ΚΑΤΑΛΟΓΟΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

ΑΠΟΦΑΣΕΩΝ

ΑΡΧΗΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

Δικαίωμα Συμμετοχής …… 3/2018 Επταμελής Σύνθεση (βλ. ιδίως σκ.10-16)

Ανταγωνιστικός Διάλογος …….. Ε1/2021 Επταμελής Σύνθεση (βλ. ιδίως σκ. 4, 6-8, 16-19)

Κλειστή Διαδικασία …….. Ε3/2021 Επταμελής Σύνθεση (βλ. ιδίως σκ. 7)

Συμφωνία Πλαίσιο ……..…… 435/2019 (βλ. ιδίως σκ. 10-15)

ΑΠΕΥΘΕΙΑΣ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ …… 7/2019 Επταμελής Σύνθεση (βλ. ιδίως σκ. 14-19)

ΤΕΥΔ …….. 1/2021 (βλ. ιδίως σκ. 12)

Προηγούμενη Εμπλοκή Υποψηφίου …… 1442,1443/2019 (βλ. ιδίως σκ. 58-59)

354/2021 (βλ. ιδίως σκ. 21)

Λόγοι Αποκλεισμού …… 2/2019 Επταμελής Σύνθεση (βλ. ιδίως σκ. 7)

1004,1005/2019 (βλ. ιδίως σκ. 9-18)

213/2021 (βλ. ιδίως σκ. 11-13 & 22-31)

1442,1443/2019 (βλ. ιδίως σκ. 71-80)

Χρηματοοικονομική Επάρκεια ……Ε..2021 Επταμελής Σύνθεση (βλ. ιδίως σκ. 58-59)

Βαθμολογία Κριτηρίων …… Ε..2021 Επταμελής Σύνθεση (βλ. ιδίως σκ. 58-59)

Ασυνήθιστα Χαμηλή Προσφορά ……1177/2020 (βλ. ιδίως σκ. 7-13)

456/2021 (βλ. ιδίως σκ. 10-18)

Ματαίωση Διαγωνισμού ……..…….. 323/2021 (βλ. ιδίως σκ. 14-18)

Επιμέλεια Συλλογής Αποφάσεων: Ευαγγελία Βλάχου, Σταυρούλα Κουρή

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26.9.2018, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20.8.2018 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/850/21-08-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «….» και το διακριτικό τίτλο «…», που εδρεύει στην ……., οδός ……, αρ. …., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του αναθέτοντος φορέα ΑΝΕΞΑΡΤΗΤΟΥ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΗ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΗΛΕΚΤΡΙΚΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ (ΑΔΜΗΕ) Α.Ε./ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ ΚΑΙ ΕΦΟΔΙΑΣΤΙΚΗΣ ΑΛΥΣΙΔΑΣ, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «….», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. ΔΔΠΕΑ – 408824 Διακήρυξης της Διεύθυνσης Διαχείρισης Προμηθειών και Εφοδιαστικής Αλυσίδας του αναθέτοντος, για την προμήθεια αυτομετασχηματιστών 280MVA, 400/157,5/30 kV και κάθε προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Μιχαήλ Διαθεσόπουλο.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρο 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία 22965613295810190086 ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 15.000,00 €, κατατέθηκε δε και εκτύπωση ηλεκτρονικής πληρωμής του παραβόλου στην ….. ΒΑΝΚ την 20-08-2018, εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με δήλωση κατάστασης «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Ο δε περί απαραδέκτου ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ως προς το ότι το παράβολο δε συνοδεύεται από αποδεικτικό πληρωμής και δε φέρει ένδειξη δεσμεύσής του, είναι αβάσιμος, βλ. κατωτέρω και σκ. 4. Εξάλλου και σε κάθε περίπτωση, ουδόλως η πανηγυρική επί του παραβόλου ένδειξη δεσμεύσης συνιστά προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφυγής, ενώ η δέσμευση επέρχεται ούτως ή άλλως αυτομάτως δια της πληρωμής του παραβόλου και καθίσταται γνωστή ούτως ή άλλως στην Υπηρεσία της ΑΕΠΠ. Συνεπώς, η μνεία ή μη της δέσμευσης επί του παραβόλου δεν επάγεται κάποια αυτοτελή έννομη συνέπεια και συντελεί μόνο στη διευκόλυνση του εξετάζοντος Κλιμακίου. Η δε Ανακοίνωση της ΑΕΠΠ περί αυτόματης δέσμευσης παραβόλου και η «παράκληση» προς τους προσφεύγοντες περί εκτύπωσης του παραβόλου με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», λαμβάνει χώρα απλώς και μόνο για διευκόλυνση ελέγχου των υπηρεσιών της Αρχής και των μετεχόντων και ουδόλως συνιστά όρο του παραδεκτού της προσφυγής (εξάλλου ούτε από την παραπάνω Ανακοίνωση της ΑΕΠΠ προκύπτει κάτι τέτοιο). Τούτο, εξάλλου, ουδέν έρεισμα θα είχε στις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 363 Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 ΠΔ 39/2017, οι προϋποθέσεις των οποίων ικανοποιούνται με μόνη την ολοσχερή εξόφληση του παραβόλου ήδη προ της υποβολής της προσφυγής (εξάλλου, ακόμη και η επισύναψη του αποδεικτικού πληρωμής δε συνιστά όρο του παραδεκτού, αλλά διαδικαστική διάταξη που πάντως δεν είναι δυνατόν εξ αυτής και μόνο και εφόσον, πάντως το παράβολο πληρώθηκε, να εξαρτάται η αποδοχή της προσφυγής, πράγμα που θα προσέκρουε στον αιτιολογικό σκοπό του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016), ενώ μάλιστα η ΑΕΠΠ ουδεμία εκ του θεσμικού της πλαισίου, ίδια κανονιστική αρμοδιότητα έχει προς τροποποίηση των προϋποθέσεων που θέτουν οι παραπάνω διατάξεις, η δε

περί του αντιθέτου ερμηνεία θα σήμαινε δυνατότητά της να θεσπίζει κανόνες δικαίου, άνευ νομοθετικής εξουσιοδότησης. Αντιστοίχως, ναι μεν κατ' άρθρο 5 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, το παράβολο καταβάλλεται κατά την κατάθεση της προσφυγής, αλλά η διάταξη αυτή ερμηνευόμενη υπό το φώς των άρθρων 20 παρ. 1 και 25 παρ. 1 Συντ. και δεδομένου ότι η για το παραδεκτό προσφυγής υποβολή παραβόλου προβλέπεται ως μέσο αποθάρρυνσης άσκησης αστήρικτων και παρελκυστικών προσφυγών, προκύπτει ότι δεν επάγεται την απόρριψη της προσφυγής λόγω είτε μη καταβολής του προσήκοντος κατά το ακριβές ποσό του ή κατά τον απαιτούμενο τύπο του παραβόλου είτε λόγω τυπικών ελλείψεων αυτού. Επομένως, αφενός παράβολο (που πάντως συνυπεβλήθη καταρχήν με την προσφυγή) ατελές ως προς τα στοιχεία του και τον τρόπο έκδοσής του ή ελλιπές κατά το ποσό του, δύναται να διορθωθεί ή συμπληρωθεί εντός ευλόγου χρόνου μετά την άσκηση της προσφυγής, αφετέρου και κατά μείζονα λόγο αρκεί η πληρωμή και δέσμευσή του (παραβόλου που πάντως συνυπεβλήθη με την προσφυγή) να αποδεικνύεται με έγγραφα και αποδεικτικά ομοίως προσκομιζόμενα εντός ευλόγου χρόνου ή και να προκύπτει αυτεπαγγέλτως και υπηρεσιακά (πρβλ. ΔΕφΚομ Ν39/2017, σκ. 6, με παραπομπές σε ΟλΣτΕ 601/2012, 3087/2011, 1583/2010, 1852/2009, 647/2004). Συνεπώς, ο οικείος ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος είναι εκτός των άλλων και νόμω αβάσιμος.

2. Επειδή, με την από 20-8-2018 προσφυγή ο προσφεύγων βάλλει κατά διακήρυξης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας, υπαγόμενης, κατ' άρθρο 224 παρ. 1 και 229 Ν. 4412/2016, στο Βιβλίο ΙΙ Ν. 4412/2016 και το πεδίο της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, με την οποία ο αναθέτων φορέας προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων για την προμήθεια «Αυτομετασχηματιστών 280MVA, 400/157,5/30 kV» (CPV: 31171000-5 Μετασχηματιστές με υγρό μονωτικό υλικό) που υποδιαιρείται σε 8 Ομάδες, συνολικού προϋπολογισμού 15.000.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ (εκ των οποίων τα 5.000.000 αντιστοιχούν στο δικαίωμα προαίρεσης), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, η

οποία προσδιορίζεται με βάση το προδιαγραφόμενο συνολικό κόστος κατοχής του Αυτομετασχηματιστή, συνυπολογίζοντας το κόστος απωλειών, δασμών, ανταλλακτικών και άλλων σχετικών. Ειδικότερα, ο προσφεύγων προβάλλει με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ότι παρανόμως η αναθέτουσα επέτρεψε δια του όρου του άρθρου 6 ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΣΤΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ του ΤΕΥΧΟΥΣ 2 «ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ» τη συμμετοχή στη διαδικασία σε οικονομικούς φορείς που μεταξύ άλλων είναι εγκατεστημένοι σε χώρες που βρίσκονται σε διαδικασία υπογραφής σύμβασης κατά το στοιχείο (γ), συμπεριλαμβανομένων των παρατηρητών – observers – καθώς και σε χώρες που έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες/συμβάσεις με την Ελλάδα. Περαιτέρω και για την ταυτότητα του λόγου αναφέρει ότι και στο άρθρο 8.2.2 της διακήρυξης καθ' ο μέρος προβλέπει την εκ του αναθέτοντος διατήρηση δικαιώματος ελέγχου της προέλευσης των υλικών και των τεχνικών χαρακτηριστικών, έχοντας προσθέσει στους δικαιούμενους συμμετοχής «*τους ευρισκόμενους σε διαδικασία υπογραφής της ΣΔΣ (GPA) (παρατηρητές)*», όρος που πάντως δεν υφίσταται ούτε στη διακήρυξη, όπως ο προσφεύγων αιτιάται ούτε ευρέθη τουλάχιστον στα έγγραφα της σύμβασης. Ο δε προσφεύγων επικαλείται ότι με τους όρους αυτούς η αναθέτουσα παραβαίνει το άρθρο 255 Ν. 4412/2016 και τις εκεί, κατ' αυτόν περιοριστικά, αναφερόμενες κατηγορίες οικονομικών φορέων, αναλόγως κράτους εγκατάστασής τους που δύνανται να μετάσχουν στις οικείες διαδικασίες, υποστηρίζει δε και ότι κατ' άρθρο 314 Ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 85 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, υφίσταται ούτως ή άλλως περιορισμός στις προσφορές που περιλαμβάνουν άνω του 50% επί της συνολικής αξίας των προσφερόμενων προϊόντων, προϊόντα τρίτων χωρών. Επικαλείται δε και διακήρυξη του ΔΕΔΔΗΕ για μετασχηματιστές, αλλά και προηγούμενη διακήρυξη του ΑΔΜΗΕ όπου δεν προβλέπονται τα παραπάνω προβλεπόμενα στην προκείμενη διακήρυξη. Ο δε προσφεύγων επικαλείται περαιτέρω ότι οι παραπάνω προσβαλλόμενοι όροι είναι υπερβολικοί, αναιτιολόγητοι και φωτογραφικοί και παρανόμως καθιστούν δυνατή τη συμμετοχή από

οικονομικούς φορείς από χώρες όπως η Δημοκρατία της Ινδίας και η Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, που είναι τρίτες ως προς την Ένωση χώρες, παρότι κατά το ενωσιακό δίκαιο, πάντα σύμφωνα με τον προσφεύγοντα, αποκρούονται αυτές οι χώρες και συγκεκριμένα όσες δεν επιτρέπουν ή θέτουν περιορισμούς στην προμήθεια εντός της επικράτειάς τους και δη από το οικείο δημόσιο τους, των προϊόντων που προέρχονται από τα κράτη-μέλη της ΕΕ. Εξάλλου, κατά τον προσφεύγοντα, ειδικώς η Κίνα δεν έχει προσχωρήσει στην πλειομερή Συμφωνία για τις Δημόσιες Προμήθειες του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου και δεν έχει συνάψει με την ΕΕ συμφωνίες που επιτρέπουν την αμοιβαία συμμετοχή σε εκατέρωθεν διαγωνισμούς προμηθειών, ενώ ούτε η θέση της ως παρατηρητή στην ως άνω συμφωνία επιτρέπει σε οικονομικούς φορείς εγκατεστημένους στην Κίνα νόμιμη συμμετοχή σε διαγωνισμούς κρατών-μελών της Ένωσης, αφού δεν συμμορφώνεται με υποχρεώσεις που έχει αναλάβει ιδίως στο πεδίο του ανταγωνισμού και των κρατικών επιχορηγήσεων. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται και το άρθρο 85 παρ. 5 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και την εκεί προβλεπόμενη διαβίβαση από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή ετήσιας έκθεσης προς το Συμβούλιο σχετικά με την πρόοδο των διαπραγματεύσεων για την πρόσβαση επιχειρήσεων της Ένωσης στις αγορές τρίτων χωρών, όπως και ότι το άρθρο 86 της ίδιας Οδηγίας προβλέπει κυρώσεις προς όσες χώρες όχι μόνο δεν συνάπτουν με την ΕΕ συμφωνίες αμοιβαίας αποδοχής αγαθών, αλλά και εμποδίζουν στην πράξη την αμοιβαία πρόσβαση. Με το δε δεύτερο λόγο του ο προσφεύγων επικαλείται παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας, του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ισότητας και της ισότιμης πρόσβασης στους διαγωνισμούς, κατ' άρθρο 253 και 282, αλλά και άρθρο 75 παρ. 1 Ν. 4412/2016, εκ του Κεφ. Β του Τεύχους 1 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ (όρος που επαναλαμβάνεται στη διακήρυξη στο άρθρο 11 παρ. Β.9, περί κριτηρίων επιλογής ως προς την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια), αφού εκεί ζητείται ως απαίτηση συμμετοχής στο διαγωνισμό δήλωση ότι έχουν πωληθεί σε ηλεκτρικές εταιρείες τα τελευταία 3 χρόνια, τουλάχιστον 10 αυτομετασχηματιστές ή μετασχηματιστές ισχύος της ίδιας ή μεγαλύτερης τάσης και ισχύος από τους νυν ζητούμενους, ως και βεβαιώσεις των χρηστών περί του

ότι οι αυτομετασχηματιστές έχουν εγκατασταθεί και λειτουργούν ικανοποιητικά, χωρίς προβλήματα τα τελευταία δύο (2) έτη. Ο προσφεύγων αιτιάται ότι οι απαιτήσεις είναι υπερβολικές, αφού ζητείται διπλάσιος αριθμός αγαθών που προηγουμένως παραδόθηκαν, από τον νυν ζητούμενο (5), ενώ τα τελευταία τρία (3) έτη δεν έχυον εγκατασταθεί στην Ελλάδα ή την ΕΕ γενικά, 10 συνολικά αυτομετασχηματιστές ή μετασχηματιστές τέτοιας τάσης και ισχύος. Ο δε προσφεύγων, επιπλέον, επικαλείται ότι ο συνδυασμός της παραπάνω ποσότητας και του χρονικού διαστήματος των 3 ετών, όταν και δε διενεργούνταν τέτοιου κόστους διαγωνισμοί, καθιστά το κριτήριο φωτογραφικό και δυνάμενο να καλυφθεί μόνο από προμηθευτές εγκατεστημένους σε τρίτες χώρες και πωλήσεις σε ηλεκτρικές εταιρείες κρατών που εξαιρούνται, κατά τον προσφεύγοντα από τους ευρωπαϊκούς διαγωνισμούς, ενώ αποκλείονται δόκιμοι οίκοι που έχουν προμηθεύσει και εγκαταστήσει δεκάδες τέτοιας τάσης και ισχύος αυτομετασχηματιστές ή μετασχηματιστές στο πρόσφατο μεν παρελθόν, αλλά εκτός των τριών τελευταίων ετών και δη άνευ ειδικής αιτιολογίας. Ο δε προσφεύγων επικαλείται ότι εξ αυτού του όρου αποκλείεται και ο ίδιος, παρότι είναι βασικός προμηθευτής του δικτύου σε αυτού του είδους τα μηχανήματα, έχοντας προμηθεύσει τη συντριπτική πλειοψηφία των λειτουργούντων άριστα επί δεκαετίες αυτομετασχηματιστών και μετασχηματιστών της αναθέτουσας, του ΔΕΔΔΗΕ και της ΔΕΗ. Κατά τον προσφεύγοντα, οι τεχνικές απαιτήσεις διακινδυνεύουν την επιλογή αναδόχου προερχόμενου από τρίτη χώρα, παρότι αυτομετασχηματιστής κινέζικης προέλευσης δεν έχει εγκατασταθεί ακόμη στο δίκτυο. Κατονομάζει δε ενδεικτικά την εταιρία ….. ως έναν από τους κινέζικους, ινδικούς και λοιπούς οίκους εκτός ΕΕ ως πιθανώς πληρούντες τους παραπάνω όρους, ενώ επικαλείται πρόσφατη διακήρυξη του ΔΕΔΔΗΕ και προηγούμενη διακήρυξη του ΑΔΗΜΕ όπου δεν απαιτούνταν οι παραπάνω αυστηρές απαιτήσεις τεχνικής επάρκειας. Επιπλέον, ο προσφεύγων αιτιάται ότι η απαίτηση απόδειξης ικανοποιητικής λειτουργίας μόνο κατά τα τελευταία δύο έτη είναι ανεπαρκής, αφού η διάρκεια ζωής που επιζητά η αναθέτουσα είναι πολλαπλάσια από αυτήν των δύο (2) ετών για την οποία η ζητούμενη βεβαίωση και άρα, θα έπρεπε να εκτείνεται σε δέκα (10) και περισσότερα έτη στο

παρελθόν, με αποτέλεσμα ο όρος να είναι και αδικαιολόγητος τεχνικά ως και υπερακοντίζων το σκοπό της προμήθειας.

3. Επειδή, ο αναθέτων με τις από 30-8-2018 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψείς του επικαλείται τα ακόλουθα. Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ότι ούτε η γραμματική ούτε η συστηματική ούτε η τελολογική ερμηνεία των από τον προσφεύγοντα επικαλούμενων διατάξεων στηρίζουν το επιχείρημά του περί απαγορεύσης συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016, οικονομικών φορέων με εγκατάσταση σε τρίτες χώρες που δεν έχουν κυρώσει τη Συμφωνία για τις Δημόσιες Συμβάσεις (εφεξής «ΣΔΣ») και δεν τελούν σε σχετική διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο αναθέτων αιτιάται ότι τα προς προμήθεια αγαθά συνιστούν ορισμένα από τα κρισιμότερα στοιχεία εξοπλισμού του εθνικού συστήματος μεταφοράς, τα δε σφάλματα λειτουργίας τους διακινδυνεύουν το σύστημα με σοβαρές συνέπειες, ενώ λόγω του μεγέθους και της πολυπλοκότητάς τους, ενδεχόμενη αστοχία τους θα καταλήξει σε μεγάλες καθυστερήσεις και κόστος για την επισκευή τους (έως 2 έτη χρόνος επισκευής και έως το ήμισυ του κόστους αγοράς, το κόστος επισκευής). Για τους ως άνω λόγους, κρίνεται απαραίτητη η απόδειξη από την πλευρά των υποψήφιων προμηθευτών ότι διαθέτουν την αυξημένη εμπειρία κατασκευής ΑΜΣ ή ΜΣ Υπερυψηλής Τάσης και Μεγάλης Ισχύος, καθώς η εμπειρία κατασκευής Μ/Σ μικρής ισχύος και Τάσης δεν αποτελούν επαρκή εχέγγυα γνώσης που να οδηγούν στο σχεδιασμό και κατασκευή ΑΜΣ υψηλής αξιοπιστίας και διαθεσιμότητας. Εξαιτίας δε περιστατικών κακής λειτουργίας ή αστοχίας αυτομετασχηματιστών που είχε προμηθευτεί ο ΑΔΜΗΕ κατά το παρελθόν από προμηθευτή μειωμένης εμπειρίας, η αρμόδια τεχνική υπηρεσία (του ΑΔΜΗΕ) έκρινε ότι έπρεπε να αυξηθούν οι όροι που εξασφαλίζουν την τεχνική επάρκεια του προμηθευτή. Τα δε στοιχεία των κριτηρίων επιλογής άλλων φορέων σε ομοειδείς διαγωνισμούς δε συνεπάγονται τη δέσμευση και των υπόλοιπων φορέων όπως τους ακολουθούν, και δη απαρεγκλίτως. Ως εκ τούτου οι παραπομπές της προσφεύγουσας σε άλλους διαγωνισμούς άλλων

εταιριών και οι σχετικές αιτιάσεις της είναι αβάσιμες. Ομοίως, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα επικαλείται προς δημιουργία εσφαλμένων εντυπώσεων άλλο διαγωνισμό που έχει προκηρύξει ο ΑΔΜΗΕ (ΔΔΠΕΑ-41746), αφενός διότι ισχύει η αυτοτέλεια των διαγωνισμών και αφετέρου διότι αφορά διαγωνισμό με εντελώς διαφορετικό αντικείμενο (κατασκευή Γραμμής Μεταφοράς). Περαιτέρω, ο αναθέτων επικαλείται ότι εν προκειμένω, η φύση του προς προμήθεια αντικειμένου δικαιολογεί αυξημένες εγγυήσεις επάρκειας του κατασκευαστή/προμηθευτή του καθώς πρώτον, η καλή λειτουργία του προς προμήθεια αντικειμένου συνέχεται ουσιωδώς με την ασφαλή και αξιόπιστη λειτουργία του Συστήματος Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας, ήτοι με σκοπούς άμεσα συνυφασμένους με το δημόσιο συμφέρον. Οι δε μετασχηματιστές συνιστούν κομβικό σημείο του Συστήματος Μεταφοράς και από την αδιατάρακτη λειτουργία τους εξαρτάται η συνεχής και αδιάλειπτη λειτουργία του τελευταίου και, ως εκ τούτου, οι προς επιλογή κατασκευαστές/προμηθευτές του πρέπει να καλύπτουν ένα επίπεδο εμπειρίας ανάλογο της κρισιμότητας των εργασιών που πρόκειται να αναλάβουν. Πιθανή αστοχία των ΑΜΣ έχει δυσμενέστατες συνέπειες που κυμαίνονται από την αναγκαστική αποκοπή τροφοδότησης των Υ/Σ ΔΕΔΔΗΕ και των τελικών καταναλωτών μέχρι και το ενδεχόμενο γενικευμένης αστάθειας της λειτουργίας του Συστήματος Μεταφοράς (γενικευμένο black-out). Παράδειγμα της τελευταίας περίπτωσης είναι το black out στην περιοχή Θεσσαλονίκης και Βόρεια Ελλάδα λόγω αστοχίας ΑΜΣ αντίστοιχης σχεδίασης το έτος 2008 και οι πρόσφατες αστοχίες ΑΜΣ στα ΚΥΤ Αράχθου και ΚΥΤ Παλλήνης εντός της τελευταίας πενταετίας. Δεύτερον, το προς προμήθεια προϊόν κατασκευάζεται ειδικά προκειμένου να προσαρμόζεται στις ανάγκες του Συστήματος στο οποίο εγκαθίσταται κάθε φορά και, ως εκ τούτου, ο αναθέτων έκρινε ότι οι υποψήφιοι κατασκευαστές/προμηθευτές πρέπει να έχουν μία εύλογη έκθεση σε παρόμοιες εργασίες. Εξάλλου, εξαιτίας της μοναδικότητας του κάθε φορά τοποθετούμενου μετασχηματιστή είναι εύλογο ο αναθέτων να επιδιώκει όπως τους προμηθευθεί από κατασκευαστές/προμηθευτές που έχουν ικανή έκθεση σε αντίστοιχες εργασίες και είναι, ως εκ τούτου, ικανοί να διαγνώσουν τις τεχνικές

ιδιαιτερότητες των Κέντρων Υψηλής Τάσης που λειτουργεί ο αναθέτων. Από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι ο αναθέτων κατά τη σύνταξη του σχετικού όρου, ευλόγως δεν έλαβε υπόψη του μόνο τη δομή της σχετικής αγοράς, αλλά συνεκτίμησε και παράγοντες συνεχόμενους με τον ασφαλή ενεργειακό εφοδιασμό της χώρας και, επέκεινα, με το δημόσιο συμφέρον. Σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος αναφορικά με το εύρος και τη συχνότητα των σχετικών παραγγελιών κατά τα τελευταία χρόνια στην ευρωπαϊκή επικράτειας και αναπόδεικτοι είναι και τελούν σε ασυμφωνία με τα γνωστά στον αναθέτοντα δεδομένα. Περαιτέρω, με τη θέσπιση του προσβαλλόμενου όρου εξυπηρετούνται και τα υπό στενή εννοία οικονομικά συμφέροντα του αναθέτοντος, όχι δε μόνο οι υποχρεώσεις που φέρει απέναντι στην Πολιτεία, ενώ η τυχόν αστοχία του υπό προμήθεια υλικού διακινδυνεύει και υπερημερία του αναθέτοντος έναντι τρίτων. Έτσι, ο αναθέτων αιτιάται ότι ευλόγως η ποιότητα και αξιοπιστία του προς προμήθεια υλικού συναρτάται με την εμπειρία και την επιτυχή εκτέλεση αντίστοιχων εργασιών του κατασκευαστή/προμηθευτή του, καθώς το υπό προμήθεια προϊόν κατασκευάζεται μόνο κατόπιν ειδικής παραγγελίας και τα τεχνικά του χαρακτηριστικά προσαρμόζονται στις απαιτήσεις της μονάδας στην οποία πρόκειται να εγκατασταθεί. Εξάλλου, ο αναθέτων επικαλείται ότι εξήντλησε κάθε πιθανή δυνατότητα εξισορρόπησης της ανάγκης προσέλκυσης πλήθους οικονομικών φορέων στον εν λόγω διαγωνισμό και της ανάγκης προμήθειας υλικών εγνωσμένης αξιοπιστίας επιτρέποντας τη θεμελίωση της σχετικής εμπειρίας όχι μόνο στην κατασκευή/προμήθεια υλικού πλήρως ταυτιζόμενου με το δημοπρατούμενο (αυτομετασχηματιστές/ΑΜΣ), αλλά και στην κατασκευή/προμήθεια συγγενούς με αυτό υλικού (μετασχηματιστές υψηλής τάσης εν γένει και όχι μόνο αυτομετασχηματιστές). Από τα παραπάνω, ο αναθέτων ισχυρίζεται ότι ο προσβαλλόμενος όρος προκύπτει ως εύλογος, επαρκώς τεκμηριωμένος ως προς την αναγκαιότητά του και εντός των πλαισίων της ευρείας διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει κατά τη σύνταξη των κριτηρίων επιλογής στο πλαίσιο διαγωνιστικών διαδικασιών, η δε αμφισβήτηση των ως άνω τεχνικών κρίσεων δε μπορεί να λάβει χώρα από όργανα της διοίκησης μη

έχοντα αντίστοιχη τεχνική εξειδίκευση. Περαιτέρω, ο αναθέτων με τις συμπληρωματικές του ενώπιον της ΑΕΠΠ από 24-9-2018 Απόψείς του, επικαλείται προς απόρριψη του πρώτου λόγου της προσφυγής, ότι η συμμετοχή οικονομικών φορέων τρίτων χωρών είναι διαδεδομένη ευρέως στον ευρωπαϊκό οικονομικό χώρο και την ελληνική επικράτεια, ειδικότερα δε ότι προσφάτως το συγχρηματοδούμενο με ενωσιακούς πόρους δημόσιο έργο της κατασκευής του Νέου Διεθνούς Αερολιμένα Καστελίου Κρήτης, ανατέθηκε σε ένωση οικονομικών φορέων σημαίνον μέλος της οποίας είναι η εδρεύουσα στην Ινδία κατασκευαστική εταιρεία GMR. Η νομιμότητα της σχετικής διαδικασίας ανάθεσης βεβαιώθηκε από τα αρμόδια ευρωπαϊκά όργανα, ήτοι την DG COMP, και εκκρεμεί η κύρωση της σχετικής σύμβασης από το Ελληνικό Κοινοβούλιο. Περαιτέρω δε, η μη αντίθεση της παραπάνω πρακτικής στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων προκύπτει και από τις υπ. αριθμ. 359/2018 και 492/2018 Πράξεις του Ελεγκτικού Συνεδρίου αφορώσες διαδικασίες σύναψης σύμβασης με συμμετοχή οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε τρίτες χώρες. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο αναθέτων επικαλείται το αναπόδεικτό των σχετικών αιτιάσεων του προσφεύγοντος περί έλλειψης πρόσφατων προμηθειών του σχετικού υλικού έκτασης και ποσότητας αντίστοιχης με τους εμπεριεχόμενους στο σχετικό κριτήριο επιλογής. Περαιτέρω, ότι όσο πιο τεχνικά σύνθετο και κοινωνικά κρίσιμο είναι το συμβατικό αντικείμενο ενός δημόσιου διαγωνισμού, τόσο ευρύτερη καθίσταται η διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα κατά τη θέσπιση των κριτηρίων επαγγελματικής επάρκειας και των τεχνικών προδιαγραφών, όπως και ότι απαραδέκτως προσβάλλονται οι τεχνικές εκτιμήσείς του ιδίου του αναθέτοντος, ο οποίος φέρει την ευθύνη για την καλή λειτουργία του προς προμήθεια υλικού, ενώ σε κάθε περίπτωση ακόμη και αν οι ισχυρισμοί του δεν είναι οι μόνοι ορθοί, η πράξη δεν ακυρώνεται αφού υφίστανται περισσότερες εύλογες ερμηνευτικές εκδοχές. Με τις από 26-9-2018 περαιτέρω συμπληρωματικές Απόψείς του, ο αναθέτων επικαλείται ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής μια σειρά από πέντε (5) πρόσφατες μείζοντος σημασίας διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων σε κράτη-μέλη της ΕΕ, εκτός Ελλάδος, όπου μετείχαν παραδεκτώς ή αναδείχθηκαν ανάδοχοι

οικονομικοί φορείς εγκατεστημένοι στη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, ενώ επικαλείται τη συμμετοχή σε πλήθος αναλόγων διαδικασιών επιχειρήσεων από τη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας και τη Ρωσική Ομοσπονδία. Ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής αιτιάται ότι σε κάθε περίπτωση, στηρίζεται επί εσφαλμένης πραγματικής και νομικής βάσης καθώς, όπως είναι γνωστό, στα κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής «Ε.Ε.») η ανάπτυξη των ενεργειακών υποδομών είναι περιορισμένη τα τελευταία χρόνια και, ως εκ τούτου, η εγκατάσταση μετασχηματιστών ανάλογων με τους υπό προμήθεια μπορεί να αναζητηθεί κατά κύριο λόγο σε χώρες αναπτυσσόμενες. Σε κάθε περίπτωση, σημαντικότατο μερίδιο στη σχετική αγορά διαθέτουν εταιρείες εδρεύουσες στην Ε.Ε. ή μέλη ομίλων που διαθέτουν θυγατρικές εντός της Ένωσης, παραθέτει δε στοιχεία για τους οικονομικούς φορείς …….. Ιδιαίτερα, από το τεχνικό φυλλάδιο της …… (σελ.10) προκύπτει ότι η τελευταία έχει κατασκευάσει και προμηθεύσει με μετασχηματιστές όμοιων ή ανώτερων χαρακτηριστικών με τους υπό προμήθεια πλήθος χωρών του αναπτυγμένου και αναπτυσσόμενου κόσμου.

4. Επειδή, με την ασκηθείσα από 6-9-2018 παρέμβασή του, που κατόπιν της από 30-8-2018 λήψης εκ μέρους του γνώσης της προσφυγής (η προσφυγή αναρτήθηκε εσωτερικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 21-8-2018, η πρόσβαση στον οποίο όμως δεν είναι εκ σχεδιασμού του ηλεκτρονικού τόπου δυνατή, στους μη εγγεγραμμένους σε αυτόν και συνεπώς, η λήψη γνώσης της προσφυγής προϋποθέτει εγγραφή, η οποία έλαβε χώρα από τον παρεμβαίνοντα την 30-8-2018, ενώ την επόμενη ημέρα 31-8-2018 έλαβε χώρα και εξωτερική ανάρτηση προς το εν γένει κοινό, πέραν των εγγεγραμμένων, συνεπώς σε κάθε περίπτωση ο παρεμβαίνων έλαβε γνώση την ημέρα εγγραφής του στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 30-8-2018 και όχι την 31-8-2018 όπως επικαλείται) εμπροθέσμως, υπεβλήθη στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και συγχρόνως την ίδια ημέρα, 6-9-2018, εστάλη από αυτόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, παρελήφθη δε αυθημερόν από αυτήν (και επομένως κατ' άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017 η άσκηση επήλθε με την παραλαβή του μηνύματος ηλεκτρονικού

ταχυδρομείου από την ΑΕΠΠ, βλ. κατωτέρω σκέψη 5 ως προς την προσφυγή, αφού κατ' άρθρο 7 ΠΔ 39/2017, που παραπέμπει ως προς τον τρόπο ηλεκτρονικής κατάθεσης της παρέμβασης στο αντίστοιχο περί κατάθεσης προσφυγής άρθρο 8, ο τρόπος άσκησης παρέμβασης ταυτίζεται με τον ανά περίπτωση παραδεκτό τρόπο άσκησης προσφυγής), παρεμβαίνει ο παρεμβαίνων προς απόρριψη της προσφυγής και δη μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αποτελεί οικονομικό φορέα εγκατεστημένο στη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας (και άρα Κράτος που δεν έχει κυρώσει τη ΣΔΣ και δεν τελεί σε διμερή ή πολυμερή σχετική συμφωνία με την Ένωση) και επομένως, η τυχόν αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής διακινδυνεύει τη συμμετοχή του στην προκείμενη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, την οποία ο προσβαλλόμενος δια του πρώτου λόγου όρος, αντιθέτως επιτρέπει και δη παρότι ο παρεμβαίνων επικαλείται το ενδιαφέρον συμμετοχής του στην προκείμενη διαδικασία και την εκ μέρους του δραστηριοποίηση στον οικείο κλάδο, ενώ περαιτέρω κατονομάζεται από την προσφυγή ως ευνοούμενος από τους όρους της διακήρυξης. Ο δε παρεμβαίνων καταρχάς επικαλείται ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη πρώτον, διότι ο προσφεύγων δεν υπέβαλε κάποιο αποδεικτικό μέσο περί διακρίβωσης των ισχυρισμών του ως προς τη στήριξη του εννόμου συμφέροντός του, δεύτερον, δεν υπέβαλε με την προσφυγή του αποδεικτικό μέσο ότι ο υπογράφων αυτή ως φερόμενος εκπρόσωπός του είναι όντως νόμιμος εκπρόσωπός του ή εξουσιοδοτημένο προς τούτο πρόσωπο, τρίτον, το παράβολο που υπέβαλε αναγράφει ότι τελεί προς πληρωμή και όχι ότι είναι δεσμευμένο κα,ι επομένως, δεν είχε καταβληθεί το παράβολο κατά την άσκηση της προσφυγής ούτε επισυνάπτεται το αποδεικτικό πληρωμής του (ισχυρισμός που ήδη απερρίφθη κατά τη σκ. 1 παραπάνω) και τέταρτον, έχουν χρησιμοποιηθεί μόνο κάποιες σελίδες του προδιατυπωμένου εντύπου και έχουν παραλειφθεί σημαντικές σελίδες αυτού που έχουν αντικατασταθεί από τον προσφεύγοντα, με αποτέλεσμα όχι μόνο να μην έχει γίνει χρήση του, αλλά και να έχει αλλοιωθεί ουσιωδώς. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων ζητά την απόρριψη του πρώτου λόγου της προσφυγής, αφενός ως απαράδεκτου και δη λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος του

προσφεύγοντος, αφού αυτός δεν αιτιάται ότι ο προσβαλλόμενος όρος καθιστά αδύνατη την ευχερή σύνταξη της προσφοράς του ή τον αποκλείει ή καθιστά υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή του ή προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα της απόρριψης της προσφοράς του, αφετέρου ως αβασίμου. Ειδικότερα, ο παρεμβαίνων ως προς το αβάσιμο του πρώτου λόγου της προσφυγής επικαλείται ότι ουδόλως κατά το ενωσιακό δίκαιο αλλά και το εθνικό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων δια του οποίου ενσωματώθηκε στην εθνική έννομη τάξη το ενωσιακό, προκύπτει η εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενη απαγόρευση συμμετοχής οικονομικών φορέων τρίτων χωρών. Περαιτέρω, ότι η ΕΕ έχει αποκλειστική αρμοδιότητα για ζητήματα που αφορούν δημόσιες συμβάσεις με εξαίρεση τον τομέα μεταφορών, τα κράτη-μέλη δεν επιτρέπεται να εκδίδουν νομικά δεσμευτικές πράξεις, πέραν των εξουσιοδοτήσεων των οικείων οδηγιών, ως προς το άνοιγμα των αγορών δημοσίων συμβάσεων, ότι η έννοια του οικονομικού φορέα πρέπει να ερμηνεύεται διασταλτικά, ότι ουδόλως αυτή συνέχεται με τον τόπο εγκατάστασης, ότι όπου ο ενωσιακός φορέας σκόπευε να έχει σημασία ο τόπος εγκατάστασης ρητώς όρισε τούτο και ότι η πρόβλεψη του άρθρου 86 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ περί δυνατότητας υπό προϋποθέσεις έκδοσης ειδικής εκτελεστικής πράξης απαγόρευσης και δη προσωρινής, προκύπτει εξ αντιδιαστολής ότι προ αυτής, δεν υφίσταται σχετικός περιορισμός. Όσον αφορά δε την Οδηγία 2014/25, από το γεγονός ότι το άρθρο 85 αυτής προβλέπει ειδικές προϋποθέσεις που αφορούν τη δυνατότητα επιβολής περιορισμών σε προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών, προκύπτει το εξ αντιδιαστολής συμπέρασμα ότι δεν απαγορεύεται γενικώς η προμήθεια προϊόντων καταγωγής τρίτων χωρών, περαιτέρω δε επικαλείται ότι τα κράτη-μέλη δεν μπορούν να απαγορεύσουν τη συμμετοχή οικονομικών φορέων από τρίτες χώρες με τις οποίες η ΕΕ δεν έχει συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες ή δεν έχουν κυρώσει τη ΣΔΣ, παρά μόνο εντός του πλαισίου των οικείων Οδηγιών. Κατά τον δε παρεμβαίνοντα, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η μόνη ορθή ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 25, παρ. 1, και 255, παρ. 1, του Ν. 4412/2016 είναι η σύμφωνη με το ενωσιακό δίκαιο ερμηνεία τους η οποία επιβάλλει να θεωρηθεί ότι οι εν λόγω διατάξεις έχουν την έννοια ότι, κατά το

εθνικό δίκαιο, ο κατάλογος των δικαιούμενων συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25 είναι ενδεικτικός και όχι εξαντλητικός, δηλαδή ότι δικαίωμα συμμετοχής σε τέτοιες διαδικασίες έχουν κατ'ελάχιστον οι οικονομικοί φορείς που αναφέρονται στον κατάλογο αυτόν. Επιπλέον, ο παρεμβαίνων αιτιάται ότι η Κίνα είναι μέλος του ΠΟΕ από την 11.12.2001, ότι αλυσιτελώς τυγχάνουν επίκλησης οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος για τις συνθήκες επιχειρηματικότητας και εργασίας στη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, αφού δεν συνιστά ζήτημα σχετιζόμενο με την προσωπική κατάσταση κάποιου συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, η δε εκ μέρους του προσφεύγοντος επίκληση του άρθρου 86 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ είναι αλυσιτελής, εν όψει των ανωτέρω εκτεθέντων.

5. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί προμήθειας αγαθών του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 31-7-2018, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 3-8-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 18PROC003528726, ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το άρθρο 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) (εν προκειμένω, χρόνος επικαλούμενης από τον προσφεύγοντα γνώσης η 9-8-2018, δηλαδή εντός της δεκαπενθήμερης από την ως άνω δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ περιόδου παραγωγής τεκμηρίου γνώσης και άσκηση την 20-8-2018, ήτοι την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα από την 19-8-2018, ημέρα Κυριακή, όταν και καταρχήν έληγε η οικεία δεκαήμερη προθεσμία, ΔΕφΠατρ Ν39/2018). Σημειωτέον δε, ότι εν προκειμένω, η προσφυγή μεν υπεβλήθη στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και συγκεκριμένα στο σύστημα sourceONE της cosmoONE που αποτελεί τον ηλεκτρονικό τόπο των διαγωνισμών του προκείμενου αναθέτοντος φορέα λόγω εξαίρεσής του με την υπ΄ αριθμ. πρωτ.8170/23-01-2018 απόφαση (ΑΔΑ:

ΨΧΠΞ465ΧΙ8-Σ8Ο) από το ΕΣΗΔΗΣ ως ηλεκτρονικό τόπο των διαδικασιών ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων του Ν.4412/2016. Όμως, κατ' άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, ορίζεται μεταξύ άλλων, ότι σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δε διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και ως ημέρα άσκησής της νοείτια η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Επομένως, η προκείμενη εφαρμοστέα περίπτωση περί τρόπου κατάθεσης είναι η παραπάνω της παρ. 4 του άρθρου 8 και όχι αυτή της παρ. 3 του ιδίου άρθρου που προβλέπει την κατάθεση «*στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού*» και ως ημερομηνία υποβολής της την «*ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού*». Και τούτο, διότι η διάταξη της παρ. 4 ως εκ της ειδικής διατυπώσεώς της και αναφοράς της σε κάθε περίπτωση όπου η διαδικασία δε διενεργείται όχι απλώς ηλεκτρονικά, δηλαδή μέσω ενός οιουδήποτε ηλεκτρονικού τόπου, αλλά συγκεκριμένα μέσω ΕΣΗΔΗΣ, έχει την έννοια ότι σε όποια διαδικασία διενεργείται μεν ηλεκτρονικά, πλην όχι μέσω αυτού καθαυτού του ΕΣΗΔΗΣ και ακόμη και αν η διενέργειά της λαμβάνει χώρα μέσω ηλεκτρονικού τόπου που νομίμως εξαιρέθηκε από την υποχρέωση χρήσης του ΕΣΗΔΗΣ, όπως δηλαδή εν προκειμένω, οι προδικαστικές προσφυγές ασκούνται όχι κατ' άρθρο 8 παρ. 3 αλλά κατ' άρθρο 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, δηλαδή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ και με ημερομηνία άσκησης λογιζόμενη αυτή της παραλαβής του. Είναι δε όλως αδιάφορο (αφού δεν συνιστά κατά νόμο μέσο άσκησης) πότε τυχόν ή ακόμη και αν η προσφυγή υπεβλήθη στον, άλλο εκτός ΕΣΗΔΗΣ, ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Πλην όμως, στην προκείμενη περίπτωση, ούτως ή άλλως, ο προσφεύγων απέστειλε την προσφυγή του στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν, ήτοι και πάλι την 20-8-2018. Άρα, καίτοι η εκ μέρους του υποβολή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δεν αποτέλεσε άσκηση κατά την έννοια του νόμου, η άσκηση της προσφυγής επήλθε την ίδια ημέρα με την αποστολή της και την παραλαβή της από την ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού

ταχυδρομείου και ούτως, σε κάθε περίπτωση, η προσφυγή κατατέθηκε με νόμιμη διαδικασία και εμπροθέσμως.

6. Επειδή, ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρθρο 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον φερόμενο ως νόμιμο εκπρόσωπό του. Ουδόλως δε ο προσφεύγων όφειλε να προαποδείξει τη νομιμοποίηση και εκπροσωπευτική αρμοδιότητα του υπογράφοντος το δικόγραφό του, αφού ουδεμία σχετική πρόβλεψη υφίσταται στο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο άσκησης προδικαστικών προσφυγών, η δε νομιμοποίηση του υπογράφοντος καταρχήν τεκμαίρεται, εκτός αν άλλως επικαλείται ο αντίδικος. Η αντίθετη, εξάλλου, εκδοχή θα έθετε αδικαιολόγητα εμπόδια και περιορισμούς στην απονομή προδικαστικής προστασίας (εξαρτώντας αυτήν από όλως τυπικά στοιχεία), αλλά και την πραγμάτωση του σκοπού της ΑΕΠΠ ως διοικητικού οργάνου με οιονεί δικαιοδοτική αρμοδιότητα εκπορευόμενη εκ της Ενωσιακής νομοθεσίας, ο οποίος συνίσταται στην αποτελεσματική και ταχεία επίλυση των διαφορών που προηγούνται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την παροχή της βέλτιστης προδικαστικής προστασίας στους οικονομικούς φορείς, προς εκ μέρους τους εξάλλου εμπέδωση της εμπιστοσύνης προς τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016) και την κατ' αποτέλεσμα τόνωση του ανταγωνισμού στο πλαίσιό τους. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, εφόσον η νομιμοποίηση του δικογράφου και η εκπροσωπευτική εξουσία του υπογράφοντος για λογαριασμό οικονομικού φορέα προσώπου αμφισβητούνται ή για κάθε λόγο τίθενται εν αμφιβόλω, η ΑΕΠΠ έχει τη δυνατότητα να ελέγξει ακόμη και αυτεπαγγέλτως το ζήτημα, συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας να ζητήσει από τον προσφεύγοντα (ή αντιστοίχως τον παρεμβαίνοντα) τα οικεία αποδεικτικά στοιχεία. Όμως, εν προκειμένω, ο παρεμβαίνων ναι μεν επικαλείται τη μη προσκόμιση από τον προσφεύγοντα αποδεικτικών της νομιμοποίησης του υπογράφοντος την προσφυγή εγγράφων, ουδόλως όμως, όχι απλά αποδεικνύει, αλλά και έστω αμφισβητεί την εκπροσωπευτική αρμοδιότητα του τελευταίου. Συνεπώς,

ουδεμία υποχρέωση για την παραδεκτή άσκηση προδικαστικής προσφυγής υφίσταται προς εξαρχής απόδειξη της νομιμοποίησης του δικογράφου και της εξουσίας του υπογράφοντος να υπογράψει και να ασκήσει την προσφυγή για λογαριασμό οικονομικού φορέα που αποτελεί νομικό πρόσωπο. Εξάλλου, εν προκειμένω, από αυτεπάγγελτο έλεγχο στη μερίδα του προσφεύγοντος ΓΕΜΗ προκύπτει ότι ο υπογράφων την προσφυγή …….. είναι κατά τα δημοσιευμένα στοιχεία της επιχείρησης (εταιρεία περιορισμένης ευθύνης), διαχειριστής αυτής, χωρίς ο παρεμβαίνων να αιτιάται, πολλώ δε μάλλον να αποδεικνύει, ότι δεν κατέχει την εξουσία εκπροσώπησης της επιχείρησης για την άσκηση αντιστοίχου προδικαστικής προσφυγής. Επομένως, ο οικείος περί απαραδέκτου της προσφυγής ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος είναι κατ' αποτέλεσμα και σε κάθε περίπτωση απορριπτέος.

7. Επειδή, περαιτέρω, αβασίμως ο παρεμβαίνων αιτιάται το απαράδεκτο της προσφυγής λόγω μη χρήσης του ως άνω εντύπου, αφού η προσφυγή ασκήθηκε με χρήση αυτού και μάλιστα αυτούσια ως προς τα στοιχεία 1.ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΟΣ, 2. ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗ, 3. ΑΡΙΘΜΟΣ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, 4. ΚΑΤΗΓΟΡΙΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΕΣ, 5. ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΖΟΜΕΝΗ ΔΑΠΑΝΗ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΗ ΣΥΜΒΑΣΗ, 6. ΠΟΣΟ ΚΑΤΑΚΥΡΩΘΕΙΣΑΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ, 7. ΠΑΡΑΒΟΛΟ ΚΑΙ ΠΡΑΞΗ ΕΞΟΦΛΗΣΗΣ ΠΑΡΑΒΟΛΟΥ, 8. ΕΞΟΥΣΙΟΔΟΤΗΣΗ ΣΕ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΚΑΤΑΘΕΣΗΣ ΑΠΟ ΔΙΚΗΓΟΡΟ, 9. ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ Α. ΟΝΟΜΑΣΙΑ ΚΑΙ ΣΥΝΟΠΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ, Β. ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΠΡΟΚΗΡΥΞΗΣ ΚΑΙ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗΣ ΤΩΝ ΟΡΩΝ ΤΗΣ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, Γ. ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΟΥ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΟΣ, Δ. ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ Ο ΠΡΟΣΦΕΥΓΩΝ ΕΛΑΒΕ ΓΝΩΣΗ ΤΗΣ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΗΣ ΠΡΑΞΗΣ Ή ΑΠΟΦΑΣΗΣ, όπου καταχώρησε όλες τις εκεί απαιτούμενες πληροφορίες (όπου βέβαια εφαρμόζονταν στην προκείμενη περίπτωση). Η δε εκ μέρους του προσφεύγοντος συμπλήρωση των στοιχείων 10 ΛΟΓΟΙ ΕΠΙ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ Η ΠΡΟΣΦΥΓΗ, 11 ΑΙΤΗΜΑ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ και 12 ΑΙΤΗΜΑ ΑΝΑΣΤΟΛΗΣ-ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ (του

οποίου στοιχείου 12 εξάλλου η συμπλήρωση είναι προαιρετική, όπως προαιρετική είναι και η ίδια η υποβολή αιτήματος χορήγησης προσωρινών μέτρων) με ελεύθερο κείμενο, δηλαδή με απλή απαλοιφή των παραπάνω επικεφαλίδων, ουδόλως αναιρεί τα παραπάνω ούτε σημαίνει έστω και καταρχήν τη μη χρήση του ως άνω εντύπου (του οποίου εξάλλου οι επικεφαλίδες έχουν απλά καθοδηγητικό, βοηθητικό και διευκολυντικό για τους προσφεύγοντες ρόλο και συγχρόνως διευκολύνουν την ανάγνωση της προσφυγής, χωρίς να έχουν κάποια έννομη σημασία ή να συνιστούν στοιχείο του παραδεκτού του εντύπου). Περαιτέρω, η προσφυγή περιλαμβάνει ακόμη και το στοιχείο 13 ΔΗΛΩΣΗ με κατά λέξει αναγραφή του προβλεπόμενου στο προδιατυπωμένο έντυπο κειμένου «*Δηλώνω υπεύθυνα ότι όλα τα στοιχεία και όλες οι πληροφορίες που περιέχονται στην παρούσα Προσφυγή καθώς και όλα τα επισυνημμένα έγγραφα είναι αληθή και ορθά.*». Σε κάθε πάντως περίπτωση, ουδόλως η έννοια του άρθρου 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 περί υποχρεωτικότητας του προδιατυπωμένου εντύπου είναι δυνατόν ούτως ή άλλως να ερμηνευθεί ως ιδρύουσα επιπλέον στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής, για το οποίο αρκεί η ταυτοποίηση του προσφεύγοντος και της καθ' ης αναθέτουσας (ή καθ' ου αναθέτοντος), να προκύπτει με ορισμένο και σαφή τρόπο η προσβαλλόμενη πράξη, όπως και η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή συγκεκριμένων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών, προς στοιχειοθέτηση σαφούς και ορισμένου, ως και μετ' εννόμου συμφέροντος προβαλλομένου αιτητικού, σε κάθε δε περίπτωση η νόμιμη υπογραφή από τον προσφεύοντα ή τον νόμιμο εκπρόσωπό του και η ημερομηνία της υπογραφής αυτής. Επομένως, εφόσον τα παραπάνω προκύπτουν με σαφή και ορισμένο τρόπο από το δικόγραφο, η προσφυγή ασκείται καταρχήν παραδεκτώς, ακόμη και αν δεν χρησιμοποιήθηκε αυτό καθαυτό το προδιατυπωμένο έντυπο, η χρήση του οποίου υπέχει θέση μέσου διευκόλυνσης, καθοδήγησης, αλλά και προστασίας των προσφευγόντων, προς τον σκοπό του ορισμένου των δικογράφων τους και του παραδεκτού των προσφυγών τους, σε συνδυασμό με τη διευκόλυνση της ΑΕΠΠ να διαχειριστεί ταχύτερα και αποτελεσματικότερα τις ασκούμενες προσφυγές όπως και κατά την εξέταση να εκτιμήσει και να εξετάσει το εκεί περιλαμβανόμενο περιεχόμενο,

ήτοι προς διευκόλυνση και επιτάχυνση της διαδικασίας και του έργου της. Τα παραπάνω όμως δεν μπορούν να φθάνουν στο σημείο απόρριψης προσφυγών ως απαραδέκτων καίτοι αυτές περιλαμβάνουν τα αναγκαία για το παραδεκτό τους στοιχεία, για τον μόνο λόγο ότι δεν ακολουθήθηκε το προδιατυπωμένο έντυπο. Αντίθετη δε εκδοχή θα προσέκρουε στον ίδιο τον νομοθετικό σκοπό της θέσπισης των διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 (βλ. και οικεία σημεία Αιτιολογικής Έκθεσης), που κατατείνουν πρωτίστως στη βελτίωση της παρεχόμενης στους οικονομικούς φορείς προδικαστικής προστασίας κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Εξάλλου, ακόμη και το στοιχείο του χρόνου γνώσης της προσβαλλομένης πράξης, αν δεν πρόκειται για διακήρυξη, προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, στον οποίο η αναθέτουσα ή ο αναθέτων, ανά περίπτωση, υποχρεούται, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, να χορηγήσει πρόσβαση ή αν ο διαγωνισμός δε διενεργείται ηλεκτρονικά, προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης και δη την κοινοποίηση στον προσφεύγοντα της προσβαλλομένης πράξης ηλεκτρονικά, δια τηλεομοιοτυπίας ή κάθε άλλο μέσο επικοινωνίας, στοιχεία που και πάλι η αναθέτουσα ή ο αναθέτων υποχρεούνται να διαβιβάσουν στην ΑΕΠΠ κατ' άρθρο 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Αν η προσβαλλόμενη συνιστά διακήρυξη, ακόμη και αν η γνώση δε δηλώνεται ή σε κάθε περίπτωση αναγράφεται εντός της προσφυγής από τον προσφεύγοντα ούτως ή άλλως τεκμαίρεται εκ του νόμου ότι παράγεται εντός 15 ημερών από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Τέλος, όσον αφορά την προσφυγή κατά παράλειψης, η συντέλεσή της και πάλι θα πρέπει ούτως ή άλλως να προκύπτει από το ιστορικό και τους ισχυρισμούς της προσφυγής, σε συνδυασμό με τον φάκελο της υπόθεσης που διαβιβάζει η αναθέτουσα. Συνεπώς, ούτε η πανηγυρική μνεία της λήψης γνώσης της προσβαλλομένης (καίτοι εν προκειμένω υφίσταται εντός του χρησιμοποιηθέντος εντύπου) συνιστά στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής και αρκεί κατά τα ως άνω να προκύπτει από τα ανά περίπτωση στοιχεία της προσφυγής, των σχετικών αυτής εγγράφων και του φακέλου που διαβιβάζει η αναθέτουσα, προς αυτεπάγγελτο έλεγχο του εμπροθέσμου από την ΑΕΠΠ. Περαιτέρω, το στοιχείο 13 περί υπευθύνου δήλωσης ότι τα στοιχεία και οι

πληροφορίες που περιέχονται στην προσφυγή και τα επισυνημμένα αυτής έγγραφα είναι αληθή και ορθά (που ομοίως εν προκειμένω συμπεριλήφθηκε στην προσφυγή), καταρχάς αυτονόητα εκτείνεται αποκλειστικά στο επικαλούμενο πραγματικό, δηλαδή τα στοιχεία του ιστορικού που αναφέρονται και όχι προφανώς στους νομικούς ισχυρισμούς, τις ερμηνείες, υπαγωγές και επικλήσεις του προσφεύγοντος (αφού σε αντίθετη εκδοχή, θα κατέληγε αυτός να νοείται ως ψευδώς δηλώσας, επειδή δεν ευδοκίμησαν οι ισχυρισμοί του). Και πάλι όμως, αυτή καθαυτή η δήλωση έστω και προς τα πραγματικά ως άνω στοιχεία και συνημμένα έγγρφα, δεν συνιστά στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής, αφού συνιστά επί της ουσίας έναν πανηγυρικό τύπο που δεν επάγεται αυτοτελείς και πρόσθετες έννομες συνέπειες, δεδομένου ότι ούτως ή άλλως η ίδια η προσφυγή συνιστά παράσταση συγκεκριμένων γεγονότων και δήλωση-εξωτερίκευση αυτών προς τρίτους και δη δημόσια αρχή, ήτοι την ΑΕΠΠ προς την επίτευξη νομίμου σκοπού και συνεπώς, η τυχόν συμπερίληψη αναληθών γεγονότων, ψευδών στοιχείων ή μη γνήσιων εγγράφων επάγεται ούτως ή άλλως σοβαρές έννομες συνέπειες κατά του δηλούντος και επικαλούμενου τα παραπάνω προσώπου. Κατ' αποτέλεσμα, η υποβολή της προσφυγής δια του προδιατυπωμένου εντύπου δεν συνιστά ουσιώδη τύπο της διαδικασίας, η παραβίαση του οποίου θα οδηγούσε στο απαράδεκτο της προσφυγής, αφού, όπως με σαφήνεια προκύπτει από την οικεία αιτιολογική έκθεση, ο σκοπός της περί προδιατυπωμένου εντύπου διάταξης ανάγεται στη διευκόλυνση και την επιτάχυνση της διαδικασίας, η δε πρόβλεψη στο ΠΔ 39/2017 περί υποχρεωτικής χρήσης τυποποιημένου εντύπου δεν απαγορεύει την υποβολή προσφυγών περιβαλλόμενων με άλλο τύπο, εφόσον βέβαια σε κάθε περίπτωση περιέχεται το ως άνω αναγκαίο για το παραδεκτό περιεχόμενο και τα συγκροτούντα αυτό αναγκαία στοιχεία, μαζί με την υπογραφή και την ημεροχρονολογία της προσφυγής (πρβλ. ΔΕφΚομ Ν39/2017, σκ. 7). Συνεπώς, ούτως ή άλλως, ο παραπάνω ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος εκτός από εν προκειμένω ουσία αβάσιμος είναι και εξαρχής νόμω αβάσιμος και σε κάθε περίπτωση απορριπτέος.

8. Επειδή, ο προσφεύγων έχει καταρχήν προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής, αφού αφενός συνιστά, όπως επικαλείται, οικονομικό φορέα αν μη τι άλλο δραστηριοποιούμενο στον οικείο κλάδο που αφορά το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο, όπως μάλιστα ρητά επικαλείται στην προσφυγή του, αφετέρου εξ όσων επικαλείται με τον δεύτερο λόγο του διακινδυνεύεται με αποκλεισμό ή έστω δυσχεραίνεται υπέρμετρα στην υποβολή προσφοράς. Εξάλλου, για την παραδεκτή άσκηση προσφυγής αρκεί έστω και ένας μετ' εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος ισχυρισμός, ενώ το ανά επιμέρους ισχυρισμό έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος θα κριθεί στο πλαίσιο ουσιαστικής εξέτασης της προσφυγής του. Περαιτέρω, είναι απορριπτέος ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι η προσφυγή είναι απαράδεκτη, διότι ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει την εξ αυτού επικαλούμενη ιδιότητα του δραστηριοποιούμενου στον οικείο κλάδο, αφού ουδόλως υφίσταται τέτοια υποχρέωση για την παραδεκτή καταρχήν άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, αρκεί δε καταρχήν η επίκληση της ιδιότητας του ενδιαφερομένου και δυνάμενου προς συμμετοχή στον διαγωνισμό. Και ναι μεν, το έννομο συμφέρον και η κατ' άρθρο 345 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 βλάβη, που θεμελιώνουν το δικαίωμα προδικαστικής προστασίας δύνανται να τύχουν αμφισβήτησης από αντίδικο και ελέγχονται και αυτεπαγγέλτως περί της συνδρομής τους, πλην όμως τούτο δεν μπορεί να φθάνει στο σημείο απόρριψης προσφυγών για τον μόνο λόγο, ότι δεν προσκομίζονται με αυτές αποδεικτικά στοιχεία για τη δραστηριότητα του προσφεύγοντος, απαίτηση που θα συνεπαγόταν περιπλοκές και δυσχέρειες στην προδικαστική προστασία ιδίως στις περιπτώσεις προσβολής όρων διακήρυξης και δη λαμβανομένων υπόψη των ιδιαίτερα σύντομων προθεσμιών για την άσκηση προσφυγής και την εκ του Ν. 4412/2016 προκύπτουσα ανάγκη και σκοπό επιτάχυνσης και επίτασης της αποτελεσματικότητας της προδικαστικής προστασίας. Υπό την αντίθετη εκδοχή εξάλλου, οι προσφεύγοντες θα όφειλαν τυχόν να αποδεικνύουν, για το παραδεκτό της προσφυγής τους κατά διακήρυξης, και την εκ μέρους τους πλήρωση κάθε άλλης απαίτησης της διακήρυξης, πλην όσων δια της

προσφυγής προσβάλλουν. Εξάλλλου, εν προκειμένω ούτε ο αναθέτων ούτε ο παρεμβαίνων αμφισβητούν την αλήθεια των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί της δραστηριότητάς του και της εκ μέρους του εκτέλεσης στο παρελθόν αντιστοίχου αντικειμένου συμβάσεων, άρα και των όσων επικαλείται προς στοιχειοθέτηση του καταρχήν, κατά τα ως άνω εννόμου συμφέροντός του (αλλά απλώς ο παρεμβαίνων αιτιάται την άνευ ετέρου απόρριψη της προσφυγής για τον μόνο λόγο της μη συμπροσκόμισης μετά της προσφυγής και των αποδεικτικών στοιχείων των περί δραστηριοποιήσής του ισχυρισμών του). Άρα, και αυτός ο περί απαραδέκτου της προσφυγής ισχυρισμός της παρέμβασης πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, σύμφωνα και με τις παραπάνω σκέψεις 3-8, η προσφυγή, όπως και η παρέμβαση, πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

10. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι το άρθρο 6 του Τεύχους 2 ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ προβλέπει ότι «*Δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα και, σε περίπτωση ενώσεων Οικονομικών Φορέων, τα μέλη αυτών, που είναι εγκατεστημένα: (α) σε ένα κράτος – μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.), (β) σε ένα κράτος – μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) (γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Συμφωνία περί Δημοσίων Συμβάσεων-ΣΔΣ (Government Procurement Agreement-GPA) του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου (Π.Ο.Ε.), στο βαθμό που η υπό ανάθεση σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω ΣΔΣ (GPA), (δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στις ανωτέρω περιπτώσεις και έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την Ένωση. Διευκρινίζεται ότι, από τις παραπάνω περιπτώσεις δεν αποκλείονται σε καμία περίπτωση χώρες που είναι σε διαδικασία υπογραφής σύμβασης κατά το στοιχείο (γ), συμπεριλαμβανομένων των παρατηρητών – observers – καθώς και χώρες που έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας*

επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες / συμβάσεις με την Ελλάδα.». Συνεπώς, η προκείμενη διακήρυξη απονέμει δικαίωμα συμμετοχής σε οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε τρίτες εκτός ΕΕ και ΕΟΧ χώρες, ακόμη και όσες δεν έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ και συγχρόνως δεν έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ, αρκεί οι χώρες εγκατάστασής τους να τελούν σε διαδικασία υπογραφής της ΣΔΣ, μεταξύ των οποίων και όσες τελούν σε καθεστώς παρατηρητή της ΣΔΣ ή έστω να έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες με την Ελλάδα.

11. Επειδή, στην περίπτωση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο ενδιαφερόμενος προβάλλει συγκεκριμένο ισχυρισμό του με έννομο συμφέρον, οφείλει να επικαλείται άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (πρβλ ΕΑ ΣτΕ 129, 130, 131, 146, 147, 148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, 9, 124, 189/2015, 1258, 1316/2008, 342, 670/2009 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προσφυγής ειδικά κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την υποβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήσσουν την εν γένει νομιμότητα αυτής, ενώ εξάλλου ο προσφεύγων δύναται παραδεκτώς να προβάλει και ισχυρισμούς κατά όρων διακήρυξης, οι οποίοι καθιστούν ιδιαιτέρως δυσχερή την εκ μέρους του κατάρτιση ορθής, παραδεκτής και σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης προσφορά (πράγμα που προϋποθέτει σαφήνεια και μονοσήμαντο χαρακτήρα των απαιτήσεων), διακινδυνεύουν την ισότιμη μεταχείρισή του κατά την όλη διαδικασία προετοιμασίας, υποβολής και αξιολόγησης έως και αποδοχής προσφορών και ανάδειξης αναδόχου, καθιστούν ασαφή τον τρόπο επιλογής αναδόχου και αποδοχής προσφορών, παραβλάπτουν τυχόν τα πάσης φύσης

δικαιώματά του ως μετέχοντος εντός της διαδικασίας, θεσπίζουν όρους περί της εκτέλεσης, οι οποίοι όμως θα ενσωματωθούν στη μετέπειτα σύμβαση και παραβλάπτουν ή διακινδυνεύουν ήδη εκ της νυν διατυπώσής τους εντός του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, τη θέση και τα δικαιώματά του ως τυχόν αναδόχου ή επάγονται ευρεία και ανέλεγκτη ευχέρεια, ως και κίνδυνο αυθαιρεσιών από την αναθέτουσα κατά την αξιολόγηση των προσφορών (με συνακόλουθο αποτέλεσμα την έλλειψη προβλεψιμότητας και εκ μέρους του ελέγχου επί της διαδικασίας, καθώς και βλάβη στη δυνατότητά του να καταρτίσει την προσφορά του με τον βέλτιστο δυνατό τρόπο ως προς την εκ μέρους του επίτευξη αναδείξής του ως αναδόχου). Σε κάθε πάντως περίπτωση, συμφώνως και με τα άρθρα 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλείται ή σε κάθε περίπτωση να προκύπτει από το δικόγραφό του με σαφή τρόπο (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017) τη βλάβη που επάγεται σε αυτόν ο προσβαλλόμενος όρος, φέρει δε το καταρχήν βάρος στοιχειοθέτησής τέτοιου εννόμου συμφέροντος, άλλως ο ισχυρισμός προβάλλεται τόσο άνευ εννόμου συμφέροντος, όσο και αορίστως και σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 167/2018). Σε διαφορετική περίπτωση, η προδικαστική προσφυγή θα διακινδύνευε να τραπεί σε «actio popularis». Ακόμη δε και αν η επικαλούμενη βλάβη δεν αναγράφεται κατά πανηγυρικό τρόπο σε διακριτό σημείο του ισχυρισμού, θα πρέπει πάντως να υφίσταται μια έστω πραγματική βάση και κάποιο περιεχόμενο εκ του οποίου να μπορεί να συναχθεί αβίαστα και με προφανή τρόπο η συγκεκριμένη βλάβη που επάγεται ο συγκεκριμένος όρος και όχι απλώς να υποτεθεί τέτοιο συμπέρασμα ή η ΑΕΠΠ εκ της φύσης του λόγου να εφευρίσκει την αρμόζουσα με το περιεχόμενό του βλάβη, υποκαθιστώντας εν τέλει τον προσφεύγοντα στο βάρος στοιχειοθέτησης και πλήρωσης των όρων του παραδεκτού της προσφυγής του (κατάσταση που θα κατέληγε και σε ευνοϊκή του μεταχείριση έναντι των λοιπών διαδίκων). Εξάλλου, ο εκ της ΑΕΠΠ τυχόν έλεγχος, υπό την έννοια του άρθρου 367 παρ. 1-2 Ν. 4412/2016, ήτοι κατατείνων στην ακύρωση πράξης ή παράλειψης του προσυμβατικού σταδίου, χωρίς να συνάγεται καν από το σύνολο του δικογράφου οικείο έννομο προς τούτο συμφέρον του

προσφεύγοντος, θα συνιστούσε υπέρβαση αρμοδιότητας εκ μέρους της ΑΕΠΠ, αλλοιώνοντας το ρόλο αυτής ως και του ίδιου του θεσμού της προδικαστικής προσφυγής, τρέποντας τον από, κατ' άρθρο 362 παρ. 1 και 367 παρ. 1-2 Ν. 44120, ειδικό, ήτοι κινούμενο επί τη βάσει συγκεκριμένων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών το βάρος επίκλησης των οποίων φέρει ο προσφεύγων, ο οποίος ούτως ορίζει το αντικείμενο της ελεγκτικής διαδικασίας (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017), σε καθολικό και αυτεπάγγελτο. Περαιτέρω, ο σκοπός της ΑΕΠΠ ανάγεται, κατ' άρθρο 347 παρ. 1 Ν. 4412/2016 στην "*επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης των συμβάσεων δημοσίων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών*" και τούτο "*ύστερα από την άσκηση προδικαστικής προσφυγής*" (η οποία, ούτως, ορίζει το αντικείμενο και τα όρια της διαφοράς, άρα και του εκ μέρους της ΑΕΠΠ ελέγχου) και πάλι μόνο αν αυτή η άσκηση έλαβε χώρα "*σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο Τμήμα ΙΙ του παρόντος Τίτλου* [άρθρα 360-371 Ν. 4412/2016]" (ήτοι παραδεκτώς) και όχι στον εν γένει έλεγχο νομιμότητας ή έγκριση των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων ούτε επικαλείται ούτε προκύπτει κατά ποιο τρόπο βλάπτεται συγκεκριμένα ο ίδιος ως οικονομικός φορέας από τον όρο που προσβάλλει με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, ο οποίος πάντως αυτοτελώς δεν επάγεται για τον ίδιο καμία επικαλούμενη βλάβη ούτε επιδρά στη δική του θέση και δυνατότητα συμμετοχής στον διαγωνισμό. Αντίθετα, ο προσφεύγων προβαίνει σε παράθεση των κατά τη γνώμη του διατάξεων του εθνικού και ενωσιακού δικαίου, μαζί με επίκληση του κινδύνου συμμετοχής οικονομικών φορέων από χώρες για τις οποίες «συντρέχουν σημαντικά ασυμβίβαστα», υφίστανται κρατικές επιχορηγήσεις, παιδική εργασία και παραβάσεις του ανταγωνισμού, χωρίς εξ αυτών να προκύπτει οιαδήποτε δική του προσωπική βλάβη, αποκλεισμός του, δυσχέρεια κατάρτισης και υποβολής προσφοράς ή οιοδήποτε στοιχείο που ζημιώνει προσωπικά τη δική του θέση, ενώ εξάλλου και σε κάθε περίπτωση, σε κανένα σημείο δεν επικαλείται οτιδήποτε σχετικό. Σημειωτέον δε, ότι ο πρώτος λόγος της προσφυγής του δε δύναται να θεωρηθεί ως ασκούμενος μετ' εννόμου συμφέροντος, επειδή στο πλαίσιο του δεύτερου λόγου του που βάλλει κατά

όλως αυτοτελών όρων της διακήρυξης που επιδρούν όντως στη δική του προσωπική συμμετοχή και τον αποκλείουν, εν τέλει αιτιάται ότι δια του αποκλεισμού του (που θα επέλθει ούτως ή άλλως από τους δια του δεύτερου λόγου προσβαλλόμενους όρους και μάλιστα ακόμη και αν ο προσβαλλόμενος με τον πρώτο λόγο του όρος δεν υφίστατο καν) θα ωφεληθούν τυχόν οι οικονομικοί φορείς από τις τρίτες χώρες, των οποίων τη συμμετοχή επιτρέπει ο όρος που προσβάλλει με τον πρώτο λόγο του. Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος και επίκλησης και στοιχειοθέτησης συγκεκριμένης άμεσης και προσωπικής του βλάβης εκ του προσβαλλόμενου δι' αυτού όρου και κατ' αποτέλεσμα, απαραδέκτως.

12. Επειδή, ανεξαρτήτως και επιπλέον όσων αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, προκύπτουν ως προς τον πρώτο λόγο και τα ακόλουθα. Το άρθρο 255 "*Δικαιούμενοι συμμετοχής - Προϋποθέσεις που σχετίζονται με τη ΣΔΣ και άλλες διεθνείς συμφωνίες (άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ)*" του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016 ορίζει ότι "*1. Υποψήφιοι ή προσφέροντες και, σε περίπτωση ενώσεων, τα μέλη αυτών, μπορούν να είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα εγκατεστημένα σε: α) ένα κράτος – μέλος της Ένωσης ή β) σε κράτος – μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) ή γ) σε τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω ΣΔΣ ή δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στις ανωτέρω περιπτώσεις και έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την Ένωση. 2. Στο βαθμό που καλύπτεται από τα Παραρτήματα 3, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση Προσαρτήματος Ι΄ της ΣΔΣ, καθώς και από τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι αναθέτοντες φορείς κατά την έννοια της περίπτωσης α΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 224 επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες*

μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης.". Η ως άνω εθνική διάταξη (βλ. και αντίστοιχη διάταξη Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016, άρθρο 25), όπως προκύπτει και από τον τίτλο αυτής, μετέφερε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 43 της *Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβούλιου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών και την κατάργηση της οδηγίας 2004/17/ΕΚ* (βλ. και αντίστοιχη διάταξη άρθρου 25 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), που προβλέπει ότι "*Στον βαθμό που καλύπτονται από τα παραρτήματα 3, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση προσαρτήματος Ι της ΣΔΠ καθώς και από τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι αναθέτουσες αρχές κατά την έννοια του άρθρου 4 παράγραφος 1 στοιχείο α) επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης*.". Δηλαδή, στην πραγματικότητα το άρθρο 255 Ν. 4412/2016 ενσωμάτωσε την ως άνω ενωσιακή διάταξη αυτούσια στην παρ. 2 αυτού, ενώ η παρ. 1 αυτού που περιλαμβάνει τις ως άνω α' έως δ' κατηγορίες δικαιουμένων προς συμμετοχή, συνιστά εθνική διάταξη, δια της οποίας πάντως και προς αποσαφήνιση των δικαιουμένων προς συμμετοχή, ο εθνικός νομοθέτης αποδελτίωσε επί της ουσίας τις διάφορες κατηγορίες συμμετεχόντων που προκύπτουν από διαφορετικά σημεία της κείμενης ενωσιακής νομοθεσίας. Ουδόλως όμως, η παραπάνω διάταξη του άρθρου 255 παρ. 1 Ν. 4412/2016 αναφέρεται σε αποκλειστικό καθορισμό των δικαιουμένων προς συμμετοχή, περιοριστική αναφορά αυτών ή κάποια τυχόν κλειστού τύπου απαρίθμηση των κατηγοριών τους, αναλόγως τόπου εγκατάστασης. Περαιτέρω, η παρ. 2 της ίδιας διάταξης, η οποία απαντάται και αυτούσια στην ως άνω ενωσιακή Οδηγία, αναφέρεται στις περιπτώσεις οικονομικών φορέων υπό γ' και δ', δηλαδή στους οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε κράτη που έχουν υπογράψει (αλλά και

κυρώσει) τη ΣΔΣ ή τελούν σε διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ, ιδρύει ρήτρα εξίσουν ευνοϊκής μεταχείρισης για τους οικονομικούς φορείς, τα έργα, αγαθά και υπηρεσίες που προέρχονται από τα κράτη αυτά, ως προς αυτήν που επιφυλάσσεται υπέρ των οικονομικών φορέων που εδρεύουν στην ΕΕ. Εκ της διατύπωσης αυτής προκύπτει ότι ναι μεν παρέχεται το ως άνω δικαίωμα υπέρ των οικονομικών φορέων από τα κράτη αυτά, πλην όμως και όπως a contrario προκύπτει, ουδόλως επιφυλάσσεται αποκλεισμός ή απαγόρευση συμμετοχής για τους οικονομικούς φορείς από άλλα κράτη, εκτός αυτών που υπάγονται στις ως άνω περιπτώσεις γ'-δ'. Και αυτό διότι δεν θα υφίστατο νόημα στη ρητή συμπερίληψη ρήτρας εξίσου ευνοϊκής μεταχείρισης στους οικονομικούς φορείς από άλλα κράτη, εφόσον όποιος οικονομικός φορέας τρίτης προς την ΕΕ και τον ΕΟΧ χώρας, ο οποίος προερχόταν από άλλα κράτη πλην αυτών των συγκεκριμένων, θεωρείτο ως άνευ ετέρου αποκλειστέος από κάθε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Εξάλλου, σε κανένα σημείο της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ ή της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ ή της εν γένει ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων προγενέστερης της νυν ισχύουσας ή της εν γένει ενωσιακής νομοθεσίας σε κάθε περίπτωση, δεν υφίσταται διάταξη περί αποκλεισμού ή απαγόρευσης συμμετοχής αγαθών, υπηρεσιών, έργων ή οικονομικών φορέων από τρίτες, πλην όσων έχουν κυρώσει τη ΣΔΣ ή τελούν σε διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ, χώρες.

13. Επειδή, τα παραπάνω όχι απλώς δεν αναιρούνται, αλλά και επιρρωνύονται από το άρθρο 314 του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016 που ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 85 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, διάταξη που σημειωτέον δεν απαντάται στο Βιβλίο Ι Ν. 4412/2016 ούτε στην Οδηγία 2014/24/ΕΕ και, επομένως, συνιστά ειδική διάταξη που θέτει συγκεκριμένο περιορισμό (και όχι αποκλεισμό), ειδικώς για τους τομείς που περιλαμβάνονται στην Οδηγία 2014/25/ΕΕ και το Βιβλίο ΙΙ Ν. 4412/2016. Οι παραπάνω διατάξεις αναφέρονται ακριβώς στις τρίτες χώρες με τις οποίες δεν υφίσταται κάποια πολυμερής ή διμερής συμφωνία της ΕΕ, κατά την οποία θα εξασφαλιζόταν αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των ενωσιακών

επιχειρήσεων στις αγορές τους, άρα αφορούν ακριβώς την προκείμενη περίπτωση. Και μάλιστα, ουδόλως αναφέρονται σε «οικονομικούς φορείς» ούτε επιδρούν στο δικαίωμα συμμετοχής τους σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων κρατών-μελών και ειδικότερα δεν αναφέρονται καν σε κάθε είδους αντικείμενο προσφοράς (έργα, αγαθά, υπηρεσίες), αλλά αποκλειστικώς και μόνο σε «προϊόντα», δηλαδή αγαθά που προσφέρονται στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης προμήθειας. Ειδικότερα, προβλέπεται στις παρ. 2-3 του άρθρου 314 Ν. 4412/2016 (άρθρο 85 παρ. 2-3 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ότι «*2. Κάθε προσφορά που υποβάλλεται για την ανάθεση σύμβασης προμηθειών που περιέχει προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών με τις οποίες η Ένωση δεν έχει συνάψει, σε πολυμερή ή διμερή πλαίσια, συμφωνία που να εξασφαλίζει αντίστοιχη και ουσιαστική πρόσβαση των επιχειρήσεων της Ένωσης στις αγορές των εν λόγω τρίτων χωρών και με την επιφύλαξη των τυχόν υποχρεώσεων της Ένωσης και της Ελλάδας, μπορεί να απορρίπτεται όταν η αναλογία των προϊόντων, καταγωγής τρίτων χωρών, όπως καθορίζεται από τον Κανονισμό (ΕΚ) αριθμ. 952/2013 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, υπερβαίνει το πενήντα τοις εκατό (50 %) της συνολικής αξίας των προϊόντων που συνιστούν την εν λόγω προσφορά. Προκειμένου να καθορισθεί η αναλογία προϊόντων, καταγωγής τρίτων χωρών, δεν λαμβάνονται υπόψη οι τρίτες χώρες στις οποίες έχει επεκταθεί το ευεργέτημα του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) με απόφαση του Συμβουλίου, σύμφωνα με την παρ. 1. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, τα λογισμικά που χρησιμοποιούνται στον εξοπλισμό των δικτύων τηλεπικοινωνιών θεωρούνται ως προϊόντα. 3. Με την επιφύλαξη του δευτέρου εδαφίου της παρούσας παραγράφου, μεταξύ δύο ή περισσότερων προσφορών που είναι ισοδύναμες, σύμφωνα με τα κριτήρια ανάθεσης που καθορίζονται στο άρθρο 311, προτιμάται η προσφορά που δεν μπορεί να απορριφθεί κατ' εφαρμογήν της παραγράφου 2. Οι τιμές των προσφορών αυτών θεωρούνται ισοδύναμες, για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, εφόσον η διαφορά των τιμών δεν υπερβαίνει το τρία τοις εκατό (3%). Δεν προτιμάται προσφορά έναντι άλλης, δυνάμει του πρώτου εδαφίου, όταν η αποδοχή της θα υποχρέωνε τον αναθέτοντα φορέα να*

αποκτήσει εξοπλισμό με διαφορετικά τεχνικά χαρακτηριστικά από εκείνα του ήδη υφισταμένου εξοπλισμού, πράγμα που θα οδηγούσε σε ασυμβατότητα ή τεχνικές δυσχέρειες κατά τη χρήση ή τη συντήρηση ή σε δυσανάλογες δαπάνες.". Με τα παραπάνω και ειδικώς ως προς τις διαδικασίες ανάθεσης προμηθειών αγαθών του Βιβλίου ΙΙ και τα οποία ουδόλως μπορούν να επεκταθούν σε άλλου είδους συμβάσεις ή σε συμβάσεις κάθε είδους ακόμη και προμήθειας αγαθών του Βιβλίου Ι ούτε να ερμηνευθούν ως εφαρμοζόμενα αναλογικά ως προς τη συμμετοχή οικονομικών φορέων τρίτων χωρών (ζήτημα όλως διάφορο της προσφοράς προϊόντων από τρίτες χώρες) σε οιουδήποτε είδους διαδικασίες ανάθεσης κάθε κατηγορίας συμβάσεων του Βιβλίου Ι ή του Βιβλίου ΙΙ, ορίζονται δύο εναλλακτικές συνέπειες για τις προσφορές, οι οποίες ανεξαρτήτως χώρας εγκατάστασης του προσφέροντος (στοιχείο αδιάφορο για τη διάταξη και επομένως καταλαμβάνει και οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην ίδια την ΕΕ, εφόσον προσφέρουν προϊόντα τρίτων χωρών του άρθρου 314 παρ. 1, δηλαδή τρίτων χωρών που δεν έχουν συνάψει τις οικείες συμφωνίες με την ΕΕ με το παραπάνω περιεχόμενο αντίστοιχης και ουσιαστικής πρόσβασης και υπέρ των οποίων το οικείο ευεργέτημα της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ δεν έχει επεκταθεί δια απόφασης του Συμβουλίου) περιλαμβάνουν προϊόντα των παραπάνω τρίτων χωρών κατά μέρος που η επιμέρους αξία τους εντός της προσφοράς υπερβαίνει το 50% της συνολικής αξίας της προσφοράς (άρα κάθε χαμηλότερη αναλογία δεν επάγεται καν την εφαρμογή του άρθρου 314). Αφενός, ο αναθέτων έχει διακριτική ευχέρεια («μπορεί»), ουδόλως όμως υποχρεούται να απορρίψει την προσφορά, αφετέρου και φυσικά εφόσον δεν χρησιμοποιήσει την πρώτη επιλογή, σε κάθε περίπτωση υποχρεούται να μην τις προτιμήσει, δηλαδή να μην αναδείξει ανάδοχο τον οικείο προσφέροντα, εφόσον ισοδυναμούν με άλλη προσφορά (η οποία προφανώς δεν τελεί στην ίδια περίπτωση, δηλαδή η αναλογία των προϊόντων τρίτων χωρών ανέρχεται σε μικρότερη αξία από το 50% της συνολικής της προσφοράς), κατά τα κριτήρια ανάθεσης, ενώ στην ειδικότερη περίπτωση όπου το κριτήριο ανάθεσης ανάγεται αποκλειστικά στην τιμή θεωρούνται κατά πλάσμα δικαίου ισοδύναμες και οι προσφορές που δεν απέχουν μεταξύ τούς κατά ποσοστό μεγαλύτερο του 3%

(υπό την έννοια ότι η υψηλότερη τιμή δεν είναι μεγαλύτερη από τη σχετικά χαμηλότερη με την οποία συγκρίνεται κατά ποσό που ισούται με το 3% επί της χαμηλότερης τιμής, αφού η έννοια της «διαφοράς» συνίσταται στην αφαίρεση του μικρότερου μεγέθους από το μεγαλύτερο και η εκ της ως άνω διάταξης αναφερόμενη απόκλιση ορίζεται ως θετικός και όχι αρνητικός αριθμός και συνεπώς αναφέρεται σε θετική, δηλαδή προς τα άνω, απόκλιση, άρα στην απόκλιση της υψηλότερης από τη χαμηλότερη τιμή). Επομένως, ο αναθέτων είτε δύναται να προβεί σε χρήση της ευχέρειας αποκλεισμού είτε αν δεν προβεί σε αυτή, θα δεσμεύεται σε κάθε περίπτωση, όχι να αποκλείσει αλλά να θέσει σε υποδεέστερη θέση ως προς την επιλογή αναδόχου (δηλαδή επί της ουσίας να κατατάξει σε κατώτερη θέση κατάταξης, την προσφορά, επομένως ο προσφέρων αυτή δεν αποκλείεται αλλά παραμένει ως παραδεκτώς, τυχόν, μετέχων, στη σειρά κατάταξης, δυνάμενος να αναδειχθεί ανάδοχος αν εν τέλει αποκλεισθεί στο στάδιο της κατακύρωσης ο προσωρινός ανάδοχος ή να υπεισέλθει στη θέση του αν αυτός δεν υπογράψει τη σύμβαση) αν ειδικώς και κατά τη συγκεκριμένη ως άνω έννοια, η προσφορά με υπερέχον το στοιχείο των προϊόντων τρίτων χωρών ισοδυναμεί με άλλη όπου το στοιχείο αυτό δεν υπερέχει. Επομένως, η ως άνω διάταξη πρώτον, δεν αναφέρεται σε αποκλεισμό ή απαγόρευση συμμετοχής οικονομικού φορέα αναλόγως εγκατάστασης αλλά αποκλειστικά σε προσφορές και δη αναλόγως της σύνθεσής τους, δεύτερον, ουδόλως επάγεται υποχρέωση του αναθέτοντος να αποκλείσει, αλλά απλή ευχέρεια, τρίτον, ακόμη και αυτή η δυνατότητα αποκλεισμού δεν επέρχεται με μόνη την προσφορά προϊόντος που παρήχθη σε τρίτη χώρα ούτε συνίσταται σε άνευ ετέρου αδυναμία προσφοράς του, αλλά ειδικώς και αποκλειστικώς εφόσον τα προϊόντα αυτά συνιστούν όχι απλά το μεγαλύτερο σχετικά, αλλά και μάλιστα πάνω από το ήμισυ της αξίας της όλης προσφοράς, και τέταρτον, το μόνο υποχρεωτικό αποτέλεσμα που επιφέρει συνίσταται σε υποχρέωση προτίμησης (και όχι αποκλεισμού). Συνεπώς, αφενός αλυσιτελώς τυγχάνει επίκλησης από τον προσφεύγοντα η ως άνω διάταξη, αφετέρου επιβεβαιώνει την έλλειψη οιασδήποτε πρόβλεψης περί υποχρέωσης αποκλεισμού οικονομικών φορέων ή έστω ακόμη και έργων και υπηρεσιών,

όπως και προϊόντων (για τα οποία μόνο ευχέρεια υφίσταται και δη όχι για αυτά καθαυτά τα προϊόντα, υπό την έννοια ότι αυτά δεν αποκλείονται άνευ ετέρου, αλλά για τις προσφορές που τα περιλαμβάνουν μεταξύ άλλων προϊόντων, αλλά σε αναλογία άνω του ημίσεος σε αξία). Σημειωτέον δε, ότι κατά το σημ. 27 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αναφέρεται ότι «*Η απόφαση 94/800/ΕΚ του Συμβουλίου ενέκρινε συγκεκριμένα τη Συμφωνία περί Δημοσίων Προμηθειών του ΠΟΕ («ΣΔΠ». Στόχος της ΣΔΠ είναι η θέσπιση ενός πολυμερούς πλαισίου ισόρροπων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων για τις δημόσιες συμβάσεις, με σκοπό την ελευθέρωση και την επέκταση του παγκόσμιου εμπορίου. Για συμβάσεις που καλύπτονται από τα παραρτήματα 3, 4 και 5 και από τις γενικές σημειώσεις στο προσάρτημα Ι της ΣΔΠ της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς και από άλλες σχετικές διεθνείς συμφωνίες που δεσμεύουν την Ευρωπαϊκή Ένωση, οι αναθέτοντες φορείς οφείλουν να πληρούν τις υποχρεώσεις δυνάμει των εν λόγω συμφωνιών εφαρμόζοντας την παρούσα οδηγία σε οικονομικούς φορείς τρίτων χωρών που έχουν υπογράψει τις συμφωνίες*.". Η ως άνω σκέψη με σαφήνεια αναφέρεται σε υποχρέωση των αναθέτοντων φορέων να εφαρμόζουν τις δεσμεύσεις αποδοχής των οικονομικών φορέων των σχετικών κρατών, ουδόλως δε σε υποχρέωση αποκλεισμού των υπολοίπων, άρα επικεντρώνει στο αντίθετο από το εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενο, δηλαδή στην αποδοχή των οικονομικών φορέων των χωρών της ΣΔΣ και όχι στον αποκλεισμό οιουδήποτε άλλου οικονομικού φορέα.

14. Επειδή, ομοίως, αλυσιτελώς τυγχάνουν επίκλησης από τον προσφεύγοντα, οι διατάξεις του άρθρου 85 παρ. 5 και άρθρου 86 Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Τούτο διότι αυτές αφενός καθορίζουν αρμοδιότητες και διαδικασίες που αφορούν το Συμβούλιο και την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και ουδόλως απονέμουν αρμοδιότητες ούτε επιβάλλουν τυχόν υποχρεώσεις αυτοδύναμης ενέργειας στον όποιο ανά περίπτωση αναθέτοντα φορέα. Αφετέρου, προβλέποντας ακριβώς διαδικασίες επιτήρησης, πληροφόρησης και εν συνεχεία προσπάθειας επανόρθωσης περιπτώσεων μη τήρησης διεθνών διατάξεων εργατικού δικαίου ή προβληματικής πρόσβασης στις τρίτες αγορές ή

μη ισότιμης μεταχείρισης ενωσιακών επιχειρήσεων με τις επιχειρήσεις των τρίτων χωρών όπου διενεργούνται οι διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων ή με τις επιχειρήσεις περαιτέρω τρίτων χωρών, εν συνεχεία δε προβλέπεται η ευχέρεια του Συμβουλίου όπως με ειδική πλειοψηφία και κατόπιν πρότασης της Επιτροπής να προβεί στην έκδοση εκτελεστικής πράξης, με την οποία το πρώτον θα ανασταλεί ή θα περιορισθεί απλώς, η ανάθεση συμβάσεων υπηρεσιών στις επιχειρήσεις των τρίτων χωρών ή επιχειρήσεων που υποβάλλουν προσφορές με βάση υπηρεσίες από τις τρίτες αυτές χώρες ή επιχειρήσεις που ενώ εδρεύουν στην ΕΕ είναι συνδεδεμένες με επιχειρήσεις των τρίτων χωρών και δεν έχουν άμεση και πραγματική σχέση με κράτος-μέλος της ΕΕ. Άρα, a contrario προκύπτει ότι αφού για την αναστολή ή έστω και τον περιορισμό των αναθέσεων σε τέτοιες επιχειρήσεις, απαιτείται ειδικώς εκτελεστική πράξη του Συμβουλίου, σε περίπτωση μη έκδοσής της και προ αυτής, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι η συμμετοχή των οικονομικών φορέων από αυτές τις χώρες ή συνδεόμενων με αυτές, τελεί σε απαγόρευση και αποκλεισμό ή περιορισμό. Επομένως, και οι ως άνω διατάξεις επιρρωνύουν την απουσία οουδήποτε εκ του ενωσιακού ή του εθνικού δικαίου άνευ ετέρου περιορισμού στη δυνατότητα των αναθετουσών όπως αποδέχονται τη συμμετοχή οικονομικών φορέων από τις παραπάνω τρίτες χώρες. Αντιστοίχως δε, και το σημ. 135 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αναφέρει ότι «*Έχοντας υπόψη τις εν εξελίξει συζητήσεις περί των οριζόντιων διατάξεων που διέπουν τις σχέσεις με τρίτες χώρες στο πλαίσιο δημόσιας προμήθειας, η Επιτροπή θα πρέπει να παρακολουθήσει εκ του σύνεγγυς τις παγκόσμιες εμπορικές συνθήκες και να εκτιμήσει την ανταγωνιστική θέση της Ένωσης.*», εκ του οποίου συνάγεται ότι ναι μεν η Επιτροπή θα πρέπει να παρακολουθεί και να μεριμνά για την τυχόν ανάγκη λήψης μέτρων προστασίας ως προς τις σχέσιες με τρίτες χώρες, πλην όμως η αρμοδιότητα αυτή ανήκει στην Επιτροπή, ουδόλως δε προβλέπεται η εκ μέρους της αυτοδύναμη λήψη των οικείων μέτρων, ενώ συγχρόνως ακριβώς λόγω του παραπάνω μελλοντικού και υποθετικού χαρακτήρα των οικείων μέτρων, επιβεβαιώνεται ότι δεν υφίστανται

άνευ ετέρου και προ αυτών, οι οικείοι περιορισμοί εκ του νυν ισχύοντος ενωσιακού δικαίου.

15. Επειδή, εκ των ως άνω σκ. 12-14 προκύπτει ότι ουδόλως εντός του πλαισίου του Ν. 4412/2016 ή του οικείου ενωσιακού δικαίου υφίσταται οιαδήποτε διάταξη, η οποία επιβάλλει στις αναθέτουσες αρχές ή τους αναθέτοντες φορείς να αποκλείουν και να απαγορεύουν τη συμμετοχή οικονομικών φορέων για το λόγο ότι είναι εγκατεστημένοι σε τρίτες χώρες εκτός ΕΕ και ΕΟΧ, που δεν έχουν κυρώσει τη ΣΔΣ και δε διατηρούν οικείες συμφωνίες διμερείς ή πολυμερείς με την ΕΕ. Και μάλιστα, το ζήτημα αυτό (δηλαδή της συμμετοχής των οικονομικών φορέων από τις τρίτες χώρες) είναι διάφορο της μεταχείρισης των προϊόντων που παράγονται στις ως άνω τρίτες χώρες, τα οποία εντός του πλαισίου του Βιβλίου Ι δεν υπάγονται σε κανένα περιορισμό ή πρόβλεψη ή απαίτηση ή ευχέρεια της αναθέτουσας να υπάγονται σε άνιση μεταχείριση (ως προς τα προϊόντα που παράγονται στα κράτη-μέλη της ΕΕ, της ΕΟΧ, των κρατών που κύρωσαν τη ΣΔΣ ή τηρούν διμερείς ή πολυμερείς συμβάσεις με την ΕΕ), δηλαδή δεν υφίσταται ουδεμία ρήτρα περιορισμού ή επιτρεπτής δυσμενούς μεταχείρισής τους (ή δυσμενούς μεταχείρισης των προσφερόντων που τα περιλαμβάνουν στην προσφορά τους) ή αποκλεισμού τους ή ευχέρειας των αναθετουσών να τα αποκλείουν ή να περιορίζουν την προσφορά και τη δυνατότητα επιλογής τους, βάσει της συγκεκριμένης γεωγραφικής προελεύσής τους και της εγκατάστασης αυτού καθαυτού του κατασκευαστή αυτών (η εγκατάσταση του οποίου, εφόσον είναι άλλος από τον προσφέροντα, συνιστά χαρακτηριστικό του ίδιου του προϊόντος, το οποίο μάλιστα δεν έχει το ίδιο κάποια τεχνική σημασία και συνεπώς έννομη συνέπεια), εντός δε του πλαισίου του Βιβλίου ΙΙ υπάγονται αποκλειστικώς σε όποιους περιορισμούς ειδικώς προβλέπει το άρθρο 314 Ν. 4412/2016 και δη υπό τα εκεί θεσπιζόμενα όρια των περιορισμών αυτών και των αυστηρώς και στενώς προβλεπόμενων προϋποθέσεων και τρόπου επέλευσης και εφαρμογής τους ως και χαρακτήρα και αντικειμένου αυτών. Συγχρόνως, ναι μεν το ως άνω πλαίσιο και δη ερμηνευόμενο συστηματικά και συνολικά, επιβάλλει κατ’

ελάχιστον την αποδοχή των οικονομικών φορέων των παραπάνω περιπτώσεων χώρας εγκατάστασης (εντός ΕΕ, ΕΟΧ, χωρών ΣΔΣ και χωρών με διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την ΕΕ), πλην όμως ουδόλως ρυθμίζει το ζήτημα της συμμετοχής ή μη των οικονομικών φορέων των λοιπών οικονομικών φορέων και επομένως, ουδόλως αποκλείεται η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή ή αναθέτων φορέας, όπως εν προκειμένω, να επεκτείνει το παραπάνω δικαίωμα συμμετοχής και στους τελευταίους και να θεσπίζει, όπως εν προκειμένω, στο οικείο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, πρόβλεψη περί τέτοιας δυνατότητας υποβολής προσφοράς από τους ως άνω οικονομικούς φορείς. Απλώς, δεν υποχρεούται να προβλέψει τούτο και δεν υποχρεούται αν παράσχει αυτή τη δυνατότητα, να επιφυλάξει υπέρ των τελευταίων αυτών οικονομικών φορέων την εφαρμογή των εν γένει δικαιωμάτων που επιφυλάσσονται για τις λοιπές κατηγορίες οικονομικών φορέων, που ρητά προβλέπονται ως δικαιούμενοι συμμετοχής κατά το άρθρο 255 Ν. 4412/2016 (αφού εν προκειμένω η διαδικασία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016), πρόβλεψη που θεσπίζει τους ελαχίστως και αναγκαίως προσδιοριζόμενους ως δικαιούμενους να μετάσχουν και δεν ιδρύει κάποιον υποχρεωτικό για κάθε αναθέτοντα αποκλειστικό κύκλο τέτοιων δικαιουμένων, χωρίς εξάλλου ο αναθέτων να εμποδίζεται καθ' οιονδήποτε τρόπο εν τέλει να θεσπίσει ισότιμη και εν γένει όμοια μεταχείριση και για αυτούς. Εξάλλου, οι αναθέτοντες φορείς όλως παραδεκτώς δύνανται να καταρτίζουν τους όρους των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων με τρόπο που σκοπεί στην όσο το δυνατόν μεγαλύτερη διεύρυνση του δυνητικού ανταγωνισμού, άρα και με διεύρυνση του κύκλου των δικαιουμένων να μετάσχουν και συνεπώς να ανταγωνισθούν για την ανάληψη του συμβατικού αντικειμένου, οικονομικών φορέων, πολλώ δε μάλλον εφόσον εκ των πραγμάτων λόγω φύσης και τεχνικοοικονομικών παραμέτρων που διέπουν τον οικείο κλάδο αλλά και ειδικότερα, τυχόν, το συγκεκριμένο ζητούμενο συμβατικό αντικείμενο ο δυνητικός ανταγωνισμός αναμένεται περιορισμένος. Εξάλλου, δια των ως άνω ο αναθέτων όχι μόνο δύναται να επιτύχει μέσω του διευρυμένου ανταγωνισμού χαμηλότερο τίμημα, αλλά και να προσελκύσει μεγαλύτερο βάθος προσφορών,

από ποιοτικής άποψης και συνεπώς να δύναται να θεσπίσει, χωρίς διακινδύνευση μη εύρεσης καταλλήλου αναδόχου, τις επαρκείς προδιαγραφές και εν γένει απαιτήσεις που συνάδουν με το σκοπό της σύμβασης ή ακόμη και να διασφαλιστεί από τεχνικής άποψης, στην περίπτωση που το συμβατικό αντικείμενο εκ φύσης και προορισμού του απαιτεί αυξημένες τεχνικές και λοιπές εγγυητικές της καλής του εκτέλεσης και της επίτευξης του σκοπού του απαιτήσεις. Και ναι μεν για το ζήτημα του εμπορίου ΕΕ-Κίνας εκδόθηκε το Ψήφισμα της 23-5-2012 του Ευρωκοινοβουλίου, το οποίο δεν οδήγησε σε τελική νομοθέτηση και για το ζήτημα της πρόσβασης προϊόντων και υπηρεσιών τρίτων χωρών σε αγορές της ΕΕ συντάχθηκε από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή πρόταση για υιοθέτηση Κανονισμού (Amended proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the access of third-country goods and services to the Union's internal market in public procurement and procedures supporting negotiations on access of Union goods and services to the public procurement markets of third countries, Βρυξέλλες, 29.1.2016, COM (2016) 34 τελικό, 2012/0060, COD), πλην όμως ουδόλως τα παραπάνω κατέληξαν έως σήμερα σε υιοθέτηση κάποιας διάταξης. Σε κάθε περίπτωση, υπό το φως όλων των ανωτέρω, ουδόλως η ΑΕΠΠ έχει τη δυνατότητα, την ώρα που τα αρμόδια ενωσιακά όργανα ακόμη δεν έχουν προβεί σε καμία θέσπιση συγκεκριμένης διάταξης που επάγεται αποκλεισμό, απαγόρευση συμμετοχής και υποχρέωση των αναθετουσών να αποκλείουν ή να μεταχειρίζονται δυσμενώς και εν γένει λήψη μέτρων κατά της συμμετοχής οικονομικών φορέων τρίτων χωρών σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, να προβεί μόνη της σε το πρώτον επιβολή τέτοιων μέτρων κατά των ως άνω οικονομικών φορέων ή σε δημιουργική ερμηνεία και εφαρμογή διατάξεων του ενωσιακού δικαίου με τρόπο που καταλήγει στην το πρώτον επιβολή τέτοιων μέτρων, στο πλαίσιο της εξέτασης μιας προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, αφού τα ως άνω ζητήματα εκφεύγουν εξάλλου και κάθε αρμοδιότητάς της, για τον λόγο δε αυτό εξάλλου, αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει τους ισχυρισμούς του περί συνθηκών εργασίας, ανταγωνισμού, επιχειρηματικότητας και τυχόν ανοίγματος του τομέα των

δημοσίων συμβάσεών σε ενωσιακές επιχειρήσης, όσον αφορά τη Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας.

16. Επειδή, επομένως, το σύνολο των περί του αντιθέτου ισχυρισμών του προσφεύγοντος προβάλλονται νόμω αβασίμως, ενώ εξάλλου αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται τους όρους άλλων διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης του αναθέτοντος ή και άλλων αναθέτοντων φορέων, αφού ουδόλως αποκλείεται εν όψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, ακόμη και ο ίδιος αναθέτων να επανεξετάσει τις απαιτήσεις που θέτει σε κάθε επόμενη διακήρυξη, πολλώ δε μάλλον ουδόλως υποχρεούται να ακολουθεί τις ίδιες απαιτήσεις που θεσπίζονται από άλλους αναθέτοντες σε διαδικασίες του παρομοίου αντικειμένου ή να δεσμεύεται να μην αποδέχεται τις προσφορές οικονομικών φορέων συγκεκριμένων κατηγοριών, επειδή δεν είχε τυχόν προβλέψει την αποδοχή τους σε προηγούμενη δική του διαδικασία ή επειδή άλλος αναθέτων δεν προβλέπει σχετική αποδοχή αυτών. Εξάλλου, ουδόλως από όσα ο προσφεύγων επικαλείται με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, προκύπτει οποιοσδήποτε «φωτογραφικός» όρος (ασχέτως ότι αναφέρεται ενδεικτικά σε χώρες όπως «η Κίνα, η Ινδία κλπ» και όχι σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα που συγκεκριμένα υποδεικνύεται ως μόνος δυνητικός ανάδοχος), αφού είναι εξ αντικειμένου αδύνατον, όρος που προσβάλλεται, ακριβώς διότι επιτρέπει τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που κατά τον προσφεύγοντα απαγορεύεται να επιτρέπεται έστω και κατ' επιλογή του αναθέτοντος να μετέχουν και άρα διευρύνει αυτονόητα τον δυνητικό ανταγωνισμό (και όχι όρος που τυχόν αποκλείει με οποιονδήποτε τρόπο συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ή κατηγορία φορέων), να προκύπτει «φωτογραφικό» αποτέλεσμα, το οποίο αυτονόητα συνιστά ειδικότερη περίπτωση περιορισμού (και όχι διεύρυνσης) του ανταγωνισμού και της δυνατότητας συμμετοχής στη διαδικασία. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει σε κάθε περίπτωση απορριπτέος και βάσει όσων αναφέρθηκαν στις σκ. 12-15 ως και την παρούσα και δη πλέον του κατά τη σκ.

11 απαραδέκτου της προβολής του, που τον καθιστά ούτως ή άλλως και εξαρχής απορριπτέο.

17. Επειδή, όσον αφορά το δεύτερο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι τόσο ο όρος του Κεφ. Β του Τεύχους 1 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ της οικείας διαδικασίας όσο και το άρθρο 11 παρ. Β.9 της Διακήρυξης (ειδικότερο στο άρθρο 11 παρ. Β.9.α ορίζεται ότι «*Οι προσφέροντες, θα πρέπει να υποβάλουν μαζί με την προσφορά τους τα παρακάτω στοιχεία, που αφορούν στο Εργοστάσιο κατασκευής του υλικού και τα οποία θα ληφθούν υπόψη κατά την τεχνική αξιολόγηση των προσφορών: α. Δήλωση ότι έχουν πωληθεί σε Ηλεκτρικές Εταιρείες τα τελευταία τρία (3) χρόνια, τουλάχιστον δέκα (10) Αυτομετασχηματιστές ή Μετασχηματιστές ισχύος της ίδιας ή μεγαλύτερης τάσεως και ισχύος. Στις δηλώσεις θα πρέπει να αναφέρονται τα πλήρη στοιχεία του Χρήστη (επωνυμία, ταχ. Δ/νση, τηλέφωνα, FAX, e-mail)*» το δε σημείο Β.2.α της ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ απλώς αναφέρει τα ίδια περιληπτικά), θεσπίζουν ως κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας την εντός τριετίας προ της υποβολής προσφοράς στην προκείμενη διαδικασία, εκτέλεση συμβάσεων που συνίστανται σε παράδοση αθροιστικά διπλασίου αριθμού αυτομετασχηματιστών ή μετασχηματιστών τουλάχιστον της αυτής τάσης και ισχύος με τους νυν ζητούμενους (χωρίς να ληφθεί υπόψη η προαίρεση). Το δε άρθρο 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016, στο οποίο μεταξύ άλλων παραπέμπει το άρθρο 305 παρ. 2 Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «*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. Μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να θεωρεί ότι ένας οικονομικός φορέας δεν διαθέτει τις απαιτούμενες επαγγελματικές ικανότητες εάν διαπιστώσει ότι ο οικονομικός φορέας έχει*

συγκρουόμενα συμφέροντα που ενδέχεται να επηρεάσουν αρνητικά την εκτέλεση της σύμβασης. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή 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.». Περαιτέρω, ο δε προσφεύγων ναι μεν επικαλείται ότι δεν έχουν εγκατασταθεί τέτοια μηχανήματα στην Ελλάδα ή εντός ΕΕ κατά τα τελευταία τρία (3) έτη, πλην όμως και ασχέτως αποδείξής τούτου, ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται προεχόντως αλυσιτελώς, αφού ουδόλως η διακήρυξη απαίτησε οι οικείες πωλήσεις να έχουν λάβει χώρα εντός Ελλάδος ή ΕΕ, αποκλειστικά και ούτως όλως παραδεκτώς επιτρέπει την επίκληση από τους μετέχοντες πωλήσεων που έχουν λάβει χώρα σε τρίτες εκτός ΕΕ χώρες. Ομοίως, αβασίμως ο προσφεύγων συνδέει τον ισχυρισμό του περί του ότι δεν έχουν λάβει χώρα τέτοιες πωλήσεις εντός ΕΕ με τον αποκλεισμό οικονομικών φορέων από την ΕΕ, αφού ουδόλως αποκλείεται ένας οικονομικός φορέας που είναι εγκατεστημένος στην ΕΕ να δραστηριοποιείται εκτός ή και εκτός ΕΕ και να έχει πωλήσει τα οικεία αγαθά σε τρίτες χώρες, ενώ εξάλλου, κατά τα ανωτέρω, όλως παραδεκτώς ένας τέτοιος εγκατεστημένος στην ΕΕ οικονομικός φορέας δύναται να επικληθεί τις εκτός ΕΕ πωλήσείς του, προς πλήρωση του οικείου κριτηρίου επιλογής, το οποίο κατά τα ως άνω ουδόλως εξάλλου προκύπτει ότι δύναται να ευνοήσει οικονομικούς φορείς εγκατεστημένους σε συγκεκριμένες χώρες, έναντι των υπολοίπων και δη των εγκατεστημένων στην ΕΕ. Περαιτέρω, ασχέτως αν ο παραπάνω όρος περιορίζει τον ανταγωνισμό, σε καμία περίπτωση ο προσφεύγων δεν στοιχειοθετεί, έστω και δια της ίδιας της διατύπωσης των ισχυρισμών του, τον «φωτογραφικό» του χαρακτήρα, όπως επικαλείται, αφού αντίθετα ο ίδιος αναφέρεται σε περισσότερους δυνητικά ευνοούμενους από τους παραπάνω όρους, οίκους (και ούτως εξ αντικειμένου είναι αδύνατον να είναι «φωτογραφικοί» όροι που καταλείπουν περισσότερους δυνητικούς αναδόχους). Σε κάθε όμως περίπτωση, ιδίως δεδομένου ότι ουδόλως αποκλείεται οικονομικός φορέας είτε εδρεύει στην

ΕΕ είτε όχι να επικαλεστεί πωλήσεις που είτε έλαβαν χώρα στην ΕΕ είτε όχι, προς πλήρωση του παραπάνω κριτηρίου, ο ισχυρισμός περί «φωτογραφικού» όρου (που προϋποθέτει ο όρος να υποδεικνύει συγκεκριμένο και μόνο δυνητικό ανάδοχο) προβάλλεται επιπλέον και αναπόδεικτα, αλλά και αορίστως (για το ορισμένο δε και περαιτέρω το βάσιμο της προβολής του θα έπρεπε ο προσφεύγων να υποδείξει συγκεκριμένο ευνοούμενο οικονομικό φορέα και συγχρόνως να αποδείξει ότι μόνο ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας είναι δυνατόν να πληροί το παραπάνω κριτήριο, πράγμα που ουδόλως επικαλείται ο προσφεύγων). Και τούτο, πέραν του ότι η αναθέτουσα ενδεικτικά αναφέρει περισσότερες επιχειρήσεις, εκ των οποίων μάλιστα καμία που εδρεύει στις τρίτα εκτός ΕΕ, ΕΟΧ και χωρών που κύρωσαν τη ΣΔΣ, κράτη, που δύνανται να πληρούν το ως άνω κριτήριο. Εξάλλου, η θέσπιση με τη διακήρυξη των όρων που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει άνευ ετέρου τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές και τα κριτήρια επιλογής περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ ΣτΕ 676/2011, 1025/2010, 691/2009, 1049/2007). Περαιτέρω, για την παρανομία τέτοιου όρου δεν αρκεί ο περιορισμός του ανταγωνισμού, ακόμη και αν αυτός είναι σοβαρός ή ακόμη και αν καταλείπει μόνο έναν δυνητικό μετέχοντα (περίπτωση που δεν συνιστά «φωτογραφικό» όρο, αφού ο όρος καθίσταται «φωτογραφικός» επειδή όχι απλά έχει αποτέλεσμα αποκλεισμού του ανταγωνισμού, αλλά διότι συγχρόνως ο αποκλεισμός αυτός είναι και αδικαιολόγητος), αλλά ο ταυτόχρονος αδικαιολόγητος χαρακτήρας του ως προς το σκοπούμενο δια του περιορισμού αποτέλεσμα και η δυσαναλογία μέσων (περιορισμού) προς τον σκοπό αυτού σχετικά με την ικανοποιητική κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας και την εξυπηρέτηση των συμφερόντων αυτής και του εν γένει δημοσίου συμφέροντος (Απόφαση ΑΕΠΠ 238/2017). Επιπλέον, ο προσφεύγων σε κανένα σημείο του δεύτερου λόγου του ούτε

επικαλείται ειδικώς ούτε στοιχειοθετεί, πολύ περισσότερο ούτε αποδεικνύει συγκεκριμένη αιτία για την οποία το παραπάνω κριτήριο δεν είναι εύλογο ή τυχόν βαίνει πέραν του τεχνικώς αναγκαίου, παρά μόνο εμμένει στην επίκληση του περιορισμού του ανταγωνισμού και της κατ' αυτόν δυνατότητας ανάληψης του συμβατικού αντικειμένου μόνο από οικονομικούς φορείς που είναι εγκατεστημένοι σε τρίτες χώρες, ζήτημα που πάντως (και ασχέτως ότι η συμμετοχή των οικονομικών αυτών φορέων ήδη προβλήθηκε δια του πρώτου λόγου της προσφυγής και κρίθηκε στο πλαίσιο εξέτασής του παραπάνω) ουδεμία σχέση έχει με αυτόν καθαυτόν τον δικό του αποκλεισμό εκ του ως άνω δια του δευτέρου λόγου προσβαλλόμενου κριτηρίου επιλογής. Και τούτο, καίτοι ο ίδιος φέρει προς τούτο και υπό την ιδιότητά του ως αμφισβητούντα τη νομιμότητα του παραπάνω όρου, το βάρος στοιχειοθέτησης, ως και απόδειξης του οικείου ισχυρισμού του. Αντίθετα, ο αναθέτων παραθέτει παραδεκτώς δια των Απόψεών του, αναλυτική αιτιολογία βάσει της οποίας προκύπτει αφενός η ιδιαίτερη τεχνική σημασία των υπό προμήθεια αγαθών, ως και ο κίνδυνος βλάβης, αστοχίας και δυσλειτουργίας τους μαζί με τις επαπειλούμενες εξ αυτού συνέπειες, αφετέρου τον εξειδικευμένο, περίπλοκο και χρήζον ειδικής και βαθιάς τεχνογνωσίας και εμπειρίας τεχνικό χαρακτήρα των υπό προμήθεια αγαθών, ιδίως δε εν όψει ότι αυτά δεν είναι προκατασκευασμένα και προς διάθεση στον οποιονδήποτε, αλλά θα σχεδιασθούν και θα παραχθούν ειδικώς για τον αναθέτοντα και προσαρμοσμένα στις συγκεκριμένες ανάγκες του όπως αυτές περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης, στοιχείο που αυτονόητα επαυξάνει την ανάγκη υψηλής τεχνογνωσίας, δεξιότητας και εμπειρίας και μάλιστα σε μηχανήματα αντιστοίχου μεγέθους, τάξης και περιπλοκότητας με τα νυν προμηθευόμενα (αφού προφανώς, μηχανήματα χαμηλότερων προδιαγραφών και τάξης απαιτούν όλως διαφορετική τεχνογνωσία και επάγονται όλως διαφορετικές απαιτήσεις κατασκευαστικής ειδίκευσης και τεχνικής γνώσης, με αποτέλεσμα να συνιστούν εν τοις πράγμασι αγαθά ανήκοντα σε διαφορετική κατηγορία και μη συγκρίσιμα μεταξύ τους και να μην είναι καν δυνατό η εμπειρία που αφορά ακόμη και περισσότερα από τα εδώ ζητούμενα ως προηγούμενες πωλήσεις μηχανήματα, πλην όμως μικρότερης

τάσης και ισχύος να ισοδυναμεί με δεξιότητα, τεχνογνωσία και εμπειρία σε μηχανήματα της μεγαλύτερης τάξης και απαιτήσεων, εδώ ζητούμενης κατηγορίας, πρβλ. και ΣτΕ ΕΑ 203/2018, σκ. 10). Εξάλλου, ούτε ο προσφεύγων προβαίνει σε κάποια επίκληση ότι θα ήταν τυχόν δυνατόν να επιτευχθεί απόδειξη ικανοποιητικής και επαρκούς δεξιότητας, τεχνογνωσίας και εμπειρίας επί των νυν προμηθευόμενων αγαθών, δια εμπειρίας κτηθείσης σε άλλου είδους, κατηγορίας και τάξης μηχανήματα. Επιπλέον, εν προκειμένω δεν ζητούνται τυχόν δέκα συμβάσεις για το ζητούμενο αντικείμενο ή δύο συμβάσεις με τουλάχιστον πέντε η κάθε μία πωλούμενα αγαθά (δηλαδή δύο συμβάσεις όπως η προκείμενη) ούτε θεσπίζεται εν γένει οιοσδήποτε περιορισμός και απαίτηση στον αριθμό των ζητούμενων συμβάσεων πώλησης και της ποσοτικής διάρθρωσής τους σε επιμέρους ανά σύμβαση πωλούμενα αγαθά. Αντίθετα, το μόνο που ζητείται είναι η καθ' οιονδήποτε τρόπο, με οιονδήποτε αριθμό επιμέρους συμβάσεων ή χρηστών-παραληπτών και με οιονδήποτε ανά σύμβαση και παραλήπτη αριθμό πωληθέντων, συγκέντρωση αθροίσματος δέκα αγαθών και δη όχι μόνο αυτομετασχηματιστών, αλλά και παραδεκτώς και ισοδυνάμως ως προς τους πρώτους, συναθροιζόμενους μετασχηματιστές, όλα δε τα παραπάνω αρκεί να έχουν επιτευχθεί συνολικά στο ζητούμενο διάστημα των τριών (3) ετών. Εξάλλου, η απαίτηση ένας οικονομικός φορέας να έχει ανά κάθε ένα εκ των τριών (3) προηγουμένων ετών, εμπειρία σε συμβάσεις ίσης αξίας με την υπό ανάθεση σύμβαση, κρίθηκε ότι συνιστά πρόσφορο δείκτη τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας που δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο (ΣτΕ ΕΑ 203/2018). Και ναι μεν, η παραπάνω κρίση αφορά κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής εμπειρίας που διατυπώνεται ως άθροισμα ποσών προηγουμένων συμβάσεων και όχι ως σύνολο πωληθέντων αγαθών ίσων ή ανώτερων χαρακτηριστικών από τα ζητούμενα, ενώ η παραπάνω ΣτΕ ΕΑ 203/2018 εκδόθηκε επί συμβατικού αντικειμένου μαζικής σίτισης, όπου πάντως, αφενός η δυνατότητα συλλογής εμπειρίας είναι πολύ ευχερέστερη από το προκείμενο αντικείμενο, αφετέρου η απαιτούμενη δεξιοτεχνία και τεχνογνωσία για την ορθή εκτέλεση της σύμβασης είναι εξ αντικειμένου και λόγω της διαφοράς στην ίδια τη φύση της σύμβασης, κατά κοινή λογική πιο συμβατική.

Επομένως, σε καμία περίπτωση ο προσφεύγων δεν αποδεικνύει δυσαναλογία του ζητούμενου αριθμού πωλήσεων ούτε την τεχνική μη αναγκαιότητά τους ούτε όμως ότι όντως ο επερχόμενος περιορισμός του ανταγωνισμού εκ του κριτηρίου είναι αδικαιολόγητος και ότι σε κάθε περίπτωση αποκλείει κάθε αποτελεσματικό ανταγωνισμό έστω και αν δεν περιλαμβάνει τον ίδιο τον προσφεύγοντα, αντίθετα ο αναθέτων με αναλυτική επιχειρηματολογία επεξηγεί την ανάγκη επαυξημένης και ειδικής τεχνογνωσίας, η οποία στοιχειοθετείται με τον ζητούμενο αριθμό προηγουμένων πωλήσεων στο παρελθόν. Περαιτέρω και σε κάθε περίπτωση κατ' άρθρο 78 Ν. 4412/2016 αλλά και το άρθρο 12 της προκείμενης Διακήρυξης, θεσπίζεται, προς την αύξηση του δυνητικού ανταγωνισμού και τη διευκόλυνση πρόσβασης συμμετεχόντων στην προκείμενη διαδικασία, η δυνατότητα στήριξης σε ικανότητες τρίτων για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας όπως το συγκεκριμένο, με αποτέλεσμα να μην τίθεται ζήτημα εκ προοιμίου αποκλεισμού όσων οικονομικών φορέων δεν εκπληρούν αυτοτελώς και μόνοι τους τις συγκεκριμένες απαιτήσεις. Και ναι μεν, μόνη της η καταρχήν δυνατότητα στήριξη σε ικανότητες τρίτων δεν αρκεί για την κατάγνωση νομιμότητας κάθε είδους κριτηρίου επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ανεξαρτήτως περιεχομένου, απαίτησης και διατυπώσεων αυτού του κριτηρίου (Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017), πλην όμως η δυνατότητα αυτή θα πρέπει οπωσδήποτε να λαμβάνεται υπόψη κατά την εξέταση της τυχόν δυσαναλογίας του, του επερχόμενου αληθούς περιορισμού του ανταγωνισμού δι' αυτού και της αντικειμενικής σύνδεσής του με το σκοπούμενο καταρχήν θεμιτό αποτέλεσμα διασφάλισης της αναθέτουσας ότι ο ανάδοχος θα κατέχει τους αναγκαίους τεχνικούς πόρους και εμπειρία για την εκτέλεση της σύμβασης (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 203/2018, σκ. 10). Άρα, το παραπάνω κριτήριο επιλογής ειδικώς ως προς τον όρο περί του ως άνω ζητουμένου αριθμού προηγούμενων παραδόσεων (για το επιμέρους ζήτημα όμως της χρονικής τους έκτασης, βλ. κατωτέρω) ουδόλως προκύπτει ως μη πρόσφορος, αναγκαίος, ανάλογος και κατάλληλος για το θεμιτό σκοπό της συμμετοχής έμπειρων και τεχνικώς επαρκών επιχειρήσεων, δυνάμενων να ανταποκριθούν

στις αυξημένες απαιτήσεις που απορρέουν από το μέγεθος και ιδίως την απαίτηση τεχνικής δεξιότητας της εν λόγω σύμβασης και της κατηγορίας των υπό προμήθεια αγαθών. Κατ΄ αποτέλεσμα πρέπει να απορριφθούν οι αντίστοιχοι ισχυρισμοί του δεύτερου λόγου της προσφυγής.

18. Επειδή, περαιτέρω, κατ' αντιστοιχία και για τους ίδιους λόγους με όσους αναφέρθηκαν στη σκ. 15, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται τους όρους άλλων διαδικασιών ανάθεσης δημόσιας σύμβασης του αναθέτοντος ή και άλλων αναθέτοντων φορέων, εν όψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών. Επιπλέον, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος κατά της χρονικής έκτασης στο παρελθόν της ζητούμενης βεβαίωσης καλής λειτουργίας των πωληθέντων αγαθών προεχόντως τυγχάνει επίκλησης άνευ εννόμου συμφέροντος, αφού αφενός προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου και δη του αναθέτοντος, χωρίς ο προσφεύγων να δύναται να θεμελιώνει τους ισχυρισμούς του επί τη βάσει της δικής του ερμηνείας ως προς το αν όσα απαιτεί η διακήρυξη είναι επαρκή ως προς την κάλυψη του σκοπού της διαδικασίας και ότι τυχόν πρέπει να καταστούν αυστηρότερα. Αφετέρου, σε κάθε περίπτωση δεν τον αποκλείει ή παραβλάπτει τη δυνατότητα συμμετοχής του και αποδοχής της προσφοράς του, η παραπάνω αυτή καθαυτή απαίτηση ούτε επικαλείται τούτο ούτε είναι δυνατόν η μικρότερη προς το παρελθόν έκταση της βεβαίωσης, να βλάπτει οικονομικό φορέα που επικαλείται ότι θα έπρεπε αυτή να εκτείνεται σε μεγαλύτερη ακόμη διάρκεια. Επιπλέον, ο ως άνω ισχυρισμός του περί έκτασης της διαρκείας της βεβαίωσης των χρηστών προς το παρελθόν προβάλλεται και απαραδέκτως, αφού υπεισέρχεται στην ευχέρεια της αναθέτουσας να κρίνει η ίδια τον τρόπο με τον οποίο θα καλύψει τις ανάγκές της. Κατ΄ αποτέλεσμα πρέπει να απορριφθούν οι αντίστοιχοι ισχυρισμοί του δεύτερου λόγου της προσφυγής.

19. Επειδή, όμως ειδικώς όσον αφορά τον προβαλλόμενο ισχυρισμό του δεύτερου λόγου της προσφυγής περί του χρονικού διαστήματος στο οποίο πρέπει να είναι συγκεντρωμένες οι ζητούμενες του κριτηρίου επιλογής πωλήσεις, προκύπτουν τα εξής. Το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

Μέρος ΙΙ Ν. 4412/1016 προβλέπει ως κριτήριο επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια, ότι τα «*Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι... 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*". Ούτως, ο ίδιος ο νόμος ορίζει ότι προς διευκόλυνση του ανταγωνισμού και ιδίως μάλιστα όταν ο αναμενόμενος ανταγωνισμός λόγω και της φύσης και των ειδικών τεχνικών χαρακτηριστικών του φυσικού αντικείμενου είναι όχι απαραίτητα ανύπαρκτος ή εξαιρετικά στενός αλλά σε κάθε περίπτωση περιορισμένος, η αναθέτουσα, στις περιπτώσεις συμβάσεων προμήθειας αγαθών και υπηρεσιών, έχει διακριτική ευχέρεια να επεκτείνει το διάστημα στο οποίο δύνανται να εκτείνονται οι ζητούμενες παραδόσεις πέραν της κατά τα ως άνω τριετίας (σημειωτέον δε, ότι ο υπό α.ι όρος περί πενταετίας προηγουμένων εργασιών αφορά συμβάσεις έργου). Η ως άνω βέβαια διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, η οποία συνεπάγεται δυνατότητα θέσπισης όρου, όχι για υποχρέωση των οικονομικών φορέων να προσκομίσουν πέραν της κατοχυρούμενης υπέρ τους τριετίας, αλλά το δικαίωμά τους να προσμετρήσουν παραδόσεις πέραν αυτού του διαστήματος (και συνεπώς, ο θεσπιζόμενος βάσει της ως άνω ευχέρειας της αναθέτουσας όρος σημαίνει την απονομή δικαιώματος και διευκόλυνσης στους οικονομικούς φορείς προς εξυπηρέτηση της τόνωσης του ανταγωνισμού και της εκ μέρους τους πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής και όχι υποχρέωσής τους που τυχόν περιορίζει τη συμμετοχή τους), ελέγχεται τόσο ως προς την ενάσκησή της, όσο και την παράλειψη αυτής, σχετικά με την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων ή την εν γένει κακή και καταχρηστική της εφαρμογή. Επομένως, ναι μεν η παραπάνω διάταξη ιδρύει μια καταρχήν δυνατότητα των αναθετουσών να επιτρέψουν τη λήψη υπόψη παραδόσεων προ της τριετίας, δύναται όμως να

ελεγχθεί και να ακυρωθεί η παράλειψη θέσπισή της, όταν το αντικείμενο της σύμβασης είναι τέτοιο, ώστε σε συνδυασμό με τον ζητούμενο αριθμό παραδόσεων να μην προκύπτει δυνατότητα ευχερούς συμμετοχής προσφερόντων και εν γένει σημαντική μείωση των δυνητικών αναδόχων και συγχρόνως ο χρονικός περιορισμός και όχι αυτός καθαυτός ο αριθμός των ζητούμενων παραδόσεων είναι το στοιχείο που καθιστά το κριτήριο επιλογής παρανόμως και αδικαιολογήτως περιοριστικό. Όμως, κατά το άρθρο 11 Κεφ. Β παρ. 11 του τεύχους 2 «Διακήρυξη» ορίζεται ότι "*Προσφορές που δεν περιέχουν κάποιο από τα παραπάνω στοιχεία θα απορρίπτονται χωρίς περαιτέρω τεχνική αξιολόγηση ενώ δεν είναι δεκτή η εκ των υστέρων υποβολή τους. Συμπληρωματικά στοιχεία γίνονται δεκτά μόνο στις περιπτώσεις που ζητηθούν εγγράφως από τις αρμόδιες Υπηρεσίες του ΑΔΜΗΕ και αφορούν διευκρινήσεις επί των υποβληθέντων στοιχείων. …Η μη ικανοποίηση των επιμέρους απαιτήσεων του ανωτέρω κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητα (Β) αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς*." και συνεπώς η μη συγκέντρωση των παραπάνω παραδόσεων αποκλειστικά στην τριετία προ της υποβολής της οικείας από τον μετέχοντα δήλωσης μετά της προσφοράς του στον διαγωνισμό, οδηγεί σε άνευ ετέρου αποκλεισμό του. Εν προκειμένω, ο μεν προσφεύγων επικαλείται την αδυναμία συμμετοχής τους όχι μόνο λόγω του αριθμού των ζητούμενων παραδόσεων, ζήτημα που ήδη κρίθηκε στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, αλλά και λόγω της χρονικής έκτασης προς το παρελθόν εντός της οποίας πρέπει να έχουν εκτελεσθεί οι συμβάσείς του. Η δε αναθέτουσα ναι μεν (βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη), δικαιολογεί το σκοπό θέπσισης του αριθμού των ζητούμενων παραδόσεων, ουδόλως όμως επεξηγεί το λόγο για τον οποίο αυτές πρέπει αναγκαστικά να έχουν λάβει χώρα εντός της παραπάνω τριετίας και δεν λαμβάνει υπόψη της και παραδόσεις που έχουν λάβει χώρα εντός ευλόγου και επαφιόμενου ως προς τον ορισμό του στην ίδια κατά τη σύνταξη των όρων της διακήρυξης, χρόνου προ της τριετίας αυτής. Ούτε εξάλλου προκύπτει ότι το στοιχείο ειδικώς της θέσπισης της ως άνω τριετίας κατ' αποκλειστικότητα συνεισφέρει στον ως άνω σκοπό του κριτηρίου επιλογής που συνίσταται, όπως η αναθέτουσα επικαλείται, στη διακρίβωση της

τεχνικής ικανότητας, δεξιότητας και εμπειρίας των μετεχόντων σε τέτοιου είδους και χαρκατηριστικών αγαθά, ιδίως αφού σε κάθε περίπτωση προκύπτει ότι ναι μεν τέτοιες πωλήσεις λαμβάνουν χώρα παγκοσμίως, πλην όμως ουδόλως η αναθέτουσα αρνείται τη σχετική σπανιότητά τους σε σχέση με προμήθειες προϊόντων μικρότερης τάσης και ισχύος. Εξάλλου, δεδομένου ότι ακριβώς το φυσικό αντικείμενο συνίσταται, όπως η ίδια η αναθέτουσα υποστηρίζει, όχι στην πώληση κάποιων έτοιμων και διαθέσιμων στο κοινό αγαθών, αλλά την ad hoc κατασκεύη τους και προσαρμογή τους στις απαιτήσεις της συγκεκριμένης σύμβασης, διαδικασία η οποία εκτείνεται σε μεγάλο χρονικό εύρος, όπως και ότι τέτοιου είδους προϊόντα, ακριβώς λόγω μεγέθους και κατηγορίας απαιτούν για την ολοκλήρωση των διαδικασιών πώλησης, τυχόν προσαρμογής και εγκατάστασής τους, ένα μη όλως σύντομο χρονικό διάστημα, αλλά και ότι κατά το άρθρο 6 ΧΡΟΝΟΣ, ΤΡΟΠΟΣ ΚΑΙ ΤΟΠΟΣ ΠΑΡΑΔΟΣΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΟΡΙΣΜΟΣ ΤΩΝ ΥΛΙΚΩΝ του συνημμένου στη διακήρυξη Τεύχους Σχεδίου Σύμβασης, ορίζεται ότι η επιθεώρηση των προμηθευόμενων αγαθών θα κατανεμηθεί σε μια διάρκεια από το β’ εξάμηνο του 2019 έως και το β΄εξάμηνο του 2021 σε επιμέρους τμηματικές παραδόσεις, ήτοι εντός περίπου τριών (3) ετών από την έναρξη της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης, προκύπτει κατά την κοινή λογική και τα διδάγματα της κοινής πείρας, ότι η απαίτηση της συγκέντρωσης των παραπάνω ζητούμενων ως κριτήριο επιλογής παραδόσεων σε χρόνο τριών (3) ετών, ήτοι περίπου ίσο με αυτόν που θα απαιτηθεί από την έναρξη της προκείμενης διαδικασίας ανάθεσης έως την αναμενόμενη ολοκλήρωση εκτέλεσής της, είναι περιοριστική και δη αδικαιολογήτως και ασυνδέτως με το σκοπό του κριτηρίου επιλογής. Περαιτέρω, ουδόλως προκύπτει ούτε γιατί η τυχόν επέκταση του χρόνου στον οποίο μπορούν να έχουν λάβει χώρα οι ζητούμενες παραδόσεις κατά ένα εύλογο επιπλέον των τριών ετών διάστημα, θα αίρει την απόδειξη εμπειρίας και τεχνογνωσίας του μετέχοντος, δηλαδή το σκοπό του κριτηρίου επιλογής (υπό την έννοια ότι δεν είναι λογικό ότι ένας οικονομικός φορέας που εντός ενός ευλόγου, πλην μεγαλύτερου της τριετίας διαστήματος, έχει πωλήσει δέκα (10) αυτομετασχηματιστές ή μετασχηματιστές τέτοιου μεγέθους, τάσης και ισχύος στην παγκόσμια αγορά, έχει χάσει την

εμπειρία και την τεχνογνωσία του επειδή τυχόν κάποια ή περισσότερες ή και όλες εξ αυτών των πωλήσεων έλαβαν χώρα σε χρόνο μεγαλύτερο των τριών (3) ετών, πλην όμως ουδόλως εκτεινόμενο στο βαθύ παρελθόν). Ούτε η αναθέτουσα επικλήθηκε ποτέ οτιδήποτε αντίθετο ειδικώς για την απαίτηση του χρόνου συγκέντρωσης των ζητούμενων παραδόσεων. Επομένως, ειδικώς το στοιχείο του εκ του προσβαλλομένου κριτηρίου επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας περιορισμού του χρόνου απαιτούμενης συγκέντρωσης προηγουμένων παραδόσεων αποκλειστικά στην τριετία και η παράλειψη του αναθέτοντος, ιδίως εν όψει των ιδιαιτεροτήτων και της πολυπλοκότητας του φυσικού αντικειμένου και του γεγονότος ότι ναι μεν τέτοιες πωλήσεις σημειώνονται παγκοσμίως όχι όμως με κάποια ιδιαίτερη συχνότητα (ο δε αναθέτων επικαλείται ότι συγκεκριμένες πολυεθνικές επιχειρήσεις δύνανται να πληρούν το κριτήριο και όχι ότι ειδικώς το στοιχείο της τριετίας δεν περιορίζει σημαντικά τον ανταγωνισμό και τη δυνατότητα συμμετοχής περισσοτέρων οικονομικών φορέων που θα ήταν όμως κατά τα λοιπά όλως κατάλληλοι και δυνάμενοι να εκτελέσουν αποτελεσματικά το συμβατικό αντικείμεο), να θεσπίσει την επιτρεπτή λήψη υπόψη και παραδόσεων πέραν της τριετίας αυτής, είναι αδικαιολόγητη, δε συνδέεται με το σκοπό του κριτηρίου, τελεί σε δυσαναλογία προς αυτόν και εν τέλει παράγει έναν περιορισμό του ανταγωνισμού σημαντικό μεν, μη επαγόμενο δε κάποια προώθηση των ευλόγων συμφερόντων εξυπηρέτησης και καλής εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου. Εξάλλου, ο αναθέτων επικαλείται ότι ο ανταγωνισμός δεν αποκλείεται, ουδόλως όμως επικαλείται, πολλώ δε μάλλον αποδεικνύει ότι θα είναι σε κάθε περίπτωση αυξημένος, ικανοποιητικός ή τελών σε αναλογία ως προς τη δυνατή του έκταση με την όποια εκ του κριτηρίου επιλογής διασφάλιση εμπειρίας και τεχνογνωσίας (υπό την έννοια ότι δεν προκύπτει πως το όποιο αποδεικτικό αποτέλεσμα ως προς την εμπειρία των μετεχόντων που θα επιτευχθεί με τον ζητούμενο αριθμό προηγούμενων παραδόσεων απαιτεί οπωσδήποτε περιορισμό αυτών ειδικώς και μόνο στην τριετία ή ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού και άρα η μείωσή του που θα επέλθει σε σχέση με το αν δεν υπήρχε ο ως άνω χρονικός περιορισμός είναι δικαιολογημένος ως προς το όποιο αποτέλεσμα απόδειξης

εμπειρίας ειδικώς προκύψει από τον ως άνω χρονικό περιορισμό). Περαιτέρω, ο παραπάνω περιορισμός όχι μόνο καταλήγει ευθέως στον αποκλεισμό κατά τα λοιπά κατάλληλων μετεχόντων, αλλά επιδρά και εμμέσως στον ανταγωνισμό που θα επιτευχθεί, αφού ναι μεν οι προσφέροντες δύνανται να στηριχθούν σε ικανότητες τρίτων για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής, πλην όμως η στήριξη αυτή και οι δυνατότητες που θα προσφέρει θα είναι εύλογα πολύ πιο περιορισμένη, ακριβώς γιατί θα πρέπει και ο παρέχων στήριξη τρίτος οικονομικός φορέας να εισφέρει υπέρ του προσφέροντα παραδόσεις μόνο εντός της τριετίας. Κατ΄ αποτέλεσμα, η μη ενάσκηση από τον αναθέτοντα της ως άνω εκ του Ν. 4412/2016 και το ενωσιακό δίκαιο παρεχόμενης καταρχήν σε αυτόν ευχέρειας (ουδόλως δε η παραπάνω παρεχόμενη στην αναθέτουσα ευχέρεια επέρχεται ευθέως εκ του νόμου και είναι ανεφάρμοστη, αν δεν προβλεφθεί ειδικώς στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, αφού το σημ. α.ιι Μέρους ΙΙ Παραρτήματος ΧΙΙ Προσαρτήματος Α αναφέρει ότι οι αναθέτουσες “μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη…” και όχι ότι “μπορούν να λαμβάνουν υπόψη…”), καίτοι η εν προκειμένω άσκησή της προς θέσπιση οικείου όρου και δυνατότητας των μετεχόντων, θα ήταν κατάλληλη και αναγκαία για τη διασφάλιση ικανοποιητικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, είναι αδικαιολόγητη και παράνομη στη συγκεκριμένη περίπτωση και λαμβανομένων υπόψη των ειδικών χαρακτηριστικών της, όπως και την καταρχήν νομιμότητα ειδικώς του συνολικώς ζητούμενου αριθμού προηγουμένων πωλήσεων. Επομένως, ο ως άνω ειδικότερος επιμέρους ισχυρισμός του δεύτερου λόγου της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να γίνει ούτως δεκτός ο δεύτερος λόγος της προσφυγής, συνεπώς δε, το προσβαλλόμενο κριτήριο επιλογής, δηλαδή ο όρος Β.9.α του ΤΕΥΧΟΥΣ 1 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ και κατ’ αποτέλεσμα ο ταυτόσημος όρος του άρθρου 11 Μέρος Β παρ. 9.α του ΤΕΥΧΟΥΣ 2 ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ, είναι ακυρωτέοι ειδικώς διότι δεν επιτρέπουν την προς διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, λήψη υπόψη για την πλήρωση του κριτηρίου και αγαθών που παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει κατά την ως άνω αποδοχή του δεύτερου λόγου της, να γίνει δεκτή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη Διακήρυξη ως εμπεριέχουσα την κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη πλημμέλεια.

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο που κατέθεσε για την άσκηση της Προσφυγής του, ποσού 15.000,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 22965613295810190086).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη Διακήρυξη αρ. ΔΔΠΕΑ-408824 του Ανεξάρτητου Διαχειριστιστή Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας κατά το αιτιολογικό.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου, ποσού δέκα πέντε χιλιάδων (15.000,00) Ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 22965613295810190086).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 26 Σεπτεμβρίου 2018, και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 13 Οκτωβρίου 2018.

Αριθμός Απόφασης: 3/2018

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ	Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
Φώτιος Θεοδ. Κατσίγιαννης	**Φιλία Κοντραφούρη**
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.	

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 10 Ιανουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη

Για να εξετάσει Α) εκ νέου και σε συμμόρφωση προς τη με αριθμό 383/30-11-2018 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ (Δ΄ Τμήμα) τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον δ.τ. «..... Α.Ε.», που εδρεύει στην Αθήνα, επί της Λεωφ. ……., αριθ. .., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «πρώτος προσφεύγων» ή «.....»)

Κατά του «Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» που εδρεύει στον Πειραιά Αττικής, επί της Ακτής Μιαούλη, αρ. 10, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «Ο.Λ.Π.») και κατά όρων της Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (1^{ο} στάδιο) για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α΄)» που δημοσιεύτηκε στις 02.08.2018 με αριθ.2018/S147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (εφεξής «προσβαλλόμενη πρόσκληση» ή «προσβαλλόμενη διακήρυξη») και

Για να εξετάσει Β) την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1286/03-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή της Κοινοπραξίας Εταιρειών, με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην Αθήνα, επί της Λεωφ. ……, αρ. …, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «δεύτερος προσφεύγων» ή «Κοινοπραξία»)

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

Κατά του «Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» που εδρεύει στον Πειραιά Αττικής, επί της Ακτής Μιαούλη, αρ. 10, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «Ο.Λ.Π.») και κατά της από 21-11-2018 με αρ. πρωτ. 47823/22-11-2018 Έκθεσης Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, που κοινοποιήθηκε στον δεύτερο προσφεύγοντα με την με αρ. πρωτ. 47920/22-11-2018 Πράξη του Ο.Λ.Π. (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), καθώς και κατά κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης του Ο.Λ.Π., που εκδόθηκε στα πλαίσια του διαγωνισμού που προκήρυξε ο Ο.Λ.Π. με την προσβαλλόμενη με την πρώτη υπό εξέταση προσφυγή πρόσκληση.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την από 02-08-2018 και με αριθ. 2018/S 147-335687 δημοσιευθείσα στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης Πρόσκληση του «Ο.Λ.Π.» κλήθηκαν οι ενδιαφερόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις να συμμετάσχουν στο 1^{ο} Στάδιο (Προεπιλογή) του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α΄)», προϋπολογισμού υποβολής προσφορών 136.283.800,00 € (μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.), με καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή εκδήλωσης ενδιαφέροντος την 31.08.2018 και με κριτήριο ανάθεσης τη συνολικά χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή.

2. Επειδή, με την πρώτη υπό εξέταση με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 προδικαστική προσφυγή, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον δ.τ. «..... Α.Ε.», μέλος της Κοινοπραξίας Εταιρειών, με την επωνυμία «.....», αιτήθηκε την ακύρωση / τροποποίηση του όρου της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, της παράλειψης

απαίτησης περί συμπλήρωσης Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.) και τη σαφή πρόνοια για την εφαρμογή του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν.4412/2016, εφόσον διατηρούνταν τροποποιημένος ο ανωτέρω όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της πρόσκλησης. Η προδικαστική προσφυγή αυτή εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της επταμελούς σύνθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 1229/17-09-2018 Πράξης του Προέδρου της και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του π.δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017). Την 9^{η} Οκτωβρίου 2018 εκδόθηκε η με αριθμό 1/2018 Απόφαση της επταμελούς σύνθεσης της Α.Ε.Π.Π., με την οποία η ως άνω προδικαστική προσφυγή της «..... ΑΕ» απερρίφθη, ως απαράδεκτη, λόγω αναρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π. για την εξέτασή της. Ακολούθως, ο Ο.Λ.Π. επανεκκίνησε το διαγωνισμό, ο οποίος είχε ανασταλεί, δυνάμει της με αριθμό Α375/2018 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της πιο πάνω προδικαστικής προσφυγής, και ορίστηκε νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής Φακέλων Προεπιλογής (1^{ου} Σταδίου) η 22^{α} Οκτωβρίου 2018. Μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν Φάκελο και αξιολογήθηκε από την Επιτροπή Αξιολόγησης του διαγωνισμού ήταν και ο δεύτερος προσφεύγων οικονομικός φορέας, Κοινοπραξία Εταιρειών, με την επωνυμία «.....».

3. Επειδή, ακολούθως, η εταιρεία με την επωνυμία «..... Α.Ε.», με την με αρ. κατάθεσης 311/18-10-2018 Αίτηση Αναστολής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ) ζήτησε την αναστολή εκτέλεσης της ανωτέρω αναφερομένης με αρ. 1/2018 Απόφασης της επταμελούς σύνθεσης

της Α.Ε.Π.Π. Στην Αίτηση Αναστολής της αυτή, η αιτούσα επανέφερε ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου τους ισχυρισμούς που είχε επικαλεστεί και στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. προδικαστική προσφυγή της, βάλλοντας κατά του όρου 15.1.7 της προσβαλλόμενης πρόκλησης. Επιπλέον, ισχυρίστηκε ότι εσφαλμένα η Α.Ε.Π.Π. απέρριψε την προσφυγή της ως απαράδεκτη, λόγω αναρμοδιότητας. Τέλος, λόγω της αδυναμίας της να συμμετάσχει στο διαγωνισμό ένεκα του βαλλόμενου όρου και της εντεύθεν βλάβης της, αιτήθηκε από το Δικαστήριο την αναστολή της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, άλλως επικουρικώς της ισχύος του επίμαχου όρου.

4. Επειδή, πριν από την έκδοση απόφασης από το ΣτΕ επί της προαναφερόμενης Αίτησης Αναστολής από το Δικαστήριο, εξεδόθη η από 21-11-2018 με αρ. πρωτ. 47823/22-11-2018 Έκθεση Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, που κοινοποιήθηκε στην Κοινοπραξία Εταιρειών, με την επωνυμία «.....» με την με αρ. πρωτ. 47920/22-11-2018 Πράξη του Ο.Λ.Π., δυνάμει της οποίας η Κοινοπραξία αποκλείσθηκε, διότι η εκ των μελών της, ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «..... ΑΕ», δε διέθετε το επαγγελματικό προσόν του άρθρου 15.1.7 της Πρόσκλησης (Κριτήρια Επιλογής ON/OFF).

5. Επειδή, με τη δεύτερη υπό εξέταση, με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 1286/03-12-2018 προδικαστική προσφυγή της, η Κοινοπραξία Εταιρειών, με την επωνυμία «.....», αιτείται την ακύρωση της πιο πάνω Έκθεσης Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απέκλεισε τη συμμετοχή της από το διαγωνισμό, ισχυριζόμενη ότι ο αποκλεισμός της ερείδεται σε μη νόμιμο όρο της προσβαλλόμενης πρόσκλησης. Συγκεκριμένα, επαναφέρει τους ισχυρισμούς που η εκ των μελών της, εταιρεία με την επωνυμία «..... ΑΕ» είχε επικαλεστεί στη με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 προδικαστική προσφυγή της και ισχυρίζεται ότι ο όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, με τον οποίο εισάγεται λόγος

αποκλεισμού/κριτήριο επιλογής των διαγωνιζομένων, παραβιάζει την ευρωπαϊκή και εθνική νομοθεσία, περαιτέρω δε τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διάκρισης, όπως αυτές προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 8 παρ. 2 του κυρωτικού ν. 4404/2016, διατρέχουν δε και το ν. 4412/2016 και αποτελούν πάγια εθνική και ευρωπαϊκή νομολογία, αλλά και το άρθρο 25^{α} του Ν. 3959/2011. Επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας που η κοινοπραξία είχε σωρεύσει στην προδικαστική προσφυγή της εξεδόθη η με αριθμό Α1/2018 απορριπτική απόφαση της επταμελούς σύνθεσης της Α.Ε.Π.Π. Η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της επταμελούς σύνθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 1687/04-12-2018 Πράξης του Προέδρου της και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2 - 3, 5 - 9, 12 - 15 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2 - 3, 6, 8 και 9 του π.δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

6. Επειδή, την 30-11-2018 εξεδόθη η με αριθμό 383/30-11-2018 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ (Δ΄ Τμήμα), κατά το διατακτικό της οποίας η πιο πάνω Αίτηση Αναστολής της ανώνυμης εταιρείας «..... Α.Ε.» γίνεται δεκτή και ανεστάλη η με αριθμό 1/2018 Απόφαση της επταμελούς σύνθεσης της Α.Ε.Π.Π. και η πρόοδος του επίμαχου διαγωνισμού του «Ο.Λ.Π.».

7. Επειδή, οι προσβαλλόμενοι όροι της επίμαχης πρόσκλησης, όπως και η ίδια η πρόκληση, εξακολουθούν να παράγουν τα έννομα αποτελέσματά τους, διότι, αν και είχαν προσβληθεί, δεν ακυρώθηκαν με τη με αριθμό 1/2018 Απόφαση της επταμελούς σύνθεσής της ΑΕΠΠ, κατά συνέπεια και ενόψει των αρχών της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ισότητας που πρέπει να

εφαρμόζονται στους δημόσιους διαγωνισμούς, συνεχίζουν να συνιστούν το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει το επίμαχο διαγωνισμό και να δεσμεύουν τόσο τους συμμετέχοντες σε αυτόν όσο και το φορέα που τον διενεργεί (ΣτΕ 2635/2009 κ.ά.). Ούτε, άλλωστε, αφορά την ισχύ τους, η εκδοθείσα σχετική με το διαγωνισμό αυτό με αριθμό 383/30-11-2018 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ (Δ΄ Τμήμα). Δοθέντος, όμως, ότι ο αποκλεισμός της κοινοπραξίας εταιρειών, με την επωνυμία «.....», κατά το 1^{ο} στάδιο του διαγωνισμού, ερείδεται επί των όρων αυτών, η παρούσα σύνθεση κρίνει ότι, προκειμένου να αποφανθεί επί της δεύτερης υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, εντός της αποκλειστικής προθεσμίας της παρ. 1 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016, επιβάλλεται, συμμορφούμενη προς τη με αριθμό 383/30-11-2018 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ (Δ΄ Τμήμα), με την οποία κρίθηκε ότι η Α.Ε.Π.Π. έχει αρμοδιότητα να εξετάσει την ενώπιόν της αχθείσα σχετική προδικαστική προσφυγή να εκδώσει αιτιολογημένη επί της ουσίας απόφαση επ' αυτής. Τούτο, δε, και με δεδομένο ότι η δυνατότητά της αυτή, προβλέπεται στην διάταξη της παραγράφου 5 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, καθώς η Α.Ε.Π.Π. είναι το όργανο που εξέδωσε την προσβληθείσα απόφαση που ανεστάλη, αποσκοπεί δε στην ταχύτερη δυνατή διεξαγωγή και ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάθεσης της παρούσας σύμβασης και στην αποτροπή περαιτέρω δικαστικών διενέξεων, χωρίς να παραβλέπεται η τήρηση της νομιμότητας, η οποία εξασφαλίζεται με την πρόβλεψη της προσωρινής δικαστικής προστασίας (πρβλ. ΣτΕ 1217/2018), του δικαιώματος, δηλαδή, τόσο των διαγωνιζόμενων όσο και της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα, στην περίπτωση που η προδικαστική προσφυγή γίνει δεκτή (άρθρο 372 παρ. 1 του ν. 4412/2106), να προσβάλλουν την απόφαση αυτή αυτοτελώς, στο πλαίσιο της καθιερούμενης στο βιβλίο IV του ν. 4412/2016 διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας (πρβλ. ΔΕφΘεσ/νίκης 162/2018). Η ως άνω δε ειδική διάταξη περί συμμόρφωσης της Α.Ε.Π.Π. μετά από την έκδοση της Απόφασης Αναστολής της Απόφασής της, αυτονόητα ιδρύει εξαίρεση στην αποκλειστική

κατά χρόνο αρμοδιότητα της κατ' άρθρο 365 παρ. 4 και 8 και 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016 να αποφανθεί επί της προδικαστικής προσφυγής, ενώ περαιτέρω, κατά το άρθρο 21 παρ. 1 Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η αρμοδιότητα για την ανάκληση της απόφασής της, ως διοικητικής πράξης νοουμένης, ανήκει διαζευτικά, στο όργανο που είναι αρμόδιο, κατά το χρόνο της ανάκλησης, για την έκδοσή της ή το όργανο που την εξέδωσε (ΟλΣτΕ 1581/2010). Η συμμόρφωση, εξάλλου, της Α.Ε.Π.Π. με αποφάσεις αναστολής, ήτοι με αποφάσεις προσωρινής δικαστικής προστασίας και όχι οριστικές - ακυρωτικές αποφάσεις, είναι οικειοθελής και ασκείται κατά τη διακριτική ευχέρειά της, κείται, όμως, εντός των άκρων ορίων της, εφόσον συνίσταται σε αυτούσια υιοθέτηση των κριθέντων στην απόφαση, τα οποία θα έπρεπε να είχαν γίνει δεκτά εξ' αρχής, αν δεν είχε εμφιλοχωρήσει το πιθανολογούμενο σοβαρώς δια της απόφασης αναστολής σφάλμα. Σε κάθε περίπτωση, η πιο πάνω ευχέρεια συμμόρφωσης και συνακόλουθης ανάκλησης ή/και τροποποίησης της ανασταλείσας απόφασης της Α.Ε.Π.Π. δύναται να ασκηθεί είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν αιτήσεως του διοικούμενου είτε και της αναθέτουσας αρχής, που τυχόν έχει συμφέρον προς τη συμμόρφωση αυτή.

8. Επειδή, κατ' ακολουθία των παραδοχών κρίνεται ότι πρέπει να ανακληθεί η με αριθμό 1/2018 Απόφαση της επταμελούς σύνθεσης της Α.Ε.Π.Π. Συνακόλουθα, και ενόψει του ότι η με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 προδικαστική προσφυγή της «..... Α.Ε.» έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς (καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017), πρέπει αυτή να εξεταστεί στην ουσία.

9. Επειδή, εξάλλου, λόγω συνάφειας είναι συνεξεταστέα με την παραπάνω πρώτη προσφυγή με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 και η δεύτερη με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 1286/03-12-2018 προδικαστική προσφυγή της κοινοπραξίας εταιρειών με την επωνυμία «.....» που στρέφεται κατά της πράξης

αποκλεισμού της και αφορά το στάδιο αξιολόγησης του φακέλου προεπιλογής της, στον ίδιο διαγωνισμό.

10. Επειδή, περαιτέρω, και η δεύτερη προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, καταβλήθηκε δε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, επομένως, πρέπει και αυτή να εξεταστεί κατ' ουσίαν.

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η Α.Ε.Π.Π. έχει αρμοδιότητα να εξετάζει προδικαστικές προσφυγές κάθε ενδιαφερόμενου, ο οποίος έχει ή 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 ή του αναθέτοντος φορέα κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας. Κατά τις ίδιες διατάξεις, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων ενώπιον των αρμόδιων δικαστηρίων ένδικων βοηθημάτων, κάθε ενδιαφερόμενος οφείλει να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα. Εξάλλου, ο νόμος 4412/2016 αποτελεί προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς τις διατάξεις α) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων που κατήργησε την Οδηγία 2004/18/ΕΚ (L94), όπως διορθώθηκε (L135/24.5.2016), β) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Φεβρουαρίου 2014 σχετικά με τις προμήθειες φορέων, που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, και την κατάργηση Οδηγίας 2004/17/ΕΚ και γ) της Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 21ης Ιουνίου 1989 και της 92/13/ΕΚ του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, όπως τροποποιήθηκαν με την Οδηγία 2007/66/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και

του Συμβουλίου της 11ης Δεκεμβρίου 2007 και τα άρθρα 46 και 47 της Οδηγίας 2014/23/ΕΕ. Συνακόλουθα, η αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ καθιερώνεται επί συμβάσεων που διέπονται από τις διατάξεις των πιο πάνω Οδηγιών, όπως αυτές προσαρμόστηκαν στην ελληνική νομοθεσία με τις διατάξεις του ν. 4412/2016 (αρ. 1, 345 και 360 ν. 4412/2016). Δοθέντος ότι, με την με αριθμό 383/30-11-2018 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ (Δ΄ Τμήμα) πιθανολογήθηκε σοβαρά ότι η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής οικονομικού φορέα που επιδιώκει να συμμετέχει σε διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης του «Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς Α.Ε.» («Ο.Λ.Π.») και στρέφεται κατά όρων της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος για την επιλογή αναδόχου αυτής, έπεται ότι, ο επίμαχος διαγωνισμός για το έργο «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α)», η πρόσκληση για την εκδήλωση ενδιαφέροντος για τον οποίο δημοσιεύτηκε στις 02.08.2018 με αριθ. 2018/S147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ως εκ της προϋπολογισθείσας δαπάνης της υπό δημοπράτηση σύμβασης, του αντικειμένου αυτής (έργο), της εκκίνησης της διαδικασίας του διαγωνισμού μετά την 1-3-2018, αλλά και του τομέα δραστηριότητας (λιμένες) του φορέα που διενεργεί το διαγωνισμό, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Φ.Ε.Κ. Α΄147/8-8-2016) και συγκεκριμένα του Βιβλίου ΙΙ αυτού. Κατά συνέπεια, όσα αντίθετα προβάλλονται από τον Ο.Λ.Π. είναι αβάσιμα και απορριπτέα.

12. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας ισχυρίζεται ότι ο όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της προσβαλλόμενης πρόσκλησης («Να μην έχει επιβληθεί σε βάρος του υποψηφίου ή σε βάρος συνδεδεμένης μ' αυτόν εταιρίας ή σε βάρος εταιρίας ανήκουσας στον ίδιο όμιλο με τον υποψήφιο κύρωση για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, ή να μην έχει, στο πλαίσιο κίνησης σε βάρος του διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, αποδεχθεί δεσμεύσεις ή οριστική

διευθέτηση της υπόθεσης ο ίδιος ή συνδεδεμένη μ' αυτόν εταιρία ή εταιρία ανήκουσα στον ίδιο όμιλο. Σε περίπτωση ένωσης ή κοινοπραξίας η απαγόρευση αυτή ισχύει για όλα τα μέλη της») είναι μη νόμιμος και πρέπει να ακυρωθεί ή να τροποποιηθεί. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι: 1) Η διαζευκτική προσθήκη της δεύτερης περιόδου του όρου, παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διάκρισης, όπως αυτές προβλέπονται αφενός στις διατάξεις του άρθρου 8 παρ. 2 του κυρωτικού νόμου 4404/2016 και αφετέρου διατρέχουν το νόμο 4412/2016 και αποτελούν πάγια εθνική και Ευρωπαϊκή νομολογία, καθώς τιμωρεί αδικαιολόγητα και διακρίνει δυσμενώς τις επιχειρήσεις που επιθυμούν να υπαχθούν σε διαδικασία διευθέτησης έναντι αυτών που ελέγχονται για την ίδια αντιανταγωνιστική σύμπραξη και οι οποίες δεν έχουν δεχθεί να διευθετήσουν την διαφορά με την αρμόδια αρχή, αλλά εκκρεμεί η οριστική απόφαση. Η επιλογή, άλλωστε, της διατύπωσης περί επιβολής «κύρωσης» κατατείνει σε διακριτική μεταχείριση υπέρ των επιχειρήσεων, για τις οποίες η αρμόδια αρχή έχει διαπιστώσει μεν την παράβαση, αλλά δεν επιβάλλει κύρωση, λόγω της πενταετούς παραγραφής που προβλέπει τόσο ο ευρωπαϊκός κανονισμός 1/2003 (άρθρο 25) όσο και ο νόμος 3959/2011 (άρθρο 42), 2) Ο προσβαλλόμενος όρος παραβιάζει το άρθρο 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (και αντιστοίχως το άρθρο 73 παρ. 4 εδάφιο γ΄ του ν. 4412/2016), καθώς εισάγει μη νόμιμη διάκριση μεταξύ όσων υπάγονται σε διαδικασία διευθέτησης διαφοράς και όσων δεν υπάγονται, ενώ, εφόσον ήθελε ο αναθέτων φορέας να κάνει χρήση αυτού του προαιρετικού λόγου αποκλεισμού, θα μπορούσε να ενημερωθεί αρμοδίως από τη διαθέσιμη λίστα εταιρειών κατά των οποίων η αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) έχει απαγγείλει κατηγορητήριο, 3) Παραβιάζει ο όρος αυτός τον ευρωπαϊκό κανονισμό 1/2003 και συγκεκριμένα το άρθρο 9 αυτού, σχετικά με τις αποφάσεις επιβολής δεσμεύσεων (commitments decisions), αλλά και της αντίστοιχης ελληνικής διάταξης του άρθρου 25 παρ. 6 του ν. 3959/2011, καθώς είναι σαφές ότι οι αποφάσεις αυτές (δεσμεύσεων) δεν διαπιστώνουν παράβαση,

δεν μπορεί συνεπώς μια απόφαση δεσμεύσεων να εξισώνεται με μια απόφαση διαπίστωσης παράβασης των άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ ή των αντίστοιχων 1 και 2 του Ν. 3959/2011, 4) Επίσης, παραβιάζει το άρθρο 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (και αντιστοίχως το άρθρο 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016), περί της δυνατότητας υποψηφίου, σε περίπτωση που έχει υποπέσει στην παράβαση που ο όρος της διακήρυξης προβλέπει, να μην αποκλείεται, αν επικαλεστεί μέτρα αυτοκάθαρσης και της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να τα εξετάσει, ιδίως λαμβανομένου υπόψη ότι η διαδικασία διευθέτησης που συνιστά κατά την διατύπωση του προσβαλλόμενου όρου λόγο αποκλεισμού αποδεικνύει ενεργή συνεργασία με τις αρμόδιες ερευνητικές αρχές για τη διευκρίνιση με ολοκληρωμένο τρόπο των γεγονότων και περιστάσεων υπό τις οποίες έλαβε χώρα η σχετική παράβαση, η οποία στις επίμαχες διατάξεις αναφέρεται ως ενδεικτικό μέτρο αυτοκάθαρσης, 5) Περαιτέρω, παραβιάζει το άρθρο 25^{α} του ν. 3959/2011, περί της διαδικασίας διευθέτησης διαφορών, αφού δημιουργεί σοβαρό αντικίνητρο στην υπαγωγή μιας υποψήφιας για το παρόν έργο ή και για μελλοντικό στη διαδικασία αυτή, αντιβαίνει δε και στη μυστικότητα της διαδικασίας, αφού η ένταξη μιας επιχείρησης στη διευθέτηση ανακοινώνεται μόνο μετά την οριστική απόφαση της αρμόδιας αρχής (Επιτροπής Ανταγωνισμού), 6) Ακολούθως, ο προσβαλλόμενος όρος παραβιάζει το άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ (στο οποίο παραπέμπει το άρθρο 80 παρ. 3 της οδηγίας 2014/25/ΕΕ), αφού εν γένει παρακάμπτεται από τον Ο.Λ.Π. το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕΕΠ), όπως προβλέπεται και στο άρθρο 79 του ν. 4412/2016 και 7) Τέλος, κατά τον ίδιο ισχυρισμό, ο όρος παραβιάζει το άρθρο 12.2 της Σύμβασης Παραχώρησης σε συνδυασμό με τον υπ' αριθ. 18/27.10.2016 Κανονισμό Ανάθεσης Έργων και Υπηρεσιών και Προμηθειών του Οργανισμού Λιμένος Πειραιώς και σε συνδυασμό με το άρθρο 8 παρ. 2 του νόμου 4404/2016 που κύρωσε τη σχετική Σύμβαση Παραχώρησης, καθώς ο προσβαλλόμενός όρος δεν εμπεριέχεται στο Υπόδειγμα Προκήρυξης για την ανάθεση έργων που προσαρτάται στον πιο

πάνω Κανονισμό, η προσθήκη του συνεπώς στην προσβαλλόμενη πρόκληση παραβιάζει τις αρχές της διαφάνειας και της δημοσιότητας και ουδόλως εξασφαλίζει την απαιτούμενη από τον κυρωτικό νόμο «συνέπεια» των διαδικασιών του Ο.Λ.Π.

13. Επειδή, ο Ο.Λ.Π. στις απόψεις του, που περιέχονται στο με αρ. πρωτ. 34167/2018 έγγραφο του αναπληρωτή διευθύνοντος συμβούλου του, ισχυρίζεται ότι: 1) Σε αντίθεση με την κατ' αντιδικία διαδικασία, η οποία αποτελεί πλήρη άρνηση των κατηγοριών που αποδίδονται σε μια εταιρεία, στην διαδικασία της οριστικής διευθέτησης, οι ερευνώμενες εταιρείες απαιτείται να υποβάλλουν δήλωση περί παραδοχής της παράβασης, καθώς και τελική δήλωση διευθέτησης η οποία υποβάλλεται λίγες μόνο μέρες πριν την έκδοση της σχετικής απόφασης από την αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού). Συνεπώς, η απουσία της διαζευκτικής διατύπωσης περί οριστικής διευθέτησης της υπόθεσης θα συνιστούσε διάκριση και άνιση μεταχείριση μεταξύ των εταιριών που είτε δεν έχουν ερευνηθεί για αντίστοιχο αδίκημα, είτε έχουν ερευνηθεί αλλά απηλλάγησαν, είτε αρνούνται τις κατηγορίες και εκκρεμεί η έκδοση σχετικής απόφασης (η οποία μπορεί ως γνωστόν να είναι είτε αθωωτική είτε καταδικαστική), και εκείνων των εταιριών που έχουν παραδεχτεί την παράβαση, αλλά επιλέγουν να κάνουν χρήση «ευεργετικών διατάξεων» του νόμου. Περαιτέρω, ο Ο.Λ.Π. ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα συνδέει ο προσφεύγων οικονομικός φορέας την παραγραφή με την επιβολή κύρωσης και όχι με την παραγραφόμενη παράβαση, 2) Ο προσβαλλόμενος όρος είναι απολύτως σύμφωνος με τα προβλεπόμενα τόσο στο άρθρο 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 24/2014 στο οποίο παραπέμπει το άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/25 όσο και με το άρθρο 73 παρ. 4 εδάφιο γ΄ του ν. 4412/2016 όπου θεσπίζεται ως προαιρετικός ο οικείος λόγος αποκλεισμού (κατά την κρίση του αναθέτοντος φορέα). Σύμφωνα με την τελευταία αυτή διάταξη μια αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείσει από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης

οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, εάν διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Κατά την κρίση του Ο.Λ.Π. η έννοια των «εύλογων ενδείξεων» συνάδει ασφαλώς, νομικά και ουσιαστικά, μόνο με την «ομολογία ενοχής» και φυσικά με την «καταδίκη» μιας εταιρίας για την παράβαση όρων του ανταγωνισμού και σε καμία απολύτως περίπτωση με την διεξαγωγή έρευνας από την αρμόδια ΕΑ, 3) Οι αποφάσεις επιβολής δεσμεύσεων, τις οποίες επικαλείται ο προσφεύγων δεν έχουν καμία σχέση με τις αποφάσεις επιβολής κυρώσεων μετά από διαδικασία διευθέτησης, όπως η δημοσιευμένη στο ΦΕΚ 3104 Β'/8.9.2017 Απόφαση με αριθμό 642/2017 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία μεταξύ άλλων περιέχει κρίση και για τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα ΕΑ και στην οποία όχι μόνο γίνεται διαπίστωση της παράβασης, αλλά η παραδοχή της παράβασης από το υποκείμενο της έρευνας αποτελεί προϋπόθεση για την υπαγωγή του στην συμβιβαστική αυτή διαδικασία, 4) Η διαδικασία της αυτοκάθαρσης δεν καθιστά παράνομο τον αποκλεισμό ενός συμμετέχοντος στην φάση του διαγωνισμού, αλλά επιτρέπει στους δημόσιους φορείς και εταιρίες να επανεξετάζουν την δυνατότητα ενός οικονομικού φορέα να συμμετάσχει στον διαγωνισμό παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στην παρ. 7 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, 5) Σκοπός της διαδικασίας διευθέτησης διαφορών δεν είναι η απαλλαγή του παραβάτη αλλά η απλοποίηση και επιτάχυνση της διοικητικής διαδικασίας έκδοσης αποφάσεων από την αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) για παραβάσεις του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 ή/και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, καθώς και ο περιορισμός του αριθμού των προσφυγών που ασκούνται κατά των αποφάσεών της ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Και τούτο, προκειμένου να παρασχεθεί στην Επιτροπή η δυνατότητα να εξετάζει περισσότερες υποθέσεις με τους ίδιους πόρους και με λιγότερη διοικητική επιβάρυνση, να αυξάνει, έτσι, τον αποτρεπτικό χαρακτήρα της δράσης της και να ενισχύει, συγχρόνως, το

ενδιαφέρον των πολιτών για την αποτελεσματική και έγκαιρη τιμωρία των παραβατών. Στο πλαίσιο αυτό, στις επιχειρήσεις που συμβάλλουν στην ενίσχυση της αποτελεσματικότητας της διοικητικής διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού μπορεί να επιβάλλονται μειωμένα πρόστιμα υπό τις ειδικότερες προϋποθέσεις, ως αμιγές και μόνο κίνητρο για την υπαγωγή τους στην διαδικασία, 6) Ο Ο.Λ.Π. ρητώς δεν υπάγεται στην εθνική και κοινοτική νομοθεσία περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, άρα δεν υποχρεούται στην αποδοχή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας (ΕΕΕΠ). Ωστόσο, ακόμη και στην υποθετική περίπτωση κατά την οποία θα υπαγόταν στις κοινοτικές οδηγίες και τους εθνικούς νόμους που τις ενσωματώνουν, ο Ο.Λ.Π. θα διατηρούσε το δικαίωμα κατά την απόλυτη διακριτική του ευχέρεια να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας, σύμφωνα με τα αναφερόμενα της παρ. 4 του άρθρου 59 της Οδηγίας, 7) Τέλος, το υπόδειγμα προκήρυξης που προσαρτάται στο παράρτημα του Κανονισμού Ανάθεσης έργων του Ο.Λ.Π. είναι απλά υπόδειγμα επί του οποίου η ΟΛΠ ΑΕ δύναται να επιφέρει αλλαγές ανάλογα με τις ανάγκες του έργου, της συγκεκριμένης διαδικασίας και τις θεσμικές εξελίξεις. Μάλιστα στην παρ. 2.5. του Κανονισμού καθίσταται απολύτως ξεκάθαρο ότι η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, τα κριτήρια επιλογής, οι επιτροπές, η διαδικασία υποβολής προσφορών, οι όροι συμμετοχής, όπως και κάθε άλλη αναγκαία ρύθμιση, περιλαμβάνονται στην Προκήρυξη και συνιστούν το δεσμευτικό κανονιστικό πλαίσιο διενέργειας του διαγωνισμού.

14. Επειδή, με τους τέσσερις πρώτους λόγους της πρώτης υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, ζητείται, κατ' εκτίμηση του περιεχομένου της, να ακυρωθεί ο όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, ως αντιτιθέμενος στις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) και παρ.

6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (και αντιστοίχως του άρθρου 73 παρ. 4 εδάφιο γ΄ και παρ. 7 του ν. 4412/2016) και σε αυτές του άρθρου 9 παρ. 1 του Κανονισμού 1/2003 της Ευρωπαϊκής Ένωσης (και αντιστοίχως του άρθρου 25 παρ. 6 του ν. 3959/2011), κατά το μέρος και κατά τις ειδικές αιτιάσεις που προβάλει ο προσφεύγων οικονομικός φορέας.

15. Επειδή, οι αιτιολογικές σκέψεις (106) και (107) της Οδηγίας 2014/ΕΕ/25 προβλέπουν τα εξής: «(106) Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Θα πρέπει να διευκρινιστεί ότι το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα μπορεί να θέσει εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να καταστήσει τον οικονομικό φορέα ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν ο οικονομικός φορέας έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Λαμβάνοντας υπόψη ότι ο αναθέτων φορέας είναι υπεύθυνος για τις συνέπειες ενδεχόμενης εσφαλμένης του απόφασης, οι αναθέτοντες φορείς θα πρέπει επίσης να έχουν την ευχέρεια να εκτιμούν ότι σημειώθηκε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα όταν μπορούν να αποδείξουν με κατάλληλο τρόπο, πριν από την έκδοση οριστικής και δεσμευτικής απόφασης για την ύπαρξη λόγων υποχρεωτικού αποκλεισμού, ότι ο οικονομικός φορέας παραβίασε τις υποχρεώσεις του, συμπεριλαμβανομένων υποχρεώσεων σχετικά με την πληρωμή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, εκτός αν προβλέπεται διαφορετικά στο εθνικό δίκαιο. Θα πρέπει επίσης να μπορούν να αποκλείουν υποψηφίους ή προσφέροντες των οποίων οι επιδόσεις σε παλαιότερες

δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις με άλλους αναθέτοντες φορείς παρουσίασαν σοβαρές αδυναμίες σε βασικές απαιτήσεις, όπως η αδυναμία προμήθειας ή εκτέλεσης, σημαντικές ελλείψεις στο προϊόν ή την υπηρεσία που παρασχέθηκε με αποτέλεσμα να μην μπορεί να χρησιμοποιηθεί για τον σκοπό για τον οποίο προοριζόταν, ή ανάρμοστη διαγωγή που δημιουργεί σοβαρές αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία του οικονομικού φορέα. Το εθνικό δίκαιο θα πρέπει να προβλέπει τη μέγιστη διάρκεια αυτών των αποκλεισμών. Κατά την εφαρμογή προαιρετικών λόγων αποκλεισμού πρέπει να λαμβάνεται ιδιαιτέρως υπόψη η αρχή της αναλογικότητας. Μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις θα πρέπει ελάσσονες παρατυπίες να οδηγήσουν στον αποκλεισμό οικονομικού φορέα. Σε περίπτωση όμως επανειλημμένων ελασσόνων παρατυπιών, ενδέχεται να γεννηθούν αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία οικονομικού φορέα, οι οποίες θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τον αποκλεισμό του. (107) Όταν οι αναθέτοντες φορείς υποχρεούνται ή επιλέγουν να εφαρμόσουν τα προαναφερθέντα κριτήρια αποκλεισμού, πρέπει να εφαρμόζουν την Οδηγία 2014/24/ΕΕ ως προς τη δυνατότητα των οικονομικών φορέων να λαμβάνουν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο τη διόρθωση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη περαιτέρω περιπτώσεων παράνομης συμπεριφοράς.».

16. Επειδή, το άρθρο 80 της Οδηγίας 2014/ΕΕ/25 με τίτλο «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στην οδηγία 2014/24/ΕΕ» προβλέπει τα εξής: «1. Οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτές διαδικασίες, σε κλειστές διαδικασίες, σε διαδικασίες με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικούς διαλόγους ή σε συμπράξεις καινοτομίας, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους

αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 57 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτήν. … Εφόσον απαιτείται από τα κράτη μέλη, τα εν λόγω κριτήρια και κανόνες περιλαμβάνουν επιπλέον τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στο άρθρο 57 παράγραφος 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο.».

17. Επειδή, συναφώς, το άρθρο 305 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Χρήση των λόγων αποκλεισμού και των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι», που θεσπίστηκε για την προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς την Οδηγία 2014/25/ΕΕ και δη το άρθρο 80 αυτής, προβλέπει τα εξής: «1. Οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας, σε συνοπτικό διαγωνισμό ή σε απευθείας ανάθεση, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό. Όταν ένας αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο. …».

18. Επειδή, με τις ανωτέρω διατάξεις καθιερώνεται στους αναθέτοντες φορείς η προβλεπόμενη δυνατότητα (προαιρετικοί λόγοι) να αποκλείουν από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης οικονομικό φορέα, μεταξύ άλλων, λόγω παραβιάσεων των κανόνων περί ανταγωνισμού. Και τούτο, γιατί οι παραβιάσεις αυτές, μεταξύ άλλων σοβαρών επαγγελματικών

παραπτωμάτων, μπορεί να θέσουν εν αμφιβόλω την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα και, ως εκ τούτου, να τον καταστήσουν ακατάλληλο να λάβει την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, ανεξαρτήτως εάν έχει άλλως την τεχνική και οικονομική ικανότητα να εκτελέσει τη σύμβαση. Όταν, όμως οι αναθέτοντες φορείς επιλέγουν να προβλέψουν έναν τέτοιο λόγο αποκλεισμού (προαιρετικό), αναφέρονται στον αντίστοιχο λόγο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και δη το σχετικό άρθρο 57 αυτής, περί λόγων αποκλεισμού και το άρθρο 73 του ν. 4412/2016, που θεσπίστηκε για την προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς την Οδηγία αυτή, υποχρεούνται δε να εφαρμόζουν τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό.

19. Επειδή, στην αιτιολογική σκέψη (101) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ επαναλαμβάνονται όσα και στην αιτιολογική σκέψη (106) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ αναφέρονται. Περαιτέρω, στην αιτιολογική σκέψη (102) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ προβλέπονται τα εξής: «Θα πρέπει, ωστόσο, να επιτρέπεται στους οικονομικούς φορείς να υιοθετούν μέτρα συμμόρφωσης με στόχο την άρση των συνεπειών τυχόν ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων και την αποτελεσματική πρόληψη των παρανομιών. Τα εν λόγω μέτρα μπορεί να συνίστανται ιδίως σε μέτρα που αφορούν το προσωπικό και την οργάνωση, όπως είναι η διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα ή οργανισμούς που εμπλέκονται στην παράνομη συμπεριφορά, κατάλληλα μέτρα αναδιοργάνωσης προσωπικού, η εφαρμογή συστημάτων υποβολής εκθέσεων και ελέγχου, η δημιουργία δομής εσωτερικού ελέγχου για την παρακολούθηση της συμμόρφωσης και η έγκριση εσωτερικών κανόνων ευθύνης και αποζημίωσης. Όταν τα εν λόγω μέτρα προσφέρουν επαρκείς εγγυήσεις, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν θα πρέπει πλέον να αποκλείεται για αυτούς τους λόγους και μόνον. Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν να εξετάζονται τα μέτρα συμμόρφωσης που λαμβάνονται με σκοπό την πιθανή συμμετοχή τους στη διαδικασία προμήθειας. Θα πρέπει, εντούτοις, να

εναπόκειται στα κράτη μέλη να καθορίζουν τους ακριβείς διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που θα ισχύσουν σε τέτοιες περιπτώσεις. Θα πρέπει ειδικότερα να έχουν την ελευθερία να αποφασίζουν αν επιθυμούν να επιτρέπουν στις επιμέρους αναθέτουσες αρχές να προβαίνουν οι ίδιες στις σχετικές αξιολογήσεις ή να αναθέτουν το καθήκον αυτό σε άλλες αρχές, σε κεντρικό ή μη επίπεδο.».

20. Επειδή, στο άρθρο 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ με τίτλο «Λόγοι Αποκλεισμού» προβλέπεται ότι: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή μπορούν να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία προμήθειας οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: … (γ) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του· (δ) εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικού φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού· … 5. … Ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν ή να υποχρεώνονται από τα κράτη μέλη να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται, λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού, είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μια από τις περιπτώσεις της παραγράφου 4. 6. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας αντιμετωπίζει μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία από τα οποία να τεκμαίρεται ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία προμήθειας. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή δεσμευθεί να καταβάλει

αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Σε περίπτωση που τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. … 7. Τα κράτη μέλη καθορίζουν τους όρους εφαρμογής του παρόντος άρθρου, βάσει νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων και τηρουμένου του ενωσιακού δικαίου. Καθορίζουν, ιδίως, τη μέγιστη περίοδο αποκλεισμού σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δεν λάβει μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 6. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί από τελεσίδικη απόφαση, η περίοδος αυτή δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με τελεσίδικη απόφαση στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην πρώτη παράγραφο και τρία έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος στις περιπτώσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 4.».

21. Επειδή, συναφώς το άρθρο 73 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», που θεσπίστηκε για την προσαρμογή της ελληνικής νομοθεσίας προς την Οδηγία 2014/24/ΕΕ και δη το άρθρο 57 αυτής, προβλέπει τα εξής: «1.[…]. 2. […]. 3.[…]. 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: … γ) εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, … θ) Εάν η

αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. … 6. … Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος - μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση …». Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, που αποτελεί κατά

λέξη μεταφορά της διάταξης του άρθρου 57 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ στο εσωτερικό δίκαιο, καθιερώνεται, μεταξύ άλλων, η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, εάν η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ οι παραβιάσεις των κανόνων του ανταγωνισμού εντάσσονταν συστηματικά στα σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα {πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-470/13, Generali-Providencia, με την οποία κρίθηκε ότι η παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβάσεως αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού που εμπίπτει στην έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» του άρθρου 45 παρ. 2 στοιχ. δ' της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (σκέψεις 34 έως 39)}. Με τις διατάξεις, όμως, του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συναφώς με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ΄ του ν. 4412/2016, με τον οποίο προσαρμόστηκε η ελληνική νομοθεσία στην Οδηγία αυτή, καθιερώθηκε, επιπλέον, ειδικός λόγος προαιρετικού αποκλεισμού από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης οικονομικού φορέα που συνήψε συμφωνίες με άλλους φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού {πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, στις σκέψεις 38 και 42 της οποίας αναφέρεται ότι η επιδειχθείσα συμπεριφορά οικονομικού φορέα (συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού που συνήψε έως το έτος 2011) εμπίπτει στο σχετικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ΄ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, τον οποίο είχε ενσωματώσει αναθέτουσα αρχή σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης κατά το έτος 2016}, τον οποίο δύναται η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας να προβλέψει στα έγγραφα της σύμβασης ότι εφαρμόζει.

