. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ούτε προσκομίζει νομικά έγγραφα όπως δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ή προστασίας βιομηχανικής ιδιοκτησίας, ούτε δικαίωμα εκμετάλλευσης πνευματικής ιδιοκτησίας (copyright), ούτε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο ή δικαίωμα προστασίας βιομηχανικής ή πνευματικής ιδιοκτησίας το οποίο να προσδίδει αποκλειστικό δικαίωμα στην κατασκευάστρια ... όπως κατασκευάζει μόνον αυτή κατ' αποκλεισμό παντός άλλου παιχνιδιού ελατηρίου νηπίων και παιδών φωτιζόμενο με *Φορέα / Κάθισμα: Ο φορέας / κάθισμα είναι διάτρητος σε δύο πλευρές του, σχηματίζοντας χειρολαβές για το χρήστη με όποια φορά και αν κάθεται ενώ στις άλλες δύο πλευρές του υπάρχουν κοιλότητες, κατάλληλες για τη στήριξη των ποδιών. Αναλόγως με την ηλικιακή ομάδα του χρήστη (3+ ή*

Αριθμός απόφασης: 664/2019

6+), δίνεται η δυνατότητα να χρησιμοποιήσει την μεγάλη πλευρά του καθίσματος είτε σαν πλάτη είτε σαν χειρολαβή, ως απαιτείται με την επίμαχη προδιαγραφή 31 της ΕΣΥ, και ii) Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα προσκομίζει και επικαλείται με αριθ. Σχετ. 11, και όχι 9 ως αναφέρει στην προσφυγή, ιδιωτική αλληλογραφία μεταξύ ενός φυσικού προσώπου και της ..., χωρίς να διευκρινίζεται στην προσφυγή εάν η προσφεύγουσα δικαιούται όπως δημοσιοποιεί περαιτέρω και ίδια ενώπιον της ΑΕΠΠ ιδιωτικά έγγραφα τρίτων περί εμπορικών δοσοληψιών τους, ούτε με ποιόν τρόπο η ίδια η προσφεύγουσα έγινε κοινωνός της εν λόγω ιδιωτικής αλληλογραφίας ούτε εάν δικαιούται κατά νόμον και ίδια εάν πότε και πώς της έχει επιτραπεί από τους υπογράφοντες την εν λόγω αλληλογραφία, ή με ποιόν έτερο νόμιμα προβλεπόμενο τρόπο δικαιούται όπως κάνει χρήση αυτής. Ειδικότερα, δεν προκύπτει εάν η εν λόγω προσκομιζόμενη και επικαλούμενη αλληλογραφία, συνιστά νόμιμα προσκομιζόμενο αποδεικτικό μέσο, καθώς δεν προκύπτει ότι προσκομίζεται σύμφωνα με τα νόμιμα ισχύοντα και χωρίς να προσκρούει στις διατάξεις των άρθ. 9, 9 Α, 14,19, 25 παρ. 1 του Συντάγματος, άρθ. 370 Α του Ποινικού Κώδικα, άρθ. 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ), η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974 και έχει υπερνομοθετική ισχύ, σύμφωνα με το άρθρο 28 παρ.1 του Συντάγματος, τον ν. 2472/1997 "Προστασία του ατόμου από την επεξεργασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα", ως ήδη αντικαταστάθηκε με τον Κανονισμό ΕΕ 2016/679 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 27ης Απριλίου 2016, για την προστασία των φυσικών προσώπων έναντι της επεξεργασίας των δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και για την ελεύθερη κυκλοφορία των δεδομένων αυτών και την κατάργηση της οδηγίας 95/46/ΕΚ (Γενικός Κανονισμός για την Προστασία Δεδομένων), τον ν. 3471/2006 "Προστασία δεδομένων προσωπικού χαρακτήρα και της ιδιωτικής ζωής στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών" ως ισχύει (βλ. ΑΠ Ολομ. 1/2017 με διακρίσεις επί των μορφών προστασίας, και παραπομπές σε εθνική, ευρωπαϊκή και διεθνή νομολογία). Συνεπώς, η εν λόγω ηλεκτρονική αλληλογραφία είναι άνευ ετέρου απαράδεκτη διότι δεν προκύπτει ότι προσκομίζεται νομίμως. Εξ άλλου ουδόλως απεδείχθη ότι η παρεμβαίνουσα

