

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 01.06.2020 με ΓΑΚ 677/02.06.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο ....., όπως νομίμως εκπροσωπείται, κατά του «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην ....., οδός ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 12.06.2020 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί το προσβαλλόμενο υπ' αριθ. πρωτ. 2247/22.05.2020 απόσπασμα από το υπ' αριθ. 11/15.05.2020 πρακτικό της συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, καθώς και το συμπροσβαλλόμενο υπ' αριθ. πρωτ. 2001/07.05.2020 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το μέρος που με αυτά απορρίφθηκε η προσφορά της και έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και

## Αριθμός απόφασης: 839/2020

5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €600,00 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό .....και το από 01.06.2020 αποδεικτικό πληρωμής της ΤΡΑΠΕΖΑΣ ΠΕΙΡΑΙΩΣ).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. 1140/05.03.2020 (ΑΔΑΜ: ..... ) διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό με την ανοικτή διαδικασία για την σύναψη σύμβασης προμήθειας κάτω των ορίων για την «Προμήθεια αναρροφητικού σαρώθρου με παρελκόμενα». Σύμφωνα με τους όρους της ως άνω διακήρυξης, το αντικείμενο της σύμβασης συνίσταται στην προμήθεια ενός αυτοκινούμενου σάρωθρου και τα παρελκόμενα αυτού και κατατάσσεται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): ..... Οι τεχνικές προδιαγραφές του προμηθευόμενου είδους προσδιορίζονται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης με τίτλο «.....». Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 148.180,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς Φ.Π.Α.: 119.500,00 ευρώ). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται τέσσερις (4) μήνες. Οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς όφειλαν να υποβάλλουν τις προσφορές τους ηλεκτρονικά έως τις 03.04.2020. Ως κριτήριο δε ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της τιμής. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α Συστήματος .....και ΑΔΑΜ .....

3. Επειδή, η ηλεκτρονική αποσφράγιση και αξιολόγηση του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική προσφορά» των συμμετεχόντων έλαβε χώρα στις 10.04.2020 και συντάχθηκε το υπ' αριθ. πρωτ. 2001/07.05.2020 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού. Με το εν λόγω πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής τα εξής: (α) Την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

(β) Τον αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας με την εξής αιτιολογία: *«Στην τεχνική προσφορά του «.....» και συγκεκριμένα στην τεχνική περιγραφή στην παράγραφο Μετάδοση Κίνησης αναφέρεται ότι: ...Η εναλλαγή της κίνησης από εμπροσθοπορεία σε οπισθοπορεία γίνεται με τη χρήση δύο εντολών εντός της καμπίνας του χειριστή, μία για την κίνηση προς τα εμπρός και μία για την κίνηση προς τα πίσω.»* Όμως στην παράγραφο 5 των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης αναφέρεται ότι: *«Η μετάδοση κίνησης για την εμπροσθοπορεία και οπισθοπορεία θα επιτυγχάνεται μέσω δύο (2) πεντάλ εντός*

## **Αριθμός απόφασης: 839/2020**

της καμπίνας, ένα για την κίνηση εμπρός και ένα για την κίνηση πίσω.» Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η εναλλαγή της κίνησης από εμπροσθοπορεία σε οπισθοπορεία στο μηχανήμα του προσφέροντος δεν επιτυγχάνεται με την χρήση δύο πεντάλ όπως απαιτείται από την διακήρυξη. Επομένως η τεχνική προσφορά του «.....» δεν πληροί τους όρους της διακήρυξης». Το ως άνω ΠΡΑΚΤΙΚΟ εγκρίθηκε από την Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, με το υπ' αριθ. πρωτ. 2247/22.05.2020 απόσπασμα από το υπ' αριθ. 11/15.05.2020 πρακτικό συνεδρίασης.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 01.06.2020, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, στις 22.05.2020, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στο ΕΣΗΔΗΣ στις 01.06.2020, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού, απορριπτομένου ως αβάσιμου του ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας περί εκπρόθεσμης κατάθεσης αυτής λόγω συμπλήρωσης της 7ης μ.μ. της τελευταίας ημέρας και τούτο διότι η δεκαήμερη προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής δεν λήγει στις 7 μ.μ. της τελευταίας ημέρας της προθεσμίας όπως ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα, αλλά με την πάροδο ολόκληρης της τελευταίας εργάσιμης ημέρας της προθεσμίας. Πράγματι, το άρθρο 8 παρ. 2 της ΥΑ 56902/215/19.5.2017 (ΦΕΚ Β' 1924/2.6.2017) «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.)» που εκδόθηκε βάσει, της νομοθετικής εξουσιοδότησης των άρθρων 36 παρ. 5 και 258 παρ. 10 του ν.