22. Επειδή, εξάλλου, δεν απαγορεύεται σε έναν αναθέτοντα φορέα, να ενσωματώσει στην διακήρυξη για την ανάθεση μιας σύμβασης λόγο αποκλεισμού με διαφορετική διατύπωση από αυτήν που προβλέπει η σχετική διάταξη της Οδηγίας και του Νόμου, αρκεί, προς εξασφάλιση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, ο λόγος αυτός να περιέχεται με σαφή και ρητή διάταξη στα έγγραφα της σύμβασης, επιπλέον, δε, να μην υπερβαίνει τα όρια που θέτουν οι οικείες διατάξεις για την σχετική παραβατική συμπεριφορά των οικονομικών φορέων, διότι με τον τρόπο αυτό μπορεί να διευρύνονται μη νόμιμα οι λόγοι για τους οποίους δύναται ο αναθέτων φορέας να αποκλείει έναν οικονομικό φορέα κατά τις οικείες διατάξεις. Τούτο, δε καθώς, στο παράδειγμα, τουλάχιστον των προαιρετικών λόγων αποκλεισμού του άρθρου 45 παρ. 2 της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής του οποίου και δη στο εδάφιο δ) της παραγράφου αυτής του ως άνω άρθρου, περί σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων, εντάσσονταν συστηματικά και οι παραβιάσεις των κανόνων ανταγωνισμού (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-470/13), είχε κριθεί ότι η σχετική διάταξη απαριθμεί κατά τρόπο εξαντλητικό τους λόγους βάσει των οποίων μπορεί να δικαιολογείται ο αποκλεισμός ενός οικονομικού φορέα από τη συμμετοχή σε διαγωνισμό για λόγους στηριζόμενους σε αντικειμενικά στοιχεία και απτόμενους των επαγγελματικών του ιδιοτήτων και εμποδίζει, επομένως, τα κράτη μέλη να συμπληρώνουν τον κατάλογο που περιέχει η εν λόγω οδηγία με άλλους λόγους αποκλεισμού στηριζόμενους σε κριτήρια σχετικά με την επαγγελματική ιδιότητα (βλ. αποφάσεις της 13ης Δεκεμβρίου 2012, C-465/11, Forposta κ.λ.π., της 9ης Φεβρουαρίου 2006, C-226/04 και C-228/04, La Cascina κ.λπ., Συλλογή 2006, σ. I-1347, σκέψη 22· Μηχανική, προπαρατεθείσα, σκέψη 43, καθώς και της 15ης Ιουλίου 2010, C-74/09, Bâtiments et Ponts Construction και WISAG Produktionsservice, Συλλογή 2010, σ. I-7271, σκέψη 43). Δοθέντος ότι οι παραβιάσεις των κανόνων ανταγωνισμού, κατά τις αιτιολογικές σκέψεις (106) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και (101) της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, εξακολουθούν να

αποτελούν παράδειγμα σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, για μια εκδήλωση των οποίων οι διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ καθιερώνουν ειδική ρύθμιση, συνακόλουθα, δεν θα ήταν νόμιμη η διεύρυνση του αντίστοιχου λόγου αποκλεισμού, συναφώς ούτε και των όρων με τους οποίους ο λόγος αυτός καθιερώνεται με τις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας αυτής και του άρθρου 73 παρ. 4 γ΄ του ν. 4412/2016. Αντίθετα, επειδή, έχει κριθεί ότι επιτρεπτώς μπορούν τα κράτη, κατά την προσαρμογή των διατάξεων για τους προαιρετικούς λόγους αποκλεισμού της οδηγίας στη εθνική τους νομοθεσία, να θέτουν τις ρυθμίσεις εφαρμογής τους, κατά τρόπο πιο ελαστικό και ευέλικτο (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 9ης Φεβρουαρίου 2006, C-228/04, La Cascina, σκ. 23), συναφώς και οι αναθέτουσες αρχές, στο βαθμό που αυτό επιτρέπεται από την νομοθεσία του κράτους στην οποία δρουν, μπορούν να ενσωματώνουν στα έγγραφα της σύμβασης τον οικείο λόγο αποκλεισμού με διατύπωση που ρυθμίζει την εφαρμογή του κατά τρόπο πιο ελαστικό και ευέλικτο από αυτόν που τυχόν προβλέπει η αντίστοιχη διάταξη της Οδηγίας και του Νόμου.

23. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των όσων γίνονται δεκτά στις αμέσως ανωτέρω σκέψεις της παρούσας, η διατύπωση του όρου της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της προσβαλλόμενης διακήρυξης που αποκλείει έναν οικονομικό φορέα από την υπό δημοπράτηση σύμβαση, εφόσον « … έχει επιβληθεί σε βάρος του … κύρωση για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, ή … έχει, στο πλαίσιο κίνησης σε βάρος του διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, αποδεχθεί δεσμεύσεις ή οριστική διευθέτηση της υπόθεσης …», κατά το μέρος, τουλάχιστον, που αξιώνει κύρωση για την οικεία παράβαση ή απόφαση δέσμευσης ή οριστική διευθέτηση της υπόθεσης σε περίπτωση κίνησης διαδικασίας σε βάρος του για την οικεία παράβαση, δε διευρύνει τον προβλεπόμενο στην διάταξη του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και την διάταξη του άρθρου 73 παρ. 4 γ΄

του Ν. 4412/2016 λόγο αποκλεισμού. Αντίθετα, ενσωματώνει τον οικείο προαιρετικό λόγο αποκλεισμού, περιγράφοντας τις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο αναθέτων φορέας διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που τον οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας έχει υποπέσει στην προβλεπόμενη στον οικείο όρο παράβαση και συγκεκριμένα, όταν η παράβαση, είτε έχει διαπιστωθεί από την αρμόδια αρχή, είτε η αρμόδια αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις για την τέλεσή της, είτε έχει συνομολογηθεί από τον οικονομικό φορέα. Τούτο, δε, διότι α) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 1, 14 και 25 του Ν. 3959/2011, κύρωση επιβάλλεται στον οικονομικό φορέα, όταν η αρμόδια προς τούτο αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 1, 2 και 11 του νόμου αυτού ή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, β) σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου $25^{α}$ του ίδιου ως άνω νόμου, απόφαση οριστικής διευθέτησης της υπόθεσης λαμβάνεται από την ίδια αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) για έναν οικονομικό φορέα, όταν αυτός παραδέχεται τη συμμετοχή του στην διαπιστούμενη οριζόντια σύμπραξη, κατά παράβαση του άρθρου 1 του νόμου αυτού ή/και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και γ) σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 6 του ίδιου ως άνω νόμου, απόφαση αποδοχής δεσμεύσεων λαμβάνεται από την ίδια αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) για έναν οικονομικό φορέα, όταν αυτός αποδέχεται δεσμεύσεις προς τον σκοπό όπως παύσει η συνέχιση της διαδικασίας που έχει κινηθεί σε βάρος του για παράβαση του άρθρου 1 και 2 ή/και των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, για την οποία η αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) έχει επαρκώς εύλογες ενδείξεις ότι έλαβε χώρα και η οποία αν συνέχιζε θα μπορούσε να οδηγήσει σε επιβολή κυρώσεων. Κατά συνέπεια, και εφόσον τόσο για την επιβολή κύρωσης για την οικεία παραβίαση όσο και για την οριστική διευθέτηση της υπόθεσης, αν έχει κινηθεί σε βάρος οικονομικού φορέα διαδικασία για την οικεία παραβίαση, απαιτείται είτε η διαπίστωση από την

αρμόδια αρχή είτε η συνομολόγηση προς την αρμόδια αρχή ότι η παράβαση τελέστηκε, η διαζευκτική διατύπωση του προσβαλλόμενου όρου που έχει ως εξής: «… ή … έχει, στο πλαίσιο κίνησης σε βάρος του διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, αποδεχθεί … οριστική διευθέτηση της υπόθεσης …» δεν παραβιάζει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διάκρισης έναντι αυτών που υπέστησαν κύρωση για την οικεία παράβαση. Και τούτο, διότι στις δύο αυτές περιπτώσεις, τουλάχιστον, ο αναθέτων φορέας δε διαθέτει απλώς επαρκώς εύλογες ενδείξεις, αλλά μπορεί με βεβαιότητα να οδηγηθεί στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας έχει αποδεδειγμένα υποπέσει στην προβλεπόμενη στον οικείο όρο παράβαση. Στη δεύτερη περίπτωση όμως, λόγω της συνεργασίας του, τιμωρείται με μικρότερο πρόστιμο. Κατά το μέρος αυτό, εξάλλου, ο προσβαλλόμενος όρος είναι νόμιμος και υπό την εκδοχή ότι οι παραβιάσεις του ανταγωνισμού αποτελούν παράδειγμα σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, στο οποίο αν αποδεδειγμένα έχει υποπέσει οικονομικός φορέας, μπορεί να αποκλείεται από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης, εάν η αναθέτουσα αρχή ή αναθέτων φορέας έχει εντάξει στα έγγραφα της σύμβασης τον προαιρετικό λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 57 παρ. 4 (γ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 73 παρ. 4 θ΄ του ν. 4412/2016, περί σοβαρών επαγγελματικών παραπτωμάτων. Ούτε, όμως, και στην τρίτη περίπτωση, της αποδοχής δεσμεύσεων από τον οικονομικό φορέα παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης. Και αυτό, διότι, μπορεί οι αποφάσεις δεσμεύσεων, τόσο κατά τις διατάξεις του άρθρου 9 παρ. 1 του Κανονισμού 1/2003 της ΕΕ όσο και του άρθρου 25 παρ. 6 του ν. 3959/2011, να μη διαπιστώνουν παράβαση, καθόσον με αυτές, αν γίνουν δεκτές και από την αρμόδια αρχή, δεν ολοκληρώνεται διαδικασία που έχει κινηθεί για την διαπίστωση τέλεσης παράβασης, όσον αφορά τον ανταγωνισμό, ωστόσο, έχει κριθεί ότι, προκειμένου η αρμόδια αρχή να οδηγηθεί σε απόφαση δεσμεύσεων, έχει τουλάχιστον προβεί σε μία «προκαταρκτική εκτίμηση» της καταστάσεως, η οποία επιβάλλεται να

λαμβάνεται υπόψη και να θεωρείται ως ένδειξη ή ακόμη και ως αρχή απόδειξης ότι η εξεταζόμενη συμφωνία αντίκειται στο άρθρο 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 23ης Νοεμβρίου 2017 C-547/16, Gasorba SL κ.λ.π., σκ. 29). Συνακόλουθα, η αποδοχή δεσμεύσεων από τον οικονομικό φορέα συνιστά επαρκώς εύλογη ένδειξη που μπορεί να οδηγήσει τον αναθέτοντα φορέα στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας έχει υποπέσει στην προβλεπόμενη στον προσβαλλόμενο όρο παράβαση, συμπέρασμα στο οποίο μπορεί να οδηγείται ο αναθέτων φορέας, όπως και όταν συντρέχει μία από τις λοιπές καταστάσεις που αναφέρονται στον προσβαλλόμενο όρο. Ούτε, τέλος, η ως άνω διατύπωση, συνιστά δυσμενή διάκριση σε βάρος των οικονομικών φορέων που υπέστησαν κύρωση λόγω παραβιάσεων του ανταγωνισμού, έναντι αυτών σε βάρος των οποίων δεν επιβάλλεται κύρωση, λόγω παραγραφής. Τούτο, δε, διότι οι παραβάσεις των διατάξεων περί προστασίας ανταγωνισμού που έχουν λάβει χώρα και έχουν παύσει προ πολλών ετών, λόγω της χρονικής απόστασης από την διάπραξή τους, δεν θεωρούνται άξιες να στρέψει την προσοχή του κανείς σε αυτές (πρβλ. Αιτιολογική Έκθεση Ν. 3959/2011, σελ. 7, σκέψη επί του άρθρου 42), για τον λόγο αυτό και κατά το άρθρο 42, δεν επιβάλλεται καμία κύρωση για αυτές. Η παραγραφή, εξάλλου, συνιστά λόγο εξάλειψης του αξιοποίνου των αδικημάτων. Δεν θα μπορούσε, λοιπόν, να επιβληθεί τελεσίδικη καταδικαστική απόφαση σε βάρος οικονομικού φορέα για παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού στην οποία κατηγορείται ότι υπέπεσε, αλλά παρεγράφη και, συνακόλουθα, δεν θα μπορούσε η ύπαρξη της συμπεριφοράς αυτής να θεωρηθεί αποδεδειγμένη (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, σκέψη 39). Σε κάθε περίπτωση, στο βαθμό που δεν επιβάλλεται κύρωση από την αρμόδια αρχή, λόγω παραγραφής για την ελεγχόμενη παράβαση, λόγω της φύσης και της λειτουργίας του θεσμού της παραγραφής, ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης με την αιτιολογία ότι η παράβαση αυτή θέτει εν αμφιβόλω την

αξιοπιστία του ότι μπορεί να αναλάβει την δημόσια σύμβαση θα παραβίαζε την αρχή της αναλογικότητας.

24. Επειδή, εξάλλου, αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων οικονομικός φορέας ότι μη νόμιμα ο Ο.Λ.Π. δεν καθιερώνει επαρκώς εύλογη ένδειξη που θα μπορούσε να τον οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι οικονομικός φορέας έχει υποπέσει στην προβλεπόμενη στον προσβαλλόμενο όρο παράβαση, από την ενημέρωση που εύλογα μπορεί να λάβει από την αρμόδια αρχή σχετικά με τις εταιρείες, σε βάρος των οποίων έχει απαγγελθεί κατηγορητήριο, για ορισμένες μάλιστα από τις οποίες, η διαδικασία έχει ήδη ολοκληρωθεί και η ήδη ληφθείσα απόφαση βρίσκεται στο στάδιο της σύνταξης. Τούτο, δε, γιατί, μόνη η απαγγελία κατηγορίας από την αρμόδια αρχή, χωρίς να έχει εκδοθεί η απόφαση που διαπιστώνει την παράβαση ή προκαταρτική εκτίμηση που πιθανολογεί σοβαρά αυτήν ή η παράβαση να μην έχει συνομολογηθεί, δε συνιστά επαρκώς εύλογη ένδειξη τέλεσης της παράβασης. Σε κάθε περίπτωση, εφόσον ο οικονομικός φορέας δεν αποδέχεται διευθέτηση, η ύπαρξη της παράβασης θεωρείται αποδεδειγμένη (λαμβανομένου υπόψη και του τεκμηρίου αθωότητας) μόνον με την έκδοση της δικαστικής ή της διοικητικής απόφασης που την διαπιστώνει και επιβάλλει κυρώσεις για αυτήν (πρβλ. Προτάσεις Εισαγγελέα (σκ. 83) επί της C-124/17 υπόθεσης, Vossloh Laeis GmbH).

25. Επειδή, ωστόσο, κατά το μέρος που ο οικείος όρος της προσβαλλόμενης διακήρυξης επιβάλλει τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει μία από τις στον όρο αυτό καταστάσεις, άνευ ετέρου, χωρίς δηλαδή να δίδεται η δυνατότητα σε αυτόν να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, ο όρος αυτός είναι μη νόμιμος. Τούτο, δε, διότι αντίκειται ευθέως στο γράμμα της διάταξης του άρθρου 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και

του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 που προσάρμοσε την ελληνική νομοθεσία στις διατάξεις της Οδηγίας, σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας πρέπει να επιτρέπει στον οικονομικό φορέα να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού και να μην τον αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, παραβιάζει, όμως και την αρχή της αναλογικότητας. Αβάσιμα, όμως, ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι και μόνον η υπαγωγή σε διαδικασία διευθέτησης ως λόγος αποκλεισμού ακυρώνει μη νομίμως τις πιο πάνω διατάξεις περί αυτοκάθαρσης. Τούτο, διότι, οι διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016 δεν προβλέπουν την οριστική αποδοχή διευθέτησης μιας υπόθεσης ενώπιον της αρμόδιας αρχής ως μέτρο αυτοκάθαρσης, ούτε από την γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 25^{α} του ν.3959/2011 για την οριστική διευθέτηση μιας υπόθεσης προκύπτει ότι προϋπόθεση για να υπαχθεί ο φορέας στη διαδικασία αυτή αποτελεί να έχει διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις υπό τις οποίες η παράβαση έλαβε χώρα. Απεναντίας, ο οικονομικός φορέας οφείλει να προβάλει και να αποδείξει με στοιχεία ότι κατά την διαδικασία κατά την οποία υπήχθη σε διευθέτηση της υπόθεσης με την αρμόδια αρχή πράγματι διευκρίνισε με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις υπό τις οποίες υπέπεσε στην σε βάρος του αποδιδόμενη παράβαση, η δε αναθέτουσα αρχή να τα αξιολογήσει, χωρίς μάλιστα να δεσμεύεται από τις σχετικές αποφάσεις της αρμόδιας αρχής (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, σκέψη 33). Ο ισχυρισμός αυτός, επιπλέον προβάλλεται και αλυσιτελώς. Και τούτο, διότι και υπό την αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή, η υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης δεν θα αρκούσε για να αποδείξει ο οικονομικός φορέας την αξιοπιστία του, καθώς από τη γραμματική διατύπωση των πιο πάνω διατάξεων της Οδηγίας και του Νόμου, θα έπρεπε, επιπλέον, να προσκομίσει

στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλα για την αποφυγή επανάληψης της παράβασης, στην οποία υπέπεσε. Συνακόλουθα, απορριπτομένων των πρώτου, δεύτερου και τρίτου λόγων της υπό εξέταση προσφυγής, ο τέταρτος λόγος αυτής πρέπει να γίνει δεκτός και ο προσβαλλόμενος όρος της προσβαλλόμενης πρόσκλησης του Ο.Λ.Π. ως μη νόμιμος, κατά το μέρος που αποκλείει οικονομικό φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει μία από τις σε αυτόν αναφερόμενες καταστάσεις, χωρίς να δίδεται σε αυτόν η δυνατότητα να αποδείξει την αξιοπιστία του, σύμφωνα με τα παραπάνω, πρέπει να ακυρωθεί.

26. Επειδή, εξάλλου, αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων οικονομικός φορέας ότι ο προσβαλλόμενος όρος, κατά το μέρος που προβλέπει τον αποκλεισμό από την διαδικασία ανάθεσης της προκείμενης σύμβασης οικονομικού φορέα που στο πλαίσιο κίνησης σε βάρος του διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού έχει αποδεχθεί οριστική διευθέτηση της υπόθεσης, παραβιάζει το άρθρο 25^{α} του Ν. 3959/2011. Και τούτο, διότι η διαδικασία διευθέτησης που καθιερώνεται στο άρθρο αυτό δεν επάγεται άλλα οφέλη για τον φορέα που δέχεται να υπαχθεί σε αυτήν, εκτός από τη μείωση του προστίμου που θα επιβαλλόταν για την διαπιστούμενη παράβαση, κατά τις διατάξεις του άρθρου 25^{α} του Ν. 3959/2011, την άρση του αξιοποίνου, για το αδίκημα για το οποίο θα κατηγορούνταν οι νόμιμοι εκπρόσωποί του και την απαλλαγή του από άλλες διοικητικές κυρώσεις, κατά τις διατάξεις του άρθρου 44 του ίδιου Νόμου. Στο βαθμό που, στο πλαίσιο κίνησης διαδικασίας για παραβίαση των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού, επιπλέον των λοιπών κυρώσεων που ο νόμος 3959/2011 απειλεί σε βάρος του, στον ελεγχόμενο οικονομικό φορέα δεν έχει επιβληθεί και ο προβλεπόμενος στις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7 εδ. τελευταίο διοικητικός αποκλεισμός από τη συμμετοχή του σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης

παραχώρησης, από τον οποίο κατά τα άνω θα απαλλασσόταν, νομίμως και υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπουν οι διατάξεις των άρθρων 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως γίνεται δεκτό στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας, ετέθη ο προσβαλλόμενος όρος προαιρετικού αποκλεισμού στην προσβαλλόμενη πρόσκληση. Συνακόλουθα, ο πέμπτος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

27. Επειδή, αορίστως και άνευ εννόμου συμφέροντος βάλλει ο προσφεύγων οικονομικός φορέας κατά της παράκαμψης από τον Ο.Λ.Π. του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας (ΕΕΕΠ) που προβλέπει σχετικά το άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και το άρθρο 79 του ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι, για την ορισμένη προσβολή όρου διακήρυξης, δεν αρκεί η γενική μνεία περί του παράνομου χαρακτήρα του προσβαλλόμενου όρου, αλλά προσαπαιτείται εξειδίκευση του τρόπου με τον οποίο η παρανομία αυτού, εμπόδισε τον προσφεύγοντα να λάβει μέρος στην δημοπρασία ή ότι δυσχέρανε ουσιωδώς την συμμετοχή του (βλ ΕΑ ΣτΕ 182/2011, 6η σκέψη, 405/2009, 7η σκέψη, 105/2011, 1145/2010, 916/2009, 574/2009, 1141/2008, 1023/2007). Έχει δε κριθεί ότι εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάληψη δημόσιας σύμβασης ασκήσει αίτηση ασφαλιστικών μέτρων (ή για την ταυτότητα του λόγου προδικαστική προσφυγή) κατά της διακήρυξης, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεστεί βλάβη. Η βλάβη αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αίτησης ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξέτασης αίτησης προσωρινής δικαστικής προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Ως βλάβη, συνεπώς, στην περίπτωση αυτή νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο επίκληση παράβασης διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά τα πραγματικά εκείνα περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευόμενα, αφορώντα τη νομική

ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, τα οποία είτε αποκλείουν είτε καθιστούν υπερβολικά δυσχερή τη συμμετοχή στο διαγωνισμό είτε προδιαγράφουν άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμά του λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. Συνεπώς, δεν προβάλλεται παραδεκτώς, κατά την αμφισβήτηση της νομιμότητας διακήρυξης διαγωνισμού, λόγος περί παρανομίας όρου της διακήρυξης, χωρίς να προσδιορίζεται κατά τρόπο συγκεκριμένο η εντεύθεν βλάβη, όπως εν προκειμένω, βλάβη του προσφεύγοντος από την απουσία πρόβλεψης Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Προμήθειας (ΕΕΕΠ) στην επίμαχη διαδικασία ανάθεσης σύμβασης και, συνακόλουθα, ο έκτος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

28. Επειδή, τέλος, απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός ότι ο προσβαλλόμενος όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 μη νόμιμα προστέθηκε στην προσβαλλόμενη πρόσκληση, εφόσον, δε, τέτοιος όρος δεν περιέχεται στο Υπόδειγμα προκήρυξης για την ανάθεση έργων που προσαρτάται στον υπ' αριθ. 18/27.10.2016 Κανονισμό Ανάθεσης Έργων και Υπηρεσιών και Προμηθειών του Ο.Λ.Π. και κατά παράβαση του άρθρου 12.2 της Σύμβασης Παραχώρησης σε συνδυασμό με το άρθρο 8 παρ. 2 του ν. 4404/2016 που κύρωσε τη σχετική Σύμβαση Παραχώρησης, και των αρχών της διαφάνειας και της δημοσιότητας και επειδή ουδόλως εξασφαλίζεται η απαιτούμενη από τον κυρωτικό νόμο «συνέπεια» των διαδικασιών του Ο.Λ.Π. Και τούτο, προεχόντως, διότι, εφόσον έγινε δεκτό ότι ο Ο.Λ.Π. συνιστά αναθέτοντα φορέα, η διαδικασία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης διέπεται από τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Κατά συνέπεια, οποιαδήποτε σχετική με την ανάθεση συμβάσεων διάταξη είτε της Σύμβασης Παραχώρησης είτε του ν. 4404/2016 που την κύρωσε, είτε, τέλος, του Κανονισμού Ανάθεσης Συμβάσεων που σε εκτέλεση των διατάξεων αυτών ο Ο.Λ.Π. υιοθέτησε, ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του Ενωσιακού Δικαίου και συνακόλουθα, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι μπορεί να

απαγορεύει στον Ο.Λ.Π. να ενσωματώσει σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης έναν ή περισσότερους από τους προβλεπόμενους στις διατάξεις του άρθρου 57 παρ 4 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ στις οποίες παραπέμπει η διάταξη του άρθρου 80 της εδώ εφαρμοζόμενης Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Στον Κανονισμό ανάθεσης έργων του Ο.Λ.Π., εξάλλου, δεν προβλέπεται ότι το συνημμένο στο Παράρτημά του υπόδειγμα Προκήρυξης για την επιλογή αναδόχου εκτέλεσης έργου, είναι απολύτως δεσμευτικό. Αντίθετα, όπως προκύπτει από τις διατάξεις του άρθρου 2.5 του πιο πάνω Κανονισμού, η διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, τα κριτήρια επιλογής, οι επιτροπές, η διαδικασία υποβολής προσφορών, οι όροι συμμετοχής, όπως και κάθε άλλη αναγκαία ρύθμιση περιλαμβάνονται στην Προκήρυξη ανάθεσης κάθε διαγωνισμού και συνιστούν το δεσμευτικό κανονιστικό πλαίσιο διενέργειάς του. Συνακόλουθα, και ο έβδομος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

29. Επειδή, κατ' ακολουθία, ο όρος της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της υπό εξέταση πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος του Ο.Λ.Π., κατά το μέρος που αποκλείει οικονομικό φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει μία από τις σε αυτόν αναφερόμενες καταστάσεις, άνευ ετέρου, χωρίς να δίδεται σε αυτόν η δυνατότητα να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως προβλέπουν οι διατάξεις των άρθρων 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016, είναι μη νόμιμος και πρέπει να ακυρωθεί, σύμφωνα με το σκεπτικό.

30. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης ενός ή περισσοτέρων όρων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95). Συνακόλουθα, καθόσον είναι μη νόμιμος και ακυρωτέος ο όρος της παρ. 7 του

άρθρου 15.1 της υπό εξέταση πρόσκλησης του Ο.Λ.Π., που καθιερώνει λόγο αποκλεισμού των οικονομικών φορέων που επιθυμούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η προσβαλλόμενη πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

31. Επειδή, η ακύρωση της διακήρυξης ενός διαγωνισμού, πριν από τη σύναψη της σύμβασης στην οποία κατατείνει, επιφέρει την ακυρότητα των επόμενων εκτελεστών πράξεων που ερείδονται σε αυτή και που την είχαν ως βάση και νόμιμη προϋπόθεση. Συνακόλουθα, μετά την ακύρωση της προσβαλλόμενης πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος, πρέπει να θεωρούνται άκυρες όλες οι επόμενες εκτελεστές πράξεις του αναθέτοντος φορέα στο πλαίσιο του διαγωνισμού, που διενεργείται με βάση την πρόσκληση αυτή. Μεταξύ των πράξεων αυτών άκυρη θεωρείται, για τον παραπάνω λόγο, και η από 21-11-2018 με αρ. πρωτ. 47823/22-11-2018 Έκθεση Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, με την οποία η Κοινοπραξία Εταιρειών, με την επωνυμία «.....» αποκλείσθηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, παρέλκει η εξέταση των λόγων της δεύτερης υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, με την οποία ζητείται η ακύρωση της πράξης αυτής του αναθέτοντα φορέα. Ωστόσο, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 367 παρ. 2 του ν. 4412/2016, επί προδικαστικής προσφυγής, η Α.Ε.Π.Π. απορρίπτει την προσφυγή ή δέχεται αυτήν και ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη, ενώ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 16 και 17 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών», δύναται να μην εκδώσει απόφαση και να θέσει την προσφυγή στο αρχείο μόνον αν, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, ο προσφεύγων παραιτηθεί από αυτήν ή η αναθέτουσα αρχή ανακαλέσει την προσβαλλόμενη πράξη ή προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια. Συνακόλουθα, ενόψει των ρυθμίσεων αυτών η προσβαλλόμενη με τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή πράξη του αναθέτοντα

φορέα θα πρέπει και ρητώς να ακυρωθεί. Εξάλλου, η πράξη αυτή, μολονότι ως άκυρη δεν παράγει έννομες συνέπειες, είναι εν πάση περιπτώσει ακυρωτέα και για λόγους ασφάλειας δικαίου, προς αποφυγή του ενδεχόμενου εφαρμογής της στο μέλλον (πρβλ. ΣτΕ Ολομ. 87/2011), χωρίς να παραβλέπεται η τήρηση της νομιμότητας, η οποία εξασφαλίζεται από τις διατάξεις περί δικαστικής προστασίας που καθιερώνεται στις διατάξεις των άρθρων 372 επ. του ν. 4412/2016, καθώς κάθε ενδιαφερόμενος διατηρεί το δικαίωμά του να προσβάλλει την απόφαση αυτή αυτοτελώς.

32. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η πρώτη υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, μετά την ανάκληση της με αριθμό 1/2018 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. (επταμελούς σύνθεσης), σε συμμόρφωση προς την με αριθμό 383/2018 Απόφαση της ΕΑ του ΣΤΕ (Δ΄ Τμήμα) και την επί της ουσίας εξέταση των λόγων που προβάλλονται σε αυτήν, πρέπει να γίνει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

33. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το σχετικό παράβολο που κατέθεσε ο πρώτος προσφεύγων οικονομικός φορέας (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

34. Επειδή, περαιτέρω, και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 31 της απόφασης αυτής και η συνεξεταστέα δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει επίσης να γίνει δεκτή.

35. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το σχετικό παράβολο που κατέθεσε και ο δεύτερος προσφεύγων οικονομικός φορέας (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Ανακαλεί τη με αριθμό 1/2018 Απόφαση Α.Ε.Π.Π. (επταμελούς σύνθεσης), σε συμμόρφωση προς την Απόφαση ΕΑ ΣτΕ 383/2018 (Δ' Τμήμα).

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

Δέχεται τη με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 789/13.08.2018 Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τον όρο της παρ. 7 του άρθρου 15.1 της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος του Ο.Λ.Π. κατά το μέρος που αποκλείει οικονομικό φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει μία από τις σε αυτόν αναφερόμενες καταστάσεις, άνευ ετέρου, χωρίς να δίδεται σε αυτόν η δυνατότητα να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως προβλέπουν οι διατάξεις των άρθρων 57 παρ. 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016.

Ακυρώνει την Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (1^{ο} στάδιο) του Ο.Λ.Π. για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Επέκταση Επιβατικού Λιμένα (Νότια Ζώνη, Φάση Α)» που δημοσιεύτηκε στις 02.08.2018 με αριθ. 2018/S147-335687 στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στον πρώτο προσφεύγοντα του παραβόλου που κατέθεσε, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 228888363958 1009 0013).

Δέχεται τη με ΓΑΚ (ΑΕΠΠ) 1286/03-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την από 21-11-2018 με αρ. πρωτ. 47823/22-11-2018 Έκθεση Αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού.

Ορίζει την επιστροφή στο δεύτερο προσφεύγοντα του παραβόλου που κατέθεσε, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων (15.000,00) ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 246544760959 0201 0002).

Αριθμός Απόφασης 2 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 10 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 30 Ιανουαρίου 2019.

Ο Πρόεδρος	**Η Γραμματέας**
Φώτιος Θεοδ. Κατσίγιαννης **Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.**	**Ανθούλα Νικολαΐδου**

Αριθμός απόφασης: 7/2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19-12-2019 με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20-11-2019 (ημεροχρονολογία κατάθεσης ηλεκτρονικά στην Α.Ε.Π.Π. μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1435/22-11-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «……» και με διακριτικό τίτλο «…...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «……», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει την ακύρωση της πρόσκλησης του …... που της απεστάλη με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 15-11-2019 και με την οποία, στο πλαίσιο έρευνας αγοράς, κλήθηκε να καταθέσει προσφορά για την παροχή υπηρεσιών αποκομιδής - επεξεργασίας επικίνδυνων νοσοκομειακών αποβλήτων (ΕΑΑΜ) του νοσοκομείου, για ποσότητα 15.000 Kg (κιλών), καθώς και της τυχόν εκδοθησομένης απόφασης ανάθεσης και κάθε άλλης συναφούς και αναγκαίως συνεχόμενης με αυτές πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί παράβολο ποσού εξακοσίων (600) ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ……), κατ' εφαρμογή του εδαφίου γ της παρ. 1 του άρθρου 363 του ν. 4412/2016 και του εδαφίου γ της παρ. 1 του άρθρου 5 του π.δ. 39/2017.

3. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με τα άρθρα 361 παρ. 1 και 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και τα άρθρα 4 παρ. 1 περ. α΄ και 8 παρ. 4 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η υπό εξέταση διαδικασία ανάθεσης διενεργείται εκτός του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) και η προσβαλλόμενη πράξη απεστάλη ηλεκτρονικά με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 15-11-2019, οπότε και τούτη έλαβε γνώση, η δε κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε ηλεκτρονικά στην Α.Ε.Π.Π. μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 20-11-2019. Συνεπώς, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή είναι εξεταστέα περαιτέρω.

4. Επειδή, ειδικότερα, η άνω αναθέτουσα αρχή, μέσω της Επιτροπής Αγορών της, απέστειλε στην προσφεύγουσα στις 15-11-2019 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με τίτλο ‘Αίτημα προσφοράς για αποκομιδή-επεξεργασία αποβλήτων’ με το εξής περιεχόμενο: «Στο πλαίσιο έρευνας αγοράς παρακαλούμε για την κατάθεση προσφορών, για την παροχή υπηρεσιών ως ακολούθως. Για διευκρινίσεις-πληροφορίες σχετικές με τεχνικές προδιαγραφές επικοινωνήστε με ΤΜΗΜΑ ΠΡΟΛΗΠΤΙΚΗΣ ΙΑΤΡΙΚΗΣ τηλ… κα …Για διευκρινίσεις-πληροφορίες σχετικές με οικονομικά ζητήματα επικοινωνήστε με Επιτροπή Αγορών Εμπορίου τηλ… κα … και Τμήμα Προμηθειών τηλ… κος …». Με το ίδιο μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε στην προσφεύγουσα και δύο (2) ηλεκτρονικά αρχεία, εκ των οποίων το πρώτο με τίτλο «Οικονομική Προσφορά», που αποτελεί υπόδειγμα οικονομικής προσφοράς με την περιγραφή «ΑΠΟΚΟΜΙΔΗ-ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ Ε.Α.Α.Μ (ΚΙΤΡΙΝΑ)», ήτοι Επικίνδυνων Αποβλήτων Αμιγώς Μολυσματικών, για ποσότητα 15.000 Kg (κιλών), στο οποίο περιέχονται επίσης οι ακόλουθες σημειώσεις «... Στο πλαίσιο έρευνας αγοράς παρακαλούμε για την κατάθεση προσφορών, για την παροχή των ανωτέρω υπηρεσιών το αργότερο μέχρι την Τετάρτη 20 Νοεμβρίου και ώρα: 12:00 π.μ. 2. Η αξιολόγηση των προσφορών και η ανάδειξη του μειοδότη, θα γίνει με βάση τις συνημμένες τεχνικές προδιαγραφές από το τμήμα προληπτικής ιατρικής του ….., τις οποίες ο προσφέρων έχει λάβει γνώση και αποδεχθεί πλήρως. Βασικό κριτήριο θα αποτελεί η χαμηλότερη τιμή. 3. ……. 4. Ισχύς προσφοράς:……..». Στο δεύτερο διαβιβασθέν αρχείο, με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΕΑΥΜ», παρατίθενται οι τεχνικές προδιαγραφές για τις σχετικές υπηρεσίες που αφορούν στη διαχείριση Επικίνδυνων Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων (ΕΑΥΜ), ήτοι ΕΑΑΜ και ΜΕΑ (Μικτών Επικίνδυνων Αποβλήτων) και όχι μόνο Αμιγώς Μολυσματικών (ΕΑΑΜ).

5. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω πρόσκλησης, υποστηρίζοντας τα εξής: Καταρχάς, η εν λόγω διαδικασία δεν έχει υποβληθεί στις προβλεπόμενες από το ν. 4412/2016 διατυπώσεις δημοσιότητας και δεν αναφέρονται σ' αυτήν ουσιώδη στοιχεία, όπως η εκτιμώμενη αξία των συμβατικών υπηρεσιών, η διάρκεια της σύμβασης και ο ελάχιστος χρόνος ισχύος των προσφορών, ούτε αναφέρεται η εφαρμοστέα διαδικασία ως προς την αξιολόγηση των προϋποθέσεων συμμετοχής και επιλογής του αναδόχου. Πέραν τούτων, το εν λόγω «αίτημα» υποβολής προσφοράς αποτελεί συνέχεια προηγούμενων όμοιων διαδικασιών απευθείας ανάθεσης ή διαπραγμάτευσης που έχουν λάβει χώρα από την αναθέτουσα αρχή από την αρχή του έτους 2019 μέχρι σήμερα και οι οποίες, με βάση τα συλλεγέντα από την προσφεύγουσα στοιχεία, αντιστοιχούν από την 31-1-2019 σε σύνολο δαπάνης 110.998,94 ευρώ περίπου, ενώ δεν μπορούν να προσδιοριστούν επακριβώς για όλο το έτος. Τούτο, παρότι οι ανάγκες του νοσοκομείου από πλευράς διαχείρισης των αποβλήτων είναι, κατά την προσφεύγουσα, πάγιες, αδιάλειπτες και συνεχείς, όπως συμβαίνει και με τις υπηρεσίες καθαριότητας, τη σίτιση των ασθενών ή άλλες όμοιες υπηρεσίες. Επίσης, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η επίμαχη «έρευνα αγοράς» διενεργείται κατά παράβαση θεμελιωδών κανόνων και αρχών του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου που διέπουν την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων, τελεί σε αντίθεση προς τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και δεν επιτρέπει την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, με συνέπεια να αποκλείεται η δυνατότητα συμμετοχής της σ' αυτήν. Υπό τα δεδομένα αυτά, η προαναφερθείσα διαδικασία και η τυχόν εκδοθησομένη απόφαση ανάθεσης είναι, κατά την προσφεύγουσα, νομικά πλημμελής και πρέπει να ακυρωθεί, ως εκδοθείσα άνευ νομίμου αιτιολογίας και κατά παράβαση κατ' ουσίαν διατάξεων νόμου, καθώς δεν συντρέχουν τόσο οι προβλεπόμενες από το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του ν. 4412/2016 προϋποθέσεις για την προσφυγή σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, όσο και

αυτές των άρθρων 116 και 118 του ν. 4412/2016 για την απευθείας ανάθεση. Εξάλλου, ενόψει ακριβώς των προαναφερθέντων, η προκείμενη διαδικασία συνιστά, κατά την προσφεύγουσα, κατάτμηση μιας λειτουργικώς ενιαίας σύμβασης υπηρεσιών διαχείρισης επικίνδυνων αποβλήτων αμιγώς μολυσματικών, κατά παράβαση των οριζομένων στο άρθρο 6 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, η οποία δεν δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους, και επομένως, ενόψει και του συνολικού οικονομικού αντικειμένου των υπηρεσιών, δεν παρίσταται, κατά την προσφεύγουσα, επιτρεπτή η παράκαμψη της ανοικτής διαδικασίας του άρθρου 27 του ν. 4412/2016, η οποία και αποτελεί τη γενικώς εφαρμοζόμενη διαδικασία για την ανάθεση τέτοιων συμβάσεων. Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η χρήση της διαδικασίας που επιλέχθηκε από την αναθέτουσα αρχή για τη σύναψη σύμβασης διαχείρισης ΕΑΑΜ, παρότι η συνολική αξία των υπηρεσιών της εν λόγω κατηγορίας υπερβαίνει κατά πολύ σε ετήσια βάση το - κατά το άρθρο 345 παρ. 1 του ν. 4412/2016 - ποσό των 60.000,00 ευρώ, δεν μπορεί να οδηγήσει σε καταστρατήγηση ή παραμερισμό του συστήματος έννομης προστασίας των άρθρων 345-346 και 360 επόμ. του ν. 4412/2016, με τη δικαιολογία ότι το επίμαχο τμήμα των προς ανάθεση υπηρεσιών υπολείπεται του ανωτέρω ελάχιστου ορίου.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ. πρωτ. ….. έγγραφο απόψεών της προς την Α.Ε.Π.Π., προς απόρριψη της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής, υποστηρίζει τα ακόλουθα: Οι διατάξεις του άρθρου 9 του ΠΔ 39/2017 δεν διαφαίνεται να τυγχάνουν εφαρμογής στην προκειμένη περίπτωση, καθόσον, κατά την αναθέτουσα αρχή, η προσβαλλόμενη πράξη αφορά σε μία διεξαχθείσα έρευνα αγοράς προϋπολογισθείσας αξίας κάτω των 20.000 € χωρίς ΦΠΑ. Αντίθετα, κατά την αναθέτουσα αρχή, εν προκειμένω τυγχάνουν εφαρμογής οι διατάξεις του άρθρου 127 του ν.4412/2016 και, ως εκ τούτου, ούτε χωρεί κατά της προσβαλλόμενης πράξης προδικαστική προσφυγή, αλλά ένσταση, ούτε η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια για την εξέτασή της, αλλά μόνον η αναθέτουσα αρχή. Παραταύτα, η αναθέτουσα αρχή με σκοπό αφενός την τήρηση της αρχής της διαφάνειας και αφετέρου την υποβοήθηση του έργου της Επταμελούς Σύνθεσης της Α.Ε.Π.Π., αναφορικά με την κάλυψη της αδήριτης ανάγκης για την διαχείριση επικίνδυνων ιατρικών αποβλήτων στο νοσοκομείο, προβάλει

ότι έχει εκτελέσει τις ακόλουθες ενέργειες: α. Με το υπ' αρ. ….. έγγραφό της δόθηκε εντολή από την ….. για την διενέργεια ανοιχτού διαγωνισμού του αντικειμένου του θέματος (…...) με μέριμνα της Υπηρεσίας Προμηθειών ….. (…...) και με σκοπό τη σύναψη συμφωνίας-πλαισίου τεσσάρων (4) ετών, τα αποτελέσματα του οποίου ματαιώθηκαν οριστικά με τη με αρ. ….. απόφαση. β. Ταυτόχρονα με τη διενέργεια του αμέσως παραπάνω διαγωνισμού και κατόπιν σχετικού αιτήματος του νοσοκομείου δόθηκε η σχετική εντολή από την ….. για τη διενέργεια ανοιχτού διαγωνισμού του αντικειμένου θέματος (…...) με μέριμνα της ….. και με σκοπό τη σύναψη σύμβασης ενός (1) έτους, η ματαίωση και επανάληψη του οποίου αποφασίστηκε με την υπ' αρ. ….. απόφαση. γ. Επιπλέον και για την κάλυψη των εν λόγω αναγκών και των τριών Κλάδων (…...) των ….. (…...), προκηρύχθηκε ανοιχτός διαγωνισμός (…...) με μέριμνα της ….. (…...) με σκοπό τη σύναψη συμφωνίας-πλαισίου τεσσάρων (4) ετών και οποίος είναι σε εξέλιξη. δ. Μέχρι την ολοκλήρωση των διαγωνιστικών διαδικασιών, ως περιγράφησαν ανωτέρω, και προκειμένου να μη διαταραχθεί η ομαλή και εύρυθμη λειτουργία του νοσοκομείου, η αναθέτουσα αρχή προέβη στη διενέργεια των εξής συνοπτικών διαγωνισμών: (1) Στον υπ' αριθμ. ….. συνοπτικό διαγωνισμό, τα αποτελέσματα του οποίου ματαιώθηκαν με σχετική απόφαση, καθώς κάθε οικονομική προσφορά ξεπερνούσε την εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία. (2) Στον υπ' αριθμ. ….. συνοπτικό διαγωνισμό, τα αποτελέσματα του οποίου επίσης ματαιώθηκαν, λόγω απόρριψης της μοναδικής κατατεθείσας οικονομικής προσφοράς, η οποία υπερέβαινε την εκτιμώμενη προϋπολογισθείσα αξία. (3) Στον υπ' αριθμ. ….. επαναληπτικό συνοπτικό διαγωνισμό, τα αποτελέσματα του οποίου επίσης ματαιώθηκαν, λόγω μη συμμετοχής οικονομικών φορέων. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι ενήργησε σύμφωνα με το υπ' αρ. πρωτ. ….. σχετικό έγγραφο του Αναπληρωτή ….., κατά το οποίο «…γ. Έως την ευόδωση των δημόσιων διακλαδικών διαγωνισμών να πραγματοποιείται χρήση του συνόλου των διαθέσιμων διαδικασιών προμήθειας (π.χ. συνοπτικοί διαγωνισμοί, απευθείας ανάθεση) για κάλυψη άμεσων και επιτακτικών αναγκών. Επισημαίνεται ότι η υφιστάμενη νομολογία περί προμηθειών υλικών, η οποία υιοθετείται αναλογικά ως γενικότερη κατεύθυνση και για την παροχή υπηρεσιών, επιτρέπει σε αντίστοιχες περιπτώσεις την προσφυγή στις παραπάνω διαδικασίες, έως την απόδοση των αποτελεσμάτων των

αντίστοιχων δημόσιων διαγωνισμών, εφόσον βέβαια αποδεικνύεται από την αναθέτουσα αρχή η ύψιστη επιμέλεια για έγκαιρο προγραμματισμό και η ανάληψη όλων των απαιτούμενων ενεργειών για την πραγματοποίηση των προβλεπόμενων δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών.». Ως εκ τούτου, κατά την αναθέτουσα αρχή, η προσφυγή τόσο στη διαδικασία του συνοπτικού διαγωνισμού όσο και στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης (με λήψη εγγράφων προσφορών όπου αυτό καθίστατο δυνατό) πραγματοποιείται στο μέτρο του απολύτως αναγκαίου με την ύψιστη επιμέλεια και έως την ολοκλήρωση των ανοιχτών διαγωνισμών.

7. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν.4412/2016 «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. 2. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου εφαρμόζονται και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμφωνιών πλαίσιο, συμβάσεων παραχώρησης και δυναμικών συστημάτων αγορών, καθώς των τροποποιήσεων αυτών. 3. Ως αναθέτουσες αρχές κατά τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου νοούνται οι αναθέτουσες αρχές και οι αναθέτοντες φορείς της περίπτωσης 1 της παραγράφου 1 του άρθρου 2.». Επίσης κατά το άρθρο 346 του ίδιου νόμου «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α` και β` της παραγράφου 2 του άρθρου 1 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 τα άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368. 2. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής του άρθρου 360, μπορεί να ασκήσει αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης και αίτηση για την ακύρωση της απόφασής της ενώπιον των αρμόδιων

δικαστηρίων, σύμφωνα με το άρθρο 372. Δικαίωμα άσκησης των ίδιων ενδίκων βοηθημάτων έχει και η αναθέτουσα αρχή αν η ΑΕΠΠ δεχθεί την προδικαστική προσφυγή. 3. Διαφορές που προκύπτουν από την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου και αφορούν αξιώσεις αποζημίωσης εκδικάζονται από τα αρμόδια δικαστήρια, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 373.».

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 6 παρ. 11 του ν.4412/2016 «11. Όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών οι οποίες έχουν περιοδικό χαρακτήρα ή οι οποίες προβλέπεται να ανανεωθούν μέσα σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, λαμβάνεται ως βάση για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης α) είτε η συνολική πραγματική αξία των διαδοχικών συμβάσεων του ίδιου τύπου οι οποίες συνήφθησαν κατά το προηγούμενο δωδεκάμηνο ή οικονομικό έτος, αναπροσαρμοσμένη, ει δυνατόν, προκειμένου να ληφθούν υπόψη ενδεχόμενες μεταβολές ως προς τις ποσότητες ή την αξία τους κατά τους δώδεκα μήνες που έπονται της αρχικής σύμβασης β) είτε η εκτιμώμενη συνολική αξία των διαδοχικών συμβάσεων που συνήφθησαν κατά το δωδεκάμηνο που έπεται της πρώτης παράδοσης ή κατά τη διάρκεια του οικονομικού έτους, εφόσον αυτό υπερβαίνει τους δώδεκα μήνες.».

9. Επειδή, κατ’ εφαρμογή των παρ. 3 και 4 του άρθρου 12 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ 64 Α΄) ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών) με το από 2-12-2019 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ζητήθηκε από την αναθέτουσα αρχή να παράσχει έγγραφη ενημέρωση στην Α.Ε.Π.Π. για τα εξής θέματα: α) το δωδεκάμηνο από 1-1-2018 έως 31-12-2018 με ποια ή ποιες διαδικασίες ανέθεσε την παροχή υπηρεσιών αποκομιδής-επεξεργασίας των επικίνδυνων αποβλήτων υγειονομικών μονάδων, την αξία κάθε μιας σύμβασης και τη χρονική της διάρκεια, προσκομίζοντας τις σχετικές συμβάσεις -και- β) αντίστοιχα για το χρονικό διάστημα από 1-1-2019 έως σήμερα με ποια ή ποιες διαδικασίες ανέθεσε την παροχή υπηρεσιών αποκομιδής-επεξεργασίας των επικίνδυνων αποβλήτων υγειονομικών μονάδων, την αξία κάθε μιας σύμβασης και τη χρονική της διάρκεια, προσκομίζοντας τις σχετικές συμβάσεις. Σε απάντηση των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή με το υπ’ αρ.πρωτ. ….. έγγραφό της παρείχε τα ακόλουθα στοιχεία:

ΧΡΟΝΙΚΗ ΠΕΡΙΟΔΟΣ ΑΠΟΚΟΜΙΔΗΣ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ (Ε.Α.Α.Μ.)
ΑΠΟ 01-01-18 ΕΩΣ 31-12-18

Α/Α	ΑΝΑΔΟΧΟΣ	ΑΡ.ΑΝΑΡΤΗΣΗΣ	ΧΡΟΝ.ΠΕΡΙΟΔΟΣ	ΠΟΣΟ(€) ΜΕ ΦΠΑ
ΓΙΑ ΤΟ ΔΙΑΣΤΗΜΑ ΑΠΟ 01/01/18 ΕΩΣ 31/03/18 ΔΕΝ ΚΑΤΕΣΤΕΙ ΔΥΝΑΤΗ Η ΕΥΡΕΣΗ ΤΩΝ ΙΔΙΩΤΙΚΩΝ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΩΝ, ΛΟΓΩ ΕΝΤΑΛΜΑΤΟΠΟΙΗΣΗΣ ΔΑΠΑΝΩΝ				
1	……	**-**	**01/04/18-30/04/18**	**15.276,90€**
2	……	**-**	**01/05/18-31/05/18**	**18.991,29€**
3	…….	-	**01/06/18-30/06/18**	**14.717,85€**
4	…….	……	**26/06/18-30/10/18**	**69.579,51€**
5	…….	……	**01/11/18-31/12/18**	**12.374,33€**

ΧΡΟΝΙΚΗ ΠΕΡΙΟΔΟΣ ΑΠΟΚΟΜΙΔΗΣ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ (Ε.Α.Α.Μ.)
ΑΠΟ 01-01-19 ΕΩΣ 11-12-19

Α/Α	ΑΝΑΔΟΧΟΣ	ΑΡ.ΑΝΑΡΤΗΣΗΣ	ΧΡΟΝ.ΠΕΡΙΟΔΟΣ	ΠΟΣΟ(€) ΜΕ ΦΠΑ
1	……	……	**01/01/19-31/01/19**	**12.969,57€**
2	……	……	**01/02/19-28/02/19**	**12.984,03€**
3	……	……	**01/03/19-31/03/19**	**12.777,77€**
4	……	……	**01/04/19-17/05/19**	**24.798,88€**
5	……	**ΠΡΟΣ ΑΝΑΡΤΗΣΗ**	**18/05/19-30/06/19**	**24.601,60€**
6	……	**ΠΡΟΣ ΑΝΑΡΤΗΣΗ**	**01/07/19-13/08/19**	**24.601,60€**
7	……	**ΠΡΟΣ ΑΝΑΡΤΗΣΗ**	**14/08/19-23/09/19**	**24.601,60€**
8	……	**ΠΡΟΣ ΑΝΑΡΤΗΣΗ**	**24/09/19-30/10/19**	**24.601,60€**
9	……	**ΠΡΟΣ ΑΝΑΡΤΗΣΗ**	**01/11/19-11/12/19**	**24.800,00€**

10. Επειδή, εν προκειμένω και με βάση τα στοιχεία του ανωτέρω πίνακα η αναθέτουσα αρχή κατά το προηγούμενο 12μηνο, ήτοι από μήνα Νοέμβριο 2018 έως και μήνα Οκτώβριο 2019 είχε αναθέσει την παροχή υπηρεσιών αποκομιδής-επεξεργασίας των επικίνδυνων αποβλήτων υγειονομικών μονάδων με εννέα (9) διαδοχικές συμβάσεις έκαστη συναπτόμενη ανά μήνα, συνολικής αξίας αυτών 174.310,65€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι συνολικής καθαρής αξίας 140.573,10€. Υπό τα δεδομένα αυτά και λαμβανομένης υπόψη της προπαρατεθείσας διάταξης της παρ. 11 του άρθρου 6 του ν.4412/2016, η επίδικη διαδικασία ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., καθόσον η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, λόγω του περιοδικού χαρακτήρα της, ήτοι ανά μήνα, και υπολογιζομένη σύμφωνα με τα ορισθέντα στην παρ. 11 του άρθρου 6 του ν.4412/2016 υπερβαίνει το ποσό των 60.000€, που τάσσεται με τη διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 345 του ν.4412/2016. Ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η Α.Ε.Π.Π. στερείται αρμοδιότητας για την εξέταση της συγκεκριμένης προσφυγής, αφού,

κατά την αναθέτουσα αρχή, η εξεταζόμενη προσφυγής συνιστά ένσταση του άρθρου 127 του ν.4412/2016 κρίνεται, σύμφωνα με τα ανωτέρω, ως αβάσιμος και γι' αυτό απορριπτέος.

11. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται καταρχήν στο γεγονός ότι αυτή έχει, κατά δήλωσή της, ως αντικείμενο εργασιών, εκτός άλλων, την παροχή υπηρεσιών διαχείρισης (συλλογή, μεταφορά, επεξεργασία, τελική διάθεση) Επικίνδυνων Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων (ΕΑΥΜ), με πανελλαδική διαπεριφερειακή άδεια συλλογής – μεταφοράς και συνιστά, επομένως, προδήλως ενδιαφερόμενη να αναλάβει την υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση, πλην όμως εμποδίζεται να υποβάλει προσφορά στην εξεταζόμενη διαδικασία για τους λόγους που προβάλλει με την προδικαστική προσφυγή της και ειδικότερα διότι από την προσβαλλόμενη πρόσκληση δεν προκύπτουν τα πλέον ουσιώδη στοιχεία της υπό ανάθεση σύμβασης, ήτοι η εκτιμώμενη αξία των συμβατικών υπηρεσιών, η διάρκεια της σύμβασης, ο ελάχιστος χρόνος ισχύος προσφορών, η εφαρμοστέα διαδικασία για την αξιολόγηση των προϋποθέσεων συμμετοχής και επιλογής του αναδόχου, συνεπεία των οποίων ελλείψεων αδυνατεί να υποβάλει προσφορά.

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 του ν.4412/2016, περί των αρχών εφαρμοζομένων στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ορίζονται τα εξής: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας ταυ ανταγωνισμού και της προστασίας ταυ περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό ταυ ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική

διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων. 2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α`. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους. 3. Οι ανάδοχοι δημοσίων συμβάσεων εντάσσονται κατά προτεραιότητα στα προγράμματα επιθεωρήσεων και ελέγχων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (Σ.ΕΠ.Ε.), σύμφωνα με το π.δ. 113/2014 (Α` 180) και του Σώματος Επιθεώρησης Περιβάλλοντος, Δόμησης, Ενέργειας και Μεταλλείων, σύμφωνα με το π.δ. 100/2014 (Α` 167), εφόσον πληρούν τα ειδικότερα κριτήρια που ορίζονται στις διατάξεις που διέπουν τη λειτουργία των υπηρεσιών αυτών. 4. Η υποχρέωση της παραγράφου 2: (α) επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 53 και (β) αποτελεί ειδικό όρο της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 130. 5. Η αθέτηση της υποχρέωσης της παραγράφου 2 συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα του οικονομικού φορέα κατά την έννοια της περίπτωσης θ` της παραγράφου 4 του άρθρου 73, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στις κείμενες διατάξεις. Ειδικά, κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης, ως σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα νοούνται ιδίως τα προβλεπόμενα στο δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ` της παρ. 2 του άρθρου 68 του ν. 3863/2010 (Α` 115).». Η αρχή της διαφάνειας, όπως αυτή διατυπώνεται με την ανωτέρω διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 18 του ν.4412/2016 και αποτελεί ενσωμάτωση του άρθρου 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συνεπάγεται ότι όλοι οι όροι και οι λεπτομέρειες διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης πρέπει να είναι διατυπωμένοι με σαφήνεια, με ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια συμμετέχοντες τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και

να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και αφετέρου να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του εάν οι προσφορές των συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση. Η αρχή της διαφάνειας συνδέεται με το αμερόληπτο της διεξαγωγής της σχετικής διαδικασίας, όπως τονίζεται και στη νομολογία του ΔΕΕ.

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν.4412/2016, σχετικά με το περιεχόμενο των εγγράφων της σύμβασης, ορίζεται ότι «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: α) την επωνυμία της αναθέτουσας αρχής, β) την προθεσμία για την παραλαβή των προσφορών από την αρμόδια υπηρεσία, τη διεύθυνση και τον τρόπο υποβολής τους, γ) το όνομα, τη διεύθυνση, τον αριθμό τηλεφώνου και τηλεομοιοτυπικού μηχανήματος (FAX), τη διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail) της υπηρεσίας που διενεργεί τον διαγωνισμό, καθώς και τον αρμόδιο υπάλληλο της υπηρεσίας αυτής, δ) τα αρμόδια όργανα για την αποσφράγιση των προσφορών, την ημερομηνία, την ώρα και λοιπές πληροφορίες που σχετίζονται με την αποσφράγιση (π.χ. τόπος αποσφράγισης), καθώς και τα πρόσωπα που δικαιούνται να συμμετέχουν στην διαδικασία, ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης. Επίσης οποιαδήποτε δικαιώματα προαίρεσης για συμπληρωματικές ή νέες συμβάσεις και, εφόσον είναι γνωστό, το προσωρινό χρονοδιάγραμμα για την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών, καθώς και τον αριθμό των παρατάσεων για την άσκησή τους, στ) το είδος της διαδικασίας. ζ) την πηγή χρηματοδότησης και τον τρόπο πληρωμής, η) το νόμισμα της προσφερόμενης τιμής, θ) τις προϋποθέσεις αναπροσαρμογής του τιμήματος μετά την κατακύρωση, εφόσον κρίνεται ότι απαιτείται τέτοιος όρος, σύμφωνα και με την παρ. 10, ι) τις απαιτούμενες εγγυήσεις τον τύπο, τα ποσοστά, το νόμισμα, το χρόνο υποβολής των εγγυήσεων, όλους τους σχετικούς όρους αυτών, καθώς και άλλες εξασφαλίσεις, εάν ζητούνται, ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των

αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, 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, ιγ) τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 59, ιδ) τη δυνατότητα υποβολής εναλλακτικών προσφορών, ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87, ιστ) τη διάρκεια ισχύος των προσφορών, ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής, ιθ) οποιεσδήποτε τροποποιήσεις με τη μορφή σαφών, ακριβών και κατηγορηματικών ρητρών αναθεώρησης, συμπεριλαμβανομένων, ενδεχομένως ρητρών αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεων, κατά τα άρθρο 132, κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), κα) τον κατάλογο και τη σειρά ισχύος των εγγράφων της σύμβασης, κβ) όλες τις αναγκαίες πληροφορίες σχετικά με τον τρόπο διάθεσης των εγγράφων της σύμβασης, κγ) τη διαδικασία πρόσβασης των υποψηφίων και προσφερόντων στα δικαιολογητικά, στις τεχνικές και οικονομικές προσφορές, υπό την επιφύλαξη των οριζόμενων στο άρθρο 70 και στην κείμενη νομοθεσία…….». Η σαφήνεια και η πληρότητα των εγγράφων της σύμβασης εξυπηρετεί την αρχή της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων/προσφερόντων στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, αποκλείοντας ή περιορίζοντας τον κίνδυνο τυχόν ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 29-3-2012, υπόθεση C-599/10, ….. κ.λπ. κατά ….., σκ. 25, Απόφαση της 16-4-2015, υπόθεση C-278/2014, ….. κατά ….., σκ. 26).

14. Επειδή, η προπαρατεθείσα (βλ. σκ. 4 της παρούσας) προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία φέρει τον τίτλο ‘έρευνα αγοράς’ συνοδευόμενη μάλιστα από σχέδιο οικονομικής προσφοράς και έγγραφο τεχνικών προδιαγραφών, συνιστά πρόσκληση για συμμετοχή σε

διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η δε αξιολόγηση των προσφορών και η ανάδειξη του μειοδότη, σύμφωνα με το πρώτο συνημμένο ηλεκτρονικό αρχείο υπό τον τίτλο «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», θα γίνει με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές που αποτελούν το δεύτερο συνημμένο ηλεκτρονικό αρχείο υπό τον τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΕΠΙΚΙΝΔΥΝΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ ΥΓΙΕΙΟΝΟΜΙΚΩΝ ΜΟΝΑΔΩΝ». Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πράξη, ως πρόσκληση που κατατείνει στη σύναψη δημόσιας σύμβασης, αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη, όπως εκτελεστή είναι και η συνεχόμενη με αυτήν παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να προβεί εν προκειμένω σε προκήρυξη διαγωνισμού.

15. Επειδή, από την ανωτέρω πρόσκληση υποβολής προσφοράς ελλείπουν τα πλέον ουσιώδη στοιχεία της, κατά παράβαση του άρθρου 53 ν.4412/2018, και δη το είδος της διαδικασίας ανάθεσης, η διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης, ο εκτιμώμενος προϋπολογισμός, η ημερομηνία, η ώρα και λοιπές πληροφορίες που σχετίζονται με την αποσφράγιση (π.χ. τόπος αποσφράγισης), καθώς και τα πρόσωπα που δικαιούνται να συμμετέχουν στην διαδικασία, η πηγή χρηματοδότησης, οι απαιτούμενες εγγυήσεις, ο τύπος, τα ποσοστά, ο χρόνος υποβολής των εγγυήσεων, οι όροι και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, οι λόγοι αποκλεισμού, η απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, το κριτήριο ανάθεσης, η διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, η διάρκεια ισχύος των προσφορών, τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.) και ο κατάλογος και η σειρά ισχύος των εγγράφων της σύμβασης. Τα ελλείποντα αυτά στοιχεία προδήλως εμποδίζουν τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα να συντάξει σχετική προσφορά, η οποία να είναι παραδεκτή και ανταγωνιστική και η οποία θα αξιολογηθεί σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας και της ισότητας, που αποτελούν επιταγές του άρθρου 18 του ν.4412/2016. Κατά συνέπεια κρίνεται βάσιμος ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα.

16. Επειδή, εξάλλου, από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πρόσκλησης δεν καθίσταται σαφές εάν αυτή αφορά σε διαδικασία απευθείας ανάθεσης σύμφωνης με τις διατάξεις του άρθρου 118 του ν.4412/2016 ή σε προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη

δημοσίευση κατά τις διατάξεις του άρθρου 32 του ν.4412/2016. Υπό οποιαδήποτε όμως εκδοχή η σχετική διαδικασία δεν πληροί τις προϋποθέσεις του νόμου. Ειδικότερα, η προσβαλλόμενη πράξη, υπολαμβανόμενη ως πρόσκληση για συμμετοχή σε διαδικασία απευθείας ανάθεσης, με βάση τα ανωτέρω στοιχεία που τέθηκαν υπόψη της Επταμελούς Σύνθεσης της Α.Ε.Π.Π. (βλ. σκ. 9 της παρούσας), καθώς και από τις συνοδεύουσες αυτά δεκατρείς (13) συνολικά συμβάσεις που έχει συνάψει η αναθέτουσα αρχή με τις εταιρίες «…....» και «…....» για την αποκομιδή και διαχείριση Επικίνδυνων Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων (ΕΑΥΜ), ήτοι ΕΑΑΜ (Επικίνδυνων Αποβλήτων Αμιγώς Μολυσματικών ΚΙΤΡΙΝΑ) και ΜΕΑ (Μικτών Επικίνδυνων Αποβλήτων) κατά το διάστημα από Απρίλιο 2018 έως και Δεκέμβριο 2019, είναι μη νόμιμη, αφού προκύπτει ότι σκοπεί στην εξαίρεση από την εφαρμογή των διαγωνιστικών διαδικασιών και κατά τούτο συνιστά μη νόμιμη κατάτμηση, λαμβανομένου υπόψη ότι όλες οι προεπικληθείσες προηγούμενες συμβάσεις αφορούν στην τμηματική ανάθεση της ίδιας υπηρεσίας, κατά παράβαση της παρ. 1 του άρθρου 18 του ν.4412/2016. Συνεπώς, δεκτός ως βάσιμος κρίνεται ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρίας.

17. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα από τη διαπιστωθείσα κατάτμηση συνίσταται στο ότι τούτος, συνεπεία της κατά παράβαση του νόμου και της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ εξεταζόμενης διαδικασίας ανάθεσης, εμποδίζεται να υποβάλει προσφορά με συγκεκριμένους όρους συμμετοχής και αξιολόγησής του (βλ. σκ. 15 της παρούσας) και με συνθήκες ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας, προκειμένου υπό συνθήκες ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού αυτός να επιδιώξει την ανάδειξή του ως αναδόχου.

18. Επειδή, περαιτέρω, η προσβαλλόμενη πράξη υπολαμβανόμενη ως πρόσκληση για συμμετοχή σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση επίσης δεν πληροί τις απαιτήσεις του νόμου. Συγκεκριμένα, το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ΄ του ν.4412/2016 ορίζει ότι: «2. Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: (...) γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για την αναθέτουσα αρχή, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή

ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη». Η διαδικασία με διαπραγμάτευση έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 26 παρ. 4, περ. β) και 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ περιπτώσεις [αντίστοιχα άρθρα 26 παρ. 2, περ. β) και 32 του ν. 4412/2016]. Παρομοίου περιεχομένου διατάξεις περιέχονταν στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (αντίστοιχα άρθρα 24 και 25 π.δ. 60/2007) (βλ. σχετικώς ΔΕΕ, απόφαση της 8ης Απριλίου 2008, C 337/05, ... κατά ....., Συλλ. 2008, I-2173, σκέψη 56). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, ήτοι από τους κανόνες που αποσκοπούν στη διασφάλιση της αποτελεσματικότητας των αναγνωριζομένων από τη Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) δικαιωμάτων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, πρέπει να αποτελούν αντικείμενο συσταλτικής ερμηνείας. Συγκεκριμένα, προκειμένου η Οδηγία 2014/24/ΕΕ (ως και η προϊσχύσασα Οδηγία 2004/14/ΕΚ) να μην απωλέσει την πρακτική αποτελεσματικότητά της, τα κράτη μέλη και οι αναθέτουσες αρχές τους δεν επιτρέπεται να προβλέπουν περιπτώσεις προσφυγής στη διαδικασία με διαπραγμάτευση που δεν προβλέπονται από την εν λόγω Οδηγία ή να συνοδεύουν τις ρητώς προβλεπόμενες από την Οδηγία αυτή περιπτώσεις με νέους όρους που έχουν ως αποτέλεσμα να καθιστούν ευκολότερη την προσφυγή στην εν λόγω διαδικασία (βλ. ΔΕΕ, αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, ... κατά ....., Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C318/94, ... κατά ....., Συλλ. 1996, σ. I-1949, σκέψη 13 και της 13ης Ιανουαρίου 2005, C84/03, ... κατά ....., Συλλ. 2005, I-13947, σκέψη 48). Εξάλλου, το βάρος αποδείξεως περί του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την απόκλιση το φέρει ο προστιθέμενος να κάνει χρήση των διατάξεων αυτών (βλ. υπό το πνεύμα αυτό ΔΕΕ, αποφάσεις της 10ης Μαρτίου 1987, C-199/85, ... κατά ....., Συλλ. 1987, σ. 1039, σκέψη 14, της 18ης Μαΐου 1995, C-57/94, ... κατά ....., Συλλ. 1995, σ. I-1249, σκέψη 23, της 28ης Μαρτίου 1996, C318/94, ... κατά ....., Συλλ. 1996, σ. I-1949, της 10ης Απριλίου 2003, C-20/01 και C-28/01,

….. κατά ….., Συλλ. 2003, I-360, σκέψη 58, της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-385/02, ….. κατά ….., Συλλ. 2004, σ. I-8121, σκέψη 19, της 14ης Οκτωβρίου 2004, C-340/02, ….. κατά ….., Συλλ. 2004, I-9845, σκέψη 38, και της 2ας Ιουνίου 2005, C-394/02, ….. κατά ….., Συλλ. 2005, I-4713, σκέψη 33). Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια, κατ' απόκλιση από το γενικό κανόνα διενέργειας ανοικτού ή κλειστού διαγωνισμού, να συνάπτει δημόσια σύμβαση με προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση της σχετικής προκήρυξης, μόνον όμως εφόσον συντρέχουν οι προς τούτο νόμιμες προϋποθέσεις, ήτοι κατεπείγουσα ανάγκη οφειλόμενη σε γεγονότα απρόβλεπτα και δη μη απορρέοντα από δική της ευθύνη. Η σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (βλ. χαρακτηριστικά ΣτΕ 1747/2011). Επιπλέον, αντίστοιχη άποψη έχει υιοθετήσει και το Ελεγκτικό Συνέδριο, το οποίο δέχεται ότι απρόβλεπτες περιστάσεις είναι τα γεγονότα που δεν μπορούν αντικειμενικά με βάση τα διδάγματα της ανθρώπινης πείρας και λογικής να προβλεφθούν, είναι δε ανεξάρτητα της βούλησης της αναθέτουσας αρχής και δεν πρέπει να απορρέουν από έλλειψη προγραμματισμού και επιμέλειας αυτής (βλ. ενδεικτικά πράξεις ΕΣ 91, 105, 171, 191, 200, 205 και 214/2007, 15 και 74/2008 σχετικά με την αντίστοιχη διάταξης της υποπερίπτωσης γ΄ της περίπτωσης 1 του άρθρου 25 του προϊσχύσαντος π.δ/τος 60/2007). Επιπροσθέτως, ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται γεγονότα που υπερβαίνουν κατά πολύ τον συνήθη ρου του οικονομικού και κοινωνικού βίου, όπως λ.χ. οι θεομηνίες (πλημμύρες, σεισμοί κλπ.), τα οποία καθιστούν κατεπειγόντως απαραίτητη την παράδοση διαφόρων προμηθειών, παροχή υπηρεσιών και εκτέλεση έργων στους πληγέντες. Επιπλέον, κατά την πάγια νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ως απρόβλεπτες περιστάσεις νοούνται εκείνα τα αιφνίδια πραγματικά γεγονότα, τα οποία, ακριβώς επειδή δεν μπορούσαν να είναι γνωστά στην αναθέτουσα αρχή, ούτε ανάγονται στη σφαίρα της ευθύνης της, κατέστησαν ανέφικτο τον έγκαιρο από την ίδια προγραμματισμό των αναγκαίων για την αντιμετώπισή τους ενεργειών. Περαιτέρω, η επίκληση της κατεπείγουσας ανάγκης δικαιολογείται για την ανάθεση εκείνων μόνο των εργασιών, που είναι απολύτως αναγκαίες για την άμεση εξυπηρέτηση των συγκεκριμένων

αναγκών που προέκυψαν εξαιτίας των απρόβλεπτων γεγονότων, και όχι για την κάλυψη των τακτικών αναγκών της. Σε κάθε περίπτωση, οι διατάξεις που αφορούν στην ανάθεση με διαδικασία διαπραγμάτευσης πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά, καθόσον εισάγουν παρεκκλίσεις από την εφαρμογή των κανόνων που διέπουν την ανάθεση των δημόσιων συμβάσεων, το δε βάρος απόδειξης, ότι πράγματι συντρέχουν σωρρευτικώς οι εξαιρετικές περιστάσεις που δικαιολογούν την εκάστοτε παρέκκλιση, φέρει η αναθέτουσα αρχή η οποία κάθε φορά τις επικαλείται (βλ. σχετ. Ε.Σ. Ζ' Κλιμάκιο Πράξη 164/2018 και Τμήμα VI Απόφαση 1326/2018 και τις εκεί παραπομπές σε Ε.Σ. Τμ. Μειζ. Επτ. Συνθ. 707/2013, VI Τμ. 3015, 3217/2012, κ.ά.). Ειδικότερα, ως προς την εφαρμογή του άρθρου 32 παρ. 2 περ. γ΄ του ν. 4412/2016 και μάλιστα για την εξαίρεση του κατεπείγοντος, η εφαρμογή της τελευταίας εξαρτάται από τη συνδρομή πέντε σωρευτικών προϋποθέσεων. Συγκεκριμένα, προϋποθέτει: i) την ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης που δεν συμβιβάζεται με τις προθεσμίες που επιτάσσουν άλλες διαδικασίες, ii) την ύπαρξη απρόβλεπτης περίστασης, iii) την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της απρόβλεπτης περίστασης και της κατεπείγουσας ανάγκης που ανακύπτει, iv) οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη και τέλος v) την ανάθεση της εν λόγω σύμβασης στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο. Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αν δεν πληρούται μία από τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις ως προς το κατεπείγον, δεν δικαιολογείται η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης (βλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 2ας Αυγούστου 1993, C-107/92, ….. κατά ….., σκέψη 12, C-318/94, ….. κατά ….., σκέψη 14). Εν προκειμένω η ύπαρξη κατεπείγουσας ανάγκης δεν πληρούται, καθήν στιγμή η αποκομιδή και διαχείριση της υπό ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών αφορά σε τακτικές, πάγιες, διαρκείς και επαναλαμβανόμενες ανά μήνα ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, όπως προκύπτει και από τα ως άνω σχετικά προσκομισθέντα από την αναθέτουσα αρχή έγγραφα. Ούτε απρόβλεπτη περίσταση υπό την προπαρατεθείσα έννοια υφίσταται και κατ' επέκταση ούτε ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της απρόβλεπτης περίστασης, αφού τέτοια δεν υφίσταται, και της κατεπείγουσας ανάγκης που επίσης δεν

ανακύπτει. Τέλος, οι περιστάσεις που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης και δη η μη ευδοκίμηση έξι (6) συνεχών διαγωνιστικών διαδικασιών από το έτος 2015 έως και σήμερα, όπως αυτές εκτίθενται με τις απόψεις της, δεν δύναται να κριθεί ότι δεν απορρέει από ή και από δική της ευθύνη. Συνεπώς, δεκτός ως βάσιμος κρίνεται και αυτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρίας.

19. Επειδή, ο προβληθείς με τις απόψεις ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι προέβη στην προσβαλλόμενη διαδικασία ενεργούσα σύμφωνα με το υπ' αρ.πρωτ. ….. ….. σχετικό έγγραφο του Αναπληρωτή ….., κατά το οποίο «…γ. Έως την ευόδωση των δημόσιων διακλαδικών διαγωνισμών να πραγματοποιείται χρήση του συνόλου των διαθέσιμων διαδικασιών προμήθειας (π.χ. συνοπτικοί διαγωνισμοί, απευθείας ανάθεση) για κάλυψη άμεσων και επιτακτικών αναγκών.» αβασίμως προβάλλεται, αφού η με αυτό το περιεχόμενο δοθείσα κατεύθυνση του ….. δεν προκύπτει ότι έχει την έννοια της διενέργειας μη νόμιμων διαδικασιών ανάθεσης.

20. Επειδή, τέλος, το αίτημα της αναθέτουσας αρχής ανάκλησης της με αριθμό Α549/2019 απόφασης της Επταμελούς Σύνθεσης της Αρχής περί λήψης προσωρινών μέτρων και δη της αναστολής της εξεταζόμενης διαδικασίας ανάθεσης, το οποίο υπέβαλε με το υπ' αρ. ….. έγγραφό της, μη νομίμως προβάλλεται. Ειδικότερα, με την υπ' αρ. 1812/2019 Πράξη της Αναπληρώτριας Προέδρου της Αρχής, γνώση της οποίας έλαβε η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 25-11-2019, μεταξύ άλλων, κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να καταθέσει τις απόψεις της επί του σωρρευτικώς υποβληθέντος με την προδικαστική προσφυγή αιτήματος του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και λήψης προσωρινών μέτρων. Η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. ….. έγγραφό της προς την Α.Ε.Π.Π., προέβαλε τους ισχυρισμούς που περιγράφηκαν στη σκέψη 6 της παρούσας προς απόρριψη της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής, χωρίς ωστόσο την παραμικρή αναφορά για ενδεχόμενο κίνδυνο ή βλάβη του δημοσίου συμφέροντος από την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης. Μάλιστα στη σχετική με αριθμό Α549/2019 απόφαση της Επταμελούς Σύνθεσης της Αρχής περί λήψης προσωρινών μέτρων αξιολογήθηκε (με τη σκέψη 15 αυτής) το γεγονός ότι δεν υφίσταται από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση

συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης. Γνώση δε της απόφασης αυτής έλαβε η αναθέτουσα αρχή στις 2-12-2019. Μετά ταύτα, η αναθέτουσα αρχή το πρώτον στις 4-12-2019 με το προαναφερθέν υπ' αρ. ….. έγγραφό της προέβαλε ότι η υποχρεωτική αναστολή της ανάθεσης της υπόψη σύμβασης θα επηρεάσει αρνητικά την ομαλή και εύρυθμη λειτουργία του νοσοκομείου από τις 11-12-2019 και έπειτα και αιτήθηκε την επανεξέταση της αποδοχής των προσωρινών μέτρων. Επί του αιτήματος αυτού λεκτέα είναι τα εξής: Καταρχάς, η αναθέτουσα αρχή, καίτοι είχε το δικαίωμα να προβάλει τους ανωτέρω ισχυρισμούς της επικαίρως, ήτοι εντός τριών (3) ημερών από τη λήψη της άνω Πράξης ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής και Εισηγητή και κλήσης περί απόψεων επί του αιτήματος προσωρινών μέτρων, δικαίωμα το οποίο της γνωστοποιήθηκε μάλιστα με την εν λόγω Πράξη της Αναπληρώτριας Προέδρου της Αρχής, εντούτοις αυτή ουδέν έπραξε. Περαιτέρω, όμως, το προεδρικό διάταγμα 39/2019 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α΄64/4-5-2017), το οποίο, κατ' εξουσιοδότηση της παρ. 7 του άρθρου 365 του ν.4412/2016, ρυθμίζει αποκλειστικά κάθε θέμα που αφορά στη διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής και έκδοσης απόφασης επ' αυτής, δεν προβλέπει διαδικασία ανάκλησης εκδοθείσας απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και ως εκ τούτου ουδεμία σχετική δυνατότητα παρέχεται στην Αρχή. Αντίθετα, το άρθρο 372 του ν. 4412/2016 δίδει τη δυνατότητα σε όποιον έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει την αναστολή της εκτέλεσης της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και την ακύρωσή της ενώπιον των αρμοδίων Δικαστηρίων, όπερ η αναθέτουσα αρχή δεν έπραξε. Κατόπιν τούτων το ως άνω αίτημα της αναθέτουσας αρχής καθό τρόπο και καθό χρόνο υποβλήθηκε τυγχάνει μη νόμιμο, κατά τα προδιαληφθέντα.

21. Επειδή, κατόπιν όλων όσων ανωτέρω αναπτύχθηκαν, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη καθόλους αυτής τους λόγους και να ακυρωθεί η πρόσκληση του ….. που της απεστάλη με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 15-11-2019 και με την οποία, στο πλαίσιο έρευνας αγοράς, κλήθηκε η προσφεύγουσα να καταθέσει

προσφορά για την παροχή υπηρεσιών αποκομιδής - επεξεργασίας επικίνδυνων νοσοκομειακών αποβλήτων (ΕΑΑΜ) του νοσοκομείου, για ποσότητα 15.000 Kg (κιλών), καθώς και η συνεχόμενη με αυτήν παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε προκήρυξη διαγωνισμού.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα εταιρία το με κωδικό ….. ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού εξακοσίων (600) ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την πρόσκληση του ….. που απεστάλη στην προσφεύγουσα εταιρία στις 15-11-2019 και με την οποία, στο πλαίσιο έρευνας αγοράς, κλήθηκε αυτή να καταθέσει προσφορά για την παροχή υπηρεσιών αποκομιδής - επεξεργασίας επικίνδυνων νοσοκομειακών αποβλήτων (ΕΑΑΜ) του νοσοκομείου, για ποσότητα 15.000 Kg (κιλών), καθώς και τη συνεχόμενη με αυτήν παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε προκήρυξη διαγωνισμού.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα εταιρία του με κωδικό ….. ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού εξακοσίων (600) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 19-12-2019 και εκδόθηκε στις 23-12-2019.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ **Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

Φώτιος Θ. Κατσίγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.

Κωνσταντίνος Πουρναράς

Αριθμός απόφασης: 435/2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8-4-2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21-3-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 354/21-3-2019 του οικονομικού φορέα «…».

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΚΕΝΤΡΟ ΕΦΟΔΙΑΣΜΟΥ …-ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΠΡΟΜΗΘΕΙΩΝ», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Και την από 3-4-2019 παρέμβαση του οικονομικού φορέα «…» και το διακριτικό τίτλο «…ΙΚΕ», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση, άλλως την τροποποίηση όρων της με αρ. 3/2019 διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης «ΠΑΡΟΧΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ / ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΕΠΙΧΡΙΣΜΑΤΩΝ / ΒΑΦΩΝ ΚΑΙ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΕΠΙΦΑΝΕΙΩΝ ΣΕ Π.ΠΛΟΙΑ, ΠΛΩΤΑ ΜΕΣΑ, ΚΑΙ ΠΛΩΤΕΣ ΔΕΞΑΜΕΝΕΣ ΣΤΟ … (…) ΚΑΙ ΕΥΡΥΤΕΡΗ ΠΕΡΙΟΧΗ …ΚΑΙ ΣΤΟ …… (…), ΜΕΣΩ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΦΩΝΙΩΝ ΠΛΑΙΣΙΟ».

2. Επειδή, με την ως άνω υπ΄ αριθ. πρωτ. 3/2019 διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός για την ανάθεση της συμφωνίας πλαίσιο «ΠΑΡΟΧΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ / ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΕΠΙΧΡΙΣΜΑΤΩΝ / ΒΑΦΩΝ ΚΑΙ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΕΠΙΦΑΝΕΙΩΝ ΣΕ Π.ΠΛΟΙΑ,

ΠΛΩΤΑ ΜΕΣΑ, ΚΑΙ ΠΛΩΤΕΣ ΔΕΞΑΜΕΝΕΣ ΣΤΟ … (…) ΚΑΙ ΕΥΡΥΤΕΡΗ ΠΕΡΙΟΧΗ …ΚΑΙ ΣΤΟ … (…), ΜΕΣΩ ΣΥΝΑΨΗΣ ΣΥΜΦΩΝΙΩΝ ΠΛΑΙΣΙΟ» διάρκειας δεκαοκτώ (18) μηνών, CPV …, … και …, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της χαμηλότερης προσφερόμενης τιμής (χαμηλότερο ολικό κόστος για κάθε Ναύσταθμο), προϋπολογισθείσας αξίας 920.000€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ) και δη, κατά τον όρο 1. της διακήρυξης : α) στα π.πλοία, πλωτά μέσα και πλωτές κατασκευές στο Ναύσταθμο …και ευρύτερη περιοχή …, μέσω σύναψης συμφωνίας πλαίσιο, διάρκειας 18 μηνών, προϋπολογισθείσας δαπάνης 620.000€, όποιο εκ των 2 επέλθει πρώτο, β) στα π.πλοία, πλωτά μέσα και πλωτές κατασκευές στο Ναύσταθμο …μέσω σύναψης συμφωνίας πλαίσιο, διάρκειας 18 μηνών, προϋπολογισθείσας δαπάνης 300.000€, όποιο εκ των 2 επέλθει πρώτο. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έχει ορισθεί η 9^{η} Απριλίου 2019 και ώρα 16.00. Η εν λόγω διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 21-2-2019, καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 25-2-2019 με ΑΔΑΜ …και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την ίδια ημέρα με Συστημικό Αριθμό α/α ….

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων βάλλει κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης και συγκεκριμένα: **α)** Η προσβαλλόμενη διακήρυξη δεν περιλαμβάνει το είδος και την ποσότητα των προς εκτέλεση εργασιών, καθώς και το κόστος αυτών, είναι ασαφής γιατί καλεί τους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν προσφορά για την εκτέλεση εργασιών, χωρίς οι οικονομικοί φορείς να γνωρίζουν ποιες και πόσες εργασίες μπορεί να τους ανατεθούν και για το λόγο αυτό είναι ακυρωτέα, κατ' επίκληση του άρθρου 273 παρ. 1 του ν.4412/2016. Συγκεκριμένα σε όλους τους πίνακες εργασιών – προσφερομένων τιμών και για τους δύο (2) Ναυστάθμους δεν περιλαμβάνονται εκτιμήσεις των επιφανειών σε τετραγωνικά μέτρα (μ^2), ούτε οι τύποι των πλοίων στους οποίους θα εκτελεσθούν εργασίες. Η αναφορά του τύπου των πλοίων στην διακήρυξη είναι αναγκαία, κατά τον προσφεύγοντα, γιατί άλλες είναι οι συνθήκες και ο βαθμός δυσκολίας εκτέλεσης εργασιών σε ένα υποβρύχιο με περιορισμένο χώρο και άλλες σε μία φρεγάτα ή ένα αρματαγωγό. Αποτέλεσμα

της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να αναφέρει τις ποσότητες των εργασιών που πρόκειται να ανατεθούν και τους τύπους των πλοίων στα οποία πρόκειται να εκτελεσθούν οι εργασίες είναι, κατά τον προσφεύγοντα, οι διαγωνιζόμενοι να μην γνωρίζουν τι ακριβώς υπηρεσίες θα κληθούν να προσφέρουν και που και έτσι τους στερείται η δυνατότητα να υποβάλλουν ασφαλή οικονομική προσφορά. Επίσης, ο προσφεύγων προβάλλει ότι σε όλες τις έως τώρα διακηρύξεις του … για τις συγκεκριμένες εργασίες υπήρχε εκτίμηση των επιφανειών σε τετραγωνικά μέτρα και οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν να προσφέρουν τιμές για τα αναφερόμενα μέτρα. Η έλλειψη αυτή καθιστά την επίμαχη διακήρυξη άκυρη και η ακυρότητα της δεν δύναται να θεραπευθεί με τους αναγραφόμενους και ακατανόητους συντελεστές βαρύτητας επί αγνώστων και απροσδιόριστων επιφανειών. Εξάλλου επικαλείται ότι η μη αναφορά των επιφανειών που θα εκτελεσθούν εργασίες παραβιάζει ευθέως τις αρχές της διαφάνειας και του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. **β)** Στον πίνακα 2 (Για …) (Καθαρισμού επιφανειών σε χώρους) (σελ.60) οι διαγωνιζόμενοι καλούνται να μην προσφέρουν τιμές στις εργασίες ΙΑ1, ΙΑ2, ΙΑ3, ΙΑ4, ΙΑ7, ΙΑ8 και ΙΑ9. Οι τιμές βάσει της διακήρυξης για τις άνω εργασίες θα προκύψουν από την προσφερόμενη για την εργασία ΙΑ5 τιμή (βασική τιμή) την οποία θα πολλαπλασιάσει η αναθέτουσα με διάφορους τυχαίους για κάθε εργασία συντελεστές. Με αυτόν τον τρόπο όμως περιορίζεται ανεπίτρεπτα η ελευθερία των διαγωνιζομένων να προσφέρουν τις τιμές που εκείνοι θεωρούν εύλογες για κάθε εργασία και κατ' επέκταση περιορίζεται ανεπίτρεπτα ο ελεύθερος ανταγωνισμός. Συνεπώς και το σημείο αυτό της διακήρυξης είναι, κατά τον προσφεύγοντα, ακυρωτέο προκειμένου να συμπληρωθεί – διορθωθεί. **γ)** Στο άρθρο 1 του τεύχους «Ειδικοί Όροι» με τίτλο περιεχόμενα (υπό φακέλου) «Δικαιολογητικά συμμετοχής – Τεχνική προσφορά» στην παρ. 2 ορίζεται : *«2. Τεχνική προσφορά Στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική προσφορά», περιλαμβάνεται η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα και τα αναφερόμενα ηλεκτρονικά αρχεία (μορφή pdf) όπως αναλυτικά περιγράφονται στον πίνακα παραγράφου (β) της συνημμένης Προσθήκης «1» του παρόντος Παραρτήματος. Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016 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.». Επίσης, στο άρθρο 8 του τεύχους «Ειδικοί Όροι» με τίτλο «Κριτήρια Επιλογής» εδ. 4 ορίζονται τα εξής: *«4. Για την επίτευξη των όρων και των απαιτήσεων της Τεχνικής Προδιαγραφής, όσον αφορά στην εκτέλεση των εργασιών αλλά και στις δυνατότητες παραγωγής, ο ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει κατάλληλο, επαρκή και σύγχρονο τεχνολογίας εξοπλισμό (μηχανήματα, συσκευές ψηγματοβολής, υδροβολής, γερανούς, σκαλωσιές, αναβατόρια κτλ.) καθώς και κατάλληλα εκπαιδευμένο και επαρκές προσωπικό.»* (σελ. 35). Τέλος στην σελίδα 42 και στα δικαιολογητικά που πρέπει να υποβάλλουν οι διαγωνιζόμενοι ορίζονται τα εξής: *«Υπεύθυνη δήλωση (Ν. 1599/86) όπου θα αναφέρεται ότι ο συμμετέχων: α. διαθέτει όλα τα απαιτούμενα μέσα/εξοπλισμό/μηχανήματα/προσωπικό για την ανάληψη των εργασιών της παρούσης Διακήρυξης, β. διατηρεί τη δυνατότητα να εκτελέσει ταυτόχρονα τουλάχιστον ένα είδος εργασίας από τον πίνακα 1 και δύο είδη εργασιών από τον πίνακα 2 Προσθήκης 5 Παραρτήματος «Β» παρούσης (οι εργασίες δύναται να αφορούν διαφορετικά σκάφη), επιτυγχάνοντας την αντίστοιχη καθοριζόμενη δυναμικότητα, στον Ναύσταθμο Σαλαμίνας και ευρύτερη περιοχή Αμφιάλης και στον Ναύσταθμο Κρήτης.»*. Από τους άνω αναφερόμενους όρους της διακήρυξης προκύπτει, κατά τον προσφεύγοντα, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν προσδιορίζει τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι διαγωνιζόμενοι για να αποδείξουν αφενός την επάρκεια και το σύγχρονο του εξοπλισμού τους και αφετέρου την εκπαίδευση και την επάρκεια του προσωπικού τους. Θεωρεί προφανές ο προσφεύγων ότι η υπεύθυνη δήλωση του διαγωνιζόμενου δεν είναι αποδεικτικό στοιχείο ούτε για την επάρκεια και το είδος του μηχανικού εξοπλισμού, ούτε για την επάρκεια και εκπαίδευση του προσωπικού του. Οι διαγωνιζόμενοι θα πρέπει, κατ' αυτόν, να κληθούν να προσκομίσουν στοιχεία που αφορούν τον εξοπλισμό και για το προσωπικό θεωρημένες καταστάσεις προσωπικού από την επιθεώρηση εργασίας, Αναλυτικές Περιοδικές Δηλώσεις (ΑΠΔ) από ΙΚΑ, στοιχεία που να αποδεικνύουν την εκπαίδευσή του, καθώς και βεβαιώσεις εκπαίδευσης αυτού από αναγνωρισμένο φορέα. Σε όλες τις προηγούμενες διαγωνιστικές

διαδικασίες με το ίδιο αντικείμενο το … καθόριζε ειδικά τα πιστοποιητικά και βεβαιώσεις που έπρεπε να προσκομίσουν οι διαγωνιζόμενοι για να αποδείξουν τα ανωτέρω. Κατά τον προσφεύγοντα, η παράλειψη της επίμαχης διακήρυξης να προσδιορίζει επακριβώς τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και βεβαιώσεις την καθιστά ακυρωτέα όχι μόνο γιατί επιτρέπει την συμμετοχή διαγωνιζόμενων χωρίς να αποδεικνύουν την πληρότητα και επάρκεια του εξοπλισμού τους και του προσωπικού τους, αλλά και για παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και λόγω ασάφειας ως προς τα προσκομιστέα δικαιολογητικά απόδειξης του κριτηρίου επιλογής. **δ)** Στο άρθρο 8§2 εδ. α του τεύχους της διακήρυξης «Ειδικοί Όροι» (σελ. 35) αναφέρεται ότι *«οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι στο Ειδικό Μητρώο Επιχειρήσεων, Ναυπήγησης ….. σε κατηγορία κατατάξεως απολύτως σχετική και ταυτιζόμενη με το αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού και συγκεκριμένα για εργασίες βαφής και καθαρισμού σε πλοία πλωτά μέσα και δεξαμενές ….»*. Περαιτέρω στην παρ. 7 του αυτού άρθρου 8 αναφέρεται ότι *«Οι συμμετέχοντες θα υποβάλλουν επίσημα στοιχεία που θα πιστοποιούν τον κύκλο εργασιών της εταιρίας ….. σε πλοία ή / και πλωτές δεξαμενές ή/ και δεξαμενές ξηρά ..»* Από τα ανωτέρω προκύπτει, κατά τον προσφεύγοντα, ότι οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι στο Ειδικό Μητρώο για την εκτέλεση των εργασιών βαφής και καθαρισμού σε πλοία, πλωτά μέσα και δεξαμενές, προφανώς πλωτές δεξαμενές γιατί αυτό είναι το αντικείμενο του έργου και αυτό σημαίνει ο σύνδεσμος «και» ανάμεσα στις λέξεις πλωτά μέσα και δεξαμενές. Μολονότι το αντικείμενο του διαγωνισμού αφορά πλωτά μέσα και πλωτές δεξαμενές όπως αναφέρεται και στον τίτλο και το αντικείμενό του στο άρθρο 8§7 η διακήρυξη επιτρέπει στους διαγωνιζόμενους να επικαλεσθούν στον κύκλο εργασιών τους και εργασίες σε δεξαμενές ξηράς, που ουδεμία σχέση έχουν με το αντικείμενο του διαγωνισμού και προφανώς, αν δεν τέθηκε εκ παραδρομής, είναι φωτογραφικός για την εξυπηρέτηση αυτών που δεν έχουν εκτελέσει εργασίες σε πλωτές δεξαμενές. Συνεπώς θα πρέπει να ακυρωθεί, κατ' αυτόν, η διακήρυξη προκειμένου να απαλειφθεί ο όρος του άρθρου 8§7 των Ειδικών Όρων που επιτρέπει να ληφθούν υπόψη στον κύκλο εργασιών και εργασίες σε δεξαμενές ξηράς. **ε)** Στον τίτλο της υπό ανάθεση παροχής υπηρεσιών, όσο

και στο αντικείμενο του διαγωνισμού αναφέρεται η παροχή εργασιών Εφαρμογής/Συντήρησης επιχρισμάτων ….». Επιχρίσματα είναι η επικάλυψη των τοίχων και του σκελετού ενός κτιρίου με ένα ή περισσότερα στρώματα κονιάματος. Το αντικείμενο όμως του διαγωνισμού δεν περιλαμβάνει εργασίες επιχρισμάτων. Συνεπώς εφόσον δεν περιλαμβάνονται εργασίες επιχρισμάτων προς αποφυγή αμφισβητήσεων ή παρερμηνειών ο όρος «επιχρίσματα» θα πρέπει να αφαιρεθεί από τον τίτλο και το αντικείμενο της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

4. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό …), ποσού 4.600,00 €.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ποσού 920.000€, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 25-2-2019 και ο προσφεύγων, κατά δήλωσή του, έλαβε γνώση την 12-3-2019, σε κάθε δε περίπτωση είναι εμπρόθεσμη, σύμφωνα και με την περ. γ΄ της παρ. 1 του άρθρου 361 ν.4412/2016.

7. Επειδή, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι ως επιχείρηση εγγεγραμμένη στο Ειδικό Μητρώο Επιχειρήσεων ναυπήγησης, μετατροπής, επισκευής και συντήρησης πλοίων, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης, πλην όμως οι προσβαλλόμενοι όροι καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ’ αρ.πρωτ. Φ.604.4.3/3/19 Σ.599/29.3.2019 έγγραφο απόψεών της προβάλλει τα ακόλουθα: **Α)** Επί του πρώτου λόγου της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής: α. Η συμφωνία-πλαίσιο δεν δημιουργεί από μόνη της μια νομικά δεσμευτική

σύμβαση, και δεν αποτελεί δημόσια σύμβαση, σε αντίθεση με τις επιμέρους συμβάσεις που συνάπτονται βάσει των συμφωνιών αυτών. Σε γενικές γραμμές τα μέρη σε μια συμφωνία-πλαίσιο δεν υποχρεούνται εκ του νόμου να παρέχουν ή να δεχτούν τις υπηρεσίες που αποτελούν αντικείμενο της συμφωνίας-πλαίσιο, παρά μόνον εάν και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει τη σύναψη συγκεκριμένης σύμβασης. β. Η χρήση της συμφωνίας-πλαίσιο ταιριάζει κυρίως για την προμήθεια ειδών, παροχή υπηρεσιών και εκτέλεση έργων που καλύπτουν πάγιες επαναλαμβανόμενες ανάγκες, η ακριβής ποσότητα των οποίων δεν είναι εκ των προτέρων γνωστή και δεν αναμένεται να μεταβληθούν ουσιωδώς κατά τα τεχνικά τους χαρακτηριστικά στο χρόνο ισχύος της συμφωνίας-πλαίσιο. γ. Η μνημονευόμενη στην προσφυγή Απόφαση του ΕΣ με αριθμό 218/2006 αφορά δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό και όχι συμφωνία-πλαίσιο. δ. Κατόπιν των ανωτέρω σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 39 παρ. 1 και άρθρου 2 περίπτωση 10 της παρ.1 του Ν.4412/2016, κατά την οποία στις συμφωνίες πλαίσιο καταγράφονται «όπου ενδείκνυνται οι προβλεπόμενες ποσότητες», γίνεται σαφές ότι δεν απαιτείται ο ακριβής προσδιορισμός των ποσοτήτων των εργασιών που επιζητεί η αναθέτουσα αρχή στη διακήρυξη της συμφωνίας-πλαίσιο. Ο καθορισμός του μεγέθους των επιφανειών που θα δεχθούν τις υπηρεσίες των οικονομικών φορέων θα λάβει χώρα σε μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι κατά τη διαδικασία σύναψης εκτελεστικών συμβάσεων, οπότε και θα καθοριστούν όλες οι απαραίτητες λεπτομέρειες. Άλλωστε, σύμφωνα με την παράγραφο 4 του άρθρου 39 του Ν. 4412/16 παρέχεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή, πριν την ανάθεση των συμβάσεων, να διαβουλευτεί γραπτώς με τον οικονομικό φορέα που είναι αντισυμβαλλόμενο μέρος στη συμφωνία-πλαίσιο, ζητώντας του, εάν χρειάζεται να συμπληρώσει την προσφορά του. ε. Διευκρινίζεται ότι οι εργασίες που αποτελούν αντικείμενο του διαγωνισμού καθώς και η έκτασή τους καθορίζονται μετά από την επιθεώρηση που διεξάγει εξειδικευμένο προσωπικό του … στους χώρους και μετά την αξιολόγηση των ευρημάτων που προκύπτουν από αυτή την επιθεώρηση. Γίνεται, λοιπόν, κατανοητό ότι κατά τη σύνταξη της διακήρυξης του διαγωνισμού δεν είναι δυνατόν να καθοριστούν οι ακριβείς ποσότητες (έκταση σε m2) των εργασιών που θα απαιτηθούν και θα ανατεθούν από κάθε κατηγορία κατά τη διάρκεια

ισχύος της συμφωνίας-πλαίσιο. Η δυσκολία αυτή έγκειται στο ότι δεν είναι εφικτό να προβλεφθούν τα ευρήματα στους χώρους που θα επιθεωρηθούν οπότε ακόμα και μια εκτίμηση της έκτασης των εργασιών θα ήταν παρακινδυνευμένη και ενδέχεται να απέχει πολύ από τις αντικειμενικές απαιτήσεις που θα προκύψουν ανά κατηγορία εργασιών. στ. Επιπλέον, σύμφωνα με την παράγραφο 7 του κυρίου σώματος της διακήρυξης 'Η υπηρεσία δεν έχει υποχρέωση να εξαντλήσει τους προϋπολογισμούς των προμηθειών, εφόσον τούτο δεν επιβάλλεται από τις ανάγκες της, όπως αυτές θα διαμορφωθούν στη διάρκεια των συμφωνιών-πλαίσιο''. Συνεπώς η αιτίαση της εταιρείας ότι με τη μη αναγραφή των ποσοτήτων οι οικονομικοί φορείς δε δύναται να γνωρίζουν ποιες και πόσες εργασίες μπορεί να τους ανατεθούν, κατά την αναθέτουσα αρχή, δεν ευσταθεί λαμβάνοντας υπόψη ότι, ακόμα και στην περίπτωση κατά την οποία θα προσδιορίζονταν εκτιμώμενες ποσότητες στη διακήρυξη, θα παρέμενε στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να αναθέσει το σύνολο της εκτιμώμενης ποσότητας ή μέρος αυτής σε αριθμό εργασιών κατά τη διάρκεια ισχύος της συμφωνίας πλαίσιο ή να μην αναθέσει καμία εργασία. ζ. Για τους ως άνω αναφερθέντες λόγους αντί για την αναγραφή ποσοτήτων (έκταση σε m2) επελέγη η υιοθέτηση συντελεστών βαρύτητας. Οι εν λόγω συντελεστές που θα χρησιμοποιηθούν για την ανάδειξη του μειοδότη έχουν προκύψει βάσει της συχνότητας απαίτησης εκτέλεσης των εργασιών και εξήχθησαν στη βάση της συχνότητας που αναμένεται ο εργολάβος να διεκπεραιώσει μια εργασία σύμφωνα με τη συσσωρευμένη γνώση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποκτήθηκε από την παρακολούθηση της εξέλιξης των αντίστοιχων εργολαβιών των παρελθόντων ετών.
Β) Επί του δεύτερου λόγου της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής: α. Η χρήση συντελεστών για τον υπολογισμό του κόστους (ανά μονάδα μέτρησης) στις κατηγορίες εργασιών ΙΑ1, ΙΑ2, ΙΑ3, ΙΑ4, ΙΑ7, ΙΑ8 και ΙΑ9 βάσει της προσφερομένης τιμής του ΙΑ5 προέκυψε από την απαίτηση για «συρρίκνωση» των προσφερομένων τιμών. Η απαίτηση αυτή ανέκυψε από τη συγκριτική αξιολόγηση προηγούμενων διαγωνιστικών διαδικασιών, κατόπιν της οποίας διαπιστώθηκε αύξηση στις προσφερόμενες τιμές για τις ίδιες ή συναφείς κατηγορίες εργασιών. Η επιλογή των συντελεστών προέκυψε μετά

από επεξεργασία και αξιοποίηση πληροφοριών της διεθνούς συναφούς βιβλιογραφίας καθώς και της αντίστοιχης συσσωρευμένης εμπειρίας του …. β. Περαιτέρω, η εκτέλεση κατά το παρελθόν από φορείς του συγκεκριμένου είδους εργασιών τους δίνει τη δυνατότητα να γνωρίζουν εμπειρικά τις ιδιαιτερότητες της εργολαβίας ανά κατηγορία εργασιών, με αποτέλεσμα να δύνανται να εκτιμήσουν / υπολογίσουν καλύτερα τις αντίστοιχες προσφερόμενες τιμές. Αντίστοιχο επίπεδο ενημέρωσης επί των προαναφερομένων ιδιαιτεροτήτων δεν είναι αναμενόμενο να κατέχεται από τους λοιπούς ενδιαφερόμενους, για την εργολαβία, οικονομικούς φορείς. Συνεπώς, εκτιμάται ότι ο ελεύθερος ανταγωνισμός όχι μόνο δεν περιορίζεται με τη χρήση των συντελεστών για τον υπολογισμό, αντιθέτως η συσχέτιση του κόστους για έκαστη κατηγορία εργασιών με την προσφερόμενη τιμή μιας μοναδικής κατηγορίας εξυπηρετεί την ευρύτερη συμμετοχή ενδιαφερομένων και ενισχύει την διαφάνεια και τον ανταγωνισμό μεταξύ των συμμετεχόντων. **Γ)** Επί του τρίτου λόγου της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής: α. Στα δικαιολογητικά που υποχρεούνται να καταθέσουν οι υποψήφιοι ανάδοχοι μαζί με την τεχνική προσφορά τους περιλαμβάνεται Υπεύθυνη Δήλωση (Ν. 1599/86) στην οποία θα αναφέρεται ότι ο συμμετέχων: 1) διαθέτει όλα τα απαιτούμενα μέσα / εξοπλισμό / μηχανήματα / προσωπικό για την ανάληψη των εργασιών της Διακήρυξης, 2) διατηρεί τη δυνατότητα να εκτελέσει ταυτόχρονα τουλάχιστον ένα είδος εργασίας από τον πίνακα 1 και δύο είδη εργασιών από τον πίνακα 2 της Προσθήκης 5 του Παραρτήματος «Β» της Διακήρυξης (οι εργασίες δύναται να αφορούν διαφορετικά σκάφη), επιτυγχάνοντας, τοιουτοτρόπως, την αντίστοιχη καθοριζόμενη δυναμικότητα, στο Ναύσταθμο …, στην ευρύτερη περιοχή …και στον Ναύσταθμο …. β. Στο Άρθρο 9 των Ειδικών Όρων της Διακήρυξης αναφέρεται ότι: «*Ο ανάδοχος υποχρεούται στη διάθεση των μέσων / εξοπλισμού / μηχανημάτων / προσωπικού και υλικών (λ.χ. υλικό για ψηγματοβολή) προκειμένου να είναι σε θέση να καλύπτει τεχνικά τις απαιτήσεις για τις κατηγορίες εργασιών της ΠΕΔ. Δεδομένου ότι οι εργασίες αφορούν σε οποιοδήποτε εσωτερικό / εξωτερικό τμήμα της κατασκευής (για όλα τα πλοία και πλωτά μέσα ανεξάρτητα από τον τύπο τους)*
οι ενδεχόμενες απαιτήσεις για ανέγερση ικριωμάτων, χρήση γερανοφόρου

ανυψωτικού μηχανήματος ή καταλλήλου αναβατορίου αποτελούν υποχρέωση του εργολάβου. Σε περίπτωση αδυναμίας διαθέσεως του απαραίτητου εξοπλισμού / μέσων και προσωπικού για την εκτέλεση όλων των εργασιών, θα κηρύσσεται έκπτωτος και θα επωμίζεται το σύνολο των υποχρεώσεων που απορρέουν από την ισχύουσα νομοθεσία». Συνεπώς αν ο ανάδοχος, παρά την κατάθεση της υπεύθυνης δήλωσης, δε διαθέτει, τελικά, τον απαιτούμενο εξοπλισμό και το ανθρώπινο δυναμικό, τα οποία, αμφότερα, θα του επιτρέψουν να ανταποκριθεί με την σαφώς προσδιορισμένη συχνότητα που προαναφέρθηκε στην ανωτέρω παράγραφο β στην εκτέλεση των, επίσης, σαφώς προσδιορισμένων εργασιών, (ενός είδους εκ του πίνακα 1 και δύο ειδών εργασιών από τον πίνακα 2 της Προσθήκης 5 του Παραρτήματος «Β» της Διακήρυξης) θα κηρυχθεί έκπτωτος. Άλλωστε είναι κοινός τόπος ότι η διάθεση του εξοπλισμού και του ανθρώπινου δυναμικού με μέριμνα του αναδόχου συναρτάται από την ποιότητα/είδος και την ποσότητα της εργασίας όποτε και εάν αυτή του ανατεθεί. γ. Η αναθέτουσα αρχή έχει την αρμοδιότητα να καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο κριτηρίων τεχνικών ή/και επαγγελματικών ικανοτήτων που κρίνει αναγκαίο για την επιτυχή υλοποίηση της σύμβασης σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο υφιστάμενο θεσμικό πλαίσιο. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή εάν ο εκάστοτε προσφέρων διαθέτει την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων που θα μετέχουν στον διαγωνισμό. δ. Η επάρκεια στην επαγγελματική εκπαίδευση που έχει λάβει το προσωπικό του εκάστοτε αναδόχου θεωρείται δεδομένη και επιπλέον αποτελεί την ‘’εκ των ων ουκ άνευ υποχρέωση’’ αυτού να είναι σε θέση να ανταπεξέλθει κατά τρόπο άριστο στις υποχρεώσεις που απορρέουν από την σύμβαση και περιγράφονται στη σχετική διακήρυξη / κατακύρωση. Το …., ως αποδέκτης του «προϊόντος» των εργασιών που αναθέτει, ελέγχει ποσοτικά και ποιοτικά τις εκτελούμενες εργασίες σε όλες τις φάσεις που μεσολαβούν από την ανάθεσή τους έως την ολοκλήρωση αυτών, με σκοπό να αποφανθεί επί της επάρκειας/πληρότητας του «προϊόντος» και ακολούθως να αποφασίσει με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον εάν θα προβεί στην παραλαβή ή στην απόρριψή του. ε. Επισημαίνεται, ακόμη, ότι στην ηλεκτρονική

διεύθυνση της ΕΑΑΔΗΣΥ παρατίθεται υπόδειγμα διακήρυξης για τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο. Στο υπόδειγμα αυτό δεν περιγράφονται αναλυτικά τα δικαιολογητικά που χρειάζεται να προσκομίσουν οι οικονομικοί φορείς, προκειμένου να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία επί διακήρυξης συμφωνιών-πλαίσιο. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί τη δυνατότητα να ζητήσει τα δικαιολογητικά τα οποία εκείνη φρονεί για την εκτέλεση της σύμβασης. **Δ)** Επί του τέταρτου λόγου της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής: α. Ο αριθμός των υφισταμένων πλωτών δεξαμενών είναι περιορισμένος. Επιπρόσθετα, ενδέχεται να υφίστανται κατάλληλοι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς, (εγγεγραμμένοι στο αντίστοιχο ειδικό μητρώο επιχειρήσεων ναυπήγησης, μετατροπής, επισκευής και συντήρησης πλοίου το οποίο τηρείται σε έντυπη και ηλεκτρονική μορφή από τις Διευθύνσεις Ανάπτυξης των Νομαρχιακών Αυτοδιοικήσεων (Ν.Α.) που έχουν συσταθεί σύμφωνα με την παρ. 2, του άρθρου 1, του Ν.3325/2005 (ΦΕΚ 68Α΄), και σε Κατηγορία Κατατάξεως απολύτως σχετική και ταυτιζόμενη με το αντικείμενο του παρόντος Διαγωνισμού και συγκεκριμένα για εργασίες βαφής και καθαρισμού σε πλοία / πλωτά μέσα και δεξαμενές ως αντίστοιχο άρθρο 8 παρα. 2 διακήρυξης) οι οποίοι εναρμονίζονται με τις σύγχρονες τεχνικές απαιτήσεις και δύνανται να αναλάβουν την υπόψη εργολαβία, που όμως δεν κατέχουν κύκλο εργασιών σε πλωτές δεξαμενές. β. Επισημαίνεται, ότι οι απαιτούμενες εργασίες για προετοιμασία των μεταλλικών επιφανειών (λ.χ. εκτέλεση αμμοβολών) καθαρισμό / βαφή δεξαμενών ξηράς είναι απόλυτα συναφείς με τις αντίστοιχες και ανάλογες σε πλωτές δεξαμενές από πλευράς συνθηκών/περιβάλλοντος στο οποίο θα κληθεί να εργαστεί/λειτουργήσει το προσωπικό του αναδόχου (διαστάσεων χώρων/ συνολικού όγκου και ιδιαιτεροτήτων/εμποδίων/διαμορφώσεων). Συνεπώς, στα πλαίσια εξυπηρέτησης του ανταγωνισμού και κατ επέκταση του δημοσίου συμφέροντος δίδεται η δυνατότητα συμμετοχής στον προκείμενο διαγωνισμό κατάλληλων οικονομικών φορέων με κύκλο εργασιών που περιλαμβάνουν εκτός των άλλων και εκτελούμενες σε δεξαμενές ξηράς. **Ε)** Επί του πέμπτου λόγου της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής: α. Υφίστανται διάφοροι ορισμοί που μπορούν να αναζητηθούν για τη λέξη επίχρισμα όπως «Μείγμα υλικού για επάλειψη ή επικάλυψη επιφάνειας»

(www.lexigram.gr). Στο τεύχος της διακήρυξης ο όρος «επίχρισμα» δεν συσχετίζεται με «επικάλυψη των τοίχων και του σκελετού ενός κτιρίου με ένα ή περισσότερα στρώματα κονιάματος». Αντιθέτως, στην Π.Ε.Δ. ήδη από την πρώτη παράγραφο (Πεδίο Εφαρμογής) διευκρινίζεται ότι «Η παρούσα Π.Ε.Δ. καθορίζει τις τεχνικές απαιτήσεις για τις εργασίες εφαρμογής / συντήρησης επιχρισμάτων / βαφών (υποσημείωση 1) και καθαρισμού επιφανειών στους εσωτερικούς / εξωτερικούς χώρους των …Πλοίων των Πλωτών Μέσων και των Πλωτών Δεξαμενών που ανήκουν στο …». Επιπρόσθετα, στην ίδια σελίδα, παρατίθεται η υποσημείωση 1 στην οποία διευκρινίζεται ότι: «Η έννοια της λέξης «επίχρισμα / επίχριση» χρησιμοποιείται στην παρούσα ταυτόσημα με τις έννοιες των λέξεων «βαφή» και «χρώμα» (όχι με τη σημασία της απόχρωσης)». β. Η χρήση του όρου επιχρίσματα με την παραπάνω έννοια παρατηρείται και στη σχετική με τη ναυτιλία νομοθεσία. Επί παραδείγματι στο αναφερόμενο στην ΠΕΔ Π.Δ. 70/1990 (ΦΕΚ Α'31) «Υγιεινή και Ασφάλεια των Εργαζομένων σε Ναυπηγικές Εργασίες» στο άρθρο 15 (θερμές εργασίες) καθορίζεται «*Κατά την εκτέλεση θερμών εργασιών σε δεξαμενές ή άλλους κλειστούς χώρους πρέπει επί πλέον των προβλεπομένων στο άρθρο 14 του παρόντος να τηρούνται τα εξής: …3. Για την εκτέλεση θερμών εργασιών στις επιφάνειες κλειστών χώρων πρέπει να αφαιρούνται τα τοξικά προστατευτικά επιχρίσματα των επιφανειών αυτών και σε έκταση που οι εργασίες αυτές δεν δημιουργούν κίνδυνο. Σε περίπτωση που τα τοξικά επιχρίσματα δεν είναι δυνατό να αφαιρεθούν, οι εργαζόμενοι πρέπει να χρησιμοποιούν αναπνευστικές συσκευές με προσαγωγή νωπού αέρα ή κατά περίπτωση αναπνευστικές προστατευτικές προσωπίδες*». Επιπρόσθετα, στο Προεδρικό Διάταγμα 136/2009 - ΦΕΚ 183/Α/14-9-2009 «Τεχνικές προδιαγραφές μελετών πλωτών εν γένει μέσων» Άρθρο 1 (Σκοπός και Περιεχόμενο) αναφέρονται «...*Οι προδιαγραφές αυτές αφορούν ειδικότερα στις εξής κατηγορίες μελετών: ...8. Μονώσεων Επιχρισμάτων» και «Άρθρο 8, Μελέτες Μονώσεων Επιχρίσματα: 1. Οι μελέτες αυτές προσδιορίζουν τις ανάγκες της παθητικής προστασίας των χώρων του πλοίου, όσον αφορά στο θόρυβο, στη θερμοκρασία (φυσική και τεχνική) και στη διάβρωση...*». γ. Προς επίρρωση της ευρείας χρήσης του όρου «επίχρισμα» με την ως ανωτέρω έννοια αναφέρεται και το ενημερωτικό άρθρο της Πανελλήνιας Ένωσης Βιομηχανιών Χρωμάτων

Βερνικιών και Μελανιών στον δικτυακό τόπο της, με τίτλο «Το χρώμα πολλαπλασιάζει τον κύκλο ζωής του βαφόμενου αντικειμένου». Στο ίδιο κείμενο παρατίθεται και διευκρίνιση για τον όρο επίχρισμα ότι δηλαδή: …«*Ενώ οι όροι χρώμα και επίχρισμα συχνά χρησιμοποιούνται σαν να έχουν την ίδια ακριβώς έννοια, σε γενικές γραμμές, ο όρος χρώμα χρησιμοποιείται για την περιγραφή υλικών τα οποία βελτιώνουν την αισθητική ή την διακόσμηση, όπως για παράδειγμα οι τοίχοι εσωτερικών χώρων. Ο όρος επίχρισμα γενικά αναφέρεται σε υλικά που έχουν πιο προστατευτικό ρόλο και παρέχουν μακροχρόνια αντοχή σε προϊόντα*». Επιπλέον, γίνεται συσχετισμός του όρου με τα συστήματα βαφής υφάλων αναφέροντας:… «*Επίσης, τα αντιρρυπαντικά επιχρίσματα-υφαλοχρώματα αποτρέπουν την ανάπτυξη οστρακοειδών πάνω στην επιφάνεια των πλοίων, διατηρώντας την έτσι καθαρή*». Συναφώς με τα ανωτέρω αναφέρεται ότι την 13 Φεβ 2019 διενεργήθηκε από την Τεχνική Διεύθυνση του Ναυστάθμου Κρήτης, συνοπτικός διαγωνισμός για την ‘’Ανάδειξη Αναδόχου Εκτέλεσης Εργασιών Εφαρμογής / Συντήρησης Επιχρισμάτων / Βαφών Επιφανειών Π. Πλοίων Πλωτών Μέσων και Πλωτών Δεξαμενών στο Ναύσταθμο Κρήτης με Σύναψη Συμφωνίας Πλαίσιο Διάρκειας Δεκαοκτώ (18) Μηνών και ύψους 60.000,00 ευρώ’’. Η διεξαγωγή του διαγωνισμού έγινε με την ίδια ΠΕΔ, με τους ίδιους Γενικούς και ειδικούς όρους, χωρίς την αναγραφή των εκτιμώμενων ποσοτήτων, χωρίς των καθορισμό των πλοίων στα οποία θα εκτελεστούν οι εργασίες, με τον ίδιο πίνακα για κατάθεση προσφορών (κατάθεση πάλι προσφοράς μόνο για την εργασία ΙΑ5 ενώ οι τιμές για τις εργασίες ΙΑ1, ΙΑ2, ΙΑ3, ΙΑ4, ΙΑ7, ΙΑ8 και ΙΑ9 προέκυπταν βάσει των καθορισμένων συντελεστών διόρθωσης οι οποίοι είναι οι ίδιοι που χρησιμοποιούνται και στην διακήρυξη του υπό συζήτηση διαγωνισμού). Ληφθεί υπόψη ότι οι πίνακες εργασιών, οι συντελεστές βαρύτητας, οι συντελεστές διόρθωσης καθώς και ο τύπος ανάδειξης αναδόχου είναι ακριβώς τα ίδια και στους δύο διαγωνισμούς. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχε η εταιρεία «ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ ΒΑΣΙΟΣ» και αναδείχτηκε ανάδοχος. Η κατακύρωση ως σχετικό (ζ) [ΔΕΙΚΤΗΣ-7] υπεγράφη την 8η Μαρτίου 2019. Κατά την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν υπεβλήθη από την εταιρεία «…» ουδεμία ένσταση ως προς την πληρότητα

και τη νομιμότητα της διακήρυξης ως σχετικό (στ) [ΔΕΙΚΤΗΣ-6] του διαγωνισμού αλλά και ως προς τη διαδικασία εκτέλεσής του.

9. Επειδή, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «…» την 3-4-2019 απέστειλε προς την ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου παρέμβασή του, με την οποία αιτείται την απόρριψη της ως άνω προσφυγής. Ακολούθως, την 18-4-2019 και ώρα 13.54, ήτοι δέκα (10) ημέρες μετά την ημερομηνία εξέτασης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, ο παρεμβαίνων απέστειλε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ σχετικό Υπόμνημα. Ωστόσο η παρέμβασή του έχει ασκηθεί απαραδέκτως, κατά παράβαση του άρθρου 362 παρ. 3 ν.4412/2016 και των άρθρων 7 και 8 του πδ 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α/64/4-5-2017). Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή την 22-3-2019, ήτοι την επομένη άσκησης της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, ανήρτησε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ μήνυμα προς κάθε ενδιαφερόμενο που θίγεται από την αποδοχή της συγκεκριμένης προδικαστικής προσφυγής ότι έχει δικαίωμα να καταθέσει παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ εντός δέκα ημερών. Με βάση το άρθρο 362 ν.4412/2016 «*1. Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της. 2. Στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 του άρθρου 365 μπορεί να προβλέπεται ότι η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου το οποίο θα υποβάλλεται κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρ. 1. 3. Κάθε ενδιαφερόμενος, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφος Ι του άρθρου 365, παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του. 4. Δεν επιτρέπεται η άσκηση*

προδικαστικής προσφυγής κατά απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία δέχεται εν όλω ή εν μέρει προσφυγή άλλου προσώπου.». Επίσης, κατά το άρθρο 7 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι «*Κάθε ενδιαφερόμενος του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, σύμφωνα με την περίπτωση α της παραγράφου 2 του άρθρου 9 του παρόντος Κανονισμού, παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του (άρθρου 362 παρ. 3 ν. 4412/2016). Η παρέμβαση κατατίθεται ηλεκτρονικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 8 του παρόντος Κανονισμού*.», ενώ κατά το άρθρο 8 του ίδιου πδ ορίζεται ότι «*1. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαίρετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ ν. 4412/2016). 2. Η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου, όπως αυτό παρατίθεται στο Παράρτημα Ι (άρθρο 362 παρ. 2 ν. 4412/2016). 3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. 4. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), η οποία πιστοποιείται από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, ή σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail). Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την παραλαβή της προσφυγής, η ΑΕΠΠ ειδοποιεί ηλεκτρονικά τον προσφεύγοντα για την παραλαβή της προσφυγής και τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής. 5. Μέχρι την έναρξη λειτουργίας του συστήματος κατάθεσης προσφυγών μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο, η*

προσφυγή κατατίθεται εγγράφως στο πρωτόκολλο της ΑΕΠΠ ή με ταχυδρομική αποστολή επί αποδείξει ή με τηλεομοιοτυπία προς την ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής λογίζεται αντίστοιχα η ημερομηνία πρωτοκόλλησης ή η ημερομηνία του αποδεικτικού ταχυδρομικής αποστολής ή της αποστολής με τηλεομοιοτυπία.». Εν προκειμένω, όμως, ο παρεμβαίνων καταρχάς κατέθεσε την εν λόγω προσφυγή του μετά την πάροδο της 10ήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσφυγής, δεδομένου ότι, ως προαναφέρθηκε, η αναθέτουσα αρχή την 22-3-2019 ανήρτησε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ μήνυμα προς κάθε ενδιαφερόμενο που θίγεται από την αποδοχή της συγκεκριμένης προδικαστικής προσφυγής ότι έχει δικαίωμα να καταθέσει παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ εντός δέκα ημερών. Η σχετική 10ήμερη προθεσμία έληγε την 1-4-2019, ημέρα Δευτέρα, όμως ο παρεμβαίνων άσκησε τούτη την 3-4-2019. Κατά τούτο, λοιπόν, η παρέμβασή του τυγχάνει εκπρόθεσμη. Επιπρόσθετα, όμως, ο παρεμβαίνων δεν κατέθεσε την παρέμβασή του στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και ακολούθως να την κοινοποιήσει στην ΑΕΠΠ, ως ήταν υποχρεωμένος εκ των προαναφερθεισών διατάξεων, αλλά την άσκησε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ, ως προεκτέθηκε. Επίσης ο παρεμβαίνων ουδόλως επικαλείται ότι συνεπεία πιστοποιημένης τεχνικής αδυναμίας του ΕΣΗΔΗΣ άσκησε την παρέμβασή του με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ. Για τους προεκτεθέντες λόγους η εξεταζόμενη παρέμβαση έχει απαραδέκτως ασκηθεί και κατά συνέπεια κρίνεται απορριπτέα.

10. Επειδή, κατά το άρθρο 2 παρ. 1 περ. 10 ν.4412/2016 ως συμφωνία - πλαίσιο νοείται μία συμφωνία που συνάπτεται μεταξύ μιας ή ενός ή περισσοτέρων αναθετουσών αρχών/αναθετόντων φορέων και ενός ή περισσοτέρων οικονομικών φορέων, η οποία αποσκοπεί στον καθορισμό των όρων που διέπουν τις συμβάσεις που πρόκειται να συναφθούν κατά τη διάρκεια συγκεκριμένης περιόδου, ιδίως όσον αφορά τις τιμές και, όπου ενδείκνυται, τις προβλεπόμενες ποσότητες. Επίσης, κατά το άρθρο 39 ν.4412/2016 «*1. Οι αναθέτουσες αρχές δύνανται να συνάπτουν συμφωνίες-πλαίσιο κατά την έννοια της περίπτωσης 10 της παραγράφου 1 του άρθρου 2 εφόσον εφαρμόζουν τις διατάξεις που προβλέπονται στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221). Η διάρκεια μιας συμφωνίας-πλαίσιο δεν υπερβαίνει τα τέσσερα*

έτη, εκτός εξαιρετικών περιπτώσεων, δεόντως δικαιολογημένων, ιδίως λόγω του αντικειμένου της συμφωνίας-πλαίσιο. 2. Οι συμφωνίες - πλαίσιο οι οποίες συνάπτονται για χρονικό διάστημα μικρότερο των τεσσάρων ετών μπορεί να παραταθούν χωρίς όμως αυτές να υπερβούν το ανώτατο διάστημα των τεσσάρων ετών του προηγούμενου εδαφίου, εφόσον υπάρχει η σχετική πρόβλεψη παρατάσεως στα έγγραφα της σύμβασης. Η διάρκεια εκτέλεσης των επιμέρους συμβάσεων, που συνάπτονται εντός του χρόνου υλοποίησης της συμφωνίας - πλαίσιο, μπορεί να υπερβαίνουν το χρόνο λήξης της συμφωνίας- πλαίσιο. 3. Οι συμβάσεις που βασίζονται σε συμφωνία-πλαίσιο ανατίθενται, σύμφωνα με τις διαδικασίες που προβλέπονται στην παρούσα παράγραφο, καθώς και στις παρ. 4 και 5. Οι διαδικασίες αυτές μπορούν να εφαρμόζονται μόνο μεταξύ των αναθετουσών αρχών που ορίζονται με σαφήνεια για το σκοπό αυτόν στην προκήρυξη διαγωνισμού ή την πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος και των οικονομικών φορέων που είναι συμβαλλόμενα μέρη της συμφωνίας-πλαίσιο που έχει συναφθεί. Οι συμβάσεις που βασίζονται σε συμφωνία-πλαίσιο δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να συνεπάγονται ουσιώδεις τροποποιήσεις στους όρους της συμφωνίας-πλαίσιο, ιδίως στην περίπτωση που αναφέρεται στην παράγραφο 4. 4. Όταν συνάπτεται συμφωνία-πλαίσιο με ένα μόνο οικονομικό φορέα, οι συμβάσεις που βασίζονται σε αυτή τη συμφωνία-πλαίσιο ανατίθενται, σύμφωνα με τους όρους της συμφωνίας- πλαίσιο. Για την ανάθεση των συμβάσεων αυτών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διαβουλεύονται γραπτώς με τον οικονομικό φορέα που είναι συμβαλλόμενο μέρος στη συμφωνία- πλαίσιο, ζητώντας του, εάν χρειάζεται, να συμπληρώσει την προσφορά του. 5. Όταν συνάπτεται συμφωνία-πλαίσιο με περισσότερους του ενός οικονομικούς φορείς, η εν λόγω συμφωνία-πλαίσιο εκτελείται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) σύμφωνα με τους όρους και τις προϋποθέσεις της συμφωνίας-πλαίσιο, χωρίς προκήρυξη νέου διαγωνισμού, εφόσον αναφέρονται όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και προμηθειών, και οι αντικειμενικές προϋποθέσεις για τον προσδιορισμό του συμβαλλόμενου στη συμφωνία-πλαίσιο οικονομικού φορέα που θα τις εκτελέσει οι εν λόγω όροι αναγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο, β) όταν στη συμφωνία-πλαίσιο αναφέρονται όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των

σχετικών έργων, υπηρεσιών και αγαθών, εν μέρει χωρίς προκήρυξη νέου διαγωνισμού, σύμφωνα με την περίπτωση α`, και εν μέρει με την προκήρυξη νέου διαγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων που είναι συμβαλλόμενα μέρη της συμφωνίας-πλαίσιο, σύμφωνα με την περίπτωση γ`, εφόσον προβλέπεται τέτοια δυνατότητα από τις αναθέτουσες αρχές στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία- πλαίσιο. Η επιλογή αν συγκεκριμένα έργα, αγαθά ή υπηρεσίες αγοράζονται κατόπιν προκήρυξης νέου διαγωνισμού ή άμεσα, σύμφωνα με τους όρους που ορίζονται στη συμφωνία- πλαίσιο, γίνεται με αντικειμενικά κριτήρια, τα οποία ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο. Τα έγγραφα της σύμβασης προσδιορίζουν επίσης τους όρους του νέου διαγωνισμού. Οι δυνατότητες που προβλέπονται στο πρώτο εδάφιο της παρούσας περίπτωσης εφαρμόζονται επίσης σε οποιαδήποτε τμήμα μιας συμφωνίας-πλαίσιο για την οποία έχουν τεθεί όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και αγαθών, ανεξαρτήτως αν έχουν τεθεί όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή των σχετικών έργων, υπηρεσιών και αγαθών για τα λοιπά τμήματα, γ) αν στη συμφωνία-πλαίσιο δεν έχουν καθορισθεί όλοι οι όροι που διέπουν την παροχή έργων, υπηρεσιών και αγαθών, με νέο διαγωνισμό μεταξύ των οικονομικών φορέων που είναι συμβαλλόμενα μέρη της συμφωνίας- πλαίσιο. 6. Οι διαγωνισμοί που αναφέρονται στις περιπτώσεις β` και γ΄ της παραγράφου 5 βασίζονται στους ίδιους όρους με αυτούς που ίσχυαν για την ανάθεση της συμφωνίας-πλαίσιο, και, όπου κριθεί απαραίτητο, σε ακριβέστερα διατυπωμένους όρους και, όπου ενδείκνυται, σε άλλους όρους που αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο, σύμφωνα με την ακόλουθη διαδικασία: α) για κάθε σύμβαση που πρόκειται να συναφθεί, οι αναθέτουσες αρχές διαβουλεύονται γραπτώς με τους οικονομικούς φορείς που είναι ικανοί να εκτελέσουν τη σύμβαση, β) οι αναθέτουσες αρχές ορίζουν επαρκή προθεσμία για την υποβολή προσφορών για κάθε συγκεκριμένη σύμβαση, λαμβανομένων υπόψη παραμέτρων όπως η πολυπλοκότητα του αντικειμένου της σύμβασης και ο απαραίτητος χρόνος για την αποστολή των προσφορών, γ) οι προσφορές υποβάλλονται γραπτώς και δεν ανοίγονται έως τη λήξη της προβλεπόμενης προθεσμίας απάντησης, δ) οι αναθέτουσες αρχές αναθέτουν κάθε σύμβαση στον προσφέροντα που υπέβαλε την καλύτερη

προσφορά, βάσει των κριτηρίων ανάθεσης που έχουν καθοριστεί στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο. 7. Όταν το αντικείμενο της συμφωνίας - πλαίσιο με περισσότερους οικονομικούς φορείς υποδιαιρείται σε περισσότερα τμήματα, καλούνται σε διαβούλευση μόνο οι οικονομικοί φορείς των τμημάτων που ανταποκρίνονται στο εκάστοτε αντικείμενο της εκτελεστικής σύμβασης. 8. Στην περίπτωση των συμφωνιών - πλαίσιο με περισσότερους οικονομικούς φορείς, στο πλαίσιο των διαγωνισμών που αναφέρονται στις περιπτώσεις β` και γ` της παραγράφου 5: α) κατά την υποβολή των προσφορών, εφαρμόζεται αναλόγως το άρθρο 79, προκειμένου οι οικονομικοί φορείς να αποδείξουν ότι εξακολουθούν να πληρούν τις σχετικές προϋποθέσεις, όπως έχουν καθοριστεί στα έγγραφα της σύμβασης για τη συμφωνία-πλαίσιο, β) πριν από την ανάθεση κάθε σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον/τους προσφέροντα/ες στον/στους οποίους έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει/ουν ενημερωμένα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79 και 80, και κατά περίπτωση, το άρθρο 82. Κατά τα λοιπά εφαρμόζεται το άρθρο 79. 9. Οι συμφωνίες - πλαίσιο αποστέλλονται για προληπτικό έλεγχο στο Ελεγκτικό Συνέδριο, κατά τις οικείες διατάξεις, ενώ οι εκτελεστικές αυτών συμβάσεις μόνο εφόσον η αξία τους υπερβαίνει αυτοτελώς τα εκάστοτε ισχύοντα όρια.». 10. Ειδικά, για δημόσιες συμβάσεις μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν συμφωνίες-πλαίσιο, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο παρόν άρθρο, μετά από σύμφωνη γνώμη του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου, όταν πρόκειται να παραχθεί σύνολο όμοιων μελετών ή ως άνω υπηρεσιών, για τις οποίες δεν είναι γνωστά εκ των προτέρων στοιχεία, όπως ιδίως ο ακριβής προσδιορισμός των επί μέρους συμβάσεων, οι χρόνοι έναρξης και λήξης εκπόνησης των επί μέρους μελετών ή παροχής τεχνικών υπηρεσιών, όπως και οι ακριβείς χώροι στους οποίους θα εκτελεσθούν οι συμβάσεις, μπορούν όμως να καθορισθούν οι τιμές και ενδεχομένως οι ποσότητες αυτών. Οι συμφωνίες - πλαίσιο συνάπτονται ιδίως για την εκτέλεση εργασιών υποστηρικτικών μελετών. Η μέγιστη αξία των συμφωνιών - πλαίσιο που συνάπτονται κατ' έτος απαγορεύεται να υπερβαίνει σε ποσοστό το είκοσι τοις εκατό (20%) των εγκεκριμένων ετήσιων πιστώσεων της αναθέτουσας αρχής για τις συμβάσεις

της παρούσας παραγράφου, με εκτίμηση τετραετίας. Στον περιορισμό αυτό δεν υπόκεινται οι συμφωνίες - πλαίσιο που συνάπτονται για την προετοιμασία του Φακέλου Δημόσιας Σύμβασης, κατά το άρθρο 45.». Η συμφωνία-πλαίσιο δεν αποτελεί τύπο δημόσιας σύμβασης, αλλά μια τεχνική-εργαλείο που η αναθέτουσα αρχή μπορεί να χρησιμοποιήσει για την επιλογή του αντισυμβαλλομένου της. Ως συμφωνία-πλαίσιο επομένως νοείται μια γενική συμφωνία, μία συμφωνία "ομπρέλα" μεταξύ των αναθετουσών αρχών και οικονομικών φορέων, στην οποία αποτυπώνονται εκ των προτέρων κάποιοι ή και όλοι οι όροι με βάση τους οποίους θα εκτελεστούν οι μελλοντικές συμβάσεις που θα συναφθούν καθ' όλη τη διάρκεια αυτής της συμφωνίας. Η συμφωνία-πλαίσιο δεν δημιουργεί από μόνη της μια νομικά δεσμευτική σύμβαση, και δεν αποτελεί δημόσια σύμβαση, σε αντίθεση με τις επιμέρους συμβάσεις που συνάπτονται βάσει των συμφωνιών αυτών. Σε γενικές γραμμές τα μέρη σε μια συμφωνία-πλαίσιο δεν υποχρεούνται εκ του νόμου να παρέχουν ή να δεχτούν τις υπηρεσίες που αποτελούν αντικείμενο της συμφωνίας-πλαίσιο, παρά μόνον εάν και όταν η αναθέτουσα αρχή ζητήσει τη σύναψη συγκεκριμένης σύμβασης. Οι συμφωνίες-πλαίσιο ολοκληρώνονται σε δύο φάσεις: κατά την πρώτη φάση συνάπτεται η συμφωνία-πλαίσιο, η οποία, όπως αναφέρθηκε, δεν περιλαμβάνει εκ του νόμου καμία συμβατική δέσμευση, αλλά προδιαγράφει κατά κανόνα τους όρους και τις προϋποθέσεις της τελικής σύμβασης που θα ισχύσει όταν αγοραστούν τα προϊόντα, οι υπηρεσίες και τα έργα, καθώς και τις τιμές ή ένα μηχανισμό καθορισμού της τιμής για τις υπηρεσίες που τελικά θα παρασχεθούν. Τέτοιος μηχανισμός καθορισμού τιμής μπορεί να είναι οποιοσδήποτε επιτρέπει τον προσδιορισμό της τιμής για την ανάθεση συγκεκριμένης εκτελεστικής σύμβασης κατά αντικειμενικό τρόπο, όπως π.χ. ποσοστό έκπτωσης επί τιμών λιανικής, αναφορά σε κατάλληλους δείκτες πληθωρισμού, ένα σύστημα που επιτρέπει τακτικές αναθεωρήσεις τιμών κ.ά. [βλ. Δ. Ράικος 'Δημόσιες Συμβάσεις ν.4412/2016 Ερμηνεία κατ' άρθρο', 2018, σελ. 426 (σκ.4-5), σελ435-436 (σκ.19)]. Η δεύτερη φάση είναι η ανάθεση των συμβάσεων που βασίζονται σε μια συμφωνία-πλαίσιο, των εκτελεστικών συμβάσεων ("call-off"), με τις οποίες και δημιουργείται τελικά η συμβατική δέσμευση για την αγορά προϊόντων ή υπηρεσιών συγκεκριμένης ποσότητας, όγκου ή αξίας. Ο τρόπος με τον οποίο

συνάπτονται οι συμβάσεις που βασίζονται σε μια συμφωνία-πλαίσιο, εξαρτάται από το εάν η συμφωνία-πλαίσιο συνήφθη μεταξύ ενός ή περισσοτέρων οικονομικών φορέων και από το εάν καθορίζονται όλοι οι όροι στην συμφωνία πλαίσιο ή όχι. Το περιεχόμενο μιας συμφωνίας-πλαίσιο περιλαμβάνει λεπτομέρειες ως προς τα μέρη, τη διάρκεια, το αντικείμενο, τον τρόπο με τον οποίο θα ανατεθούν οι εκτελεστικές συμβάσεις, τους συμβατικούς όρους που θα εφαρμοσθούν στις εκτελεστικές συμβάσεις, συμπεριλαμβανομένων των κριτηρίων ανάθεσης αυτών, τυχόν άλλες ρυθμίσεις για τη διενέργεια των μίνι-διαγωνισμών, το μηχανισμό καθορισμού τιμών (βλ. σχ. Κατευθυντήρια Οδηγία 3/2014 ΕΑΑΔΗΣΥ).

11. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της προδικαστικής προσφυγής, που αφορά προβαλλόμενη ασάφεια της διακήρυξης εκ του λόγου ότι δεν περιλαμβάνει το είδος και την ποσότητα των προς εκτέλεση εργασιών, καθώς και το κόστος αυτών, διατυπώνονται τα ακόλουθα: Στο Παράρτημα Β ΠΡΟΣΘΗΚΗ 3 ΠΙΝΑΚΑΣ 1 & 2, ως και την ΠΡΟΣΘΗΚΗ 4 ΠΙΝΑΚΑΣ 1 & 2, της διακήρυξης περιλαμβάνονται με πλήρη και αναλυτική περιγραφή πίνακες εργασιών για την προετοιμασία επιφανειών προκειμένου να εκτελεστεί βαφή αυτών και τον καθαρισμό των επιφανειών σε χώρους, για έκαστο Ναύσταθμο και δη η ΠΡΟΣΘΗΚΗ 3 αφορά στο Ναύσταθμο …και στην ευρύτερη περιοχή …, η δε ΠΡΟΣΘΗΚΗ 4 αφορά στο Ναύσταθμο …. Η ΠΡΟΣΘΗΚΗ 5 ΠΙΝΑΚΑΣ 1 & 2 του ίδιου Παραρτήματος Β της διακήρυξης αφορά στη δυναμικότητα (ίδια για κάθε Ναύσταθμο) του αναδόχου να εκτελέσει ταυτόχρονα τουλάχιστον ένα είδος εργασίας από τον ΠΙΝΑΚΑ 1 της ΠΡΟΣΘΗΚΗΣ 5 και δύο είδη εργασιών από τον ΠΙΝΑΚΑ 2 της ίδιας ΠΡΟΣΘΗΚΗΣ 5. Σε κάθε δε ΠΙΝΑΚΑ 1 & 2 των ΠΡΟΣΘΗΚΩΝ 3 & 4 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης περιλαμβάνεται στήλη υπό τον τίτλο ΕΙΔΟΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ, η οποία περιέχει αναλυτική περιγραφή έκαστης περιληφθείσας εργασίας. Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι η προσβαλλόμενη είναι ασαφής διότι δεν περιλαμβάνει το είδος των προς εκτέλεση εργασιών κρίνεται αβάσιμος. Εξάλλου, κατά τα διαληφθέντα στη σκέψη 10 της παρούσας, η εξεταζόμενη διακήρυξη συμφωνίας-πλαίσιο δεν κρίνεται ασαφής εκ του λόγου ότι δεν περιλαμβάνονται εκτιμήσεις των επιφανειών σε τετραγωνικά μέτρα, ούτε οι τύποι των πλοίων στους οποίους θα εκτελεσθούν εργασίες. Τούτο διότι κατά

τη σύνταξη της διακήρυξης της συμφωνίας-πλαίσιο δεν είναι δυνατόν να καθοριστούν οι ακριβείς ποσότητες (έκταση σε m2) των εργασιών που θα απαιτηθούν και θα ανατεθούν από κάθε κατηγορία κατά τη διάρκεια ισχύος της. Αυτήν ακριβώς την αναγκαιότητα της αναθέτουσας αρχής ικανοποιεί η προκήρυξη συμφωνίας πλαίσιο. Ο καθορισμός του μεγέθους των επιφανειών που θα δεχθούν τις υπηρεσίες των οικονομικών φορέων θα λάβει χώρα σε μεταγενέστερο στάδιο, ήτοι κατά τη διαδικασία σύναψης εκτελεστικών συμβάσεων, οπότε και θα καθοριστούν όλες οι απαραίτητες λεπτομέρειες, ως βάσιμα προβάλει και η αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, όσον αφορά την επικληθείσα από τον προσφεύγοντα ασάφεια της διακήρυξης σχετικά με το κόστος των εργασιών επισημαίνονται τα εξής: Σε κάθε ΠΙΝΑΚΑ 1 & 2 των ΠΡΟΣΘΗΚΩΝ 3 & 4 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης μετά τη στήλη ΕΙΔΟΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ περιλαμβάνεται στήλη υπό τον τίτλο ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΕΣ ΒΑΡΥΤΗΤΑΣ και τέλος στήλη υπό τον τίτλο ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΗ ΤΙΜΗ ΕΥΡΩ/ΜΟΝΑΔΑ ΜΕΤΡΗΣΗΣ Τιμή (Ευρώ/ τμ). Κατά την εξεταζόμενη διακήρυξη, για τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς του συμμετέχοντος απαιτείται για έκαστη εκ των περιγραφέντων στη διακήρυξη εργασιών ανά Ναύσταθμο (βλ. άρθρο 7 της διακήρυξης σε συνδυασμό με τις ΠΡΟΣΘΗΚΕΣ 3 & 4 του Παραρτήματος Β αυτής) η προσφερόμενη από αυτόν τιμή ανά τετραγωνικό μέτρο. Η αξιολόγηση των προσφορών θα γίνει με βάση τους τύπους ανάδειξης αναδόχου που περιγράφονται στα άρθρα 2 & 4 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης υπό τον τίτλο ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ και στην ΠΡΟΣΘΗΚΗ 2 του ίδιου Παραρτήματος υπό τον τίτλο ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ. Οι εν λόγω συντελεστές που θα χρησιμοποιηθούν για την ανάδειξη του μειοδότη έχουν προκύψει, σύμφωνα με την υπ' αρ. Φ.604.4.3./5/19/Σ.678/5-4-2019 Διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, βάσει της συχνότητας απαίτησης εκτέλεσης των εργασιών και εξήχθησαν στη βάση της συχνότητας που αναμένεται ο εργολάβος να διεκπεραιώσει μια εργασία σύμφωνα με τη συσσωρευμένη γνώση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποκτήθηκε από την παρακολούθηση της εξέλιξης των αντίστοιχων εργολαβιών των παρελθόντων ετών. Καταληκτικά η με αυτόν τον τρόπο περιγραφείσα από τη διακήρυξη της συμφωνίας-πλαίσιο κατ' είδος, ποσότητα και κόστος προσφορά έκαστου συμμετέχοντος κρίνεται σαφής και ορισμένη

και σύμφωνη με τις αρχές της διαφάνειας και του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι σε όλες τις έως τώρα διακηρύξεις του … για τις συγκεκριμένες εργασίες υπήρχε εκτίμηση των επιφανειών σε τετραγωνικά μέτρα και οι διαγωνιζόμενοι καλούνταν να προσφέρουν τιμές για τα αναφερόμενα μέτρα κρίνεται καταρχήν αλυσιτελής λόγω αφενός της αυτοτέλειας έκαστης διαγωνιστικής διαδικασίας και αφετέρου της μη εκ μέρους του αναφοράς εάν αναφέρεται σε συμφωνίες-πλαίσιο ή δημόσιες συμβάσεις, αλλά και προδήλως αόριστος. Τέλος, η εκ μέρους του προσφεύγοντος επίκληση της υπ' αρ. 218/2006 απόφασης του Ελεγκτικού Συνεδρίου αφορά σε δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό και όχι σε συμφωνία-πλαίσιο. Κατά συνέπεια ο πρώτος λόγος της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος.

12. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου προδικαστικής προσφυγής, περί περιορισμού της ελευθερίας των διαγωνιζομένων να προσφέρουν τις τιμές που εκείνοι θεωρούν εύλογες για κάθε εργασία εκ του γεγονότος ότι οι διαγωνιζόμενοι καλούνται να μην προσφέρουν τιμές στις εργασίες ΙΑ1, ΙΑ2, ΙΑ3, ΙΑ4, ΙΑ7, ΙΑ8 και ΙΑ9, καθόσον οι τιμές βάσει της διακήρυξης για τις άνω εργασίες θα προκύψουν από την προσφερόμενη για την εργασία ΙΑ5 τιμή (βασική τιμή) την οποία θα πολλαπλασιάσει η αναθέτουσα με διάφορους τυχαίους, κατά τον προσφεύγοντα, για κάθε εργασία συντελεστές, κρίνεται αβάσιμος. Ειδικότερα, κατά την ερμηνευτική ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής η Οδηγία 2014/24/ΕΕ (European Commission, Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive, CC/2005/03_rev 1 of 14.7.2005 παρ. 2.2.) δεν απαιτεί να ορίζεται η τιμή στην ίδια τη συμφωνία-πλαίσιο, θα πρέπει, όπου είναι δυνατόν, η συμφωνία-πλαίσιο να περιλαμβάνει είτε συγκεκριμένες τιμές, είτε έναν μηχανισμό καθορισμού τιμών. Τέτοιος μηχανισμός καθορισμού τιμών μπορεί να είναι οποιοσδήποτε επιτρέπει τον προσδιορισμό της τιμής κατά αντικειμενικό τρόπο, με βάση και τα διατυπωθέντα στη σκέψη 10 της παρούσας. Σύμφωνα δε με το άρθρο υπό τον τίτλο ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΑΝΑΔΟΧΟΥ στην ΠΡΟΣΘΗΚΗ 2 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης ορίζεται ότι: «*1. Η αξιολόγηση των προσφορών θα γίνει με βάση τους ακόλουθους τύπους ανάδειξης αναδόχου ΟΚΝΣ και ΟΚΝΚ ξεχωριστά για κάθε Ναύσταθμο ως εξής: α. Ναύσταθμος …και ευρύτερη*

περιοχή …ΟΚΝΣ = Σ (Συντελεστής βαρύτητας εργασίας Χ Τιμή Εργασίας ανά Κατηγορία για Ναύσταθμο …και ευρύτερης περιοχής …**) ήτοι ΟΚΝΣ = ΣΑ1 * Τιμή Α1 + ΣΑ2 * Τιμή Α2 + ΣΒ1 * Τιμή Β1 + ΣΓ1 * Τιμή Γ1 + ΣΓ2 * Τιμή Γ2 + ΣΔ1 * Τιμή Δ1 + ΣΕ1 * Τιμή Ε1 + ΣΕ2 * Τιμή Ε2 + ΣΣΤ1 * Τιμή ΣΤ1 + ΣΖ1 * Τιμή Ζ1 + ΣΖ2 * Τιμή Ζ2 + ΣΗ1 * Τιμή Η1 + ΣΘ1 * Τιμή Θ1 + ΣΘ2 * Τιμή Θ2 + ΣΙ1 * Τιμή Ι1 + ΣΙ2 * Τιμή Ι2 + ΣΙΑ1 * Τιμή ΙΑ1 + ΣΙΑ2 * Τιμή ΙΑ2 + ΣΙΑ3 * Τιμή ΙΑ3 + ΣΙΑ4 * Τιμή ΙΑ4 + ΣΙΑ5α * Τιμή ΙΑ5α + ΣΙΑ5β * Τιμή ΙΑ5β + ΣΙΑ6 * Τιμή ΙΑ6 ΣΙΑ7 * Τιμή ΙΑ7 + ΣΙΑ8 * Τιμή ΙΑ8 + ΣΙΑ9 * Τιμή ΙΑ9 + ΣΙΒ * Τιμή ΙΒ β. Ναυσταθμος Κρήτης ΟΚΝκ = Σ (Συντελεστής βαρύτητας εργασίας* Χ Τιμή Εργασίας ανά Κατηγορία για Ναύσταθμο Κρήτης**) ήτοι ΟΚΝΚ = ΣΑ1 * Τιμή Α1 + ΣΑ2 * Τιμή Α2 + ΣΒ1 * Τιμή Β1 + ΣΓ1 * Τιμή Γ1 + ΣΓ2 * Τιμή Γ2 + ΣΔ1 * Τιμή Δ1 + ΣΕ1 * Τιμή Ε1 + ΣΕ2 * Τιμή Ε2 + ΣΣΤ1 * Τιμή ΣΤ1 + ΣΖ1 * Τιμή Ζ1 + ΣΖ2 * Τιμή Ζ2 + ΣΗ1 * Τιμή Η1 + ΣΘ1 * Τιμή Θ1 + ΣΘ2 * Τιμή Θ2 + ΣΙ1 * Τιμή Ι1 + ΣΙ2 * Τιμή Ι2 + ΣΙΑ1 * Τιμή ΙΑ1 + ΣΙΑ2 * Τιμή ΙΑ2 + ΣΙΑ3 * Τιμή ΙΑ3 + ΣΙΑ4 * Τιμή ΙΑ4 + ΣΙΑ5α * Τιμή ΙΑ5α + ΣΙΑ5β * Τιμή ΙΑ5β + ΣΙΑ6 * Τιμή ΙΑ6 ΣΙΑ7 * Τιμή ΙΑ7 + ΣΙΑ8 * Τιμή ΙΑ8 + ΣΙΑ9 * Τιμή ΙΑ9 + ΣΙΒ * Τιμή ΙΒ. Λαμβάνονται υπόψη οι συντελεστές βαρύτητας που αναγράφονται σε πίνακες 1 και 2 της Προσθήκης 3 Παραρτήματος «Β» της παρούσης που αφορούν το Ναύσταθμο …και την ευρύτερη περιοχή …, καθώς και οι συντελεστές βαρύτητας που αναγράφονται σε πίνακες 1 και 2 της Προσθήκης 4 Παραρτήματος «Β» παρούσης που αφορούν τον Ναύσταθμο …. Για τις εργασίες Α1, Α2, Β1, Γ1, Γ2, Δ1, Ε1, Ε2, ΣΤ1, Ζ1, Ζ2, Η1, Θ1, Θ2, Ι1, Ι2 Πινάκων 1 καθώς και ΙΑ5α, ΙΑ5β, ΙΑ6, ΙΒ Πινάκων 2, Προσθηκών 3 και 4 Παραρτήματος «Β» της παρούσης, θα ληφθούν υπόψη οι προσφερόμενες ανά εργασία τιμές από τους υποψήφιους αναδόχους. Για τις εργασίες ΙΑ1, ΙΑ2, ΙΑ3, ΙΑ4, ΙΑ7, ΙΑ8, ΙΑ9 Πίνακα 2 Προσθηκών 3 και 4 Παραρτήματος «Β» της παρούσης, θα ληφθούν υπόψη τα γινόμενα της προσφερόμενης τιμής για ΙΑ5α επί των επιμέρους συντελεστών διόρθωσης ως αναγράφονται σε ακόλουθο πίνακα (οι εν λόγω συντελεστές διόρθωσης αναφέρονται και σε υποσημείωση 1 Πινάκων 2 .....».* Εν προκειμένω, με κανένα τρόπο δεν στοιχειοθετείται από τον προσφεύγοντα ούτε αποδεικνύεται ότι η χρήση συντελεστών για τον υπολογισμό του κόστους (ανά μονάδα μέτρησης) στις κατηγορίες εργασιών ΙΑ1, ΙΑ2, ΙΑ3, ΙΑ4, ΙΑ7, ΙΑ8 και ΙΑ9 βάσει της

προσφερόμενης τιμής του ΙΑ5 δεν επιτρέπει τον προσδιορισμό της τιμής κατά αντικειμενικό τρόπο, πολλώ δε μάλλον ότι εκ της χρήσης αυτών των συντελεστών περιορίζεται ανεπίτρεπτα ο ελεύθερος ανταγωνισμός. Η δε επιλογή των συγκεκριμένων συντελεστών τεκμηριώνεται από την αναθέτουσα αρχή στην προαναφερθείσα υπ' αρ. Φ.604.4.3./5/19/Σ.678/5-4-2019 Διευκρίνιση, ως εξαχθέντες στη βάση της συχνότητας που αναμένεται ο εργολάβος να διεκπεραιώσει μια εργασία σύμφωνα με τη συσσωρευμένη γνώση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποκτήθηκε από την παρακολούθηση της εξέλιξης των αντίστοιχων εργολαβιών των παρελθόντων ετών. Κατά τούτο απορριπτέος τυγχάνει και ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής.

13. Επειδή, όσον αφορά στον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, ότι δηλαδή η αναθέτουσα αρχή δεν προσδιορίζει τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι διαγωνιζόμενοι για να αποδείξουν αφενός την επάρκεια και το σύγχρονο του εξοπλισμού τους και αφετέρου την εκπαίδευση και την επάρκεια του προσωπικού τους, καθώς, κατά τον προσφεύγοντα η υπεύθυνη δήλωση του διαγωνιζόμενου δεν είναι αποδεικτικό στοιχείο ούτε για την επάρκεια και το είδος του μηχανικού εξοπλισμού, ούτε για την επάρκεια και εκπαίδευση του προσωπικού του, κρίνεται αβάσιμος. Καταρχήν, η αναθέτουσα αρχή έχει την αρμοδιότητα να καθορίζει το ελάχιστο επίπεδο κριτηρίων τεχνικών ή/και επαγγελματικών ικανοτήτων που κρίνει αναγκαίο για την επιτυχή υλοποίηση της σύμβασης, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο υφιστάμενο θεσμικό πλαίσιο. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή εάν ο εκάστοτε προσφέρων διαθέτει την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων που θα μετέχουν στο διαγωνισμό. Στην εξεταζόμενη διακήρυξη στο άρθρο 1 του τεύχους «Ειδικοί Όροι» με τίτλο περιεχόμενα (υπό φακέλου) «Δικαιολογητικά συμμετοχής – Τεχνική προσφορά» στην παρ. 2 ορίζεται : *«2. Τεχνική προσφορά Στον (υπό)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική προσφορά», περιλαμβάνεται η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα και τα αναφερόμενα ηλεκτρονικά αρχεία (μορφή pdf) όπως αναλυτικά περιγράφονται*

στον πίνακα παραγράφου (β) της συνημμένης Προσθήκης «1» του παρόντος Παραρτήματος. Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016 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.». Κατά το άρθρο 3 των Ειδικών Όρων της διακήρυξης ορίζεται ότι: «*Αποδεικτικά στοιχεία, που αφορούν στη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και πλήρωσης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής του προσφέροντος, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση και τα οποία υποβάλλονται κατά τα ως άνω από αυτόν, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση, κατά περίπτωση όπως αναλυτικά περιγράφονται στον πίνακα παραγράφου (δ), της συνημμένης Προσθήκης ‘’1’’ του παρόντος Παραρτήματος*.». Επίσης στο άρθρο 8 του τεύχους «Ειδικοί Όροι» με τίτλο «Κριτήρια Επιλογής» ορίζονται τα εξής: *«1. Ο οικονομικός φορέας θα διαθέτει πιστοποιητικά για συστήματα διαχείρισης ποιότητας (των οποίων η διάρκεια ισχύος θα καλύπτει όλη τη διάρκεια της σύμβασης) φορέα εγκεκριμένου από το ΕΣΥΔ ή από την «Ευρωπαϊκή Συνεργασία για τη Διαπίστευση» (European cooperation of Accreditation – EA) ή από φορέα μέλος του «International Accreditation Forum (IAF)», με αντικείμενο σχετικό με τις επισκευές σε πλοία για τα κάτωθι: α. Σύστημα διαχείρισης ποιότητας κατά το πρότυπο ΕΝ ISO 9001:2015 ή ισοδύναμο. β. Σύστημα περιβαλλοντικής διαχείρισης κατά το πρότυπο ΕΝ ISO 14001:2015 ή ισοδύναμο. γ. Σύστημα διαχείρισης της υγείας και της ασφάλειας στην εργασία κατά τα πρότυπα ISO 45001:2018 / OHSAS 18001:2007/ ΕΛΟΤ 1801, ή ισοδύναμο. Τα έξοδα των απαιτήσεων διασφάλισης ποιότητας βαρύνουν τον ανάδοχο. 2. Ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να διαθέτει άδεια/απόφαση η οποία θα έχει εκδοθεί από τον κατά τόπο και καθ’ ύλη αρμόδιο Αντιπεριφερειάρχη, ως αρ. 6 του Ν.3551/2007 και θα βεβαιώνει ότι η εν λόγω επιχείρηση: α. Είναι εγγεγραμμένη στο Ειδικό Μητρώο Επιχειρήσεων Ναυπήγησης, Μετατροπής, Επισκευής, και Συντήρησης Πλοίου, το οποίο τηρείται σε έντυπη και ηλεκτρονική μορφή από τις Διευθύνσεις Ανάπτυξης των Νομαρχιακών Αυτοδιοικήσεων (Ν.Α.) που έχουν συσταθεί σύμφωνα με την παρ. 2, του άρθρου 1, του Ν.3325/2005 (ΦΕΚ 68Α΄), και σε Κατηγορία Κατατάξεως*

απολύτως σχετική και ταυτιζόμενη με το αντικείμενο του παρόντος Διαγωνισμού και συγκεκριμένα για εργασίες βαφής και καθαρισμού σε πλοία / πλωτά μέσα και δεξαμενές, από τις υπηρεσίες του προηγούμενου εδαφίου στα διοικητικά όρια των οποίων η επιχείρηση αυτή έχει καταστατική της έδρα ή ασκεί τη δραστηριότητά της. β. Λειτουργεί σύμφωνα και με τα διαλαμβανόμενα στο Ν.3551/2007. 3. Ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να διαθέτει αντίγραφα των πτυχίων και των πιστοποιητικών του Τεχνικού Ασφαλείας και του Επιθεωρητή συστημάτων επιχρισμάτων που θα διαθέτει και θα χρησιμοποιεί ως ανάδοχος καθ' όλη τη διάρκεια των εργασιών. Η συνεργασία τους θα πρέπει να αποδεικνύεται με τιμολόγια-αποδείξεις παροχής υπηρεσιών και με συμβάσεις παροχής υπηρεσιών για όλο το χρονικό διάστημα της συνεργασίας του αναδόχου με το …. 4. Για την επίτευξη των όρων και των απαιτήσεων της Τεχνικής Προδιαγραφής, όσον αφορά στην εκτέλεση των εργασιών αλλά και στις δυνατότητες παραγωγής, ο ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει κατάλληλο, επαρκή και συγχρόνου τεχνολογίας εξοπλισμό (μηχανήματα, συσκευές ψηγματοβολής, υδροβολής, γερανούς, σκαλωσιές, αναβατόρια, κτλ) καθώς και κατάλληλα εκπαιδευμένο και επαρκές προσωπικό. 5. Οι συμμετέχοντες θα υποβάλλουν κατάλληλα συμπληρωμένο σύμφωνα με το Παράρτημα «ΣΤ» της παρούσης, το Φύλλο Συμμόρφωσης προς τους όρους της ΠΕΔ. Προσφορά χωρίς ή με ελλιπές/ανεπαρκές Φύλλο Συμμόρφωσης θα απορρίπτεται. 6. Οι ανάδοχοι θα πρέπει να συμμορφώνονται με τους όρους διαχείρισης αποβλήτων ως αυτοί αναφέρονται στο ΦΕΚ υπ' αριθ. 1909/Β'/22.12.2003 και στο ΦΕΚ υπ' αριθ. 383/Β'/28.3.2006. Η απομάκρυνση/αποκομιδή των πάσης φύσεως παραγόμενων αποβλήτων εκτός Ναυστάθμου, αποτελεί υποχρέωση των αναδόχων, ανεξάρτητα από το αν τα υλικά προέλευσης των προϊόντων αυτών (άμμος αμμοβολής, κυτία χρωμάτων, διαλύτες, κλπ) έχουν χορηγηθεί από το … ή προσκομίσθηκαν από τον ίδιο και θα πρέπει να πραγματοποιείται το αργότερο εντός 15 ημερών από την ολοκλήρωση των εργασιών υφαλοχρωματισμού. Τα απόβλητα θα παραδίδονται σε φυσικό ή νομικό πρόσωπο (δημόσιου ή ιδιωτικού δικαίου) που πληροί τις απαιτήσεις των ανωτέρω νόμων και θα υποβάλλονται ανάλογα πιστοποιητικά στην υπηρεσία εντός μηνός. Για την εξόφληση του αναδόχου απαιτείται προηγουμένως η προσκόμιση στην αρμόδια Επιτροπή Παραλαβής παραστατικών προώθησης

αποβλήτων προς κατάλληλη επεξεργασία σε φυσικό ή νομικό πρόσωπο(ιδιωτικού ή δημοσίου δικαίου) που πληρεί τις απαιτήσεις του Ν.4042/12. Εν λόγω παραστατικά θα διαβιβάζονται από ΝΣ/ΔΤ σε ΚΕΦΝ μαζί μαζί με το σύνολο των δικαιολογητικών εκάστης δαπάνης, προκειμένου ακολουθεί η εξόφληση του αναδόχου. 7. Οι συμμετέχοντες θα υποβάλλουν επίσημα στοιχεία που να πιστοποιούν τον κύκλο εργασιών της εταιρείας του / των εταιρειών τους (π.χ. τιμολόγια σε εργασίες στο αντικείμενο της παρούσας σύμβασης και των αντικειμένων: «ΠΡΟΕΤΟΙΜΑΣΙΑ ΕΠΙΦΑΝΕΙΩΝ ΓΙΑ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΕΠΙΧΡΙΣΜΑΤΩΝ/ ΒΑΦΩΝ», «ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΕΠΙΧΡΙΣΜΑΤΩΝ/ΒΑΦΩΝ ΣΕ ΕΠΙΦΑΝΕΙΕΣ», «ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΣ ΕΠΙΦΑΝΕΙΩΝ» σε πλοία ή/ και πλωτές δεξαμενές ή / και δεξαμενές ξηράς) κατά τις τρείς προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις το σύνολο των οποίων να μην υπολείπεται του 10% του προϋπολογισμού αυτής για κάθε χρονιά ή αθροιστικά να καλύπτει το 30% κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (92.000,00€/έτος ή 276.000,00€/τριετία) ενώ για νεοσύστατες εταιρείες περιορίζεται στο χρονικό διάστημα που έχουν λειτουργήσει (γίνεται αναγωγή αναλογικά στους μήνες που λειτουργούν) (οι παροχές υπηρεσιών να αποδεικνύονται με τα απαραίτητα παραστατικά - τιμολόγια τα οποία θα προσκομισθούν από τις ενδιαφερόμενες εταιρείες). 8. Οι συμμετέχοντες θα καταθέσουν οικονομικές προσφορές για συμμετοχή στο διαγωνισμό και για τους δύο Ναυστάθμους. Διευκρινίζεται ότι για κάθε Ναύσταθμο θα κατατεθεί ξεχωριστή οικονομική προσφορά. Οι συμμετέχοντες υποχρεούνται να προσφέρουν τιμές για όλες τις εργασίες Α1 έως και Ι2 Πίνακα 1 και ΙΑ5α, ΙΑ5β, ΙΑ6, ΙΒ Πίνακα 2 Προσθήκης 3 και 4 Παρατήματος «Β» της παρούσας και για τους δύο Ναυστάθμους, διαφορετικά οι προσφορές τους απορρίπτονται και αποκλείονται από την οικονομική αξιολόγηση του διαγωνισμού. 9. Ο ανάδοχος υποχρεούται να αναλαμβάνει όλες τις εργασίες παρούσης εργολαβίας επί …Πλοίων, πλωτών δεξαμενών και πλωτών μέσων στο … και ευρύτερη περιοχή …και στο … αντίστοιχα που θα του αναθέτει η Υπηρεσία. 10. Οι συμμετέχοντες θα πρέπει να τηρήσουν τη διάταξη της παραγράφου 12, του άρθρου 66, του ΝΔ 1400/73, που αφορά στη μη χρησιμοποίηση σαν άμεσο ή έμμεσο αντιπρόσωπό τους, μόνιμο ή σε εφεδρεία Αξιωματικό των τριών κλάδων των ΕΔ εφ' όσον δεν έχει παρέλθει 5ετία από το

χρόνο αποστρατείας του.». Εξάλλου, στο άρθρο 9 των Ειδικών Όρων της Διακήρυξης αναφέρεται ότι: «*Ο ανάδοχος υποχρεούται στη διάθεση των μέσων / εξοπλισμού / μηχανημάτων / προσωπικού και υλικών (λ.χ. υλικό για ψηγματοβολή) προκειμένου να είναι σε θέση να καλύπτει τεχνικά τις απαιτήσεις για τις κατηγορίες εργασιών της ΠΕΔ. Δεδομένου ότι οι εργασίες αφορούν σε οποιοδήποτε εσωτερικό / εξωτερικό τμήμα της κατασκευής (για όλα τα πλοία και πλωτά μέσα ανεξάρτητα από τον τύπο τους) οι ενδεχόμενες απαιτήσεις για ανέγερση ικριωμάτων, χρήση γερανοφόρου ανυψωτικού μηχανήματος ή καταλλήλου αναβατορίου αποτελούν υποχρέωση του εργολάβου. Σε περίπτωση αδυναμίας διαθέσεως του απαραίτητου εξοπλισμού / μέσων και προσωπικού για την εκτέλεση όλων των εργασιών, θα κηρύσσεται έκπτωτος και θα επωμίζεται το σύνολο των υποχρεώσεων που απορρέουν από την ισχύουσα νομοθεσία*». Τέλος, στο Παράρτημα Β ΠΡΟΣΘΗΚΗ 1 της διακήρυξης περιλαμβάνεται Πίνακας Περιεχομένου Προσφορών και δη α. Δικαιολογητικών Συμμετοχής, β. Τεχνικής προφοράς, στα οποία, μεταξύ άλλων, περιλαμβάνεται και *«Υπεύθυνη δήλωση (Ν. 1599/86) όπου θα αναφέρεται ότι ο συμμετέχων: α. διαθέτει όλα τα απαιτούμενα μέσα/εξοπλισμό/μηχανήματα/προσωπικό για την ανάληψη των εργασιών της παρούσης Διακήρυξης, β. διατηρεί τη δυνατότητα να εκτελέσει ταυτόχρονα τουλάχιστον ένα είδος εργασίας από τον πίνακα 1 και δύο είδη εργασιών από τον πίνακα 2 Προσθήκης 5 Παραρτήματος «Β» παρούσης (οι εργασίες δύναται να αφορούν διαφορετικά σκάφη), επιτυγχάνοντας την αντίστοιχη καθοριζόμενη δυναμικότητα, στον Ναύσταθμο …και ευρύτερη περιοχή …και στον Ναύσταθμο ….»*, γ. Οικονομικής Προσφοράς και δ. Δικαιολογητικών Κατακύρωσης. Στον Πίνακα των Δικαιολογητικών Κατακύρωσης περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, και τα εξής: «*7. Κατάσταση του προσωπικού που προτίθεται να απασχολήσει ως υποψήφιος εργολάβος για την υλοποίηση της σύμβασης (είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του προσφέροντος, είτε συνεργάζονται άμεσα), και στις τεχνικές του υπηρεσίες. Σε περίπτωση που θα τροποποιηθεί ποσοτικά ή ποιοτικά το απαιτούμενο για την ολοκλήρωση της εργολαβίας προσωπικό, οφείλει να προσκομίσει στην Υπηρεσία νέα ενημερωμένη κατάσταση του προσωπικού και των τεχνικών υπηρεσιών αυτών*», «*Για τον τεχνικό ασφαλείας αλλά και για το προσωπικό*

που δεν ανήκει στην επιχείρηση και που ο ανάδοχος θα απασχολήσει για την εκτέλεση του ανατιθέμενου έργου, η συνεργασία τους θα πρέπει να αποδεικνύεται με τιμολόγια - αποδείξεις παροχής υπηρεσιών και με συμβάσεις παροχής υπηρεσιών για όλο το χρονικό διάστημα της συνεργασίας του αναδόχου με το …», «*Τις συμβάσεις εργασίας με τις οποίες έχει προσλάβει και απασχολεί το προσωπικό του για την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου*», «*Αντίγραφα των πτυχίων και των πιστοποιητικών του Τεχνικού Ασφαλείας και του Επιθεωρητή επιχρισμάτων πιστοποιημένου τουλάχιστον κατά «Level 2» από διεθνώς αναγνωρισμένο οργανισμό (π.χ. FROSIO, NACE, ICorr, SSPC, BGAS), που θα διαθέτει και θα χρησιμοποιεί ο ανάδοχος καθ' όλη τη διάρκεια των εργασιών. (Υποβάλλονται μόνο στην περίπτωση που υποβλήθηκε η Υπεύθυνη Δήλωση του πεδίου 4 της Τεχνικής προσφοράς)*» και «*Σε περίπτωση που ο προσφέρων προτίθεται να εκτελέσει τη σύμβαση στηριζόμενος στις τεχνικές δυνατότητες και άλλων επιχειρήσεων, πρέπει να υποβάλει έγγραφη δέσμευση του νόμιμου εκπροσώπου των επιχειρήσεων αυτών ότι θα θέσουν στη διάθεσή του τα αναγκαία προς τούτο μέσα και θα εκτελέσουν κάθε απαιτούμενη εργασία.*». Από τους άνω αναφερόμενους όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει επ' ακριβώς τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι διαγωνιζόμενοι για να αποδείξουν την επάρκεια και τον εξοπλισμό τους και αφετέρου την εκπαίδευση και την επάρκεια του προσωπικού τους. Συνεπώς αν ο ανάδοχος, παρά την κατάθεση της υπεύθυνης δήλωσης, δεν διαθέτει, τελικά, τον απαιτούμενο εξοπλισμό και το ανθρώπινο δυναμικό, τα οποία, αμφότερα, θα του επιτρέψουν να ανταποκριθεί με σαφώς προσδιορισμένη συχνότητα που θέτει η διακήρυξη στην εκτέλεση των, επίσης, σαφώς προσδιορισμένων εργασιών (ενός είδους εκ του πίνακα 1 και δύο ειδών εργασιών από τον πίνακα 2 της Προσθήκης 5 του Παραρτήματος «Β» της Διακήρυξης), τότε δεν θα του ανατεθεί η σύμβαση. Κατά συνέπεια απορριπτέος ως αβάσιμος τυγχάνει και ο τρίτος λόγος της προδικαστικής προσφυγής.

14. Επειδή, επί του τέταρτου λόγου προσφυγής ότι, δηλαδή, μολονότι το αντικείμενο του διαγωνισμού αφορά σε πλωτά μέσα και πλωτές δεξαμενές, εντούτοις στο άρθρο 8§7 των ειδικών όρων η διακήρυξη επιτρέπει στους διαγωνιζόμενους να επικαλεσθούν στον κύκλο εργασιών τους και

εργασίες σε δεξαμενές ξηράς, που ουδεμία σχέση έχουν με το αντικείμενο του διαγωνισμού, κρίνεται αβάσιμος. Συγκεκριμένα, στο άρθρο 8§2 εδ. α του τεύχους της διακήρυξης «Ειδικοί Όροι» αναφέρεται ότι *«οι διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι στο Ειδικό Μητρώο Επιχειρήσεων, Ναυπήγησης ….. σε κατηγορία κατατάξεως απολύτως σχετική και ταυτιζόμενη με το αντικείμενο του παρόντος διαγωνισμού και συγκεκριμένα για εργασίες βαφής και καθαρισμού σε πλοία πλωτά μέσα και δεξαμενές ….»*. Περαιτέρω στην παρ. 7 του αυτού άρθρου 8 αναφέρεται ότι *«Οι συμμετέχοντες θα υποβάλλουν επίσημα στοιχεία που θα πιστοποιούν τον κύκλο εργασιών της εταιρίας ….. σε πλοία ή / και πλωτές δεξαμενές ή/ και δεξαμενές ξηράς…...»*. Κατά δήλωση της αναθέτουσας αρχής, ο αριθμός των υφισταμένων πλωτών δεξαμενών είναι περιορισμένος. Επιπρόσθετα, ενδέχεται να υφίστανται κατάλληλοι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς, οι οποίοι εναρμονίζονται με τις σύγχρονες τεχνικές απαιτήσεις και δύνανται να αναλάβουν την υπόψη εργολαβία, που όμως δεν κατέχουν κύκλο εργασιών σε πλωτές δεξαμενές (εγγεγραμμένοι στο αντίστοιχο ειδικό μητρώο επιχειρήσεων ναυπήγησης, μετατροπής, επισκευής και συντήρησης πλοίου, και σε Κατηγορία Κατατάξεως απολύτως σχετική και ταυτιζόμενη με το αντικείμενο του υπόψη Διαγωνισμού και συγκεκριμένα για εργασίες βαφής και καθαρισμού σε πλοία / πλωτά μέσα και δεξαμενές ως αντίστοιχο άρθρο 8 παρ. 2 διακήρυξης). Οι απαιτούμενες εργασίες για προετοιμασία των μεταλλικών επιφανειών (λ.χ. εκτέλεση αμμοβολών) καθαρισμό / βαφή δεξαμενών ξηράς είναι συναφείς με τις αντίστοιχες και ανάλογες σε πλωτές δεξαμενές από πλευράς συνθηκών/περιβάλλοντος, στο οποίο θα κληθεί να εργαστεί/λειτουργήσει το προσωπικό του αναδόχου (διαστάσεων χώρων/συνολικού όγκου και ιδιαιτεροτήτων/εμποδίων/διαμορφώσεων). Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, ο προσβαλλόμενος όρος δεν κρίνεται φωτογραφικός για την εξυπηρέτηση αυτών που δεν έχουν εκτελέσει εργασίες σε πλωτές δεξαμενές, αλλά σε δεξαμενές ξηράς, όπως αόριστα προβάλλει ο προσφεύγων. Αντίθετα κρίνεται ότι στοχεύει στην εξυπηρέτηση του ανταγωνισμού, αφού δίδει τη δυνατότητα συμμετοχής στον προκείμενο διαγωνισμό κατάλληλων οικονομικών φορέων με κύκλο εργασιών που περιλαμβάνουν, εκτός των άλλων, και εκτελούμενες σε δεξαμενές ξηράς.

Κατά συνέπεια και ο τέταρτος λόγος της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής κρίνεται απορριπτέος ως αβάσιμος.

15. Επειδή, όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής ότι, δηλαδή, εφόσον δεν περιλαμβάνονται εργασίες επιχρισμάτων τοίχων και σκελετού ενός κτιρίου στην υπό ανάθεση σύμβαση, προς αποφυγή αμφισβητήσεων ή παρερμηνειών ο όρος «επιχρίσματα» θα πρέπει να αφαιρεθεί από τον τίτλο και το αντικείμενο της προσβαλλόμενης διακήρυξης, κρίνεται και αυτός αβάσιμος. Ειδικότερα, ως υποστηρίζει και η αναθέτουσα αρχή, στο τεύχος της διακήρυξης ο όρος «επίχρισμα» δεν συσχετίζεται με «*επικάλυψη των τοίχων και του σκελετού ενός κτιρίου με ένα ή περισσότερα στρώματα κονιάματος*», όπως επικαλείται ο προσφεύγων. Ο όρος επίχρισμα για την υπό ανάθεση σύμβαση αφορά χωρίς αμφισημία «βαφή» και «χρώμα» εσωτερικών / εξωτερικών χώρων των …πλοίων, των πλωτών μέσων και των πλωτών δεξαμενών που ανήκουν στο …. Κατά συνέπεια και ο πέμπτος λόγος της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής κρίνεται απορριπτέος.

16. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όσων αναπτύχθηκαν στις παραπάνω σκέψεις η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή κρίνεται απορριπτέα ως αβάσιμη, η δε ασκηθείσα παρέμβαση κρίνεται απορριπτέα ως απαράδεκτη.

17. Επειδή, με βάση την προηγούμενη σκέψη θα πρέπει να καταπέσει το με στοιχεία …παράβολο, ποσού 4.600,00 €.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του με στοιχεία …παραβόλου, ποσού 4.600,00 €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 8-4-2019 και εκδόθηκε την 22-4-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ **Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ **ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ ΑΝΘΟΥΛΑ**

Αριθμός απόφασης: 1004,1005 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
2^{Ο} ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19 Αυγούστου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να συνεξετάσει α) την από 12.07.2019 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 886/12.07.2019 Προδικαστική Προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας, με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην ....., στο ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και β) την από 15.07.2019 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 894/16.07.2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο ....., επί της οδού ....., αρ. ....., ομοίως νομίμως εκπροσωπούμενης, καθώς στρέφονται κατά του ίδιου αναθέτοντα φορέα για την ίδια διαγωνιστική διαδικασία και κατά της ίδιας εκτελεστής πράξης του αναθέτοντος φορέα, προσήκει συνεπώς η συνεξέταση των και δη

Κατά του «.....», στο πλαίσιο ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (με α/α ΕΣΗΔΗΣ: .....), που αυτός διενεργεί, με αντικείμενο την Προμήθεια φρέσκου Γάλακτος για την κάλυψη των αναγκών των δικαιούχων εργαζομένων του ..... για το έτος 2019 - 2020, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 70.500,07€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13% και ειδικότερα κατά της με αριθμ. 198/2019 (από τη 17^{η} Τακτική Συνεδρίαση της 01.07.2019) απόφασης της Εκτελεστικής

Επιτροπής του ....., για τους ειδικότερους λόγους που αναφέρονται ξεχωριστά στις ως άνω υπό εξέταση προσφυγές.

Κατά της πρώτης προσφεύγουσας η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο ....., επί της οδού ....., νομίμως εκπροσωπούμενης, άσκησε την από 24.07.2019 (ημερομηνία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της και κατά της δεύτερης ως άνω προσφεύγουσας η συμμετέχουσα ατομική επιχείρηση ..... που κατοικοεδρεύει στη ....., επί της οδού ....., αρ. ……., άσκησε την από 25.07.2019 (ημερομηνία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο διαγωνισμός με ΑΔΑΜ ..... 2019-04-05 που προκήρυξε ο ..... με την με αριθμ. πρωτ. ..... διακήρυξή του, ενόψει του προϋπολογισμού της προκείμενης σύμβασης (άρθρα 345 παρ. 1 και 6 παρ.1 του Ν. 4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) καθώς και της δραστηριότητας και νομικής φύσης του ..... εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς και στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, η 05.04.2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ΄ της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε από την παρ. 4 του άρθρου 43 του Ν.4487/2017, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προδικαστικές προσφυγές είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

2. Επειδή, οι υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές έχουν ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ.

1 περ. α΄, 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α΄, 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, καταβλήθηκαν δε και δεσμεύτηκαν τα νόμιμα παράβολα (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..... της υπό α) ως άνω Προσφυγής και ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..... της υπό β) ως άνω Προσφυγής εκδοθέντα για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 600,00€ αντιστοίχως, που αποτελεί το κατώτερο κατά νόμο ποσό παραβόλου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, οι υπό κρίση Προδικαστικές Προσφυγές έχουν κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α΄), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη, αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 03.07.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, ειδικότερα η Προδικαστική Προσφυγή της πρώτης προσφεύγουσας εταιρείας κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 12.07.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή της δεύτερης προσφεύγουσας εταιρείας κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 15.07.2019, ήτοι εντός της εκ του νόμου ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας, σημειωτέον δε ότι οι ημέρες Σάββατο και Κυριακή είναι κατά νόμον ημέρες εξαιρεταίες.