Αριθμός απόφασης: 664/2019

είναι ο μόνος οικονομικός φορέας που δικαιούται να εισάγει και να εμπορεύεται το φερόμενο ως φωτογραφιζόμενο προϊόν Αντίθετα μάλιστα, ως προκύπτει από το με ημερομηνία 11-4-2019 έγγραφο της κατασκευάστριας ... προς τον Δήμο ..., το οποίο προσκομίζει μετ' επικλήσεως η παρεμβαίνουσα, η κατασκευάστρια εξουσιοδότησε έτερη τρίτη εταιρεία όπως προσφέρει τα προϊόντα της κατασκευάστριας στον οικείο διαγωνισμό. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και εάν η παρεμβαίνουσα πράγματι είναι η αποκλειστική διανομέας ή αντιπρόσωπος της ... στην Ελλάδα, δεν μπορεί κατά νόμο να αποκλείσει και δεν αποκλείει την δυνατότητα της προσφεύγουσας να προμηθεύεται και να εμπορεύεται : α) Το επίμαχο προϊόν στην Ελλάδα σύμφωνα με τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, του ελεύθερου εμπορίου στα πλαίσια παράλληλης εισαγωγής ή άλλου τρόπου αγοράς του συγκεκριμένου επίμαχου προϊόντος ..., β) Ή άλλο προϊόν που να διαθέτει τον επίμαχο σχεδιασμό ο οποίος δεν απεδείχθη ότι κατ' αποκλειστικότητα ανήκει ως αντικείμενο βιομηχανικής ή πνευματικής ιδιοκτησίας στην ... ή σε άλλον δικαιούχο. Εξ άλλου και ανεξαρτήτως των νόμιμων και θεμιτών τρόπων διάθεσης του συγκεκριμένου φερομένου ως φωτογραφιζομένου είδους, ουδόλως απεδείχθη ότι το συγκεκριμένο τούτο προϊόν είναι το μόνο και αποκλειστικό προϊόν που κυκλοφορεί στην Ελλάδα και πληροί την πλησσόμενη διαμόρφωση, αποκλειομένου παντός άλλου. Και τούτο ιδία επειδή : ι) Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ούτε αποδεικνύει, όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, ότι για κάποιον νόμιμο λόγο αποκλείεται η προσφορά προϊόντος με την επίμαχη διαμόρφωση με αγορά του από την εταιρεία ... στην οποία δεν προκύπτει ότι αποτάθηκε. Συγχρόνως, δεν αποδείχθηκε ότι ετέθη φωτογραφικά η συγκεκριμένη απαίτηση διαμόρφωσης υπέρ του συγκεκριμένου προϊόντος ... ούτε ότι τούτο κατασκευάζεται και μπορεί να κατασκευάζεται αποκλειστικά και μόνον από την εταιρεία ..., ούτε αποδείχθηκε ότι η εταιρεία ... προμηθεύει αποκλειστικά και μόνον την παρεμβαίνουσα, ούτε ότι η προσφεύγουσα ως κατασκευάστρια οργάνων Παιδικής Χαράς δεν δικαιούται όπως ιδιοκατασκευάσει το επίμαχο είδος με την διαμόρφωση που περιγράφεται στον πλησσόμενο όρο 31 της ΕΣΥ. Συνεπώς, παρίσταται απορριπτέος ως