## **Αριθμός απόφασης: 839/2020**

4412/2016, ορίζει ότι: «Τα σχετικά στοιχεία αποστολής, κοινοποίησης, υποβολής ή ανάρτησης που αποτυπώνονται στις αντίστοιχες οθόνες της διεπαφής του χρήστη, και ειδικότερα ο καταγεγραμμένος χρόνος αυτών, αποτελούν απόδειξη επικοινωνίας και διακίνησης εγγράφων μέσω του Συστήματος. Οι σχετικές προθεσμίες αρχίζουν την επομένη της ημέρας της κατά περίπτωση αποστολής, κοινοποίησης ή υποβολής και λήγουν όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και, αν είναι κατά το νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επομένη εργάσιμη». Η περί του αντιθέτου νομολογία που επικαλείται η παρεμβαίνουσα αναφέρεται στο νομοθετικό καθεστώς που ίσχυε προς της εκδόσεως της ΥΑ 56902/215/19.5.2017 (ΦΕΚ Β' 1924/2.6.2017). Όμως με την έκδοση της ΥΑ 56902/215/19.5.2017 (ΦΕΚ Β' 1924/2.6.2017) βάσει της νομοθετικής εξουσιοδότησης των άρθρων 36 παρ. 5 και 258 παρ. 10 του ν. 4412/2016, το ζήτημα ρυθμίστηκε εκ νέου, κατά τρόπο ανταποκρινόμενο ορθότερα στον ηλεκτρονικό τρόπο αποστολής, ανάρτησης και κοινοποίησης εγγράφων μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, με αποτέλεσμα οι σχετικές προθεσμίες να λήγουν πλέον με την πάροδο ολόκληρης της τελευταίας εργάσιμης ημέρας τους.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 02.06.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ.πρωτ. 2644/11.06.2020 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν, η δε προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και εμπροθέσμως το από 26.06.2020 Υπόμνημά της προς αντίκρουση αυτών.

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 02.06.2020, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 12.06.2020 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της

## **Αριθμός απόφασης: 839/2020**

προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει δεκτή η προσφορά της.

8. Επειδή, στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης ορίζεται ότι: «1. Γενικά Στοιχεία. Τα παρακάτω αναφερόμενα στοιχεία είτε αριθμητικά είτε με την έννοια της διαθεσιμότητας συστημάτων χωρίζονται σε δύο κατηγορίες: Αυτά που έχουν την σημασία της ελάχιστης απαίτησης ή της μέγιστης επιτρεπτής τιμής κάποιου μεγέθους & μη εκπλήρωση ή διαθεσιμότητά τους αποτελούν κριτήριο απόρριψης προσφοράς με συνέπεια να μην εξετάζεται καθόλου η οικονομική προσφορά. Επίσης αυτά που η διαθεσιμότητα τους είναι προτίμηση ή επιθυμία της υπηρεσίας. Όπου αναφέρεται περίπου η απόκλιση δεν πρέπει να είναι μεγαλύτερη από +/- 5%... 5. Μετάδοση Κίνησης ... Η μετάδοση κίνησης για την εμπροσθοπορεία και οπισθοπορεία θα επιτυγχάνεται μέσω δύο (2) πεντάλ εντός της καμπίνας, ένα για την κίνηση εμπρός και ένα για την κίνηση πίσω.».