4. Επειδή, με την προσβαλλόμενη με αριθμ. 198/2019 απόφαση του ....., όπως τούτη εκδόθηκε στο πλαίσιο ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού (με α/α στο ΕΣΗΔΗΣ .....), που αυτός διενεργεί, για την Προμήθεια φρέσκου Γάλακτος προκειμένου για την κάλυψη των αναγκών των δικαιούχων εργαζομένων του για το έτος 2019-2020, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισμού 70.500,07€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%, κατ΄ αποδοχή των 1ου και 2ου Πρακτικού της Επιτροπής διεξαγωγής του ως άνω διαγωνισμού, απεφασίσθη κατά πρώτον ο αποκλεισμός της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και η αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων (ατομικής επιχείρησης) «.....» και (της ανώνυμης εταιρείας) «.....»,

ανεδείχθη κατά δεύτερον η ως άνω συμμετέχουσα ..... ως προσωρινή ανάδοχος, ως έχουσα τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά και συγκεκριμένα προσφορά ύψους 61.361,17€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Ειδικά για τη πρώτη προσφεύγουσα, αποτυπώνονται στη προσβαλλόμενη τα εξής: «Κατά των έλεγχο των ΕΕΕΣ παρατηρήθηκε ότι η εταιρεία «.....», στο ερώτημα «Έχει διαπράξει ο οικονομικός φορέας σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα;» έχει απαντήσει «ΝΑΙ» και εν συνεχεία έχει αναφέρει τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει. Για την ολοκλήρωση της διαδικασίας ελέγχου της επάρκειας των μέτρων αυτοκάθαρσης απαιτείται η προηγούμενη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 8 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), στην οποία απεστάλησαν με e-mail τα σχετικά στοιχεία (ΤΕΥΔ). Η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού έλαβε απάντηση με αρ. πρωτ. 7186/21.06.2019 από την επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 8 του Ν. 4412/2016 (Α' 147), η οποία αναφέρει επί λέξει τα εξής: «...μελέτησε το σύνολο των τεθέντων σε αυτήν στοιχείων και μετά από διαλογική συζήτηση μεταξύ των μελών της, θεωρεί πως λόγω ελλείψεως αποδεικτικών στοιχείων ο ανωτέρω οικονομικός φορέας δεν αποδεικνύεται ότι έχει λάβει επαρκή επανορθωτικά μέτρα προς απόδειξη της αξιοπιστίας του. Ενδεικτικά δεν προσκομίστηκαν αποδεικτικά στοιχεία που αφορούν: i. στην απόφαση επιβολής προστίμου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, ii. στην απόφαση παύσης συνεργασίας με τη ....., iii. στην απόδειξη εξόφλησης του προστίμου και iv. σε τυχόν λοιπά ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή αποφασίζει ομόφωνα τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης του ..... και επί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας «.....» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της.». Μετά ταύτα και δοθέντος ότι η Επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 8 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) δεν εξέδωσε σύμφωνη γνώμη για την επάρκεια των μέτρων αυτοκάθαρσης, ενώ άλλωστε αν και τα υπό στοιχεία i. και ii. ζητούμενα είχαν δηλωθεί στο ΤΕΥΔ, τα υπό στοιχεία iii. και iv. ζητούμενα δεν αναφέρονται καν στο ΤΕΥΔ, με αποτέλεσμα τυχόν αίτημα προσκόμισής τους να συνιστά κατ' ουσίαν τροποποίηση της προσφοράς

(βάσει των όσων περιγράφονται στο ΤΕΥΔ), εισηγούμαστε τον αποκλεισμό της εταιρείας ..... από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, επειδή δεν απέδειξε ότι έχει λάβει τα δέοντα μέτρα αυτοκάθαρσης και κατ' επέκταση επειδή εξακολουθεί να συντρέχει σε βάρος της ο λόγος αποκλεισμού του 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016 (Α' 147).» Δεδομένων τούτων, κατά της ως άνω απόφασης του αναθέτοντος φορέα, στρέφονται οι προσφεύγουσες για τους λόγους που αναφέρονται σε κάθε μία από τις προσφυγές τους.

5. Επειδή, ειδικότερα η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση, αποκλείστηκε από τη συνέχεια του επίμαχου διαγωνισμού για την προμήθεια φρέσκου γάλακτος «επειδή δεν απέδειξε ότι έχει λάβει τα δέοντα μέτρα αυτοκάθαρσης και κατ' επέκταση εξακολουθεί να συντρέχει σε βάρος της ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ.4 περ.γ' του ν.4412/2016», αιτείται δε την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης για τους ακόλουθους λόγους: Με τον πρώτο λόγο προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι παραβιάζεται από την αναθέτουσα αρχή το άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016 καθώς και του άρθρου 7.2.2.Β' της οικείας διακήρυξης, επισημαίνοντας ότι όχι απλώς «δεν εξακολουθεί να συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ», όπως εσφαλμένως ισχυρίζεται η επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού, αλλά ουδέποτε υπήρξε ποινή αποκλεισμού της συμμετέχουσας εταιρίας και ήδη προσφεύγουσας από τους διαγωνισμούς προμηθειών. Ειδικότερα και επί της ουσίας ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι στο υποβληθέν από αυτή ΤΕΥΔ αναφέρει «Επιβολή προστίμου 11.328,38€ την περίοδο 2003 - 2007 από την Επιτροπή Ανταγωνισμού (άρ. 44 παρ. 3 ν. 3959/2011) ...», στην δε ερώτηση αμέσως μετά, σχετικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης, υπάρχει απάντηση ΝΑΙ και σαφή αναφορά σε «παύση συνεργασίας με τη ..... από το 2007 για την οποία μας επεβλήθη το πρόστιμο». Από τα δηλωθέντα δε στο υποβληθέν ΤΕΥΔ σε συνδυασμό με την Απόφαση 668/2018 της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ 5577/18-12-2018) προκύπτουν τα εξής: Το παράπτωμα για το οποίο έχει γίνει δήλωση στο ΕΕΕΣ αναφέρεται στην περίοδο 2003 - 2007. Από δε την Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού προκύπτει

συγκεκριμένα ότι, επί λέξει: «ΣΗΜΕΙΟ 26 ... Από τα ανωτέρω προκύπτει, η ύπαρξη συμφωνίας για κατανομή διαγωνισμών μεταξύ ανταγωνιστών για προϊόν του ίδιου σήματος (FRIESLAND) κατά το χρονικό διάστημα από το 2003 έως και το 2007. [...] ΣΗΜΕΙΟ 31 ... Όπως προκύπτει από την ανταλλαγείσα αλληλογραφία του 2007, η συνεργασία διακόπτεται όταν οι ανταγωνιζόμενες επιχειρήσεις ξεκινούν να μην επιδεικνύουν τον ίδιο βαθμό προσήλωσης στο αρχικό εγχείρημα, ήτοι ξεκινούν να συμμετέχουν σε διαγωνισμούς που βάσει της συμφωνίας τους είχαν παραχωρηθεί στο έτερο εμπλεκόμενο μέρος. Εκτιμάται ότι απώτερη αιτία για τη διακοπή της συνεργασίας τους, όπως αυτή περιγράφεται ανωτέρω, αποτελεί η διαφορετική ερμηνεία που έκαστη εκ των εμπλεκομένων επιχειρήσεων φαίνεται να δίνει στο κρίσιμο ζήτημα του τι καταλαμβάνει τελικά η έννοια του μεγάλου Δήμου και τι καταλαμβάνει η έννοια του μικρού Δήμου. Έτσι, η συνεργασία διακόπτεται οριστικά το Νοέμβριο του 2007 εξαιτίας της ταυτόχρονης παρουσίας των δύο εταιριών σε διαγωνισμό του Δήμου [...] ΣΗΜΕΙΟ 58 ... Σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, η διάρκεια της παράβασης προσδιορίζεται, όπως γίνεται αποδεκτό και από τις εμπλεκόμενες εταιρίες, από την αρχή του έτους 2003 μέχρι και το τέλος του έτους 2007. [...] ΣΗΜΕΙΟ 64 ΥΠΟΣΗΜΕΙΩΣΗ 100 ... 3. Εάν στις περιπτώσεις των άρθρων 25 και 25α ο παραβάτης αναγνωρίσει ενώπιον της αρμόδιας αρχής την ευθύνη του και εξοφληθεί ολοσχερώς το πρόστιμο που επιβλήθηκε ή, κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25, λάβει χώρα απαλλαγή από αυτό, εξαλείφεται το αξιόποινο των σχετικών εγκλημάτων που στοιχειοθετούνται με την ίδια παράβαση και επέρχεται πλήρης απαλλαγή από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις...». Επιπλέον των ανωτέρω σχετικών σημείων της Απόφασης 668/2018 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι στο ΕΕΕΣ δήλωσε ρητά ότι από το έτος 2007 έχει διακόψει τη συνεργασία με την εν λόγω εταιρία για την οποία και επεβλήθη το πρόστιμο, γεγονός άλλωστε που επιβεβαιώνεται και αποδεικνύεται και από τα σημεία 31 και 58 της προαναφερθείσας Απόφασης και την ανωτέρω επιστολή διακοπής της συνεργασίας. Είναι σαφές από τα προαναφερόμενα, κατά τη προσφεύγουσα,

ότι δεν υπάρχει οποιοδήποτε άλλο μέτρο από τα αναφερόμενα στην παρ. 7 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 που θα μπορούσε να ληφθεί στην προκειμένη περίπτωση και για το συγκεκριμένο γεγονός που ολοκληρώθηκε προ 12 ετών. Όλως επικουρικώς, σύμφωνα με τη διακήρυξη (2.2.3.3.) προβλέπεται ότι: « ... Εάν στις ως άνω περιπτώσεις (α) έως (στ) η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, αυτή ανέρχεται σε τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος (άρθρο 73 παρ. 10 ν.4412/2016)». Στην αναφερθείσα περίπτωση στο κατατεθέν από τη προσφεύγουσα εταιρεία ΤΕΥΔ θα πρέπει να γίνει σαφές ότι αφενός ως «είδος ποινής» δεν υπήρχε καν ο αποκλεισμός της από συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες, αλλά αποκλειστικά και μόνο το επιβληθέν και εξοφληθέν πρόστιμο, και αφετέρου το «διαπιστωθέν γεγονός» προσδιορίζεται με σαφήνεια την περίοδο 2003 - 2007, δηλαδή προ 12ετίας. Επομένως, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι το δηλωθέν παράπτωμα ουδέποτε επέφερε ως ποινή και συνέπεια τον αποκλεισμό της από τη συμμετοχή στους διαγωνισμούς προμηθειών και η προσβαλλόμενη απόφαση του ..... θα πρέπει να ακυρωθεί. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι παραβιάζονται διά της προσβαλλομένης τα άρθρα 93, 103 και 102 του Ν. 4412/2016 καθώς και τα άρθρα 9 και 16 της διακήρυξης. Βάσει των ανωτέρω άρθρων, για την παραδεκτή συμμετοχή στο διαγωνισμό στο στάδιο της υποβολής δικαιολογητικών/τεχνικής προσφοράς οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα πρέπει να υποβάλλουν το ΤΕΥΔ και όχι τα αποδεικτικά των λόγων μη αποκλεισμού/ κριτηρίων επιλογής που δηλώνονται στο ΤΕΥΔ, τα οποία και προσκομίζονται κατά τη μετέπειτα φάση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η προσφεύγουσα παραπονείται συναφώς ότι συμμετείχε στο διαγωνισμό υποβάλλοντας ορθά συμπληρωμένο το ΤΕΥΔ του διαγωνισμού στο οποίο και ανέφερε τόσο το παράπτωμα της περιόδου 2003-2007, όσο και την απόφαση της επιτροπής ανταγωνισμού, το επιβληθέν πρόστιμο (ως μοναδική ποινή) και την διακοπή της συνεργασίας με την εταιρία ....., η οποία και διαπιστώνεται από την ίδια την απόφαση της επιτροπής. Κατά το στάδιο αυτό της υποβολής του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής,

βάσει του Ν.4412/2016 και της διακήρυξης, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, ότι δεν ήταν υποχρεωμένη να προσκομίσει τα αποδεικτικά έγγραφα των δηλωθέντων στο ΤΕΥΔ, όχι μόνο σχετικά με το ως άνω παράπτωμα αλλά και αναφορικά με κανένα άλλο (ενδεχόμενο) λόγο αποκλεισμού ή κριτηρίου επιλογής. Επομένως, η απόφαση του ..... που βασίζει τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρίας «επειδή δεν απέδειξε την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων που έχει λάβει» κατά τη φάση εξέτασης του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής που συμπεριλαμβάνει άλλωστε μόνο το ΤΕΥΔ και την εγγυητική επιστολή συμμετοχής της είναι εσφαλμένη και παραβιάζει κατ΄ακολουθίαν ευθέως το νόμο και τη προκείμενη διακήρυξη. Ακόμη όμως και στην περίπτωση κατά την οποία η επιτροπή και ο ..... ήθελε «προώρως» κατ' επιλογήν και όχι κατ' απαίτηση του νόμου ή της διακήρυξης να εξετάσει τα έγγραφα και στοιχεία που δηλώθηκαν στο ΤΕΥΔ κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι όφειλε βάσει του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 να καλέσει τη συμμετέχουσα να προσκομίσει συμπληρωματικά στοιχεία για τα δηλωθέντα και αναφερόμενα στο ΤΕΥΔ προκειμένου να είναι σε θέση να αποφανθεί επί αυτών των αποδείξεων. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι παραβιάζεται το άρθρο 6 του Ν. 2690/1999 (δικαίωμα ακροάσεως) καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση του ..... βασίζεται κατά βάση στην αποδοχή της Γνώμης 8/2019 της «Επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους», της οποίας το περιεχόμενο αλλά και την ύπαρξη έλαβε γνώση η προσφεύγουσα, αφού αιτήθηκε συναφώς από την αναθέτουσα αρχή στις 04.07.2019. Η γνώμη αυτή, η οποία και είναι απόλυτα βλαπτική για την προσφεύγουσα εταιρία, εξεδόθη από την ως άνω Επιτροπή κατόπιν αποστολής σε αυτήν από την Επιτροπή του διαγωνισμού, του ΤΕΥΔ που υπέβαλε η συμμετέχουσα και ήδη προσφεύγουσα εταιρεία στο διαγωνισμό. Συγκεκριμένα, η επιτροπή επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας διαπίστωσε ότι δεν προσκομίστηκαν, κατ' ουσίαν, τα αποδεικτικά που

αναφέρονται/δηλώνονται στο ΤΕΥΔ και επομένως απεφάνθη επί της «μη επάρκειας» των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων. Ακόμη όμως και εάν δεν γνώριζε η επιτροπή επάρκειας ότι κατά τη φάση υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής δεν υπήρχε η υποχρέωση υποβολής των αποδεικτικών στοιχείων, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι όφειλε προτού διατυπώσει τη δυσμενή κρίση που οδήγησε την αναθέτουσα αρχή στον αποκλεισμό της προσφεύγουσας, να την καλέσει βάσει του άρθρου 6 του Ν. 2690/1999 σε προηγούμενη ακρόαση και να της δοθεί ούτως το δικαίωμα, προτού αποφανθεί βλαπτικά να προσκομίσει τόσο την απόφαση της επιτροπής ανταγωνισμού, την επιβολή και εξόφληση προστίμου καθώς και ειδικότερα την απόδειξη διακοπής της επίμαχης συνεργασίας της με την εταιρία ..... Επομένως, η απόφαση τούτη της Επιτροπής και κατ' επέκταση η προσβαλλόμενη απόφαση με αρ. 198/2019 του ..... που ερείδεται σε αυτή επί των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού έχουν εκδοθεί κατά παράβαση του άρθρου 6 του Ν. 2690/1999 (που λαμβάνεται υπ' όψιν εξάλλου στο θεσμικό πλαίσιο και διέπει το διαγωνισμό) και θα πρέπει να ακυρωθεί. Με τον τέταρτο λόγο προσφυγής της ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι παραβιάζονται οι διατάξεις του άρθρου 100 καθώς και των άρθρων 360 και 361 του Ν. 4412/2016 καταρχήν διότι στη προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία όπως περιγράφεται στο άρθρο 15 της διακήρυξης διά της προσβαλλομένης παραβιάζεται το άρθρο 100 του Ν. 4412/2016 στο μέτρο που δεν αποσφραγίζονται οι οικονομικές προσφορές όλων των υποψηφίων αναδόχων και τούτο διότι όσο δεν έχει εκδοθεί η εγκριτική απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ..... για το σύνολο των σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν έχει επέλθει αποκλεισμός ως προς τους διαγωνιζόμενους, για τους οποίους έχει διατυπωθεί εισήγηση αποκλεισμού τους. Κατά τη προσφεύγουσα προφανώς δεν έχει επέλθει οριστικός αποκλεισμός, αλλά ούτε καν «προσωρινός» αποκλεισμός, αφού δεν έχει εκδοθεί η μόνη προβλεπόμενη από το νόμο εκτελεστή πράξη της έγκρισης των πρακτικών της Επιτροπής του διαγωνισμού, που ως εκτελεστή απόφαση, τους αποκλείει από τη διαδικασία. Επομένως, η Επιτροπή του διαγωνισμού ήταν

υποχρεωμένη να προβεί σε αποσφράγιση όλων των οικονομικών προσφορών, ακόμα και των υποψηφίων, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής ή οι τεχνικές προσφορές κρίθηκαν μη παραδεκτές στο πρώτο στάδιο αποσφράγισης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς. Η δε αναφορά στο άρθρο 15 της διακήρυξης και στην εκεί αναφορά ότι βάσει του άρθρου 100 παρ. 2 αποσφραγίζονται μόνο οι προσφορές που κρίθηκαν αποδεκτές παραβιάζει ευθέως το νόμο αφού το άρθρο 100 παρ. 2 αναφέρεται σε διαγωνισμούς με βαθμολόγηση τεχνικής προσφοράς και διακριτό στάδιο εκτελεστής απόφασης της αναθέτουσας αρχής σε δικαιολογητικά - τεχνική προσφορά, λόγος για τον οποίο αποσφραγίζονται μόνο οι οικονομικές προσφορές των τεχνικά παραδεκτών προσφορών. Συνεπώς, κατά τη προσφεύγουσα, από την στιγμή που η εισήγηση (Πρακτικό 1^{ο} & 2^{ο}/08-05-2019) περί αποκλεισμού της δεν είχε εγκριθεί από την αναθέτουσα αρχή με σχετική εκτελεστή απόφαση αποφαινόμενου οργάνου, ήταν υποχρεωτική η αποσφράγιση της οικονομικής της προσφοράς και υφίσταται συνεπώς παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας στο Πρακτικό 3^{ο}/28-06-2019 «της Επιτροπής Διαγωνισμού για την Αποσφράγιση των φακέλων με την ένδειξη "Οικονομική Προσφορά"» κατά το μέρος που η αναθέτουσα αρχή δεν αποσφράγισε και την δική της οικονομική προσφορά. Βάσει των ανωτέρω, η απόφαση της Οικονομικής επιτροπής επί του συνόλου των σταδίων του διαγωνισμού που αποκλείει την προσφορά της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας χωρίς να έχει αποσφραγίσει την οικονομική της προσφορά παραβιάζει ευθέως το άρθρο 100 παρ. 4 του Ν.4412/2016 όπως ισχύει μετά το νόμο 4497/2017, και πρέπει να ακυρωθεί. Περαιτέρω, και πέραν της προαναφερθείσας παραβίασης του άρθρου 100, εξ αιτίας της επιλογής της μη αποσφράγισης της οικονομικής της προσφοράς, παραπονείται η προσφεύγουσα ότι παρανόμως ο ..... προέβη αναγκαστικά και παράνομα σε διακοπή της πρόσβασης της προσφεύγουσας εταιρείας στο ΕΣΗΔΗΣ και ειδικότερα συνολικά στα έγγραφα των προσφορών που έχουν υποβληθεί στο διαγωνισμό με αριθμό Συστήματος ..... Λόγω της ενέργειας αυτής και χωρίς να έχει οριστικά αποκλεισθεί η προσφεύγουσα αδυνατεί να λάβει πλήρη

γνώση της προσφοράς και των εγγράφων των συνδιαγωνιζομένων και να αναδείξει ούτως απρόσκοπτα -ως έχει σχετικό δικαίωμα- τους ενδεχόμενους λόγους αποκλεισμού της προσφοράς τους. Με την ενέργεια δε αυτή του αποκλεισμού της από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, ενώ είναι ακόμη εντός διαγωνισμού, λόγω αδυναμίας πρόσβασης και γνώσης των προσφορών των συνδιαγωνιζομένων παραβιάζεται ευθέως το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 και η άσκηση του δικαιώματος της σε υποβολή προδικαστικής προσφυγής έχοντας πλήρη γνώση των στοιχείων του διαγωνισμού. Το γεγονός αυτό εξάλλου επισήμανε με έγγραφο της η προσφεύγουσα προς τον ..... πριν την άσκηση προσφυγής ζητώντας τουλάχιστον να της επιτραπεί η πρόσβαση στην πλατφόρμα προκειμένου να μπορέσει να ασκήσει προσφυγή όχι μόνο για τον λόγο αποκλεισμού της αλλά και κατά των προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων, διαμαρτυρόμενη εκ νέου λόγω της άρνησής του να την επαναφέρει στην ηλεκτρονική πλατφόρμα και ούτως της αδυναμίας άσκησης της προσφυγής βάσει του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά των συνδιαγωνιζομένων της στο προκείμενο διαγωνισμό. Μετά ταύτα αιτείται η προσφεύγουσα όπως επανέλθει η προσφορά της στην διαγωνιστική διαδικασία και διαταχθεί η αποσφράγιση της οικονομικής της προσφοράς βάσει του άρθρου 100 του Ν. 4412/2016, της δοθεί εκ νέου πρόσβαση στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού προκειμένου να λάβει γνώση των προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων και ανακληθεί η με αρ. 198/2019 Απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ..... άλλως τροποποιηθεί κατά το μέρος που απερρίφθη η προσφορά της.

6. Επειδή, η παρεμβαίνουσα εταιρεία «.....», προβάλλει, με την νομίμως και εν γένει παραδεκτώς ασκηθείσα παρέμβαση της υπέρ του κύρους και της διατήρησης της ισχύος της υπ' αριθ. 198/2019 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής του ..... κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της ως άνω προσφεύγουσας, αναφορικά με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ειδικότερα ότι: Σχετικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής και όσον αφορά την πάροδο μεγάλου χρονικού διαστήματος από τη συμμετοχή σε συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού, ο ισχυρισμός της είναι εκτός

από αβάσιμος και αλυσιτελής, εφόσον το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων με την υπ' αριθ. C-124/17 Απόφαση της 24/10/2018 στην υπόθεση "Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke München GmbH" έκρινε ότι «...όταν ένας οικονομικός φορέας έχει επιδείξει συμπεριφορά εμπίπτουσα στον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ', της Οδηγίας αυτής, για την οποία επιβλήθηκε κύρωση από αρμόδια αρχή, η μέγιστη διάρκεια της περιόδου αποκλεισμού πρέπει να υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως της αρχής αυτής...». Από την παραπάνω ερμηνεία του ΔΕΚ προκύπτει σαφέστατα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού του άρθρου 57 παρ. 4 (στρέβλωση του ανταγωνισμού) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που ταυτίζεται με τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016, αρχίζει να συντρέχει από την ημερομηνία έκδοσης της σχετικής απόφασης της αρμόδιας αρχής που επιβάλλει κυρώσεις για συμμετοχή σε συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού. Δεν έχει δηλαδή καμία έννομη συνέπεια το ότι διαπράχθηκε η σχετική παράβαση στο παρελθόν, αλλά σημασία έχει πότε διαπιστώθηκε και κυρίως το πότε εκδόθηκε η σχετική απόφαση της αρμόδιας αρχής που επιβάλλει κυρώσεις. Τούτο είναι απολύτως δικαιολογημένο, αφού πριν εκδοθεί η απόφαση που επιβάλλει κυρώσεις για τη διαπιστωθείσα στρέβλωση του ανταγωνισμού, είναι πρακτικά αδύνατο για τους τρίτους να γνωρίζουν αν συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Επομένως, εν προκειμένω, η έναρξη της σχετικής περιόδου ισχύος του λόγου αποκλεισμού της προηγούμενης συμμετοχής σε συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού ως προς την προσφεύγουσα (ήτοι τρία χρόνια σύμφωνα με την παράγραφο 10 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016) υπολογίζεται από την ημερομηνία έκδοσης της υπ' αριθ. 668/2018 αποφάσεως της Επιτροπής Ανταγωνισμού και όχι από την ημερομηνία τέλεσης του παραπτώματος. Όσον αφορά τον δεύτερο ισχυρισμό της προσφεύγουσας σχετικά με το ότι δεν συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού, επειδή δεν επιβλήθηκε αποκλεισμός συλλήβδην από τις διαγωνιστικές διαδικασίες, παρά μόνο πρόστιμο, εκ νέου είναι αβάσιμος και αλυσιτελής, κατά τη παρεμβαίνουσα. Σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016, μπορεί

να επιβληθεί σε οικονομικούς φορείς που εμπίπτουν στους λόγους αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 1, 2 και 4 και δεν έχουν αποδείξει ότι έχουν λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης, ποινή συνολικού αποκλεισμού από τις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες για εύλογο χρονικό διάστημα. Επομένως, ο ισχυρισμός ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν επέβαλε ως ποινή τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας από το σύνολο των διαγωνισμών και, άρα, δεν πρέπει να εκτιμηθεί η διαπιστωθείσα παράβασή της ως λόγος αποκλεισμού, ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, αφού η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν είναι αρμόδια να επιβάλει αποκλεισμό συλλήβδην από τους δημόσιους διαγωνισμούς βάσει του άρθρου 74 του Ν. 4412/2016. Σε ό,τι αφορά τον δεύτερο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της διά του οποίου η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν ήταν υποχρεωμένη να προσκομίσει οποιοδήποτε αποδεικτικό στοιχείο σχετικά με τα επικαλούμενα μέτρα αυτοκάθαρσης, εφόσον τα εν λόγω αποδεικτικά στοιχεία προσκομίζονται κατά το στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ισχυρίζεται, δηλαδή, η προσφεύγουσα ότι αρκεί η σχετική δήλωσή της στο υποβληθέν ΤΕΥΔ και δεν απαιτείται να αποδείξει ότι έχει λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης, αφού αυτό θα γίνει δια της προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, εάν και εφόσον κατακυρωθεί σε αυτήν ο διαγωνισμός. Ο ανωτέρω ισχυρισμός υπολαμβάνει η παρεμβαίνουσα ότι είναι αβάσιμος. Καταρχήν, ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ότι εσφαλμένως η προσφεύγουσα έχει συμπληρώσει το υποβληθέν από αυτή ΤΕΥΔ. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα συμπλήρωσε το ΤΕΥΔ απαντώντας ΝΑΙ στο ερώτημα αν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αναγράφοντας «ΕΠΙΒΟΛΗ ΠΡΟΣΤΙΜΟΥ 11.328,38€ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΕΡΙΟΔΟ 2003-2007 ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ (ΑΡ. 44 ΠΑΡ. 3 Ν. 3959/2011)». Περαιτέρω, στην ερώτηση σχετικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει ο οικονομικός φορέας, η προσφεύγουσα απαντά ως εξής: «ΠΑΥΣΗ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ..... ΑΠΟ ΤΟ 2007 ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΜΑΣ ΕΠΕΒΛΗΘΗ ΤΟ ΠΡΟΣΤΙΜΟ». Στην ως άνω απάντηση δεν παρατίθεται ούτε ο αριθμός της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού που επέβαλε το εν λόγω πρόστιμο ούτε οποιοδήποτε άλλο

στοιχείο που να επιτρέπει στην Αναθέτουσα Αρχή να εκτιμήσει αν και κατά πόσον η προσφεύγουσα εταιρεία έχει πράγματι λάβει μέτρα αυτοκάθαρσης. Επομένως, είναι νόμω και ουσία αβάσιμος ο ισχυρισμός ότι θα έπρεπε να έχει κληθεί να συμπληρώσει το ΤΕΥΔ με τις απαραίτητες πληροφορίες βάσει των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, αφού τυχόν διευκρίνιση θα είχε ως αναπόδραστο αποτέλεσμα την πλήρη αναμόρφωση της σχετικής απάντησης, ώστε να συμπεριλάβει στοιχεία τεκμηρίωσης της λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης. Άρα, θα επρόκειτο για επανυποβολή - αντικατάσταση εγγράφου και δη του ΤΕΥΔ, που είναι ουσιώδες για τη διενέργεια του διαγωνισμού, ώστε να συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Αυτό, όμως, ρητώς απαγορεύεται από τη διάταξη του άρθρου 102 παρ. 2 του Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, είναι αλυσιτελής ο ισχυρισμός ότι τα σχετικά αποδεικτικά στοιχεία προσκομίζονται μόνο στο στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Διότι, αν και είναι αληθές ότι δεν όφειλε η προσφεύγουσα να προσκομίσει το σύνολο των αποδεικτικών στοιχείων που αφορούν τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, σε κάθε περίπτωση όφειλε να έχει δηλώσει στο ΤΕΥΔ εμπεριστατωμένα ποια ακριβώς μέτρα αυτοκάθαρσης έχει λάβει, ώστε να καθίσταται δυνατό για την Αναθέτουσα Αρχή να εκτιμήσει κατά πόσο τα εν λόγω μέτρα είναι επαρκή, μετά και τη σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, ώστε να δικαιολογείται η μη εφαρμογή του δηλούμενου λόγου αποκλεισμού. Εν προκειμένω, είναι απολύτως σαφές ότι η προσφεύγουσα ουδόλως δήλωσε στο ΤΕΥΔ ποια συγκεκριμένα μέτρα αυτοκάθαρσης έχει λάβει, παρά μόνο επικαλείται την παύση της συνεργασίας της με την εταιρεία που παράγει τα γάλατα ....., με την οποία είχε συμμετάσχει σε συμφωνίες στρεβλωτικές του ανταγωνισμού. Η εν λόγω δήλωση είναι προδήλως αόριστη, η δε επιτροπή του διαγωνισμού και κατ' επέκταση η Αναθέτουσα Αρχή ουδόλως είναι σε θέση να διαπιστώσουν ότι μόνο το συγκεκριμένο επικαλούμενο μέτρο αυτοκάθαρσης αρκεί για τη μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν.4412/2016. Όπως γίνεται ευρέως δεκτό, τα μέτρα αυτοκάθαρσης περιλαμβάνουν μεταξύ άλλων την καταβολή τυχόν προστίμου,

την καταβολή ή τη δέσμευση για την καταβολή αποζημίωσης για τις ζημίες που προκάλεσε η παράνομη συμπεριφορά του οικονομικού φορέα, τη λήψη συγκεκριμένων τεχνικών και οργανωτικών μέτρων με στόχο τη διακοπή όλων των δεσμών με πρόσωπα που είναι υπεύθυνα για την παράνομη συμπεριφορά, καθώς και άλλα μέτρα που συντείνουν στην οικειοθελή υιοθέτηση συστημάτων ελέγχου ορθής λειτουργίας και εφαρμογής ορθών και σύννομων πρακτικών. Μόνη η παύση συνεργασίας με τον οικονομικό φορέα με τον οποίο συντελέστηκε η στρέβλωση του ανταγωνισμού προδήλως δεν συνιστά εχέγγυο εφαρμογής ορθών πρακτικών, αφού οφείλει ο οικονομικός φορέας που διέπραξε τη σχετική παράβαση να αποδείξει ότι έχει υιοθετήσει συγκεκριμένα μέτρα προς εξάλειψη των αιτιών που οδήγησαν στην παράνομη συμπεριφορά καθώς και τα μέτρα που έχει λάβει προς άρση των αποτελεσμάτων της παράνομης συμπεριφοράς. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν δηλώνει καν αν καταβλήθηκε το πρόστιμο που επιβλήθηκε δυνάμει της υπ' αριθ. 668/2018 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Πολλώ δε μάλλον δεν δηλώνει αν έχει λάβει συγκεκριμένα μέτρα σχετικά με τη διασφάλιση εφαρμογής ορθών πρακτικών. Είναι επομένως απολύτως αβάσιμος και έωλος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να κρίνει ότι τα δηλωθέντα στο ΤΕΥΔ αποδεικνύουν πλήρως τη λήψη επαρκών μέτρων αυτοκάθαρσης και δικαιολογούν τη μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016, αφού αν μη τι άλλο ο συμμετέχων είναι αυτός που φέρει την ευθύνη της ορθής συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ. Η προσφεύγουσα στην προκειμένη περίπτωση δεν συμπλήρωσε ορθώς το ΤΕΥΔ, αφού δεν περιέλαβε στη σχετική απάντηση στο ΤΕΥΔ καμία απόδειξη για τα μέτρα αυτοκάθαρσης που οφείλει να εφαρμόζει. Εσφαλμένως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα ότι, επειδή τα αποδεικτικά μέσα πρέπει να υποβληθούν στο στάδιο της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, δεν ήταν υποχρεωμένη να δηλώσει λεπτομερώς τα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, προκειμένου να δικαιολογείται η μη εφαρμογή του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016. Η μη δήλωση στο ΤΕΥΔ των

απαιτούμενων στοιχείων που θα αποδείκνυαν ότι δεν πρέπει να εφαρμοστεί ο λόγος αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4 περ. γ' είχε ως αποτέλεσμα την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας. Η Αναθέτουσα Αρχή, ως όφειλε, ζήτησε τη γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 σχετικά με το αν τα δηλωθέντα στο ΤΕΥΔ εκ μέρους της προσφεύγουσας δικαιολογούν τη μη συνδρομή του δηλωθέντος από την ίδια την προσφεύγουσα λόγου αποκλεισμού. Η ανωτέρω Επιτροπή εξέδωσε τη γνώμη της, γνωμοδοτώντας υπέρ της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, κρίνοντας ότι δεν απέδειξε δια του υποβληθέντος ΤΕΥΔ ότι έχει λάβει επαρκή μέτρα αυτοκάθαρσης. Ως γνωστόν δε, η γνωμοδότηση της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 είναι απολύτως δεσμευτική για την Αναθέτουσα Αρχή και δεν της επιτρέπει να αποκλίνει από τη διατυπωθείσα γνώμη της ως άνω Επιτροπής. Αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής της περί του ότι στερήθηκε το δικαίωμα της προηγούμενης ακροάσεως, σύμφωνα με το άρθρο 6 του Κωδ. Διοικ. Διαδικασίας, πριν την έκδοση της γνωμοδότησης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, η οποία έκρινε απορριπτέα την προσφορά της στον επίδικο διαγωνισμό διατυπώνει η παρεμβαίνουσα ότι είναι αβάσιμος, διότι όπως έχει κριθεί από την νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣτΕ Ολομ. 4447/2012, ΣτΕ 3521/2015), όταν βάσει της συγκεκριμένης ειδικής νομοθεσίας που διέπει την έκδοση δυσμενούς διοικητικής αποφάσεως, προβλέπονται ένα ή περισσότερα στάδια ενδικοφανούς διαδικασίας ενώπιον ανώτερων οργάνων, όπως συμβαίνει εν προκειμένω, η μη τήρηση του προβλεπόμενου τύπου της προηγούμενης ακροάσεως καλύπτεται, εφόσον ο ενδιαφερόμενος ασκήσει την ή τις προβλεπόμενες ενδικοφανείς προσφυγές και προβάλει τους κρίσιμους κατ' αυτόν ισχυρισμούς που δεν προέβαλε πριν την έκδοση της αρχικής πράξης. Εν προκειμένω δε, η προσφεύγουσα έχει ασκήσει την προβλεπόμενη από το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 προδικαστική προσφυγή, όπου της δίνεται η δυνατότητα να προβάλει όλους εκείνους τους ισχυρισμούς που κατά την κρίση της θα οδηγήσουν στην ακύρωση της δυσμενούς απόφασης. Άρα, αλυσιτελώς προβάλλεται ότι η

προσφεύγουσα στερήθηκε το δικαίωμα της προηγούμενης ακροάσεως και συνακόλουθα τη δυνατότητα προβολής λόγων κατά της απόρριψης της προσφοράς της, εφόσον δια της υπό κρίση προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ακριβώς λόγους ακύρωσης της προσβαλλόμενης δυσμενούς για τα συμφέροντά της απόφασης. Σε ό,τι αφορά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής ότι δηλαδή παραβιάζεται το άρθρο 100 του Ν. 4412/2016 και εσφαλμένως δεν αποσφραγίστηκε η οικονομική της προσφορά, επικαλούμενη παράλειψη οφειλόμενης ενέργειας εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, δεδομένου ότι δεν είχε εκδοθεί εκτελεστή απόφαση περί απόρριψης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς, αντιπροβάλλει η παρεμβαίνουσα ότι αβασίμως και ανεπικαίρως βάλλει η προσφεύγουσα κατά του άρθρου 15 της διακήρυξης, το οποίο ορίζει ρητώς ότι αποσφραγίζονται μόνο οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων των οποίων οι προσφορές έχουν γίνει δεκτές στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς. Ακόμη, όμως, κι αν θεωρηθεί ότι πράγματι όφειλε η Αναθέτουσα Αρχή να έχει αποσφραγίσει την οικονομική προσφορά της προσφεύγουσας βάσει του άρθρου 100 παρ. 4, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, όπως επικουρικώς διατυπώνει η παρεμβαίνουσα, ουδεμία βλάβη υφίσταται η προσφεύγουσα από τη μη αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της, εφόσον πλέον έχει εκδοθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία κρίνει επί όλων των σταδίων της παρ. 2 του άρθρου 100 και κρίνει απορριπτέα την προσφορά της, ενώ αποδέχεται τις προσφορές της ιδίας και της ατομικής επιχείρησης της ....., ορίζοντας παράλληλα την τελευταία ως προσωρινή ανάδοχο. Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό περί αναίτιου αποκλεισμού από την ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), που είχε ως αποτέλεσμα κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας να μην λάβει γνώση των προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων, προβάλλει η παρεμβαίνουσα ότι ο ισχυρισμός τούτος είναι αόριστος, αφού δεν αναφέρει σε ποιο χρονικό σημείο αποκλείστηκε η πρόσβασή της στο σύστημα. Περαιτέρω, δεδομένου ότι οι προσφορές υποβλήθηκαν στις 2/5/19, η δε γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 φέρει αριθμό πρωτοκόλλου 7186/21.6.2019, καθίσταται σαφές ότι αποκλείεται

να αποκλείστηκε η πρόσβαση της προσφεύγουσας στο σύστημα πριν από αυτή την ημερομηνία, ήτοι την 21/6/2019. Επομένως, η προσφεύγουσα είχε – τουλάχιστον μέχρι την 21/6/19- πλήρη πρόσβαση στην ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), λαμβάνοντας πλήρη γνώση των προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων. Συνεπώς, εκ νέου προβάλλεται αλυσιτελώς ότι η προσφεύγουσα υφίσταται βλάβη από τη μη αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της και τον αποκλεισμό της από την ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ), εφόσον προκύπτει ότι δεν στερήθηκε κανένα απολύτως δικαίωμα αντίκρουσης των λόγων απόρριψης της προσφοράς της.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 22.07.2019 ανήρτησε τις απόψεις της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, αιτούμενη την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα την 30.07.2019 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ Υπόμνημα της, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4605/2019, όπως τούτος τροποποιεί τις διατάξεις του Ν.4412/2016.

9. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 με τίτλο Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ): «1. Οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης όταν αποδεικνύουν, με την επαλήθευση που προβλέπεται στα άρθρα 79 έως 81 ή είναι γνωστό στην αναθέτουσα αρχή με άλλο τρόπο, ότι υπάρχει εις βάρος του αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση για έναν από τους ακόλουθους λόγους: α) ..., β) ..., γ) ..., δ) ..., ε) ..., στ).... Η υποχρέωση αποκλεισμού οικονομικού φορέα εφαρμόζεται επίσης όταν το πρόσωπο εις βάρος του οποίου εκδόθηκε αμετάκλητη καταδικαστική απόφαση είναι μέλος του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του εν λόγω οικονομικού φορέα ή έχει εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό. Η υποχρέωση του προηγούμενου εδαφίου αφορά: αα) στις περιπτώσεις εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.), ιδιωτικών κεφαλαιουχικών

εταιρειών (Ι.Κ.Ε.) και προσωπικών εταιρειών (Ο.Ε. και Ε.Ε.), τους διαχειριστές, ββ) στις περιπτώσεις ανωνύμων εταιρειών (Α.Ε.), τον διευθύνοντα σύμβουλο, καθώς και όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, γγ) στις περιπτώσεις των συνεταιρισμών τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου. 2. Αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας, εάν η αναθέτουσα αρχή: α) ... β) ... γ) ... 3. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβλέπει στα έγγραφα της σύμβασης παρέκκλιση: α) από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό που προβλέπεται στις παραγράφους 1 και 2 κατ' εξαίρεση, για επιτακτικούς λόγους δημόσιου συμφέροντος, όπως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος ή/και β) από τον υποχρεωτικό αποκλεισμό που προβλέπεται στην παρ. 2, όταν ο αποκλεισμός θα ήταν σαφώς δυσανάλογος, ιδίως όταν μόνο μικρά ποσά των φόρων ή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης δεν έχουν καταβληθεί ή όταν ο οικονομικός φορέας ενημερώθηκε σχετικά με το ακριβές ποσό που οφείλεται λόγω αθέτησης των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης σε χρόνο κατά τον οποίο δεν είχε τη δυνατότητα να λάβει μέτρα, σύμφωνα με το τελευταίοεδάφιο της παρ. 2, πριν από την εκπνοή της προθεσμίας αίτησης συμμετοχής ή σε ανοικτές διαδικασίες της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει με κατάλληλα μέσα αθέτηση των ισχυουσών υποχρεώσεων που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18, β) εάν ο οικονομικός φορέας τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου, γ) εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με

άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, ε) εάν μία κατάσταση στρέβλωσης του ανταγωνισμού από την πρότερη συμμετοχή των οικονομικών φορέων κατά την προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 48, δεν μπορεί να θεραπευθεί με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα, στ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις, ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, η) εάν ο οικονομικός φορέας επιχειρεί να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία σύναψης σύμβασης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση, θ) Εάν η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποδείξει, με κατάλληλα μέσα, ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του. 5. Κατά παρέκκλιση από τα οριζόμενα στην περίπτωση β΄ της παρ. 4, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα, ο οποίος βρίσκεται σε μια εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην παραπάνω περίπτωση, υπό την προϋπόθεση ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αποδείξει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της

επιχειρηματικής του λειτουργίας, στην περίπτωση των καταστάσεων της περίπτωσης β΄ της παρ. 4. 6. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, οι αναθέτουσες αρχές αποκλείουν έναν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των παραγράφων 1 και 2. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημίες που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος -

μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθώς και η απόφαση με την οποία γίνονται δεκτά ένδικα βοηθήματα κατ΄αυτής, κοινοποιείται στην Αρχή. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή που απαρτίζεται από εκπροσώπους του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, του Υπουργού Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, καθώς και του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Η ως άνω επιτροπή συγκροτείται με απόφαση του Υπουργού Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού η οποία εκδίδεται εντός μηνός από τη δημοσίευση του παρόντος και ρυθμίζει τις αναγκαίες λεπτομέρειες οργάνωσης και λειτουργίας της. Χρέη Προέδρου εκτελεί ο εκπρόσωπος του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού. 10. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη απόφαση, ορίζεται ότι στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος. 11. Το παρόν άρθρο δεν εφαρμόζεται σε δημόσιες συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία ίση ή κατώτερη των δύο χιλιάδων πεντακοσίων (2.500) ευρώ χωρίς Φ.Π.Α..»

10. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη ορίζεται, μεταξύ άλλων: «ΑΡΘΡΟ 9ο: Περιεχόμενο προσφορών - Δικαιολογητικά συμμετοχής. Τα περιεχόμενα των ηλεκτρονικών φακέλων της προσφοράς ορίζονται ως εξής: (Α) Ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική προσφορά» και (Β) Ένας (υπο)φάκελος με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά». Α. Περιεχόμενα (υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής -

Τεχνική προσφορά» Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική προσφορά» υποβάλλονται η εγγύηση συμμετοχής και όλα τα απαιτούμενα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς δικαιολογητικά καθώς και η τεχνική προσφορά. Συγκεκριμένα: Α1. Δικαιολογητικά συμμετοχής Οι συμμετέχοντες υποβάλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως επί ποινή αποκλεισμού, τα εξής δικαιολογητικά, σε μορφή αρχείου .pdf σύμφωνα με το ν. 4155/13 (ΦΕΚ/Α/29-5-2013) και το άρθρο 11 της ΥΑ Π1/2390/13 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)», όπως αναλυτικά περιγράφονται κατωτέρω: Α1.1) Τυποποιημένο έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ) του άρθρου 79 παρ 4 του Ν.4412/16, το οποίο αναρτάται από την Αναθέτουσα Αρχή στο ΕΣΗΔΗΣ, αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης και συμπληρώνεται στα αντίστοιχα πεδία αυτού, ώστε να δηλώνεται από τους οικονομικούς φορείς ως προκαταρκτική απόδειξη ότι πληρούν τις προϋποθέσεις που περιγράφονται στα άρθρα 7 και 8 της παρούσας διακήρυξης Το ανωτέρω Τυποποιημένο έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ) υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται ηλεκτρονικά από τους υποψήφιους αφού συμπληρωθεί Α 1.2) Εγγύηση συμμετοχής, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 20 της διακήρυξης [...] ΑΡΘΡΟ 12°: Συμπλήρωση - αποσαφήνιση δικαιολογητικών. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη (άρθρο 102, παρ.1, Ν.4412/16). Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη

αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί (άρθρο 102, παρ.2, Ν.4412/16). Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. (άρθρο 102, παρ.3, Ν.4412/16) Η επιτροπή διαγωνισμού μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. (άρθρο 102, παρ.4, Ν.4412/16) Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των

δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς. ΑΡΘΡΟ 13°: Απόρριψη προσφορών 1. Κάθε έλλειψη δικαιολογητικού του άρθρου 9 «Περιεχόμενο Προσφορών - Δικαιολογητικά Συμμετοχής» που θα διαπιστωθεί μετά από έλεγχο, θα συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς. [...] ΑΡΘΡΟ 15°: Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών - Ανακήρυξη προσωρινού αναδόχου ... Για όσες προσφορές δεν κρίθηκαν αποδεκτές κατά το στάδιο ελέγχου των ηλεκτρονικών (υπό)φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τεχνική Προσφορά» οι φάκελοι της οικονομικής προσφοράς δεν αποσφραγίζονται (άρθρο 100, παρ.2, Ν.4412/16)».

11. Επειδή, κατά τα γενικώς ισχύοντα και σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 104 του Ν. 4412/2016, οι προϋποθέσεις συμμετοχής, η πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και η μη συνδρομή στο πρόσωπο κάθε διαγωνιζόμενου των προβλεπομένων στα έγγραφα της σύμβασης λόγων αποκλεισμού, πρέπει να συντρέχουν τόσο κατά την υποβολή προσφοράς όσο και την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά και κατά την σύναψη της σύμβασης. Περαιτέρω κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του Ν. 4412/2016 (σκ.9), καθιερώνεται, μεταξύ άλλων, η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, εάν η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Υπό το καθεστώς της Οδηγίας 2004/18/ΕΕ οι παραβιάσεις των κανόνων του ανταγωνισμού εντάσσονταν συστηματικά στα σοβαρά επαγγελματικά παραπτώματα {πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 18ης Δεκεμβρίου 2014, υπόθεση C-470/13, Generali-Providencia, με την οποία κρίθηκε ότι η παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού, όταν λόγω της παραβάσεως αυτής έχει επιβληθεί πρόστιμο, συνιστά λόγο αποκλεισμού που εμπίπτει στην έννοια του «σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος» του άρθρου 45 παρ. 2 στοιχ. δ’ της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (σκέψεις 34 έως 39)}. Με τις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 4 (δ) της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συναφώς

με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ΄ του Ν. 4412/2016, με τον οποίο προσαρμόστηκε η ελληνική νομοθεσία στην ως άνω Οδηγία, καθιερώθηκε, επιπλέον, ειδικός λόγος προαιρετικού αποκλεισμού από τη διαδικασία ανάθεσης μιας σύμβασης οικονομικού φορέα που συνήψε συμφωνίες με άλλους φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Στην Απόφαση δε του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκής Ένωσης της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH (σκέψεις 38 και 42) γίνεται δεκτό ότι συμφωνίες που οικονομικός φορέας είχε συνάψει με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού έως το έτος 2011 εμπίπτουν στο σχετικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 57, παράγραφος 4, στοιχείο δ΄ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, τον οποίο είχε ενσωματώσει αναθέτουσα αρχή σε διαδικασία ανάθεσης σύμβασης κατά το έτος 2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένης υπόψη της κρίσης που διαλαμβάνει το Δικαστήριο στην Απόφασή του της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH (σκ. 38), για τη συμπεριφορά που εμπίπτει στον σχετικό λόγο αποκλεισμού του άρθρου 7 της υπόψη διακήρυξης, που ορίζει καταρχήν ότι «Από το διαγωνισμό αποκλείονται: 1. Όσοι υπάγονται σε κάποια από τις περιπτώσεις που ορίζονται στο άρθρο 73 του Ν.4412/2016. [...]», πρέπει να γίνει δεκτό ότι η περίοδος των τριών ετών κατά το άρθρο 57, παράγραφος 7, της οδηγίας 2014/24 και συναφώς του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 υπολογίζεται με αφετηρία την ημερομηνία της αποφάσεως αυτής. Τα αντίθετα δε υποστηριζόμενα από τη προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής της είναι αβάσιμα.

12. Επειδή, εξάλλου, έχει κριθεί (ΑΕΠΠ 2/2019 (επταμελούς σύνθεσης) ότι υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις ότι οικονομικός φορέας έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού κατά τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 4 γ΄ του Ν. 4412/2016, όταν η παράβαση, είτε έχει διαπιστωθεί από την αρμόδια αρχή, είτε έχει συνομολογηθεί από τον οικονομικό φορέα. Τούτο, δε, διότι α) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 1, 14 και 25 του Ν. 3959/2011, κύρωση επιβάλλεται στον οικονομικό φορέα, όταν η αρμόδια προς τούτο αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 1, 2 και 11 του νόμου αυτού ή των άρθρων 101 και

102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, β) σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25^{α} του ίδιου ως άνω νόμου, απόφαση οριστικής διευθέτησης της υπόθεσης λαμβάνεται από την ίδια αρμόδια αρχή (Επιτροπή Ανταγωνισμού) για έναν οικονομικό φορέα, όταν αυτός παραδέχεται τη συμμετοχή του στην διαπιστούμενη οριζόντια σύμπραξη, κατά παράβαση του άρθρου 1 του νόμου αυτού ή/και του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

13. Επειδή, περαιτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 δεν προβλέπουν την οριστική αποδοχή διευθέτησης μιας υπόθεσης ενώπιον της αρμόδιας αρχής ως μέτρο αυτοκάθαρσης, ούτε από την γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 25^{α} του Ν. 3959/2011 για την οριστική διευθέτηση μιας υπόθεσης προκύπτει ότι προϋπόθεση για να υπαχθεί ο φορέας στη διαδικασία αυτή αποτελεί να έχει διευκρινίσει με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις υπό τις οποίες η παράβαση έλαβε χώρα. Απεναντίας, ο οικονομικός φορέας οφείλει να προβάλει και να αποδείξει με στοιχεία ότι κατά την διαδικασία κατά την οποία υπήχθη σε διευθέτηση της υπόθεσης με την αρμόδια αρχή πράγματι διευκρίνισε με ολοκληρωμένο τρόπο τα γεγονότα και τις περιστάσεις υπό τις οποίες υπέπεσε στην σε βάρος του αποδιδόμενη παράβαση, η δε αναθέτουσα αρχή να τα αξιολογήσει, χωρίς μάλιστα να δεσμεύεται από τις σχετικές αποφάσεις της αρμόδιας αρχής (πρβλ. Απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Οκτωβρίου 2018, υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, σκέψη 33). Από τη γραμματική διατύπωση των πιο πάνω διατάξεων της Οδηγίας και του Νόμου, εξάλλου, συνάγεται ότι οικονομικός φορέας που έχει συνάψει συμφωνίες με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και έχει διευθετήσει την υπόθεση με την αρμόδια αρχή, θα πρέπει, ενώπιον της αναθέτουσας αρχής σε μια διαγωνιστική διαδικασία, επιπλέον, να προσκομίσει στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού, κατάλληλα για την αποφυγή επανάληψης της παράβασης, στην οποία υπέπεσε.

14. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω, συνακόλουθα, συμμετέχων και ενδυνάμει ανάδοχος στον υπό εξέταση διαγωνισμό, που υπήχθη σε διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25^{α} του Ν. 3959/2011 για συμφωνίες που είχε συνάψει κατά το παρελθόν που σκοπό είχαν τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, εφόσον η υπαγωγή στη διευθέτηση και η επιβολή της κύρωσης έχει λάβει χώρα εντός τριετίας από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού, όφειλε να δηλώσει ότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπό του και ότι έχει αποκαταστήσει την αξιοπιστία του, διαφορετικά η αναθέτουσα αρχή έχει δεσμία αρμοδιότητα να τον αποκλείσει.

15. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και όπως προκύπτει από τα στοιχεία της υπό εξέταση υπόθεσης, εν προκειμένω η συμμετέχουσα και ήδη προσφεύγουσα στο υποβληθέν ΤΕΥΔ της είχε απαντήσει καταφατικά –ως όφειλε- στο σχετικό πεδίο των Λόγων αποκλεισμού και δη σχετικά με τη διάπραξη σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, δηλώνοντας «Επιβολή προστίμου 11.328,38€ την περίοδο 2003 - 2007 από την Επιτροπή Ανταγωνισμού (άρ. 44 παρ. 3 ν. 3959/2011)», ομοίως καταφατικά είχε συμπληρώσει το αμέσως επόμενο πεδίο σχετικά με τα μέτρα αυτοκάθαρσης αναφέροντας συγκεκριμένα «παύση συνεργασίας με τη ..... από το 2007 για την οποία μας επεβλήθη το πρόστιμο», στοιχεία τα οποία είναι μεν αληθή, όπως αποδεικνύεται από τα συνημμένα κατά το πρώτον στη προσφυγή της έγγραφα, ήτοι της Απόφασης 668/2018 της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ 5577/Β΄/2018) και του από 23.01.2019 διπλότυπου είσπραξης/εξόφλησης του προστίμου, αποτελεί δε ουσιώδη παράλειψη από πλευράς της δήλωσης των ως άνω στο κατατεθέν ΤΕΥΔ της. Δεδομένου επιπλέον και συναφώς ότι όπως προκύπτει και από τη γραμματική διατύπωση της παρ. 7 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 ο συμμετέχων οικονομικός φορέας θα πρέπει να έχει λάβει και συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων, θα πρέπει να κριθούν βάσιμοι κατά τούτο οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι δηλαδή

παρόλο που δεν όφειλε η προσφεύγουσα να προσκομίσει το σύνολο των αποδεικτικών στοιχείων, κατά το στάδιο αυτό, που αφορούν στα μέτρα αυτοκάθαρσης που έχει λάβει, όφειλε εντούτοις να έχει δηλώσει στο ΤΕΥΔ εμπεριστατωμένα ποια ακριβώς μέτρα αυτοκάθαρσης έχει λάβει, καθώς και τον αριθμό –τουλάχιστον- της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού που της επέβαλε το εν λόγω πρόστιμο. Επιπλέον, αλυσιτελώς προβάλλει η προσφεύγουσα με τη παρούσα προσφυγή της χωρία από την 668/2018 Απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αφού όφειλε να δηλώσει τα στοιχεία της εν λόγω απόφασης (αριθμό, ΦΕΚ) στα σχετικά πεδία του ΤΕΥΔ της, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή κατά πρώτον και η επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016 κατά δεύτερον να λάβουν πλήρη γνώση.

16. Επειδή, εξάλλου το ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ ως επικαιροποιημένη υπεύθυνη δήλωση πρέπει να είναι ορθώς και άρτια συμπληρωμένο σε όλα τα σχετικά πεδία του, εν προκειμένω δε η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της παραγράφου 9 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Από τη συνδυαστική εφαρμογή των ως άνω, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα εταιρεία δηλώνοντας συγκεκριμένα στο ΤΕΥΔ της, ορθώς καταρχήν ότι υποπίπτει σε λόγο αποκλεισμού, κατά δεύτερον -στα ληφθέντα μέτρα αυτοκάθαρσης- τη παύση συνεργασίας με έτερη εταιρεία, «οδηγεί» την αναθέτουσα αρχή στο αίτημα σύμφωνης γνώμης από την επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν.4412/2016, διά της αποστολής σχετικού σχεδίου απόφασης, όπως άλλωστε έχει δέσμια αρμοδιότητα προς τούτο, προκειμένου η τελευταία να εκτιμήσει την επάρκεια των επανορθωτικών μέτρων. Αβάσιμοι κατ΄ακολουθίαν είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής αιτήματος διευκρίνησης των δηλωθέντων της στο ΤΕΥΔ, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, αφού εν προκειμένω δεν διαγνώσθηκε σχετική (επουσιώδης) παράλειψη της προσφεύγουσας στα

δηλωθέντα και συμπληρωθέντα στο ΤΕΥΔ της από την αναθέτουσα αρχή, αλλά αντιθέτως συμμορφούμενη η τελευταία με τις διατάξεις του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 αιτήθηκε τη σύμφωνη γνώμη της αρμόδιας επιτροπής επί της επάρκειας των ληφθέντων (και δηλωθέντων) επανορθωτικών μέτρων.

17. Επειδή, περαιτέρω η Επιτροπή επί της επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους, διά της Γνώμης της με αρ. 8/2019, αποφασίζει ομόφωνα τη μη παροχή σύμφωνης γνώμης επί του υποβληθέντος σχεδίου απόφασης του ..... και επί της μη επάρκειας των ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων της εταιρίας «.....» προς απόδειξη της αξιοπιστίας της. Αναφέρεται δε στην ως άνω Γνώμη, ενδεικτικά, ότι δεν προσκομίστηκαν αποδεικτικά στοιχεία που αφορούν στην απόφαση επιβολής προστίμου από την Επιτροπή Ανταγωνισμού –για την οποία σημειωτέον όπως έγινε δεκτό με τη παρούσα έπρεπε η προσφύγουσα να δηλώσει συγκεκριμένα στοιχεία καθώς και τον αριθμό της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού στο ΤΕΥΔ- αλλά και σε τυχόν λοιπά ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα αυτοκάθαρσης.

18. Επειδή, εξάλλου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 γίνεται δεκτό ότι «σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4» παραδεκτώς προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή είχε τη σχετική δυνατότητα σε αυτό το στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας διαθέτοντας επαρκώς εύλογες ενδείξεις –από τα δηλωθέντα στο ΤΕΥΔ- που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, και προκειμένου να εκτιμήσει τους συντρέχοντες λόγους αποκλεισμού αιτήθηκε τη σύμφωνη γνώμη της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016. Οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η προσκόμιση των σχετικών δικαιολογητικών εγγράφων γίνεται κατά το στάδιο κατακύρωσης θα ήταν

βάσιμοι εν προκειμένω, εάν πληρούταν καταρχήν η προϋπόθεση της επάρκειας των ληφθέντων από αυτή επανορθωτικών μέτρων, που έχει δηλώσει στο ΤΕΥΔ της. Αβάσιμοι επιπλέον είναι και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που προβάλλονται με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της περί παραβίασης του δικαιώματος ακρόασης βάσει των σχετικών διατάξεων του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, αφού από τον νόμο προκύπτει εναργώς η διαδικασία λήψης της σύμφωνης γνώμης της επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, ενώ σύμφωνα με την με αρ. 50844/11.05.2018 ΥΑ του Υπουργού Οικονομίας και Ανάπτυξης (ΦΕΚ 279/ΥΟΔΔ/17.05.2018) συνιστάται η επιτροπή επί της επάρκειας ληφθέντων επανορθωτικών μέτρων οικονομικών φορέων προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους και ορίζεται η διαδικασία γνωμοδότησης της. Επιπλέον το δικαίωμα ακροάσεως ικανοποιείται με την άσκηση της παρούσας προσφυγής όπου η προσφεύγουσα προβάλλει όλες τις πραγματικές και νομικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημα της (άρθρο 362 Ν. 4412/2016).

19. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι εσφαλμένως δεν ανοίχθηκε η οικονομική της προσφορά. Σύμφωνα ωστόσο με τους όρους του άρθρου 15 της επίμαχης διακήρυξης, που εφαρμόστηκαν εν προκειμένω ορθώς από την αναθέτουσα αρχή «Για όσες προσφορές δεν κρίθηκαν αποδεκτές κατά το στάδιο ελέγχου των ηλεκτρονικών (υπό)φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής Τεχνική Προσφορά» οι φάκελοι της οικονομικής προσφοράς δεν αποσφραγίζονται (άρθρο 100, παρ. 2, Ν.4412/16)». Ακόμη και στη περίπτωση που ήθελε υποτεθεί ότι η ως άνω αναφορά στις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 100 του Ν. 4412/2016 είναι εσφαλμένη, οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εντούτοις αφορούν στη νομιμότητα, αναγκαιότητα ή και σκοπιμότητα των όρων της διακήρυξης και δια τούτο θα μπορούσαν να προβληθούν και να προσβληθούν εμπροθέσμως, ως δε γίνεται νομολογιακώς δεκτό, δεν δύνανται σε κάθε περίπτωση να τύχουν παραδεκτής επίκλησης κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, διότι δια της μη έγκαιρης προβολής τους δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της διακήρυξης και της

ανεπιφύλακτης συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς παύουν να έχουν οποιοδήποτε έννομο συμφέρον και συνεπώς οι εκ των υστέρων αμφισβητήσεις του κύρους των όρων της διακήρυξης δεν είναι σύννομες (ΣτΕ 2770/2013). Κατ΄ακολουθίαν τα αντίθετα ισχυριζόμενα από τη προσφεύγουσα είναι αβάσιμα.

20. Επειδή, περαιτέρω η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί διακοπής της πρόσβασης της προσφεύγουσας εταιρείας στο ΕΣΗΔΗΣ και ειδικότερα συνολικά στα έγγραφα των προσφορών που έχουν υποβληθεί στον επίμαχο διαγωνισμό με αριθμό Συστήματος ....., υποστηρίζοντας ότι αποκλείσθηκε από το να λάβει πλήρη γνώση της προσφοράς και των εγγράφων των συνδιαγωνιζομένων και να προβάλλει ακολούθως, ως έχει σχετικό δικαίωμα, τους ενδεχόμενους λόγους αποκλεισμού της προσφοράς τους. Ορθώς εν προκειμένω υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της ότι γνωστοποιήθηκε στη προσφεύγουσα η υπ' αριθ. 198/2019 απόφαση του αποφασίζοντος οργάνου του Συνδέσμου με την οποία αποφασίζεται ο αποκλεισμός της ενώ από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει ότι η προσφεύγουσα είχε πρόσβαση σε αυτόν τουλάχιστον μέχρι τις 3/7/2019 που αναρτήθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση ή το αργότερο μέχρι 5/7/2019 οπότε και έστειλε η προσφεύγουσα τη σχετική επιστολή διαμαρτυρίας. Στο δε Υπόμνημα της άλλωστε συνομολογεί η προσφεύγουσα ότι η μη αποσφράγιση της οικονομικής της προσφοράς κατά το σύστημα της ηλεκτρονικής πλατφόρμας συνεπάγεται τον οριστικό της αποκλεισμό από το διαγωνισμό και αναγκαστικά –πρέπει να γίνει δεκτό- τη διακοπή πρόσβασης σε αυτόν. Στη προκείμενη περίπτωση και αφού συνάγεται ότι η προσφεύγουσα είχε πρόσβαση σε όλα τα στοιχεία και έγγραφα του διαγωνισμού και συνεπώς και στις προσφορές των συνδιαγωνιζόμενων της, τουλάχιστον μέχρι την 3/7/2019 καθώς άσκησε τη παρούσα προσφυγή της εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας (12.7.2019), πρέπει να γίνει δεκτό ότι εδύνατο να προβάλλει αιτιάσεις που να αφορούν στις προσφορές των έτερων συμμετεχόντων, όπως άλλωστε δύναται κάθε μέσος συνετός

συμμετέχων και υποψήφιος ανάδοχος που έχει πρόσβαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού δεδομένης και της ύπαρξης των διακριτών σταδίων αυτού και της ενδεχόμενης απόρριψης προσφοράς συμμετεχόντων στο στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς και βεβαίας απόρριψης στο στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών προκειμένου για την ανάδειξη ενός ανάδοχου (ή και περισσοτέρων αν είναι συμφωνία- πλαίσιο ή διαγωνισμός σε τμήματα).

21. Επειδή, ειδικότερα το άρθρο 4 «Δικαιώματα χρήσης και τρόπος πρόσβασης» της Υ.Α.56902/215 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων Ηλεκτρονική Αποσφράγιση - Αξιολόγηση Προσφορών και Αιτήσεων Συμμετοχής» (ΦΕΚ Β' 1924) ορίζει ότι «[...] 2. Το Σύστημα υποστηρίζει διαβαθμισμένη πρόσβαση με την απόδοση διαφορετικών δικαιωμάτων χρήσης στις αντίστοιχες κατηγορίες χρηστών από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Τεχνικής Στήριξης ΕΣΗΔΗΣ της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων και Προμηθειών της ΓΓΕΠΚ ως κατωτέρω:[...] 2.7 Πιστοποιημένοι οικονομικοί φορείς και πιστοποιημένοι χρήστες αυτών: η ομάδα αυτή περιλαμβάνει στελέχη των οικονομικών φορέων που πραγματοποιούν λειτουργίες δημοσίων συμβάσεων μέσω του Συστήματος, ανάλογα με τα δικαιώματα πρόσβασης που έχουν αιτηθεί και τους έχουν αποδοθεί από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Τεχνικής Στήριξης ΕΣΗΔΗΣ, καθώς και τον σχετικό Κανονισμό Ασφαλείας του». Περαιτέρω το άρθρο 16 «Ηλεκτρονική Αποσφράγιση-Αξιολόγηση Προσφορών και Αιτήσεων Συμμετοχής» της ανωτέρω Υ.Α. ορίζει ότι «[...] 3. Μέσω του Συστήματος ιδίως:• Πιστοποιημένοι χρήστες των γνωμοδοτικών οργάνων του άρθρου 221 του ν. 4412/2016 προβαίνουν κατά περίπτωση στην διαδικασία αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης των αιτήσεων συμμετοχής, φακέλων και (υπό)φακέλων των προσφορών και υποβάλλουν τα πρακτικά, γνωμοδοτήσεις, εισηγήσεις τους προς την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα. • Πιστοποιημένοι χρήστες του φορέα διενέργειας του διαγωνισμού, ο απευθύνουν πρόσκληση στους χρήστες- οικονομικούς φορείς για παροχή διευκρινίσεων ή συμπλήρωσης των

εγγράφων ή των δικαιολογητικών που έχουν υποβάλει. - απευθύνουν πρόσκληση στους χρήστες- οικονομικούς φορείς για παροχή διευκρινίσεων επί του περιεχομένου της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει. - κοινοποιούν στους οικονομικούς φορείς την σχετική απόφαση επικύρωσης των πρακτικών αξιολόγησης των προσφορών και των αιτήσεων συμμετοχής, αναλόγως της κατά περίπτωση ακολουθούμενης διαδικασίας. • Πιστοποιημένοι χρήστες των οικονομικών φορέων - παρέχουν τις διευκρινίσεις ή συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που τους ζητούνται. - λαμβάνουν γνώση των λοιπών συμμετεχόντων, των προσφορών τους και των υποβληθέντων στοιχείων και δικαιολογητικών αυτών μέσω του χώρου του ηλεκτρονικού διαγωνισμού [...]». Επιπλέον, το άρθρο 20 «Χρόνος και τρόπος πρόσβασης στα έγγραφα» της προαναφερόμενης Υ.Α. ορίζει ότι «Οι χρήστες έχουν πρόσβαση στα έγγραφα που παράγονται στο Σύστημα με τον τρόπο και στο χρόνο που ορίζεται από τις κατά περίπτωση κείμενες διατάξεις και τις διατάξεις της παρούσης, εφαρμοζόμενων των διατάξεων του άρθρου 5 του ν. 2690/1999 και των διατάξεων για το ηλεκτρονικό δημόσιο έγγραφο (ΥΑΠ/Φ.40.4/3/1031/2012 ΦΕΚ Β'/1317/23.04.2012) όπως κωδικοποιήθηκαν με το π.δ. 28/2015 (ΦΕΚ Α/34). Το δικαίωμα πρόσβασης στα έγγραφα των προσφορών άλλων οικονομικών φορέων ασκείται σύμφωνα με το άρθρο 21 παρ. 5 του ν. 4412/2016». Τέλος, το άρθρο 3 της Υ.Α. Π1/2390/16.10.2013 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)» (Β 2677) ορίζε ότι «[...] 2.6. Πιστοποιημένοι οικονομικοί φορείς - χρήστες του συστήματος: η ομάδα αυτή περιλαμβάνει τους οικονομικούς φορείς του άρθρου 2 περ. γ' του ν. 4155/2013. Οι χρήστες αυτοί έχουν ελεγχόμενη πρόσβαση σε στοιχεία ενδιαφέροντος τους σχετικά με τους διαγωνισμούς για τους οποίους έχουν υποβάλει προσφορά. Κάθε οικονομικός φορέας έχει πρόσβαση μόνο στα δικά του στοιχεία και στα στοιχεία των διαγωνισμών που συμμετέχει [...]».

22. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού ότι η αναθέτουσα αρχή

τήρησε τις ανωτέρω διατάξεις του Νόμου σχετικά με την προβλεπόμενη διαδικασία διεξαγωγής του διαγωνισμού, αφού υφίστατο κατά τη διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας δικαίωμα πρόσβασης της προσφεύγουσας στα εν γένει στοιχεία του διαγωνισμού και στα υποβληθέντα έγγραφα των συνδιαγωνιζόμενων, ενώ και οι προβλεπόμενες από το νόμο κοινοποιήσεις των εγγράφων του διαγωνισμού προς τους συμμετέχοντες έλαβαν χώρα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου αυτού. Περαιτέρω, ουδεμία παραβίαση του άρθρου 360 και 361 του Ν. 4412/2016 και αδυναμία γνώσης της προσφοράς και των εγγράφων των συμμετεχόντων από την προσφεύγουσα εταιρεία υφίσταται, ως αβασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, αφού υφίσταται δυνατότητα θέασης, μελέτης και εν γένει πλήρους γνώσης των υποβληθέντων εγγράφων των συμμετεχόντων, καθώς και των προσφορών αυτών, προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής σε περίπτωση που θεωρούσε ότι υφίσταται παραβίαση της κείμενης νομοθεσίας, γεγονός που έπραξε με την παρούσα. Ετέρωθεν, οι σχετικοί προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, θα πρέπει να απορριφθούν ως αόριστοι, λαμβανομένου υπόψη ότι ουδεμία αναφορά της υφίσταται ως προς το κατά ποιο μέρος οι προαναφερόμενες διατάξεις δεν τηρήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή και ποια είναι εκείνα τα έγγραφα της προσφοράς των συνδιαγωνιζόμενων εταιρειών, των οποίων δεν έλαβε γνώση και περαιτέρω, ποιος ο χρόνος που είχε στη διάθεσή της προς επισκόπηση αυτών και ο οποίος ενδεχομένως δεν επαρκούσε, για τον έλεγχο των εγγράφων των προσφορών των συνδιαγωνιζομένων για την άσκηση των νομίμων δικαιωμάτων της. Επιπροσθέτως, οι ανωτέρω αυτοί ισχυρισμοί καταχρηστικά προβάλλονται, αφού ουδέν αναφέρεται από την προσφεύγουσα για ενάσκηση εκ μέρους της του δικαιώματος της περί πρόσβασης στα έγγραφα των προσφορών άλλων οικονομικών φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 21 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, με το οποίο μπορούσε να αποκτήσει πρόσβαση σε έγγραφα που επιθυμούσε, κατά τα οριζόμενα στο Νόμο. Κατ' ακολουθίαν, ο λόγος αυτός της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αόριστος, νόμω και ουσία αβάσιμος.

23. Επειδή, κατ΄ακολουθίαν, η ως άνω προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και η παρέμβαση να γίνει δεκτή.

24. Επειδή, περαιτέρω, η δεύτερη ως άνω προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης βάλλοντας ειδικότερα κατά της προσφοράς της συμμετέχουσας ..... η οποία και ανεδείχθη προσωρινή ανάδοχος, ισχυριζόμενη ότι εσφαλμένως έγινε αποδεκτή η προσφορά της καθώς κατά πρώτον στην υπ' αριθ. ..... Μελέτη της Διεύθυνσης Σταθμών Μεταφόρτωσης Απορριμμάτων, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της υπόψη διακήρυξης, και δη στο κεφάλαιο V με τίτλο «ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ», στο άρθρο 7, αναφέρονται τα εξής: «Θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια η δέσμευση του υποψήφιου προμηθευτή να εγκαταστήσει και να συντηρεί τα ψυγεία αυτά, καθώς και η καταλληλόλητα και το ασφαλές κλείδωμα τους, από τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς του, με ποινή αποκλεισμού σε αντίθετη περίπτωση.» Συναφώς παραπονείται η προσφεύγουσα ότι η καθ΄ης συμμετέχουσα ....., στην προσφορά που έχει καταθέσει, δεν κάνει καμία αναφορά για την κάλυψη της ως άνω προδιαγραφής περί ασφαλούς κλειδώματος των προσφερόμενων ψυγείων. Όπως ωστόσο ρητώς ορίζεται, όφειλαν οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό επί ποινή αποκλεισμού να δεσμεύονται ρητώς όχι μόνο για τη διάθεση των απαιτούμενων ψυγείων, αλλά και για την τεχνική καταλληλότητα των προσφερόμενων ψυγείων καθώς και για το ασφαλές κλείδωμα τους. Υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η συμμετέχουσα ....., ενώ δεσμεύεται να προσφέρει τα απαιτούμενα ψυγεία σύμφωνα με την υπ' αριθ. ..... Μελέτη της υπόψη διακήρυξης, ουδόλως προκύπτει από οποιοδήποτε σημείο της τεχνικής προσφοράς της η δέσμευση εν προκειμένω για το ασφαλές κλείδωμα τους. Επομένως, δεν αποδεικνύεται από τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς της η συμμόρφωση με την εν λόγω προδιαγραφή, κατά παράβαση και επί ποινή αποκλεισμού του ως άνω τεθέντος όρου. Εμφανώς δε, διέλαθε της προσοχής της επιτροπής του διαγωνισμού το γεγονός ότι η συμμετέχουσα ..... δεν δεσμεύεται για το ασφαλές κλείδωμα των ψυγείων που πρόκειται να προσφέρει, όπερ, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, όφειλε να έχει οδηγήσει

στην απόρριψη της προσφοράς της, καθόσον ρητώς ορίζεται ότι η εν λόγω δέσμευση πρέπει να προκύπτει επί ποινή αποκλεισμού από τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς. Δέον, συνεπώς, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέτρο που έκανε αποδεκτή την προσφορά της ατομικής επιχείρησης της ....., κηρύσσοντας την προσωρινή ανάδοχο της προμήθειας, καθώς συντρέχει λόγος απόρριψης της προσφοράς της, λόγω έλλειψης των ως άνω απαιτούμενων επί ποινή αποκλεισμού στοιχείων από την τεχνική προσφορά της. Κατά δεύτερον ισχυρίζεται η εδώ προσφεύγουσα τα εξής: Στο άρθρο 9 της υπόψη διακήρυξης και δη στην παράγραφο Α.1.3, αναφέρονται τα εξής: «...Στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται η εγγύηση συμμετοχής και όλα τα απαιτούμενα κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς δικαιολογητικά καθώς και η τεχνική προσφορά. Συνκεκριμένα:...Α.1.3) Το ζητούμενο από την παρούσα διακήρυξη δείγμα του υπό προμήθεια είδους. Το δείγμα προσκομίζεται μαζί με τα έντυπα δικαιολογητικά...». Επιπλέον, στην υπ' αριθ. 0..... Μελέτη της προκείμενης προμήθειας και δη στην παράγραφο ΙΙ με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ & ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ» στο άρθρο 2, αναφέρεται: «...Εξωτερικά της συσκευασίας θα γράφεται η εγγυημένη ημερομηνία του γάλακτος, η οποία πρέπει να είναι έως 7 ημερών εντός ψυγείου, επίσης θα αναγράφονται τα θρεπτικά συστατικά ανά 100 ml γάλακτος, δηλαδή πρωτεΐνες, υδατάνθρακες, λιπαρά, σε gr, ασβέστιο, φώσφορος σε mg, βιταμίνες όπως π.χ. Α, Β1, Β2, Β6 κ.λπ., φολικό οξύ, mg, ενέργεια σε kJ ή kcal.». Κατόπιν εξέτασης ωστόσο του απαιτούμενου δείγματος του προσφερόμενου γάλακτος, που προσκόμισε η προσωρινή ανάδοχος, διαπιστώθηκε πως το προσφερόμενο προϊόν δεν αναγράφει στην συσκευασία του απαραίτητες πληροφορίες σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα, δεν αναγράφεται επί της συσκευασίας η περιεκτικότητα ανά 100ml γάλακτος των βιταμινών καθώς και του φολικού οξέος. Σύμφωνα ωστόσο με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, είναι απολύτως σαφές ότι στην εξωτερική συσκευασία του γάλακτος θα αναγράφονται συγκεκριμένες διατροφικές πληροφορίες. Η

διακήρυξη όρισε ρητώς ποιες είναι οι απαιτούμενες διατροφικές πληροφορίες, που πρέπει να αναγράφονται στην εξωτερική συσκευασία του προσφερόμενου γάλακτος. Η ανθυποψήφια εντούτοις προσφέρει φρέσκο γάλα, στην εξωτερική συσκευασία του οποίου δεν αναγράφονται όλες οι απαιτούμενες διατροφικές πληροφορίες, γεγονός που συνιστά κατά τη προσφεύγουσα σαφή απόκλιση από τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Δέον, κατ΄ακολουθίαν, όπως απορριφθεί και γι' αυτόν τον λόγο η προσφορά της ανθυποψήφιας και ήδη προσωρινής αναδόχου, εφόσον στην εξωτερική συσκευασία του γάλακτος που προσφέρει, όπως διαπιστώθηκε από την εξέταση του προσκομισθέντος δείγματος, δεν αναγράφονται οι απαιτούμενες από τις τεχνικές προδιαγραφές πληροφορίες και δη οι βιταμίνες και η περιεκτικότητα σε φολικό οξύ του προσφερόμενου είδους. Με βάση την αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης, που αφορούν τους τύπους, οι οποίοι πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία αυτή, καθιερώνουν ουσιώδεις όρους (τύπους) με εξαίρεση εκείνους για τους οποίους προκύπτει το αντίθετο, η δε παράβαση αυτών συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο. Ο αποκλεισμός του υποψήφιου, η προσφορά του οποίου δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης, δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, η οποία υποχρεούται να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού. Επομένως, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, δεν μπορούν να προβληθούν βάσιμα λόγοι ότι ο αποκλεισμός του υποψηφίου από τον διαγωνισμό στην περίπτωση αυτή έρχεται σε αντίθεση με την αρχή της αναλογικότητας ή ότι έγινε καθ' υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας και κατά κατάχρηση εξουσίας των οργάνων του διαγωνισμού. Η παράλειψη υποβολής ή η μη προσήκουσα υποβολή ενός και μόνον δικαιολογητικού ή εγγράφου δικαιολογεί τον αποκλεισμό από τη διαγωνιστική διαδικασία. Έχει συναφώς κριθεί ότι οι υποψήφιοι δεν μπορούν να προσάπτουν στην αναθέτουσα αρχή την έλλειψη τήρησης κάποιας υποχρέωσης, δεδομένου ότι η ασάφεια της προσφοράς οφείλεται σε δική τους παράλειψη να επιδείξουν τη δέουσα επιμέλεια κατά τη σύνταξη του σχετικού

φακέλου, επιμέλεια η οποία άλλωστε απαιτείται από όλους τους υποψηφίους, ενώ η υποχρέωση αποκλεισμού υποψηφίου υφίσταται και στην περίπτωση που η ελλιπής υποβολή της προσφοράς οφείλεται σε παραδρομή του υποψηφίου. Επομένως, εξ όλων των ανωτέρω προκύπτει ότι κατά παράβαση των οικείων διατάξεων της διακήρυξης και του νόμου κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της καθ΄ής υποψήφιας και ήδη προσωρινής αναδόχου. Επιπλέον η προσφεύγουσα προβάλλει λόγους κατά της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη πρώτης προσφεύγουσας επικουρικώς και μόνο στην περίπτωση που η αποκλεισθείσα εταιρεία «.....» επανέλθει στον διαγωνισμό, αιτείται δε να απορριφθεί η προσφορά της, προβάλλοντας πλημμέλειες στη τεχνική της προσφορά. Το κύριο αίτημα της ως άνω προσφυγής είναι να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 198/2019 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ..... κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της ατομικής επιχείρησης της κ. ....., κηρύσσοντας την ταυτόχρονα ως προσωρινή ανάδοχο και να απορριφθεί η προσφορά της αναδόχου ατομικής επιχείρησης της κ. ..... για τους προβαλλόμενους στην προσφυγή λόγους καθώς και να ανατεθεί στην ίδια τη συμμετέχουσα και ήδη προσφεύγουσα, ως επόμενη μειοδότρια, η προμήθεια της διακήρυξης.

25. Επειδή, η παρεμβαίνουσα ....., προβάλλει, με την νομίμως και εν γένει παραδεκτώς ασκηθείσα παρέμβαση της υπέρ του κύρους και της διατήρησης της ισχύος της υπ' αριθ. 198/2019 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής του ..... κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της και την ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο, αναφορικά με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ειδικότερα ότι: Αναφορικά με την αιτίαση σχετικά με το κλείδωμα των απαιτούμενων ψυγείων, έχει προσκομίσει ως δικαιολογητικό συμμετοχής- τεχνικής προσφοράς την σχετική υπεύθυνη δήλωση στην οποία ρητώς αναφέρεται ότι: «Αναλαμβάνω να εγκαταστήσω ικανό αριθμό κατάλληλων ψυγείων στους συγκεκριμένους χώρους παράδοσης (3 σημεία) έχοντας και την ευθύνη συντήρησής τους, για την τοποθέτηση και συντήρηση των παραδιδόμενων ποσοτήτων γάλακτος, όπως ορίζεται στη Διακήρυξη και τη Μελέτη που τη συνοδεύει». Η χρήση του όρου «κατάλληλος» σε

συνδυασμό με τη φράση «όπως ορίζεται στη Διακήρυξη και τη Μελέτη που τη συνοδεύει» αποδεικνύει τη δέσμευσή της να εγκαταστήσει τα ζητούμενα από τη Διακήρυξη και Μελέτη κατάλληλα ψυγεία, δηλαδή αυτά τα οποία θα φέρουν και ασφαλές κλείδωμα. Σημειωτέον δε ότι κατά τα δύο τελευταία έτη (2017-2018 και 2018-2019) προμηθεύει ήδη τον ..... με φρέσκο γάλα και τα ψυγεία τα οποία έχει ήδη εγκατεστημένα είναι τα προσήκοντα. Σχετικά με τη δεύτερη αιτιάση της προσφεύγουσας για τη μη αναγραφή του φολικού οξέος (βιταμίνη Β9) στην ετικέτα του προσφερόμενου γάλακτος του ..... (.....) υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα ότι στο άρθρο 30 του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1169/2011 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 25ης Οκτωβρίου 2011, σχετικά με την παροχή πληροφοριών για τα τρόφιμα στους καταναλωτές, ορίζεται ότι: «1. Η υποχρεωτική διατροφική δήλωση περιλαμβάνει τα ακόλουθα: α) ενεργειακή αξία, και β) ποσότητες λιπαρών, κορεσμένων, υδατανθράκων, σακχάρων, πρωτεϊνών και αλατιού. ... 2. Το περιεχόμενο της υποχρεωτικής διατροφικής δήλωσης που προβλέπεται στην παράγραφο 1 μπορεί να συμπληρωθεί με αναγραφή των ποσοτήτων ενός ή περισσοτέρων από τα εξής: ... στ) οποιεσδήποτε από τις βιταμίνες ή τα ανόργανα συστατικά που απαριθμούνται στο σημείο 1 του μέρους Α του παραρτήματος XIII και υπάρχουν σε σημαντικές ποσότητες, όπως καθορίζεται στο σημείο 2 του μέρους Α του παραρτήματος XIII.» Βάσει, λοιπόν, της κείμενης εφαρμοζόμενης νομοθεσίας δεν υπάρχει υποχρέωση αναγραφής των αναφερόμενων στην προσφυγή στοιχείων (βιταμίνες και φολικό οξύ) στη συσκευασία του γάλακτος (διατροφική δήλωση), πολλώ δε μάλλον για κάποια από αυτά δεν υφίσταται καν η δυνατότητα αναγραφής τους, καθότι δεν υπάρχουν στις καθοριζόμενες στο παράρτημα XIII σημαντικές ποσότητες. Άλλωστε, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, οι συμμετέχοντες όφειλαν να προσκομίσουν και αναλυτικές χημικές αναλύσεις του προσφερόμενου γάλακτος. Από αυτές τις οποίες έχει προσκομίσει η συμμετέχουσα και ήδη παρεμβαίνουσα προκύπτει η πλήρης διατροφική αξία του προσφερόμενου γάλακτος, η οποία και είναι απολύτως σύμφωνη με τα ζητούμενα στην σχετική Μελέτη.

26. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 22.07.2019 ανήρτησε τις απόψεις της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, αιτούμενη την απόρριψη της υπό κρίση δεύτερης ως άνω Προσφυγής.

27. Επειδή, η προσφεύγουσα την 08.08.2019 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ Υπόμνημα της, σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4605/2019, όπως τούτος τροποποιεί τις διατάξεις του Ν.4412/2016.

28. Επειδή, η οικεία διακήρυξη ορίζει, μεταξύ άλλων και αναφορικά με τις αιτιάσεις της εδώ προσφεύγουσας: «Α2. Τεχνική Προσφορά. Στον (υπό) φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», υποβάλλονται ηλεκτρονικά τα κάτωθι : Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Στην συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο .pdf. Εφόσον οι απαιτήσεις της διακήρυξης για την τεχνική προσφορά δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολό τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει στην τεχνική του προσφορά ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία. Οι προσφέροντες υποβάλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους: (α) Πιστοποιητικό διαπιστευμένου εργαστηρίου που θα αναφέρει την χημική ανάλυση του γάλακτος που προσφέρει ο ανάδοχος. (β) Παραστατικά πιστοποιητικών ποιότητας της διεθνούς σειράς ISO, πιστοποιητικά ποιότητας και ελέγχου του HACCP ή και αντιστοίχων χωρών της Ε.Ε. (γ) Υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/86 στην οποία θα δηλώνεται: > Ο χρόνος παράδοσης των ειδών ελευθέρων και έτοιμων προς χρήση σε χώρους που θα υποδείξει ο ..... κατόπιν της εκάστοτε παραγγελίας, ο οποίος δεν είναι δυνατόν να είναι μεγαλύτερος από τον ζητούμενο. > Ότι θα προβεί σε αντικατάσταση των ειδών που τυχόν θα

παρουσιάσουν ελαττώματα, ή δεν θα πληρούν τις απαιτήσεις της υπηρεσίας σύμφωνα με τη σχετική μελέτη καθώς και να προσδιοριστεί ο χρόνος αντικατάστασης τους. > Η χώρα προέλευσης, παραγωγής και συσκευασίας των ειδών που προσφέρουν. Τα παραπάνω δεν εφαρμόζονται προκειμένου για προϊόντα κοινοτικής προέλευσης. > Ότι αναλαμβάνει να εγκαταστήσει ικανό αριθμό ψυγείων στους συγκεκριμένους χώρους παράδοσης (3 σημεία) έχοντας και την ευθύνη συντήρησής τους, για την τοποθέτηση και συντήρηση των παραδιδόμενων ποσοτήτων γάλακτος > Το εργοστάσιο το οποίο θα παρασκευάσει τα προσφερόμενα είδη, (εφόσον φυσικά δεν τα παράγει ο ίδιος) ή τον παραγωγό, καθώς και τον τόπο εγκατάστασης του. > Ότι αναλαμβάνει να παραδίδει με ασφαλή τρόπο το γάλα στους τόπους παράδοσης που ορίζει ο ..... σύμφωνα με τις ισχύουσες υγειονομικές διατάξεις». Περαιτέρω στη Μελέτη με αρ. ....., που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της επίμαχης διακήρυξης ορίζεται: «Άρθρο 2ο: Τεχνικές Προδιαγραφές Το προϊόν το οποίο θα προσφερθεί θα πρέπει να ανταποκρίνεται πλήρως στις διατάξεις του Π.Δ. 56/21-2-1995 «Συμμόρφωση της Ελληνικής νομοθεσίας προς τις Οδηγίες 92/46/ΕΟΚ και 92/47/ΕΟΚ του Συμβουλίου περί των υγειονομικών κανόνων που διέπουν την παραγωγή και εμπορία γάλακτος και προϊόντων με βάση το γάλα» (ΦΕΚ 45/27-2-95 τ. Α'). Το προσφερόμενο είδος θα πρέπει να έχει πιστοποιητικό συμμόρφωσης με τους Ευρωπαϊκούς κανονισμούς ή θα είναι πιστοποιημένο από ελληνικό φορέα. Επιπλέον το υπό προμήθεια προϊόν θα πληροί τις ακόλουθες προδιαγραφές: Το γάλα θα είναι επώνυμο, φρέσκο, αγελαδινό, πλήρες (ή με χαμηλά λιπαρά κατά τις ανάγκες της Υπηρεσίας), παστεριωμένο, ομογενοποιημένο, διάρκειας έως επτά (7) ημερών. Η ποιότητα του προϊόντος θα είναι άριστη. Θα δίδεται σε συσκευασία 1 λίτρου. Εξωτερικά της συσκευασίας θα γράφεται η εγγυημένη ημερομηνία του γάλακτος, η οποία πρέπει να είναι έως 7 ημερών εντός ψυγείου, επίσης θα αναγράφονται τα θρεπτικά συστατικά ανά 100 ml γάλακτος, δηλαδή πρωτεΐνες, υδατάνθρακες, λιπαρά, σε gr, ασβέστιο, φώσφορος σε mg, βιταμίνες όπως πχ Α, Β1, Β2, Β6 κλπ, φολικό οξύ, mg, ενέργεια σε kJ ή kcal. [...]» και περαιτέρω στη ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ της εν λόγω Μελέτης:

«Άρθρο 7. Παράδοση Γάλακτος Τα έξοδα προετοιμασίας και μεταφοράς του προς προμήθεια είδους μέχρι τους τόπους παράδοσης θα επιβαρύνουν τον προμηθευτή υπέρ του οποίου θα κατακυρωθεί η προμήθεια. Ο προμηθευτής υποχρεούται να παραδώσει, κατά την υπογραφή της σύμβασης, τρία (3) ψυγεία συντήρησης (βιτρίνες) με ένδειξη θερμοκρασίας, που θα εγκαταστήσει στους χώρους εργασίας του ..... προκειμένου να φυλάσσεται το γάλα. Τα ψυγεία αυτά θα ανήκουν στον προμηθευτή, ο οποίος έχει και την ευθύνη καλής λειτουργίας και συντήρησης τους, ο δε ..... θα κάνει μόνο χρήση αυτών και θα τα επιστρέψει μετά την λήξη της σύμβασης. Το φρέσκο γάλα θα παραδίδεται τμηματικά κάθε Δευτέρα, Τετάρτη και Παρασκευή στις πρώτες εργάσιμες ώρες κάθε ημέρας, ώστε να παραδίδεται έγκαιρα στους δικαιούχους ή άλλως αν η Υπηρεσία το επιθυμεί κατά τις ανάγκες της σε συσκευασίες του ενός (1) λίτρου, στους παρακάτω χώρους εργασίας του .....: 1. ..... (.....) ..... στην περιοχή των ....., 2. ..... (.....) ....., 3. Κεντρική υπηρεσία του ....., οδός ..... Θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια η δέσμευση του υποψήφιου προμηθευτή να εγκαταστήσει και να συντηρεί τα ψυγεία αυτά, καθώς και η καταλληλόλητα και το ασφαλές κλείδωμά τους, από τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς του, με ποινή αποκλεισμού σε αντίθετη περίπτωση».

29. Επειδή, από τους προαναφερθέντες όρους της διακήρυξης προκύπτει εναργώς ως απαίτηση, επί ποινή αποκλεισμού, ότι θα πρέπει να προκύπτει με σαφήνεια από τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς του, η δέσμευση του υποψήφιου προμηθευτή να εγκαταστήσει και να συντηρεί τα ψυγεία, καθώς και η καταλληλόλητα και το ασφαλές κλείδωμά τους. Επιπλέον δε τούτου, δηλαδή της συναγωγής της σχετικής δέσμευσης απο τη τεχνική προσφορά του υποψηφίου, απαιτείται και η προσκόμιση Υπεύθυνης Δήλωσης όπου θα δηλώνεται «Ότι αναλαμβάνει να εγκαταστήσει ικανό αριθμό ψυγείων στους συγκεκριμένους χώρους παράδοσης (3 σημεία) έχοντας και την ευθύνη συντήρησής τους, για την τοποθέτηση και συντήρηση των παραδιδόμενων ποσοτήτων γάλακτος». Συνακολούθως ορθώς υποστηρίζει η προσφεύγουσα εν προκειμένω ότι οι συμμετέχοντες στην υπόψη διαγωνιστική

διαδικασία οφείλουν να συμμορφώνονται και στις δύο ως άνω απαιτήσεις του κανονιστικού πλαισίου της οικείας διακήρυξης, βάσει της αρχής της τυπικότητας, πολλώ δε μάλλον που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού. Δεδομένου ότι, από την επισκόπηση της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης ....., εμφαίνεται ότι δεν προκύπτει η ως άνω δέσμευση από την υποβληθείσα τεχνική της προσφορά, όπερ, βάσει των ως άνω γενόμενων δεκτών, δεν θεραπεύεται από την υποβολή της ως άνω απαιτούμενης Υπεύθυνης Δήλωσης, οι ισχυρισμοί της πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι. Αβάσιμοι ομοίως είναι και οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί επουσιώδους παράλειψης, καθώς στην περίπτωση που γινόντουσαν δεκτοί θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας αλλά και της ισότητας των υποψηφίων διαγωνιζομένων, που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς. Για τον λόγο τούτο αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η μη ρητή αναφορά στην τεχνική προσφορά της δέσμευσης αυτής δεν συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια αυτής, αφού έχει προσκομιστεί η υπεύθυνη δήλωση περί αποδοχής του συνόλου των τεχνικών προδιαγραφών και θα μπορούσε να ζητηθεί διευκρίνιση, κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, καθώς γίνεται δεκτό ότι αποτελεί εν προκειμένω ουσιώδη πλημμέλεια και παράλειψη συμμόρφωσης της συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας σε επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση της διακήρυξης, η οποία σημειωτέον είναι και υπογεγγραμμένη στο κείμενο αυτής.

30. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και mutatis mutandis με τα προαναφερόμενα σε αυτή, αναφορικά με το δεύτερο λόγο προσφυγής της προσφεύγουσας κατά της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη παρεμβαίνουσας, η παρεμβαίνουσα συνομολογεί ότι το προσφερόμενο από αυτή προϊόν δεν αναγράφει στην συσκευασία του απαραίτητες πληροφορίες σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και δη τη περιεκτικότητα ανά 100ml γάλακτος των βιταμινών καθώς και του φολικού οξέος. Αβάσιμοι εν προκειμένω τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι βάσει του Κανονισμού με αριθ. 1169/2011 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 25ης Οκτωβρίου 2011, σχετικά με την παροχή

πληροφοριών για τα τρόφιμα στους καταναλωτές, δεν υπάρχει υποχρέωση αναγραφής των αναφερόμενων στην προσφυγή στοιχείων (βιταμίνες και φολικό οξύ) στη συσκευασία του γάλακτος (διατροφική δήλωση), πολλώ δε μάλλον για κάποια από αυτά δεν υφίσταται καν η δυνατότητα αναγραφής τους, καθότι δεν υπάρχουν στις καθοριζόμενες στο παράρτημα XIII σημαντικές ποσότητες, δεδομένου ότι από τους κανονιστικού περιεχομένου όρους της υπόψη διακήρυξης προκύπτει εναργώς η συγκεκριμένη απαίτηση και υποχρέωση των συμμετεχόντων προμηθευτών. Εξάλλου, εδύνατο η παρεμβαίνουσα να προσβάλλει τους συγκεκριμένους όρους κατά το στάδιο της προκήρυξης του διαγωνισμού, όπερ αφού δεν έπραξε, συνάγεται ότι τους αποδέχεται και πρέπει διά της προσφοράς της να συμμορφώνεται σε αυτούς (βλ. σκ. 19 σχετικά με το επίκαιρο προβολής ισχυρισμών).

31. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει με τη προσφυγή της σχετικά με την έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία με την επωνυμία «.....» επικουρικώς και για τη περίπτωση αποδοχής της προσφυγής της τελευταίας και επανεισόδου της στον διαγωνισμό, ότι η προσφορά της παρουσιάζει την ίδια πλημμέλεια με την προσφορά της προσωρινής αναδόχου, όσον αφορά τη μη αναφορά στην τεχνική προσφορά της δέσμευσης για το ασφαλές κλείδωμα των προσφερόμενων ψυγείων. Δεδομένων των ως άνω κριθέντων, παρέλκει η εξέταση κατ΄ουσίαν του ισχυρισμού τούτου, ωστόσο σε κάθε περίπτωση και υπό την προϋπόθεση ισχύος των ισχυρισμών της εδώ προσφεύγουσας από την μελέτη της προσφοράς της καθ΄ής εταιρείας και πρώτης προσφεύγουσας, ισχύουν τα σχετικώς αναφερόμενα στη σκέψη 27.

32. Επειδή, κατ΄ακολουθίαν, η δεύτερη ως άνω Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και η Παρέμβαση να απορριφθεί.

33. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης το παράβολο της πρώτης προσφεύγουσας πρέπει να καταπέσει ενώ το παράβολο της δεύτερης προσφεύγουσας πρέπει να επιστραφεί.

Αριθμός απόφασης: 1004,1005 / 2019

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει τη πρώτη Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....».

Δέχεται τη Παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «.....» επί της πρώτης Προσφυγής.

Ορίζει την κατάπτωση του Παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με .....) ποσού 600, 00€.

Δέχεται τη δεύτερη Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....».

Ακυρώνει τη με αριθμ. 198/2019 (από τη 17η Τακτική Συνεδρίαση της 01.07.2019) απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ....., όπως τούτη εκδόθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με με ΑΔΑΜ ..... 2019-04-05 Διακήρυξη του ..... για την επιλογή αναδόχου για την προμήθεια φρέσκου γάλακτος για την κάλυψη των αναγκών των δικαιούχων εργαζομένων του ..... για το έτος 2019 - 2020, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 70.500,07€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%, κατά το μέρος που κάνει αποδεκτή τη προσφορά της ατομικής επιχείρησης ..... και την ανακηρύσσει προσωρινό ανάδοχο.

Απορρίπτει τη Παρέμβαση της ατομικής επιχείρησης ..... επί της δεύτερης Προσφυγής.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό .....) ποσού 600, 00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 19 Αυγούστου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 6 Σεπτεμβρίου 2019.

Αριθμός απόφασης: 1004,1005 / 2019

Η Πρόεδρος	**Η Γραμματέας**
Μαρία Κων. Μανδράκη	**Ελένη Κατσίκα**

Αριθμός απόφασης: 1442-1443 /2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 2α Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος – Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει : Α) την από 24/10/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΑΕΠΠ 1298/25.10.2019, της εταιρείας με την επωνυμία «…….» (εφεξής «πρώτη προσφεύγουσα») που εδρεύει στη ……, οδός …… αρ. …. &……, νομίμως εκπροσωπούμενης και

Β) την από 24/10/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - ΑΕΠΠ 1317/29.10.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «……..» (εφεξής «δεύτερη προσφεύγουσα») που εδρεύει ……, ……αρ. …., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ……. (εφεξής «αναθέτων φορέας»), νομίμως εκπροσωπουμένης.

Με την υπό εξέταση πρώτη Προδικαστική Προσφυγή η πρώτη προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό 287/Α6/1010.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ….. ως προς το μέρος που αποδέχεται την προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας, καθώς και κάθε σχετική πράξη, παράλειψη, γνωμοδότηση και απόφαση της Διοίκησης προγενέστερη ή μεταγενέστερη βλαπτική των δικαιωμάτων και συμφερόντων μας που συνέχεται με την προσβαλλόμενη πράξη.

Με την υπό εξέταση δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα επιδιώκει τον αποκλεισμό της πρώτης προσφεύγουσας και καθ’ ερμηνεία του εγγράφου της προσφυγής, επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό 287/Α6/1010.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ….ως προς το μέρος που αποδέχεται την προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο (ελάχιστο) e-παράβολο, ύψους ευρώ 600,00 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e- παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό …… με αποδεικτικό της Τράπεζας Alpha Bank της 21/10/2019 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης δεύτερης προσφυγής έχει καταβληθεί σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017 νόμιμο (ελάχιστο) e-παράβολο, ύψους ευρώ 600,00 ήτοι ειδικότερα, έχει εκδοθεί, πληρωθεί, δεσμευθεί και κατατεθεί e- παράβολο (βλ. παράβολο με αριθμό … με αποδεικτικό της Τράπεζας Πειραιώς της 7/10/2019 περί πληρωμής του ανωτέρω παραβόλου και εκτύπωση από την ιστοσελίδα του ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως «δεσμευμένο»).

3. Επειδή, η …….. έχει ιδρυθεί σύμφωνα με τις διατάξεις της περίπτωσης στ. της παραγράφου 2 του άρθρου 6 του ν.δ. 674/1970 όπως ισχύει, και η ίδρυσή της εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. Φ25/74398/5420/00/3-10-2001 απόφαση του Υπουργού Μεταφορών και Επικοινωνιών. Σύμφωνα με τις ιδρυτικές της διατάξεις, η …..λειτουργεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος σύμφωνα με τους κανόνες της Ιδιωτικής Οικονομίας και η λειτουργία της διέπεται από τις διατάξεις των νόμων 3429/05, 3891/2010, 674/1970 τον κ.ν. 2190/1920 και τις διατάξεις που διέπουν τους Οργανισμούς ή τις επιχειρήσεις του ευρύτερου δημόσιου τομέα. Με το ν. 3891/2010, δε, η …….ανέλαβε κατ' αποκλειστικότητα τη διοίκηση, διαχείριση και εμπορική εκμετάλλευση της ακίνητης περιουσίας του …..

4. Επειδή, με την υπ' αριθμόν … Προκήρυξη η …….προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με αντικείμενο ανάθεσης «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗΣ ΚΑΙ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΣΗΣ ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΚΤΕΤΑΜΕΝΗΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ 369 ΜΟΝΑΔΩΝ ΣΙΔΗΡΟΔΡΟΜΙΚΟΥ ΤΡΟΧΑΙΟΥ ΥΛΙΚΟΥ» (αρ. πρωτ. …) μέσω του ΕΣΗΔΗΣ με σκοπό την

επιλογή αναδόχου για την παροχή των ανωτέρω υπηρεσιών με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής και προϋπολογισμό 100.000 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 19/7/2019 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ …..) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος ….. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς υποβάλλοντας προσφορές, ήτοι οι δύο προσφεύγουσες και ειδικότερα η με α/α συστήματος 145969/06.08.2019 προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας και η με α/α συστήματος 148649/26.08.2019 προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας.

5. Επειδή, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμόν 287/Α6/10.10.2019 απόφαση της …, η οποία κοινοποιήθηκε μαζί με το Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού στους ενδιαφερόμενους συμμετέχοντες στις 17-10-2019 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, εγκρίθηκε το Πρακτικό Ι της αρμόδιας Επιτροπής αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, με το οποίο κρίθηκαν αποδεκτές αμφότερες οι προσφορές και βαθμολογήθηκε η μεν προσφορά της πρώτης προσφεύγουσας με 93 βαθμούς και η δε προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας με 89,5 βαθμούς.

6. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 25/10/2019 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) - ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη γνωστοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερομένους την 17/10/2019 - ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Επισημαίνεται ότι η ίδια η προσφεύγουσα κοινοποίησε την προσφυγή στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

7. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με κατάθεση στις 24/10/2019 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) - ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη γνωστοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερομένους την 17/10/2019 - ενώ (η προσφυγή) είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Ως βασίμως υποστηρίζει ο αναθέτων φορέας δεν έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, ωστόσο, παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από τον τελευταίο, η προσφυγή έχει κοινοποιηθεί με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ (30.10.2019)

και έχει εκδοθεί και κοινοποιηθεί μετά της υπό εξέταση προσφυγής e-παράβολο υπέρ ΑΕΠΠ, το οποίο αναφέρει στο πεδίο «πρόσθετα στοιχεία» «προδικαστική προσφυγή στην ΑΕΠΠ (Ν. 4412/2016)». Κυρίως όμως, τα απαιτούμενα κατά νόμο στοιχεία της προσφυγής προκύπτουν με σαφήνεια από το κατατεθειμένο δικόγραφο και τη διάρθρωση αυτού και δεν πλήττεται με τη μη χρήση του συγκεκριμένου δικογράφου ο δικαιολογητικός σκοπός της ανωτέρω διάταξης που είναι η επιτάχυνση της διαδικασίας σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016. Δοθέντος ότι η χρήση του τυποποιημένου εντύπου δεν αποτελεί ουσιώδη τύπο της διαδικασίας η παραβίαση του οποίου θα οδηγούσε στο απαράδεκτο της προδικαστικής προσφυγής αφού με σαφήνεια προκύπτει από την αιτιολογική έκθεση ότι σκοπός της εν λόγω διάταξης είναι η επιτάχυνση της διαδικασίας, ενώ η δυνατότητα πρόβλεψης στον Κανονισμό της ΑΕΠΠ υποχρεωτικής χρήσης τυποποιημένου εντύπου δεν απαγορεύει την υποβολή προδικαστικών προσφυγών περιβαλλόμενων σε άλλο τύπο (ΔεφΚομ. 39/2017).

8. Επειδή έκαστη προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα της οποίας η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της έτερης συμμετέχουσας και προσφεύγουσας και, εν προκειμένω, στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της έτερης προσφεύγουσας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Όλως, επικουρικώς, η δεύτερη προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον ως προς το αίτημα – καθ΄ ερμηνείαν του εγγράφου της προσφυγής – ακύρωσης της προσβαλλόμενης επί τη βάσει της τροποποίησης της βαθμολόγησης της ίδιας, δεδομένου ότι είναι δεύτερη σε βαθμολογία της τεχνικής προσφοράς. Ωστόσο, αορίστως κι επομένως απαραδέκτως βάλλει η πρώτη προσφεύγουσα κατά κάθε άλλης προγενέστερης ή μεταγενέστερης σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής (βλ. Τμήμα ΙΙ Ε. Συν. 3220,3200,2822,2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016). Περαιτέρω, όσον αφορά το αίτημα της δεύτερης προσφεύγουσας περί αποκλεισμού της πρώτης

προσφεύγουσας προβάλλεται απαραδέκτως, καθώς δεν δύναται βάσει του οικείου κανονιστικού πλαισίου η ΑΕΠΠ να τροποποιήσει απόφαση καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018) αλλά δύναται δυνάμει του άρθρου 367 Ν. 4412/2016 μόνο να ακυρώσει πράξη ή παράλειψη και στην δεύτερη περίπτωση (παράλειψης) να αναπέμψει στην αναθέτουσα προκειμένου να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια (βλ. και ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

9. Επειδή, την 25/10/2019 κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) το με αριθμό πρωτ. 60188/25-10-2019 πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού περί απόφασης αναστολής της προόδου του διαγωνισμού με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών επιθεώρησης και πιστοποίησης των εργασιών εκτεταμένης συντήρησης 369 μονάδων σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού» μέχρι την έκδοση απόφασης της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών επί των προσφυγών».

10. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του (βλ. αρθ. 224, 231 Ν.4412/2016), της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016. Επομένως, νομίμως φέρεται προς εξέταση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή στο 5ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε μέσω της εφαρμογής «επικοινωνία», στις 25/10/2019 την υπό εξέταση πρώτη προδικαστική προσφυγή και στις 29/10/2019 την δεύτερη προδικαστική προσφυγή στον έτερο συμμετέχοντα, ο οποίος θίγεται από την αποδοχή της κατά περίπτωση προσφυγής, προκειμένου να λάβει γνώση.

12. Επειδή, ο αναθέτων φορέας απέστειλε στις 27/11/2019 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) την υπ΄ αριθμ. 60341/4-11-2019 έκθεση απόψεων προς την ΑΕΠΠ επί αμφότερων των προσφυγών. Επισημαίνεται ότι τις απόψεις κοινοποίησε μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ την 4/11/2019 ο αναθέτων φορέας σε αμφότερες τις προσφεύγουσες.

13. Επειδή, στις 26/11/2019 η πρώτη προσφεύγουσα κατέθεσε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού ΕΣΗΔΗΣ εμπρόθεσμο υπόμνημα κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 365 του ν. 4412/2016 ως ισχύει. Ομοίως, κατέθεσε με τον αυτό τρόπο, την 26/11/2019 εμπρόθεσμο υπόμνημα και η δεύτερη προσφεύγουσα. Επισημαίνεται ότι αμφότερες οι προσφεύγουσες με το κατά περίπτωση υπόμνημά τους, πέραν των λόγων που συνιστούν αντίκρουση των απόψεων του αναθέτοντος φορέα προς επίρρωση των προβαλλόμενων με την κατά περίπτωση προσφυγή, προβάλλουν και λόγους κατά της προσφυγής του έτερου συμμετέχοντα. Ωστόσο, οι εν θέματι λόγοι προβάλλονται απαραδέκτως με υπόμνημα, καθώς συνιστούν αντικείμενο παρέμβασης κατά το οικείο κανονιστικό πλαίσιο. Ακόμη και στην περίπτωση που ήθελε υποτεθεί ότι δύναται η σώρευση υπομνήματος στα πλαίσια μίας ασκηθείσας προσφυγής και παρέμβαση υπέρ της προσβαλλόμενης κατά έτερης προσφυγής (*quod non*), το περιεχόμενο της εν λόγω παρέμβασης θα είχε υποβληθεί εκπροθέσμως με βάση το άρθρο 362 του Ν. 4412/2016.

14. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής : *«Επειδή, κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων (βλ. ειδικά την παρ. 4.1 του «Ευρωπαϊκού Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» καθώς και την Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ με θέμα «Κριτήρια ποιοτικής επιλογής δημοσίων συμβάσεων και έλεγχος καταλληλότητας»). Επειδή, έχει ομοίως κριθεί ότι είναι νόμιμη η πρόβλεψη στην διακήρυξη μίας τουλάχιστον παράδοσης συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετάσχει στον διαγωνισμό και επίσης ότι η ειδική εμπειρία αποδεικνύεται από εκτελεσμένες συμβάσεις, ο αριθμός των οποίων και ο καθορισμός του ορίου του συνολικού προϋπολογισμού αυτών εξειδικεύεται συγκεκριμένα στη Διακήρυξη από την αναθέτουσα αρχή (Βλ. ΣτΕ ΕΑ 1184/2009).*

Σύμφωνα με το πρακτικό [1] σημειώνεται πως δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της …….. καθώς πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 της διακήρυξης [2]. Η προδικαστική προσφυγή της …….. συνδέεται με τα κριτήρια της παραγράφου 2.2.6. καθώς η …… δεν πληροί τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας όπως αναλυτικά τεκμηριώνεται ακολούθως:

1. Συγκεκριμένα η απαίτηση της παραγράφου 2.2.6 με ποινή αποκλεισμού επιβάλει, οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να έχουν αναλάβει την τελευταία δεκαπενταετία (15έτη) τουλάχιστον ένα [1] παρόμοιο έργο συναφές με το αντικείμενο του Διαγωνισμού, που αφορά την παρακολούθηση και πιστοποίηση εργασιών κατασκευής, συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού. Η εμπειρία που προσκομίστηκε από την …… με τίτλο «Μελέτη αποκατάστασης συγκολλήσεων τεμαχίων στήριξης βραχειών μειωτήρα των συρμών της σειράς 1 της ……..…» δεν αφορά έργο συναφές με το αντικείμενο του διαγωνισμού για τους εξής λόγους:

1.1. Σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Οδηγία Σιδηροδρομικής Διαλειτουργικότητας 2008/57/ΕΚ άρθρο 1 παράγραφος 3 που εναρμονίστηκε στο εθνικό δίκαιο με το ΠΔ 140/2010 και με την Ευρωπαϊκή Οδηγία Σιδηροδρομικής Διαλειτουργικότητας 2016/797/ΕΕ, τα κράτη μέλη εξαιρούν από το πλαίσιο εφαρμογής των σιδηροδρομικών Οδηγιών τους μητροπολιτικούς σιδηροδρόμους (ΜΕΤΡΟ), τα τραμ και τα υπόλοιπα αστικά σιδηροδρομικά συστήματα. Συνεπώς το έργο που κατατέθηκε από την …… ως τεκμηρίωση εμπειρίας δεν αφορά σιδηροδρομικό τροχαίο υλικό, αλλά ελαφρύ όχημα ΜΕΤΡΟ το οποίο δεν καταλαμβάνεται από το Κοινοτικό και Εθνικό Δίκαιο ως σιδηροδρομικό τροχαίο υλικό. Τα ελαφρά σιδηροδρομικά οχήματα περιλαμβάνουν ουσιώδεις διαφορές με το σιδηροδρομικό τροχαίο υλικό συμπεριλαμβανομένων του συστήματος ρευματοληψίας, του ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού μετατροπής ηλεκτρικής ενέργειας σε κίνηση, του συστήματος ανίχνευσης παρατρόχιας σηματοδότησης. Είναι προφανές πως ένα όχημα όπως αυτά του ΜΕΤΡΟ που κινείται σε ένα κλειστό σύστημα ορισμένων χιλιομέτρων δεν μπορεί να είναι παρόμοιο ή συναφές με τα οχήματα της επίμαχης διακήρυξης η οποία περιλαμβάνει οχήματα σχεδιασμένα να κινούνται διασυνοριακά στο Ευρωπαϊκό σιδηροδρομικό

δίκτυο. Το κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 της διακήρυξης, καθορίζει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση και ότι επ' ουδενί δεν είναι δυνατό η απαίτηση αυτή να ερμηνευθεί ώστε να συμπεριλάβει και τα ελαφρά σιδηροδρομικά συστήματα, που όπως ήδη προεκτέθηκε εμφανίζουν ουσιώδεις διαφορές, διότι σε αυτή την περίπτωση τίθεται σε διακινδύνευση η ορθή εκτέλεση της σύμβασης.

1.2. Από το συμφωνητικό που κατατέθηκε ως τεκμήριο εμπειρίας έργου με τίτλο «Μελέτη αποκατάστασης συγκολλήσεων τεμαχίων στήριξης βραχειών μειωτήρα των συρμών της σειράς 1 της ……...» και σύμφωνα με το περιεχόμενο της σύμβασης αλλά και των συμβατικών τευχών δημοπράτησης (ΑΔΑ:793ΨΟΡΛΟ-ΜΝΤ), προκύπτει ότι το εν λόγω έργο δεν είναι συναφές με τον επίμαχο διαγωνισμό καθώς έχει εντελώς διαφορετικό αντικείμενο. Συγκεκριμένα η ……... έχει αναλάβει μελέτη συγκολλήσεων και όχι έργο ελέγχου και πιστοποίησης της κατασκευής και συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού, όπως ζητείται από την επίμαχη διακήρυξη. Η μόνη πιστοποίηση που προβλέπεται στο ανωτέρω κατατεθέν συμφωνητικό έργου της ……... είναι πιστοποίηση προσώπου (Συγκολλητή) και διαδικασίας (Συγκόλλησης) και όχι πιστοποίηση εργασιών κατασκευής και συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού. Η εμπειρία στη μελέτη συγκολλήσεων την οποία προσκομίζει ο οικονομικός φορέας ……... αδιαμφισβητήτως δεν καλύπτει το σύνολο των απαιτήσεων της διακήρυξης που συνίστανται στην παρακολούθηση και πιστοποίηση εργασιών κατασκευής και συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού. Επιπλέον δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι «η μελέτη» συγκολλήσεων, που αφορά στη διερεύνηση των αναγκών, στην εξέταση των συνθηκών και στη συλλογή των απαραιτήτων στοιχείων και δεδομένων για την έναρξη της σχεδίασης, τον καθιστά ικανό, για την παρακολούθηση και πιστοποίηση εργασιών κατασκευής. Για το λόγο αυτό υφίσταται ξεχωριστή πιστοποίηση για τη μελέτη και ξεχωριστή για τις εργασίες κατασκευής και συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού, κάτι που ευλόγως δεν θα συνέβαινε εάν οι δυο αυτές έννοιες ταυτίζονταν, η έστω ήταν παρόμοιες ή ακόμη και συναφείς. Προς επίρρωση των ανωτέρω, το θέμα αυτό έχει αναγνωριστεί και από την αναθέτουσα αρχή κατά την αξιολόγηση άλλου

κριτηρίου της διακήρυξης [2] και συγκεκριμένα στο σημείο 2.3.3 για το κριτήριο Κ2.1.

Ειδικότερα στο σημείο 2 του πρακτικού [1] της αιτιολόγησης της βαθμολόγησης του εν λόγω κριτηρίου αναφέρεται: «Η διαφορά στη βαθμολόγηση του κριτηρίου Κ2.1 έγκειται στη μεγαλύτερη εμπειρία των μελών της ομάδας έργου της…….. σε εργασίες σχετικές με το τροχαίο υλικό, όπως προκύπτει από προσκομισθείσες βεβαιώσεις εμπειρίας. Αντιθέτως, ενώ δύο από τα μέλη της ομάδας έργου έχουν εμπειρία σχετική με τροχαίο υλικό, από τα υπόλοιπα μέλη της ομάδας έργου της ……., κάποια έχουν εμπειρία μόνο σε συγκολλήσεις Φορείων και κάποια άλλα μηδενική εμπειρία σχετικά με το τροχαίο υλικό.» Από το εδάφιο αυτό και την αντίστοιχη βαθμολόγηση του φαίνεται πως η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται την διαφοροποίηση των έργων συντήρησης τροχαίου υλικού από τη μελέτη συγκολλήσεων. Επομένως, δεν καθίσταται σαφής στο πλαίσιο της αρχής της νομιμότητας, ο λόγος για τον οποίο η αιτιολόγηση για τη βαθμολόγηση του ως άνω κριτηρίου δεν εφαρμόζεται και στην αξιολόγηση της παραγράφου 2.2.6, και τούτο διότι οι σχετικές απαιτήσεις είναι, κατά τα διδάγματα της επιστήμης και γνωστά στο μέσο επιμελή προσφέροντα στο συγκεκριμένο διαγωνισμό, αλληλεξαρτώμενες.

1.3. Το συμφωνητικό που κατατέθηκε ως τεκμηρίωση εμπειρίας έργου υπογράφηκε την 7η Σεπτεμβρίου 2017 και αναφέρει ως χρόνο υλοποίησης τα 3 έτη. Δεν υπάρχει τεκμηρίωση ότι το έργο είχε ολοκληρωθεί και παραληφθεί επιτυχώς την ημέρα κατάθεσης της προσφοράς (26/08/2019), ώστε να δύναται να χρησιμοποιηθεί ως αποδεικτικό εμπειρίας. Στο μέρος IV ενότητα Γ του ΤΕΥΔ της ……. αναφέρεται «ΝΑΙ, ……., 7/9/2017, Μελέτη αποκατάστασης συγκολλήσεων τεμαχίων στήριξης βραχειών μειωτήρα των συρμών της σειράς 1 της …….» Όπως προεκτέθηκε η εμπειρία, παγίως, αποδεικνύεται από εκτελεσμένες συμβάσεις που πρέπει να συντρέχουν κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, ως άλλωστε ρητά απαιτεί η διακήρυξη (βλ. όρο Β.4 1) που δεσμεύει τόσο τον αναθέτοντα φορέα όσο και τους διαγωνιζομένους. Στο πεδίο Γ. του ΤΕΥΔ, γίνεται αναφορά από την ……... μόνο ενός έργου για να καλυφθεί η πρώτη απαίτηση τεχνικής και επαγγελματικής δραστηριότητας. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψιν ότι το συμφωνητικό παροχής υπηρεσιών που κατατέθηκε από την ……... εντός του

φακέλου τεχνικών προσφορών και δικαιολογητικών και κατόπιν απλού αριθμητικού υπολογισμού προκύπτει ότι, κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της …….δεν έχει παρέλθει ο χρόνος ολοκλήρωσης της σύμβασης, δηλαδή δεν πληρούται η επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση της διακήρυξης περί εμπειρίας στηριζόμενης σε εκτελεσθείσες συμβάσεις. Ούτε βέβαια, δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι επειδή στους διαγωνισμούς που διενεργούνται κατά το καθεστώς του ν. 4412/2016 και ισχύει η προαπόδειξη, το επίμαχο έγγραφο όφειλε να ελεγχθεί σε μεταγενέστερο στάδιο. Γιατί, όπως πλέον παγίως έχει κριθεί από την Αρχή Σας «το ΤΕΥΔ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον προσφέροντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξής του ως αναδόχου. Ωστόσο, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη δεν μπορεί να αποκλείσει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων από την αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση που αφενός μεν ο οικονομικός φορέας προσκομίζει έγγραφα και δικαιολογητικά προς απόδειξή τους, καίτοι δεν υποχρεούται, και αφετέρου αμφισβητούνται με επίκληση συγκεκριμένων λόγων από έτερο διαγωνιζόμενο. Σε αντίθετη περίπτωση, θα καθίσταντο δυνατή η συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που δηλώνουν ανακριβή ή ψευδή στοιχεία, θα παραβιάζονταν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων με την εν τοις πράγμασι εξίσωση φορέων που πληρούν και φορέων που δεν πληρούν ρητούς όρους της Διακήρυξης, εις βάρος της οικονομίας της διαγωνιστικής διαδικασίας (ΑΕΠΠ 377/2018 σκ.50) Επομένως, μια τέτοια ερμηνεία παρίσταται εντέλει μη συμβατή με τον σκοπό καθιέρωσης του συστήματος προκαταρκτικής, πλην σε κάθε περίπτωση μαχητής, απόδειξης, καθόσον λειτουργεί εις βάρος της αποτελεσματικότητας, ταχύτητας και του ιδίου του δημοσίου συμφέροντος, εκθέτοντας περαιτέρω σε βλάβη την αναθέτουσα και

τους μετέχοντες και ιδίως προσβάλλοντας θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και δεν δύναται να γίνει δεκτή (βλ. ΑΕΠΠ 96/2017 σκ.8, παρ. 5 του άρθρου 79 και την προηγούμενη σκέψη της παρούσας). Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω, και βάσει των όρων του άρθρου 2.2.6 που απαιτεί τη σχετική εμπειρία και του άρθρου 2.4.6 περί λόγων απόρριψης των προσφορών, προκύπτει ότι η προσφορά της ……δεν πληροί όρο επί ποινή αποκλεισμού της διακήρυξης και θα έπρεπε να έχει απορριφθεί.

2. Η απαίτηση της διακήρυξης στο σημείο 2.2.6 με ποινή αποκλεισμού επιβάλει οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν ανθρώπινο δυναμικό (Ομάδα Έργου) και πόρους ικανούς και αξιόπιστους για να φέρουν σε πέρας επιτυχώς τις απαιτήσεις του Έργου, σε όρους απαιτούμενης εξειδίκευσης, επαγγελματικών προσόντων και εμπειρίας. Σύμφωνα με τον φάκελο τεχνικών δικαιολογητικών της …… ορίζεται ως Υπεύθυνος του Έργου ένα, μόνιμης και αποκλειστικής απασχόλησης, Διευθυντικό στέλεχος της Αττικό Μετρό Α.Ε. Εντός του φακέλου τεχνικής προσφοράς περιλαμβάνεται το καθηκοντολόγιό του καθώς και η θέση του στο οργανόγραμμα. Επειδή η …….. είναι εταιρία του Ελληνικού Δημοσίου, για τις περιπτώσεις απασχόλησης υπαλλήλων της, και δη διευθυντικών στελεχών, σε έργα ιδιαίτερα μεγάλης χρονικής διάρκειας όπως το συγκεκριμένο, είναι υποχρεωτική η χορήγηση ειδικής άδειας από την …… Στα προσκομισθέντα δικαιολογητικά δεν υπάρχει η αντίστοιχη άδεια συνεπώς δεν διασφαλίζεται η παρουσία και η διαθεσιμότητά του στο επίμαχο έργο, επομένως λόγω του κομβικού ρόλου του Υπευθύνου του Έργου, όλη η ομάδα έργου που προτάθηκε από την …… είναι μετέωρη. Το ίδιο ισχύει και για το δεύτερο μέλος της ομάδας έργου, με φερόμενη εμπειρία σε τροχαίο υλικό, το οποίο επίσης είναι μόνιμος υπάλληλος της ……. Το ενδεχόμενο επιχείρημα ότι οι απαιτούμενες άδειες θα ζητηθούν αν η …….. καταστεί ανάδοχος είναι αίολο [sic], *καθ' όσον τίποτα δεν προδικάζει ότι τότε η …….. θα χορηγήσει τις άδειες αυτές αποστερούμενη των υπηρεσιών των βασικών στελεχών της. Εν πάσει* [sic] *περιπτώσει ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι τα οικεία έγγραφα δεν ζητούνται ρητά από τους όρους της διακήρυξης, αποτελεί αναμφισβήτητο γεγονός ότι η τεχνική προσφορά της …….. βρίθει ασαφειών και ατελειών εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και*

αβέβαια γεγονότα. Εξάλλου, από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που παγίως διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, επιβάλλεται η εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και η κρίση επί των απαιτήσεων της διακήρυξης ενός εκάστου υποψηφίου οικονομικού φορέα, κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες τόσο κατά το στάδιο της υποβολής, όσο και κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών των υποψηφίων (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac ConstructionLtd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), δεδομένου ότι οι προσφορές των τελευταίων θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, επί τη βάσει των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν, όπως αυτά αποκρυσταλλώθηκαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο της υποβολής των προσφορών. Επομένως, η προσφορά του κρίνεται απορριπτέα και γι' αυτό το λόγο καθόσον κατά το χρόνο υποβολής της ουδόλως φρόντισε να διασφαλίσει τη διαθεσιμότητα των εκ μέρους του δηλωθέντων ως μελών της ομάδας έργου.

3. Η διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού στο σημείο 2.2.6 απαιτεί ρητά και με ποινή αποκλεισμού την εκτίμηση της χρονικής παρουσίας του προσωπικού του αναδόχου στα εργοστάσια της ……. Η τεχνική προσφορά της ……... στο σημείο 2. «Παρουσία κατά την εκτέλεση των εργασιών εκτεταμένης συντήρησης» δεν αναφέρει την εκτίμηση χρόνου. Αντ' αυτών παρατίθεται το παρακάτω κείμενο: «Ο χρόνος παρουσίας του επιθεωρητή δεν είναι ίδιος για κάθε τύπο τροχαίου υλικού, αλλά σχετίζεται με τις φάσεις των αντίστοιχων Δ.Ε.Ε., κατόπιν συμφωνίας με την επίβλεψη. Υποχρεωτική παρουσία υπάρχει στην περίπτωση πρόσκλησης από την επίβλεψη και κατά την υλοποίηση των Σ.Σ.Ε. Ο Ανεξάρτητος Φορέας Επιθεωρήσεων διατηρεί το δικαίωμα εκτέλεσης αιφνίδιων επιθεωρήσεων, με τη σύμφωνη γνώμη της επίβλεψης. Κατά την εκτέλεση των εργασιών θα τηρούνται και θα ελέγχονται το ημερολόγιο του έργου και τα Δ.Ε.Ε. μετά των συνοδευτικών εντύπων & εγγράφων τους.» Στο σύνολο των εντύπων της τεχνικής προσφοράς της …… δεν αναφέρεται πουθενά η απάντηση της απαίτησης της διακήρυξης σχετικά με την εκτίμηση της χρονικής παρουσίας του προσωπικού του αναδόχου στα εργοστάσια της ……., ούτε παρατίθενται σχετικά στοιχεία.

Τέλος, δεν δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι η…… δύναται νομίμως να καλέσει την ……..προς συμπλήρωση ή διευκρίνιση της προσφοράς του, για τους ως άνω λόγους, καθόσον μια αίτηση παροχής διευκρίνισης, δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, (C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40), προκειμένου να καταστεί δυνατή η αξιολόγηση και βαθμολόγηση της προσφοράς του. […] ».

15. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει με την προσφυγή της τα εξής «[..]*1. Ως προς την αξιολόγηση του κριτηρίου Κ.1.2.:*

a) Η αναθέτουσα αρχή επικαλείται ότι η τεχνική περιγραφή της …….. «δεν ήταν τόσο συγκεκριμένη» στην ποσότητα των ανθρωποημερών, που θα απαιτηθούν για τις ανάγκες του έργου. Ο Φορέας μας, έχοντας λεπτομερή γνώση της δραστηριότητας συντήρησης τροχαίου υλικού και της πιθανής ανομοιογένειας του τροχαίου υλικού σε παράλληλες γραμμές συντήρησης του ιδίου «συγκροτήματος ……», θεωρεί ότι οποιαδήποτε δηλωθείσα προσέγγιση δε θα ανταποκρινόταν στην πραγματικότητα. Επιπλέον, καίτοι η επιτροπή διαγωνισμού είχε τη διακριτική ευχέρεια για αιτήματα διευκρινήσεων προς τους συμμετέχοντες φορείς, δεν υπεβλήθη σχετικό ερώτημα. Αντιθέτως, στην προσφορά της ……. ο χρόνος παρουσίας των επιθεωρητών στα εργοστάσια είναι υποεκτιμημένος με βάση την κοινά αποδεκτή τεχνική εμπειρία, και τους χρόνους συντήρησης των τεχνικών εγχειρίδιων των οχημάτων, ιδίως στις περιπτώσεις ανακατασκευών. Χαρακτηριστικά για τα IC - 4δυμα AEG, η …….. εκτιμά μία ημέρα "per vehicle", ενώ δεν είναι γνωστό σε πόσες φάσεις θα γίνει η ανακατασκευή τους και σε ποια τμήματα «συγκροτημάτων της ……» (π.χ. τμήμα επισκευής αμαξωμάτων, παράλληλα με τμήμα επισκευής ντιζελοκινητήρων). Επίσης, στην παράγραφο 2 (σελ. 3/8) δεν γίνεται μνεία στο χρόνο ανασκόπησης των διαδικασιών συντήρησης, που πολλάκις απαιτεί την παρουσία των επιθεωρητών στα «συγκροτήματα της ……..» και σε περιπτώσεις ανακατασκευών είναι ιδιαίτερα αυξημένος.

b) Στη μεθοδολογία δεν γίνεται αναφορά σε ειδικά προβλήματα, που πιθανά θα εμφανιστούν κατά τη συντήρηση και αποτελούν αντικείμενο

ειδικής διαχείρισης (πχ graffiti, ρωγμές σε αμαξώματα και φορεία οχημάτων, πυρόπληκτα οχήματα κτλ).

Βάσει των προαναφερόμενων, ζητούμε την αναθεώρηση της βαθμολογίας σας.

2. Ως προς την αξιολόγηση του κριτηρίου Κ.2.1.:

Μια εκ των βασικών απαιτήσεων της Διακήρυξης για τους Φορείς, που συμμετέχουν σε αυτήν, είναι ότι ζητείται συμμετοχή διαπιστευμένων φορέων ελέγχου Τύπου Α κατά το πρότυπο ISO 17020. Σύμφωνα με το προαναφερόμενο πρότυπο (Παράρτημα Α (τυποποιητικό) - Απαιτήσεις ανεξαρτησίας για τους φορείς ελέγχου), το προσωπικό του διαπιστευμένου φορέα Τύπου Α (§Α. 1.β) δεν πρέπει να απασχολείται σε δραστηριότητες, οι οποίες μπορεί να συγκρούονται με την ανεξαρτησία της κρίσης και της ακεραιότητάς τους, όσον αφορά στις δραστηριότητες ελέγχου. Ειδικότερα, δεν πρέπει να εμπλέκονται στο σχεδιασμό, κατασκευή, προμήθεια, εγκατάσταση, αγορά, ιδιοκτησία, χρήση ή συντήρηση των αντικειμένων ελέγχου, όπως άλλωστε ρητά αναφέρεται και το άρθρο 24 (Συγκρούσεις συμφερόντων) του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α'147/8.8.2016), ο οποίος αποτελεί προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, όπου ορίζεται ότι:

1. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα, κατά τις επόμενες παραγράφους, για: α) την αποτελεσματική πρόληψη,

β) τον εντοπισμό και γ) την επανόρθωση

συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων.

2. Κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων συντρέχει κατ' ελάχιστον όταν τα πρόσωπα της επόμενης παραγράφου, έχουν άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παράγραφο 4, το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της δημόσιας σύμβασης.

Στον εν λόγω διαγωνισμό («παροχή υπηρεσιών επιθεώρησης και πιστοποίησης των εργασιών εκτεταμένης συντήρησης 369 μονάδων σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού») έχει προταθεί από την …..(Φορέας Επιθεώρησης & Πιστοποίησης) ως υπεύθυνος έργου ο κος ……., ο οποίος σύμφωνα με το υποβληθέν βιογραφικό του είναι ιδιοκτήτης και νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρίας …….... Η συγκεκριμένη εταιρία έχει λάβει πρόσφατες αναθέσεις προμήθειας ανταλλακτικών σιδηροδρομικού υλικού από την ….., σύμφωνα με τις αναρτήσεις στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ, οι οποίες επισυνάπτονται. Βάσει του κεφαλαίου 1.3 της Διακήρυξης, «Φορέας συντήρησης τροχαίου υλικού και διενέργειας των εργασιών Εκτεταμένης Συντήρησης έχει ορισθεί από τα μέρη (……. & …….) η ανώνυμη εταιρεία «……» (……...). Το Κόστος Εκτεταμένης Συντήρησης θα καταβληθεί στην …… από τη ….., η δε …….. θα συμψηφίζει το Κόστος Εκτεταμένης Συντήρησης με τα οφειλόμενα μισθώματα στη ……..». Επομένως, δημιουργείται ασυμβίβαστο λόγω σύγκρουσης συμφερόντων, καθώς ο προμηθευτής του υλικού που προμηθεύεται η ……., θα είναι ταυτόχρονα και συντονιστής επιθεωρητής, ως υπεύθυνος του έργου, για λογαριασμό της …….

Ως εκ τούτου ζητούμε βάσει των ανωτέρω τον αποκλεισμό της εταιρείας ……. από το διαγωνισμό.

Ο φορέας μας, πρόσθετα, διατηρεί κάθε περαιτέρω νόμιμο δικαίωμα για προσφυγή και στο Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης (ΕΣΥΔ) και καταγγελία του συμβάντος.

Παραμένουμε στη διάθεση σας για οποιαδήποτε διευκρίνιση ή επιπλέον πληροφόρηση. »

16. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του υποστηρίζει αυτολεξεί τα εξής ως προς αμφότερες τις ανωτέρω προσφυγές *« Οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας εταιρείας «……..» εστιάζονται στην έλλειψη από τον έτερο συμμετέχοντα «……» των κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που προβλέπονται στο αρ. 2.2.6. της Προκήρυξης και τα οποία επί ποινή απαραδέκτου πρέπει να πληρούν όλοι οι συμμετέχοντες. Συγκεκριμένα σύμφωνα με το αρ. 2.2.6. της Προκήρυξης, προβλέπεται ότι:…[…] . Επί των λόγων της προσφυγής*

Α.1. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι δήθεν η επικαλούμενη εμπειρία από την έτερη συμμετέχουσα εταιρεία «……» με το έργο «Μελέτη αποκατάστασης συγκολλήσεων τεμαχίων στήριξης βραχειών μειωτήρα των συρμών της σειράς 1 της ……..» κακώς ελήφθη υπόψιν ως τεκμηρίωση εμπειρίας καθότι «δεν αφορά σιδηροδρομικό τροχαίο υλικό, αλλά ελαφρύ όχημα ΜΕΤΡΟ, το οποίο δεν καταλαμβάνεται από το Κοινοτικό και Εθνικό Δίκαιο ως σιδηροδρομικό τροχαίο υλικό.»

Πλην όμως, η επικαλούμενη από την προσφεύγουσα εταιρεία Ευρωπαϊκή οδηγία Σιδηροδρομικής Διαλειτουργικότητας 2016/797/ΕΕ, όπως ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το ν. 4632/2019: «Ενσωμάτωση Οδηγιών 2016/797,2016/798 και 2016/2370 (Διαλειτουργικότητα του σιδηροδρομικού συστήματος κ.λπ.»), αφορά στη θέσπιση ρυθμίσεων για την δημιουργία ενιαίου ευρωπαϊκού σιδηροδρομικού χώρου και τις τεχνικές προδιαγραφές που θεσπίζονται για αυτό, χωρίς να διαχωρίζονται τα οχήματα σε σιδηροδρομικά και μη.

Ειδικότερα σύμφωνα με τη σκέψη υπ'αριθμόν (5) της ανωτέρω οδηγίας «Τα μετρό, τα τραμ και άλλα ελαφρά σιδηροδρομικά συστήματα υπόκεινται σε τοπικές τεχνικές απαιτήσεις σε πολλά κράτη μέλη. Αυτά τα τοπικά συστήματα δημόσιων συγκοινωνιών συνήθως δεν υπόκεινται σε αδειοδότηση εντός της Ένωσης. Επιπλέον, τα τραμ και τα ελαφρά σιδηροδρομικά συστήματα συχνά υπόκεινται στη νομοθεσία οδικής κυκλοφορίας, επειδή χρησιμοποιούν την ίδια υποδομή. Για τους λόγους αυτούς, αυτά τα τοπικά συστήματα δεν χρειάζεται να είναι διαλειτουργικά και θα πρέπει συνεπώς να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας. Αυτό δεν εμποδίζει τα κράτη μέλη να εφαρμόζουν εθελοντικά τις διατάξεις της παρούσας οδηγίας στα τοπικά σιδηροδρομικά συστήματα, εφόσον το κρίνουν σκόπιμο.»

Από τα ανωτέρω όμως καθίσταται σαφές ότι τα οχήματα του ΜΕΤΡΟ χαρακτηρίζονται κατ'αρχήν ευρέως ως ελαφρύ σιδηροδρομικό τροχαίο υλικό. Το γεγονός ότι η Ευρωπαϊκή Οδηγία 797/2016 για τη Διαλειτουργικότητα δεν συμπεριλαμβάνει τα οχήματα του ΜΕΤΡΟ, αυτό δεν σημαίνει ότι δεν αποτελούν σιδηροδρομικά οχήματα. Κατ' ορθή ερμηνεία της ανωτέρω οδηγίας απλώς δεν χρειάζεται να είναι διαλειτουργικά, με τη βαριά σιδηροδρομική υποδομή, λόγω του περιορισμένου ή «κλειστού» χαρακτήρα τους. Επίσης

στην οδηγία αναφέρεται ότι όταν τα ελαφριά σιδηροδρομικά οχήματα χρησιμοποιούν βαριά σιδηροδρομική υποδομή, θα πρέπει να διασφαλίζεται η συμμόρφωση με όλες τις βασικές απαιτήσεις, καθώς και η συμμόρφωση με το αναμενόμενο επίπεδο ασφάλειας στις αντίστοιχες γραμμές.

Έτσι ο εθνικός νομοθέτης συνεκτιμώντας τις ιδιαιτερότητες κυρίως της λειτουργίας των συρμών της ……., θέσπισε ειδικότερες διατάξεις. Με την παράγραφο 5 του αρ. 1 «Αντικείμενο και Πεδίο Εφαρμογής» του ν. 4632/2019: «Ενσωμάτωση Οδηγιών 2016/797,2016/798 και 2016/2370 (Διαλειτουργικότητα του σιδηροδρομικού συστήματος κ.λπ.») προβλέπεται ότι «β) η ……... που εκδίδει την έγκριση οχήματος, διαβουλεύεται με τη Ρυθμιστική Αρχή Σιδηροδρόμων, ώστε να διασφαλίζεται ότι η μεικτή λειτουργία τραμ-τρένων και βαρέων σιδηροδρομικών οχημάτων πληροί όλες τις βασικές απαιτήσεις, καθώς και σχετικούς κοινούς στόχους ασφαλείας («ΚΣΑ»), λαμβάνοντας υπόψη τις υφιστάμενες υποδομές και τη συλλειτουργία των νέων συρμών με τον υφιστάμενο στόλο συρμών στην εθνική σιδηροδρομική υποδομή και στην υποδομή του μετρό. Μέχρι την έκδοση και κοινοποίηση των εθνικών κανόνων της περίπτωσης α), για την έγκριση του οχήματος θα ακολουθούνται οι βασικές απαιτήσεις και κανόνες που θα έχουν προκύψει από τη διαβούλευση με τη Ρυθμιστική Αρχή Σιδηροδρόμων και τη σύμφωνη γνώμη του διαχειριστή υποδομής,».

Ως εκ τούτου τα οχήματα της Αττικό Μετρό, λόγω της κίνησής τους στο τμήμα «Δουκ. Πλακεντίας - Αεροδρόμιο», πληρούν τις βασικές απαιτήσεις και τους κανόνες των βαρέων σιδηροδρομικών οχημάτων, έτσι ώστε να κινούνται με ασφάλεια στην εθνική σιδηροδρομική υποδομή, κατόπιν διαβούλευσης με τη ……... και τον…… ως διαχειριστή της υποδομής. Επομένως ορθώς το εν λόγω έργο θεωρήθηκε από την Επιτροπή του Διαγωνισμού παρόμοιο και συναφές, συνακόλουθα δε ο υπό κρίση λόγος θα πρέπει να απορριφθεί.

Α.2. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι το ανωτέρω έργο αφορούσε σε μελέτη συγκολλήσεων και όχι σε έργο ελέγχου και πιστοποίησης, οι οποίες είναι σχετικές με το διαγωνισμό. Πλην όμως το αντικείμενο του έργου της «……», που κατατέθηκε ως τεκμήριο εμπειρίας, είναι -εκτός από τη σύνταξη της μελέτη για την αποκατάσταση της συγκόλλησης- η πιστοποίηση της διαδικασίας της μεθόδου συγκόλλησης και η πιστοποίηση ενός

συγκολλητή της ……που θα πραγματοποιήσει τις συγκολλήσεις. Επίσης στο αντικείμενο περιλαμβάνονται η πραγματοποίηση μη καταστροφικών ελέγχων πριν τις συγκολλήσεις, επίβλεψη της συγκόλλησης και της επισκευής των φορείων και η πραγματοποίηση μη καταστροφικών ελέγχων των επισκευασμένων φορείων. Στο τέλος των εργασιών σε κάθε φορείο, η ……..., σύμφωνα με το συμφωνητικό, θα πρέπει να εκδώσει το Τελικό Πιστοποιητικό Καταλληλότητας-Καλής Επισκευής ανά φορείο.

Επομένως το ανωτέρω αντικείμενο αποτελεί έργο παρακολούθησης και πιστοποίησης εργασιών επισκευής και συντήρησης ενός από τα πιο κύρια υποσυστήματα του σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού και ορθώς κρίθηκε από την Επιτροπή του Διαγωνισμού συναφές με το αντικείμενο του διαγωνισμού.

Α.3. Επί του ισχυρισμού της προσφεύγουσας ότι δήθεν η επικαλούμενη από την «……..» εμπειρία με την από 07-09-2017 Σύμβαση Παροχής Υπηρεσιών με την εταιρεία «……..», κακώς έγινε αποδεχτή επειδή δεν φέρεται να προκύπτει ότι η σύμβαση είναι εκτελεσμένη, λεκτέα είναι τα εξής:

Η ανωτέρω σύμβαση με χρόνο έναρξης την 07-09-2017, προβλέπει χρόνο εκτέλεσης αυτής κατά μέγιστο τα τρία -3- έτη. Λαμβανομένου υπόψιν του οικονομικού της αντικειμένου, του αριθμού των προς επισκευή και επιθεώρηση συρμών (22), καθώς και του χρόνου εκτέλεσής της, η Επιτροπή του Διαγωνισμού δεν ηδύνατο να κρίνει διαφορετικά βάσει των στοιχείων που προσκομίστηκαν καθότι προέκυπτε ότι αυτή είχε συναφθεί νομίμως, ο χρόνος έναρξης εκτέλεσης της σύμβασης ανάγεται δύο έτη πριν τη συμμετοχή της εταιρείας στον παρόντα διαγωνισμό, όπερ συνεπάγεται ικανός χρόνος ολοκλήρωσης της σύμβασης και επομένως, ορθώς έκρινε τη σύμβαση ως εκτελεσμένη και ορθώς έλαβε υπόψιν τις αναφερόμενες στην ανωτέρω σύμβαση εργασίες ως συναφείς και σχετικές με το αντικείμενο του διαγωνισμού, προκειμένου να αποδειχθεί η τεχνική εμπειρία της συμμετέχουσας. Ως εκ τούτου ο σχετικός λόγος τυγχάνει αβάσιμος.

Α.4. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της «……» στερείται της αναφοράς περί «ειδικής άδειας» από την …….. των δυο συμμετεχόντων στην προτεινόμενη Ομάδα έργου (Υπεύθυνος Έργου και μέλος), που τυγχάνουν εργαζόμενοι στην ……..

Εν προκειμένω όμως η Επιτροπή Διαγωνισμού ήλεγξε την προσφορά της «……..» και έκρινε αυτήν δεσμευτική για την προσφέρουσα, ήτοι ότι τόσο ο Υπεύθυνος του Έργου ως αρμόδιος για την συνολική παρακολούθηση και συντονισμό των παρεχόμενων από τον Ανάδοχο Υπηρεσιών, όσο και το άλλο μέλος της ομάδας έργου, θα είναι διαθέσιμοι χωρίς κανένα κώλυμα για την εκτέλεση της σύμβασης. Τυχόν μη διαθεσιμότητα αυτών, θα επιφέρει τις αντίστοιχες συνέπειες, είτε λόγω αδυναμίας προσέλευσης στη σύναψη της σύμβασης, είτε λόγω πλημμελούς εκτέλεσης αυτής.

Σε κάθε περίπτωση η Επιτροπή του Διαγωνισμού, με τα στοιχεία που είχε στη διάθεσή της κατά τη συνεδρίαση αξιολόγησε τα βιογραφικά της ομάδας έργου και αυτά κρίθηκαν ότι πληρούν τις απαιτήσεις του διαγωνισμού. Το γεγονός ότι ο Υπεύθυνος Έργου και ένα μέλος της Ομάδας έργου, προταθείς από την «…….», είναι εργαζόμενοι στην …….. και κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας χρειάζονται ειδική άδεια για να συμμετάσχουν στο έργο, είναι κάτι (η ύπαρξη ή μη της άδειας) που η Επιτροπή, δεν όφειλε να ελέγξει. Τούτο δε δεν εντάσσεται στη σφαίρα ευθύνης της, αλλά στη σφαίρα ευθύνης του αναδόχου, τυχόν δε μη διαθεσιμότητα αυτών στο έργο, θα επιφέρει και τις αντίστοιχες έννομες συνέπειες. Δοθέντων όλων αυτών η κρίση της Επιτροπής δεν παρουσιάζει καμμιά πλημμέλεια και ο σχετικός λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος.

Α.5. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ο όρος του αρ. 2.2.6. της Διακήρυξης ότι «Ο ανάδοχος θα πρέπει επίσης να ορίσει στην προσφορά του, τους εκτιμώμενους χρόνους παρουσίας του προσωπικού του, στους χώρους εκτέλεσης του έργου της …….κατά την διάρκεια της σύμβασής του καθώς και τον ρόλο ενός εκάστου στην εκτέλεση της σύμβασης», αφενός δεν έχει καλυφθεί από την προσφορά της «……..», αφετέρου θα πρέπει για το λόγο αυτό να αποκλεισθεί, αφού ο ανωτέρω όρος έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Πλην όμως:

(α) Πρώτον η ανωτέρω προϋπόθεση δεν έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, αφού αυτό δεν προβλέπεται στη Διακήρυξη

(β) Δεύτερον η έλλειψη αυτή είχε σα συνέπεια, όπως σαφώς προκύπτει από το Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού, την υστέρηση στη βαθμολογία της «…….» (85) έναντι της προσφεύγουσας (95) κατά την αξιολόγηση του

κριτηρίου Κ.1.2. («Μεθοδολογική Προσέγγιση Υλοποίησης Παροχής των Υπηρεσιών και περιγραφή του εύρους των εργασιών πιστοποίησης»). Μάλιστα η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη σε εμπεριστατωμένη και πλήρη αιτιολογία της κρίσης της αναφέροντας ότι η «διαφορά στη βαθμολόγηση του κριτηρίου Κ1.2 προκύπτει από το γεγονός ότι η ….έχει περιγράψει με μεγαλύτερη σαφήνεια την ποσότητα των ανθρωποημερών που θα απαιτηθούν για τις ανάγκες του έργου, ενώ η περιγραφή της …… δεν ήταν τόσο συγκεκριμένη.»

Επομένως και ο ανωτέρω λόγος τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

Αναφορικά με την δεύτερη προσφυγή ο αναθέτων φορέας αναφέρει: «*Α. Επί του παραδεκτού της υπό κρίση προσφυγής.*

Σύμφωνα με το άρθρο 360 του ν. 4412/2016 (Δικαίωμα άσκησης προσφυγής) «..[…].»

Εν προκειμένω, από την επισκόπηση της επίδικης προσφυγής συνάγονται τα εξής: 1) φέρεται προς κρίση ενώπιον της …….. και όχι ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, με αποτέλεσμα να φέρεται προς κρίση σε αναρμόδιο όργανο, β) έχει τη μορφή απλής επιστολής με θέμα «Υποβολή Ένστασης - Προσφυγή» και όχι με τη μορφή του τυποποιημένου εντύπου, όπως αυτό παρατίθεται στο Παράρτημα Ι (άρθρο 362 παρ. 2 ν. 4412/2016) και γ) κατατέθηκε μόνον στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, χωρίς να κοινοποιηθεί με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Για όλους τους ανωτέρω συντρέχοντες λόγους η υπό κρίση προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

Β. Επί των λόγων της προσφυγής

Β.1. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι αφενός κακώς αιτιολογήθηκε η προσφορά αυτής ως «μη συγκεκριμένη» όσον αφορά στην ποσότητα των ανθρωποωρών, σφάλλοντας μάλιστα η Επιτροπή που δεν ζήτησε για αυτό διευκρινίσεις κατ' άρθρο 310 του ν. 4412/2016, αφετέρου δε ότι ο χρόνος παρουσίας των επιθεωρητών της έτερης συμμετέχουσας …….. είναι δήθεν υποεκτιμημένος. Επί τούτων δε επαγόμεθα τα ακόλουθα:

(α) Κατά πάγια νομολογία των εθνικών δικαστηρίων «...οι ισχυρισμοί που αφορούν στην βαθμολόγηση της Τεχνικής Έκθεσης της παρεμβαίνουσας προβάλλονται απαραδέκτως, καθ' όσον με αυτούς πλήττεται ευθέως η

ανέλεγκτη δικαστικώς τεχνική κρίση της Διοικήσεως ως προς την προσήκουσα βαθμολογία (Σ.τ.Ε. Ε.Α. 419/2010, 402/2009, 613/2008, 827/2007 κ.ά.).
Επιπλέον δε σύμφωνα με το άρθρο 310 «…[…]». Ως εκ τούτου κατά τη διαδικασία της βαθμολόγησης, δεν είναι δυνατόν να ζητηθούν διευκρινίσεις από προσφέροντα - υποψήφιο, διότι τούτο είναι δυνατόν μόνο στην εξαιρετική περίπτωση κατά την οποία επίκειται ο αποκλεισμός του προσφέροντα. Θα επέφερε δε μετά βεβαιότητος τις αιτιάσεις του έτερου συμμετέχοντα για μεροληπτική συμπεριφορά, υπέρ αυτού που παρέχεται η δυνατότητα να παράσχει διευκρινίσεις επί της προσφοράς του, άλλως κατ'ουσίαν να βελτιώσει αυτήν. Εν προκειμένω η εταιρεία «….» δεν κινδύνευε με αποκλεισμό. Απλώς η Επιτροπή του Διαγωνισμού τεκμηρίωσε τη βαθμολογία της, αναφέροντας ότι η περιγραφή της «……» δεν ήταν τόσο συγκεκριμένη ως προς την ποσότητα των ανθρωποημερών που θα απαιτηθούν για τις ανάγκες του έργου.
(β) Εξάλλου το σύνολο των ανθρωποημερών επιθεώρησης που προτάθηκαν από τη ……...ανέρχεται σε 200 ανθρωποημέρες, ποσότητα που κρίνεται ικανοποιητική όταν η διάρκεια της σύμβασης είναι δύο (2) έτη. Δηλαδή θα υπάρχει φυσική παρουσία επιθεωρητών περίπου για το 1/3 του χρόνου εκτέλεσης των εργασιών εκτεταμένης συντήρησης. Αντίθετα η «……...» δεν είναι τόσο συγκεκριμένη όσον αφορά το χρόνο παρουσίας των επιθεωρήτων της στους χώρους εκτέλεσης των εργασιών. Η επιτροπή λοιπόν έκρινε ότι σύμφωνα με την προσφορά της …… μπορεί να απαιτήσει την ελάχιστη παρουσία των 200 ανθρωποημερών βασιζόμενη στην προσφορά της, που θεωρείται δεσμευτική , ενώ στην περίπτωση της «……..» δεν υπήρχε κάποια δέσμευση και γι' αυτό προέκυψε η διαφορά στη βαθμολόγηση. Επιπλέον κατά τη διάρκεια των εργασιών εκτεταμένης συντήρησης, τα προβλήματα που μπορεί να παρουσιασθούν είναι πολύ περισσότερα από αυτά που αναφέρονται από τη «……...» και ενδεχομένως απροσδιόριστα πριν την έναρξη των εργασιών. Το αντικείμενο του Αναδόχου που θα προκύψει από το διαγωνισμό είναι ο έλεγχος των εργασιών εκτεταμένης συντήρησης και η έκδοση Πιστοποιητικού Εκτέλεσης Εργασιών Εκτεταμένης Συντήρησης, σύμφωνα με τις προδιαγραφές του κατασκευαστή, κάτι που αναφέρεται και

στις δύο τεχνικές περιγραφές. Οπότε και τα ενδεχόμενα προβλήματα θα αντιμετωπισθούν σύμφωνα με τις προδιαγραφές του κατασκευαστή.

Επίσης ο καθαρισμός των graffiti, που αναφέρεται στην παράγραφο 9.Δ.1 της τεχνικής περιγραφής της «……..», δεν αποτελεί αντικείμενο της εκτεταμένης συντήρησης. Στην περιγραφή των εργασιών εκτεταμένης συντήρησης περιλαμβάνεται μόνο η βαφή οχημάτων, η οποία θα γίνει σύμφωνα με τις προδιαγραφές του κατασκευαστή.

Εν κατακλείδι, οι μεθοδολογικές προσεγγίσεις και των δύο φορέων, κρίθηκαν από την επιτροπή πλήρεις και επαρκείς.

Β.2. Τέλος παραπονείται η προσφεύγουσα ότι από την «...έχει προταθεί από την εταιρεία …… (σημ. έτερη συμμετέχουσα) ως υπεύθυνος του έργου ο κος ……..., ο οποίος σύμφωνα με το υποβληθέν βιογραφικό του είναι ιδιοκτήτης και νόμιμος εκπρόσωπος της εταιρείας ……. Η συγκεκριμένη εταιρεία έχει λάβει πρόσφατες αναθέσεις προμήθειας ανταλλακτικών σιδηροδρομικού υλικού από την ……..» Τούτο δε σε συνδυασμό με το γεγονός ότι φορέας της συντήρησης είναι η ……..., δημιουργεί κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ασυμβίβαστο λόγω σύγκρουσης συμφερόντων καθώς «.... Ο προμηθευτής του υλικού που προμηθεύεται η ……., θα είναι ταυτόχρονα και συντονιστής επιθεωρητής ως υπεύθυνος του έργου, για λογαριασμό της ……».

Κατ'αρχήν θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι επικαλούμενες από την προσφεύγουσα ρυθμίσεις του αρ. 24 του ν. 4412/2016 περί σύγκρουσης συμφερόντων, δεν αφορούν ασυμβίβαστα στην εκτέλεση του έργου, όπως επικαλείται η προσφεύγουσα, αλλά ασυμβίβαστα μεταξύ του προσωπικού (και συγγενών του προσωπικού) της αναθέτουσας αρχής και των οικονομικών φορέων καθώς και στην διαδικασία επιλογής των οικονομικών φορέων κατά τη διαδικασία της σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης και όχι στα πρόσωπα που σχετίζονται με τον ανάδοχο.

Απόδειξη δε τούτου αποτελεί η διατύπωση του αρ. 24 παρ. 3. Του ν. 4412/2016 -το οποίο τεχνηέντως αποσιωπά η προσφεύγουσα- σύμφωνα με το οποίο «...η σύγκρουση συμφερόντων αφορά ιδίως τα ακόλουθα πρόσωπα: α) μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων, υπό την έννοια του παρόντος Βιβλίου

(άρθρα 3 έως 221), ο οποίος ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλαμβανομένων των μελών των αποφαινόμενων ή/και γνωμοδοτικών οργάνων ή/και β) τα μέλη των οργάνων διοίκησης ή άλλων οργάνων της αναθέτουσας αρχής ή/και γ) τους συζύγους και συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατ' ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε έως και τέταρτου βαθμού των προσώπων των περιπτώσεων α' και β', τα οποία: αα) εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης ή/και ββ) μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της.»

Σε κάθε περίπτωση η Επιτροπή του Διαγωνισμού, με τα στοιχεία που είχε στη διάθεσή της κατά τη συνεδρίαση αξιολόγησε τα βιογραφικά της ομάδας έργου και αυτά κρίθηκαν ότι πληρούν τις απαιτήσεις του διαγωνισμού. Το γεγονός ότι ο Υπεύθυνος Έργου, προταθείς από την «……...», κος ……, παρουσιάζεται από την …… ως προμηθευτής της ……., είναι κάτι που η Επιτροπή δεν γνώριζε και δεν όφειλε να το ελέγξει. Δοθέντων όλων αυτών η κρίση της Επιτροπής δεν παρουσιάζει καμιά πλημμέλεια και ο σχετικός λόγος είναι απορριπτέος ως αβάσιμος».

17. Επειδή, με το υπόμνημά της η πρώτη προσφεύγουσα αναφέρει τα εξής « *ΙΙ. Επί της αιτιολογίας του αναθέτοντος φορέα α) Σε σχέση με το λόγο Α.1*

Στο με αρ. πρωτ. 60.341/4.11.2019 έγγραφό του, ο αναθέτων φορέας ρητά αναγράφει επί του λόγου Α.1 ότι «τα οχήματα της ……. πληρούν τις βασικές απαιτήσεις και τους κανόνες των βαρέων σιδηροδρομικών οχημάτων», ωστόσο όπως ρητά αναγράφουμε στην με αρ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1298/2019 προσφυγή μας, βάσει πάγιας νομολογίας, κατά την επιλογή σε επίπεδο κατάρτισης διακήρυξης των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, ο αναθέτων φορέας πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που του επιτρέπουν να καθορίσει κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Εν προκειμένω, με την κατατεθείσα εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα αιτιολογία (βλ. έγγραφο του με αρ. πρωτ. 60.341/04-11-2019), δεν προκύπτει εν τοις πράγμασι βάσει αντικειμενικών στοιχείων τα οποία αναφέραμε στην προσφυγή

μας, για ποιο λόγο αποδέχεται ως συναφές το οικείο έργο που κατέθεσε η ανταγωνίστρια εταιρεία και που αφορά σε ελαφρά σιδηροδρομικά οχήματα τα οποία περιλαμβάνουν ουσιώδεις διαφορές με το ζητούμενο αντικείμενο παροχής υπηρεσιών της προς ανάθεση σύμβασης (βλ. σελ. 6-7 παρ. 1.1 της προσφυγής μας). Πέραν των ανωτέρω, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, ο λόγος που τέθηκε στη διακήρυξη χρονικό εύρος 15ετίας προς απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των προσφερόντων, ήτοι πολλαπλάσιο του εκ του ν. 4412/2016 προβλεπόμενο, υποδηλώνει σαφώς τη βούληση του αναθέτοντος φορέα, ως αυτή μεταφράζεται στο μέσο επιμελή υποψήφιο, να διακριβώσει σε επίπεδο κριτηρίων ποιοτικής επιλογής εάν, πράγματι, οι υποψήφιοι προσφέροντες έχουν την απαιτούμενη ικανότητα εκτέλεσης της ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΗΣ σύμβασης διασφαλίζοντας παράλληλα τη μέγιστη δυνατή διεύρυνση του ανταγωνισμού. Επομένως, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι το εκ μέρους της ανταγωνίστριας δηλωθέν έργο, ανταποκρίνεται στους όρους της διακήρυξης, ούτε βάσει της γραμματικής ερμηνείας ούτε ουσιαστικής και τελολογικής, ήτοι ότι είναι πράγματι παρόμοιο και συναφές με το υπό ανάθεση πόσο μάλλον επαρκές και ουδόλως υπολειπόμενο.

β) Σε σχέση με το λόγο Α.3

Σύμφωνα με πάγια νομολογία, βάσει της αρχής της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο Διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε

στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η Διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣτΕ 79/2009, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 26/2007 κ.ά., βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 70/2002 που ορίζει ότι σε περίπτωση που η ίδια η Διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της).

Υπό το ανωτέρω πλαίσιο, η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας δεν δύναται νομίμως να αποδέχεται προσφορά κατά παράβαση των εγγράφων της σύμβασης, που δεν είχαν γνωστοποιηθεί στους διαγωνιζομένους και που προβλήθηκαν για πρώτη φορά στο στάδιο της τεχνικής αξιολογήσεως των προσφορών, καθόσον παραβιάζει κατ' ουσίαν τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της διαφάνειας (εξ αντιδιαστολής Υπόθεση C-6/05 Medipac - Καζαντζίδης ΑΕ,).

Ειδικότερα, το άρθρο Β.4 της διακήρυξης που αφορά μεταξύ άλλων, στην απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 «τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» εδάφιο (α), ορίζει : « Οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν Αναλυτικό σημείωμα και συνοδευτικά έγγραφα που να περιγράφουν και να πιστοποιούν την εμπειρία του Υποψήφιου Αναδόχου στο αντικείμενο του Διαγωνισμού. Ο Υποψήφιος Ανάδοχος οφείλει επίσης να τεκμηριώσει την εμπειρία του, υποβάλλοντας λίστα των κυριότερων παρόμοιων έργων που εκτέλεσε, ή στα οποία συμμετείχε».

Εν προκειμένω, η κατατεθείσα εκ της ανταγωνίστριας σύμβαση δεν ήταν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ήδη εκτελεσθείσα και τούτο διότι κατά τον κρίσιμο χρόνο υποβολής της προσφοράς της στην επίδικη

διαδικασία (βλ. άρθρο 2.2.8.2 Α) δεν είχε καν παρέλθει το χρονικό διάστημα της διετίας εκ των τριών που ορίζονται σε αυτήν ως συμβατική διάρκεια προκειμένου να ολοκληρωθεί η σύμβαση. Σε κάθε περίπτωση ο ως άνω όρος της διακήρυξης ΡΗΤΑ και ΣΑΦΩΣ απαιτεί εκτελεσθέντα έργα γι αυτό χρησιμοποιείται παρελθοντικός χρόνος και όχι ενεστώς ως άλλωστε ομοίως ρητά προβλέπεται και στο παράρτημα XII μέρος II περ.α.1. του ν.4412/2016, εφαρμοστέα εν προκειμένω βάσει του άρθρου 305 παρ. 2 του ν.4412/2016 ΔΗΛΑΔΗ ΟΛΟΚΛΗΡΩΜΕΝΕΣ ΚΑΙ ΕΚΤΕΛΕΣΘΕΙΣΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ (βλ. σχετικά και την ανάλυση της προσφυγής μας λόγος 1.3) συνοδευόμενες από τα απαραίτητα έγγραφα/ πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης της σύμβασης. Επομένως απαραδέκτως με τις απόψεις του ο αναθέτων φορέας τεκμαίρει ως ολοκληρωθείσα την κατατεθείσα σύμβαση.

Προς περαιτέρω και ουσιαστική υποστήριξη των ανωτέρω ισχυρισμών μας αναφέρουμε και τα κάτωθι: Σύμφωνα με τα στοιχεία που αντλούνται από το ΚΗΜΔΗΣ η «Μελέτη αποκατάστασης συγκολλήσεων τεμαχίων στήριξης βραχίονα μειωτήρα των συρμών της σειράς 1 ….., ΤΔ-130/16 17SYMV002055011 με έναρξη 07/09/2017 και με φορέα ανάθεσης τις …… (…) και ανάδοχο την ανταγωνίστρια έχει συνολικά κόστος χωρίς ΦΠΑ 47.400,00 ευρώ.

Ομοίως σύμφωνα με τα στοιχεία που αντλούνται από το ΚΗΜΔΗΣ (http://www.eprocurement.gov.gr/kimds2/unprotected/searchPaym ents.htm?execution=e1s1) επιβεβαιώνεται ότι ο φορέας 50083

ΣΤΑΘΕΡΕΣ ΣΥΓΚΟΙΝΩΝΙΕΣ Α.Ε. (ΣΤΑΣΥ), από 07/09/2017 έως

22/11/2019, για την …….. ως ανάδοχο εν γένει έχει εγκρίνει μόνο τις κάτωθι 2 εντολές πληρωμών:

Α)ΕΓΚΡΙΣΗ ΔΑΠΑΝΗΣ ……..

Αναρτήθηκε 05/02/2019 10:57:47 Τελευταία ανανέωση

05/02/2019 Συνολικό Κόστος χωρίς ΦΠΑ 21.840,00

Β)ΕΓΚΡΙΣΗ ΔΑΠΑΝΗΣ ……..

Αναρτήθηκε 05/02/2019 10:34:12 Τελευταία ανανέωση

Συνολικό Κόστος χωρίς ΦΠΑ 5.000,00

Δηλαδή σε συνέχεια των ανωτέρω ακόμη και εάν ήθελε υποτεθεί ότι οι 2 ανωτέρω πληρωμές αφορούν στην επίμαχη σύμβαση, που ουδόλως βεβαία

προκύπτει χωρίς αμφιβολία γιατί δεν υπάρχουν στοιχεία που να τις συνδέουν με την επίμαχη σύμβαση, και πάλι προκύπτει αναμφίβολα ότι η σύμβαση δεν είχε εκτελεσθεί στις 26.08.2019 (ημερομηνία κατάθεσης προσφοράς της) άλλως θα είχε ήδη αποπληρωθεί το αργότερο εντός 60 ημερών από την ημερομηνία παραλαβής των περιγραφόμενων υπηρεσιών (26.10.2019). Η ΕΓΚΡΙΣΗ ΔΑΠΑΝΗΣ …….. (21.840,00) αφορά σε υπηρεσίες ελέγχου κυλιόμενων κλιμάκων, ουδεμία σχέση δηλαδή με την επίμαχη σύμβαση.

Επικουρικά αναφέρουμε α) το οικείο χρονικό διάστημα αποπληρωμής δεν δύνανται νομίμως να υπερβαίνει τις 60 ημερολογιακές ημέρες από την παραλαβή σύμφωνα με την οδηγία 2011/7/ΕΕ της 16 Φεβρουάριου 2011 για την καταπολέμηση πληρωμών στις εμπορικές συναλλαγές, ο χρόνος ενσωμάτωσης της οποία έληξε στις 16.03.2013 και είναι άμεσα επικλητέα, και β) η ανταγωνίστρια δεν κατέθεσε παρέμβαση προς διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης σε σχέση με την αποδοχή της προσφοράς της προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφυγής μας ως δικαιούτο.

Συνεπώς για το σύνολο των ανωτέρω, σε περίπτωση αποδοχής της προσφοράς της ανταγωνίστριας, ουσιαστικά τροποποιείται ανεπίτρεπτα το πρώτον μετά την κατάθεση και αποσφράγιση των προσφορών, κριτήριο ποιοτικής επιλογής για το οποίο εφόσον δεν πληρούται από τους προσφέροντες, υφίστανται δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα, προς απόρριψη της οικείας προσφοράς.

γ) Σε σχέση με το λόγο Α.4

Παγίως τα κριτήρια επιλογής πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του προσφέροντος κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεώς τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής του Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣτΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣτΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας

αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα.

Από την αιτιολογία του αναθέτοντος φορέα, προκύπτει ότι η κατακυρωτική κρίση, εάν τελικώς κατακυρωθεί το έργο στην ανταγωνίστρια, εκτίθεται ανεπίτρεπτα σε γεγονότα μελλοντικά και αβέβαια και για αυτό το λόγο κατά δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα, η προσφορά της ανταγωνίστριας θα έπρεπε να απορριφθεί.

δ) Σε σχέση με το λόγο Α.5

Όπως ήδη προεκτέθηκε, προσφορές που δεν πληρούν ουσιώδεις όρους της διακήρυξης, όπως είναι τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η Διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (βλ. σχετικά ΕΑ ΣτΕ 79/2009, 26/2007 κ.ά., βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 70/2002 που ορίζει ότι σε περίπτωση που η ίδια η Διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της. Επομένως, αβασίμως ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι η προϋπόθεση του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης περί ορισμού στην προσφορά των εκτιμώμενων χρόνων παρουσίας του προσωπικού στους χώρους εκτέλεσης του έργου και ο ρόλος ενός εκάστου δεν τέθηκε επί ποινή αποκλεισμού και τούτο διότι σαφώς αναγράφεται στη διακήρυξη ότι « Ο ανάδοχος θα πρέπει επίσης να ορίσει στην προσφορά του, τους εκτιμώμενους χρόνους παρουσίας του προσωπικού του, στους χώρους εκτέλεσης του έργου της…… κατά την διάρκεια της σύμβασής του καθώς και τον ρόλο ενός εκάστου στην εκτέλεση της σύμβασης» (άρθρο 2.2.6 τελ. εδ).

Περαιτέρω, κατά την άποψη μας η προσφορά της ανταγωνίστριας θα έπρεπε να είχε ήδη απορριφθεί, ως ανεπίδεκτη εκτίμησης και ως από κλίνουσα από τις απαιτήσεις της διακήρυξης βάσει των περ. β και θ αντίστοιχα, του άρθρου 2.4.6 αυτής.

Εν κατακλείδι, όπως αναγράφουμε στην προσφυγή μας (σελ. 10) δεν δύναται να υποστηριχθεί βασίμως ότι ο αναθέτων φορέας δύναται νομίμως να καλέσει την ανταγωνίστρια εταιρεία προς συμπλήρωση ή διευκρίνιση της

προσφοράς της, καθόσον μια αίτηση παροχής διευκρίνισης, δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, (C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40), προκειμένου να καταστεί δυνατή η αξιολόγηση και βαθμολόγηση της προσφοράς του.

ΙΙΙ. Επικουρικά αναφέρουμε ότι, βάσει των απόψεων του αναθέτοντος φορέα επί του απαραδέκτου της προσφυγής της ανταγωνίστριας εταιρείας, φρονούμε ότι αυτή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα και για το λόγο ότι ουδέν δηλώθηκε υπευθύνως (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 982/2019 σκ.19, ad hoc, www.aepp- procurement.gr)….[..]».

18. Επειδή, με το υπόμνημά της η δεύτερη προσφεύγουσα αναφέρει τα εξής «*ΛΟΓΟΙ ΕΠΙ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΒΑΣΙΣΤΗΚΕ Η ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ ΜΑΣ*

1. Επί της χαμηλής βαθμολόγησης της τεχνικής μας προσφοράς (1ος λόγος)

Όπως τεκμηριωμένα εκτέθηκε και στην με ΓΑΚ 1317/29-10-2019 προδικαστικής μας προσφυγή, μη ορθώς κρίθηκε η προσφορά της εταιρείας μας ως «μη συγκεκριμένη» όσον αφορά στην ποσότητα των ανθρωποωρών. Συγκεκριμένα, όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των Εθνικών Δικαστηρίων, από τις γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου, ιδίως δε την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, απορρέει η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητεί διευκρινίσεις ή/και συμπληρωματικά στοιχεία από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς σε περίπτωση που από την προσφορά τους δημιουργείται κάποια ασάφεια, η ευχέρειά της δε αυτή τρέπεται σε δέσμια αρμοδιότητα στην περίπτωση που επίκειται αποκλεισμός συμμετέχοντος από τη σχετική διαδικασία ή κάποια δυσμενή κρίση ως προς την τεχνική αξιολόγηση των προσφορών (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Τόμος Ι, εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη, σελ. 952 επ.).

Θετική αποτύπωση, άλλωστε, των ως άνω αρχών του ενωσιακού δικαίου αποτελεί και το άρθρο 310 του Ν. 4412/2016, κατά το οποίο ορίζονται τα ακόλουθα: «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή

αιτήσεων συμμετοχής η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης». Ενόψει των προεκτεθέντων, η εν λόγω παράλειψη της Επιτροπής του Διαγωνισμού και, συνεκδοχικώς, της αναθέτουσας αρχής να μας καλέσει προς παροχή διευκρινίσεων ή/και συμπληρωματικών στοιχείων, αλλά και η σχετική παράλειψη της Α.Ε.Π.Π., τυγχάνουν αντίθετες με το οικείο ενωσιακό και νομικό πλαίσιο και πρέπει να ακυρωθούν, αφετέρου δε ότι ο χρόνος παρουσίας των επιθεωρητών της έτερης συμμετέχουσας ……είναι υποεκτιμημένος.

Ο χρόνος παρουσίας των επιθεωρητών στα συνεργεία επισκευής δε μπορούσε να εκτιμηθεί στα πλαίσια του διαγωνισμού καθώς για να γίνει αυτό θα πρέπει η αναθέτουσα να έχει προσδιορίσει το χρόνο που απαιτείται/εκτιμάται για την επισκευή του κάθε οχήματος, τα διαφορετικά τμήματα των συνεργείων επισκευής, τις ακριβείς εργασίες επισκευής και γενικά το εκτιμώμενο χρονοδιάγραμμα για τις εργασίες. Η αναθέτουσα, μη παρέχοντας την ενημέρωση για όλα τα παραπάνω δεν μπορούσε να απαιτεί την αυθαίρετη εκτίμηση της παρουσίας μας την οποία προφανώς δεν μπορούμε να αναφέρουμε στα πλαίσια του διαγωνισμού. Προς απόδειξη όλων των παραπάνω η έτερη συμμετέχουσα …… έχει εκτιμήσει την επιτόπια επιθεώρηση ενός ολόκληρου επισκευασμένου βαγονιού σε 0,2 ανθρωποημέρες, άρα διάρκεια 96 λεπτών της ώρας.

Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/206 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η

χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων». [...].

Η Αναθέτουσα αρχή κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών δεν διασφάλισε την αρχή του ίσου μέτρου κρίσεως (βλ. ΕΑ ΣτΕ 174/2016, 379-380/2012, πρβλ. ΕΑ 44/2012, 259/2012, 450/2011, κ.α., βλ. βλ. Πυργάκη «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικράτειας», σελ. 430 επ. παρ. 12.6.5.)

2. Σύγκρουση συμφερόντων συντρεχουσών για την υποψήφια εταιρία ……

Α. Παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 24 του ν. 4412/2016 και όρων της Διακήρυξης Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 73 του ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: δ) εάν μία κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων κατά την έννοια του άρθρου 24 δεν μπορεί να θεραπευθεί αποτελεσματικά με άλλα, λιγότερο παρεμβατικά, μέσα». Τα ως άνω εξάλλου συμπεριελήφθησαν ως λόγος αποκλεισμού από την προκειμένη διαδικασία και βάσει του όρου 2.2.3.4. περ. δ' της προκείμενης διακήρυξης, η οποία ενσωμάτωσε εν όλω στο κανονιστικό της περιεχόμενο την ανωτέρω βάση αποκλεισμού, με περαιτέρω παραπομπή στο άρ. 24 ν. 4412/2016.

Επειδή κατά το άρθρο 24 του ίδιου νόμου : « …[…].».

Επειδή, κατά πάγια αρχή του ενωσιακού δικαίου, στο πλαίσιο ενός συστήματος διεξαγωγής των διαδικασιών δημοσίων συμβάσεων που εξασφαλίζει την ίση μεταχείριση ως προϋπόθεση του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, έπεται ότι το σύνολο των μετεχόντων θα πρέπει να διαθέτουν ίσες ευκαιρίες όταν διατυπώνουν τους όρους των προσφορών τους και επομένως συνεπάγεται ότι ισχύουν οι ίδιες προϋποθέσεις για όλους τους διαγωνιζομένους (ΠΕΚ, Τ-345/03 Evropaiki Dynamiki v Commission (CORDIS) [2008] ECR 11-341 σκ. 143 καιΤ-86/09 Evropaiki Dynamiki v Commission [2011] ECR 11-309 σκ. 61). Άρα, ένα τέτοιο σύστημα αποτελεσματικού ανταγωνισμού δύναται να διασφαλισθεί μόνο μέσω της εξασφάλισης ίσων ευκαιριών μεταξύ των οικονομικών φορέων σε κάθε

στάδιο της διαδικασίας, από την προετοιμασία υποβολής προσφοράς έως και την αξιολόγηση αυτής (ΔΕΕ, C-202/88 France v Commission [1991] ECR 1-1223 σκ. 51, C-462/99 Connect Austria [2003] ECR 1-5197 σκ. 83, ΠΕΚ, T-250/05 Evropaiki Dynamiki (OPOCE) [2007] ECR 11-85 σκ. 46).

Συνεπώς, οι αναθέτουσες αρχές έχουν μια σαφή υποχρέωση αποφυγής και πρόληψης συνθηκών σύγκρουσης συμφερόντων (βλ. Οδηγία 2014/24/ΕΕ, Προοίμιο σημ. 16 "Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να χρησιμοποιούν όλα τα μέσα τα οποία διαθέτουν βάσει του εθνικού δικαίου, ούτως ώστε να αποτρέπουν τη στρέβλωση των διαδικασιών δημόσιων προμηθειών λόγω σύγκρουσης συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων των διαδικασιών προσδιορισμού, πρόληψης και αποκατάστασης της σύγκρουσης συμφερόντων"), με αποτέλεσμα αν λάβει χώρα τέτοια αποκάλυψη σύγκρουσης συμφερόντων σε οιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας να υποχρεούται η αναθέτουσα να καταρτίσει και να λάβει, με όλη την απαιτούμενη επιμέλεια και βάσει όλων των δυναμένων να ασκήσουν επιρροή στοιχείων, την απόφασή της σχετικά με τη συνέχεια της διαδικασίας συνάψεως της επίμαχης συμβάσεως.

Η υποχρέωση αυτή απορρέει ιδίως από τις αρχές της χρηστής διοικήσεως και της ίσης μεταχειρίσεως και δύναται να λάβει διαφορετική ανά περίπτωση μορφή, αναλόγως του περιεχομένου και των περιστάσεων της κάθε υπόθεσης, σε κάθε όμως περίπτωση πρέπει να προσανατολίζεται στην πρόληψη παραβιάσεων της ίσης μεταχείρισης. Τα παραπάνω που προκύπτουν από την πάγια ενωσιακή νομολογία, τράπηκαν σε σαφή κανόνα του άρ. 24 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρ. 24 Ν. 4412/2016, το οποίο και συμπληρώνεται και από μια νέα βάση αποκλεισμού από τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων κατ' άρ. 57 παρ. 4 περ. ε' της ως άνω Οδηγίας, η οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με την ανωτέρω μνημονευθείσα διάταξη του άρ. 73 παρ. 4 περ. δ' Ν. 4412/2016 και πλέον ιδρύει μια σαφή εντολή προς τις αναθέτουσες, περί εντοπισμού, ελέγχου και αποτελεσματικής αντιμετώπισης συγκρούσεων συμφέροντος (Albert Sanchez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, Hart 2015 2η εκδ., σελ. 389-392).

Επειδή, από την αδιάστικτη διατύπωση της παρ. 3 του άρθρου 24 του ν. 4412/2016 προκύπτει ότι η αναφορά των προσώπων των στοιχ. α) έως γ) είναι ενδεικτική και όχι περιοριστική. Ειδικότερα, συνάγεται ότι η αναφορά στις συγκεκριμένες περιπτώσεις προσώπων και συμφερόντων που αφορά η σύγκρουση συμφερόντων είναι ενδεικτική και για την ακρίβεια θέτει το ελάχιστο περιεχόμενο της έννοιας αυτής, χωρίς να αποκλείεται η αναθέτουσα αρχή να διαπιστώσει σε μία συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης ότι συντρέχει σύγκρουση συμφερόντων και σε άλλα πρόσωπα ή και επί τη βάσει άλλων συμφερόντων (βλ. Δημόσιες Συμβάσεις - Ν. 4412/2016 - Ερμηνεία κατ' άρθρο των Δ. Ράικος/Ε. Βλάχου/Ε. Σαββίδη, τόμ. 1, 1η έκδ., 2018, σελ. 210).

Επειδή, περαιτέρω, ο οικονομικός φορέας που ενδέχεται να βλάφθηκε δεν φέρει το βάρος απόδειξης περί της συνδρομής συνθηκών που συγκροτούν λόγο μεροληφίας, εφόσον προσκομίζει αντικειμενικά στοιχεία που δημιουργούν σχετικές αμφιβολίες ή αυτές προφανώς, προκύπτουν πασιδήλως εκ γνωστών και αδιαμφισβήτητων στοιχείων και τελούν σε γνώση της αναθέτουσας (πρβλ. ΔΕΕ, C-538/13, e Vigilo [2015] ECLI:EU:C:2015:166, σκ. 44).