Αριθμός απόφασης: 664/2019

απαράδεκτος, αόριστος και περαιτέρω αβάσιμος και αναπόδεικτος ο λόγος Α 3 της προσφυγής περί φωτογραφικών προδιαγραφών υπέρ της παρεμβαίνουσας (βλ. και σκέψεις 51 και 52). Εξ άλλου προκύπτει από τα έγγραφα που προσκόμισε μετ' επικλήσεως η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα, ότι παρά τα αντίθετα που ισχυρίζεται η προσφεύγουσα περί αδυναμίας της όπως προσφέρει το είδος 31 της ΕΣΥ με την συγκεκριμένη απαιτούμενη διαμόρφωση, και περί φωτογραφικής υπέρ της παρεμβαίνουσας διατύπωσης της πλησσομένης διαμόρφωσης αυτού, η ίδια η παρεμβαίνουσα έχει ήδη προσφέρει σε άλλους διαγωνισμούς είδος με ακριβώς την ίδια πλησσομένη διαμόρφωση και σχεδιασμό, κατά τρόπο ώστε αυταποδείκτως να είναι απορριπτέοι οι παραπάνω ισχυρισμοί της περί φωτογραφικότητας υπέρ της παρεμβαίνουσας. Ειδικότερα, στην προσκομιζόμενη μετ' επικλήσεως από την αναθέτουσα αρχή διακήρυξη με αριθ. 675/37069/18-12-2018 διακήρυξη του Δήμου ..., μεταξύ άλλων ειδών προκηρύχθηκε και η προμήθεια του είδους *AT10-TP4 Τραμπάλα ελατηρίου δύο χρήσεων* το οποίο απαιτείται όπως *«Το όργανο αποτελείται από : Έναν φορέα / κάθισμα και βάση. ... Ο φορέας / κάθισμα είναι διάτρητος σε δύο πλευρές του, σχηματίζοντας χειρολαβές για το χρήστη με όποια φορά και αν κάθεται ενώ στις άλλες δύο πλευρές του υπάρχουν κοιλοότητες, κατάλληλες για τη στήριξη των ποδιών. Αναλόγως με την ηλικιακή ομάδα του χρήστη (3+ ή 6+), δίνεται η δυνατότητα να χρησιμοποιήσει την μεγάλη πλευρά του καθίσματος είτε σαν πλάτη είτε σαν χειρολαβή.»* Συνεπώς το αντικείμενο αυτό περιγράφεται με την ίδια διαμόρφωση-σχεδιασμό ως εν προκειμένω το αντικείμενο 31 της ΕΣΥ το οποίο πλήσσει ως προς ακριβώς την αυτή διαμόρφωση-σχεδιασμό του οποίου ζητείται η ακύρωση. Περαιτέρω ως αποδεικνύεται από την με αριθ. 51/2019 απόφαση του Δήμου ..., προσκομιζόμενη μετ' επικλήσεως τόσο από την αναθέτουσα αρχή όσο και από την παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα έλαβε επιτυχώς μέρος στον διαγωνισμό εκείνο και της κατακυρώθηκε η επίμαχη προμήθεια ως προς όλα τα προκηρυχθέντα είδη, συνολικής αξίας 533.117,15 ευρώ. Στον διαγωνισμό εκείνο η ήδη πρισφεύγουσα είχε δηλώσει υπευθύνως με την από από 28-1-2019 υπεύθυνη δήλωσή της προς τον Δήμο ... ότι *«Έχω λάβει γνώση των όρων της διακήρυξης και των τευχών της*