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά अपараδέκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της στρέφεται κατά του αποκλεισμού της και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «[...]6.Εν προκειμένω, ωστόσο, όπως προκύπτει και από την τεχνική προσφορά της εταιρείας μας, καθώς και από τις προσβαλλόμενες πράξεις της αναθέτουσας αρχής, το αναρροφητικό σάρωθρο που προσφέρουμε στην αναθέτουσα αρχή, όχι μόνον πληροί τον όρο του άρθρου 5 του παραρτήματος I της διακήρυξης, αλλά αντιθέτως τον υπερκαλύπτει, αφού διαθέτει σύστημα κίνησης το οποίο είναι τεχνολογικά ανώτερο και πιο σύγχρονο από αυτό που ζητείται ως ελάχιστη τεχνική προδιαγραφή από το άρθρο 5 του παραρτήματος I της διακήρυξης,

## Αριθμός απόφασης: 839/2020

παρέχοντας το ίδιο λειτουργικό αποτέλεσμα, πλην όμως με σαφώς καλύτερες προδιαγραφές ασφαλείας. Συγκεκριμένα: (α) Το αναρροφητικό σάρωθρο που προσφέρει η εταιρεία μας στην αναθέτουσα αρχή επιτυγχάνει απολύτως το ζητούμενο λειτουργικό αποτέλεσμα, δεδομένου ότι παρέχει στο χειριστή του αυτοκινούμενου μηχανήματος τη δυνατότητα εναλλαγής της κίνησης από εμπροσθοπορεία σε οπισθοπορεία με τη χρήση δύο (2) αυτοτελών και ανεξάρτητων εντολών, εντός της καμπίνας, μία (1) για την κίνηση προς τα εμπρός και μία (1) για την κίνηση προς τα πίσω. (β) Έτι περαιτέρω, το σύστημα κίνησης του αναρροφητικού σαρώθρου που προσφέρει η εταιρεία μας τυγχάνει τεχνολογικά πιο σύγχρονο από αυτό που ζητείται από τη διακήρυξη, δεδομένου ότι η εναλλαγή της κίνησης από εμπροσθοπορεία σε οπισθοπορεία γίνεται, όχι με τη χρήση δύο (2) πεντάλ, που αποτελεί ελάχιστη τεχνική απαίτηση της αναθέτουσας αρχής, αλλά με τη χρήση δύο (2) κομβίων, που βρίσκονται εντός της καμπίνας του χειριστή. (γ) Από τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής προκύπτει, συνεπώς, ότι το σύστημα μετάδοσης της κίνησης του αναρροφητικού σαρώθρου που προσφέρει η εταιρεία μας είναι τεχνολογικά ανώτερο και πιο προηγμένο από αυτό που ζητείται από τη διακήρυξη, δεδομένου ότι η αντικατάσταση της χρήσης πεντάλ με τη χρήση κομβίων τυγχάνει αποτέλεσμα της τεχνολογικής εξέλιξης και προόδου που σημειώνεται στις ημέρες μας, αλλά και μέγιστη προτεραιότητα των κατασκευαστών αντίστοιχων με το προμηθευόμενο είδος μηχανημάτων. (δ) Αξίζει, μάλιστα, να σημειωθεί ότι η τεχνολογική αυτή εξέλιξη της αντικατάστασης των πεντάλ από κομβία για την εναλλαγή της κίνησης από εμπροσθοπορεία σε οπισθοπορεία, υπαγορεύτηκε από λόγους ασφάλειας, αλλά και διασφάλισης της εύχρηστης λειτουργίας των σχετικών μηχανημάτων από τους χειριστές. Και τούτο, διότι το παλαιότερο σύστημα μετάδοσης κίνησης που περιγράφεται από τη διακήρυξη ως ελάχιστη τεχνική απαίτηση, οδηγεί πρακτικά στο γεγονός ότι ο χειριστής του αυτοκινούμενου μηχανήματος έχει να χειριστεί ταυτόχρονα τέσσερα (4) πεντάλ, δηλαδή δύο (2) πεντάλ για την επιλογή της εμπροσθοπορείας ή της οπισθοπορείας, καθώς και δύο (2) πεντάλ για την επιβράδυνση (φρένο) και τον χειρισμό του κλαπέ το στομίου αναρρόφησης, αντίστοιχα. (ε) Για τον λόγο, ωστόσο, αυτόν, σημειώθηκε κατά τη χρήση των σχετικών μηχανημάτων, που διαθέτουν το συγκεκριμένο παλαιότερο σύστημα, μεγάλος αριθμός ατυχημάτων, τα οποία είχαν ως αιτία τους το γεγονός ότι ο χειριστής του μηχανήματος