Τα ως άνω αντικειμενικά στοιχεία που συγκροτούν λόγο αμφιβολίας περί της αμερόληπτης και δίκαιης κρίσης, πρέπει να ενεργοποιήσουν διαδικασία εμπεριστατωμένου ελέγχου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή, εφόσον συντρέχει περίπτωση, εκ μέρους των ελεγκτικών διοικητικών ή δικαστικών αρχών. Συνεπώς, όταν υφίστανται τέτοια στοιχεία, αυτά, πρώτον, αρκεί να υποδεικνύουν πιθανό λόγο ή συνθήκη που ενδέχεται να υποδηλώνει τέτοια μεροληψία, χωρίς να χρειάζεται αυτή να αποδεικνύεται και χωρίς να απαιτείται να προκύπτει συγκεκριμένη και τελεσθείσα παράβαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης (βλ. και eVigilo, σκ. 45).

Δεύτερον, στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα οφείλει να δρα προληπτικά, υπό την έννοια ότι πρέπει να λαμβάνει κάθε αναγκαίο και κατάλληλο μέτρο, ώστε ο ως άνω παράγοντας κινδύνου, δηλαδή η αντικειμενική συνθήκη που δημιουργεί μια καταρχήν αμφιβολία, να μην τραπεί σε απτή και τελεσθείσα ζημία επί του ανταγωνισμού και αληθή εύνοια υπέρ συγκεκριμένου μετέχοντος. Και τούτο γιατί το ζητούμενο είναι η ύπαρξη και αυτών ακόμη των ενδεχόμενων περιπτώσεων σύγκρουσης συμφερόντων και

όχι συγκεκριμένης, συντελεσθείσας και υπαρκτής βλάβης στον τρόπο διεξαγωγής της διαδικασίας και εν τέλει στον υγιή ανταγωνισμό (βλ. και eVigilo, σκ. 47).

Εξάλλου το ΔΕΕ (Απόφαση στην υπόθεση Τ-160/03, ό.π., σκ. 75 & 78) έχει κρίνει ότι σε περίπτωση αποκάλυψης σύγκρουσης συμφερόντων, πρέπει η αναθέτουσα αρχή να ερευνήσει το ζήτημα και σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, να λάβει τα απαιτούμενα από τους κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων μέτρα για την τήρηση της ίσης μεταχείρισης και, κατά συνέπεια, τη διασφάλιση ίσων ευκαιριών για όλους τους υποψηφίους. Επίσης, έχει κριθεί ότι ο αποκλεισμός ενός διαγωνιζόμενου σε μια σύγκρουση συμφερόντων είναι αναγκαίος, όταν δεν υπάρχει καταλληλότερη λύση για να αποφευχθεί η παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης του διαγωνιζομένων και της διαφάνειας (απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 12ης Μαρτίου 2008, υπόθεση Τ-345/03, Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής, Συλλογή 2008, σ.ΙΙ-341, σκ. 71 επ., ΔΕΚ απόφαση στην υπόθεση C-538/07, ό.π., σκ.21 και απόφαση στην υπόθεση C- 376/08, ό.π., σκ.39 & 40).

Στον διαγωνισμό έχει προταθεί από την εταιρεία ……..., και μάλιστα στη θέση του Υπεύθυνου της Ομάδας Έργου ο κος ……., ο οποίος σύμφωνα και με το προσκομισθέν βιογραφικό του είναι ιδιοκτήτης της εταιρείας «….». Η ανωτέρω εταιρεία έχει αναλάβει πλείστες αναθέσεις, όπως αναλυτικά αναφέρονται και στην προσφυγή μας και προσκομίστηκαν με αυτήν, προμήθειας ανταλλακτικών σιδηροδρομικού υλικού από την ……..., η οποία είναι ο φορέας συντήρησης. Στην περίπτωση, που ανακηρυσσόταν ανάδοχος η ……., ο δηλωθείς ως Υπεύθυνος της Ομάδας Έργου θα καλείτο να πιστοποιήσει υλικό που έχει ο ίδιος προμηθεύσει στην ……... Δηλαδή πρακτικά, ο προμηθευτής θα είναι επίσης και επιθεωρητής στη συγκεκριμένη περίπτωση γεγονός, που οδηγεί σε αδιαμφισβήτητη σύγκρουση συμφερόντων κατά τα ανωτέρω αναλυτικώς εκτεθέντα. Η κατάσταση αυτή συνιστά άνευ ετέρου σύγκρουση συμφερόντων, η οποία, κατά τα ανωτέρω προσκρούει στο απαγορευτικό πλέγμα των διατάξεων του άρθρου 24 του ν. 4412/2016 καθώς και παραβιάζει τη ρητή υποχρέωση του όρου 2.2.3.4. περ. δ' της προκείμενης διακήρυξης και, ως εκ τούτου, άγει υποχρεωτικά κατά τα αναλυθέντα στον αποκλεισμό της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας.

Τέλος, ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι η Επιτροπή δεν γνώριζε τις ως άνω περιστάσεις σύγκρουσης συμφερόντων και δεν όφειλε να τις ελέγξει είναι πλημμελής και αναιτιολόγητος. Και τούτο, διότι, σε αντίθεση με όσα υποστηρίζει στις απόψεις της, από τις διατάξεις του άρθρου 104 παρ. 2 και 3 ορίζεται ρητώς, σαφώς και κατηγορηματικώς ότι «2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η Εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72». Διαβάζοντας, συνεπώς, τις ανωτέρω διατάξεις αναρωτιέται κανείς πως προκύπτει το συμπέρασμα ότι τάχα, επειδή κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας δεν γνώριζε δήθεν η Επιτροπή του Διαγωνισμού τους σοβαρούς λόγους σύγκρουσης συμφερόντων, τούτο δεν μπορεί να κριθεί και να επιφέρει τον αποκλεισμό της, κατά το παρόν χρονικό στάδιο όπου της προσκομίστηκε πλήρες αποδεικτικό υλικό από την εταιρεία μας. Από τη στιγμή που ο ίδιος ο νόμος ορίζει ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς έχουν την υποχρέωση να αναφέρουν αμελλητί στην αναθέτουσα αρχή οψιγενείς μεταβολές ως προς τις πληροφορίες που δήλωσαν αναφορικά με την πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής στο διαγωνισμό έως το χρόνο της πρόσκλησης για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ότι, εφόσον πράξουν τούτο, απορρίπτεται μεν η προσφορά τους, πλην όμως δεν

καταπίπτει η εγγύηση συμμετοχής τους, πως μπορεί να γίνει ταυτόχρονα αποδεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει τη δυνατότητα να εξετάσει τις αλλαγές αυτές και να απορρίψει την προσφορά τους έως το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Συνεπώς, η «άγνοια», κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς και εξέτασης αυτής από την Επιτροπή του Διαγωνισμού, που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή επ' ουδενί μπορεί να άρει ή και να περιορίσει την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποκλείσει την έτερη συμμετέχουσα εταιρεία, κατά το παρόν χρονικό σημείο, από τα επόμενα διαγωνιστικά στάδια.

Β. Παραβίαση των διατάξεων της Διακήρυξης ως προς το δικαίωμα συμμετοχής

Σύμφωνα με τους όρους του σημ. 2.2.1.1. της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «2.2.1.1. Δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης έχουν νομικά πρόσωπα, που έχουν την ιδιότητα του Φορέα Επιθεώρησης-Πιστοποίησης, διαπιστευμένα από το Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης ή άλλο αντίστοιχο φορέα διαπίστευσης, μέλος του ΕΑ- MLA σύμφωνα με α) το πρότυπο διαπίστευσης ISO 17020 για επιθεωρήσεις και 6) το πρότυπο διαπίστευσης ISO 17021 για τα πρότυπα πιστοποίησης: IS09001:2015, IS014000:2015 και IS045001:2018 και που είναι εγκατεστημένα σε: [...]».

Στη συγκεκριμένη δε περίπτωση διαγωνισμού, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών πιστοποίησης και επιθεώρησης, μια εκ των βασικών απαιτήσεων της Διακήρυξης για τους οικονομικούς φορείς, που συμμετείχαν στη Διακήρυξη ήταν η συμμετοχή, επί ποινή απαράδεκτου, διαπιστευμένων φορέων ελέγχου τύπου Α', κατά το πρότυπο ISO 17020. Σύμφωνα με το πρότυπο το προσωπικό του διαπιστευμένου φορέα τύπου Α' δεν πρέπει να ασχολείται με δραστηριότητες, οι οποίες μπορεί να συγκρούονται με την ανεξαρτησία της κρίσης τους και της δραστηριότητας τους όσον αφορά στις δραστηριότητες ελέγχου. Ειδικότερα δεν πρέπει να εμπλέκονται στον σχεδίασμά, κατασκευή, προμήθεια, εγκατάσταση, αγορά, ιδιοκτησία, χρήση ή συντήρηση των αντικειμένων ελέγχου.

Συνεπώς, ενόψει του λόγου σύγκρουσης συμφερόντων που συντρέχει στο πρόσωπο του Υπεύθυνου της Ομάδας Έργου, που εκτενώς αναλύθηκε

ανωτέρω, παραβιάζεται ουσιώδης όρος του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τη λειτουργία των φορέων πιστοποίησης. Ο όρος αυτός που επιβάλλεται από το πρότυπο διαπίστευσης ISO 17020 για επιθεωρήσεις έχει αποκτήσει κανονιστική ισχύ, στο μέτρο που η πλήρωση των προϋποθέσεων αυτού συνιστά κριτήριο του δικαιώματος συμμετοχής.

Δοθέντος λοιπόν ότι ο προμηθευτής του υλικού που προμηθεύεται η ΕΕΣΣΤΥ θα είναι ταυτόχρονα και συντονιστής επιθεωρητής, ως υπεύθυνος του έργου, για λογαριασμό της …….. συντρέχει ουσιώδης παραβίαση της ανεξαρτησίας του φορέα ελέγχου, δηλαδή λόγου που αφορά στον πυρήνα της λειτουργίας των φορέων πιστοποίησης, η οποία, επιπροσθέτως, συνιστά και ευθεία παραβίαση του όρου του σημ. 2.2.1.1. της Διακήρυξης. Κατά συνέπεια, συμπληρωματικά και στον υπό 2Α λόγο του παρόντος υπομνήματος, θα πρέπει να αποκλεισθεί η συμμετοχή της έτερης συμμετέχουσας και για τον προεκτεθέντα αυτοτελή λόγο ως προς το δικαίωμα συμμετοχής.

3. Επικουρικά, επί των λόγων προσφυγής της …..[…]».

19. Επειδή το άρθρο 253 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Αρχές που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων» αναφέρει ρητώς τα εξής *«1. Οι αναθέτοντες φορείς αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων.*

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

2. Κατά την εκτέλεση των συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το

δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα XIV του Προσαρτήματος Β΄ του παρόντος βιβλίου.

3. Η τήρηση των υποχρεώσεων της παραγράφου 2 ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των συμβάσεων κατά την έννοια του άρθρου 339, καθώς και τις δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων ευθύνης και αρμοδιότητάς τους.

4. Οι ανάδοχοι συμβάσεων εντάσσονται κατά προτεραιότητα στα προγράμματα επιθεωρήσεων και ελέγχων του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας (Σ.ΕΠ.Ε.), σύμφωνα με το π.δ. 113/2014 (Α΄ 180) και του Σώματος Επιθεώρησης Περιβάλλοντος, Δόμησης, Ενέργειας και Μεταλλείων, σύμφωνα με το π.δ. 100/2014 (Α΄ 167), εφόσον πληρούν τα ειδικότερα κριτήρια που ορίζονται στις διατάξεις που διέπουν τη λειτουργία των υπηρεσιών αυτών.

5. Η υποχρέωση της παρ. 2 επισημαίνεται στα έγγραφα της σύμβασης και αποτελεί ειδικό όρο της σύμβασης κατά το άρθρο 335».

20. Επειδή, το άρθρο 262 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Συγκρούσεις συμφερόντων» προβλέπει τα εξής *«Οι αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν κατάλληλα μέτρα, κατά τις επόμενες παραγράφους, για*

α) την αποτελεσματική πρόληψη,

β) τον εντοπισμό και

γ) την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων.

2. Κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων συντρέχει ιδίως όταν μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή παρόχου υπηρεσιών για τη σύναψη σύμβασης που ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής, τα οποία εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό,

οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παράγραφο 4, το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης.

3. Η σύγκρουση συμφερόντων αφορά ιδίως τα ακόλουθα πρόσωπα:

α) μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών για τη σύναψη συμβάσεων, ο οποίος ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλαμβανομένων των μελών των αποφαινόμενων ή/και γνωμοδοτικών οργάνων ή /και

β) τα μέλη των οργάνων διοίκησης ή και άλλων οργάνων της αναθέτουσας αρχής

γ) τους συζύγους και συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατ' ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε έως και τέταρτου βαθμού των προσώπων των περιπτώσεων α΄ και β΄, τα οποία:

αα) εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή /και

ββ) μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της.

4. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, ως «συμφέροντα» νοούνται προσωπικά, οικογενειακά, οικονομικά, πολιτικά ή άλλα κοινά συμφέροντα με τους υποψηφίους ή προσφέροντες ή με τους υπεργολάβους αυτών ή με οποιοδήποτε μέλος υποψήφιας/προσφέρουσας ένωσης οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και αντικρουόμενων επαγγελματικών συμφερόντων, όπως ιδίως:

α) Η συμμετοχή προσώπου της παρ. 3 στα όργανα διοίκησης ή διαχείρισης ενός οικονομικού φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή.

β) Η κατοχή από πρόσωπο των περιπτώσεων α΄ ή/και β΄ της παρ. 3, ποσοστού άνω του 0,5% των μετοχών, εταιρικών μεριδίων ή άλλης φύσης δικαιωμάτων επί του κεφαλαίου οικονομικού φορέα που συμμετέχει στη

διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον η κατοχή του ανωτέρω ποσοστού επιτρέπει τη συμμετοχή στη διαχείριση του φορέα αυτού.

γ) Η ύπαρξη, κατά τη χρονική περίοδο που έχει ως αφετηρία δώδεκα (12) μήνες πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και λήξη την ημέρα σύναψης αυτής, συμβατικού δεσμού που αφορά είτε στην παροχή εξηρτημένης εργασίας είτε στην εκτέλεση έργου ή παροχή υπηρεσιών ή πώληση προϊόντων μεταξύ ενός προσώπου των περιπτώσεων α΄ ή/και β΄ της παρ. 3, με οικονομικό φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

5. Τα πρόσωπα που αναφέρονται στις περιπτ. (α) και (β) της παρ. 3, υποχρεούνται να γνωστοποιήσουν εγγράφως στην αναθέτουσα αρχή τυχόν σύγκρουση συμφερόντων των ιδίων ή των συγγενικών τους προσώπων, υπό την έννοια της περίπτωσης γ΄ της παρ. 3, σε σχέση με οποιονδήποτε υποψήφιο ή προσφέροντα, από τη στιγμή που λαμβάνουν γνώση της εν λόγω σύγκρουσης, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να προβεί σε διορθωτικές ενέργειες, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 6. Παράλληλα, τα πρόσωπα αυτά οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια σχετική με τη διενέργεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης. Η παράβαση των διατάξεων των προηγούμενων εδαφίων αποτελεί λόγο ακύρωσης κάθε σχετικής διοικητικής πράξης.

6. Η αναθέτουσα αρχή αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της συνδρομής ή μη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων. Αν η αναθέτουσα αρχή αποφανθεί ότι συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, ενημερώνει αμέσως την Αρχή και λαμβάνει αμελλητί τα κατάλληλα μέτρα προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης όλων των διαγωνιζομένων, στα οποία μπορεί να περιλαμβάνεται η εξαίρεση του συγκεκριμένου προσώπου από οποιαδήποτε συμμετοχή στη σχετική διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφαρμοζομένων και των διατάξεων των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 7 του ν. 2690/1999 (Α΄45).

7. Εάν μια σύγκρουση συμφερόντων είναι αδύνατον να θεραπευθεί με άλλον τρόπο, ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος σχετίζεται με αυτή, αποκλείεται από τη διαδικασία, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην περίπτωση δ΄ της παρ. 4 του άρθρου 73 του Βιβλίου Ι.

8. Η αναθέτουσα αρχή συντάσσει και αποστέλλει στην Αρχή γραπτή έκθεση η οποία περιλαμβάνει τις περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων που εντοπίστηκαν, καθώς και όλα τα επακόλουθα μέτρα που ελήφθησαν, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 341».

21. Επειδή, το άρθρο 280 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων» αναφέρει τα κάτωθι «*Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στον αναθέτοντα φορέα είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 278 ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, ο αναθέτων φορέας λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα.*

Τα εν λόγω μέτρα περιλαμβάνουν ιδίως τη γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης και τον καθορισμό επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών. Ο εμπλεκόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

Πριν από οποιονδήποτε τέτοιον αποκλεισμό, ενημερώνεται η Επιτροπή Ανταγωνισμού, αρμόδια για την εφαρμογή του ν. 3959/2011 και η Αρχή και παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα έγγραφα και στοιχεία που υποβάλλονται από τους υποψήφιους ή τους προσφέροντες προς απόδειξη αυτού, καταγράφονται και τίθενται υπόψη της Επιτροπής Ανταγωνισμού και της Αρχής με μέριμνα του αναθέτοντος φορέα.

Τα μέτρα που λαμβάνονται καταγράφονται στην ειδική έκθεση που απαιτείται δυνάμει του άρθρου 341».

22. Επειδή, το άρθρο 281 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής «*1. Οι όροι που περιέχονται στα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις*

ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών».

23. Επειδή, το άρθρο 310 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» αναφέρει τα εξής *«1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή δεν λαμβάνεται υπόψη.*

2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο στις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, όπως ιδίως παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α΄ 74) και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα που θεσπίζονται με το νόμο, τις κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση κατά το πρώτο εδάφιο δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.

3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση της παραγράφου 1 δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως

συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης.

4. Ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που ο αναθέτων φορέας κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές.

5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1έως 4, είναι υποχρεωτική για τον αναθέτοντα φορέα, εάν επίκειται αποκλεισμός του προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

24. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ. ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

25. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣτΕ127/2015, 1971/2013,

194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

26. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό μα αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27).

27. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων

συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C 243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C 19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C 396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

28. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, στο παρόν στάδιο της αξιολόγησης ο Αναθέτων Φορέας, κατ΄ αρχήν κατά δέσμια αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης. Έχει, δε, έτι περαιτέρω, έχει κριθεί (ΕλΣυν 524/2012 Τμ. VI) ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣτΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ.C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007).

29. Επειδή κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστηματική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τελολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως,

διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

30. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία καθόσον είναι σαφής (βλ. εξ' αντιδιαστολής Απόφαση Pippo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51, όπου κρίθηκε ότι δεν επιτρέπεται ο αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία, αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας).

31. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να

αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑθ 271/2011). Ειδικότερα, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Έχει, επομένως, κριθεί ότι τυχόν αίτηση διευκρίνισης προσφοράς δεν επιτρέπεται να καταλήξει στο να υποβάλει ο προσφέρων στην πραγματικότητα νέα προσφορά ενώ κρίσιμη είναι η υποχρέωση – την αυτοδέσμευση ουσιαστικά – των Αναθετουσών Αρχών να ελέγχουν με αυστηρότητα την τήρηση την κριτηρίων που διατυπώνονται στη διακήρυξη, που οι ίδιες οι Αναθέτουσες Αρχές έχουν καθορίσει και να αποκλείουν από το διαγωνισμό τις προσφορές που δεν περιέχουν τα έγγραφα ή στοιχεία που απαιτούνται από τη διακήρυξη με ποινή αποκλεισμού (C-336/12) Manova και C-42/13 (Cartiera dell' Adda) αποκλείοντας την υποβολή εγγράφων μετά την εκπνοή της προθεσμίας που τίθεται στη διακήρυξη (C -387/14 (Esaprojekt). Ειδικότερα, έχει κριθεί με την απόφαση ΔΕΕ της 4ης Μαΐου 2017, C-387/14 – Esaprojekt (σκέψεις 39-44), ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να διασφαλίσει ότι τυχόν αίτημα της διευκρίνιση μιας προσφοράς δεν θα καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο αντίστοιχος υποψήφιος νέα προσφορά. Αντίστοιχη κρίση διέλαβε το ΔΕΕ και στην απόφαση της 7ης Απριλίου 2017, C-324/14 Partner Apelski Dariusz (σκέψη 64), καθώς και απόφαση της 6η Νοεμβρίου 2014, C-42/13- Cartiera dell' Adda (σκέψεις 41-46),σύμφωνα με την οποία, το άρθρο 51 της Οδηγίας

2004/18/ΕΚ δεν μπορεί να ερμηνευθεί κατά τρόπο που να επιτρέπει να γίνονται δεκτές οποιεσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων, οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, πρέπει να συνεπάγονται τον αποκλεισμό του προσφέροντος («Συμπλήρωση – αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών», συνεργάτιδα οικείου κεφαλαίου Αθανασία Παπασταμάτη, Εισηγήτρια Ελσυν, Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, Επιμέλεια : Ευαγγελία – Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Σύμβουλος Ελεγκτικού Συνεδρίου, Ηλίας Μάζος, Σύμβουλος Επικρατείας, Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος Κλιμακίου ΑΕΠΠ, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ 393-395).

32. Επειδή, η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟΣ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96).

33. Επειδή η αρχή της αναλογικότητας, η οποία κατοχυρώνεται συνταγματικά στο άρθρο 25 παρ. 1 Συντ., αναλύεται στις αρχές της αναγκαιότητας, καταλληλότητας και αναλογικότητας με τη στενή έννοια, και κατατάσσεται εντός των αρχών ενωσιακού δικαίου κατά την πάγια νομολογία ΔΕΕ. Έχει, δε, την έννοια ότι ένα κράτος μέλος οφείλει κατά τη διαδικασία επιλογής των κατάλληλων προς λήψη μέτρων, να επιλέγει αυτά που προξενούν τα λιγότερα δυνατά προβλήματα στην άσκηση της διακριτικής του ευχέρειας, προκρίνοντας μεταξύ μέτρων που θεωρεί αναγκαία και πρόσφορα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού (βλ. μεταξύ άλλων ΔΕΕ απόφαση της 1-12-2011, υπόθεση C145/10, ΔΕΚ απόφαση της 20ης Ιουνίου 2002 C313/99, κα).

34. Επειδή η έλλειψη ή μη εμπειρίας υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού κρίνεται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση προμήθειας και όχι in abstacto (Βλ. Δ.

Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλας, 2017, σελ. 410 επ.) .

35. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο,* 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ. 319).

36. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191). Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕφΑθ 2098/2013, ΣτΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003, 999/2019 ΔΕφΑθ).

37. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα βάλλει κατά της συμμετοχής της δεύτερης προσφεύγουσας επί τη βάσει του άρθρου 2.2.6. της διακήρυξης, το οποίο επικαλείται ότι παραβιάζει η τελευταία με την προσφορά της.

38. Επειδή, το οικείο άρθρο αναφέρει επιλέξει *«2.2.6. Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α. Να έχουν αναλάβει την τελευταία δεκαπενταετία (15έτη) τουλάχιστον ένα (1) παρόμοιο έργο συναφές με το αντικείμενο του Διαγωνισμού, που αφορά την παρακολούθηση και πιστοποίηση εργασιών κατασκευής, συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού.*

β. Να διαθέτουν ανθρώπινο δυναμικό (Ομάδα Έργου) και πόρους ικανούς και αξιόπιστους για να φέρουν σε πέρας επιτυχώς τις απαιτήσεις του Έργου, σε όρους απαιτούμενης εξειδίκευσης, επαγγελματικών προσόντων και εμπειρίας. Με βάση τις απαιτήσεις, την πολυπλοκότητα, τον δεδομένο χρόνο εκτέλεσης και τον γεωγραφικό χώρο παροχής των υπηρεσιών του έργου, θα πρέπει ο ανάδοχος να ορίσει την διάρθρωση και στελέχωση της ομάδας που θα αναλάβει την εκτέλεση της σύμβασης. Συγκεκριμένα απαιτείται κατ' ελάχιστον:

• Ένας Υπεύθυνος Έργου, ο οποίος θα ηγείται της Ομάδας Έργου και θα συντονίζει τις εργασίες επιθεώρησης και πιστοποίησης. Ο Υπεύθυνος Έργου θα πρέπει να είναι Διπλωματούχος Μηχανικός με τουλάχιστον 15-ετή επαγγελματική εμπειρία και ειδικότερα να διαθέτει τουλάχιστον 3-ετή εμπειρία και γνωστικό πεδίο σε:

➢ Διαχείριση έργων σε εργοταξιακό περιβάλλον

➢ Επιθεώρηση και Πιστοποίηση Συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού

➢ Δομή και λειτουργία σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού

➢ Αγορά δομικών υποσυστημάτων και ανταλλακτικών τροχαίου υλικού

➢ Τεχνική επιθεώρηση και κοστολογική ανάλυση τεχνικών έργων.

Ο Υπεύθυνος Έργου θα είναι αρμόδιος για την συνολική παρακολούθηση και συντονισμό των παρεχόμενων από τον Ανάδοχο Υπηρεσιών.

• Τουλάχιστον ένας (1) επιπλέον μηχανικός ή Ομάδα Έργου, αποτελούμενη από Διπλωματούχους Μηχανικούς με τουλάχιστον 3-ετή επαγγελματική εμπειρία στο γνωστικό πεδίο της πιστοποίησης εργασιών συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού.

Ο ανάδοχος θα πρέπει επίσης να ορίσει στην προσφορά του, τους εκτιμώμενους χρόνους παρουσίας του προσωπικού του, στους χώρους εκτέλεσης του έργου της ….. κατά την διάρκεια της σύμβασής του καθώς και τον ρόλο ενός εκάστου στην εκτέλεση της σύμβασης».

39. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η επικαλούμενη ως σχετική σύμβαση με την προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας δεν

πληροί τις προϋποθέσεις της συναφούς εμπειρίας που θέτει το άρθρο 2.2.6. της οικείας διακήρυξης.

40. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα στο υποβληθέν από 26/8/2019 ΤΕΥΔ της αναφέρει στο ερώτημα του Μέρους IV Κριτήρια επιλογής, τμήματος Γ. Τεχνική και επαγγελματική επάρκεια, όπου απαιτείται κατά τα ειδικότερα εκτεθέντα ανωτέρω μία συναφής σύμβαση τελευταίας δεκαπενταετίας απαντά «*ΝΑΙ, .., 7/9/2017, Διαγωνισμός ΣΔ130/16 «Για την μελέτη αποκαταστάσεως συγκολλήσεων τεμαχίων στήριξης βραχίονα μειωτήρα των συρμών της σειράς 1 της ……..*». Περαιτέρω, η εν θέματι υποψήφια, έχει προσκομίσει εντός του οικείου φακέλου της προσφοράς της αντίγραφο της επίμαχης σύμβασης.

41. Επειδή, όπως προκύπτει από τα ανωτέρω έγγραφα και συνομολογείται από τον αναθέτοντα φορέα, η επικαλούμενη εμπειρία αφορά υπηρεσίες σε ελαφρύ όχημα ΜΕΤΡΟ. Η, δε, πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει παραπέμποντας στις Ευρωπαϊκές Οδηγίες Σιδηροδρομικής Διαλειτουργικότητας *2008/75/Εκ (βλ. και ΠΔ 140/2010) και* 2016/797/ΕΕ ότι οι μητροπολιτικοί σιδηρόδρομοι (ΜΕΤΡΟ) εξαιρούνται από το πλαίσιο εφαρμογής των σιδηροδρομικών Οδηγιών και ως εκ τούτου δεν συνιστά σιδηροδρομικό υλικό το αντικείμενο της προσκομισθείσας σύμβασης, ως ρητά απαιτείται από το άρθρο 2.2.6. της διακήρυξης.

42. Επειδή, η Οδηγία (ΕΕ) 2016/797 ΤΟΥ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΫ ΚΟΙΝΟΒΟΥΛΊΟΥ ΚΑΙ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΊΟΥ της 11ης Μαΐου 2016 αναφέρει μεταξύ άλλων «*Τα μετρό, τα τραμ και άλλα ελαφρά σιδηροδρομικά συστήματα υπόκεινται σε τοπικές τεχνικές απαιτήσεις σε πολλά κράτη μέλη. Αυτά τα τοπικά συστήματα δημόσιων συγκοινωνιών συνήθως δεν υπόκεινται σε αδειοδότηση εντός της Ένωσης. Επιπλέον, τα τραμ και τα ελαφρά σιδηροδρομικά συστήματα συχνά υπόκεινται στη νομοθεσία οδικής κυκλοφορίας επειδή χρησιμοποιούν την ίδια υποδομή. Για τους λόγους αυτούς, αυτά τα τοπικά συστήματα δεν χρειάζεται να είναι διαλειτουργικά και θα πρέπει συνεπώς να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας. Αυτό δεν εμποδίζει τα κράτη μέλη να εφαρμόζουν εθελοντικά τις διατάξεις της παρούσας οδηγίας στα τοπικά σιδηροδρομικά συστήματα, εφόσον το κρίνουν σκόπιμο».* Σε κάθε περίπτωση, με βάση τα ανωτέρω αν και προφανώς διαφοροποιούνται και δύνανται να εξαιρεθούν από την εφαρμογή

της οδηγίας καθώς δεν χρειάζεται να είναι διαλειτουργικά, κατονομάζονται ως σιδηροδρομικά συστήματα και εμπίπτουν, στην ευρεία έννοια του «σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού».

43. Επειδή λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99 , σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00 , σκέψεις 32 έως 66).

44. Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίο βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ' , σελ. 776).

45. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά «Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C‑19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να

θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια» (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι «Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία» [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΙ) σκ. 71].

46. Επειδή, περαιτέρω, ο όρος 2.2.6. της διακήρυξης περί συναφούς εμπειρίας έχει καθοριστεί με σαφήνεια ως «παρακολούθηση και πιστοποίηση εργασιών κατασκευής, συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού», με βάση την *stricto sensu* γραμματική ερμηνεία αφορά όλα τα είδη σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού, χωρίς να εξαιρεί το ελαφρύ σιδηροδρομικό υλικό. Εξάλλου – ακόμη και εάν δεν ήταν ρητώς καθορισμένη η συναφής εμπειρία - η έννοια του συναφούς αντικειμένου κατά τη γραμματική ερμηνεία διαφοροποιείται από την έννοια του ταυτόσημου. Επομένως, παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν αφενός το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος των προσφορών όλων των υποψηφίων (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA).

47. Επειδή, ωστόσο, δεδομένης της σαφήνειας του σχετικού όρου και της κάλυψής του από τη δεύτερη προσφεύγουσα όσον αφορά την έννοια του σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός της πρώτης προσφεύγουσας παρίσταται αβάσιμος. Στο βαθμό, δε, που εμμέσως με τον

εν θέματι ισχυρισμό της προσφεύγουσας αμφισβητείται στο παρόν στάδιο της διαδικασίας η νομιμότητα του όρου της Διακήρυξης, που προβλέπει, επί ποινή αποκλεισμού, την απαίτηση αυτή, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος (πρβλ. ΕΑ 462/2009, 100/2008) δεδομένης της ανεπιφύλακτης συμμετοχής της στο διαγωνισμό (βλ. σκ 43 και ΕΑ ΣτΕ 58/2019). Επομένως, αλυσιτελώς προβάλλει με το υπόμνημά της η πρώτη προσφεύγουσα την σκοπιμότητα του τιθέμενου εύρους 15ετίας για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας.

48. Επειδή, δευτερευόντως, η πρώτη προσφεύγουσα επικαλείται ότι η επικαλούμενη από τη δεύτερη προσφεύγουσα σύμβαση προς απόδειξη της τεχνικής της ικανότητας αφορά μελέτη συγκολλήσεων και όχι έργο ελέγχου και πιστοποίησης της κατασκευής και συντήρησης σιδηροδρομικού υλικού, όπως ζητείται από την επίμαχη διακήρυξη. Επομένως, δευτερευόντως εστιάζει η πρώτη προσφεύγουσα στο αντικείμενο των παρεχόμενων υπηρεσιών, το οποίο αναγνωρίζει ως υπηρεσίες «ελέγχου και πιστοποίησης της κατασκευής και συντήρησης σιδηροδρομικού υλικού» και υποστηρίζει ότι η δεύτερη προσφεύγουσα έχει προσκομίσει σύμβαση που αφορά σε μελέτη συγκόλλησης.

49. Επειδή, η ίδια η πρώτη προσφεύγουσα έχει υποβάλει με την προσφορά της α) το από 2/8/2019 ΤΕΥΔ όπου στο επίμαχο ερώτημα τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας απαντά «[*Ναι, εντός του φακέλου τεχνικών προσφορών αναλύονται τα σχετικά έργα και οι αντίστοιχες βεβαιώσεις ολοκλήρωσης]»,* β) το από 2/8/2019 έγγραφο με τίτλο «ιστορικό εκτέλεσης σιδηροδρομικών έργων επιθεωρήσεων και πιστοποιήσεων» που περιλαμβάνει ρητή αναφορά σε τέσσερις συμβάσεις με τα ειδικότερα αντικείμενα αυτών γ) τις από 26/7/2019 βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης των δύο πρώτων συμβάσεων που αναφέρονται στο προγενέστερο έγγραφο και δ) την από 2/8/2019 βεβαίωση συμμετοχής όπου αναφέρει *«Με την παρούσα βεβαιώνω την συμμετοχή των κάτωθι υπαλλήλων της εταιρίας …….. στα έργα της πιστοποίησης και επιθεώρησης συντήρησης τροχαίου υλικού για λογαριασμό της …….».* Επομένως, από την επισκόπηση των οικείων εγγράφων δεν προκύπτει η πλήρωση της απόδειξης εμπειρίας ελέγχου και πιστοποίησης κατασκευής σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού, που απαιτείται

ως ορθώς αναφέρει και η ίδια η πρώτη προσφεύγουσα σωρευτικά και όχι διαζευκτικά ως προς την πιστοποίηση συντήρησης, που συνιστά το ακριβές αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Ωστόσο, δεδομένου ότι δεν αμφισβητήθηκε ο σχετικός όρος επικαίρως, ούτε τροποποιήθηκε αρμοδίως, δεσμεύει επί ίσοις όροις τόσο τον αναθέτοντα φορέα όσο και τους συμμετέχοντες.

50. Επειδή το συμφέρον είναι έννομο όταν: α) δεν αντίκειται στο δίκαιο β) αναγνωρίζεται από το δίκαιο και γ) αποσκοπεί στη διατήρηση των ισχυουσών ρυθμίσεων, οι οποίες διασφαλίζουν μια ευνοϊκή για τον αιτούντα κατάσταση και οι ως άνω προϋποθέσεις πρέπει να συντρέχουν αθροιστικώς (Δ. Θ. ΠΥΡΓΑΚΗΣ, ΤΟ ΕΝΝΟΜΟ ΣΥΜΦΕΡΟΝ ΣΤΗ ΔΙΚΗ ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 81 και 84). Επομένως, η προβολή από την πρώτη προσφεύγουσα της οποίας η προσφορά έχει γίνει αποδεκτή, ισχυρισμού κατά άλλου συνδιαγωνιζόμενου, ο οποίος συντρέχει και για την ίδια, με σκοπό τον αποκλεισμό του από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, αντίκειται στην αρχή του ίσου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, αλλά και στην καλή πίστη και πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος (ΕΑ ΣτΕ 58/2019). Επομένως, σε κάθε περίπτωση, αλυσιτελώς προβάλλονται και οι επιμέρους ισχυρισμοί περί της συνομολογημένης από τον αναθέτοντα φορέα διαφοροποίησης μεταξύ της πιστοποίησης της μελέτης και των συγκολλήσεων- καθ' ερμηνείαν του εγγράφου – και της κατασκευής και συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού, κατ' επίκληση της αιτιολογίας βαθμολόγησης του κριτηρίου Κ2.1.

51. Επειδή, περαιτέρω, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η επικαλούμενη εμπειρία της δεύτερης προσφεύγουσας δεν προκύπτει από σύμβαση εκτελεσθείσα ως έδει, δεδομένου ότι υπεγράφη η επίμαχη σύμβαση την 7/9/2017 και - κατά τα λεγόμενα της πρώτης προσφεύγουσας - έχει διάρκεια τρία έτη.

52. Επειδή, είναι προφανές με βάση τα διδάγματα της κοινής πείρας ότι ως εμπειρία προσμετράται δηλωθέν αντικείμενο που περιβάλλεται σε εκτελεσθείσα σύμβαση, άλλως, καθίσταται σαφές ότι η μη προσήκουσα

εκτέλεση μιας σύμβασης αλλά η δήλωσή της διαρκούσης της εκτέλεσης αυτής δεν παρέχει τα εχέγγυα της απόδειξης ικανότητας εκτέλεσης αντίστοιχης σύμβασης ενώ δημιουργεί έρεισμα άνισης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

53. Επειδή, η θέσπιση και η υποχρεωτική χρήση του ΕΕΕΣ στον εκάστοτε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων των οδηγιών και του ΤΕΥΔ αντίστοιχα στους διαγωνισμούς κάτω των ορίων, εξυπηρετεί, μεταξύ άλλων, το σκοπό παράκαμψης κατά το στάδιο υποβολής και αξιολόγησης του συνόλου των προσφορών, της ανάγκης προσκόμισης από τους οικονομικούς φορείς σημαντικού αριθμού πιστοποιητικών ή άλλων εγγράφων που σχετίζονται με τα κριτήρια αποκλεισμού και τα κριτήρια επιλογής προκειμένου να αποφευχθεί διοικητικός φόρτος τόσο για τις αναθέτουσες αρχές όσο και για τους οικονομικούς φορείς, ιδία τις ΜΜΕ. Ωστόσο, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να είναι σε θέση να αποδείξουν με τα κατάλληλα και απαιτούμενα στη διακήρυξη έγγραφα, όσα δηλώνουν υπευθύνως με το ΕΕΕΣ ή το ΤΕΥΔ, στοιχείο που αναφέρεται ρητά και στο μη υποκείμενο σε προσαρμογή, Παράρτημα VI «Τελικές Δηλώσεις» του ΤΕΥΔ, που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της εκάστοτε διακήρυξης αναθέτουσας αρχής, σε διαδικασίες άνω των ορίων, όπως εν προκειμένω, όπου ρητά αναγράφεται και υπογράφεται ότι «*Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι είμαι σε θέση, κατόπιν αιτήματος και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσω τα πιστοποιητικά και τις λοιπές μορφές αποδεικτικών εγγράφων που αναφέρονται»* (εννοείται στο παρόν ΤΕΥΔ). Περαιτέρω, το ΤΕΥΔ αποτελεί κατά το νόμο Υπεύθυνη Δήλωση, που επιφέρει τις κυρώσεις του ν. 1599/1986 και στην οποία, κατά πάγια νομολογία, δεν δύναται να βεβαιωθούν γεγονότα μελλοντικά αλλά αφορά αποκλειστικά και μόνον σε γεγονότα παρόντα ή παρελθόντα, όχι, όμως, μέλλοντα (πρβλ. ΠΕ 160, 58/1984 και ΣτΕ 781/2010). Επομένως, αφενός οι οικονομικοί φορείς δηλώνουν στο ΤΕΥΔ υπευθύνως γεγονότα τα οποία ισχύουν κατά το χρόνο υπογραφής του, προαποδεικνύοντας τα, τα οποία και ανά πάσα στιγμή, κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας οφείλουν να αποδείξουν βάσει των κατάλληλων εγγράφων κατόπιν αιτήματος της αναθέτουσας αρχής κατά το στάδιο της κατακύρωσης ή/και προγενέστερα δυνάμει του άρθρου 79 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

54. Επειδή, παραβιάζει την αρχή της νομιμότητας και της ίσης μεταχείρισης η απόρριψη προσφοράς για έλλειψη εγγράφου, που δεν ορίζεται ρητώς στο οικείο κανονιστικό πλαίσιο (βλ. σκ. 30) .

55. Επειδή, επομένως, καταρχήν δεν απαιτείται στο παρόν στάδιο η πλήρης απόδειξη της εκτέλεσης της προκριθείσας ως συναφούς σύμβασης πληρούσας την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που απαιτεί η διακήρυξη και δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού της δεύτερης προσφεύγουσας. Εξάλλου και η παρ. Β. 4.1. της διακήρυξης που αφορά την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αναφέρει αυτολεξεί «*1. Σχετικά με την απαίτηση της παραγράφου 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, εδάφιο (α): Αναλυτικό σημείωμα και συνοδευτικά έγγραφα που να περιγράφουν και να πιστοποιούν την εμπειρία του Υποψήφιου Αναδόχου στο αντικείμενο του Διαγωνισμού. Ο Υποψήφιος Ανάδοχος οφείλει επίσης να τεκμηριώσει την εμπειρία του, υποβάλλοντας λίστα των κυριότερων παρόμοιων έργων που εκτέλεσε, ή στα οποία συμμετείχε ο Υποψήφιος Ανάδοχος, κατά τα δεκαπέντε (15) τελευταία έτη και είναι συναφή με το αντικείμενο του Διαγωνισμού (παρακολούθηση και πιστοποίηση εργασιών κατασκευής ή συντήρησης σιδηροδρομικού τροχαίου υλικού)».* Δεν ορίζει, επομένως, κατά τρόπο ρητό και ξεκάθαρο την προσκόμιση των οικείων βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης. Ως, δε, παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία – ακόμη και στην περίπτωση που κρίνονταν μετ΄ αποδείξεως στο παρόν στάδιο η συνδρομή των προϋποθέσεων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, η όποια ασάφεια των εγγράφων της σύμβασης, δεν μπορεί να ερμηνευτεί εις βάρος των οικονομικών φορέων, χωρίς να τους δοθεί η δυνατότητα να συμπληρώσουν την ελαττωματική τους προσφορά (βλ. μεταξύ άλλων ΔΕφΑθ 213/2019). Επομένως, καταρχήν, δεν κρίνεται βάσιμος ως συγκεκριμένος λόγος ως λόγος απόρριψης της οικείας προσφοράς της δεύτερης προσφεύγουσας.

56. Επειδή, συνακόλουθα, κατά τα βασίμως υποστηριχθέντα από την πρώτη προσφεύγουσα, δεν δύναται να παραγκωνιστεί λόγω του τεκμηρίου προκαταρκτικής απόδειξης ο έλεγχος της αληθείας των δηλουμένων από τον προσφέροντα μετά προσκόμισης συγκεκριμένων δικαιολογητικών, και μάλιστα σε βάρος της οικονομίας της διαγωνιστικής διαδικασίας αλλά και της

υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να εξετάζει το σύνολο των πληροφοριών που έρχονται εις γνώση της με σκοπό τη διασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας και την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος. Εξυπακούεται ότι η αξιολόγηση των στοιχείων που λαμβάνει γνώση η αναθέτουσα αρχή εμπίπτουν στη διακριτική ευχέρεια αυτής, η οποία ελέγχεται ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της.

57. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη συνδυαστικά την μη υποβολή βεβαίωσης καλής εκτέλεσης, η οποία, άλλωστε, δεν απαιτείται ρητά ούτε κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, την αναφορά στην οικεία προσκομισθείσα σύμβαση της δεύτερης προσφεύγουσας ότι η μέγιστη διάρκειά της είναι τρία έτη, και τη δυνατότητα του αναθέτοντος φορέα περί αναζήτησης διευκρινίσεων βάσει του άρθρου 79 παρ. 5, οι οποίες παρίστανται απαραίτητες εν προκειμένω, προκειμένου να ανασκευαστούν, ει δυνατόν, οι ευλόγως αναφυόμενες αμφιβολίες ως προς την πλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης από την πλευρά της δεύτερης προσφεύγουσας, και ερμηνεύοντας αντιστοίχως, τον οικείο προβαλλόμενο λόγο υπό το πρίσμα πρόσφατης νομολογίας (βλ. ΔεφΘεσ. 161/2019, 172/2019), ο αναθέτων φορέας στα πλαίσια της χρηστής διοίκησης και ορθής άσκησης της διακριτικής του ευχέρειας έπρεπε να καλέσει την εν θέματι υποψήφια να παράσχει τις απαιτούμενες αποδείξεις καλής εκτέλεσης της επίμαχης σύμβασης. Επομένως, υπό αυτή την ερμηνευτική εκδοχή η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα με σκοπό την αναζήτηση σχετικών διευκρινίσεων υπό την αίρεση ότι δεν καταστεί αυτή αλυσιτελής λόγω αποδοχής έτερου προβαλλόμενου λόγου συνεπαγόμενου την απόρριψη της προσφοράς της δεύτερης προσφεύγουσας. Συνακόλουθα, η επίκληση συγκεκριμένων εγκρίσεων δαπανών της εν θέματι σύμβασης από την πρώτη προσφεύγουσα με το υπόμνημά της, προς επίρρωση των ισχυρισμών της παρίσταται αλυσιτελής.

58. Επειδή, περαιτέρω, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας είναι απορριπτέα, καθόσον ο υπεύθυνος έργου και έτερο μέλος της ομάδας έργου, συνιστούν προσωπικό της ……., γεγονός που συνηγορεί ότι απαιτείται για την ενασχόληση των εν θέματι στελεχών στην υπό ανάθεση σύμβαση σχετική ειδική άδεια της ……., άλλως ότι η προσφορά τελεί υπό την αίρεση παροχής της εν θέματι

ειδικής άδειας και άρα υφίστανται ασάφειες στην προκείμενη προσφορά που οδηγεί άφευκτα στην απόρριψή της.

59. Επειδή, δεν απαιτείται η προσκόμιση συγκεκριμένης δέσμευσης του υπευθύνου έργου ως προς τη διαθεσιμότητά του, ενώ κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από τον αναθέτοντα φορέα, η προσφορά εκάστου συμμετέχοντος είναι, καταρχάς, δεσμευτική, επιφέροντας τις κατά νόμο συνέπειες σε περίπτωση μη δυνατότητας πλήρωσης των αναληφθεισών δεσμεύσεων. Εξάλλου, η ειδική άδεια που αναφέρει η πρώτη προσφεύγουσα-αληθής υποτιθέμενη – κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας δεν δύναται να ληφθεί εκ προοιμίου, να τελεί υπό αίρεση ανάληψης της σύμβασης και να αφορά απροσδιόριστο χρόνο και εναρκτήρια ημερομηνία. Επομένως, το μόνο δικαιολογητικό, που θα μπορούσε να αιτηθεί ο αναθέτων φορέας από τον εν θέματι υποψήφιο, είναι η με υπεύθυνη δήλωση δέσμευση του επίμαχου φυσικού προσώπου περί ανάληψης της θέσης του υπευθύνου συντονισμού εκτέλεσης της σύμβασης, άλλως η πλέον φορμαλιστική ερμηνευτική εκδοχή ότι δεν δύναται το συγκεκριμένο πρόσωπο να συμμετέχει στο διαγωνισμό νομίμως, προσκρούει στο άρθρο 22 Σ. Επομένως, ο συγκεκριμένος λόγος απορρίπτεται ως αβάσιμος.

60. Επειδή, τέλος, η πρώτη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η δεύτερη προσφεύγουσα έπρεπε να απορριφθεί γιατί δεν αναφέρει χρόνους παρουσίας του απασχολούμενου προσωπικού. Ειδικότερα, το άρθρο 2.2.6. αναφέρει μεταξύ άλλων «*Ο ανάδοχος θα πρέπει επίσης να ορίσει στην προσφορά του, τους εκτιμώμενους χρόνους παρουσίας του προσωπικού του, στους χώρους εκτέλεσης του έργου της ….. κατά την διάρκεια της σύμβασής του καθώς και τον ρόλο ενός εκάστου στην εκτέλεση της σύμβασης».*

61. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου….», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Άλλωστε, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣτΕ

743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση των προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

62. Επειδή η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

63. Επειδή περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού και συνακόλουθα την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς(βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

64. Επειδή, επομένως, παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από τον αναθέτοντα φορέα, η αναφορά εκτιμώμενων χρόνων παρουσίας της ομάδας έργου είναι υποχρεωτική βάσει ρητού όρου της διακήρυξης (2.2.6.), δημιουργώντας δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντος φορέα να απορρίψει

υποψήφιο που δεν την πληροί. Επομένως, ο συγκεκριμένος λόγος παρίσταται βάσιμος.

65. Επειδή, η διαγραφόμενη με τις διατάξεις των άρθρων 102 και 310 διαδικασία δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή ήταν απαραίτητη βάσει ρητών και με σαφήνεια διατυπωθέντων όρων της διακήρυξης, ούτε να οδηγήσει στην τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς (πρβλ. αποφ. ΔΕΕ της 29ης.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκ. 40, της 11ης.5.2017, Archus και Gama, C-131/16, σκ. 31, της 4ης.5.2017, C 387/14, Esaprojektsp. z o.o. κατά WojewództwoŁódzkie, σκ. 37-40).

66 . Επειδή, ως προελέχθη, με τις ερμηνευόμενες διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 102 και 310 αντίστοιχα του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητά έγγραφη διευκρίνιση του περιεχομένου της τεχνικής προσφοράς υποψηφίου εάν αυτή περιέχει ασάφειες, ήσσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που κρίνονται θεραπεύσιμα (Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Ερμηνεία κατ' άρθρο, Σχετικές διατάξεις – Νομολογία, Τόμος 1, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2018, σελ 957 επ.). Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη τροποποίηση ή αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα της συγκεκριμένης προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές. Περαιτέρω, η εν λόγω υποβολή αιτήματος προς διευκρίνιση δέον είναι απευθύνεται αφού λάβει γνώση του συνόλου των προσφορών η αναθέτουσα αρχή (ΔΕΚ, Απόφαση της 27,.11.2001, υποθέσεις C-285/99, C286/99, Lombardini και Mantovani, σκ. 51 και 53.), περιλαμβάνοντας όλα τα σημεία της προσφοράς που κρίνονται ανακριβή, πράγμα που σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει τη δυνατότητα να απορρίψει την προσφορά λόγω ασάφειας που δεν αποτέλεσε αντικείμενο της εν λόγω αίτησης (ΔΕΕ, Απόφαση της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. κλπ κατά Urad pre verejne obstaravanie, σκ. 44.). Η προσέγγιση, επομένως, της προβληματικής της δυνατότητας διόρθωσης, συμπλήρωσης, διευκρίνισης, κλπ. των προσφορών διέπεται από μια περιπτωσιολογική νομολογία του ΔΕΕ, η οποία χαρακτηρίζεται από την

προσπάθεια του τελευταίου να ισορροπήσει ανάμεσα στην τήρηση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας, από τη μια μεριά, και της σκοπιμότητας να δοθεί στις αναθέτουσες αρχές η δυνατότητα να πετύχουν, τη βέλτιστη λύση για την ικανοποίηση των δημοσίων αναγκών σε αγαθά και υπηρεσίες, από την άλλη (Δημήτριος Γ. Ράικος, Ευαγγελία Γ. Βλάχου, Ευανθία Κ. Σαββίδη, Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016 Ερμηνεία κατ΄ άρθρο. Σχετικές διατάξεις – Νομολογία, Εκδ. Σάκκουλα, 2018, σελ. 953, Ε. Βλάχου).

67. Επειδή, επομένως, δεν χωρεί συμπλήρωση προσφοράς όταν συγκεκριμένη πληροφορία έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, καθιστώντας την παράλειψή της ουσιώδη πλημμέλεια της οικείας προσφοράς, μη δυνάμενη να αρθεί κατά τις διατάξεις του άρθρου 310 του Ν. 4412/2016 (βλ. ΕΑ ΣτΕ 135/2018, ΔεφΘεσ. 62/2019, 91/2018, ΔεφΑθ 401/2019).

68. Επειδή, αναφορικά με τους προβαλλόμενους λόγους της δεύτερης προσφεύγουσας δέον λέγειν ότι βάλλει κατά της συμμετοχής της πρώτης προσφεύγουσας, υποστηρίζοντας ότι δεν έχει συμπεριλάβει στην προσφορά της αναφορά σε ειδικά προβλήματα (όπως graffiti, πυρόπληκτα οχήματα κλπ).

69. Επειδή, ωστόσο, δεν προκύπτει βάσει του άρθρου 1.3. της διακήρυξης και του σχετικού παραρτήματος V, η ύπαρξη και υποχρέωση αντιμετώπισης στα πλαίσια της πιστοποιούμενης εκτεταμένης συντήρησης προβλημάτων ως τα αναφερθέντα, κατά τα ορθώς προβαλλόμενα και από τον αναθέτοντα φορέα. Ως εκ τούτου, δεν προκύπτει η ανάγκη πρόβλεψης ειδικών τέτοιου τύπου προβλημάτων στην μεθοδολογία εκτέλεσης της υπό εξέταση σύμβασης και αντιστοίχως η αξιολόγηση της μη αναφοράς τους με μείωση της βαθμολόγησης της οικείας προσφοράς. Επομένως, ο συγκεκριμένος προβαλλόμενος λόγος παρίσταται αβάσιμος.

70. Επειδή, εν συνεχεία, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, κατά το πρότυπο ISO 17020, προκειμένω να υφίσταται η απαιτούμενη ανεξαρτησία της κρίσης και της ακεραιότητας του φορέα πιστοποίησης, δεν θα πρέπει το προσωπικό του διαπιστευμένου φορέα να εμπλέκεται στο σχεδιασμό, κατασκευή, προμήθεια, εγκατάσταση, αγορά ιδιοκτησία, χρήση ή συντήρηση των αντικειμένων ελέγχου. Ωστόσο, τον εν θέματι ισχυρισμό τον εντάσσει, καταρχήν, η δεύτερη προσφεύγουσα στον τρόπο αξιολόγηση του

κριτηρίου Κ. 2.1. που αφορά την ομάδα έργου του προσφέροντος, άλλως και όλως, επικουρικώς δεν βάλλει κατά της εγκυρότητας του προσκομισθέντος ISO 17020. Εξάλλου, σε κάθε περίπτωση, στο πλαίσιο της τήρησης των κανόνων δεοντολογίας και αμεροληψίας από τους διαπιστευμένους φορείς, υφίσταται συγκεκριμένη διαδικασία αντιμετώπισης προσφυγών και παραπόνων από τον αρμόδιο φορέα Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης (ΕΣΥΔ) (http://www.esyd.gr/pweb/s/20/files/kanonismoi/diadikasies/DPROPAR_29_3_2019.pdf). Παρά, δε, τα αντιθέτως προβαλλόμενα με το σχετικό υπόμνημα της δεύτερης προσφεύγουσας, ο όρος 2.2.1.1. προβλέπει ως απαίτηση την ιδιότητα του φορέα επιθεώρησης - πιστοποίησης με βάση το ISO 17020, γεγονός που στον κρίσιμο χρόνο ισχύει και στη συνέχεια την προσκόμιση του συγκεκριμένου ISO.

71. Επειδή, ωστόσο, η δεύτερη προσφεύγουσα, επικαλούμενη το άρθρο 24 του Ν. 4412/2016 περί σύγκρουσης συμφερόντων, αναφέρει ότι ο κ. …. προτεινόμενος υπεύθυνος της ομάδας έργου της πρώτης προσφεύγουσας, είναι ιδιοκτήτης και νόμιμος εκπρόσωπος της προσωπικής επιχείρησης ….., η οποία παρίσταται βάσει συγκεκριμένων αναρτημένων στο ΚΗΜΔΗΣ αναθέσεων προμηθεύτρια της …….όσον αφορά ανταλλακτικά, τα οποία εν πολλοίς θα χρησιμοποιηθούν στην εκτεταμένη συντήρηση, την οποία καλείται να επιθεωρήσει και να πιστοποιήσει η ανάδοχος της επίμαχης διακήρυξης. Ως εκ τούτου, δεδομένης, και της αναφοράς στο αντικείμενο των εργασιών του προσφέροντος «*Έλεγχος βεβαιωτικών εγγράφων κάθε χρησιμοποιούμενου ανταλλακτικού και ταυτοποίησή του σε σχέση με τα αναγραφόμενα στοιχεία στα ημερολόγια έργου»* υποστηρίζει η δεύτερη προσφεύγουσα ότι υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων, που οδηγεί σε απόρριψη της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας.

72. Επειδή, το άρθρο 1.7 με τίτλο « Αρχές εφαρμοζόμενες στη διαδικασία σύναψης» αναφέρει : *«Οι οικονομικοί φορείς δεσμεύονται ότι: α) τηρούν και θα εξακολουθήσουν να τηρούν κατά την εκτέλεση της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπιστεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι*

οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους, β) δεν θα ενεργήσουν αθέμιτα, παράνομα ή καταχρηστικά καθ΄ όλη τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, αλλά και κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, εφόσον επιλεγούν, γ) λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα για να διαφυλάξουν την εμπιστευτικότητα των πληροφοριών που έχουν χαρακτηρισθεί ως τέτοιες».

73. Επειδή το άρθρο 262 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «σύγκρουση συμφερόντων» αναφέρει αυτολεξεί τα κάτωθι *: « Οι αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν κατάλληλα μέτρα, κατά τις επόμενες παραγράφους, για α) την αποτελεσματική πρόληψη, β) τον εντοπισμό και*

γ) την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων.

2. Κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων συντρέχει ιδίως όταν μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή παρόχου υπηρεσιών για τη σύναψη σύμβασης που ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής, τα οποία εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παράγραφο 4, το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης.

3. Η σύγκρουση συμφερόντων αφορά ιδίως τα ακόλουθα πρόσωπα: α) μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών για τη σύναψη συμβάσεων, ο οποίος ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής, συμπεριλαμβανομένων των μελών των αποφαινόμενων ή/και γνωμοδοτικών οργάνων ή/και

β) τα μέλη των οργάνων διοίκησης ή και άλλων οργάνων της αναθέτουσας αρχής

γ) τους συζύγους και συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατ' ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε έως και τέταρτου βαθμού των προσώπων των περιπτώσεων α` και β`, τα οποία: αα) εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης ή/και ββ) μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της.

4. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου, ως «συμφέροντα» νοούνται προσωπικά, οικογενειακά, οικονομικά, πολιτικά ή άλλα κοινά συμφέροντα με τους υποψηφίους ή προσφέροντες ή με τους υπεργολάβους αυτών ή με οποιοδήποτε μέλος υποψήφιας / προσφέρουσας ένωσης οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και αντικρουόμενων επαγγελματικών συμφερόντων, όπως ιδίως: α) Η συμμετοχή προσώπου της παρ. 3 στα όργανα διοίκησης ή διαχείρισης ενός οικονομικού φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή.

β) Η κατοχή από πρόσωπο των περιπτώσεων α` ή/και β` της παρ. 3, ποσοστού άνω του 0,5% των μετοχών, εταιρικών μεριδίων ή άλλης φύσης δικαιωμάτων επί του κεφαλαίου οικονομικού φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον η κατοχή του ανωτέρω ποσοστού επιτρέπει τη συμμετοχή στη διαχείριση του φορέα αυτού.

γ) Η ύπαρξη, κατά τη χρονική περίοδο που έχει ως αφετηρία δώδεκα (12) μήνες πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και λήξη την ημέρα σύναψης αυτής, συμβατικού δεσμού που αφορά είτε στην παροχή εξηρτημένης εργασίας είτε στην εκτέλεση έργου ή παροχή υπηρεσιών ή πώληση προϊόντων μεταξύ ενός προσώπου των περιπτώσεων α` ή/και β` της παρ. 3, με οικονομικό φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης σύμβασης.

5. Τα πρόσωπα που αναφέρονται στις περιπτ. (α) και (β) της παρ. 3, υποχρεούνται να γνωστοποιήσουν εγγράφως στην αναθέτουσα αρχή τυχόν σύγκρουση συμφερόντων των ιδίων ή των συγγενικών τους προσώπων, υπό

την έννοια της περίπτωσης γ` της παρ. 3, σε σχέση με οποιονδήποτε υποψήφιο ή προσφέροντα, από τη στιγμή που λαμβάνουν γνώση της εν λόγω σύγκρουσης, προκειμένου η αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να προβεί σε διορθωτικές ενέργειες, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 6. Παράλληλα, τα πρόσωπα αυτά οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια σχετική με τη διενέργεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης. Η παράβαση των διατάξεων των προηγούμενων εδαφίων αποτελεί λόγο ακύρωσης κάθε σχετικής διοικητικής πράξης.

6. Η αναθέτουσα αρχή αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της συνδρομής ή μη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων. Αν η αναθέτουσα αρχή αποφανθεί ότι συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, ενημερώνει αμέσως την Αρχή και λαμβάνει αμελλητί τα κατάλληλα μέτρα προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης όλων των διαγωνιζομένων, στα οποία μπορεί να περιλαμβάνεται η εξαίρεση του συγκεκριμένου προσώπου από οποιαδήποτε συμμετοχή στη σχετική διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφαρμοζομένων και των διατάξεων των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 7 του ν. 2690/1999 (Α` 45).

7. Εάν μια σύγκρουση συμφερόντων είναι αδύνατον να θεραπευθεί με άλλον τρόπο, ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος σχετίζεται με αυτή, αποκλείεται από τη διαδικασία, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην περίπτωση δ` της παρ. 4 του άρθρου 73 του Βιβλίου Ι.

8. Η αναθέτουσα αρχή συντάσσει και αποστέλλει στην Αρχή γραπτή έκθεση η οποία περιλαμβάνει τις περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων που εντοπίστηκαν, καθώς και όλα τα επακόλουθα μέτρα που ελήφθησαν, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 341.». Αντιστοίχως, το άρθρο 280 του Ν. 4412/2016 με τίτλο « Προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων» προβλέπει τα εξής *«Εάν ένας υποψήφιος, ένας προσφέρων ή μια επιχείρηση που σχετίζεται με υποψήφιο ή προσφέροντα έχει παράσχει συμβουλές στον αναθέτοντα φορέα είτε εντός είτε εκτός του πλαισίου του άρθρου 278 ή έχει εμπλακεί με οποιονδήποτε τρόπο στην προετοιμασία της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, ο αναθέτων φορέας λαμβάνει τα κατάλληλα μέτρα για να διασφαλίζει τη μη στρέβλωση του ανταγωνισμού λόγω της συμμετοχής του εν λόγω υποψηφίου ή προσφέροντα.*

Τα εν λόγω μέτρα περιλαμβάνουν ιδίως τη γνωστοποίηση στους λοιπούς υποψηφίους και προσφέροντες σχετικών πληροφοριών που ανταλλάχθηκαν στο πλαίσιο της προηγούμενης εμπλοκής του υποψηφίου ή του προσφέροντος στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης και τον καθορισμό επαρκών προθεσμιών για την παραλαβή των προσφορών. Ο εμπλεκόμενος υποψήφιος ή προσφέρων αποκλείεται από τη διαδικασία μόνο εάν δεν υπάρχει άλλος τρόπος να διασφαλιστεί συμμόρφωση με την υποχρέωση τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

Πριν από οποιονδήποτε τέτοιον αποκλεισμό, ενημερώνεται η Επιτροπή Ανταγωνισμού, αρμόδια για την εφαρμογή του ν. 3959/2011 και η Αρχή και παρέχεται η ευκαιρία στους υποψηφίους ή τους προσφέροντες να αποδείξουν ότι η συμμετοχή τους στην προετοιμασία της διαδικασίας σύναψης σύμβασης δεν είναι δυνατόν να προκαλέσει στρέβλωση του ανταγωνισμού. Τα έγγραφα και στοιχεία που υποβάλλονται από τους υποψήφιους ή τους προσφέροντες προς απόδειξη αυτού, καταγράφονται και τίθενται υπόψη της Επιτροπής Ανταγωνισμού και της Αρχής με μέριμνα του αναθέτοντος φορέα.

Τα μέτρα που λαμβάνονται καταγράφονται στην ειδική έκθεση που απαιτείται δυνάμει του άρθρου 341».

74. Επειδή, επομένως, η σύγκρουση συμφερόντων αφορά την λόγω συγκεκριμένης ιδιότητας «ελεγκτή» και «ελεγχόμενου» δυνητική νόθευση της διαδικασίας ανάθεσης κατά παράβαση της αρχής της αμεροληψίας και ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ή την νόθευση του ανταγωνισμού συνεπεία εμπλοκής υποψήφιου σε στάδιο προπαρασκευαστικό της υπό κρίση ανάθεσης. Έχει, δε, κριθεί ότι η έννοια της συμμετοχής οικονομικού φορέα σε «προπαρασκευαστικές εργασίες» συνδέεται με την πρόσβασή του στη συγγραφή υποχρεώσεων, δηλαδή, την ουσιαστική υλοποίηση και τις τεχνικές προδιαγραφές του δημόσιου διαγωνισμού στον οποίο στη συνέχεια συμμετέχει (βλ. Τ-403/12, Intrasoft International SA κ. Επιτροπής, απόφ. της 13ης Οκτωβρίου 2015, σκ. 84). Σε κάθε περίπτωση, το πρόσωπο έχον πραγματοποιήσει ορισμένες προπαρασκευαστικές εργασίες, δεν βρίσκεται κατ' ανάγκη, προκειμένου περί της συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία στην ίδια κατάσταση με πρόσωπο που δεν πραγματοποίησε τέτοιες εργασίες Μία τέτοια, δε, κατάσταση μπορεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό μεταξύ των

υποβαλλόντων προσφορά (βλ. ΔΕΕ της 3/3/2015, C-21 και 34/03 (Fabricom), σκ. 28-31).

75. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι οι αναθέτουσες αρχές είναι αρμόδιες να εξακριβώνουν την ύπαρξη ενδεχόμενων περιπτώσεων συγκρούσεων συμφερόντων και να λαμβάνουν τα ενδεδειγμένα μέτρα για την πρόληψη, τον εντοπισμό και την αντιμετώπιση των περιπτώσεων αυτών (ΔΕΕ της 12/3/2015, eVigilo, C-538/13, σκ. 44). Επομένως, εάν η αναθέτουσα αρχή λάβει γνώση αντικειμενικών στοιχείων που δημιουργούν αμφιβολίες ως προς τον αυτοτελή και ανεξάρτητο χαρακτήρα μιας προσφοράς υποχρεούται να εξετάσει όλες τις κρίσιμες περιστάσεις υπό τις οποίες έλαβε χώρα η υποβολή της επίμαχης προσφοράς ώστε να προληφθούν, να εντοπιστούν και αντιμετωπιστούν τα στοιχεία που είναι ικανά να πλήξουν την διαδικασία ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένης εφόσον κριθεί αναγκαίο, της δυνατότητας να ζητηθεί από τους εμπλεκόμενους να προσκομίσουν ορισμένα πληροφοριακά και αποδεικτικά μέσα (ΔΕΕ της 17/5/2018, C-531/16 (Sepecializuotas transortas), σκ. 32-33).

76. Επειδή έχει κριθεί ότι είναι θεμιτός ο αποκλεισμός προσφέροντος μόνο εφόσον η σύγκρουση συμφερόντων που μνημονεύεται είναι πραγματική και όχι υποθετική, άλλως ότι κίνδυνος σύγκρουσης συμφερόντων δεν αρκεί για τον αποκλεισμό προσφοράς. Δεδομένου, δε, ότι κατά την εκτέλεση θα μπορεί να συγκεκριμενοποιηθεί η σύγκρουση συμφερόντων, ο κίνδυνος θα πρέπει να είναι διαπιστωμένος, κατόπιν συγκεκριμένης αξιολόγησης της προσφοράς και της καταστάσεως του προσφέροντος, ώστε να είναι δυνατόν ο τελευταίος να αποκλειστεί από τη διαδικασία. Θα πρέπει, δηλαδή, ο κίνδυνος σύγκρουσης συμφερόντων να λαμβάνεται υπόψη μόνο εφόσον υφίστανται συγκεκριμένες περιστάσεις που εμποδίζουν τον προσφέροντα να αποφύγει τον κίνδυνο μεροληπτικής στάσεως κατά την εκτέλεση του μεγαλύτερου μέρους των εμπιπτουσών στην υπό εξέταση σύμβαση δράσεων (βλ. Γ.Δ. 18.4.2007 T-195/05, Deloitte Business Advisory κατά Επιτροπής, σκ. 67-68).

77. Επειδή στην υπόθεση Assitur Srl vs Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (ΔΕΕ της 19/5/2009, C-538/07) κρίθηκε ότι ήταν μη νόμιμος ο αποκλεισμός συνδεδεμένων επιχειρήσεων χωρίς να έχει διατυπωθεί επεξήγηση βάσει της εθνικής νομοθεσίας που

επεξέτεινε τους λόγους αποκλεισμού και σε αυτή την περίπτωση, με αποτέλεσμα να καθίσταται αυτή καθεαυτή η σύνδεση επιχειρήσεων αμάχητο τεκμήριο αθεμίτου επηρεασμού της συμπεριφοράς των υποψηφίων στον διαγωνισμό και άρα αυτόματος λόγος αποκλεισμού αυτών.

Με την απόφαση κρίθηκε ότι, για να είναι νόμιμος ο αποκλεισμός, θα πρέπει να παρέχεται στους υποψηφίους η πραγματική δυνατότητα και η ευκαιρία να αποδείξουν ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση η σύνδεσή τους δεν επηρέασε τη συμπεριφορά τους στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, άλλως παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας. Η απόφαση είναι ιδιαίτερα σημαντική, αφού μέσω της αρχής της αναλογικότητας οδηγήθηκε στην κρίση περί μη εφαρμογής μίας διάταξης αποκλεισμού σε περιπτώσεις, στις οποίες ο αποκλεισμός δεν δικαιολογείται επαρκώς και δεν αποδεικνύεται ότι πράγματι επηρεάστηκε αθεμίτως η συμπεριφορά των υποψηφίων.

Από τις ανωτέρω ιδιαίτερα αξιόλογες και χαρακτηριστικές δικαιοδοτικές κρίσεις συνάγεται σαφώς ότι το δημόσιο συμφέρον εξυπηρετείται πραγματικά, μόνον όταν οι διατάξεις περί αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις ερμηνεύονται και εφαρμόζονται κατά τρόπο ουσιαστικό και μη φορμαλιστικό, διασφαλίζοντας τη συμμετοχή του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού υποψηφίων στις διαγωνιστικές διαδικασίες και παρέχοντας σε αυτούς στην πράξη την ευκαιρία να διαγωνισθούν για την παροχή των βέλτιστων ποιοτικά και κοστολογικά υπηρεσιών, προμηθειών ή έργων (βλ. ΑΠ Σπυρίδωνος, Δημόσιο Συμφέρον και λόγοι αποκλεισμού υποψηφίων στις δημόσιες συμβάσεις, ΘΠΔΔ 6/2017, σε. 537 επ.).

78. Επειδή, επομένως, δεν απορρέει από την αρχή της διαφάνειας «απόλυτη» γενική και ανεπίδεκτη εξαιρέσεων υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αποκλείει διαγωνιζομένους που βρίσκονται σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, αλλά απαιτείται η διενέργεια σχετικής εξέτασης των απαιτούμενων στοιχείων υπό το «φως» της αρχής της αναλογικότητας κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα και τήρηση συγκεκριμένης διαδικασίας, προκειμένου η απόρριψη της οικείας προσφοράς να αποτελεί την έσχατη επιλογή της αναθέτουσας αρχής (βλ. «Συγκρούσεις συμφερόντων», συνεργάτιδα οικείου κεφαλαίου Χάιδω Ευαγγελίου, Παρέδρου ΣτΕ, *Δημόσιες Συμβάσεις, Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή,*

Επιμέλεια : Ευαγγελία – Ελισάβετ Κουλουμπίνη, Σύμβουλος Ελεγκτικού Συνεδρίου, Ηλίας Μάζος, Σύμβουλος Επικρατείας, Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος Κλιμακίου ΑΕΠΠ, Εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, 2019, σελ. 122-139).

79. Επειδή, τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται την εφαρμογή στην διοικητική δίκη του βάρους απόδειξης από αντικειμενική άποψη (βάρος απόδειξης «υπό αντικειμενική έννοια»), δοθέντος ότι η εφαρμογή του έχει πάντοτε ως αφετηρία τη λειτουργία του κανόνα δικαίου. Το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως δίνει διέξοδο όταν, παρά τη διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας, παραμένουν αμφιβολίες ως προς την αλήθεια των πραγματικών περιστατικών, και συνεπώς κάποιος από τους διαδίκους πρέπει να φέρει τον κίνδυνο του non liquet, δηλαδή του γνωστικού αδιεξόδου του δικαστή. Δεδομένου, δε, ότι δικαστής (ο εφαρμοστής του δικαίου) δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την έκδοση απόφασης, η δικαστική του διάγνωση στηρίζεται τότε στους κανόνες του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, εκδίδει δηλ. μια απόφαση σύμφωνα με το βάρος αποδείξεως (Beweislastentcheidung). Οπότε η περίπτωση του *non liquet* εξομοιώνεται κατά πλάσμα δικαίου με την περίπτωση της μη αποδείξεως του ισχυρισμού (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Τα γνωσιολογικά θεμέλια της απόφασης του διοικητικού δικαστή», «Διοικητική Δίκη», τόμος ΙΖ’, τεύχος 3ο,2015, Εκδόσεις Σάκκουλας, σελ. 583 επ.). Το βάρος, επομένως, της απόδειξης των ισχυρισμών του φέρει ο κατά περίπτωση προσφεύγων.

80. Επειδή, επομένως, υφίσταται υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να ερευνήσει το ζήτημα της σύγκρουσης συμφερόντων, εφόσον παρουσιάζονται στοιχεία ικανά με βάση την κείμενη νομοθεσία να δημιουργήσουν αμφιβολίες ως προς την νόθευση του ανταγωνισμού κατά τη διαγωνιστική διαδικασία. Εν προκειμένω, όμως, ο λόγος ως προβάλλεται, δημιουργεί σύγχυση μεταξύ της ενδεχόμενης καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος κατά την εκτέλεση της σύμβασης, άλλως μεταξύ της ενδεχομένως πλημμελούς άσκησης των καθηκόντων του αναφερθέντος προσώπου, σε βάρος του δημοσίου συμφέροντος και του πραγματικού του άρθρου 24 ή 262 του Ν. 4412/2016 ή/και καθ ερμηνείαν και του αντίστοιχου άρθρου 280, που εστιάζουν στην παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης κατά το στάδιο ανάθεσης της σύμβασης. Συνακόλουθα, δεν παρέχονται

στοιχεία και δεν παρουσιάζονται εναργώς τα συγκεκριμένα στοιχεία της σύγκρουσης σε συνάρτηση με την κατάρτιση της οικείας προσφοράς, καταδεικνύοντας ότι η περιγραφόμενη κατάσταση ως σύγκρουση συμφερόντων παρέχει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στον συγκεκριμένο υποψήφιο. Επομένως, ο συγκεκριμένος λόγος απορρίπτεται ως αόριστος, αναπόδεικτος κι επομένως απαράδεκτος. Εξάλλου, ως προελέχθη, ακόμη και εάν υφίσταντο στοιχεία σύγκρουσης συμφερόντων, δεν δημιουργούν απόλυτη υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να αποκλείει συστηματικώς όσους προσφέροντες τελούν σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, το δε διότι ο κίνδυνος σύγκρουσης συμφερόντων πρέπει να διαπιστώνεται κατόπιν in concreto εκτίμησης του πραγματικού εκάστης περίπτωσης, ήτοι πρέπει να εξετάζεται αν λόγω της κατάστασης αυτής τίθενται, στην προκειμένη κάθε φορά περίπτωση, σε κίνδυνο οι αρχές της αμεροληψίας της διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης (πρβλ. πράξεις 617,618/2018 Ε Κλιμακίου Ελ.Συν, βλ. απόφαση 1042/2019 ΕλΣυν VI Τμήμα, υπ' αυτή την έννοια προμνησθείσα C 21/03 και C 34/03, σκ. 32-36· της 19ης.5.2009, Assitur, C 538/07, σκ. 26-30, και της 18ης.4.2007, Deloitte Business Advisory κατά Επιτροπής, T 195/05, σκ. 67). Επισημαίνεται, έτι περαιτέρω, ότι, ορθώς κατά τα ανωτέρω, δεν έχει δηλωθεί άλλως γνωστοποιηθεί οτιδήποτε σχετικό στο ΤΕΥΔ της πρώτης προσφεύγουσας (βλ. κατ' αντιδιαστολή ΑΕΠΠ 365/2018), ενώ, σε κάθε περίπτωση, η προμήθεια ανταλλακτικών, που επικαλείται η δεύτερη προσφεύγουσα δεν κατακυρώθηκε από τον αναθέτοντα φορέα.

81. Επειδή, περαιτέρω, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι έχει υποβαθμολογηθεί η προσφορά της, επί τη βάσει της μη συγκεκριμένης αναφοράς ποσότητας ανθρωπομηνών, καθώς κατά τη δική της εκτίμηση δεν θα μπορούσε οποιαδήποτε δηλωθείσα προσέγγιση να ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα.

82. Επειδή, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι κατέστη αλυσιτελής ο εν θέματι λόγος, δεδομένης της κρίσης του κλιμακίου επί αντίστοιχου λόγου αφορώντος την προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας, όλως επικουρικώς και εάν ήθελε υποτεθεί ότι δεν είχε βάσιμος ο σχετικός λόγος της πρώτης προσφυγής (βλ. σκ. 64), δέον ειπείν τα κάτωθι.

83. Επειδή, όπως έχει κριθεί, θα πρέπει να παρατίθενται τα στοιχεία που έλαβε υπόψη της η αναθέτουσα αρχή και τα οποία δικαιολογούν, για κάθε συγκεκριμένο κριτήριο αξιολόγησης που τίθεται από τη διακήρυξη, την ποιοτική και ποσοτική υπεροχή της προσφοράς του αναδόχου συγκριτικά με τις προσφορές των λοιπών διαγωνιζόμενων. Σε κάθε περίπτωση, τα ως άνω στοιχεία θα πρέπει τουλάχιστον να προκύπτουν με σαφήνεια από τα λοιπά στοιχεία του φακέλου (πρακτικά εισηγήσεις, γνωμοδοτήσεις, κ.λ.π). Η εν λόγω ειδική κρίση της αναθέτουσας αρχής δεν δύναται να αναπληρωθεί από την παρεχόμενη βαθμολογία στα κριτήρια αξιολόγησης της προσφοράς, καθόσον η αναφορά συγκεκριμένων στοιχείων που δικαιολογούν τη δοθείσα ανά κριτήριο βαθμολογία, πέραν του ότι επιβάλλεται για λόγους διαφάνειας, είναι αναγκαία τόσο για την υποβολή αντιρρήσεων από τους λοιπούς διαγωνιζόμενους, όσο κυρίως για το δικαστικό έλεγχο της κρίσης της αναθέτουσας αρχής (ΕΑ ΣτΕ 1080/2006, 305/2006, ΣτΕ 1292/2005 κ.α., πρβλ. ΕλΣυν. VII Τμ. 41/2008, βλ., όμως και αντιθ. Πρ. VI Τμ. 13/2008, σύμφωνα με την οποία η δοθείσα βαθμολογία σε καθένα από τα κριτήρια χωρίς ειδική αιτιολογία καθιστά αιτιολογημένο το οικείο πρακτικό στο μέτρο που τα στοιχεία τα οποία συνθέτουν τα προς αξιολόγηση κριτήρια περιγράφονται λεπτομερώς στη διακήρυξη και προκύπτουν από το φάκελο των οικείων προσφορών που υπέβαλαν οι διαγωνιζόμενοι) εν προκειμένω, δε, της κρίσης της αναθέτουσας αρχής από την Α.Ε.Π.Π. αν η προσφορά του διαγωνιζομένου έχει βαθμολογηθεί σε επί μέρους στοιχείο με βαθμό κατώτερο του 100 χωρίς ειδικότερη αιτιολογία και ο διαγωνιζόμενος ισχυρισθεί, με την προσφυγή του, ότι η προσφορά του, στο στοιχείο αυτό, καλύπτει ακριβώς ή και υπερκαλύπτει τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές, η Διοίκηση δε μπορεί να απορρίψει σιωπηρά τον ισχυρισμό αυτό, αλλά θα πρέπει να αναφέρει τους λόγους, για τους οποίους η εν λόγω προσφορά δεν καλύπτει ακριβώς τις προδιαγραφές αυτές, άλλως η σιωπηρή απόρριψη της προσφυγής κατά το μέρος αυτό είναι αναιτιολόγητη (βλ. ΣτΕ 701/2011, 498/2009). Και στην ανωτέρω όμως περίπτωση, δηλαδή της βαθμολόγησης επιμέρους κριτηρίου της τεχνικής προσφοράς με βαθμό ανώτερο ή κατώτερο του 100, η τεχνική εκτίμηση των αρμοδίων διοικητικών οργάνων ως προς την προσήκουσα βαθμολόγηση είναι ανέλεγκτη ακυρωτικώς και απαραδέκτως

πλήττεται ευθέως ενώπιον της Επιτροπής Αναστολών ή της Α.Ε.Π.Π. (ΕΑ ΣτΕ 946/2007, 1080/2006). Εξάλλου, αν ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος έχει βαθμολογηθεί σε ορισμένο κριτήριο με 100 χωρίς αιτιολογία, ισχυρίζεται με την προδικαστική προσφυγή του ότι η προσφορά του, ως προς το κριτήριο αυτό, υπερκαλύπτει τις οριζόμενες προδιαγραφές, οπότε έπρεπε να λάβει βαθμό ανώτερο του 100 και μέχρι τον επιτρεπόμενο ανώτατο, δεν αρκεί να διαμαρτυρηθεί απλώς κατά της βαθμολόγησής του αυτής, αλλά πρέπει να προβάλει ειδικούς ισχυρισμούς, να αναφέρει δηλαδή τους λόγους για τους οποίους, κατά την άποψή του, η προσφορά του υπερκαλύπτει, ως προς το εν λόγω κριτήριο, τις τασσόμενες προδιαγραφές, αλλιώς η απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, κατά το μέρος αυτό, δε χρειάζεται ειδικότερη αιτιολογία. Σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος προβάλει τέτοιους ειδικούς ισχυρισμούς, η Διοίκηση είναι υποχρεωμένη να απαντήσει αιτιολογημένα, με αναφορά στα στοιχεία των φακέλων των τεχνικών προσφορών και με παράθεση των λόγων για τους οποίους η προσφορά δεν υπερκαλύπτει τις προδιαγραφές, αλλιώς η απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής είναι, κατά το μέρος αυτό, αναιτιολόγητη. Όμοια αιτιολογία απαιτείται και όταν με την προσφυγή προβληθούν συγκεκριμένες αιτιάσεις κατά της βαθμολόγησης της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου (ΣτΕ 118/2009), έτσι ώστε να προκύπτει ανελέγκτως ότι κατά τις απαιτούμενες συγκρίσεις μεταξύ των προσφορών, στις οποίες δεν κωλύονται να προβαίνουν τα όργανα του διαγωνισμού, εξασφαλίσθηκε η τήρηση του επιβαλλόμενου ενόψει της αρχής της ισότητας ενιαίου μέτρου κρίσης των προσφορών, ανταποκρινόμενου στο επίπεδο των διαγωνιζομένων και ότι, κατ` αυτόν τον τρόπο, κατέστη εφικτή η κατά το δυνατόν ακριβοδίκαιη βαθμολόγησή τους (βλ. ΣτΕ 2662/2004). Επίσης, έχει κριθεί, ότι η βαθμολόγηση από την Επιτροπή Διαγωνισμού επί μέρους στοιχείου της τεχνικής προσφοράς διαγωνιζόμενου με βαθμό 100, η κρίση δηλαδή ότι η τεχνική προσφορά ως προς το κριτήριο αυτό καλύπτει τις απαιτούμενες προδιαγραφές, δε χρειάζεται ειδικότερη αιτιολόγηση. Αντίθετα, η βαθμολόγηση κριτηρίου με βαθμό κατώτερο του 100 (80-99) πρέπει να είναι αιτιολογημένη, πρέπει να προσδιορίζονται δηλαδή στο οικείο πρακτικό οι προδιαγραφές, από τις οποίες εμφανίζεται απόκλιση και να επεξηγείται σε τι

συνίσταται η απόκλιση αυτή. Ομοίως, με αναφορά στα στοιχεία από τα οποία προκύπτει ότι η προσφορά του διαγωνιζόμενου υπερκαλύπτει και κατά τι τις τασσόμενες από τη διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές, πρέπει να αιτιολογείται η βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς σε ορισμένο κριτήριο με βαθμολογία ανώτερη του 100. Η απλή αριθμητική παράθεση μόνο βαθμών στα παραπάνω κριτήρια δεν συνιστά ειδική κρίση, ούτε αρκεί για την αιτιολόγηση της αξιολόγησης των προσφορών, καθόσον άνευ αναλυτικής λεκτικής αποτύπωσης αυτής, έστω και συνοπτικά, δυσχεραίνεται ο κατά τα ανωτέρω έλεγχος του αιτιολογημένου της σχετικής κρίσης. Σε διαφορετική περίπτωση, καθίσταται πλημμελής η κατά τα ανωτέρω αξιολόγηση και βαθμολόγηση, επιφέροντας ακυρότητα της ακολουθηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. Ε.Σ. VI Τμ. 2642, 1907/2013, 2508/2009, πρβλ. Ε.Σ. Τμ. Μείζ. - Επταμ. Σύνθ. 854/2017, VI Τμ. 1595/2018, 261/2017, 1957/2014, 3067, 929/2013, 2452, 1499/2012, 262/2011, 2508/2009, 168/2008, 253/2007, ΣτΕ 2321, 118/2009).

84. Επειδή, εν προκειμένω, ως προς το κριτήριο Κ.1.2. όπου περιγράφεται ως εξής «Μεθοδολογική Προσέγγιση Υλοποίησης, Παροχής των Υπηρεσιών και περιγραφή του εύρους των εργασιών πιστοποίησης», η μεν πρώτη προσφεύγουσα βαθμολογείται με 95 βαθμούς και η δεύτερη προσφεύγουσα με 85. Η αρμόδια Επιτροπή δικαιολογεί, δε, την εν θέματι διαφορά στην βαθμολόγηση κατά τα κατωτέρω αναφερθέντα «Η διαφορά στη βαθμολόγηση του κριτηρίου Κ1.2 προκύπτει από το γεγονός ότι η …….έχει περιγράψει με μεγαλύτερη σαφήνεια την ποσότητα των ανθρωποημερών που θα απαιτηθούν για τις ανάγκες του έργου, ενώ η περιγραφή της ……..δεν ήταν τόσο συγκεκριμένη».

85. Επειδή, η ποσοτική αποτύπωση του απαιτούμενου ανθρωποχρόνου είναι καταρχάς στοιχείο που αποδεικνύει την βέλτιστη αντίληψη των απαιτήσεων εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης, ενώ κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας ανάγεται σε σημαντικό στοιχείο της μεθοδολογικής προσέγγισης υλοποίησης, παρέχοντας, δευτερευόντως και τη δυνατότητα ασφαλούς εκτίμησης των δεσμεύσεων όλων των επιμέρους μερών (υπεργολάβων, μελών της ομάδας έργου, κλπ) και της ακριβούς

οικονομικής εκτίμησης του αντικειμένου της σύμβασης με σκοπό την αποφυγή διακινδύνευσης υλοποίησης αυτού.

86. Επειδή, ως προκύπτει από την επισκόπηση του αρχείου «Τεχνική Περιγραφή» της προσφοράς της δεύτερης προσφεύγουσας δεν υφίσταται ρητή αναφορά συγκεκριμένη κατά ανθρωποημέρες όσον αφορά τις δηλωθείσες εργασίες ενώ η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί αποδίδοντας την έλλειψη συγκεκριμένης αναφοράς σε αντικειμενική αδυναμία προς τούτο. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη και τα προβλεπόμενα στο άρθρο 367 του Ν. 4412/2016, ο συγκεκριμένος προβαλλόμενος λόγος απορρίπτεται ως αβάσιμος.

87. Επειδή, επίσης, η δεύτερη προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι έχει υποεκτιμηθεί από την πρώτη προσφεύγουσα ο χρόνος παρουσίας επιθεωρητών στα εργοστάσια κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στον οικείο λόγο. Ωστόσο, πέραν του γεγονότος ότι παρίσταται αντιφατικός ο συγκεκριμένος λόγος, λαμβάνοντας υπόψη την ανωτέρω παραδοχή περί μη δυνατότητας υπολογισμού του κατά περίπτωση ανθρωποχρόνου, ο συγκεκριμένος λόγος λαμβάνοντας υπόψη τα υπό σκέψη 50 αναφερθέντα και το γεγονός ότι η δεύτερη προσφεύγουσα δεν παρέχει συγκεκριμένο ανθρωποχρόνο εργασιών, άρα και συγκεκριμένο ανθρωποχρόνο παρουσίας επιθεωρητών, προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος κι επομένως, απαραδέκτως.

88. Επειδή, άλλως και όλως επικουρικώς λαμβάνοντας υπόψη της ανάγκης υποστήριξης μετ΄ αποδείξεων των προβαλλόμενων από την εκάστοτε προσφεύγουσα λόγων, τα παραδείγματα που παρέχει εν προκειμένω η προσφεύγουσα παρέχουν περισσότερο πεδίο δυνητικής αμφισβήτησης της ορθής αποτύπωσης του χρόνου παρουσίας των επιθεωρητών παρά απόδειξη της υποεκτίμησης αυτού. Επομένως, ο συγκεκριμένος λόγος προβάλλεται, επίσης, και αναποδείκτως, αορίστως κι επομένως, απαραδέκτως.

89. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή

των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά https://www.prevedourou.gr). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάσει των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Σε κάθε περίπτωση δε, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι

τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Τάχος. Ερμηνεία Κ. Δ. Δ. Εκδόσεις Σάκκουλα)».

90. Επειδή, έτι επικουρικότερα, ο αναθέτων φορέας αναφέρει συνοπτικά με τις απόψεις του ότι παρέχονται 200 ανθρωποημέρες παρουσίας επιθεωρητή, ποσότητα η οποία κρίνεται ικανοποιητική σε σύμβαση διάρκειας 2 ετών, που ισοδυναμεί με παρουσία επιθεωρητή κατά το 1/3 του χρόνου εκτέλεσης των εργασιών, ήτοι με νόμιμη και επαρκή αιτιολογία δικαιολογείται η αξιολόγηση από την πλευρά του αναθέτοντος φορέα. Εξάλλου, με βάση το άρθρο 2.2.3. «βαθμολόγηση προσφορών» που αναφέρει «*Η βαθμολόγηση κάθε κριτηρίου αξιολόγησης κυμαίνεται από 100 βαθμούς στην περίπτωση που ικανοποιούνται ακριβώς όλοι οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών,..[..]»* σε συνδυασμό με το βαθμό 95 που αποδίδεται στην πρώτη προσφεύγουσα στο συγκεκριμένο κριτήριο, τεκμαίρεται ότι δεν κρίνεται η προσφορά της στο συγκεκριμένο κριτήριο ως πλήρως πληρούσα τις απαιτήσεις της διακήρυξης, η, δε, δεύτερη προσφεύγουσα δεν επικαλείται συγκεκριμένους λόγους που – ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι όντως προσφέρει λιγότερο του απαιτούμενου χρόνου παρουσίας των επιθεωρητών στα εργοστάσια – η συγκεκριμένη υποεκτίμηση λαμβάνοντας υπόψη και τα λοιπά συνεξεταζόμενα και βαθμολογούμενα στοιχεία του συγκεκριμένου κριτηρίου, συνηγορούν στο ότι είναι υπερβολικά υψηλή η δοθείσα βαθμολογία, δεδομένου ότι κατά πάγια νομολογία το βάρος αποδείξεως το φέρει κατά γενική δικονομική αρχή εκείνος που επικαλείται τη συνδρομή των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν τον κατά περίπτωση λόγο αποκλεισμού (βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2770/2015 και άρθρο 367 του Ν. 4412/2016).

91. Επειδή, γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

92. Επειδή, κατ΄ ακολουθίαν, η κρινόμενη πρώτη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και η δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή να απορριφθεί.

93. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο του κατέθεσε η πρώτη προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί και το παράβολο που κατέθεσε η δεύτερη προσφεύγουσα να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει τη δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που με αυτήν έγινε δεκτή η προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας κατά τα ανωτέρω.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η πρώτη προσφεύγουσα και την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε η δεύτερη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 2^{α} Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε την 23 Δεκεμβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος	**Η Γραμματέας**
Ευαγγελία Μιχολίτση	**Φωτεινή Μαραντίδου**

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^{Ο} ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 4 Σεπτεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση:Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.7.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 995/28.7.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα, ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «....», που εδρεύει στη …., επί της οδού …., αρ. …, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου .... και δη κατά της με αρ. 561/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ως άνω αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το από 3.6.2020 πρακτικό για την αξιολόγηση των αιτιολογήσεων που υποβλήθηκαν λόγω των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών για το έργο: ΑΣΦΑΛΤΟΣΤΡΩΣΕΙΣ ΔΗΜΟΥ .... και το από 7.1.2020 1^{ο} πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, στο πλαίσιο του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. πρωτ. .... και ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ .... 2019-11-27 διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου του έργου με αντικείμενο «Ασφαλτοστρώσεις Δήμου ....», εκτιμώμενου προϋπολογισμού ύψους 5.999.060,91€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για τους ειδικότερους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «....» και το διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στις ...., νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 7.8.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό

τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της, επί σκοπώ διατήρησης της προσβαλλόμενης πράξης και απόρριψης της προκείμενης προσφυγής.

Της παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «....», που εδρεύει στις ...., νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 7.8.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της, επί σκοπώ διατήρησης της προσβαλλόμενης πράξης και απόρριψης της προκείμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Μανδράκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την ως άνω διακήρυξη, ο Δήμος .... προκήρυξε ανοικτό, κάτω των ορίων ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης του έργου «Ασφαλτοστρώσεις Δήμου ....» εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 5.999.060,91€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Το κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 27.11.2019 με ΑΔΑΜ: .... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 29.11.2019, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ..... Στο πλαίσιο του διαγωνισμού αυτού, έλαβαν μέρος οι ακόλουθοι υποψήφιοι, κατά σειρά μειοδοσίας: (α) η ήδη παρεμβαίνουσα εταιρία .... με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 70,15%, (β) η ήδη παρεμβαίνουσα ένωση «....» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 67,85%, (γ) η εταιρεία .... με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 58,03%, (δ) η προσφεύγουσα εταιρεία «....» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 51,00%, (ε) η ένωση «....» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 47,73% και (στ) η .... με προσφερόμενο ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 41,58%. Η Επιτροπή Διαγωνισμού διά του με αριθμ. 1ου Πρακτικού της, εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της τρίτης κατά σειρά μειοδοσίας, ... και την κατακύρωση του έργου στην .... και δυνάμει της υπ' αριθμ. 29/2020

απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...., αποφασίσθηκε η παροχή εξηγήσεων εκ μέρους των υποψηφίων, σε σχέση με το ύψος των προσφορών τους (αιτιολόγηση προσφορών), ζητήθηκε δε από την Επιτροπή Διαγωνισμού να γνωμοδοτήσει ακολούθως επί των διευκρινήσεων και δικαιολογητικών αιτιολόγησης των συμμετεχουσών εργοληπτικών επιχειρήσεων και να εισηγηθεί εκ νέου στην Οικονομική Επιτροπή για τη λήψη σχετικής απόφασης κατακυρώσεως. Εν συνεχεία, η Επιτροπή αξιολόγησης διά του από 3.6.2020 πρακτικού της αποφάνθηκε επί της αιτιολογήσεως των προσφορών της εταιρίας ...., της ενώσεως .... και της συμμετέχουσας εταιρείας ...., μεταξύ των οποίων αναφέρονται τα εξής: «Σύμφωνα με το άρθρο 88 παρ. 2 και 3 καθώς και με τις διευκρινίσεις της Εγκύκλιου 9/25-4-2017 του Υπουργείου Υποδομών η Επιτροπή κρίνει ότι και οι τρεις αιτιολογήσεις οικονομικών προσφορών των οικονομικών φορέων, όπως αναφέρονται παραπάνω, καθώς και τα παρεχόμενα αυτών, εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το επίπεδο της τιμής που προσέφεραν. Από τον έλεγχο προσφορών κατακύρωσης συναφών με το εξεταζόμενο έργο (ασφαλτοστρώσεις) που έχει υλοποιήσει ο Δήμος .... κατά το χρονικό διάστημα από το έτος 2011 έως το έτος 2018, διαπιστώθηκε ότι τα ποσοστά έκπτωσης των Ανάδοχων κυμαίνονται στα ίδια επίπεδα (από 64,01% έως 71,78%) με το ποσοστό του προσωρινού Αναδόχου που ανέρχεται σε 70,15%.». Κατ΄αποδοχήν του ως άνω πρακτικού καθώς και του από 7.1.2020 1^{ου} πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού εξεδόθη η (προσβαλλόμενη) υπ' αριθμ. 561/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...., δυνάμει της οποίας ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότρια της επίμαχης σύμβασης η .... Την ακύρωση της ως άνω πράξεως και τον αποκλεισμό της αναδειχθείσας προσωρινής μειοδότριας και ήδη παρεμβαίνουσας εταιρίας, καθώς και της δεύτερης κατά σειρά μειοδοσίας αναδειχθείσας ένωσης εταιριών επιδιώκει η προσφεύγουσα με την από 27.7.2020 υπό εξέταση προσφυγή της, επί τω τέλει όπως κατακυρωθεί η υπό ανάθεση σύμβαση στην ίδια.

2. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύτηκε το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης

με κωδικό ...., εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 15.000,00€, που αποτελεί και το κατά νόμον ανώτατο ποσό παραβόλου, δεδομένου ότι υπολογίζεται επί ποσοστού 0,5% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της προς ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του κύριου αντικειμένου του (έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της υπόψη σύμβασης, καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία ανάρτησης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς και του Ν. 4412/2016 (αρ. 6 παρ. 1, 61 παρ. 1 Ν. 4412/2016). Συνακόλουθα, η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ως άνω νόμου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ΄ της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, ως ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος ....), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α΄ του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α΄ του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες, στις 16.7.2020, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 27.7.2020, ήτοι εντός της προβλεπομένης στις ως άνω διατάξεις δεκαήμερη προθεσμία για την άσκησή της, δοθέντος ότι η καταληκτική της προθεσμίας ημερομηνία (Κυριακή) συνέπιπτε με ημέρα εξαιρετέα και συνεπώς νομίμως παρεκτείνεται (η προθεσμία) μέχρι την επόμενη εργάσιμη. Προσέτι, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτώς ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρ. 362 παρ. 2 Ν. 442/2016 και 8 παρ. 2, Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017).

5. Επειδή, η προσφεύγουσα εργοληπτική εταιρεία που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, κατετάγη τρίτη κατά σειρά

μειδοσίας, επικαλείται ότι μη νομίμως κατά πρώτον έγιναν δεκτές διά της προσβαλλομένης απόφασης οι προσφορές των οικονομικών φορέων που προηγούνται αυτής στη σειρά μειοδοσίας και κατά δεύτερον απεφασίσθη η ανάδειξη της συμμετέχουσας εταιρείας .... ως προσωρινή ανάδοχος, καθώς όχι μόνο οι προσφορές τους είναι ασυνήθιστα χαμηλές κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 88 του Ν.4412/2016, αλλά και οι δοθείσες από τις ανωτέρω συμμετέχουσες διευκρινήσεις δεν έπρεπε να κριθούν επαρκείς από την αναθέτουσα αρχή και μάλιστα δίχως νόμιμη και επαρκή αιτιολογία της προσβαλλομένης σχετικής απόφασης της, αιτείται κατά συνέπεια τούτων και διά της προσφυγής της, την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς, κατά τους ισχυρισμούς της, μόνη αποδεκτή οικονομική προσφορά στο πλαίσιο του ως άνω διαγωνισμού θα έπρεπε να έχει γίνει η δική της και επομένως η ίδια να ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος της επίμαχης σύμβασης. Περαιτέρω, η συμμετέχουσα εταιρεία .... εν γένει νομοτύπως και εμπροθέσμως ασκεί την από 7.8.2020 Παρέμβασή της, κατόπιν της από 29.7.2020 κοινοποίησης της προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, και δη μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος με την προσβαλλόμενη απόφαση, επιδιώκοντας την απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης. Ομοίως, μετ΄ εννόμου συμφέροντος, παραδεκτώς και εμπροθέσμως ασκεί την από 7.8.2020 Παρέμβασή της η δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας αναδειχθείσα συμμετέχουσα ένωση εταιρειών ....». Επέκεινα, η αναθέτουσα αρχή διά του με αριθμ. πρωτ.68094/6.8.2020 εγγράφου της αποστέλλει τις απόψεις της, κατ΄ επιτρεπτή δε συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλομένης απόφασης της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα διά της προσφυγής της ισχυρίζεται ειδικότερα ότι οι δύο πρώτες προσφορές των ήδη παρεμβαινουσών ετιαρειών είναι αποκλειστέες ως ζημιογόνες, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 88

του Ν. 4412/2016 αλλά και το κανονιστικό περιεχόμενο της οικείας διακήρυξης. Εν προκειμένω δε, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι οι συνδιαγωνιζόμενοι της δεν παρείχαν ικανοποιητικές εξηγήσεις και συνεπώς η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να απορρίψει τις προσφορές τους. Επέκεινα σύμφωνα και με τη νομολογία του ΔΕΕ η αναθέτουσα αρχή διατηρεί διακριτική ευχέρεια ως προς την αποδοχή ή μη της διαπιστωθείσας μη τεκμηριωμένης ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, ωστόσο η εν λόγω διακριτική ευχέρεια ελέγχεται ως προς την αιτιολογία της και την μη υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας, η δε απόφαση τούτη πρέπει να ερείδεται αφενός στη φερεννυότητα της προσφοράς και αφετέρου στην ανάπτυξη υγιούς, πραγματικού και αποτελεσματικού αντανωνισμού. Περαιτέρω, από τη νομολογία του ΔΕΕ προκύπτει εναργώς ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή πρώτον, να εντοπίσει τις «ύποπτες» προσφορές, όπως έπραξε εν προκειμένω, δεύτερον, να παράσχει στις ενδιαφερόμενες συμμετέχουσες επιχειρήσεις τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα και φερεγγυότητα των προσφορών τους, ζητώντας τους σχετική αιτιολόγηση και τις διευκρινίσεις τις οποίες εν προκειμένω κρίνει σκόπιμες, όπως επίσης έπραξε, τρίτον, να αξιολογήσει και εκτιμήσει τη λυσιτέλεια και βασιμότητα των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι, όπερ, εντούτοις, δεν έπραξε στην προκειμένη περίπτωση και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή θα απορρίφει τις προαναφερθείσες προσφορές [βλ. συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani (2001) Συλλογή 1-9233 σκ. 55]. Ενόψει των ανωτέρω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αξιολογήσει το σύνολο των υποβαλλομένων με τις αιτιολογήσεις στοιχείων και να κρίνει επ' αυτών με αιτιολογημένη κρίση της, πριν την απόφαση της για την αποδοχή ή την απόρριψη της κρινόμενης προσφοράς. Άλλοις λόγοις, θα πρέπει να κρίνει εάν όντως συντρέχουν στην προκειμένη περίπτωση οι ευνοϊκές εκείνες συνθήκες υπό τις οποίες ο προσφέρων μπορεί να εκτελέσει το έργο και οι οποίες πράγματι δικαιολογούν την οικονομία που ο προσφέρων προβάλλει ότι επιτυγχάνει με την συνδρομή τους, ώστε τελικώς να αξιολογηθεί ως

αιτιολογημένη με τα αποδεικνυόμενα μεγέθη η υποβαλλόμενη προσφορά του (απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001,0285/99, και 0286/99, Lombardini και Mantovani, σκέψεις 51 έως 59 και 82 έως 85 (καθώς και προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα σημεία 48 έως 51), απόφαση της 22ας Ιουνίου 1989, 0103/88, Fratelli Constanzo, σκέψεις 18-20, ΣτΕ 197/2015, πρβλ Ε.Σ. αποφ. VI Τμ. 1725, 1724, 1723/2012). Στην προκειμένη περίπτωση ωστόσο η αναθέτουσα αρχή ουδέν εκ των ανωτέρω έπραξε, ήτοι δεν εισήλθε στην ουσιαστική αξιολόγηση της προσφοράς των δύο πρώτων διαγωνιζομένων αλλά περιορίσθηκε σε μια απόλυτα τυπική και χαρακτηριστικά διεκπεραιωτική αποδοχή όλων των αιτιολογήσεων με μια γενικόλογη αναφορά στο άρθρο 88 παρ. 2 και 3 του ν. 4412/2016 και στις διευκρινήσεις της Εγκύκλιου 9/25.4.2017 του Υπουργείου Υποδομών χωρίς καν να αναφέρει ποια στοιχεία έλαβε υπόψη και πώς εξειδικεύτηκαν ανά προσφορά κατόπιν της παρασχεθείσας από τους συμμετέχοντες αιτιολόγησης, συνακολούθιως η προσβαλλόμενη είναι μη νόμιμη ως πλημμελώς αιτιολογημένη. Παραθέτοντας δε στοιχεία και υπολογισμούς με το δεύτερο σκέλος του πρώτου λόγου προσφυγής της, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι από την αιτιολόγηση των οικονομικών προσφορών στην οποία προέβησαν οι δύο πρώτοι οικονομικοί φορείς προκύπτει ότι αυτές είναι ζημιογόνες, ακόμα και με τις παραδοχές που έχουν οι ίδιοι ενσωματώσει στις επεξηγήσεις τους.Περαιτέρω και επικουρικώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι οι ως άνω δύο οικονομικές προσφορές των οικονομικών φορέων .... και ΕΝΩΣΗ «....» πρέπει να αποκλεισθούν επειδή συνιστούν ουσιαστικά ενιαίο οικονομικό φορέα που ελέγχεται από τα ίδια πρόσωπα. Εν προκειμένω δε, οι ...., ...και .... είναι μέτοχοι κατά 100% στην .... και κατά 27,99% στην ...., με μόνο έτερο μέτοχο στην δεύτερη τον ...., ήτοι τον πατέρα των τριών άλλων μετόχων. Η εν μέρει ταύτιση και ο εξαιρετικά στενός συγγενικός δεσμός των μετόχων των δύο ως άνω οικονομικών φορέων παραπονείται η προσφεύγουσα ότι συνεπάγεται την ύπαρξη ιδιαιτέρων συνθηκών που επιτρέπουν εναρμονισμό της συμπεριφοράς τους, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους και κατά τη συμμετοχή τους στη διαδικασία του διαγωνισμού, με αποτέλεσμα τη δημιουργία άνισων συνθηκών

ανταγωνισμού σε βάρος των λοιπών διαγωνιζομένων και εν προκειμένω της ιδίας, χωρίς να ασκεί επιρροή συναφώς ότι οι δύο εταιρείες είναι χωριστά νομικά πρόσωπα και συνεπώς πρέπει να αποκλεισθούν αμφότεροι οι ως άνω οικονομικοί φορείς (Ε.Α.ΣτΕ 445/2006 κ.α.).

7. Επειδή, στο άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, με το οποίο ενσωματώθηκε το άρθρο 69 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, περί των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ορίζονται τα εξής: «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18. 4. Εάν η αναθέτουσα αρχή διαπιστώνει ότι μια προσφορά είναι

ασυνήθιστα χαμηλή λόγω χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, η προσφορά μπορεί να απορρίπτεται αποκλειστικά για αυτό τον λόγο, μόνο μετά από διαβούλευση με τον προσφέροντα και εφόσον αυτός δεν είναι σε θέση να αποδείξει, εντός επαρκούς προθεσμίας, την οποία ορίζει η αναθέτουσα αρχή, ότι η εν λόγω ενίσχυση είναι σύμφωνη με την εσωτερική αγορά κατά την έννοια του άρθρου 107 της ΣΛΕΕ. Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει προσφορά υπό τις συνθήκες αυτές, ενημερώνει σχετικώς την Επιτροπή. 5. Εφόσον ζητηθεί, η Αρχή θέτει στη διάθεση άλλων κρατών μελών, στο πλαίσιο διοικητικής συνεργασίας, κάθε πληροφορία που η Ελλάδα έχει στη διάθεσή της όπως νόμους, κανονισμούς, συλλογικές συμβάσεις καθολικής ισχύος ή εθνικά τεχνικά πρότυπα σχετικά με τα δικαιολογητικά και τα έγγραφα που προσκομίζονται σε σχέση με τις λεπτομέρειες που αναφέρονται στην παράγραφο 2. 6. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, μπορεί να εκδίδονται εγκύκλιοι του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής ανά κατηγορία έργου και μελέτης και ανά εκτιμώμενη αξία σύμβασης και για την εκτίμηση των παρεχόμενων κατά τα ανωτέρω εξηγήσεων. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλίνει από τα οριζόμενα στις ανωτέρω εγκυκλίους, έπειτα από σύμφωνη γνώμη του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου.».

8. Επειδή, εξάλλου, η έννοια της υπερβολικά χαμηλής προσφοράς πρέπει να καθορίζεται συγκεκριμένα για κάθε σύμβαση σε σχέση με το αντικείμενο που αποτελεί το περιεχόμενό της (βλ. απόφ. ΔΕΕ της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., σκ. 29-30, απόφ. της 18.12.2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, σκ. 50, της 19.10.2017, C-198/16, Agrioconsulting Europe SA, σκ. 29, πρβ. απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016, Agriconsulting Europe κατά Επιτροπής, T-570/13, σκ. 55). Συναφώς, η Οδηγία 2014/24/ΕΕ δεν απαγορεύει την υποβολή χαμηλής προσφοράς, αλλά θεσπίζει ορισμένες διατάξεις για την ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά, που αποτελεί μια αόριστη αξιολογική έννοια (βλ. ΕΣ Τμ. Μείζονος

Επταμελούς Συνθέσεως 1077/2016), καθόσον οι διατάξεις της Οδηγίας δεν είναι σαφείς ως προς την έκταση της ευχέρειας που διαθέτει η αναθέτουσα αρχή να δεχθεί ή να απορρίψει προσφορά, ως ασυνήθιστα χαμηλή, μετά την παροχή διευκρινίσεων εκ μέρους του προσφέροντος. Κατά τα αναφερόμενα δε στην αιτιολογική σκέψη 103 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ οι προσφορές που φαίνονται αφύσικα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες ενδέχεται να βασίζονται σε τεχνικά, οικονομικά, ή νομικά αβάσιμες παραδοχές ή πρακτικές. Στην περίπτωση που ο προσφέρων δεν μπορεί να παράσχει ικανοποιητική εξήγηση, η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να δικαιούται να απορρίψει την προσφορά. Η απόρριψη αυτή είναι υποχρεωτική στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή έχει διαπιστώσει ότι η ασυνήθιστα χαμηλή τιμή ή το ασυνήθιστα χαμηλό κόστος που προτείνεται είναι αποτέλεσμα της μη συμμόρφωσης με υποχρεωτική ενωσιακή νομοθεσία ή συμβατή προς αυτή εθνική νομοθεσία στους τομείς του κοινωνικού, εργατικού ή περιβαλλοντικού δικαίου ή με διατάξεις του διεθνούς εργατικού δικαίου. Συνεπώς η νέα Οδηγία ρητά, πλέον, ορίζει στην παρ. 3 του άρθρου 69 (παρ. 3 άρθρου 88 Ν. 4412/2016) ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνον εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, δηλαδή όταν και μετά τις διευκρινίσεις που δόθηκαν από τον προσφέροντα η χαμηλή προσφορά εγκυμονεί, κατά την πλήρως και ειδικώς αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, τον κίνδυνο για την εκτέλεση της σύμβασης, προσανατολιζόμενη ούτως στην ανάπτυξη υγιούς, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (πρβ. απόφαση ΠΕΚ της 25ης Φεβρουαρίου 2003 στην υπόθεση Τ-4/2001, Renco SpA, σκ. 75 και 76, απόφαση ΔΕΚ της 27ης Νοεμβρίου 2001 στις υποθέσεις C-285/1999 και C-286/1999, Impresa Lombardini SpA- Impresa Generale de Costruzioni και Impresa Ing. Mantovani SpA, σκ. 53-55, Ε.Σ. Τμ. VI 525/2018, 2998, 19/2014, 3202, 2752, 584/2011, Ε΄ Κλιμ. 387/2018, πρβλ. ΣτΕ 1425/2005, Ε.Α. ΣτΕ 45/2008, 1159/2007). Άλλοις λόγοις η αναθέτουσα αρχή διατηρεί διακριτική ευχέρεια ως προς την αποδοχή ή μη της διαπιστωθείσας μη τεκμηριωμένης

ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Η ερμηνεία αυτή ακολουθεί τη γραμματική διατύπωση του νόμου, λαμβάνοντας υπόψη ότι μόνον σε παραβάσεις νομοθεσίας εργατικού και περιβαλλοντικού δικαίου καθίσταται η αρμοδιότητα αυτή δεσμευτική για την αναθέτουσα αρχή. Δεδομένων των ανωτέρω και κατ΄ακολουθίαν, η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση αποδοχής ή απόρριψης της προσφοράς πρέπει να αιτιολογήσει πλήρως και ειδικώς την απόφασή της και ιδιαίτερα να λάβει υπόψη της τις παρασχεθείσες διευκρινίσεις, η δε απόφαση τούτη πρέπει να ερείδεται αφενός στη φερεγγυότητα της προσφοράς και αφετέρου στην ανάπτυξη υγιούς, πραγματικού και αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Η κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς το «ασύνηθες» της υποβαλλόμενης οικονομικής προσφοράς ελέγχεται ως προς την υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας που αυτή διαθέτει, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής.

9. Επειδή, από τη νομολογία του ΔΕΕ προκύπτει εναργώς ότι εναπόκειται στην αναθέτουσα αρχή πρώτον, να εντοπίσει τις «ύποπτες» προσφορές, δεύτερον, να παράσχει στις ενδιαφερόμενες συμμετέχουσες επιχειρήσεις τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα και φερεγγυότητα των προσφορών τους, ζητώντας τους σχετική αιτιολόγηση και τις διευκρινίσεις τις οποίες εν προκειμένω κρίνει σκόπιμες, τρίτον, να αξιολογήσει και εκτιμήσει τη λυσιτέλεια και βασιμότητα των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή θα απορρίψει τις προαναφερθείσες προσφορές [βλ. συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Lombardini και Mantovani (2001) Συλλογή I-9233 σκ. 55]. Περαιτέρω, η δυνατότητα εκτίμησης και αξιολόγησης δεν συνεπάγεται την απεριόριστη άσκηση διακριτικής ευχέρειας, δεδομένης δε και της ενδεχόμενης απόρριψης των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, οι αποφάσεις των αναθετουσών αρχών θα πρέπει να καθοδηγούνται από τις γενικές αρχές των οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις και της ΣΛΕΕ και να τηρούν τις γενικές αρχές δικαίου και ιδίως την αρχή της νομιμότητας και της χρηστής διοίκησης. Ειδικότερα, στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του

Ν. 4412/2016 (ομοίως άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να καθοδηγούνται και από την αρχή απαγόρευσης των διακρίσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εξάλλου, ακόμη και ελλείψει χαρακτηριστικών που δημιουργούν διακρίσεις, η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού μπορεί να επιβάλει πρόσθετους περιορισμούς στην ικανότητα της αναθέτουσας αρχής να δέχεται ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, εμποδίζοντάς την να το πράξει εάν η αποδοχή της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δημιουργεί ή ενισχύει στρέβλωση του ανταγωνισμού στην εν λόγω αγορά (Βλ. Dr Albert Sanchez Graells -Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions).

10. Επειδή, από τις οικείες διατάξεις, συνάγεται ότι η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δύναται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και να πλήξει την επί ίσοις όροις συμμετοχή των ενδιαφερομένων στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αφού με τη μεθόδευση τούτη οι λοιποί υποψήφιοι αποκλείονται κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και η διαγωνιστική διαδικασία αποβαίνει υπέρ του διαγωνιζομένου εκείνου που προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί αδικαιολόγητα χαμηλού, σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τιμήματος. Περαιτέρω, η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς διακινδυνεύει και το δημόσιο συμφέρον, στο μέτρο που ο ανάδοχος ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης να καλύψει τη ζημία που υφίσταται, εξαιτίας του αδικαιολόγητα χαμηλού τιμήματος, σε βάρος της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. σχετικά S. Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, (2005,) σελ. 532-534; P Trepte, Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation, (Oxford, Oxford University Press, 2004,) σελ.165-166 and 197; και P Trepte, Public Procurement in the EU: A Practitioner’s Guide, 2η έκδοση, (Oxford, Oxford University Press, 2007, σελ.474, και AR Engel, Managing Risky Bids, Handbook of Procurement (Cambridge, Cambridge University Press, 2006, σελ.322, 326).

11. Επειδή, εξάλλου, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει η αρχή της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων. Αναλυτικότερα «Η στάση της διοίκησης απέναντι στους διαγωνιζόμενους σε μία διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, κυρίως ενόψει έκδοσης δυσμενών για αυτούς πράξεων, υπαγορεύεται από την εν γένει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να μην αφήνει τις πράξεις και αποφάσεις της εκτεθειμένες σε υπόνοιες αυθαιρεσίας και αιφνιδιασμού σε βάρος των διαγωνιζομένων. Μία τέτοια επιταγή βρίσκεται, άλλωστε, σε απόλυτη εναρμόνιση με την θεμελιώδη αρχή της διαφάνειας που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που είναι απορριπτικές αιτημάτων των συμμετεχόντων σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας, υπηρεσιών κ.λτ., πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένες. Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ επί του ζητήματος αυτού, η οποία αντανακλά και τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών, κάθε απόφαση της αναθέτουσας αρχής (διοίκησης) που είναι αρνητική ή απορριπτική αιτήματος του οικονομικού φορέα πρέπει να μπορεί να προσβάλλεται με ένδικο βοήθημα που να παρέχει τη δυνατότητα ελέγχου της νομιμότητας της σε σχέση με το δίκαιο της Ένωσης. Υπό το πρίσμα αυτό, είναι σημαντικό να είναι σε θέση ο ενδιαφερόμενος να γνωρίζει το σκεπτικό της απόφασης που τον αφορά. Επομένως, η αρμόδια εθνική αρχή υποχρεούται, είτε με την ίδια την απόφαση είτε, κατόπιν αίτησης του ενδιαφερομένου, με μεταγενέστερη γνωστοποίηση, να καθιστά γνωστούς τους λόγους της άρνησής της [Βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 20-12-2010, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις 0-422/09,0-425/09 και 0-426/09, σκέψη 33, απόφαση της 15ης Οκτωβρίου 1987,222/86, Συλλογή 1987, σ. 4097, σκέψεις 15 και 17, ΔΕΚ της 7- 5-1991, υπόθεση 0-340/89, υπόθεση Βλασσοποόλου, σκέψη 22.]. Πράγματι η υποχρέωση αιτιολογίας βαρύνει τη διοίκηση όταν αυτή δρα με το ρόλο της αναθέτουσας αρχής, ενώ τα χαρακτηριστικά της ορθής αιτιολογίας πρέπει και εδώ να είναι αυτά που διαγράφονται στον ΚΔΔ/σίας (άρθρο 17). Επομένως, η αιτιολογία πρέπει να είναι πλήρης, σαφής και ειδική, υπό την έννοια ότι πρέπει να εκτίθεται με

πληρότητα και σαφήνεια τα πραγματικά περιστατικά και οι νομικοί λόγοι που οδήγησαν τη διοίκηση στη συγκεκριμένη απόφαση, καθώς επίσης και οι σκέψεις με βάση τις οποίες το διοικητικό όργανο προέβη στην έκδοση ή την παράλειψη έκδοσης της οικείας πράξης [Δ. Ράικος, Δημόσια Διοίκηση και Διαφθορά, 2006]. Σε κάθε περίπτωση, η έκταση της υποχρέωσης αιτιολογίας εξαρτάται από τη φύση της επίδικης πράξης και του πλαισίου εντός του οποίου εκδόθηκε. Από την αιτιολογία πρέπει να προκύπτει κατά τρόπο σαφή και μη διφορούμενο η συλλογιστική της αναθέτουσας αρχής, ούτως ώστε, αφενός να καθιστά δυνατό στους ενδιαφερομένους να γνωρίζουν τους λόγους που δικαιολογούν τη λήψη του μέτρου, για να μπορούν να προασπίσουν τα δικαιώματά τους και να επαληθεύουν αν η απόφαση είναι βάσιμη, και αφετέρου στον εθνικό δικαστή να ασκεί τον έλεγχο νομιμότητάς του. Σημειωτέον, τέλος, ότι η υποχρέωση της διοίκησης να αιτιολογεί τις αποφάσεις της, όταν τίθεται ζήτημα εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου, απορρέει ήδη και από το άρθρο 41 παρ. 2 στοιχ. α' του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το οποίο εγγυάται το δικαίωμα χρηστής διοίκησης, που περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, ως πτυχή του δικαιώματος άμυνας και την εν λόγω υποχρέωση της διοίκησης [ΔΕΕ απόφαση της 22 Νοεμβρίου 2012, υπόθεση C- 277/11, σκέψεις 83 επ., Πρεβεδούρου, Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης στη νομολογία των Δικαστηρίων της Ένωσης (Σκέψεις με αφορμή την απόφαση ΔΕΕ της 10ης Σεπτεμβρίου 2013, 0-383/13), ΘΠΔΔ 2013, σ. 916 επ., (Δ. Ράικος, Δ. Η αρχή της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων, σε: Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2η έκδ., 2017, σ. 188-190).

12. Επειδή, από τη συνδυαστική εφαρμογή των ως άνω νομοθετικών και νομολογιακών δεδομένων, στην προκείμενη υπόθεση συνάγεται καταρχάς ότι βασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πάσχει η αιτιολογία της προσβαλλομένης, η οποία τυγχάνει πλημμελής, καθόσον ούτε επαρκής ούτε σαφής ούτε εμπεριστατωμένη είναι. Κατ΄αποδοχήν δε του από 3.6.2020 πρακτικού, αποτυπώνεται στην προσβαλλομένη ότι αφού λήφθηκε υπόψη: «[...] Το με αρ. πρωτ. 38682/27-05-2020 έγγραφο της .... προς την

Επιτροπή, 9. Τον τρόπο με τον οποίο αναλύεται ο υπολογισμός των Γενικών Εξόδων του έργου και του εργολαβικού οφέλους (άρθρο 53 παρ. 7Θ του Ν.4412/2016), γνωμοδοτεί ως ακολούθως: • Σύμφωνα με το άρθρο 88 παρ. 2 και 3 καθώς και με τις διευκρινήσεις της Εγκύκλιου 9 / 25-4-2017 του Υπουργείου Υποδομών η Επιτροπή κρίνει ότι και οι τρεις αιτιολογήσεις οικονομικών προσφορών των οικονομικών φορέων, όπως αναφέρονται παραπάνω, καθώς και τα παρεχόμενα αυτών, εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το επίπεδο της τιμής που προσέφεραν. • Από τον έλεγχο προσφορών κατακύρωσης συναφών με το εξεταζόμενο έργο (ασφαλτοστρώσεις) που έχει υλοποιήσει ο Δήμος .... κατά το χρονικό διάστημα από το έτος 2011 έως το έτος 2018, διαπιστώθηκε ότι τα ποσοστά έκπτωσης των Ανάδοχων κυμαίνονται στα ίδια επίπεδα (από 64,01% έως 71,78%) με το ποσοστό του προσωρινού Αναδόχου που ανέρχεται σε 70,15%.» Άλλοις λόγοις, σε αντίθεση με την υποχρέωση προς επαρκή, σαφή και ειδική αιτιολογία, εν προκειμένω, με την ως άνω αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής της αποδοχής της αιτιολόγησης των συμμετεχόντων, εμφαίνεται ότι η εν λόγω κρίση της αποδοχής των κατά πρώτον διαγνωσθεισών -από την ίδια την αναθέτουσαα αρχή- ως ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ερείδεται και αποδίδεται κατά τρόπο γενικόλογο, ανεπαρκή και αμφίσημο στα ποσοστά έκπτωσης που προσφέρονται από τους υποψηφίους αναδόχους κατά την υλοποίηση έργων της αναθέτουσας αρχής το διάστημα μεταξύ 2011 - 2018, στις διευκρινήσεις της σχετικής εγκυκλίου του Υπουργείου Υποδομών και στον τρόπο που αναλύεται ο υπολογισμός των Γενικών Εξόδων του έργου και του εργολαβικού οφέλους, χωρίς, εντούτοις, να διευκρινίζεται σε ποια σημεία ερείδεται η επάρκεια της ανωτέρω ανάλυσης, ως προς ποια παρατεθέντα από τους προσφέροντες διά της προσφοράς τους και διευκρινισθέντα διά των επεξηγήσεων τους κόστη συγκεκριμένα αξιοποιούνται οι διευκρινήσεις της αναφερθείσας εγκυκλίου και εντέλει πως επιρρωννύονται τα ανωτέρω από τον ισχυρισμό της προσφοράς έκπτωσης ύψους περί 70% σε υλοποιηθέντα έργα της αναθέτουσας αρχής μεταξύ των ετών 2011 – 2018. Προσέτι, ως γίνεται δεκτό η αναθέτουσα αρχή

οφείλει να αξιολογήσει το σύνολο των υποβαλλομένων με τις αιτιολογήσεις στοιχείων και να κρίνει επ' αυτών με αιτιολογημένη κρίση της, πριν την απόφαση της για την αποδοχή ή την απόρριψη της κρινόμενης προσφοράς, όπερ εν προκειμένω, βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι δεν συντρέχει, καθόσον η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να προβεί στην τεκμηρίωση και αιτιολόγηση της απόφασής της, ως όφειλε, δοθέντος και των σχετικών έγγραφων προσκλήσεων της (από 11.2.2020) και μάλιστα συμπληρωματικών και ειδικών (από 22.4.2020) προς τη συμμετέχουσα ...., αλλά και της παραδοχής ότι η «σιωπή» -που εν προκειμένω δεν προσήκει- της διοίκησης ταυτίζεται με απόρριψη. Ειδικότερα η αναθέτουσα αρχή όφειλε να κρίνει εάν όντως συντρέχουν στην προκειμένη περίπτωση οι ευνοϊκές εκείνες συνθήκες υπό τις οποίες ο υποψήφιος προσωρινός ανάδοχος με προσφερόμενο μέσο ποσοστό τεκμαρτής έκπτωσης 70,15% καθώς και ο δεύτερος στη τάξη με προσφερόμενο μέσο ποσοστό τεκμαρτής έκπτωσης 67,85% μπορούν να εκτελέσουν το έργο κατά τα επιτασσόμενα από την υπόψη διακήρυξη και οι οποίες -συνθήκες- πράγματι δικαιολογούν την οικονομία που οι εν λόγω προσφέροντες προβάλλουν ότι επιτυγχάνουν με την συνδρομή τους, ώστε τελικώς να αξιολογηθεί και να γίνει αποδεκτή ως αιτιολογημένη με τα αποδεικνυόμενα μεγέθη η υποβαλλόμενη προσφορά έκαστου των ανωτέρω (απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001,0285/99, και 0286/99, Lombardini και Mantovani, σκέψεις 51 έως 59 και 82 έως 85 (καθώς και προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα σημεία 48 έως 51), απόφαση της 22ας Ιουνίου 1989,0103/88, Fratelli Constanzo, σκέψεις 18-20, ΣτΕ 197/2015, πρβλ Ε.Σ. αποφ. VI Τμ. 1725, 1724, 1723/2012) συνακολούθως δε να προκύπτει και το μέτρο σύγκρισης με την προσφορά του τρίτου εν προκειμένω προσφέροντος και εδώ προσφεύγοντος, εφαρμόζοντας ούτως την αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της χρηστής διοίκησης Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, επαληθεύοντας τα στοιχεία των προσφορών με βάση την αιτιολόγηση που υποβλήθηκε, να αποφασίσει αιτιολογημένα αν θα δεχθεί ή θα απορρίψει τις προσφορές, προσδιορίζοντας κατά τρόπο συγκεκριμένο, σε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς, τα σημεία της

αιτιολόγησης τα οποία κρίνει ανακριβή ή ανεπαρκή (πρβλ. Ε.Α. 841/2010, 45, 866, 1208/2008, 867/2006) ή αντιστοίχως στην περίπτωση αποδοχής της προσφοράς, τα σημεία της αιτιολόγησης τα οποία κρίνει απολύτως επαρκή και λυσιτελή προκειμένου για την άρτια και πλέον συμφέρουσα βάσει τιμής εκτέλεση του έργου.

13. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η αναθέτουσα αρχή υπέχει την σχετική υποχρέωση να εκτιμήσει τους επίδικους ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα χαμηλού κόστους που διατυπώνονται και με την παρούσα προσφυγή. Και τούτο ειδικότερα διότι, σύμφωνα με παγία νομολογία η αναθέτουσα αρχή οφείλει εν προκειμένω να απαντήσει ειδικά και εμπεριστατωμένα στους ισχυρισμούς της προδικαστικής προσφυγής, διά της αιτιολόγησης της απόφασης της, στην οποία παρέλειψε, ως όφειλε, να προβεί. Επιπροσθέτως, ως γίνεται δεκτό, η ΑΕΠΠ σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να ενεργήσει η ίδια, αντ΄ αυτής, τις οφειλόμενες κατά τον νόμο διαδικαστικές πράξεις του διαγωνισμού, που παρέλειψε η αναθέτουσα αρχή, καθώς η δικαιοδοσία της ΑΕΠΠ αφορά περιοριστικά στην ακύρωση ή την επικύρωση της προσβαλλόμενης σύμφωνα με τις ειδικότερες διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 και του οικείου νομοθετικού πλαισίου. Αντιθέτως η αναθέτουσα αρχή εφόσον με την προδικαστική προσφυγή έχουν προβληθεί συγκεκριμένες ειδικές και κοστολογημένες αιτιάσεις, μεταξύ άλλων, περί της ανεπάρκειας του κόστους ασφαλτικών υλικών, δύναται και υποχρεούται, εφόσον κρίνεται εν προκειμένω ότι ελλείπει η ειδική και εμπεριστατωμένη αιτιολογία στην προσβαλλομένη απόφαση, να επαναλάβει την διαδικασία από το σημείο αυτό (ΣτΕ243, 244/2011), όπου και εμφιλοχώρησε η παράλειψη. Ενόψει τούτων, κατά αυτό το σκέλος πρέπει να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και η προσβαλλομένη να ακυρωθεί.

14. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα αλυσιτελώς προβάλλει ότι εν προκειμένω παραβιάζονται οι κανόνες ανταγωνισμού, διότι οι δύο πρώτοι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς ελέγχονται από τα ίδια πρόσωπα. Εντούτοις, ως και η ίδια συνομολογεί, στο

πλαίσιο τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η διαπίστωση ότι ενέργειες ή ιδιαίτερες συνθήκες, υπό τις οποίες τελούν διαγωνιζόμενες επιχειρήσεις, δύνανται να οδηγήσουν στη δημιουργία άνισων συνθηκών ανταγωνισμού και εν γένει σε νόθευση ή καταστρατήγηση της ανταγωνιστικής διαδικασίας του διαγωνισμού, συνιστά λόγο αποκλεισμού των εν λόγω επιχειρήσεων από τον διαγωνισμό αυτό, εκτός αν οι ενδιαφερόμενοι αποδείξουν ότι, στην συγκεκριμένη περίπτωση, ο ανωτέρω κίνδυνος δεν υφίσταται (πρβλ. ΔΕΚ, απόφαση της 3.3.2005, C-21/03 και C-34/03, Fabricom A. κατά Βελγίου), όπερ σημαίνει εν προκειμένω ότι οι οικογενειακοί δεσμοί μεταξύ των μετόχων των δύο εταιρειών δύνανται αλλά δεν οδηγούν αναπόδραστα στην διαπίστωση νόθευσης του ανταγωνισμού, δοθέντος ότι πρόκειται για δύο αυτοτελή νομικά πρόσωπα και μάλιστα στην επίμαχη σύμβαση η μία εξ αυτών συμμετέχει υπό τη μορφή ένωσης με την εταιρεία .....

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν και σύμφωνα με τα όσα κρίθηκαν ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προσφυγή και συνεπώς, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τη Προσφυγή.

Απορρίπτει τις Παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την με αρ. 561/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...., στο πλαίσιο του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. πρωτ. .... διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «Ασφαλτοστρώσεις Δήμου ....», εκτιμώμενου προϋπολογισμού ύψους 5.999.060,91€ και κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, καθ΄ό μέρος παρέλειψε η αναθέτουσα αρχή να προβεί στην απαιτούμενη αιτιολογία.

Αριθμός απόφασης: 1177 / 2020

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 4 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 24 Σεπτεμβρίου 2020.

Ο Πρόεδρος	**Η Γραμματέας**
Κωνσταντίνος Κορομπέλης	**Αλεξάνδρα Παπαχρήστου**

Αριθμός απόφασης: 1/2021

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14-12-2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6-11-2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ΕΣΗΔΗΣ) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1606/9-11-2020 της εταιρίας με την επωνυμία ««...» », νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία ««...» », νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αρ. 158/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του «...» , προκειμένου να απορριφθεί η προσφορά του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου ««...» » και να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος η καταταγείσα δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας προσφεύγουσα εταιρία ««...» » για την εκτέλεση της σύμβασης ««...» ».

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...»), ποσού 810,00€.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω

προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α΄), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 29-10-2020, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 6-11-2020.

5. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο συγκεκριμένο διαγωνισμό καταταγείσα δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας και προσδοκεί με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή να απορριφθεί η προσφορά της πρώτης μειοδότριας, ώστε να αναδειχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος του έργου.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ.πρωτ. «...» διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της σύμβασης έργου ««...» », CPV «...» , προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 161.935,48 € πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ και διάρκειας 6 μηνών. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ «...» και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό "...". Κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε, κατά τον όρο 14 της διακήρυξης, η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίσθηκε στις 9-10-2020. Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά πέντε (5) οικονομικοί φορείς και δη κατά σειρά μειοδοσίας ««...» » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 30,29%, ««...» » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 28%, ««...» » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 27,43%, ««...» » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 15,29% και ««...» » με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 9%. Η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής με την προσβαλλόμενη με αρ. 158/2020 απόφασή της ομόφωνα ενέκρινε το από 13-10-2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο τον συμμετέχοντα στο διαγωνισμό οικονομικό φορέα ««...» ».

7. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία, δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, βάλλει κατά της ανωτέρω απόφασης προβάλλουσα τα ακόλουθα: 1. ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΑ ΒΕΒΑΙΩΣΗΣ ΕΠΙΣΚΕΨΗΣ: Εν προκειμένω, σύμφωνα με το άρθρο 23.2. της διακήρυξης: «*Οι συμμετέχοντες θα πρέπει να υποβάλλουν Βεβαίωση Επίσκεψης, η οποία εκδίδεται από τον Δήμο και με ημερομηνία το αργότερο τέσσερις (4) ημερολογιακές ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Οι συμμετέχοντες απαιτείται να έχουν λάβει γνώση των ιδιαίτερων συνθηκών του τόπου κατασκευής του έργου. Το σχετικό αίτημα θα πρέπει να υποβληθεί στην υπηρεσία, μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Οι ενδιαφερόμενοι θα ενημερωθούν μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. για τις διαθέσιμες ημερομηνίες και ώρες κατά τις οποίες μπορεί να πραγματοποιηθεί η επίσκεψη των ενδιαφερομένων στον τόπο εκτέλεσης του έργου. Με το πέρας της επίσκεψης η Αναθέτουσα Αρχή θα προμηθεύσει στους ενδιαφερόμενους Βεβαίωση Επίσκεψης, η οποία θα πρέπει να υποβληθεί στο φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής επί ποινή αποκλεισμού*». Από την ως άνω πρόβλεψη της διακήρυξης προκύπτει ότι: Α) όλοι οι διαγωνιζόμενοι ώφειλαν να προσκομίσουν βεβαίωση επίσκεψης, Β) η εν λόγω βεβαίωση έπρεπε να έχει εκδοθεί από το Δήμο με ημερομηνία το αργότερο τέσσερις (4) ημέρες προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών και Γ) η εν λόγω βεβαίωση θα έπρεπε να υποβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής. Ο ως άνω διαγωνιζόμενος «...» , προσκόμισε την υπ' αριθμ. πρωτ. 3630 βεβαίωση επίσκεψης στην περιοχή του έργου, εκδοθείσα από το «...» , με ημερομηνία έκδοσης την 09/10/2020. Σύμφωνα με το άρθρο 18 της Διακήρυξης, όμως, ως ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 9/10/2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 15:00. Επομένως, η εν λόγω βεβαίωση εξεδόθη την ίδια ημέρα που έληγε η προθεσμία υποβολής προσφορών, αντί τεσσάρων ημερών προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, όπως με σαφήνεια απαιτούσε η Διακήρυξη. Η ημερομηνία έκδοσης της βεβαίωσης που

προσκόμισε ο «...» , είναι, κατά την προσφεύγουσα, οφθαλμοφανώς μη νόμιμη, επειδή δεν ικανοποιεί την επιτακτική και κατά συνέπεια επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση της διακήρυξης η εν λόγω βεβαίωση να έχει εκδοθεί με ημερομηνία το αργότερο τέσσερις (4) ημερολογιακές ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Είναι δε απολύτως αδιάφορο, κατά την προσφεύγουσα, το γεγονός ότι βεβαιώνει ότι η επίσκεψη του εκπροσώπου του κ. «...» έλαβε χώρα την 02-10-2020, επειδή η Διακήρυξη, με σκοπό προφανώς αποφυγής έκδοσης ετεροχρονισμένων βεβαιώσεων, απαιτεί η ημερομηνία έκδοσης της βεβαίωσης και όχι η επίσκεψη να έχει λάβει χώρα τέσσερις (4) ημερολογιακές ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Ο δε εν λόγω διαγωνιζόμενος όφειλε να είναι συνεπής διαγωνιζόμενος και να έχει φροντίσει να προμηθευτεί εγκαίρως την σχετική βεβαίωση, κάτι που δεν έπραξε. Ενόψει των ανωτέρω, κατά την προσφεύγουσα, η προσκομισθείσα από τον «...» βεβαίωση επίσκεψης δεν ικανοποιεί τους επί ποινή αποκλεισμού όρους της Διακήρυξης και κατά συνέπεια η προσφορά του μη νόμιμα έγινε δεκτή, ενώ έπρεπε να απορριφθεί. 2. ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΑ ΤΕΥΔ**:** Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, η προσφορά του ως άνω διαγωνιζόμενου είναι πλημμελής και αποκλειστέα και για τον πρόσθετο λόγο ότι έχει συμπληρώσει πλημμελώς το υποβληθέν ΤΕΥΔ, κατά τρόπο που δεν αποδεικνύεται ότι πληροί όλες τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Και τούτο διότι παρέλειψε να δηλώσει στο Μέρος ΙΙ Τμήμα Α' του εν λόγω εντύπου, αν και απαιτείτο, τα δικαιολογητικά βάσει των οποίων αυτός έχει εγγραφεί στο ΜΕΕΠ, παρά μόνο παραπέμπει στον αριθμό της βεβαίωσης εγγραφής της στο ΜΕΕΠ και στις τάξεις στις οποίες είναι εγγεγραμμένος. Στα άρθρα 22Β έως 22Δ της διακήρυξης ορίζονται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής στα οποία περιλαμβάνεται η καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητα, για την οποία απαιτείται από το άρθρο 22 Β της διακήρυξης οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ) στις κατηγορίες του άρθρου 21 αυτής, ήτοι σε Οικοδομικά. Περαιτέρω, κατά το άρθρο 23 της διακήρυξης οι οικονομικοί φορείς με την

υποβολή προσφορών τους υποβάλλουν το ΤΕΥΔ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, με το οποίο προαποδεικτικώς επιβεβαιώνουν ότι πληρούν τα ως άνω αναφερόμενα κριτήρια επιλογής. Στο υποβαλλόμενο από τους συμμετέχοντες στον επίδικο διαγωνισμό Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) το οποίο διαμορφώθηκε από την αναθέτουσα αρχή για τις ανάγκες του επίδικου διαγωνισμού και αποτελεί έγγραφο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης (βλ. άρθρο 2 Διακήρυξης και άρθρο 2 παρ.1 περ. 14 ν.4412/2016) προβλέπονται, στο Μέρος ΙΙ Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα-υπό στοιχ. Α'-για τη συμπλήρωση του οποίου πεδίου το ΤΕΥΔ ορίζει τα ακόλουθα: «*Κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο /Μητρώο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό, εάν ναι α) αναφέρετε την ονομασία του καταλόγου ή πιστοποιητικού και τον σχετικό αριθμό εγγραφής ή πιστοποίησης κατά περίπτωση, β) εάν το πιστοποιητικό εγγραφής ή η πιστοποίηση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε:. γ) αναφέρετε τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή ή η πιστοποίηση και, κατά περίπτωση, την κατάταξη στον επίσημο κατάλογο με αναφορά κατά την 5η παραπομπή ως προς το πεδίο αυτό ότι τα δικαιολογητικά και η κατάταξη, εάν υπάρχουν, αναφέρονται στην πιστοποίηση. και δ) η εγγραφή ή η πιστοποίηση καλύπτει όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής;*». Κατά την έννοια των διατάξεων της διακήρυξης που έχουν προεκτεθεί, σε συνδυασμό με το περιεχόμενο του ΤΕΥΔ, που προσαρτάται σ' αυτήν, συνάγεται ότι στο επίμαχο πεδίο «πληροφορίες για τον οικονομικό φορέα» ο υποψήφιος οφείλει να δηλώσει τόσο την ονομασία του καταλόγου ή του πιστοποιητικού και τον αριθμό εγγραφής ή πιστοποίησης, την ηλεκτρονική διεύθυνση εάν τα ανωτέρω πιστοποιητικά διατίθενται ηλεκτρονικά όσο και τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή ή η πιστοποίηση και η κατάταξη στον επίσημο κατάλογο. Στην προκειμένη περίπτωση, ο «…» δήλωσε στα προαναφερόμενα πεδία του υποβληθέντος από αυτόν ΤΕΥΔ ότι είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο/Μητρώο, αναφέροντας τα στοιχεία εγγραφής της, ήτοι ΜΕΕΠ «…» και τις τάξεις ΟΔΟΠΟΙΙΑ 2 Η ΤΑΞΗ ,

ΟΙΚΟΔΟΜΟΚΑ 2 Η ΤΑΞΗ, ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ 2 Η , ΤΑΞΗ , ΛΙΜΕΝΙΚΑ 1 Η ΤΑΞΗ , ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ 1 Η ΤΑΞΗ. Δεν ανέφερε, όμως, κανένα δικαιολογητικά στο οποίο βασίσθηκε η εγγραφή του. Με τα δεδομένα αυτά, όμως, η εν θέματι προσφορά παρέβη τις ως άνω διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης και πρέπει να αποκλεισθεί. Εξάλλου, κατά την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τη ρητή διάταξη του άρθρου 102 παρ. 3 του ν. 4412/2016, την οποία επαναλαμβάνει η διάταξη του άρθρου 9 της διακήρυξης, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων που έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης και μάλιστα, όπως εν προκειμένω, του ΤΕΥΔ δηλαδή, του ουσιώδους εκείνου δικαιολογητικού συμμετοχής το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, επέχει θέση υπευθύνου δηλώσεως, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που ορίζονται στην οικεία προκήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το από υπ’ αρ. πρωτ. 4188/17-11-2020 έγγραφο απόψεών της προς απόρριψη των προβαλλόμενων λόγων προσφυγής ισχυρίζεται τα ακόλουθα: Α. Επί του πρώτου λόγου προσφυγής: Ο όρος 23.2 παρ. 6 της διακήρυξης κρίνεται απαραίτητος για τα έργα που εκτελούνται στον Δήμο, λόγω των ιδιαίτερων συνθηκών του νησιού (μη κυκλοφορία οχημάτων, στενοί, κλιμακωτοί δρόμοι κλπ), τις οποίες δεν γνωρίζουν οι περισσότερες εργοληπτικές επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται σε άλλες περιοχές. Κατόπιν του ανωτέρω όρου της διακήρυξης, ο «...» εξέδωσε το υπ’ αριθμ. πρωτ. 3462/28-9-2020 έγγραφό του, το οποίο αναρτήθηκε αυθημερόν στην σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και με το οποίο ενημέρωνε τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς ότι η επίσκεψη στα σημεία εκτέλεσης του έργου θα πραγματοποιούνταν την 2/10/2020 και ώρες 12:00-14:00. Οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς υπέβαλλαν αιτήματα συμμετοχής στην επίσκεψη μέσω της «επικοινωνίας» της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ. Όσον αφορά τον αναδειχθέντα

προσωρινό μειοδότη, εκείνος υπέβαλλε αίτημα συμμετοχής μέσω της πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ την 01/10/2020 και ώρα 13:27:40, ενημερώνοντας ότι θα παρευρεθεί στην επίσκεψη των σημείων εκτέλεσης των έργων, ως εκπρόσωπός του, ο «...» . Πράγματι, την ως άνω ορισθείσα ημερομηνία και ώρα ο «...» παραβρέθηκε στην επίσκεψη, ωστόσο στη συνέχεια δεν προσήλθε στο Δημαρχείο για την παραλαβή της βεβαίωσης, όπως οι υπόλοιποι οικονομικοί φορείς και για τον λόγο αυτό η βεβαίωση χορηγήθηκε με μεταγενέστερη ημερομηνία, όταν την ζήτησε ξανά. Ο ως άνω διαγωνιζόμενος δεν αποκλείστηκε από το διαγωνισμό, επειδή η αναθέτουσα αρχή θεώρησε ότι η μεταγενέστερη ημερομηνία στην βεβαίωση συνιστά τυπική μη ουσιώδη πλημμέλεια της προσφοράς του. Δηλαδή, ο σκοπός για τον οποίο τέθηκε ο ως άνω όρος στην διακήρυξη του διαγωνισμού θεώρησε ότι εκπληρώθηκε, καθώς ο εν λόγω οικονομικός φορέας επισκέφθηκε δια του εκπροσώπου του τα σημεία εκτέλεσης του έργου και έλαβε γνώση των τοπικών συνθηκών. Β. Επί του δεύτερου λόγου προσφυγής: Σύμφωνα με το άρθρο 22 Β της διακήρυξης του διαγωνισμού «οι προσφέροντες που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα απαιτείται να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) ή στα Νομαρχιακά Μητρώα στην κατηγορία/-ιες έργου του άρθρου 21 της παρούσας», ενώ σύμφωνα με το άρθρο 21 της διακήρυξης «Δικαίωμα συμμετοχής έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα, ή ενώσεις αυτών που δραστηριοποιούνται σε έργα κατηγορίας ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ». Ο αναδειχθείς προσωρινός μειοδότης αναφέρει στο Τμήμα Α του Μέρους ΙΙ του ΤΕΥΔ ότι «*είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο/Μητρώο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων» και ακολούθως αναφέρει ότι το Μητρώο στο οποίο είναι εγγεγραμμένος είναι το Μ.Ε.Ε.Π., στο οποίο φέρει τον αριθμό 12643. Αναφέρει δε ότι στο εν λόγω Μητρώο κατατάσσεται στις εξής κατηγορίες: «ΟΔΟΠΟΙΙΑ 2Η ΤΑΞΗ, ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 2Η ΤΑΞΗ, ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ 2Η ΤΑΞΗ, ΛΙΜΕΝΙΚΑ 1Η ΤΑΞΗ, ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ 1Η ΤΑΞΗ*». Κατόπιν τούτου, ο εν λόγω διαγωνιζόμενος με το ΤΕΥΔ του έχει δηλώσει όλα τα απαιτούμενα στοιχεία, σύμφωνα με την διακήρυξη, οπότε και δεν υφίσταται λόγος αποκλεισμού του. Κατά την

αναθέτουσα αρχή, σε κάθε περίπτωση τόσο η Επιτροπή Διαγωνισμού, όσο και η Οικονομική Επιτροπή του «...» ενήργησαν σύμφωνα με τα συμφέροντα του Δήμου και προς επίτευξη της επωφελέστερης προσφοράς, καθώς ο εν λόγω διαγωνιζόμενος είχε προσφέρει την μεγαλύτερη έκπτωση.

9. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «*Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή 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*».

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), 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 απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

11. Επειδή, επί του πρώτου λόγου προσφυγής, που αφορά στην εκδοθείσα βεβαίωση επίσκεψης της αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου, διατυπώνονται τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 23.2. της διακήρυξης: «*Οι*

συμμετέχοντες θα πρέπει να υποβάλλουν Βεβαίωση Επίσκεψης, η οποία εκδίδεται από τον Δήμο και με ημερομηνία το αργότερο τέσσερις (4) ημερολογιακές ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Οι συμμετέχοντες απαιτείται να έχουν λάβει γνώση των ιδιαίτερων συνθηκών του τόπου κατασκευής του έργου. Το σχετικό αίτημα θα πρέπει να υποβληθεί στην υπηρεσία, μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Οι ενδιαφερόμενοι θα ενημερωθούν μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. για τις διαθέσιμες ημερομηνίες και ώρες κατά τις οποίες μπορεί να πραγματοποιηθεί η επίσκεψη των ενδιαφερομένων στον τόπο εκτέλεσης του έργου. Με το πέρας της επίσκεψης η Αναθέτουσα Αρχή θα προμηθεύσει στους ενδιαφερόμενους Βεβαίωση Επίσκεψης, η οποία θα πρέπει να υποβληθεί στο φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής επί ποινή αποκλεισμού». Ο σχετικός όρος της διακήρυξης κρίθηκε απαραίτητος από την αναθέτουσα αρχή για τα έργα που εκτελούνται στον Δήμο, λόγω των ιδιαίτερων συνθηκών του νησιού (μη κυκλοφορία οχημάτων, στενοί, κλιμακωτοί δρόμοι κλπ), τις οποίες δεν γνωρίζουν οι περισσότερες εργοληπτικές επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται σε άλλες περιοχές. Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 18 της διακήρυξης, ως ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 9/10/2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 15:00. Κατόπιν του ανωτέρω όρου 23.2 της διακήρυξης, ο «...» εξέδωσε το υπ' αριθμ. πρωτ. 3462/28-9-2020 έγγραφό του, το οποίο αναρτήθηκε αυθημερόν στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και με το οποίο ενημέρωσε τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς ότι η επίσκεψη στα σημεία εκτέλεσης του έργου θα πραγματοποιούνταν στις 2/10/2020 και ώρες 12:00-14:00. Ο οικονομικός φορέας ««...» » υπέβαλλε αίτημα συμμετοχής μέσω της πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ την 01/10/2020 και ώρα 13:27:40, ενημερώνοντας ότι θα παρευρεθεί στην επίσκεψη των σημείων εκτέλεσης των έργων, ως εκπρόσωπός του, ο «...» . Σύμφωνα με τη με αρ.πρωτ. 3630/9-10-2020 Βεβαίωση του «...» , πράγματι την ως άνω ορισθείσα ημερομηνία και ώρα ο «...» εξουσιοδοτηθείς από τον οικονομικό φορέα ««...» » παραβρέθηκε στην

επίσκεψη. Όμως, η σχετική ως άνω επί ποινή αποκλεισμού Βεβαίωση εκδόθηκε την ίδια ημέρα που έληγε η προθεσμία υποβολής προσφορών, ήτοι στις 9-10-2020 και όχι προ τεσσάρων (4) ημερολογιακών ημερών προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, όπως με σαφήνεια απαιτούσε η διακήρυξη. Το γεγονός ότι το ως άνω έγγραφο της αναθέτουσας αρχής βεβαιώνει ότι η επίσκεψη του εκπροσώπου του «...» έλαβε χώρα στις 02-10-2020 δεν ικανοποιεί την ως άνω τεθείσα απαίτηση της διακήρυξης επειδή η διακήρυξη, με σκοπό προφανώς αποφυγής έκδοσης ετεροχρονισμένων βεβαιώσεων, απαίτησε η ημερομηνία έκδοσης της βεβαίωσης και όχι η επίσκεψη να έχει λάβει χώρα τέσσερις (4) ημερολογιακές ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Εξάλλου, και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι ο οικονομικός φορέας ««...» » δεν προσήλθε στο Δημαρχείο για την παραλαβή της βεβαίωσης, όπως οι υπόλοιποι οικονομικοί φορείς, και για τον λόγο αυτό η βεβαίωση χορηγήθηκε με μεταγενέστερη ημερομηνία, όταν την ζήτησε, ομοίως αποκλίνει από τη ρητή απαίτηση της διακήρυξης, η οποία (διακήρυξη) αποτελεί κανονιστική πράξη που διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν, όσο και τους συμμετέχοντες (βλ. σκ. 10 της παρούσας). Τούτων δοθέντων, δεκτός ως βάσιμος κρίνεται ο πρώτος λόγος προσφυγής και κατ' ακολουθία η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκανε δεκτή τη προσφορά του οικονομικού φορέα ««...» », κατά παράβαση του όρου 23.2 της διακήρυξης.

12. Επειδή, όσον αφορά στο δεύτερο λόγο προσφυγής, που αφορά σε πλημμέλεια του υποβληθέντος ΤΕΥΔ του οικονομικού φορέα ««...» », διατυπώνονται τα ακόλουθα: Στα άρθρα 22Β έως 22Δ της διακήρυξης ορίζονται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, στα οποία περιλαμβάνεται η καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητα, για την οποία απαιτείται από το άρθρο 22 Β της διακήρυξης οι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα οικονομικοί φορείς να είναι εγγεγραμμένοι στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ) στις κατηγορίες του άρθρου 21 αυτής, ήτοι σε Οικοδομικά. Περαιτέρω, κατά το άρθρο 23 της διακήρυξης οι

οικονομικοί φορείς με την υποβολή προσφορών τους υποβάλλουν το ΤΕΥΔ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, με το οποίο προαποδεικτικώς επιβεβαιώνουν ότι πληρούν τα ως άνω αναφερόμενα κριτήρια επιλογής. Στο υποβαλλόμενο από τους συμμετέχοντες στον επίδικο διαγωνισμό Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) το οποίο διαμορφώθηκε από την αναθέτουσα αρχή για τις ανάγκες του επίδικου διαγωνισμού και αποτελεί έγγραφο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης (βλ. άρθρο 2 Διακήρυξης και άρθρο 2 παρ.1 περ. 14 ν.4412/2016) προβλέπονται, στο Μέρος ΙΙ Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα- υπό στοιχ. Α' - για τη συμπλήρωση του οποίου πεδίου το ΤΕΥΔ ορίζει τα ακόλουθα: «*Κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο /Μητρώο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό, εάν ναι α) αναφέρετε την ονομασία του καταλόγου ή πιστοποιητικού και τον σχετικό αριθμό εγγραφής ή πιστοποίησης κατά περίπτωση, β) εάν το πιστοποιητικό εγγραφής ή η πιστοποίηση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: γ) αναφέρετε τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή ή η πιστοποίηση και, κατά περίπτωση, την κατάταξη στον επίσημο κατάλογο* [με αναφορά κατά την 5η παραπομπή ως προς το πεδίο αυτό ότι τα δικαιολογητικά και η κατάταξη, εάν υπάρχουν, αναφέρονται στην πιστοποίηση] *και δ) η εγγραφή ή η πιστοποίηση καλύπτει όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής;*». Κατά την έννοια των διατάξεων της διακήρυξης που έχουν προεκτεθεί, σε συνδυασμό με το περιεχόμενο του ΤΕΥΔ, που προσαρτάται σ' αυτήν, συνάγεται ότι στο επίμαχο πεδίο «πληροφορίες για τον οικονομικό φορέα» ο υποψήφιος οφείλει να δηλώσει τόσο την ονομασία του καταλόγου ή του πιστοποιητικού και τον αριθμό εγγραφής ή πιστοποίησης, την ηλεκτρονική διεύθυνση εάν τα ανωτέρω πιστοποιητικά διατίθενται ηλεκτρονικά όσο και τα δικαιολογητικά στα οποία βασίζεται η εγγραφή ή η πιστοποίηση και η κατάταξη στον επίσημο κατάλογο. Στην προκειμένη περίπτωση, ο συμμετέχων «…» δήλωσε στα προαναφερόμενα πεδία του υποβληθέντος από αυτόν ΤΕΥΔ ότι είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο/Μητρώο, αναφέροντας τα στοιχεία εγγραφής του, ήτοι ΜΕΕΠ «…»

και τις τάξεις ΟΔΟΠΟΙΙΑ 2Η ΤΑΞΗ, ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ 2Η ΤΑΞΗ, ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ 2Η ΤΑΞΗ, ΛΙΜΕΝΙΚΑ 1Η ΤΑΞΗ, ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΑ 1Η ΤΑΞΗ. Δεν ανέφερε, όμως, κανένα δικαιολογητικό στο οποίο βασίσθηκε η εγγραφή του. Με τα δεδομένα αυτά, όμως, η εν θέματι προσφορά παρέβη τη σχετική απαίτηση της διακήρυξης, κατά παράβαση της αρχής της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης (βλ. και ΑΕΠΠ 931/2020). Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η παράλειψη του οικονομικού φορέα ««...» » να παραθέσει στο συγκεκριμένο πεδίο τα πιστοποιητικά στα οποία βασίστηκε η εγγραφή του στο ΜΕΕΠ δεν δύναται να αναπληρωθεί εκ των υστέρων, στο πλαίσιο της διαδικασίας του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, αφού η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων που έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης και μάλιστα, όπως εν προκειμένω, του ΤΕΥΔ δηλαδή, του ουσιώδους εκείνου δικαιολογητικού συμμετοχής το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν. 4412/2016, επέχει θέση υπευθύνου δηλώσεως, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που ορίζονται στην οικεία προκήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία. Τούτων δοθέντων, δεκτός ως βάσιμος κρίνεται και ο δεύτερος λόγος προσφυγής και η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος με το οποίο έκανε δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα ««...» », παρά τη διαπιστωθείσα ως άνω ουσιώδη πλημμέλεια του υποβληθέντος από αυτόν ΤΕΥΔ.

13. Επειδή, κατόπιν όσων ανωτέρω κρίθηκαν, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη και η προσβαλλόμενη απόφαση να ακυρωθεί κατά το μέρος με το οποίο έκανε δεκτή την προσφορά του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα ««...» » και ανέδειξε αυτόν ως προσωρινή ανάδοχο για την εκτέλεση της σύμβασης έργου ««...» », σύμφωνα με τα κριθέντα στις σκέψεις 10, 11 και 12 της παρούσας.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» , ποσού 810,00€, πρέπει να επιστραφεί στην

προσφεύγουσα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. 158/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του «...» κατά το μέρος με το οποίο έκανε δεκτή την προσφορά του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα ««...» » και ανέδειξε αυτόν ως προσωρινή ανάδοχο για την εκτέλεση της σύμβασης έργου ««...» », σύμφωνα με τα κριθέντα στις σκέψεις 10, 11 και 12 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του με κωδικό «...» ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 810,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 14-12-2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 4-1-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ	**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ	**ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ**

Αριθμός απόφασης: Ε1/2021

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 04.12.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1816/07.12.2020 της προσφεύγουσας Ένωσης Οικονομικών Φορέων ...- ..., με διεύθυνση : ..., οδός ... αρ. ..., ΤΚ ..., η οποία αποτελείται από τις ακόλουθες εταιρίες: 1. την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» (δ.τ. ...), η οποία εδρεύει στην ..., (...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και 2. την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» (δ.τ. ...), η οποία εδρεύει στο Δήμο .../ ..., ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

της πρώτης παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ... (...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

της δεύτερης παρεμβαίνουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ... (...)

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθούν, ολικά ή μερικά η με αρ. πρωτ. 2553/24.11.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής, η με αρ. πρωτ.

2593/01.12.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής, καθώς και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή φέρεται προς συζήτηση ενώπιον της Επταμελούς Σύνθεσης της Αρχής δυνάμει της υπ' αριθμ. 2177/2020 Πράξης του Προέδρου της και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ... με την ένδειξη «δεσμευμένο», εξοφληθέν δυνάμει του από 04.12.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας ...), ύψους 15.000,00€, δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού είναι μεγαλύτερος των 15.000.000€, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ.

3. Επειδή, ο «... (εφεξής: «...») ...» προκήρυξε, με την από Φεβρουαρίου 2019 διακήρυξη, Δημόσιο Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με τη διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου (Α΄ Φάση), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, από πλευράς βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για το έργο «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΜΟΝΑΔΑΣ ΜΗΧΑΝΙΚΗΣ ΔΙΑΛΟΓΗΣ ΣΥΜΜΕΙΚΤΩΝ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΚΟΜΠΟΣΤΟΠΟΙΗΣΗΣ ΟΡΓΑΝΙΚΟΥ ΚΛΑΣΜΑΤΟΣ ΣΤΟΝ ΔΗΜΟ ...-

ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΜΟΝΑΔΑΣ», εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 33.840.991,46 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και με δικαίωμα προαίρεσης, εκτιμώμενης αξίας 12.380.400 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. Περίληψη της Διακήρυξης εστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 06.03.2019.Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 08.03.2019 με ΑΔΑΜ: ... 2019-03-08, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

4. Επειδή, στη Διακήρυξη της εξεταζόμενης διαδικασίας που αφορούσε στην Α’ Φάση (Πρόσκληση Υποβολής Αιτήσεων Συμμετοχής), ορίζονται τα ακόλουθα «[…] 1.4 Πληροφορίες για τα στάδια του ανταγωνιστικού διαλόγου - Εκτιμώμενο χρονοδιάγραμμα. Οι Διαγωνιζόμενοι που θα επιλεγούν να συμμετάσχουν στον ανταγωνιστικό διάλογο θα είναι πέντε (5) σύμφωνα με το άρθρο 30 του Ν. 4412/2016 και την κατευθυντήρια οδηγία 21 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. , με την επιφύλαξη των οριζόμενων στο άρθρο 13 της παρούσας και σύμφωνα με το Άρθρο 84 του Ν. 4412/2016. Πλην των επιλεγέντων Διαγωνιζόμενων, ουδείς άλλος οικονομικός φορέας δύναται να συμμετάσχει στα επόμενα στάδια του Διαγωνισμού, ήτοι στο 1ο Στάδιο της Β’ Φάσης (Β΄ Φάση- Στάδιο 1- Πρόσκληση συμμετοχής στον Διάλογο) του Διαγωνισμού και στο 2ο Στάδιο της Β’ Φάσης (Β’ Φάση- Στάδιο 2- Πρόσκληση υποβολής δεσμευτικών προσφορών) του Διαγωνισμού. Τα θέματα που θα συζητηθούν κατά την διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, θα αφορούν σε τεχνικές προσεγγίσεις σχετικά με τα κάτωθι θεματικά αντικείμενα (πτυχές), που περιλαμβάνει η υπό ανάθεση σύμβαση: […] Ο ανταγωνιστικός διάλογος θα διεξαχθεί σε 1 στάδιο, σύμφωνα με το μοντέλο της «προσδιορισμένης λύσης» (βλ. το Κεφάλαιο 3.3.2 της με αρ. 21/2017 Κατευθυντήριας Οδηγίας της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων). Ωστόσο, κατά παρέκκλιση όσων αναφέρονται στην παραπάνω Κατευθυντήρια Οδηγία, Προεπιλεγείς Διαγωνιζόμενος, ο οποίος αποκλείεται για οποιοδήποτε λόγο από το 1ο στάδιο της Β’ Φάσης, δεν θα δικαιούται να συμμετάσχει στο 2ο Στάδιο της Β’ Φάσης, σύμφωνα με τα

αναλυτικά προσδιοριζόμενα στη Διακήρυξη του 1ου σταδίου της Β΄ Φάσης- Πρόσκληση συμμετοχής στον Διάλογο. Αναλυτικά, η διαδικασία και οι όροι διεξαγωγής του διαλόγου θα καθορισθούν με τη Διακήρυξη του 1ου Σταδίου της Β' Φάσης (Β΄ Φάση- Στάδιο 1- Πρόσκληση συμμετοχής στον Διάλογο) του Διαγωνισμού. Το στάδιο της υποβολής των δεσμευτικών προσφορών θα καθορισθεί με τη Διακήρυξη του 2ου Σταδίου της Β' Φάσης (Β΄ Φάση- Στάδιο 2- Πρόσκληση υποβολής δεσμευτικών προσφορών) του Διαγωνισμού. […] Άρθρο 6ο Εχεμύθεια. Η Αναθέτουσα Αρχή τηρεί την υποχρέωση εχεμύθειας, όπως αυτή προσδιορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 21 του Ν. 4412/2016. Οι Ενδιαφερόμενοι, οι Διαγωνιζόμενοι και ο Ανάδοχος οφείλουν να μην κοινοποιούν σε τρίτους όσες πληροφορίες θα τους παρασχεθούν και, εν γένει, λάβουν γνώση με οιονδήποτε τρόπο, στο πλαίσιο του Διαγωνισμού και της εκτέλεσης της Σύμβασης, εκτός εάν αυτό συνιστά νόμιμη υποχρέωσή τους. Εφόσον ένας Διαγωνιζόμενος χαρακτηρίζει, με την προσφορά του, πληροφορίες ως εμπιστευτικές, λόγω ύπαρξης τεχνικού ή εμπορικού απορρήτου, στη σχετική δήλωσή του αναφέρει ρητά όλες τις σχετικές νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις ή διοικητικές πράξεις που επιβάλλουν την εμπιστευτικότητα της συγκεκριμένης πληροφορίας. Δεν επιτρέπεται να χαρακτηριστούν ως εμπιστευτικές πληροφορίες ή/και σχετικά στοιχεία της αίτησης συμμετοχής που χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση και την βαθμολόγησή της. Το δικαίωμα πρόσβασης ενός Διαγωνιζόμενου στα έγγραφα των αιτήσεων συμμετοχής άλλων Διαγωνιζόμενων ασκείται, σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 1 του άρθρου πρώτου του ΠΔ 28/2015 […] Άρθρο 8ο Δικαίωμα Συμμετοχής - Προϋποθέσεις Συμμετοχής- Επαγγελματική και Τεχνική Ικανότητα - Χρηματοοικονομική και Οικονομική Επάρκεια […] Άρθρο 9ο Δικαιολογητικά για την πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 8 της παρούσας […] Άρθρο 13° Διαδικασία Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των αιτήσεων συμμετοχής- Ολοκλήρωση του παρόντος σταδίου […] Μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των αιτήσεων συμμετοχής, η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων.

Ειδικότερα, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού προβαίνει στη διαδικασία ελέγχου των αιτήσεων συμμετοχής. Με βάση δε τα παρακάτω κριτήρια, όπως παρουσιάζονται στον πίνακα που ακολουθεί, βαθμολογεί μόνο τις αιτήσεις συμμετοχής που πληρούν τις προϋποθέσεις της Διακήρυξης: […]Η Αναθέτουσα Αρχή εκδίδει τη σχετική απόφαση επί της αξιολόγησης και βαθμολόγηση των αιτήσεων συμμετοχής και προεπιλέγει τους πέντε (5) πρώτους σε βαθμολογία Διαγωνιζόμενους (σε περίπτωση ισοβαθμίας θα επιλέγονται και όλοι όσοι ισοβαθμούν). Η απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής κοινοποιείται στους Διαγωνιζόμενους. Στη συνέχεια, στους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους θα αποσταλεί επιστολή από την Αναθέτουσα Αρχή, με την οποία θα καλούνται να παραλάβουν τη Διακήρυξη του 1ου Σταδίου της Β' Φάσης (Β΄ Φάση- Στάδιο 1- Πρόσκληση συμμετοχής στον Διάλογο) του Διαγωνισμού και να συμμετάσχουν στη Β΄ Φάση του Διαγωνισμού, σύμφωνα με την Διακήρυξη του 1ου Σταδίου της Β' Φάσης. […]».

5. Επειδή, κατά τη διακήρυξη (Α΄ Φάση), ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, κατόπιν παρατάσεων, ορίσθηκε η 7η Μαΐου 2019 και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η 13η Μαΐου 2019.Στον διαγωνισμό υπέβαλαν εμπροθέσμως αιτήσεις συμμετοχής τέσσερις οικονομικοί φορείς, ήτοι: α) η ένωση προσώπων «... – ...», β) η ένωση οικονομικών φορέων «... – ...» (προσφεύγουσα), γ) η εταιρεία «...», και δ) η εταιρεία «...». Στη συνέχεια, η Επιτροπή του Διαγωνισμού συνέταξε το από 04.09.2019 Πρακτικό 1, δυνάμει του οποίου εισηγήθηκε αφενός μεν τη συμμετοχή στην επόμενη φάση του διαγωνισμού των εκ των συμμετεχόντων «...» και «... – ...» (προσφεύγουσας), οι οποίοι και βαθμολογήθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 13 της διακήρυξης, αφετέρου δε την απόρριψη των αιτήσεων συμμετοχής των «...» και «... – ...». Η Αναθέτουσα Αρχή με την 104/20.9.2019 απόφαση (22ο Πρακτικό Συνεδριάσεως) του Διοικητικού Συμβουλίου της, υιοθέτησε το ανωτέρω Πρακτικό 1, καθ' ο μέρος με αυτό γνωμοδοτείτο η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας από την «...» και την αιτούσα, ενώ το απέρριψε ως προς τον αποκλεισμό της «...» και της «... – ...», αποφάσισε δε τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας του ανταγωνιστικού διαλόγου με τη

συμμετοχή όλων των οικονομικών φορέων που είχαν υποβάλει αιτήσεις συμμετοχής. Με την ίδια απόφαση αποφασίσθηκε η επιστροφή του ανωτέρω Πρακτικού 1 στην Επιτροπή του Διαγωνισμού, με σκοπό τη βαθμολόγηση, βάσει του άρθρου 13 της διακήρυξης, και των αιτήσεων συμμετοχής των ανωτέρω «...» και «... – ...», τις οποίες, όπως προεκτέθηκε, η Επιτροπή δεν βαθμολόγησε διότι είχε εισηγηθεί τον αποκλεισμό τους. Η 104/20.9.2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με συνημμένο σε αυτήν το προαναφερόμενο Πρακτικό 1, αναρτήθηκε στη «Διαύγεια» στις 26.09.2019 και στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 27.09.2019. Κατόπιν τούτων, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνεδρίασε εκ νέου στις 18.10.2019 και εξέδωσε το υπ' αριθμ. πρωτ. 2004/23.10.2019 Πρακτικό 1, με αντικείμενο τη συμπλήρωση της βαθμολόγησης της «...» και της «... – ...». Το τελευταίο αυτό Πρακτικό περί συμπληρωματικής βαθμολογίας έγινε αποδεκτό με την υπ' αριθμ. 127/24.10.2019 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής (26ο πρακτικό), με την οποία αποφασίσθηκε η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, με τη συμμετοχή όλων των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν αίτηση συμμετοχής. Κατά της ανωτέρω 127/24.10.2019 αποφάσεως του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής η προσφεύγουσα άσκησε την από 8.11.2019 προδικαστική προσφυγή, στρεφόμενη καθ' όλων των λοιπών συμμετεχόντων στον διαγωνισμό. Η προδικαστική προσφυγή έγινε εν μέρει δεκτή με την 18/2020 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) και ακυρώθηκε η 127/24.10.2019 απόφαση, καθ' ο μέρος με αυτή έγινε δεκτή η συμμετοχή της εταιρείας «...», ενώ απορρίφθηκε καθ' ο μέρος εστρέφετο κατά της συμμετοχής της ένωσης «... – ...» και της εταιρείας «...». Αίτηση αναστολής ασκηθείσα εκ μέρους της προσφεύγουσας κατά της ως άνω απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ως προς το μέρος κατά το οποίο απορρίφθηκε η από 8.11.2019 προδικαστική προσφυγή της, απορρίφθηκε με την 30/2020 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας. Επίσης, αίτηση αναστολής της «...» κατά της ίδιας ως άνω απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ως προς το μέρος κατά το οποίο έγινε δεκτή η από 8.11.2019 προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, έγινε δεκτή με την 31/2020 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας.

Ως δε η προσφεύγουσα προβάλλει, κατά της ως άνω 18/2020 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. – και των υπ' αριθμ. 127/2019 και 104/2019 αποφάσεων του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής - έχει ασκήσει τη με αρ. κατ. 1302/2020 αίτηση ακύρωσης, ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, για την οποία εκκρεμεί η δημοσίευση απόφασης.