Αριθμός απόφασης: 664/2019

μελέτης και τους αποδέχομαι πλήρως. □ Τα υπό προμήθεια όργανα παιδικής χαράς και δάπεδα ασφαλείας είναι ελληνικής κατασκευής, παραγωγής του εργοστασίου ..., ...□ Όλα τα είδη είναι σύμφωνα με τις προδιαγραφές της μελέτης....», ως αποδεικνύεται από την σχετική υπεύθυνη δήλωση προσκομιζόμενη μετ' επικλήσεως από την παρεμβαίνουσα. Επί πλέον, από την προσκομιζόμενη και επικαλούμενη τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό, η προσφεύγουσα φέρεται να προσφέρει το αντικείμενο AT10– TP4 Τραμπάλα ελατηρίου δύο χρήσεων με την ίδια ακριβώς πλησσομένη τώρα διαμόρφωση-σχεδιασμό, καθόσον η ίδια περιέγραψε το προσφερόμενο τότε είδος, ως προϊόν δικής της κατασκευής ως εξής «Ο φορέας που αποτελεί και το κάθισμα, είναι διάτρητος σε δύο πλευρές του, σχηματίζοντας χειρολαβές για το χρήστη με όποια φορά και αν κάθεται ενώ στις άλλες δύο πλευρές του υπάρχουν κοιλότητες, κατάλληλες για τη στήριξη των ποδιών. Αναλόγως με την ηλικιακή ομάδα του χρήστη (3+ ή 6+), δίνεται η δυνατότητα να χρησιμοποιήσει την μεγάλη πλευρά του καθίσματος είτε σαν πλάτη είτε σαν χειρολαβή. » (τεχνικές προδιαγραφές-προσφορά της προσφεύγουσας, σελ. 28 αντικείμενο AT10–TP4 Τραμπάλα ελατηρίου δύο χρήσεων). Ήτοι η προσφεύγουσα προσέφερε προϊόν με την ίδια ακριβώς διαμόρφωση-σχεδιασμό το οποίο τώρα πλήσσει ως φωτογραφικό υπέρ της περαμβαίνουσας στην υπό εξέταση διακήρυξη. Επίσης, στην προσκομιζόμενη μετ' επικλήσεως από την παρεμβαίνουσα διακήρυξη με αριθ. .../21-12-2018 του Δήμου ..., μεταξύ άλλων ειδών προκηρύχθηκε και η προμήθεια του είδους 15 Τραμπάλα ελατηρίου φωτιζόμενο το οποίο απαιτείται όπως «Ο φορέας που θα αποτελεί και το κάθισμα, θα είναι διάτρητος σε δύο πλευρές του, σχηματίζοντας χειρολαβές για το χρήστη με όποια φορά και αν κάθεται ενώ στις άλλες δύο πλευρές του θα υπάρχουν κοιλότητες, κατάλληλες για τη στήριξη των ποδιών. Αναλόγως με την ηλικιακή ομάδα του χρήστη (3+ ή 6+), θα δίνεται η δυνατότητα να χρησιμοποιήσει την μεγάλη πλευρά του καθίσματος είτε σαν πλάτη είτε σαν χειρολαβή.» Περαιτέρω ως αποδεικνύεται από την με αριθ. 21-1-2019 Υπεύθυνη Δήλωση της προσφεύγουσας προσκομιζόμενη μετ' επικλήσεως από την παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα δήλωσε υπεύθυνα προς τον Δήμο ... ότι έχει «..λάβει γνώση των τεχνικών