## **Αριθμός απόφασης: 839/2020**

ενεργοποιούσε κατά λάθος την οπισθοπορεία αντί της εμπροσθοπορείας και αντίστροφα. Έτσι, οι κατασκευαστές οδηγήθηκαν προϊόντος του χρόνου στην αντικατάσταση των πεντάλ από κομβία, με τα οποία επιτυγχάνεται το ίδιο πρακτικό και λειτουργικό αποτέλεσμα, πλην όμως με καλύτερες προδιαγραφές ασφάλειας και βελτιωμένες συνθήκες χειρισμού του αυτοκινούμενου μηχανήματος από τον εκάστοτε χειριστή αυτού. 7. Από το σύνολο, συνεπώς, των ανωτέρω προκύπτει ότι το προσφερόμενο από την εταιρεία μας αναρροφητικό σάρωθρο, όχι μόνον ανταποκρίνεται στις ελάχιστες προδιαγραφές της διακήρυξης, ως προς το σύστημα μετάδοση κίνησης, αλλά αντιθέτως τις υπερκαλύπτει, προσφέροντας στην αναθέτουσα αρχή ένα σύστημα προηγμένο, που ανταποκρίνεται στις σύγχρονες τεχνολογικές εξελίξεις και παρέχει προφανώς καλύτερο επίπεδο ασφαλούς και εύχρηστης λειτουργίας, έναντι των ελάχιστων τεχνικών προδιαγραφών που περιγράφονται στο διακήρυξη. 8. Υπό το πρίσμα, συνεπώς, των ανωτέρω συνάγεται ότι καμία απόκλιση της τεχνικής μας προσφοράς από τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης δεν υφίσταται, αντιθέτως δε η εταιρεία μας προσφέρει στην αναθέτουσα αρχή ένα προϊόν ποιοτικά καλύτερο από αυτό που ζήτησε, περιγράφοντας της ελάχιστες προδιαγραφές του συμβατικού αντικειμένου. Από κανέναν όρο, ωστόσο, της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς δεν μπορούσαν να προσφέρουν στην αναθέτουσα αρχή ένα αναρροφητικό σάρωθρο με καλύτερες τεχνικές προδιαγραφές, γεγονός το οποίο, άλλωστε, υπό το πρίσμα της θεμελιώδους αρχής του ανταγωνισμού, αποτελεί και το ζητούμενο στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης προμήθειας. Για τον λόγο δε αυτόν, οι προσβαλλόμενες πράξεις της αναθέτουσας αρχής τυγχάνουν ακυρωτές ως μη νόμιμες καθώς και λόγω έλλειψης νόμιμης και επαρκούς αιτιολογίας.»

11. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τον ως άνω λόγο της προσφυγής και αναφέρει επί λέξει ότι «συντάσσεται με την γνώμη της Επιτροπής διαγωνισμού της Προμήθειας αναρροφητικού σαρώθρου με παρελκόμενα έτσι όπως αυτή εκφράζεται στο υπ αρ. 2001/7-5-2020 Νο1 Πρακτικό της και έχει γίνει αποδεκτή με την υπ. αρ. 83/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου.».

12. Επειδή, η παρεμβαίνουσα αντικρούει τον ως άνω πρώτο λόγο και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «[...] προκύπτει ότι όπου, και για όποια τεχνική