6. Επειδή, στο Κεφάλαιο Α' υπό Β. της Διακήρυξης της εξεταζόμενης διαδικασίας που αφορά στο Στάδιο 1 (Πρόσκληση Συμμετοχής στο Διάλογο) της Β' Φάσης, προσδιορίζεται το αντικείμενο της σύμβασης και ορίζεται ότι «Αναλυτικότερη περιγραφή του αντικειμένου της Σύμβασης, καθώς και οι σχετικές παράμετροι σχεδιασμού αναφέρονται στο Παράρτημα 1 της παρούσας Διακήρυξης.». Στο Παράρτημα 1 με τίτλο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ», στο οποίο παραπέμπει ο προαναφερθείς όρος της Διακήρυξης και δη στην παράγραφο 1.3 «ΕΙΔΙΚΕΣ ΕΛΑΧΙΣΤΕΣ ΤΕΧΝΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΥ ΤΗΣ ΜΟΝΑΔΑΣ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ» αυτού, ορίζεται ότι «[…] Τα όσα δίδονται και απαιτούνται στο παρόν κεφάλαιο (1.3) συνιστούν υποχρεωτικά δεδομένα και ελάχιστες απαιτήσεις, η εφαρμογή τους είναι επομένως υποχρεωτική και τυχόν απόκλιση σε τουλάχιστον μία από αυτές θα συνεπάγεται τον αποκλεισμό της σχετικής τεχνικής λύσης». Περαιτέρω, στην ίδια Διακήρυξη ορίζονται τα ακόλουθα: «[…] Άρθρο 6ο Εχεμύθεια. Ως προς τα ζήτημα της εχεμύθειας εφαρμόζεται το Άρθρο 6 της Διακήρυξης Α' Φάσης- Πρόσκληση Υποβολής Αιτήσεων Συμμετοχής. […] Άρθρο 8ο Αλλαγή σχήματος Προεπιλεγέντων Διαγωνιζόμενων- Έλεγχος για την πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 8 της Διακήρυξης Α' Φάσης. Οι Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενοι θα υποβάλουν Υπεύθυνη Δήλωση, με ημερομηνία σύνταξης την ημερομηνία υποβολής της δήλωσης συμμετοχής, με την οποία θα δηλώνεται ότι ουδεμία μεταβολή επήλθε σε όλα τα στοιχεία τα οποία αποτέλεσαν αντικείμενο αξιολόγησης, κατά την Α' Φάση του Διαγωνισμού. Σε αντίθετη περίπτωση, οι Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενοι θα πρέπει να υποβάλουν επικαιροποιημένα όλα τα δικαιολογητικά του Άρθρου 8 της Διακήρυξης της Α' Φάσης από τα οποία πρέπει να προκύπτει ότι η μεταβολή που επήλθε δεν αλλοιώνει το αποτέλεσμα της αξιολόγησης των Αιτήσεων Συμμετοχής, οι δε Προεπιλεγέντες

Διαγωνιζόμενοι διατηρούν ακόμα όλες τις προϋποθέσεις της προεπιλογής τους. Κατά τα λοιπά, ισχύουν τα Άρθρα 8 «Δικαίωμα Συμμετοχής - Προϋποθέσεις Συμμετοχής- Επαγγελματική και Τεχνική Ικανότητα - Χρηματοοικονομική και Οικονομική Επάρκεια «και 9 «Δικαιολογητικά για την πλήρωση των προϋποθέσεων του άρθρου 8 της παρούσας» της Διακήρυξης της Α' Φάσης. […]Άρθρο 12° Καταληκτική Ημερομηνία Υποβολής των Δηλώσεων Συμμετοχής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των δηλώσεων συμμετοχής στον διάλογο, ορίζεται η 31/05/2020, ημέρα Κυριακή . Ώρα λήξης της υποβολής των δηλώσεων συμμετοχής ορίζεται η 20:00. Άρθρο 13ο Προϋποθέσεις Έγκυρης και Παραδεκτής Συμμετοχής στον Διάλογο -Τρόπος Υποβολής Δήλωσης Συμμετοχής. Οι δηλώσεις συμμετοχής υποβάλλονται από τους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους ηλεκτρονικά, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ, […] Οι Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενοι υποβάλλουν με την δήλωση συμμετοχής τους τα ακόλουθα: α) δήλωση συμμετοχής. Οι Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενοι συμπληρώνουν και υπογράφουν τη σχετική δήλωση συμμετοχής η οποία έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου PDF, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα 2). β) εάν απαιτούνται, τα δικαιολογητικά του Άρθρου 8 της παρούσας. Άρθρο 14° Διαδικασία Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των δηλώσεων συμμετοχής. […] Με την αποσφράγιση των δηλώσεων συμμετοχής, κάθε Προεπιλεγείς Διαγωνιζόμενος αποκτά πρόσβαση στις αιτήσεις συμμετοχής των άλλων Προεπιλεγέντων Διαγωνιζόμενων, με την επιφύλαξη των πτυχών εκείνων που έχουν νομίμως χαρακτηρισθεί ως εμπιστευτικές. […] Μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των δηλώσεων συμμετοχής, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού προβαίνει στη διαδικασία ελέγχου των δηλώσεων συμμετοχής. Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού συντάσσει και υπογράφει το Πρακτικό Αξιολόγησης των δηλώσεων συμμετοχής, το οποίο κοινοποιείται σε όλους τους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους. Ειδικότερα, στο εν λόγω Πρακτικό θα αναφέρονται, ιδίως: α) οι Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενοι που αποκλείονται, διότι δεν πληρούν τους όρους της παρούσας, και β) οι

Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενοι που, κατά τα παραπάνω, δεν αποκλείονται και βαθμολογήθηκαν, εάν αυτό απαιτείται κατά το άρθρο 8 της παρούσας. Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού διαβιβάζει στην Αναθέτουσα Αρχή το Πρακτικό Αξιολόγησης και Βαθμολόγησης των δηλώσεων συμμετοχής. Η Αναθέτουσα Αρχή εκδίδει τη σχετική απόφαση επί της αξιολόγησης των δηλώσεων συμμετοχής. Άρθρο 15° Διαδικασία και στόχοι Διαλόγου. Ο διάλογος θα διενεργηθεί σε ένα στάδιο. Η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού θα διεξάγει χωριστές συνεδρίες διαλόγου με τον κάθε Προεπιλεγέντα Διαγωνιζόμενο, η δήλωση συμμετοχής του οποίου δεν απορρίφθηκε. Η επιτυχής υλοποίηση της Σύμβασης εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από την ενεργητική συμμετοχή των Προεπιλεγέντων Διαγωνιζόμενων στη διαδικασία του διαλόγου. Η Αναθέτουσα Αρχή θα επιδιώξει την εις βάθος συζήτηση όλων των πτυχών του διαλόγου και την παροχή της πληρέστερης δυνατής πληροφόρησης προς τους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους, οι δε τελευταίοι υποχρεούνται να επιδείξουν ανάλογη δημιουργική συμμετοχή και γόνιμη συνεισφορά για διερεύνηση των βέλτιστων επιλογών. Ο διάλογος θα διεξάγεται με κάθε Προεπιλεγέντα Διαγωνιζόμενο χωριστά. Κατ' εξαίρεση και εφόσον συναινούν όλοι, δύνανται να διοργανωθούν κοινές συναντήσεις μεταξύ της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και περισσοτέρων Προεπιλεγέντων Διαγωνιζόμενων. […] Οι πληροφορίες που θα περιέλθουν σε γνώση της Αναθέτουσας Αρχής από έναν Προεπιλεγέντα Διαγωνιζόμενο δεν θα γνωστοποιηθούν στους άλλους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους, χωρίς τη συναίνεσή του. Με την επιφύλαξη του Άρθρου 6 της παρούσας, οι Προτάσεις κάθε Προεπιλεγέντα Διαγωνιζόμενου δεν θα γνωστοποιηθούν στους άλλους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους, πλην της/ των Πρότασης/ εων, που θα επιλεγούν από την Αναθέτουσα Αρχή και η/ οι οποία/ ες προφανώς θα γνωστοποιηθεί/ ούν σε όλους όσοι δικαιούνται να συμμετάσχουν στο 2ο Στάδιο της Β' Φάσης του Διαγωνισμού. Στον διάλογο συμμετέχουν οι νόμιμοι ή νομίμως εξουσιοδοτηθέντες εκπρόσωποι των Προεπιλεγέντων Διαγωνιζόμενων που δικαιούνται να συμμετάσχουν σ' αυτόν. […] Πριν από την έναρξη του διαλόγου, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού θα καλέσει τους

Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους που δικαιούνται να συμμετάσχουν στον διάλογο να δηλώσουν τα πρόσωπα που θα απαρτίζουν την Ομάδα Διαλόγου Προεπιλεγέντος (ΟΔΠ), τα οποία είναι τα μόνα αρμόδια για την επικοινωνία με την Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού. Αντικατάσταση του μέλους της Ομάδας Διαλόγου Προεπιλεγέντος (ΟΔΠ) χωρεί μόνο σε περίπτωση κωλύματος του μέλους και μετά από σύμφωνη γνώμη της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού. […] Άρθρο 16° Διάρκεια Διαλόγου. […] Μετά τη λήξη της τελευταίας συνεδρίας και την ημερομηνία υποβολής διευκρινήσεων, η αναθέτουσα αρχή θα ορίσει την έναρξη των […] ημερών, εντός των οποίων οι Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλλουν γραπτώς την Πρότασή τους σύμφωνα με την διαδικασία του Άρθρου 17 της παρούσης […] Άρθρο 17° Πτυχές Διαλόγου- Προτάσεις. Ο διάλογος αφορά τις ακόλουθες πτυχές: 1. Μονάδα Υποδοχής: ●Τύπος μονάδας υποδοχής ανά εισερχόμενο ρεύμα απορριμμάτων (σύμμεικτα, πράσινα και μπλε κάδος) 2. Μηχανική διαλογή: ● Βαθμός αυτοματοποίησης της μηχανικής διαλογής ● Επιλογή ξεχωριστής ή ίδιας γραμμής επεξεργασίας για σύμμεικτα απορρίμματα και μπλε κάδο ● Διεργασία Εξευγενισμού τελικού Προϊόντος. 3. Τεχνολογία Κομποστοποίησης ● Διεργασία κομποστοποίησης ● Διεργασία ωρίμανσης 4. Τεχνολογίες απόσμησης/αποκονίωσης- έργα περιβαλλοντικής προστασίας του έργου. Τα επιμέρους θέματα του διαλόγου θα προσδιοριστούν επακριβώς με το πρόγραμμα διεξαγωγής των συνεδριών που θα αποσταλεί στους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους που δικαιούνται να συμμετάσχουν στον διάλογο. Με την ολοκλήρωση της διαδικασίας των συνεδριών, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού θα αποστείλει σε όλους τους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους που δικαιούνται να συμμετάσχουν στον διάλογο Πρόσκληση Υποβολής Πρότασης, εντός της προθεσμίας του Άρθρου 16 της παρούσας. Στην πρόσκληση αυτή θα προσδιορίζεται ο μορφότυπος του/ των ψηφιακού/ ών αρχείου/ είων που θα πρέπει να υποβληθεί/ ούν. Η Πρόταση θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιλαμβάνει: 1. Τεχνική έκθεση στην οποία θα περιγράφεται η πρόταση που προτείνει ο προεπιλεγέντας διαγωνιζόμενος για τη Μονάδα Μηχανικής Διαλογής Αστικών Σύμμεικτων Αποβλήτων (ΑΣΑ) και

Κομποστοποίησης του Οργανικού Κλάσματος στο Δήμο .... Η τεχνική αυτή έκθεση θα αποτελείται από χωριστά κεφάλαια για κάθε θεματική ενότητα του διαλόγου δηλαδή ● για τη μονάδα της υποδοχής, ● για τη μονάδα της μηχανικής διαλογής, συμπεριλαμβανομένης και της διεργασίας εξευγενισμού ● για τη μονάδα κομποστοποίησης, συμπεριλαμβανομένης και της διεργασίας ωρίμανσης ● για τις τεχνολογίες απόσμησης/αποκονίωσης (τα έργα περιβαλλοντικής προστασίας) που θα εγκατασταθούν σε κάθε μονάδα. Το κάθε ένα κεφάλαιο της τεχνικής έκθεσης θα περιλαμβάνει κατ' ελάχιστον: ο Τις αρχές σχεδιασμού / πλεονεκτήματα πρότασης ο Τις αποδόσεις / Συμμόρφωση με τις απαιτήσεις σχεδιασμού ο Τις περιβαλλοντικές επιπτώσεις και τις αποδόσεις συστημάτων περιβαλλοντικής προστασίας ο Τις λειτουργικές παραμέτρους/απαιτήσεις, όπως εγκατεστημένη ισχύς, ειδικότητες και πλήθος προσωπικού , απαιτήσεις σε κινητό εξοπλισμό ο Τρόπος διαχείρισης (μεταφορά - αποθήκευσης - φόρτωσης) προϊόντων και παραπροϊόντων. ο Την πρόταση ευελιξίας σε εποχικότητα και σταδιακή επίτευξη των εισερχομένων ποσοτήτων σε ανακυκλώσιμα και σε προδιαλεγμένα στη ΜΕΑ και θα καταλήγει στα πλεονεκτήματα της πρότασης ανά πτυχή διαλόγου. 2. Προτάσεις Σχεδίων στα οποία θα αποτυπώνεται η πρόταση του κάθε προεπιλεγέντα για: α. τη μονάδα της υποδοχής, β. τη μονάδα της μηχανικής διαλογής, συμπεριλαμβανομένης και της διεργασίας εξευγενισμού γ. τη τεχνολογία για τη μονάδα κομποστοποίησης, συμπεριλαμβανομένης και της διεργασίας ωρίμανσης δ. τα έργα περιβαλλοντικής προστασίας που θα εγκατασταθούν σε κάθε μονάδα. 3. Πρόταση Σχεδίου Γενικής Διάταξης της Μονάδας Μηχανικής Διαλογής Σύμμεικτων Απορριμμάτων και Κομποστοποίησης Οργανικού Κλάσματος. Όλα τα παραπάνω θα υποβληθούν ψηφιακά υπογεγραμμένα και θα υποβληθούν σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 13 της παρούσας. […] Άρθρο 20° Αποκλεισμός Προεπιλεγέντος Διαγωνιζόμενου από τον Διάλογο. Προεπιλεγείς Διαγωνιζόμενος που δεν αποκλείστηκε σύμφωνα με το άρθρο 14 της παρούσας αποκλείεται από τον διάλογο, σε περίπτωση που κατ' επανάληψη παραλείπει την, σύμφωνα με τους ειδικότερους όρους της παρούσας, ενεργητική συμμετοχή του σε ένα ή περισσότερα από τα επιμέρους διαδικαστικά στάδια ή

συνεδρίες του διαλόγου, σύμφωνα με το άρθρο 4 της παρούσας. Σε κάθε περίπτωση, Προεπιλεγείς Διαγωνιζόμενος που είτε δεν συμμετείχε νομότυπα στην κύρια συνεδρία του διαλόγου, είτε δεν υπέβαλε νομότυπα Πρόταση αποκλείεται από τον Διαγωνισμό. Άρθρο 21° Λήξη παρόντος Σταδίου- Έναρξη 2ου Σταδίου της Β' Φάσης. Μετά την υποβολή των Προτάσεων, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, αφού τις αξιολογήσει, συντάσσει σχετικό Πρακτικό Αξιολόγησης, το οποίο κοινοποιείται σε όλους τους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους οι οποίοι συμμετείχαν στον διάλογο. Ειδικότερα, στο εν λόγω Πρακτικό θα αναφέρονται, ιδίως: α) οι Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενοι που αποκλείονται από τον Διαγωνισμό, και β) η/ οι Πρόταση/ σεις που κρίνονται προτιμητέες. Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού διαβιβάζει στην Αναθέτουσα Αρχή το Πρακτικό Αξιολόγησης. Η Αναθέτουσα Αρχή εκδίδει τη σχετική απόφαση η οποία κοινοποιείται στους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους οι οποίοι συμμετείχαν στον διάλογο. Η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού, θα προβεί στην αξιολόγηση των Προτάσεων και θα επιλέξει την/τις Πρόταση/ σεις ανά πτυχή διαλόγου, με βάση τα κάτωθι κριτήρια: [περιλαμβάνεται πίνακας στον οποίο ορίζονται τα κάτωθι τέσσερα Κριτήρια Επιλογής Προτάσεων: 1. Μονάδα Υποδοχής, 2. Μηχανική Διαλογή, 3. Τεχνολογία Κομποστοποίησης και 4. Τεχνολογίες Απόσμηση/Αποκονίωσης – Έργα Περιβαλλοντικής Προστασίας Έργου και για καθένα από τα ως άνω Κριτήρια ορίζονται τέσσερα υποκριτήρια (Κ1, Κ2, Κ3 και Κ4) αξιολόγησης και ο συντελεστής βαρύτητας καθενός από τα υποκριτήρια αυτά] […] Η βαθμολογία κάθε κριτηρίου κυμαίνεται από 0 έως 100 βαθμούς. Προεπιλεγέντας Διαγωνιζόμενος που θα αναπτύξει πρόταση με τον βέλτιστο τρόπο κάλυψης των απαιτήσεων έκαστου κριτηρίου θα βαθμολογηθεί στο συγκεκριμένο κριτήριο με 100. Προεπιλεγέντας Διαγωνιζόμενος που η πρόταση του καλύπτει τις ελάχιστες απαιτήσεις της Τεχνικής Περιγραφής – Τεχνικές Προδιαγραφές θα λάβει την ελάχιστη αποδεκτή βαθμολογία, η οποία ισούται με 50 βαθμούς, ενώ οι υπόλοιποι διαγωνιζόμενοι θα βαθμολογηθούν συγκριτικά. Προτάσεις που δεν καλύπτουν τις ελάχιστες απαιτήσεις του περιγραφικού εγγράφου θα βαθμολογούνται με βαθμό κάτω του 50 και θα απορρίπτονται. Το παρόν Στάδιο

του Διαγωνισμού κηρύσσεται περατωθέν με την έκδοση της παραπάνω απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής. Όσοι συμμετείχαν στον διάλογο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρούσα, και δεν αποκλείστηκαν από τον Διαγωνισμό, θα κληθούν να υποβάλουν Δεσμευτική Προσφορά, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στη Διακήρυξη του 2ου Σταδίου της Β' Φάσης (Β΄ Φάση- Στάδιο 2- Πρόσκληση υποβολής δεσμευτικών προσφορών). Όποιος αποκλείεται για οποιοδήποτε λόγο από το 1ο στάδιο της Β' Φάσης, δεν θα δικαιούται να συμμετάσχει στο 2ο Στάδιο της Β' Φάσης, σύμφωνα με τα αναλυτικά προσδιοριζόμενα στην παρούσα Πρόσκληση Συμμετοχής στον Διάλογο. Ο ανταγωνιστικός διάλογος θα διεξαχθεί, σύμφωνα με το μοντέλο της «προσδιορισμένης λύσης» (βλ. το Κεφάλαιο 3.3.2 της με αρ. 21/2017 Κατευθυντήριας Οδηγίας της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων)».

7. Επειδή, η ως άνω Διακήρυξη του 1^{ου} Σταδίου (Πρόσκληση Συμμετοχής στον Διάλογο του Διαγωνισμού) της Β' Φάσης (εφεξής «Διακήρυξη») (εγκριθείσα με τηνυπ' αριθμ. 41/2020 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής) αναρτήθηκε στις 21.05.2020 στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ με Συστημικό Αριθμό ...-... Δυνάμει της υπ' αριθμ. 1168/22.05.2020 πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής προς τους προεπιλεγέντες οικονομικούς φορείς, οι τελευταίοι υπέβαλαν τις κατά τα άρθρα 12, 13 και 14 της Διακήρυξης δηλώσεις συμμετοχής, οι οποίες γνωστοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους και έγιναν αποδεκτές στο σύνολό τους, κατόπιν έγκρισης του Πρακτικού 2 της Επιτροπής Διαγωνισμού με την υπ' αριθμ. 69/2020 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε στους προεπιλεγέντες διαγωνιζόμενους στις 24.06.2020. Στις 07.07.2020, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 1498/06.07.2020 Πρόσκληση Συμμετοχής στο Διάλογο, όλοι οι διαγωνιζόμενοι, δεδομένου ότι όλες οι υποβληθείσες αιτήσεις συμμετοχής έγιναν δεκτές, κλήθηκαν να δηλώσουν έκαστος τα πρόσωπα που απαρτίζουν την Ομάδα Διαλόγου Προεπιλεγέντος (Ο.Δ.Π.) του, κατά το άρθρο 15 της Διακήρυξης, έως τις 15.07.2020. Με την ίδια Πρόσκληση καθορίστηκε αλφαβητικά η σειρά προεπιλεγέντων και το πρόγραμμα (συνεδρίες) του

Διαλόγου, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 15 και 16 της Διακήρυξης. Οι διαγωνιζόμενοι υπέβαλαν εμπρόθεσμα τους καταλόγους μελών Ο.Δ.Π.

8. Επειδή, εν συνεχεία, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 1742/07.08.2020 Πρόσκληση Υποβολής Πρόταση της Αναθέτουσας Αρχής (η οποία αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ με Συστημικό Αριθμό ...-...), οι διαγωνιζόμενοι κλήθηκαν να υποβάλουν γραπτώς τις Προτάσεις τους σύμφωνα με το άρθρο 17 της Διακήρυξης. Κατόπιν α) του υπ' αριθμ. πρωτ. 1779/12.08.2020 εγγράφου διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, β) της υπ' αριθμ. 69/2020 απόφασης της αναθέτουσας αρχής (η οποία αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ με Συστημικό Αριθμό ...-...,...) με την οποία ορίστηκε κατά παράταση ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των γραπτών Προτάσεων η 17.09.2020 και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των Προτάσεων η 22.09.2020 και γ) του υπ' αριθμ. πρωτ. 1964/08.09.2020 εγγράφου διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, οι προεπιλεγέντες διαγωνιζόμενοι υπέβαλαν γραπτώς τις Προτάσεις τους. Στη συνέχεια εκδόθηκε η με αρ.115/2020 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε «…Κανένας Προεπιλεγείς Διαγωνιζόμενος να μην αποκλειστεί από την εν λόγω Φάση Β' Στάδιο 1ο του Διαγωνισμού, 2. Ως προτιμητέες τις ακόλουθες Προτάσεις ανά πτυχή διαλόγου, ήτοι αυτές που συγκέντρωσαν τη μεγαλύτερη βαθμολογία: - Για την πτυχή "Μονάδα Υποδοχής" προτιμητέα κρίνεται η πρόταση του εξής Προεπιλεγέντα: • ...-... - Για την πτυχή "Μηχανική Διαλογή" προτιμητέες κρίνονται οι προτάσεις των εξής Προεπιλεγέντων: • ...-...• ... με δ.τ. ... - Για την πτυχή "Τεχνολογία Κομποστοποίησης" προτιμητέα κρίνεται η πρόταση του εξής Προεπιλεγέντα: • ... - Για την πτυχή "Τεχνολογίες Απόσμησης/Αποκονίωσης – Έργα Περιβαλλοντικής Προστασίας Έργου" προτιμητέα κρίνεται η πρόταση του εξής Προεπιλεγέντα: •... - ... 3. Όλοι οι Προεπιλεγέντες να συμμετάσχουν στο 2ο Στάδιο της Β' Φάσης του διαγωνισμού…». Η εν λόγω απόφαση κοινοποιήθηκε προς «όλους τους συμμετέχοντες» μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 13.11.2020.Στην υπ' αριθμ. 115/2020 απόφαση, επισυνάπτεται το εγκριθέν με αυτήν Πρακτικό

Αξιολόγησης Προτάσεων της Επιτροπής Διαγωνισμού, στο τέλος του οποίου περιλαμβάνεται πίνακας με τη βαθμολόγηση και τη λεκτική αξιολόγηση των οριζόμενων στο άρθρο 21 της Διακήρυξης υποκριτηρίων των Κριτηρίων Επιλογής επί των Προτάσεων των διαγωνιζομένων. Η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 19.11.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, το με αρ. πρωτ. ...-20201119-108411/19.11.2020 αίτημά της, περί λήψης γνώσης των υποβληθεισών Προτάσεων και λοιπών εγγράφων των λοιπών πλην της ιδίας προεπιλεγέντων διαγωνιζόμενων. Συγκεκριμένα, με το προαναφερθέν αίτημα η προσφεύγουσα ζήτησε από την αναθέτουσα αρχή να της χορηγήσει «…πρόσβαση στο συνολικό περιεχόμενο των υποβληθεισών Προτάσεων και λοιπών εγγράφων (συμπεριλαμβανομένης της δήλωσης της Ομάδας Διαλόγου Προεπιλεγέντος) των λοιπών διαγωνιζόμενων φορέων (ήτοι των υπ' αριθμών 163469, 163472 και 164581 απαντήσεων που υπεβλήθησαν στο πλαίσιο της υπ' αριθμόν ΕΣΗΔΗΣ ...-...,... Πρόσκλησης Υποβολής Δικαιολογητικών), προκειμένου να είμαστε σε θέση να ελέγξουμε τη νομιμότητα της παραπάνω Απόφασής σας και να ασκήσουμε, σε περίπτωση που απαιτείται, τα προβλεπόμενα μέσα παροχής έννομης προστασίας…». Επί του ως άνω αιτήματος της προσφεύγουσας ένωσης, εκδόθηκαν οι με αρ. πρωτ. 2553/24.11.2020 και 2593/01.12.2020 πράξεις της αναθέτουσας αρχής. Με την πρώτη εξ αυτών, η αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε την προσφεύγουσα ότι ζήτησε, σύμφωνα με το άρθρο 15 της Διακήρυξης για τη Β' Φάση – Στάδιο 1 – Πρόσκληση συμμετοχής στο διάλογο, τη συναίνεση των διαγωνιζομένων για την παροχή πρόσβασης στην προσφεύγουσα στα αιτηθέντα εκ μέρους της στοιχεία (Προτάσεις και λοιπά έγγραφα). Σύμφωνα δε με τη δεύτερη εκ των ανωτέρω πράξεων της αναθέτουσας αρχής «Σε απάντηση σχετικών αιτημάτων [της προσφεύγουσας] αναφορικά με τον εν θέματι διαγωνισμό, σας ενημερώνουμε για τα εξής: 1. μετά από γνωμοδότηση του νομικού συμβούλου του ..., το περιεχόμενο των Προτιμητέων Προτάσεων ανά πτυχή διαλόγου θα σας γνωστοποιηθεί όταν αποσταλούν τα τεύχη της Β' Φάσης – Στάδιο 2ο: Πρόσκληση Υποβολής Δεσμευτικών. 2. μετά την άρνηση παροχής συναίνεσης από τους προεπιλεγέντες, δεν δύναται να γνωστοποιηθούν οι πληροφορίες που

ζητήθηκαν και αφορούν στις υποβληθείσες Προτάσεις και τα λοιπά έγγραφα». Κατά των ως άνω με αρ. πρωτ. 2553/24.11.2020 και 2593/01.12.2020 πράξεων της αναθέτουσας αρχής, ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή.

9. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στηνκαθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

10. Επειδή, με την προσφυγή προσβάλλεται παραδεκτώς η εκδηλωθείσα με την υπ' αριθμ. 2593/01.12.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής άρνηση της τελευταίας να χορηγήσει στην προσφεύγουσα τα στοιχεία των Προτάσεων των λοιπών διαγωνιζομένων, ως στοιχεία της αιτιολογίας της υπ' αριθμ. 115/2020 απόφασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, των οποίων η προσφεύγουσα ζήτησε να λάβει γνώση με το υπ' αριθμ. πρωτ. ...-20201119-108411/19.11.2020 αίτημά της (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 114/2020 σκ. 7).Ωστόσο, απαραδέκτως προσβάλλεται η με αρ. πρωτ. 2553/24.11.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία η τελευταία ενημέρωσε την προσφεύγουσα ότι ζήτησε, σύμφωνα με το άρθρο 15 της Διακήρυξης για το 1ο Στάδιο της Β' Φάσης (Πρόσκληση συμμετοχής στο διάλογο), τη συναίνεση των διαγωνιζομένων για την παροχή πρόσβασης στην προσφεύγουσα στα αιτηθέντα εκ μέρους της στοιχεία, διότι ως έγγραφο αμιγώς πληροφοριακού χαρακτήρα στερείται εκτελεστότητας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 102/2018, 188/2017 289, 368/2016).

11. Επειδή, με δεδομένο ότι σύμφωνα με το άρθρο 1.4 της Διακήρυξης της Ά Φάσης και το άρθρο 21 της Διακήρυξης του 1^{ου} Σταδίου της Β' Φάσης, του παρόντος Σταδίου (1^{ου} Σταδίου της Β' Φάσης) έπεται άλλο ένα Στάδιο (2^{ο} Στάδιο Β΄ Φάσης) στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, η συμμετοχή στο οποίο δεν είναι επιτρεπτή σε όποιον έχει αποκλειστεί κατά το παρόν Στάδιο, απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί των παρεμβαινουσών

ότι δεν νοείται βλάβη της προσφεύγουσας κατά την παρούσα φάση εκ της εκδηλούμενης με την προσβαλλόμενη άρνησης και δη διότι η προσφεύγουσα δεν έχει αποκλειστεί από το διαγωνισμό και δύναται να συμμετάσχει στο επόμενο Στάδιο και διότι οι υποβληθείσες Προτάσεις της έχουν επικρατήσει ή συνεπικρατήσει στην πλειοψηφία των πτυχών του διαλόγου, καθώς και οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής ότι στο παρόν στάδιο δεν αποφασίζεται οριστικά η κατακύρωση ή ακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Τούτο δε, διότι έχοντας ρητώς κριθεί η προσφεύγουσα ως νομίμως μετάσχουσα στο παρόν Στάδιο, μετ' εννόμου συμφέροντος επιδιώκει ήδη τη χορήγηση στοιχείων επί τη βάσει των οποίων επιθυμεί να επιδιώξει τον αποκλεισμό συνδιαγωνιζομένου/-ων της ήδη κατά το παρόν στάδιο, ώστε να μην είναι δυνατή η συμμετοχή του/τους στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 179/2019 σκ. 8, ΣτΕ ΕΑ 114/2020 σκ. 7, ΣτΕ ΕΑ 153/2019).

12. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3του Π.Δ. 39/2017, καθώς η με αρ. πρωτ. 2593/01.12.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 02.12.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 04.12.2020. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

13. Επειδή, αμφότερες οι παρεμβάσεις έχουν ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού η πρώτη στις 17.12.2020 και η δεύτερη στις 18.12.2020,δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τους λοιπούς διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 09.12.2020. Οι ως άνω παρεμβάσεις κοινοποιήθηκαν

από την αναθέτουσα αρχή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς την προσφεύγουσα στις 18.12.2020.

14. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 2716/11.12.2020 έγγραφό της, που διαβιβάστηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τόσο στην Α.Ε.Π.Π. στις 11.12.2020, όσο και στην προσφεύγουσα στις 14.12.2020, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Αλυσιτελώς δε η προσφεύγουσα προβάλλει ότι οι υπ' αριθμ. πρωτ. 2762/17.12.2020 απόψεις της αναθέτουσας αρχής (οι οποίες κοινοποιήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τόσο στην προσφεύγουσα όσο και προς «όλα τα μέλη» στις 17.12.2020) δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη ως υποβληθείσες εκπροθέσμως κατά το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016, δηλαδή μετά την παρέλευση δέκα (10) ημερών από την άσκηση της προσφυγής. Τούτο διότι με τις υπ' αριθμ. πρωτ. 2762/17.12.2020 απόψεις ως επί το πλείστον επαναλαμβάνονται τα ήδη διαλαμβανόμενα στις υπ' αριθμ. πρωτ. 2716/11.12.2020 απόψεις και κατά τα λοιπά με αυτές προβάλλονται ισχυρισμοί που έχουν προβληθεί και με τις ασκηθείσες παρεμβάσεις, οι οποίες, κατά τα ανωτέρω, έχουν ασκηθεί εμπροθέσμως.

15. Επειδή, επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και των ασκηθεισών παρεμβάσεων (Δ.Εφ. Πατρών Α170/2020 σκ. 7, Διοικ. Εφετ. Κομοτηνής Ν29/2019 σκ. 9, Διοικ. Εφετ. Πειραιώς Ν179/2019 σκ.9, πρβλ ΣτΕ 780/2019), η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 30.12.2020 μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, το με ίδια ημερομηνία υπόμνημα.

16. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθρα 30 και 55 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, τα άρθρα 30 παρ. 3 και 70 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 της Διακήρυξης Β' Φάσης, προβάλλει ότι κατά την ορθή ερμηνεία των ως άνω διατάξεων και υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της απορρέουσας από αυτήν αρχή της διαφάνειας, η οριζόμενη σε αυτές απαγόρευση κοινοποίησης των πληροφοριών που

περιέρχονται σε γνώση της Αναθέτουσας Αρχής από τον εκάστοτε προεπιλεγέντα διαγωνιζόμενο, χωρίς τη συναίνεσή του, ισχύει μόνο κατά το αυστηρώς οριοθετημένο χρονικό διάστημα που λαμβάνει χώρα ο εν στενή εννοία διάλογος, δηλαδή ο διάλογος που, όπως προαναφέρθηκε, διενεργείται πριν από την υποβολή των Προτάσεων, ενώ η εν λόγω απαγόρευση ουδόλως καταλαμβάνει το χρονικό διάστημα μετά τη λήξη αυτού του διαλόγου και δη το χρονικό διάστημα μετά την έκδοση της απόφασης με την οποία η Αναθέτουσα Αρχή κρίνει οριστικώς επί του παραδεκτού ή μη και της βαθμολογίας των υποβληθεισών Προτάσεων των προεπιλεγέντων διαγωνιζομένων. Ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, μετά την έκδοση εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής οριστικής πράξης επί της αξιολόγησης των υποβληθεισών Προτάσεων, κάθε προεπιλεγείς διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα -και, συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή έχει αντίστοιχη υποχρέωση, ιδίως εάν αυτό ζητηθεί ρητώς- να λάβει γνώση όλων των υποβληθεισών Προτάσεων και των λοιπών στοιχείων, διότι μόνο με τη γνώση αυτών «…εξασφαλίζεται ότι οι εν λόγω ενδιαφερόμενοι έλαβαν γνώση ή μπορούσαν να λάβουν γνώση της παραβάσεως του δικαίου της Ένωσης την οποία προβάλλουν…». Ήτοι, κατά την προσφεύγουσα, μετά την έκδοση της σχετικής πράξης, εφαρμοστέες είναι πλέον οι προαναφερθείσες διατάξεις του άρθρου 55 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 70 του Ν. 4412/2016 και όχι οι διατάξεις του άρθρου 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 30 του Ν. 4412/2016, ούτε οι διατάξεις του άρθρου 15 της Διακήρυξης Β’ Φάσης. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η ίδια ερμηνεία συνάδει και με την αρχή του επικαίρου, υποστηρίζοντας ότι δεν θα ήταν συμβατός με την αρχή αυτή τυχόν ισχυρισμός ότι ένας προεπιλεγείς διαγωνιζόμενος, αν δεν λάβει γνώση των επίμαχων στοιχείων κατά τον παραπάνω κρίσιμο χρόνο, δεν θα απολέσει κάποιο δικαίωμά του, διότι θα λάβει τελικώς γνώση των εν λόγω στοιχείων σε επόμενα στάδιο του Διαγωνισμού και, τότε, θα μπορεί να ασκήσει τα προβλεπόμενα μέσα παροχής έννομης προστασίας. Ως επίσης προβάλλει, ουδέποτε έλαβε γνώση της αιτιολογίας της με αρ. 115/2020 απόφασης του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής, διότι ουδέποτε της δόθηκε πρόσβαση στα υποβληθέντα από τους λοιπούς προεπιλεγέντες διαγωνιζόμενους στοιχεία, και,

ιδίως, στις υποβληθείσες Προτάσεις τους, ούτε τα στοιχεία αυτά έχουν αναρτηθεί μέχρι σήμερα στο ΕΣΗΔΗΣ. Ενόψει των παραπάνω, αμέσως και, πάντως εντός δέκα ημερών από την ανάρτηση της προαναφερθείσας απόφασης του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής στο ΕΣΗΔΗΣ, υπέβαλε ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής, το με αρ. πρωτ. ...-20201119-108411/19.11.2020 αίτημά της, το οποίο, ως ισχυρίζεται, εφόσον υποβλήθηκε μετά την έκδοση οριστικής (εκτελεστής) πράξης της Αναθέτουσας Αρχής περί της αξιολόγησης των υποβληθεισών Προτάσεων, δηλαδή, σε κάθε περίπτωση, μετά την ολοκλήρωση του εν στενή εννοία διαλόγου, ήταν καθόλα νόμιμο και έπρεπε να γίνει δεκτό αμέσως και, πάντως, εντός δέκα πέντε ημερών, σύμφωνα με το άρθρο 70 του Ν. 4412/2016. Ωστόσο, το παραπάνω αίτημά της απορρίφθηκε ρητώς, με το σκεπτικό ότι εν προκειμένω εφαρμόζεται το άρθρο 15 της Διακήρυξης Β' Φάσης και, συνεπώς, για την αποδοχή του αιτήματός της απαιτείτο η συναίνεση των λοιπών προεπιλεγέντων διαγωνιζόμενων που, τελικώς, δεν παρασχέθηκε. Με το εν λόγω δε περιεχόμενο, ως προβάλλει, οι προσβαλλόμενες πράξεις της Αναθέτουσας Αρχής είναι, προδήλως εσφαλμένες και παράνομες, πρωτίστως διότι, εν προκειμένω, δεν εφαρμόζεται το άρθρο 15 της Διακήρυξης Β' Φάσης, αλλά -ιδίως- το άρθρο 70 του Ν. 4412/2016, στο παρόν δε στάδιο η προσφεύγουσα δικαιούται να λάβει γνώση των ζητηθέντων στοιχείων, ανεξαρτήτως της συναίνεσης των λοιπών προεπιλεγέντων διαγωνιζομένων. Κατά την προσφεύγουσα δε η απαίτηση μιας τέτοιας συναίνεσης θα μπορούσε ενδεχομένως να δικαιολογηθεί μόνον αναφορικά με συγκεκριμένα στοιχεία που μπορεί μεμονωμένως να είχαν πράγματι χαρακτηριστεί νομίμως ως εμπιστευτικά, ωστόσο, εν προκειμένω, ουδόλως τίθεται -ούτε ετέθη από την Αναθέτουσα Αρχή- περίπτωση τέτοιου μεμονωμένου χαρακτηρισμού, ενώ σε κάθε περίπτωση, τέτοιος χαρακτηρισμός δεν θα μπορούσε να αφορά το σύνολο των ζητηθέντων στοιχείων. Ισχυρίζεται τέλος η προσφεύγουσα ότι τα προαναφερθέντα δεν ανατρέπονται από το γεγονός ότι, όπως αναφέρεται στη με αρ. πρωτ. 2593/01.12.2020 προσβαλλόμενη πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, κατά την αποστολή «των τευχών της Β' Φάσης - Στάδιο 2ο» του Διαγωνισμού, θα λάβει χώρα η κοινοποίηση των Προτιμητέων Προτάσεων ανά πτυχή

διαλόγου, καθώς αφενός, δυνάμει της με αρ. 115/2020 απόφασης του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής κρίθηκαν νομότυπες οι Προτάσεις όλων των προεπιλεγέντων διαγωνιζόμενων, στο πλαίσιο δε του άρθρου 20 της Διακήρυξης Β' Φάσης, η προσφεύγουσα δικαιούται, σε κάθε περίπτωση, να ελέγξει όλες τις Προτάσεις (όχι μόνο τις Προτιμητέες Προτάσεις) και, εάν συντρέχει περίπτωση, να επιδιώξει τον αποκλεισμό από την επόμενη φάση του Διαγωνισμού εκείνων των προεπιλεγέντων διαγωνιζόμενων των οποίων οι Προτάσεις δεν είναι, κατά την γνώμη της, νομότυπες και αφετέρου, αντίθετη ερμηνεία θα προσέκρουε και στην αρχή του επικαίρου.

17. Επειδή, στο άρθρο 30 «Ανταγωνιστικός διάλογος» του Ν.4412/2016 «1. Στους ανταγωνιστικούς διαλόγους, οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλει αίτηση συμμετοχής έπειτα από προκήρυξη σύμβασης, παρέχοντας τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής ανέρχεται σε 30 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης. Στο διάλογο μπορούν να συμμετέχουν μόνον οι οικονομικοί φορείς που έχουν προσκληθεί από την αναθέτουσα αρχή, κατόπιν αξιολόγησης των πληροφοριών που έχουν παρασχεθεί. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να περιορίζουν τον αριθμό των κατάλληλων υποψηφίων, οι οποίοι προσκαλούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 84. Η σύμβαση ανατίθεται αποκλειστικά βάσει του κριτηρίου ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, από πλευράς βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του άρθρου 86. 2. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις ανάγκες και τις απαιτήσεις τους στην προκήρυξη της σύμβασης και προσδιορίζουν τις εν λόγω ανάγκες και απαιτήσεις στην προκήρυξη αυτή και/ή σε περιγραφικό έγγραφο. Ταυτοχρόνως και στα ίδια έγγραφα, επίσης παρουσιάζουν και προσδιορίζουν τα επιλεγέντα κριτήρια ανάθεσης και θέτουν ενδεικτικό χρονοδιάγραμμα. 3. Οι αναθέτουσες αρχές προβαίνουν, με τους συμμετέχοντες που επιλέγονται, σύμφωνα με τις σχετικές διατάξεις των άρθρων 71 έως 85, 101 και 102, σε διάλογο, σκοπός του οποίου είναι η διερεύνηση και ο προσδιορισμός των μέσων που μπορούν να

ικανοποιήσουν με τον καλύτερο τρόπο τις ανάγκες τους. Κατά τη διάρκεια του διαλόγου αυτού, μπορούν να συζητούν με τους επιλεγέντες συμμετέχοντες όλες τις πτυχές της σύμβασης. Κατά τη διάρκεια του διαλόγου, οι αναθέτουσες αρχές εξασφαλίζουν την ίση μεταχείριση όλων των συμμετεχόντων. Για το σκοπό αυτόν, δεν παρέχουν, κατά τρόπο που να δημιουργεί διακρίσεις, πληροφορίες που ενδέχεται να ευνοούν ορισμένους συμμετέχοντες έναντι των υπολοίπων, σύμφωνα με το άρθρο 21, οι αναθέτουσες αρχές δεν αποκαλύπτουν στους λοιπούς συμμετέχοντες τις προτεινόμενες λύσεις ή άλλες εμπιστευτικές πληροφορίες που έχουν διαβιβαστεί από υποψήφιο ή προσφέροντα που συμμετέχει στο διάλογο χωρίς την έγγραφη συναίνεσή του. Η εν λόγω συναίνεση δεν λαμβάνει τη μορφή γενικής παραίτησης, αλλά παρέχεται σχετικά με την προτιθέμενη γνωστοποίηση των συγκεκριμένων πληροφοριών. 4. Οι ανταγωνιστικοί διάλογοι μπορούν να διεξάγονται σε διαδοχικές φάσεις, ούτως ώστε να μειώνεται ο αριθμός των υπό εξέταση λύσεων κατά τη φάση του διαλόγου, με την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης που προσδιορίζονται στην προκήρυξη της σύμβασης ή στο περιγραφικό έγγραφο. Στην προκήρυξη της σύμβασης ή στο περιγραφικό έγγραφο, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει αν θα κάνει χρήση της ανωτέρω δυνατότητας. 5. Η αναθέτουσα αρχή συνεχίζει το διάλογο έως ότου μπορέσει να προσδιορίσει την ή τις λύσεις οι οποίες ενδεχομένως ανταποκρίνονται στις ανάγκες της. 6. Αφού κηρύξουν τη λήξη του διαλόγου και ενημερώσουν σχετικά τους εναπομείναντες συμμετέχοντες, οι αναθέτουσες αρχές καλούν, σε χρόνο και εντός προθεσμίας που ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης, καθέναν εξ αυτών να υποβάλει την τελική προσφορά του, βάσει της ή των λύσεων που υποβλήθηκαν και προσδιορίστηκαν κατά τη διάρκεια του διαλόγου. Οι προσφορές αυτές περιέχουν όλα τα απαιτούμενα και αναγκαία στοιχεία για την εκτέλεση του σχεδίου. Εφόσον το ζητά η αναθέτουσα αρχή, οι προσφορές αυτές μπορούν να αποσαφηνίζονται, να εξειδικεύονται και να βελτιστοποιούνται. Ωστόσο, η αποσαφήνιση, η εξειδίκευση, η βελτιστοποίηση ή οι πρόσθετες πληροφορίες δεν μπορούν να έχουν ως αποτέλεσμα μεταβολές των ουσιωδών στοιχείων της προσφοράς ή της δημόσιας σύμβασης, συμπεριλαμβανομένων των αναγκών και των απαιτήσεων

που προσδιορίζονται στην προκήρυξη της σύμβασης ή στο περιγραφικό έγγραφο, όταν μεταβολές στα στοιχεία αυτά, στις ανάγκες και στις απαιτήσεις ενδέχεται να προκαλέσουν στρέβλωση του ανταγωνισμού ή να επιφέρουν διακρίσεις. 7. Οι αναθέτουσες αρχές αξιολογούν τις υποβληθείσες προσφορές βάσει των κριτηρίων ανάθεσης που ορίζονται στην προκήρυξη της σύμβασης ή στο περιγραφικό έγγραφο. […]».

18. Επειδή, στη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, σύμφωνα με την ως άνω διάταξη, η οποία ειδικώς τη διέπει, παρέχονται εκ του νόμου αυξημένες εγγυήσεις εχεμύθειας και εμπιστευτικότητας. Τα ζητήματα δε αυτά καθορίζονται ειδικώς από την αναθέτουσα αρχή δια της διακήρυξης. Εν προκειμένω, στο άρθρο 15 της Διακήρυξης, όπως προπαρατέθηκε, ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι «Οι πληροφορίες που θα περιέλθουν σε γνώση της Αναθέτουσας Αρχής από έναν Προεπιλεγέντα Διαγωνιζόμενο δεν θα γνωστοποιηθούν στους άλλους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους, χωρίς τη συναίνεσή του. Με την επιφύλαξη του Άρθρου 6 της παρούσας, οι Προτάσεις κάθε Προεπιλεγέντα Διαγωνιζόμενου δεν θα γνωστοποιηθούν στους άλλους Προεπιλεγέντες Διαγωνιζόμενους, πλην της/ των Πρότασης/ εων, που θα επιλεγούν από την Αναθέτουσα Αρχή και η/ οι οποία/ ες προφανώς θα γνωστοποιηθεί/ ούν σε όλους όσοι δικαιούνται να συμμετάσχουν στο 2ο Στάδιο της Β’ Φάσης του Διαγωνισμού.». Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι το άρθρο 15 της Διακήρυξης εφαρμόζεται μόνο στον «εν στενή εννοία», ως αναφέρει, διάλογο, ήτοι στο διάλογο που διεξάγεται πριν την υποβολή γραπτώς των Προτάσεων είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, καθώς ο ως άνω όρος της Διακήρυξης αφορά ρητώς και τις Προτάσεις των διαγωνιζομένων, λαμβανομένου υπόψη ότι σε όποιο σημείο η Διακήρυξη χρησιμοποιεί τον όρο «Πρόταση/Προτάσεις» αναφέρεται στις γραπτές Προτάσεις που υποβάλλονται από τους διαγωνιζόμενους. Ωστόσο, το ίδιο το ως άνω τμήμα του άρθρου 15 της Διακήρυξης ρητώς διακρίνει α) τις αναφερόμενες στο πρώτο εδάφιο αυτού «πληροφορίες» οι οποίες περιέρχονται σε γνώση της αναθέτουσας αρχής από τους Προεπιλεγέντες διαγωνιζόμενους (και το οποίο -εδάφιο- πράγματι αναφέρεται στο διάλογο που διεξάγεται πριν την υποβολή γραπτώς των

Προτάσεων), ως προς τις οποίες (πληροφορίες) ορίζει ότι αυτές δεν γνωστοποιούνται στους λοιπούς Προεπιλεγέντες χωρίς τη συναίνεση αυτού που τις εισέφερε από β) τις «Προτάσεις» των Προεπιλεγέντων, ορίζοντας ότι η/οι Πρόταση/Προτάσεις που θα επιλεγεί/-ούν από την αναθέτουσα αρχή θα γνωστοποιηθεί/-ούν σε όλους όσοι δικαιούνται να συμμετάσχουν στο 2^{ο} Στάδιο της Β' Φάσης του Διαγωνισμού. Τη γνωστοποίηση δε αυτή θέτει το άρθρο 15 υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 6 της Διακήρυξης, ήτοι α) της υποβολής γραπτής αίτησης (κατά το άρθρου 1 του άρθρου πρώτου του π.δ. 28/2015) εκ μέρους του διαγωνιζόμενου που επιθυμεί να λάβει γνώση στοιχείων της Πρότασης άλλου διαγωνιζόμενου και β) της λήψης γνώσης μόνο στοιχείων που δεν χαρακτηρίζονται νομίμως ως εμπιστευτικά. Συνακόλουθα, δεν επιτρέπεται βάσει των ως άνω όρων της Διακήρυξης η εν συνόλω άρνηση των διαγωνιζομένων να παράσχουν τη συναίνεσή τους για τη γνωστοποίηση του περιεχομένου των υποβληθεισών Προτάσεών τους, αλλά μόνο η παροχή σε αυτούς της δυνατότητας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής να χαρακτηρίσουν νομίμως ως εμπιστευτικά στοιχεία των οποίων ζητείται η γνωστοποίηση. Η δε λήψη γνώσης στοιχείων των Προτάσεων των διαγωνιζομένων από τους συνδιαγωνιζομένους τους αναφέρεται και στο Κεφάλαιο 3.3.2 της υπ' αριθμ. 21/2017 Κατευθυντήριας Οδηγίας της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων ως προς το μοντέλο της «προσδιορισμένης λύσης» στην οποία ρητώς παρέπεμπε ήδη η Διακήρυξη της Α' Φάσης (βλ. άρθρο 1.4) και παραπέμπει και η Διακήρυξη του 1^{ου} Σταδίου της Β' Φάσης της διαδικασίας (βλ. άρθρο 21) [βλ. Κεφάλαιο 3.3.2 της υπ' αριθμ. 21/2017 Κατευθυντήριας Οδηγίας της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.στο οποίο αναφέρεται «β) Το δεύτερο μοντέλο είναι αυτό της "προσδιορισμένης λύσης" ("designated solution"), όπου η αναθέτουσα αρχή έχοντας αποφασίσει από την αρχή τον τρόπο υποβολής των τελικών προσφορών, έχει προσαρμόσει την ανάπτυξη του περιγραφικού εγγράφου κατά τέτοιο τρόπο ώστε να αντικατοπτρίζεται η επιλεγμένη λύση. Η λύση που ορίζεται από την αρχή θα μπορούσε να αντληθεί εξολοκλήρου από τις προτάσεις ενός συμμετέχοντος ή να βασίζεται σε προτάσεις περισσοτέρων του ενός. Σε αυτή την περίπτωση, ο διάλογος δεν θα διεξαχθεί στη λογική ότι οι

λύσεις θα είναι εμπιστευτικές, αλλά με βάση το ότι μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως βάση για τον τελικό διαγωνισμό και επομένως, μπορούν να μοιραστούν ορισμένες πληροφορίες.»]. Συνακόλουθα είναι απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της δεύτερης παρεμβαίνουσας ότι δεν ήταν σε θέση να προβλέψει ότι στοιχεία της Πρότασής της θα γνωστοποιούνταν στους συνδιαγωνιζομένους της. Συναφώς δε απορριπτέοι είναι οι προβαλλόμενοι με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής ισχυρισμοί σύμφωνα με τους οποίους «[…] αναφορικά με την υποχρέωση διατήρησης των εμπιστευτικών πληροφοριών, επί της ουσίας έχει ιδιαίτερη σημασία η διατήρηση του ακόμη και μετά το πέρας της διαγωνιστικής διαδικασίας.» κατά το μέρος που με αυτούς υπολαμβάνεται ότι δεν θα γνωστοποιηθεί σε κανένα χρονικό σημείο στους διαγωνιζόμενους κανένα στοιχείο των υποβληθεισών Προτάσεων, καθώς αφενός είναι αντιφατικοί σε σχέση με την με αρ. πρωτ. 2593/01.12.2020 πράξη της στην οποία ρητώς δηλώνει ότι θα γνωστοποιηθούν τέτοια στοιχεία και αφετέρου και ιδίως είναι αντίθετοι με τα ως άνω οριζόμενα στο άρθρο 15 της Διακήρυξης. Επίσης συναφώς, απορριπτέοι ως αντιφατικοί είναι και οι προβαλλόμενοι εκ μέρους των παρεμβαινουσών ισχυρισμοί ότι οι Προτάσεις τους δεν πρέπει να γνωστοποιηθούν για λόγους εμπιστευτικότητας. Τούτο δε, διότι αμφότερες οι Παρεμβαίνουσες αποδέχονται ότι πρέπει να γνωστοποιηθούν τα τμήματα των Προτάσεων που κρίθηκαν Προτιμητέα (ανεξαρτήτως του κατά τους ισχυρισμούς τους χρόνου γνωστοποίησης). Συνακόλουθα, δεδομένου ότι οι Προτάσεις αμφότερων των παρεμβαινουσών κρίθηκαν Προτιμητέες, καθεμία για μία εκ των τεσσάρων πτυχών διαλόγου, αποδέχονται ότι θα γνωστοποιηθούν τα τμήματα των Προτάσεών τους που κρίθηκαν Προτιμητέα, συνεπώς αντιφατικώς ισχυρίζονται ότι οι Προτάσεις τους δεν πρέπει να γνωστοποιηθούν για λόγους εμπιστευτικότητας. Δεν ασκεί δε επιρροή στην ως άνω αντίφαση το γεγονός ότι αποδέχονται τη γνωστοποίηση τμήματος και όχι του συνόλου των υποβληθεισών εκ μέρους τους Προτάσεων, καθώς ουδόλως συνδέουν τη γνωστοποίηση (έστω του τμήματος του οποίου αποδέχονται τη γνωστοποίηση) με όρους εμπιστευτικότητας. Περαιτέρω δε ως Προτάσεις που «θα επιλεγούν», ως ορίζεται στο άρθρο 15 της Διακήρυξης, και οι οποίες θα γνωστοποιηθούν σε

όλους όσοι δικαιούνται να συμμετάσχουν στο 2ο Στάδιο της Β' Φάσης του Διαγωνισμού, νοούνται όλες οι Προτάσεις που γίνονται δεκτές, ήτοι δεν απορρίπτονται από το παρόν Στάδιο του Διαγωνισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη και όχι μόνο οι Προτιμητέες Προτάσεις, όπως υπολαμβάνει η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη και οι παρεμβαίνουσες. Τούτο, διότι η τελευταία ερμηνευτική εκδοχή θα ερχόταν σε αντίθεση με την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και δη με δεδομένο ότι στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού συμμετέχουν όχι μόνο οι διαγωνιζόμενοι των οποίων οι Προτάσεις κρίνονται Προτιμητέες, αλλά και οι διαγωνιζόμενοι των οποίων οι Προτάσεις δεν απορρίφθηκαν (χωρίς να χαρακτηρισθούν Προτιμητέες). Συνεπώς θα ήταν αντίθετη στην αρχή της ίσης μεταχείρισης η ως άνω ερμηνευτική εκδοχή υπό την οποία γνωστοποιούνται (και άρα είναι δυνατό να αμφισβητηθούν και να απορριφθούν κατά το παρόν στάδιο) μόνο οι Προτιμητέες Προτάσεις και δεν γνωστοποιούνται (και άρα δεν είναι δυνατή η αμφισβήτησή τους και η απόρριψή τους) οι λοιπές Προτάσεις που έχουν γίνει αποδεκτές. Περαιτέρω, ούτε η αιτιολογία της προσβαλλόμενης κατά την οποία οι Προτάσεις θα γνωστοποιηθούν όταν αποσταλούν τα τεύχη του 2ου Σταδίου (Πρόσκληση Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών) της Β' Φάσης βρίσκει έρεισμα στους όρους της Διακήρυξης. Τούτο διότι όσοι δικαιούνται να συμμετάσχουν στο επόμενο Στάδιο και στους οποίους, σύμφωνα με το άρθρο 15 της Διακήρυξης, γνωστοποιούνται οι Προτάσεις, οριστικοποιούνται ήδη με την ολοκλήρωση του παρόντος 1ου Σταδίου της Β' Φάσης και δη με την έκδοση της προβλεπόμενης στο άρθρο 21 της Διακήρυξης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ήτοι οριστικοποιήθηκαν με την υπ' αριθμ. 115/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

19. Επειδή, περαιτέρω, πέραν των περιπτώσεων της μη συμμετοχής νομότυπα στην κύρια συνεδρία του διαλόγου και της μη υποβολής νομότυπα Πρότασης, οι οποίες ορίζονται στο άρθρο 20 της Διακήρυξη ως λόγοι αποκλεισμού από το διαγωνισμό, στο άρθρο 17 της Διακήρυξης ορίζεται το επί ποινή αποκλεισμού ελάχιστο περιεχόμενο των Προτάσεων και στο άρθρο 21 της Διακήρυξης ορίζεται ότι Προτάσεις που δεν καλύπτουν τις ελάχιστες

απαιτήσεις του Παραρτήματος 1 (Τεχνική Περιγραφή – Τεχνικές Προδιαγραφές) θα βαθμολογούνται με βαθμό κάτω του 50 και θα απορρίπτονται (ενώ, όπως προπαρατίθεται, και στο ίδιο το Παραρτήμα Ι της Διακήρυξης και δη στην παράγραφο 1.3 αυτού ορίζεται ότι η απόκλιση σε τουλάχιστον μία από τις ελάχιστες απαιτήσεις συνεπάγεται τον αποκλεισμό της σχετικής τεχνικής λύσης). Συνακόλουθα, λαμβανομένων υπόψη και υπό τις προϋποθέσεις των στην προηγούμενη σκέψη διαλαμβανόμενων, νοείται κατά τη Διακήρυξη η αμφισβήτηση της νομιμότητας αποδοχής (μη αποκλεισμού) διαγωνιζόμενου και επί τη βάσει του περιεχομένου της υποβληθείσας εκ μέρους του Πρότασης. Συναφώς, προς το σκοπό προβολής τοιαύτης αμφισβήτησης δεν αρκεί η γνώση της λεκτικής αξιολόγησης της Πρότασης και δη όταν αυτή (όπως εν προκειμένω) διατυπώνεται με φράσεις όπως «πολύ/αρκετά καλός τρόπος κάλυψης του κριτηρίου» ή «πληρούνται όλες οι απαιτήσεις» ή «αντεπεξέρχεται» με παράλληλη επανάληψη των απαιτήσεων της Διακήρυξης, αλλά απαιτείται και η γνώση, ως στοιχείων της αιτιολογίας, όλων των κρίσιμων στοιχείων του φακέλου επί τη βάσει των οποίων ελήφθη η απόφαση αποδοχής (μη αποκλεισμού) (βλ. ΕΑ ΣτΕ 288/2020, 62/2020, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 114/2020, 206/2014, 383/2011), οι περί του αντιθέτου δε προβαλλόμενοι από την αναθέτουσα αρχή και τις παρεμβαίνουσες ισχυρισμοί είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι. Εξάλλου, εν προκειμένω η προσφεύγουσα υπέβαλε εγκαίρως αίτημα, το οποίο κατά το άρθρο 6 της Διακήρυξης αποτελεί προϋπόθεση για την πρόσβαση ενός διαγωνιζομένου σε στοιχεία των Προτάσεων άλλων διαγωνιζομένων (ΕΑ ΣτΕ 30/2020).

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, με μη νόμιμη αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή αρνήθηκε με την προσβαλλόμενη τη χορήγηση στην προσφεύγουσα στοιχείων των γραπτών Προτάσεων που υποβλήθηκαν εκ μέρους των λοιπών Προεπιλεγέντων διαγωνιζομένων.

21. Επειδή, συνεπώς, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθούν οι ασκηθείσες παρεμβάσεις.

22. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το κατατεθέν παράβολο ύψους 15.000,00€ πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα,

σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την εκδηλωθείσα με την υπ' αριθμ. πρωτ. 2593/01.12.2020 πράξη, παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου (με κωδικό ...) ύψους 15.000,00€ στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 26 Ιανουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ	**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**
Φώτιος Θεοδ. Κατσίγιαννης	**Κωνσταντίνος Πουρναράς**
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.	

Αριθμός Απόφασης Ε3/2021

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 16 Μαρτίου 2021, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη της Α.Ε.Π.Π.

Για να εξετάσει την από 4-2-2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 268/4-2-2021 προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 της ένωσης οικονομικών φορέων «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 8028/1/182 – ριδ΄/23-1-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της για την ανάθεση της σύμβασης «Δημιουργία της κεντρικής υποδομής του εθνικού Συστήματος Εισόδου-Εξόδου (EES)».

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 268/2021 καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 12.147,58€, λαμβανομένου υπόψη ότι η προϋπολογισθείσα αξία της σχετικής σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 2.429.516,13 €.

3. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 268/4-2-2021 προδικαστική προσφυγή εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της Επταμελούς Σύνθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 360/10-2-2021 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, με την οποία

επιπλέον ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του π.δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής της δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της ΑΕΠΠ και, συνεπώς, παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιόν της.

5. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α΄), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 25-1-2021, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 4-2-2021. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας 'ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ' του ΕΣΗΔΗΣ στους συμμετέχοντες στις 5-2-2021.

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο συγκεκριμένο διαγωνισμό, η οποία απορρίφθηκε κατά την τεχνική αξιολόγηση, οπότε προσδοκεί με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή να γίνει δεκτή η τεχνική προσφορά της και να συνεχίσει η περαιτέρω αξιολόγησή της στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού, ώστε να αναδειχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

7. Επειδή, με τη με αρ. …/2020 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε η διενέργεια κλειστού ηλεκτρονικού διαγωνισμού δύο (2) σταδίων (Α' & Β') για την ανάθεση της σύμβασης «Δημιουργία Κεντρικής Υποδομής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου – Εξόδου», και ορίστηκε η 15η Ιουνίου 2020 και 14:00 ώρα, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής αιτήσεων συμμετοχής του Α' Σταδίου. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια,

εγκατάσταση, παραμετροποίηση και παράδοση σε πλήρη λειτουργία της κεντρικής υποδομής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου Εξόδου (ΣΕΕ) και της υποδομής που θα δημιουργηθεί στις Υπηρεσίες Ελέγχου Διαβατηρίων, για την αντιμετώπιση μη διαθεσιμότητας του ΣΕΕ. Η κεντρική υποδομή του Εθνικού Συστήματος συμπεριλαμβάνει τα λογισμικά που περιγράφονται στο Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης, τα οποία θα αναπτυχθούν και θα εξυπηρετήσουν τη λειτουργία του ΣΕΕ, τον απαραίτητο δικτυακό εξοπλισμό που θα εγκατασταθεί στην Εθνική κεντρική υποδομή, τις απαιτούμενες άδειες χρήσης και εφαρμογή φορητών μέσων (mobile app). Στην υποδομή που θα δημιουργηθεί στις Υπηρεσίες Ελέγχου Διαβατηρίων για την αντιμετώπιση μη διαθεσιμότητας του Συστήματος Εισόδου Εξόδου περιλαμβάνεται λογισμικό τοπικής αποθήκευσης των απαραίτητων δεδομένων και στη συνέχεια την αποστολή τους στο κεντρικό Σύστημα Εισόδου Εξόδου όταν καταστεί αυτό εφικτό. Ο αριθμός των ταυτόχρονων χρηστών των ανωτέρω λογισμικών θα ανέρχεται περίπου στους δύο χιλιάδες (2.000). Το ΣΕΕ έχει τους ακόλουθους ειδικούς στόχους όπως προκύπτουν από τον Κανονισμό του: α) την ενίσχυση της αποτελεσματικότητας των συνοριακών ελέγχων με τον υπολογισμό και την παρακολούθηση της διάρκειας της επιτρεπόμενης παραμονής κατά την είσοδο και την έξοδο των υπηκόων τρίτων χωρών στους οποίους χορηγείται άδεια βραχείας παραμονής, β) να βοηθήσει στην ταυτοποίηση υπηκόου τρίτης χώρας που δεν πληροί ή δεν πληροί πλέον τις προϋποθέσεις εισόδου ή βραχείας παραμονής στην επικράτεια των κρατών μελών, γ) την παροχή της δυνατότητας ταυτοποίησης και εντοπισμού προσώπων που υπερβαίνουν την επιτρεπόμενη διάρκεια παραμονής και την παροχή της δυνατότητας στις εθνικές αρμόδιες αρχές των κρατών μελών να λαμβάνουν κατάλληλα μέτρα, δ) την παροχή της δυνατότητας ηλεκτρονικού ελέγχου στο ΣΕΕ των περιπτώσεων άρνησης εισόδου, ε) την παροχή της δυνατότητας αυτοματοποίησης των συνοριακών ελέγχων σε υπηκόους τρίτων χωρών, στ) την παροχή στις αρχές θεώρησης της δυνατότητας πρόσβασης σε πληροφορίες σχετικά με τη νόμιμη χρήση προηγούμενων θεωρήσεων, ζ) την ενημέρωση των υπηκόων τρίτων χωρών για τη διάρκεια της επιτρεπόμενης παραμονής τους, η) τη συγκέντρωση στατιστικών στοιχείων για τις εισόδους και τις εξόδους, τις αρνήσεις εισόδου και τις υπερβάσεις της επιτρεπόμενης

διάρκειας παραμονής υπηκόων τρίτων χωρών, θ) την καταπολέμηση της υποκλοπής ταυτότητας και της κατάχρησης ταξιδιωτικών εγγράφων, ι) να συμβάλλει στην πρόληψη, την εξακρίβωση και τη διερεύνηση τρομοκρατικών εγκλημάτων ή άλλων σοβαρών αξιόποινων πράξεων, ια) να παρέχει τη δυνατότητα παραγωγής πληροφοριών για έρευνες που συνδέονται με τρομοκρατικά εγκλήματα ή άλλες σοβαρές αξιόποινες πράξεις, περιλαμβανομένης της ταυτοποίησης δραστών, υπόπτων ή θυμάτων των εν λόγω πράξεων που έχουν περάσει τα εξωτερικά σύνορα και ιβ) το ΣΕΕ, κατά περίπτωση, στηρίζει τα κράτη μέλη για τη λειτουργία των εθνικών τους προγραμμάτων διευκόλυνσης που θεσπίζονται σύμφωνα με το άρθρο 8δ του κανονισμού (ΕΕ) 2016/399, προκειμένου να διευκολυνθεί η διέλευση των συνόρων για τους υπηκόους τρίτων χωρών, ως ακολούθως: i) παρέχοντας στις εθνικές αρμόδιες αρχές που αναφέρονται στο άρθρο 8δ του κανονισμού (ΕΕ) 2016/399 τη δυνατότητα πρόσβασης σε πληροφορίες σχετικά με προηγούμενες περιόδους βραχείας παραμονής ή αρνήσεις εισόδου για τους σκοπούς της εξέτασης των αιτήσεων πρόσβασης σε εθνικά προγράμματα διευκόλυνσης και της έκδοσης αποφάσεων που αναφέρονται στο άρθρο 25 του παρόντος κανονισμού, ii) ενημερώνοντας τις συνοριακές αρχές ότι χορηγείται πρόσβαση στο εθνικό πρόγραμμα διευκόλυνσης. Για την επίτευξη των στόχων αυτών, το ΣΕΕ επεξεργάζεται τόσο τα αλφαριθμητικά δεδομένα όσο και τα βιομετρικά δεδομένα, δηλαδή τα δακτυλικά αποτυπώματα και την εικόνα του προσώπου. Κριτήριο κατακύρωσης του ως άνω διαγωνισμού ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής (αφορά το Β’ Στάδιο), για τη σύναψη σύμβασης εκτιμώμενης αξίας 2.429.516,13 ευρώ, πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α. Η δαπάνη της σύμβασης χρηματοδοτείται από την Ευρωπαϊκή Ένωση, από το Ταμείο Εσωτερικής Ασφάλειας - Τομέας σύνορα και Θεωρήσεις, σε ποσοστό 100 % ενωσιακή συμμετοχή. Στο Α' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας αξιολογήθηκαν οι αιτήσεις συμμετοχής, από το οποίο (στάδιο) θα αναδειχθούν οι οικονομικοί φορείς που θα προσκληθούν στο Β' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου να υποβάλλουν προσφορά. Ειδικότερα, στο Β' Στάδιο θα προσκληθούν οι πέντε (5) πρώτοι οικονομικοί φορείς με βάση τη κατάταξη των αιτήσεων συμμετοχής, ήτοι οι φάκελοι αιτήσεων συμμετοχής με τις πέντε

(5) υψηλότερες συνολικές βαθμολογίες, ενώ σε περίπτωση ισοβαθμίας περισσοτέρων συμμετεχόντων στην τελευταία θέση επιλογής των οικονομικών φορέων, προεπιλέγονται όλοι οι ισοβαθμούντες στην εν λόγω θέση για να υποβάλουν προσφορά στο Β' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας. Σε περίπτωση που οι αποδεκτές αιτήσεις συμμετοχής δεν υπερβαίνουν τις πέντε (5), τότε θα επιλεγούν εκείνοι οι οικονομικοί φορείς, των οποίων οι φάκελοι αιτήσεων συμμετοχής καλύπτουν τους όρους - απαιτήσεις της σχετική διακήρυξης, ακόμη και αν είναι λιγότεροι των πέντε (5) οικονομικών φορέων. Κατά το Β' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας, η αναθέτουσα αρχή θα προσκαλέσει τους επιλεγέντες οικονομικούς φορείς που θα προκύψουν από το Α' Στάδιο, προκειμένου να υποβάλουν προσφορά. Στο Β' Στάδιο της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας θα δοθεί στους προεπιλεγέντες οικονομικούς φορείς το Β' τεύχος διακήρυξης, στο οποίο θα περιλαμβάνεται ως χωριστό παράρτημα πλήρες τεύχος τεχνικών προδιαγραφών και θα προσκληθούν να υποβάλουν προσφορά (Δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική προσφορά - οικονομική προσφορά). Η διαδικασία υποβολής και αξιολόγησης των προσφορών του Β' Σταδίου, με βάση το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής απόψεως προσφοράς, βάσει της βέλτιστης ποιότητας - τιμής θα αναφέρονται στο Β' Τεύχος της Διακήρυξης. Κατόπιν της ολοκλήρωσης του Α' σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας, όπως αυτό περιγράφηκε ανωτέρω, κατά το οποίο η προσφεύγουσα είχε υποβάλλει αίτηση συμμετοχής, προσκλήθηκε, ως επιλεγείσα μαζί με τους ακόλουθους τρεις οικονομικούς φορείς: (α) «…», (β) «…» & (γ) ένωση : «…», «…» και «…», να υποβάλλουν προσφορές (Β' Στάδιο). Ακολούθως, με το υπ’ αριθ. 8028/1/183/25-νε' από 03-12-2020 Πρακτικό της Μόνιμης Επιτροπής Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών / Α.Ε.Α. (Μ.Ε.Π.Σ.Δ.Σ.Υ./Α.Ε.Α.) σχετικά με την αποσφράγιση των προσφορών που κατατέθηκαν στο πλαίσιο του Β' Σταδίου της κλειστής διαγωνιστικής διαδικασίας διαπιστώθηκε ότι υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα προσφορές από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς και έγιναν αποδεκτές, ως προς τα δικαιολογητικά συμμετοχής, όλες οι προσφορές των οικονομικών φορέων. Εν συνεχεία, κατά τη φάση αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, δυνάμει του υπ’ αριθ. 40-β' από 28-12-2020 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών της αναθέτουσας αρχής,

κλήθηκαν όλοι οι συμμετέχοντες στο Β' Στάδιο οικονομικοί φορείς να διευκρινίσουν τις τεχνικές τους προσφορές. Περαιτέρω, με το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου 80281/182-ργ' από 30-12-2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Προμηθειών / Γ.Δ.Ο.Υ.Ε.Σ., προσκλήθηκε η προσφεύγουσα να διευκρινίσει την τεχνική προσφορά της ως προς τα διαλαμβανόμενα στο Πρακτικό 40-β΄από 28-12-2020 της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών της αναθέτουσας αρχής. Συναφώς, με το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου 80281/182-ρδ' από 30-12-2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Προμηθειών / Γ.Δ.Ο.Υ.Ε.Σ., προσκλήθηκε ομοίως και η ένωση οικονομικών φορέων «i) «…» ii) «…» και iii) «…», να διευκρινίσουν την τεχνική προσφορά τους. Συναφώς, με το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου 80281/182-ρε' από 30-12-2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Προμηθειών / Γ.Δ.Ο.Υ.Ε.Σ., προσκλήθηκε ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «…», να διευκρινίσει την τεχνική προσφορά του. Συναφώς, με το υπ' αριθ. πρωτοκόλλου 80281/182-ρστ' από 30-12-2020 έγγραφο της Διεύθυνσης Προμηθειών / Γ.Δ.Ο.Υ.Ε.Σ., προσκλήθηκε και ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «ΒΥΤΕ COMPUTER ΑΝΩΝΥΜΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», να διευκρινίσει την τεχνική προσφορά του. Μετά ταύτα, όλοι οι διαγωνιζόμενοι ανταποκρίθηκαν, αντίστοιχα, στα αιτήματα της αναθέτουσας αρχής και διευκρίνισαν, κατά τα σημεία που τους ζητήθηκε, τις τεχνικές προσφορές τους. Η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 11-01-2021, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, τις διευκρινίσεις που της ζητήθηκαν. Ακολούθως, με το υπ' αριθ. 44-α' από 21-01-2021 Πρακτικό της, η Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών εισηγήθηκε τα εξής, σε σχέση με την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης διέλαβε τα εξής: «...*Στην απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών' της Διακήρυξης ζητείται: «Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού: · εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2. · Oracle Java, τελευταία έκδοσης.» Η ένωση οικονομικών φορέων στον Πίνακα συμμόρφωσης δήλωσε ρητά τη συμμόρφωσή της στην ανωτέρω απαίτηση και παρέπεμψε στην Τεχνική προσφορά, Κεφ. 2.7 Λοιπές απαιτήσεις λογισμικού Παρ. 2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών και στο Τ.Φ. 18 -Payara. Ωστόσο: Στη σελ. 16 του Κεφ. 2.1.1 «Μορφές & Αρχιτεκτονική Εφαρμογής» της Τεχνικής Προσφοράς αναγράφεται: «Η Εφαρμογή θα λειτουργεί σε*

Application Web Servers τύπου Enterprise (Spring FWμε Tomcat ή Jetty).» Στη σελ. 46 του Κεφ. 3.4.3 του Τ.Φ. 01 - Main EES, αναγράφεται: «The application server (enterprise web server) is based on Java language and used the Spring framework, with Tomcat or Jetty.». Η Επιτροπή αρχικά παρατήρησε την ανωτέρω ασάφεια και κατόπιν τούτου υπέβαλε αίτημα υποβολής διευκρινήσεων προς την Ένωση Οικονομικών Φορέων, η οποία με το υπ' αριθ. AD.210111.002 από 11/01/2021 έγγραφο, μας γνώρισε: «Η απάντησή μας για την ανωτέρω απαίτηση, ορθώς αναλύεται στις αναφερόμενες παραπομπές. Στο 'Τ.Φ. 01 -Main EES', ως γενικό Τεχνικό Φυλλάδιο, αναγράφονται όλες οι δυνατότητες της προσφερόμενης πλατφόρμας EES, είτε όπως αυτή έχει υλοποιηθεί σε αντίστοιχα έργα στο εξωτερικό είτε όπως έχει δυνατότητα να υλοποιηθεί. Για την απόδειξη τούτου, σε πολλά σημεία του Τ.Φ. 01 -Main EES γίνεται αναφορά για υλοποίηση open source (όπως ακριβώς και η Payara Server η οποία είναι open source), και πιο συγκεκριμένα στις σελ. 48, 64, 65, 74, 77. Επίσης, στη σελ.69 γίνεται σαφής αναφορά στο «SEI CERT Oracle Coding Standard for Java». Θεωρούμε ότι δεν υπάρχει ασάφεια, καθώς η απάντησή μας καλύπτει πλήρως τη ζητούμενη απαίτηση.». Συνεπώς από την τεχνική της προσφορά και τις υποβληθείσες διευκρινίσεις, δεν προκύπτει η χρήση του απαιτούμενου λογισμικού εξυπηρετητή (Payara), παρότι προσφέρεται από την ένωση οικονομικών φορέων. Συνεπώς, η προσφερόμενη τεχνική λύση δεν συμμορφώνεται με τους όρους του Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών, ειδικότερα την απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών'». Ακολούθως, γνωμοδότησε, ομόφωνα, τα κάτωθι: *«i. Η τεχνική προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων i) «…» και ii) «…» αξιολογείται ως μη αποδεκτή καθώς δεν συμμορφώνεται με τους όρους των Τεχνικών Προδιαγραφών της υπ' αριθ…./2020 Διακήρυξη (Β' Στάδιο) (Συστ. Αρ. Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ….) σύμφωνα την παρ. 2.4.6 της εν λόγω Διακήρυξης, για τους λόγους που αναφέρονται στην παρ. Ι του παρόντος.».* Μετά ταύτα, η προσβαλλόμενη απόφαση, υπό στοιχεία 8028/1/182-ριδ'/23-1-2021 του Προϊσταμένου …, επικύρωσε την παραπάνω εισήγηση της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών και απέρριψε ως μη κανονική την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, ενώ, περαιτέρω, αποφάσισε ότι οι τεχνικές

προσφορές των υπολοίπων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων ήταν κανονικές και πληρούσαν τους οικείους όρους της διακήρυξης.

8. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης υποστηρίζοντας τα εξής: **Α.** Στη διακήρυξη υπ' αριθμ. …/2020 και συγκεκριμένα στην απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών' (σελ. 154) της διακήρυξης ζητείται: «*Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού: · εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2. · Oracle Java, τελευταία έκδοσης*.». Επί του παραπάνω σημείου (απαίτησης) της διακήρυξης και για την απόδειξη της συμμόρφωσής της η προσφεύγουσα, ως υποστηρίζει, παραπέμψε σχετικά σε πολλαπλά σημεία, τόσο στην Τεχνική της Προσφορά (Κεφ.2.7.4 και Κεφ.2.7.6), όσο και σε Τεχνικά Φυλλάδια («Τ.Φ. 18 - Payara»), ώστε να προκύπτει, πέραν πάσης αμφιβολίας, όχι μόνον η ορθότητα της προσφοράς του απαιτούμενου λογισμικού εξυπηρετητή (Payara), αλλά και η προσήκουσα τεκμηρίωση για τη χρήση και την υλοποίηση αυτού στην προσφερόμενη λύση. Η ακρίβεια της τοποθέτησής της σχετικά με το προσφερόμενο λογισμικό αποδεικνύεται επιπλέον και από το Παράρτημα ΙΙ - Αντίγραφο των πινάκων της οικονομικής προσφοράς χωρίς τιμές, σελ. 281, όπου αποτυπώνεται με σαφήνεια η προσφορά της «*Payara έκδοσης 5.2 (ή νεώτερης)*», νοουμένου ότι το ανωτέρω λογισμικό ενσωματώνεται στην προσφερόμενη τεχνική της λύση (χρήση & υλοποίηση). Σχετικά με την διευκρίνιση που της ζητήθηκε από την αναθέτουσα αρχή και τοποθετήθηκε με το υπ' αριθ. AD.210111.002 από 11/01/2021 έγγραφό της, για το προσκομισθέν έγγραφο υπό στοιχεία: «Τ.Φ. 01- Main EES», επισημαίνει η προσφεύγουσα τα ακόλουθα κρίσιμα: Εν προκειμένω, από τη στιγμή που ο διαγωνισμός και η απαίτηση του Φορέα ήταν να χρησιμοποιηθεί ως application server (διακομιστής εφαρμογών) το Payara έκδοσης 5.2 ή νεότερης, η προσφεύγουσα δήλωσε ρητά ότι θα χρησιμοποιηθεί η ανωτέρω έκδοση και καμία άλλη. Παγκοσμίως, ο κόσμος της ανάπτυξης λογισμικών ανοιχτού κώδικα (open source) παρέχει τεράστιες δυνατότητες ανάπτυξης και επιλογής λογισμικών εξυπηρετητή εφαρμογών, ένας εκ των οποίων είναι και ο ζητούμενος (Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2). Ως εκ τούτου, οι επιλογές των παραγόμενων λογισμικών αντίστοιχης

χρήσης παγκοσμίως είναι πολλαπλές και ανεξάντλητες. Το παραπάνω επισημαίνεται από την προσφεύγουσα για να εξηγήσει κάποια πράγματα για το περιεχόμενο του προσκομισθέντος εγγράφου «Τ.Φ. 01 -Main EES». Ειδικότερα, κατά την προσφεύγουσα, το προαναφερόμενο έγγραφο είναι ένα γενικό Τεχνικό Φυλλάδιο της προσφερόμενης λύσης της εταιρείας … και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να αναλύει σε βάθος όλες τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές κάθε διαγωνισμού. Αυτός, άλλωστε, κατά την προσφεύγουσα, είναι και ο λόγος που στην προσφορά της - και προκειμένου να διασφαλίσει την πληρότητά της - παραπέμπει σε πολλαπλά μέρη της Τεχνικής της Προσφοράς, αλλά και στο «Τ.Φ. 18 - Payara», στο οποίο αναφέρεται ότι η προσφερόμενη λύση της χρησιμοποιεί μια μεγάλη γκάμα από διαφορετικούς διακομιστές εφαρμογών (application servers), όπως για παράδειγμα τους Apache Tomcat ή Jetty βασισμένους σε συγκεκριμένο framework (Spring), ως αναφέρθηκαν στο «Τ.Φ. 01 - Main EES». Το παραπάνω περιεχόμενο δεν αναιρεί τη δυνατότητα εφαρμογής και χρήσης του ζητούμενου λογισμικού εξυπηρετητή εφαρμογών (Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2), το οποίο ρητώς και ανεπιφυλάκτως έχει δηλώσει και δεσμευθεί στην προσφορά της, ως ισχυρίζεται. Επομένως, κατά την προσφεύγουσα, η αναφορά στο εν λόγω «Τ.Φ. 01 -Main EES», στόχο έχει να δείξει τις ανεξάντλητες δυνατότητες του παραγόμενου λογισμικού και τον / τους τρόπους φιλοξενίας και δημοσίευσής του (publish). Παρά ταύτα, η αναθέτουσα αρχή της απηύθυνε διευκρινιστικό ερώτημα για το παραπάνω Τεχνικό Φυλλάδιο, για το οποίο (ερώτημα), όπως ήταν διατυπωμένο, προσδιοριζόταν ρητά ότι η Τεχνική Προσφορά της προσφεύγουσας είναι σωστή, πλην όμως στο «Τ.Φ. 01 - Main EES» υπάρχει διαφορετική αναφορά, ήτοι απορρέει ότι η αιτούμενη διευκρίνιση εμπίπτει στο πεδίο του κεφ. 3.4.3/σελ. 46 του «Τ.Φ. 01 - Main EES», όπου αναγράφει: «The application server (enterprise web server) is based on Java language and used the Spring framework, with Tomcat or Jetty». Με την παροχή των διευκρινήσεων που έδωσε η προσφεύγουσα ανέφερε ότι: «*Η απάντησή μας για την ανωτέρω απαίτηση, ορθώς αναλύεται στις αναφερόμενες παραπομπές. Στο 'Τ.Φ. 01 - Main EES', ως γενικό Τεχνικό Φυλλάδιο, αναγράφονται όλες οι δυνατότητες της προσφερόμενης πλατφόρμας EES, είτε όπως αυτή έχει υλοποιηθεί σε αντίστοιχα έργα στο εξωτερικό είτε όπως έχει δυνατότητα να υλοποιηθεί. Για*

την απόδειξη τούτου, σε πολλά σημεία του Τ.Φ. 01 -Main EES γίνεται αναφορά για υλοποίηση open source (όπως ακριβώς και η Payara Server η οποία είναι open source), και πιο συγκεκριμένα στις σελ. 48, 64, 65, 74, 77. Επίσης, στη σελ.69 γίνεται σαφής αναφορά στο «SEI CERT Oracle Coding Standard for Java». Θεωρούμε ότι δεν υπάρχει ασάφεια, καθώς η απάντησή μας καλύπτει πλήρως τη ζητούμενη απαίτηση.». Όμως, στο υπ' αριθ. 44-α/21/01/2021 Πρακτικό Συνεδρίασης της Επιτροπής Κατάρτισης Τεχνικών Προδιαγραφών και Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών για την υλοποίηση κεντρικής υποδομής και μηχανογραφικής εφαρμογής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου Εξόδου, η προσφεύγουσα παρατήρησε ότι υπάρχει διαφορετική διατύπωση του ερωτήματος, όπως εκεί περιγράφεται, (σε σχέση εννοείται με το ερώτημα που της κοινοποιήθηκε), καθόσον είχαν ενσωματωθεί στοιχεία που δεν της γνωστοποιήθηκαν στο έγγραφο παροχής διευκρινίσεων (επί του οποίου είχε ήδη τοποθετηθεί), ενώ προστέθηκαν αυτά στο προαναφερόμενο πρακτικό με την υπόμνηση ότι ρωτήθηκε σχετικά. Συγκεκριμένα στο υπ' αριθμ. 44- α/21/01/2021 Πρακτικό αναφέρεται ότι: «*Στην απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών της Διακήρυξης ζητείται: «Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού: · εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2. · Oracle Java, τελευταία έκδοσης.». Η ένωση οικονομικών φορέων στον Πίνακα συμμόρφωσης δήλωσε ρητά τη συμμόρφωσή της στην ανωτέρω απαίτηση και παρέπεμψε στην Τεχνική προσφορά, Κεφ. 2.7 Λοιπές απαιτήσεις λογισμικού Παρ. 2.7.6Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών και στο Τ.Φ. 18 -Payara. Ωστόσο: - Στη σελ. 16 του Κεφ. 2.1.1 «Μορφές & Αρχιτεκτονική Εφαρμογής» της Τεχνικής Προσφοράς αναγράφεται: «Η Εφαρμογή θα λειτουργεί σε Application Web Servers τύπου Enterprise (Spring FW με Tomcat ή Jetty).» - Στη σελ. 46 του Κεφ. 3.4.3 του Τ..Φ. 01 - Main EES, αναγράφεται: «The application server (enterprise web server) is based on Java language and used the Spring framework, with Tomcat or Jetty». Η Επιτροπή αρχικά παρατήρησε την ανωτέρω ασάφεια και κατόπιν τούτου υπέβαλε αίτημα υποβολής διευκρινήσεων προς την Ένωση Οικονομικών Φορέων, η οποία με το υπ' αριθ. AD.210111.002 από 11/01/2021 έγγραφο, μας γνώρισε: ……»*. Κατά την προσφεύγουσα, μετά τα ανωτέρω και όπως

σαφώς διαπιστώνεται πιθανόν εκ παραδρομής, η πρόταση: «*-Στη σελ. 16 του Κεφ. 2.1.1 «Μορφές & Αρχιτεκτονική Εφαρμογής» της Τεχνικής Προσφοράς αναγράφεται: «Η Εφαρμογή θα λειτουργεί σε Application Web Servers τύπου Enterprise (Spring FW με Tomcat ή Jetty)*.» δεν υπήρχε στις αιτούμενες διευκρινίσεις. Κατά την προσφεύγουσα, το σφάλμα που παρεισέφρησε - το οποίο προκύπτει, άλλωστε, από τη σύγκριση των δύο εγγράφων (διευκρινιστικό έγγραφο και πρακτικό Επιτροπής) - ήταν εξαιρετικά κρίσιμο και ουσιώδες, δεδομένου ότι της «εξηγούσε» και καταδείκνυε τη λογική (δηλαδή τι εξυπηρετούσε και που στόχευε το ερώτημα) της διευκρίνησης, η οποία εν τέλει αφορούσε την Τεχνική Περιγραφή και όχι το Τεχνικό Φυλλάδιο. Ενόψει των ανωτέρω, κατά την προσφεύγουσα, είναι σαφές ότι το ερώτημα προς διευκρίνιση που της υποβλήθηκε δεν ήταν ακριβές και πλήρες κατά το περιεχόμενό του, διότι δεν περιείχε τα στοιχεία που επικαλείται η επιτροπή στο πρακτικό της ότι υπήρχαν στο έγγραφο της διευκρίνισης που της γνωστοποιήθηκε. Η παραπάνω έλλειψη στο ερώτημα που της γνωστοποιήθηκε, της στέρησε τη δυνατότητα να τοποθετηθεί και να διαλύσει μετά βεβαιότητας τις όποιες απορίες είχαν δημιουργηθεί στην Επιτροπή από την προσφερόμενη τεχνική της λύση, ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται. Εάν, λοιπόν, δεν είχε εμφιλοχωρήσει το σφάλμα αυτό στο ερώτημα που γνωστοποιήθηκε στην προσφεύγουσα, θα είχε τοποθετηθεί αναλόγως και δεν θα υπήρχε καμία αμφιβολία ή ασάφεια περί της ορθότητας της προσφοράς της, και έτσι δεν θα είχε αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία. Προς απόδειξη της ορθότητας της προσφοράς της σχετικά με την παράγραφο υπό στοιχεία 2.1.1 «Μορφές & Αρχιτεκτονική Εφαρμογής» της Τεχνικής Προσφοράς της (σελ. 16), για την οποία δεν ερωτήθηκε εκ παραδρομής, σημειώνει η προσφεύγουσα ότι συμπληρώθηκαν ενδεικτικά «τύποι Enterprise (Spring FW με Tomcat ή Jetty)», δεδομένου ότι η συγκεκριμένη παράγραφος 2.1.1 της διακήρυξης δεν αναφέρει ρητή απαίτηση Payara. Αντίστοιχα, κατά την προσφεύγουσα, η ίδια αναφορά γίνεται στο «Τ.Φ. 01 - Main EES», όπου αναλύει όλες τις δυνατότητες της προσφερόμενης πλατφόρμας EES, είτε όπως αυτή έχει υλοποιηθεί σε αντίστοιχα έργα στο εξωτερικό είτε όπως έχει δυνατότητα να υλοποιηθεί. Υπό το πρίσμα των παραπάνω πραγματικών περιστατικών, κατά την προσφεύγουσα, είναι προεχόντως παράνομο από ένα σφάλμα της αναθέτουσας αρχής να απορριφθεί η τεχνική προσφορά της και

να αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία, από τη στιγμή που η προσφεύγουσα καλόπιστα απάντησε σε ό,τι της ζητήθηκε και είχε μάλιστα και την πεποίθηση ότι μετά και από την απάντησή της είχε αποσαφηνίσει όλες τις απορίες της Επιτροπής. Κατά την προσφεύγουσα, είναι σαφές ότι σε τέτοιες περιπτώσεις, όπως εν προκειμένω, η Διοίκηση είναι αυτή που φέρει την ευθύνη και το βάρος να εκφραστεί με σαφήνεια και πληρότητα, όταν απευθύνεται στον καλόπιστο διαγωνιζόμενο, ο οποίος δεν είναι δυνατόν να αποκλεισθεί για παραλείψεις και σφάλματα της αναθέτουσας αρχής, ακόμη και εάν αυτά εμφιλοχώρησαν εκ παραδρομής. Κατά την προσφεύγουσα, με την κρίση της αυτή η προσβαλλόμενη απόφαση παραβίασε το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης, τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, καθώς και τον κανόνα δικαίου που απορρέει από το άρθρο 18 του ν. 4412/2016, στον οποίο ορίζεται ότι: «*1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού*...». Περαιτέρω, είναι γνωστό ότι, σύμφωνα με πάγια νομολογία των Δικαστηρίων, δεν είναι επιτρεπτός ο αποκλεισμός από τη διαγωνιστική διαδικασία διαγωνιζόμενου, για το λόγο ότι, με την προσφορά του, δεν υπέβαλε μη αξιούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά ή άλλα έγγραφα, ή για το λόγο ότι δεν πληρούσε προδιαγραφές τις οποίες δεν απαιτούσε η διακήρυξη. Αντίστοιχα, και ακόμα περισσότερο, δεν είναι επιτρεπτή η απόρριψη της προσφοράς διαγωνιζόμενου, όταν η προσφορά αυτή πληροί τους τεθέντες όρους της διακήρυξης, η δε αναθέτουσα αρχή αδυνατεί να το κατανοήσει λόγω μη ορθής εκ μέρους της διατύπωσης του οικείου διευκρινιστικού ερωτήματος. **Β.** Σχετικά με τα διευκρινιστικά ερωτήματα που ετέθησαν σε δύο συνδιαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς. Συμπληρωματικά με τα παραπάνω η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι στην παρ. 2.11.6, σελ.92, της Τεχνικής Προσφοράς της Ένωσης οικονομικών φορέων i) «…» ii) «…» και iii) «…» αναγράφεται ακριβώς η ίδια απάντηση όπως και στην τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας. Επί της παραπάνω πανομοιότυπης απάντησης της ένωσης εταιρειών η προσφεύγουσα διαπίστωσε ότι σύμφωνα με το υπ. αριθμ. 40-β/28/12/2020 Πρακτικό Συνεδρίασης της Επιτροπής

Κατάρτισης Τεχνικών Προδιαγραφών και Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών για την υλοποίηση κεντρικής υποδομής και μηχανογραφικής εφαρμογής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου Εξόδου, υποβλήθηκε διευκρινιστικό ερώτημα μόνον για τις ακριβείς εκδόσεις του παρεχόμενου λογισμικού, ενώ η προσφεύγουσα δεν ερωτηθήκε σχετικά. Ομοίως, στο Κεφ. 1.10.6, σελ.93, της Τεχνικής Προσφοράς του Οικονομικού φορέα «…» αναγράφεται ακριβώς η ίδια απάντηση όπως και στην τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας. Συναφώς, επί της παραπάνω πανομοιότυπης απάντησης της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας η προσφεύγουσα διαπίστωσε ότι, σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 40-β/28/12/2020 Πρακτικό Συνεδρίασης της Επιτροπής κατάρτισης Τεχνικών Προδιαγραφών και Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών για την υλοποίηση κεντρικής υποδομής και μηχανογραφικής εφαρμογής του εθνικού Συστήματος Εισόδου Εξόδου, υποβάλλεται διευκρινιστικό ερώτημα μόνον για τις ακριβείς εκδόσεις του παρεχόμενου λογισμικού, ενώ η προσφεύγουσα δεν ερωτήθηκε σχετικά. Την παρατήρηση αυτή η προσφεύγουσα τη θεωρεί σημαντική, διότι, εάν είχε υποβληθεί και στην προσφεύγουσα, τότε σε κάθε περίπτωση το παραπάνω πολύ απλό διευκρινιστικό ερώτημα για τις ακριβείς εκδόσεις του προσφερόμενου λογισμικού, η τοποθέτησή της (νοουμένου ότι είναι γεγονός ότι συμμορφώθηκε πλήρως με όλους τους όρους της διακήρυξης) δεν θα άφηνε καμία αμφιβολία για την ορθότητα της προσφοράς της και δεν θα είχε αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία. Κατά την προσφεύγουσα, ανακεφαλαιωτικά, ακόμη και εάν θεωρηθεί ότι ο αποκλεισμός της οφείλεται, κατά το χαρακτηρισμό της σε μία «*δυστυχία συμπτώσεων*», σε καμία περίπτωση αυτός δεν χάνει τον παράνομο χαρακτήρα του, αφού δεν υπάρχει νόμιμο έρεισμα που να τον δικαιολογεί. Ενόψει των παραπάνω, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία εσφαλμένως, κατ' αυτήν, απορρίφθηκε η τεχνική της προσφορά ως μη αποδεκτή βάσει του όρου 2.4.6 της διακήρυξης.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, που διαβίβασε στην ΑΕΠΠ με το υπ' αρ.πρωτ.8028/1/182-ρκθ΄/12-2-2021 έγγραφό της και τις γνωστοποίησε αυθημερόν (12-2-2021) στους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ του ΕΣΗΔΗΣ, προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής προβάλλει τα εξής: **α.** Όπως γίνεται

παγίως δεκτό, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη που δεσμεύει τόσο τα διοικητικά όργανα, όσο και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣτΕ 2635/2009, ΣτΕ 1616/2008, ΣτΕ 204/1996, 3760/1992, 2772/1986, 2992/1983 κ.ά.). Σύμφωνα δε με την αρχή της τυπικότητας, που διέπει όλες τις διαγωνιστικές διαδικασίες για τις δημόσιες συμβάσεις, η αναθέτουσα αρχή, θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης, αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. Τούτο σημαίνει ότι οι διατάξεις της, σε συνδυασμό με τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις του νόμου, επιβάλλεται να τηρούνται από την αναθέτουσα αρχή, άλλως η παράβαση αυτών επιφέρει ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Κατά όμοιο τρόπο, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν τις προσφορές τους σύμφωνα με αυτούς, άλλως οι προσφορές τους πρέπει να απορριφθούν από την αναθέτουσα αρχή ως απαράδεκτες (βλ. Ολ. ΣτΕ 1415/2000, 1945/2001, 4343/2005, και Ολ. Ν.Σ.Κ. 117/2003, 333/2003, 1/2006, 14/2007). Η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών, εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους, τυχόν δε μη συμμόρφωση προς τις απαιτήσεις της διακήρυξης επάγεται σε κάθε περίπτωση τον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου, ακόμη και αν η οικεία διακήρυξη δεν διαγράφει ρητά τη συνέπεια αυτή. Ωσαύτως, ενόψει της αυστηρώς τυπικής διαδικασίας των δημόσιων διαγωνισμών, προσφορές που δεν είναι σύμφωνες με ουσιώδεις όρους της διακήρυξης, αποκλείονται από το διαγωνισμό. Οι όροι της διακήρυξης διαγωνισμού, οι οποίοι έχουν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού των διαγωνιζομένων σε περίπτωση μη τήρησής τους, συνιστούν, άνευ ετέρου, ουσιώδεις όρους αυτής. Επίσης, με βάση την αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, όλες οι διατάξεις της διακήρυξης που αφορούν τους τύπους, οι οποίοι πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία αυτή, καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, με εξαίρεση εκείνους για τους οποίους σαφώς προκύπτει το αντίθετο, ενώ τυχόν παράβαση αυτών συνεπάγεται το απαράδεκτο της προσφοράς που υποβλήθηκε από τον υποψήφιο. Συναφώς, κατά τη πάγια νομολογία του ΔΕΕ, «*η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει, με αποτέλεσμα*

να είναι υποχρεωμένη να αποκλείσει από το διαγωνισμό επιχείρηση που δεν προσκόμισε ορισμένο έγγραφο ή στοιχείο, του οποίου η υποβολή επιβαλλόταν από τα έγγραφα του εν λόγω διαγωνισμού επί ποινή αποκλεισμού» (απόφαση Manova C - 336/2012, σκέψη 40, απόφαση Cartiera dell' Adda Spa κατά CEM Ambiente SpA C- 42/2013, σκέψη 42). Περαιτέρω, προβάλει η αναθέτουσα αρχή πως το Δικαστήριο της ενωσιακής έννομης τάξης έχει κρίνει επανειλημμένα ότι η υποχρέωση τήρησης των όρων της διακήρυξης από την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζομένους αποτελεί συνέπεια της αρχής της διαφάνειας που πρέπει να διέπει τους διαγωνισμούς και η οποία διασφαλίζει την ίση μεταχείριση των μετεχόντων σε αυτούς (ΔΕΚ C - 87/1994, Επιτροπή κατά Βελγίου). **β.** Η διακήρυξη είναι αυτή που θέτει το κανονιστικό πλαίσιο, το οποίο διέπει τα της διεξαγωγής του διαγωνισμού και δεσμεύει τόσο τους διαγωνιζόμενους όσο και την αναθέτουσα αρχή, οι δε κανόνες που τίθενται με αυτήν κατισχύουν ως ειδικότεροι κάθε άλλης διάταξης (ΕΑ 348/2010, 613/2009), εφόσον δεν προσβληθούν ευθέως και επικαίρως. Συναφώς, η συμμετοχή ενός οικονομικού φορέα στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία προϋποθέτει, την πλήρη και άνευ επιφυλάξεως αποδοχή των όρων της διακήρυξης κατά την υποβολή της προσφοράς του, ενώ δεν δύνανται να προβάλλονται ισχυρισμοί περί ασάφειας και αμφισημίας των όρων της διακήρυξης. **γ.** Ο λόγος αποκλεισμού της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών αφορά στη διαπιστωθείσα από την Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών απόκλιση της τεχνικής προσφοράς της από τον όρο της παραγράφου C.2.7.6 του φύλλου συμμορφώσεως του τεύχους τεχνικών προδιαγραφών της υπ' αριθ. …/2020 Διακήρυξης Γ.Δ.Ο.Υ.Ε.Σ. (Β' Τεύχος). Ειδικότερα, ο όρος της παραγράφου C.2.7.6 του φύλλου συμμορφώσεως του τεύχους τεχνικών προδιαγραφών της υπ' αριθ. 08/2020 διακήρυξης Γ.Δ.Ο.Υ.Ε.Σ. (Β' Τεύχος) έχει ως εξής :

C.2.7.6Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών				
1	*Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού :* • *εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2.* • *Oracle Java, τελευταία έκδοσης.*	*ΝΑΙ*		

δ. Δεδομένης της αμιγώς τεχνικής φύσεως του λόγου αποκλεισμού της προσφεύγουσας ένωσης εταιρειών, η Υπηρεσία ως αναθέτουσα αρχή επικαλείται τη γνωμοδότηση του αρμοδίου συλλογικού οργάνου, η οποία έχει ως εξής : «*Η τεχνική προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων i) «…» και ii) «…» αξιολογείται ως μη αποδεκτή καθώς δεν συμμορφώνεται με τους όρους των Τεχνικών Προδιαγραφών της υπ' αριθ. …/2020 Διακήρυξη (Β' Στάδιο) (Συστ. Αρ. Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. …) σύμφωνα την παρ. 2.4.6 της εν λόγω Διακήρυξης, για τους λόγους που αναφέρονται στην παρ. Ι του παρόντος*». Στην παράγραφο Ι του ως άνω πρακτικού, αναφέρονται τα κάτωθι : «*Στην απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών' της Διακήρυξης ζητείται: «Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού: • εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2. • Oracle Java, τελευταία έκδοσης*.». Η ένωση οικονομικών φορέων στον Πίνακα Συμμόρφωσης δήλωσε ρητά τη συμμόρφωσή της στην ανωτέρω απαίτηση και παρέπεμψε στην Τεχνική προσφορά, Κεφ. 2.7 Λοιπές απαιτήσεις λογισμικού Παρ. 2.7.6Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών και στο Τ.Φ. 18 -Payara. Ωστόσο: Στη σελ. 16 του Κεφ. 2.1.1 «Μορφές & Αρχιτεκτονική Εφαρμογής» της Τεχνικής Προσφοράς αναγράφεται: «Η Εφαρμογή θα λειτουργεί σε Application Web Servers τύπου Enterprise (Spring FW με Tomcat ή Jetty).». Στη σελ. 46 του Κεφ. 3.4.3 του ΤΦ. 01 - Main EES, αναγράφεται: «The application server (enterprise web server) is based on Java language and used the Spring framework, with Tomcat or Jetty». Η Επιτροπή αρχικά παρατήρησε την ανωτέρω ασάφεια και κατόπιν τούτου υπέβαλε αίτημα υποβολής διευκρινήσεων προς την προσφεύγουσα, η οποία με το υπ' αριθ. AD.210111.002 από 11/01/2021 έγγραφο, γνώρισε προς την αναθέτουσα αρχή ότι «*Η απάντησή μας για την ανωτέρω απαίτηση,*

ορθώς αναλύεται στις αναφερόμενες παραπομπές. Στο ΄Υ.Φ. 01 -Main EES', ως γενικό Τεχνικό Φυλλάδιο, αναγράφονται όλες οι δυνατότητες της προσφερόμενης πλατφόρμας EES, είτε όπως αυτή έχει υλοποιηθεί σε αντίστοιχα έργα στο εξωτερικό είτε όπως έχει δυνατότητα να υλοποιηθεί. Για την απόδειξη τούτου, σε πολλά σημεία του ΤΦ. 01 -Main EES γίνεται αναφορά για υλοποίηση open source (όπως ακριβώς και η Payara Server η οποία είναι open source), και πιο συγκεκριμένα στις σελ. 48, 64, 65, 74, 77. Επίσης, στη σελ.69 γίνεται σαφής αναφορά στο «SEI CERT Oracle Coding Standard for Java». Θεωρούμε ότι δεν υπάρχει ασάφεια, καθώς η απάντησή μας καλύπτει πλήρως τη ζητούμενη απαίτηση.». Συνεπώς από την τεχνική της προσφορά και τις υποβληθείσες διευκρινίσεις δεν προκύπτει η χρήση του απαιτούμενου λογισμικού εξυπηρετητή (Payara), παρότι προσφέρεται από την ένωση οικονομικών φορέων. Συνεπώς, η προσφερόμενη τεχνική λύση δεν συμμορφώνεται με τους όρους του Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών, ειδικότερα την απαίτηση 1 του Πίνακα ‘C.2.7.6Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών'». **ε.** Επίσης, τα τιθέμενα με την υπό κρίση προσφυγή ζητήματα, ως αυτά διαλαμβάνονται στο πρώτο και δεύτερο λόγο αυτής, ομοίως λόγω της τεχνικής φύσεως αυτών, τέθηκαν υπόψιν της Επιτροπής Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, η οποία γνώρισε προς την αναθέτουσα αρχή απόψεις επ' αυτών, ως εμφαίνονται κατωτέρω : «*Από την εξέταση της τεχνικής προσφοράς της ένωσης οικονομικών φορέων "…" - "…", διαπιστώθηκε η προσφορά του απαιτούμενου λογισμικού Payara, σε έκδοση 5.2. Ωστόσο, δεν προέκυψε η χρήση αυτού κατά την υλοποίηση του εθνικού ΣΕΕ. Πιο συγκεκριμένα, από τους πίνακες συμμόρφωσης προέκυπτε η προσφορά του λογισμικού Payara, ενώ από την υποβληθείσα προσφορά προέκυπτε η χρήση του λογισμικού tomcat/jetty. Η Επιτροπή διαπιστώνοντας την ανωτέρω ασάφεια, προχώρησε σε διευκρινιστική ερώτηση προς την ένωση οικονομικών φορέων, σχετικά με τη χρήση ή μη του προσφερόμενου από αυτήν, λογισμικού Payara. Από την απάντηση του οικονομικού φορέα δεν προέκυψε η χρήση του απαιτούμενου λογισμικού Payara για την υλοποίηση του εθνικού Σ.Ε.Ε, παρά μόνη η προσφορά αυτού. Κατόπιν τούτου, η Επιτροπή γνωμοδότησε όπως η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα αξιολογηθεί ως μη αποδεκτή, καθώς δε συμμορφωνόταν με τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών. Περαιτέρω, μελετώντας το περιεχόμενο της προσφυγής, η Επιτροπή*

διαπιστώνει τα κάτωθι: Σχετικά με τον αναφερόμενο ως Α' λόγο ακύρωσης: • Η ένωση οικονομικών φορέων στην προσφυγή της, αναφέρει ότι «η ακρίβεια της τοποθέτηση μας σχετικά με το προσφερόμενο λογισμικό αποδεικνύεται επιπλέον και από το Παράρτημα ΙΙ - Αντίγραφο των πινάκων της οικονομικής προσφοράς χωρίς τιμές, σελ 281, όπου αποτυπώνεται με σαφήνεια η προσφορά της Payara (έκδοσης 5.2 ή νεώτερης), νοούμενου ότι το ανωτέρω λογισμικό ενσωματώνεται στην προσφερόμενη τεχνική μας λύση (χρήση και υλοποίηση)». Αντιθέτως, η Επιτροπή παρατήρησε εντός της υποβληθείσας προσφοράς ρητή δήλωση περί χρήσης διαφορετικών λογισμικών (tomcat, jetty) από το απαιτούμενο (Payara). Δεδομένου ότι η ισχύς της ρητής δήλωσης υπερτερεί της νοούμενης δήλωσης, η Επιτροπή γνωμοδότησε σχετικά. • Η ένωση οικονομικών φορέων στην προσφυγή της αναφέρει ότι «το τεχνικό φυλλάδιο «Τ.Φ. 01- Main EES» είναι ένα γενικό Τεχνικό Φυλλάδιο της προσφερόμενης λύσης της εταιρείας … και σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να αναλύει εις βάθος όλες τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές κάθε διαγωνισμού». Αντιθέτως, από την ενδελεχή μελέτη του εν λόγω τεχνικού φυλλαδίου, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι αυτό εξειδικεύεται στην προσφερόμενη τεχνική λύση της ένωσης, σχετικά με την υλοποίηση του ΣΕΕ που αφορά τη χώρα μας. Αυτό προκύπτει σαφώς από τη χρήση όρων, εννοιών και διαδικασιών που αναφέρονται αποκλειστικά στο Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών (Β' Στάδιο), για την υλοποίηση του εθνικού ΣΕΕ. Ενδεικτικά παρατίθενται τα κάτωθι: Τίτλος εγγράφου: GREEK REPUBLIC, Entry Exit System, Technical Proposal, Version 01: 2020 November. Παράγραφος 1.2: Customer is answering to the RFP for the creation of a central infrastructure for the National Entry - Exit System of the Greek Civil Protection Ministry under the reference N° P.O.L.: 280335/20/2343742…. Groupe provides an offer to an Entry Exit System compliant to the European regulation. • Η ένωση οικονομικών φορέων στην προσφυγή της αναφέρει ότι «Η Αναθέτουσα Αρχή μας απηύθυνε διευκρινιστικό ερώτημα για το παραπάνω Τεχνικό Φυλλάδιο, για το οποίο (ερώτημα) δέον να τονίσουμε ότι όπως ήταν διατυπωμένο προσδιοριζόταν ρητά ότι η Τεχνική μας Προσφορά είναι σωστή». Ωστόσο, στο διευκρινιστικό ερώτημα της Επιτροπής αναφέρεται: «Η Ένωση οικονομικών φορέων στην προσφορά της δηλώνει ρητά τη συμμόρφωσή της στην ανωτέρω απαίτηση και παραπέμπει στην Τεχνική προσφορά, Κεφ.2.7Λοιπές απαιτήσεις

λογισμικού Παρ. 2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών και στο Τ.Φ. 18 - Payara.». Επισημαίνεται ότι η αναφορά στη δήλωση περί συμμόρφωσης της ένωσης οικονομικών φορέων, δεν ισοδυναμεί με αποδοχή της Τεχνικής Προσφοράς από την Επιτροπή, ως σωστή. Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της ένωσης οικονομικών φορέων, ότι η Επιτροπή αποδέχτηκε την τεχνική προσφορά ως σωστή, είναι αβάσιμος. • Η ένωση οικονομικών φορέων στην προσφυγή της ισχυρίζεται ότι «υπάρχει διαφορετική διατύπωση του ερωτήματος όπως εκεί περιγράφεται (σε σχέση εννοείται με το ερώτημα που μας κοινοποιήθηκε) καθόσον είχαν ενσωματωθεί στοιχεία που δεν μας γνωστοποιήθηκαν στο έγγραφο παροχής διευκρινήσεων (επί του οποίου είχαμε ήδη τοποθετηθεί), ενώ προστέθηκαν αυτά στο προαναφερόμενο πρακτικό με την υπόμνηση ότι ερωτηθήκαμε σχετικά». Η Επιτροπή στο πρακτικό υπ' αριθ. 44-α' δεν τροποποίησε το ερώτημα που αρχικά είχε στείλει στην ένωση οικονομικών φορέων, αλλά παρέθεσε τα σημεία που προέκυπτε μη συμμόρφωση ως προς τους όρους των προδιαγραφών, ήτοι η μη χρήση του απαιτούμενου λογισμικού Payara, αλλά έτερου λογισμικού (Tomcat or Jetty). Το υποβληθέν ερώτημα ήταν πλήρες, ακριβές και περιέγραφε σαφώς την εντοπισθείσα ασάφεια, η οποία ανεξάρτητα από τα σημεία που εντοπίσθηκε, δεν αποκαταστάθηκε από τις διευκρινίσεις. Σε αυτές αναφέρεται: «Η απάντησή μας για την ανωτέρω απαίτηση, ορθώς αναλύεται στις αναφερόμενες παραπομπές. Στο ΄Υ.Φ. 01 - Main EES', ως γενικό Τεχνικό Φυλλάδιο, αναγράφονται όλες οι δυνατότητες της προσφερόμενης πλατφόρμας EES, είτε όπως αυτή έχει υλοποιηθεί σε αντίστοιχα έργα στο εξωτερικό είτε όπως έχει δυνατότητα να υλοποιηθεί. Για την απόδειξη τούτου, σε πολλά σημεία του ΓΦ. 01 - Main EES γίνεται αναφορά για υλοποίηση open source (όπως ακριβώς και η Payara Server η οποία είναι open source), και πιο συγκεκριμένα στις σελ. 48, 64, 65, 74, 77. Επίσης, στη σελ. 69 γίνεται σαφής αναφορά στο «SEI CERT Oracle Coding Standard for Java». Από την τεχνική προσφορά και τις υποβληθείσες διευκρινήσεις, δεν προκύπτει η χρήση του απαιτούμενου λογισμικού εξυπηρετητών (Payara), παρότι προσφέρεται από την ένωση οικονομικών φορέων. Συνεπώς η μη αποκατάσταση της αποσταλθείσας ασάφειας αποτέλεσε ικανό και επαρκή λόγο απόρριψης της προσφοράς καθότι η προσφερόμενη τεχνική λύση δεν συμμορφώνεται με τους όρους του Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών και ειδικότερα με την απαίτηση 1

του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών'. • Σχετικά με τον αναφερόμενο ως Β' λόγο ακύρωσης σημειώνεται ότι η Επιτροπή δεν είχε αμφιβολία περί της ακριβούς έκδοσης του προσφερόμενου λογισμικού Payara από την ένωση οικονομικών φορέων "…" - "…", σε αντίθεση με τους οικονομικούς φορείς i) "…", "…" και "…" και ii) "…", στις τεχνικές προσφορές των οποίων δεν αναφερόταν με σαφήνεια η έκδοσή του. Για τον λόγο αυτό, η Επιτροπή υπέβαλε ερώτημα διευκρινίσεων για την απαίτηση 1 του Πίνακα C.2.7.6 στους εν λόγω οικονομικούς φορείς, ώστε να διευκρινισθούν οι ακριβείς εκδόσεις του λογισμικού, ενώ στην ένωση οικονομικών φορέων "…" - "…" υπέβαλε ερώτημα διευκρινίσεων ώστε να διευκρινισθεί η ασάφεια σχετικά με τη χρήση ή μη του λογισμικού Payara». Κατόπιν των ανωτέρω, η από 04-02-2021 προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων «...» κατα της υπ' αριθ. 8028/1/182-ριδ ' από 23-01-2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά την άποψη της Υπηρεσίας πρέπει να απορριφθεί ως προς το σύνολο των προβαλλόμενων σε αυτή λόγων.

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 (βλ. και άρθρο 3 του πδ 39/2017) ορίζεται ότι «*1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής*». Περαιτέρω, στο άρθρο 367 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «*1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της… 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια …*» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του π.δ. 39/2017.

11. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

12. Επειδή, σύμφωνα με το Τεύχος Τεχνικών Προδιαγραφών για την υλοποίηση κεντρικής υποδομής και μηχανογραφικής εφαρμογής του Εθνικού Συστήματος Εισόδου-Εξόδου Στάδιο Β' ορίζεται στο κεφάλαιο Β.2.7. με τίτλο 'Λοιπές απαιτήσεις λογισμικού' και δη στην παρ. 'Β.2.7.6. Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών' *«Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού : εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2. Oracle Java, τελευταία έκδοσης.».*

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με το υπ' αρ.πρωτ. 028/1/182-ργ΄/30-12-2020 έγγραφό της, απηύθυνε στην προσφεύγουσα πρόσκληση για την υποβολή διευκρινίσεων, μεταξύ άλλων, και για το εξής: «….*7. Στην απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Πρωτόκολλα' της Διακήρυξης ζητείται: «Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού: ·εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2. · Oracle Java, τελευταία έκδοσης.». Η ένωση οικονομικών φορέων στην προσφορά της, δηλώνει ρητά την συμμόρφωσή της στην ανωτέρω απαίτηση και παραπέμπει στην Τεχνική προσφορά, Κεφ.2.7 Λοιπές απαιτήσεις λογισμικού Παρ. 2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών και στο Τ.Φ. 18 – Payara. Παρατηρείται ότι στο κεφ. 3.4.3/σελ. 46 του Τ.Φ. 01 –Main EES, αναγράφεται: «The application server (enterprise web server) is based on Java language and used the Spring framework, with Tomcat or Jetty». Παρακαλούμε όπως διευκρινιστεί η εν λόγω ασάφεια*…..».

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με το με αρ. αναφοράς AD.210111.002/11-1-2021 έγγραφό της απάντησε στα τεθέντα διευκρινιστικά ερωτήματα της αναθέτουσας αρχής και ειδικά στο ως άνω ερώτημα απάντησε ως εξής: «….*Η απάντησή μας για την ανωτέρω απαίτηση, ορθώς αναλύεται στις αναφερόμενες παραπομπές. Στο 'Τ.Φ. 01 –Main EES', ως γενικό Τεχνικό Φυλλάδιο, αναγράφονται όλες οι δυνατότητες της προσφερόμενης πλατφόρμας EES, είτε όπως αυτή έχει υλοποιηθεί σε αντίστοιχα έργα στο εξωτερικό είτε όπως έχει δυνατότητα να υλοποιηθεί. Για την απόδειξη τούτου, σε πολλά σημεία του Τ.Φ. 01 –Main EES γίνεται αναφορά για υλοποίηση open source (όπως ακριβώς και η Payara Server η οποία είναι open source), και πιο συγκεκριμένα στις σελ. 48, 64, 65, 74, 77. Επίσης, στη σελ.69 γίνεται σαφής αναφορά στο «SEI CERT Oracle Coding Standard for Java». Θεωρούμε ότι δεν υπάρχει ασάφεια, καθώς η απάντησή μας καλύπτει πλήρως τη ζητούμενη απαίτηση*……».

15. Επειδή, στο με αρ. 44-α/21/01/2021 Πρακτικό η Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών, το οποίο ενέκρινε η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της, ανέφερε τα εξής : «...*Στην απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών' της Διακήρυξης ζητείται: «Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού: · εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2. · Oracle Java, τελευταία έκδοσης.» Η ένωση οικονομικών φορέων στον Πίνακα συμμόρφωσης δήλωσε ρητά τη συμμόρφωσή της στην ανωτέρω απαίτηση και παρέπεμψε στην Τεχνική προσφορά, Κεφ. 2.7 Λοιπές απαιτήσεις λογισμικού Παρ. 2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών και στο Τ.Φ. 18 -Payara. Ωστόσο: Στη σελ. 16 του Κεφ. 2.1.1 «Μορφές & Αρχιτεκτονική Εφαρμογής» της Τεχνικής Προσφοράς αναγράφεται: «Η Εφαρμογή θα λειτουργεί σε Application Web Servers τύπου Enterprise (Spring FWμε Tomcat ή Jetty).» Στη σελ. 46 του Κεφ. 3.4.3 του Τ.Φ. 01 - Main EES, αναγράφεται: «The application server (enterprise web server) is based on Java language and used the Spring framework, with Tomcat or Jetty.».* Ωστόσο, από την αντιπαραβολή του υποβληθέντος προς την προσφεύγουσα διευκρινιστικού ερωτήματος με το ως άνω Πρακτικό προκύπτει ότι στο διευκρινιστικό ερώτημα δεν περιλήφθηκε η αναφορά «*Ωστόσο: Στη σελ. 16 του Κεφ. 2.1.1 «Μορφές &*

Αρχιτεκτονική Εφαρμογής» της Τεχνικής Προσφοράς αναγράφεται: «Η Εφαρμογή θα λειτουργεί σε Application Web Servers τύπου Enterprise (Spring FWμε Tomcat ή Jetty)…..», που, όμως, περιλήφθηκε στο εν λόγω Πρακτικό. Η παραληφθείσα αυτή αναφορά καταδείκνυε ότι το υποβληθέν διευκρινιστικό ερώτημα αφορούσε εντέλει την Τεχνική Περιγραφή και όχι το Τεχνικό Φυλλάδιο της προσφεύγουσας, όπως προέκυπτε μόνον από την περιληφθείσα αναφορά. Όμως, η παραληφθείσα αυτή αναφορά [*Στη σελ. 16 του Κεφ. 2.1.1 «Μορφές & Αρχιτεκτονική Εφαρμογής» της Τεχνικής Προσφοράς αναγράφεται: «Η Εφαρμογή θα λειτουργεί σε Application Web Servers τύπου Enterprise (Spring FWμε Tomcat ή Jetty)*] ομού μετά της περιληφθείσας έτερης αναφοράς [*Στη σελ. 46 του Κεφ. 3.4.3 του Τ.Φ. 01 - Main EES, αναγράφεται: «The application server (enterprise web server) is based on Java language and used the Spring framework, with Tomcat or Jetty.*] αποτέλεσαν εντέλει την αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τα διαληφθέντα στο με αρ. 44-α/21/01/2021 Πρακτικό η Επιτροπή Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών. Ωστόσο, η προσφεύγουσα, μη λαβούσα γνώση ότι το διευκρινιστικό ερώτημα αφορούσε εντέλει την Τεχνική Περιγραφή και όχι το Τεχνικό Φυλλάδιό της, απάντησε ως προεκτέθηκε, έχουσα ως δεδομένο ότι απαντά μόνον για το Τεχνικό Φυλλάδιό της και όχι και για την Τεχνική Περιγραφή. Κατά τον άνω τρόπο εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση ερειδόμενη επί εσφαλμένης αιτιολογίας.

16. Επειδή, επί του ιδίου ζητήματος η αντίστοιχη διευκρινιστική ερώτηση που τέθηκε στη συμμετέχουσα στο διαγωνισμό εταιρία «…» είχε το εξής περιεχόμενο «*3. Στην απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.1 Διαχειριστικά εργαλεία' της Διακήρυξης ζητείται: «Ο Ανάδοχος να παραδώσει σε λειτουργία διαχειριστικά εργαλεία με τα οποία οι διαχειριστές της Δ/νσης Πληροφορικής/Α.Ε.Α., να είναι σε θέση να παρακολουθούν και να διαχειρίζονται το σύνολο των εφαρμογών και των λειτουργιών τόσο της κύριας όσο και της εφεδρικής εγκατάστασης και να ενημερώνονται έγκαιρα για τυχόν προβλήματα σε επίπεδο υλικού ή λογισμικού. Τα εργαλεία αυτά να παραμετροποιηθούν ώστε σε περίπτωση προβλήματος να αποστέλλουν ενημέρωση μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Επιπλέον, να αποστέλλουν και περιοδικές αναφορές.» Ο Οικονομικός Φορέας στην προσφορά του, δηλώνει ρητά την συμμόρφωση του στην ανωτέρω*

απαίτηση και παραπέμπει στο κεφάλαιο 1.10.1 της Τεχνικής Προσφοράς. Δεδομένης της δήλωσης περί πλήρωσης της απαίτησης, παρακαλούμε όπως διευκρινιστεί η χρήση ή μη, έτοιμου λογισμικού και σε θετική περίπτωση, ο τίτλος αυτού.». Η σχετική απάντηση που δόθηκε από την εταιρία «…» είχε το εξής περιεχόμενο: «*Διευκρινίζεται ότι θα χρησιμοποιηθούν τα ακόλουθα διαχειριστικά εργαλεία τα οποία ενσωματώνονται στα προσφερόμενα προϊόντα: •Το λογισμικό Oracle Enterprise Manager Database Express, το οποίο περιλαμβάνεται στην προσφερόμενη Oracle Database Enterprise Edition (βλ. Τεχνική Προσφορά, κεφ. 1.10.5 Λογισμικό Βάσης Δεδομένων), •Τη κονσόλα διαχείρισης Payara Server Admin Console, η οποία περιλαμβάνεται στον προσφερόμενο Payara Server (βλ. Τεχνική Προσφορά, κεφ. 1.10.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών), •Το προσφερόμενο εργαλείο FortiManager για τη διαχείριση των τειχών προστασίας (firewalls), (βλ. Τεχνική Προσφορά, κεφ. 1.11.1.2 Forti Manager-VM) •Διασύνδεση με το λογισμικό Cisco DCNM της Αναθέτουσας Αρχής για τη διαχείριση των μεταγωγών Cisco Nexus (βλ. Τεχνική Προσφορά, κεφ. 1.11.2 Μεταγωγείς Δικτύου). Όλα τα πιο πάνω εργαλεία θα παραμετροποιηθούν κατάλληλα έτ σι ώστε να καλύψουν πλήρως όλες τις ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής, συμπεριλαμβανομένης της αποστολής ενημέρωσης μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου σε περίπτωση προβλήματος καθώς και της αποστολής περιοδικών αναφορών*.».

17. Επειδή, επί του ιδίου ζητήματος η αντίστοιχη διευκρινιστική ερώτηση που τέθηκε στη συμμετέχουσα στο διαγωνισμό ένωση οικονομικών φορέων «…», «…», είχε το εξής περιεχόμενο: «*3. Στην απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών' της Διακήρυξης ζητείται: «Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού: • εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2. • Oracle Java, τελευταία έκδοσης».Η ένωση οικονομικών φορέων στην προσφορά της, δηλώνει ρητά την συμμόρφωσή της στην ανωτέρω απαίτηση και παραπέμπει στην παράγραφο §2.11.Δεδομένης της δήλωσης περί πλήρωσης της απαίτησης, παρακαλούμε όπως διευκρινιστούν οι ακριβείς εκδόσεις του παρεχόμενου λογισμικού*.». Η σχετική απάντηση που

δόθηκε από την εν λόγω ένωση οικονομικών φορέων είχε το εξής περιεχόμενο: «*Οι ακριβείς εκδόσεις του προσφερόμενου λογισμικού είναι: •Payara ServerEE v.5.23 •Oracle Java EE v.8*».

18. Επειδή, από τα δύο ως άνω παρατεθέντα διευκρινιστικά ερωτήματα προς τις συνδιαγωνιζόμενες «…» και ένωση «…», «…» και «…» προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή, ενώ κατ' ουσία ζήτησε να διευκρινιστεί το ίδιο ζήτημα, ήτοι ο τίτλος του λογισμικού εξυπηρετητών εφαρμογών, στην περίπτωση της προσφεύγουσας η ερώτηση δεν ετέθη με τον ίδιο τρόπο, αλλά το τεθέν ερώτημα συνδυαζόταν με το Τεχνικό Φυλλάδιο, στη δε προσβαλλόμενη απόφαση με το Τεχνικό Φυλλάδιο και την Τεχνική Περιγραφή.

19. Επειδή, πέραν των ως άνω, επί της ουσίας των κριθέντων με την προσβαλλόμενη απόφαση διατυπώνονται και τα ακόλουθα: Για την απόδειξη της συμμόρφωσης της προσφεύγουσας με την απαίτηση της παρ. Β.2.7.6. 'Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών' του Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών *«Ο Ανάδοχος θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού : εξυπηρετητών εφαρμογών (application server) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2. Oracle Java, τελευταία έκδοσης.»*, η προσφεύγουσα με την τεχνική προσφορά της παραπέμψε με σαφήνεια σε συγκεκριμένα σημεία της. Συγκεκριμένα, στο κεφάλαιο 2.7.4 της Τεχνικής της Προσφοράς διέλαβε ότι: «*Η Ένωση των Εταιρειών μας θα προσφέρει το λογισμικό Docker Enterprise για την υλοποίηση περιβάλλοντος Dev Ops για την διαχείριση των releases και deployments του συνόλου του προσφερόμενου web-based λογισμικού (π.χ. Java, Git, Jenkins, Maven, Payara, κλπ.), λαμβάνοντας υπόψη τις τεχνολογίες ανάπτυξης λογισμικού. Το Docker Enterprise αποτελεί την κορυφαία και μοναδική κοντέινερ πλατφόρμα η οποία παρέχει μια σταθερή εμπειρία desktop-to-cloud και ένα κεντρικό σημείο συνεργασίας μεταξύ των προγραμματιστών και των επιχειρήσεων για δημιουργία, κοινή χρήση και εκτέλεση σύγχρονων εφαρμογών. Βασιμένο στα βιομηχανικά πρότυπα, το Docker Enterprise είναι ο ευκολότερος τρόπος χρήσης κοντέινερ και Kubernetes σε κλίμακα, παρέχοντας τον ταχύτερο χρόνο στην παραγωγή για σύγχρονες εφαρμογές σε οποιοδήποτε περιβάλλον. Το Docker Enterprise*

προσφέρει ταχύτητα, επιλογές και ασφάλεια σε ολόκληρο τον κύκλο ζωής της εφαρμογής, επιτρέποντας την ταχεία ανάπτυξη και προοδευτική παράδοση σύγχρονων εφαρμογών, αξιοποιώντας τα εργαλεία και την γνώση που έχουν δημιουργηθεί σήμερα στις εταιρείες. Αυτό σημαίνει βελτιωμένη παραγωγικότητα προγραμματιστή, αυξημένη συχνότητα κυκλοφορίας και έναν ασφαλή αγωγό για περιβάλλοντα Kubernetes οπουδήποτε. Τέλος, διευκρινίζεται ότι η Ένωση των Εταιρειών μας θα χρησιμοποιήσει το υφιστάμενο αποθετήριο δεδομένων SVN της Ελληνικής Αστυνομίας στο οποίο με κατάλληλο λογαριασμό που θα δημιουργηθεί από την Διεύθυνση Πληροφορικής/Α.Ε.Α. θα αποθηκεύει και θα ενημερώνει τις τελευταίες εκδόσεις των λογισμικών που θα παρέχει.». Επίσης, στο κεφάλαιο 2.7.4 της Τεχνικής της Προσφοράς η προσφεύγουσα διέλαβε ότι «*Η Ένωση των Εταιρειών μας θα αναλάβει να παραμετροποιήσει την υφιστάμενη υποδομή με την εγκατάσταση προσφερόμενου λογισμικού: •εξυπηρετητών εφαρμογών (applicationserver) Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2. •Oracle Java, τελευταία έκδοσης.), όσο και σε Τεχνικά Φυλλάδια («Τ.Φ. 18 - Payara»), από τις οποίες παραπομπές προκύπτει η συμμόρφωση με τη συγκεκριμένη απαίτηση, ήτοι η προσφορά του απαιτούμενου λογισμικού εξυπηρετητή (Payara), ως και η τεκμηρίωση για τη χρήση και την υλοποίηση αυτού στην προσφερόμενη λύση.*». Επιπλέον, στον Πίνακα Συμμόρφωσης, που υπέβαλε η προσφεύγουσα, παρέπεμψε στο ως άνω κεφ. 2.7.6. της τεχνικής προσφοράς, καθώς και στο τεχνικό φυλλάδιο Τ.Φ.18-Payara. Στο τεχνικό φυλλάδιο Τ.Φ.18-Payara, που υπέβαλε η προσφεύγουσα, σαφώς προκύπτει ότι προσφέρει το λογισμικό Payara. Τέλος, στο Παράρτημα ΙΙ - Αντίγραφο των πινάκων της οικονομικής προσφοράς χωρίς , που υπέβαλε η προσφεύγουσα (σελ. 281), αποτυπώνει την προσφορά του λογισμικού «*Payara έκδοσης 5.2 (ή νεώτερης)*». Από το σύνολο των στοιχείων αυτών και ανεξάρτητα από το περιεχόμενο του υποβληθέντος διευκρινιστικού ερωτήματος, προκύπτει χωρίς αμφιβολία ότι η προσφεύγουσα με την τεχνική προσφορά της προσέφερε το συγκεκριμένο λογισμικό που ορίζει η διακήρυξη. Όσον αφορά στο προσκομισθέν έγγραφο υπό στοιχεία: «Τ.Φ. 01- Main EES», το οποίο η προσβαλλόμενη απόφαση διέλαβε στην αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, αυτό είναι ένα γενικό Τεχνικό Φυλλάδιο της προσφερόμενης λύσης της εταιρείας … και δεν αναλύει όλες τις ζητούμενες

τεχνικές προδιαγραφές κάθε διαγωνισμού, όπως διευκρίνισε και η προσφεύγουσα, λαμβανομένου υπόψη ότι η ανάπτυξη λογισμικών ανοιχτού κώδικα (open source) παρέχει πολλές δυνατότητες ανάπτυξης και επιλογής λογισμικών εξυπηρετητή εφαρμογών, ένας εκ των οποίων είναι και ο ζητούμενος από τη διακήρυξη (Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2). Σε πολλά δε σημεία του «Τ.Φ. 01- Main EES» γίνεται αναφορά για υλοποίηση open source (βλ. σελ. 48, 64, 65, 69, 74 και 77 αυτού), open source όμως είναι και η Payara. Μάλιστα, στο «Τ.Φ. 18 - Payara» της προσφεύγουσας αναφέρεται ότι η προσφερόμενη λύση της χρησιμοποιεί ποικιλία από διαφορετικούς διακομιστές εφαρμογών (application servers), όπως για παράδειγμα τους Apache Tomcat ή Jetty βασισμένους σε συγκεκριμένο framework (Spring), ως αναφέρθηκαν στο «Τ.Φ. 01 - Main EES». Το παραπάνω περιεχόμενο δεν αναιρεί τη δυνατότητα εφαρμογής και χρήσης του ζητούμενου λογισμικού εξυπηρετητή εφαρμογών (Payara έκδοσης μεγαλύτερης από 5.2), το οποίο έχει δηλώσει και δεσμευθεί στην προσφορά της η προσφεύγουσα, κατά τα ανωτέρω. Επομένως, επιβεβαιώνεται ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η συγκεκριμένη αναφορά στο «….*Τ.Φ. 01 - Main EES έγινε για να δείξει τις ανεξάντλητες δυνατότητες του παραγόμενου λογισμικού και τον / τους τρόπους φιλοξενίας και δημοσίευσής του (publish).*». Περαιτέρω, σχετικά με την παράγραφο υπό στοιχεία: 2.1.1 «Μορφές & Αρχιτεκτονική Εφαρμογής» της Τεχνικής Προσφοράς της προσφεύγουσας (σελ. 16), για την οποία, καίτοι δεν ρωτήθηκε η προσφεύγουσα κατά τα αναλυθέντα στην παράγραφο 12 της παρούσας, εντούτοις η προσβαλλόμενη απόφαση στήριξε και εκεί την αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της, λεκτέα είναι: Η συγκεκριμένη παράγραφος 2.1.1 της διακήρυξης δεν αναφέρει ρητή απαίτηση Payara και η αναφορά της προσφεύγουσας «τύποι Enterprise (Spring FW με Tomcat ή Jetty)» λογίζεται ενδεικτική. Αντίστοιχα, η ίδια αναφορά γίνεται στο «Τ.Φ. 01 - Main EES» που αναλύει τις δυνατότητες της προσφερόμενης πλατφόρμας EES. Καταληκτικά, το «Τ.Φ. 18 - Payara», που έτυχε παραπομπής στο φύλλο συμμόρφωσης, στοιχειοθετεί την προσφορά του λογισμικού PAYARA που ειδικώς η διακήρυξη ζητά, χωρίς το «Τ.Φ. 01 - Main EES» να αποδεικνύει τυχόν ασυμβατότητα του λογισμικού αυτού επί του προσφερόμενου συστήματος, αναφέροντας απλά το σύνηθες και καταρχήν συμπροσφερόμενο και

συλλειτουργούμενο κατά τον κατασκευαστή, λογισμικό, που, όμως, δεν αποδεικνύει ως αδύνατη τη χρήση άλλου λογισμικού, όπως το σαφώς εν προκειμένω προσφερόμενο σε συμφωνία με τους όρους της διακήρυξης. Αντιθέτως, μάλιστα, σε πλήθος σημείων του «Τ.Φ. 01 - Main EES» προκύπτει συμβατότητα με open source λογισμικό, όπως το PAYARA. Εξάλλου, τα χαρακτηριστικά αυτού του λογισμικού τύπου PAYARA, ως και η προσφορά του τεκμηριώνονται από το ειδικό περί του λογισμικού αυτού «Τ.Φ. 18 - Payara» της προσφοράς. Σημειωτέον ότι η κλήση προς διευκρινίσεις απλώς ανέφερε το πραγματικό της κατάστασης ως προς την αναγραφή στο «Τ.Φ. 01 - Main EES» άλλου λογισμικού, με απλή παραγγελία προς εν γένει διευκρίνιση, χωρίς συγκεκριμένο προσδιορισμό περί του τι έπρεπε να διευκρινιστεί, ήτοι του αν τυχόν προκύπτει το προσφερόμενο λογισμικό από άλλο φυλλάδιο ή αν τυχόν το προσφερόμενο και ζητούμενο είναι ασύμβατο με το προσφερόμενο σύστημα. Άρα, δεδομένης της αοριστίας του αντικειμένου διευκρίνισης, δεν συντρέχει ούτε ο αυτοτελής λόγος απόρριψης προσφοράς περί ανεπαρκών διευκρινίσεων και μη συμμόρφωσης στο αντικείμενο της κλήσης προς διευκρινίσεις, ούτε συντρέχει, κατά τα ανωτέρω, λόγος απόρριψης επί τυχόν αποδειχθείσας παράβασης τεχνικής προδιαγραφής, όσον αφορά στο προσφερόμενο λογισμικό σε σχέση με το προσφερόμενο σύστημα (και τυχόν ασυμβατότητα, που πάντως δεν προκύπτει από τα στοιχεία της προσφοράς, αλλά ούτε η αναθέτουσα επικαλείται τούτου), ούτε προκύπτει παράβαση αποδεικτικής, επί ποινή αποκλεισμού, υποχρέωσης, υπό την έννοια μη υποβολής τεκμηριωτικών εγγράφων για τις απαντήσεις του φύλλου συμμόρφωσης ή ασχέτου αυτών με την υπό στοιχειοθέτηση, απάντηση (αφού το «Τ.Φ. 18 - Payara» και παραπέμπεται από τη σχετική απάντηση στο φύλλο συμμόρφωσης και είναι ειδικό ως προς το συγκεκριμένο προσφερόμενο και ζητούμενο, λογισμικό). Λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, η απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι «*Συνεπώς από την τεχνική της προσφορά και τις υποβληθείσες διευκρινίσεις, δεν προκύπτει η χρήση του απαιτούμενου λογισμικού εξυπηρετητή (Payara), παρότι προσφέρεται από την ένωση οικονομικών φορέων. Συνεπώς, η προσφερόμενη τεχνική λύση δεν συμμορφώνεται με τους όρους του Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών, ειδικότερα την απαίτηση 1 του Πίνακα 'C.2.7.6 Λογισμικό Εξυπηρετητών Εφαρμογών'*» δεν τυγχάνει νόμιμη

και η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί, κατά το μέρος με το οποίο απέρριψε την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, δεκτής καθισταμένης της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής ως βάσιμης, σύμφωνα με τα ειδικότερα κριθέντα στις σκέψεις 11 έως και 19 της απόφασης αυτής.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό …, ποσού 12.147,58€, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό πρωτοκόλλου 8028/1/182 – ριδ΄/23-1-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος με το οποίο απέρριψε την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του με κωδικό … ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 12.147,58€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 16 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 17 Μαρτίου 2021.

Ο Πρόεδρος	**Ο Γραμματέας**
Φώτιος Θεοδ. Κατσίγιαννης **Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.**	**Κωνσταντίνος Πουρναράς**

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 4 Μαρτίου 2021, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη της ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει την από 25-1-2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 209/26-1-2021 προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 της εταιρείας με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου .../.../2020 και με αριθμό ΚΗΜΔΗΣ .../29.12.2020 διακήρυξη της ... για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΤΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗΣ ΑΠΟΔΟΣΗΣ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΚΑΙ ΑΣΤΙΚΟΥ ΦΩΤΙΣΜΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...».

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 209/26-1-2021 καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 15.000,00€, το οποίο ανέρχεται στο ανώτερο προβλεπόμενο ύψος, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι το αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης υπερβαίνει το πιο πάνω καταβληθέν ποσό.

3. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 209/26-1-2021 προδικαστική προσφυγή εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της Επταμελούς Σύνθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 260/28-1-2021 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, με την οποία επιπλέον ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του π.δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της ΑΕΠΠ και, συνεπώς, παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ΄), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29-12-2020, γνώση αυτής η προσφεύγουσα, κατά δήλωσή της, έλαβε στις 13-1-2020, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 25-1-2021, παρεκταθείσας της καταληκτικής ημερομηνίας της 23-1-2021 που ήταν Σάββατο.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή «...» με τη με αρ.πρωτ..../.../28-12-2020 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) για την ανάθεση της σύμβασης γενικών υπηρεσιών «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΤΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗΣ ΑΠΟΔΟΣΗΣ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΚΑΙ ΑΣΤΙΚΟΥ ΦΩΤΙΣΜΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...», με CPV 50232100-1, 45316110-9, 32441200-8 και 34993000-4, διάρκειας δώδεκα (12) ετών. Κατά τον όρο 2 της διακήρυξης, «…*Η αναβάθμιση του Συστήματος και των Υποδομών του οδικού και αστικού*

φωτισμού, σε συνδυασμό με τη μείωση της κατανάλωσης ενέργειας και του συνολικού κόστους λειτουργίας θα επιτευχθεί με: 1. Εγκατάσταση νέων Λαμπτήρων / Φωτιστικών / Προβολέων σύγχρονης τεχνολογίας, στο σύνολο της γεωγραφικής έκτασης του Δήμου, με βάση την αντιστοίχιση που δίδεται στα Συμβατικά Τεύχη, 2. Εγκατάσταση και παραμετροποίηση Πλατφόρμας τηλεδιαχείρισης και ελέγχου κατανάλωσης, σε επίπεδο pillar ή/και φωτιστικού σώματος του συστήματος ηλεκτροφωτισμού κοινόχρηστων χώρων, 3. Σύστημα περιοδικής και επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ (μεθοδολογία καταγραφής βλαβών, ιεράρχηση, προγραμματισμός αποκατάστασης, έλεγχος αποκατάστασης, reporting, και στατιστική παρακολούθησης). ….. Τα βασικά χαρακτηριστικά του υπάρχοντος Συστήματος και των Υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού περιγράφονται στο Παράρτημα 3: «Τεχνικές Προδιαγραφές» της διακήρυξης. Η συνολική Εξοικονόμηση Ενέργειας από την αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων του Δήμου, θα είναι τουλάχιστον 62%, επί ποινή αποκλεισμού για τους υποψηφίους Αναδόχους.». Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης προκύπτει από την εξοικονόμηση της Ενεργειακής Κατανάλωσης στη διάρκεια των δώδεκα (12) ετών και ανέρχεται στο ποσό των 15.477.592€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Από το ποσό εξοικονόμησης της Ενεργειακής Κατανάλωσης θα καλύπτονται οι αμοιβές του Αναδόχου (Σύμβαση Ενεργειακής Απόδοσης - ΣΕΑ) και οι τιμές έχουν υπολογιστεί για το έτος βάσης Ενεργειακής Κατανάλωσης στην τιμή kWh: 0,16€/KWh για το αντίστοιχο έτος και το σύνολο της Συμβατικής Περιόδου. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 29-12-2020, αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29-12-2020 με ΑΔΑΜ ... και καταχωρήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό .... Κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστη σχέσης ποιότητας-τιμής. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είχε ορισθεί στις 15-2-2021, όμως, με την υπ' αρ.4/196/10-2-2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής η προθεσμία αυτή ανεστάλη μέχρι την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί

κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, αφού το δικαίωμα άσκησης αυτής, επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, γεγονός που στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή η ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Συνεπώς, καταρχήν, παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα ασκεί την παρούσα κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 3 του Π.Δ. 39/2017, στοιχειοθετώντας το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι, ως δηλώνει, επιθυμεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό και να διεκδικήσει την ανάληψη του δημοπρατούμενου αντικειμένου, διαθέτει δε όλη την αξιοπιστία και πείρα να το εκτελέσει άρτια και ενδεδειγμένα. Εντούτοις, κατά την προσφεύγουσα, οι προσβαλλόμενοι μη νόμιμοι όροι παραβιάζουν τους κανόνες που αφορούν στο δικαίωμα συμμετοχής και συνακόλουθα στον ελεύθερο ανταγωνισμό, περιορίζοντάς τον εντελώς ανεπίτρεπτα και αναίτια, σε σημείο μάλιστα που να αποκλείουν ή να καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της σε αυτόν. Ο ισχυρισμός, όμως, της προσφεύγουσας ότι με τους προσβαλλόμενους όρους εμποδίζεται η συμμετοχή της πλειονότητας των ενδιαφερομένων φορέων προβάλλεται απαραδέκτως ως εκ συμφέροντος τρίτου. Περαιτέρω, κατά την εξέταση εκάστου λόγου προσφυγής εξετάζεται το ειδικό έννομο συμφέρον για την προβολή εκάστου εξ αυτών.

8. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης υποστηρίζοντας τα εξής: **1^{ος} λόγος:** Στο άρθρο 5.5.β της διακήρυξης που επιγράφεται «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζεται ότι «*β. Οικονομική - Χρηματοοικονομική επάρκεια, ώστε να διασφαλίζεται ότι οι προσφέροντες διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ι κανότητα για την εκτέλεση της ΣΠΥ. Συγκεκριμένα, απαιτείται: i... ii) Καλύπτουν τους εξής οικονομικούς δείκτες (αναλογίες στοιχείων ενεργητικού και*

παθητικού: ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 1.00 και κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4 για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας ή για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιείται ο οικονομικός φορέας, εφόσον αυτές είναι λιγότερες της τριετίας, σύμφωνα με τους δημοσιευμένους ισολογισμούς (ή, αν νομίμως δεν δημοσιεύει ισολογισμούς, από δήλωση ορκωτού λογιστή). Σε περίπτωση ένωση κάθε μέλος της ένωσης πρέπει να καλύπτει τον παρόντα όρο». Όπως προκύπτει από την επισκόπηση του ως άνω όρου απαιτείται σωρευτικά και επί ποινή απόρριψης της προσφοράς α) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να καλύπτουν τους οικονομικούς δείκτες, αναλογίες στοιχείων ενεργητικού και παθητικού: ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 1.00 και κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4, β) να καλύπτουν αυτούς για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας ή για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιούνται εφόσον αυτές είναι λιγότερες της τριετίας και γ) να τους καλύπτουν αυτοτελώς, ανεξαρτήτως δηλαδή συμμετοχής τους σε Ένωση ή Κοινοπραξία. Κατά την κοινή πείρα και τα πορίσματα προσυμβατικού ελέγχου αντίστοιχων διαγωνισμών μεγαλύτερου προϋπολογισμού που έχουν ελεγχθεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο (ενδ. ΕΣ Στ' Κλιμάκιο Πράξη 476/20), προκύπτει, ότι, η παράθεση στη διακήρυξη άκρως υπερβολικών οικονομικών απαιτήσεων συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια των αναθετουσών αρχών, δοθέντος ότι δημιουργούν ένα ιδιαίτερα αυστηρό πλαίσιο, το οποίο παρίσταται δυσανάλογο και υπερακοντίζει το σκοπό στον οποίον κατατείνει η διαγωνιστική διαδικασία Ως ιδιαίτερα αυστηρό το πλαίσιο αυτό δύναται αντικειμενικά να δημιουργήσει δυσμενείς διακρίσεις εις βάρος των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι ναι μεν διαθέτουν - κατ' αντικειμενικό μέτρο και αποδεδειγμένα - την οικονομική ικανότητα να ανταποκριθούν αξιοπρεπώς και επιτυχώς στο αντικείμενο του διαγωνισμού, πλην όμως δεν διαθέτουν τις εξόχως υπερβολικές και δυσανάλογες απαιτούμενες προϋποθέσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας που εν προκειμένω μνημονεύονται στο ως άνω άρθρο. Ενδεικτικά λεκτέο κατά την προσφεύγουσα είναι ότι, αυτή αν και διαθέτει, επαρκή εμπειρία και χρηματοοικονομική ικανότητα εκτέλεσης συμβάσεων οδοφωτισμού ακόμα μεγαλύτερου προϋπολογισμού (λ.χ το έργο φωτισμού Δήμου ... προϋπολογισμού 20.3 εκ ευρώ πλέον φπα), δηλαδή,

οικονομική δυνατότητα σε τέτοιο βαθμό που να δύναται να εκτελέσει ικανοποιητικώς το δημοπρατούμενο αντικείμενο, εντούτοις, δεν δύναται να συγκεντρώσει τις απαιτήσεις που μνημονεύονται στο άρθρο 5.5.ii. της διακήρυξης. Συνεπώς, είναι αδύνατος ο σχηματισμός ανταγωνιστικής προσφοράς και η διεκδίκηση της σύμβασης ένεκα απαιτήσεων που είτε σε συνδυασμό είτε αυτοτελώς (μεμονωμένως) εξεταζόμενες, παρίστανται άκρως υπερβολικές, τελούν σε δυσαναλογία προς το σκοπό για τον οποίο προβλέφθηκαν και σε αντίθεση προς τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης που αφορούν σε όλους τους δυνητικούς υποψηφίους. Η δυσαναλογία και υπερβολικότητα των απαιτήσεων είναι προφανής και δεν προκύπτει υποκειμενικά, αλλά κατ' αντικειμενικό μέτρο. Είναι χαρακτηριστικό, κατά την προσφεύγουσα, όπως προκύπτει και από το πινάκιο που ακολουθεί, ότι ακόμα οι μεγαλύτερες γνωστές εταιρίες και όμιλοι της χώρας που δραστηριοποιούνται αποδεδειγμένα στη σχετική αγορά συμβάσεων οδοφωτισμού δεν καλύπτουν το συγκεκριμένο όρο οικονομικής - χρηματοοικονομικής επάρκειας. Πρόκειται δε για εταιρίες με υψηλό κύκλο εργασιών (κάποιων δισεκατομμυρίων σε πολλές περιπτώσεις του πίνακα) που διαθέτουν μεγάλα ταμειακά διαθέσιμα (εκατοντάδων εκατομμυρίων σε πολλές περιπτώσεις του πίνακα), συνεπώς, με τεράστια οικονομική επάρκεια υλοποίησης έργων και σύνθετων συμβάσεων, και με εμπειρία υλοποίησης έργων εκατοντάδων εκατομμυρίων. Ενδεικτικά, πέραν της προσφεύγουσας, κατ’ αυτήν, η πλειονότητα των εταιριών που είτε έχουν συμμετάσχει τα τελευταία χρόνια σε διαγωνιστικές διαδικασίες συναφούς αντικειμένου είτε υλοποιούν αντίστοιχες συμβάσεις όπως, ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., κ.ά., αδυνατούν να συμμετάσχουν στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό εξαιτίας του βαλλομένου όρου. Άρα, κατά την προσφεύγουσα, ο όρος, αντικειμενικά και όχι υποκειμενικά, είναι υπέρμετρα αυστηρός, περιορίζει αθέμιτα τον ανταγωνισμό, αποκλείει εταιρίες που αποδεδειγμένα διαθέτουν τεράστια οικονομική επάρκεια και δεν εξασφαλίζει σε καμία περίπτωση το λόγο για τον οποίο επιβλήθηκε, δηλαδή δεν εξασφαλίζει την αναθέτουσα αρχή ότι όποιος καλύπτει τους δείκτες είναι κατ' ανάγκη οικονομικά επαρκής για να υλοποιήσει την σύμβαση. Πιο αναλυτικά, με βάση τα επικληθέντα στην εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, όπως προκύπτει από δημοσιευμένα και

προσβάσιμα σε όλους οικονομικά στοιχεία (ισολογισμούς) οι τιμές των ζητούμενων δεικτών για κάθε μία από τις παραπάνω εταιρίες τις τελευταίες τρείς χρήσεις (όπως απαιτεί η διακήρυξη) διαμορφώνεται ως εξής:

ΕΤΑΙΡΕΙΑ	ΕΤΟΣ	ΙΔΙΑ ΚΕΦΑΛΑΙΑ/ ΣΥΝΟΛΟ ΥΠΟΧ. >1	ΚΥΚΛΟΦΟΡΟΥΝ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ/ ΒΡΑΧΥΡΟΘΕΣΜΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ > 1,4
...	2019	0,78	1,47
	2018	0,81	1,69
	2017	0,69	1,43
...	2019	-0,14	0,45
	2018	0,44	1,44
	2017	1,62	2,62
...	2019	0,98	0,62
	2018	0,98	0,67
	2017	1,00	0,51
...	2019	0,37	1,37
	2018	0,34	1,33
	2017	0,30	1,28
...	2019	0,30	1,05
	2018	0,26	1,13
	2017	0,36	1,32
...	2019	0,30	1,05
	2018	0,26	1,13
	2017	0,36	1,32
...	2019	0,68	1,47
	2018	0,80	1,79
	2017	0,90	1,89

Είναι λοιπόν προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι η εν λόγω απαίτηση, όπως διαυλακώνεται στη διακήρυξη, κατατείνει, κατ' αντικειμενικό κριτήριο, σε αναπόφευκτο περιορισμό του ανταγωνισμού και σε ελάχιστη συμμετοχή, καθώς η εκπλήρωση του κριτηρίου επιτυγχάνεται από ελάχιστους έως ενός υποψηφίους. Η απαίτηση του άρθρου 5.5.ii της διακήρυξης ως εισάγουσα κριτήριο καταλληλότητας τυγχάνει, ως εκ της φύσης και αποστολής της,

ουσιώδης. Περαιτέρω, ως εκ του τρόπου με τον οποίον διατυπώνεται, ήτοι άκρως αντιανταγωνιστικά, καθιστά την όλη διαδικασία που επισπεύδεται ουσιωδώς πλημμελή, αφού είναι προφανές ότι η θέσπιση όρων με αυξημένες και ειδικές απαιτήσεις συμμετοχής ευνοούν ελάχιστους έως ενός οικονομικούς φορείς, οι οποίοι αναλαμβάνουν την εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων οδοφωτισμού Ο.Τ.Α., ώστε, ενόψει αυτών και των πορισμάτων του άνω πινακίου, κατά την προσφεύγουσα, βάσιμα να παρίσταται αντικειμενική παραβίαση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού και της διαφάνειας. Οι απαιτήσεις αυτές, εάν εξακολουθήσουν να υπάρχουν στο κείμενο της διακήρυξης είναι βέβαιο ότι θα επιδράσουν ανασταλτικά στην ανάπτυξη ανταγωνισμού, δοθέντος, ότι, δεν θα αναπτυχθεί επαρκής ανταγωνισμός μιας και η συντριπτική πλειοψηφία των δραστηριοποιούμενων στη σχετική αγορά συμβάσεων φορέων δεν τις καλύπτει. Περαιτέρω, οι απαιτήσεις αυτές, πέραν της αυστηρότητάς τους, είναι προφανές ότι δεν τελούν σε αντιστοιχία - αρμονία προς τις οικονομικές συνθήκες που επικρατούν στην εσωτερική αγορά. Όποιος και αν είναι ο σκοπός της σύμβασης, όποιες και αν είναι οι ανάγκες ή προτεραιότητες της αναθέτουσας αρχής, δεν είναι δυνατόν να προδιαγράφονται απαιτήσεις και τιμές δεικτών υπερβολικές, αυθαίρετες και εκτός οικονομικής πραγματικότητας, αποκλείοντας ακόμα και τις μεγαλύτερες οικονομικά εταιρείες της χώρας. Και τούτο διότι, όταν μία απαίτηση δεν στοιχείται προς τις πραγματικές συνθήκες στην πραγματικότητα, τότε στρεβλώνει και κάμπτει - όχι μόνο τον ανταγωνισμό - την αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 24, που σκοπεί στη διευκόλυνση συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες συμβάσεις και στην, κατ' επέκταση, αύξηση της αποδοτικότητας των δημόσιων δαπανών. Με άλλα λόγια, υπό καμία εκδοχή οι όροι αυτοί δεν μπορούν να θεωρηθούν δίκαιοι, εύλογοι και νόμιμοι, κατά τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα. Έτι περαιτέρω, κάθε απαίτηση που εισάγεται στην διακήρυξη θα πρέπει να αιτιολογείται και να επιβάλλεται από επιτακτικό και αποχρώντα λόγο δημοσίου συμφέροντος που δεν μπορεί να διωχθεί διαφορετικά, ήτοι με ολιγότερο αυστηρά μέτρα και προδιαγραφές. Θα πρέπει λοιπόν να αιτιολογείται, για ποιον λόγο οι όροι που επελέγησαν τελούν εν σχέσει προσφορότητας προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι ότι συνιστούν ένδειξη για την οικονομική φερεγγυότητα και την επάρκεια

της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση και για ποιον λόγο οι όροι αυτοί ήταν οι μόνοι ικανοί να επιδιώξουν τον σκοπό αυτό, με άλλα λόγια, για ποιον λόγο ο σκοπός τούτος δεν μπορούσε να επιδιωχθεί εξίσου αποτελεσματικά με λιγότερο επαχθή τρόπο. Ζήτημα λοιπόν τίθεται για ποιον λόγο η αναθέτουσα αρχή επέλεξε τον ακραίο τούτο όρο σε αντίθεση με ένα πιο επιεική, που το μεν θα την εξασφάλιζε εξίσου ισάξια ως προς την οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα των υποψήφιων οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, το δε, ως πιο επιεικής, θα ενθάρρυνε και θα διευκόλυνε τη συμμετοχή περισσοτέρων υποψηφίων και, συνεπώς, την επιλογή της πιο συμφέρουσας πρότασης μεταξύ πλειόνων. Δεν υπάρχει επ' αυτού ουδεμία αιτιολόγηση ή εξήγηση, συνεπώς, οι εν λόγω απαιτήσεις περιορίζουν χωρίς αποχρώντα λόγο τον ανταγωνισμό. Δέον ειπείν ότι στην πραγματικότητα ο όρος τούτος, καθ' ο μέρος προβλέπει την εκπλήρωση συγκεκριμένων δεικτών, ουδόλως εξασφαλίζει την αναθέτουσα αρχή, αφού, μπορεί κάλλιστα μία εταιρία να καλύπτει τους δείκτες, ενώ αληθώς δεν είναι «αυτάρκης» ή ευρίσκεται υπό ορατό κίνδυνο χρεωκοπίας. Κατά την προσφεύγουσα, αντιθέτως -όπως αποδεικνύεται από τον ως άνω πίνακα- οι μεγαλύτεροι όμιλοι της χώρας, αλλά και η προσφεύγουσα, που αποδεδειγμένα διαθέτουν την απαιτούμενη οικονομική επάρκεια εκτέλεσης αυτής της σύμβασης, κρίνονται βάσει του βαλλόμενου κριτηρίου οικονομικά ανεπαρκείς και στερούνται το δικαίωμα της συμμετοχής. Προκύπτει εύλογα λοιπόν η σκέψη ότι το κριτήριο ετέθη όχι προς εξυπηρέτηση του ως άνω σκοπού, αλλά επί σκοπώ περιορισμού των συμμετοχών. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τους γενικά αναγνωρισμένους, ως κατά γενική ομολογία παραδεκτούς, κανόνες της οικονομικής - χρηματοοικονομικής θεωρίας και επιστήμης, η οικονομική αυτάρκεια, ευρωστία και ικανότητα ενός οικονομικού φορέα ουδόλως αποδεικνύεται μόνο από τους ζητούμενους δύο δείκτες, παρά μόνο από πληθώρα δεικτών και πληροφοριών που αφορούν στην οικονομική κατάστασή του. Για παράδειγμα, σε ότι αφορά τον πρώτο ζητούμενο δείκτη «ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων» τα δεδομένα της κοινής πείρας και εμπορικής πραγματικότητας καταδεικνύουν ότι ορισμένες επιχειρήσεις, σε περιόδους επενδυτικής ανάπτυξης, προβαίνουν σε δανεισμό για την κάλυψη

των κεφαλαιακών αλλά και λειτουργικών τους εξόδων, το οποίο συνεπιφέρει, όπως είναι φυσικό, την αύξηση των υποχρεώσεων, αλλά και τη μείωση των κερδών και κατ' επέκταση των ιδίων κεφαλαίων, εφόσον κάθε νέα επένδυση χρειάζεται χρόνο ωρίμανσης για να επιφέρει κερδοφορία. Συνακόλουθα, η απαίτηση του δείκτη 1,0 επενεργεί δυσμενώς εις βάρος και των εταιριών που επενδύουν στη χώρα μας παρά το εξόχως δυσχερές και δυσοίωνο οικονομικό περιβάλλον, που προσφέρουν νέες θέσεις εργασίας καταβάλλοντας μισθούς, εισφορές και φόρους στο κράτος. Σε ότι αφορά τον δεύτερο ζητούμενο δείκτη «Κυκλοφορούν ενεργητικό/ Βραχυπρόθεσμές υποχρεώσεις» είναι ξεκάθαρο ότι, πέραν του ότι τυγχάνει εξόχως υπερβολικός έως δυσθεώρητος, αφού δεν καλύπτεται από τη συντριπτική πλειονότητα των εταιριών του κλάδου, δεν συνοδεύεται από άλλα ποιοτικά κριτήρια, με τρόπο τέτοιο ώστε να μπορεί να συνιστά ένα χρήσιμο εργαλείο απεικόνισης της πραγματικής οικονομικής κατάστασης του φορέα. Με άλλα λόγια, δεν μπορεί ο δείκτης τούτος από μόνος του να συνιστά ικανό, επαρκές ή ασφαλές θεμέλιο αξιολόγησης των εκατέρωθεν προσφορών χωρίς άλλα κριτήρια, που, όμως, δεν τίθενται στη διακήρυξη. Εξ άλλου, είναι γνωστό, κατά την προσφεύγουσα, ότι εταιρίες με φαινομενικά υψηλή τιμή του δείκτη (>1,4) ενδέχεται στην πραγματικότητα να είναι οικονομικά ασθενέστερες και μη αυτάρκεις έναντι εταιριών με σχετικά χαμηλότερη τιμή δείκτη (<1,4), άλλωστε αυτό προκύπτει ξεκάθαρα από τον άνω πίνακα. Συνεπώς, από μόνος του ο δείκτης αυτός ουδόλως εξασφαλίζει την αναθέτουσα αρχή και ουδόλως αποτελεί ασφαλές κριτήριο επιλογής ή απόδειξη καταλληλότητας. Η θέση λοιπόν στη διακήρυξη ενός αποσπασματικού και μονοσήμαντου δείκτη, ελλείψει άλλων ουσιαστικών ποιοτικών συνδυαστικών κριτηρίων, απάδει προς τις αρχές της κοινοτικής και εσωτερικής νομοθεσίας και στην πραγματικότητα καθιστά το κριτήριο ανώφελο και άνευ ουσιαστικού σκοπού και αποτελέσματος. Όλα τα παραπάνω, καθιστούν, κατά την προσφεύγουσα, τον όρο του άρθρου 5.5.ii της διακήρυξης οπωσδήποτε μη νόμιμο. Είτε εξεταζόμενος εν συνδυασμώ των ειδικότερων τριών ποιοτικών - ποσοτικών χαρακτηριστικών που τον συνθέτουν, ήτοι α) κάλυψη δεικτών, β) κάλυψή τους για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας και γ) κάλυψή τους από κάθε μέλος Ένωσης ή Κοινοπραξίας, είτε μεμονωμένα. Δηλαδή, το αυτό ισχύει υφ' εκατέρα εκδοχή.

Μάλιστα, εάν εξετασθούν συνδυαστικά οι ειδικότερες απαιτήσεις που συνθέτουν τον όρο, τότε, η δυσαναλογία και υπερβολικότητα είναι ακόμη μεγαλύτερη, το ήδη αυστηρό πλαίσιο γίνεται ακόμη πιο αυστηρό και αντι-ανταγωνιστικό, με αποτέλεσμα να μην μπορούν να ανταποκριθούν στο κριτήριο επιλογής ακόμη και οι φορείς εκείνοι που λ.χ καλύπτουν το δείκτη, πλην όμως για τα δυο από τα τρία τελευταία έτη που απαιτείται. Επίσης, υπό καμία εκδοχή δεν μπορεί να δικαιολογηθεί η επιλογή της εκπλήρωσης του κριτηρίου οπωσδήποτε αυτοτελώς για κάθε συμμετέχοντα, αδιαφόρως του τρόπου συμμετοχής του. Τούτη η απαίτηση είναι εξόχως ασυνήθιστη. Επιπλέον, δημιουργεί πρόσθετα προβλήματα συμμετοχής μιας και αποθαρρύνει την πολυσυμμετοχική δράση και συνεργασία των φορέων με σκοπό την εκπλήρωση του κριτηρίου. Ουδείς βάσιμος λόγος περί στήριξης σε τρίτο φορέα μπορεί να γίνει, αφού, υπό την παραδοχή της υπερβολικότητας και αυστηρότητας του όρου που βάλλεται και της εκπλήρωσής του από ελάχιστους έως ενός φορείς, είναι σαφές ότι μία τέτοια στήριξη καθίσταται εξόχως δυσχερής και αβέβαιη. Τέλος, είναι και ανούσια η απαίτηση τούτη, διότι προσθέτει ουδέν υπέρ της αναθέτουσας αρχής, αφού, εάν ο δείκτης ικανοποιείται, είτε από όλα τα μέλη των συμπράξεων, είτε από ένα εξ αυτών, η εξασφάλιση της αναθέτουσας αρχής είναι ίδια, ως κατά νόμο εις ολόκληρον και αλληλέγγυα υπεύθυνα όλα τα μέλη της Ένωσης ή Κοινοπραξίας έναντι αυτής. Ενόψει των ανωτέρω είναι προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι η αναθέτουσα αρχή υπερέβη εν προκειμένω τα άκρα όρια του περιθωρίου εκτίμησης που της παρέχει το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο ως προς τη θέσπιση του κριτηρίου οικονομικής καταλληλότητας. Πρόκειται για όρους, που είτε συνδυαστικά, είτε μεμονωμένα, είναι εξόχως δυσανάλογοι του σκοπού για τον οποίο προβλέφθηκαν, αφού η οικονομική φερεγγυότητα και η επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση θα μπορούσε να αποδειχθεί, εξίσου αποτελεσματικά, με λιγότερο επαχθή τρόπο. Σε αντίθεση με άλλες αντίστοιχου περιεχομένου συμβάσεις, οι κρίσιμοι όροι οικονομικής καταλληλότητας, είναι αυστηρότεροι, χωρίς τούτο να δικαιολογείται επαρκώς μόνο και μόνο ενόψει του προϋπολογισμού του αντικειμένου. Επιπλέον, η εξόχως αμφισβητούμενη νομιμότητα των όρων αυτών είναι βέβαιο ότι δεν θα

οδηγήσει σε επαρκή ανταγωνισμό, δοθέντος ότι τους όρους αυτούς καλύπτουν, ως προελέχθη και απεδείχθη (πινάκιο), ελάχιστοι, έως ενός, φορείς που δραστηριοποιούνται στην σχετική αγορά. Είναι προσθέτως απρόσφοροι να αποδείξουν την οικονομική ικανότητα των εταιριών, αφού, ως κατεδείχθη, οι ζητούμενοι δείκτες δεν επαρκούν από μόνοι τους ως απόδειξη της ικανότητας αυτής, ούτε αντανακλούν την πραγματική οικονομική κατάσταση ενός υποψηφίου. Τέλος, είναι γνωστό, ότι, δεδομένου ότι ο έλεγχος των κριτηρίων καταλληλότητας με βάση την αρχή της αναλογικότητας έχει παγίως επιβεβαιωθεί από τη νομοθεσία και τη νομολογία των Δικαστηρίων, κάθε τυχόν λόγοι δημοσίου συμφέροντος που καθιστούν επιτακτική την σύναψη της σύμβασης υπό τους όρους αυτούς, δεν υπερισχύουν των κανόνων διεξαγωγής των διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων και ανάπτυξης δίκαιου ανταγωνισμού, που επίσης έχουν θεσπιστεί για λόγους δημοσίου συμφέροντος (Ε.Σ. VI Τμ. 123/2019, 482/2018, 668, 213/2017, 1605, 2227/2016). Ενόψει των ανωτέρω η πλημμέλεια που εμφιλοχώρησε στη διακήρυξη επί τη βάσει του άρθρου 5.5.ii αυτής παρίσταται ουσιώδης, κατά την προσφεύγουσα, ώστε, να παρίσταται εξόχως βάσιμη και νόμιμη περίπτωση ακύρωσης εν συνόλω της διακήρυξης.

2^{ος} λόγος: Στο άρθρο 8.2.2 και 8.2.3 της διακήρυξης περιγράφονται τα κριτήρια βαθμολόγησης και ο τρόπος βαθμολόγησης των προσφορών. Ειδικότερα προβλέπεται ότι «8.*2.2. Η αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα ακόλουθα κριτήρια και συντελεστές βαρύτητας: Η Τεχνική Προσφορά θα αξιολογηθεί από την Επιτροπή σύμφωνα με τα κριτήρια που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα*

Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)

Κριτήριο	***Βαθμολογία***	***Βαρύτητα***	***Αξιόλογηση***
Τ1 Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης αναβάθμισης - λειτουργίας του Συστήματος	*Β1=100 έως 150*	*30%*	*Τ1=Β1 χ 0,30*
Τ2 Πληρότητα - Προδιαγραφές ΣυστήματοςΤηλεελέγχου -Τηλεδιαχείρισης - Ελέγχου Κατανάλωσης Ενέργειας, Συστήματος Περιοδικής και Επεμβατικής Συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 150*	*15%*	*Τ2=Β2χ 0,15*
Τ3 Διάρθρωση Ομάδας Έργου - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως150*	*10%*	*Τ3=Β3χ 0,10*
Τ4 Ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας νέου συστήματος (σε kWh) σε σχέση με το υφιστάμενο	*Β4=100 έως 150 '*	*45%*	*Τ5=Β4 χ 0,45*

«*8.2*

.3. Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς (Συνολική Βαρύτητα 70%): Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4) δηλαδή: Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 150 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ4 την μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει την μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 150. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, ήτοι 62% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης, με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στην διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια της Παραγράφου 8.2.2 βαθμολογία τουλάχιστον 100,δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και ως εκ τούτου η προσφορά τους απορρίπτεται ως απαράδεκτη...». Εκ της επισκόπησης των παραπάνω προβλέψεων είναι προφανής ο απολύτως αόριστος και ασαφής τρόπος διατύπωσης της μεθοδολογίας και των κριτηρίων αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών που αντιστοιχεί στο 70% της γενικής αξιολόγησής τους. Κατά την προσφεύγουσα, είναι σαφές ότι με τον τρόπο αυτόν ουδόλως εξασφαλίζεται η ευλόγως αναμενόμενη διαφάνεια, η αντικειμενικότητα και η ίση μεταχείριση μεταξύ των υποψηφίων. Ειδικότερα, **α)** Δεν γίνεται καμία συγκεκριμένη περιγραφή του αντικειμένου τεχνικής αξιολόγησης των υποψηφίων στα κριτήρια Τ1, Τ2, Τ3, εκτός από επιδερμικές - επιφανειακές αναφορές που αφορούν, όσον αφορά το κριτήριο Τ1 μόνο σε «Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης

Αναβάθμισης», όσον αφορά στο κριτήριο Τ2 μόνο σε «Πληρότητα προδιαγραφές του Συστήματος...» και όσον αφορά στο κριτήριο Τ3 μόνο σε «Διάρθρωση ομάδας έργου». Η ανάγκη όμως για πλήρη, εξειδικευμένη και αναλυτική περιγραφή τυγχάνει αδήριτη, διότι ένα όλο αόριστο πλαίσιο βαθμολόγησης καθιστά την όλη αξιολόγηση αδιαφανή, μιας και σε αυτήν κυριαρχεί το υποκειμενικό κριτήριο και, συνεπώς, το πεδίο στο οποίο μπορεί η Α.Α να κινηθεί είναι πέραν αντικειμενικής βάσης και μέτρου. Με άλλα λόγια, η ασάφεια της δίδει την ευχέρεια να βαθμολογήσει κατά το δοκούν τις προσφορές, χωρίς ενιαίο ή ίσο μέτρο. Ενόψει του ασαφούς πλαισίου ο υποψήφιος οικονομικός φορέας καλείται να διαμορφώσει μια τεχνική προσφορά χωρίς να γνωρίζει σε τι αξιολογείται επακριβώς, δηλαδή ποια σημεία των τεχνικών προδιαγραφών προκρίνονται ως πιο σημαντικά από την Αναθέτουσα αρχή, και στα οποία θα βασιστεί για να πριμοδοτήσει περισσότερο μια τεχνική προσφορά έναντι άλλης. **β)** Δεν γίνεται καμία απολύτως αναφορά στον τρόπο βαθμολόγησης των υποψηφίων στα κριτήρια Τ1, Τ2, Τ3. Προφανώς και δεν αρκεί, για να στοιχειοθετηθεί ένα συγκεκριμένο, σαφές και αντικειμενικό πλαίσιο βαθμολόγησης, η γενικόλογη - αόριστη δήλωση ότι: «*Η βαθμολόγηση των κριτηρίων γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης*». Αντιθέτως, δημιουργεί ένα ασαφές και υποκειμενικό πλαίσιο, το οποίο προκαλεί στην προσφεύγουσα, αλλά και στους λοιπούς υποψηφίους ανυπέρβλητη αντικειμενική αδυναμία διαμόρφωσης πλήρους τεχνικής προσφοράς, άλλως, στην καλύτερη εκδοχή, αναπόφευκτη σύγχυση ως προς τα στοιχεία διαμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς για την εξασφάλιση της απαιτούμενης και παραδεκτής βαθμολογίας. Για παράδειγμα, ποια είναι τα κριτήρια εκείνα που διαμορφώνουν την βαθμολόγηση ενός υποψηφίου με 100 και πότε με 150; Ουδόλως προσδιορίζεται. Η πληρότητα των προδιαγραφών αντιστοιχεί στο βαθμό 100 ή στον βαθμό 150; Ουδόλως προσδιορίζεται και αυτό. Εφόσον κατά τη διακήρυξη ως βάση βαθμολόγησης, για τα συγκεκριμένα τρία κριτήρια, λαμβάνεται η πληρότητα και η εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές και η τιμή βάσης είναι το 100, τούτο, σημαίνει, ότι κάθε πλήρης και σύμφωνη με τα ανωτέρω

προσφορά πρέπει να βαθμολογηθεί ισάξια, δηλαδή, με ίδιο βαθμό. Ευλόγως λοιπόν τίθεται ερώτημα ως προς το που αποσκοπεί η «ψαλίδα» της βαθμολόγησης από 100 έως 150 και γιατί αυτή η τελευταία να χαρακτηρίζεται ως μέγιστη δυνατή, όταν, το κριτήριο βαθμολόγησης είναι συγκεκριμένο και ενιαίο για όλους και αφορά στη πληρότητα και συμφωνία της προσφοράς προς τις τεχνικές προδιαγραφές. Με άλλα λόγια, έτσι όπως περιγράφεται η βαθμολόγηση, είναι οπωσδήποτε βάσιμα υποστηρίξιμη η εκδοχή, μία πλήρης, παραδεκτή και συμβατή τεχνική προσφορά να βαθμολογηθεί με 100 και μία άλλη εξίσου πλήρης, παραδεκτή και συμβατή να βαθμολογηθεί με 150. Ετέρωθεν, γιατί να καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή η ευχέρεια να βαθμολογήσει μία προσφορά με την μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση 150 και μία άλλη με τα ίδια στοιχεία και πληρότητα με βαθμολογία 110 ή 120 ή 130; Εύλογα λοιπόν τίθενται ερωτήματα σχετικά με τις προθέσεις της αναθέτουσας αρχής κατά την προετοιμασία των όρων της διακήρυξης και κατά την αξιολόγηση των προσφορών. Δεν είναι, υπό καμία εκδοχή, αποδεκτός ένας τέτοιος τρόπος βαθμολόγησης, όταν δηλαδή, ενώ όλες οι τεχνικές προσφορές εκκινούν από την ίδια αφετηρία (πληρότητα και συμφωνία προς τις τεχνικές προδιαγραφές) σε περίπτωση ισάξιων και καθ' όλα πλήρων προσφορών, αυτές να βαθμολογούνται αδιαφανώς, με διαφορετικό βαθμό, άλλη με 100, άλλη με 110, άλλη με 120, άλλη με 130, άλλη με 140 ή άλλη με 150. Προσθέτως, όσον αφορά στο κριτήριο Τ2, προκύπτει επιπλέον αδυναμία αντικειμενικής αξιολόγησης, ενόψει του ότι η αξιολόγησή του ερείδεται στην πραγματικότητα στα δεδομένα που θα δηλώσουν οι υποψήφιοι στις προφορές τους. Όχι δηλαδή επί τη βάσει αποδεικτικών τεκμηρίων από τρίτες ανεξάρτητες πηγές, αφού δεν απαιτείται στη φάση του διαγωνισμού η προσκόμιση τέτοιων τεκμηρίων με το φάκελο τεχνικής προσφοράς. Πιο συγκεκριμένα, στο Παράρτημα 3 της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές», στο κεφάλαιο «6. ΣΥΣΤΗΜΑ ΤΗΛΕΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΣΗΣ» στη παράγραφο με τίτλο «ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΓΙΑ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΥΣ 6.1.1 ΩΣ 6.1.4» αναφέρεται ότι : «*γ. Όσον αφορά τις σχετικές πιστοποιήσεις - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους και τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports), θα κατατεθούν από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των*

δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε περίπτωση που δεν προσκομιστούν, τότε ο Οικονομικός Φορέας κηρύσσεται έκπτωτος και ο δεύτερος σε κατάταξη Οικονομικός Φορέας, κηρύσσεται ως προσωρινά Ανάδοχος». Με άλλα λόγια, κατά την προσφεύγουσα, θα βαθμολογηθεί ο υποψήφιος ανάλογα με το ό,τι δηλώσει, με αποτέλεσμα καταχρηστικά φαινόμενα κατά την ενάσκησης της εξουσίας αξιολόγησης εκ μέρους της Α.Α να είναι πολύ πιθανά. **γ)** Σε ότι αφορά το κριτήριο βαθμολόγησης Τ4 βαρύτητας 45% με το οποίο με το οποίο βαθμολογείται η ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας η οποία προκύπτει από την αφαίρεση της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος από την Ετήσια ενεργειακή κατανάλωση του υφιστάμενου συστήματος, τούτο, είναι προδήλως μη νόμιμο, αφού: α) Είναι αδύνατον σε κάθε υποψήφιο οικονομικό φορέα να υπολογίσει την ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας εξαιτίας της αντικειμενικής αδυναμίας υπολογισμού της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος. Η Ενεργειακή κατανάλωση του νέου συστήματος δεν είναι δυνατόν να υπολογιστεί εξαιτίας της αδυναμίας επιλογής των «κατάλληλων» τύπων φωτιστικών LED οι οποίοι να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της Διακήρυξης. β) Εξαιτίας των σοβαρότατων ασαφειών της διακήρυξης σχετικά με την επιλογή του κατάλληλου νέου εξοπλισμού αντικατάστασης (Φωτιστικά LED, Λαμπτήρες LED) είναι απίθανη η προσδοκία διαφανούς και αντικειμενικής αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων ως προς την προσφερόμενη ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας. Ειδικότερα, η Διακήρυξη, στο σύνολό της, δεν παρέχει τα απαραίτητα δεδομένα στους οικονομικούς φορείς ώστε να επιλέξουν τους «κατάλληλους» τύπους φωτιστικών αντικαταστάσεων τα οποία να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της. Στην διακήρυξη, στο κεφάλαιο 3.ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ ΟΔΩΝ LED και συγκεκριμένα στο άρθρο 3.1 & 3.1.2 αναφέρεται χαρακτηριστικά : «*Τα Φωτιστικά Δρόμου LED θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να συμμορφώνονται με τα ακόλουθα:... Η απόδοση και η ισχύς τους θα είναι κατάλληλη, όπως προκύπτει από τον κάτωθι Πίνακα, καθώς και από το Φωτοτεχνικό Μοντέλο*.». Δηλαδή, η «καταλληλόλητα» των προσφερόμενων φωτιστικών θα αξιολογηθεί επί τη βάσει ενός πίνακα δεδομένων που θα περιλαμβάνει την ζητούμενη απόδοση

και ισχύ τους, καθώς και επί τη βάσει του Φωτοτεχνικού μοντέλου. Εντούτοις, στην διακήρυξη, κάτωθι της επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης αυτής δεν υπάρχει κανένας Πίνακας με την κατάλληλη ισχύ και απόδοση των ζητούμενων φωτιστικών LED και συνεπώς, ελλείψει στοιχείων καταλληλότητας, εύλογα τίθεται ο κίνδυνος αδιαφανούς αξιολόγησης.

Ο μοναδικός πίνακας στην διακήρυξη που αναφέρεται που αναφέρεται στα Φωτιστικά LED, είναι ένας πίνακας της παραγράφου 7.6, στον οποίο όμως αναφέρονται μόνο κάποιες προτεινόμενες τιμές ισχύος και όχι οι αποδόσεις των ζητούμενων φωτιστικών LED. Άρα, εφόσον δεν είναι δυνατόν να αποδειχθεί, με διαφανή και εξ υπαρχής καθορισμένο τρόπο, η προσδοκώμενη καταλληλόλητα απόδοσης των προσφερόμενων φωτιστικών LED δεν μπορεί να αξιολογηθεί, και πάντως διαφανώς, η εν λόγω παράμετρος από την αναθέτουσα αρχή και κατ' επέκταση η καταλληλόλητα των προσφερόμενων φωτιστικών. Είναι προφανές, ότι, θα ανακύψουν ζητήματα αιφνίδιων και μη νόμιμων αποκλεισμών, όπως λ.χ για τον υποψήφιο εκείνον που ενώ προσφέρει φωτιστικό κατάλληλης απόδοσης βαθμολογείται δυσμενέστερα έναντι άλλου ή κάτω από τη βάση. Στο κεφαλαίο 5 της διακήρυξης με τίτλο «Φωτοτεχνικό μοντέλο» δεν γίνεται καμία αναφορά σε «κατάλληλες» αποδόσεις φωτιστικών και ούτε αυτές μπορούν να προκύψουν από τα διαθέσιμα δεδομένα, αφού, στο συγκεκριμένο κεφάλαιο, δεν περιλαμβάνονται τα φωτομετρικά μοντέλα με τα απαραίτητα δεδομένα (Πλάτος οδοστρώματος, λωρίδες κυκλοφορίας, Απόσταση ιστών, ύψος τοποθέτησης φωτιστικού, Απόσταση θέσης από το οδόστρωμα κ.α.) βάσει των οποίων οι υποψήφιοι, όπως υποχρεούνται, θα δοκιμάσουν και θα επιλέξουν τα φωτιστικά που θα προσφέρουν. Παρά μόνο περιλαμβάνονται τα αποτελέσματα των μελετών που εκπονήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή σε κάποια άγνωστα φωτομετρικά μοντέλα και μάλιστα για ένα μέρος των ζητούμενων φωτιστικών LED. Τα αποτελέσματα αυτά, εκτός από το ότι είναι παντελώς ανεφάρμοστα για τους οικονομικούς φορείς, κατά την διαδικασία επιλογής εξ αυτών του φωτιστικού με την κατάλληλη απόδοση και ισχύ, αφορούν σε 5 από τους συνολικά 20 τύπους φωτιστικών αντικατάστασης που αναφέρονται στον πίνακα της παραγράφου 7.6. Επίσης οι αντικαταστάσεις που αναφέρονται στα αποτελέσματα αυτά, για τους 4 από τους 5 τύπους δεν είναι ίδιες με αυτές

που αναφέρονται στον πίνακα αντικαταστάσεων της παραγράφου 7.6. Δηλαδή, με άλλα λόγια, για τους 20 τύπους φωτιστικών LED που δίδονται ως αντικαταστάσεις των υφιστάμενων συμβατικών στο πίνακα 7.6, δεν υπάρχουν φωτοτεχνικά μοντέλα βάσει των οποίων οι υποψήφιοι θα ελέγξουν και θα επιλέξουν τα προσφερόμενα φωτιστικά με την «κατάλληλη» απόδοση και ισχύ. Προσθέτως, σε 19 από τους 20 τύπους δεν παρατίθενται ούτε καν τα αποτελέσματα συμμόρφωσης με το πρότυπο EN13201. Ενόψει αυτών είναι πρόδηλη η αδυναμία εκάστου οικονομικού φορέα να επιβεβαιώσει με σαφήνεια και ασφάλεια την «καταλληλόλητα» των φωτιστικών που θα προσφέρει. Συνεπεία αυτής της αδυναμίας, η πιθανότητα απόρριψης ενισχύεται και εξογκώνεται δραματικά εις βάρος του, χωρίς όμως να υπέχει προς τούτο ο ίδιος υπαιτιότητα, μιας και, η ασάφεια, αφορά καθαρά και μόνο στον τρόπο εκφοράς του λόγου της αναθέτουσας αρχής. Όλα τα παραπάνω, ασάφεια, αοριστία πλαισίου και επισφάλεια της κατάλληλης επιλογής φωτιστικών ενισχύονται ακόμα περισσότερο από μια σειρά απαιτήσεων που περιγράφονται στο κεφάλαιο 5 και που επειδή συνδέονται με ανύπαρκτο φωτοτεχνικό μοντέλο τυγχάνουν ανεφάρμοστες, αχρείαστες για τους φορείς προκαλώντας ανεπίτρεπτη σύγχυση. Στο κεφάλαιο 5 αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι: «*Για τη συγκριτική αξιολόγηση των προσφερόμενων Φωτιστικών Σωμάτων, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι οφείλουν, στην Τεχνική Προσφορά τους, να καταθέσουν Φωτοτεχνική Μελέτη πρότυπων αντιπροσωπευτικών δρόμων*...». Είναι εξόχως οξύμωρο και απαράδεκτο το γεγονός ότι ελλείψει ενός υποδεικνυόμενου από την αναθέτουσα αρχή φωτοτεχνικού μοντέλου, η παραπάνω απαίτηση οδηγεί τον κάθε υποψήφιο να διαμορφώσει τους κατά την κρίση του δικούς του αντιπροσωπευτικούς δρόμους και κατ' επέκταση να αξιολογούνται συγκριτικά οι προσφορές των υποψηφίων επί τη βάσει αντιπροσωπευτικών δρόμων που οι ίδιοι έχουν διαμορφώσει κατά την κρίση τους, μιας και δεν υποδεικνύεται κανένα φωτοτεχνικό μοντέλο και κανένα πρότυπο αντιπροσωπευτικών δρόμων. Σε κάποια άλλο σημείο του κεφαλαίου 5 αναφέρει : «*Τα προσφερόμενα φωτιστικά σώματα θα πρέπει υποχρεωτικά να ικανοποιούν τις ελάχιστες παραμέτρους αξιολόγησης του Φωτοτεχνικού Μοντέλου, σύμφωνα με το πρότυπο ΕΝ 13201:2015* ...». Το ίδιο συμβαίνει και εν προκειμένω. Απαιτείται

από τους υποψηφίους να προσφέρουν φωτιστικά που να συμμορφώνονται με τις ελάχιστες παραμέτρους ενός φωτοτεχνικού μοντέλου που δεν υπάρχει ή που θα έχει φτιαχτεί από τους ίδιους όπως τους βολεύει. Σε άλλο σημείο στο κεφάλαιο 5, οι υποψήφιοι φορείς καλούνται, επί ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσουν με την τεχνική προσφορά τους τα φωτοτεχνικά δεδομένα των προσφερόμενων τύπων φωτιστικών σωμάτων Led, με τα οποία ικανοποιείται το ανύπαρκτο φωτοτεχνικό μοντέλο. Στο ίδιο κεφάλαιο 5 σημειώνεται: «*Οι τύποι των φωτιστικών που θα χρησιμοποιηθούν για να καλύψουν τις απαιτήσεις των φωτοτεχνικών μελετών των πρότυπων οδών, είναι αυτοί που θα χρησιμοποιηθούν για τον υπολογισμό της εξοικονόμησης της πρότασης του Αναδόχου ως προς τις καταναλώσεις*.»