Αριθμός απόφασης: 664/2019

προδιαγραφών, των όρων της διακήρυξης, της μελέτης και των σχετικών με αυτήν διατάξεων και κείμενων νόμων και τους αποδέχομαι πλήρως και ανεπιφύλακτα. □ Η εταιρεία ... δηλώνει ότι τα προσφερόμενα είδη της Διακήρυξης με Αριθμ. Πρωτ. .../21-12-2018 είναι σύμφωνα με τις αντίστοιχες Τεχνικές Προδιαγραφές της Μελέτης .../2018...» Περαιτέρω από την προσκομιζόμενη και επικαλούμενη τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό, η προσφεύγουσα φέρεται να προσφέρει το αντικείμενο 15 με την ίδια ακριβώς πλησσομένη εν προκειμένω διαμόρφωση-σχεδιασμό, το οποίο η ίδια περιγράφει ως προϊόν δικής της κατασκευής ως εξής «Ο φορέας που αποτελεί και το κάθισμα, είναι διάτρητος σε δύο πλευρές του, σχηματίζοντας χειρολαβές για το χρήστη με όποια φορά και αν κάθεται ενώ στις άλλες δύο πλευρές του υπάρχουν κοιλότητες, κατάλληλες για τη στήριξη των ποδιών. Αναλόγως με την ηλικιακή ομάδα του χρήστη (3+ ή 6+), δίνεται η δυνατότητα να χρησιμοποιήσει την μεγάλη πλευρά του καθίσματος είτε σαν πλάτη είτε σαν χειρολαβή. » (τεχνική προσφορά συστήματος, αντικείμενο 15, και τεχνικές προδιαγραφές σελ. 3 από 27, αντικείμενο 15). Συνεπώς το προσφερθέν σε εκείνο τον διαγωνισμό, διατιθέμενο στην αγορά από την προσφεύγουσα αντικείμενο 15 το οποίο περιγράφεται με την ίδια διαμόρφωση-σχεδιασμό ως εν προκειμένω το επίμαχο αντικείμενο 31 της ΕΣΥ, πλήσσει τώρα παρά ταύτα ως μη δυνάμενο όπως διατεθεί τρεχόντως λόγω ακριβώς αυτής ταύτης της διαμόρφωσης-σχεδιασμού της οποίας τώρα ζητείται η ακύρωση. Εν προκειμένω δε δεν χωρεί εφαρμογή της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών, δεδομένου ότι ο εξεταζόμενος ισχυρισμός περί φωτογραφικότητας δεν συσχετίζεται με τις συνθήκες διεξαγωγής των διαγωνισμών, αλλά προϋποθέτει την απόδειξη ενός κρίσιμου πραγματικού δεδομένου της αγοράς και ίδια την απόδειξη του πραγματικού και ουσιαστικού ισχυρισμού και πραγματικού γεγονότος ότι το επίμαχο προϊόν με την συγκεκριμένη επίμαχη πλησσομένη διαμόρφωση-σχεδιασμό διατίθεται στην αγορά κατ' αποκλειστικότητα από ένα συγκεκριμένο κατονομαζόμενο οικονομικό φορέα και εν προκειμένω από την παρεμβαίνουσα. Γεγονός το οποίο εν προκειμένω όχι μόνο δεν απεδείχθη από την προσφεύγουσα, αλλά αντίθετα προέκυψε ότι η ίδια η προσφεύγουσα διαθέτει, προμηθεύει και πωλεί