## **Αριθμός απόφασης: 839/2020**

προδιαγραφή, η αναθέτουσα δεν όρισε αυτήν ως προαιρετική η απλώς ως επιθυμητή, αυτή συνιστά, κατά παραδοχή και της προσφευγουσας, απαράβατο όρο της διακήρυξης, που επισείει την ποινή του αποκλεισμού και μάλιστα υποχρεωτικώς και κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, κατά παράβαση του όρου 5 των τεχνικών προδιαγραφών, αντί για 2 πεντάλ για την μετάδοση της κίνησης, προσφέρει σάρωθρο με 2 εντολές, κατά την τεχνική προσφορά της (κομβία κατά την προσφυγή της), επομένως η προσφορά της είναι απορριπτέα, και δη κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας, αφού ο όρος αυτός δεν ετέθη ούτε ως προαιρετικός ούτε ως απλά επιθυμητός, κατά τα ανωτέρω. 4. Ο ισχυρισμός δε της προσφευγουσας ότι το σύστημα κίνησης του αναρροφητικού σαρώθρου, που προσφέρει, τυγχάνει τεχνολογικά πιο σύγχρονο από αυτό που ζητείται από τη διακήρυξη, καθώς και ότι η εναλλαγή της κίνησης από εμπροσθοπορεία σε οπισθοπορεία με τη χρήση δύο (2) πεντάλ, αποτελεί ελάχιστη τεχνική απαίτηση, επομένως, κατά την προσφεύγουσα πάντα, η προσφορά της υπερκαλύπτει την οικεία τεχνική προδιαγραφή, εκτός από προδήλως αβάσιμος κατά τα ανωτέρω, και αναπόδεικτος, τυγχάνει απορριπτέος και ως απαράδεκτος, αφού βάλλει ευθέως, αλλά και ανεπιδικά, κατά της σκοπιμότητας θέσπισης της ανωτέρω τεχνικής προδιαγραφής. Συγκεκριμένα, όπως παγίως έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ, η προδικαστική προσφυγή δεν συνιστά μέσο έκφρασης, αμφισβήτησης και διαλόγου επί ειδικών τεχνικών και επιστημονικών απόψεων ή αμφισβήτησης αυτής καθαυτής της σκοπιμότητας θέσπισης όρων διακήρυξης και επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, ούτε η εξέτασή της αποτελεί διαδικασία επιλογής της πλέον βάσιμης επιστημονικά και τεχνικά γνώμης και κρίσης περί του αν το τυχόν επιστημονικό και τεχνικό υπόβαθρο, στο οποίο η αναθέτουσα καταρχήν θέσπισε τους όρους διακήρυξης επιδέχεται βελτίωσης, τροποποίησης ή εν γένει είναι τεχνικά και επιστημονικά ελλιπές, ούτε η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια να υποδεικνύει πως και με ποια προϊόντα η εκάστοτε αναθέτουσα θα καλύψει με καλύτερο ενδεχομένως τρόπο τις ανάγκες της. Ούτε δια της προδικαστικής προσφυγής εξετάζεται αν τα προϊόντα του προσφεύγοντος είναι καλής ή καλύτερης ποιότητας, ή πιο σύγχρονης τεχνολογίας. Σύμφωνα δε με πάγια νομολογία, τόσο υπό το προγενέστερο νομοθετικό καθεστώς, όσο και υπό το ισχύον, του ν. 4412/2016, η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη,



## **Αριθμός απόφασης: 839/2020**

καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε 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, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεως τους, απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό. Στην υπό κρίση προσφυγή, οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας εταιρείας βάλλουν, σύμφωνα με τα ανωτέρω, απαραδέκτως και ανεπικαίρως, κατά κύριο λόγο κατά της σκοπιμότητας της τιθέμενης τεχνικής προδιαγραφής, αμφισβητώντας ευθέως την κατά τα ανωτέρω θέσπισή της ως απαράβατου όρου της διακήρυξης, ισχυριζόμενη παντελώς αυθαίρετα και αβάσιμα ότι αυτός ορίστηκε ως ελάχιστη δήθεν τεχνική απαίτηση.».

13. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, το άρθρο 5 ορίζει ότι «...Η μετάδοση κίνησης για την εμπροσθοπορεία και οπισθοπορεία θα επιτυγχάνεται μέσω δύο (2) πεντάλ εντός της καμπίνας, ένα για την κίνηση εμπρός και ένα για την κίνηση πίσω.».