Ενόψει όλων των ανωτέρω ελλιπών, ασαφών και εξόχως αόριστων δεδομένων του κανονιστικού πλαισίου είναι απολύτως προφανής η αδυναμία των υποψηφίων να επιλέξουν, με όση επιμέλεια και αν επιδείξουν, φωτιστικά LED σύμφωνα και συμβατά με τους προδιαγραφόμενους όρους και άρα, και κατ' επέκταση, το μεν είναι αδύνατος ο υπολογισμός της ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος, το δε όλως αδιαφανές, υποκειμενικό και αντίθετο προς τις αρχές της διαφάνειας, ίσης μεταχείρισης και ενιαίου μέτρου κρίσεως προσφορών το κριτήριο Τ4 και ο τρόπος βαθμολόγησής του. **β)** Προς επίρρωση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί αδυναμίας προετοιμασίας τεχνικής προσφοράς και αντικειμενικής αξιολόγησης - βαθμολόγησης ως προς την προσφερόμενη ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας, λεκτέο, ότι, οι ασάφειες της διακήρυξης σχετικά με την επιλογή του κατάλληλου νέου εξοπλισμού αντικατάστασης (Φωτιστικά LED, Λαμπτήρες LED) είναι ανυπέρβλητες, εξόχως σοβαρές και ανεπίτρεπτες. Στη διακήρυξη δεν περιγράφονται με σαφήνεια οι τύποι των ειδών αντικατάστασης. Δηλαδή δεν γνωρίζει ο οικονομικός φορέας ποια είναι επακριβώς τα υφιστάμενα είδη που καλείται να αντικαταστήσει ώστε να μπορέσει να επιλέξει αντίστοιχα τα κατάλληλα είδη αντικατάστασης. Στο Παράρτημα 3 της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές», στο κεφάλαιο 7 (ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ), στην παράγραφο 7.1 αναφέρεται: «*Ο αριθμός των υφιστάμενων φωτιστικών σωμάτων καθώς και ο αντίστοιχος τύπος τους, έχει ως ακολούθως*...». Όμως, στους 2 πίνακες της παραγράφου 7.1 αναφέρεται ο

αριθμός Φωτιστικών ή Λαμπτήρων ή Προβολέων ανά τύπο πηγής φωτός (NaHP, Hg, HQI, CFL, LED) και υπολογίζεται η ετήσια ενεργειακή κατανάλωση των υφισταμένων, χωρίς όμως να αναφέρεται ποιοι από αυτούς τους τύπους είναι Φωτιστικά, ποιοι είναι Λαμπτήρες και ποιοι είναι Προβολείς. Επίσης στο κεφάλαιο 7.6 (αξιοποίηση της υφιστάμενης υποδομής) αναφέρεται ότι: «*Διευκρινίζεται ότι τα φωτιστικά σώματα θα τοποθετηθούν σε ιστούς ύψους μέχρι 5 μέτρα και σε ιστούς 9 μέτρων. Τα πρώτα -μεταξύ των οποίων και παραδοσιακά φωτιστικά-είναι φωτιστικά κορυφής και δεν απαιτείται βραχίονας για τη σύνδεσή τους με το σώμα του ιστού, ενώ τα δεύτερα είναι φωτιστικά που μπορούν να αναρτηθούν σε ιστό μέσω βραχίονα*.». Είναι προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι, ο οικονομικός φορέας δεν γνωρίζει με σαφήνεια τι είδος αντικαθιστά. Επιπρόσθετα για το ένα είδος, τα φωτιστικά, αναφέρονται διάφοροι τύποι (παραδοσιακά φωτιστικά, φωτιστικά κορυφής, φωτιστικά βραχίονος), χωρίς να αναφέρεται πως κατανέμονται ποσοτικά. Είναι γνωστό ότι η αντικατάσταση κάθε τύπου φωτιστικού απαιτεί διαφορετική προσέγγιση ως προς την επιλογή του αντίστοιχου φωτιστικού LED που να προσαρμόζεται στην υφιστάμενη υποδομή και οδηγεί σε εντελώς διαφορετική κοστολογική αξία. Ελλείπουν με άλλα λόγια από την διακήρυξη βασικά στοιχεία, απαραίτητα για την επιλογή του κατάλληλου εξοπλισμού αντικατάστασης, τη σωστή τεχνικοοικονομική εκτίμηση της επένδυσης, αλλά και την αντικειμενική αξιολόγηση των υποψηφίων. Προσθέτως, δεν περιγράφονται με σαφήνεια τα είδη αντικατάστασης. Στις παραγράφους 3 και 4 της τεχνικής προδιαγραφής του φυσικού αντικειμένου περιλαμβάνονται αναλυτικές προδιαγραφές για φωτιστικά LED και Λαμπτήρες LED αντίστοιχα. Ειδικά στην παράγραφο 4 προβλέπεται ότι: «*Στην παρ. 7 φαίνεται η αντιστοίχιση κάθε τύπου λαμπτήρα LED με τα υφιστάμενα συμβατικά φωτιστικά*». Όμως, στην παράγραφο 7 δεν υπάρχει αντιστοίχιση λαμπτήρων LED με υφιστάμενα φωτιστικά, εκτός από την παράγραφο 7.6 στην οποία περιγράφονται αντιστοιχίσεις μόνο με Φωτιστικά LED. Είναι λοιπόν προφανές ότι προκαλείται αναπόφευκτη αδυναμία στους οικονομικούς φορείς να επιλέξουν είδη αντικατάστασης. Και, φυσικά, αναπόφευκτα προκύπτουν συνθήκες αδυναμίας διαμόρφωσης πρότασης και άνισης - αδιαφανούς συγκριτικής αξιολόγησης, λ.χ, αν κάποιος οικονομικός φορέας προτείνει μόνο

λαμπτήρες LED, τι θα γίνει, θα απορριφθεί ή θα προκριθεί; Αν κάποιος άλλος προτείνει μόνο φωτιστικά LED πώς και υπό ποιο μέτρο θα συγκριθεί με τον πρώτο που προσφέρει σαφώς μια πιο αναβαθμισμένη ποιοτικά αλλά όμως πιο κοστοβόρα πρόταση; Είναι ξεκάθαρο, κατά την προσφεύγουσα, ότι η διακήρυξη, ενόψει του κανονιστικού της χαρακτήρα, της αυστηρής ερμηνείας των όρων της και των αυστηρών κυρώσεων με τις οποίες επαπειλεί τους φορείς σε περίπτωση αποκλίσεώς τους προς τα ουσιώδη διαλαμβανόμενα σε αυτήν, πρέπει, να διαυλακώνεται ρητά, με σαφήνεια και καθαρότητα. Είναι αυτονόητο, ότι τέτοιοι ουσιώδεις όροι είναι ιδίως αυτοί που αφορούν σε τεχνικούς όρους και προδιαγραφές, ήτοι στη διαμόρφωση και αξιολόγηση των τεχνικών υποφακέλων. Όταν υπάρχουν πρωτοφανούς έκτασης ασάφειες και ανακρίβειες, όπως εν προκειμένω, τότε, είναι σαφές, ότι, παρίσταται πρόδηλη μη νομιμότητα του κανονιστικού πλαισίου υπό το οποίο επισπεύδεται μία διαδικασία. Η μη νομιμότητα αυτή, που εκκινεί από την αναθέτουσα αρχή, κατατείνει εις βάρος των αρχών διαφάνειας και αντικειμενικότητας και εις βάρος των καλόπιστων φορέων, μιας και, ελλείψει σαφών όρων, δεν παρέχεται σε αυτούς η δυνατότητα να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενο του πλαισίου και να το ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο. Είναι εξίσου προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι εξαιρετικά μεγάλης έκτασης ασάφειες και ελλείψεις, όπως εν προκειμένω, είναι αδύνατον να αντιμετωπισθούν στα πλαίσια διευκρινίσεων, διότι οι διευκρινίσεις αίρουν κατά κύριο λόγο αμφισημίες και αντιφατικότητες και συμπληρώνουν μεμονωμένες ελλείψεις και ανακρίβειες. Εν προκειμένω όμως, με δεδομένο ότι όλο το κεφάλαιο των κριτηρίων βαθμολόγησης και του τρόπου βαθμολόγησης βρίθει από ελλείψεις και κενά, αυτά, δεν μπορούν να αντιμετωπισθούν αποσπασματικά, αφού, οδηγούν σε πλήρη τροποποίηση του κανονιστικού κειμένου και αναπόφευκτα σε νέα διαδικασίας σύναψης. Άρα, κάθε περί του αντιθέτου λόγος είναι κενός περιεχομένου. Από την άλλη, η ασάφεια και αοριστία κατά την διατύπωση των κριτηρίων και του τρόπο βαθμολόγησης μόνο υπέρ της αναθέτουσας αρχής κατατείνει και πάντα δυσμενώς, εις βάρος των υποψηφίων. Η δυσμένεια γίνεται ακόμη μεγαλύτερη εάν αναλογιστεί κάποιος αφενός το υποκειμενικό κριτήριο υπό το οποίο λειτουργεί η αναθέτουσα αρχή κατά τη βαθμολόγηση, αφετέρου τη βαρύτητα που προσδίδει για την ανάδειξη του αναδόχου (70%).

Ενόψει της υπό κρίση περίπτωσης, κατά την προσφεύγουσα, το μεν καθίσταται όλως αδιαφανής ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής έλεγχος και αξιολόγηση - βαθμολόγηση των προσφορών, το δε καθίσταται όλως αδύνατη η προετοιμασία φακέλου προσφοράς εκ μέρους των υποψηφίων και ο αποτελεσματικός εξ αυτών έλεγχος της αναθέτουσας αρχής κατά την ενάσκηση της εξουσίας της. Ενόψει των ανωτέρω, κατά την προσφεύγουσα, η πλημμέλεια που εμφιλοχώρησε στη διακήρυξη επί τη βάσει των άρθρων 8.2.2 και 8.2.3 παρίσταται ουσιώδης, ώστε, να παρίσταται εξόχως βάσιμη και νόμιμη περίπτωση ακύρωσης εν συνόλω της διακήρυξης κατά παραδοχή και του δεύτερου λόγου της κρινόμενης προσφυγής.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. 19066/2153/11-2-2021 έγγραφο απόψεών της επί της ανωτέρω προσφυγής, το οποίο μέσω ΕΣΗΔΗΣ κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 18-2-2021, και προς απόρριψη αυτής (προδικαστικής προσφυγής) προέβαλε τα ακόλουθα: **Α. Επί του πρώτου προβαλλόμενου λόγου:** Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ο ως άνω όρος είναι περιοριστικός του ανταγωνισμού και στερεί στην ίδια, ως και στη συντριπτική πλειοψηφία των φορέων που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά συμβάσεων, το δικαίωμα συμμετοχής στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό. Καταρχάς, στο βαθμό που η προσφεύγουσα επικαλείται αδυναμία άλλων οικονομικών φορέων να συμμετάσχουν στον υπόψη διαγωνισμό, ήτοι τρίτων, ο λόγος ακυρώσεως προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος, άλλως εκ συμφέροντος τρίτου και πρέπει να απορριφθεί. Οι χρηματοοικονομικές απαιτήσεις που τίθενται από τη Διακήρυξη, ως εκ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, και ειδικότερα ο όρος του άρθρου 5.5.β.ii, δεν ορίζονται σε δυσανάλογα υψηλά επίπεδα με αποτέλεσμα να αποκλείονται αυτόματα οικονομικοί φορείς κατά τα λοιπά κατάλληλοι. Τούτο, διότι το άρθ. 75 παρ. 1 ν. 4412/2016 ορίζει ότι *«1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: … Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης* …». Εν ολίγοις, ο καθορισμός των ζητούμενων ικανοτήτων αποβλέπει στο να διαπιστώσει η Αναθέτουσα Αρχή εάν ο εκάστοτε προσφέρων/αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις

καταλληλόλητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής (ήτοι να είναι «ικανά και αναγκαία»). Η αρχή της αναλογικότητας επιβάλλει, ειδικότερα, όσον αφορά στα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αυτά να είναι ανάλογα του αντικειμένου της συμβάσεως και να δικαιολογούνται από αυτό, ήτοι θα πρέπει να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους συνδεόμενους με το αντικείμενο της σύμβασης. Επικαλείται η προσφεύγουσα, προκειμένου να στηρίξει τον ισχυρισμό της ότι ο προσβαλλόμενος όρος οδηγεί χωρίς εύλογη αιτία και ειδική αιτιολόγηση, σε περιορισμό του κύκλου των οικονομικών φορέων που μπορούν να υποβάλλουν προσφορά, την υπ' αριθμ. 418/2018 απόφαση ΑΕΠΠ, απόσπασμα της οποίας παραθέτει, η οποία είναι όλως απρόσφορη εν προκειμένω. Συγκεκριμένα, με την απόφαση αυτή κρίθηκε ότι *«… Αντίθετη, εξάλλου, ερμηνευτική εκδοχή, δηλαδή ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θέτει κριτήρια ποιοτικής επιλογής που θα ήταν υπερβολικά, μολονότι το δημοπρατούμενο έργο δεν παρουσιάζει χρηματοδοτικές ανάγκες και κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες και ιδιομορφίες που θα δικαιολογούσαν αυξημένη χρηματοοικονομική επάρκεια και τεχνική εμπειρία, γνώση και επιπλέον τεχνικό εξοπλισμό εκ μέρους του διαγωνιζόμενου, θα οδηγούσε στο αντίθετο αποτέλεσμα από αυτό που διώκει η νέα παρ. 4 του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016, δηλαδή θα οδηγούσε στον περιορισμό του κύκλου των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, τον οποίο συνεπάγεται η θέσπιση αναιτιολόγητα αυξημένων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, καθώς και στον έμμεσο προσδιορισμό συγκεκριμένων επιχειρήσεων, οι οποίες, μόνες αυτές, κατά περιορισμό του ανταγωνισμού στο οικείο πεδίο, δύνανται να αναλάβουν το έργο»*. Τούτο, διότι το δημοπρατούμενο με την διακήρυξη η οποία αποτέλεσε αντικείμενο ελέγχου της προαναφερθείσας απόφασης, *«δεν παρουσίαζε χρηματοδοτικές ανάγκες … που θα δικαιολογούσαν χρηματοοικονομική επάρκεια»,* σε αντίθεση με το αντικείμενο της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Γίνεται δε δεκτό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ

56/2020) ότι σύμφωνα και με τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 3 ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα, κατά τον καθορισμό των προϋποθέσεων συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία, να επιλέγει τα στοιχεία που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Στο πλαίσιο αυτό, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί, μεταξύ άλλων, να αναφέρεται και σε συγκεκριμένο στοιχείο ή στοιχεία του ισολογισμού, εφ' όσον από το στοιχεία αυτά μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα (βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 18.10.2012, C-218/11, Hochtief Construction AG Magyarorszagi Fioktelepe). Επιπλέον σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ, η έννοια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν παρέχεται από τις οδηγίες, πλην όμως είναι σαφές ότι αφορά στο εάν οι οικονομικοί φορείς έχουν επαρκή οικονομικά μέσα: (α) για να εκτελέσουν τη σύμβαση, μαζί με τις άλλες οικονομικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις τους κατά την ίδια χρονική περίοδο, και (β) για να αντιμετωπίσουν τυχόν νομικές ευθύνες που θα προκύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης (για παράδειγμα, παράβαση συμβατικής υποχρέωσης). Περαιτέρω κατά την ίδια Κατευθυντήρια Οδηγία η Αναθέτουσα Αρχή έχει ευχέρεια κατά τη διαμόρφωση των εν λόγω κριτηρίων, η δε κρίση ως προς τον αναλογικό ή μη χαρακτήρα τους γίνεται κατά περίπτωση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του. Εκ της διάταξης του άρθρου 75 του ν.4412/2016 καθίσταται σαφές ότι ως προς την ποιοτική επιλογή των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητήσουν την πλήρωση μόνον των κριτηρίων (α) καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, (β) οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και (γ) τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, όπως αυτά εξειδικεύονται στις παρ. 2 – 4 του ως άνω άρθρου. Ειδικότερα ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η παρ. 3 του άρθ. 75 θέτει συγκεκριμένους περιορισμούς, αλλά και στοιχεία τα οποία μπορούν να ζητηθούν από την Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου *«να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει … τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, … για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης»*. Μεταξύ των στοιχείων τα οποία επιτρέπεται οι αναθέτουσες

αρχές να ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, είναι να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς τους *«παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού»*. Ως εκ τούτου, κατ' ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας που ο νόμος απονέμει στην Αναθέτουσα Αρχή, το πλαίσιο άσκησης της οποίας ο ίδιος νόμος οριοθετεί, νομίμως ζητά η Αναθέτουσα Αρχή, οι οικονομικοί φορείς που θα συμμετάσχουν στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό να δηλώσουν την αναλογία ενεργητικού και παθητικού. Το μέγεθος αυτό κατά τεκμήριο είναι πρόσφορο για τη διασφάλιση ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, καθώς ο ίδιος ο νομοθέτης το αναγνωρίζει ως τέτοιο. Εκτός από πρόσφορο δε, είναι ένα από τα στοιχεία τα οποία ο νομοθέτης – κατά περιοριστική απαρίθμηση στο υπόψη άρθρο – επιτρέπει στην Αναθέτουσα Αρχή να ζητήσει για την ικανοποίηση θεμιτού σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ήτοι τη διασφάλιση ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Υπογραμμίζεται ότι ουδεμία παραβίαση της διάταξης του άρθ. 75 παρ. 3 ν. 4412/2016 συντρέχει διότι στην υπόψη Διακήρυξη προσδιορίζεται επακριβώς, κατά πλήρη διαφάνεια, η μέθοδος και τα κριτήρια με τα οποία η αναλογία στοιχείων ενεργητικού και παθητικού θα ληφθεί υπόψη, απαιτώντας συγκεκριμένες τιμές ανά ζητούμενο δείκτη, οι τιμές αυτές δε, ισχύουν για όλους τους συμμετέχοντες, αντικειμενικά και χωρίς καμία διάκριση. Ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας (αρ. 5) ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς (φαίνεται να) συγχέει την εκ του νόμου απαίτηση να προσδιορίζονται στη Διακήρυξη οι μέθοδοι και τα κριτήρια συνεκτίμησης της αναλογίας στοιχείων ενεργητικού και παθητικού (η οποία ικανοποιείται εν προκειμένω), με την επιλογή (διαμόρφωση), από την Αναθέτουσα Αρχή, των συγκεκριμένων τιμών των απαιτούμενων δεικτών. Περαιτέρω, το μέγεθος αυτό (αναλογία στοιχείων ενεργητικού και παθητικού) κατά τεκμήριο είναι πρόσφορο για τη διασφάλιση ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, καθώς ο ίδιος ο νομοθέτης το αναγνωρίζει ως τέτοιο. Εκτός από πρόσφορο δε, είναι ένα από τα στοιχεία τα οποία ο νομοθέτης – κατά περιοριστική απαρίθμηση στο υπόψη άρθρο – επιτρέπει στην

Αναθέτουσα Αρχή να ζητήσει για την ικανοποίηση θεμιτού σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ήτοι την διασφάλιση ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Συναφώς, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, μόνος ο μεγάλος κύκλος εργασιών ή μόνα τα μεγάλα ταμειακά διαθέσιμα δεν διασφαλίζουν ότι ο προσφέρων οικονομικός φορέας θα έχει τις απαιτούμενες χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, εφόσον το παθητικό υπερβαίνει το ενεργητικό του, διότι τα ταμειακά διαθέσιμα, όσα μεγάλα και εάν είναι, θα είναι οφειλόμενα. Σημειώνεται ότι η αναφορά της προσφεύγουσας στους παραδεκτούς κανόνες της οικονομικής – χρηματοοικονομικής θεωρίας και επιστήμης είναι όλως αόριστη, ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι στερείται του δικαιώματος αντίκρουσης. Εξάλλου, ο νομοθέτης έχει περιορίσει σε συγκεκριμένα οικονομικά μεγέθη τα στοιχεία τα οποία μπορεί να ζητά η Αναθέτουσα Αρχή για τη διάγνωση της χρηματοοικονομικής δυνατότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων να εκτελέσουν την υπό ανάθεση σύμβαση, η δε αναλογία ενεργητικού / παθητικού είναι ένα εξ αυτών, ρητώς αναφερόμενο στην ως άνω διάταξη. Εν προκειμένω, πρόκειται για διαγωνισμό υπηρεσιών, προϋπολογισθείσας δαπάνης 15.447.5.92,00 € χωρίς ΦΠΑ και 19.192.214,00 € με ΦΠΑ, διάρκειας δώδεκα (12) ετών. Επιπροσθέτως, από τους ακόλουθους επιμέρους όρους της Διακήρυξης, καθίσταται σαφές ότι ο διαγωνισμός είναι εμπροσθοβαρής ως προς τις (οικονομικές) υποχρεώσεις του αναδόχου, οι οποίες αποσβένυνται σε βάθος χρόνου, ήτοι στη διάρκεια της 12ετούς ισχύος της σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα: (α) το άρθ. 7 της προσβαλλόμενης διακήρυξης υπό τον τίτλο «Αμοιβή του Αναδόχου (Παρέχοντος Υπηρεσίες)» ορίζει ότι *«Η αμοιβή του Αναδόχου (Παρέχων Υπηρεσίες), υπολογίζεται ως εξής: 1. Βάση για τον υπολογισμό της συνολικής αμοιβής του Αναδόχου (Παρέχων Υπηρεσίες στον ΚτΕ) αποτελεί η δεσμευτική του πρόταση για την συνολική εξοικονόμηση της Ενεργειακής Κατανάλωσης (περιλαμβάνεται το συνολικό κόστος υπηρεσιών, υλικών και εργασιών εγκατάστασης) και θα περιλαμβάνεται στην Οικονομική Προσφορά. 2. Στο τέλος κάθε τριμήνου κατά την περίοδο λειτουργίας ο Ανάδοχος θα υποβάλει λογαριασμό στον ΚτΕ με το ποσό αμοιβής σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην*

Οικονομική Προσφορά του και υπό την προϋπόθεση ότι επιτυγχάνεται για το συγκεκριμένο τρίμηνο το ποσοστό μείωσης της καταναλισκόμενης ενέργειας που αυτός εγγυάται. Ο Ανεξάρτητος Ελεγκτής υποχρεούται να εγκρίνει ή να διαμορφώσει (τροποποιήσει) τον τελικό λογαριασμό εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την υποβολή του (με βάση το Πλάνο Μέτρησης και Επαλήθευσης των εξοικονομήσεων ενέργειας που θα περιλαμβάνεται στο εγκεκριμένο, από τον ΚτΕ, Εγχειρίδιο Λειτουργίας & Ελέγχου) και εκδίδει αναφορά τριμηνιαίας εξοικονόμησης. Σε περίπτωση απόκλισης από τον υποβληθέντα λογαριασμό του Αναδόχου θα πρέπει να υπάρχει πλήρης αιτιολόγηση, βάσει των πραγματικών μετρήσεων εξοικονόμησης ενέργειας. Η αναφορά της τριμηνιαίας εξοικονόμησης ενέργειας διαβιβάζεται από τον Ανεξάρτητο Ελεγκτή στον ΚτΕ για έλεγχο / επαλήθευση-αποδοχή, η οποία (αναφορά) μετά τον έλεγχο - επαλήθευση κοινοποιείται στον Ανάδοχο. Βάσει της ανωτέρω αναφοράς τριμηνιαίας εξοικονόμησης ενέργειας του Ανεξάρτητου Ελεγκτή, ο Ανάδοχος θα εκδώσει το τιμολόγιο της αντίστοιχης τριμηνιαίας αμοιβής. 3. Εάν από τον έλεγχο της αναφοράς του Ανεξάρτητου Ελεγκτή από τον ΚτΕ στο στάδιο της επαλήθευσης διαπιστωθεί απόκλισή της από τα πραγματικά δεδομένα, ο ΚτΕ επιστρέφει αιτιολογημένα στον Ανεξάρτητο Ελεγκτή την αναφορά για αναμόρφωση εντός δέκα (10) ημερών. Ο Ανεξάρτητος Ελεγκτής στην άνω προθεσμία δύναται είτε να αναμορφώσει την αναφορά σύμφωνα με τα στοιχεία και τους υπολογισμούς του ΚτΕ είτε να εμείνει στην αρχική πιστοποίηση. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, ο Ανάδοχος υποχρεούται να εκδώσει το τιμολόγιο σύμφωνα με τους υπολογισμούς του ΚτΕ, το δε υπόλοιπο ποσό θεωρείται αμφισβητούμενο και ο Ανάδοχος δύναται να το διεκδικήσει δικαστικά. Ο ΚτΕ υποχρεούται να καταβάλει στον Ανάδοχο την τριμηνιαία του αμοιβή εντός εξήντα (60) ημερών από την έκδοση του τιμολογίου. 4. Μετά την ολοκλήρωση της κατασκευής και κατά την διάρκεια της περιόδου παροχής υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης του δικτύου, ο Ανάδοχος δικαιούται να υποβάλει τριμηνιαίους (έως 48) λογαριασμούς εξοικονόμησης ενέργειας με την ίδια άνω διαδικασία, για τον εξοπλισμό LED που έχει τοποθετήσει μέχρι εκείνη την χρονική στιγμή». (β) Το άρθ. 5 παρ. 2 της προσβαλλόμενης διακήρυξης υπό τον τίτλο «Προϋπολογισμός» ορίζει ότι: *«Από το ποσό εξοικονόμησης της ενεργειακής κατανάλωσης θα καλύπτονται οι αμοιβές του Αναδόχου»*, από το

οποίο καθίσταται σαφές ότι η καταβολή της αμοιβής του Αναδόχου προϋποθέτει όχι μόνον την πλήρη εγκατάσταση των απαιτουμένων για την αναβάθμιση της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ..., αλλά και την επιτυχή θέση σε λειτουργία του, καθώς και την επίτευξη της εξοικονόμησης της ενεργειακής κατανάλωσης που ο Ανάδοχος εγγυήθηκε με την προσφορά του. (γ) το άρθ. 1 παρ. 6 και παρ. 13 της προσβαλλόμενης διακήρυξης υπό τον τίτλο «Ορισμοί» ορίζει το αντικείμενο της παροχής υπηρεσιών (παρ. 6) και την περίοδο ολοκλήρωσης των εργασιών αναβάθμισης του συστήματος (παρ. 13): *«6. Αντικείμενο Παροχής Υπηρεσιών: Η παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ... συνίσταται στο σχεδιασμό, χρηματοδότηση και κατασκευή, τεχνική διαχείριση, συντήρηση και λειτουργία του συστήματος και των υποδομών του συνόλου του οδικού και αστικού δικτύου ηλεκτροφωτισμού, από το σημείο σύνδεσης του ηλεκτρικού δικτύου με την παροχή της ΔΕΗ στον μετρητή (εντός pillar ή επίτοιχου ή άλλου εξωτερικού πίνακα) και μετά, συμπεριλαμβανομένων ειδικών συστημάτων ελέγχου και συνοδευτικών έργων. Ενδεικτικά, και όχι περιοριστικά, στο υφιστάμενο δίκτυο ηλεκτροφωτισμού περιλαμβάνονται τα εγκατεστημένα pillar -πίνακες μετά του εξοπλισμού τους και των πάσης φύσεως υλικών τους, τα φρεάτια διακλάδωσης των ηλεκτρολογικών οδεύσεων και ολόκληρη η υποδομή των σωληνώσεων - καλωδιώσεων και γειώσεων, καθώς και οι ιστοί με τις βάσεις στήριξης, οι βραχίονες, τα φωτιστικά, οι λαμπτήρες, οι προβολείς και οτιδήποτε άλλο περιλαμβάνεται στα ηλεκτρικά δίκτυα με βάση τους ισχύοντες κανονισμούς ηλεκτρολογικών εργασιών και εγκαταστάσεων. Ειδικότερα συνίσταται στην αντικατάσταση των φωτιστικών σωμάτων από αντίστοιχα νέας τεχνολογίας με σημαντικά μικρότερη κατανάλωση, στον έλεγχο, αποκατάσταση, εναρμόνιση με τους ισχύοντες κανονισμούς ηλεκτρολογικών εργασιών και εγκαταστάσεων, συντήρηση για το σύνολο του υφιστάμενου ηλεκτρικού δικτύου και των υποδομών του, στην αποκατάσταση των βλαβών/φθορών που αφορούν στις υποδομές του εν λόγω δικτύου και σε λοιπά συνοδά έργα, στην αναβάθμιση, συντήρηση και εξασφάλιση της καλής λειτουργίας του δικτύου αυτού, καθώς και στην εγκατάσταση και λειτουργία*

συστήματος τηλεδιαχείρισης και ελέγχου της λειτουργίας του σύμφωνα με την Διακήρυξη και την Σύμβαση Παροχής Υπηρεσιών (ΣΠΥ) που θα συναφθεί μεταξύ του Κυρίου του Έργου (ΚτΕ) και του Αναδόχου και θα αφορά Σύμβαση Ενεργειακής Απόδοσης (ΣΕΑ) για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) ετών». *«13. Περίοδος Ολοκλήρωσης Εργασιών Αναβάθμισης Συστήματος: Το χρονικό διάστημα από την υπογραφή της Σύμβασης Παροχής Υπηρεσιών (ΣΠΥ) μέχρι την ολοκλήρωση των εργασιών αναβάθμισης το οποίο δεν δύναται να υπερβαίνει τους δεκαοκτώ (18) μήνες»*. (δ) Το άρθ. 4 της προσβαλλόμενης διακήρυξης υπό τον τίτλο «Ανάλυση του αντικειμένου της Σύμβασης - Απαιτήσεις» προσδιορίζει το αντικείμενο της σύμβασης από όπου καθίσταται σαφές ότι ο Ανάδοχος αναλαμβάνει σοβαρές οικονομικές υποχρεώσεις για τους πρώτους 18 μήνες κατ' ανώτατο, χωρίς να του καταβάλλεται αμοιβή: *«Η Προμήθεια των Υλικών και οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν την:* 1. Παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ..., με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα προβεί στην: *Επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των προς εγκατάσταση υλικών (Λαμπτήρες / Προβολείς / Φωτιστικά, κλπ) μέσω επιμέτρησης – καταγραφής (CAD, αρχείαdwg, στοιχεία GIS,αρχεία shapefile κλπ). Παραμετροποίηση του νέου Συστήματος, στηριζόμενου στον εξοπλισμό και τα υλικά που θα χρησιμοποιηθούν (Λαμπτήρες / Προβολείς / Φωτιστικά, κλπ). Διοίκηση του Έργου για την αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων. Εγκατάσταση Λαμπτήρων / Προβολέων / Φωτιστικών LED, σύμφωνα με την αντιστοίχιση στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές". Τοποθέτηση Μετρητών (ως Παράρτημα 3: Τεχνικές Προδιαγραφές), με σκοπό την εκτέλεση των κατάλληλων μετρήσεων για τον προσδιορισμό του ποσοστού (%) Εξοικονόμησης Ενέργειας του Δικτύου. Οι μετρήσεις αυτές θα θεωρηθούν ως πραγματική κατανάλωση του νέου Δικτύου. Μέσω της λειτουργίας του συστήματος τηλεδιαχείρισης και ελέγχου κατανάλωσης καθώς και μετρητών που θα τοποθετηθούν, θα προκύπτουν αναλυτικά τα στοιχεία μέτρησης κατανάλωσης ηλεκτρικού ρεύματος και θα επαληθεύονται με βάση το Εγχειρίδιο Λειτουργίας & Ελέγχου που θα καταρτιστεί από τον Ανεξάρτητο Ελεγκτή, για να εξάγονται τα*

αποτελέσματα του Πλάνου Μέτρησης & Επαλήθευσης της Εξοικονόμησης. Κατηγοριοποίηση των Οδών, σύμφωνα με το πρότυπο EN 13201:2015 (όπου τοποθετούνται φωτιστικά μόνο και όχι λαμπτήρες), και την πραγματοποίηση Φωτοτεχνικών Μελετών (Έντασης και Λαμπρότητας) για κάθε κατηγορία Οδού και την γενικευμένη εφαρμογή της σε όλες τις Οδούς αντίστοιχης κατηγορίας (όπου τοποθετούνται φωτιστικά μόνο και όχι λαμπτήρες). Διενέργεια δειγματοληπτικών μετρήσεων (20 – 40) για τον έλεγχο των συνθηκών Φωτισμού, ανά Κατηγορία και διάταξη Φωτιστικών, μετά την υλοποίηση των παρεμβάσεων, με σκοπό την διατήρηση της ποιότητας του Φωτισμού στα απαιτούμενα επίπεδα και τον έλεγχο της αρχικής εγκατάστασης. Οι δειγματοληπτικές μετρήσεις, όπως αναφέρονται παραπάνω, θα πραγματοποιούνται κάθε δύο (2) έτη μετά την ολοκλήρωση της εγκατάστασης από τον Ανάδοχο, τις οποίες θα ελέγχει ο Ανεξάρτητος Ελεγκτής Περιόδου Υπηρεσιών και θα υποβάλλονται στον Κύριο του Έργου (ΚτΕ), μετά την ολοκλήρωση της εγκατάστασης για επιβεβαίωση-αποδοχή. Βάσει των αποτελεσμάτων των μετρήσεων αυτών, θα υποβάλλονται προτάσεις συμπληρωματικών Ενεργειακών Παρεμβάσεων, οι οποίες, εφόσον γίνουν αποδεκτές από τον ΚτΕ δύνανται να τροποποιήσουν την ΣΠΥ με τους ίδιους Οικονομικούς Όρους που περιλαμβάνονται στην προσφορά του Αναδόχου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 132, παρ. 1 του ν. 4412/2016. Η χρήση αυτής της διάταξης θα αφορά αποκλειστικά προτάσεις που αυξάνουν την ενεργειακή εξοικονόμηση. Η αναβάθμιση της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού θα υλοποιηθεί όπως αναλυτικά περιγράφεται στο Παράρτημα 3 «Τεχνικές Προδιαγραφές». 1. Προμήθεια: *Κατάλληλων Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης για την αντικατάσταση των υπαρχόντων, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί τροποποίηση της ΣΠΥ, κατά τα προαναφερθέντα. Υλικών (hardware) και λογισμικού (software) του συστήματος τηλεδιαχείρισης και ελέγχου κατανάλωσης, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές". 2.* Εγκατάσταση: *Νέων Λαμπτήρων υψηλής Ενεργειακής Απόδοσης ή νέων Φωτιστικών (βάση της αντιστοίχισης, όπως αυτή περιγράφεται στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές"). Συστήματος*

τηλεδιαχείρισης και ελέγχου κατανάλωσης (με δυνατότητα πολλαπλών εφαρμογών μέσω ενιαίας πλατφόρμας διαχείρισης). Εγκατάσταση και παραμετροποίηση Πλατφόρμας με τηλεδιαχείριση και έλεγχο κατανάλωσης, σε επίπεδο pillar ή/και φωτιστικού σώματος του συστήματος ηλεκτροφωτισμού κοινόχρηστων χώρων, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές". 3. Παροχή υπηρεσιών: *Ελέγχου του υφιστάμενου ηλεκτρικού δικτύου και των υποδομών του από τον εγκατεστημένο μετρητή παροχής της ΔΕΗ έως και το εγκατεστημένο Φωτιστικό Σώμα / Λαμπτήρα / Προβολέα, αποκατάστασης βλαβών/φθορών του δικτύου, καθώς και εκτέλεσης από τον Ανάδοχο όλων των απαραίτητων ηλεκτρολογικών εργασιών συμπεριλαμβανομένης και της προμήθειας όλων των απαιτούμενων υλικών και μικροϋλικών, έτσι ώστε το υφιστάμενο δίκτυο ηλεκτροφωτισμού να καταστεί και να παραμείνει ασφαλές σύμφωνα με τους εκάστοτε ισχύοντες κανονισμούς περί δικτύων ηλεκτροφωτισμού εγκατεστημένο σε Κοινόχρηστους Χώρους. Επαρκούς & ασφαλούς λειτουργίας - συντήρησης, προγραμματισμένης και έκτακτης, του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ... από το σημείο σύνδεσης του ηλεκτρικού δικτύου με την παροχή της ΔΕΗ στο μετρητή (εντός pillar ή επίτοιχου ή άλλου εξωτερικού πίνακα) και μετά έως και το εγκατεστημένο Φωτιστικό Σώμα / Λαμπτήρα / Προβολέα και αποκατάσταση κάθε φθοράς ή βλάβης του συνόλου, για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) ετών. Το κόστος βαραίνει εξ ολοκλήρου τον Ανάδοχο. Ο εξοπλισμός που θα χρειαστεί για την αναβάθμιση του Συστήματος (Φωτιστικά, Λαμπτήρες, Προβολείς, Η/Υ, hardware, software, αισθητήρες, κλπ) θα εγκατασταθεί από τον Ανάδοχο (Παρέχων Υπηρεσίες) με δικά του έξοδα. Θα μεταβιβαστεί χωρίς αντίτιμο στο Δήμο μετά την ολοκλήρωση της Σύμβασης, σε πλήρη λειτουργία, σύμφωνα με τις απαιτήσεις των Συμβατικών Τευχών».* Εκ των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι – συνεκτιμώντας τους ειδικότερους όρους της προκηρυχθείσας σύμβασης, όπως αυτοί παρατέθηκαν ανωτέρω, σε συνδυασμό με το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης της – οι απαιτούμενοι δείκτες και οι τιμές τους ως προς την χρηματοδοτική επάρκεια του Αναδόχου είναι αναγκαίοι και ανάλογοι προκειμένου να εξασφαλιστεί η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της υπόψη σύμβασης, η οποία εν προκειμένω είναι ιδιαίτερα σημαντική (η απρόσκοπτη χρηματοδότηση) για τους λόγους

που εκτέθηκαν ανωτέρω. Ειδικότερα ως προς την ζητούμενη αναλογία ενεργητικού / παθητικού, η οποία προσδιορίζεται συγκεκριμένα, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθ. 75 ν. 4412/2016, αυτή αφορά στους εξής δείκτες: (α) ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 1.00 και (β) κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4. Η προσφεύγουσα παραπονείται ότι τα απαιτούμενα μεγέθη των υπόψη δεικτών είναι αντικειμενικώς δυσανάλογα, ήτοι ότι παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας και ως εκ τούτου περιοριστικά του ανταγωνισμού, με την ειδικότερη αιτιολογία ότι *«η πλειονότητα των εταιριών που είτε έχουν συμμετάσχει τα τελευταία χρόνια σε διαγωνιστικές διαδικασίες συναφούς αντικειμένου είτε υλοποιούν αντίστοιχες συμβάσεις … αδυνατούν να συμμετάσχουν στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό…»,* παραθέτει δε πίνακα με τις τιμές των ζητούμενων δεικτών για συγκεκριμένες εταιρείες τις οποίες κατονομάζει. Ωστόσο, τούτο, δεν καθιστά την απαίτηση δυσανάλογη, καθώς ο αναλογικός ή μη χαρακτήρας συγκεκριμένης απαίτησης ποιοτικής επιλογής κρίνεται σε σχέση με τα χαρακτηριστικά της προκηρυσσόμενης σύμβασης και τον επιδιωκόμενο σκοπό της (απαίτησης) και όχι από την κάλυψη ή μη αυτής από συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς. Εν ολίγοις, κατά το μέρος που με τα επικαλούμενα στοιχεία η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι απαιτούμενες από τη Διακήρυξη τιμές των υπόψη δεικτών παραβιάζουν δήθεν την αρχή της αναλογικότητας διότι η ίδια, ενδεχομένως και άλλες εταιρείες, ενώ έχουν συμμετάσχει και δη επιτυχώς, σε ανάλογους διαγωνισμούς, δεν τους καλύπτουν, ο ισχυρισμός είναι όλως αβάσιμος, διότι οι σχετικές χρηματοοικονομικές απαιτήσεις τίθενται προκειμένου να διασφαλισθεί σκοπός δημοσίου συμφέροντος, ήτοι η (οικονομική) δυνατότητα των συμμετεχόντων να υλοποιήσουν και ολοκληρώσουν το αντικείμενο της προκηρυχθείσας σύμβασης, ακόμη και εάν ορισμένοι εκ των οικονομικών φορέων οι οποίοι δραστηριοποιούνται στο συγκεκριμένο αντικείμενο δεν τις καλύπτουν. Εν ολίγοις, συμβατή με την αρχή της αναλογικότητας δεν είναι η χρηματοοικονομική απαίτηση η οποία ικανοποιείται από όλους τους οικονομικούς φορείς οι οποίοι δραστηριοποιούνται στο συγκεκριμένο αντικείμενο, αλλά εκείνη η οποία διασφαλίζει την ομαλή υλοποίηση και ολοκλήρωση του αντικειμένου της σύμβασης χωρίς τεχνητά να περιορίζει τον

ανταγωνισμό. Καταρχάς ο ισχυρισμός προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου, αναφορικά με τις επτά (7) εταιρείες τις οποίες κατονομάζει. Υπογραμμίζεται ότι εκ των εταιριών αυτών μόνον μία (1), η εταιρεία ..., κατάθεσε προδικαστική προσφυγή κατά της βαλλόμενης, με την κρινόμενη προσφυγή, Διακήρυξης, το οποίο καταδεικνύει είτε την έλλειψη ενδιαφέροντος των λοιπών κατονομαζόμενων εταιριών στην υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό είτε την ικανοποίηση των σχετικών χρηματοοικονομικών απαιτήσεων, παρά τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα. Εκ των προλεχθέντων καθίσταται σαφές ότι η προκηρυχθείσα σύμβαση έχει σύνθετο φυσικό και οικονομικό αντικείμενο, συγκεκριμένα δε αφορά (άρθρο 3 αρ. 6 Διακήρυξης) στην παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ..., συνίσταται δε στο σχεδιασμό, χρηματοδότηση και κατασκευή, τεχνική διαχείριση, συντήρηση και λειτουργία του συστήματος και των υποδομών του συνόλου του οδικού και αστικού δικτύου ηλεκτροφωτισμού, από το σημείο σύνδεσης του ηλεκτρικού δικτύου με την παροχή της ΔΕΗ στον μετρητή (εντός pillar ή επίτοιχου ή άλλου εξωτερικού πίνακα) και μετά, συμπεριλαμβανομένων ειδικών συστημάτων ελέγχου και συνοδευτικών έργων. Ενδεικτικά, και όχι περιοριστικά, στο υφιστάμενο δίκτυο ηλεκτροφωτισμού περιλαμβάνονται τα εγκατεστημένα pillar -πίνακες μετά του εξοπλισμού τους και των πάσης φύσεως υλικών τους, τα φρεάτια διακλάδωσης των ηλεκτρολογικών οδεύσεων και ολόκληρη η υποδομή των σωληνώσεων - καλωδιώσεων και γειώσεων, καθώς και οι ιστοί με τις βάσεις στήριξης, οι βραχίονες, τα φωτιστικά, οι λαμπτήρες, οι προβολείς και οτιδήποτε άλλο περιλαμβάνεται στα ηλεκτρικά δίκτυα με βάση τους ισχύοντες κανονισμούς ηλεκτρολογικών εργασιών και εγκαταστάσεων. Ειδικότερα συνίσταται στην αντικατάσταση των φωτιστικών σωμάτων από αντίστοιχα νέας τεχνολογίας με σημαντικά μικρότερη κατανάλωση, στον έλεγχο, αποκατάσταση, εναρμόνιση με τους ισχύοντες κανονισμούς ηλεκτρολογικών εργασιών και εγκαταστάσεων συντήρηση για το σύνολο του υφιστάμενου ηλεκτρικού δικτύου και των υποδομών του, στην αποκατάσταση των βλαβών/φθορών που αφορούν στις υποδομές του εν λόγω δικτύου και σε λοιπά συνοδά έργα, στην αναβάθμιση, συντήρηση και εξασφάλιση της καλής

λειτουργίας του δικτύου αυτού, καθώς και στην εγκατάσταση και λειτουργία συστήματος τηλεδιαχείρισης και ελέγχου της λειτουργίας του σύμφωνα με την Διακήρυξη και την Σύμβαση Παροχής Υπηρεσιών (ΣΠΥ) που θα υπογραφεί**,** ενώ η εκτιμώμενη αξία της ΣΠΥ για την παροχή των Υπηρεσιών προκύπτει από την εξοικονόμηση της Ενεργειακής Κατανάλωσης στη διάρκεια των δώδεκα (12) ετών και ανέρχεται στο ποσό των €19.192.214,00 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 15.447.5.92,00 + ΦΠΑ) και από το ποσό εξοικονόμησης της ενεργειακής κατανάλωσης θα καλύπτονται οι αμοιβές του Αναδόχου (άρθρ. 5 της Διακήρυξης). Κυρίως όμως, στην ως άνω Διακήρυξη – όπως και σε όλες τις αντίστοιχες διακηρύξεις – προβλέπεται ότι το χρονικό διάστημα από την υπογραφή της Σύμβασης Παροχής Υπηρεσιών (ΣΠΥ) μέχρι την ολοκλήρωση των εργασιών αναβάθμισης εκ μέρους του αναδόχου, δεν δύναται να υπερβαίνει τους δεκαοκτώ (18) μήνες και ότι η αποπληρωμή του αναδόχου από το ποσό της εξοικονόμησης άρχεται μετά την αναβάθμιση του δικτύου και την έναρξη λειτουργίας του. Είναι πρόδηλο ότι η προκηρυχθείσα σύμβαση έχει αυξημένες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις και προϋποθέτει υψηλή ρευστότητα, άμεσα ταμειακά διαθέσιμα και χρηματοοικονομική ευρωστία εκ μέρους των υποψηφίων. Επιπροσθέτως οι ως άνω αυξημένες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις για την εκτέλεση της σύμβασης απαιτούνται τόσο εμπροσθοβαρώς, ήτοι κατά το πρώτο 18μηνο από την υπογραφή της συμβάσεως, προκειμένου να υλοποιηθεί η αποκατάσταση του δικτύου και η προμήθεια και εγκατάσταση του νέου εξοπλισμού όσο και ακολούθως στο διηνεκές της συντηρήσεως αυτού (επί 12 έτη), προκειμένου να καλύπτονται τα σχετικά πάγια κόστη και δαπάνες. Συνακόλουθα ο προσβαλλόμενος όρος 5.5.β.ii όχι μόνον έχει νομοθετικό έρεισμα, αλλά περαιτέρω είναι και σύμφωνος με τις αρχές της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς ανταγωνισμού, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Ο υπόψη όρος παρίσταται πρόσφορος εν σχέσει προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι να παράσχει ασφαλή ένδειξη για την οικονομική φερεγγυότητα και την επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τις συγκεκριμένες δημόσιες συμβάσεις, καθώς πρόκειται περί

απαιτήσεων από τις οποίες μπορεί αντικειμενικά να προκύψει η σχετική ικανότητα των διαγωνιζομένων γενικώς. Η επιλογή, μάλιστα, περισσότερων του ενός δεικτών των οικονομικών στοιχείων των διαγωνιζόμενων παρέχει στην Αναθέτουσα Αρχή περισσότερες από μία αντικειμενικές ενδείξεις ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης, από την επιλογή ενός μόνον δείκτη, όπως λόγου χάρη μόνον της κερδοφορίας ή μόνον της σχέσης ιδίων κεφαλαίων με τις υποχρεώσεις τους (πρβλ. ΑΕΠΠ 1218/2019). Και τούτο διότι εν προκειμένω ζητείται αφενός τα ίδια κεφάλαια μιας επιχείρησης να είναι ίσα ή μεγαλύτερα του συνόλου των υποχρεώσεών της, ώστε να καταδεικνύεται η οικονομική αυτάρκεια του υποψηφίου, αφετέρου δε ο λόγος του κυκλοφορούντος ενεργητικού προς τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις να είναι μεγαλύτερος του 1,4 για κάθε έτος της τριετίας, ώστε να φαίνεται η ευχερής δυνατότητά του να καλύψει τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις με στοιχεία του κυκλοφορούντος ενεργητικού. Η πλήρωση των εν λόγω στοιχείων σωρευτικά και δη για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας προοιωνίζει ως έγγιστα βέβαιη την ικανότητα των υποψηφίων να ανταπεξέλθουν στις χρηματοοικονομικές απαιτήσεις της εν λόγω εμπροσθοβαρούς όσον αφορά τις οικονομικές απαιτήσεις και ταυτόχρονα μακροχρόνιας σύμβασης και να μπορούν σε είναι συνεπείς τόσο έναντι των εργαζομένων τους όσο και έναντι των συμβατικών υποχρεώσεών του προς τους Δήμους, οι οποίοι αποτελούν τους Κυρίους των Έργων. Η πλήρωση εξάλλου των ως άνω απαιτήσεων χρηματοοικονομικής επάρκειας, ταμειακής ρευστότητας και οικονομικής ευρωστίας εκ μέρους των υποψηφίων οικονομικών φορέων καθίσταται επιβεβλημένη - και όχι απρόσφορη και δυσανάλογη, όπως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα - και λόγω του σύνθετου και απαιτητικού φυσικού αντικειμένου της σύμβασης. Αυτή, αφορά στην ενεργειακή αναβάθμιση (εντός 18μηνου) και συντήρηση για 12 έτη του δικτύου οδοφωτισμού ενός πολυπληθούς, μεγάλης γεωγραφικής έκτασης και με ιδιαίτερα μορφολογικά και κλιματικά χαρακτηριστικά Δήμου (...) της ..., γεγονός που εν δυνάμει δημιουργεί αυξημένες απαιτήσεις καθ’ όλη τη διάρκεια της ενεργειακής αναβάθμισης και συντήρησης του δικτύου ηλεκτροφωτισμού (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 56/2020). Υπογραμμίζεται μετ’ επιτάσεως

ότι η αμοιβή του αναδόχου δεν προέρχεται από πιστώσεις του Δήμου αλλά εξαρτάται από την επιτευχθείσα εξοικονόμηση. Κατά το μέρος κατά το οποίο η προσφεύγουσα αποπειράται να καταδείξει την δήθεν αντικειμενική παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και συνακόλουθα τον ανεπίτρεπτο περιορισμό του ανταγωνισμού, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί είναι αβάσιμοι. Υπογραμμίζεται ότι κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά νομολογιακώς, παράβαση της αρχής της αναλογικότητας ως προς την απαιτούμενη χρηματοοικονομική ικανότητα των υποψηφίων οικονομικών φορέων στοιχειοθετείται πάντοτε σε σχέση με το αντικείμενο (φυσικό και οικονομικό) εκάστοτε διαγωνισμού. Τούτο καθίσταται σαφές και από τον εκ του νόμου τιθέμενο περιορισμό (άρθ. 75 παρ. 3 ν. 4412/2016) ως προς τον απαιτούμενο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, ο οποίος δεν επιτρέπεται να υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, και πάλι όμως, με δυνατότητα υπέρβασης, δεόντως αιτιολογημένα. Η προσφεύγουσα ουδόλως αναφέρει ότι οι απαιτούμενες στους υπόψη δείκτες τιμές είναι δυσανάλογοι προς την εκτιμώμενη αξία της προκηρυχθείσας σύμβασης, αλλά, αντιθέτως, περιορίζει την επιχειρηματολογία της στο γεγονός ότι η ίδια, ενδεχομένως και ορισμένες άλλες εταιρείες του χώρου, δεν καλύπτουν τους απαιτούμενους δείκτες. Υπογραμμίζεται ότι ο ισχυρισμός είναι και αόριστος, διότι δεν αναφέρει ποιο είναι, αριθμητικά, το σύνολο των οικονομικών φορέων οι οποίοι δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά συμβάσεων οι οποίοι θα μπορούσαν να είναι εν δυνάμει προσφέροντες στον υπόψη διαγωνισμό ούτε τους κατονομάζει, ούτε παραθέτει στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι ο ισχυρισμός της ευσταθεί. Προσκομίζεται ανάρτηση του site ... της 18.11.2019 με τίτλο «Όλες οι εξελίξεις μίας δυναμικής αγοράς που υπολογίζεται ότι θα ξεπεράσει το 1 δις. Ευρώ» και υπότιτλο «Ανοίγει η αγορά έργων οδικού φωτισμού LED σε Δήμους και Περιφέρειες της χώρας», στο οποίο αναφέρονται συνολικά δεκαεπτά (17) οικονομικοί φορείς είτε ήδη ανάδοχοι αντίστοιχων διαγωνισμών (η προσφεύγουσα, ..., ο ..., ο όμιλος ..., η ..., η ..., η ... και η ...), είτε ως μικρομεσαίες κυρίως κατασκευαστικές εταιρείες που έχουν αναδειχθεί ανάδοχοι διαφόρων Δήμων (..., ..., ..., ..., ..., ..., κλπ), είτε ξένοι όμιλοι οι οποίοι «έχουν δείξει ενδιαφέρον» για την συγκεκριμένη αγορά, όπως η ..., η ... και η .... Είναι σαφές ότι οι εταιρείες που η προσφεύγουσα

κατονομάζει σε καμία περίπτωση δεν αποτελούν την συντριπτική πλειοψηφία των εταιριών του κλάδου αλλά είναι αισθητά κάτω του μισού. Και αυτό, υπό την απαράβατη προϋπόθεση ότι θα είχαν ενδιαφέρον για την προκηρυχθείσα σύμβαση, καθώς δεν έχουν προσβάλει την υπόψη Διακήρυξη, ορθών υποτιθέμενων των στοιχείων που η προσφεύγουσα παραθέτει. Χαρακτηριστικό είναι εν προκειμένω ότι ο ίδιος ο προβαλλόμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας αποδεικνύει τη νομιμότητα και ορθότητα της τεθείσας απαίτησης. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα (αρ. 6.γ) ότι *«οι οικονομικοί φορείς με εμπειρία και εξειδίκευση στο ειδικό αντικείμενο των εν λόγω συμβάσεων εμφανίζουν αφενός υψηλότερο κατά μέσο όρο δείκτη στις δανειακές υποχρεώσεις τους, οι οποίες συναρτώνται άμεσα με τον τραπεζικό δανεισμό που έχουν λάβει για την πραγματοποίηση των σχετικών επενδύσεων και αφετέρου χαμηλότερο κατά μέσο όρο δείκτη στο κυκλοφορούν ενεργητικό τους, αφού τα έσοδα από την εν λόγω δραστηριότητα δεν καταβάλλονται άμεσα, αλλά όπως προεκτέθηκε, μακροπρόθεσμα και σε βάθος συνήθως δεκαετίας».* Λόγω ακριβώς της συγκεκριμένης ιδιαιτερότητας, η οποία ισχύει και στην υπό κρίση περίπτωση, κρίνεται αναγκαία, για την διασφάλιση της ομαλής εκτέλεσης της προκηρυχθείσας σύμβασης, να εξασφαλισθεί η χρηματοοικονομική καταλληλότητα των συμμετεχόντων, με την ικανοποίηση των απαιτούμενων δεικτών και τιμών. Εκ του γεγονότος ότι η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται στο συγκεκριμένο αντικείμενο και έχει αναδειχθεί ανάδοχος αντίστοιχων διαγωνισμών, εκτελεί δε τις σχετικές συμβάσεις με άλλους ΟΤΑ, δεν έλκει άνευ ετέρου το δικαίωμα συμμετοχής στον υπόψη διαγωνισμό, εφόσον δεν ικανοποιεί τις ειδικότερες απαιτήσεις της υπόψη Διακήρυξης. Ενδεχομένως η προσφεύγουσα, έχοντας συνάψει ικανό αριθμό ανάλογων συμβάσεων, οι οποίες είναι εμπροσθοβαρείς ως προελέχθη, να μην ικανοποιεί τους επίμαχους δείκτες στις απαιτούμενες από τη Διακήρυξη τιμές ακριβώς για το λόγο αυτό, έχουσα ήδη αναλάβει μεγάλες υποχρεώσεις, το οποίο δεν εξασφαλίζει ότι θα έχει την απαιτούμενη χρηματοοικονομική ικανότητα για την ομαλή εκτέλεση και της προκηρυχθείσας σύμβασης, εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος. Εξάλλου, το γεγονός ότι μία εταιρεία απασχολεί προσωπικό και καταβάλλει φόρους και εισφορές στο κράτος δεν αποτελεί, αυτό καθεαυτό, κριτήριο συμμετοχής σε δημόσιο διαγωνισμό.

Υπογραμμίζεται ότι μολονότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη της προκηρυχθείσας σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 15.447.5.92,00 € χωρίς ΦΠΑ και 19.192.214,00 € με ΦΠΑ, και η διάταξη του άρθ. 75 παρ. 3 ν. 4412/2016 παρέχει την ευχέρεια να ζητηθεί – προς απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων - ετήσιος κύκλος εργασιών μέχρι το διπλάσιο της προϋπολογισθείσας αξίας, με την προσβαλλόμενη διακήρυξη ζητείται (άρθ. 5.β.i) μέσος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών μόλις 2.700.000,00 € για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις. Και τούτο, ακριβώς προκειμένου ο προκηρυχθείς διαγωνισμός να είναι ανοιχτός στον ανταγωνισμό και να μπορέσουν να συμμετάσχουν σε αυτόν και ΜΜΕ, εκτός από τις μεγαλύτερες εταιρείες του χώρου. Εξάλλου, η απαίτηση των επίμαχων δεικτών και μάλιστα με τις αυτές τιμές δεν είναι πρωτόγνωρη σε διακηρύξεις διαγωνισμών με το αυτό αντικείμενο, αλλά, αντιθέτως, έχουν τεθεί και μάλιστα συνδυαστικά με πρόσθετες, αυξημένες συγκριτικά προς τις απαιτήσεις του προκείμενου διαγωνισμού, χρηματοοικονομικές απαιτήσεις. Οι συγκεκριμένοι διαγωνισμοί όχι μόνον ολοκληρώθηκαν επιτυχώς με την ανάδειξη αναδόχου, αλλά προφανώς έτυχαν και του θετικού προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, διότι ήδη βρίσκονται στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης. Χαρακτηριστικά αναφέρουμε την υπ' αριθμ. πρωτ. .../20.12.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...) για την προκήρυξη ανοικτού διεθνή διαγωνισμού με αντικείμενο «Αναβάθμιση του συστήματος Οδοφωτισμού του Δήμου ... στον οποίο ανάδοχος ανακηρύχθηκε η εταιρεία ... με υπεργολάβο την προσφεύγουσα - με σκοπό την εξοικονόμηση ενέργειας και την μείωση του κόστους λειτουργίας – προμήθεια φωτιστικών σωμάτων», συνολικής εκτιμώμενης αξίας δύο εκατομμυρίων εννιακοσίων ογδόντα πέντε χιλιάδων ογδόντα επτά ευρώ και είκοσι δύο λεπτών (2.985.087,22€) (συμπεριλαμβανομένων δικαιωμάτων προαίρεσης και Φ.Π.Α. 24%), συνολικής διάρκειας 12 ετών, με δυνατότητα παράτασης για τρία επιπλέον έτη, στον όρο 2.2.5 υπό τον τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της οποίας απαιτούνταν τα εξής: «*Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν τα κάτωθι κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας : α) Ο διαγωνιζόμενος πρέπει, για τις (3)*

προηγούμενες της διενέργειας του διαγωνισμού χρήσεις (ήτοι διαχειριστικές χρήσεις 2015,2016,2017), να έχει συνολικό αθροιστικό κύκλο εργασιών , τουλάχιστον ίσο με το διπλάσιο του συνολικού προϋπολογισμού (χωρίς ΦΠΑ) της εκτιμώμενης αξίας του παρόντος διαγωνισμού. β) Επειδή η χρηματοδοτική επάρκεια του Αναδόχου προκειμένου να εξασφαλιστεί η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης είναι ιδιαίτερα σημαντική, ο διαγωνιζόμενος θα πρέπει να καλύπτει τους εξής οικονομικούς δείκτες (αναλογίες στοιχείων ενεργητικού και παθητικού): ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 0,90 και κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4. Οι οικονομικοί δείκτες προκύπτουν από τον τελευταίο δημοσιευμένο ισολογισμό της επιχείρησης (ή, αν νομίμως δεν δημοσιεύει ισολογισμούς, από δήλωση ορκωτού λογιστή). γ) να διαθέτουν πρωτότυπες βεβαιώσεις αναγνωρισμένων πιστωτικών ιδρυμάτων για την πιστοληπτική ικανότητα του οικονομικού φορέα, ίσες ή ανώτερες από το 10% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ και δικαιώματα προαίρεσης και παράτασης) . Προσφορά που δεν καλύπτει τα εν λόγω κριτήρια θα απορρίπτεται». Αντίστοιχοι (και ακόμη αυστηρότεροι) όροι απαντώνται, ενδεικτικά, στις ακόλουθες διακηρύξεις για το αυτό αντικείμενο, και μάλιστα σε διαγωνισμούς η προϋπολογισθείσα δαπάνη των οποίων υπολειπόταν κατά πολύ της προϋπολογισθείσας δαπάνης του νυν προκηρυχθέντος, ανερχόμενη στο 1/4 αυτής περίπου: (α) υπ' αριθμ. .../13.6.2018 Διακήρυξη του Δήμου ..., συνολικής δαπάνης 2.450.922,00 € με ΦΠΑ – όρος 2.2.5: «α) συνολικό κύκλο εργασιών, στις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, τα αποτελέσματα των οποίων (ισολογισμοί) έχουν δημοσιευτεί, μεγαλύτερο του 70% του συνολικού προϋπολογισμού του παρόντος διαγωνισμού μη συμπεριλαμβανομένης της δαπάνης ΦΠΑ …, β) Οικονομικούς δείκτες ως εξής: - Ίδια κεφάλαια τουλάχιστον διπλάσια της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης προ ΦΠΑ, - Ίδια κεφάλαια / σύνολο υποχρεώσεων > 1,40 και – Κυκλοφορούν ενεργητικό / βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,15 … γ) βεβαίωση δανειοληπτικής ικανότητας …». (β) υπ' αριθμ. .../8.11.2018 Διακήρυξη του Δήμου ..., συνολικής δαπάνης 1.522.321,00 € με ΦΠΑ (ΑΔΑΜ: ...) – όρος 2.2.5: «*α) συνολικό κύκλο εργασιών, στις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, τα αποτελέσματα των οποίων (ισολογισμοί) έχουν δημοσιευτεί, μεγαλύτερο του 70% του συνολικού*

προϋπολογισμού του παρόντος διαγωνισμού μη συμπεριλαμβανομένης της δαπάνης ΦΠΑ …, β) Οικονομικούς δείκτες ως εξής: - Ίδια κεφάλαια τουλάχιστον διπλάσια της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης προ ΦΠΑ, - Ίδια κεφάλαια / σύνολο υποχρεώσεων > 1,40 και – Κυκλοφορούν ενεργητικό / βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,15 … γ) βεβαίωση δανειοληπτικής ικανότητας …». Σε κάθε περίπτωση, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι αποκλείεται από την συμμετοχή στον υπόψη διαγωνισμό είναι, κατά την αναθέτουσα αρχή, προσχηματικός, άλλως αβάσιμος. Οι ενωσιακοί κανόνες που διέπουν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων θεσπίσθηκαν στο πλαίσιο εγκαθίδρυσης της εσωτερικής αγοράς, εντός της οποίας διασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία και καταργούνται οι περιορισμοί του ανταγωνισμού (ΔΕΕ C- 412/04, απόφαση της 21.12.2008, Επιτροπή κατά Ιταλίας). Σε αυτό το πλαίσιο η Οδηγία 2014/24/ΕΕ και συνακόλουθα ο ν. 4412/2016 περιλαμβάνουν ρητές διατάξεις για την δυνατότητα του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα να προστρέξει σε στήριξη στις ικανότητες τρίτων και να αποδείξει τούτο με κάθε κατάλληλο μέσο. Το άρθ. 78 ν. 4412/2016, ενσωματώνοντας το άρθ. 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει ότι *«1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά 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. … Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.».* Τη δυνατότητα αυτή προβλέπει ρητά η προσβαλλόμενη Διακήρυξη (αρ.5.5.ε), η οποία υφίσταται τόσο για οικονομικούς φορείς οι οποίοι συμμετέχουν αυτοτελώς στον διαγωνισμό όσο

και για Ενώσεις Οικονομικών Φορέων. Η δυνατότητα της Διακήρυξης για επίκληση δάνειας χρηματοοικονομικής στήριξης κατά τα ανωτέρω, έχει τεθεί και λειτουργεί προς όφελος του ανταγωνισμού, καθώς επιτρέπει την κατάθεση προσφοράς στο Διαγωνισμό και σε οικονομικούς φορείς (αυτοτελώς ή σε ένωση), οι οποίοι μπορεί να μην καλύπτουν μία συγκεκριμένη απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας της Διακήρυξης. Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς, οι οποίοι επιθυμούν να συμμετάσχουν στον ένδικο διαγωνισμό, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, μπορούν κάλλιστα να προστρέξουν σε στήριξη στις χρηματοοικονομικές ικανότητες άλλων φορέων, και μάλιστα χωρίς να υφίσταται περιορισμός ως προς το αντικείμενο δραστηριότητας των τρίτων αυτών φορέων, οι οποίοι να ικανοποιούν τα σχετικά κριτήρια χρηματοοικονομικά κριτήρια, και να υποβάλουν την προσφορά τους στον υπόψη διαγωνισμό. Ως εκ τούτου αποδεικνύεται προσχηματικός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι αποκλείεται παντάπασι η δυνατότητα συμμετοχής της στον υπόψη διαγωνισμό, είτε αυτοτελώς είτε ως μέλος ένωσης, καθώς δεν (θα) ικανοποιεί το υπόψη κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας: κάλλιστα το κριτήριο μπορεί να καλυφθεί με στήριξη στις δυνατότητες τρίτου, δυνατότητα την οποία δεν αντικρούει, ούτε αμφισβητεί. Υπό το πρίσμα αυτό δε, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι ο υπόψη διαγωνισμός είναι ιδιαίτερα ανοιχτός στον ανταγωνισμό, λαμβάνοντας υπόψη ότι ζητείται οι συμμετέχοντες να διαθέτουν μικρό ποσό μέσου γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών συγκριτικά προς την προϋπολογισθείσα δαπάνη του, ενδεχομένως δε, μη έχοντες αναλάβει την εκτέλεση πολλών συμβάσεων, πολλών εκατομμυρίων ή/και ιδιαίτερα σύνθετων, και ως εκ τούτου διαθέτουν ικανοποιητική αναλογία ενεργητικού / παθητικού. Τέλος, ως προς τον ειδικότερο ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι ο υπόψη όρος είναι δυσανάλογος και αντίθετος στο νόμο, διότι ζητείται να καλύπτεται από όλα τα μέλη της ένωσης, σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, και αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, άλλως ως αλυσιτελής. Τούτο, διότι με τους ζητούμενους δείκτες και τις τιμές τους δεν προσδιορίζεται συγκεκριμένο ποσό υπερβάλλοντος ενεργητικού, αλλά ποσοστιαία αναλογία, προκειμένου να διασφαλιστεί η Αναθέτουσα Αρχή, εντός των ορίων που ο νομοθέτης της επιτρέπει, ως προς την ομαλή χρηματοδότηση και εκτέλεση της

προκηρυχθείσας εμπροσθοβαρούς σύμβασης. Ως εκ τούτου, η ικανοποίηση των ζητούμενων τιμών των επίμαχων δεικτών από έναν οικονομικό φορέα – μέλος της ένωσης, δεν συνεπάγεται την δυνατότητά του να ανταποκριθεί χρηματοδοτικά στην υλοποίηση της σύμβασης για το σύνολο των μελών της ένωσης. Εξάλλου, η εις ολόκληρον και αλληλέγγυα ευθύνη των μελών της ένωσης έναντι της Αναθέτουσας Αρχής σε διαφορετικό σκοπό αποβλέπει, ήτοι συνδέεται με την ζημία που τυχόν η τελευταία θα υποστεί από την πλημμελή εκτέλεση της σύμβασης και την ανόρθωσή της, ενώ η χρηματοοικονομική ικανότητα αποβλέπει στην εκτίμηση και στην διασφάλιση της (χρηματοδοτικής) ικανότητας του οικονομικού φορέα να υλοποιήσει ομαλά το αντικείμενο της σύμβασης. Από την επισκόπηση του κρίσιμου για το εξεταζόμενο ζήτημα άρθρου 19 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, προκύπτει ότι ο νέος νόμος αφήνει στην πλήρη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών την επιλογή του τρόπου πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, όταν πρόκειται για τα μέλη μιας ένωσης οικονομικών φορέων, αρκεί η επιλογή αυτή να μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά και να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Υπό το πρίσμα αυτό, ο νομοθέτης δεν προκρίνει κάποιον συγκεκριμένο τρόπο πλήρωσης του κριτηρίου α) της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) της οικονομικής - χρηματοοικονομικής επάρκειας και γ) της τεχνικής - επαγγελματικής ικανότητας για τα μέλη μιας ένωσης, αλλά παρέχει στην Αναθέτουσα Αρχή την εξουσιοδότηση να εκτιμήσει τις ιδιαιτερότητες του υπό ανάθεση αντικειμένου και να προδιαγράψει αναλόγως τα προσόντα που θα πρέπει να πληρούνται/ικανοποιούνται (σωρευτικά) από όλα τα μέλη ή από ένα μόνο εξ αυτών (ΑΕΠΠ 127/2018). Εξάλλου, τυχόν απαίτηση οι επίμαχοι δείκτες να καλύπτονται από ένα από τα μέλη της ένωσης θα συνιστούσε και παραβίαση της αρχής της ισότητας, ως εξής: το ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών αντιμετωπίζει την κάθε ένωση οικονομικών φορέων ως μονάδα, ήτοι ως έναν συμμετέχοντα. Εφόσον κατά την ποιοτική επιλογή κάθε οικονομικός φορέας πρέπει να καλύπτει συγκεκριμένο κύκλο εργασιών, είναι απολύτως εύλογο ο απαιτούμενος κύκλος εργασιών να καλύπτεται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης, η οποία αντιμετωπίζεται ως μονάδα. Ωστόσο, ως προς τους δείκτες αναλογίας ενεργητικού / παθητικού, και μάλιστα χωρίς να

απαιτείται συγκεκριμένο ποσό αριθμητικά, μόνον η απαίτηση πλήρωσης του κριτηρίου από κάθε μέλος της ένωσης συνεπάγεται πλήρωση του κριτηρίου για την ένωση ως μονάδα. Η υπόψη απαίτηση είναι, κατά την αναθέτουσα αρχή, νόμιμη, αναγκαία και κατάλληλη, καθώς σύμφωνα με τη Διακήρυξη και το νόμο, σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης σε Ένωση, κάθε μέλος αυτής ευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον μέχρι πέρατος του Έργου και συνακόλουθα θα πρέπει να πληροί αυτοτελώς τις σχετικές απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας και να μπορεί αυτοτελώς να ανταποκριθεί στις χρηματοδοτικές και εν γένει οικονομικές απαιτήσεις του έργου. Άλλωστε ιδωμένος ο υπόψη όρος σε συνδυασμό και με τις λοιπές απαιτήσεις οικονομικής επάρκειας (ήτοι τον όρο αρ. 5.5.β.i ως προς τον ζητούμενο κύκλο εργασιών, ο οποίος είναι συγκριτικά χαμηλός σε σχέση με την προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης) αλλά και με την παροχή της δυνατότητας δάνειας στήριξης, αποδεικνύεται ότι έχει τεθεί προς αναγκαία διασφάλιση της Αναθέτουσας Αρχής και όχι προς περιορισμό του ανταγωνισμού όπως αβασίμως διατείνεται η προσφεύγουσα. Αντιθέτως, ως προελέχθη, οι απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας ευνοούν τη συμμετοχή και Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων κατά την επιταγή του ενωσιακού δικαίου, υπό την δικλείδα ωστόσο ότι καλύπτουν τους ζητούμενους ποιοτικούς δέκτες, προκειμένου να μπορούν να ανταπεξέλθουν στην εκτέλεση των συμβάσεων. Εξάλλου δέον όπως επισημανθεί ότι τα κριτήρια που τάσσονται στο άρθρο 100 του ν. 3669/2008 περί ΜΕΕΠ (ήδη οι διατάξεις του εν λόγω άρθρου έχουν αντικατασταθεί με τα άρθρα 51 επ. π.δ. 71/2019), ως ελάχιστες προϋποθέσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας, προκειμένου μια εργοληπτική επιχείρηση να δύναται να δραστηριοποιηθεί εν γένει στην εκτέλεση έργων ορισμένου προϋπολογισμού και άνω, δεν αποτελούν το μέτρο για τον έλεγχο της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας σε σχέση με τις καθοριζόμενες προϋποθέσεις συμμετοχής σε διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης προμήθειας ή υπηρεσίας, η οποία μάλιστα εμφανίζει ιδιαίτερο τεχνικό ή υψηλό οικονομικό αντικείμενο, όπως πράγματι συμβαίνει με την προκηρυχθείσα σύμβασης. Συνοψίζοντας, ο όρος του αρ. 5.5.β.ii είναι κατάλληλος, πρόσφορος και αναλογικός, σύμφωνος με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων

και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του σκοπού του, λαμβανομένων υπόψη του σημαντικού φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης και τους ειδικότερους όρους πληρωμής του αναδόχου. Επομένως οι προβαλλόμενοι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και αβασίμως, διότι ο υπόψη όρος δεν αποκλείει εγγενώς τη συμμετοχή τους στους Διαγωνισμούς, η οποία δύναται πάντοτε να πραγματοποιηθεί με επίκληση δάνειας στήριξης τρίτου φορέα (ή ακόμη και μέλους της Ένωσης επί Ενώσεως οικονομικών φορέων) και σε κάθε περίπτωση είναι νόμιμος και αναλογικός. **Επί του δεύτερου προβαλλόμενου λόγου – α' σκέλος:** Ως προς το άρθρο 8.2.2 και το άρθρο 8.2.3, για τα οποία παραπονείται η προσφεύγουσα ότι παρατίθενται επιδερμικές – επιφανειακές αναφορές ως προς την περιγραφή του αντικειμένου της τεχνικής αξιολόγησης για καθένα από τα κριτήρια Τ1 (Πληρότητα – προδιαγραφές της προτεινόμενης αναβάθμισης), Τ2 (Πληρότητα – προδιαγραφές του Συστήματος) και Τ3 (Διάρθρωση ομάδας έργου). Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι το πλαίσιο βαθμολόγησης είναι αόριστο ως εκ τούτου προοιωνίζει αξιολόγηση αδιαφανή και αυθαίρετη, κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης. Ο ισχυρισμός αυτός ωστόσο καταρχάς δεν δικαιολογεί το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσα να προσβάλει την υπόψη Διακήρυξη, καθώς η ίδια ουδόλως ισχυρίζεται ότι τούτο καθιστά αδύνατη την υποβολή παραδεκτής προσφοράς ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την υπό επιφύλαξη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό (βλ. αντί πολλών ΣτΕ 1259/2019). Περαιτέρω, τυχόν αυθαίρετη και κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης αξιολόγηση των προσφορών δεν αποτελεί πλημμέλεια της Διακήρυξης, αλλά θα αποτελεί πλημμέλεια της αξιολόγησης των προσφορών, εφόσον συντρέξει, στην περίπτωση αυτή δε, εφόσον προκύψει τέτοια πλημμέλεια, η προσφεύγουσα θα δύναται να αμφισβητήσει τη νομιμότητα και αιτιολογία της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής στο οικείο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επιπροσθέτως, οι ίδιες οι επικαλούμενες από την προσφεύγουσα διατάξεις και νομολογιακές κρίσεις, αποδεικνύουν ότι ο προβαλλόμενος ισχυρισμός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Ως εκτίθεται στην κρινόμενη προσφυγή, κατά την πάγια νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου *«Από τις διατάξεις του ν. 4412/2016, ερμηνευόμενες σε συνδυασμό*

με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, οι οποίες διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ιδίως άρθρο 18 του ν. 4412/2016), συνάγεται ότι η αξιολόγηση και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων πρέπει να είναι σαφώς, ειδικώς και εμπεριστατωμένως αιτιολογημένη, με την παράθεση στο οικείο πρακτικό των συγκεκριμένων στοιχείων που ελήφθησαν υπόψη, αυτοτελώς και συγκριτικά, κατ' εκτίμηση των τεθέντων από το νόμο και τη διακήρυξη κριτηρίων, ώστε να μην καταλείπεται αμφιβολία ως προς την ορθότητα της συγκεκριμένης κρίσης. (…) Ειδικότερα, κατά το στάδιο αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να αιτιολογεί στο οικείο πρακτικό ειδικά, έστω και συνοπτικά, τη δοθείσα στους διαγωνιζόμενους βαθμολογία στα επιμέρους κριτήρια της διακήρυξης, εξειδικεύοντάς την με αναφορά σε συγκεκριμένα στοιχεία και κατ' ιδίαν χαρακτηριστικά των τεχνικών τους προσφορών, αναδεικνύοντας, συνακόλουθα, τα σημεία συγκριτικής υπεροχής ή υστέρησης εκάστης, τα οποία ανταποκρίνονται στα ως άνω κριτήρια και ελήφθησαν υπόψη κατά τη βαθμολόγηση. Η απλή αριθμητική παράθεση μόνο βαθμών στα παραπάνω κριτήρια δεν συνιστά ειδική κρίση, ούτε αρκεί για την αιτιολόγηση της αξιολόγησης των προσφορών, καθόσον άνευ αναλυτικής λεκτικής αποτύπωσης αυτής, έστω και συνοπτικά, δυσχεραίνεται ο κατά τα ανωτέρω έλεγχος του αιτιολογημένου της σχετικής κρίσης. (…) Άλλωστε, η βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς έχει ως σκοπό προεχόντως τη σύγκριση της τεχνικής προσφοράς του υποψήφιου αναδόχου με τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής. Η μη τήρηση των ανωτέρω καθιστά πλημμελή τη διαδικασία αξιολόγησης και βαθμολόγησης και, ως εκ τούτου, επιφέρει ακυρότητα της ακολουθηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας (ΕΣ VI Τμ. 979, 734/2019)» (ΕΛΣ (VI) 1764/2019). Εξάλλου, η βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών, πρέπει να βασίζεται σε συγκεκριμένα στοιχεία, τα οποία προσδιορίζονται με αντικειμενικά κριτήρια που έχουν τεθεί στη διακήρυξη, ενώ συμπερασματικές κρίσεις, όπως ενδεικτικά ότι οι προσφορές των υποψηφίων καλύπτουν, κατά περίπτωση, τις απαιτήσεις της διακήρυξης σε «ικανοποιητικό βαθμό», «πολύ ικανοποιητικό βαθμό» ή τέλος, «σχετικά ικανοποιητικό βαθμό», σε συνδυασμό με την αριθμητική μόνο βαθμολόγηση

των επιμέρους τεχνικών κριτηρίων των προσφορών των υποψηφίων, δεν πληρούν τις απαιτήσεις των γενικών αρχών των δημοσίων συμβάσεων, περί διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων (ΕλΣ (VI) 929/2013). Εκ της προπαρατεθείσας νομολογίας καθίσταται σαφές ότι αυτή αναφέρεται στην βαθμολόγηση και αξιολόγηση των προσφορών από την Αναθέτουσα Αρχή και την αποτύπωσή της στο πρακτικό αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, μετά την υποβολή τους, και όχι στη διαμόρφωση των όρων της Διακήρυξης. Εν προκειμένω, τυχόν αυθαίρετη, συμπερασματική, απλώς αριθμητική και κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης αξιολόγηση των προσφορών δεν αποτελεί πλημμέλεια της Διακήρυξης, αλλά θα αποτελεί πλημμέλεια της αξιολόγησης των προσφορών, εφόσον συντρέξει, στην περίπτωση αυτή δε, εφόσον προκύψει τέτοια πλημμέλεια, η προσφεύγουσα θα δύναται να αμφισβητήσει τη νομιμότητα και αιτιολογία της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής στο οικείο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Σε συμμόρφωση προς τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, τα επιμέρους αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών και η βαρύτητα ενός εκάστους εξ αυτών έχουν περιληφθεί στην υπόψη διακήρυξη, είναι γνωστά σε όλους τους εν δυνάμει συμμετέχοντες και ισχύουν έναντι όλων. Τα κριτήρια ανάθεσης είναι απολύτως σαφή, καθώς και ο τρόπος αξιολόγησής τους. Συγκεκριμένα, από την Διακήρυξη είναι απολύτως σαφές ποια προσφορά βαθμολογείται ανά κριτήριο με 100 και ποια με 150. Από τον όρο 8.2.3 είναι σαφές ότι με 100 βαθμολογείται η προσφορά η οποία καλύπτει την τιμή βάσης, ικανοποιώντας τα ελάχιστα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη ανά κριτήριο και βαθμηδόν με μεγαλύτερη βαθμολογία όσο περισσότερο αυτά υπερκαλύπτονται, με ανώτατη βαθμολογία το 150, με διαμόρφωση της σχετικής βαθμολογίας μεταξύ των προσφερόντων συγκριτικά, βάσει των σημείων συγκριτικής υπεροχής και υστέρησης εκάστης προσφοράς (βλ. και ΕλΣ (VI) 929/2013). Ενδεικτικά αναφέρεται ως παράδειγμα, ότι ως προς το κριτήριο Τ3, ότι οι ελάχιστες απαιτήσεις της Ομάδας έργου αναφέρονται στη Διακήρυξη («*Τουλάχιστον ένας (1) Υπεύθυνος Έργου με 10 έτη εμπειρία στην διαχείριση συμβάσεων ως Υπεύθυνος Έργων. Απαιτείται η προσκόμιση πλήρους Βιογραφικού Σημειώματος και όσον αφορά την εμπειρία θεωρείται απαραίτητη η επιπλέον προσκόμιση σχετικών βεβαιώσεων από Δημόσιο*

Φορέα ή Συμβάσεων Απασχόλησης ή Υπεύθυνη Δήλωση του άρθρου 8 Ν. 1599/1986 υπογεγραμμένη (είτε με γνήσιο υπογραφής είτε με ψηφιακή υπογραφή) από τον νόμιμο εκπρόσωπο του εργοδότη, για απόδειξη της εμπειρίας σε Ιδιωτικό Φορέα. Τουλάχιστον ένας (1) Ηλεκτρολόγος Μηχανικός ή Μηχανολόγος Μηχανικός με τουλάχιστον δέκα (10) έτη εμπειρίας σε κατασκευή έργων. Ένας (1) Ηλεκτρολόγος Μηχανικός με τουλάχιστον τρία (3) έτη εμπειρίας σε μελέτες φωτισμού αντιστοίχων έργων οδοφωτισμού. Τουλάχιστον ένα (1) αδειούχο Ηλεκτρολόγο / Εγκαταστάτη με πέντε (5) έτη συναφούς εμπειρίας. Επαρκές τεχνικό προσωπικό για την επιτυχή υλοποίηση της ΣΠΥ»), ως εκ τούτου η προσφορά η οποία καλύπτει τις ως άνω απαιτήσεις βαθμολογείται με 100 και η προσφορά η οποία στελεχώνει με περισσότερο και εμπειρότερο προσωπικό την ομάδα έργου, με μεγαλύτερη βαθμολογία, έως 150. Συναφώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι καλείται να διαμορφώσει τεχνική προσφορά χωρίς να γνωρίζει σε τί αξιολογείται, ως εκ τούτου αδυνατεί να διαμορφώσει την προσφορά της. Ο συγκεκριμένος ισχυρισμός, προβαλλόμενος ειδικώς από την προσφεύγουσα, προκαλεί εντύπωση. Και τούτο, διότι απολύτως αντίστοιχοι όροι έχουν περιληφθεί και σε άλλες διακηρύξεις ανάλογων διαγωνισμών, οι οποίοι ολοκληρώθηκαν επιτυχώς, διήλθαν του προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, οι σχετικές συμβάσεις υπεγράφησαν και ήδη εκτελούνται. Μάλιστα, ενδεικτικά αναφέρουμε τον σχετικό διαγωνισμό του Δήμου ...), στον οποίο ανάδοχος αναδείχθηκε η προσφεύγουσα, τον σχετικό διαγωνισμό του Δήμου ..., όπου ανάδοχος αναδείχθηκε η εταιρεία ... με υπεργολάβο την προσφεύγουσα και τον σχετικό διαγωνισμό του Δήμου ... όπου ομοίως, ανάδοχος αναδείχθηκε η προσφεύγουσα και τον σχετικό διαγωνισμό του Δήμου ..., όπου ανάδοχος αναδείχθηκε ένωση εταιριών με μέλος και την προσφεύγουσα. Τα στοιχεία αυτά αποδεικνύουν ότι η προσφεύγουσα κατέστη εφικτό να διαμορφώσει την προσφορά της με αυτούς τους όρους στα κριτήρια αξιολόγησης, η οποία (προσφορά της) μάλιστα αξιολογούμενη ήταν τόσο καλή ώστε να την αναδείξει ανάδοχο των ως άνω διαγωνισμών. Ενδεικτικά επί αντίστοιχων διαγωνισμών: (α) υπ' αριθμ. πρωτ. .../27.5.2019 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...). Η σχετική σύμβαση υπεγράφη κατόπιν του θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο**,** λόγω ποσού: *«6.2.2. Η*

αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων, για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα κριτήρια και τους συντελεστές βαρύτητας που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα.

Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 80%)

Κριτήριο	*Βαθμολογία*	*Βαρύτητα*	*Αξιολόγηση*
Κ1 - Ποιότητα φωτιστικών & λαμπτήρων: Συμφωνία των προσφερόμενων φωτιστικών & λαμπτήρων με τις τεχνικές προδιαγραφές, όπως περιγράφονται στο Παράρτημα 4	*Β1 =100 έως 120*	*35%*	*Κ1=Β1 x 0,35*
Κ2 - Ποιότητα & πληρότητα συστήματος τηλελέγχου: Πληρότητα και προδιαγραφές του προτεινόμενου Συστήματος Τηλελέγχου – Τηλεχειρισμού και του demo, όπως περιγράφονται στο Παράρτημα 4. *Δυνατότητα ενσωμάτωσης υφιστάμενων εφαρμογών και διαλειτουργικότητας με τρίτα συστήματα, όπως περιγράφονται στο Παράρτημα 4.*	*Β2=100 έως 120*	*35%*	*Κ2=Β2 x 0,35*
Κ3 - Πληρότητα & προδιαγραφές της συνολικής τεχνικής λύσης: Σύμφωνα με τις προδιαγραφές του συστήματος που περιγράφονται στο Παράρτημα 4, και την τεχνική λύση που υποβάλλει ο Ανάδοχος	*Β3=100 έως 120*	*20%*	*Κ3=Β3 x 0,20*
Κ4 - Εξοικονόμηση ενέργειας: Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h) σύμφωνα με τον Πίνακα του Παραρτήματος 2	*Β4=100 έως 120*	*10%*	*Κ4=Β4 x 0,10*

Κριτήριο Κ1: Ποιότητα φωτιστικών & λαμπτήρων

Πρώτο κριτήριο βαθμολόγησης είναι η συμφωνία του προσφερόμενου φωτιστικού(-κών) με τις τεχνικές προδιαγραφές του παρόντος διαγωνισμού, όπως περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα 4 της παρούσας. Επισημαίνεται ότι η συμφωνία με τις τεχνικές προδιαγραφές εξετάζεται μόνο για εκείνες που δεν απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού. Ο(οι) συμμετέχων(-ντες) των οποίων τα προσφερόμενα είδη συμφωνούν απολύτως με τις τεχνικές προδιαγραφές θα λαμβάνει/νουν τη μέγιστη βαθμολογία (100) και εκείνος που υπερέχει στις τεχνικές προδιαγραφές, λαμβάνει την βαθμολογία (120). Τυχόν συμμετέχοντες με ενδιάμεσες τεχνικές προδιαγραφές λαμβάνουν βαθμολογία που αντιστοιχεί αναλογικά στη μέγιστη και στην ελάχιστη βαθμολογία, με γραμμική διαβάθμιση. Το κριτήριο έχει συντελεστή

βαρύτητας 35%. Κριτήριο Κ2: Πληρότητα & προδιαγραφές του συστήματος τηλελέγχου Δεύτερο κριτήριο βαθμολόγησης είναι η συμφωνία του προσφερόμενου συστήματος τηλελέγχου με τις τεχνικές προδιαγραφές του παρόντος διαγωνισμού, όπως περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα 4 της παρούσας. Επισημαίνεται ότι η συμφωνία με τις τεχνικές προδιαγραφές εξετάζεται μόνο για εκείνες που δεν απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού. Ο(οι) συμμετέχων(-ντες) των οποίων τα προσφερόμενα είδη συμφωνούν απολύτως με τις τεχνικές προδιαγραφές θα λαμβάνει/νουν τη μέγιστη βαθμολογία (100) και εκείνος που υπερέχει στις τεχνικές προδιαγραφές, λαμβάνει την βαθμολογία (120). Τυχόν συμμετέχοντες με ενδιάμεσες τεχνικές προδιαγραφές λαμβάνουν βαθμολογία που αντιστοιχεί αναλογικά στη μέγιστη και στην ελάχιστη βαθμολογία, με γραμμική διαβάθμιση. Το κριτήριο έχει συντελεστή βαρύτητας 35%. Κριτήριο Κ3: Πληρότητα & προδιαγραφές της συνολικής τεχνικής λύσης Τρίτο κριτήριο βαθμολόγησης είναι η πληρότητα και προδιαγραφές της συνολικής προσφερόμενης τεχνικής λύσης (φωτιστικά, λαμπτήρες, σύστημα τηλελέγχου). Για την αξιολόγηση σύμφωνα με το κριτήριο Κ3, ο υποψήφιος Ανάδοχος οφείλει να υποβάλλει αναλυτική τεχνική περιγραφή της ολοκληρωμένης προσφερόμενης τεχνικής λύσης (φωτιστικά, λαμπτήρες, σύστημα τηλελέγχου), που οφείλει να ικανοποιεί κατ' ελάχιστο τις τεχνικές προδιαγραφές του παρόντος διαγωνισμού, όπως περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα 4 της παρούσας. Επισημαίνεται ότι εξετάζεται η τεχνική λύση των προσφορών που ικανοποιούν κατ' ελάχιστο τις τεχνικές προδιαγραφές που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού. Το κριτήριο έχει συντελεστή βαρύτητας 20%. Κριτήριο Κ4: Ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας Τέταρτο κριτήριο βαθμολόγησης είναι η προσφερόμενη ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας, όπως αυτή προσδιορίζεται από τον Πίνακα του Παραρτήματος 2, με βάση την έκθεση δοκιμών του LM79, υπό την προϋπόθεση ότι καλύπτονται οι τεχνικές προδιαγραφές του παρόντος διαγωνισμού, όπως περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα 4 της παρούσας, και προσφέρεται τουλάχιστον η ελάχιστη απαιτούμενη εξοικονόμηση ενέργειας (50%). Ο(οι) συμμετέχων(-ντες) που προσφέρει την μικρότερη εξοικονόμηση (υπό την προϋπόθεση ότι η εξοικονόμηση

υπερβαίνει το 50% και τα προσφερόμενα είδη συμφωνούν με τις τεχνικές προδιαγραφές) θα λαμβάνει(-νουν) τη μέγιστη βαθμολογία (100) και εκείνος που προσφέρει την υψηλότερη εξοικονόμηση λαμβάνει την βαθμολογία (120). Τυχόν συμμετέχοντες που προσφέρουν ενδιάμεσα ποσοστά εξοικονόμησης λαμβάνουν βαθμολογία που αντιστοιχεί αναλογικά στη μέγιστη και στην ελάχιστη βαθμολογία, με γραμμική διαβάθμιση. Το κριτήριο έχει συντελεστή βαρύτητας 10%». (β) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../20.12.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ:...): *«2.3.2 Αξιολόγηση Τεχνικών Προσφορών Οι τεχνικές προσφορές πρέπει να πληρούν όλες τις απαιτούμενες προδιαγραφές, όπως αυτές ορίζονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ-«ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ» της παρούσας Διακήρυξης . Σε περίπτωση μη συμμόρφωσης με όλα τα πεδία τα οποία αναγράφονται ως υποχρεωτικά οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα αποκλείονται. Κριτήρια αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών Για την επιλογή της πλέον συμφέρουσας από τεχνική και οικονομική άποψη προσφοράς αξιολογούνται μόνο οι προσφορές που είναι αποδεκτές σύμφωνα με τους καθοριζόμενους όρους στις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η Επιτροπή θα εξετάσει την τεχνική πρόταση αξιολογώντας την με βάση τα κριτήρια που περιγράφονται στον πίνακα που ακολουθεί. Στο σημείο αυτό η Επιτροπή έχει το δικαίωμα να ζητήσει διευκρινίσεις από τους συμμετέχοντες με σκοπό την αποσαφήνιση τεχνικών ερωτημάτων που μπορεί να δημιουργηθούν ή την συμπλήρωση του φακέλου της τεχνικής προσφοράς με πρόσθετα στοιχεία που μπορεί να κριθούν απαραίτητα για την αξιολόγηση της τεχνικής αρτιότητας της πρότασης. Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. 1. Πληρότητα της προσφοράς - Συνολική παρουσίαση, κατανόηση της σύμβασης, ύπαρξη των προβλεπόμενων υποσυστημάτων, εξυπηρέτηση των στόχων του Δήμου κλπ. 2. Ποιότητα των προτεινόμενων φωτιστικών και λαμπτήρων. Κάλυψη των γενικών τεχνικών απαιτήσεων των προδιαγραφών, κατανάλωση ενέργειας ανά τύπο, προμηθευτής φωτεινής πηγής, χρησιμοποίηση φωτιστικών η λαμπτήρων. 3. Έτη εργοστασιακής εγγύησης φωτιστικών. 4. Ποιότητα συστήματος ελέγχου λειτουργίας. Επίπεδο ελέγχου, τρόπος μετάδοσης δεδομένων, εμπειρία προμηθευτή,*

διαλειτουργικότητα συστήματος μετάδοσης δεδομένων, δυνατότητα επέκτασης και αξιοποίηση σε άλλες λειτουργίες. 5. Ποιότητα συστήματος προληπτικής συντήρησης μέσω Η/Υ. Επιμέρους τμήματα, λειτουργίες του συστήματος, σύστημα λήψης αιτημάτων πολιτών, βασική πλατφόρμα λειτουργίας, εμπειρία προμηθευτή, επεκτασιμότητα σε άλλες λειτουργίες του Δήμου, παραδείγματα εφαρμογών από άλλους Δήμους. 6. Μεθοδολογία αναβάθμισης του συστήματος. Ανάλυση του αντικειμένου σε επί μέρους δράσεις και μεθοδολογία υλοποίησης τους, αποτύπωση της υπάρχουσας κατανάλωσης και παρακολούθηση του παρόχου ηλεκτρικής ενέργειας, οργανωτικό σχήμα έργου, ποιότητα και αρμοδιότητες προσωπικού ομάδας έργου, καταγραφή κινδύνων / προβλημάτων και τρόπων αντιμετώπισης, κατάλογος προμηθευτών υπεργολάβων και συμβούλων, επικοινωνία Ανάδοχου, βασικών προμηθευτών και Αναθέτουσας Αρχής. 7. Μεθοδολογία παροχής υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης. Μεθοδολογία παροχής των υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης, οργανωτικό σχήμα, αριθμός και ποιότητα προσωπικού, αντιμετώπιση προβλημάτων, τεχνική βοήθεια μετά την ολοκλήρωση της σύμβασης. 8. Προτάσεις για παραπέρα επέκταση του συστήματος. Περιεχόμενα και μεθοδολογία εκπόνησης της σχετικής μελέτης και των υπηρεσιών συμβούλου, προτάσεις αξιοποίησης των δημιουργούμενων υποδομών. 9. Προτάσεις για παραπέρα εξοικονόμηση ενέργειας. Περιεχόμενα και μεθοδολογία εκπόνησης της σχετικής μελέτης και των υπηρεσιών συμβούλου, προτάσεις επί μέρους έργων. 10. Εγγυήσεις και τρόπος πληρωμής για την χρηματοδότηση της σύμβασης. Για κάθε κριτήριο, προτάσεις που καλύπτουν τις απαιτήσεις της σύμβασης βαθμολογούνται με εκατό (100). Προτάσεις που υπερκαλύπτουν της απαιτήσεις μπορούν να βαθμολογούνται έως και εκατόν είκοσι (120). Ειδικότερα για το κριτήριο 3. Ο παρέχων την μικρότερη εγγύηση βαθμολογείται με εκατό (100) την μεγαλύτερη με εκατόν είκοσι (120) και όλοι οι ενδιάμεσοι ταξινομούνται αναλογικά εντός των παραπάνω ορίων. …». (γ) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../26.9.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑ: ...): *«7.1.2. Τεχνική Προφορά Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και το σύστημα παράγει σχετικό*

ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. … Η ενότητα της Τεχνικής Προσφοράς περιέχει την πρόταση του Φορέα για το αντικείμενο της παρούσας, στην οποία θα περιγράφεται η μεθοδολογία και τα εργαλεία, που θα χρησιμοποιηθούν. Ειδικότερα, η πρόταση πρέπει, κατ ελάχιστον και επί ποινή αποκλεισμού, να περιλαμβάνει : Αναλυτική Τεχνική Περιγραφή προτεινόμενης λύσης αναβάθμισης του υπάρχοντος Συστήματος που προσφέρει ο υποψήφιος Οικονομικός Φορέας. Στην Τεχνική Περιγραφή θα περιέχονται τα απαιτούμενα στοιχεία σχετικά με το τεχνικό προσωπικό και τον τεχνικό εξοπλισμό. Φωτοτεχνικά δεδομένα ανά κάθε τύπο προσφερόμενων Φωτιστικών LED σε ηλεκτρονική μορφή .ies ή .ldt, κατάλληλο για χρήση σε λογισμικό ανοικτού κώδικα DIALUX ή RELUX. Στο φωτομετρικό αρχείο πρέπει να φαίνεται η πραγματική κατανάλωση του Λαμπτήρα / Φωτιστικού και επί ποινή αποκλεισμού πρέπει να έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο φωτομετρίας που διαθέτει την πιστοποίηση κατά ISO 17025/2015. Φωτοτεχνικό Μοντέλο, όπως ακριβώς περιγράφεται στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές", σύμφωνα με το ΕΝ 13201 2015 και την Ελληνική Νομοθεσία. Πίνακες συμμόρφωσης για το σύνολο των ζητουμένων και ανάλογα δικαιολογητικά για το σύνολο των πιστοποιήσεων και των λοιπών δεδομένων που ζητούνται: Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές". Στις περιπτώσεις σύνθετων λύσεων, όπως περιγράφονται στη περίπτωση γ, της παρ. 1, πχ LED controller ενσωματωμένο σε φωτιστικό καθώς και για το σύστημα Κόμβου Τηλεδιαχείρισης, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι υποχρεούνται να καταθέσουν τη Δήλωση Συμμόρφωσης του Κατασκευαστή (Declaration of Conformity - DoC), εντός του φακέλου της Τεχνικής Προσφοράς. Όσον αφορά τα σχετικά πιστοποιητικά - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους, τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports) μπορούν να κατατεθούν, από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επί ποινή αποκλεισμού. Αναλυτική περιγραφή Συστήματος Τηλεελέγχου - Τηλεδιαχείρισης & Ελέγχου Ενέργειας, που θα χρησιμοποιηθεί, καθώς και του Συστήματος προληπτικής συντήρησης μέσω Η/Υ. Αναλυτική περιγραφή των Smart Εφαρμογών που

θα εγκατασταθούν και των παρεχόμενων δυνατοτήτων τους (Εγκατάσταση – Λειτουργία). Υπολογισμό - τεκμηρίωση της αναμενόμενης ετήσιας Εξοικονόμησης Ενέργειας. Επισημαίνεται, ότι για τον υπολογισμό της κατανάλωσης ενέργειας των φωτιστικών, με βάση την οποία θα υπολογίζεται η ετήσια εξοικονόμηση θα λαμβάνεται υπόψη, κατά τους υπολογισμούς, επί ποινή αποκλεισμού, η ισχύς κάθε τύπου φωτιστικού σύμφωνα με την κατανάλωση που αναγράφεται στο πιστοποιητικό LM79 του κάθε φωτιστικού που θα έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο φωτομετρίας που διαθέτει την πιστοποίηση κατά ISO 17025/2015. Το Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης αναβάθμισης του Συστήματος και του συνόλου των ζητούμενων υπηρεσιών. Τεκμηρίωση της Ομάδας Έργου, με ονοματεπώνυμο και επαγγελματικά προσόντα των μελών του προσωπικού που επιφορτίζονται για την εκτέλεση της ΣΠΥ, συνυποβάλλοντας βιογραφικά, πτυχία, άδειες των επιμέρους ατόμων της Ομάδας Έργου που θα δηλωθεί. Τεχνικός Εξοπλισμός που θα χρησιμοποιηθεί για την υλοποίηση του αντικειμένου της παρούσας. Δείγμα για κάθε τύπο Φωτιστικού και Κόμβου Τηλεδιαχείρισης. Συγκεκριμένα: α) τα δείγματα προσκομίζονται εντός (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή της προσφοράς του Οικονομικού Φορέα και λαμβάνουν αριθμό πρωτοκόλλου παράδοσης από την Αναθέτουσα Αρχή. β) Τα δείγματα θα πρέπει να προσκομισθούν στο Πρωτόκολλο του Δήμου (Διεύθυνση:... , ...) σε ξεχωριστή συσκευασία, η οποία θα φέρει την ένδειξη "ΔΕΙΓΜΑ" και τις λοιπές ενδείξεις του κυρίως φακέλου Προσφοράς, καθώς επίσης και τον κωδικό του κάθε προσφερόμενου είδους. Τα δείγματα θα συνοδεύονται από το απαιτούμενο παραστατικό (Δελτίο Αποστολής). Ότι άλλο κρίνουν οι υποψήφιοι ότι θα συνεισφέρει στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών τους, σύμφωνα με τα κριτήρια της παρούσας και σε καμία περίπτωση δεν θα γίνεται αναφορά σε οικονομικά μεγέθη. …». Περαιτέρω, στην ενότητα «Αξιολόγηση Τεχνικής Προσφοράς» (όρος 8.2.2) η ως άνω Διακήρυξη όριζε: *«Η αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων, για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα ακόλουθα κριτήρια και συντελεστές βαρύτητας: Η Τεχνική Προσφορά θα*

αξιολογηθεί από την Επιτροπή σύμφωνα με τα κριτήρια που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα.

Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)

Κριτήριο	*Βαθμολογία*	*Βαρύτητα*	*Αξιολόγηση*
Τ1 - Πληρότητα - Προδιαγραφές της Αναβάθμισης & Λειτουργίας του Συστήματος Οδοφωτισμού	*Β1 =100 έως 120*	*25%*	*Τ1=Β1 x 0,25*
Τ2 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Τηλεελέγχου – Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας - Συστήματος Περιοδικής & Επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 120*	*15%*	*Τ2=Β2 x 0,15*
Τ3 - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως 120*	*15%*	*Τ3=Β3 x 0,15*
*Τ4 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Smart Cities.**	*Β4=100 έως 120*	*5%*	*Τ4=Β4 x 0,05*
Τ5 - Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h)	*Β5=100 έως 120*	*40%*	*Τ5=Β5 x 0,40*

- *Το κριτήριο αυτό απουσιάζει από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη καθώς ο διαγωνισμός δεν έχει προδιαγραφές Smart Cities Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4,Τ5) δηλαδή : Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4+Τ5. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 120 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ5 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει τη μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της*

αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, δηλαδή 65% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 100 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ».». (δ) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../21.10.2015 Διακήρυξη του Δήμου ... όριζε: *«6.2. ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ … 6.2.2. Η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων, για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα ακόλουθα κριτήρια και συντελεστές βαρύτητας: Η Επιτροπή θα εξετάσει την τεχνική πρόταση αξιολογώντας την, με βάση τα κριτήρια που περιγράφονται στον πίνακα που ακολουθεί. Η τεχνική προσφορά θα αξιολογηθεί από την Επιτροπή σύμφωνα με τα κριτήρια που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα. Η βαθμολογία αυτή θα αντιπροσωπεύει το 40% της συνολικής βαθμολογίας των διαγωνιζομένων.*

Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 40%)

Κριτήριο	***Μ.Μ***	***Βαθμολογία***	***Βαρύτητα***	***Αξιολόγηση***
Πληρότητα και προδιαγραφές της προτεινόμενης λύσης για την αναβάθμιση και λειτουργία του υπάρχοντος Συστήματος	*%*	*Β1=0 έως 1*	*30%*	*Τ1=Β1 x 0,30*
Συστήματα τηλελέγχου και τηλεχειρισμού	*%*	*Β2=0 έως 1*	*20%*	*Τ2=Β2 x 0,20*
Σύστημα προληπτικής συντήρησης μέσω Η/Υ	*%*	*Β3=0 έως 1*	*10%*	*Τ3=Β3 x 0,10*
Ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας (σε Kw/h)	*%*	*Β4=0 έως 1*	*40%*	*Τ4=Β4 x 0,40*

Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Κατά τη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 0,5 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και δεν γίνονται δεκτοί. Οι υποψήφιοι που δεν γίνονται δεκτοί μετά την ολοκλήρωση της εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», αποκλείονται από την περαιτέρω διαδικασία του Διαγωνισμού. Ο Υποφάκελος «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» δεν αποσφραγίζεται».» (ε) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../28.6.2018 Διακήρυξη του Δήμου ..., προϋπολογισθείσας δαπάνης 21.221.499,79 € πλέον ΦΠΑ, με ανάδοχο και σύμβαση που ήδη εκτελείται, όπως η ίδια εκθέτει στην προσφυγή της, επομένως έτυχε και του θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, όριζε: *«2.3.1 Κριτήριο ανάθεσης Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η Συμφερότερη Προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης Ποιότητας - Τιμής η οποία εκτιμάται βάσει των κάτωθι κριτηρίων.*

Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)

Κριτήριο	***Βαθμολογία***	***Βαρύτητα***	***Αξιολόγηση***
Τ1 - Πληρότητα - Προδιαγραφές της Αναβάθμισης &	*Β1=100 έως 120*	*30%*	*Τ1=Β1 x 0,30*
Λειτουργίας του Συστήματος Οδοφωτισμού			
Τ2 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Τηλεελέγχου –	*Β2=100 έως 120*	*15%*	*Τ2=Β2 x 0,15*
Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας - Συστήματος			
Περιοδικής & Επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ			
Τ3 - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως 120*	*10%*	*Τ3=Β3 x 0,10*
Τ4 - Εγκατάσταση & Λειτουργία Εφαρμογών Smart Cities	*Β4=100 έως 120*	*10%*	*Τ4=Β4 x 0,10*

Τ5 - Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h)	*Β5=100 έως 120*	*35%*	*Τ5=Β5 x 0,35*

8.2.3. Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4,Τ5) δηλαδή : Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4+Τ5. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 120 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ5 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει τη μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, δηλαδή 50% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 100 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και δεν γίνονται δεκτοί. Οι υποψήφιοι που δεν γίνονται δεκτοί μετά την ολοκλήρωση εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», αποκλείονται από την διαδικασία. Ο Υποφάκελος «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» δεν αποσφραγίζεται». (στ) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../2018 Διακήρυξη του Δήμου ..., προϋπολογισθείσας δαπάνης 8.055.049,28 € με ΦΠΑ, όριζε: *«6.1 Κριτήριο Ανάθεσης Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, η οποία εκτιμάται*

βάσει των κάτωθι κριτηρίων: Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)

Κριτήριο	***Βαθμολογία***	***Βαρύτητα***	***Αξιολόγηση***
Τ1 - Πληρότητα - Προδιαγραφές της Αναβάθμισης & Λειτουργίας του Συστήματος Οδοφωτισμού	*Β1=100 έως 120*	*10%*	*Τ1=Β1 x 0,10*
Τ2 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Τηλεελέγχου – Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας - Συστήματος Περιοδικής & Επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 120*	*10%*	*Τ2=Β2 x 0,10*
Τ3 - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως 120*	*10%*	*Τ3=Β3 x 0,10*
Τ4 - Εγκατάσταση & Λειτουργία Εφαρμογών Smart Cities	*Β4=100 έως 120*	*10%*	*Τ4=Β4 x 0,10*
Τ5 - Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h)	*Β5=100 έως 120*	*60%*	*Τ5=Β5 x 0,60*

6.2. Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4,Τ5) δηλαδή : Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4+Τ5. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 120 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1, Τ2 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Για το κριτήριο Τ3 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει το μικρότερο χρονοδιάγραμμα. Για το κριτήριο Τ4 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει περισσότερες εφαρμογές εκτός των ελάχιστα απαιτούμενων. Για το κριτήριο Τ5 τη μεγαλύτερη βαθμολογία

παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει τη μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, δηλαδή 60% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση χωρίς τη χρήση adaptive lighting. Στη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 100 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και δεν γίνονται δεκτοί. Οι υποψήφιοι που δεν γίνονται δεκτοί μετά την ολοκλήρωση εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», αποκλείονται από την διαδικασία. Ο Υποφάκελος «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» δεν αποσφραγίζεται».». **(ζ)** Η υπ' αριθμ. πρωτ. .../04.07.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ:...), όριζε: *«7.1.2. Τεχνική Προφορά Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος. Στην συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf. Εφόσον οι τεχνικές προδιαγραφές δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολο τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του Συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία. Η ενότητα της Τεχνικής Προσφοράς περιέχει την πρόταση του Οικονομικού Φορέα για το αντικείμενο της παρούσας, στην οποία θα περιγράφεται η μεθοδολογία και τα εργαλεία, που θα χρησιμοποιηθούν. Ειδικότερα, η πρόταση πρέπει, κατ ελάχιστον, να αναφέρει : • Αναλυτική Τεχνική*

Περιγραφή προτεινόμενης λύσης αναβάθμισης του υπάρχοντος Συστήματος που προσφέρει ο υποψήφιος Οικονομικός Φορέας. Στην Τεχνική Περιγραφή θα περιέχονται τα παιτούμενα στοιχεία σχετικά με το τεχνικό προσωπικό και τον τεχνικό εξοπλισμό. • Φωτοτεχνικά δεδομένα ανά κάθε τύπο προσφερόμενων Λαμπτήρων / Φωτιστικών / Προβολέων LED σε ηλεκτρονική μορφή .ies ή .ldt, κατάλληλο για χρήση σε λογισμικό ανοικτού κώδικα DIALUX ή RELUX. Στο φωτομετρικό αρχείο πρέπει να φαίνεται η πραγματική κατανάλωση του Λαμπτήρα / Φωτιστικού / Προβολέα και επί ποινή αποκλεισμού πρέπει να έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο φωτομετρίας που διαθέτει την πιστοποίηση κατά ISO 17025/2015. • Φωτοτεχνικό Μοντέλο, όπως ακριβώς περιγράφεται στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές", • Δικαιολογητικά για το σύνολο των απαιτήσεων που ζητούνται : Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές", και ειδικότερα των περιπτώσεων σύνθετων λύσεων, όπως περιγράφονται στη περ. γ, της παρ. 1, πχ LED controller ενσωματωμένο σε φωτιστικό καθώς και για το σύστημα Κόμβου Τηλεδιαχείρισης, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι υποχρεούνται να καταθέσουν τη Δήλωση Συμμόρφωσης του Κατασκευαστή (Declaration of Conformity - DoC), εντός του φακέλου της Τεχνικής Προσφοράς. Όσον αφορά τις βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους, τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports) μπορούν να κατατεθούν, από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επί ποινή αποκλεισμού. • Αναλυτική περιγραφή Συστήματος Τηλεελέγχου - Τηλεδιαχείρισης & Ελέγχου Ενέργειας, που θα χρησιμοποιηθεί και του Συστήματος προληπτικής συντήρησης μέσω Η/Υ. • Υπολογισμό - τεκμηρίωση της αναμενόμενης ετήσιας Εξοικονόμησης Ενέργειας. Επισημαίνεται, ότι για τον υπολογισμό της κατανάλωσης ενέργειας των φωτιστικών, με βάση την οποία θα υπολογίζεται η ετήσια εξοικονόμηση θα λαμβάνεται υπόψη, κατά τους υπολογισμούς, επί ποινή αποκλεισμού, η ισχύς κάθε τύπου φωτιστικού σύμφωνα με την κατανάλωση που αναγράφεται στο LM79 του κάθε φωτιστικού που θα έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο φωτομετρίας που διαθέτει την πιστοποίηση κατά ISO 17025/2015. • Το αναλυτικό Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης της αναβάθμισης του Συστήματος. • Τεκμηρίωση Ομάδας Έργου, με

ονοματεπώνυμο και επαγγελματικά προσόντα των μελών του προσωπικού που επιφορτίζονται για την εκτέλεση της ΣΠΥ, συνυποβάλλοντας βιογραφικά, πτυχία, άδειες των επιμέρους ατόμων της Ομάδας Έργου που θα δηλωθεί. • Τεχνικός Εξοπλισμός που θα χρησιμοποιηθεί για την υλοποίηση του αντικειμένου της παρούσας. Δείγμα για κάθε τύπο Φωτιστικού / Λαμπτήρα / Προβολέα και Κόμβο Τηλεδιαχείρισης. Ότι άλλο κρίνουν οι υποψήφιοι ότι θα συνεισφέρει στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών τους, σύμφωνα με τα κριτήρια της παρούσας και σε καμία περίπτωση δεν θα γίνεται αναφορά σε οικονομικά μεγέθη». Περαιτέρω, στην ενότητα «Αξιολόγηση Τεχνικής Προσφοράς» (όρος 8.2.2) η ως άνω Διακήρυξη όριζε: *«Η αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων, για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα ακόλουθα κριτήρια και συντελεστές βαρύτητας: Η Τεχνική Προσφορά θα αξιολογηθεί από την Επιτροπή σύμφωνα με τα κριτήρια που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα. Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)*

Κριτήριο	*Βαθμολογία*	*Βαρύτητα*	*Αξιολόγηση*
Τ1 - Πληρότητα - Προδιαγραφές της Αναβάθμισης & Λειτουργίας του Συστήματος Οδοφωτισμού	*Β1 =100 έως 120*	*25%*	*Τ1=Β1 x 0,25*
Τ2 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Τηλεελέγχου – Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας - Συστήματος Περιοδικής & Επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 120*	*15%*	*Τ2=Β2 x 0,15*
Τ3 - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως 120*	*20%*	*Τ3=Β3 x 0,20*
Τ4 – Εγκατάσταση & Λειτουργία Εφαρμογών Smart Cities	*Β4=100 έως 120*	*10%*	*Τ4=Β3 x 0,10*
Τ5 - Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h)	*Β5=100 έως 120*	*30%*	*Τ5=Β5 x 0,30*

- *Το κριτήριο αυτό απουσιάζει από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη καθώς ο διαγωνισμός δεν έχει προδιαγραφές Smart Cities 8.2.3*

Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4,Τ5) δηλαδή : Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4+Τ5. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 120 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ5 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει τη μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, δηλαδή 50% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 100 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ». (η) ΗΥ Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...), όριζε: «2.3.1 Κριτήριο ανάθεσης Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η Συμφερότερη Προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης Ποιότητας - Τιμής η οποία εκτιμάται βάσει των κάτωθι κριτηρίων. *Πίνακας 5. Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)*

Κριτήριο	*Βαθμολογία*	*Βαρύτητα*	*Αξιολόγηση*
Τ1 - Πληρότητα - Προδιαγραφές της Αναβάθμισης & Λειτουργίας του Συστήματος Οδοφωτισμού	*Β1 =100 έως 120*	*30%*	*Τ1=Β1 x 0,30*
Τ2 - Πληρότητα - Προδιαγραφές	*Β2=100 έως 120*	*15%*	*Τ2=Β2 x 0,15*

Τηλεελέγχου – Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας - Συστήματος Περιοδικής & Επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ			
Τ3 - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως 120*	*10%*	*Τ3=Β3 x 0,10*
Τ4 – Εγκατάσταση & Λειτουργία Εφαρμογών Smart Cities	*Β4=100 έως 120*	*10%*	*Τ4=Β3 x 0,10*
Τ5 - Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h)	*Β5=100 έως 120*	*35%*	*Τ5=Β5 x 0,35*

Βα*θμολόγηση. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Για το κριτήριο Τ3 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει το μικρότερο χρονοδιάγραμμα ολοκλήρωσης του νέου συστήματος. Για το κριτήριο Τ4 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει περισσότερες εφαρμογές εκτός των ελάχιστα απαιτούμενων. Για το κριτήριο Τ5 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει τη μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. (Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, δηλαδή 70,19% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση, χωρίς τη χρήση adaptive lighting. Στη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 100 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και δεν γίνονται δεκτοί. Οι υποψήφιοι που δεν γίνονται δεκτοί μετά την ολοκλήρωση εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», αποκλείονται από την διαδικασία. Ο Υποφάκελος*

«ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» δεν αποσφραγίζεται». Ως εκ τούτου το πλαίσιο βαθμολόγησης δεν είναι αόριστο και σε καμία περίπτωση δε προοιωνίζει αξιολόγηση αδιαφανή και αυθαίρετη, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Ο ισχυρισμός αυτός, καταρχάς, δεν δικαιολογεί το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσα να προσβάλει την υπόψη Διακήρυξη, καθώς η ίδια ουδόλως ισχυρίζεται ότι τούτο καθιστά αδύνατη την υποβολή παραδεκτής προσφοράς ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την υπό επιφύλαξη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό (βλ. αντί πολλών ΣτΕ 1259/2019). Περαιτέρω, τυχόν αυθαίρετη, αδιαφανής και κατά παράβαση της αρχής της ισότητας αξιολόγηση των προσφορών δεν αποτελεί πλημμέλεια της Διακήρυξης, αλλά θα αποτελεί πλημμέλεια της αξιολόγησης των προσφορών, εφόσον συντρέξει, στην περίπτωση αυτή δε, εφόσον προκύψει τέτοια πλημμέλεια, η προσφεύγουσα θα δύναται να αμφισβητήσει τη νομιμότητα και αιτιολογία της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής στο οικείο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. **Επί του δεύτερου προβαλλόμενου λόγου – β' σκέλος:** Ως προς το άρθρο 8.2.3 «*Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς (Συνολική Βαρύτητα 70%): Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4) δηλαδή: Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 150 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ4 την μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει την μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 150. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης*

που προβλέπεται στη Διακήρυξη, ήτοι 62% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης, με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στην διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια της Παραγράφου 8.2.2 βαθμολογία τουλάχιστον 100, δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και ως εκ τούτου η προσφορά τους απορρίπτεται ως απαράδεκτη…», για το οποίο παραπονείται η προσφεύγουσα ότι για καθένα από τα κριτήρια Τ1 (Πληρότητα – προδιαγραφές της προτεινόμενης αναβάθμισης), Τ2 (Πληρότητα – προδιαγραφές του Συστήματος) και Τ3 (Διάρθρωση ομάδας έργου) δεν προσδιορίζεται ο τρόπος βαθμολόγησης, ήτοι ποια προσφορά θα λάβει 100 και ποια 150. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι αβάσιμος, κατά την αναθέτουσα αρχή, διότι από την Διακήρυξη είναι απολύτως σαφές και ποια προσφορά βαθμολογείται ανά κριτήριο με 100 και ποια με 150. Από τον όρο 8.2.3 είναι σαφές ότι με 100 βαθμολογείται η προσφορά η οποία καλύπτει την τιμή βάσης, ικανοποιώντας τα ελάχιστα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη ανά κριτήριο και βαθμηδόν με μεγαλύτερη βαθμολογία όσο περισσότερο αυτά υπερκαλύπτονται, με ανώτατη βαθμολογία το 150. Χαρακτηριστικά αναφέρουμε, ως προς το κριτήριο Τ3, ότι οι ελάχιστες απαιτήσεις της Ομάδας έργου αναφέρονται στη Διακήρυξη («*Τουλάχιστον ένας (1) Υπεύθυνος Έργου με 10 έτη εμπειρία στην διαχείριση συμβάσεων ως Υπεύθυνος Έργων. Απαιτείται η προσκόμιση πλήρους Βιογραφικού Σημειώματος και όσον αφορά την εμπειρία θεωρείται απαραίτητη η επιπλέον προσκόμιση σχετικών βεβαιώσεων από Δημόσιο Φορέα ή Συμβάσεων Απασχόλησης ή Υπεύθυνη Δήλωση του άρθρου 8 Ν. 1599/1986 υπογεγραμμένη (είτε με γνήσιο υπογραφής είτε με ψηφιακή υπογραφή) από τον νόμιμο εκπρόσωπο του εργοδότη, για απόδειξη της εμπειρίας σε Ιδιωτικό Φορέα. Τουλάχιστον ένας (1) Ηλεκτρολόγος Μηχανικός ή Μηχανολόγος Μηχανικός με τουλάχιστον δέκα (10) έτη εμπειρίας σε κατασκευή έργων. Ένας (1) Ηλεκτρολόγος Μηχανικός με τουλάχιστον τρία (3) έτη εμπειρίας σε μελέτες φωτισμού αντιστοίχων έργων οδοφωτισμού. Τουλάχιστον ένα (1) αδειούχο Ηλεκτρολόγο / Εγκαταστάτη με πέντε (5) έτη συναφούς εμπειρίας. Επαρκές τεχνικό προσωπικό για την*

επιτυχή υλοποίηση της ΣΠΥ»), ως εκ τούτου η προσφορά η οποία καλύπτει τις ως άνω απαιτήσεις βαθμολογείται με 100 και η προσφορά η οποία στελεχώνει με περισσότερο και εμπειρότερο προσωπικό την ομάδα έργου, με μεγαλύτερη βαθμολογία, έως 150. Αλλά και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι δήθεν προκύπτει αδυναμία αντικειμενικής αξιολόγησης των προσφορών για το κριτήριο Τ2, διότι αυτή ερείδεται στα δεδομένα που θα δηλώσουν οι προσφέροντες στις προσφορές τους, είναι απορριπτέος ως προβαλλόμενος άνευ εννόμου συμφέροντος, άλλως ως αβάσιμος. Τούτο, διότι η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ότι ο υπόψη όρος καθιστά αδύνατη την διαμόρφωση και υποβολή της προσφοράς της, ή έστω την υποβολή αυτής με επιφύλαξη, αλλά και εμείς αδυνατούμε να αντιληφθούμε πώς ο υπόψη όρος επιφέρει αδυναμία διαμόρφωσης προσφοράς. Επιπροσθέτως, η αντικειμενικότητα και ορθότητα της αξιολόγησης διασφαλίζεται διότι, εφόσον τα απαιτούμενα δικαιολογητικά δεν προσκομισθούν στο στάδιο της κατακύρωσης, ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος. Υπογραμμίζεται ότι οι συμμετέχοντες έχουν δικαίωμα πρόσβασης στα προσκομιζόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Εξάλλου, δεν πρόκειται για τις Δηλώσεις Συμμόρφωσης ή τις Εκθέσεις Δοκιμών (test reports) των προμηθευόμενων ειδών, αλλά για τις πιστοποιήσεις / βεβαιώσεις των εργαστηρίων τα οποία διεξήγαγαν τις δοκιμές, ως προς την πιστοποίησή τους. Ήτοι δεν πρόκειται για δικαιολογητικά ευθέως αξιολογούμενα. Ο υπόψη όρος έχει συμπεριληφθεί και στην υπ' αριθμ. πρωτ. .../04.07.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...), για το αυτό αντικείμενο, στην οποία ανάδοχος αναδείχθηκε ένωση εταιριών, μέλος της οποίας ήταν και η προσφεύγουσα: *«7.1.2. Τεχνική Προφορά Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος. Στην συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf.*

Εφόσον οι τεχνικές προδιαγραφές δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολο τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του Συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία. Η ενότητα της Τεχνικής Προσφοράς περιέχει την πρόταση του Οικονομικού Φορέα για το αντικείμενο της παρούσας, στην οποία θα περιγράφεται η μεθοδολογία και τα εργαλεία, που θα χρησιμοποιηθούν. Ειδικότερα, η πρόταση πρέπει, κατ ελάχιστον, να αναφέρει : … • Δικαιολογητικά για το σύνολο των απαιτήσεων που ζητούνται : Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές", και ειδικότερα των περιπτώσεων σύνθετων λύσεων, όπως περιγράφονται στη περ. γ, της παρ. 1, πχ LED controller ενσωματωμένο σε φωτιστικό καθώς και για το σύστημα Κόμβου Τηλεδιαχείρισης, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι υποχρεούνται να καταθέσουν τη Δήλωση Συμμόρφωσης του Κατασκευαστή (Declaration of Conformity - DoC), εντός του φακέλου της Τεχνικής Προσφοράς. Όσον αφορά τις βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους, τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports) μπορούν να κατατεθούν, από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επί ποινή αποκλεισμού. • Αναλυτική περιγραφή Συστήματος Τηλεελέγχου - Τηλεδιαχείρισης & Ελέγχου Ενέργειας, που θα χρησιμοποιηθεί και του Συστήματος προληπτικής συντήρησης μέσω Η/Υ». Επί του δεύτερου προβαλλόμενου λόγου – γ' σκέλος: Ως προς το άρθρο 8.2.3 και την αξιολόγηση του κριτηρίου Τ4. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού δεν μπορεί να προσδιορισθεί κατ' είδος και ποσότητα, ως εκ τούτου είναι αδύνατο να διατυπώσουν την προσφορά τους αφενός καλύπτοντας την απαίτηση της διακήρυξης, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, για εξοικονόμηση ενέργειας ίσης τουλάχιστον με ποσοστό 62%, αφετέρου αποδεικνύοντας ότι επιτυγχάνουν μεγαλύτερο ποσοστό εξοικονόμηση ενέργειας, προκειμένου να λάβουν μεγαλύτερη βαθμολογία (το κριτήριο αυτό, Τ4, είναι το υψηλότερα βαθμολογούμενο στην τεχνική προσφορά) και η προσφορά τους να είναι ανταγωνιστική. Ισχυρίζεται περαιτέρω η προσφεύγουσα ότι δεν προσδιορίζονται στα συμβατικά τεύχη τα όρια κατανάλωσης ισχύος (WATT) των φωτιστικών, ήτοι η ελάχιστη ισχύς που ενδείκνυται να καταναλώνεται και ποια η ελάχιστη φωτεινή

απόδοση (lumen). Επιπροσθέτως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι απουσιάζει στοιχειώδης μελέτη η οποία να αποσαφηνίζει τους αντιπροσωπευτικούς δρόμους καθώς και το είδος και τον αριθμό καθ' έκαστο είδος των αντιπροσωπευτικών δρόμων, βάσει των οποίων θα προσδιορισθούν τα προς προμήθεια και εγκατάσταση κατάλληλα φωτιστικά. Τέλος, ισχυρίζεται ότι μολονότι το άρθρο 5 των τεχνικών προδιαγραφών απαιτεί να καταθέσουν οι προσφέροντες φωτοτεχνικό μοντέλο και φωτοτεχνική μελέτη, ωστόσο δεν μπορεί από τα συμβατικά τεύχη να εξαχθεί συμπέρασμα αναφορικά με το είδος και πλήθος των φωτιστικών που θα προσφερθούν, δοθέντος ότι δεν παρέχεται η πληροφορία του πλήθους των οδών. Περαιτέρω δεν προσδιορίζεται το πλήθος κατ' είδος των φωτιστικών (φωτιστικά κορυφής και φωτιστικά δρόμου). Τέλος, δεν παρέχονται στοιχεία σχετικά με τα (ελάχιστα αποδεκτά) όρια κατανάλωσης και απόδοσης κάθε φωτιστικού, διότι και από τον πίνακα του άρθ. 7.6 των τεχνικών προδιαγραφών δεν προκύπτει εάν η προτεινόμενη ισοδυναμία ως προς την ισχύ καθιστά αποδεκτά φωτιστικά / λαμπτήρες / προβολείς με ίση ή μεγαλύτερη ισχύ από την προτεινόμενη ή με ίση ή μικρότερη από αυτήν. Οι ελλείψεις αυτές, κατά την προσφεύγουσα καθιστούν άδηλη την αξιολόγηση και τον έλεγχο των προσφορών από την αναθέτουσα, αναφορικά με τα κριτήρια Τ1 και Τ4 του άρθ. 8.2.2 της Διακήρυξης. Καταρχάς, κατά κοινή πρακτική σε ανάλογους διαγωνισμούς οι οικονομικοί φορείς οι οποίοι προτίθενται να υποβάλουν προσφορά εξετάζουν οι ίδιοι την υφιστάμενη κατάσταση ώστε να αποκτήσουν άμεση γνώση των συνθηκών και αναγκών του έργου και να διαμορφώσουν την προσφορά τους. Περαιτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή έχει ήδη αναρτήσει στο ΕΣΗΔΗΣ τη Φωτοτεχνική Μελέτη υφιστάμενης κατάστασης, η οποία είχε εκπονηθεί για την περίπτωση του Δήμου ... από την εταιρεία ... και εκ παραδρομής δεν είχε αναρτηθεί, τηρουμένων εν γένει των ίδιων διατυπώσεων δημοσιότητας που έχει λάβει και η διακήρυξη του διαγωνισμού. Σημειώνεται ότι μετά την αναστολή της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί των εκκρεμών ενώπιον της ΑΕΠΠ προσφυγών (υπ' αριθμ. .../02.02.2021 απόφαση του Περιφερειάρχη ...), παρέχεται στους ενδιαφερομένους

επαρκής χρόνος για τη διαμόρφωση κατάλληλων προσφορών, λαμβανομένων υπόψη και των στοιχείων που περιλαμβάνονται σε αυτήν. Σύμφωνα με τα στοιχεία της ως άνω και ήδη αναρτηθείσας Φωτοτεχνικής Μελέτης: Δήμος ...

Τύπος Φωτιστικού Σώματος	Πλήθος Φωτιστικών Σωμάτων
Οδικό σε βραχίονα (Μεταλλικός ιστός)	2.459
Οδικό κάθετο (Μεταλλικός ιστός)	50
Οδικό σε βραχίονα (Ξύλινος ιστός)	5.889
Καπελάκι	5.844
Καμπάνα	661
Εναέριο	436
Μπάλα μονή	271
Μπάλα 2-πλή	428
Μπάλα 3-πλή	11
Κώνος	397
Φαναράκι μονό	604
Φαναράκι 2-πλό	176
Φαναράκι 3-πλό	45
Ακρόπολης	190
Μανιτάρι	67
Προβολέας	96
ΣΥΝΟΛΟ	17.624

Περαιτέρω, από την ήδη αναρτηθείσα Φωτοτεχνική Μελέτη της Υφιστάμενης Κατάστασης προκύπτουν και τα στοιχεία στα οποία αναφέρεται η προσφεύγουσα αναφορικά με τον αριθμό κατ' είδος των οδών και τα επιμέρους χαρακτηριστικά τους, όπως π.χ. η διατομή εκάστης και οι αποστάσεις των ιστών. Μολονότι δε τα στοιχεία αυτά μπορούν να αντλήσουν οι ενδιαφερόμενοι από το διαδίκτυο (π.χ. με την εφαρμογή Google maps), η μελέτη εκπονήθηκε προκειμένου να παρέχονται διαφανώς και ισότιμα στους συμμετέχοντες συγκεκριμένες παραδοχές ως προς τα στοιχεία αυτά. Περαιτέρω, ως προς την ισοδυναμία ισχύος υφιστάμενων φωτιστικών σωμάτων με φωτιστικά τύπου LED, είναι πρόδηλο ότι η "ισοδυναμία" μεταφράζεται με την ένδειξη "=". Ως εκτίθεται στα συμβατικά τεύχη αυτή αποτελεί την προτεινόμενη αντιστοιχία, για το σενάριο βάσης, οι δε Οικονομικοί Φορείς δύνανται να προτείνουν φωτιστικά σώματα

μικρότερης ισχύος εφόσον καλύπτουν τα προβλεπόμενα φωτομετρικά μεγέθη, το οποίο είναι ευνόητο ότι (πρέπει να) αποτελεί την επιδίωξη των συμμετεχόντων, δοθέντος ότι η εξοικονόμηση ισχύος αποτελεί και το βασικό κριτήριο αξιολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς τους ("*Η συνολική Εξοικονόμηση Ενέργειας από την αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων του Δήμου, θα είναι τουλάχιστον 60%, επί ποινή αποκλεισμού για τους υποψηφίους Αναδόχους.*", κριτήριο Τ4). Ήδη έχει αναρτηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ ο κατωτέρω Πίνακας, σε συμπλήρωση των Τευχών Δημοπράτησης, ο οποίος αποτυπώνει τα όρια ισχύος και φωτεινής απόδοσης ('watt' και 'lumen') ανά τύπο φωτιστικού. Τα όρια ισχύος διατηρούν τον τελεστή " ≤ " ώστε να επιτευχθεί η ελάχιστη απαιτούμενη εξοικονόμηση ενέργειας, ενώ η απόδοση διατηρεί τον τελεστή " ≥ " ως ελάχιστο κατώφλι.

Τύπος Φωτιστικών Οδών LED	**Μέγιστη Συνολική Ισχύς (W) Φωτιστικού**	**Βάρος (kg)**	**Ελάχιστη Φωτεινή Ροή (lm)**
Φ1	≤ 35 W	≤ 7	≥ 3.850lm
Φ2	≤ 60 W	≤ 8	≥ 6.600lm
Φ3	≤ 100 W	≤ 9	≥ 11.000lm

Στο Άρθρο 4 του Α' μέρους της Διακήρυξης "*ΑΝΑΛΥΣΗ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ – ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ*" ορίζεται ρητώς ότι ο Ανάδοχος θα προβεί, μεταξύ άλλων, στην: "*Εγκατάσταση Λαμπτήρων / Προβολέων / Φωτιστικών LED, σύμφωνα με την αντιστοίχιση στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές"*, και δη κατόπιν επαλήθευσης του αριθμού αυτών, όπως ορίζεται στην ίδια ενότητα της Διακήρυξης, η δε παρ. 7.1 των τεχνικών προδιαγραφών καταμετρά 8.170 φωτιστικά σημεία. Τούτο, σε συνδυασμό με τον προπαρατεθέντα πίνακα της Φωτοτεχνικής Μελέτης, στην οποία αριθμούνται κατ' είδος τα ζητούμενα φωτιστικά, καθιστά τους όρους των συμβατικών τευχών απολύτως ορισμένους. Σε κάθε περίπτωση, σημειώνεται ότι το άρθρο 3.6 του Α' Μέρους ορίζει ότι: *«6. Αντικείμενο Παροχής Υπηρεσιών: «Η παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ... συνίσταται στο σχεδιασμό, χρηματοδότηση και κατασκευή, τεχνική διαχείριση, συντήρηση και λειτουργία του συστήματος και των υποδομών του συνόλου του οδικού και αστικού δικτύου*

ηλεκτροφωτισμού, από το σημείο σύνδεσης του ηλεκτρικού δικτύου με την παροχή της ΔΕΗ στον μετρητή (εντός pillar ή επίτοιχου ή άλλου εξωτερικού πίνακα) και μετά, συμπεριλαμβανομένων ειδικών συστημάτων ελέγχου και συνοδευτικών έργων. Ενδεικτικά, και όχι περιοριστικά, …», και το άρθρο 4 του Α' Μέρους ορίζει ότι: *«Η Προμήθεια των Υλικών και οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν την:* Παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ..., με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα προβεί στην: *Επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των προς εγκατάσταση υλικών (Λαμπτήρες / Προβολείς / Φωτιστικά, κλπ) μέσω επιμέτρησης – καταγραφής (CAD, αρχείαdwg, στοιχεία GIS,αρχεία shapefile κλπ). …».* Η προσβαλλόμενη απαίτηση συναρτάται άμεσα προς τους προπαρατεθέντες όρους και ιδίως προς τον όρο του άρθρου 4 του Α' Μέρους περί επιβεβαίωσης, από τον ανάδοχο τον τελικό αριθμό των προς αντικατάσταση υλικών και εν τέλει να προσφέρει τον πράγματι χρειαζούμενο αριθμό αυτών, ανεξαρτήτως των ποσοτήτων και αριθμών που δίδονται από τα συμβατικά τεύχη και τις μελέτες. Οι όροι αυτοί, οι οποίοι δεν προσβάλλονται από την προσφεύγουσα, απαντώνται, πανομοιότυποι, σε όλες τις διακηρύξεις για το αυτό αντικείμενο. Υπογραμμίζεται μετ' επιτάσεως πρώτον, ότι στους διαγωνισμούς αυτούς έχει αναδειχθεί ανάδοχος και η σύμβαση ήδη εκτελείται, συχνά δε κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, στον δε εξ αυτών διαγωνισμό που προκηρύχθηκε από τον Δήμο ... (κατωτέρω υπό α), ανάδοχος αναδείχθηκε η προσφεύγουσα, σε ένωση με άλλες εταιρείες του χώρου. Ειδικότερα ως προς τους πανομοιότυπους όρους που προαναφέρθηκαν και έχουν περιληφθεί σε Διακηρύξεις διαγωνισμών για το αυτό αντικείμενο: (α) υπ' αριθμ. πρωτ. .../4.7.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος ένωση με μέλος την προσφεύγουσα και έχει συναφθεί η σχετική σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο: *«4. ΑΝΑΛΥΣΗ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ – ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ Οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: 1. Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός),*

με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα προβεί: • Στην επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των Φωτιστικών Σωμάτων, μέσω επιμέτρησης - καταγραφής (CAD, αρχεία dwg, στοιχεία GIS, αρχεία shapefile, κλπ). • Στην παραμετροποίηση του νέου Συστήματος, στηριζόμενου στον εξοπλισμό και τα υλικά που θα χρησιμοποιηθούν (Λαμπτήρες / Προβολείς / Φωτιστικά, κλπ). … Η αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων θα υλοποιηθεί, όπως αναλυτικά περιγράφονται στο Παράρτημα 3 "Τεχνικές Προδιαγραφές", μέσω της: • Εγκατάστασης κατάλληλων Λαμπτήρων, Προβολέων, Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της ΣΠΥ. …» (σελ. 10). (β) υπ' αριθμ. πρωτ. 20793/26.9.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑ: ΩΦΣΕΩΞ1-4ΧΨ), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος η προσφεύγουσα και έχει συναφθεί η σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης: *«ΑΝΑΛΥΣΗ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ – ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ Οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα προβεί στην: επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των Φωτιστικών Σωμάτων, μέσω επιμέτρησης - καταγραφής (CAD, αρχεία dwg, στοιχεία GIS, αρχεία shapefile, κλπ) … Εγκατάστασης κατάλληλων Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της ΣΠΥ….»* (σελ. 9). (γ) υπ' αριθμ. πρωτ. .../28.6.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑ: ...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος η προσφεύγουσα και έχει συναφθεί η σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης (σημειώνεται ότι είχε υποβληθεί προδικαστική προσφυγή κατά όρων της Διακήρυξης, ενώπιόν Σας, η οποία έγινε εν μέρει δεκτή, ωστόσο οι

προβαλλόμενοι λόγοι δεν αφορούσαν τους ακόλουθους όρους): *«Οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα προβεί: Στην επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των Φωτιστικών Σωμάτων, μέσω επιμέτρησης - καταγραφής (CAD, αρχεία dwg, στοιχεία GIS, αρχεία shapefile, κλπ). … Εγκατάστασης κατάλληλων Λαμπτήρων, Προβολέων, Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της ΣΠΥ. …»* (σελ. 7). (δ) υπ' αριθμ. πρωτ. .../27.5.2019 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος και έχει συναφθεί η σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης (σημειώνεται ότι είχε υποβληθεί προδικαστική προσφυγή κατά όρων της Διακήρυξης, ενώπιόν Σας, από την οποία η προσφεύγουσα παραιτήθηκε πριν την συζήτησή της): *«4. ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ - ΠΑΡΕΧΟΜΕΝΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ*
*Η Προμήθεια των Υλικών και οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: 1. Την παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός) και συγκεκριμένα: Την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής στο πλαίσιο της οποίας ο ανάδοχος θα προβεί: Στον επανέλεγχο/επαλήθευση του τελικού αριθμού των προς εγκατάσταση υλικών (Λαμπτήρες /Φωτιστικά, κλπ.), μέσω επιμέτρησης - καταγραφής…. 2. Την προμήθεια: Των κατάλληλων Λαμπτήρων /Φωτιστικών/ Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα 4: "Τεχνικές Προδιαγραφές", όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί **…**»* (σελ. 12). (ε) υπ' αριθμ. πρωτ. .../21.10.2015 Διακήρυξη του Δήμου ..., στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος η προσφεύγουσα και έχει συναφθεί η σύμβαση: *«Η Προμήθεια των υλικών και οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος περιλαμβάνουν : 1. Την παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης του Συστήματος*

Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), όπως : • Την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής όπου ο Ανάδοχος θα : προχωρήσει στην επαλήθευση του τελικού αριθμού προς εγκατάσταση υλικών (λαμπτήρες και φωτιστικά). … 2. Την προμήθεια: • Των κατάλληλων λαμπτήρων - υλικών υψηλής τεχνολογίας και ενεργειακής απόδοσης για την αντικατάσταση των υπαρχόντων και φωτιστικών σωμάτων, εφόσον και όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της Σύμβασης. • Των αναγκαίων υλικών για την υλοποίηση του Συστήματος τηλεελέγχου και τηλεχειρισμού. … Αναλυτική περιγραφή του αντικειμένου του Αναδόχου θα δίνεται από τον ίδιο σύμφωνα με το Παράρτημα» (σελ. 12). (στ) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../20.12.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος και έχει συναφθεί η σχετική σύμβαση: *«Το αντικείμενο της Σύμβασης επιμερίζεται συνοπτικά στα κάτωθι επιμέρους αντικείμενα: 1. Τις υπηρεσίες για την αναβάθμιση του συστήματος οδοφωτισμού του Δήμου και ειδικότερα: • Τον βασικό σχεδιασμό ενός συστήματος το οποίο χρησιμοποιώντας λαμπτήρες αυξημένης ενεργειακής απόδοσης, σε συνδυασμό με συστήματα ενεργειακής διαχείρισης και προληπτικής συντήρησης, εξασφαλίζει εξοικονόμηση ενέργειας τουλάχιστον 55% και διάρκεια ζωής 20 ετών. Την αξιολόγηση της παρούσας κατάστασης σε ότι αφορά τα ποιοτικά και ποσοτικά χαρακτηριστικά του κάθε φωτιστικού καθώς και την συνολική κατανάλωση του συστήματος. Τον προσδιορισμό της κλάσης φωτισμού κάθε οδού του Δήμου σύμφωνα με το πρότυπο ΕΛΟΤ ΕΝ 13201/2004. … Την εκπόνηση αναλυτικής τεχνικοοικονομικής μελέτης για την περαιτέρω μείωση της κατανάλωσης ενέργειας στον Δήμο. 2. Την προμήθεια: Των κατάλληλων φωτιστικών σωμάτων υψηλής τεχνολογίας και ενεργειακής απόδοσης για την αντικατάσταση των υπαρχόντων φωτιστικών σωμάτων, εφόσον και όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της Σύμβασης. …»* (σελ. 2). **(ζ)** Η σχετική Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος και έχει συναφθεί η σχετική σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ως εκτιμάται λόγω της προϋπολογισθείσας δαπάνης:

«… Οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: 1. Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα πρέπει να προβεί στην υλοποίηση των κάτωθι επιμέρους Παραδοτέων: • Παραδοτέο 1: Επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των Φωτιστικών Σωμάτων, μέσω επιμέτρησης - καταγραφής (CAD, αρχεία dwg, στοιχεία GIS, αρχεία shapefile, κλπ)…. Η αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων θα υλοποιηθεί, όπως αναλυτικά περιγράφονται στο Παράρτημα 3 "Τεχνικές Προδιαγραφές", μέσω της: • Εγκατάστασης κατάλληλων Λαμπτήρων, Προβολέων, Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της ΣΠΥ. …» (σελ. 7-8). (η) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../2018 μελέτη για την σχετική Διακήρυξη του Δήμου ..., στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος και έχει συναφθεί η σχετική σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο: *«… Οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: 1. Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα πρέπει να προβεί στην υλοποίηση των κάτωθι επιμέρους Παραδοτέων: • Παραδοτέο 1: Επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των Φωτιστικών Σωμάτων, μέσω επιμέτρησης - καταγραφής (CAD, αρχεία dwg, στοιχεία GIS, αρχεία shapefile, κλπ)…. Η αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων θα υλοποιηθεί, όπως αναλυτικά περιγράφονται στο Παράρτημα 3 "Τεχνικές Προδιαγραφές", μέσω της: • Εγκατάστασης κατάλληλων Λαμπτήρων, Προβολέων, Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της ΣΠΥ. …»* (σελ. 4-5). Εκ του συνόλου των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι ο υπόψη λόγος προβάλλεται αβασίμως, διότι οι υπόψη όροι παγίως τίθενται από τις αναθέτουσες αρχές σε διακηρύξεις για το αυτό αντικείμενο, οι δε

προκηρυχθέντες διαγωνισμοί και έτυχαν συμμετοχής και οι σχετικές συμβάσεις υπεγράφησαν, και δη κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου. Επιπροσθέτως, πρόκειται για Σύμβαση Ενεργειακής Απόδοσης μακροχρόνιας διάρκειας και όχι για κλασική σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης, με πιο σύνθετο, συνακόλουθα, φυσικό και οικονομικό αντικείμενο. Οι όροι της υπό δημοπράτηση σύμβασης είναι σαφείς και ισχύουν ισότιμα έναντι όλων των υποψηφίων, προδιαγράφοντας ρητώς τις υποχρεώσεις τους. Είναι γνωστό, ιδίως σε εταιρείες όπως η προσφεύγουσα, οι οποίες δραστηριοποιούνται στο σχετικό αντικείμενο και έχουν ήδη αναδειχθεί ανάδοχοι αντίστοιχων διαγωνισμών και εκτελούν τις σχετικές συμβάσεις, ότι οι Συμβάσεις Ενεργειακής Απόδοσης (ΣΕΑ) λόγω της μακρόχρονης διάρκειάς τους και των υποχρεώσεων που έχει η Εταιρεία Ενεργειακών Υπηρεσιών (ΕΕΥ) που θα συμβληθεί σε αυτές, επικεντρώνονται κυρίως στη διαθεσιμότητα των συμφωνημένων υπηρεσιών και στις προδιαγραφές αποτελέσματος, ήτοι, στην εξασφάλιση τουλάχιστον επαρκούς φωτισμού που θα καλύπτει τα προβλεπόμενα φωτομετρικά μεγέθη λαμβάνοντας υπόψη τα Κόστη Κύκλου Ζωής καθ’ όλη τη διάρκεια της Σύμβασης. Αυτό συνιστά και το κριτήριο αντικατάστασης των υφιστάμενων λαμπτήρων. Στο Παράρτημα 3: “Τεχνικές Προδιαγραφές” των Τευχών Δημοπράτησης και συγκεκριμένα στην Παράγραφο 7.1, αναγράφεται το πλήθος φωτιστικών σημείων ανά τύπο και ισχύ. Στην Παράγραφο 7.6 των Τεχνικών Προδιαγραφών προδιαγράφεται η ισοδυναμία ισχύος υφιστάμενων φωτιστικών σωμάτων με φωτιστικά τύπου LED αποτελώντας την προτεινόμενη αντιστοιχία σεναρίου βάσης για την οποία οι Οικονομικοί Φορείς δύνανται να προτείνουν φωτιστικά σώματα μικρότερης ισχύος εφόσον καλύπτουν τα προβλεπόμενα φωτομετρικά μεγέθη. Τέλος, στην Παράγραφο 7.1 αυτών δίδονται λεπτομερή στοιχεία για την υφιστάμενη κατανάλωση ηλεκτρικής ενέργειας, καθώς και για την εκτίμηση εξοικονόμησης αυτής (Παράγραφος 7.4). Τέλος, τυχόν ελλείποντα στοιχεία περιλαμβάνονται στην Φωτοτεχνική Μελέτη η οποία έχει ήδη εκπονηθεί από την εταιρεία ... και η οποία αναρτήθηκε δεόντως, κατά τα προλεχθέντα. Σε κάθε περίπτωση, ως προς τα κριτήρια αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς, αυτά και νόμιμα είναι και ορισμένα και σαφή.

Καθίσταται σαφές ότι τα τεθέντα από τη Διακήρυξη κριτήρια είναι νόμιμα, προσδιορίζεται δε το μεγάλο εύρος αυτών (100-150), προς ορθότερη και ακριβέστερη (συγκριτική) βαθμολόγηση των προσφορών, καθώς και η βαρύτητα εκάστου (συντελεστής βαρύτητας). Ειδικότερα ως προς το κριτήριο Τ4 (Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας Νέου Συστήματος), το οποίο έχει και το μεγαλύτερο συντελεστή βαρύτητας (45%) προσδιορίζεται επακριβώς και με μαθητική ακρίβεια η επιμέρους μεθοδολογία βαθμολόγησης κάθε προσφοράς. Αναφορικά με το Κριτήριο Τ1 (Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης αναβάθμισης, με συντελεστή 30%) και Τ2 (Πληρότητα – Προδιαγραφές Συστήματος Τηλεελέγχου -Τηλεδιαχείρισης – Ελέγχου Κατανάλωσης Ενέργειας, Συστήματος Περιοδικής και Επεμβατικής Συντήρησης μέσω Η/Υ με συντελεστή 15%) αυτά αντικατοπτρίζουν τον σύνθετο τεχνικό χαρακτήρα των συμβάσεων ενεργειακής αναβάθμισης και σε συνδυασμό με την περιγραφή του φυσικού αντικειμένου αλλά και τις υποχρεωτικές (ελάχιστες) τεχνικές προδιαγραφές και προδιαγραφές αποτελέσματος που θέτει η Διακήρυξη παρέχει στους υποψηφίους οικονομικούς φορείς τη δυνατότητα πρότασης/ προσφοράς επιμέρους τρόπων/τεχνικών λύσεων υλοποίησης της ζητούμενης ενεργειακής αναβάθμισης καθώς και του συστήματος τηλελέγχου/ τηλεδιαχείρισης/συντήρησης του δικτύου ηλεκτροφωτισμού προς όφελος του ανταγωνισμού και της εξασφάλισης ποιοτικών προσφορών προς την Αναθέτουσα Αρχή. Με τα τεθέντα κριτήρια αξιολόγησης παρέχεται η νόμιμη και όχι απεριόριστη ευχέρεια στην Αναθέτουσα Αρχή να επαληθεύσει τη συμμόρφωση ή μη των προσφορών στις ελάχιστες Τεχνικές Προδιαγραφές και στις προδιαγραφές αποτελέσματος που θέτει στα συμβατικά τεύχη και να αξιολογήσει τεκμηριωμένα τις προσφορές. Εξάλλου η ad hoc βαθμολόγηση κάθε προσφοράς, πλήρως και ειδικά αιτιολογημένη και δη με αναφορά σε έκαστο επιμέρους κριτήριο, αποτυπώνεται κατά την σχετική νομοθετική επιταγή στο σχετικό πρακτικό αξιολόγησης των προσφορών και στην εγκριτική απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής. Οι οικονομικοί φορείς στο πλαίσιο της άσκησης της επιχειρηματικής τους δραστηριότητας και του σύμφυτου επιχειρηματικού κινδύνου αναλαμβάνουν την απόφαση εάν θα

υποβάλλουν προσφορά ή όχι σε έναν διαγωνισμό και με ποιους επιμέρους οικονομικούς και τεχνικούς όρους, και πάντως τα κριτήρια βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς των Διακηρύξεων είναι σύμφωνα με το νόμο, είναι κοινά για όλους, εξασφαλίζουν την ίση μεταχείριση των οικονομικών φορέων και ουδόλως αποτελούν λόγο που αποκλείει εγγενώς τη συμμετοχή τους στους Διαγωνισμούς, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα (βλ. ad hoc ΕΑ ΣτΕ 56/2020, ιδίως σκ. 12). Ε. Επί του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας: Κατά την αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος για την υποβολή της παρούσας. Κατά πάγια νομολογία, σε περίπτωση προσβολής όρου Διακήρυξης, ο προσφεύγων απαιτείται – προκειμένου να θεμελιώσει έννομο συμφέρον για την προσβολή του – να επικαλείται και να αποδεικνύει όχι μόνον ότι δεν δύναται να καταρτίσει και υποβάλει την προσφορά του, αλλά και ότι δεν δύναται να συμμετέχει στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό με επιφύλαξη. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία ισχυρίζεται μεν ότι δεν μπορεί να καταρτίσει και υποβάλει προσφορά, ουδόλως όμως ισχυρίζεται ότι δεν μπορεί να υποβάλει προσφορά με επιφύλαξη. Όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 352/2018) «…εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή και, περαιτέρω, σε περίπτωση απόρριψής της, αίτηση παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας (αίτηση αναστολής εκτέλεσης) κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσιτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕπΑν 86/2018, 12-15/2018 Ολομ). Η βλάβη, δηλαδή, αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξετάσεως αιτήσεως προσωρινής δικαστικής προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Συνεπώς, ως επίκληση

βλάβης, υπό την ανωτέρω έννοια, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμά του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΕπΑν 86/2018, 12-15/2018 Ολομ.). Αλλά και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν μπορεί να υποβάλει προσφορά λόγω των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, οι οποίοι είναι το μεν περιοριστικοί του ανταγωνισμού (χρηματοοικονομική επάρκεια), το δε ασαφείς και αόριστοι (αξιολόγηση τεχνικής προσφοράς) αποδεικνύεται παραχρήμα όλως προσχηματικός. Τούτο δε, διότι η ίδια η προσφεύγουσα όχι μόνον έχει υποβάλει προσφορά σε διαγωνισμούς με ανάλογο αντικείμενο, οι Διακηρύξεις των οποίων περιλάμβαναν τους αυτούς όρους, αλλά έχει αναδειχθεί ανάδοχος αυτών και ήδη εκτελεί τις σχετικές συμβάσεις, Πώς κατάφερε σε αυτούς τους διαγωνισμούς, με τους ίδιους όρους ως προς την αξιολόγηση των προσφορών, να υποβάλει προσφορά; Οι δε όμοιοι όροι ως προς την χρηματοοικονομική επάρκεια δεν ήταν περιοριστικοί του ανταγωνισμού σε εκείνους τους διαγωνισμούς επειδή η ίδια τους ικανοποιούσε ενώ τώρα, λόγω της μη ικανοποίησης, κατά τους ισχυρισμούς της, των σχετικών κριτηρίων, οι όροι αίφνης καθίστανται περιοριστικοί του ανταγωνισμού; ΣΤ. Επί του αιτήματος της προσφυγής: Αναφορικά με το αίτημα της προσφυγής, το οποίο συνίσταται στην ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης εν συνόλω, αυτό βαίνει πέραν του περιεχομένου της προσφυγής, με την οποία προσβάλλονται συγκεκριμένοι όροι της διακήρυξης, αλλά και του αναγκαίου μέτρου, επομένως, τυχόν αποδοχή της κρινόμενης προσφυγής μπορεί μόνον να αφορά έν έκαστον των προσβαλλόμενων όρων και όχι το σύνολο αυτής. Σε κάθε περίπτωση, το αίτημα της προσφεύγουσας για την ολική ακύρωση της διακήρυξης προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου, καθώς επικαλείται ότι σε περίπτωση

που βάλλονται οι προϋποθέσεις συμμετοχής και καταλληλότητας, ο διαγωνισμός πρέπει να προκηρύσσεται εκ νέου προκειμένου να μπορούν να συμμετάσχουν και οικονομικοί φορείς οι οποίοι αρχικώς δεν θα συμμετείχαν. Η ίδια ωστόσο, έχει λάβει γνώση της διακήρυξης και ανεξαρτήτως του αποτελέσματος θα έχει επαρκή χρόνο για την προετοιμασία της προσφοράς της. Τέλος, κατά τα υποστηριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με όσα αναλύθηκαν ανωτέρω, η προσφεύγουσα έχει επιτυχώς υποβάλει προσφορές σε διαγωνισμούς με ανάλογο αντικείμενο και όρους Διακήρυξης απολύτως όμοιους με τους προσβαλλόμενους, επομένως οι ισχυρισμοί της είναι προδήλως αβάσιμοι.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα εμπρόθεσμα και παραδεκτώς, κατ' εφαρμογή του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016, κατέθεσε μέσω της πλατφμόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στις 26-2-2021 Υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προβάλλοντας τα ακόλουθα: **Ι.** ΤΟ ΠΡΟΔΗΛΩΣ ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟ ΕΝΕΚΑ ΕΚΠΡΟΘΕΣΜΟΥ ΤΩΝ ΑΠΟ 11.02.2021 ΑΠΟΨΕΩΝ ΤΗΣ Α.Α: Σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 ν. 4412/16 «*1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού... η αναθέτουσα αρχή...(α)... και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής*...». Πανομοιότυπη είναι και η διάταξη του άρθρου 9 του Κανονισμού Σας (π.δ 39/17) «*1. Στις περιπτώσεις κατάθεσης της προδικαστικής προσφυγής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού... η αναθέτουσα αρχή... (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής*...». Τέλος, η παρ. 3 του άρθρου 8 του Κανονισμού Σας ορίζει, ότι, «*3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού*.». Ενόψει των ανωτέρω εν προκειμένω προκύπτουν

πασιφανώς τα ακόλουθα: Πρώτον, η προδικαστική προσφυγή αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού την 25.01.2021. Δεύτερον, εφόσον αναρτήθηκε (καταχωρήθηκε) την 25.01.2021, από την επομένη, 26.01.2021 (εργάσιμη ημέρα Τρίτη) εκκίνησε η προθεσμία των 10 ημερών για την υποβολή απόψεων από την Α.Α, προθεσμία που έληξε την 04.02.2021. Τρίτον, οι απόψεις υπεβλήθησαν στην ΑΕΠΠ την 11.02.2021, ήτοι μία εβδομάδα μετά, με άλλα λόγια, προδήλως απαραδέκτως κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων περί προθεσμιών υποβολής απόψεων εκ μέρους μίας Α.Α. Πράγματι, όπως σχετικώς έχει κρίνει η ΑΕΠΠ σε Επταμελή Σύνθεση (ενδ. 8/2020 σκ. 7) «*Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις και τη γραμματική ερμηνεία αυτών, εναργώς προκύπτει ότι, η αναθέτουσα αρχή διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης της προσφυγής τις απόψεις της επί αυτής, η δε μη τήρηση της εν λόγω προθεσμίας συνεπάγεται το απαράδεκτο, ως εκπροθέσμων, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, αφού κατά άρθρο 365 παρ. 8 του Ν. 4412/2016η υπόψη προθεσμία είναι αποκλειστική. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από την τελολογική και συστηματική ερμηνεία των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 περί της έννομης προστασίας, η οποία σκοπεί στην επίκαιρη, άμεση και αποτελεσματική επίλυση των διαφορών των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. σελ. 70 της Αιτιολογικής Έκθεσης του Ν. 4412/2016 και άρθρο 1 παρ. 1 των "Δικονομικών Οδηγιών", Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΚ, αναφορικά με την επιταγή ταχείας διεκπεραίωσης των διαφορών που προκύπτουν τις διαγωνιστικές διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων). Εξάλλου, τυχόν αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των διατάξεων του Νόμου αναφορικά με τις αποκλειστικές προθεσμίες και θα ερχόταν σε ευθεία αντίθεση με τη βούληση του νομοθέτη, ενωσιακού και εθνικού, περί της όσο το δυνατόν ταχύτερης επίλυσης των διαφορών στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, κατά τα προλεχθέντα, αφού θα ήταν επιτρεπτή, μη νομίμως, η υποβολή των απόψεων από τις αναθέτουσες αρχές μετά την πάροδο του υπόψη χρονικού διαστήματος των δέκα ημερών, γεγονός που θα οδηγούσε σε ανεπίτρεπτη καθυστέρηση της διαδικασίας εξέτασης των προσφυγών*

από την ΑΕΠΠ. Εντούτοις, το με αριθ. πρωτ. 1721/28.01.2020 έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής τυγχάνει απορριπτέο ως εκπρόθεσμο, δοθέντος ότι κατά τις προρρηθείσες διατάξεις, οι απόψεις υποβάλλονται το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την κατάθεση της προσφυγής, οι δε προθεσμίες του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 είναι αποκλειστικές και ως εκ τούτου στην προκείμενη περίπτωση, όπου η υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε στις 15.01.2020, η δε δεκαήμερη προθεσμία του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, για την υποβολή των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, έληξε στις 27.01.2020 - η 25η και η 26η.01.2020 ήταν Σάββατο και Κυριακή, αντίστοιχα - οι απόψεις αυτές, απαραδέκτως κατατέθηκαν στις 28.01.2020 και κατά τούτο τυγχάνουν απορριπτέες...». Επίσης, στην προσφάτως εκδοθείσα με αριθμό 201.202/2021 απόφαση του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ αποτυπώνονται τα εξής (σκ. 9) «*Επειδή, περαιτέρω, στις 17-12-2020, η ... ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και μέσω αυτού διαβίβασε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί των προσφυγών (βλ. έγγραφο Προέδρου ... με αρ. πρωτ. .. .17-12-2020), οι οποίες, ωστόσο, ως εκπρόθεσμες δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη. Και τούτο, διότι δεν κοινοποιήθηκαν στην ΑΕΠΠ εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης αποκλειστικής προθεσμίας για την υποβολή τους, όπως προβλέπουν οι διατάξεις του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει (βλ. αντί άλλων ΑΕΠΠ επταμ. 8/2020, σκ. 7), προθεσμίας που κινείται από την επομένη της κατάθεσης της προσφυγής και λήγει στις 19:00 της τελευταίας ημέρας, αν αυτή είναι εργάσιμη (βλ. ΑΕΠΠ 403/2018), ή της επόμενης εργάσιμης, αν αυτή είναι κατά νόμο εξαιρετέα ή αργία (βλ. ΑΕΠΠ210/2019), και η οποία (προθεσμία) ενόψει της από 02-12-2020 και 03-12-2020 κατάθεσης των κρινόμενων προσφυγών, στις 17-12-2020 οπότε διαβιβάστηκαν στην ΑΕΠΠ οι απόψεις είχε λήξει. Εξάλλου, το από 16-12-2020 αίτημα της ... για παράταση της προθεσμίας για την υποβολή απόψεων επί των προσφυγών δεν ασκεί εν προκειμένω καμία επιρροή. Τούτο δε, διότι οι διατάξεις του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 που μεταξύ άλλων θέτουν και τις προθεσμίες για τη διαβίβαση στην ΑΕΠΠ των απόψεων των αναθετουσών αρχών και των αναθετόντων φορέων επί των προδικαστικών προσφυγών κατά πράξεων ή παραλείψεών*

τους χαρακτηρίζονται δικονομικές (βλ. και ΣτΕ Ε.Α. 308/2017, 198/2015), συνακόλουθα, ελλείψει ρητής σχετικής πρόβλεψης σε αυτές, δεν καταλείπεται στην ΑΕΠΠ δυνατότητα να τις παρατείνει για κανέναν λόγο.» Είναι λοιπόν ολοφάνερο, ότι, οι από 11.02.2021 απόψεις παρίστανται απορριπτέες ως εκπρόθεσμες και δεν δύνανται, υπό καμία εκδοχή, τόσο αυτές, όσο και τα επισυναπτόμενα σε αυτές έγγραφα και στοιχεία, να ληφθούν υπόψη κατά τον σχηματισμό της κρίσεώς Σας επί της προσφυγής. Περαιτέρω, οι από 11.02.2021 απόψεις επί της προσφυγής, κατά την προσφεύγουσα, είναι προφανές ότι δεν μπορούν υπό καμία εκδοχή να θεωρηθούν ως «απόψεις της Α.Α», καθ' ο μέρος επιγράφονται ως απόψεις μονοπρόσωπου οργάνου (Περιφερειάρχη), που, βεβαίως και δεν συνιστά, από μόνο του το όργανο τούτο, Α.Α. Αναθέτουσα Αρχή στον επίμαχο διαγωνισμό είναι η Οικονομική Επιτροπή της ... και ουχί μόνος του ο Περιφερειάρχης. Άρα λοιπόν, οι απόψεις τούτες, για να θεωρηθούν ως «απόψεις της Α.Α», έπρεπε να αντανακλούν - αποτυπώνουν τις απόψεις των μελών της Οικονομικής Επιτροπής της ... υπό την ιδιότητά τους ως μελών της Α.Α, καθ' ο δε μέρος τούτο το στοιχείο δεν (φαίνεται να) υπάρχει, οι απόψεις παρίστανται προδήλως απαράδεκτες για τον επιπρόσθετο λόγο ότι υποβλήθηκαν υπό αναρμοδίου οργάνου, χωρίς δηλαδή να εκφέρεται εν τοις πράγμασιν η άποψη της μόνης αρμόδιας Οικονομικής Επιτροπής. Προσθέτως, τέλος, ενόψει της αποκλειστικότητας και δεσμευτικότητας των προθεσμιών, θα μπορούσε οπωσδήποτε βάσιμα να υποστηριχθεί, ότι, κάθε καθυστέρηση στην αποστολή των απόψεων, παρέχει το δικαίωμα στην ΑΕΠΠ να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, με άλλα λόγια, ότι, η περίπτωση καθυστέρησης υποβολής των απόψεων εξομοιώνεται ή έστω, ότι, εντάσσεται στην περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 365 παρ. 2 ν. 4412 και, σύμφωνα με την περίπτωση β' της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365, μιας και, η περίπτωση β' δεν ομιλεί μόνο για υποχρέωση διαβίβασης στην Α.Ε.Π.Π, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, του πλήρη φακέλου της υπόθεσης, αλλά, ομιλεί ρητά για την υποχρέωση διαβίβασης εντός της ίδιας προθεσμίας και των απόψεων της

Α.Α επί της προσφυγής. **ΙΙ.** ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΑΡΑΔΕΚΤΟΥ ΤΟΥ ΠΑΡΟΝΤΟΣ ΥΠΟΜΝΗΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ : Είναι προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι το παρόν υπόμνημα υποβάλλεται νομίμως και εν γένει παραδεκτώς καθ' επίκληση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 (όπως τούτο προστέθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του ν. 4605/19). Το ίδιο προφανές είναι, κατά την προσφεύγουσα, ότι η προσφυγή ασκείται μεθ' εννόμου συμφέροντος απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της Α.Α. (σελ. 60 - 61), καθώς, εξειδικεύει η προσφεύγουσα και αναλύει την άμεση και προσωπική της βλάβη, την πλήρη αδυναμία υποβολής προσφοράς, αποδεικνύει δε τις αιτιάσεις της με αντικειμενικά και αδιάσειστα στοιχεία. Τέλος, όσον αφορά στην αμφισβήτηση του αιτήματος της προσφυγής (σελ. 62 απόψεων) λεκτέο, ότι, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των φορέων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010· ΣτΕ ΕΑ 1089/2009· ΣτΕ 2951-52/2004· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C- 448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95, 127/18 απόφαση της Αρχής Σας κ.ο.κ). Συνεπώς, υπό την παραδοχή ακυρότητας του όρου 5.5.ιι η βαλλόμενη διακήρυξη, κατά νομική αναγκαιότητα, ακυρώνεται εν συνόλω. **ΙΙΙ.** ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΥΣΙΑΣ: Αν και, κατά την προσφεύγουσα, οι από 11.02.2021 απόψεις της Α.Α παρίστανται προδήλως απαράδεκτες για τους λόγους που προεξετέθησαν και δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη, λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα: Ο ισχυρισμός που διατυπώνεται στο στοιχείο 1 των απόψεων παρίσταται προφανώς αβάσιμος, ως ερειδόμενος σε εσφαλμένη εκτίμηση και ερμηνεία του ισχυρισμού της. Ο όρος που βάλλεται (άρθρο 5.5.β της διακήρυξης) αποστερεί την προσφεύγουσα από το δικαίωμα συμμετοχής. Η δε επίκληση στοιχείων τρίτων οικονομικών φορέων προφανώς και δεν έχει την έννοια επίκλησης αδυναμίας τρίτων, αλλά, σκοπεί στην, με αντικειμενικά στοιχεία, αδιάσειστη απόδειξη της καταχρηστικότητας και δυσαναλογίας

του βαλλόμενου όρου εν σχέσει με τις συνθήκες που επικρατούν στη σχετική αγορά συμβάσεων. Ο ισχυρισμός που διατυπώνεται στο στοιχείο 2 των απόψεων τυγχάνει προδήλως απορριπτέος ως αβάσιμος, δοθέντος, ότι, ο βαλλόμενος όρος ουδόλως εύλογος ή ανάλογος μπορεί να νοηθεί. Απεναντίας, ο όρος τούτος, είτε εξεταζόμενος μεμονωμένα, είτε εν συνδυασμώ των ειδικότερων τριών ποιοτικών - ποσοτικών χαρακτηριστικών που τον συνθέτουν, ήτοι, α) κάλυψη δεικτών, β) κάλυψή τους για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας και γ) κάλυψή τους από κάθε μέλος Ένωσης ή Κοινοπραξίας, παρίσταται εξόχως δυσανάλογος και υπερβολικός, με αποτέλεσμα, να μην μπορούν να ανταποκριθούν στο κριτήριο επιλογής ακόμη και οι φορείς εκείνοι που λ.χ καλύπτουν τον δείκτη, πλην όμως για τα δυο από τα τρία τελευταία έτη που απαιτείται. Επίσης, υπό καμία εκδοχή δεν μπορεί να δικαιολογηθεί η επιλογή εκπλήρωσης του κριτηρίου οπωσδήποτε αυτοτελώς για κάθε συμμετέχοντα, αδιαφόρως του τρόπου συμμετοχής του, αποθαρρύνοντας στην ουσία την πολυσυμμετοχική δράση και την συνεργασία των φορέων με σκοπό την εκπλήρωση του κριτηρίου και καθιστώντας τον κοινοτικό θεσμό της στήριξης σε τρίτο φορέα επί της ουσίας ανεφάρμοστο, δηλαδή, γράμμα νόμου κενό. Ο ισχυρισμός που διατυπώνεται στο στοιχείο 3 των απόψεων είναι προφανές, ότι, δεν αφορά στην προσφυγή της προσφεύγουσας, όπως αυτή ισχυρίζεται, αφού πουθενά στην προσφυγή της δεν επικαλείται την με αριθμό 418/18 απόφαση της ΑΕΠΠ, ούτε παραθέτει απόσπασμά της. Οι ισχυρισμοί που διατυπώνονται στα στοιχεία 4 - 10 των απόψεων είναι προφανές ότι,παρίστανται αλυσιτελώς προβαλλόμενοι. Καθώς, ουδείς αμφισβητεί την δυνατότητα κάθε Α.Α να επιλέγει τα στοιχεία που κρίνει η ίδια πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Αυτό που αμφισβητείται είναι η δυσαναλογία και υπερβολικότητα των κριτηρίων που εν προκειμένω επελέγησαν. Το κάθε φορά ζητούμενο ως ελάχιστο επίπεδο οικονομικής επάρκειας δεν είναι κατ' ανάγκην νόμιμο ή ανάλογο μόνο και μόνο επειδή η Α.Α έχει το δικαίωμα να το επιλέξει και να το περιλάβει στην διακήρυξη που συντάσσει. Αυτό στην ουσία επικαλείται η Α.Α στις απόψεις της. Ό,τι δηλαδή, εκ μόνου του λόγου

ότι η αναλογία ενεργητικού και παθητικού αναγνωρίζεται από τον νομοθέτη ως οικονομικό μέγεθος που μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως απόδειξη οικονομικής αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα, συγχωρείται κάθε υπερβολικότητα ή δυσαναλογία. Αυτός ο ισχυρισμός είναι εξόχως αβάσιμος, καθώς το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, καταρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση μιας σύμβασης, καθορίζοντας τις προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, δεν σημαίνει επ' ουδενί ότι νομιμοποιείται να θεσπίζει όρους που στρεβλώνουν τους κανόνες του ανταγωνισμού. Απεναντίας, είναι υποχρεωμένη να καταρτίζει τους όρους αυτούς εξασφαλίζοντας την ανάπτυξη ελεύθερου ανταγωνισμού και την ισότιμη και απρόσκοπτη πρόσβαση των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν στις διαγωνιστικές διαδικασίες φορέων, ενώ τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση θα πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό και αποχρώντα λόγο γενικού συμφέροντος, να αιτιολογούνται ειδικώς και εμπεριστατωμένως και να μην είναι δυσανάλογοι με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Τμ. Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης Ε.Σ 3065/2014, 7380,6022/2015, ΣΤ Κλ. Ε.Σ 12/2016, 1147/18 ΑΕΠΠ κ.ο.κ). Σε κάθε λοιπόν περίπτωση οι όροι τούτοι ελέγχονται εξ απόψεως τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Τέλος, ο ισχυρισμός της ότι επειδή το βαλλόμενο κριτήριο ισχύει για όλους τους συμμετέχοντες, αντικειμενικά και χωρίς καμία διάκριση προσδίδεται νομιμότητα και αναλογία στον όρο, τυγχάνει όλως απαράδεκτος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, διό, τα κριτήρια, ενόψει της αρχής της ισότητας και της αποφυγής διακρίσεων, ισχύουν, ούτως ή άλλως, ως έχουν, έναντι όλων. Οι ισχυρισμοί που διατυπώνονται στα στοιχεία 11 - 12 των απόψεων είναι προφανές ότι τυγχάνουν απορριπτέοι. Μόνο το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης δεν σημαίνει επ' ουδενί ότι δικαιολογείται η αυστηρότητα του βαλλόμενου όρου. Όλοι ή έστω οι περισσότεροι διαγωνισμοί οδοφωτισμού που έχουν προκηρυχθεί εν Ελλάδι

είχαν τον ίδιο ή πανομοιότυπο ή παρεμφερή εμπροσθοβαρή για τον ανάδοχο χαρακτήρα με απόσβεση σε βάθος χρόνου, κατά κανόνα δωδεκαετία. Εντούτοις, σε κανέναν εξ αυτών δεν υπήρχε τέτοια απαίτηση, αν και το μεν σε ορισμένους εξ αυτών ο προϋπολογισμός ήτο μεγαλύτερος του επίμαχου, το δε η απρόσκοπτη χρηματοδότηση και των συμβάσεων αυτών ήτο εξίσου ιδιαίτερα σημαντική. Έτσι όπως διατυπώνει τα επιχειρήματά της η Α.Α είναι ωσάν να ισχυρίζεται ότι η μέριμνα που φέρεται να επιδεικνύει είναι μεγαλύτερη έναντι των άλλων Α.Α ή ότι οι λοιπές Α.Α δεν επέδειξαν την μέριμνα που η ίδια φέρεται να επιδεικνύει ως προς την χρηματοδότηση στης σύμβασης. Υφ' εκατέρα εκδοχή τούτο είναι προδήλως εσφαλμένο. Ουδόλως απειλείται η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί της απαίτησης τήρησης των δεικτών για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας, ο συντάκτης της διακήρυξης επέλεγε μία σαφώς ολιγότερο επαχθή απαίτηση, όπως θα ήτο λ.χ η αναλογία να έχει ως αναφορά περιόδου την τριετία και ουχί κάθε έτος της. Ουδόλως απειλείται η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί της απαίτησης τήρησης των δεικτών για κάθε μέλος Ενώσεων ή Κ/ξ ο συντάκτης της διακήρυξης επέλεγε μία σαφώς ολιγότερο επαχθή απαίτηση όπως θα ήτο λ.χ η προϋπόθεση να δύναται να καλύπτεται αθροιστικά από τα μέλη εκάστης Ένωσης ή Κ/ξ (όπως ενδεικτικά έκαμε με τον γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών) ή από ένα εξ αυτών. Ουδόλως απειλείται η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί των τιμών που επέλεξε, που είναι αδύνατον να εκπληρωθούν από την συντριπτική πλειοψηφία των φορέων που δραστηριοποιούνται στην σχετική αγορά, μεταξύ αυτών και η προσφεύγουσα, ο συντάκτης της διακήρυξης επέλεγε μία σαφώς ολιγότερο επαχθή τιμή που το μεν θα επιτελούσε τον ίδιο σκοπό και θα επέφερε το ίδιο επίπεδο διασφάλισης, το δε θα αύξανε τον ανταγωνισμό και θα ενθάρρυνε την συμμετοχή στην διεκδίκηση του αντικειμένου. Είναι λοιπόν φανερό, ότι, η παράθεση στη διακήρυξη τέτοιων άκρως υπερβολικών οικονομικών απαιτήσεων συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια της Α.Α, δοθέντος ότι δημιούργησε και συνέθεσε ένα ιδιαίτερα αυστηρό πλαίσιο, το οποίο παρίσταται δυσανάλογο και υπερακοντίζει τον σκοπό στον οποίον κατατείνει η διαγωνιστική διαδικασία. Ως ιδιαίτερα αυστηρό το πλαίσιο αυτό

δύναται αντικειμενικά να δημιουργήσει δυσμενείς διακρίσεις εις βάρος των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι ναι μεν διαθέτουν - κατ' αντικειμενικό μέτρο και αποδεδειγμένα - την οικονομική ικανότητα να ανταποκριθούν αξιοπρεπώς και επιτυχώς στο αντικείμενο του διαγωνισμού, πλην όμως, δεν διαθέτουν, τις εξόχως υπερβολικές και δυσανάλογες απαιτούμενες προϋποθέσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας που εν προκειμένω μνημονεύονται στο άρθρο που βάλλεται. Οι ισχυρισμοί που διατυπώνονται στα στοιχεία 13 - 31 των απόψεων είναι προφανές, ότι, τυγχάνουν εκ νέου απορριπτέοι, κατά την προσφεύγουσα. Ισχυρισμοί όπως, ότι ο αναλογικός ή μη χαρακτήρας συγκεκριμένης απαίτησης ποιοτικής επιλογής κρίνεται σε σχέση μόνο με τα χαρακτηριστικά της προκηρυσσόμενης σύμβασης και τον επιδιωκόμενο σκοπό της (απαίτησης) και όχι και εξ απόψεως ανταγωνιστικότητας, ήτοι από τη δυνατότητα κάλυψης ή μη αυτής από συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς είναι εξόχως πρωτοφανείς. Στρεβλώνουν κατάφωρα έναν από τους σημαντικότερους σκοπούς θέσπισης της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Στην αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), προβλέπεται ότι: «[...] *οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της Οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...]... Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες... Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]*.». Συναφώς και η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ στη με αριθμό 17 Κ.Ο διατυπώνει, μεταξύ άλλων, τις ακόλουθες σκέψεις «... *Η βασική προτεραιότητα των κρατών μελών αναφορικά με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων από τις αρμόδιες Αρχές ή εκ μέρους αυτών ήταν η απόλυτη συμφωνία με τις αρχές της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και ειδικότερα με την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής*

υπηρεσιών, καθώς και τις εξ αυτών απορρέουσες αρχές, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της αποφυγής διακρίσεων, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της αναλογικότητας και της διαφάνειας. Οι δημόσιες συμβάσεις σε συσχετισμό με το πλαίσιο αναφοράς των βασικών προτεραιοτήτων της Ένωσης, διαδραματίζουν βασικό ρόλο στη στρατηγική "Ευρώπη 2020", όπως αυτή αποτυπώνεται στην από 3ης Μαρτίου 2010 ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «Ευρώπη 2020 — Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη». Στο πλαίσιο αναθεώρησης και εκσυγχρονισμού των πρότερων Οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ, όσον αφορά τις δημόσιες προμήθειες, κρίθηκε εκ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, ως κατέχουσα ιδιαίτερη σημασία, η διευκόλυνση και ενίσχυση της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες, το οποίο αποτελεί βασικό στόχο της παρούσας κατευθυντήριας οδηγίας... Σκοπός της παρούσας είναι η ενίσχυση της συμμετοχής των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις, ως οικείο πλαίσιο αναφοράς των προτεραιοτήτων της Ένωσης, όπως αυτές ορίσθηκαν μέσω των στόχων της "Ευρώπης 2020" και εξειδικεύτηκαν στις σχετικές Οδηγίες. Εν προκειμένω, η Στρατηγική της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.) για την περίοδο 2014-2020 αποτυπώνεται στην από 3ης Μαρτίου 2010 ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «Ευρώπη 2020 — Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη». Σε συνάφεια με την ως άνω Κοινοτική προτεραιότητα, οι κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες αναθεωρήθηκαν και εκσυγχρονίστηκαν δυνάμει των Οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, με στόχο να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες συμβάσεις, αλλά και προκειμένου να αξιοποιήσουν οι εμπλεκόμενοι φορείς τις δημόσιες συμβάσεις επιτυγχάνοντας παράλληλα κοινωνικούς στόχους.». Προσθέτως, ισχυρισμοί του τύπου «*εκ των εταιριών αυτών μόνον μία (1), η εταιρεία ..., κατάθεσε προδικαστική προσφυγή κατά της βαλλόμενης, με την κρινόμενη προσφυγή, Διακήρυξης, το οποίο καταδεικνύει είτε την έλλειψη ενδιαφέροντος των λοιπών κατονομαζόμενων εταιριών στην υποβολή*

προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό» εις βάρος της Α.Α αληθώς κατατείνουν, διότι μόνο σαν πανηγυρική ομολογία της ως προς το χαμηλό επίπεδο ανταγωνισμού που αναμένει μπορούν να ερμηνευθούν, καθώς, ως γνωστόν, όταν οι φορείς δεν μπορούν ένεκα υπερβολικών απαιτήσεων να συμμετάσχουν, είναι φυσιολογικό να μην έχουν ενδιαφέρον. Κατά τα λοιπά, καθ' ο μέρος οι ισχυρισμοί της Α.Α επαναλαμβάνονται, η προσφεύγουσα παραπέμπει στα παραπάνω και στην προσφυγή της. Παρέπεται επίσης να σημειωθεί, το αυτονόητο, ότι, το ίδιο απορριπτέος είναι και ο (ομολογουμένως ασυνήθης) ισχυρισμός της με τον οποίον επάγεται αοριστία των αιτιάσεών της με μόνο σκεπτικό ότι δεν αναφέρει η προσφεύγουσα ποιο είναι, αριθμητικά, το σύνολο των οικονομικών φορέων οι οποίοι δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά συμβάσεων, οι οποίοι θα μπορούσαν να είναι εν δυνάμει προσφέροντες στον υπόψη διαγωνισμό, ούτε τους κατονομάζει, ούτε παραθέτει στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύει ότι οι ισχυρισμοί της ευσταθούν, λες και, η βασιμότητα ή η ορθότητα ενός ισχυρισμού περί αντι - ανταγωνιστικότητας όρου διακήρυξης προσαπαιτεί, ως στοιχείο παραδεκτού προβολής του, την προηγούμενη αριθμητική αναφορά του συνόλου των οικονομικών φορέων οι οποίοι δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά συμβάσεων που, παρεμπιπτόντως, ουδείς μπορεί, με βεβαιότητα, να γνωρίζει. Η δε προσκομιδή δημοσιευμάτων προς υποστήριξη μίας διακήρυξης δεν θεωρούμε ότι συνάδει με το ευλόγως αναμενόμενο υψηλό επίπεδο αντιλόγου. Επίσης λεκτέο, ότι, ο ισχυρισμός που διατυπώνεται στο σημείο 20 και πάλι δεν αφορά την προσφεύγουσα, ως αυτή υποστηρίζει, αφού πουθενά στην προσφυγή της δεν αναφέρει «*Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα (αρ. 6.γ) ότι «οι οικονομικοί φορείς με εμπειρία και εξειδίκευση στο ειδικό αντικείμενο των εν λόγω συμβάσεων εμφανίζουν αφενός υψηλότερο κατά μέσο όρο δείκτη στις δανειακές υποχρεώσεις τους, οι οποίες συναρτώνται άμεσα με τον τραπεζικό δανεισμό που έχουν λάβει για την πραγματοποίηση των σχετικών επενδύσεων και αφετέρου χαμηλότερο κατά μέσο όρο δείκτη στο κυκλοφορούν ενεργητικό τους, αφού τα έσοδα από την εν λόγω δραστηριότητα δεν καταβάλλονται άμεσα, αλλά όπως προεκτέθηκε, μακροπρόθεσμα και σε βάθος συνήθως δεκαετίας*». Ενδεχομένως να