Αριθμός απόφασης: 664/2019

ήδη στην αγορά -και μάλιστα στα πλαίσια των παραπάνω διαγωνισμών- το ίδιο ακριβώς είδος, δικής της κατασκευής, με την ίδια ακριβώς διαμόρφωση-σχεδιασμό τα οποία εν προκειμένω αβάσιμα αναπόδεικτα και απορριπτέα αμφισβητεί ως φωτογραφικό υπέρ της παρεμβαίνουσας. Αντίθετα όμως, είναι απορριπτέος διότι προσκρούει στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνισμών ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι εφόσον η προσφεύγουσα δεν αμφισβήτησε τους όρους της διακήρυξης του Δήμου ... και αμφισβήτησε την διαδικασία του διαγωνισμού του Δήμου ..., όπου προσέφερε είδη με την ίδια διαμόρφωση ως εν προκειμένω το είδος 31, επομένως πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή. Και τούτο διότι, και αληθής υποτιθέμενος ο ισχυρισμός αυτός συσχετίζεται όμως με τους όρους, τις συνθήκες και τον εν γένει τρόπο διεξαγωγής άλλων διαγωνισμών των οποίων αποκλείεται τόσο η εκτίμηση όσο και η συναγωγή πορισμάτων εν σχέσει με τον υπό εξέταση διαγωνισμό. Περαιτέρω είναι απορριπτέος ο υπό εξέταση λόγος Α3 της προσφυγής ως απαράδεκτος, διότι: **i)** η προσφεύγουσα επιχειρεί να διαμορφώσει τους επίμαχους όρους της διακήρυξης με συγκεκριμένο τρόπο που ευθέως πλην απαραδέκτως εξυπηρετεί δικές της επαγγελματικές ανάγκες, επιλογές και δυνατότητες, ευθέως αντίθετες με τις ανάγκες και επιλογές της αναθέτουσας αρχής (ΣτΕ ΕΑ 581/2008, ΕΑ ΣτΕ 307/2007 και παραπάνω σκέψη 50). **ii)** Διότι υπεισέρχεται απαραδέκτως στην σκοπιμότητα αυτή καθ' εαυτή επιλογής της επίμαχης διαμόρφωσης-σχεδιασμού του είδους 31 η οποία σκοπιμότητα δεν ελέγχεται ακυρωτικά (ΣτΕ ΕΑ 1208/2006, 303, 960, 965/2007, 1317/2007, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006, 1245/2006, 1140/2010, 1024/2010). Συγκεκριμένα εν προκειμένω, απαραδέκτως αμφισβητείται η σκοπιμότητα επιλογής της αναθέτουσας αρχής, όπως προμηθευτεί το πλησσόμενο είδος 31 με την συγκεκριμένη διαμόρφωση, με τις συγκεκριμένες διαστάσεις, προς εξυπηρέτηση διαφόρων ηλικιακών ομάδων παιδιών, σύμφωνα με την Μελέτη της διακήρυξης η οποία προβλέπει ότι «...Ο νέος εξοπλισμός που έχει επιλεγεί περιλαμβάνει ποικιλία δραστηριοτήτων, καλύπτοντας ένα ευρύ φάσμα ηλικιακών ομάδων, όπως π.χ. κούνιες και ελατήρια για νήπια, τραμπάλες και κούνιες για παιδιά διαφορετικών ηλικιακών ομάδων... στην παρούσα μελέτη έχουν ληφθεί υπόψη όλες οι παράμετροι που περιγράφονται αναλυτικά στα

Αριθμός απόφασης: 664/2019

προαναφερόμενα πρότυπα ασφαλείας και την ελληνική νομοθεσία. Συγκεκριμένα:.. Η ποικιλία των παιχνιδιών, ώστε να προσφέρονται εναλλακτικές ευκαιρίες για παιχνίδι και εκπαίδευση, σε πληθώρα ηλικιακών ομάδων...» (σελ. 48, 49 της διακήρυξης, σελ. 9, 10 της Μελέτης). Σε κάθε δε περίπτωση η εν γένει διαχείριση των δημοτικών χώρων ιδιοκτησίας της αναθέτουσας αρχής (Παιδικές Χαρές) και η εκτίμηση περί βέλτιστης επιλογής των υπό προμήθεια ειδών με επιλογή νεωτεριστικών αντικειμένων που εργονομικά εξυπηρετούν περισσότερες ηλικιακές ομάδες και όχι περιοριστικά μία ηλικιακή ομάδα ως επιθυμεί η προσφεύγουσα, προς εξυπηρέτηση του μέγιστου δυνατού αριθμού παιδιών ανάγεται σε κατ' εξοχήν θέμα σκοπιμότητας εφ' ού δικαιούται η ίδια η αναθέτουσα αρχή, όπως αποφασίζει κυριαρχικά. Συναφώς είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο το αίτημα της προσφυγής να ακυρωθεί η επίμαχη απαίτηση διαμόρφωσης-σχεδιασμού του επίμαχου είδους 31, έτσι ώστε να μπορεί να προσφέρει όργανο διαφορετικών διαστάσεων προς εξυπηρέτηση μόνον παιδιών, αποκλεισμένων των νηπίων μέχρι 5 ετών, το οποίο θα υποχρέωνε –αν γινόταν δεκτό- την αναθέτουσα αρχή να μεταβάλει χωρίς νόμιμη αιτία τον σχεδιασμό την χωροθέτηση και την κυριαρχική της αξιολόγηση περί της βέλτιστης αξιοποίησης της επιφάνειας της Παιδικής Χαράς ..., και ... όπου θα τοποθετηθούν τα επίμαχα είδη 31 (σελ. 50 και 52 της διακήρυξης). Για τον λόγο αυτό, το αίτημα της προσφυγής είναι απαράδεκτο ως υπεισερχόμενο σε θέματα σκοπιμότητας και διαχείρισης των πόρων της αναθέτουσας αρχής και κυριαρχικού προσδιορισμού των ποιοτικών αναγκών της, τα οποία επί πλέον δεν ελέγχονται ακυρωτικά. Η αναθέτουσα αρχή κρίνοντας ελεύθερα διαμόρφωσε, ως δικαιούται κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της, τους όρους της διακήρυξης και τούτο μάλιστα χωρίς να προσκρούει ούτε σε νόμο ούτε στις αρχές της αναλογικότητας της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων. Συνεπώς και για τους λόγους αυτούς πρέπει να απορριφθεί ο υπό εξέταση λόγος Α 3 της προσφυγής ως απαραδέκτως άνευ εννόμου συμφέροντος, αλυσιτελώς, άνευ βλάβης και περαιτέρω αβασίμως και αναποδείκτως ασκηθείς.