Προς συμμόρφωση με την συγκεκριμένη απαίτηση της διακήρυξης, η προσφεύγουσα με την τεχνική της προσφορά κατέθεσε αναρροφητικό σάρωθρο, στο οποίο όπως ομολογεί η ίδια στην σελίδα 11 της προσφυγής της, η εναλλαγή της κίνησης από εμπροσθοπορεία σε οπισθοπορεία γίνεται, όχι με τη χρήση δύο (2) πεντάλ, που αποτελεί ελάχιστη τεχνική απαίτηση της αναθέτουσας αρχής, αλλά με τη χρήση δύο (2) κομβίων. Όμως, η εναλλαγή της κίνησης από εμπροσθοπορεία σε οπισθοπορεία με τη χρήση δύο (2) πεντάλ, αποτελεί τεχνική προδιαγραφή κατά της οποίας η προσφεύγουσα βάλλει ανεπικαίρως και απαραδέκτως με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού. Κατόπιν των ανωτέρω από την στιγμή που το προσφερόμενο από αυτήν αναρροφητικό σάρωθρο δεν καλύπτει την απαιτούμενη τεχνική προδιαγραφή, ο πρώτος λόγος της προσφυγής της είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο και τρίτο λόγο της προσφυγής της στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και αιτείται να απορριφθεί αυτή, ώστε να ανακηρυχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος.

15. Επειδή, το ζήτημα του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος έχει απασχολήσει επανειλημμένα τη νομολογία του

## **Αριθμός απόφασης: 839/2020**

Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 2.7.2013, C-100/12 Fastweb SpA, της 11.5.2017 C- 131/16, Arhus sp.z. o.o and Gama Jacek Lipik (Archus and Gama), της 5.4.2016, C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE), της 21.12.2016, C- 355/15 Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Osterreich (BTG&CO), και της 5.9.2019, C-333/18 Lombardi Srl) και του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΕΑ ΣΤΕ 349/17, 22/18, 30/19, 180/19), ήδη δε με την απόφαση 235/2019 της Επιτροπής Αναστολών της Ολομελείας του Συμβουλίου Επικρατείας υποβάλλονται σχετικά προδικαστικά ερωτήματα προς το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η πρόσφατη νομολογία (ΕΑ ΣΤΕ 22/18, 30/19) που δέχεται το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος ακολουθώντας τη σχετική νομολογία του ΔΕΕ, ενώ αναμφισβήτητα συνιστά μεταστροφή έναντι της παλαιότερης νομολογίας (έως και την ΕΑ ΣΤΕ 349/2017) που απέρριπτε το έννομο συμφέρον του, ακόμη κυμαίνεται και δεν έχει καταλήξει πλήρως στον καθορισμό των προϋποθέσεων υπό τις οποίες αναγνωρίζεται το έννομο συμφέρον του αποκλεισθέντος. Στην πλέον πρόσφατη νομολογία (ΕΑ ΣΤΕ 180/19) διακρίνεται τάση εκ νέου περιστολής του έννομου συμφέροντος (σε σύγκριση με τις ΕΑ ΣΤΕ 22/18 και 30/19), η οποία ίσως δεν είναι άσχετη με τον ορατό κίνδυνο εκθετικής αύξησης των δικαστικών αντιδικιών και εκτροπής της διαγωνιστικής διαδικασίας στην «ηθική της με κάθε μέσο και στρεψοδικία εξόντωσης κάθε ανταγωνιστή και εν τέλει και του ίδιου του διαγωνισμού, ώστε να προκηρυχθεί ο επαναληπτικός» (βλ. Ν. Μαρκόπουλου, «Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων», εισήγηση στην Εθνική Σχολή Δικαστικών Λειτουργιών, διαθέσιμη στο διαδίκτυο [https://www.esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2018/markopoulos Oktober2018.pdf](https://www.esdi.gr/nex/images/stories/pdf/epimorfosi/2018/markopoulos%20Oktob er2018.pdf)). Σε κάθε περίπτωση, ωστόσο, θα πρέπει να δηλώνεται άλλως να καθίσταται σαφές ότι επιδιώκεται η απόρριψη της έτερης προσφοράς επί τη βάση της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού. Ωστόσο, εν προκειμένω, ουδέν σχετικό αναφέρει η προσφεύγουσα και ως εκ τούτου κρίνεται अपαράδεκτη λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος η εξέταση των λόγων που αφορούν την έτερη συμμετέχουσα στο διαγωνισμό.

16. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση.

**Αριθμός απόφασης: 839/2020**

17. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού €600,00 με ηλεκτρονικό κωδικό .....

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 03 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε στις 22 Ιουλίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ**

**Ο Γραμματέας**

**ΗΛΙΑΣ ΧΑΤΖΗΛΙΑΣ**