αφορά σε άλλη προσφυγή. Πάντως, η συνεχής σύγχυση επί των κειμένων των προδικαστικών προσφυγών δημιουργεί, εύλογα, αρνητικές εντυπώσεις. Επί του σημείου 21 οι απόψεις περιλαμβάνουν νομικούς και ουσιαστικούς ισχυρισμούς, ήτοι, πραγματικά περιστατικά, ουχί συμπεράσματα, αβέβαιες σκέψεις, ενδεχόμενα. Ο ισχυρισμός του σημείου 22 τυγχάνει αλυσιτελώς προβαλλόμενος δοθέντος ότι ο μέσος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών δεν συνιστά αντικείμενο προσβολής. Το ίδιο απορριπτέοι, προεχόντως ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι, είναι και οι ισχυρισμοί που διαυλακώνονται στα σημεία 23 - 24. Αναφορές σε παλαιότερες διακηρύξεις ουδόλως λαμβάνονται υπόψη καθ' ο μέρος αντιτίθενται, πρόδηλα, στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, (ΕΑ ΣτΕ 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007 κ.ά.). Με βάση την αρχή αυτή, κάθε διαγωνιστική διαδικασία κρίνεται αυτοτελώς. Σε κάθε περίπτωση, διακηρύξεις που αφορούν σε ξένες, προς την επίμαχη, διαδικασίες, δεν μπορούν να αποτελούν «μοχλό» ή «a priori απόδειξη» νομιμότητας της διακήρυξης που βάλλεται. Άρα, καταρχήν οι ισχυρισμοί αυτοί είναι απαράδεκτοι. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δηλώνει ότι ουδόλως έλαβε μέρος σε αυτούς τους διαγωνισμούς υποβάλλοντας προσφορά. Προφανώς επειδή δεν μπορούσε να εκπληρώσει τους δείκτες που εμφιλοχώρησαν σε εκείνο το κανονιστικό πλαίσιο. Άρα, οι ισχυρισμοί αυτοί αποδεικνύουν το αντίθετο από αυτό που επιχειρεί η ΑΑ. Ότι δηλαδή η αδυναμία της ως προς την εκπλήρωση του κριτηρίου είναι σταθερά, διαρκής, αληθής και ουχί προσχηματική ή προσωρινή. Οι σχετικοί ισχυρισμοί της επενεργούν αληθώς εις βάρος της, καθώς, το μόνο που αποδεικνύουν είναι την βασιμότητα της προσφυγής της. Τέλος, λεκτέο, ότι, σε κάθε περίπτωση είναι μάλλον άστοχο να γίνεται σύγκριση διακηρύξεων προϋπολογισμού απείρως κατώτερου με τον δημοπρατούμενο. Όσον αφορά στον ισχυρισμό των σημείων 25 - 27, λεκτέο, ότι, μόνη η δυνατότητα προσφυγής στις ικανότητες τρίτου προς εκπλήρωση των κριτηρίων επιλογής δεν συνιστά επαρκή δικαιολογητικό λόγο εμφιλοχώρησης στο κείμενο της διακήρυξης όρων που καταφανώς στρεβλώνουν τον ανταγωνισμό. Ο θεσμός αυτός δεν έχει την έννοια του «μοχλού» νομιμοποίησης παράνομων και υπερβολικών

απαιτήσεων. Εάν ήταν έτσι, τότε, με μόνη την επίκλησή του όλες οι διακηρύξεις θα ήτο νόμιμες και συμβατές προς τους σκοπούς της Ένωσης. Αντιθέτως, ο θεσμός αυτός δημιουργήθηκε προς ενίσχυση του ανταγωνισμού δια της διευκόλυνσης και ενίσχυσης της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες, βεβαίως και με την στήριξη σε τρίτες δυνάμεις. Προσθέτως λεκτέο, ότι, εν προκειμένω, όσον αφορά στον όρο 5.5.ιι κάθε προσφυγή στο θεσμό αυτόν είναι στην ουσία ανεφάρμοστη υπό την παραδοχή της υπερβολικότητας και αυστηρότητας του όρου που βάλλεται και της εκπλήρωσής του από ελάχιστους έως ενός φορείς. Η δε πρόβλεψη του θεσμού αυτού στην επίμαχη διακήρυξη δεν συνιστά πρωτοτυπία του συντάκτη της, αλλά υποχρεωτική πρόβλεψη κάθε διακήρυξης. Συνεπώς, δεν είναι ορθό η Α.Α να επάγεται ότι επειδή στην επίμαχη διακήρυξη έχει τεθεί ο εν λόγω θεσμός, τούτο σημαίνει ότι αυτή προκρίνει τον ανταγωνισμό. Ως προς τους ισχυρισμούς των λοιπών σημείων 28 - 31 είναι προφανές ότι προβάλλονται αλυσιτελώς και δεν αφορούν το θέμα που εξετάζεται (τι νόημα έχει άραγε ο ισχυρισμός στο σημείο 31 ως προς τα κριτήρια που τάσσονται στο άρθρο 100 του ν. 3669/2008 περί Μ.Ε.ΕΠ με το εξεταζόμενο θέμα). Σύμφωνα με το άρ. 19 ν. 4412/2016, η επιλογή του τρόπου πλήρωσης του ελάχιστου επιπέδου οικονομικής καταλληλότητας δεν είναι αυθαίρετη και απεριόριστη, αλλά, τελεί υπό την προϋπόθεση να μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά και να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Εν προκειμένω, εξακολουθεί να μην υπάρχει ιδιαίτερη αιτιολόγηση της επιλογής κάλυψης του κριτηρίου από κάθε μέλος της Ένωσης ή Κ/ξ και εξακολουθεί να μην προβάλλεται κάποιος αποχρών λόγος δημοσίου συμφέροντος που θα μπορούσε να δικαιολογήσει την επιλογή τούτη. Η δε μόνη λιτή αναφορά ότι «*ως προς τους δείκτες αναλογίας ενεργητικού/παθητικού, και μάλιστα χωρίς να απαιτείται συγκεκριμένο ποσό αριθμητικά, μόνον η απαίτηση πλήρωσης του κριτηρίου από κάθε μέλος της ένωσης συνεπάγεται πλήρωση του κριτηρίου για την ένωση ως μονάδα*» είναι προφανώς ανεπαρκής και αβάσιμη ως εκκινούμενη υπό την εξόχως εσφαλμένη (και ομολογουμένως ασυνήθιστη) αφετηρία ότι τυχόν απαίτηση οι επίμαχοι δείκτες να καλύπτονται από ένα από τα μέλη της ένωσης θα συνιστούσε παραβίαση

της αρχής της ισότητας υπό την έννοια ότι το ενωσιακό δίκαιο αντιμετωπίζει την κάθε ένωση οικονομικών φορέων ως μονάδα, ήτοι ως έναν συμμετέχοντα, παραβλέποντας την σημασία του γράμματος του άρθρου 19, όπου, προβλέπεται ότι, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 και, συνεπώς, ότι, θεσπίζεται ειδική πρόβλεψη περί του τρόπου τεκμηρίωσης του εκάστοτε επιπέδου καταλληλότητας ειδικά σε περίπτωση πολυσυμμετοχικής δράσης χωρίς τούτο να συνιστά παραβίαση της αρχής ισότητας όπως προδήλως εσφαλμένα επάγεται η Α.Α. Εν κατακλείδι, ο όρος του άρθρου 5.5.ιι της διακήρυξης, εξεταζόμενος, είτε μεμονωμένα, είτε εν συνδυασμώ των ειδικότερων τριών ποιοτικών - ποσοτικών χαρακτηριστικών που τον συνθέτουν, ήτοι, α) κάλυψη δεικτών, β) κάλυψή τους για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας και γ) κάλυψή τους από κάθε μέλος Ένωσης ή Κοινοπραξίας, τυγχάνει οπωσδήποτε μη νόμιμος. Μάλιστα, εάν εξετασθούν συνδυαστικά οι ειδικότερες απαιτήσεις που συνθέτουν τον όρο, τότε, η δυσαναλογία και υπερβολικότητα είναι ακόμη μεγαλύτερη, το ήδη αυστηρό πλαίσιο γίνεται ακόμη πιο αυστηρό και αντι-ανταγωνιστικό, με αποτέλεσμα να μην μπορούν να ανταποκριθούν στο κριτήριο επιλογής ακόμη και οι φορείς εκείνοι που λ.χ καλύπτουν τον δείκτη, πλην όμως για τα δυο από τα τρία τελευταία έτη που απαιτείται. Επίσης, υπό καμία εκδοχή δεν μπορεί να δικαιολογηθεί η επιλογή της εκπλήρωσης του κριτηρίου οπωσδήποτε αυτοτελώς για κάθε συμμετέχοντα, αδιαφόρως του τρόπου συμμετοχής του. Τούτη η απαίτηση είναι εξόχως ασυνήθιστη. Επιπλέον, δημιουργεί πρόσθετα προβλήματα συμμετοχής μιας και αποθαρρύνει την πολυσυμμετοχική δράση και συνεργασία των φορέων με σκοπό την εκπλήρωση του κριτηρίου. Ουδείς βάσιμος λόγος περί στήριξης σε τρίτο φορέα μπορεί να γίνει, αφού, υπό την παραδοχή της υπερβολικότητας και αυστηρότητας του όρου που βάλλεται και της εκπλήρωσής του από ελάχιστους έως ενός φορείς, είναι σαφές, ότι, μία τέτοια στήριξη καθίσταται εξόχως δυσχερής και αβέβαιη. Τέλος, είναι και ανούσια η απαίτηση τούτη,

διό, προσθέτει ουδέν υπέρ της Α.Α, αφού, εάν ο δείκτης ικανοποιείται, είτε από όλα τα μέλη των συμπράξεων, είτε από ένα εξ αυτών, η εξασφάλιση της Α.Α είναι ίδια, ως κατά νόμο εις ολόκληρον και αλληλέγγυα υπεύθυνα όλα τα μέλη της Ένωσης ή Κοινοπραξίας έναντι αυτής. Είναι προφανές, ότι, η αναθέτουσα Αρχή, υπερέβη εν προκειμένω τα άκρα όρια του περιθωρίου εκτίμησης που της παρέχει το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο ως προς τη θέσπιση του κριτηρίου οικονομικής καταλληλότητας. Πρόκειται για όρο, που είτε συνδυαστικά, είτε μεμονωμένα, είναι εξόχως δυσανάλογος του σκοπού για τον οποίο προβλέφθηκε, αφού, η οικονομική φερεγγυότητα και η επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση θα μπορούσε να αποδειχθεί, εξίσου αποτελεσματικά, με λιγότερο επαχθή τρόπο. Σε αντίθεση με άλλες αντίστοιχου περιεχομένου συμβάσεις, οι κρίσιμοι όροι οικονομικής καταλληλότητας, είναι αυστηρότεροι, χωρίς τούτο να δικαιολογείται επαρκώς μόνο και μόνο ενόψει του προϋπολογισμού του αντικειμένου. Επιπλέον, η εξόχως αμφισβητούμενη νομιμότητα του όρου που βάλλεται είναι βέβαιο ότι δεν θα οδηγήσει σε επαρκή ανταγωνισμό, δοθέντος, ότι, καλύπτεται από ελάχιστους, έως ενός, φορείς που δραστηριοποιούνται στην σχετική αγορά. Είναι προσθέτως απρόσφορος να αποδείξει την οικονομική ικανότητα των εταιριών, αφού, ως κατεδείχθη, οι ζητούμενοι δείκτες δεν επαρκούν από μόνοι τους ως απόδειξη της ικανότητας αυτής, ούτε αντανακλούν την πραγματική οικονομική κατάσταση ενός υποψηφίου. Τέλος, είναι γνωστό, ότι, δεδομένου ότι ο έλεγχος των κριτηρίων καταλληλότητας με βάση την αρχή της αναλογικότητας έχει παγίως επιβεβαιωθεί από τη νομοθεσία και τη νομολογία των Δικαστηρίων, κάθε τυχόν λόγοι δημοσίου συμφέροντος που καθιστούν επιτακτική την σύναψη της σύμβασης υπό τους όρους αυτούς, δεν υπερισχύουν των κανόνων διεξαγωγής των διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων και ανάπτυξης δίκαιου ανταγωνισμού, που επίσης έχουν θεσπιστεί για λόγους δημοσίου συμφέροντος (Ε.Σ. VI Τμ. 123/2019, 482/2018, 668, 213/2017, 1605, 2227/2016). Ενόψει των ανωτέρω η πλημμέλεια που ενεφιλοχώρησε στη διακήρυξη επί τη βάσει του άρθρου 5.5.ii τυγχάνει ουσιώδης, ώστε, να παρίσταται εξόχως βάσιμη και νόμιμη περίπτωση ακύρωσης εν συνόλω

της διακηρύξεως κατά παραδοχή της προσφυγής απορριπτομένων συνάμα όλων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της Α.Α. **Επί του δεύτερου λόγου**: Οι ισχυρισμοί που διατυπώνονται στα στοιχεία 32, 34 και 38 των απόψεων είναι προφανές ότι τυγχάνουν απορριπτέοι. Στην προσφυγή αναφέρονται ξεκάθαρα τα θεμέλια του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, ως αυτή ισχυρίζεται, κάτι, το οποίο η Α.Α φαίνεται να το παρερμηνεύει. Ενδεικτικά, στο υπό στοιχείο IV της προσφυγής αναφέρει η προσφεύγουσα «*Οι δύο όροι που βάλλονται αποκλείουν - όπως θα καταδείξουμε στην συνέχεια - και στερούν το δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό της εταιρείας μας αλλά και της συντριπτικής πλειονότητας των φορέων που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά συμβάσεων φωτιστικού υλικού. Τούτο επιτυγχάνεται δια της εισαγωγής άκρως περιοριστικών, εξόχως αντιανταγωνιστικών, όλως αορίστων και ασαφών και εν γένει μη εύλογων απαιτήσεων για διαγωνισμό οδοφωτισμού... Παρέπεται να ειπωθεί και το αυτονόητο. Ότι ως μη νόμιμοι εξομοιούνται και οι όροι εκείνοι που διατυπώνονται ασαφώς και αορίστως, σε αντίθεση δηλαδή προς την αρχή της διαφάνειας και την υποχρέωση εκάστης Α.Α να συντάσσει διακήρυξη με σαφείς και ευνόητους όρους, όπως και εκείνοι που προδιαγράφουν όρους με αδιαφανή, αντιεπιστημονικό τρόπο, εξόχως ατεκμηρίωτα και εν τέλει με τρόπο που, το μεν, αποστερούν, λόγω της έκτασης της ασάφειας την υποβολή πλήρους και παραδεκτής προσφοράς, το δε, καθιστούν, αντικειμενικά αδύνατη και αδιαφανή την τεχνική αξιολόγηση και βαθμολόγηση των υποψηφίων. Όροι που διατυπώνονται με τέτοιους τρόπους ασαφώς και αορίστως δημιουργούν ανεπίτρεπτη και ανυπέρβλητη αδυναμία σύγχυση συμμετοχής, προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς στους υποψηφίους. Είναι δε αυτονόητο ότι διογκώνουν υπέρ της Α.Α το πεδίο ερμηνείας των στοιχείων εκάστης τεχνικής προσφοράς, με άλλα δημιουργούν και ενθαρρύνουν συνθήκες αδιαφανούς κρίσεως, συνεπώς, αυξάνουν, εις βάρος του διαγωνιζομένου, τον κίνδυνο απόρριψης μίας καθ' όλα πλήρους τεχνικής προσφοράς και την αδιαφάνεια κατά την αξιολόγηση, στην οποία, σημειωτέον, ως εκ της φύσεώς της, κυριαρχεί το υποκειμενικό κριτήριο*...» Άρα λοιπόν, κάθε περί του αντιθέτου ισχυρισμός δεν ισχύει, κατά την προσφεύγουσα. Σημειωτέον, περαιτέρω,

όσον αφορά στις απόψεις που εκφέρονται στο σημείο 32, το εξής: Η Α.Α ουσιαστικά ομολογεί την αυθαίρετη και κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης αξιολόγηση των προσφορών, καθώς, παραδέχεται, ότι, αυτή, σε κάθε περίπτωση δεν συνιστά πλημμέλεια της Διακήρυξης, αλλά πλημμέλεια της αξιολόγησης των προσφορών και, άρα, προσβλητέα κατά το αντίστοιχο στάδιο. Αυτός ο ισχυρισμός είναι - ομολογουμένως - ασυνήθης. Δηλαδή, η Α.Α υποστηρίζει, ότι, ακόμη και αν συντρέχει καταφανής πλημμέλεια της διακήρυξης, ο υποψήφιος, αποστερείται του δικαιώματος να αμφισβητήσει την κανονικότητα και νομιμότητα του διαγωνισμού εν τη γενέσει του και, αντ' αυτού, οφείλει να αναμένει το οικείο στάδιο. Έτσι όπως διατυπώνεται ο ισχυρισμός είναι προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι παραβλέπονται και παρερμηνεύονται βασικά δικονομικά δικαιώματα των οικονομικών φορέων. Διότι, εάν ήταν έτσι, τότε, τί νόημα έχει η πρόβλεψη του κοινοτικού και εσωτερικού νομοθέτη, αλλά και του συντάκτη της επίμαχης διακήρυξης, περί του δικαιώματος προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης. Βεβαίως και οι πλημμέλειες αυτές καθ' ο μέρος συνιστούν πλημμέλειες της διακήρυξης βάλλονται επιτρεπτώς, αποκλειστικώς και επικαίρως με προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης. Επίσης, κατά την προσφεύγουσα, είναι ωσάν να υπολαμβάνεται ανεπίτρεπτη αμφισβήτηση του πλαισίου δικαιοδοτικού ελέγχου της ΑΕΠΠ, του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά τον προσυμβατικό έλεγχο, του ΣτΕ και των λοιπών Διοικητικών Εφετείων. Υποστηρίζοντας η Α.Α ότι κάθε πλημμέλεια της διακήρυξης δεν εξετάζεται επίκαιρα, παρά μόνο στο αντίστοιχο στάδιο στο οποίο αυτή αφορά, είναι, κατά την προσφεύγουσα, σαν να λέει ότι τόσο η ΑΕΠΠ όσο και τα αρμόδια Δικαστήρια, μη ορθώς και αλυσιτελώς ασκούν έλεγχο νομιμότητας των κανονιστικών όρων. Προσθέτως, φαίνεται να κάμπτεται η σπουδαία και διαχρονική αρχή που ισχύει στις δημόσιες συμβάσεις περί επίκαιρης προβολής των αιτιάσεων και ταχείας επίλυσης των σχετικών διαφορών. Δηλαδή τί νόημα έχει και ποιον σκοπό εξυπηρετεί μία κατάφορα πλημμελής διάταξη της διακήρυξης να μην μπορεί να προσβληθεί επίκαιρα, παρά να αναμένεται η εισαγωγή του διαγωνισμού στο σχετικό στάδιο προκειμένου να προσβληθεί. Έτι περαιτέρω, αμφισβήτηση νομιμότητας όρων

διακήρυξης είναι ανεπίτρεπτη ως απαράδεκτη όταν αυτή δεν έχει προταθεί επίκαιρα και με το κατάλληλο μέσο, ήτοι, εντός ρητά προβλεπομένης προθεσμίας και δια προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης. Τέλος, σε συνέχεια της αμέσως ανωτέρα σκέψεως, ως γνωστόν, σε όλους τους διαγωνισμούς, οι υποψήφιοι, με την κατάθεση προσφοράς, αναγνωρίζουν ρητά και αποδέχονται ανεπιφύλακτα την νομιμότητα των κανονιστικών όρων, όπερ σημαίνει, ότι, αν αυτοί δεν αμφισβητηθούν έγκαιρα, τυγχάνουν απρόσβλητοι, συνεπώς, κάθε τυχόν αμφισβήτησή τους σε μεταγενέστερα στάδια τυγχάνει απαράδεκτη. Όλα αυτά φαίνεται να παραβλέπονται από την Α.Α δια της ομολογίας της ως προς την ύπαρξη πλημμέλειας. Ο ισχυρισμός που διατυπώνεται στο σημείο 33 και πάλι δεν αφορά, στην προσφεύγουσα, ως αυτή προβάλλει, αφού πουθενά στην προσφυγή της δεν αναφέρει διατάξεις ή νομολογιακές κρίσεις, σχετικές με τα σημεία συγκριτικής υπεροχής ή υστέρησης εκάστης τεχνικής προσφοράς. Οι ισχυρισμοί που διατυπώνονται στα σημεία 35, 36 και 39 τυγχάνουν προδήλως αβάσιμοι και αόριστοι. Όπως αναφέρεται στην προσφυγή ο τρόπος διατύπωσης της μεθοδολογίας και των κριτηρίων αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών που αντιστοιχεί στο 70% της γενικής αξιολόγησής τους είναι απολύτως αόριστος και ασαφής και ουδόλως εξασφαλίζεται η ευλόγως αναμενόμενη διαφάνεια, η αντικειμενικότητα και η ίση μεταχείριση μεταξύ των υποψηφίων. Ειδικότερα, α) δεν γίνεται καμία συγκεκριμένη περιγραφή του αντικειμένου τεχνικής αξιολόγησης των υποψηφίων στα κριτήρια Τ1, Τ2, Τ3, εκτός από επιδερμικές - επιφανειακές αναφορές που αφορούν, όσον αφορά το κριτήριο Τ1 μόνο σε «*Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης Αναβάθμισης», όσον αφορά στο κριτήριο Τ2 μόνο σε «Πληρότητα προδιαγραφές του Συστήματος*...» και όσον αφορά στο κριτήριο Τ3 μόνο σε «Διάρθρωση ομάδας έργου». Η ανάγκη όμως για πλήρη, εξειδικευμένη και αναλυτική περιγραφή τυγχάνει αδήριτη, διότι ένα όλο αόριστο πλαίσιο βαθμολόγησης καθιστά την όλη αξιολόγηση αδιαφανή, μιας και σε αυτήν κυριαρχεί το υποκειμενικό κριτήριο και, συνεπώς, το πεδίο στο οποίο μπορεί η Α.Α να κινηθεί είναι πέραν αντικειμενικής βάσης και μέτρου. Με άλλα λόγια, η ασάφεια, της δίδει την ευχέρεια να βαθμολογήσει κατά το

δοκούν τις προσφορές, χωρίς ενιαίο ή ίσο μέτρο. Ενόψει του ασαφούς πλαισίου ο υποψήφιος οικονομικός φορέας καλείται να διαμορφώσει μια τεχνική προσφορά χωρίς να γνωρίζει σε τι αξιολογείται επακριβώς, δηλαδή ποια σημεία των τεχνικών προδιαγραφών προκρίνονται ως πιο σημαντικά από την Αναθέτουσα αρχή, και στα οποία θα βασιστεί για να πριμοδοτήσει περισσότερο μια τεχνική προσφορά έναντι άλλης. Ειδικά όσον αφορά στην βαθμολόγηση του κριτηρίου Τ3, η Α.Α, το μόνο που κάμει είναι να επάγεται το εξόχως αόριστο, ότι «*προσφορά η οποία καλύπτει τις ως άνω απαιτήσεις βαθμολογείται με 100 και προσφορά η οποία στελεχώνει με περισσότερο και εμπειρότερο προσωπικό την ομάδα έργου, με μεγαλύτερη βαθμολογία, έως 150.*» Είναι προφανές ότι αυτή η γενική και εξόχως αόριστη απάντηση δεν μπορεί να αποτελεί επαρκές θεμέλιο για να στοιχειοθετηθεί ένα συγκεκριμένο, σαφές και αντικειμενικό πλαίσιο βαθμολόγησης. Αντιθέτως, ενισχύει το ήδη ασαφές και υποκειμενικό πλαίσιο, προκαλώντας στην προσφεύγουσα και λοιπούς υποψηφίους ανυπέρβλητη αντικειμενική αδυναμία διαμόρφωσης πλήρους τεχνικής προσφοράς, άλλως, στην καλύτερη εκδοχή, αναπόφευκτη σύγχυση ως προς τα στοιχεία διαμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς για την εξασφάλιση της απαιτούμενης και παραδεκτής βαθμολογίας. Για παράδειγμα, υποψήφιος ο οποίος διαθέτει την ομάδα έργου που προδιαγράφει η διακήρυξη με την διαφορά ότι ο Υπεύθυνος Έργου έχει 20ετή εμπειρία αντί της 10ετούς σε διαχείριση συμβάσεων ως Υπεύθυνος Έργων, πώς θα βαθμολογηθεί, με τί βαθμό; Άλλο παράδειγμα, υποψήφιος ο οποίος διαθέτει την ομάδα έργου που προδιαγράφει η διακήρυξη με την διαφορά ότι ο αδειούχος Ηλεκτρολόγος/ Εγκαταστάτης διαθέτει 10ετή, αντί της ζητούμενης 5ετούς εμπειρίας, θα βαθμολογηθεί με τον ίδιο βαθμό με τον πρώτο η με άλλη βαθμολογία και ποια είναι αυτή; Εξακολουθούν να παραμένουν αναπάντητα τα ερωτήματα αυτά. Είναι αμέτρητα τα παραδείγματα. Επίσης, περιορίζεται και ομιλεί μόνο για το κριτήριο Τ3, «σιγεί» για τα υπόλοιπα και τους εν γένει ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Το ίδιο απορριπτέοι, προεχόντως ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι, είναι και οι ισχυρισμοί που διαυλακώνονται στο σημείο 37 και 41 των απόψεων. Αναφορές σε παλαιότερες διακήρυξης ουδόλως λαμβάνονται υπόψη καθ' ο μέρος

αντιτίθενται, πρόδηλα, στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, (ΕΑ ΣτΕ 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007 κ.ά.). Με βάση την αρχή αυτή, κάθε διαγωνιστική διαδικασία κρίνεται αυτοτελώς. Σε κάθε περίπτωση, διακηρύξεις που αφορούν σε ξένες, προς την επίμαχη, διαδικασίες, δεν μπορούν να αποτελούν «μοχλό» ή «a priori απόδειξη» νομιμότητας της διακήρυξης που βάλλεται. Άρα, καταρχήν οι ισχυρισμοί αυτοί είναι απαράδεκτοι. Επί της ουσίας η προσφεύγουσα (α) δεν υπέβαλε προσφορά στο Διαγωνισμό του Δήμου ..., (β) δεν υπέβαλε προσφορά στο Διαγωνισμό του Δήμου ..., (γ) σε ότι αφορά την Διακήρυξη του Δήμου Παπάγου - Χολαργού και τα κριτήρια τεχνικής αξιολόγησης που είχαν τεθεί : Οι όροι της διακήρυξης του Δήμου Παπάγου - Χολαργού δεν είναι καθόλου αντίστοιχοι με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης, ούτε περιόριζαν τον αριθμό συμμετοχών. Τα κριτήρια αξιολόγησης στον διαγωνισμό του Δήμου Παπάγου - Χολαργού και ειδικά το τι αξιολογείτο ήταν επαρκώς προσδιορισμένο και ποσοτικοποιημένο. Για παράδειγμα : Σε ότι αφορά το κριτήριο Τ4 του Διαγωνισμού του Δήμου Παπάγου (Πληρότητα - Προδιαγραφές Smart Cities) , τίθεται η τιμή βάσης στο 100 και επιπροσθέτως στις τεχνικές προδιαγραφές δίδονται σαφή και ποσοτικά προσδιορισμένα δεδομένα βάσει των οποίων θα απονεμηθεί μεγαλύτερη βαθμολόγηση. Πιο συγκεκριμένα στο τέλος της παραγράφου 5.1.3 του Παραρτήματος 3 (ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ) αναφέρει χαρακτηριστικά ότι : «*Όλες οι ανωτέρω δυνατότητες αποτελούν τις ελάχιστες και υποχρεωτικές για την πιλοτική εφαρμογή και θα πρέπει να περιγράφονται αναλυτικά στην Τεχνικές Προσφορές των διαγωνιζομένων ενώ θα πρέπει, στο πλαίσιο του διαγωνισμού, να αποδεικνύεται και η δυνατότητα διασύνδεσης τους με την ενιαία πλατφόρμα του Λογισμικού Τηλεδιαχείρισης. Είναι επιθυμητό οι Κόμβοι Τηλεδιαχείρισης να είναι επεκτάσιμοι σε επίπεδο υπηρεσιών Smart Cities, με την δυνατότητα προσθήκης νέων αισθητήρων και απομακρυσμένης αποστολής ηλεκτρονικού περιεχομένου και εφαρμογών. Επιπρόσθετες δυνατότητες εφαρμογών Smart Cities, καθώς μεγαλύτερος αριθμός από τον ελάχιστο που δίδεται στην παρούσα, είναι αποδεκτά και θα αξιολογηθούν κατά τη*

διαδικασία αξιολόγησης των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων.». Αντίστοιχη αναφορά γίνεται και στην Διακήρυξη του Δήμου ... στο τέλος της παραγράφου 7.1.3 του παραρτήματος 3. (δ) Επίσης, στη διακήρυξη του Δήμου ... όπως και στην διακήρυξη του Δήμου ... όσον αφορά στο τι αξιολογείται δίδονται πιο συγκεκριμένες και ποσοτικοποιημένες κατευθύνσεις, αφού αναφέρεται ότι : «*Για το κριτήριο Τ3 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει το μικρότερο χρονοδιάγραμμα*» ενώ για το κριτήριο Τ4 αναφέρεται ότι : «...*τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει περισσότερες εφαρμογές εκτός των ελάχιστα απαιτούμενων*». Το πιο σημαντικό όμως είναι ότι σε όλους τους προαναφερόμενους διαγωνισμούς, σε αντίθεση με τον επίμαχο, σε ότι αφορά το κριτήριο εξοικονόμησης το οποίο κατέχει και την μεγαλύτερη βαρύτητα, οι διακηρύξεις περιελάμβαναν σαφή τρόπο βαθμολόγησης και όλα τα απαραίτητα δεδομένα (πίνακες αντιστοιχιών παλαιών και νέων ειδών, αναλυτικό φωτοτεχνικό μοντέλο, πίνακες ισχύος και φωτεινότητας κ.α) για την υπολογισμό της εξοικονόμησης ενέργειας από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, και την ανάλογη βαθμολόγησή τους. Συμπερασματικά λοιπόν από τα παραπάνω, είναι σαφές ότι η παραπομπή σε παλαιότερες διακηρύξεις είναι τουλάχιστον άστοχη, καθώς, οι όροι που περιελαμβάνοντο σε αυτές δεν είναι καθόλου «αντίστοιχοι» με τους όρους που περιλαμβάνονται στην επίμαχη, στις δε πρώτες, το κρίσιμο ερώτημα, δηλαδή, τί αξιολογείται, ήταν απολύτως προσδιορισμένο και ποσοτικοποιημένο εν αντιθέσει με την επίμαχη διακήρυξη, όπου, η έλλειψη κρίσιμων δεδομένων και, κατ' επέκταση, η ασάφεια και αοριστία των κριτηρίων, καθιστούν αδύνατο τον σχηματισμό τεχνικής προσφοράς και απολύτως αδιαφανή τη διαδικασία. Ως προς το σημείο 40 λεκτέο, ότι, η Α.Α προχωρά σε ακόμη μία πανηγυρική ομολογία. Συνομολογεί, ότι, τα δικαιολογητικά του κριτηρίου Τ2 δεν είναι ευθέως αξιολογούμενα. Συνεπώς, ποιος ο λόγος ύπαρξης του κριτηρίου Τ2 ως βαθμολογούμενο; Πως θα γίνει μία βαθμολόγηση όταν τα δεδομένα που αφορούν στο κριτήριο αυτό δεν είναι ευθέως αξιολογούμενα όπως παραδέχεται η Α.Α; Δεν δίδεται καμία πειστική απάντηση, κατά την προσφεύγουσα. Όπως αναφέρει στην προσφυγή της, όσον αφορά στο κριτήριο Τ2, προκύπτει επιπλέον

αδυναμία αντικειμενικής αξιολόγησης, ενόψει του ότι η αξιολόγησή του ερείδεται στην πραγματικότητα στα δεδομένα που θα δηλώσουν οι υποψήφιοι στις προφορές τους. Όχι δηλαδή επί τη βάσει αποδεικτικών τεκμηρίων από τρίτες ανεξάρτητες πηγές, αφού δεν απαιτείται στη φάση του διαγωνισμού η προσκόμιση τέτοιων τεκμηρίων με το φάκελο τεχνικής προσφοράς. Πιο συγκεκριμένα, στο Παράρτημα 3 της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές», στο κεφάλαιο «6. ΣΥΣΤΗΜΑ ΤΗΛΕΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΣΗΣ» στη παράγραφο με τίτλο «ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΓΙΑ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΥΣ 6.1.1 ΩΣ 6.1.4» αναφέρεται ότι : « *α. ...Για την κάλυψη των ανωτέρω απαιτήσεων, ο υποψήφιος Ανάδοχος θα προσκομίσει γραπτή Δήλωση Συμμόρφωσης (Declaration of Conformity - DoC) του Κατασκευαστή στο πλαίσιο του διαγωνισμού. β. Για όλες τις υπόλοιπες συσκευές που προδιαγράφονται στην παράγραφο 7.1 (ελεγκτές φωτιστικού με εξωτερική σύνδεση στο φωτιστικό, ελεγκτές pillar και δρομολογητές), ο υποψήφιος Ανάδοχος θα προσκομίσει γραπτή Δήλωση Συμμόρφωσης (Declaration of Conformity - DoC) του Κατασκευαστή στο πλαίσιο του διαγωνισμού. γ. Όσον αφορά τις σχετικές πιστοποιήσεις - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους και τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports), θα κατατεθούν από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε περίπτωση που δεν προσκομιστούν, τότε ο Οικονομικός Φορέας κηρύσσεται έκπτωτος και ο δεύτερος σε κατάταξη Οικονομικός Φορέας, κηρύσσεται ως προσωρινά Ανάδοχος*». Επίσης στην παράγραφο 7.1.2 (Τεχνική προσφορά) αναφέρει : «*Στις περιπτώσεις σύνθετων λύσεων, όπως περιγράφονται στην περίπτωση α.,π.χ. LED controller ενσωματωμένο σε φωτιστικό καθώς και για το σύστημα Κόμβου Τηλεδιαχείρισης, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι υποχρεούνται να καταθέσουν την Δήλωση Συμμόρφωσης του Κατασκευαστή (Declaration of Conformity - DoC) εντός του φακέλου της Τεχνικής Προσφοράς. Όσον αφορά τα σχετικά πιστοποιητικά - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους και τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports),κατατίθενται από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης επί ποινή αποκλεισμού*.». Από τα παραπάνω προκύπτει σαφώς ότι δεν

ισχύει ο άκρως παραπλανητικός ισχυρισμός της αναθέτουσας ότι : «*Εξάλλου, δεν πρόκειται για τις Δηλώσεις Συμμόρφωσης ή τις Εκθέσεις Δοκιμών (test reports) των προμηθευόμενων ειδών, αλλά για τις πιστοποιήσεις / βεβαιώσεις των εργαστηρίων τα οποία διεξήγαγαν τις δοκιμές, ως προς την πιστοποίησή τους. Ήτοι δεν πρόκειται για δικαιολογητικά ευθέως αξιολογούμενα*» αφού όπως αναφέρεται στην διακήρυξη στα ως άνω σημεία, για όλο τον εξοπλισμό του Συστήματος τηλεδιαχείρισης, ήτοι ελεγκτές φωτιστικού με εσωτερική ή εξωτερική σύνδεση στο φωτιστικό, ελεγκτές pillar και δρομολογητές, στο πλαίσιο του διαγωνισμού, Ζητείται μόνο η γραπτή Δήλωση Συμμόρφωσης (Declaration of Conformity - DoC) του Κατασκευαστή. Είναι προφανές ότι τόσο οι έλεγχοι και οι εκθέσεις δοκιμών όσο και οι πιστοποιήσεις -βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν αυτού στους ελέγχους και τις εκθέσεις δοκιμών, αποτελούν απαραίτητα τεκμήρια για την αντικειμενική αξιολόγηση της καταλληλόλητας του εξοπλισμού αλλά και της αξιοπιστίας των φορέων ελέγχου. Με άλλα λόγια θα βαθμολογηθεί ο υποψήφιος ανάλογα με το ό,τι δηλώσει με αποτέλεσμα καταχρηστικά φαινόμενα κατά την ενάσκησης της εξουσίας αξιολόγησης εκ μέρους της Α.Α να είναι πολύ πιθανά. Ο ισχυρισμός της Α.Α ότι η αντικειμενικότητα και ορθότητα της αξιολόγησης διασφαλίζεται διότι, εφόσον τα απαιτούμενα δικαιολογητικά δεν προσκομισθούν στο στάδιο της κατακύρωσης, ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος, ουδόλως αποδεικνύει την αντικειμενικότητα του κριτηρίου και μάλλον ως στέρηση πειστικών επιχειρημάτων από την Α.Α μπορεί να ερμηνευθεί, διότι, η τυχόν έκπτωση του προσωρινού αναδόχου αφορά στην επερχόμενη κύρωση σε περίπτωση μη προσκομιδής των στοιχείων που απαιτούνται και ουδόλως σχετίζεται με την αντικειμενικότητα και ορθότητα μίας αξιολόγησης που, σημειωτέον, αφορά σε προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού. Ως προς τον ισχυρισμό στο 43 ότι : «*κατά κοινή πρακτική σε ανάλογους διαγωνισμούς οι οικονομικοί φορείς οι οποίοι προτίθενται να υποβάλουν προσφορά εξετάζουν οι ίδιοι την υφιστάμενη κατάσταση ώστε να αποκτήσουν άμεση γνώση των συνθηκών και αναγκών του έργου και να διαμορφώσουν την προσφορά τους*». Είναι παράλογο και ανεδαφικό η

Αναθέτουσα αρχή για την ομολογούμενη έλλειψη των βασικών δεδομένων περί του αντικειμένου της Σύμβασης να επικαλείται ως επιχείρημα την «*εξέταση της υφιστάμενης κατάστασης*» στα πλαίσιά των χρονικών περιθωρίων μιας διαγωνιστικής διαδικασίας (30-35 ημέρες). Δηλαδή να ζητά την εξέταση 17624 σημείων φωτισμού την καταγραφή, ομαδοποίηση, επεξεργασία, αξιολόγησή, όταν η όλη διαδικασία απαιτεί μήνες εργασιών επιπρόσθετων από τις εργασίες που απαιτούνται για την υποβολή φακέλου προσφοράς στο Διαγωνισμό. Επίσης πως η διαδικασία «εξέτασης της υφιστάμενης κατάστασης» από κάθε υποψήφιο προστατεύει την αντικειμενική και επί ίσοις όροις συγκριτική αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων βασει των δοθέντων κριτηρίων αξιολόγησης, και πώς αποτρέπει το σίγουρο γεγονός να προσφέρει κάθε υποψήφιος ότι τον συμφέρει; Η συγκεκριμένη διαδικασία που μόνο ως προκλητική υπεκφυγή μπορεί να ληφθεί, είναι προφανώς υποχρέωση της Αναθέτουσας αρχής πολύ πριν καν αποφασίσει να δημοπρατήσει το έργο. Και όπως γίνεται σε όλους τους αντίστοιχους διαγωνισμούς, τα δεδομένα της υφιστάμενης κατάστασης και οι προδιαγραφές του εξοπλισμού αντικατάστασής τους δίδονται με πληρότητα και σαφήνεια, ούτως ώστε να διασφαλιστεί η σκοπιμότητα και η βιωσιμότητα του έργου και να μην χρειαστεί στην πορεία να αναθεωρηθεί, να ακυρωθεί λόγω ασάφειας και εσφαλμένων επιλογών χωρίς δεδομένα και προδιαγραφές. Ακόμα και αν δεχτεί κανείς όμως ότι η αναθέτουσα Αρχή δεν περιέλαβε στην Διακήρυξη τα απαραίτητα δεδομένα για την επιλογή των φωτιστικών αντικατάστασης, επειδή επαφίεντο στην εξέταση της υφιστάμενης κατάστασης από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, γιατί δεν το όριζε ως προϋπόθεση στην διακήρυξη, αποφεύγοντας οποιαδήποτε άλλη προϋπόθεση μέσω ανύπαρκτων πινάκων και ανύπαρκτων Φωτοτεχνικών μοντέλων; Όσον αφορά στο σημείο 44 λεκτέο, ότι, η παραδοχή της Α.Α ότι εκ παραδρομής δεν είχε αναρτήσει στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού την φωτοτεχνική μελέτη υφιστάμενης κατάστασης ίσως να συνιστά ένδειξη έλλειψης προσοχής και μέριμνας που επέδειξε κατά την προετοιμασία του διαγωνισμού. Η αναστολή της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί των εκκρεμών προσφυγών

επήλθε ως εύλογη συνέπεια του γεγονότος υποβολής αυτών των προσφυγών. Είναι υποστηρίξιμο ότι,σε περίπτωση που δεν είχαν ασκηθεί οι προσφυγές, τότε ο διαγωνισμός ενδεχομένως να διεξαγόταν ελλείψει φωτοτεχνικής μελέτης με υπαιτιότητα της Α.Α. Συνεπώς, το ότι επήλθε η αναστολή, ως συνέπεια της άσκησης των προσφυγών και ως παραδοχή έλλειψης προσοχής της Α.Α. πρέπει να νοηθεί και όχι ως «εξυπηρέτηση» της Α.Α. προς τους υποψηφίους όπως αφήνει να νοηθεί. Όσον αφορά στα σημεία 45 - 49 λεκτέο ότι οι εκ των υστέρων υποβολής των προσφυγών συμπληρώσεις και προσθήκες, εκτός του ότι καταδεικνύουν έλλειψη επιμέλειας, συνιστούν για ακόμη μία φορά πανηγυρική ομολογία των ελλείψεων. Και περαιτέρω δημιουργούν επιπρόσθετη σύγχυση. Στην προσφυγή τέθηκαν τα εξής : 1. Είναι αδύνατον σε κάθε υποψήφιο οικονομικό φορέα να υπολογίσει την ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας εξαιτίας της αντικειμενικής αδυναμίας υπολογισμού της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος. Η Ενεργειακή κατανάλωση του νέου συστήματος δεν είναι δυνατόν να υπολογιστεί εξαιτίας της αδυναμίας επιλογής των «κατάλληλων» τύπων φωτιστικών LED οι οποίοι να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της Διακήρυξης. 2. Εξαιτίας των σοβαρότατων ασαφειών της διακήρυξης σχετικά με την επιλογή του κατάλληλου νέου εξοπλισμού αντικατάστασης (Φωτιστικά LED, Λαμπτήρες LED) είναι απίθανη η προσδοκία διαφανούς και αντικειμενικής αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων ως προς την προσφερόμενη ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας. Τα σημεία αυτά παραμένουν και όπως θα αποδειχτεί ακολούθως έχουν ενισχυθεί - διογκωθεί από τις εκ των υστέρων αποσπασματικές ενέργειες της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία παραδεχόμενη περίτρανα τις απαράδεκτες παραλείψεις τις προσέτρεξε να προλάβει μήπως τυχόν σώσει την κατάσταση. Στην πραγματικότητα όμως το μόνο που κατάφερε είναι να εκτεθεί και να κάνει την κατάσταση χειρότερη. Η Διακήρυξη, στο σύνολό της, δεν παρέχει τα απαραίτητα δεδομένα στους οικονομικούς φορείς ώστε να επιλέξουν τους «κατάλληλους» τύπους φωτιστικών αντικαταστάσεων τα οποία να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους

της. Πιο συγκεκριμένα : Α. Η διακήρυξη δεν περιλαμβάνει όπως παραδέχτηκε και η Αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, πίνακα απόδοσης και ισχύος των νέων ειδών. Εκ των υστέρων (μετά την υποβολή της προσφυγής) η Αναθέτουσα αρχή ανάρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ όπως αναφέρει στο σημείο 47, ένα πίνακα αποδόσεων και ισχύος ο οποίος όπως αναφέρει αποτυπώνει τα όρια ισχύος και φωτεινής απόδοσης ανά τύπο Φωτιστικού. Στον πίνακα αυτόν περιγράφονται τα όρια αυτά για τρία είδη φωτιστικών που τα ονομάζει Φ1, Φ2, Φ3 ονομασίες που δεν αναφέρονται πουθενά στα τεύχη δημοπράτησης, δηλαδή είναι αυθαίρετες. Οπότε προκύπτει εύλογα το ερώτημα, πως σχετίζονται τα Φωτιστικά οδών LED Φ1, Φ2,Φ3 του πίνακα με τους 20 τύπους του πίνακα αντικαταστάσεων (ισοδυναμίας) της παραγράφου 7.6 της Διακήρυξης; Αν το κάθε αναγραφόμενο στον πίνακα της παραγράφου 7.6 , όπως αναφέρει η ίδια η Αναθέτουσα αρχή στο σημείο 47 : «...αποτελεί την προτεινόμενη αντιστοιχία, για το σενάριο βάσης, οι δε Οικονομικοί Φορείς δύνανται να προτείνουν φωτιστικά σώματα μικρότερης ισχύος εφόσον καλύπτουν τα προβλεπόμενα φωτομετρικά μεγέθη», και οι ονομαζόμενοι Φ1 , Φ2, Φ3 αντιστοιχούν σε 3 από τους 20 αναγραφόμενους τύπους (πιθανόν όσους αντιστοιχούν σε <100W) τότε ποιοι είναι αυτοί οι τύποι αντικατάστασης επακριβώς ; ποιους τύπους υφιστάμενων Φωτιστικών αντικαθιστούν; για τους υπόλοιπους 17 τύπους φωτιστικών /Λαμπτήρων (π.χ. LED<162W ή <215Wκλπ.) που προδιαγράφονται, πού είναι ο αντίστοιχος πίνακας ζητουμένων αποδόσεων και ισχύος; Επίσης η Αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της στο σημείο 45 (και όχι σε ανάρτησή της στο ΕΣΗΔΗΣ) παραθέτει ένα πίνακα τύπων υφιστάμενων φωτιστικών σωμάτων μαζί με το πλήθος τους. Οπότε προκύπτει εύλογα το ερώτημα πώς ο συγκεκριμένος πίνακας του σημείου 45 σχετίζεται με τον πίνακα υφιστάμενων φωτιστικών σωμάτων της παραγράφου 7.1 της Διακήρυξης; Είναι αδύνατον να γίνει αντιστοίχιση των ειδών του πίνακα του σημείου 45 με τον πίνακα της παραγράφου 7.1 διότι: 1. Καταρχήν , στον μεν πίνακα του σημείου 45 υπάρχουν περιγραφές των τύπων φωτιστικών χωρίς περιγραφή της πηγής φωτισμού (τύπος λαμπτήρας ή LED σε W). Ενώ στον πίνακα της παραγράφου 7.1 της διακήρυξης υπάρχουν περιγραφές της πηγής φωτισμού και δεν υπάρχουν

περιγραφές των τύπων φωτιστικών. Επίσης δεν μπορεί να γίνει αντιστοίχιση βάσει του πλήθους γιατί οι κατανομές ανά τύπο φωτιστικού είναι εντελώς διαφορετικές 2. Στο πίνακα του σημείου 45 αναφέρονται τύποι υφιστάμενων φωτιστικών που δεν τοποθετούνται σε βραχίονα (ΕΝΑΕΡΙΟ, ΚΩΝΟΣ, ΑΚΡΟΠΟΛΗΣ, ΜΑΝΙΤΑΡΙ, ΜΠΑΛΑ ΜΟΝΗ) αλλά αναρτώνται από συρματόσχοινο ή τοποθετούνται σε κορυφή ιστού, ενώ στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης προδιαγράφονται Φωτιστικά Δρόμου LED τα οποία όπως αναφέρει στην παράγραφο 3.1 θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να «...είναι κατάλληλα για οδοφωτισμό και να μπορούν να τοποθετηθούν σε βραχίονα» . Ζητείται δηλαδή από τους υποψηφίους να προσφέρουν Φωτιστικά led βραχίονα σε αντικατάσταση φωτιστικών που δεν διαθέτουν βραχίονα; 3.Στο πίνακα του σημείου 45 αναφέρονται ΠΡΟΒΟΛΕΙΣ (96 τεμάχια), ενώ στην διακήρυξη δεν δίδονται προδιαγραφές ή άλλα στοιχεία για αντικατάσταση προβολέων. Ζητείται δηλαδή από τους υποψηφίους να προσφέρουν φωτιστικά βραχίονα LED σε αντικατάσταση Προβολέων; Υπόψιν, ότι, οι προβολείς ως είδος φωτισμού διαφοροποιούνται από τα φωτιστικά βραχίονος, τόσο ως προς το τρόπο και τον σκοπό φωτισμού, αλλά και ως προς τις προδιαγραφές και πιστοποιήσεις ασφαλούς λειτουργίας (Οδηγία LVD) οι οποίες δεν περιλαμβάνονται στις προδιαγραφές των τευχών 4. Στα τεύχη της Διακήρυξης, και συγκεκριμένα στην παράγραφο 4 των τεχνικών προδιαγραφών δίδονται προδιαγραφές για Λαμπτήρες LED. Παραμένει το κρίσιμο ερώτημα σχετικά με το σε ποιους από τους τύπους του πίνακα του σημείου 45 θα αντικατασταθούν μόνο οι λαμπτήρες και σε ποια ολόκληρα τα φωτιστικά. Η κρισιμότητα του ερωτήματος άπτεται προφανώς τόσο οικονομικών παραμέτρων όσο και τεχνικών για την επιλογή του κατάλληλου προσφερόμενου εξοπλισμού. Να ληφθεί υπόψιν ότι τα κόστη μεταξύ ειδών (λαμπτήρα, Φωτιστικού βραχίονα , φωτιστικού κορυφής, Παραδοσιακού, προβολέα) αλλά και μεταξύ τύπων διαφορετικής ισχύος διαφοροποιούνται . Άλλο κόστος έχει ένας λαμπτήρας και άλλο, πολύ μεγαλύτερο, έχει ένα ολόκληρο φωτιστικό LED. Επίσης ένα φωτιστικό ισχύος 25-50W έχει κόστος 350Ευρώ ενώ ο ίδιος τύπος φωτιστικού ισχύος 110-150W έχει κόστος 812 ευρώ βάσει του πίνακα τιμών

ηλεκτρομηχανολογικών έργων Αριθ. ΔΝΣγ/ρικ.35577/ΦΝ 466) 5. Σε συνδυασμό με το προηγούμενο, και με βάση τους αναγραφόμενους τύπους του πίνακα του σημείου 45 , τα φωτιστικά LED που ζητούνται, δεν αντικαθιστούν έναν συγκεκριμένο τύπο υφιστάμενου Φωτιστικού αλλά μια ευρεία γκάμα τύπων με διαφορετικές τεχνικές προδιαγραφές. Ζητείται δηλαδή να αντικατασταθούν όλοι οι υφιστάμενοι τύποι με ένα τύπο φωτιστικού LED βραχίονος; Αν ναι, τότε προκύπτει μείζον θέμα αποτελεσματικότητας φωτισμού και αισθητικής πληρότητας από το έργο προς τους Δημότες. Αν όχι, που είναι και το πλέον πιθανό, εκτός από τα αντικειμενικά προβλήματα που προαναφέρθηκαν (π.χ. έλλειψη βραχίονα) προκύπτει αντικειμενική αδυναμία διαμόρφωσης λίστας τύπων αντικατάστασης από τους υποψηφίους και άρα οικονομικής προσφοράς, αφού όπως αναλύθηκε προηγουμένως υπάρχει απόλυτη σύγχυση ως προς τις ποσότητες, την απόδοση και την ισχύ ανά ζητούμενο τύπο αντικατάστασης (υπόψιν ότι κάθε τύπος του πίνακα του σημείου 45 έχει διαφορετικό κόστος φωτιστικού Led αντικατάστασης το οποίο μπορεί να διαφοροποιείται και σε επίπεδο μεγαλύτερο του 20%). Επίσης, από το αρχείο: «Φωτοτεχνική Μελέτη της υφιστάμενης Κατάστασης» που ανάρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ η αναθέτουσα αρχή μετά την υποβολή της προσφυγής, προκύπτουν τα εξής ερωτήματα: 1. Οι Φωτοτεχνικές μελέτες και αποτελέσματα φαίνεται να αντιστοιχούν σε 2-3 τύπους υφιστάμενων φωτιστικών από τους 16 τύπους που αναφέρονται στον πίνακα του σημείου 45. Στις αντικαταστάσεις αυτών των φωτιστικών αντιστοιχούν τα ονομαζόμενα Φ1, Φ2, Φ3 ; για τα οποία υπενθυμίζεται ότι εκ των υστέρων έχει δοθεί πίνακας αποδόσεων και ισχύος. • Αν αντιστοιχούν τα Φ1, Φ2, Φ3, πώς αντιστοιχίζονται στα υφιστάμενα φωτιστικά; Οι αντιστοιχίες του πίνακα 7.6 της διακήρυξης που διαφοροποιούνται εφόσον δεν συνάδουν με τον πίνακα αποδόσεων και ισχύος των Φ1, Φ2, Φ3, καταργούνται; •Αν δεν αντιστοιχούν τα Φ1, Φ2, Φ3 τότε ποιες είναι οι ζητούμενες επιτρεπόμενες ελάχιστες αποδόσεις και οι μέγιστες ισχύεις; Από όλα τα παραπάνω προκύπτει αβίαστα ότι η εκ των υστέρων προσπάθεια της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία επιχείρησε να αποκαταστήσει ουσιώδεις και πολλαπλές ελλείψεις της διακήρυξης που συνέταξε, όχι μόνο δεν απέφερε

τον σκοπό που προσδοκούσε, αλλά, τουναντίον, η ασάφεια έγινε ακόμη μεγαλύτερη, η σύγχυση ενισχύθηκε ακόμη περισσότερο, η ανωριμότητα και προχειρότητα της δημοπράτησης αποδείχθηκε ακόμη πιο περίτρανα. Όλα αυτά, είτε μεμονωμένως, είτε εν συνδυασμώ, άγουν αναμφισβήτητα σε παντελή αδυναμία κατάρτισης και υποβολής πλήρους τεχνικού φακέλου, μιας και, κανείς υποψήφιος δεν μπορεί να διαπιστώσει πόσα και ποια φωτιστικά αντικαθιστά, με πόσα και ποια φωτιστικά / λαμπτήρες LED. Το ίδιο απορριπτέοι, προεχόντως ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι, είναι και οι ισχυρισμοί που διαυλακώνονται στα σημεία 50 - 52 των απόψεων. Αναφορές σε παλαιότερες διακήρυξης ουδόλως λαμβάνονται υπόψη καθ' ο μέρος αντιτίθενται, πρόδηλα, στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, (ΕΑ ΣτΕ 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007 κ.ά.). Με βάση την αρχή αυτή, κάθε διαγωνιστική διαδικασία κρίνεται αυτοτελώς. Σε κάθε περίπτωση, διακηρύξεις που αφορούν σε ξένες, προς την επίμαχη, διαδικασίες, δεν μπορούν να αποτελούν «μοχλό» ή «a priori απόδειξη» νομιμότητας της διακήρυξης που βάλλεται. Άρα, καταρχήν οι ισχυρισμοί αυτοί είναι απαράδεκτοι. Επί της ουσίας: Στους Διαγωνισμούς ..., ..., ..., ..., ... τους οποίους αναφέρει η αναθέτουσα αρχή περιλαμβάνονταν: 1. Σαφείς και πλήρεις πίνακες απόδοσης και ισχύος των ζητούμενων τύπων αντικατάστασης, οι οποίοι όπως προαναφέρθηκε δεν περιλαμβάνονται στην βαλλόμενη διακήρυξη. 2. Σαφείς και πλήρεις πίνακες αντικαταστάσεων (ισοδυναμιών) υφισταμένων τύπων και νέων τεχνολογίας LED με αναγραφόμενα, τόσο τις περιγραφές των τύπων, όσο και το τύπο λαμπτήρα και της ισχύ τους, δεδομένα που δεν περιλαμβάνονται όπως προαναφέρθηκε στην βαλλόμενη διακήρυξη 3. Πλήρες Φωτοτεχνικό μοντέλο για επιλεγμένους τύπους φωτιστικών οι οποίοι ήταν σαφώς κωδικοποιημένοι και σε άμεση αντιστοιχία με τους πίνακες αντικατάστασης και τους πίνακες απόδοσης και ισχύος, δεδομένα που δεν περιλαμβάνονται όπως προαναφέρθηκε στην βαλλόμενη διακήρυξη. Συνεπώς όλοι οι ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι είχαν πλήρη και ευθύς εξ αρχής σαφή γνώση όλων των κρίσιμων δεδομένων που χρειαζόμασταν για να επιλέξουν τύπους φωτιστικών /λαμπτήρων /προβολέων LED, προκειμένου να

υπολογίσουν την εξοικονόμηση ενέργειας και να διαμορφώσουν την τεχνικοοικονομική προσφορά τους, ώστε να αξιολογηθεί επί ίσοις όροις, κοινή αφετηρία και αντικειμενικότητα. Σε ότι αφορά την διαδικασία επιβεβαίωσης του τελικού αριθμού των ειδών κατά την Μελέτη εφαρμογής από τον Ανάδοχο των συμβάσεων που αναφέρονται, αυτή δεν αφορά και δεν επηρεάζει προφανώς το πλαίσιο και τα δεδομένα με τα οποία καλούνται οι υποψήφιοι να συμμετάσχουν στην διαδικασία και να κριθούν από αυτή. Τέλος, οι λοιποί ισχυρισμοί που διαλαμβάνονται στα σημεία 53 - 57 παρίστανται προδήλως αβάσιμοι. Η διακήρυξη, ενόψει του κανονιστικού της χαρακτήρος, της αυστηρής ερμηνείας των όρων της και των αυστηρών κυρώσεων με τις οποίες επαπειλεί τους φορείς σε περίπτωση αποκλίσεώς τους προς τα ουσιώδη διαλαμβανόμενα σε αυτήν, πρέπει, να διαυλακώνεται ρητά, με σαφήνεια και καθαρότητα. Είναι αυτονόητο, ότι, τέτοιοι ουσιώδεις όροι είναι ιδίως αυτοί που αφορούν σε τεχνικούς όρους και προδιαγραφές, ήτοι, στη διαμόρφωση και αξιολόγηση των τεχνικών υποφακέλων. Όταν υπάρχουν πρωτοφανούς έκτασης ασάφειες και ανακρίβειες, όπως εν προκειμένω, τότε, είναι σαφές, ότι, παρίσταται πρόδηλη μη νομιμότητα του κανονιστικού πλαισίου υπό το οποίο επισπεύδεται μία διαδικασία. Η μη νομιμότητα αυτή, που εκκινεί από την Α.Α, κατατείνει εις βάρος των αρχών διαφάνειας και αντικειμενικότητος και εις βάρος των καλοπίστων φορέων, μιας και, ελλείψει σαφών όρων, δεν παρέχεται σε αυτούς η δυνατότητα να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενο του πλαισίου και να το ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο. Είναι εξίσου προφανές, ότι, εξαιρετικά μεγάλης έκτασης ασάφειες και ελλείψεις, όπως εν προκειμένω, είναι αδύνατον να αντιμετωπισθούν στα πλαίσια διευκρινίσεων, διό, οι διευκρινήσεις αίρουν κατά κύριο λόγο αμφισημίες και αντιφατικότητες και συμπληρώνουν μεμονωμένες ελλείψεις και ανακρίβειες. Εν προκειμένω όμως, με δεδομένο ότι όλο το κεφάλαιο των κριτηρίων βαθμολόγησης και του τρόπου βαθμολόγησης βρίθει από ελλείψεις και κενά, αυτά, δεν μπορούν να αντιμετωπισθούν αποσπασματικά, αφού, οδηγούν σε πλήρη τροποποίηση του κανονιστικού κειμένου και αναπόφευκτα σε νέα διαδικασίας σύναψης. Άρα, κάθε περί του αντιθέτου λόγος είναι κενός περιεχομένου. Από την άλλη, η ασάφεια και αοριστία

κατά την διατύπωση των κριτηρίων και του τρόπο βαθμολόγησης μόνο υπέρ της Α.Α. κατατείνει και πάντα δυσμενώς, εις βάρος των υποψηφίων. Η δυσμένεια γίνεται ακόμη μεγαλύτερη εάν αναλογιστεί κάποιος αφενός το υποκειμενικό κριτήριο υπό το οποίο λειτουργεί η Α.Α. κατά την βαθμολόγηση, αφετέρου τη βαρύτητα που προσδίδει για την ανάδειξη του αναδόχου (70%). Ενόψει της υπό κρίση περίπτωσης, το μεν, καθίσταται όλως αδιαφανής ο εκ μέρους της Α.Α. έλεγχος και αξιολόγηση - βαθμολόγηση των προσφορών, το δε, καθίσταται όλως αδύνατη η προετοιμασία φακέλου προσφοράς εκ μέρους των υποψηφίων και ο αποτελεσματικός εξ αυτών έλεγχος της Α.Α. κατά την ενάσκηση της εξουσίας της. Ενόψει των ανωτέρω η πλημμέλεια που ενεφιλοχώρησε στη διακήρυξη επί τη βάσει των άρθρων 8.2.2 και 8.2.3 παρίσταται ουσιώδης, ώστε, να παρίσταται εξόχως βάσιμη και νόμιμη περίπτωσις ακύρωσης εν συνόλω της διακηρύξεως κατά παραδοχή της προσφυγής, ως υποστηρίζει η προσφεύγουσα.

11. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «*1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής*». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «*1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της… 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην*

οφειλόμενη ενέργεια …» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του π.δ. 39/2017.

12. Επειδή, το άρθρο 365 του ν.4412/2016 «Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής» του Ν. 4412/2016, ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με το άρθρο 43 παρ. 42 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α΄ 52), ορίζει «*1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α` της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. […] Η παράλειψη κοινοποίησης σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους σε ενδιαφερόμενο τρίτο και η μη διαβίβαση προς την ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής συνιστούν ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων. 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. 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β` της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει*

τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων […] 8. Οι προθεσμίες του παρόντος άρθρου είναι αποκλειστικές.».

13. Επειδή, κατά την πλειοψηφούσα άποψη του Προέδρου της Επταμελούς Σύνθεσης της ΑΕΠΠ, της Εισηγήτριας της εξεταζόμενης υπόθεσης και των μελών Μιχαήλ Διαθεσόπουλου, Κωνσταντίνου Κορομπέλη και Νικολάου Σαββίδη, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις και τη γραμματική ερμηνεία αυτών, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης της προσφυγής τις απόψεις της επ' αυτής, η δε μη τήρηση της εν λόγω προθεσμίας συνεπάγεται το απαράδεκτο, ως εκπροθέσμων, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, αφού κατά άρθρο 365 παρ. 8 του Ν. 4412/2016 η υπόψη προθεσμία είναι αποκλειστική. Τούτο ουδόλως αναιρείται από τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να υποβάλει συμπληρωματική αιτιολογία δια των καταρχήν ή και συμπληρωματικών της απόψεων. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από την τελολογική και συστηματική ερμηνεία των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 περί της έννομης προστασίας, η οποία σκοπεί στην επίκαιρη, άμεση και αποτελεσματική επίλυση των διαφορών των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. σελ. 70 της Αιτιολογικής Έκθεσης του Ν. 4412/2016 και άρθρο 1 παρ. 1 των "Δικονομικών Οδηγιών", Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΚ, αναφορικά με την επιταγή ταχείας διεκπεραίωσης των διαφορών που προκύπτουν τις διαγωνιστικές διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων). Εξάλλου, τυχόν αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των διατάξεων του νόμου αναφορικά με τις αποκλειστικές προθεσμίες και θα τελούσε σε ευθεία αντίθεση με τη βούληση του νομοθέτη, ενωσιακού και εθνικού, περί της όσο το δυνατόν ταχύτερης επίλυσης των διαφορών στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, κατά τα προλεχθέντα, αφού θα ήταν επιτρεπτή, μη νομίμως, η υποβολή των απόψεων από τις αναθέτουσες αρχές μετά την

πάροδο του υπόψη χρονικού διαστήματος των δέκα ημερών, γεγονός που θα οδηγούσε σε ανεπίτρεπτη καθυστέρηση της διαδικασίας εξέτασης των προσφυγών από την ΑΕΠΠ (βλ. απόφαση 8/2020 Επταμελούς Σύνθεσης ΑΕΠΠ). Στην υπό κρίση περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ το υπ' αριθ. 19066/2153/11-2-2021 έγγραφο απόψεών της επί της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 11-2-2021. Το έγγραφο αυτό των απόψεων κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή προς την προσφεύγουσα μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 18-2-2021. Περαιτέρω, το ως άνω έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής κατά το περιεχόμενό του δεν εμπεριέχει συμπληρωματική αιτιολογία. Υπό τα δεδομένα αυτά προκύπτει ότι το με αρ. πρωτ. 19066/2153/11-2-2021 έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής τυγχάνει απορριπτέο ως εκπρόθεσμο, δοθέντος ότι κατά τις προρρηθείσες διατάξεις, οι απόψεις υποβάλλονται το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την κατάθεση της προσφυγής, οι δε προθεσμίες του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 είναι αποκλειστικές. Ως εκ τούτου στην προκείμενη περίπτωση, όπου η υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε στις 25.01.2021, η δε δεκαήμερη προθεσμία του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, για την υποβολή των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, έληξε στις 4-2-2021 και άρα οι απόψεις αυτές τυγχάνουν απορριπτέες ως απαράδεκτες. Κάθε δε τυχόν αντίθετη εκδοχή, ήτοι η μέσω της ουσιαστικής διερεύνησης της υπόθεσης παράκαμψη τυχόν τύποις απαραδέκτου, θα οδηγούσε σε ευθεία παραβίαση της διαστρωμένης με διάφανο τρόπο διαδικασίας εξέτασης προδικαστικών προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ. Εξάλλου, το κατατεθέν ως άνω έγγραφο απόψεων δεν φέρει υπογραφή του συντάξαντος αυτό Περιφερειάρχη, ούτε ηλεκτρονική ούτε φυσική. Ωστόσο, ο δια του Υπομνήματος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «…..*ενόψει της αποκλειστικότητος και δεσμευτικότητος των προθεσμιών, θα μπορούσε οπωσδήποτε βάσιμα να υποστηριχθεί, ότι, κάθε καθυστέρηση στην αποστολή των απόψεων, παρέχει το δικαίωμα στην Αρχή Σας να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών μας ως προσφεύγουσας*….» δεν κρίνεται βάσιμος, καθόσον κατά τη γραμματική ερμηνεία της παρ. 2 του άρθρου 365 του ν.4412/2016,

το τεκμήριο ομολογίας δύναται να συναχθεί μόνον στην περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, καθώς και αν τα στοιχεία που έχουν αποσταλεί είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων. Αμφότερες, όμως, οι περιπτώσεις αυτές δεν συντρέχουν εν προκειμένω. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση και στο πλαίσιο της πλήρους εκκαθάρισης της εξεταζόμενης υπόθεσης, η κατ' ουσίαν εξέταση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής οδηγεί σε αλυσιτέλεια του σχετικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας περί απαραδέκτου των απόψεων και τούτο διότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής αναφέρονται κυρίως στις προβλέψεις των συμβατικών τευχών, οι οποίες ούτως ή άλλως εξετάσθηκαν και κρίνονται ως κατωτέρω για το βάσιμο ή αβάσιμο των ουσιαστικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

14. Επειδή, κατά τη μειοψηφούσα άποψη των μελών Μιχαήλ Οικονόμου και Άννας Χριστοδουλάκου, από τις διατάξεις του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 (όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του ν.4605/2019) συνάγεται ότι ο σκοπός τους συνίσταται στην αποτελεσματική παροχή προστασίας στο στάδιο που προηγείται της άσκησης ενδίκων βοηθημάτων, προς επίτευξη δε αυτού κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής από την Αρχή πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα στον ασκήσαντα την προσφυγή να λαμβάνει γνώση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής (και της τυχόν ασκηθείσης παρέμβασης) προκειμένου να διασφαλίζονται κατά το στάδιο αυτό οι προϋποθέσεις ουσιαστικής αντιμωλίας. (Δ.Εφ. Πατρών Α170/2020 σκ. 7, Διοικ. Εφετ. Κομοτηνής Ν29/2019 σκ. 9, Διοικ. Εφετ. Πειραιώς Ν179/2019 σκ.9, πρβλ ΣτΕ 780/2019). Επίσης, στις ίδιες διατάξεις τίθενται ως απώτατο χρονικό όριο αφενός ως προς την υποβολή των απόψεων και την κοινοποίησή τους προς τον προσφεύγοντα οι δέκα μέρες προ της εξέτασης της προσφυγής και αφετέρου ως προς την υποβολή υπομνήματος οι πέντε μέρες προ της εξέτασης της προσφυγής, τα ως άνω δε χρονικά όρια, ως ελάχιστα, δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να περιορισθούν περισσότερο. Σύμφωνα δε με την αιτιολογική έκθεση του ν. 4605/2019 «*Με την παράγραφο 42 προβλέπεται διαδικασία αντίκρουσης*

των ισχυρισμών εκ μέρους των ενδιαφερομένων, πριν την εκδίκαση της υπόθεσης από την ΑΕΠΠ, διασφαλίζοντας με τον τρόπο αυτό ότι η διαδικασία ενώπιόν της γίνεται κατ' αντιμωλία. Παράλληλα, προβλέπεται η δυνατότητα των Αναθετουσών Αρχών να αποστείλουν συμπληρωματική αιτιολογία επί προδικαστικής προσφυγής, καθώς το χρονικό διάστημα των δέκα (10) ημερών από την άσκηση της προσφυγής είναι πολύ σύντομο για την έκθεση των απόψεων εκ μέρους τους, λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι συνήθως πρέπει να συνέλθουν συλλογικά όργανα για να τις αποτυπώσουν. Η παράθεση συμπληρωματικής αιτιολογίας είναι επιβεβλημένη, καθώς θα διαδραματίσει σημαντικό ρόλο στην επιτάχυνση των διαδικασιών, αφού θα μειωθεί ο ακύρωσης πράξεων των Αναθετουσών Αρχών ως πλημμελώς αιτιολογημένων και να επαναλαμβάνονται στάδια διαδικασίας, με μόνο αντικείμενο την συμπλήρωση της αιτιολογίας». Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι εφόσον παρέχεται στον προσφεύγοντα χρονικό περιθώριο τουλάχιστον πέντε ημερών για να αντικρούσει τις απόψεις δια υπομνήματος υποβαλλόμενου τουλάχιστον πέντε ημέρες προ της εξέτασης της προσφυγής, οι απόψεις πρέπει να λαμβάνονται υπόψη προς το σκοπό της διασφάλισης της αντιμωλίας. Επίσης, από το συνδυασμό των διατάξεων του ίδιου άρθρου συνάγεται ότι δεν τίθεται ζήτημα διαφοροποίησης μεταξύ αρχικής και συμπληρωματικής αιτιολογίας, καθώς αφενός ορίζεται ότι υπομνήματα υποβάλλονται επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής και αφετέρου ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία. Εν προκειμένω, η προσφυγή ασκήθηκε στις 25.01.2021 και οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής διαβιβάστηκαν στην ΑΕΠΠ στις 11.02.2021 και στην προσφεύγουσα στις 18.02.2021, ήτοι σε χρόνο πέραν του δεκαημέρου από την κατάθεση της προσφυγής (που ορίζεται στην παρ. 1 περ. β του άρθρου 365 του ν. 4412/2016) και παρήλθε στις 04.02.2021, οπότε κατ' αρχήν διαβιβάστηκαν εκπρόθεσμα. Ωστόσο, λαμβανομένου υπόψη του σκοπού των διατάξεων του νόμου, κατά τα ανωτέρω, ειδικώς όσον αφορά στις απόψεις, δεδομένου ότι οι απόψεις κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα προ της 22.02.2021, ήτοι παρέχοντάς της το ελάχιστο χρονικό περιθώριο που προβλέπει ο νόμος

προς αντίκρουσή τους δια υπομνήματος, πρέπει να ληφθούν υπόψη. Εξάλλου, η προσφεύγουσα άσκησε το παρεχόμενο εκ του νόμου δικαίωμά της αντικρούοντας επί της ουσίας τις απόψεις υποβάλλοντας εμπροθέσμως υπόμνημα επ' αυτών, στο μέτρο δε αυτό, ο ισχυρισμός της περί εκπροθέσμου των απόψεων προβάλλεται αλυσιτελώς (πρβλ. ΣτΕ 7μ. 1351/2014 σκ. 12, ΣτΕ 3154/2015 σκ. 4 – 5, ΔΕφΘεσ. 46/2019, σκ. 4, ΔΕφΘεσ. 747/2019, σκ. 16, ΔΕφΑθ. 5111/2019, σκ. 9).

15. Επειδή, απορριπτέο ως απαράδεκτο κρίνεται το με αρ. πρωτ. .../.../3-3-2021 έγγραφο του Περιφερειάρχη ..., το οποίο απέστειλε η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ και με το οποίο αντικρούει το ως άνω κατατεθέν Υπόμνημα της προσφεύγουσας, με το οποίο η προσφεύγουσα αντέκρουσε τις άνω απόψεις της αναθέτουσας αρχής, μη προβλεπομένου τέτοιου δικαιώματος στο άρθρο 365 του ν.4412/2016 ως τροποποιηθέν ισχύει.

16. Επειδή, περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι αναρμοδίως οι ως άνω απόψεις συντάχθηκαν και υποβλήθηκαν από τον Περιφερειάρχη και όχι από την Οικονομική Επιτροπή της ..., τούτος κρίνεται απορριπτέος, διότι η Οικονομική Επιτροπή της ... είναι μεν κατά το νόμο το αποφαινόμενο όργανο, όμως, η εκπροσώπηση της Περιφέρειας ενεργείται κατά νόμο από τον Περιφερειάρχη.

17. Επειδή, όπως έχει νομολογιακά κριθεί, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τα κριτήρια επιλογής και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των όρων που κρίνει πρόσφορους ή απαραίτητους 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 σ' αυτόν των διαγωνιζομένων των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι όροι της διακήρυξης περιορίζουν τον κύκλο των προσώπων που δύνανται να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να

μετάσχει στο διαγωνισμό [πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά]. Ελέγχονται, όμως, οι οι σχετικοί όροι της διακηρύξεως εάν τηρούν την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, καθώς και την αρχή της αναλογικότητας [πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.].

18. Επειδή, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τα κριτήρια επιλογής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής απαιτήσεων που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3^{η} Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurttemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια, η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει τις ελάχιστες απαιτούμενες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας, τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, οι οποίες, όμως, και πρέπει να συνδέονται και να τελούν σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογούνται από τη φύση και το σκοπό της συγκεκριμένης σύμβασης. Επίσης, ως παγίως γίνεται δεκτό, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να επιδιώκουν το ευρύτερο δυνατό άνοιγμα της αγοράς στον

ανταγωνισμό με σκοπό την προσέλκυση ευρύτερου φάσματος δυνητικών υποψηφίων. Συνεπώς, προς διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να θεσπίζουν κριτήρια που είναι αμερόληπτα, σαφή και πλήρη, και να αποφεύγουν την πρόβλεψη τυχόν περιορισμών συμμετοχής που δεν σχετίζονται με την καταλληλόλητα του οικονομικού φορέα, καθόσον έτσι θεσπίζονται αυθαίρετοι και μη συναρτώμενοι προς τις συνθήκες και το είδος της σύμβασης φραγμοί (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 19ης Μαΐου 2009 στην υπόθεση C-53/07, Assitur Srl κατά Camera di Commeráo, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, σκ. 16).

19. Επειδή, επί του πρώτου λόγου προσφυγής, που αφορά στην απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Κατά τον όρο 5.5.β. της διακήρυξης προβλέπεται ότι «*Ο υποψήφιος Οικονομικός Φορέας θα πρέπει να πληροί, επί ποινή αποκλεισμού, τα ελάχιστα για το αντικείμενο της ΣΠΥ κριτήρια επιλογής, με τα οποία θα διασφαλίζεται ότι αυτός διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση ΣΠΥ. Ο υποψήφιος Οικονομικός Φορέας θα αποκλείεται εφόσον δεν προσκομίσει κάποιο από τα ζητούμενα στοιχεία τα οποία αναφέρονται στη Διακήρυξη ότι πρέπει να προσκομισθούν επί ποινή αποκλεισμού…….Οικονομική - Χρηματοοικονομική επάρκεια, ώστε να διασφαλίζεται ότι οι προσφέροντες διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της ΣΠΥ. Συγκεκριμένα, απαιτείται: i) οι προσφέροντες να αποδεικνύουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών 2.700.000,00€ για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις. Σε περίπτωση που οι προσφέροντες λειτουργούν για χρονικό διάστημα μικρότερο της τριετίας, θα πρέπει να αποδεικνύουν την ως άνω απαίτηση για τα έτη που δραστηριοποιούνται. Το σύνολο των στοιχείων της παρούσας παραγράφου δηλώνονται στο ΕΕΕΣ και υποβάλλονται με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Σε περίπτωση ένωσης η παρούσα προϋπόθεση δύναται να καλύπτεται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης. ii) Καλύπτουν τους εξής οικονομικούς δείκτες (αναλογίες στοιχείων ενεργητικού και παθητικού: ίδια*

κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 1.00 και κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4 για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας ή για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιείται ο οικονομικός φορέας, εφόσον αυτές είναι λιγότερες της τριετίας, σύμφωνα με τους δημοσιευμένους ισολογισμούς (ή, αν νομίμως δεν δημοσιεύει ισολογισμούς, από δήλωση ορκωτού λογιστή). Σε περίπτωση ένωση κάθε μέλος της ένωσης πρέπει να καλύπτει τον παρόντα όρο.». Με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά του όρου 5.5.β. ii. της διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι η απαίτηση της διακήρυξης σωρρευτικά και επί ποινή απόρριψης α) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να καλύπτουν τους οικονομικούς δείκτες, αναλογίες στοιχείων ενεργητικού και παθητικού: ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 1.00 και κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4, β) να καλύπτουν αυτούς για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας ή για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιούνται εφόσον αυτές είναι λιγότερες της τριετίας και γ) να τους καλύπτουν αυτοτελώς, ανεξαρτήτως δηλαδή συμμετοχής τους σε ένωση ή κοινοπραξία, είναι δυασανάλογοι και περιοριστικοί του ανταγωνισμού.

20. Επειδή, διαπιστώνεται ότι με έννομο συμφέρον προβάλλεται ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής, καθόσον, κατά δήλωση της προσφεύγουσας, αν και αυτή διαθέτει «*…επαρκή εμπειρία και χρηματοοικονομική ικανότητα εκτέλεσης συμβάσεων οδοφωτισμού ακόμα μεγαλύτερου προϋπολογισμού (λ.χ το έργο φωτισμού Δήμου ... προϋπολογισμού 20.3 Εκ ευρώ + φπα), δηλαδή, οικονομική δυνατότητα σε τέτοιο βαθμό που να δύναται να εκτελέσει ικανοποιητικώς το δημοπρατούμενο αντικείμενο, εντούτοις, δεν δύναται να συγκεντρώσει τις απαιτήσεις που μνημονεύονται στο άρθρο 5.5.ii. Συνεπώς, είναι αδύνατος ο σχηματισμός ανταγωνιστικής προσφοράς και η διεκδίκηση της σύμβασης ένεκα απαιτήσεων που, είτε εν συνδυασμό, είτε αυτοτελώς (μεμονωμένως) εξεταζόμενες, παρίστανται άκρως υπερβολικές, τελούν σε δυσαναλογία προς τον σκοπό για τον οποίο προβλέφθηκαν και σε αντίθεση προς τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης που αφορούν σε όλους τους δυνητικούς υποψηφίους*.».

21. Επειδή, όπως προκύπτει από τους γενικά αναγνωρισμένους κανόνες της οικονομικής - χρηματοοικονομικής θεωρίας, η οικονομική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα δεν αποδεικνύεται μόνο από τους ζητούμενους δύο ως άνω προσβαλλόμενους δείκτες, παρά μόνο από συνδυασμό δεικτών που αφορούν στην οικονομική κατάστασή του οικονομικού φορέα. Έτσι, σε ό,τι αφορά τον πρώτο ζητούμενο δείκτη «*ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων*» τα δεδομένα της κοινής πείρας και εμπορικής πραγματικότητας καταδεικνύουν ότι ορισμένες επιχειρήσεις, σε περιόδους επενδυτικής ανάπτυξης, προβαίνουν σε δανεισμό για την κάλυψη των κεφαλαιακών, αλλά και λειτουργικών τους εξόδων, το οποίο συνεπιφέρει, όπως είναι φυσικό, την αύξηση των υποχρεώσεων, αλλά και τη μείωση των κερδών και κατ' επέκταση των ιδίων κεφαλαίων, εφόσον κάθε νέα επένδυση χρειάζεται χρόνο ωρίμανσης για να επιφέρει κερδοφορία. Συνακόλουθα, η απαίτηση του δείκτη 1,0 επενεργεί δυσμενώς σε βάρος των εταιριών που επενδύουν παρά το δυσχερές οικονομικό περιβάλλον, που προσφέρουν νέες θέσεις εργασίας καταβάλλοντας μισθούς, εισφορές και φόρους στο κράτος. Σε ό,τι αφορά το δεύτερο ζητούμενο δείκτη «*Κυκλοφορούν ενεργητικό/ Βραχυπρόθεσμές υποχρεώσεις*» δεν συνοδεύεται από άλλα ποιοτικά κριτήρια, με τρόπο τέτοιο ώστε να μπορεί να συνιστά ένα χρήσιμο εργαλείο απεικόνισης της πραγματικής οικονομικής κατάστασης του οικονομικού φορέα. Με άλλα λόγια, ο δείκτης αυτός από μόνος του δεν συνιστά ικανό, επαρκές ή ασφαλές θεμέλιο αξιολόγησης των προσφορών που θα υποβληθούν χωρίς άλλα κριτήρια, που, όμως, δεν τίθενται στη διακήρυξη. Τούτο διότι εταιρείες με φαινομενικά υψηλή τιμή του δείκτη (>1,4) ενδέχεται στην πραγματικότητα να είναι οικονομικά ασθενέστερες και μη αυτάρκεις έναντι εταιριών με σχετικά χαμηλότερη τιμή δείκτη (<1,4). Συνεπώς, από μόνος του ο δείκτης αυτός δεν εξασφαλίζει την αναθέτουσα αρχή και δεν αποτελεί ασφαλές κριτήριο επιλογής ή απόδειξη καταλληλότητας. Η θέση, λοιπόν, στη διακήρυξη ενός μονοσήμαντου και τόσο υψηλού δείκτη, ελλείψει άλλων ουσιαστικών ποιοτικών συνδυαστικών κριτηρίων, καθιστά το κριτήριο άνευ ουσιαστικού σκοπού και αποτελέσματος. Εξάλλου, δεν προκύπτει ότι τίθεται σε κίνδυνο η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί

της απαίτησης τήρησης των δεικτών για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας, η διακήρυξη έθετε π.χ. η αναλογία να έχει ως αναφορά περιόδου την τριετία και ουχί κάθε έτος της. Ούτε προκύπτει ότι τίθεται σε κίνδυνο η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί της απαίτησης τήρησης των δεικτών για κάθε μέλος ενώσεων ή κ/ξ, η διακήρυξη έθετε μία σαφώς ολιγότερο επαχθή απαίτηση, όπως θα ήταν π.χ. η προϋπόθεση να δύναται να καλύπτεται αθροιστικά από τα μέλη εκάστης ένωσης ή κ/ξ, όπως, άλλωστε, ορίσθηκε για το γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών, ή από ένα εξ αυτών. Ούτε προκύπτει ότι τίθεται σε κίνδυνο η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί των τιμών που ορίσθηκαν στη διακήρυξη, επελέγετο μια λιγότερο επαχθής τιμή που και θα επέφερε το ίδιο επίπεδο διασφάλισης και θα αύξανε τον ανταγωνισμό και θα ενθάρρυνε τη συμμετοχή στην διεκδίκηση του αντικειμένου. Επιπρόσθετα, η θέσπιση όρων με αυξημένες και ειδικές απαιτήσεις συμμετοχής ευνοούν λίγους ή και έναν οικονομικό φορέα, που αναλαμβάνει την εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων οδοφωτισμού Ο.Τ.Α., ώστε βάσιμα να παρίσταται αντικειμενική παραβίαση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού και της διαφάνειας. Τούτο τεκμηριώνεται και από τις προσκομισθείσες από την προσφεύγουσα δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις άλλων εταιριών που δραστηριοποιούνται στο συγκεκριμένο κλάδο. Όταν μία απαίτηση δεν λαμβάνει υπόψη τις πραγματικές επικρατούσες συνθήκες, τότε όχι μόνο στρεβλώνει τον ανταγωνισμό, αλλά και αντιβαίνει στο σκοπό του ενωσιακού νομοθέτη που αποτυπώνεται στην αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τη διευκόλυνση συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες συμβάσεις και στην, κατ' επέκταση, αύξηση της αποδοτικότητας των δημόσιων δαπανών. Επίσης, δεν παρίσταται δικαιολογημένη η επιλογή της εκπλήρωσης εκάστου των προσβαλλόμενων κριτηρίων οπωσδήποτε αυτοτελώς για κάθε συμμετέχοντα, οπότε με αυτόν τον τρόπο κατ’ ουσίαν εμποδίζεται η στήριξη σε τρίτο οικονομικό φορέα. Ούτε παρίσταται δικαιολογημένη η επιλογή της εκπλήρωσης εκάστου των προσβαλλόμενων κριτηρίων οπωσδήποτε αυτοτελώς για κάθε συμμετέχοντα, καθήν στιγμή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 4 του άρθρου 19 του ν.4412/2016, όλα τα μέλη

ένωσης ή κ/ξ ευθύνονται αλληλέγγυα και εις ολόκληρον έναντι της αναθέτουσας αρχής. Αλλά και η επιλογή του τρόπου πλήρωσης του ελάχιστου επιπέδου οικονομικής καταλληλότητας δεν είναι αυθαίρετη και απεριόριστη, σύμφωνα με το παραπάνω άρθρο 19 παρ. 2 του ν. 4412/2016, αλλά τελεί υπό την προϋπόθεση να μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά και να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Όλα τα παραπάνω καθιστούν έκαστο των ως άνω προσβαλλόμενων όρων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 5.5.β.ii της διακήρυξης μη νόμιμο, καθόσον εξεταζόμενος κάθε εξ αυτών όρος είτε μεμονωμένα είτε σε συνδυασμό με την κάλυψή τους για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας και την κάλυψή τους από κάθε μέλος ένωσης ή κοινοπραξίας παρίσταται ως περιορίζων αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, υπερβολικός και δυσανάλογος του σκοπού για τον οποίο προβλέφθηκαν, αφού η οικονομική φερεγγυότητα και η επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση θα μπορούσε να αποδειχθεί εξίσου αποτελεσματικά με λιγότερο επαχθή τρόπο. Επιπροσθέτως, κρίνονται απρόσφοροι να αποδείξουν την οικονομική ικανότητα των εταιριών, αφού οι ζητούμενοι δείκτες δεν επαρκούν από μόνοι τους ως απόδειξη της ικανότητας αυτής, ούτε αντανακλούν την πραγματική οικονομική κατάσταση ενός υποψηφίου. Λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, ο προσβαλλόμενος όρος 5.5.β.ii της εξεταζόμενης διακήρυξης τυγχάνει ακυρωτέος, δεκτού καθισταμένου ως βάσιμου του πρώτου λόγου προσφυγής.

22. Επειδή, όσον αφορά στο δεύτερο λόγο προσφυγής, σχετικά με τα κριτήρια βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς και τον τρόπο βαθμολόγησής τους, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Κατά τον όρο 8.2.2. της διακήρυξης ορίζεται ότι «*Η αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα ακόλουθα κριτήρια και συντελεστές βαρύτητας: Η Τεχνική Προσφορά θα αξιολογηθεί από την Επιτροπή σύμφωνα με τα κριτήρια που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα. Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)*

Κριτήριο	***Βαθμολογία***	***Βαρύτητα***	***Αξιόλογηση***

Τ1 Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης αναβάθμισης - λειτουργίας του Συστήματος	*Β1=100 έως 150*	*30%*	*Τ1=Β1 χ 0,30*
Τ2 Πληρότητα - Προδιαγραφές ΣυστήματοςΤηλεελέγχου -Τηλεδιαχείρισης - Ελέγχου Κατανάλωσης Ενέργειας, Συστήματος Περιοδικής και Επεμβατικής Συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 150*	*15%*	*Τ2=Β2χ 0,15*
Τ3 Διάρθρωση Ομάδας Έργου - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως150*	*10%*	*Τ3=Β3χ 0,10*
Τ4 Ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας νέου συστήματος (σε kWh) σε σχέση με το υφιστάμενο	*Β4=100 έως 150 '*	*45%*	*Τ5=Β4 χ 0,45*

Επίσης, κατά τον όρο 8.2.3. της διακήρυξης, που αφορά στη βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς, προβλέπεται ότι «8.2.3. *Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς (Συνολική Βαρύτητα 70%): Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4) δηλαδή: Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 150 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ4 την μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει την μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 150. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, ήτοι 62% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης, με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στην διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια της Παραγράφου 8.2.2 βαθμολογία τουλάχιστον 100,δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και ως εκ τούτου η προσφορά τους απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Οι εν λόγω υποψήφιοι μετά την ολοκλήρωση εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», αποκλείονται*

από την διαδικασία. Ο Υποφάκελος «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» δεν αποσφραγίζεται.».

23. Επειδή, διαπιστώνεται ότι με έννομο συμφέρον προβάλλεται ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής, καθόσον, κατά δήλωση της προσφεύγουσας (βλ. σελ. 10 της προσφυγής) «*Οι δύο όροι που βάλλονται αποκλείουν - όπως θα καταδείξουμε στην συνέχεια - και στερούν το δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό της εταιρείας μας ……. Τούτο επιτυγχάνεται δια της εισαγωγής άκρως περιοριστικών, εξόχως αντιανταγωνιστικών, όλως αορίστων και ασαφών και εν γένει μη εύλογων απαιτήσεων για διαγωνισμό οδοφωτισμού... Παρέπεται να ειπωθεί και το αυτονόητο. Ότι ως μη νόμιμοι εξομοιούνται και οι όροι εκείνοι που διατυπώνονται ασαφώς και αορίστως, σε αντίθεση δηλαδή προς την αρχή της διαφάνειας και την υποχρέωση εκάστης Α.Α να συντάσσει διακήρυξη με σαφείς και ευνόητους όρους, όπως και εκείνοι που προδιαγράφουν όρους με αδιαφανή, αντιεπιστημονικό τρόπο, εξόχως ατεκμηρίωτα και εν τέλει με τρόπο που, το μεν, αποστερούν, λόγω της έκτασης της ασάφειας την υποβολή πλήρους και παραδεκτής προσφοράς, το δε, καθιστούν, αντικειμενικά αδύνατη και αδιαφανή την τεχνική αξιολόγηση και βαθμολόγηση των υποψηφίων. Όροι που διατυπώνονται με τέτοιους τρόπους ασαφώς και αορίστως δημιουργούν ανεπίτρεπτη και ανυπέρβλητη αδυναμία σύγχυση συμμετοχής, προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς στους υποψηφίους. Είναι δε αυτονόητο ότι διογκώνουν υπέρ της Α.Α το πεδίο ερμηνείας των στοιχείων εκάστης τεχνικής προσφοράς, με άλλα δημιουργούν και ενθαρρύνουν συνθήκες αδιαφανούς κρίσεως, συνεπώς, αυξάνουν, εις βάρος του διαγωνιζομένου, τον κίνδυνο απόρριψης μίας καθ' όλα πλήρους τεχνικής προσφοράς και την αδιαφάνεια κατά την αξιολόγηση, στην οποία, σημειωτέον, ως εκ της φύσεώς της, κυριαρχεί το υποκειμενικό κριτήριο*...».

24. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον υπό κρίση λόγο ισχυρίζεται ότι δεν γίνεται καμία συγκεκριμένη περιγραφή του αντικειμένου τεχνικής αξιολόγησης των υποψηφίων στα κριτήρια Τ1, Τ2 και Τ3, εκτός από επιδερμικές - επιφανειακές αναφορές που αφορούν για το κριτήριο Τ1 μόνο σε «*Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης Αναβάθμισης*», για το κριτήριο Τ2 μόνο σε «*Πληρότητα προδιαγραφές του Συστήματος*...» και για το κριτήριο Τ3 μόνο σε «*Διάρθρωση ομάδας έργου*», καθώς και ότι δεν γίνεται

καμία απολύτως αναφορά στον τρόπο βαθμολόγησης των υποψηφίων στα κριτήρια Τ1, Τ2 και Τ3. Όσον αφορά στο κριτήριο Τ4, βαρύτητας 45%, με το οποίο βαθμολογείται η ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας, η οποία προκύπτει από την αφαίρεση της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος από την ετήσια ενεργειακή κατανάλωση του υφιστάμενου συστήματος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τούτο είναι προδήλως μη νόμιμο, αφού είναι αδύνατον σε κάθε υποψήφιο οικονομικό φορέα να υπολογίσει την ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας εξαιτίας της αντικειμενικής αδυναμίας υπολογισμού της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος και η ενεργειακή κατανάλωση του νέου συστήματος δεν είναι δυνατόν να υπολογιστεί εξαιτίας της αδυναμίας επιλογής των "κατάλληλων" τύπων φωτιστικών LED που να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Κατά την προσφεύγουσα, εξαιτίας δε των ασαφειών της διακήρυξης σχετικά με την επιλογή του κατάλληλου νέου εξοπλισμού αντικατάστασης (Φωτιστικά LED, Λαμπτήρες LED) είναι απίθανη η προσδοκία διαφανούς και αντικειμενικής αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων ως προς την προσφερόμενη ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας. Επί του λόγου αυτού λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Καταρχήν η αναλυτική περιγραφή του αντικειμένου της τεχνικής αξιολόγησης είναι αναγκαία γιατί διασφαλίζει τη με ίσο και αντικειμενικό τρόπο βαθμολόγηση. Η βαθμολόγηση δε των τεχνικών προσφορών πρέπει να βασίζεται σε συγκεκριμένα στοιχεία, τα οποία προσδιορίζονται με αντικειμενικά κριτήρια που τίθενται στη διακήρυξη. Για το λόγο αυτό ο υποψήφιος οικονομικός φορέας πρέπει να μπορεί να διαμορφώσει μια τεχνική προσφορά γνωρίζοντας σε τι αξιολογείται επακριβώς, δηλαδή ποια σημεία των τεχνικών προδιαγραφών προκρίνονται ως πιο σημαντικά από την αναθέτουσα αρχή και στα οποία θα βασιστεί για να πριμοδοτήσει περισσότερο μια τεχνική προσφορά έναντι άλλης.

25. Επειδή, εν προκειμένω, με την εμπεριεχόμενη στον όρο 8.2.3. της διακήρυξης αναφορά ότι «*Η βαθμολόγηση των κριτηρίων γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης*» δεν δίδονται σαφή και ποσοτικά προσδιορισμένα δεδομένα

βάσει των οποίων θα δοθεί μεγαλύτερη βαθμολογία, με συνέπεια να προκαλείται στον υποψήφιο συμμετέχοντα σύγχυση ως προς τα στοιχεία διαμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς για την εξασφάλιση της απαιτούμενης και παραδεκτής βαθμολογίας. Έτσι, δεν προσδιορίζεται ποια είναι τα κριτήρια εκείνα που διαμορφώνουν τη βαθμολόγηση ενός υποψηφίου με 100 και ποια με 150, ούτε ορίζεται εάν η πληρότητα των προδιαγραφών αντιστοιχεί στο βαθμό 100 ή στο βαθμό 150. Επιπροσθέτως όσον αφορά στο κριτήριο Τ2 προκύπτει επιπλέον αδυναμία αντικειμενικής αξιολόγησης, ενόψει του ότι η αξιολόγησή του ερείδεται στα δεδομένα που θα δηλώσουν οι υποψήφιοι στις προφορές τους και όχι επί τη βάσει αποδεικτικών τεκμηρίων από τρίτες ανεξάρτητες πηγές, αφού δεν απαιτείται στη φάση του διαγωνισμού η προσκόμιση τέτοιων τεκμηρίων με το φάκελο τεχνικής προσφοράς. Πιο συγκεκριμένα, στο Παράρτημα 3 της διακήρυξης με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές» στο κεφάλαιο «6. ΣΥΣΤΗΜΑ ΤΗΛΕΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΣΗΣ» στη παράγραφο με τίτλο «ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΓΙΑ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΥΣ 6.1.1 ΩΣ 6.1.4» αναφέρεται ότι : «*γ. Όσον αφορά τις σχετικές πιστοποιήσεις - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους και τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports), θα κατατεθούν από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε περίπτωση που δεν προσκομιστούν, τότε ο Οικονομικός Φορέας κηρύσσεται έκπτωτος και ο δεύτερος σε κατάταξη Οικονομικός Φορέας, κηρύσσεται ως προσωρινά Ανάδοχος*». Επίσης στην παράγραφο 7.1.2 (Τεχνική προσφορά) ορίζεται ότι «*Στις περιπτώσεις σύνθετων λύσεων, όπως περιγράφονται στην περίπτωση α.,π.χ. LED controller ενσωματωμένο σε φωτιστικό καθώς και για το σύστημα Κόμβου Τηλεδιαχείρισης, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι υποχρεούνται να καταθέσουν την Δήλωση Συμμόρφωσης του Κατασκευαστή (Declaration of Conformity - DoC) εντός του φακέλου της Τεχνικής Προσφοράς. Όσον αφορά τα σχετικά πιστοποιητικά - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους και τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports),κατατίθενται από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης επί ποινή αποκλεισμού*.». Ως προκύπτει εξ αυτών θα βαθμολογηθεί ο υποψήφιος ανάλογα με το ό,τι δηλώσει και όχι επί τη βάσει αποδεικτικών τεκμηρίων από

τρίτες ανεξάρτητες πηγές, αφού, ως προεκτέθηκε, δεν απαιτείται στη φάση του διαγωνισμού η προσκόμιση τέτοιων τεκμηρίων με το φάκελο της τεχνικής προσφοράς. Με τον τρόπο, όμως, αυτό δεν τεκμηριώνεται η αντικειμενικότητα του κριτηρίου αυτού. Επίσης, όσον αφορά στο κριτήριο Τ3, με το οποίο βαθμολογείται η διάρθρωση της ομάδας έργου, ασάφεια υφίσταται ως προς τον τρόπο βαθμολόγησης προσφοράς που περιλαμβάνει μεν την ομάδα έργου που προδιαγράφει η διακήρυξη, αλλά ο Υπεύθυνος Έργου έχει επί παραδείγματι διπλάσια εμπειρία σε διαχείριση συμβάσεων ως Υπεύθυνος Έργων. Ομοίως ασάφεια υφίσταται ως προς τον τρόπο βαθμολόγησης προσφοράς που επί παραδείγματι περιλαμβάνει μεν την ομάδα έργου που προδιαγράφει η διακήρυξη, αλλά ο αδειούχος Ηλεκτρολόγος/ Εγκαταστάτης διαθέτει διπλάσια εμπειρία. Ομοίως ασάφεια υφίσταται ως προς τον τρόπο βαθμολόγησης προσφοράς που επί παραδείγματι προσφέρει καλύτερη διάρθρωση ομάδας έργου, αλλά μεγαλύτερο χρονοδιάγραμμα έναντι προσφοράς που προσφέρει συντομότερο χρονοδιάγραμμα, αλλά με λιγότερο καλή διάρθρωση ομάδας έργου. Δηλαδή αν θα βαθμολογηθούν ίδια ή με ποια κριτήρια θα βαθμολογηθούν διαφορετικά τέτοιες προσφορές. Όσον αφορά στο κριτήριο Τ4, με το οποίο βαθμολογείται η ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας, η οποία προκύπτει από την αφαίρεση της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος από την ετήσια ενεργειακή κατανάλωση του υφιστάμενου συστήματος, τούτο, ως έχει ορισθεί, πάσχει ασάφειας και αοριστίας. Τούτο διότι η ενεργειακή κατανάλωση του νέου συστήματος δεν είναι δυνατόν να υπολογιστεί εξαιτίας της αδυναμίας επιλογής των «κατάλληλων» τύπων φωτιστικών LED, οι οποίοι να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Ειδικότερα, η διακήρυξη δεν παρέχει τα απαραίτητα δεδομένα στους οικονομικούς φορείς ώστε να επιλέξουν τους «κατάλληλους» τύπους φωτιστικών αντικαταστάσεων που να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της. Στη διακήρυξη, στο κεφάλαιο 3.ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ ΟΔΩΝ LED και συγκεκριμένα στο άρθρο 3.1 & 3.1.2 αναφέρεται χαρακτηριστικά : «*Τα Φωτιστικά Δρόμου LED θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να συμμορφώνονται με τα ακόλουθα:... Η απόδοση και η ισχύς τους θα είναι κατάλληλη, όπως προκύπτει από τον*

κάτωθι Πίνακα, καθώς και από το Φωτοτεχνικό Μοντέλο.». Δηλαδή, η «καταλληλόλητα» των προσφερόμενων φωτιστικών θα αξιολογηθεί επί τη βάσει ενός πίνακα δεδομένων που θα περιλαμβάνει την ζητούμενη απόδοση και ισχύ τους, καθώς και επί τη βάσει του φωτοτεχνικού μοντέλου. Εντούτοις, στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, κάτωθι της επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης αυτής δεν υπάρχει κανένας πίνακας με την κατάλληλη ισχύ και απόδοση των ζητούμενων φωτιστικών LED και συνεπώς, ελλείψει στοιχείων καταλληλότητας, δεν είναι δυνατόν να συνταχθεί ορθή προσφορά. Ο μοναδικός πίνακας στη διακήρυξη που αναφέρεται στα Φωτιστικά LED είναι ο πίνακας της παραγράφου 7.6 του Παραρτήματος 3, στον οποίο, όμως, αναφέρονται μόνο κάποιες προτεινόμενες τιμές ισχύος και όχι οι αποδόσεις των ζητούμενων φωτιστικών LED. Στο κεφαλαίο 5 της διακήρυξης με τίτλο «Φωτοτεχνικό μοντέλο» δεν γίνεται καμία αναφορά σε «κατάλληλες» αποδόσεις φωτιστικών και ούτε αυτές μπορούν να προκύψουν από τα διαθέσιμα δεδομένα, αφού, στο συγκεκριμένο κεφάλαιο, δεν περιλαμβάνονται τα φωτομετρικά μοντέλα με τα απαραίτητα δεδομένα (πλάτος οδοστρώματος, λωρίδες κυκλοφορίας, απόσταση ιστών, ύψος τοποθέτησης φωτιστικού, απόσταση θέσης από το οδόστρωμα κ.ά.) βάσει των οποίων οι υποψήφιοι, όπως υποχρεούνται, θα δοκιμάσουν και θα επιλέξουν τα φωτιστικά που θα προσφέρουν. Περιλαμβάνονται μόνον τα αποτελέσματα των μελετών που εκπονήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή σε κάποια φωτομετρικά μοντέλα και μάλιστα για ένα μέρος των ζητούμενων φωτιστικών LED. Τα αποτελέσματα αυτά αφορούν σε 5 από τους συνολικά 20 τύπους φωτιστικών αντικατάστασης που αναφέρονται στον πίνακα της παραγράφου 7.6. Επίσης, οι αντικαταστάσεις που αναφέρονται στα αποτελέσματα αυτά, για τους 4 από τους 5 τύπους δεν είναι ίδιες με αυτές που αναφέρονται στον πίνακα αντικαταστάσεων της παραγράφου 7.6. Δηλαδή για τους 20 τύπους φωτιστικών LED που δίδονται ως αντικαταστάσεις των υφιστάμενων συμβατικών στο πίνακα 7.6, δεν υπάρχουν φωτοτεχνικά μοντέλα βάσει των οποίων οι υποψήφιοι θα ελέγξουν και θα επιλέξουν τα προσφερόμενα φωτιστικά με την «κατάλληλη» απόδοση και ισχύ. Επιπροσθέτως, σε 19 από τους 20 τύπους δεν παρατίθενται ούτε καν τα αποτελέσματα συμμόρφωσης με το πρότυπο EN13201. Αλλά και μετά την εκ των υστέρων (ήτοι μετά την

άσκηση της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής) ανάρτηση από την αναθέτουσα αρχή στο ΕΣΗΔΗΣ πίνακα αποδόσεων και ισχύος, οι ανωτέρω ελλείψεις δεν πληρώθηκαν. Ειδικότερα, ο πίνακας αυτός, όπως αναφέρει, αποτυπώνει τα όρια ισχύος και φωτεινής απόδοσης ανά τύπο Φωτιστικού. Στον πίνακα αυτόν περιγράφονται τα όρια αυτά για τρία είδη φωτιστικών, ήτοι τα Φ1, Φ2, Φ3, ονομασίες που δεν αναφέρονται πουθενά στα τεύχη δημοπράτησης. Δεν προκύπτει έτσι πως σχετίζονται τα Φωτιστικά οδών LED Φ1, Φ2, Φ3 του πίνακα με τους 20 τύπους του πίνακα αντικαταστάσεων (ισοδυναμίας) της παραγράφου 7.6 της διακήρυξης. Ούτε και μετά την εκ των υστέρων (ήτοι μετά την άσκηση της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής) ανάρτηση από την αναθέτουσα αρχή της φωτοτεχνικής μελέτης, οι ανωτέρω ελλείψεις πληρώθηκαν, αφού δεν μπορεί να γίνει αντιστοίχιση των ειδών της φωτοτεχνικής μελέτης με τον πίνακα της παρ. 7.1 της διακήρυξης. Τούτο διότι α) στον πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης υπάρχουν περιγραφές των τύπων φωτιστικών χωρίς περιγραφή της πηγής φωτισμού (τύπος λαμπτήρας ή LED σε W), ενώ στον πίνακα της παραγράφου 7.1 της διακήρυξης υπάρχουν περιγραφές της πηγής φωτισμού και δεν υπάρχουν περιγραφές των τύπων φωτιστικών. Επίσης δεν μπορεί να γίνει αντιστοίχιση βάσει του πλήθους γιατί οι κατανομές ανά τύπο φωτιστικού είναι εντελώς διαφορετικές. β) Στο πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης αναφέρονται τύποι υφιστάμενων φωτιστικών που δεν τοποθετούνται σε βραχίονα (ΕΝΑΕΡΙΟ, ΚΩΝΟΣ, ΑΚΡΟΠΟΛΗΣ, ΜΑΝΙΤΑΡΙ, ΜΠΑΛΑ ΜΟΝΗ), αλλά αναρτώνται από συρματόσχοινο ή τοποθετούνται σε κορυφή ιστού, ενώ στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης προδιαγράφονται Φωτιστικά Δρόμου LED τα οποία θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να "...*είναι κατάλληλα για οδοφωτισμό και να μπορούν να τοποθετηθούν σε βραχίονα*". Δεν συνάγεται δηλαδή αν ζητείται από τους υποψηφίους να προσφέρουν Φωτιστικά led βραχίονα σε αντικατάσταση φωτιστικών που δεν διαθέτουν βραχίονα. γ) Στο πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης αναφέρονται προβολείς (96 τεμάχια), ενώ στην διακήρυξη δεν δίδονται προδιαγραφές ή άλλα στοιχεία για αντικατάσταση προβολέων. Δεν προκύπτει δηλαδή αν ζητείται από τους υποψηφίους να προσφέρουν φωτιστικά βραχίονα LED σε αντικατάσταση Προβολέων. δ) Στα τεύχη της διακήρυξης και συγκεκριμένα στην παράγραφο 4 των τεχνικών

προδιαγραφών δίδονται προδιαγραφές για Λαμπτήρες LED. Δεν προκύπτει, όμως, σε ποιους από τους τύπους του πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης θα αντικατασταθούν μόνο οι λαμπτήρες και σε ποια ολόκληρα τα φωτιστικά. ε) Με βάση τους αναγραφόμενους τύπους του πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης, τα φωτιστικά LED που ζητούνται δεν αντικαθιστούν έναν συγκεκριμένο τύπο υφιστάμενου φωτιστικού, αλλά μια ευρεία γκάμα τύπων με διαφορετικές τεχνικές προδιαγραφές. Δεν προκύπτει δηλαδή αν ζητείται να αντικατασταθούν όλοι οι υφιστάμενοι τύποι με ένα τύπο φωτιστικού LED βραχίονος. Διότι αν η απάντηση είναι αρνητική, τότε υπάρχει σύγχυση ως προς τις ποσότητες, την απόδοση και την ισχύ ανά ζητούμενο τύπο αντικατάστασης. Επίσης, από το αρχείο "Φωτοτεχνική Μελέτη της υφιστάμενης Κατάστασης" που ανάρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ η αναθέτουσα αρχή μετά την υποβολή της εξεταζόμενης προσφυγής, προκύπτουν οι ακόλουθες ασάφειες: α) Οι Φωτοτεχνικές μελέτες και αποτελέσματα φαίνεται να αντιστοιχούν σε 2-3 τύπους υφιστάμενων φωτιστικών από τους 16 τύπους που αναφέρονται στον πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης. Δεν προκύπτει αν στις αντικαταστάσεις αυτών των φωτιστικών αντιστοιχούν τα Φ1, Φ2, Φ3, για τα οποία εκ των υστέρων έχει δοθεί πίνακας αποδόσεων και ισχύος. β) Αν αντιστοιχούν τα Φ1, Φ2, Φ3, τότε δεν προκύπτει πώς αντιστοιχίζονται στα υφιστάμενα φωτιστικά, ούτε προκύπτει οι αντιστοιχίες του πίνακα 7.6 της διακήρυξης που διαφοροποιούνται εφόσον δεν συνάδουν με τον πίνακα αποδόσεων και ισχύος των Φ1, Φ2, Φ3. γ) Αν δεν αντιστοιχούν τα Φ1, Φ2, Φ3, τότε δεν προκύπτει ποιες είναι οι ζητούμενες επιτρεπόμενες ελάχιστες αποδόσεις και οι μέγιστες ισχύεις. Περαιτέρω, στο κεφάλαιο 5 της διακήρυξης αναφέρεται ότι: «*Για τη συγκριτική αξιολόγηση των προσφερόμενων Φωτιστικών Σωμάτων, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι οφείλουν, στην Τεχνική Προσφορά τους, να καταθέσουν Φωτοτεχνική Μελέτη πρότυπων αντιπροσωπευτικών δρόμων*...». Ωστόσο, ελλείψει ενός υποδεικνυόμενου από την αναθέτουσα αρχή φωτοτεχνικού μοντέλου που να περιλαμβάνεται στα τεύχη δημοπράτησης, η παραπάνω απαίτηση οδηγεί τον κάθε υποψήφιο να διαμορφώσει τους κατά την κρίση του δικούς του αντιπροσωπευτικούς δρόμους και κατ' επέκταση να αξιολογούνται συγκριτικά οι προσφορές των υποψηφίων επί τη βάσει αντιπροσωπευτικών δρόμων που επειδή οι ίδιοι

έχουν διαμορφώσει κατά την κρίση τους και δεν θα είναι ταυτόσημοι. Σε άλλο σημείο στο κεφάλαιο 5, οι υποψήφιοι φορείς καλούνται, επί ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσουν με την τεχνική προσφορά τους τα φωτοτεχνικά δεδομένα των προσφερόμενων τύπων φωτιστικών σωμάτων Led, με τα οποία ικανοποιείται φωτοτεχνικό μοντέλο που δεν περιλαμβάνεται στα τεύχη δημοπράτησης. Ενόψει όλων των ανωτέρω αόριστων δεδομένων του κανονιστικού πλαισίου τεκμηριώνεται αδυναμία των υποψηφίων να επιλέξουν φωτιστικά LED σύμφωνα και συμβατά με τους προδιαγραφόμενους όρους και άρα, κατ' ακολουθία, είναι αδύνατος ο υπολογισμός της ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος όσον αφορά στο κριτήριο Τ4 και στον τρόπο βαθμολόγησής του. Τέλος, ο δια του Υπομνήματος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «*Αναφορές σε παλαιότερες διακήρυξης ουδόλως λαμβάνονται υπόψη καθ' ο μέρος αντιτίθενται, πρόδηλα, στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών*» κρίνεται βάσιμος (ΕΑ ΣτΕ 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007 κ.ά.). Τούτων δοθέντων, οι προσβαλλόμενοι όροι 8.2.2. και 8.2.3. της εξεταζόμενης διακήρυξης τυγχάνουν ακυρωτέοι, λόγω ασάφειας, δεκτού καθισταμένου του δεύτερου λόγου προσφυγής ως βάσιμου.

26. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και της διαφάνειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95).

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω κριθέντων, η προσβαλλόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί, δεκτής καθισταμένης ως βάσιμης της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 15.000,00€, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό πρωτοκόλλου .../.../28-12-2021 διακήρυξη της ... για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΤΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗΣ ΑΠΟΔΟΣΗΣ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΚΑΙ ΑΣΤΙΚΟΥ ΦΩΤΙΣΜΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...».

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του με κωδικό ... ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 15.000,00€,

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 4 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 23 Μαρτίου 2021.

Ο Πρόεδρος	**Ο Γραμματέας**
Φώτιος Θεοδ. Κατσίγιαννης **Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.**	**Κωνσταντίνος Πουρναράς**

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 4 Μαρτίου 2021, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη της ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει την από 25-1-2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 210/26-1-2021 προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 της εταιρείας με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου .../.../28-12-2020 και με αριθμό ΚΗΜΔΗΣ .../29.12.2020 διακήρυξη της Περιφέρειας ... για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΤΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗΣ ΑΠΟΔΟΣΗΣ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΚΑΙ ΑΣΤΙΚΟΥ ΦΩΤΙΣΜΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...».

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 210/26-1-2021 καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 15.000,00€, το οποίο ανέρχεται στο ανώτερο προβλεπόμενο ύψος, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι το αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης υπερβαίνει το πιο πάνω καταβληθέν ποσό.

3. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 210/26-1-2021 προδικαστική προσφυγή, εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της Επταμελούς Σύνθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 261/28-1-2021 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, με την οποία επιπλέον ορίστηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του π.δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της ΑΕΠΠ και, συνεπώς, παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ΄), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29-12-2020, γνώση αυτής η προσφεύγουσα, κατά δήλωσή της, έλαβε στις 13-1-2020, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 25-1-2021, παρεκταθείσας της καταληκτικής ημερομηνίας της 23-1-2021, που ήταν Σάββατο.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή «...» με τη με αρ.πρωτ. .../.../28-12-2020 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) για την ανάθεση της σύμβασης γενικών υπηρεσιών «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΤΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗΣ ΑΠΟΔΟΣΗΣ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΚΑΙ ΑΣΤΙΚΟΥ ΦΩΤΙΣΜΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...», με CPV 50232100-1, 45316110-9, 32441200-8 και 34993000-4, διάρκειας δώδεκα (12) ετών. Κατά τον όρο 2 της διακήρυξης, «…*Η αναβάθμιση του Συστήματος και των Υποδομών του οδικού και αστικού*

φωτισμού, σε συνδυασμό με τη μείωση της κατανάλωσης ενέργειας και του συνολικού κόστους λειτουργίας θα επιτευχθεί με: 1. Εγκατάσταση νέων Λαμπτήρων / Φωτιστικών / Προβολέων σύγχρονης τεχνολογίας, στο σύνολο της γεωγραφικής έκτασης του Δήμου, με βάση την αντιστοίχιση που δίδεται στα Συμβατικά Τεύχη, 2. Εγκατάσταση και παραμετροποίηση Πλατφόρμας τηλεδιαχείρισης και ελέγχου κατανάλωσης, σε επίπεδο pillar ή/και φωτιστικού σώματος του συστήματος ηλεκτροφωτισμού κοινόχρηστων χώρων, 3. Σύστημα περιοδικής και επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ (μεθοδολογία καταγραφής βλαβών, ιεράρχηση, προγραμματισμός αποκατάστασης, έλεγχος αποκατάστασης, reporting, και στατιστική παρακολούθησης). ….. Τα βασικά χαρακτηριστικά του υπάρχοντος Συστήματος και των Υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού περιγράφονται στο Παράρτημα 3: «Τεχνικές Προδιαγραφές» της διακήρυξης. Η συνολική Εξοικονόμηση Ενέργειας από την αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων του Δήμου, θα είναι τουλάχιστον 62%, επί ποινή αποκλεισμού για τους υποψηφίους Αναδόχους.». Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης προκύπτει από την εξοικονόμηση της Ενεργειακής Κατανάλωσης στη διάρκεια των δώδεκα (12) ετών και ανέρχεται στο ποσό των 7.222.693€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Από το ποσό εξοικονόμησης της Ενεργειακής Κατανάλωσης θα καλύπτονται οι αμοιβές του Αναδόχου (Σύμβαση Ενεργειακής Απόδοσης - ΣΕΑ) και οι τιμές έχουν υπολογιστεί για το έτος βάσης Ενεργειακής Κατανάλωσης στην τιμή kWh: 0,16€/KWh για το αντίστοιχο έτος και το σύνολο της Συμβατικής Περιόδου. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 28-12-2020, αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29-12-2020 με ΑΔΑΜ ... και καταχωρήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό .... Κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστη σχέσης ποιότητας-τιμής. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είχε ορισθεί στις 8-2-2021, όμως, με την υπ' αρ..../.../1-2-2021 απόφαση του Περιφερειάρχη ... η προθεσμία αυτή ανεστάλη μέχρι την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, σε περίπτωση άσκησης προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι παραδεκτώς προσβάλλονται αυτοί κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, αφού το δικαίωμα άσκησης αυτής, επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση,

άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό και όχι απλά έχει υποστεί, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, γεγονός που στην περίπτωση της προσβολής όρων διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά, πλην, όμως, η μη νομιμότητα ή η ασάφεια των όρων της διακήρυξης ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της προσφοράς του, άρα στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Συνεπώς, καταρχήν παραδεκτώς και με έννομο συμφέρον η προσφεύγουσα ασκεί την παρούσα κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 3 του Π.Δ. 39/2017, στοιχειοθετώντας το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι, ως δηλώνει, επιθυμεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό και να διεκδικήσει την ανάληψη του δημοπρατούμενου αντικειμένου, διαθέτει δε, όλη την αξιοπιστία και πείρα να το εκτελέσει άρτια και ενδεδειγμένα. Εντούτοις, οι προσβαλλόμενοι μη νόμιμοι όροι παραβιάζουν τους κανόνες που αφορούν στο δικαίωμα συμμετοχής και συνακόλουθα στον ελεύθερο ανταγωνισμό, περιορίζοντάς τον εντελώς ανεπίτρεπτα και αναίτια, σε σημείο μάλιστα που να αποκλείουν ή να καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή της σε αυτόν. Ο ισχυρισμός, όμως, της προσφεύγουσας ότι με τους προσβαλλόμενους όρους εμποδίζεται η συμμετοχή της πλειονότητας των ενδιαφερομένων φορέων προβάλλεται απαραδέκτως ως εκ συμφέροντος τρίτου. Περαιτέρω, κατά την εξέταση εκάστου λόγου προσφυγής εξετάζεται το ειδικό έννομο συμφέρον για την προβολή εκάστου εξ αυτών.

8. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης υποστηρίζοντας τα εξής: **1ος λόγος:** Στο άρθρο 5.5.β της διακήρυξης που επιγράφεται «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζεται ότι «*β. Οικονομική - Χρηματοοικονομική επάρκεια, ώστε να διασφαλίζεται ότι οι προσφέροντες διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ι κανότητα για την εκτέλεση της ΣΠΥ. Συγκεκριμένα, απαιτείται: i... ii) Καλύπτουν τους εξής οικονομικούς δείκτες (αναλογίες στοιχείων ενεργητικού και παθητικού: ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 1.00 και κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4 για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας ή για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιείται ο οικονομικός*

φορέας, εφόσον αυτές είναι λιγότερες της τριετίας, σύμφωνα με τους δημοσιευμένους ισολογισμούς (ή, αν νομίμως δεν δημοσιεύει ισολογισμούς, από δήλωση ορκωτού λογιστή). Σε περίπτωση ένωση κάθε μέλος της ένωσης πρέπει να καλύπτει τον παρόντα όρο». Όπως προκύπτει από την επισκόπηση του ως άνω όρου απαιτείται σωρευτικά και επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς α) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να καλύπτουν τους οικονομικούς δείκτες, αναλογίες στοιχείων ενεργητικού και παθητικού: ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 1.00 και κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4, β) να καλύπτουν αυτούς για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας ή για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιούνται εφόσον αυτές είναι λιγότερες της τριετίας και γ) να τους καλύπτουν αυτοτελώς, ανεξαρτήτως δηλαδή συμμετοχής τους σε Ένωση ή Κοινοπραξία. Κατά την κοινή πείρα και τα πορίσματα προσυμβατικού ελέγχου αντίστοιχων διαγωνισμών μεγαλύτερου προϋπολογισμού που έχουν ελεγχθεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο (ενδ. ΕΣ Στ' Κλιμάκιο Πράξη 476/20), προκύπτει, ότι, η παράθεση στη διακήρυξη άκρως υπερβολικών οικονομικών απαιτήσεων συνιστά ουσιώδης πλημμέλεια των αναθετουσών αρχών, δοθέντος ότι δημιουργούν ένα ιδιαίτερα αυστηρό πλαίσιο, το οποίο παρίσταται δυσανάλογο και υπερακοντίζει τον σκοπό στον οποίον κατατείνει η διαγωνιστική διαδικασία Ως ιδιαίτερα αυστηρό το πλαίσιο αυτό δύναται αντικειμενικά να δημιουργήσει δυσμενείς διακρίσεις εις βάρος των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι ναι μεν διαθέτουν - κατ' αντικειμενικό μέτρο και αποδεδειγμένα - την οικονομική ικανότητα να ανταποκριθούν αξιοπρεπώς και επιτυχώς στο αντικείμενο του διαγωνισμού, πλην όμως, δεν διαθέτουν τις εξόχως υπερβολικές και δυσανάλογες απαιτούμενες προϋποθέσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας που εν προκειμένω μνημονεύονται στο ως άνω άρθρο. Ενδεικτικά λεκτέο κατά την προσφεύγουσα είναι ότι, αυτή αν και διαθέτει, επαρκή εμπειρία και χρηματοοικονομική ικανότητα εκτέλεσης συμβάσεων οδοφωτισμού ακόμα μεγαλύτερου προϋπολογισμού (λ.χ το έργο φωτισμού Δήμου ... προϋπολογισμού 20.3 Εκ ευρώ + φπα), δηλαδή, οικονομική δυνατότητα σε τέτοιο βαθμό που να δύναται να εκτελέσει ικανοποιητικώς το δημοπρατούμενο αντικείμενο, εντούτοις, δεν δύναται να συγκεντρώσει τις απαιτήσεις που μνημονεύονται στο άρθρο 5.5.ii. της διακήρυξης. Συνεπώς, είναι αδύνατος ο σχηματισμός ανταγωνιστικής

προσφοράς και η διεκδίκηση της σύμβασης ένεκα απαιτήσεων που είτε εν συνδυασμό είτε αυτοτελώς (μεμονωμένως) εξεταζόμενες, παρίστανται άκρως υπερβολικές, τελούν σε δυσαναλογία προς τον σκοπό για τον οποίο προβλέφθηκαν και σε αντίθεση προς τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης που αφορούν σε όλους τους δυνητικούς υποψηφίους. Η δυσαναλογία και υπερβολικότητα των απαιτήσεων είναι προφανής και δεν προκύπτει υποκειμενικά, αλλά κατ' αντικειμενικό μέτρο. Είναι χαρακτηριστικό, κατά την προσφεύγουσα, όπως προκύπτει και από το πινάκιο που ακολουθεί, ότι ακόμα οι μεγαλύτερες γνωστές εταιρίες και όμιλοι της χώρας που δραστηριοποιούνται αποδεδειγμένα στην σχετική αγορά συμβάσεων οδοφωτισμού δεν καλύπτουν τον συγκεκριμένο όρο οικονομικής - χρηματοοικονομικής επάρκειας. Πρόκειται δε για εταιρίες με υψηλό κύκλο εργασιών (κάποιων δισεκατομμυρίων σε πολλές περιπτώσεις του πίνακα) που διαθέτουν μεγάλα ταμειακά διαθέσιμα (εκατοντάδων εκατομμυρίων σε πολλές περιπτώσεις του πίνακα), συνεπώς, με τεράστια οικονομική επάρκεια υλοποίησης έργων και σύνθετων συμβάσεων, και με εμπειρία υλοποίησης έργων εκατοντάδων εκατομμυρίων. Ενδεικτικά, πέραν της προσφεύγουσας, κατ’ αυτήν, η πλειονότητα των εταιριών που είτε έχουν συμμετάσχει τα τελευταία χρόνια σε διαγωνιστικές διαδικασίες συναφούς αντικειμένου είτε υλοποιούν αντίστοιχες συμβάσεις όπως, ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., κ.ά., αδυνατούν να συμμετάσχουν στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό εξαιτίας του βαλλομένου όρου. Άρα, κατά την προσφεύγουσα, ο όρος, αντικειμενικά και όχι υποκειμενικά, είναι υπέρμετρα αυστηρός, περιορίζει αθέμιτα τον ανταγωνισμό, αποκλείει εταιρίες που αποδεδειγμένα διαθέτουν τεράστια οικονομική επάρκεια και δεν εξασφαλίζει σε καμία περίπτωση τον λόγο για το οποίο επιβλήθηκε, δηλαδή δεν εξασφαλίζει την αναθέτουσα αρχή ότι όποιος καλύπτει τους δείκτες είναι κατ' ανάγκη οικονομικά επαρκής για να υλοποιήσει την σύμβαση. Πιο αναλυτικά, με βάση τα επικληθέντα στην εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, όπως προκύπτει από δημοσιευμένα και προσβάσιμα σε όλους οικονομικά στοιχεία (ισολογισμούς) οι τιμές των ζητούμενων δεικτών για κάθε μία από τις παραπάνω εταιρίες τις τελευταίες τρείς χρήσεις (όπως απαιτεί η διακήρυξη) διαμορφώνεται ως εξής:

ΕΤΑΙΡΕΙΑ	ΕΤΟΣ	ΙΔΙΑ ΚΕΦΑΛΑΙΑ/ ΣΥΝΟΛΟ ΥΠΟΧ. >1	ΚΥΚΛΟΦΟΡΟΥΝ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ/ ΒΡΑΧΥΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ > 1,4
...	2019	0,78	1,47
	2018	0,81	1,69
	2017	0,69	1,43
...	2019	-0,14	0,45
	2018	0,44	1,44
	2017	1,62	2,62
...	2019	0,98	0,62
	2018	0,98	0,67
	2017	1,00	0,51
...	2019	0,37	1,37
	2018	0,34	1,33
	2017	0,30	1,28
...	2019	0,30	1,05
	2018	0,26	1,13
	2017	0,36	1,32
...	2019	0,30	1,05
	2018	0,26	1,13
	2017	0,36	1,32
...	2019	0,68	1,47
	2018	0,80	1,79
	2017	0,90	1,89

Είναι λοιπόν προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι, η εν λόγω απαίτηση, όπως διαυλακώνεται στη διακήρυξη, κατατείνει, κατ' αντικειμενικό κριτήριο, σε αναπόφευκτο περιορισμό του ανταγωνισμού και σε ελάχιστη συμμετοχή, καθώς η εκπλήρωση του κριτηρίου επιτυγχάνεται από ελάχιστους έως ενός υποψηφίους. Η απαίτηση του άρθρου 5.5.ii της διακήρυξης ως εισάγουσα κριτήριο καταλληλότητας τυγχάνει, ως εκ της φύσεως και αποστολής της, ουσιώδης. Περαιτέρω, ως εκ του τρόπου με τον οποίον διατυπώνεται, ήτοι άκρως αντιανταγωνιστικά, καθιστά την όλη διαδικασία που επισπεύδεται ουσιωδώς πλημμελή, αφού, είναι προφανές ότι η θέσπιση όρων με αυξημένες

και ειδικές απαιτήσεις συμμετοχής ευνοούν ελάχιστους έως ενός οικονομικούς φορείς, οι οποίοι αναλαμβάνουν την εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων οδοφωτισμού Ο.Τ.Α., ώστε, ενόψει αυτών και των πορισμάτων του άνω πινακίου, κατά την προσφεύγουσα, βάσιμα να παρίσταται αντικειμενική παραβίαση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού και της διαφάνειας. Οι απαιτήσεις αυτές, εάν εξακολουθήσουν να υπάρχουν στο κείμενο της διακήρυξης είναι βέβαιο ότι θα επιδράσουν ανασταλτικά στην ανάπτυξη ανταγωνισμού, δοθέντος, ότι, δεν θα αναπτυχθεί επαρκής ανταγωνισμός μιας και η συντριπτική πλειοψηφία των δραστηριοποιούμενων στην σχετική αγορά συμβάσεων φορέων δεν τις καλύπτει. Περαιτέρω, οι απαιτήσεις αυτές, πέραν της αυστηρότητάς τους, είναι προφανές ότι δεν τελούν σε αντιστοιχία - αρμονία προς τις οικονομικές συνθήκες που επικρατούν στην εσωτερική αγορά. Όποιος και αν είναι ο σκοπός της σύμβασης, όποιες και αν είναι οι ανάγκες ή προτεραιότητες της αναθέτουσας αρχής, δεν είναι δυνατόν να προδιαγράφονται απαιτήσεις και τιμές δεικτών υπερβολικές, αυθαίρετες και εκτός οικονομικής πραγματικότητας, αποκλείοντας ακόμα και τις μεγαλύτερες οικονομικά εταιρίες της χώρας. Και τούτο διότι, όταν μία απαίτηση δεν στοιχείται προς τις πραγματικές συνθήκες στην πραγματικότητα, τότε στρεβλώνει και κάμπτει - όχι μόνο τον ανταγωνισμό - την αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 24, που σκοπεί στη διευκόλυνση συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες συμβάσεις και στην, κατ' επέκταση, αύξηση της αποδοτικότητας των δημόσιων δαπανών. Με άλλα λόγια, υπό καμία εκδοχή οι όροι αυτοί δεν μπορούν να θεωρηθούν δίκαιοι, εύλογοι και νόμιμοι, κατά τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα. Έτι περαιτέρω, κάθε απαίτηση που εισάγεται στην διακήρυξη θα πρέπει να αιτιολογείται και να επιβάλλεται από επιτακτικό και αποχρώντα λόγο δημοσίου συμφέροντος που δεν μπορεί να διωχθεί διαφορετικά, ήτοι με ολιγότερο αυστηρά μέτρα και προδιαγραφές. Θα πρέπει λοιπόν να αιτιολογείται, για ποιον λόγο οι όροι που επελέγησαν τελούν εν σχέσει προσφορότητας προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι ότι συνιστούν ένδειξη για την οικονομική φερεγγυότητα και την επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση και για ποιον λόγο οι όροι αυτοί ήτο οι μόνοι ικανοί να διώξουν τον σκοπό αυτό, με άλλα λόγια, για ποιον λόγο ο σκοπός τούτος δεν μπορούσε να διωχθεί εξίσου αποτελεσματικά με

ολιγότερο επαχθή τρόπο. Ζήτημα λοιπόν τίθεται για ποιον λόγο η αναθέτουσα αρχή επέλεξε τον ακραίο τούτο όρο σε αντίθεση με ένα πιο επιεική, που το μεν θα την εξασφάλιζε εξίσου ισάξια ως προς την οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα των υποψήφιων οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, το δε, ως πιο επιεικής, θα ενθάρρυνε και θα διευκόλυνε τη συμμετοχή περισσοτέρων υποψηφίων και, συνεπώς, την επιλογή της πιο συμφέρουσας προτάσεως μεταξύ πλειόνων. Δεν υπάρχει επ' αυτού ουδεμία αιτιολόγηση ή εξήγηση, συνεπώς, οι εν λόγω απαιτήσεις περιορίζουν χωρίς αποχρώντα λόγο τον ανταγωνισμό. Δέον ειπείν ότι στην πραγματικότητα ο όρος τούτος, καθ' ο μέρος προβλέπει την εκπλήρωση συγκεκριμένων δεικτών, ουδόλως εξασφαλίζει την αναθέτουσα αρχή, αφού, μπορεί κάλλιστα μία εταιρία να καλύπτει τους δείκτες, ενώ αληθώς δεν είναι «αυτάρκης» ή ευρίσκεται υπό ορατό κίνδυνο χρεωκοπίας. Κατά την προσφεύγουσα, αντιθέτως -όπως αποδεικνύεται από τον ως άνω πίνακα- οι μεγαλύτεροι όμιλοι της χώρας, αλλά και η προσφεύγουσα, που αποδεδειγμένα διαθέτουν την απαιτούμενη οικονομική επάρκεια εκτέλεσης αυτής της σύμβασης, κρίνονται βάση του βαλλόμενου κριτηρίου οικονομικά ανεπαρκείς και στερούνται το δικαίωμα της συμμετοχής. Προκύπτει εύλογα λοιπόν η σκέψη ότι το κριτήριο ετέθη όχι προς εξυπηρέτηση του ως άνω σκοπού, αλλά επί σκοπώ περιορισμού των συμμετοχών. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τους γενικά αναγνωρισμένους, ως κατά γενική ομολογία παραδεκτούς, κανόνες της οικονομικής - χρηματοοικονομικής θεωρίας και επιστήμης, η οικονομική αυτάρκεια, ευρωστία και ικανότητα ενός οικονομικού φορέα ουδόλως αποδεικνύεται μόνο από τους ζητούμενους δύο δείκτες, παρά μόνο από πληθώρα δεικτών και πληροφοριών που αφορούν στην οικονομική κατάστασή του. Για παράδειγμα, σε ότι αφορά τον πρώτο ζητούμενο δείκτη «ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων» τα δεδομένα της κοινής πείρας και εμπορικής πραγματικότητας καταδεικνύουν ότι ορισμένες επιχειρήσεις, σε περιόδους επενδυτικής ανάπτυξης, προβαίνουν σε δανεισμό για την κάλυψη των κεφαλαιακών αλλά και λειτουργικών τους εξόδων, το οποίο συνεπιφέρει, όπως είναι φυσικό, την αύξηση των υποχρεώσεων, αλλά και την μείωση των κερδών και κατ' επέκταση των ιδίων κεφαλαίων, εφόσον κάθε νέα επένδυση χρειάζεται χρόνο ωρίμανσης για να επιφέρει κερδοφορία. Συνακόλουθα, η απαίτηση του δείκτη 1,0 επενεργεί δυσμενώς εις βάρος και των εταιριών που

επενδύουν στη χώρα μας παρά το εξόχως δυσχερές και δυσοίωνο οικονομικό περιβάλλον, που προσφέρουν νέες θέσεις εργασίας καταβάλλοντας μισθούς, εισφορές και φόρους στο κράτος. Σε ότι αφορά τον δεύτερο ζητούμενο δείκτη «Κυκλοφορούν ενεργητικό/ Βραχυπρόθεσμές υποχρεώσεις» είναι ξεκάθαρο ότι, πέραν του ότι τυγχάνει εξόχως υπερβολικός έως δυσθεώρητος, αφού δεν καλύπτεται από την συντριπτική πλειονότητα των εταιριών του κλάδου, δεν συνοδεύεται από άλλα ποιοτικά κριτήρια, με τρόπο τέτοιο ώστε να μπορεί να συνιστά ένα χρήσιμο εργαλείο απεικόνισης της πραγματικής οικονομικής κατάστασης του φορέα. Με άλλα λόγια, δεν μπορεί ο δείκτης τούτος από μόνος του να συνιστά ικανό, επαρκές ή ασφαλές θεμέλιο αξιολόγησης των εκατέρωθεν προσφορών χωρίς άλλα κριτήρια, που, όμως, δεν τίθενται στη διακήρυξη. Εξ άλλου, είναι γνωστό, κατά την προσφεύγουσα, ότι εταιρίες με φαινομενικά υψηλή τιμή του δείκτη (>1,4) ενδέχεται στην πραγματικότητα να είναι οικονομικά ασθενέστερες και μη αυτάρκεις έναντι εταιριών με σχετικά χαμηλότερη τιμή δείκτη (<1,4), άλλωστε αυτό προκύπτει ξεκάθαρα από τον άνω πίνακα. Συνεπώς, από μόνος του ο δείκτης αυτός ουδόλως εξασφαλίζει την αναθέτουσα αρχή και ουδόλως αποτελεί ασφαλές κριτήριο επιλογής ή απόδειξη καταλληλότητας. Η θέση λοιπόν στη διακήρυξη ενός αποσπασματικού και μονοσήμαντου δείκτη, ελλείψει άλλων ουσιαστικών ποιοτικών συνδυαστικών κριτηρίων, απάδει προς τις αρχές της κοινοτικής και εσωτερικής νομοθεσίας και στην πραγματικότητα καθιστά το κριτήριο ανώφελο και άνευ ουσιαστικού σκοπού και αποτελέσματος. Όλα τα παραπάνω, καθιστούν, κατά την προσφεύγουσα, τον όρο του άρθρου 5.5.ii της διακήρυξης οπωσδήποτε μη νόμιμο. Είτε εξεταζόμενος σε συνδυασμό των ειδικότερων τριών ποιοτικών - ποσοτικών χαρακτηριστικών που τον συνθέτουν, ήτοι α) κάλυψη δεικτών, β) κάλυψή τους για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας και γ) κάλυψή τους από κάθε μέλος Ένωσης ή Κοινοπραξίας, είτε μεμονωμένα. Δηλαδή, το αυτό ισχύει υφ' εκατέρα εκδοχή. Μάλιστα, εάν εξετασθούν συνδυαστικά οι ειδικότερες απαιτήσεις που συνθέτουν τον όρο, τότε, η δυσαναλογία και υπερβολικότητα είναι ακόμη μεγαλύτερη, το ήδη αυστηρό πλαίσιο γίνεται ακόμη πιο αυστηρό και αντι-ανταγωνιστικό, με αποτέλεσμα να μην μπορούν να ανταποκριθούν στο κριτήριο επιλογής ακόμη και οι φορείς εκείνοι που λ.χ καλύπτουν το δείκτη, πλην όμως για τα δυο από τα τρία τελευταία έτη που απαιτείται. Επίσης, υπό

καμία εκδοχή δεν μπορεί να δικαιολογηθεί η επιλογή της εκπλήρωσης του κριτηρίου οπωσδήποτε αυτοτελώς για κάθε συμμετέχοντα, αδιαφόρως του τρόπου συμμετοχής του. Τούτη η απαίτηση είναι εξόχως ασυνήθιστη. Επιπλέον, δημιουργεί πρόσθετα προβλήματα συμμετοχής μιας και αποθαρρύνει την πολυσυμμετοχική δράση και συνεργασία των φορέων με σκοπό την εκπλήρωση του κριτηρίου. Ουδείς βάσιμος λόγος περί στήριξης σε τρίτο φορέα μπορεί να γίνει, αφού, υπό την παραδοχή της υπερβολικότητας και αυστηρότητας του όρου που βάλλεται και της εκπλήρωσής του από ελάχιστους έως ενός φορείς, είναι σαφές ότι μία τέτοια στήριξη καθίσταται εξόχως δυσχερής και αβέβαιη. Τέλος, είναι και ανούσια η απαίτηση τούτη, διότι προσθέτει ουδέν υπέρ της αναθέτουσας αρχής, αφού, εάν ο δείκτης ικανοποιείται, είτε από όλα τα μέλη των συμπράξεων, είτε από ένα εξ αυτών, η εξασφάλιση της αναθέτουσας αρχής είναι ίδια, ως κατά νόμο εις ολόκληρον και αλληλέγγυα υπεύθυνα όλα τα μέλη της Ένωσης ή Κοινοπραξίας έναντι αυτής. Ενόψει των ανωτέρω είναι προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι η αναθέτουσα αρχή υπερέβη εν προκειμένω τα άκρα όρια του περιθωρίου εκτίμησης που της παρέχει το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο ως προς τη θέσπιση του κριτηρίου οικονομικής καταλληλότητας. Πρόκειται για όρους, που είτε συνδυαστικά, είτε μεμονωμένα, είναι εξόχως δυσανάλογοι του σκοπού για τον οποίο προβλέφθηκαν, αφού η οικονομική φερεγγυότητα και η επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση θα μπορούσε να αποδειχθεί, εξίσου αποτελεσματικά, με λιγότερο επαχθή τρόπο. Σε αντίθεση με άλλες αντίστοιχου περιεχομένου συμβάσεις, οι κρίσιμοι όροι οικονομικής καταλληλότητας, είναι αυστηρότεροι, χωρίς τούτο να δικαιολογείται επαρκώς μόνο και μόνο ενόψει του προϋπολογισμού του αντικειμένου. Επιπλέον, η εξόχως αμφισβητούμενη νομιμότητα των όρων αυτών είναι βέβαιο ότι δεν θα οδηγήσει σε επαρκή ανταγωνισμό, δοθέντος ότι τους όρους αυτούς καλύπτουν, ως προελέχθη και απεδείχθη (πινάκιο), ελάχιστοι, έως ενός, φορείς που δραστηριοποιούνται στην σχετική αγορά. Είναι προσθέτως απρόσφοροι να αποδείξουν την οικονομική ικανότητα των εταιριών, αφού, ως κατεδείχθη, οι ζητούμενοι δείκτες δεν επαρκούν από μόνοι τους ως απόδειξη της ικανότητας αυτής, ούτε αντανακλούν την πραγματική οικονομική κατάσταση ενός υποψηφίου. Τέλος, είναι γνωστό, ότι, δεδομένου ότι ο

έλεγχος των κριτηρίων καταλληλότητας με βάση την αρχή της αναλογικότητας έχει παγίως επιβεβαιωθεί από τη νομοθεσία και τη νομολογία των Δικαστηρίων, κάθε τυχόν λόγοι δημοσίου συμφέροντος που καθιστούν επιτακτική την σύναψη της σύμβασης υπό τους όρους αυτούς, δεν υπερισχύουν των κανόνων διεξαγωγής των διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων και ανάπτυξης δίκαιου ανταγωνισμού, που επίσης έχουν θεσπιστεί για λόγους δημοσίου συμφέροντος (Ε.Σ. VI Τμ. 123/2019, 482/2018, 668, 213/2017, 1605, 2227/2016). Ενόψει των ανωτέρω η πλημμέλεια που εμφιλοχώρησε στη διακήρυξη επί τη βάσει του άρθρου 5.5.ii αυτής παρίσταται ουσιώδης, κατά την προσφεύγουσα, ώστε, να παρίσταται εξόχως βάσιμη και νόμιμη περίπτωση ακύρωσης εν συνόλω της διακήρυξης. **2ος λόγος:** Στο άρθρο 8.2.2 και 8.2.3 της διακήρυξης περιγράφονται τα κριτήρια βαθμολόγησης και ο τρόπος βαθμολόγησης των προσφορών. Ειδικότερα προβλέπεται ότι «8.*2.2. Η αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα ακόλουθα κριτήρια και συντελεστές βαρύτητας: Η Τεχνική Προσφορά θα αξιολογηθεί από την Επιτροπή σύμφωνα με τα κριτήρια που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα.*

Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)

Κριτήριο	***Βαθμολογία***	***Βαρύτητα***	***Αξιόλογηση***
Τ1 Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης αναβάθμισης - λειτουργίας του Συστήματος	*Β1=100 έως 150*	*30%*	*Τ1=Β1 χ 0,30*
Τ2 Πληρότητα - Προδιαγραφές ΣυστήματοςΤηλεελέγχου -Τηλεδιαχείρισης - Ελέγχου Κατανάλωσης Ενέργειας, Συστήματος Περιοδικής και Επεμβατικής Συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 150*	*15%*	*Τ2=Β2χ 0,15*
Τ3 Διάρθρωση Ομάδας Έργου - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως150*	*10%*	*Τ3=Β3χ 0,10*
Τ4 Ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας νέου συστήματος (σε kWh) σε σχέση με το υφιστάμενο	*Β4=100 έως 150 '*	*45%*	*Τ5=Β4 χ 0,45*

«*8.2.3. Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς (Συνολική Βαρύτητα 70%): Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4) δηλαδή: Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση*

των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 150 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ4 την μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει την μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 150. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, ήτοι 62% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης, με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στην διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια της Παραγράφου 8.2.2 βαθμολογία τουλάχιστον 100,δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και ως εκ τούτου η προσφορά τους απορρίπτεται ως απαράδεκτη...». Εκ της επισκόπησης των παραπάνω προβλέψεων είναι προφανής ο απολύτως αόριστος και ασαφής τρόπος διατύπωσης της μεθοδολογίας και των κριτηρίων αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών που αντιστοιχεί στο 70% της γενικής αξιολόγησής τους. Κατά την προσφεύγουσα, είναι σαφές ότι με τον τρόπο αυτόν ουδόλως εξασφαλίζεται η ευλόγως αναμενόμενη διαφάνεια, η αντικειμενικότητα και η ίση μεταχείριση μεταξύ των υποψηφίων. Ειδικότερα, **α)** Δεν γίνεται καμία συγκεκριμένη περιγραφή του αντικειμένου τεχνικής αξιολόγησης των υποψηφίων στα κριτήρια Τ1, Τ2, Τ3, εκτός από επιδερμικές - επιφανειακές αναφορές που αφορούν, όσον αφορά το κριτήριο Τ1 μόνο σε «Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης Αναβάθμισης», όσον αφορά στο κριτήριο Τ2 μόνο σε «Πληρότητα προδιαγραφές του Συστήματος...» και όσον αφορά στο κριτήριο Τ3 μόνο σε «Διάρθρωση ομάδας έργου». Η ανάγκη όμως για πλήρη, εξειδικευμένη και αναλυτική περιγραφή τυγχάνει αδήριτη, διότι ένα όλο αόριστο πλαίσιο βαθμολόγησης καθιστά την όλη αξιολόγηση αδιαφανή, μιας και σε αυτήν κυριαρχεί το υποκειμενικό κριτήριο και, συνεπώς, το πεδίο στο οποίο μπορεί η Α.Α να κινηθεί είναι πέραν αντικειμενικής βάσης και μέτρου. Με άλλα λόγια,

η ασάφεια της δίδει την ευχέρεια να βαθμολογήσει κατά το δοκούν τις προσφορές, χωρίς ενιαίο ή ίσο μέτρο. Ενόψει του ασαφούς πλαισίου ο υποψήφιος οικονομικός φορέας καλείται να διαμορφώσει μια τεχνική προσφορά χωρίς να γνωρίζει σε τι αξιολογείται επακριβώς, δηλαδή ποια σημεία των τεχνικών προδιαγραφών προκρίνονται ως πιο σημαντικά από την Αναθέτουσα αρχή, και στα οποία θα βασιστεί για να πριμοδοτήσει περισσότερο μια τεχνική προσφορά έναντι άλλης. **β)** Δεν γίνεται καμία απολύτως αναφορά στον τρόπο βαθμολόγησης των υποψηφίων στα κριτήρια Τ1, Τ2, Τ3. Προφανώς και δεν αρκεί, για να στοιχειοθετηθεί ένα συγκεκριμένο, σαφές και αντικειμενικό πλαίσιο βαθμολόγησης, η γενικόλογη - αόριστη δήλωση ότι: «*Η βαθμολόγηση των κριτηρίων γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης*». Αντιθέτως, δημιουργεί ένα ασαφές και υποκειμενικό πλαίσιο, το οποίο προκαλεί στην προσφεύγουσα, αλλά και στους λοιπούς υποψηφίους ανυπέρβλητη αντικειμενική αδυναμία διαμόρφωσης πλήρους τεχνικής προσφοράς, άλλως, στην καλύτερη εκδοχή, αναπόφευκτη σύγχυση ως προς τα στοιχεία διαμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς για την εξασφάλιση της απαιτούμενης και παραδεκτής βαθμολογίας. Για παράδειγμα, ποια είναι τα κριτήρια εκείνα που διαμορφώνουν την βαθμολόγηση ενός υποψηφίου με 100 και πότε με 150; Ουδόλως προσδιορίζεται. Η πληρότητα των προδιαγραφών αντιστοιχεί στο βαθμό 100 ή στον βαθμό 150; Ουδόλως προσδιορίζεται και αυτό. Εφόσον κατά τη διακήρυξη ως βάση βαθμολόγησης, για τα συγκεκριμένα τρία κριτήρια, λαμβάνεται η πληρότητα και η εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές και η τιμή βάσης είναι το 100, τούτο, σημαίνει, ότι κάθε πλήρης και σύμφωνη με τα ανωτέρω προσφορά πρέπει να βαθμολογηθεί ισάξια, δηλαδή, με ίδιο βαθμό. Ευλόγως λοιπόν τίθεται ερώτημα ως προς το που αποσκοπεί η «ψαλίδα» της βαθμολόγησης από 100 έως 150 και γιατί αυτή η τελευταία να χαρακτηρίζεται ως μέγιστη δυνατή, όταν, το κριτήριο βαθμολόγησης είναι συγκεκριμένο και ενιαίο για όλους και αφορά στη πληρότητα και συμφωνία της προσφοράς προς τις τεχνικές προδιαγραφές. Με άλλα λόγια, έτσι όπως περιγράφεται η βαθμολόγηση, είναι οπωσδήποτε βάσιμα υποστηρίξιμη η εκδοχή, μία πλήρης, παραδεκτή και συμβατή τεχνική προσφορά να βαθμολογηθεί με 100 και μία

άλλη εξίσου πλήρης, παραδεκτή και συμβατή να βαθμολογηθεί με 150. Ετέρωθεν, γιατί να καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή η ευχέρεια να βαθμολογήσει μία προσφορά με την μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση 150 και μία άλλη με τα ίδια στοιχεία και πληρότητα με βαθμολογία 110 ή 120 ή 130; Εύλογα λοιπόν τίθενται ερωτήματα σχετικά με τις προθέσεις της αναθέτουσας αρχής κατά την προετοιμασία των όρων της διακήρυξης και κατά την αξιολόγηση των προσφορών. Δεν είναι, υπό καμία εκδοχή, αποδεκτός ένας τέτοιος τρόπος βαθμολόγησης, όταν δηλαδή, ενώ όλες οι τεχνικές προσφορές εκκινούν από την ίδια αφετηρία (πληρότητα και συμφωνία προς τις τεχνικές προδιαγραφές) σε περίπτωση ισάξιων και καθ' όλα πλήρων προσφορών, αυτές να βαθμολογούνται αδιαφανώς, με διαφορετικό βαθμό, άλλη με 100, άλλη με 110, άλλη με 120, άλλη με 130, άλλη με 140 ή άλλη με 150. Προσθέτως, όσον αφορά στο κριτήριο Τ2, προκύπτει επιπλέον αδυναμία αντικειμενικής αξιολόγησης, ενόψει του ότι η αξιολόγησή του ερείδεται στην πραγματικότητα στα δεδομένα που θα δηλώσουν οι υποψήφιοι στις προφορές τους. Όχι δηλαδή επί τη βάσει αποδεικτικών τεκμηρίων από τρίτες ανεξάρτητες πηγές, αφού δεν απαιτείται στη φάση του διαγωνισμού η προσκόμιση τέτοιων τεκμηρίων με το φάκελο τεχνικής προσφοράς. Πιο συγκεκριμένα, στο Παράρτημα 3 της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές», στο κεφάλαιο «6. ΣΥΣΤΗΜΑ ΤΗΛΕΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΣΗΣ» στη παράγραφο με τίτλο «ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΓΙΑ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΥΣ 6.1.1 ΩΣ 6.1.4» αναφέρεται ότι : «*γ. Όσον αφορά τις σχετικές πιστοποιήσεις - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους και τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports), θα κατατεθούν από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε περίπτωση που δεν προσκομιστούν, τότε ο Οικονομικός Φορέας κηρύσσεται έκπτωτος και ο δεύτερος σε κατάταξη Οικονομικός Φορέας, κηρύσσεται ως προσωρινά Ανάδοχος*». Με άλλα λόγια, κατά την προσφεύγουσα, θα βαθμολογηθεί ο υποψήφιος ανάλογα με το ό,τι δηλώσει, με αποτέλεσμα καταχρηστικά φαινόμενα κατά την ενάσκησης της εξουσίας αξιολόγησης εκ μέρους της Α.Α να είναι πολύ πιθανά. **γ)** Σε ότι αφορά το κριτήριο βαθμολόγησης Τ4 βαρύτητας 45% με το οποίο με το οποίο βαθμολογείται η ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας η οποία προκύπτει από την αφαίρεση της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος από

την Ετήσια ενεργειακή κατανάλωση του υφιστάμενου συστήματος, τούτο, είναι προδήλως μη νόμιμο, αφού: α) Είναι αδύνατον σε κάθε υποψήφιο οικονομικό φορέα να υπολογίσει την ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας εξαιτίας της αντικειμενικής αδυναμίας υπολογισμού της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος. Η Ενεργειακή κατανάλωση του νέου συστήματος δεν είναι δυνατόν να υπολογιστεί εξαιτίας της αδυναμίας επιλογής των «κατάλληλων» τύπων φωτιστικών LED οι οποίοι να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της Διακήρυξης. β) Εξαιτίας των σοβαρότατων ασαφειών της διακήρυξης σχετικά με την επιλογή του κατάλληλου νέου εξοπλισμού αντικατάστασης (Φωτιστικά LED, Λαμπτήρες LED) είναι απίθανη η προσδοκία διαφανούς και αντικειμενικής αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων ως προς την προσφερόμενη ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας. Ειδικότερα, η Διακήρυξη, στο σύνολό της, δεν παρέχει τα απαραίτητα δεδομένα στους οικονομικούς φορείς ώστε να επιλέξουν τους «κατάλληλους» τύπους φωτιστικών αντικαταστάσεων τα οποία να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της. Στην διακήρυξη, στο κεφάλαιο 3.ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ ΟΔΩΝ LED και συγκεκριμένα στο άρθρο 3.1 & 3.1.2 αναφέρεται χαρακτηριστικά : «*Τα Φωτιστικά Δρόμου LED θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να συμμορφώνονται με τα ακόλουθα:... Η απόδοση και η ισχύς τους θα είναι κατάλληλη, όπως προκύπτει από τον κάτωθι Πίνακα, καθώς και από το Φωτοτεχνικό Μοντέλο*.». Δηλαδή, η «καταλληλόλητα» των προσφερόμενων φωτιστικών θα αξιολογηθεί επί τη βάσει ενός πίνακα δεδομένων που θα περιλαμβάνει την ζητούμενη απόδοση και ισχύ τους, καθώς και επί τη βάσει του Φωτοτεχνικού μοντέλου. Εντούτοις, στην διακήρυξη, κάτωθι της επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης αυτής δεν υπάρχει κανένας Πίνακας με την κατάλληλη ισχύ και απόδοση των ζητούμενων φωτιστικών LED και συνεπώς, ελλείψει στοιχείων καταλληλότητας, εύλογα τίθεται ο κίνδυνος αδιαφανούς αξιολόγησης. Ο μοναδικός πίνακας στην διακήρυξη που αναφέρεται που αναφέρεται στα Φωτιστικά LED, είναι ένας πίνακας της παραγράφου 7.6, στον οποίο όμως αναφέρονται μόνο κάποιες προτεινόμενες τιμές ισχύος και όχι οι αποδόσεις των ζητούμενων φωτιστικών LED. Άρα, εφόσον δεν είναι δυνατόν να αποδειχθεί, με διαφανή και εξ υπαρχής καθορισμένο τρόπο, η προσδοκώμενη

καταλληλόλητα απόδοσης των προσφερόμενων φωτιστικών LED δεν μπορεί να αξιολογηθεί, και πάντως διαφανώς, η εν λόγω παράμετρος από την αναθέτουσα αρχή και κατ' επέκταση η καταλληλόλητα των προσφερόμενων φωτιστικών. Είναι προφανές, ότι, θα ανακύψουν ζητήματα αιφνίδιων και μη νόμιμων αποκλεισμών, όπως λ.χ για τον υποψήφιο εκείνον που ενώ προσφέρει φωτιστικό κατάλληλης απόδοσης βαθμολογείται δυσμενέστερα έναντι άλλου ή κάτω από τη βάση. Στο κεφαλαίο 5 της διακήρυξης με τίτλο «Φωτοτεχνικό μοντέλο» δεν γίνεται καμία αναφορά σε «κατάλληλες» αποδόσεις φωτιστικών και ούτε αυτές μπορούν να προκύψουν από τα διαθέσιμα δεδομένα, αφού, στο συγκεκριμένο κεφάλαιο, δεν περιλαμβάνονται τα φωτομετρικά μοντέλα με τα απαραίτητα δεδομένα (Πλάτος οδοστρώματος, λωρίδες κυκλοφορίας, Απόσταση ιστών, ύψος τοποθέτησης φωτιστικού, Απόσταση θέσης από το οδόστρωμα κ.α.) βάσει των οποίων οι υποψήφιοι, όπως υποχρεούνται, θα δοκιμάσουν και θα επιλέξουν τα φωτιστικά που θα προσφέρουν. Παρά μόνο περιλαμβάνονται τα αποτελέσματα των μελετών που εκπονήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή σε κάποια άγνωστα φωτομετρικά μοντέλα και μάλιστα για ένα μέρος των ζητούμενων φωτιστικών LED. Τα αποτελέσματα αυτά, εκτός από το ότι είναι παντελώς ανεφάρμοστα για τους οικονομικούς φορείς, κατά την διαδικασία επιλογής εξ αυτών του φωτιστικού με την κατάλληλη απόδοση και ισχύ, αφορούν σε 5 από τους συνολικά 20 τύπους φωτιστικών αντικατάστασης που αναφέρονται στον πίνακα της παραγράφου 7.6. Επίσης οι αντικαταστάσεις που αναφέρονται στα αποτελέσματα αυτά, για τους 4 από τους 5 τύπους δεν είναι ίδιες με αυτές που αναφέρονται στον πίνακα αντικαταστάσεων της παραγράφου 7.6. Δηλαδή, με άλλα λόγια, για τους 20 τύπους φωτιστικών LED που δίδονται ως αντικαταστάσεις των υφιστάμενων συμβατικών στο πίνακα 7.6, δεν υπάρχουν φωτοτεχνικά μοντέλα βάσει των οποίων οι υποψήφιοι θα ελέγξουν και θα επιλέξουν τα προσφερόμενα φωτιστικά με την «κατάλληλη» απόδοση και ισχύ. Προσθέτως, σε 19 από τους 20 τύπους δεν παρατίθενται ούτε καν τα αποτελέσματα συμμόρφωσης με το πρότυπο EN13201. Ενόψει αυτών είναι πρόδηλη η αδυναμία εκάστου οικονομικού φορέα να επιβεβαιώσει με σαφήνεια και ασφάλεια την «καταλληλόλητα» των φωτιστικών που θα προσφέρει. Συνεπεία αυτής της αδυναμίας, η πιθανότητα απόρριψης ενισχύεται και εξογκώνεται δραματικά εις βάρος του, χωρίς όμως να υπέχει

προς τούτο ο ίδιος υπαιτιότητα, μιας και, η ασάφεια, αφορά καθαρά και μόνο στον τρόπο εκφοράς του λόγου της αναθέτουσας αρχής. Όλα τα παραπάνω, ασάφεια, αοριστία πλαισίου και επισφάλεια της κατάλληλης επιλογής φωτιστικών ενισχύονται ακόμα περισσότερο από μια σειρά απαιτήσεων που περιγράφονται στο κεφάλαιο 5 και που επειδή συνδέονται με ανύπαρκτο φωτοτεχνικό μοντέλο τυγχάνουν ανεφάρμοστες, αχρείαστες για τους φορείς προκαλώντας ανεπίτρεπτη σύγχυση. Στο κεφάλαιο 5 αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι: «*Για τη συγκριτική αξιολόγηση των προσφερόμενων Φωτιστικών Σωμάτων, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι οφείλουν, στην Τεχνική Προσφορά τους, να καταθέσουν Φωτοτεχνική Μελέτη πρότυπων αντιπροσωπευτικών δρόμων*...». Είναι εξόχως οξύμωρο και απαράδεκτο το γεγονός ότι ελλείψει ενός υποδεικνυόμενου από την αναθέτουσα αρχή φωτοτεχνικού μοντέλου, η παραπάνω απαίτηση οδηγεί τον κάθε υποψήφιο να διαμορφώσει τους κατά την κρίση του δικούς του αντιπροσωπευτικούς δρόμους και κατ' επέκταση να αξιολογούνται συγκριτικά οι προσφορές των υποψηφίων επί τη βάσει αντιπροσωπευτικών δρόμων που οι ίδιοι έχουν διαμορφώσει κατά την κρίση τους, μιας και δεν υποδεικνύεται κανένα φωτοτεχνικό μοντέλο και κανένα πρότυπο αντιπροσωπευτικών δρόμων. Σε κάποια άλλο σημείο του κεφαλαίου 5 αναφέρει : «*Τα προσφερόμενα φωτιστικά σώματα θα πρέπει υποχρεωτικά να ικανοποιούν τις ελάχιστες παραμέτρους αξιολόγησης του Φωτοτεχνικού Μοντέλου, σύμφωνα με το πρότυπο ΕΝ 13201:2015* ...». Το ίδιο συμβαίνει και εν προκειμένω. Απαιτείται από τους υποψηφίους να προσφέρουν φωτιστικά που να συμμορφώνονται με τις ελάχιστες παραμέτρους ενός φωτοτεχνικού μοντέλου που δεν υπάρχει ή που θα έχει φτιαχτεί από τους ίδιους όπως τους βολεύει. Σε άλλο σημείο στο κεφάλαιο 5, οι υποψήφιοι φορείς καλούνται, επί ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσουν με την τεχνική προσφορά τους τα φωτοτεχνικά δεδομένα των προσφερόμενων τύπων φωτιστικών σωμάτων Led, με τα οποία ικανοποιείται το ανύπαρκτο φωτοτεχνικό μοντέλο. Στο ίδιο κεφάλαιο 5 σημειώνεται: «*Οι τύποι των φωτιστικών που θα χρησιμοποιηθούν για να καλύψουν τις απαιτήσεις των φωτοτεχνικών μελετών των πρότυπων οδών, είναι αυτοί που θα χρησιμοποιηθούν για τον υπολογισμό της εξοικονόμησης της πρότασης του Αναδόχου ως προς τις καταναλώσεις*.». Ενόψει όλων των ανωτέρω ελλιπών, ασαφών και εξόχως αόριστων δεδομένων του κανονιστικού πλαισίου είναι

απολύτως προφανής η αδυναμία των υποψηφίων να επιλέξουν, με όση επιμέλεια και αν επιδείξουν, φωτιστικά LED σύμφωνα και συμβατά με τους προδιαγραφόμενους όρους και άρα, και κατ' επέκταση, το μεν είναι αδύνατος ο υπολογισμός της ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος, το δε όλως αδιαφανές, υποκειμενικό και αντίθετο προς τις αρχές της διαφάνειας, ίσης μεταχείρισης και ενιαίου μέτρου κρίσεως προσφορών το κριτήριο Τ4 και ο τρόπος βαθμολόγησής του. **β)** Προς επίρρωση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί αδυναμίας προετοιμασίας τεχνικής προσφοράς και αντικειμενικής αξιολόγησης - βαθμολόγησης ως προς την προσφερόμενη ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας, λεκτέο, ότι, οι ασάφειες της διακήρυξης σχετικά με την επιλογή του κατάλληλου νέου εξοπλισμού αντικατάστασης (Φωτιστικά LED, Λαμπτήρες LED) είναι ανυπέρβλητες, εξόχως σοβαρές και ανεπίτρεπτες. Στη διακήρυξη δεν περιγράφονται με σαφήνεια οι τύποι των ειδών αντικατάστασης. Δηλαδή δεν γνωρίζει ο οικονομικός φορέας ποια είναι επακριβώς τα υφιστάμενα είδη που καλείται να αντικαταστήσει ώστε να μπορέσει να επιλέξει αντίστοιχα τα κατάλληλα είδη αντικατάστασης. Στο Παράρτημα 3 της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές», στο κεφάλαιο 7 (ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ), στην παράγραφο 7.1 αναφέρεται: «*Ο αριθμός των υφιστάμενων φωτιστικών σωμάτων καθώς και ο αντίστοιχος τύπος τους, έχει ως ακολούθως*...». Όμως, στους 2 πίνακες της παραγράφου 7.1 αναφέρεται ο αριθμός Φωτιστικών ή Λαμπτήρων ή Προβολέων ανά τύπο πηγής φωτός (NaHP, Hg, HQI, CFL, LED) και υπολογίζεται η ετήσια ενεργειακή κατανάλωση των υφισταμένων, χωρίς όμως να αναφέρεται ποιοι από αυτούς τους τύπους είναι Φωτιστικά, ποιοι είναι Λαμπτήρες και ποιοι είναι Προβολείς. Επίσης στο κεφάλαιο 7.6 (αξιοποίηση της υφιστάμενης υποδομής) αναφέρεται ότι: «*Διευκρινίζεται ότι τα φωτιστικά σώματα θα τοποθετηθούν σε ιστούς ύψους μέχρι 5 μέτρα και σε ιστούς 9 μέτρων. Τα πρώτα -μεταξύ των οποίων και παραδοσιακά φωτιστικά-είναι φωτιστικά κορυφής και δεν απαιτείται βραχίονας για τη σύνδεσή τους με το σώμα του ιστού, ενώ τα δεύτερα είναι φωτιστικά που μπορούν να αναρτηθούν σε ιστό μέσω βραχίονα*.». Είναι προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι, ο οικονομικός φορέας δεν γνωρίζει με σαφήνεια τι είδος αντικαθιστά. Επιπρόσθετα για το ένα είδος, τα φωτιστικά, αναφέρονται διάφοροι τύποι (παραδοσιακά φωτιστικά, φωτιστικά κορυφής, φωτιστικά βραχίονος), χωρίς

να αναφέρεται πως κατανέμονται ποσοτικά. Είναι γνωστό ότι η αντικατάσταση κάθε τύπου φωτιστικού απαιτεί διαφορετική προσέγγιση ως προς την επιλογή του αντίστοιχου φωτιστικού LED που να προσαρμόζεται στην υφιστάμενη υποδομή και οδηγεί σε εντελώς διαφορετική κοστολογική αξία. Ελλείπουν με άλλα λόγια από την διακήρυξη βασικά στοιχεία, απαραίτητα για την επιλογή του κατάλληλου εξοπλισμού αντικατάστασης, τη σωστή τεχνικοοικονομική εκτίμηση της επένδυσης, αλλά και την αντικειμενική αξιολόγηση των υποψηφίων. Προσθέτως, δεν περιγράφονται με σαφήνεια τα είδη αντικατάστασης. Στις παραγράφους 3 και 4 της τεχνικής προδιαγραφής του φυσικού αντικειμένου περιλαμβάνονται αναλυτικές προδιαγραφές για φωτιστικά LED και Λαμπτήρες LED αντίστοιχα. Ειδικά στην παράγραφο 4 προβλέπεται ότι: «*Στην παρ. 7 φαίνεται η αντιστοίχιση κάθε τύπου λαμπτήρα LED με τα υφιστάμενα συμβατικά φωτιστικά*». Όμως, στην παράγραφο 7 δεν υπάρχει αντιστοίχιση λαμπτήρων LED με υφιστάμενα φωτιστικά, εκτός από την παράγραφο 7.6 στην οποία περιγράφονται αντιστοιχίσεις μόνο με Φωτιστικά LED. Είναι λοιπόν προφανές ότι προκαλείται αναπόφευκτη αδυναμία στους οικονομικούς φορείς να επιλέξουν είδη αντικατάστασης. Και, φυσικά, αναπόφευκτα προκύπτουν συνθήκες αδυναμίας διαμόρφωσης πρότασης και άνισης - αδιαφανούς συγκριτικής αξιολόγησης, λ.χ, αν κάποιος οικονομικός φορέας προτείνει μόνο λαμπτήρες LED, τι θα γίνει, θα απορριφθεί ή θα προκριθεί; Αν κάποιος άλλος προτείνει μόνο φωτιστικά LED πώς και υπό ποιο μέτρο θα συγκριθεί με τον πρώτο που προσφέρει σαφώς μια πιο αναβαθμισμένη ποιοτικά αλλά όμως πιο κοστοβόρα πρόταση; Είναι ξεκάθαρο, κατά την προσφεύγουσα, ότι η διακήρυξη, ενόψει του κανονιστικού της χαρακτήρα, της αυστηρής ερμηνείας των όρων της και των αυστηρών κυρώσεων με τις οποίες επαπειλεί τους φορείς σε περίπτωση απόκλισής τους προς τα ουσιώδη διαλαμβανόμενα σε αυτήν, πρέπει, να διαυλακώνεται ρητά, με σαφήνεια και καθαρότητα. Είναι αυτονόητο, ότι τέτοιοι ουσιώδεις όροι είναι ιδίως αυτοί που αφορούν σε τεχνικούς όρους και προδιαγραφές, ήτοι στη διαμόρφωση και αξιολόγηση των τεχνικών υποφακέλων. Όταν υπάρχουν πρωτοφανούς έκτασης ασάφειες και ανακρίβειες, όπως εν προκειμένω, τότε, είναι σαφές, ότι, παρίσταται πρόδηλη μη νομιμότητα του κανονιστικού πλαισίου υπό το οποίο επισπεύδεται μία διαδικασία. Η μη νομιμότητα αυτή, που εκκινεί από την αναθέτουσα αρχή, κατατείνει εις βάρος των αρχών

διαφάνειας και αντικειμενικότητας και εις βάρος των καλόπιστων φορέων, μιας και, ελλείψει σαφών όρων, δεν παρέχεται σε αυτούς η δυνατότητα να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενο του πλαισίου και να το ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο. Είναι εξίσου προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι εξαιρετικά μεγάλης έκτασης ασάφειες και ελλείψεις, όπως εν προκειμένω, είναι αδύνατον να αντιμετωπισθούν στα πλαίσια διευκρινίσεων, διότι οι διευκρινίσεις αίρουν κατά κύριο λόγο αμφισημίες και αντιφατικότητες και συμπληρώνουν μεμονωμένες ελλείψεις και ανακρίβειες. Εν προκειμένω όμως, με δεδομένο ότι όλο το κεφάλαιο των κριτηρίων βαθμολόγησης και του τρόπου βαθμολόγησης βρίθει από ελλείψεις και κενά, αυτά, δεν μπορούν να αντιμετωπισθούν αποσπασματικά, αφού, οδηγούν σε πλήρη τροποποίηση του κανονιστικού κειμένου και αναπόφευκτα σε νέα διαδικασίας σύναψης. Άρα, κάθε περί του αντιθέτου λόγος είναι κενός περιεχομένου. Από την άλλη, η ασάφεια και αοριστία κατά την διατύπωση των κριτηρίων και του τρόπο βαθμολόγησης μόνο υπέρ της αναθέτουσας αρχής κατατείνει και πάντα δυσμενώς, εις βάρος των υποψηφίων. Η δυσμένεια γίνεται ακόμη μεγαλύτερη εάν αναλογιστεί κάποιος αφενός το υποκειμενικό κριτήριο υπό το οποίο λειτουργεί η αναθέτουσα αρχή κατά τη βαθμολόγηση, αφετέρου τη βαρύτητα που προσδίδει για την ανάδειξη του αναδόχου (70%). Ενόψει της υπό κρίση περίπτωσης, κατά την προσφεύγουσα, το μεν καθίσταται όλως αδιαφανής ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής έλεγχος και αξιολόγηση - βαθμολόγηση των προσφορών, το δε καθίσταται όλως αδύνατη η προετοιμασία φακέλου προσφοράς εκ μέρους των υποψηφίων και ο αποτελεσματικός εξ αυτών έλεγχος της αναθέτουσας αρχής κατά την ενάσκηση της εξουσίας της. Ενόψει των ανωτέρω, κατά την προσφεύγουσα, η πλημμέλεια που εμφιλοχώρησε στη διακήρυξη επί τη βάσει των άρθρων 8.2.2 και 8.2.3 παρίσταται ουσιώδης, ώστε, να παρίσταται εξόχως βάσιμη και νόμιμη περίπτωση ακύρωσης εν συνόλω της διακήρυξης κατά παραδοχή και του δεύτερου λόγου της κρινόμενης προσφυγής.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. 19056/2148/11-2-2021 έγγραφο απόψεών της επί της ανωτέρω προσφυγής, το οποίο μέσω ΕΣΗΔΗΣ κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 18-2-2021, και προς απόρριψη αυτής (προδικαστικής προσφυγής) προέβαλε τα ακόλουθα: **Α. Επί του πρώτου προβαλλόμενου λόγου:** Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ο ως

άνω όρος είναι περιοριστικός του ανταγωνισμού και στερεί στην ίδια, ως και στη συντριπτική πλειοψηφία των φορέων που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά συμβάσεων, το δικαίωμα συμμετοχής στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό. Καταρχάς, στο βαθμό που η προσφεύγουσα επικαλείται αδυναμία άλλων οικονομικών φορέων να συμμετάσχουν στον υπόψη διαγωνισμό, ήτοι τρίτων, ο λόγος ακυρώσεως προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος, άλλως εκ συμφέροντος τρίτου και πρέπει να απορριφθεί. Οι χρηματοοικονομικές απαιτήσεις που τίθενται από τη Διακήρυξη, ως εκ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, και ειδικότερα ο όρος του άρθρου 5.5.β.ii, δεν ορίζονται σε δυσανάλογα υψηλά επίπεδα με αποτέλεσμα να αποκλείονται αυτόματα οικονομικοί φορείς κατά τα λοιπά κατάλληλοι. Τούτο, διότι το άρθ. 75 παρ. 1 ν. 4412/2016 ορίζει ότι *«1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: …* Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης …». Εν ολίγοις, ο καθορισμός των ζητούμενων ικανοτήτων αποβλέπει στο να διαπιστώσει η Αναθέτουσα Αρχή εάν ο εκάστοτε προσφέρων/αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλόλητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής (ήτοι να είναι «ικανά και αναγκαία»). Η αρχή της αναλογικότητας επιβάλλει, ειδικότερα, όσον αφορά στα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αυτά να είναι ανάλογα του αντικειμένου της συμβάσεως και να δικαιολογούνται από αυτό, ήτοι θα πρέπει να δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους συνδεόμενους με το αντικείμενο της συμβάσεως. Επικαλείται η προσφεύγουσα, προκειμένου να στηρίξει τον ισχυρισμό της ότι ο προσβαλλόμενος όρος οδηγεί χωρίς εύλογη αιτία και ειδική αιτιολόγηση, σε περιορισμό του κύκλου των οικονομικών φορέων που μπορούν να υποβάλλουν προσφορά, την υπ' αριθμ. 418/2018 απόφαση ΑΕΠΠ, απόσπασμα της οποίας παραθέτει, η οποία είναι όλως απρόσφορη εν προκειμένω. Συγκεκριμένα, με την απόφαση αυτή κρίθηκε ότι *«… Αντίθετη,*

εξάλλου, ερμηνευτική εκδοχή, δηλαδή ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να θέτει κριτήρια ποιοτικής επιλογής που θα ήταν υπερβολικά, μολονότι το δημοπρατούμενο έργο δεν παρουσιάζει χρηματοδοτικές ανάγκες και κατασκευαστικές ιδιαιτερότητες και ιδιομορφίες που θα δικαιολογούσαν αυξημένη χρηματοοικονομική επάρκεια και τεχνική εμπειρία, γνώση και επιπλέον τεχνικό εξοπλισμό εκ μέρους του διαγωνιζόμενου, θα οδηγούσε στο αντίθετο αποτέλεσμα από αυτό που διώκει η νέα παρ. 4 του άρθρου 76 του Ν. 4412/2016, δηλαδή θα οδηγούσε στον περιορισμό του κύκλου των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, τον οποίο συνεπάγεται η θέσπιση αναιτιολόγητα αυξημένων κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, καθώς και στον έμμεσο προσδιορισμό συγκεκριμένων επιχειρήσεων, οι οποίες, μόνες αυτές, κατά περιορισμό του ανταγωνισμού στο οικείο πεδίο, δύνανται να αναλάβουν το έργο». Τούτο, διότι το δημοπρατούμενο με την διακήρυξη η οποία αποτέλεσε αντικείμενο ελέγχου της προαναφερθείσας απόφασης, *«δεν παρουσίαζε χρηματοδοτικές ανάγκες … που θα δικαιολογούσαν χρηματοοικονομική επάρκεια»,* σε αντίθεση με το αντικείμενο της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Γίνεται δε δεκτό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 56/2020) ότι σύμφωνα και με τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 3 ν. 4412/2016, η Αναθέτουσα Αρχή έχει τη δυνατότητα, κατά τον καθορισμό των προϋποθέσεων συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία, να επιλέγει τα στοιχεία που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Στο πλαίσιο αυτό, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί, μεταξύ άλλων, να αναφέρεται και σε συγκεκριμένο στοιχείο ή στοιχεία του ισολογισμού, εφ' όσον από το στοιχεία αυτά μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα (βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 18.10.2012, C-218/11, Hochtief Construction AG Magyarorszagi Fioktelepe). Επιπλέον σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ, η έννοια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν παρέχεται από τις οδηγίες, πλην όμως είναι σαφές ότι αφορά στο εάν οι οικονομικοί φορείς έχουν επαρκή οικονομικά μέσα: (α) για να εκτελέσουν τη σύμβαση, μαζί με τις άλλες οικονομικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις τους κατά την ίδια χρονική περίοδο, και (β) για να αντιμετωπίσουν τυχόν νομικές ευθύνες που θα προκύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης (για παράδειγμα, παράβαση συμβατικής υποχρέωσης). Περαιτέρω κατά την

ίδια Κατευθυντήρια Οδηγία η Αναθέτουσα Αρχή έχει ευχέρεια κατά τη διαμόρφωση των εν λόγω κριτηρίων, η δε κρίση ως προς τον αναλογικό ή μη χαρακτήρα τους γίνεται κατά περίπτωση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του. Εκ της διάταξης του άρθρου 75 του ν.4412/2016 καθίσταται σαφές ότι ως προς την ποιοτική επιλογή των συμμετεχόντων σε διαγωνισμό, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητήσουν την πλήρωση μόνον των κριτηρίων (α) καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, (β) οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και (γ) τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, όπως αυτά εξειδικεύονται στις παρ. 2 – 4 του ως άνω άρθρου. Ειδικότερα ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η παρ. 3 του άρθ. 75 θέτει συγκεκριμένους περιορισμούς, αλλά και στοιχεία τα οποία μπορούν να ζητηθούν από την Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου *«να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει … τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, … για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης»*. Μεταξύ των στοιχείων τα οποία επιτρέπεται οι αναθέτουσες αρχές να ζητούν από τους οικονομικούς φορείς, είναι να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς τους *«παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού»*. Ως εκ τούτου, κατ' ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας που ο νόμος απονέμει στην Αναθέτουσα Αρχή, το πλαίσιο άσκησης της οποίας ο ίδιος νόμος οριοθετεί, νομίμως ζητά η Αναθέτουσα Αρχή, οι οικονομικοί φορείς που θα συμμετάσχουν στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό να δηλώσουν την αναλογία ενεργητικού και παθητικού. Το μέγεθος αυτό κατά τεκμήριο είναι πρόσφορο για τη διασφάλιση ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, καθώς ο ίδιος ο νομοθέτης το αναγνωρίζει ως τέτοιο. Εκτός από πρόσφορο δε, είναι ένα από τα στοιχεία τα οποία ο νομοθέτης – κατά περιοριστική απαρίθμηση στο υπόψη άρθρο – επιτρέπει στην Αναθέτουσα Αρχή να ζητήσει για την ικανοποίηση θεμιτού σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ήτοι τη διασφάλιση ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Υπογραμμίζεται ότι ουδεμία παραβίαση της διάταξης του άρθ. 75 παρ. 3 ν. 4412/2016 συντρέχει διότι στην υπόψη Διακήρυξη προσδιορίζεται επακριβώς, κατά πλήρη διαφάνεια, η μέθοδος και τα κριτήρια

με τα οποία η αναλογία στοιχείων ενεργητικού και παθητικού θα ληφθεί υπόψη, απαιτώντας συγκεκριμένες τιμές ανά ζητούμενο δείκτη, οι τιμές αυτές δε, ισχύουν για όλους τους συμμετέχοντες, αντικειμενικά και χωρίς καμία διάκριση. Ο σχετικός ισχυρισμός της προσφεύγουσας (αρ. 5) ερείδεται επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, καθώς (φαίνεται να) συγχέει την εκ του νόμου απαίτηση να προσδιορίζονται στη Διακήρυξη οι μέθοδοι και τα κριτήρια συνεκτίμησης της αναλογίας στοιχείων ενεργητικού και παθητικού (η οποία ικανοποιείται εν προκειμένω), με την επιλογή (διαμόρφωση), από την Αναθέτουσα Αρχή, των συγκεκριμένων τιμών των απαιτούμενων δεικτών. Περαιτέρω, το μέγεθος αυτό (αναλογία στοιχείων ενεργητικού και παθητικού) κατά τεκμήριο είναι πρόσφορο για τη διασφάλιση ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, καθώς ο ίδιος ο νομοθέτης το αναγνωρίζει ως τέτοιο. Εκτός από πρόσφορο δε, είναι ένα από τα στοιχεία τα οποία ο νομοθέτης – κατά περιοριστική απαρίθμηση στο υπόψη άρθρο – επιτρέπει στην Αναθέτουσα Αρχή να ζητήσει για την ικανοποίηση θεμιτού σκοπού δημοσίου συμφέροντος, ήτοι την διασφάλιση ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Συναφώς, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, μόνος ο μεγάλος κύκλος εργασιών ή μόνα τα μεγάλα ταμειακά διαθέσιμα δεν διασφαλίζουν ότι ο προσφέρων οικονομικός φορέας θα έχει τις απαιτούμενες χρηματοοικονομικές δυνατότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, εφόσον το παθητικό υπερβαίνει το ενεργητικό του, διότι τα ταμειακά διαθέσιμα, όσα μεγάλα και εάν είναι, θα είναι οφειλόμενα. Σημειώνεται ότι η αναφορά της προσφεύγουσας στους παραδεκτούς κανόνες της οικονομικής – χρηματοοικονομικής θεωρίας και επιστήμης είναι όλως αόριστη, ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι στερείται του δικαιώματος αντίκρουσης. Εξάλλου, ο νομοθέτης έχει περιορίσει σε συγκεκριμένα οικονομικά μεγέθη τα στοιχεία τα οποία μπορεί να ζητά η Αναθέτουσα Αρχή για τη διάγνωση της χρηματοοικονομικής δυνατότητας των υποψηφίων οικονομικών φορέων να εκτελέσουν την υπό ανάθεση σύμβαση, η δε αναλογία ενεργητικού / παθητικού είναι ένα εξ αυτών, ρητώς αναφερόμενο στην ως άνω διάταξη. Εν προκειμένω, πρόκειται για διαγωνισμό υπηρεσιών, προϋπολογισθείσας δαπάνης 7.222.693€ χωρίς ΦΠΑ, διάρκειας

δώδεκα (12) ετών. Επιπροσθέτως, από τους ακόλουθους επιμέρους όρους της Διακήρυξης, καθίσταται σαφές ότι ο διαγωνισμός είναι εμπροσθοβαρής ως προς τις (οικονομικές) υποχρεώσεις του αναδόχου, οι οποίες αποσβένυνται σε βάθος χρόνου, ήτοι στη διάρκεια της 12ετούς ισχύος της σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα: (α) το άρθ. 7 της προσβαλλόμενης διακήρυξης υπό τον τίτλο «Αμοιβή του Αναδόχου (Παρέχοντος Υπηρεσίες)» ορίζει ότι *«Η αμοιβή του Αναδόχου (Παρέχων Υπηρεσίες), υπολογίζεται ως εξής: 1. Βάση για τον υπολογισμό της συνολικής αμοιβής του Αναδόχου (Παρέχων Υπηρεσίες στον ΚτΕ) αποτελεί η δεσμευτική του πρόταση για την συνολική εξοικονόμηση της Ενεργειακής Κατανάλωσης (περιλαμβάνεται το συνολικό κόστος υπηρεσιών, υλικών και εργασιών εγκατάστασης) και θα περιλαμβάνεται στην Οικονομική Προσφορά. 2. Στο τέλος κάθε τριμήνου κατά την περίοδο λειτουργίας ο Ανάδοχος θα υποβάλει λογαριασμό στον ΚτΕ με το ποσό αμοιβής σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην Οικονομική Προσφορά του και υπό την προϋπόθεση ότι επιτυγχάνεται για το συγκεκριμένο τρίμηνο το ποσοστό μείωσης της καταναλισκόμενης ενέργειας που αυτός εγγυάται. Ο Ανεξάρτητος Ελεγκτής υποχρεούται να εγκρίνει ή να διαμορφώσει (τροποποιήσει) τον τελικό λογαριασμό εντός δεκαπέντε (15) ημερών από την υποβολή του (με βάση το Πλάνο Μέτρησης και Επαλήθευσης των εξοικονομήσεων ενέργειας που θα περιλαμβάνεται στο εγκεκριμένο, από τον ΚτΕ, Εγχειρίδιο Λειτουργίας & Ελέγχου) και εκδίδει αναφορά τριμηνιαίας εξοικονόμησης. Σε περίπτωση απόκλισης από τον υποβληθέντα λογαριασμό του Αναδόχου θα πρέπει να υπάρχει πλήρης αιτιολόγηση, βάσει των πραγματικών μετρήσεων εξοικονόμησης ενέργειας. Η αναφορά της τριμηνιαίας εξοικονόμησης ενέργειας διαβιβάζεται από τον Ανεξάρτητο Ελεγκτή στον ΚτΕ για έλεγχο / επαλήθευση-αποδοχή, η οποία (αναφορά) μετά τον έλεγχο - επαλήθευση κοινοποιείται στον Ανάδοχο. Βάσει της ανωτέρω αναφοράς τριμηνιαίας εξοικονόμησης ενέργειας του Ανεξάρτητου Ελεγκτή, ο Ανάδοχος θα εκδώσει το τιμολόγιο της αντίστοιχης τριμηνιαίας αμοιβής. 3. Εάν από τον έλεγχο της αναφοράς του Ανεξάρτητου Ελεγκτή από τον ΚτΕ στο στάδιο της επαλήθευσης διαπιστωθεί απόκλισή της από τα πραγματικά δεδομένα, ο ΚτΕ επιστρέφει αιτιολογημένα στον Ανεξάρτητο Ελεγκτή την αναφορά για αναμόρφωση εντός δέκα (10) ημερών. Ο Ανεξάρτητος Ελεγκτής στην άνω προθεσμία δύναται είτε να αναμορφώσει την αναφορά σύμφωνα με τα στοιχεία*

και τους υπολογισμούς του ΚτΕ είτε να εμείνει στην αρχική πιστοποίηση. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, ο Ανάδοχος υποχρεούται να εκδώσει το τιμολόγιο σύμφωνα με τους υπολογισμούς του ΚτΕ, το δε υπόλοιπο ποσό θεωρείται αμφισβητούμενο και ο Ανάδοχος δύναται να το διεκδικήσει δικαστικά. Ο ΚτΕ υποχρεούται να καταβάλει στον Ανάδοχο την τριμηνιαία του αμοιβή εντός εξήντα (60) ημερών από την έκδοση του τιμολογίου. 4. Μετά την ολοκλήρωση της κατασκευής και κατά την διάρκεια της περιόδου παροχής υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης του δικτύου, ο Ανάδοχος δικαιούται να υποβάλει τριμηνιαίους (έως 48) λογαριασμούς εξοικονόμησης ενέργειας με την ίδια άνω διαδικασία, για τον εξοπλισμό LED που έχει τοποθετήσει μέχρι εκείνη την χρονική στιγμή». (β) Το άρθ. 5 παρ. 2 της προσβαλλόμενης διακήρυξης υπό τον τίτλο «Προϋπολογισμός» ορίζει ότι: *«Από το ποσό εξοικονόμησης της ενεργειακής κατανάλωσης θα καλύπτονται οι αμοιβές του Αναδόχου»,* από το οποίο καθίσταται σαφές ότι η καταβολή της αμοιβής του Αναδόχου προϋποθέτει όχι μόνον την πλήρη εγκατάσταση των απαιτουμένων για την αναβάθμιση της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ..., αλλά και την επιτυχή θέση σε λειτουργία του, καθώς και την επίτευξη της εξοικονόμησης της ενεργειακής κατανάλωσης που ο Ανάδοχος εγγυήθηκε με την προσφορά του. (γ) το άρθ. 1 παρ. 6 και παρ. 13 της προσβαλλόμενης διακήρυξης υπό τον τίτλο «Ορισμοί» ορίζει το αντικείμενο της παροχής υπηρεσιών (παρ. 6) και την περίοδο ολοκλήρωσης των εργασιών αναβάθμισης του συστήματος (παρ. 13): *«6. Αντικείμενο Παροχής Υπηρεσιών: Η παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ... συνίσταται στο σχεδιασμό, χρηματοδότηση και κατασκευή, τεχνική διαχείριση, συντήρηση και λειτουργία του συστήματος και των υποδομών του συνόλου του οδικού και αστικού δικτύου ηλεκτροφωτισμού, από το σημείο σύνδεσης του ηλεκτρικού δικτύου με την παροχή της ΔΕΗ στον μετρητή (εντός pillar ή επίτοιχου ή άλλου εξωτερικού πίνακα) και μετά, συμπεριλαμβανομένων ειδικών συστημάτων ελέγχου και συνοδευτικών έργων. Ενδεικτικά, και όχι περιοριστικά, στο υφιστάμενο δίκτυο ηλεκτροφωτισμού περιλαμβάνονται τα εγκατεστημένα pillar -πίνακες μετά του εξοπλισμού τους και των πάσης φύσεως υλικών τους, τα φρεάτια διακλάδωσης των ηλεκτρολογικών οδεύσεων και ολόκληρη η υποδομή των*

σωληνώσεων - καλωδιώσεων και γειώσεων, καθώς και οι ιστοί με τις βάσεις στήριξης, οι βραχίονες, τα φωτιστικά, οι λαμπτήρες, οι προβολείς και οτιδήποτε άλλο περιλαμβάνεται στα ηλεκτρικά δίκτυα με βάση τους ισχύοντες κανονισμούς ηλεκτρολογικών εργασιών και εγκαταστάσεων. Ειδικότερα συνίσταται στην αντικατάσταση των φωτιστικών σωμάτων από αντίστοιχα νέας τεχνολογίας με σημαντικά μικρότερη κατανάλωση, στον έλεγχο, αποκατάσταση, εναρμόνιση με τους ισχύοντες κανονισμούς ηλεκτρολογικών εργασιών και εγκαταστάσεων, συντήρηση για το σύνολο του υφιστάμενου ηλεκτρικού δικτύου και των υποδομών του, στην αποκατάσταση των βλαβών/φθορών που αφορούν στις υποδομές του εν λόγω δικτύου και σε λοιπά συνοδά έργα, στην αναβάθμιση, συντήρηση και εξασφάλιση της καλής λειτουργίας του δικτύου αυτού, καθώς και στην εγκατάσταση και λειτουργία συστήματος τηλεδιαχείρισης και ελέγχου της λειτουργίας του σύμφωνα με την Διακήρυξη και την Σύμβαση Παροχής Υπηρεσιών (ΣΠΥ) που θα συναφθεί μεταξύ του Κυρίου του Έργου (ΚτΕ) και του Αναδόχου και θα αφορά Σύμβαση Ενεργειακής Απόδοσης (ΣΕΑ) για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) ετών». «13. Περίοδος Ολοκλήρωσης Εργασιών Αναβάθμισης Συστήματος: Το χρονικό διάστημα από την υπογραφή της Σύμβασης Παροχής Υπηρεσιών (ΣΠΥ) μέχρι την ολοκλήρωση των εργασιών αναβάθμισης το οποίο δεν δύναται να υπερβαίνει τους δεκαοκτώ (18) μήνες». (δ) Το άρθ. 4 της προσβαλλόμενης διακήρυξης υπό τον τίτλο «Ανάλυση του αντικειμένου της Σύμβασης - Απαιτήσεις» προσδιορίζει το αντικείμενο της σύμβασης από όπου καθίσταται σαφές ότι ο Ανάδοχος αναλαμβάνει σοβαρές οικονομικές υποχρεώσεις για τους πρώτους 18 μήνες κατ' ανώτατο, χωρίς να του καταβάλλεται αμοιβή: *«Η Προμήθεια των Υλικών και οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν την:* 1. Παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ..., με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα προβεί στην: *Επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των προς εγκατάσταση υλικών (Λαμπτήρες / Προβολείς / Φωτιστικά, κλπ) μέσω επιμέτρησης – καταγραφής (CAD, αρχείαdwg, στοιχεία GIS,αρχεία shapefile κλπ). Παραμετροποίηση του νέου Συστήματος, στηριζόμενου στον εξοπλισμό και τα υλικά που θα χρησιμοποιηθούν (Λαμπτήρες / Προβολείς / Φωτιστικά, κλπ). Διοίκηση του Έργου για την αναβάθμιση του Συστήματος*

Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων. Εγκατάσταση Λαμπτήρων / Προβολέων / Φωτιστικών LED, σύμφωνα με την αντιστοίχιση στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές". Τοποθέτηση Μετρητών (ως Παράρτημα 3: Τεχνικές Προδιαγραφές), με σκοπό την εκτέλεση των κατάλληλων μετρήσεων για τον προσδιορισμό του ποσοστού (%) Εξοικονόμησης Ενέργειας του Δικτύου. Οι μετρήσεις αυτές θα θεωρηθούν ως πραγματική κατανάλωση του νέου Δικτύου. Μέσω της λειτουργίας του συστήματος τηλεδιαχείρισης και ελέγχου κατανάλωσης καθώς και μετρητών που θα τοποθετηθούν, θα προκύπτουν αναλυτικά τα στοιχεία μέτρησης κατανάλωσης ηλεκτρικού ρεύματος και θα επαληθεύονται με βάση το Εγχειρίδιο Λειτουργίας & Ελέγχου που θα καταρτιστεί από τον Ανεξάρτητο Ελεγκτή, για να εξάγονται τα αποτελέσματα του Πλάνου Μέτρησης & Επαλήθευσης της Εξοικονόμησης. Κατηγοριοποίηση των Οδών, σύμφωνα με το πρότυπο ΕΝ 13201:2015 (όπου τοποθετούνται φωτιστικά μόνο και όχι λαμπτήρες), και την πραγματοποίηση Φωτοτεχνικών Μελετών (Έντασης και Λαμπρότητας) για κάθε κατηγορία Οδού και την γενικευμένη εφαρμογή της σε όλες τις Οδούς αντίστοιχης κατηγορίας (όπου τοποθετούνται φωτιστικά μόνο και όχι λαμπτήρες). Διενέργεια δειγματοληπτικών μετρήσεων (20 – 40) για τον έλεγχο των συνθηκών Φωτισμού, ανά Κατηγορία και διάταξη Φωτιστικών, μετά την υλοποίηση των παρεμβάσεων, με σκοπό την διατήρηση της ποιότητας του Φωτισμού στα απαιτούμενα επίπεδα και τον έλεγχο της αρχικής εγκατάστασης. Οι δειγματοληπτικές μετρήσεις, όπως αναφέρονται παραπάνω, θα πραγματοποιούνται κάθε δύο (2) έτη μετά την ολοκλήρωση της εγκατάστασης από τον Ανάδοχο, τις οποίες θα ελέγχει ο Ανεξάρτητος Ελεγκτής Περιόδου Υπηρεσιών και θα υποβάλλονται στον Κύριο του Έργου (ΚτΕ), μετά την ολοκλήρωση της εγκατάστασης για επιβεβαίωση-αποδοχή. Βάσει των αποτελεσμάτων των μετρήσεων αυτών, θα υποβάλλονται προτάσεις συμπληρωματικών Ενεργειακών Παρεμβάσεων, οι οποίες, εφόσον γίνουν αποδεκτές από τον ΚτΕ δύνανται να τροποποιήσουν την ΣΠΥ με τους ίδιους Οικονομικούς Όρους που περιλαμβάνονται στην προσφορά του Αναδόχου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 132, παρ. 1 του ν. 4412/2016. Η χρήση αυτής της διάταξης θα αφορά αποκλειστικά προτάσεις που αυξάνουν την ενεργειακή εξοικονόμηση. Η αναβάθμιση της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού θα

υλοποιηθεί όπως αναλυτικά περιγράφεται στο Παράρτημα 3 «Τεχνικές Προδιαγραφές». 1. Προμήθεια: *Κατάλληλων Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης για την αντικατάσταση των υπαρχόντων, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί τροποποίηση της ΣΠΥ, κατά τα προαναφερθέντα. Υλικών (hardware) και λογισμικού (software) του συστήματος τηλεδιαχείρισης και ελέγχου κατανάλωσης, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές". 2.* Εγκατάσταση: *Νέων Λαμπτήρων υψηλής Ενεργειακής Απόδοσης ή νέων Φωτιστικών (βάση της αντιστοίχισης, όπως αυτή περιγράφεται στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές"). Συστήματος τηλεδιαχείρισης και ελέγχου κατανάλωσης (με δυνατότητα πολλαπλών εφαρμογών μέσω ενιαίας πλατφόρμας διαχείρισης). Εγκατάσταση και παραμετροποίηση Πλατφόρμας με τηλεδιαχείριση και έλεγχο κατανάλωσης, σε επίπεδο pillar ή/και φωτιστικού σώματος του συστήματος ηλεκτροφωτισμού κοινόχρηστων χώρων, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές". 3.* Παροχή υπηρεσιών: *Ελέγχου του υφιστάμενου ηλεκτρικού δικτύου και των υποδομών του από τον εγκατεστημένο μετρητή παροχής της ΔΕΗ έως και το εγκατεστημένο Φωτιστικό Σώμα / Λαμπτήρα / Προβολέα, αποκατάστασης βλαβών/φθορών του δικτύου, καθώς και εκτέλεσης από τον Ανάδοχο όλων των απαραίτητων ηλεκτρολογικών εργασιών συμπεριλαμβανομένης και της προμήθειας όλων των απαιτούμενων υλικών και μικροϋλικών, έτσι ώστε το υφιστάμενο δίκτυο ηλεκτροφωτισμού να καταστεί και να παραμείνει ασφαλές σύμφωνα με τους εκάστοτε ισχύοντες κανονισμούς περί δικτύων ηλεκτροφωτισμού εγκατεστημένο σε Κοινόχρηστους Χώρους. Επαρκούς & ασφαλούς λειτουργίας - συντήρησης, προγραμματισμένης και έκτακτης, του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ... από το σημείο σύνδεσης του ηλεκτρικού δικτύου με την παροχή της ΔΕΗ στο μετρητή (εντός pillar ή επίτοιχου ή άλλου εξωτερικού πίνακα) και μετά έως και το εγκατεστημένο Φωτιστικό Σώμα / Λαμπτήρα / Προβολέα και αποκατάσταση κάθε φθοράς ή βλάβης του συνόλου, για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) ετών. Το κόστος βαραίνει εξ ολοκλήρου τον Ανάδοχο. Ο εξοπλισμός που θα χρειαστεί για την αναβάθμιση του Συστήματος (Φωτιστικά, Λαμπτήρες, Προβολείς, Η/Υ, hardware, software, αισθητήρες, κλπ) θα εγκατασταθεί από τον Ανάδοχο (Παρέχων Υπηρεσίες) με δικά του έξοδα. Θα*

μεταβιβαστεί χωρίς αντίτιμο στο Δήμο μετά την ολοκλήρωση της Σύμβασης, σε πλήρη λειτουργία, σύμφωνα με τις απαιτήσεις των Συμβατικών Τευχών». Εκ των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι – συνεκτιμώντας τους ειδικότερους όρους της προκηρυχθείσας σύμβασης, όπως αυτοί παρατέθηκαν ανωτέρω, σε συνδυασμό με το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης της – οι απαιτούμενοι δείκτες και οι τιμές τους ως προς την χρηματοδοτική επάρκεια του Αναδόχου είναι αναγκαίοι και ανάλογοι προκειμένου να εξασφαλιστεί η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της υπόψη σύμβασης, η οποία εν προκειμένω είναι ιδιαίτερα σημαντική (η απρόσκοπτη χρηματοδότηση) για τους λόγους που εκτέθηκαν ανωτέρω. Ειδικότερα ως προς την ζητούμενη αναλογία ενεργητικού / παθητικού, η οποία προσδιορίζεται συγκεκριμένα, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθ. 75 ν. 4412/2016, αυτή αφορά στους εξής δείκτες: (α) ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 1.00 και (β) κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4. Η προσφεύγουσα παραπονείται ότι τα απαιτούμενα μεγέθη των υπόψη δεικτών είναι αντικειμενικώς δυσανάλογα, ήτοι ότι παραβιάζουν την αρχή της αναλογικότητας και ως εκ τούτου περιοριστικά του ανταγωνισμού, με την ειδικότερη αιτιολογία ότι *«η πλειονότητα των εταιριών που είτε έχουν συμμετάσχει τα τελευταία χρόνια σε διαγωνιστικές διαδικασίες συναφούς αντικειμένου είτε υλοποιούν αντίστοιχες συμβάσεις … αδυνατούν να συμμετάσχουν στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό…»,* παραθέτει δε πίνακα με τις τιμές των ζητούμενων δεικτών για συγκεκριμένες εταιρίες τις οποίες κατονομάζει. Ωστόσο, τούτο, δεν καθιστά την απαίτηση δυσανάλογη, καθώς ο αναλογικός ή μη χαρακτήρας συγκεκριμένης απαίτησης ποιοτικής επιλογής κρίνεται σε σχέση με τα χαρακτηριστικά της προκηρυσσόμενης σύμβασης και τον επιδιωκόμενο σκοπό της (απαίτησης) και όχι από την κάλυψη ή μη αυτής από συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς. Εν ολίγοις, κατά το μέρος που με τα επικαλούμενα στοιχεία η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι απαιτούμενες από τη Διακήρυξη τιμές των υπόψη δεικτών παραβιάζουν δήθεν την αρχή της αναλογικότητας διότι η ίδια, ενδεχομένως και άλλες εταιρίες, ενώ έχουν συμμετάσχει και δη επιτυχώς, σε ανάλογους διαγωνισμούς, δεν τους καλύπτουν, ο ισχυρισμός είναι όλως αβάσιμος, διότι οι σχετικές χρηματοοικονομικές απαιτήσεις τίθενται προκειμένου να διασφαλισθεί σκοπός δημοσίου συμφέροντος, ήτοι η (οικονομική) δυνατότητα των συμμετεχόντων

να υλοποιήσουν και ολοκληρώσουν το αντικείμενο της προκηρυχθείσας σύμβασης, ακόμη και εάν ορισμένοι εκ των οικονομικών φορέων οι οποίοι δραστηριοποιούνται στο συγκεκριμένο αντικείμενο δεν τις καλύπτουν. Εν ολίγοις, συμβατή με την αρχή της αναλογικότητας δεν είναι η χρηματοοικονομική απαίτηση η οποία ικανοποιείται από όλους τους οικονομικούς φορείς οι οποίοι δραστηριοποιούνται στο συγκεκριμένο αντικείμενο, αλλά εκείνη η οποία διασφαλίζει την ομαλή υλοποίηση και ολοκλήρωση του αντικειμένου της σύμβασης χωρίς τεχνητά να περιορίζει τον ανταγωνισμό. Καταρχάς ο ισχυρισμός προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου, αναφορικά με τις επτά (7) εταιρίες τις οποίες κατονομάζει. Υπογραμμίζεται ότι εκ των εταιριών αυτών μόνον μία (1), η εταιρεία ..., κατάθεσε προδικαστική προσφυγή κατά της βαλλόμενης, με την κρινόμενη προσφυγή, Διακήρυξης, το οποίο καταδεικνύει είτε την έλλειψη ενδιαφέροντος των λοιπών κατονομαζόμενων εταιριών στην υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό είτε την ικανοποίηση των σχετικών χρηματοοικονομικών απαιτήσεων, παρά τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα. Εκ των προλεχθέντων καθίσταται σαφές ότι η προκηρυχθείσα σύμβαση έχει σύνθετο φυσικό και οικονομικό αντικείμενο, συγκεκριμένα δε αφορά (άρθρο 3 αρ. 6 Διακήρυξης) στην παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ..., συνίσταται δε στο σχεδιασμό, χρηματοδότηση και κατασκευή, τεχνική διαχείριση, συντήρηση και λειτουργία του συστήματος και των υποδομών του συνόλου του οδικού και αστικού δικτύου ηλεκτροφωτισμού, από το σημείο σύνδεσης του ηλεκτρικού δικτύου με την παροχή της ΔΕΗ στον μετρητή (εντός pillar ή επίτοιχου ή άλλου εξωτερικού πίνακα) και μετά, συμπεριλαμβανομένων ειδικών συστημάτων ελέγχου και συνοδευτικών έργων. Ενδεικτικά, και όχι περιοριστικά, στο υφιστάμενο δίκτυο ηλεκτροφωτισμού περιλαμβάνονται τα εγκατεστημένα pillar -πίνακες μετά του εξοπλισμού τους και των πάσης φύσεως υλικών τους, τα φρεάτια διακλάδωσης των ηλεκτρολογικών οδεύσεων και ολόκληρη η υποδομή των σωληνώσεων - καλωδιώσεων και γειώσεων, καθώς και οι ιστοί με τις βάσεις στήριξης, οι βραχίονες, τα φωτιστικά, οι λαμπτήρες, οι προβολείς και οτιδήποτε άλλο περιλαμβάνεται στα ηλεκτρικά δίκτυα με βάση τους ισχύοντες κανονισμούς ηλεκτρολογικών εργασιών και εγκαταστάσεων.