Αριθμός απόφασης: 664/2019

60. Επειδή κατόπιν των παραπάνω σκέψεων 56, 57, 58, 59, παρίσταται ως άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ βλάβης προβαλλόμενος ο λόγος Γ της προσφυγής. Και τούτο καθόσον, ακόμη και σε περίπτωση ευδοκίμησης αυτού, και ακύρωσης των πλησσομένων όρων 14.3 και 17.2 της διακήρυξης, κατά παραδοχή του συγκεκριμένου λόγου Γ της προσφυγής, όμως, κατόπιν της απόρριψης των παραπάνω λόγων της προσφυγής περί ακύρωσης τεχνικών προδιαγραφών, και δεδομένου ότι η προσφεύγουσα κατ' επιλογή της παρότι μπορούσε όμως δεν υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό, άνευ βλάβης -υπό τις περιστάσεις- στρέφεται κατά των παραπάνω όρων 14.3 και 17.2 της διακήρυξης περί του περιεχομένου του φακέλου τεχνικής προσφοράς και κριτηρίου τεχνικής ικανότητας, από την ακύρωση των οποίων ουδεμία ωφέλεια μπορεί να προσδοκά και ουδεμία βλάβη δύναται να υποστεί. Επ' αυτού έχει ad hoc κριθεί ότι εφόσον ο προσφεύγων δεν έλαβε μέρος στον διαγωνισμό με τον ισχυρισμό ότι ορισμένοι όροι απέκλειαν την συμμετοχή του, και εφόσον κριθούν απορριπτέοι οι λόγοι που βάλουν κατά ενός έστω από τους όρους αυτούς, ο αιτών στερείται πιά εννόμου συμφέροντος να βάλει κατά των λοιπών, αφού ούτως ή άλλως ο όρος αυτός που ίσταται ισχυρός καθιστά πια αδύνατη κατά τους ισχυρισμούς του τη συμμετοχή στον διαγωνισμό (βλ. Φ. Αρναούτογλου *Η Αίτηση Ασφαλιστικών Μέτρων του ν. 3886/2010*, 2^η εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 99, και εκεί αναφερόμενη νομολογία του ΣΤΕ). Εν προκειμένω, και δεδομένου ότι κατόπιν της απόρριψης των λόγων της προσφυγής που στρέφονται κατά των τεχνικών προδιαγραφών 16 και 31, οι οποίες αποκλείουν την προσφεύγουσα του διαγωνισμού στο οποίο επέλεξε όπως μη υποβάλει προσφορά, παρέπεται ότι ουδεμία βλάβη μπορεί -υπό τις περιστάσεις- να υποστεί ούτε ωφέλεια να αποκομίσει από την ακύρωση των πλησσομένων όρων 14.3 περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και 17.3 περί εγγράφων του φακέλου της τεχνικής προσφοράς. Και τούτο επειδή, κατά ρητή ομολογία της στην προσφυγή, η προσφεύγουσα δεν δύναται να υποβάλει προσφορά ισταμένων ισχυρών των παραπάνω τεχνικών προδιαγραφών τις οποίες σε κάθε περίπτωση ως η ίδια σαφώς και ρητώς δηλώνει, ομολογεί και αναλυτικά ιστορεί στην προσφυγή δεν πληροί κανένα από τα προϊόντα της τα

Αριθμός απόφασης: 664/2019

προετίθετο να προσφέρει. Εχει συναφώς ad hoc κριθεί ότι «...Επειδή, μετά την απόρριψη, κατά τα ανωτέρω, των ισχυρισμών της αιτούσης των αναφερομένων σε όρους της διακήρυξης που, αυτοτελώς εφαρμοζόμενοι, καθιστούν, σύμφωνα με όσα η ίδια υποστηρίζει, αδύνατη τη νόμιμη συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό ... είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι οι λόγοι της αιτήσεως που βάλλουν, ..ατά άλλων τεχνικών προδιαγραφών...» (πρβλ. Ε.Α. 829, 621/2009). Περαιτέρω, ενόψει του ότι η συμμετοχή της αιτούσης στο διαγωνισμό καθίσταται, κατά τα ανωτέρω, αδύνατη και για τις τρεις πιο πάνω κατηγορίες εξοπλισμού, ο λόγος της αιτήσεως, με τον οποίο προβάλλεται ότι ο πίνακας της διακήρυξης που καθορίζει τα κριτήρια αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων αντιβαίνει στη διάταξη του άρθρου 20 παρ. 1 του προμνησθέντος Ενιαίου Κανονισμού Προμηθειών ΟΤΑ προβάλλεται ομοίως αλυσιτελώς...» (ΣΤΕ ΑΣΦ 1354/2009), και περαιτέρω ότι «...Επειδή, η αιτούσα ισχυρίζεται, περαιτέρω, ότι στην προδιαγραφή 11 του είδους 36 δεν καθίσταται σαφές εάν η επιφάνεια κατάκλισης της τράπεζας πρέπει να κινείται ηλεκτρικά ή χειροκίνητα και ότι η ασάφεια αυτή επιτρέπει την προσφορά τραπεζών υποδεέστερης τεχνολογίας που χρησιμοποιούν μηχανική κίνηση. Ο λόγος αυτός,είναι απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος μετά την απόρριψη, κατά τα ανωτέρω, των λόγων των αναφερομένων σε όρους της διακήρυξης (προδιαγραφές 1, 3 και 4 του είδους 36) που, αυτοτελώς εφαρμοζόμενοι, καθιστούν, κατά την αιτούσα, αδύνατη τη νόμιμη συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό για το εν λόγω είδος (πρβλ. Ε.Α. 691/2009)....» (ΣΤΕ 829/2009). Συνεπώς είναι απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ βλάβης ο λόγος Γ της προσφυγής καθόσον ουδεμία άμεση προσωπική και πραγματική βλάβη υφίσταται η προσφεύγουσα, ούτε ωφέλεια μπορεί να προσδοκά από την ακύρωση των επίμαχων όρων 14.3 περί κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και 17.3 περί εγγράφων του φακέλου της τεχνικής προσφοράς της διακήρυξης, δεδομένου οι κριθείσες ισχυρές τεχνικές προδιαγραφές των ειδών 16 και 31, αυτοτελώς εφαρμοζόμενες καθιστούν αδύνατη -ως η ίδια ισχυρίζεται- την νόμιμη

Αριθμός απόφασης: 664/2019

συμμετοχή της στον διαγωνισμό (σκέψεις 53, 54, 55 περί εννόμου συμφέροντος)

61. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

62. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

63. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

64. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη 62, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται τη παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στις 19 Ιουνίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Λαμπρινή Φώτη