Ειδικότερα συνίσταται στην αντικατάσταση των φωτιστικών σωμάτων από αντίστοιχα νέας τεχνολογίας με σημαντικά μικρότερη κατανάλωση, στον έλεγχο, αποκατάσταση, εναρμόνιση με τους ισχύοντες κανονισμούς ηλεκτρολογικών εργασιών και εγκαταστάσεων συντήρηση για το σύνολο του υφιστάμενου ηλεκτρικού δικτύου και των υποδομών του, στην αποκατάσταση των βλαβών/φθορών που αφορούν στις υποδομές του εν λόγω δικτύου και σε λοιπά συνοδά έργα, στην αναβάθμιση, συντήρηση και εξασφάλιση της καλής λειτουργίας του δικτύου αυτού, καθώς και στην εγκατάσταση και λειτουργία συστήματος τηλεδιαχείρισης και ελέγχου της λειτουργίας του σύμφωνα με την Διακήρυξη και την Σύμβαση Παροχής Υπηρεσιών (ΣΠΥ) που θα υπογραφεί**,** ενώ η εκτιμώμενη αξία της ΣΠΥ για την παροχή των Υπηρεσιών προκύπτει από την εξοικονόμηση της Ενεργειακής Κατανάλωσης στη διάρκεια των δώδεκα (12) ετών και ανέρχεται στο ποσό των 7.222.693 μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και από το ποσό εξοικονόμησης της ενεργειακής κατανάλωσης θα καλύπτονται οι αμοιβές του Αναδόχου (άρθρ. 5 της Διακήρυξης). Κυρίως όμως, στην ως άνω Διακήρυξη – όπως και σε όλες τις αντίστοιχες διακηρύξεις – προβλέπεται ότι το χρονικό διάστημα από την υπογραφή της Σύμβασης Παροχής Υπηρεσιών (ΣΠΥ) μέχρι την ολοκλήρωση των εργασιών αναβάθμισης εκ μέρους του αναδόχου, δεν δύναται να υπερβαίνει τους δεκαοκτώ (18) μήνες και ότι η αποπληρωμή του αναδόχου από το ποσό της εξοικονόμησης άρχεται μετά την αναβάθμιση του δικτύου και την έναρξη λειτουργίας του. Είναι πρόδηλο ότι η προκηρυχθείσα σύμβαση έχει αυξημένες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις και προϋποθέτει υψηλή ρευστότητα, άμεσα ταμειακά διαθέσιμα και χρηματοοικονομική ευρωστία εκ μέρους των υποψηφίων. Επιπροσθέτως οι ως άνω αυξημένες χρηματοοικονομικές απαιτήσεις για την εκτέλεση της συμβάσεως απαιτούνται τόσο εμπροσθοβαρώς, ήτοι κατά το πρώτο 18μηνο από την υπογραφή της σύμβασης, προκειμένου να υλοποιηθεί η αποκατάσταση του δικτύου και η προμήθεια και εγκατάσταση του νέου εξοπλισμού όσο και ακολούθως στο διηνεκές της συντηρήσεως αυτού (επί 12 έτη), προκειμένου να καλύπτονται τα σχετικά πάγια κόστη και δαπάνες. Συνακόλουθα ο προσβαλλόμενος όρος 5.5.β.ii όχι μόνον έχει νομοθετικό έρεισμα, αλλά περαιτέρω είναι και σύμφωνος με τις αρχές της αναλογικότητας, της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και του υγιούς ανταγωνισμού, απορριπτομένων των περί του

αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Ο υπόψη όρος παρίσταται πρόσφορος εν σχέσει προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι να παράσχει ασφαλή ένδειξη για την οικονομική φερεγγυότητα και την επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τις συγκεκριμένες δημόσιες συμβάσεις, καθώς πρόκειται περί απαιτήσεων από τις οποίες μπορεί αντικειμενικά να προκύψει η σχετική ικανότητα των διαγωνιζομένων γενικώς. Η επιλογή, μάλιστα, περισσότερων του ενός δεικτών των οικονομικών στοιχείων των διαγωνιζόμενων παρέχει στην Αναθέτουσα Αρχή περισσότερες από μία αντικειμενικές ενδείξεις ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης, από την επιλογή ενός μόνον δείκτη, όπως λόγου χάρη μόνον της κερδοφορίας ή μόνον της σχέσης ιδίων κεφαλαίων με τις υποχρεώσεις τους (πρβλ. ΑΕΠΠ 1218/2019). Και τούτο διότι εν προκειμένω ζητείται αφενός τα ίδια κεφάλαια μιας επιχείρησης να είναι ίσα ή μεγαλύτερα του συνόλου των υποχρεώσεών της, ώστε να καταδεικνύεται η οικονομική αυτάρκεια του υποψηφίου, αφετέρου δε ο λόγος του κυκλοφορούντος ενεργητικού προς τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις να είναι μεγαλύτερος του 1,4 για κάθε έτος της τριετίας, ώστε να φαίνεται η ευχερής δυνατότητά του να καλύψει τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις με στοιχεία του κυκλοφορούντος ενεργητικού. Η πλήρωση των εν λόγω στοιχείων σωρευτικά και δη για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας προοιωνίζει ως έγγιστα βέβαιη την ικανότητα των υποψηφίων να ανταπεξέλθουν στις χρηματοοικονομικές απαιτήσεις της εν λόγω εμπροσθοβαρούς όσον αφορά τις οικονομικές απαιτήσεις και ταυτόχρονα μακροχρόνιας σύμβασης και να μπορούν σε είναι συνεπείς τόσο έναντι των εργαζομένων τους όσο και έναντι των συμβατικών υποχρεώσεών του προς τους Δήμους, οι οποίοι αποτελούν τους Κυρίους των Έργων. Η πλήρωση εξάλλου των ως άνω απαιτήσεων χρηματοοικονομικής επάρκειας, ταμειακής ρευστότητας και οικονομικής ευρωστίας εκ μέρους των υποψηφίων οικονομικών φορέων καθίσταται επιβεβλημένη - και όχι απρόσφορη και δυσανάλογη, όπως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα - και λόγω του σύνθετου και απαιτητικού φυσικού αντικειμένου της σύμβασης. Αυτή, αφορά στην ενεργειακή αναβάθμιση (εντός 18μηνου) και συντήρηση για 12 έτη του δικτύου οδοφωτισμού ενός πολυπληθούς, μεγάλης γεωγραφικής έκτασης και με

ιδιαίτερα μορφολογικά και κλιματικά χαρακτηριστικά Δήμου (...) της Περιφέρειας ..., γεγονός που εν δυνάμει δημιουργεί αυξημένες απαιτήσεις καθ' όλη τη διάρκεια της ενεργειακής αναβάθμισης και συντήρησης του δικτύου ηλεκτροφωτισμού (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 56/2020). Υπογραμμίζεται μετ' επιτάσεως ότι η αμοιβή του αναδόχου δεν προέρχεται από πιστώσεις του Δήμου αλλά εξαρτάται από την επιτευχθείσα εξοικονόμηση. Κατά το μέρος κατά το οποίο η προσφεύγουσα αποπειράται να καταδείξει την δήθεν αντικειμενική παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και συνακόλουθα τον ανεπίτρεπτο περιορισμό του ανταγωνισμού, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί είναι αβάσιμοι. Υπογραμμίζεται ότι κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά νομολογιακώς, παράβαση της αρχής της αναλογικότητας ως προς την απαιτούμενη χρηματοοικονομική ικανότητα των υποψηφίων οικονομικών φορέων στοιχειοθετείται πάντοτε σε σχέση με το αντικείμενο (φυσικό και οικονομικό) εκάστοτε διαγωνισμού. Τούτο καθίσταται σαφές και από τον εκ του νόμου τιθέμενο περιορισμό (άρθ. 75 παρ. 3 ν. 4412/2016) ως προς τον απαιτούμενο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, ο οποίος δεν επιτρέπεται να υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, και πάλι όμως, με δυνατότητα υπέρβασης, δεόντως αιτιολογημένα. Η προσφεύγουσα ουδόλως αναφέρει ότι οι απαιτούμενες στους υπόψη δείκτες τιμές είναι δυσανάλογοι προς την εκτιμώμενη αξία της προκηρυχθείσας σύμβασης, αλλά, αντιθέτως, περιορίζει την επιχειρηματολογία της στο γεγονός ότι η ίδια, ενδεχομένως και ορισμένες άλλες εταιρίες του χώρου, δεν καλύπτουν τους απαιτούμενους δείκτες. Υπογραμμίζεται ότι ο ισχυρισμός είναι και αόριστος, διότι δεν αναφέρει ποιο είναι, αριθμητικά, το σύνολο των οικονομικών φορέων οι οποίοι δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά συμβάσεων οι οποίοι θα μπορούσαν να είναι εν δυνάμει προσφέροντες στον υπόψη διαγωνισμό ούτε τους κατονομάζει, ούτε παραθέτει στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύεται ότι ο ισχυρισμός της ευσταθεί. Προσκομίζεται ανάρτηση του site ... της 18.11.2019 με τίτλο «Όλες οι εξελίξεις μίας δυναμικής αγοράς που υπολογίζεται ότι θα ξεπεράσει το 1 δις. Ευρώ» και υπότιτλο «Ανοίγει η αγορά έργων οδικού φωτισμού LED σε Δήμους και Περιφέρειες της χώρας», στο οποίο αναφέρονται συνολικά δεκαεπτά (17) οικονομικοί φορείς είτε ήδη ανάδοχοι αντίστοιχων διαγωνισμών (η προσφεύγουσα, ο ..., ο ..., ο όμιλος ..., η ..., η ..., η ... και η ...), είτε ως μικρομεσαίες κυρίως κατασκευαστικές εταιρίες

που έχουν αναδειχθεί ανάδοχοι διαφόρων Δήμων (..., ..., ..., ..., ..., ..., κλπ), είτε ξένοι όμιλοι οι οποίοι «έχουν δείξει ενδιαφέρον» για την συγκεκριμένη αγορά, όπως η ..., η ... και η ... Είναι σαφές ότι οι εταιρίες που η προσφεύγουσα κατονομάζει σε καμία περίπτωση δεν αποτελούν την συντριπτική πλειοψηφία των εταιριών του κλάδου αλλά είναι αισθητά κάτω του μισού. Και αυτό, υπό την απαράβατη προϋπόθεση ότι θα είχαν ενδιαφέρον για την προκηρυχθείσα σύμβαση, καθώς δεν έχουν προσβάλει την υπόψη Διακήρυξη, ορθών υποτιθέμενων των στοιχείων που η προσφεύγουσα παραθέτει. Χαρακτηριστικό είναι εν προκειμένω ότι ο ίδιος ο προβαλλόμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας αποδεικνύει τη νομιμότητα και ορθότητα της τεθείσας απαίτησης. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα (αρ. 6.γ) ότι *«οι οικονομικοί φορείς με εμπειρία και εξειδίκευση στο ειδικό αντικείμενο των εν λόγω συμβάσεων εμφανίζουν αφενός υψηλότερο κατά μέσο όρο δείκτη στις δανειακές υποχρεώσεις τους, οι οποίες συναρτώνται άμεσα με τον τραπεζικό δανεισμό που έχουν λάβει για την πραγματοποίηση των σχετικών επενδύσεων και αφετέρου χαμηλότερο κατά μέσο όρο δείκτη στο κυκλοφορούν ενεργητικό τους, αφού τα έσοδα από την εν λόγω δραστηριότητα δεν καταβάλλονται άμεσα, αλλά όπως προεκτέθηκε, μακροπρόθεσμα και σε βάθος συνήθως δεκαετίας».* Λόγω ακριβώς της συγκεκριμένης ιδιαιτερότητας, η οποία ισχύει και στην υπό κρίση περίπτωση, κρίνεται αναγκαία, για την διασφάλιση της ομαλής εκτέλεσης της προκηρυχθείσας σύμβασης, να εξασφαλισθεί η χρηματοοικονομική καταλληλότητα των συμμετεχόντων, με την ικανοποίηση των απαιτούμενων δεικτών και τιμών. Εκ του γεγονότος ότι η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται στο συγκεκριμένο αντικείμενο και έχει αναδειχθεί ανάδοχος αντίστοιχων διαγωνισμών, εκτελεί δε τις σχετικές συμβάσεις με άλλους ΟΤΑ, δεν έλκει άνευ ετέρου το δικαίωμα συμμετοχής στον υπόψη διαγωνισμό, εφόσον δεν ικανοποιεί τις ειδικότερες απαιτήσεις της υπόψη Διακήρυξης. Ενδεχομένως η προσφεύγουσα, έχοντας συνάψει ικανό αριθμό ανάλογων συμβάσεων, οι οποίες είναι εμπροσθοβαρείς ως προελέχθη, να μην ικανοποιεί τους επίμαχους δείκτες στις απαιτούμενες από τη Διακήρυξη τιμές ακριβώς για το λόγο αυτό, έχουσα ήδη αναλάβει μεγάλες υποχρεώσεις, το οποίο δεν εξασφαλίζει ότι θα έχει την απαιτούμενη χρηματοοικονομική ικανότητα για την ομαλή εκτέλεση και της προκηρυχθείσας σύμβασης, εφόσον αναδειχθεί

ανάδοχος. Εξάλλου, το γεγονός ότι μία εταιρεία απασχολεί προσωπικό και καταβάλλει φόρους και εισφορές στο κράτος δεν αποτελεί, αυτό καθεαυτό, κριτήριο συμμετοχής σε δημόσιο διαγωνισμό. Υπογραμμίζεται ότι μολονότι η προϋπολογισθείσα δαπάνη της προκηρυχθείσας σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 7.222.693€ χωρίς ΦΠΑ, και η διάταξη του άρθ. 75 παρ. 3 ν. 4412/2016 παρέχει την ευχέρεια να ζητηθεί – προς απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων - ετήσιος κύκλος εργασιών μέχρι το διπλάσιο της προϋπολογισθείσας αξίας, με την προσβαλλόμενη διακήρυξη ζητείται (άρθ. 5.β.i) μέσος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών μόλις 1.300.000,00 € για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις. Και τούτο, ακριβώς προκειμένου ο προκηρυχθείς διαγωνισμός να είναι ανοιχτός στον ανταγωνισμό και να μπορέσουν να συμμετάσχουν σε αυτόν και ΜΜΕ, εκτός από τις μεγαλύτερες εταιρίες του χώρου. Εξάλλου, η απαίτηση των επίμαχων δεικτών και μάλιστα με τις αυτές τιμές δεν είναι πρωτόγνωρη σε διακηρύξεις διαγωνισμών με το αυτό αντικείμενο, αλλά, αντιθέτως, έχουν τεθεί και μάλιστα συνδυαστικά με πρόσθετες, αυξημένες συγκριτικά προς τις απαιτήσεις του προκείμενου διαγωνισμού, χρηματοοικονομικές απαιτήσεις. Οι συγκεκριμένοι διαγωνισμοί όχι μόνον ολοκληρώθηκαν επιτυχώς με την ανάδειξη αναδόχου, αλλά προφανώς έτυχαν και του θετικού προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, διότι ήδη βρίσκονται στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης. Χαρακτηριστικά αναφέρουμε την υπ' αριθμ. πρωτ. .../20.12.2018 Διακήρυξη του Δήμου ...(ΑΔΑΜ: ...) για την προκήρυξη ανοικτού διεθνή διαγωνισμού με αντικείμενο «Αναβάθμιση του συστήματος Οδοφωτισμού του Δήμου ...– στον οποίο ανάδοχος ανακηρύχθηκε η εταιρεία ... με υπεργολάβο την προσφεύγουσα - με σκοπό την εξοικονόμηση ενέργειας και την μείωση του κόστους λειτουργίας – προμήθεια φωτιστικών σωμάτων», συνολικής εκτιμώμενης αξίας δύο εκατομμυρίων εννιακοσίων ογδόντα πέντε χιλιάδων ογδόντα επτά ευρώ και είκοσι δύο λεπτών (2.985.087,22€) (συμπεριλαμβανομένων δικαιωμάτων προαίρεσης και Φ.Π.Α. 24%), συνολικής διάρκειας 12 ετών, με δυνατότητα παράτασης για τρία επιπλέον έτη, στον όρο 2.2.5 υπό τον τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της οποίας απαιτούνταν τα εξής: «*Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν τα κάτωθι κριτήρια οικονομικής*

και χρηματοοικονομικής επάρκειας : α) Ο διαγωνιζόμενος πρέπει, για τις (3) προηγούμενες της διενέργειας του διαγωνισμού χρήσεις (ήτοι διαχειριστικές χρήσεις 2015,2016,2017), να έχει συνολικό αθροιστικό κύκλο εργασιών , τουλάχιστον ίσο με το διπλάσιο του συνολικού προϋπολογισμού (χωρίς ΦΠΑ) της εκτιμώμενης αξίας του παρόντος διαγωνισμού. β) Επειδή η χρηματοδοτική επάρκεια του Αναδόχου προκειμένου να εξασφαλιστεί η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης είναι ιδιαίτερα σημαντική, ο διαγωνιζόμενος θα πρέπει να καλύπτει τους εξής οικονομικούς δείκτες (αναλογίες στοιχείων ενεργητικού και παθητικού): ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 0,90 και κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4. Οι οικονομικοί δείκτες προκύπτουν από τον τελευταίο δημοσιευμένο ισολογισμό της επιχείρησης (ή, αν νομίμως δεν δημοσιεύει ισολογισμούς, από δήλωση ορκωτού λογιστή). γ) να διαθέτουν πρωτότυπες βεβαιώσεις αναγνωρισμένων πιστωτικών ιδρυμάτων για την πιστοληπτική ικανότητα του οικονομικού φορέα, ίσες ή ανώτερες από το 10% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ και δικαιώματα προαίρεσης και παράτασης) . Προσφορά που δεν καλύπτει τα εν λόγω κριτήρια θα απορρίπτεται». Αντίστοιχοι (και ακόμη αυστηρότεροι) όροι απαντώνται, ενδεικτικά, στις ακόλουθες διακηρύξεις για το αυτό αντικείμενο, και μάλιστα σε διαγωνισμούς η προϋπολογισθείσα δαπάνη των οποίων υπολειπόταν κατά πολύ της προϋπολογισθείσας δαπάνης του νυν προκηρυχθέντος, ανερχόμενη στο 1/4 αυτής περίπου: (α) υπ' αριθμ. .../13.6.2018 Διακήρυξη του Δήμου ..., συνολικής δαπάνης 2.450.922,00 € με ΦΠΑ – όρος 2.2.5: «α) συνολικό κύκλο εργασιών, στις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, τα αποτελέσματα των οποίων (ισολογισμοί) έχουν δημοσιευτεί, μεγαλύτερο του 70% του συνολικού προϋπολογισμού του παρόντος διαγωνισμού μη συμπεριλαμβανομένης της δαπάνης ΦΠΑ …, β) Οικονομικούς δείκτες ως εξής: - Ίδια κεφάλαια τουλάχιστον διπλάσια της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης προ ΦΠΑ, - Ίδια κεφάλαια / σύνολο υποχρεώσεων > 1,40 και – Κυκλοφορούν ενεργητικό / βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,15 … γ) βεβαίωση δανειοληπτικής ικανότητας …». (β) υπ' αριθμ. 8001/8.11.2018 Διακήρυξη του Δήμου ..., συνολικής δαπάνης 1.522.321,00 € με ΦΠΑ (ΑΔΑΜ: ...) – όρος 2.2.5: «*α) συνολικό κύκλο εργασιών, στις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, τα αποτελέσματα των οποίων (ισολογισμοί) έχουν δημοσιευτεί, μεγαλύτερο του 70% του συνολικού*

προϋπολογισμού του παρόντος διαγωνισμού μη συμπεριλαμβανομένης της δαπάνης ΦΠΑ …, β) Οικονομικούς δείκτες ως εξής: - Ίδια κεφάλαια τουλάχιστον διπλάσια της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης προ ΦΠΑ, - Ίδια κεφάλαια / σύνολο υποχρεώσεων > 1,40 και – Κυκλοφορούν ενεργητικό / βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,15 … γ) βεβαίωση δανειοληπτικής ικανότητας …». Σε κάθε περίπτωση, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι αποκλείεται από την συμμετοχή στον υπόψη διαγωνισμό είναι, κατά την αναθέτουσα αρχή, προσχηματικός, άλλως αβάσιμος. Οι ενωσιακοί κανόνες που διέπουν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων θεσπίσθηκαν στο πλαίσιο εγκαθίδρυσης της εσωτερικής αγοράς, εντός της οποίας διασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία και καταργούνται οι περιορισμοί του ανταγωνισμού (ΔΕΕ C- 412/04, απόφαση της 21.12.2008, Επιτροπή κατά Ιταλίας). Σε αυτό το πλαίσιο η Οδηγία 2014/24/ΕΕ και συνακόλουθα ο ν. 4412/2016 περιλαμβάνουν ρητές διατάξεις για την δυνατότητα του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα να προστρέξει σε στήριξη στις ικανότητες τρίτων και να αποδείξει τούτο με κάθε κατάλληλο μέσο. Το άρθ. 78 ν. 4412/2016, ενσωματώνοντας το άρθ. 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει ότι *«1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά 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. … Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.».* Την δυνατότητα αυτή προβλέπει ρητά η προσβαλλόμενη Διακήρυξη (αρ.5.5.ε), η οποία υφίσταται τόσο για οικονομικούς φορείς οι οποίοι συμμετέχουν αυτοτελώς στον διαγωνισμό όσο και για Ενώσεις Οικονομικών Φορέων. Η δυνατότητα της Διακήρυξης για

επίκληση δάνειας χρηματοοικονομικής στήριξης κατά τα ανωτέρω, έχει τεθεί και λειτουργεί προς όφελος του ανταγωνισμού, καθώς επιτρέπει την κατάθεση προσφοράς στο Διαγωνισμό και σε οικονομικούς φορείς (αυτοτελώς ή σε ένωση), οι οποίοι μπορεί να μην καλύπτουν μία συγκεκριμένη απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας της Διακήρυξης. Ως εκ τούτου, οι οικονομικοί φορείς, οι οποίοι επιθυμούν να συμμετάσχουν στον ένδικο διαγωνισμό, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, μπορούν κάλλιστα να προστρέξουν σε στήριξη στις χρηματοοικονομικές ικανότητες άλλων φορέων, και μάλιστα χωρίς να υφίσταται περιορισμός ως προς το αντικείμενο δραστηριότητας των τρίτων αυτών φορέων, οι οποίοι να ικανοποιούν τα σχετικά κριτήρια χρηματοοικονομικά κριτήρια, και να υποβάλουν την προσφορά τους στον υπόψη διαγωνισμό. Ως εκ τούτου αποδεικνύεται προσχηματικός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι αποκλείεται παντάπασι η δυνατότητα συμμετοχής της στον υπόψη διαγωνισμό, είτε αυτοτελώς είτε ως μέλος ένωσης, καθώς δεν (θα) ικανοποιεί το υπόψη κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας: κάλλιστα το κριτήριο μπορεί να καλυφθεί με στήριξη στις δυνατότητες τρίτου, δυνατότητα την οποία δεν αντικρούει, ούτε αμφισβητεί. Υπό το πρίσμα αυτό δε, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι ο υπόψη διαγωνισμός είναι ιδιαίτερα ανοιχτός στον ανταγωνισμό, λαμβάνοντας υπόψη ότι ζητείται οι συμμετέχοντες να διαθέτουν μικρό ποσό μέσου γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών συγκριτικά προς την προϋπολογισθείσα δαπάνη του, ενδεχομένως δε, μη έχοντες αναλάβει την εκτέλεση πολλών συμβάσεων, πολλών εκατομμυρίων ή/και ιδιαίτερα σύνθετων, και ως εκ τούτου διαθέτουν ικανοποιητική αναλογία ενεργητικού / παθητικού. Τέλος, ως προς τον ειδικότερο ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι ο υπόψη όρος είναι δυσανάλογος και αντίθετος στο νόμο, διότι ζητείται να καλύπτεται από όλα τα μέλη της ένωσης, σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, και αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, άλλως ως αλυσιτελής. Τούτο, διότι με τους ζητούμενους δείκτες και τις τιμές τους δεν προσδιορίζεται συγκεκριμένο ποσό υπερβάλλοντος ενεργητικού, αλλά <u>ποσοστιαία αναλογία</u>, προκειμένου να διασφαλιστεί η Αναθέτουσα Αρχή, εντός των ορίων που ο νομοθέτης της επιτρέπει, ως προς την ομαλή χρηματοδότηση και εκτέλεση της προκηρυχθείσας εμπροσθοβαρούς σύμβασης. Ως εκ τούτου, η ικανοποίηση των ζητούμενων τιμών των επίμαχων δεικτών από έναν οικονομικό φορέα –

μέλος της ένωσης, δεν συνεπάγεται την δυνατότητά του να ανταποκριθεί χρηματοδοτικά στην υλοποίηση της σύμβασης για το σύνολο των μελών της ένωσης. Εξάλλου, η εις ολόκληρον και αλληλέγγυα ευθύνη των μελών της ένωσης έναντι της Αναθέτουσας Αρχής σε διαφορετικό σκοπό αποβλέπει, ήτοι συνδέεται με την ζημία που τυχόν η τελευταία θα υποστεί από την πλημμελή εκτέλεση της σύμβασης και την ανόρθωσή της, ενώ η χρηματοοικονομική ικανότητα αποβλέπει στην εκτίμηση και στην διασφάλιση της (χρηματοδοτικής) ικανότητας του οικονομικού φορέα να υλοποιήσει ομαλά το αντικείμενο της σύμβασης. Από την επισκόπηση του κρίσιμου για το εξεταζόμενο ζήτημα άρθρου 19 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, προκύπτει ότι ο νέος νόμος αφήνει στην πλήρη διακριτική ευχέρεια των αναθετουσών αρχών την επιλογή του τρόπου πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, όταν πρόκειται για τα μέλη μιας ένωσης οικονομικών φορέων, αρκεί η επιλογή αυτή να μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά και να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Υπό το πρίσμα αυτό, ο νομοθέτης δεν προκρίνει κάποιον συγκεκριμένο τρόπο πλήρωσης του κριτηρίου α) της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) της οικονομικής - χρηματοοικονομικής επάρκειας και γ) της τεχνικής - επαγγελματικής ικανότητας για τα μέλη μιας ένωσης, αλλά παρέχει στην Αναθέτουσα Αρχή την εξουσιοδότηση να εκτιμήσει τις ιδιαιτερότητες του υπό ανάθεση αντικειμένου και να προδιαγράψει αναλόγως τα προσόντα που θα πρέπει να πληρούνται/ικανοποιούνται (σωρευτικά) από όλα τα μέλη ή από ένα μόνο εξ αυτών (ΑΕΠΠ 127/2018). Εξάλλου, τυχόν απαίτηση οι επίμαχοι δείκτες να καλύπτονται από ένα από τα μέλη της ένωσης θα συνιστούσε και παραβίαση της αρχής της ισότητας, ως εξής: το ενωσιακό δίκαιο των δημοσίων διαγωνισμών αντιμετωπίζει την κάθε ένωση οικονομικών φορέων ως μονάδα, ήτοι ως έναν συμμετέχοντα. Εφόσον κατά την ποιοτική επιλογή κάθε οικονομικός φορέας πρέπει να καλύπτει συγκεκριμένο κύκλο εργασιών, είναι απολύτως εύλογο ο απαιτούμενος κύκλος εργασιών να καλύπτεται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης, η οποία αντιμετωπίζεται ως μονάδα. Ωστόσο, ως προς τους δείκτες αναλογίας ενεργητικού / παθητικού, και μάλιστα χωρίς να απαιτείται συγκεκριμένο ποσό αριθμητικά, μόνον η απαίτηση πλήρωσης του κριτηρίου από κάθε μέλος της ένωσης συνεπάγεται πλήρωση του κριτηρίου για την ένωση ως μονάδα. Η υπόψη απαίτηση είναι, κατά την αναθέτουσα

αρχή, νόμιμη, αναγκαία και κατάλληλη, καθώς σύμφωνα με τη Διακήρυξη και το νόμο, σε περίπτωση ανάθεσης της σύμβασης σε Ένωση, κάθε μέλος αυτής ευθύνεται αλληλεγγύως και εις ολόκληρον μέχρι πέρατος του Έργου και συνακόλουθα θα πρέπει να πληροί αυτοτελώς τις σχετικές απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας και να μπορεί αυτοτελώς να ανταποκριθεί στις χρηματοδοτικές και εν γένει οικονομικές απαιτήσεις του έργου. Άλλωστε ιδωμένος ο υπόψη όρος σε συνδυασμό και με τις λοιπές απαιτήσεις οικονομικής επάρκειας (ήτοι τον όρο αρ. 5.5.β.i ως προς τον ζητούμενο κύκλο εργασιών, ο οποίος είναι συγκριτικά χαμηλός σε σχέση με την προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης) αλλά και με την παροχή της δυνατότητας δάνειας στήριξης, αποδεικνύεται ότι έχει τεθεί προς αναγκαία διασφάλιση της Αναθέτουσας Αρχής και όχι προς περιορισμό του ανταγωνισμού όπως αβασίμως διατείνεται η προσφεύγουσα. Αντιθέτως, ως προελέχθη, οι απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας ευνοούν τη συμμετοχή και Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων κατά την επιταγή του ενωσιακού δικαίου, υπό την δικλείδα ωστόσο ότι καλύπτουν τους ζητούμενους ποιοτικούς δέκτες, προκειμένου να μπορούν να ανταπεξέλθουν στην εκτέλεση των συμβάσεων. Εξάλλου δέον όπως επισημανθεί ότι τα κριτήρια που τάσσονται στο άρθρο 100 του ν. 3669/2008 περί ΜΕΕΠ (ήδη οι διατάξεις του εν λόγω άρθρου έχουν αντικατασταθεί με τα άρθρα 51 επ. π.δ. 71/2019), ως ελάχιστες προϋποθέσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας, προκειμένου μια εργοληπτική επιχείρηση να δύναται να δραστηριοποιηθεί εν γένει στην εκτέλεση έργων ορισμένου προϋπολογισμού και άνω, δεν αποτελούν το μέτρο για τον έλεγχο της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας σε σχέση με τις καθοριζόμενες προϋποθέσεις συμμετοχής σε διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση συγκεκριμένης δημόσιας σύμβασης προμήθειας ή υπηρεσίας, η οποία μάλιστα εμφανίζει ιδιαίτερο τεχνικό ή υψηλό οικονομικό αντικείμενο, όπως πράγματι συμβαίνει με την προκηρυχθείσα σύμβασης. Συνοψίζοντας, ο όρος του αρ. 5.5.β.ii είναι κατάλληλος, πρόσφορος και αναλογικός, σύμφωνος με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του σκοπού του, λαμβανομένων υπόψη του σημαντικού φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης και τους ειδικότερους όρους πληρωμής του αναδόχου. Επομένως οι προβαλλόμενοι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας

προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος και αβασίμως, διότι ο υπόψη όρος δεν αποκλείει εγγενώς τη συμμετοχή τους στους Διαγωνισμούς, η οποία δύναται πάντοτε να πραγματοποιηθεί με επίκληση δάνειας στήριξης τρίτου φορέα (ή ακόμη και μέλους της Ένωσης επί Ενώσεως οικονομικών φορέων) και σε κάθε περίπτωση είναι νόμιμος και αναλογικός. **Επί του δεύτερου προβαλλόμενου λόγου – α' σκέλος:** Ως προς το άρθρο 8.2.2 και το άρθρο 8.2.3, για τα οποία παραπονείται η προσφεύγουσα ότι παρατίθενται επιδερμικές – επιφανειακές αναφορές ως προς την περιγραφή του αντικειμένου της τεχνικής αξιολόγησης για καθένα από τα κριτήρια Τ1 (Πληρότητα – προδιαγραφές της προτεινόμενης αναβάθμισης), Τ2 (Πληρότητα – προδιαγραφές του Συστήματος) και Τ3 (Διάρθρωση ομάδας έργου). Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι το πλαίσιο βαθμολόγησης είναι αόριστο ως εκ τούτου προοιωνίζει αξιολόγηση αδιαφανή και αυθαίρετη, κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης. Ο ισχυρισμός αυτός ωστόσο καταρχάς δεν δικαιολογεί το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσα να προσβάλει την υπόψη Διακήρυξη, καθώς η ίδια ουδόλως ισχυρίζεται ότι τούτο καθιστά αδύνατη την υποβολή παραδεκτής προσφοράς ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την υπό επιφύλαξη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό (βλ. αντί πολλών ΣτΕ 1259/2019). Περαιτέρω, τυχόν αυθαίρετη και κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης αξιολόγηση των προσφορών δεν αποτελεί πλημμέλεια της Διακήρυξης, αλλά θα αποτελεί πλημμέλεια της αξιολόγησης των προσφορών, εφόσον συντρέξει, στην περίπτωση αυτή δε, εφόσον προκύψει τέτοια πλημμέλεια, η προσφεύγουσα θα δύναται να αμφισβητήσει τη νομιμότητα και αιτιολογία της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής στο οικείο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επιπροσθέτως, οι ίδιες οι επικαλούμενες από την προσφεύγουσα διατάξεις και νομολογιακές κρίσεις, αποδεικνύουν ότι ο προβαλλόμενος ισχυρισμός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Ως εκτίθεται στην κρινόμενη προσφυγή, κατά την πάγια νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου *«Από τις διατάξεις του ν. 4412/2016, ερμηνευόμενες σε συνδυασμό με τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, οι οποίες διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ιδίως άρθρο 18 του ν. 4412/2016), συνάγεται ότι η αξιολόγηση και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων πρέπει να είναι σαφώς, ειδικώς και εμπεριστατωμένως αιτιολογημένη, με την παράθεση στο οικείο πρακτικό των*

συγκεκριμένων στοιχείων που ελήφθησαν υπόψη, αυτοτελώς και συγκριτικά, κατ' εκτίμηση των τεθέντων από το νόμο και τη διακήρυξη κριτηρίων, ώστε να μην καταλείπεται αμφιβολία ως προς την ορθότητα της συγκεκριμένης κρίσης. (…) Ειδικότερα, κατά το στάδιο αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να αιτιολογεί στο οικείο πρακτικό ειδικά, έστω και συνοπτικά, τη δοθείσα στους διαγωνιζόμενους βαθμολογία στα επιμέρους κριτήρια της διακήρυξης, εξειδικεύοντάς την με αναφορά σε συγκεκριμένα στοιχεία και κατ' ιδίαν χαρακτηριστικά των τεχνικών τους προσφορών, αναδεικνύοντας, συνακόλουθα, τα σημεία συγκριτικής υπεροχής ή υστέρησης εκάστης, τα οποία ανταποκρίνονται στα ως άνω κριτήρια και ελήφθησαν υπόψη κατά τη βαθμολόγηση. Η απλή αριθμητική παράθεση μόνο βαθμών στα παραπάνω κριτήρια δεν συνιστά ειδική κρίση, ούτε αρκεί για την αιτιολόγηση της αξιολόγησης των προσφορών, καθόσον άνευ αναλυτικής λεκτικής αποτύπωσης αυτής, έστω και συνοπτικά, δυσχεραίνεται ο κατά τα ανωτέρω έλεγχος του αιτιολογημένου της σχετικής κρίσης. (…) Άλλωστε, η βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς έχει ως σκοπό προεχόντως τη σύγκριση της τεχνικής προσφοράς του υποψήφιου αναδόχου με τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής. Η μη τήρηση των ανωτέρω καθιστά πλημμελή τη διαδικασία αξιολόγησης και βαθμολόγησης και, ως εκ τούτου, επιφέρει ακυρότητα της ακολουθηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας (ΕΣ VI Τμ. 979, 734/2019)» (ΕλΣ (VI) 1764/2019). Εξάλλου, η βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών, πρέπει να βασίζεται σε συγκεκριμένα στοιχεία, τα οποία προσδιορίζονται με αντικειμενικά κριτήρια που έχουν τεθεί στη διακήρυξη, ενώ συμπερασματικές κρίσεις, όπως ενδεικτικά ότι οι προσφορές των υποψηφίων καλύπτουν, κατά περίπτωση, τις απαιτήσεις της διακήρυξης σε «ικανοποιητικό βαθμό», «πολύ ικανοποιητικό βαθμό» ή τέλος, «σχετικά ικανοποιητικό βαθμό», σε συνδυασμό με την αριθμητική μόνο βαθμολόγηση των επιμέρους τεχνικών κριτηρίων των προσφορών των υποψηφίων, δεν πληρούν τις απαιτήσεις των γενικών αρχών των δημοσίων συμβάσεων, περί διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων (ΕλΣ (VI) 929/2013). Εκ της προπαρατεθείσας νομολογίας καθίσταται σαφές ότι αυτή αναφέρεται στην βαθμολόγηση και αξιολόγηση των προσφορών από την Αναθέτουσα Αρχή και την αποτύπωσή της στο πρακτικό αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών,

μετά την υποβολή τους, και όχι στη διαμόρφωση των όρων της Διακήρυξης. Εν προκειμένω, τυχόν αυθαίρετη, συμπερασματική, απλώς αριθμητική και κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης αξιολόγηση των προσφορών δεν αποτελεί πλημμέλεια της Διακήρυξης, αλλά θα αποτελεί πλημμέλεια της αξιολόγησης των προσφορών, εφόσον συντρέξει, στην περίπτωση αυτή δε, εφόσον προκύψει τέτοια πλημμέλεια, η προσφεύγουσα θα δύναται να αμφισβητήσει τη νομιμότητα και αιτιολογία της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής στο οικείο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Σε συμμόρφωση προς τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, τα επιμέρους αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών και η βαρύτητα ενός εκάστους εξ αυτών έχουν περιληφθεί στην υπόψη διακήρυξη, είναι γνωστά σε όλους τους εν δυνάμει συμμετέχοντες και ισχύουν έναντι όλων. Τα κριτήρια ανάθεσης είναι απολύτως σαφή, καθώς και ο τρόπος αξιολόγησής τους. Συγκεκριμένα, από την Διακήρυξη είναι απολύτως σαφές ποια προσφορά βαθμολογείται ανά κριτήριο με 100 και ποια με 150. Από τον όρο 8.2.3 είναι σαφές ότι με 100 βαθμολογείται η προσφορά η οποία καλύπτει την τιμή βάσης, ικανοποιώντας τα ελάχιστα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη ανά κριτήριο και βαθμηδόν με μεγαλύτερη βαθμολογία όσο περισσότερο αυτά υπερκαλύπτονται, με ανώτατη βαθμολογία το 150, με διαμόρφωση της σχετικής βαθμολογίας μεταξύ των προσφερόντων συγκριτικά, βάσει των σημείων συγκριτικής υπεροχής και υστέρησης εκάστης προσφοράς (βλ. και ΕλΣ (VI) 929/2013). Ενδεικτικά αναφέρεται ως παράδειγμα, ότι ως προς το κριτήριο Τ3, ότι οι ελάχιστες απαιτήσεις της Ομάδας έργου αναφέρονται στη Διακήρυξη («*Τουλάχιστον ένας (1) Υπεύθυνος Έργου με 10 έτη εμπειρία στην διαχείριση συμβάσεων ως Υπεύθυνος Έργων. Απαιτείται η προσκόμιση πλήρους Βιογραφικού Σημειώματος και όσον αφορά την εμπειρία θεωρείται απαραίτητη η επιπλέον προσκόμιση σχετικών βεβαιώσεων από Δημόσιο Φορέα ή Συμβάσεων Απασχόλησης ή Υπεύθυνη Δήλωση του άρθρου 8 Ν. 1599/1986 υπογεγραμμένη (είτε με γνήσιο υπογραφής είτε με ψηφιακή υπογραφή) από τον νόμιμο εκπρόσωπο του εργοδότη, για απόδειξη της εμπειρίας σε Ιδιωτικό Φορέα. Τουλάχιστον ένας (1) Ηλεκτρολόγος Μηχανικός ή Μηχανολόγος Μηχανικός με τουλάχιστον δέκα (10) έτη εμπειρίας σε κατασκευή έργων. Ένας (1) Ηλεκτρολόγος Μηχανικός με τουλάχιστον τρία (3) έτη εμπειρίας σε μελέτες φωτισμού αντιστοίχων έργων οδοφωτισμού.*

Τουλάχιστον ένα (1) αδειούχο Ηλεκτρολόγο / Εγκαταστάτη με πέντε (5) έτη συναφούς εμπειρίας. Επαρκές τεχνικό προσωπικό για την επιτυχή υλοποίηση της ΣΠΥ»), ως εκ τούτου η προσφορά η οποία καλύπτει τις ως άνω απαιτήσεις βαθμολογείται με 100 και η προσφορά η οποία στελεχώνει με περισσότερο και εμπειρότερο προσωπικό την ομάδα έργου, με μεγαλύτερη βαθμολογία, έως 150. Συναφώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι καλείται να διαμορφώσει τεχνική προσφορά χωρίς να γνωρίζει σε τί αξιολογείται, ως εκ τούτου αδυνατεί να διαμορφώσει την προσφορά της. Ο συγκεκριμένος ισχυρισμός, προβαλλόμενος ειδικώς από την προσφεύγουσα, προκαλεί εντύπωση. Και τούτο, διότι απολύτως αντίστοιχοι όροι έχουν περιληφθεί και σε άλλες διακηρύξεις ανάλογων διαγωνισμών, οι οποίοι ολοκληρώθηκαν επιτυχώς, διήλθαν του προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, οι σχετικές συμβάσεις υπεγράφησαν και ήδη εκτελούνται. Μάλιστα, ενδεικτικά αναφέρουμε τον σχετικό διαγωνισμό του Δήμου ...), στον οποίο ανάδοχος αναδείχθηκε η προσφεύγουσα, τον σχετικό διαγωνισμό του Δήμου ..., όπου ανάδοχος αναδείχθηκε η εταιρεία ... με υπεργολάβο την προσφεύγουσα και τον σχετικό διαγωνισμό του Δήμου ... όπου ομοίως, ανάδοχος αναδείχθηκε η προσφεύγουσα και τον σχετικό διαγωνισμό του Δήμου ..., όπου ανάδοχος αναδείχθηκε ένωση εταιριών με μέλος και την προσφεύγουσα. Τα στοιχεία αυτά αποδεικνύουν ότι η προσφεύγουσα κατέστη εφικτό να διαμορφώσει την προσφορά της με αυτούς τους όρους στα κριτήρια αξιολόγησης, η οποία (προσφορά της) μάλιστα αξιολογούμενη ήταν τόσο καλή ώστε να την αναδείξει ανάδοχο των ως άνω διαγωνισμών. Ενδεικτικά επί αντίστοιχων διαγωνισμών: (α) υπ' αριθμ. πρωτ. .../27.5.2019 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...). Η σχετική σύμβαση υπεγράφη κατόπιν του θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο**,** λόγω ποσού: *«6.2.2. Η αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων, για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα κριτήρια και τους συντελεστές βαρύτητας που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα. Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 80%)*

Κριτήριο	*Βαθμολογία*	*Βαρύτητα*	*Αξιολόγηση*
Κ1 - Ποιότητα φωτιστικών & λαμπτήρων: Συμφωνία των προσφερόμενων φωτιστικών & λαμπτήρων με τις τεχνικές προδιαγραφές,	*Β1 =100 έως 120*	*35%*	*Κ1=Β1 x 0,35*

όπως περιγράφονται στο Παράρτημα 4

Κ2 - Ποιότητα & πληρότητα συστήματος τηλελέγχου: Πληρότητα και προδιαγραφές του προτεινόμενου Συστήματος Τηλελέγχου – Τηλεχειρισμού και του demo, όπως περιγράφονται στο Παράρτημα 4.	*Β2=100 έως 120*	*35%*	*Κ2=Β2 x 0,35*
Δυνατότητα ενσωμάτωσης υφιστάμενων εφαρμογών και διαλειτουργικότητας με τρίτα συστήματα, όπως περιγράφονται στο Παράρτημα 4.			
Κ3 - Πληρότητα & προδιαγραφές της συνολικής τεχνικής λύσης: Σύμφωνα με τις προδιαγραφές του συστήματος που περιγράφονται στο Παράρτημα 4, και την τεχνική λύση που υποβάλλει ο Ανάδοχος	*Β3=100 έως 120*	*20%*	*Κ3=Β3 x 0,20*
Κ4 - Εξοικονόμηση ενέργειας: Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h) σύμφωνα με τον Πίνακα του Παραρτήματος 2	*Β4=100 έως 120*	*10%*	*Κ4=Β4 x 0,10*

Κριτήριο Κ1: Ποιότητα φωτιστικών & λαμπτήρων

Πρώτο κριτήριο βαθμολόγησης είναι η συμφωνία του προσφερόμενου φωτιστικού(-κών) με τις τεχνικές προδιαγραφές του παρόντος διαγωνισμού, όπως περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα 4 της παρούσας. Επισημαίνεται ότι η συμφωνία με τις τεχνικές προδιαγραφές εξετάζεται μόνο για εκείνες που δεν απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού. Ο(οι) συμμετέχων(-ντες) των οποίων τα προσφερόμενα είδη συμφωνούν απολύτως με τις τεχνικές προδιαγραφές θα λαμβάνει/νουν τη μέγιστη βαθμολογία (100) και εκείνος που υπερέχει στις τεχνικές προδιαγραφές, λαμβάνει την βαθμολογία (120). Τυχόν συμμετέχοντες με ενδιάμεσες τεχνικές προδιαγραφές λαμβάνουν βαθμολογία που αντιστοιχεί αναλογικά στη μέγιστη και στην ελάχιστη βαθμολογία, με γραμμική διαβάθμιση. Το κριτήριο έχει συντελεστή βαρύτητας 35%. Κριτήριο Κ2: Πληρότητα & προδιαγραφές του συστήματος τηλελέγχου Δεύτερο κριτήριο βαθμολόγησης είναι η συμφωνία του προσφερόμενου συστήματος τηλελέγχου με τις τεχνικές προδιαγραφές του παρόντος διαγωνισμού, όπως περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα 4 της παρούσας. Επισημαίνεται ότι η συμφωνία με τις τεχνικές προδιαγραφές εξετάζεται μόνο για εκείνες που δεν απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού. Ο(οι) συμμετέχων(-ντες) των οποίων τα προσφερόμενα είδη συμφωνούν απολύτως με τις τεχνικές προδιαγραφές θα λαμβάνει/νουν τη μέγιστη

βαθμολογία (100) και εκείνος που υπερέχει στις τεχνικές προδιαγραφές, λαμβάνει την βαθμολογία (120). Τυχόν συμμετέχοντες με ενδιάμεσες τεχνικές προδιαγραφές λαμβάνουν βαθμολογία που αντιστοιχεί αναλογικά στη μέγιστη και στην ελάχιστη βαθμολογία, με γραμμική διαβάθμιση. Το κριτήριο έχει συντελεστή βαρύτητας 35%. Κριτήριο Κ3: Πληρότητα & προδιαγραφές της συνολικής τεχνικής λύσης Τρίτο κριτήριο βαθμολόγησης είναι η πληρότητα και προδιαγραφές της συνολικής προσφερόμενης τεχνικής λύσης (φωτιστικά, λαμπτήρες, σύστημα τηλελέγχου). Για την αξιολόγηση σύμφωνα με το κριτήριο Κ3, ο υποψήφιος Ανάδοχος οφείλει να υποβάλλει αναλυτική τεχνική περιγραφή της ολοκληρωμένης προσφερόμενης τεχνικής λύσης (φωτιστικά, λαμπτήρες, σύστημα τηλελέγχου), που οφείλει να ικανοποιεί κατ' ελάχιστο τις τεχνικές προδιαγραφές του παρόντος διαγωνισμού, όπως περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα 4 της παρούσας. Επισημαίνεται ότι εξετάζεται η τεχνική λύση των προσφορών που ικανοποιούν κατ' ελάχιστο τις τεχνικές προδιαγραφές που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού. Το κριτήριο έχει συντελεστή βαρύτητας 20%. Κριτήριο Κ4: Ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας Τέταρτο κριτήριο βαθμολόγησης είναι η προσφερόμενη ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας, όπως αυτή προσδιορίζεται από τον Πίνακα του Παραρτήματος 2, με βάση την έκθεση δοκιμών του LM79, υπό την προϋπόθεση ότι καλύπτονται οι τεχνικές προδιαγραφές του παρόντος διαγωνισμού, όπως περιγράφονται αναλυτικά στο Παράρτημα 4 της παρούσας, και προσφέρεται τουλάχιστον η ελάχιστη απαιτούμενη εξοικονόμηση ενέργειας (50%). Ο(οι) συμμετέχων(-ντες) που προσφέρει την μικρότερη εξοικονόμηση (υπό την προϋπόθεση ότι η εξοικονόμηση υπερβαίνει το 50% και τα προσφερόμενα είδη συμφωνούν με τις τεχνικές προδιαγραφές) θα λαμβάνει(-νουν) τη μέγιστη βαθμολογία (100) και εκείνος που προσφέρει την υψηλότερη εξοικονόμηση λαμβάνει την βαθμολογία (120). Τυχόν συμμετέχοντες που προσφέρουν ενδιάμεσα ποσοστά εξοικονόμησης λαμβάνουν βαθμολογία που αντιστοιχεί αναλογικά στη μέγιστη και στην ελάχιστη βαθμολογία, με γραμμική διαβάθμιση. Το κριτήριο έχει συντελεστή βαρύτητας 10%». (β) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../20.12.2018 Διακήρυξη του Δήμου ...(ΑΔΑΜ: ...): *«2.3.2 Αξιολόγηση Τεχνικών Προσφορών Οι τεχνικές προσφορές πρέπει να πληρούν όλες τις*

απαιτούμενες προδιαγραφές, όπως αυτές ορίζονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ-«ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ» της παρούσας Διακήρυξης . Σε περίπτωση μη συμμόρφωσης με όλα τα πεδία τα οποία αναγράφονται ως υποχρεωτικά οι υποψήφιοι ανάδοχοι θα αποκλείονται. Κριτήρια αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών Για την επιλογή της πλέον συμφέρουσας από τεχνική και οικονομική άποψη προσφοράς αξιολογούνται μόνο οι προσφορές που είναι αποδεκτές σύμφωνα με τους καθοριζόμενους όρους στις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η Επιτροπή θα εξετάσει την τεχνική πρόταση αξιολογώντας την με βάση τα κριτήρια που περιγράφονται στον πίνακα που ακολουθεί. Στο σημείο αυτό η Επιτροπή έχει το δικαίωμα να ζητήσει διευκρινίσεις από τους συμμετέχοντες με σκοπό την αποσαφήνιση τεχνικών ερωτημάτων που μπορεί να δημιουργηθούν ή την συμπλήρωση του φακέλου της τεχνικής προσφοράς με πρόσθετα στοιχεία που μπορεί να κριθούν απαραίτητα για την αξιολόγηση της τεχνικής αρτιότητας της πρότασης. Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. 1. Πληρότητα της προσφοράς— Συνολική παρουσίαση, κατανόηση της σύμβασης, ύπαρξη των προβλεπόμενων υποσυστημάτων, εξυπηρέτηση των στόχων του Δήμου κλπ. 2. Ποιότητα των προτεινόμενων φωτιστικών και λαμπτήρων. Κάλυψη των γενικών τεχνικών απαιτήσεων των προδιαγραφών, κατανάλωση ενέργειας ανά τύπο, προμηθευτής φωτεινής πηγής, χρησιμοποίηση φωτιστικών η λαμπτήρων. 3. Έτη εργοστασιακής εγγύησης φωτιστικών. 4. Ποιότητα συστήματος ελέγχου λειτουργίας. Επίπεδο ελέγχου, τρόπος μετάδοσης δεδομένων, εμπειρία προμηθευτή, διαλειτουργικότητα συστήματος μετάδοσης δεδομένων, δυνατότητα επέκτασης και αξιοποίηση σε άλλες λειτουργίες. 5. Ποιότητα συστήματος προληπτικής συντήρησης μέσω Η/Υ. Επιμέρους τμήματα, λειτουργίες του συστήματος, σύστημα λήψης αιτημάτων πολιτών, βασική πλατφόρμα λειτουργίας, εμπειρία προμηθευτή, επεκτασιμότητα σε άλλες λειτουργίες του Δήμου, παραδείγματα εφαρμογών από άλλους Δήμους. 6. Μεθοδολογία αναβάθμισης του συστήματος. Ανάλυση του αντικειμένου σε επί μέρους δράσεις και μεθοδολογία υλοποίησης τους, αποτύπωση της υπάρχουσας κατανάλωσης και παρακολούθηση του παρόχου ηλεκτρικής ενέργειας, οργανωτικό σχήμα έργου, ποιότητα και αρμοδιότητες προσωπικού ομάδας

έργου, καταγραφή κινδύνων / προβλημάτων και τρόπων αντιμετώπισης, κατάλογος προμηθευτών υπεργολάβων και συμβούλων, επικοινωνία Ανάδοχου, βασικών προμηθευτών και Αναθέτουσας Αρχής. 7. Μεθοδολογία παροχής υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης. Μεθοδολογία παροχής των υπηρεσιών λειτουργίας και συντήρησης, οργανωτικό σχήμα, αριθμός και ποιότητα προσωπικού, αντιμετώπιση προβλημάτων, τεχνική βοήθεια μετά την ολοκλήρωση της σύμβασης. 8. Προτάσεις για παραπέρα επέκταση του συστήματος. Περιεχόμενα και μεθοδολογία εκπόνησης της σχετικής μελέτης και των υπηρεσιών συμβούλου, προτάσεις αξιοποίησης των δημιουργούμενων υποδομών. 9. Προτάσεις για παραπέρα εξοικονόμηση ενέργειας. Περιεχόμενα και μεθοδολογία εκπόνησης της σχετικής μελέτης και των υπηρεσιών συμβούλου, προτάσεις επί μέρους έργων. 10. Εγγυήσεις και τρόπος πληρωμής για την χρηματοδότηση της σύμβασης. Για κάθε κριτήριο, προτάσεις που καλύπτουν τις απαιτήσεις της σύμβασης βαθμολογούνται με εκατό (100). Προτάσεις που υπερκαλύπτουν της απαιτήσεις μπορούν να βαθμολογούνται έως και εκατόν είκοσι (120). Ειδικότερα για το κριτήριο 3. Ο παρέχων την μικρότερη εγγύηση βαθμολογείται με εκατό (100) την μεγαλύτερη με εκατόν είκοσι (120) και όλοι οι ενδιάμεσοι ταξινομούνται αναλογικά εντός των παραπάνω ορίων. …». (γ) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../26.9.2018 Διακήρυξη του Δήμου ...(ΑΔΑ: ...): *«7.1.2. Τεχνική Προφορά Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. … Η ενότητα της Τεχνικής Προσφοράς περιέχει την πρόταση του Φορέα για το αντικείμενο της παρούσας, στην οποία θα περιγράφεται η μεθοδολογία και τα εργαλεία, που θα χρησιμοποιηθούν. Ειδικότερα, η πρόταση πρέπει, κατ ελάχιστον και επί ποινή αποκλεισμού, να περιλαμβάνει : Αναλυτική Τεχνική Περιγραφή προτεινόμενης λύσης αναβάθμισης του υπάρχοντος Συστήματος που προσφέρει ο υποψήφιος Οικονομικός Φορέας. Στην Τεχνική Περιγραφή θα περιέχονται τα απαιτούμενα στοιχεία σχετικά με το τεχνικό προσωπικό και τον τεχνικό εξοπλισμό. Φωτοτεχνικά δεδομένα ανά κάθε τύπο προσφερόμενων Φωτιστικών LED σε ηλεκτρονική μορφή .ies ή .ldt,*

κατάλληλο για χρήση σε λογισμικό ανοικτού κώδικα DIALUX ή RELUX. Στο φωτομετρικό αρχείο πρέπει να φαίνεται η πραγματική κατανάλωση του Λαμπτήρα / Φωτιστικού και επί ποινή αποκλεισμού πρέπει να έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο φωτομετρίας που διαθέτει την πιστοποίηση κατά ISO 17025/2015. Φωτοτεχνικό Μοντέλο, όπως ακριβώς περιγράφεται στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές", σύμφωνα με το ΕΝ 13201 2015 και την Ελληνική Νομοθεσία. Πίνακες συμμόρφωσης για το σύνολο των ζητουμένων και ανάλογα δικαιολογητικά για το σύνολο των πιστοποιήσεων και των λοιπών δεδομένων που ζητούνται: Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές". Στις περιπτώσεις σύνθετων λύσεων, όπως περιγράφονται στη περίπτωση γ, της παρ. 1, πχ LED controller ενσωματωμένο σε φωτιστικό καθώς και για το σύστημα Κόμβου Τηλεδιαχείρισης, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι υποχρεούνται να καταθέσουν τη Δήλωση Συμμόρφωσης του Κατασκευαστή (Declaration of Conformity - DoC), εντός του φακέλου της Τεχνικής Προσφοράς. Όσον αφορά τα σχετικά πιστοποιητικά - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους, τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports) μπορούν να κατατεθούν, από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επί ποινή αποκλεισμού. Αναλυτική περιγραφή Συστήματος Τηλεελέγχου - Τηλεδιαχείρισης & Ελέγχου Ενέργειας, που θα χρησιμοποιηθεί, καθώς και του Συστήματος προληπτικής συντήρησης μέσω Η/Υ. Αναλυτική περιγραφή των Smart Εφαρμογών που θα εγκατασταθούν και των παρεχόμενων δυνατοτήτων τους (Εγκατάσταση – Λειτουργία). Υπολογισμό - τεκμηρίωση της αναμενόμενης ετήσιας Εξοικονόμησης Ενέργειας. Επισημαίνεται, ότι για τον υπολογισμό της κατανάλωσης ενέργειας των φωτιστικών, με βάση την οποία θα υπολογίζεται η ετήσια εξοικονόμηση θα λαμβάνεται υπόψη, κατά τους υπολογισμούς, επί ποινή αποκλεισμού, η ισχύς κάθε τύπου φωτιστικού σύμφωνα με την κατανάλωση που αναγράφεται στο πιστοποιητικό LM79 του κάθε φωτιστικού που θα έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο φωτομετρίας που διαθέτει την πιστοποίηση κατά ISO 17025/2015. Το Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης αναβάθμισης του Συστήματος και του συνόλου των ζητούμενων υπηρεσιών. Τεκμηρίωση της Ομάδας Έργου, με ονοματεπώνυμο και επαγγελματικά προσόντα των μελών του προσωπικού

που επιφορτίζονται για την εκτέλεση της ΣΠΥ, συνυποβάλλοντας βιογραφικά, πτυχία, άδειες των επιμέρους ατόμων της Ομάδας Έργου που θα δηλωθεί. Τεχνικός Εξοπλισμός που θα χρησιμοποιηθεί για την υλοποίηση του αντικειμένου της παρούσας. Δείγμα για κάθε τύπο Φωτιστικού και Κόμβου Τηλεδιαχείρισης. Συγκεκριμένα: α) τα δείγματα προσκομίζονται εντός (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή της προσφοράς του Οικονομικού Φορέα και λαμβάνουν αριθμό πρωτοκόλλου παράδοσης από την Αναθέτουσα Αρχή. β) Τα δείγματα θα πρέπει να προσκομισθούν στο Πρωτόκολλο του Δήμου (Διεύθυνση: Περικλέους 55, Χολαργός) σε ξεχωριστή συσκευασία, η οποία θα φέρει την ένδειξη "ΔΕΙΓΜΑ" και τις λοιπές ενδείξεις του κυρίως φακέλου Προσφοράς, καθώς επίσης και τον κωδικό του κάθε προσφερόμενου είδους. Τα δείγματα θα συνοδεύονται από το απαιτούμενο παραστατικό (Δελτίο Αποστολής). Ότι άλλο κρίνουν οι υποψήφιοι ότι θα συνεισφέρει στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών τους, σύμφωνα με τα κριτήρια της παρούσας και σε καμία περίπτωση δεν θα γίνεται αναφορά σε οικονομικά μεγέθη. …». Περαιτέρω, στην ενότητα «Αξιολόγηση Τεχνικής Προσφοράς» (όρος 8.2.2) η ως άνω Διακήρυξη όριζε: *«Η αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων, για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα ακόλουθα κριτήρια και συντελεστές βαρύτητας: Η Τεχνική Προσφορά θα αξιολογηθεί από την Επιτροπή σύμφωνα με τα κριτήρια που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα.*

Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)

Κριτήριο	*Βαθμολογία*	*Βαρύτητα*	*Αξιολόγηση*
Τ1 - Πληρότητα - Προδιαγραφές της Αναβάθμισης & Λειτουργίας του Συστήματος Οδοφωτισμού	*Β1 =100 έως 120*	*25%*	*Τ1=Β1 x 0,25*
Τ2 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Τηλεελέγχου – Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας - Συστήματος Περιοδικής & Επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 120*	*15%*	*Τ2=Β2 x 0,15*

Τ3 - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως 120*	*15%*	*Τ3=Β3 x 0,15*
*Τ4 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Smart Cities.**	*Β4=100 έως 120*	*5%*	*Τ4=Β4 x 0,05*
Τ5 - Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h)	*Β5=100 έως 120*	*40%*	*Τ5=Β5 x 0,40*

- *Το κριτήριο αυτό απουσιάζει από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη καθώς ο διαγωνισμός δεν έχει προδιαγραφές Smart Cities Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4,Τ5) δηλαδή : Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4+Τ5. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 120 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ5 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει τη μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, δηλαδή 65% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 100 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ».»*. (δ) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../21.10.2015 Διακήρυξη του Δήμου ... όριζε: *«6.2. ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗΣ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ … 6.2.2. Η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων, για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με*

βάση τα ακόλουθα κριτήρια και συντελεστές βαρύτητας: Η Επιτροπή θα εξετάσει την τεχνική πρόταση αξιολογώντας την, με βάση τα κριτήρια που περιγράφονται στον πίνακα που ακολουθεί. Η τεχνική προσφορά θα αξιολογηθεί από την Επιτροπή σύμφωνα με τα κριτήρια που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα. Η βαθμολογία αυτή θα αντιπροσωπεύει το 40% της συνολικής βαθμολογίας των διαγωνιζομένων. Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 40%)

Κριτήριο	***Μ.Μ***	***Βαθμολογία***	***Βαρύτητα***	***Αξιολόγηση***
Πληρότητα και προδιαγραφές της προτεινόμενης λύσης για την αναβάθμιση και λειτουργία του υπάρχοντος Συστήματος	*%*	*Β1=0 έως 1*	*30%*	*Τ1=Β1 x 0,30*
Συστήματα τηλελέγχου και τηλεχειρισμού	*%*	*Β2=0 έως 1*	*20%*	*Τ2=Β2 x 0,20*
Σύστημα προληπτικής συντήρησης μέσω Η/Υ	*%*	*Β3=0 έως 1*	*10%*	*Τ3=Β3 x 0,10*
Ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας (σε Kw/h)	*%*	*Β4=0 έως 1*	*40%*	*Τ4=Β4 x 0,40*

Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Κατά τη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 0,5 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και δεν γίνονται δεκτοί. Οι υποψήφιοι που δεν γίνονται δεκτοί μετά την ολοκλήρωση της εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», αποκλείονται από την περαιτέρω διαδικασία του Διαγωνισμού. Ο Υποφάκελος «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» δεν αποσφραγίζεται».» (ε) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../28.6.2018 Διακήρυξη του Δήμου ..., προϋπολογισθείσας δαπάνης 21.221.499,79 € πλέον ΦΠΑ, με ανάδοχο και σύμβαση που ήδη εκτελείται, όπως η ίδια εκθέτει στην προσφυγή της, επομένως έτυχε και του θετικού

προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, όριζε: *«2.3.1 Κριτήριο ανάθεσης Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η Συμφερότερη Προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης Ποιότητας - Τιμής η οποία εκτιμάται βάσει των κάτωθι κριτηρίων. Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)*

Κριτήριο	***Βαθμολογία***	***Βαρύτητα***	***Αξιολόγηση***
Τ1 - Πληρότητα - Προδιαγραφές της Αναβάθμισης & Λειτουργίας του Συστήματος Οδοφωτισμού	*Β1=100 έως 120*	*30%*	*Τ1=Β1 x 0,30*
Τ2 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Τηλεελέγχου – Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας - Συστήματος Περιοδικής & Επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 120*	*15%*	*Τ2=Β2 x 0,15*
Τ3 - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως 120*	*10%*	*Τ3=Β3 x 0,10*
Τ4 - Εγκατάσταση & Λειτουργία Εφαρμογών Smart Cities	*Β4=100 έως 120*	*10%*	*Τ4=Β4 x 0,10*
Τ5 - Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h)	*Β5=100 έως 120*	*35%*	*Τ5=Β5 x 0,35*

8.2.3. Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4,Τ5) δηλαδή : Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4+Τ5. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 120 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ5 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει τη μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα

την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, δηλαδή 50% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 100 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και δεν γίνονται δεκτοί. Οι υποψήφιοι που δεν γίνονται δεκτοί μετά την ολοκλήρωση εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», αποκλείονται από την διαδικασία. Ο Υποφάκελος «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» δεν αποσφραγίζεται». (στ) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../2018 Διακήρυξη του Δήμου ..., προϋπολογισθείσας δαπάνης 8.055.049,28 € με ΦΠΑ, όριζε: *«6.1 Κριτήριο Ανάθεσης Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει των κάτωθι κριτηρίων: Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)*

Κριτήριο	***Βαθμολογία***	***Βαρύτητα***	***Αξιολόγηση***
Τ1 - Πληρότητα - Προδιαγραφές της Αναβάθμισης & *Λειτουργίας του Συστήματος Οδοφωτισμού*	*Β1=100 έως 120*	*10%*	*Τ1=Β1 x 0,10*
Τ2 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Τηλεελέγχου – *Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας - Συστήματος* *Περιοδικής & Επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ*	*Β2=100 έως 120*	*10%*	*Τ2=Β2 x 0,10*
Τ3 - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως 120*	*10%*	*Τ3=Β3 x 0,10*
Τ4 - Εγκατάσταση & Λειτουργία Εφαρμογών Smart Cities	*Β4=100 έως 120*	*10%*	*Τ4=Β4 x 0,10*
Τ5 - Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h)	*Β5=100 έως 120*	*60%*	*Τ5=Β5 x 0,60*

6.2. Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4,Τ5) δηλαδή : Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4+Τ5. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 120 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1, Τ2 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Για το κριτήριο Τ3 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει το μικρότερο χρονοδιάγραμμα. Για το κριτήριο Τ4 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει περισσότερες εφαρμογές εκτός των ελάχιστα απαιτούμενων. Για το κριτήριο Τ5 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει τη μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, δηλαδή 60% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση χωρίς τη χρήση adaptive lighting. Στη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 100 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και δεν γίνονται δεκτοί. Οι υποψήφιοι που δεν γίνονται δεκτοί μετά την ολοκλήρωση εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», αποκλείονται από την διαδικασία. Ο Υποφάκελος

«ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» δεν αποσφραγίζεται».». **(ζ)** Η υπ' αριθμ. πρωτ. .../04.07.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ:...), όριζε: *«7.1.2. Τεχνική Προφορά Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος. Στην συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf. Εφόσον οι τεχνικές προδιαγραφές δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολο τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του Συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία. Η ενότητα της Τεχνικής Προσφοράς περιέχει την πρόταση του Οικονομικού Φορέα για το αντικείμενο της παρούσας, στην οποία θα περιγράφεται η μεθοδολογία και τα εργαλεία, που θα χρησιμοποιηθούν. Ειδικότερα, η πρόταση πρέπει, κατ ελάχιστον, να αναφέρει : • Αναλυτική Τεχνική Περιγραφή προτεινόμενης λύσης αναβάθμισης του υπάρχοντος Συστήματος που προσφέρει ο υποψήφιος Οικονομικός Φορέας. Στην Τεχνική Περιγραφή θα περιέχονται τα παιτούμενα στοιχεία σχετικά με το τεχνικό προσωπικό και τον τεχνικό εξοπλισμό. • Φωτοτεχνικά δεδομένα ανά κάθε τύπο προσφερόμενων Λαμπτήρων / Φωτιστικών / Προβολέων LED σε ηλεκτρονική μορφή .ies ή .ldt, κατάλληλο για χρήση σε λογισμικό ανοικτού κώδικα DIALUX ή RELUX. Στο φωτομετρικό αρχείο πρέπει να φαίνεται η πραγματική κατανάλωση του Λαμπτήρα / Φωτιστικού / Προβολέα και επί ποινή αποκλεισμού πρέπει να έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο φωτομετρίας που διαθέτει την πιστοποίηση κατά ISO 17025/2015. • Φωτοτεχνικό Μοντέλο, όπως ακριβώς περιγράφεται στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές", • Δικαιολογητικά για το σύνολο των απαιτήσεων που ζητούνται : Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές", και ειδικότερα των περιπτώσεων σύνθετων λύσεων, όπως περιγράφονται στη περ. γ, της παρ. 1, πχ LED controller ενσωματωμένο σε φωτιστικό καθώς και για το σύστημα Κόμβου Τηλεδιαχείρισης, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι υποχρεούνται να καταθέσουν τη Δήλωση Συμμόρφωσης του Κατασκευαστή (Declaration of*

Conformity - DoC), εντός του φακέλου της Τεχνικής Προσφοράς. Όσον αφορά τις βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους, τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports) μπορούν να κατατεθούν, από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επί ποινή αποκλεισμού. • Αναλυτική περιγραφή Συστήματος Τηλεελέγχου - Τηλεδιαχείρισης & Ελέγχου Ενέργειας, που θα χρησιμοποιηθεί και του Συστήματος προληπτικής συντήρησης μέσω Η/Υ. • Υπολογισμό - τεκμηρίωση της αναμενόμενης ετήσιας Εξοικονόμησης Ενέργειας. Επισημαίνεται, ότι για τον υπολογισμό της κατανάλωσης ενέργειας των φωτιστικών, με βάση την οποία θα υπολογίζεται η ετήσια εξοικονόμηση θα λαμβάνεται υπόψη, κατά τους υπολογισμούς, επί ποινή αποκλεισμού, η ισχύς κάθε τύπου φωτιστικού σύμφωνα με την κατανάλωση που αναγράφεται στο LM79 του κάθε φωτιστικού που θα έχει εκδοθεί από διαπιστευμένο εργαστήριο φωτομετρίας που διαθέτει την πιστοποίηση κατά ISO 17025/2015. • Το αναλυτικό Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης της αναβάθμισης του Συστήματος. • Τεκμηρίωση Ομάδας Έργου, με ονοματεπώνυμο και επαγγελματικά προσόντα των μελών του προσωπικού που επιφορτίζονται για την εκτέλεση της ΣΠΥ, συνυποβάλλοντας βιογραφικά, πτυχία, άδειες των επιμέρους ατόμων της Ομάδας Έργου που θα δηλωθεί. • Τεχνικός Εξοπλισμός που θα χρησιμοποιηθεί για την υλοποίηση του αντικειμένου της παρούσας. Δείγμα για κάθε τύπο Φωτιστικού / Λαμπτήρα / Προβολέα και Κόμβο Τηλεδιαχείρισης. Ότι άλλο κρίνουν οι υποψήφιοι ότι θα συνεισφέρει στην αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών τους, σύμφωνα με τα κριτήρια της παρούσας και σε καμία περίπτωση δεν θα γίνεται αναφορά σε οικονομικά μεγέθη». Περαιτέρω, στην ενότητα «Αξιολόγηση Τεχνικής Προσφοράς» (όρος 8.2.2) η ως άνω Διακήρυξη όριζε: *«Η αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων, για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα ακόλουθα κριτήρια και συντελεστές βαρύτητας: Η Τεχνική Προσφορά θα αξιολογηθεί από την Επιτροπή σύμφωνα με τα κριτήρια που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα. Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)*

Κριτήριο	*Βαθμολογία*	*Βαρύτητα*	*Αξιολόγηση*

Τ1 - Πληρότητα - Προδιαγραφές της Αναβάθμισης & Λειτουργίας του Συστήματος Οδοφωτισμού	*Β1 =100 έως 120*	*25%*	*Τ1=Β1 x 0,25*
Τ2 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Τηλεελέγχου – Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας - Συστήματος Περιοδικής & Επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 120*	*15%*	*Τ2=Β2 x 0,15*
Τ3 - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως 120*	*20%*	*Τ3=Β3 x 0,20*
Τ4 – Εγκατάσταση & Λειτουργία Εφαρμογών Smart Cities	*Β4=100 έως 120*	*10%*	*Τ4=Β3 x 0,10*
Τ5 - Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h)	*Β5=100 έως 120*	*30%*	*Τ5=Β5 x 0,30*

- *Το κριτήριο αυτό απουσιάζει από την προσβαλλόμενη Διακήρυξη καθώς ο διαγωνισμός δεν έχει προδιαγραφές Smart Cities 8.2.3 Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4,Τ5) δηλαδή : Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4+Τ5. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 120 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ5 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει τη μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που*

προβλέπεται στη Διακήρυξη, δηλαδή 50% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 100 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ». (η) ΗΥ Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...), όριζε: «2.3.1 Κριτήριο ανάθεσης Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η Συμφερότερη Προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης Ποιότητας - Τιμής η οποία εκτιμάται βάσει των κάτωθι κριτηρίων. *Πίνακας 5. Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)*

Κριτήριο	*Βαθμολογία*	*Βαρύτητα*	*Αξιολόγηση*
Τ1 - Πληρότητα - Προδιαγραφές της Αναβάθμισης & Λειτουργίας του Συστήματος Οδοφωτισμού	*Β1 =100 έως 120*	*30%*	*Τ1=Β1 x 0,30*
Τ2 - Πληρότητα - Προδιαγραφές Τηλεελέγχου – Τηλεχειρισμού & Ελέγχου Ενέργειας - Συστήματος Περιοδικής & Επεμβατικής συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 120*	*15%*	*Τ2=Β2 x 0,15*
Τ3 - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως 120*	*10%*	*Τ3=Β3 x 0,10*
Τ4 – Εγκατάσταση & Λειτουργία Εφαρμογών Smart Cities	*Β4=100 έως 120*	*10%*	*Τ4=Β3 x 0,10*
Τ5 - Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας (σε Kw/h)	*Β5=100 έως 120*	*35%*	*Τ5=Β5 x 0,35*

Β*αθμολόγηση. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Για το κριτήριο Τ3 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει το μικρότερο χρονοδιάγραμμα ολοκλήρωσης του νέου συστήματος. Για το κριτήριο Τ4 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει περισσότερες εφαρμογές εκτός των ελάχιστα απαιτούμενων. Για το κριτήριο Τ5 τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο*

υποψήφιος που προσφέρει τη μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. (Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, δηλαδή 70,19% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση, χωρίς τη χρήση adaptive lighting. Στη διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια βαθμολογία τουλάχιστον 100 δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και δεν γίνονται δεκτοί. Οι υποψήφιοι που δεν γίνονται δεκτοί μετά την ολοκλήρωση εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», αποκλείονται από την διαδικασία. Ο Υποφάκελος «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» δεν αποσφραγίζεται». Ως εκ τούτου το πλαίσιο βαθμολόγησης δεν είναι αόριστο και σε καμία περίπτωση δε προοιωνίζει αξιολόγηση αδιαφανή και αυθαίρετη, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Ο ισχυρισμός αυτός, καταρχάς, δεν δικαιολογεί το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσα να προσβάλει την υπόψη Διακήρυξη, καθώς η ίδια ουδόλως ισχυρίζεται ότι τούτο καθιστά αδύνατη την υποβολή παραδεκτής προσφοράς ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την υπό επιφύλαξη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό (βλ. αντί πολλών ΣτΕ 1259/2019). Περαιτέρω, τυχόν αυθαίρετη, αδιαφανής και κατά παράβαση της αρχής της ισότητας αξιολόγηση των προσφορών δεν αποτελεί πλημμέλεια της Διακήρυξης, αλλά θα αποτελεί πλημμέλεια της αξιολόγησης των προσφορών, εφόσον συντρέξει, στην περίπτωση αυτή δε, εφόσον προκύψει τέτοια πλημμέλεια, η προσφεύγουσα θα δύναται να αμφισβητήσει τη νομιμότητα και αιτιολογία της σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής στο οικείο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. **Επί του δεύτερου προβαλλόμενου λόγου – β' σκέλος:** Ως προς το άρθρο 8.2.3 «*Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς (Συνολική Βαρύτητα 70%): Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της*

συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4) δηλαδή: Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 150 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ4 την μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει την μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 150. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, ήτοι 62% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης, με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στην διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια της Παραγράφου 8.2.2 βαθμολογία τουλάχιστον 100, δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και ως εκ τούτου η προσφορά τους απορρίπτεται ως απαράδεκτη…», για το οποίο παραπονείται η προσφεύγουσα ότι για καθένα από τα κριτήρια Τ1 (Πληρότητα – προδιαγραφές της προτεινόμενης αναβάθμισης), Τ2 (Πληρότητα – προδιαγραφές του Συστήματος) και Τ3 (Διάρθρωση ομάδας έργου) δεν προσδιορίζεται ο τρόπος βαθμολόγησης, ήτοι ποια προσφορά θα λάβει 100 και ποια 150. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι αβάσιμος, κατά την αναθέτουσα αρχή, διότι από την Διακήρυξη είναι απολύτως σαφές και ποια προσφορά βαθμολογείται ανά κριτήριο με 100 και ποια με 150. Από τον όρο 8.2.3 είναι σαφές ότι με 100 βαθμολογείται η προσφορά η οποία καλύπτει την τιμή βάσης, ικανοποιώντας τα ελάχιστα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη ανά κριτήριο και βαθμηδόν με μεγαλύτερη βαθμολογία όσο περισσότερο αυτά υπερκαλύπτονται, με ανώτατη βαθμολογία το 150. Χαρακτηριστικά αναφέρουμε, ως προς το κριτήριο Τ3,

ότι οι ελάχιστες απαιτήσεις της Ομάδας έργου αναφέρονται στη Διακήρυξη («*Τουλάχιστον ένας (1) Υπεύθυνος Έργου με 10 έτη εμπειρία στην διαχείριση συμβάσεων ως Υπεύθυνος Έργων. Απαιτείται η προσκόμιση πλήρους Βιογραφικού Σημειώματος και όσον αφορά την εμπειρία θεωρείται απαραίτητη η επιπλέον προσκόμιση σχετικών βεβαιώσεων από Δημόσιο Φορέα ή Συμβάσεων Απασχόλησης ή Υπεύθυνη Δήλωση του άρθρου 8 Ν. 1599/1986 υπογεγραμμένη (είτε με γνήσιο υπογραφής είτε με ψηφιακή υπογραφή) από τον νόμιμο εκπρόσωπο του εργοδότη, για απόδειξη της εμπειρίας σε Ιδιωτικό Φορέα. Τουλάχιστον ένας (1) Ηλεκτρολόγος Μηχανικός ή Μηχανολόγος Μηχανικός με τουλάχιστον δέκα (10) έτη εμπειρίας σε κατασκευή έργων. Ένας (1) Ηλεκτρολόγος Μηχανικός με τουλάχιστον τρία (3) έτη εμπειρίας σε μελέτες φωτισμού αντιστοίχων έργων οδοφωτισμού. Τουλάχιστον ένα (1) αδειούχο Ηλεκτρολόγο / Εγκαταστάτη με πέντε (5) έτη συναφούς εμπειρίας. Επαρκές τεχνικό προσωπικό για την επιτυχή υλοποίηση της ΣΠΥ»*), ως εκ τούτου η προσφορά η οποία καλύπτει τις ως άνω απαιτήσεις βαθμολογείται με 100 και η προσφορά η οποία στελεχώνει με περισσότερο και εμπειρότερο προσωπικό την ομάδα έργου, με μεγαλύτερη βαθμολογία, έως 150. Αλλά και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι δήθεν προκύπτει αδυναμία αντικειμενικής αξιολόγησης των προσφορών για το κριτήριο Τ2, διότι αυτή ερείδεται στα δεδομένα που θα δηλώσουν οι προσφέροντες στις προσφορές τους, είναι απορριπτέος ως προβαλλόμενος άνευ εννόμου συμφέροντος, άλλως ως αβάσιμος. Τούτο, διότι η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ότι ο υπόψη όρος καθιστά αδύνατη την διαμόρφωση και υποβολή της προσφοράς της, ή έστω την υποβολή αυτής με επιφύλαξη, αλλά και εμείς αδυνατούμε να αντιληφθούμε πώς ο υπόψη όρος επιφέρει αδυναμία διαμόρφωσης προσφοράς. Επιπροσθέτως, η αντικειμενικότητα και ορθότητα της αξιολόγησης διασφαλίζεται διότι, εφόσον τα απαιτούμενα δικαιολογητικά δεν προσκομισθούν στο στάδιο της κατακύρωσης, ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος. Υπογραμμίζεται ότι οι συμμετέχοντες έχουν δικαίωμα πρόσβασης στα προσκομιζόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Εξάλλου, δεν πρόκειται για τις Δηλώσεις Συμμόρφωσης ή τις Εκθέσεις Δοκιμών (test reports) των προμηθευόμενων ειδών, αλλά για τις πιστοποιήσεις / βεβαιώσεις των εργαστηρίων τα οποία διεξήγαγαν τις

δοκιμές, ως προς την πιστοποίησή τους. Ήτοι δεν πρόκειται για δικαιολογητικά ευθέως αξιολογούμενα. Ο υπόψη όρος έχει συμπεριληφθεί και στην υπ' αριθμ. πρωτ. .../04.07.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...), για το αυτό αντικείμενο, στην οποία ανάδοχος αναδείχθηκε ένωση εταιριών, μέλος της οποίας ήταν και η προσφεύγουσα: *«7.1.2. Τεχνική Προφορά Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος. Στην συνέχεια, το σύστημα παράγει σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του Συστήματος και του παραγόμενου ψηφιακά υπογεγραμμένου ηλεκτρονικού αρχείου πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση, το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf. Εφόσον οι τεχνικές προδιαγραφές δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολο τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του Συστήματος, ο προσφέρων επισυνάπτει ψηφιακά υπογεγραμμένα τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία. Η ενότητα της Τεχνικής Προσφοράς περιέχει την πρόταση του Οικονομικού Φορέα για το αντικείμενο της παρούσας, στην οποία θα περιγράφεται η μεθοδολογία και τα εργαλεία, που θα χρησιμοποιηθούν. Ειδικότερα, η πρόταση πρέπει, κατ ελάχιστον, να αναφέρει : … • Δικαιολογητικά για το σύνολο των απαιτήσεων που ζητούνται : Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές", και ειδικότερα των περιπτώσεων σύνθετων λύσεων, όπως περιγράφονται στη περ. γ, της παρ. 1, πχ LED controller ενσωματωμένο σε φωτιστικό καθώς και για το σύστημα Κόμβου Τηλεδιαχείρισης, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι υποχρεούνται να καταθέσουν τη Δήλωση Συμμόρφωσης του Κατασκευαστή (Declaration of Conformity - DoC), εντός του φακέλου της Τεχνικής Προσφοράς. Όσον αφορά τις βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους, τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports) μπορούν να κατατεθούν, από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επί ποινή αποκλεισμού. • Αναλυτική περιγραφή Συστήματος Τηλεελέγχου - Τηλεδιαχείρισης & Ελέγχου Ενέργειας, που θα χρησιμοποιηθεί και του Συστήματος προληπτικής συντήρησης μέσω Η/Υ».* Επί του δεύτερου προβαλλόμενου λόγου – γ' σκέλος: Ως προς το άρθρο 8.2.3 και την αξιολόγηση του

κριτηρίου Τ4. Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι το αντικείμενο του διαγωνισμού δεν μπορεί να προσδιορισθεί κατ' είδος και ποσότητα, ως εκ τούτου είναι αδύνατο να διατυπώσουν την προσφορά τους αφενός καλύπτοντας την απαίτηση της διακήρυξης, επί ποινή απορρίψεως της προσφοράς, για εξοικονόμηση ενέργειας ίσης τουλάχιστον με ποσοστό 62%, αφετέρου αποδεικνύοντας ότι επιτυγχάνουν μεγαλύτερο ποσοστό εξοικονόμηση ενέργειας, προκειμένου να λάβουν μεγαλύτερη βαθμολογία (το κριτήριο αυτό, Τ4, είναι το υψηλότερα βαθμολογούμενο στην τεχνική προσφορά) και η προσφορά τους να είναι ανταγωνιστική. Ισχυρίζεται περαιτέρω η προσφεύγουσα ότι δεν προσδιορίζονται στα συμβατικά τεύχη τα όρια κατανάλωσης ισχύος (WATT) των φωτιστικών, ήτοι η ελάχιστη ισχύς που ενδείκνυται να καταναλώνεται και ποια η ελάχιστη φωτεινή απόδοση (lumen). Επιπροσθέτως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι απουσιάζει στοιχειώδης μελέτη η οποία να αποσαφηνίζει τους αντιπροσωπευτικούς δρόμους καθώς και το είδος και τον αριθμό καθ' έκαστο είδος των αντιπροσωπευτικών δρόμων, βάσει των οποίων θα προσδιορισθούν τα προς προμήθεια και εγκατάσταση κατάλληλα φωτιστικά. Τέλος, ισχυρίζεται ότι μολονότι το άρθρο 5 των τεχνικών προδιαγραφών απαιτεί να καταθέσουν οι προσφέροντες φωτοτεχνικό μοντέλο και φωτοτεχνική μελέτη, ωστόσο δεν μπορεί από τα συμβατικά τεύχη να εξαχθεί συμπέρασμα αναφορικά με το είδος και πλήθος των φωτιστικών που θα προσφερθούν, δοθέντος ότι δεν παρέχεται η πληροφορία του πλήθους των οδών. Περαιτέρω δεν προσδιορίζεται το πλήθος κατ' είδος των φωτιστικών (φωτιστικά κορυφής και φωτιστικά δρόμου). Τέλος, δεν παρέχονται στοιχεία σχετικά με τα (ελάχιστα αποδεκτά) όρια κατανάλωσης και απόδοσης κάθε φωτιστικού, διότι και από τον πίνακα του άρθ. 7.6 των τεχνικών προδιαγραφών δεν προκύπτει εάν η προτεινόμενη ισοδυναμία ως προς την ισχύ καθιστά αποδεκτά φωτιστικά / λαμπτήρες / προβολείς με ίση ή μεγαλύτερη ισχύ από την προτεινόμενη ή με ίση ή μικρότερη από αυτήν. Οι ελλείψεις αυτές, κατά την προσφεύγουσα καθιστούν άδηλη την αξιολόγηση και τον έλεγχο των προσφορών από την αναθέτουσα, αναφορικά με τα κριτήρια Τ1 και Τ4 του άρθ. 8.2.2 της Διακήρυξης. Καταρχάς, κατά κοινή πρακτική σε ανάλογους διαγωνισμούς οι οικονομικοί φορείς οι οποίοι προτίθενται να υποβάλουν προσφορά

εξετάζουν οι ίδιοι την υφιστάμενη κατάσταση ώστε να αποκτήσουν άμεση γνώση των συνθηκών και αναγκών του έργου και να διαμορφώσουν την προσφορά τους. Περαιτέρω, η Αναθέτουσα Αρχή έχει ήδη αναρτήσει στο ΕΣΗΔΗΣ τη Φωτοτεχνική Μελέτη υφιστάμενης κατάστασης, η οποία είχε εκπονηθεί για την περίπτωση του Δήμου ... από την εταιρεία ... και εκ παραδρομής δεν είχε αναρτηθεί, τηρουμένων εν γένει των ίδιων διατυπώσεων δημοσιότητας που έχει λάβει και η διακήρυξη του διαγωνισμού. Σημειώνεται ότι μετά την αναστολή της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί των εκκρεμών ενώπιον της ΑΕΠΠ προσφυγών (υπ' αριθμ. .../.../01.02.2021 απόφαση του Περιφερειάρχη ...), παρέχεται της ενδιαφερομένους επαρκής χρόνος για τη διαμόρφωση κατάλληλων προσφορών, λαμβανομένων υπόψη και των στοιχείων που περιλαμβάνονται σε αυτήν. Σύμφωνα με τα στοιχεία της ως άνω και ήδη αναρτηθείσας Φωτοτεχνικής Μελέτης: Δήμος ...

Τύπος Φωτιστικού Σώματος	**Πλήθος Φωτιστικών Σωμάτων**
Μέταλλο με 90 μοίρες κλίση	2.548
Μέταλλο οριζόντιο	15
Καπελάκι μονό	2.253
Καπελάκι διπλό	48
Δρόμου	1.322
Τετράγωνο	10
Τεχν. LED	149
Μπάλα μονή	244
Μπάλα 2-πλή	91
Κώνος	206
Φαναράκι μονό	895
Φαναράκι 2-πλό	193
Φαναράκι 3-πλό	3
Προβολέας	137
Άλλο	30
Χωρίς Λαμπτήρα	26
ΣΥΝΟΛΟ	8.170

Περαιτέρω, από την ήδη αναρτηθείσα Φωτοτεχνική Μελέτη της Υφιστάμενης Κατάστασης προκύπτουν και τα στοιχεία στα οποία αναφέρεται η προσφεύγουσα αναφορικά με τον αριθμό κατ' είδος των οδών και τα επιμέρους χαρακτηριστικά τους, όπως π.χ. η διατομή εκάστης και οι αποστάσεις των ιστών. Μολονότι δε τα στοιχεία αυτά μπορούν να

αντλήσουν οι ενδιαφερόμενοι από το διαδίκτυο (π.χ. με την εφαρμογή Google maps), η μελέτη εκπονήθηκε προκειμένου να παρέχονται διαφανώς και ισότιμα στους συμμετέχοντες συγκεκριμένες παραδοχές ως προς τα στοιχεία αυτά. Περαιτέρω, ως προς την ισοδυναμία ισχύος υφιστάμενων φωτιστικών σωμάτων με φωτιστικά τύπου LED, είναι πρόδηλο ότι η "ισοδυναμία" μεταφράζεται με την ένδειξη "=". Ως εκτίθεται στα συμβατικά τεύχη αυτή αποτελεί την προτεινόμενη αντιστοιχία, για το σενάριο βάσης, οι δε Οικονομικοί Φορείς δύνανται να προτείνουν φωτιστικά σώματα μικρότερης ισχύος εφόσον καλύπτουν τα προβλεπόμενα φωτομετρικά μεγέθη, το οποίο είναι ευνόητο ότι (πρέπει να) αποτελεί την επιδίωξη των συμμετεχόντων, δοθέντος ότι η εξοικονόμηση ισχύος αποτελεί και το βασικό κριτήριο αξιολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς τους ("*Η συνολική Εξοικονόμηση Ενέργειας από την αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων του Δήμου, θα είναι τουλάχιστον 60%, επί ποινή αποκλεισμού για τους υποψηφίους Αναδόχους.*", κριτήριο Τ4). Ήδη έχει αναρτηθεί στο ΕΣΗΔΗΣ ο κατωτέρω Πίνακας, σε συμπλήρωση των Τευχών Δημοπράτησης, ο οποίος αποτυπώνει τα όρια ισχύος και φωτεινής απόδοσης ('watt' και 'lumen') ανά τύπο φωτιστικού. Τα όρια ισχύος διατηρούν τον τελεστή " ≤ " ώστε να επιτευχθεί η ελάχιστη απαιτούμενη εξοικονόμηση ενέργειας, ενώ η απόδοση διατηρεί τον τελεστή " ≥ " ως ελάχιστο κατώφλι.

Τύπος Φωτιστικών Οδών LED	**Μέγιστη Συνολική Ισχύς (W) Φωτιστικού**	**Βάρος (kg)**	**Ελάχιστη Φωτεινή Ροή (lm)**
Φ1	≤ 40 W	≤ 7	≥ 4.80lm
Φ2	≤ 60 W	≤ 9	≥ 7.500lm
Φ3	≤ 100 W	≤ 13	≥ 13.000lm

Στο άρθρο 4 του Α' μέρους της Διακήρυξης "*ΑΝΑΛΥΣΗ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ – ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ*" ορίζεται ρητώς ότι ο ανάδοχος θα προβεί, μεταξύ άλλων, στην: "*Εγκατάσταση Λαμπτήρων / Προβολέων / Φωτιστικών LED, σύμφωνα με την αντιστοίχιση στο Παράρτημα 3: "Τεχνικές Προδιαγραφές"*, και δη κατόπιν επαλήθευσης του αριθμού αυτών, όπως ορίζεται στην ίδια ενότητα της Διακήρυξης, η δε παρ. 7.1 των τεχνικών προδιαγραφών καταμετρά 8.170 φωτιστικά σημεία. Τούτο, σε συνδυασμό με τον προπαρατεθέντα πίνακα της Φωτοτεχνικής Μελέτης, στην οποία αριθμούνται κατ' είδος τα ζητούμενα φωτιστικά, καθιστά τους όρους των

συμβατικών τευχών απολύτως ορισμένους. Σε κάθε περίπτωση, σημειώνεται ότι το άρθρο 3.6 του Α' Μέρους ορίζει ότι: *«6. Αντικείμενο Παροχής Υπηρεσιών: «Η παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ... συνίσταται στο σχεδιασμό, χρηματοδότηση και κατασκευή, τεχνική διαχείριση, συντήρηση και λειτουργία του συστήματος και των υποδομών του συνόλου του οδικού και αστικού δικτύου ηλεκτροφωτισμού, από το σημείο σύνδεσης του ηλεκτρικού δικτύου με την παροχή της ΔΕΗ στον μετρητή (εντός pillar ή επίτοιχου ή άλλου εξωτερικού πίνακα) και μετά, συμπεριλαμβανομένων ειδικών συστημάτων ελέγχου και συνοδευτικών έργων. Ενδεικτικά, και όχι περιοριστικά, …»,* και το άρθρο 4 του Α' Μέρους ορίζει ότι: *«Η Προμήθεια των Υλικών και οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν την:* Παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης της ενεργειακής απόδοσης του συστήματος και των υποδομών του οδικού και αστικού φωτισμού του Δήμου ..., με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα προβεί στην: *Επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των προς εγκατάσταση υλικών (Λαμπτήρες / Προβολείς / Φωτιστικά, κλπ) μέσω επιμέτρησης – καταγραφής (CAD, αρχείαdwg, στοιχεία GIS,αρχεία shapefile κλπ). …».* Η προσβαλλόμενη απαίτηση συναρτάται άμεσα προς τους προπαρατεθέντες όρους και ιδίως προς τον όρο του άρθρου 4 του Α' Μέρους περί επιβεβαίωσης, από τον ανάδοχο τον τελικό αριθμό των προς αντικατάσταση υλικών και εν τέλει να προσφέρει τον πράγματι χρειαζούμενο αριθμό αυτών, ανεξαρτήτως των ποσοτήτων και αριθμών που δίδονται από τα συμβατικά τεύχη και τις μελέτες. Οι όροι αυτοί, οι οποίοι δεν προσβάλλονται από την προσφεύγουσα, απαντώνται, πανομοιότυποι, σε όλες τις διακηρύξεις για το αυτό αντικείμενο. Υπογραμμίζεται μετ' επιτάσεως πρώτον, ότι στους διαγωνισμούς αυτούς έχει αναδειχθεί ανάδοχος και η σύμβαση ήδη εκτελείται, συχνά δε κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, στον δε εξ αυτών διαγωνισμό που προκηρύχθηκε από τον Δήμο ... (κατωτέρω υπό α), ανάδοχος αναδείχθηκε η προσφεύγουσα, σε ένωση με άλλες εταιρίες του χώρου. Ειδικότερα ως προς τους πανομοιότυπους όρους που προαναφέρθηκαν και έχουν περιληφθεί σε Διακηρύξεις διαγωνισμών για το αυτό αντικείμενο: (α) υπ' αριθμ. πρωτ. .../4.7.2018 Διακήρυξη του Δήμου ...

(ΑΔΑΜ: ...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος ένωση με μέλος την προσφεύγουσα και έχει συναφθεί η σχετική σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο: *«4. ΑΝΑΛΥΣΗ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ – ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ Οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: 1. Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα προβεί: • Στην επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των Φωτιστικών Σωμάτων, μέσω επιμέτρησης - καταγραφής (CAD, αρχεία dwg, στοιχεία GIS, αρχεία shapefile, κλπ). • Στην παραμετροποίηση του νέου Συστήματος, στηριζόμενου στον εξοπλισμό και τα υλικά που θα χρησιμοποιηθούν (Λαμπτήρες / Προβολείς / Φωτιστικά, κλπ). … Η αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων θα υλοποιηθεί, όπως αναλυτικά περιγράφονται στο Παράρτημα 3 "Τεχνικές Προδιαγραφές", μέσω της: • Εγκατάστασης κατάλληλων Λαμπτήρων, Προβολέων, Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας &*

Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της ΣΠΥ. …» (σελ. 10). (β) υπ' αριθμ. πρωτ. .../26.9.2018 Διακήρυξη του Δήμου ...(ΑΔΑ: ...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος η προσφεύγουσα και έχει συναφθεί η σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης: *«ΑΝΑΛΥΣΗ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ – ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ Οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα προβεί στην: επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των Φωτιστικών Σωμάτων, μέσω επιμέτρησης - καταγραφής (CAD, αρχεία dwg, στοιχεία GIS, αρχεία shapefile, κλπ) … Εγκατάστασης κατάλληλων Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της ΣΠΥ….»* (σελ. 9). (γ) υπ' αριθμ. πρωτ. .../28.6.2018 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑ:

...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος η προσφεύγουσα και έχει συναφθεί η σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης (σημειώνεται ότι είχε υποβληθεί προδικαστική προσφυγή κατά όρων της Διακήρυξης, ενώπιόν Σας, η οποία έγινε εν μέρει δεκτή, ωστόσο οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν αφορούσαν τους ακόλουθους όρους): *«Οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα προβεί: Στην επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των Φωτιστικών Σωμάτων, μέσω επιμέτρησης - καταγραφής (CAD, αρχεία dwg, στοιχεία GIS, αρχεία shapefile, κλπ). … Εγκατάστασης κατάλληλων Λαμπτήρων, Προβολέων, Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της ΣΠΥ. …»* (σελ. 7). (δ) υπ' αριθμ. πρωτ. .../27.5.2019 Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος και έχει συναφθεί η σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης (σημειώνεται ότι είχε υποβληθεί προδικαστική προσφυγή κατά όρων της Διακήρυξης, ενώπιόν Σας, από την οποία η προσφεύγουσα παραιτήθηκε πριν την συζήτησή της): *«4. ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ - ΠΑΡΕΧΟΜΕΝΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ*

Η Προμήθεια των Υλικών και οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: 1. Την παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός) και συγκεκριμένα: Την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής στο πλαίσιο της οποίας ο ανάδοχος θα προβεί: Στον επανέλεγχο/επαλήθευση του τελικού αριθμού των προς εγκατάσταση υλικών (Λαμπτήρες /Φωτιστικά, κλπ.), μέσω επιμέτρησης - καταγραφής…. 2. Την προμήθεια: Των κατάλληλων Λαμπτήρων /Φωτιστικών/ Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα 4: "Τεχνικές Προδιαγραφές", όπως και όποιου λοιπού

*εξοπλισμού απαιτηθεί **...**»* (σελ. 12). (ε) υπ' αριθμ. πρωτ. .../21.10.2015 Διακήρυξη του Δήμου ..., στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος η προσφεύγουσα και έχει συναφθεί η σύμβαση: *«Η Προμήθεια των υλικών και οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος περιλαμβάνουν : 1. Την παροχή υπηρεσιών αναβάθμισης του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), όπως : • Την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής όπου ο Ανάδοχος θα : προχωρήσει στην επαλήθευση του τελικού αριθμού προς εγκατάσταση υλικών (λαμπτήρες και φωτιστικά). … 2. Την προμήθεια: • Των κατάλληλων λαμπτήρων - υλικών υψηλής τεχνολογίας και ενεργειακής απόδοσης για την αντικατάσταση των υπαρχόντων και φωτιστικών σωμάτων, εφόσον και όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της Σύμβασης. • Των αναγκαίων υλικών για την υλοποίηση του Συστήματος τηλεελέγχου και τηλεχειρισμού. … Αναλυτική περιγραφή του αντικειμένου του Αναδόχου θα δίνεται από τον ίδιο σύμφωνα με το Παράρτημα»* (σελ. 12). (στ) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../20.12.2018 Διακήρυξη του Δήμου ...(ΑΔΑΜ: ...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος και έχει συναφθεί η σχετική σύμβαση: *«Το αντικείμενο της Σύμβασης επιμερίζεται συνοπτικά στα κάτωθι επιμέρους αντικείμενα: 1. Τις υπηρεσίες για την αναβάθμιση του συστήματος οδοφωτισμού του Δήμου και ειδικότερα: • Τον βασικό σχεδιασμό ενός συστήματος το οποίο χρησιμοποιώντας λαμπτήρες αυξημένης ενεργειακής απόδοσης, σε συνδυασμό με συστήματα ενεργειακής διαχείρισης και προληπτικής συντήρησης, εξασφαλίζει εξοικονόμηση ενέργειας τουλάχιστον 55% και διάρκεια ζωής 20 ετών. Την αξιολόγηση της παρούσας κατάστασης σε ότι αφορά τα ποιοτικά και ποσοτικά χαρακτηριστικά του κάθε φωτιστικού καθώς και την συνολική κατανάλωση του συστήματος. Τον προσδιορισμό της κλάσης φωτισμού κάθε οδού του Δήμου σύμφωνα με το πρότυπο ΕΛΟΤ ΕΝ 13201/2004. … Την εκπόνηση αναλυτικής τεχνικοοικονομικής μελέτης για την περαιτέρω μείωση της κατανάλωσης ενέργειας στον Δήμο. 2. Την προμήθεια: Των κατάλληλων φωτιστικών σωμάτων υψηλής τεχνολογίας και ενεργειακής απόδοσης για την αντικατάσταση των υπαρχόντων φωτιστικών σωμάτων, εφόσον και όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της Σύμβασης.*

…» (σελ. 2). (ζ) Η σχετική Διακήρυξη του Δήμου ... (ΑΔΑΜ: ...), στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος και έχει συναφθεί η σχετική σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ως εκτιμάται λόγω της προϋπολογισθείσας δαπάνης: *«… Οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: 1. Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα πρέπει να προβεί στην υλοποίηση των κάτωθι επιμέρους Παραδοτέων: • Παραδοτέο 1: Επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των Φωτιστικών Σωμάτων, μέσω επιμέτρησης - καταγραφής (CAD, αρχεία dwg, στοιχεία GIS, αρχεία shapefile, κλπ)…. Η αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων θα υλοποιηθεί, όπως αναλυτικά περιγράφονται στο Παράρτημα 3 "Τεχνικές Προδιαγραφές", μέσω της: • Εγκατάστασης κατάλληλων Λαμπτήρων, Προβολέων, Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της ΣΠΥ. …»* (σελ. 7-8). (η) Υπ' αριθμ. πρωτ. .../2018 μελέτη για την σχετική Διακήρυξη του Δήμου ..., στον σχετικό διαγωνισμό της οποίας ανακηρύχθηκε ανάδοχος και έχει συναφθεί η σχετική σύμβαση, κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο: *«… Οι Υπηρεσίες που θα παρέχει ο Ανάδοχος, περιλαμβάνουν: 1. Αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων (Οδοφωτισμός), με την υποβολή Μελέτης Εφαρμογής, όπου ο Ανάδοχος, θα πρέπει να προβεί στην υλοποίηση των κάτωθι επιμέρους Παραδοτέων: • Παραδοτέο 1: Επιβεβαίωση του τελικού αριθμού των Φωτιστικών Σωμάτων, μέσω επιμέτρησης - καταγραφής (CAD, αρχεία dwg, στοιχεία GIS, αρχεία shapefile, κλπ)…. Η αναβάθμιση του Συστήματος Ηλεκτροφωτισμού Κοινοχρήστων Χώρων θα υλοποιηθεί, όπως αναλυτικά περιγράφονται στο Παράρτημα 3 "Τεχνικές Προδιαγραφές", μέσω της: • Εγκατάστασης κατάλληλων Λαμπτήρων, Προβολέων, Φωτιστικών LED / Υλικών υψηλής τεχνολογίας & Ενεργειακής Απόδοσης, για την αντικατάσταση των υπαρχόντων σωμάτων, όπου αυτό απαιτηθεί, όπως και όποιου λοιπού εξοπλισμού απαιτηθεί ή αποτελεί επέκταση ή τροποποίηση της ΣΠΥ. …»*

(σελ. 4-5). Εκ του συνόλου των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι ο υπόψη λόγος προβάλλεται αβασίμως, διότι οι υπόψη όροι παγίως τίθενται από τις αναθέτουσες αρχές σε διακηρύξεις για το αυτό αντικείμενο, οι δε προκηρυχθέντες διαγωνισμοί και έτυχαν συμμετοχής και οι σχετικές συμβάσεις υπεγράφησαν, και δη κατόπιν θετικού προσυμβατικού ελέγχου. Επιπροσθέτως, πρόκειται για Σύμβαση Ενεργειακής Απόδοσης μακροχρόνιας διάρκειας και όχι για κλασική σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης, με πιο σύνθετο, συνακόλουθα, φυσικό και οικονομικό αντικείμενο. Οι όροι της υπό δημοπράτηση σύμβασης είναι σαφείς και ισχύουν ισότιμα έναντι όλων των υποψηφίων, προδιαγράφοντας ρητώς τις υποχρεώσεις τους. Είναι γνωστό, ιδίως σε εταιρίες όπως η προσφεύγουσα, οι οποίες δραστηριοποιούνται στο σχετικό αντικείμενο και έχουν ήδη αναδειχθεί ανάδοχοι αντίστοιχων διαγωνισμών και εκτελούν τις σχετικές συμβάσεις, ότι οι Συμβάσεις Ενεργειακής Απόδοσης (ΣΕΑ) λόγω της μακρόχρονης διάρκειάς τους και των υποχρεώσεων που έχει η Εταιρεία Ενεργειακών Υπηρεσιών (ΕΕΥ) που θα συμβληθεί σε αυτές, επικεντρώνονται κυρίως στη διαθεσιμότητα των συμφωνημένων υπηρεσιών και στις προδιαγραφές αποτελέσματος, ήτοι, στην εξασφάλιση τουλάχιστον επαρκούς φωτισμού που θα καλύπτει τα προβλεπόμενα φωτομετρικά μεγέθη λαμβάνοντας υπόψη τα Κόστη Κύκλου Ζωής καθ’ όλη τη διάρκεια της Σύμβασης. Αυτό συνιστά και το κριτήριο αντικατάστασης των υφιστάμενων λαμπτήρων. Στο Παράρτημα 3: “Τεχνικές Προδιαγραφές” των Τευχών Δημοπράτησης και συγκεκριμένα στην Παράγραφο 7.1, αναγράφεται το πλήθος φωτιστικών σημείων ανά τύπο και ισχύ. Στην Παράγραφο 7.6 των Τεχνικών Προδιαγραφών προδιαγράφεται η ισοδυναμία ισχύος υφιστάμενων φωτιστικών σωμάτων με φωτιστικά τύπου LED αποτελώντας την προτεινόμενη αντιστοιχία σεναρίου βάσης για την οποία οι Οικονομικοί Φορείς δύνανται να προτείνουν φωτιστικά σώματα μικρότερης ισχύος εφόσον καλύπτουν τα προβλεπόμενα φωτομετρικά μεγέθη. Τέλος, στην Παράγραφο 7.1 αυτών δίδονται λεπτομερή στοιχεία για την υφιστάμενη κατανάλωση ηλεκτρικής ενέργειας, καθώς και για την εκτίμηση εξοικονόμησης αυτής (Παράγραφος 7.4). Τέλος, τυχόν ελλείποντα στοιχεία περιλαμβάνονται στην Φωτοτεχνική Μελέτη η οποία έχει ήδη εκπονηθεί από την εταιρεία ... και η οποία αναρτήθηκε δεόντως, κατά τα

προλεχθέντα. Σε κάθε περίπτωση, ως προς τα κριτήρια αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς, αυτά και νόμιμα είναι και ορισμένα και σαφή. Καθίσταται σαφές ότι τα τεθέντα από τη Διακήρυξη κριτήρια είναι νόμιμα, προσδιορίζεται δε το μεγάλο εύρος αυτών (100-150), προς ορθότερη και ακριβέστερη (συγκριτική) βαθμολόγηση των προσφορών, καθώς και η βαρύτητα εκάστου (συντελεστής βαρύτητας). Ειδικότερα ως προς το κριτήριο Τ4 (Ετήσια Εξοικονόμηση Ενέργειας Νέου Συστήματος), το οποίο έχει και το μεγαλύτερο συντελεστή βαρύτητας (45%) προσδιορίζεται επακριβώς και με μαθητική ακρίβεια η επιμέρους μεθοδολογία βαθμολόγησης κάθε προσφοράς. Αναφορικά με το Κριτήριο Τ1 (Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης αναβάθμισης, με συντελεστή 30%) και Τ2 (Πληρότητα – Προδιαγραφές Συστήματος Τηλεελέγχου -Τηλεδιαχείρισης – Ελέγχου Κατανάλωσης Ενέργειας, Συστήματος Περιοδικής και Επεμβατικής Συντήρησης μέσω Η/Υ με συντελεστή 15%) αυτά αντικατοπτρίζουν τον σύνθετο τεχνικό χαρακτήρα των συμβάσεων ενεργειακής αναβάθμισης και σε συνδυασμό με την περιγραφή του φυσικού αντικειμένου αλλά και τις υποχρεωτικές (ελάχιστες) τεχνικές προδιαγραφές και προδιαγραφές αποτελέσματος που θέτει η Διακήρυξη παρέχει στους υποψηφίους οικονομικούς φορείς τη δυνατότητα πρότασης/ προσφοράς επιμέρους τρόπων/τεχνικών λύσεων υλοποίησης της ζητούμενης ενεργειακής αναβάθμισης καθώς και του συστήματος τηλελέγχου/ τηλεδιαχείρισης/συντήρησης του δικτύου ηλεκτροφωτισμού προς όφελος του ανταγωνισμού και της εξασφάλισης ποιοτικών προσφορών προς την Αναθέτουσα Αρχή. Με τα τεθέντα κριτήρια αξιολόγησης παρέχεται η νόμιμη και όχι απεριόριστη ευχέρεια στην Αναθέτουσα Αρχή να επαληθεύσει τη συμμόρφωση ή μη των προσφορών στις ελάχιστες Τεχνικές Προδιαγραφές και στις προδιαγραφές αποτελέσματος που θέτει στα συμβατικά τεύχη και να αξιολογήσει τεκμηριωμένα τις προσφορές. Εξάλλου η ad hoc βαθμολόγηση κάθε προσφοράς, πλήρως και ειδικά αιτιολογημένη και δη με αναφορά σε έκαστο επιμέρους κριτήριο, αποτυπώνεται κατά την σχετική νομοθετική επιταγή στο σχετικό πρακτικό αξιολόγησης των προσφορών και στην εγκριτική απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής. Οι οικονομικοί φορείς στο πλαίσιο της άσκησης της επιχειρηματικής τους δραστηριότητας και του

σύμφυτου επιχειρηματικού κινδύνου αναλαμβάνουν την απόφαση εάν θα υποβάλλουν προσφορά ή όχι σε έναν διαγωνισμό και με ποιους επιμέρους οικονομικούς και τεχνικούς όρους, και πάντως τα κριτήρια βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς των Διακηρύξεων είναι σύμφωνα με το νόμο, είναι κοινά για όλους, εξασφαλίζουν την ίση μεταχείριση των οικονομικών φορέων και ουδόλως αποτελούν λόγο που αποκλείει εγγενώς τη συμμετοχή τους στους Διαγωνισμούς, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα (βλ. ad hoc ΕΑ ΣτΕ 56/2020, ιδίως σκ. 12). Ε. Επί του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας: Κατά την αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα στερείται εννόμου συμφέροντος για την υποβολή της παρούσας. Κατά πάγια νομολογία, σε περίπτωση προσβολής όρου Διακήρυξης, ο προσφεύγων απαιτείται – προκειμένου να θεμελιώσει έννομο συμφέρον για την προσβολή του – να επικαλείται και να αποδεικνύει όχι μόνον ότι δεν δύναται να καταρτίσει και υποβάλει την προσφορά του, αλλά και ότι δεν δύναται να συμμετέχει στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό με επιφύλαξη. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία ισχυρίζεται μεν ότι δεν μπορεί να καταρτίσει και υποβάλει προσφορά, ουδόλως όμως ισχυρίζεται ότι δεν μπορεί να υποβάλει προσφορά με επιφύλαξη. Όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 352/2018) «…εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή και, περαιτέρω, σε περίπτωση απόρριψής της, αίτηση παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας (αίτηση αναστολής εκτέλεσης) κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσιτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕπΑν 86/2018, 12-15/2018 Ολομ). Η βλάβη, δηλαδή, αυτή δεν ταυτίζεται με το έννομο συμφέρον για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως αλλά, στο πλαίσιο εξετάσεως αιτήσεως προσωρινής δικαστικής προστασίας, πρέπει να ανάγεται σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία να είναι προσωρινά προστατευτέα και να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Συνεπώς, ως επίκληση

βλάβης, υπό την ανωτέρω έννοια, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων (και τεκμηριωμένων, ενόψει των συνθηκών) στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου ενδιαφερόμενου, και ως εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμά του, λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (βλ. ΕπΑν 86/2018, 12-15/2018 Ολομ.). Αλλά και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν μπορεί να υποβάλει προσφορά λόγω των προσβαλλόμενων όρων της Διακήρυξης, οι οποίοι είναι το μεν περιοριστικοί του ανταγωνισμού (χρηματοοικονομική επάρκεια), το δε ασαφείς και αόριστοι (αξιολόγηση τεχνικής προσφοράς) αποδεικνύεται παραχρήμα όλως προσχηματικός. Τούτο δε, διότι η ίδια η προσφεύγουσα όχι μόνον έχει υποβάλει προσφορά σε διαγωνισμούς με ανάλογο αντικείμενο, οι Διακηρύξεις των οποίων περιλάμβαναν τους αυτούς όρους, αλλά έχει αναδειχθεί ανάδοχος αυτών και ήδη εκτελεί τις σχετικές συμβάσεις, Πώς κατάφερε σε αυτούς τους διαγωνισμούς, με τους ίδιους όρους ως προς την αξιολόγηση των προσφορών, να υποβάλει προσφορά; Οι δε όμοιοι όροι ως προς την χρηματοοικονομική επάρκεια δεν ήταν περιοριστικοί του ανταγωνισμού σε εκείνους τους διαγωνισμούς επειδή η ίδια τους ικανοποιούσε ενώ τώρα, λόγω της μη ικανοποίησης, κατά τους ισχυρισμούς της, των σχετικών κριτηρίων, οι όροι αίφνης καθίστανται περιοριστικοί του ανταγωνισμού; ΣΤ. Επί του αιτήματος της προσφυγής: Αναφορικά με το αίτημα της προσφυγής, το οποίο συνίσταται στην ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης εν συνόλω, αυτό βαίνει πέραν του περιεχομένου της προσφυγής, με την οποία προσβάλλονται συγκεκριμένοι όροι της διακήρυξης, αλλά και του αναγκαίου μέτρου, επομένως, τυχόν αποδοχή της κρινόμενης προσφυγής μπορεί μόνον να αφορά έν έκαστον των προσβαλλόμενων όρων και όχι το σύνολο αυτής. Σε κάθε περίπτωση, το αίτημα της προσφεύγουσας για την ολική ακύρωση της διακήρυξης προβάλλεται εκ συμφέροντος τρίτου, καθώς επικαλείται ότι σε περίπτωση που βάλλονται οι προϋποθέσεις συμμετοχής και καταλληλότητας, ο

διαγωνισμός πρέπει να προκηρύσσεται εκ νέου προκειμένου να μπορούν να συμμετάσχουν και οικονομικοί φορείς οι οποίοι αρχικώς δεν θα συμμετείχαν. Η ίδια ωστόσο, έχει λάβει γνώση της διακήρυξης και ανεξαρτήτως του αποτελέσματος θα έχει επαρκή χρόνο για την προετοιμασία της προσφοράς της. Τέλος, κατά τα υποστηριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με όσα αναλύθηκαν ανωτέρω, η προσφεύγουσα έχει επιτυχώς υποβάλει προσφορές σε διαγωνισμούς με ανάλογο αντικείμενο και όρους Διακήρυξης απολύτως όμοιους με τους προσβαλλόμενους, επομένως οι ισχυρισμοί της είναι προδήλως αβάσιμοι.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα εμπρόθεσμα και παραδεκτώς, κατ' εφαρμογή του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016, κατέθεσε μέσω της πλατφμόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στις 26-2-2021 Υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προβάλλοντας τα ακόλουθα: **Ι.** ΤΟ ΠΡΟΔΗΛΩΣ ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟ ΕΝΕΚΑ ΕΚΠΡΟΘΕΣΜΟΥ ΤΩΝ ΑΠΟ 11.02.2021 ΑΠΟΨΕΩΝ ΤΗΣ Α.Α: Σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 ν. 4412/16 «*1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού... η αναθέτουσα αρχή...(α)... και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής*...». Πανομοιότυπη είναι και η διάταξη του άρθρου 9 του Κανονισμού Σας (π.δ 39/17) «*1. Στις περιπτώσεις κατάθεσης της προδικαστικής προσφυγής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού... η αναθέτουσα αρχή... (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής*...». Τέλος, η παρ. 3 του άρθρου 8 του Κανονισμού Σας ορίζει, ότι, «*3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού*.». Ενόψει των ανωτέρω εν προκειμένω προκύπτουν πασιφανώς τα ακόλουθα: Πρώτον, η προδικαστική προσφυγή αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού την 25.01.2021. Δεύτερον, εφόσον αναρτήθηκε (καταχωρήθηκε) την 25.01.2021, από την

επομένη, 26.01.2021 (εργάσιμη ημέρα Τρίτη) εκκίνησε η προθεσμία των 10 ημερών για την υποβολή απόψεων από την Α.Α, προθεσμία που έληξε την 04.02.2021. Τρίτον, οι απόψεις υπεβλήθησαν στην ΑΕΠΠ την 11.02.2021, ήτοι μία εβδομάδα μετά, με άλλα λόγια, προδήλως απαραδέκτως κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων περί προθεσμιών υποβολής απόψεων εκ μέρους μίας Α.Α. Πράγματι, όπως σχετικώς έχει κρίνει η ΑΕΠΠ σε Επταμελή Σύνθεση (ενδ. 8/2020 σκ. 7) «*Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις και τη γραμματική ερμηνεία αυτών, εναργώς προκύπτει ότι, η αναθέτουσα αρχή διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης της προσφυγής τις απόψεις της επί αυτής, η δε μη τήρηση της εν λόγω προθεσμίας συνεπάγεται το απαράδεκτο, ως εκπροθέσμων, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, αφού κατά άρθρο 365 παρ. 8 του Ν. 4412/2016η υπόψη προθεσμία είναι αποκλειστική. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από την τελολογική και συστηματική ερμηνεία των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 περί της έννομης προστασίας, η οποία σκοπεί στην επίκαιρη, άμεση και αποτελεσματική επίλυση των διαφορών των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. σελ. 70 της Αιτιολογικής Έκθεσης του Ν. 4412/2016 και άρθρο 1 παρ. 1 των "Δικονομικών Οδηγιών", Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΚ, αναφορικά με την επιταγή ταχείας διεκπεραίωσης των διαφορών που προκύπτουν τις διαγωνιστικές διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων). Εξάλλου, τυχόν αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των διατάξεων του Νόμου αναφορικά με τις αποκλειστικές προθεσμίες και θα ερχόταν σε ευθεία αντίθεση με τη βούληση του νομοθέτη, ενωσιακού και εθνικού, περί της όσο το δυνατόν ταχύτερης επίλυσης των διαφορών στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, κατά τα προλεχθέντα, αφού θα ήταν επιτρεπτή, μη νομίμως, η υποβολή των απόψεων από τις αναθέτουσες αρχές μετά την πάροδο του υπόψη χρονικού διαστήματος των δέκα ημερών, γεγονός που θα οδηγούσε σε ανεπίτρεπτη καθυστέρηση της διαδικασίας εξέτασης των προσφυγών από την ΑΕΠΠ. Εντούτοις, το με αριθ. πρωτ. 1721/28.01.2020 έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής τυγχάνει απορριπτέο ως εκπρόθεσμο, δοθέντος ότι κατά τις προρρηθείσες διατάξεις, οι απόψεις υποβάλλονται το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την κατάθεση της προσφυγής, οι δε προθεσμίες του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 είναι αποκλειστικές και ως εκ τούτου στην*

προκείμενη περίπτωση, όπου η υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε στις 15.01.2020, η δε δεκαήμερη προθεσμία του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, για την υποβολή των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, έληξε στις 27.01.2020 - η 25η και η 26η.01.2020 ήταν Σάββατο και Κυριακή, αντίστοιχα - οι απόψεις αυτές, απαραδέκτως κατατέθηκαν στις 28.01.2020 και κατά τούτο τυγχάνουν απορριπτέες...». Επίσης, στην προσφάτως εκδοθείσα με αριθμό 201.202/2021 απόφαση του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ αποτυπώνονται τα εξής (σκ. 9) «*Επειδή, περαιτέρω, στις 17-12-2020, η ... ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και μέσω αυτού διαβίβασε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί των προσφυγών (βλ. έγγραφο Προέδρου ... με αρ. πρωτ. .. .17-12-2020), οι οποίες, ωστόσο, ως εκπρόθεσμες δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη. Και τούτο, διότι δεν κοινοποιήθηκαν στην ΑΕΠΠ εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης αποκλειστικής προθεσμίας για την υποβολή τους, όπως προβλέπουν οι διατάξεις του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει (βλ. αντί άλλων ΑΕΠΠ επταμ. 8/2020, σκ. 7), προθεσμίας που κινείται από την επομένη της κατάθεσης της προσφυγής και λήγει στις 19:00 της τελευταίας ημέρας, αν αυτή είναι εργάσιμη (βλ. ΑΕΠΠ 403/2018), ή της επόμενης εργάσιμης, αν αυτή είναι κατά νόμο εξαιρετέα ή αργία (βλ. ΑΕΠΠ210/2019), και η οποία (προθεσμία) ενόψει της από 02-12-2020 και 03-12-2020 κατάθεσης των κρινόμενων προσφυγών, στις 17-12-2020 οπότε διαβιβάστηκαν στην ΑΕΠΠ οι απόψεις είχε λήξει. Εξάλλου, το από 16-12-2020 αίτημα της ... για παράταση της προθεσμίας για την υποβολή απόψεων επί των προσφυγών δεν ασκεί εν προκειμένω καμία επιρροή. Τούτο δε, διότι οι διατάξεις του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 που μεταξύ άλλων θέτουν και τις προθεσμίες για τη διαβίβαση στην ΑΕΠΠ των απόψεων των αναθετουσών αρχών και των αναθετόντων φορέων επί των προδικαστικών προσφυγών κατά πράξεων ή παραλείψεών τους χαρακτηρίζονται δικονομικές (βλ. και ΣτΕ Ε.Α. 308/2017, 198/2015), συνακόλουθα, ελλείψει ρητής σχετικής πρόβλεψης σε αυτές, δεν καταλείπεται στην ΑΕΠΠ δυνατότητα να τις παρατείνει για κανέναν λόγο*.» Είναι λοιπόν ολοφάνερο, ότι, οι από 11.02.2021 απόψεις παρίστανται απορριπτέες ως εκπρόθεσμες και δεν δύνανται, υπό καμία εκδοχή, τόσο αυτές, όσο και τα επισυναπτόμενα σε αυτές έγγραφα και στοιχεία, να ληφθούν υπόψη κατά τον σχηματισμό της κρίσεώς Σας επί της

προσφυγής. Περαιτέρω, οι από 11.02.2021 απόψεις επί της προσφυγής, κατά την προσφεύγουσα, είναι προφανές ότι δεν μπορούν υπό καμία εκδοχή να θεωρηθούν ως «απόψεις της Α.Α», καθ' ο μέρος επιγράφονται ως απόψεις μονοπρόσωπου οργάνου (Περιφερειάρχη), που, βεβαίως και δεν συνιστά, από μόνο του το όργανο τούτο, Α.Α. Αναθέτουσα Αρχή στον επίμαχο διαγωνισμό είναι η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας ... και ουχί μόνος του ο Περιφερειάρχης. Άρα λοιπόν, οι απόψεις τούτες, για να θεωρηθούν ως «απόψεις της Α.Α», έπρεπε να αντανακλούν - αποτυπώνουν τις απόψεις των μελών της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ... υπό την ιδιότητά τους ως μελών της Α.Α, καθ' ο δε μέρος τούτο το στοιχείο δεν (φαίνεται να) υπάρχει, οι απόψεις παρίστανται προδήλως απαράδεκτες για τον επιπρόσθετο λόγο ότι υποβλήθηκαν υπό αναρμοδίου οργάνου, χωρίς δηλαδή να εκφέρεται εν τοις πράγμασιν η άποψη της μόνης αρμόδιας Οικονομικής Επιτροπής. Προσθέτως, τέλος, ενόψει της αποκλειστικότητας και δεσμευτικότητας των προθεσμιών, θα μπορούσε οπωσδήποτε βάσιμα να υποστηριχθεί, ότι, κάθε καθυστέρηση στην αποστολή των απόψεων, παρέχει το δικαίωμα στην ΑΕΠΠ να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, με άλλα λόγια, ότι, η περίπτωση καθυστέρησης υποβολής των απόψεων εξομοιώνεται ή έστω, ότι, εντάσσεται στην περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 365 παρ. 2 ν. 4412 και, σύμφωνα με την περίπτωση β' της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365, μιας και, η περίπτωση β' δεν ομιλεί μόνο για υποχρέωση διαβίβασης στην Α.Ε.Π.Π, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, του πλήρη φακέλου της υπόθεσης, αλλά, ομιλεί ρητά για την υποχρέωση διαβίβασης εντός της ίδιας προθεσμίας και των απόψεων της Α.Α επί της προσφυγής. **ΙΙ.** ΕΠΙ ΤΟΥ ΠΑΡΑΔΕΚΤΟΥ ΤΟΥ ΠΑΡΟΝΤΟΣ ΥΠΟΜΝΗΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ : Είναι προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι το παρόν υπόμνημα υποβάλλεται νομίμως και εν γένει παραδεκτώς καθ' επίκληση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 (όπως τούτο προστέθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του ν. 4605/19). Το ίδιο προφανές είναι, κατά την προσφεύγουσα, ότι η προσφυγή ασκείται μεθ' εννόμου συμφέροντος απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της Α.Α. (σελ. 60 - 61), καθώς, εξειδικεύει η προσφεύγουσα και

αναλύει την άμεση και προσωπική της βλάβη, την πλήρη αδυναμία υποβολής προσφοράς, αποδεικνύει δε τις αιτιάσεις της με αντικειμενικά και αδιάσειστα στοιχεία. Τέλος, όσον αφορά στην αμφισβήτηση του αιτήματος της προσφυγής (σελ. 62 απόψεων) λεκτέο, ότι, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των φορέων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010· ΣτΕ ΕΑ 1089/2009· ΣτΕ 2951-52/2004· ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C- 448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95, 127/18 απόφαση της Αρχής Σας κ.ο.κ). Συνεπώς, υπό την παραδοχή ακυρότητας του όρου 5.5.ιι η βαλλόμενη διακήρυξη, κατά νομική αναγκαιότητα, ακυρώνεται εν συνόλω. **III.** ΕΠΙ ΤΗΣ ΟΥΣΙΑΣ: Αν και, κατά την προσφεύγουσα, οι από 11.02.2021 απόψεις της Α.Α παρίστανται προδήλως απαράδεκτες για τους λόγους που προεξετέθησαν και δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη, λεκτέα τυγχάνουν τα ακόλουθα: Ο ισχυρισμός που διατυπώνεται στο στοιχείο 1 των απόψεων παρίσταται προφανώς αβάσιμος, ως ερειδόμενος σε εσφαλμένη εκτίμηση και ερμηνεία του ισχυρισμού της. Ο όρος που βάλλεται (άρθρο 5.5.β της διακήρυξης) αποστερεί την προσφεύγουσα από το δικαίωμα συμμετοχής. Η δε επίκληση στοιχείων τρίτων οικονομικών φορέων προφανώς και δεν έχει την έννοια επίκλησης αδυναμίας τρίτων, αλλά, σκοπεί στην, με αντικειμενικά στοιχεία, αδιάσειστη απόδειξη της καταχρηστικότητας και δυσαναλογίας του βαλλόμενου όρου εν σχέσει με τις συνθήκες που επικρατούν στη σχετική αγορά συμβάσεων. Ο ισχυρισμός που διατυπώνεται στο στοιχείο 2 των απόψεων τυγχάνει προδήλως απορριπτέος ως αβάσιμος, δοθέντος, ότι, ο βαλλόμενος όρος ουδόλως εύλογος ή ανάλογος μπορεί να νοηθεί. Απεναντίας, ο όρος τούτος, είτε εξεταζόμενος μεμονωμένα, είτε εν συνδυασμώ των ειδικότερων τριών ποιοτικών - ποσοτικών χαρακτηριστικών που τον συνθέτουν, ήτοι, α) κάλυψη δεικτών, β) κάλυψή τους για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας και γ) κάλυψή τους από κάθε μέλος Ένωσης ή Κοινοπραξίας, παρίσταται εξόχως δυσανάλογος και υπερβολικός, με αποτέλεσμα, να μην μπορούν να ανταποκριθούν στο κριτήριο επιλογής

ακόμη και οι φορείς εκείνοι που λ.χ καλύπτουν τον δείκτη, πλην όμως για τα δυο από τα τρία τελευταία έτη που απαιτείται. Επίσης, υπό καμία εκδοχή δεν μπορεί να δικαιολογηθεί η επιλογή εκπλήρωσης του κριτηρίου οπωσδήποτε αυτοτελώς για κάθε συμμετέχοντα, αδιαφόρως του τρόπου συμμετοχής του, αποθαρρύνοντας στην ουσία την πολυσυμμετοχική δράση και την συνεργασία των φορέων με σκοπό την εκπλήρωση του κριτηρίου και καθιστώντας τον κοινοτικό θεσμό της στήριξης σε τρίτο φορέα επί της ουσίας ανεφάρμοστο, δηλαδή, γράμμα νόμου κενό. Ο ισχυρισμός που διατυπώνεται στο στοιχείο 3 των απόψεων είναι προφανές, ότι, δεν αφορά στην προσφυγή της προσφεύγουσας, όπως αυτή ισχυρίζεται, αφού πουθενά στην προσφυγή της δεν επικαλείται την με αριθμό 418/18 απόφαση της ΑΕΠΠ, ούτε παραθέτει απόσπασμά της. Οι ισχυρισμοί που διατυπώνονται στα στοιχεία 4 - 10 των απόψεων είναι προφανές ότι,παρίστανται αλυσιτελώς προβαλλόμενοι. Καθώς, ουδείς αμφισβητεί την δυνατότητα κάθε Α.Α να επιλέγει τα στοιχεία που κρίνει η ίδια πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Αυτό που αμφισβητείται είναι η δυσαναλογία και υπερβολικότητα των κριτηρίων που εν προκειμένω επελέγησαν. Το κάθε φορά ζητούμενο ως ελάχιστο επίπεδο οικονομικής επάρκειας δεν είναι κατ' ανάγκην νόμιμο ή ανάλογο μόνο και μόνο επειδή η Α.Α έχει το δικαίωμα να το επιλέξει και να το περιλάβει στην διακήρυξη που συντάσσει. Αυτό στην ουσία επικαλείται η Α.Α στις απόψεις της. Ό,τι δηλαδή, εκ μόνου του λόγου ότι η αναλογία ενεργητικού και παθητικού αναγνωρίζεται από τον νομοθέτη ως οικονομικό μέγεθος που μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως απόδειξη οικονομικής αξιοπιστίας του οικονομικού φορέα, συγχωρείται κάθε υπερβολικότητα ή δυσαναλογία. Αυτός ο ισχυρισμός είναι εξόχως αβάσιμος, καθώς το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, καταρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση μιας σύμβασης, καθορίζοντας τις προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, δεν σημαίνει επ' ουδενί ότι νομιμοποιείται να θεσπίζει όρους που στρεβλώνουν τους κανόνες του ανταγωνισμού. Απεναντίας, είναι υποχρεωμένη να καταρτίζει τους όρους αυτούς εξασφαλίζοντας την ανάπτυξη ελεύθερου ανταγωνισμού και την ισότιμη και απρόσκοπτη πρόσβαση των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν στις διαγωνιστικές

διαδικασίες φορέων, ενώ τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση θα πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό και αποχρώντα λόγο γενικού συμφέροντος, να αιτιολογούνται ειδικώς και εμπεριστατωμένως και να μην είναι δυσανάλογοι με τον επιδιωκόμενο σκοπό, δεδομένου ότι συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Τμ. Μείζονος Επταμελούς Σύνθεσης Ε.Σ 3065/2014, 7380,6022/2015, ΣΤ Κλ. Ε.Σ 12/2016, 1147/18 ΑΕΠΠ κ.ο.κ). Σε κάθε λοιπόν περίπτωση οι όροι τούτοι ελέγχονται εξ απόψεως τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ 189/2015, ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Τέλος, ο ισχυρισμός της ότι επειδή το βαλλόμενο κριτήριο ισχύει για όλους τους συμμετέχοντες, αντικειμενικά και χωρίς καμία διάκριση προσδίδεται νομιμότητα και αναλογία στον όρο, τυγχάνει όλως απαράδεκτος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, διό, τα κριτήρια, ενόψει της αρχής της ισότητας και της αποφυγής διακρίσεων, ισχύουν, ούτως ή άλλως, ως έχουν, έναντι όλων. Οι ισχυρισμοί που διατυπώνονται στα στοιχεία 11 - 12 των απόψεων είναι προφανές ότι τυγχάνουν απορριπτέοι. Μόνο το ύψος της προϋπολογισθείσας δαπάνης της σύμβασης δεν σημαίνει επ' ουδενί ότι δικαιολογείται η αυστηρότητα του βαλλόμενου όρου. Όλοι ή έστω οι περισσότεροι διαγωνισμοί οδοφωτισμού που έχουν προκηρυχθεί εν Ελλάδι είχαν τον ίδιο ή πανομοιότυπο ή παρεμφερή εμπροσθοβαρή για τον ανάδοχο χαρακτήρα με απόσβεση σε βάθος χρόνου, κατά κανόνα δωδεκαετία. Εντούτοις, σε κανέναν εξ αυτών δεν υπήρχε τέτοια απαίτηση, αν και το μεν σε ορισμένους εξ αυτών ο προϋπολογισμός ήτο μεγαλύτερος του επίμαχου, το δε η απρόσκοπτη χρηματοδότηση και των συμβάσεων αυτών ήτο εξίσου ιδιαίτερα σημαντική. Έτσι όπως διατυπώνει τα επιχειρήματά της η Α.Α. είναι ωσάν να ισχυρίζεται ότι η μέριμνα που φέρεται να επιδεικνύει είναι μεγαλύτερη έναντι των άλλων Α.Α. ή ότι οι λοιπές Α.Α. δεν επέδειξαν την μέριμνα που η ίδια φέρεται να επιδεικνύει ως προς την χρηματοδότηση στης σύμβασης. Υφ' εκατέρα εκδοχή τούτο είναι προδήλως εσφαλμένο. Ουδόλως απειλείται η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί της απαίτησης τήρησης των δεικτών για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας, ο συντάκτης της διακήρυξης επέλεγε μία σαφώς ολιγότερο επαχθή απαίτηση, όπως θα ήτο λ.χ η αναλογία να έχει ως αναφορά περιόδου την τριετία και

ουχί κάθε έτος της. Ουδόλως απειλείται η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί της απαίτησης τήρησης των δεικτών για κάθε μέλος Ενώσεων ή Κ/ξ ο συντάκτης της διακήρυξης επέλεγε μία σαφώς ολιγότερο επαχθή απαίτηση όπως θα ήτο λ.χ η προϋπόθεση να δύναται να καλύπτεται αθροιστικά από τα μέλη εκάστης Ένωσης ή Κ/ξ (όπως ενδεικτικά έκαμε με τον γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών) ή από ένα εξ αυτών. Ουδόλως απειλείται η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί των τιμών που επέλεξε, που είναι αδύνατον να εκπληρωθούν από την συντριπτική πλειοψηφία των φορέων που δραστηριοποιούνται στην σχετική αγορά, μεταξύ αυτών και η προσφεύγουσα, ο συντάκτης της διακήρυξης επέλεγε μία σαφώς ολιγότερο επαχθή τιμή που το μεν θα επιτελούσε τον ίδιο σκοπό και θα επέφερε το ίδιο επίπεδο διασφάλισης, το δε θα αύξανε τον ανταγωνισμό και θα ενθάρρυνε την συμμετοχή στην διεκδίκηση του αντικειμένου. Είναι λοιπόν φανερό, ότι, η παράθεση στη διακήρυξη τέτοιων άκρως υπερβολικών οικονομικών απαιτήσεων συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια της Α.Α., δοθέντος ότι δημιούργησε και συνέθεσε ένα ιδιαίτερα αυστηρό πλαίσιο, το οποίο παρίσταται δυσανάλογο και υπερακοντίζει τον σκοπό στον οποίον κατατείνει η διαγωνιστική διαδικασία. Ως ιδιαίτερα αυστηρό το πλαίσιο αυτό δύναται αντικειμενικά να δημιουργήσει δυσμενείς διακρίσεις εις βάρος των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, οι οποίοι ναι μεν διαθέτουν - κατ' αντικειμενικό μέτρο και αποδεδειγμένα - την οικονομική ικανότητα να ανταποκριθούν αξιοπρεπώς και επιτυχώς στο αντικείμενο του διαγωνισμού, πλην όμως, δεν διαθέτουν, τις εξόχως υπερβολικές και δυσανάλογες απαιτούμενες προϋποθέσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας που εν προκειμένω μνημονεύονται στο άρθρο που βάλλεται. Οι ισχυρισμοί που διατυπώνονται στα στοιχεία 13 - 31 των απόψεων είναι προφανές, ότι, τυγχάνουν εκ νέου απορριπτέοι, κατά την προσφεύγουσα. Ισχυρισμοί όπως, ότι ο αναλογικός ή μη χαρακτήρας συγκεκριμένης απαίτησης ποιοτικής επιλογής κρίνεται σε σχέση μόνο με τα χαρακτηριστικά της προκηρυσσόμενης σύμβασης και τον επιδιωκόμενο σκοπό της (απαίτησης) και όχι και εξ απόψεως ανταγωνιστικότητας, ήτοι από τη δυνατότητα κάλυψης ή μη αυτής από συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς είναι εξόχως πρωτοφανείς. Στρεβλώνουν κατάφωρα έναν από τους σημαντικότερους σκοπούς θέσπισης της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Στην αιτιολογική σκέψη 2 της

Οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της Οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), προβλέπεται ότι: «[...] *οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της Οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες [...]... Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες... Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]*.». Συναφώς και η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ στη με αριθμό 17 Κ.Ο διατυπώνει, μεταξύ άλλων, τις ακόλουθες σκέψεις «... *Η βασική προτεραιότητα των κρατών μελών αναφορικά με την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων από τις αρμόδιες Αρχές ή εκ μέρους αυτών ήταν η απόλυτη συμφωνία με τις αρχές της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) και ειδικότερα με την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων, της ελευθερίας εγκατάστασης και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, καθώς και τις εξ αυτών απορρέουσες αρχές, όπως η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της αποφυγής διακρίσεων, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της αναλογικότητας και της διαφάνειας. Οι δημόσιες συμβάσεις σε συσχετισμό με το πλαίσιο αναφοράς των βασικών προτεραιοτήτων της Ένωσης, διαδραματίζουν βασικό ρόλο στη στρατηγική "Ευρώπη 2020", όπως αυτή αποτυπώνεται στην από 3ης Μαρτίου 2010 ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «Ευρώπη 2020 — Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη». Στο πλαίσιο αναθεώρησης και εκσυγχρονισμού των πρότερων Οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ, όσον αφορά τις δημόσιες προμήθειες, κρίθηκε εκ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, ως κατέχουσα ιδιαίτερη σημασία, η διευκόλυνση και ενίσχυση της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες, το οποίο αποτελεί βασικό στόχο της παρούσας κατευθυντήριας οδηγίας... Σκοπός της παρούσας είναι η ενίσχυση της συμμετοχής των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις, ως οικείο πλαίσιο αναφοράς των προτεραιοτήτων της Ένωσης, όπως αυτές ορίσθηκαν μέσω των στόχων της "Ευρώπης 2020" και εξειδικεύτηκαν στις σχετικές Οδηγίες. Εν προκειμένω, η Στρατηγική της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ε.Ε.) για*

την περίοδο 2014-2020 αποτυπώνεται στην από 3ης Μαρτίου 2010 ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «Ευρώπη 2020 — Στρατηγική για έξυπνη, διατηρήσιμη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη». Σε συνάφεια με την ως άνω Κοινοτική προτεραιότητα, οι κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες αναθεωρήθηκαν και εκσυγχρονίστηκαν δυνάμει των Οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, με στόχο να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες συμβάσεις, αλλά και προκειμένου να αξιοποιήσουν οι εμπλεκόμενοι φορείς τις δημόσιες συμβάσεις επιτυγχάνοντας παράλληλα κοινωνικούς στόχους.». Προσθέτως, ισχυρισμοί του τύπου «*εκ των εταιριών αυτών μόνον μία (1), η εταιρεία ..., κατάθεσε προδικαστική προσφυγή κατά της βαλλόμενης, με την κρινόμενη προσφυγή, Διακήρυξης, το οποίο καταδεικνύει είτε την έλλειψη ενδιαφέροντος των λοιπών κατονομαζόμενων εταιριών στην υποβολή προσφοράς στον υπόψη διαγωνισμό*» εις βάρος της Α.Α αληθώς κατατείνουν, διότι μόνο σαν πανηγυρική ομολογία της ως προς το χαμηλό επίπεδο ανταγωνισμού που αναμένει μπορούν να ερμηνευθούν, καθώς, ως γνωστόν, όταν οι φορείς δεν μπορούν ένεκα υπερβολικών απαιτήσεων να συμμετάσχουν, είναι φυσιολογικό να μην έχουν ενδιαφέρον. Κατά τα λοιπά, καθ' ο μέρος οι ισχυρισμοί της Α.Α επαναλαμβάνονται, η προσφεύγουσα παραπέμπει στα παραπάνω και στην προσφυγή της. Παρέπεται επίσης να σημειωθεί, το αυτονόητο, ότι, το ίδιο απορριπτέος είναι και ο (ομολογουμένως ασυνήθης) ισχυρισμός της με τον οποίον επάγεται αοριστία των αιτιάσεών της με μόνο σκεπτικό ότι δεν αναφέρει η προσφεύγουσα ποιο είναι, αριθμητικά, το σύνολο των οικονομικών φορέων οι οποίοι δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά συμβάσεων, οι οποίοι θα μπορούσαν να είναι εν δυνάμει προσφέροντες στον υπόψη διαγωνισμό, ούτε τους κατονομάζει, ούτε παραθέτει στοιχεία από τα οποία να αποδεικνύει ότι οι ισχυρισμοί της ευσταθούν, λες και, η βασιμότητα ή η ορθότητα ενός ισχυρισμού περί αντι - ανταγωνιστικότητας όρου διακήρυξης προσαπαιτεί, ως στοιχείο παραδεκτού προβολής του, την προηγούμενη αριθμητική αναφορά του συνόλου των οικονομικών φορέων οι οποίοι δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά συμβάσεων που, παρεμπιπτόντως, ουδείς μπορεί, με βεβαιότητα, να γνωρίζει. Η δε προσκομιδή δημοσιευμάτων

προς υποστήριξη μίας διακήρυξης δεν θεωρούμε ότι συνάδει με το ευλόγως αναμενόμενο υψηλό επίπεδο αντιλόγου. Επίσης λεκτέο, ότι, ο ισχυρισμός που διατυπώνεται στο σημείο 20 και πάλι δεν αφορά την προσφεύγουσα, ως αυτή υποστηρίζει, αφού πουθενά στην προσφυγή της δεν αναφέρει «*Ισχυρίζεται η προσφεύγουσα (αρ. 6.γ) ότι «οι οικονομικοί φορείς με εμπειρία και εξειδίκευση στο ειδικό αντικείμενο των εν λόγω συμβάσεων εμφανίζουν αφενός υψηλότερο κατά μέσο όρο δείκτη στις δανειακές υποχρεώσεις τους, οι οποίες συναρτώνται άμεσα με τον τραπεζικό δανεισμό που έχουν λάβει για την πραγματοποίηση των σχετικών επενδύσεων και αφετέρου χαμηλότερο κατά μέσο όρο δείκτη στο κυκλοφορούν ενεργητικό τους, αφού τα έσοδα από την εν λόγω δραστηριότητα δεν καταβάλλονται άμεσα, αλλά όπως προεκτέθηκε, μακροπρόθεσμα και σε βάθος συνήθως δεκαετίας*». Ενδεχομένως να αφορά σε άλλη προσφυγή. Πάντως, η συνεχής σύγχυση επί των κειμένων των προδικαστικών προσφυγών δημιουργεί, εύλογα, αρνητικές εντυπώσεις. Επί του σημείου 21 οι απόψεις περιλαμβάνουν νομικούς και ουσιαστικούς ισχυρισμούς, ήτοι, πραγματικά περιστατικά, ουχί συμπεράσματα, αβέβαιες σκέψεις, ενδεχόμενα. Ο ισχυρισμός του σημείου 22 τυγχάνει αλυσιτελώς προβαλλόμενος δοθέντος ότι ο μέσος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών δεν συνιστά αντικείμενο προσβολής. Το ίδιο απορριπτέοι, προεχόντως ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι, είναι και οι ισχυρισμοί που διαυλακώνονται στα σημεία 23 - 24. Αναφορές σε παλαιότερες διακηρύξεις ουδόλως λαμβάνονται υπόψη καθ' ο μέρος αντιτίθενται, πρόδηλα, στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, (ΕΑ ΣτΕ 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007 κ.ά.). Με βάση την αρχή αυτή, κάθε διαγωνιστική διαδικασία κρίνεται αυτοτελώς. Σε κάθε περίπτωση, διακηρύξεις που αφορούν σε ξένες, προς την επίμαχη, διαδικασίες, δεν μπορούν να αποτελούν «μοχλό» ή «a priori απόδειξη» νομιμότητας της διακήρυξης που βάλλεται. Άρα, καταρχήν οι ισχυρισμοί αυτοί είναι απαράδεκτοι. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα δηλώνει ότι ουδόλως έλαβε μέρος σε αυτούς τους διαγωνισμούς υποβάλλοντας προσφορά. Προφανώς επειδή δεν μπορούσε να εκπληρώσει τους δείκτες που εμφιλοχώρησαν σε εκείνο το κανονιστικό πλαίσιο. Άρα, οι ισχυρισμοί αυτοί αποδεικνύουν το αντίθετο από αυτό που επιχειρεί η Α.Α. Ότι δηλαδή η αδυναμία της ως προς την εκπλήρωση του κριτηρίου είναι σταθερά, διαρκής,

αληθής και ουχί προσχηματική ή προσωρινή. Οι σχετικοί ισχυρισμοί της επενεργούν αληθώς εις βάρος της, καθώς, το μόνο που αποδεικνύουν είναι την βασιμότητα της προσφυγής της. Τέλος, λεκτέο, ότι, σε κάθε περίπτωση είναι μάλλον άστοχο να γίνεται σύγκριση διακηρύξεων προϋπολογισμού απείρως κατώτερου με τον δημοπρατούμενο. Όσον αφορά στον ισχυρισμό των σημείων 25 - 27, λεκτέο, ότι, μόνη η δυνατότητα προσφυγής στις ικανότητες τρίτου προς εκπλήρωση των κριτηρίων επιλογής δεν συνιστά επαρκή δικαιολογητικό λόγο εμφιλοχώρησης στο κείμενο της διακήρυξης όρων που καταφανώς στρεβλώνουν τον ανταγωνισμό. Ο θεσμός αυτός δεν έχει την έννοια του «μοχλού» νομιμοποίησης παράνομων και υπερβολικών απαιτήσεων. Εάν ήταν έτσι, τότε, με μόνη την επίκλησή του όλες οι διακηρύξεις θα ήτο νόμιμες και συμβατές προς τους σκοπούς της Ένωσης. Αντιθέτως, ο θεσμός αυτός δημιουργήθηκε προς ενίσχυση του ανταγωνισμού δια της διευκόλυνσης και ενίσχυσης της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες, βεβαίως και με την στήριξη σε τρίτες δυνάμεις. Προσθέτως λεκτέο, ότι, εν προκειμένω, όσον αφορά στον όρο 5.5.ιι κάθε προσφυγή στο θεσμό αυτόν είναι στην ουσία ανεφάρμοστη υπό την παραδοχή της υπερβολικότητας και αυστηρότητας του όρου που βάλλεται και της εκπλήρωσής του από ελάχιστους έως ενός φορείς. Η δε πρόβλεψη του θεσμού αυτού στην επίμαχη διακήρυξη δεν συνιστά πρωτοτυπία του συντάκτη της, αλλά υποχρεωτική πρόβλεψη κάθε διακήρυξης. Συνεπώς, δεν είναι ορθό η Α.Α να επάγεται ότι επειδή στην επίμαχη διακήρυξη έχει τεθεί ο εν λόγω θεσμός, τούτο σημαίνει ότι αυτή προκρίνει τον ανταγωνισμό. Ως προς τους ισχυρισμούς των λοιπών σημείων 28 - 31 είναι προφανές ότι προβάλλονται αλυσιτελώς και δεν αφορούν το θέμα που εξετάζεται (τι νόημα έχει άραγε ο ισχυρισμός στο σημείο 31 ως προς τα κριτήρια που τάσσονται στο άρθρο 100 του ν. 3669/2008 περί Μ.Ε.ΕΠ με το εξεταζόμενο θέμα). Σύμφωνα με το άρ. 19 ν. 4412/2016, η επιλογή του τρόπου πλήρωσης του ελάχιστου επιπέδου οικονομικής καταλληλότητας δεν είναι αυθαίρετη και απεριόριστη, αλλά, τελεί υπό την προϋπόθεση να μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά και να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Εν προκειμένω, εξακολουθεί να μην υπάρχει ιδιαίτερη αιτιολόγηση της επιλογής κάλυψης του κριτηρίου από κάθε μέλος της Ένωσης ή Κ/ξ και εξακολουθεί να μην προβάλλεται κάποιος αποχρών

λόγος δημοσίου συμφέροντος που θα μπορούσε να δικαιολογήσει την επιλογή τούτη. Η δε μόνη λιτή αναφορά ότι «*ως προς τους δείκτες αναλογίας ενεργητικού/παθητικού, και μάλιστα χωρίς να απαιτείται συγκεκριμένο ποσό αριθμητικά, μόνον η απαίτηση πλήρωσης του κριτηρίου από κάθε μέλος της ένωσης συνεπάγεται πλήρωση του κριτηρίου για την ένωση ως μονάδα*» είναι προφανώς ανεπαρκής και αβάσιμη ως εκκινούμενη υπό την εξόχως εσφαλμένη (και ομολογουμένως ασυνήθιστη) αφετηρία ότι τυχόν απαίτηση οι επίμαχοι δείκτες να καλύπτονται από ένα από τα μέλη της ένωσης θα συνιστούσε παραβίαση της αρχής της ισότητας υπό την έννοια ότι το ενωσιακό δίκαιο αντιμετωπίζει την κάθε ένωση οικονομικών φορέων ως μονάδα, ήτοι ως έναν συμμετέχοντα, παραβλέποντας την σημασία του γράμματος του άρθρου 19, όπου, προβλέπεται ότι, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 και, συνεπώς, ότι, θεσπίζεται ειδική πρόβλεψη περί του τρόπου τεκμηρίωσης του εκάστοτε επιπέδου καταλληλότητας ειδικά σε περίπτωση πολυσυμμετοχικής δράσης χωρίς τούτο να συνιστά παραβίαση της αρχής ισότητας όπως προδήλως εσφαλμένα επάγεται η Α.Α. Εν κατακλείδι, ο όρος του άρθρου 5.5.ιι της διακήρυξης, εξεταζόμενος, είτε μεμονωμένα, είτε εν συνδυασμώ των ειδικότερων τριών ποιοτικών - ποσοτικών χαρακτηριστικών που τον συνθέτουν, ήτοι, α) κάλυψη δεικτών, β) κάλυψή τους για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας και γ) κάλυψή τους από κάθε μέλος Ένωσης ή Κοινοπραξίας, τυγχάνει οπωσδήποτε μη νόμιμος. Μάλιστα, εάν εξετασθούν συνδυαστικά οι ειδικότερες απαιτήσεις που συνθέτουν τον όρο, τότε, η δυσαναλογία και υπερβολικότητα είναι ακόμη μεγαλύτερη, το ήδη αυστηρό πλαίσιο γίνεται ακόμη πιο αυστηρό και αντι-ανταγωνιστικό, με αποτέλεσμα να μην μπορούν να ανταποκριθούν στο κριτήριο επιλογής ακόμη και οι φορείς εκείνοι που λ.χ καλύπτουν τον δείκτη, πλην όμως για τα δυο από τα τρία τελευταία έτη που απαιτείται. Επίσης, υπό καμία εκδοχή δεν μπορεί να δικαιολογηθεί η επιλογή της εκπλήρωσης του κριτηρίου οπωσδήποτε αυτοτελώς για κάθε συμμετέχοντα, αδιαφόρως του τρόπου συμμετοχής του. Τούτη η απαίτηση είναι εξόχως ασυνήθιστη. Επιπλέον, δημιουργεί πρόσθετα

προβλήματα συμμετοχής μιας και αποθαρρύνει την πολυσυμμετοχική δράση και συνεργασία των φορέων με σκοπό την εκπλήρωση του κριτηρίου. Ουδείς βάσιμος λόγος περί στήριξης σε τρίτο φορέα μπορεί να γίνει, αφού, υπό την παραδοχή της υπερβολικότητας και αυστηρότητας του όρου που βάλλεται και της εκπλήρωσής του από ελάχιστους έως ενός φορείς, είναι σαφές, ότι, μία τέτοια στήριξη καθίσταται εξόχως δυσχερής και αβέβαιη. Τέλος, είναι και ανούσια η απαίτηση τούτη, διό, προσθέτει ουδέν υπέρ της Α.Α., αφού, εάν ο δείκτης ικανοποιείται, είτε από όλα τα μέλη των συμπράξεων, είτε από ένα εξ αυτών, η εξασφάλιση της Α.Α. είναι ίδια, ως κατά νόμο εις ολόκληρον και αλληλέγγυα υπεύθυνα όλα τα μέλη της Ένωσης ή Κοινοπραξίας έναντι αυτής. Είναι προφανές, ότι, η αναθέτουσα Αρχή, υπερέβη εν προκειμένω τα άκρα όρια του περιθωρίου εκτίμησης που της παρέχει το υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο ως προς τη θέσπιση του κριτηρίου οικονομικής καταλληλότητας. Πρόκειται για όρο, που είτε συνδυαστικά, είτε μεμονωμένα, είναι εξόχως δυσανάλογος του σκοπού για τον οποίο προβλέφθηκε, αφού, η οικονομική φερεγγυότητα και η επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση θα μπορούσε να αποδειχθεί, εξίσου αποτελεσματικά, με λιγότερο επαχθή τρόπο. Σε αντίθεση με άλλες αντίστοιχου περιεχομένου συμβάσεις, οι κρίσιμοι όροι οικονομικής καταλληλότητας, είναι αυστηρότεροι, χωρίς τούτο να δικαιολογείται επαρκώς μόνο και μόνο ενόψει του προϋπολογισμού του αντικειμένου. Επιπλέον, η εξόχως αμφισβητούμενη νομιμότητα του όρου που βάλλεται είναι βέβαιο ότι δεν θα οδηγήσει σε επαρκή ανταγωνισμό, δοθέντος, ότι, καλύπτεται από ελάχιστους, έως ενός, φορείς που δραστηριοποιούνται στην σχετική αγορά. Είναι προσθέτως απρόσφορος να αποδείξει την οικονομική ικανότητα των εταιριών, αφού, ως κατεδείχθη, οι ζητούμενοι δείκτες δεν επαρκούν από μόνοι τους ως απόδειξη της ικανότητας αυτής, ούτε αντανακλούν την πραγματική οικονομική κατάσταση ενός υποψηφίου. Τέλος, είναι γνωστό, ότι, δεδομένου ότι ο έλεγχος των κριτηρίων καταλληλότητας με βάση την αρχή της αναλογικότητας έχει παγίως επιβεβαιωθεί από τη νομοθεσία και τη νομολογία των Δικαστηρίων, κάθε τυχόν λόγοι δημοσίου συμφέροντος που καθιστούν επιτακτική την σύναψη της σύμβασης υπό τους όρους αυτούς, δεν υπερισχύουν των κανόνων διεξαγωγής των διαγωνισμών δημοσίων

συμβάσεων και ανάπτυξης δίκαιου ανταγωνισμού, που επίσης έχουν θεσπιστεί για λόγους δημοσίου συμφέροντος (Ε.Σ. VI Τμ. 123/2019, 482/2018, 668, 213/2017, 1605, 2227/2016). Ενόψει των ανωτέρω η πλημμέλεια που ενεφιλοχώρησε στη διακήρυξη επί τη βάσει του άρθρου 5.5.ii τυγχάνει ουσιώδης, ώστε, να παρίσταται εξόχως βάσιμη και νόμιμη περίπτωση ακύρωσης εν συνόλω της διακηρύξεως κατά παραδοχή της προσφυγής απορριπτομένων συνάμα όλων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της Α.Α. **Επί του δεύτερου λόγου**: Οι ισχυρισμοί που διατυπώνονται στα στοιχεία 32, 34 και 38 των απόψεων είναι προφανές ότι τυγχάνουν απορριπτέοι. Στην προσφυγή αναφέρονται ξεκάθαρα τα θεμέλια του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, ως αυτή ισχυρίζεται, κάτι, το οποίο η Α.Α φαίνεται να το παρερμηνεύει. Ενδεικτικά, στο υπό στοιχείο IV της προσφυγής αναφέρει η προσφεύγουσα «*Οι δύο όροι που βάλλονται αποκλείουν - όπως θα καταδείξουμε στην συνέχεια - και στερούν το δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό της εταιρείας μας αλλά και της συντριπτικής πλειονότητας των φορέων που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά συμβάσεων φωτιστικού υλικού. Τούτο επιτυγχάνεται δια της εισαγωγής άκρως περιοριστικών, εξόχως αντιανταγωνιστικών, όλως αορίστων και ασαφών και εν γένει μη εύλογων απαιτήσεων για διαγωνισμό οδοφωτισμού... Παρέπεται να ειπωθεί και το αυτονόητο. Ότι ως μη νόμιμοι εξομοιούνται και οι όροι εκείνοι που διατυπώνονται ασαφώς και αορίστως, σε αντίθεση δηλαδή προς την αρχή της διαφάνειας και την υποχρέωση εκάστης Α.Α να συντάσσει διακήρυξη με σαφείς και ευνόητους όρους, όπως και εκείνοι που προδιαγράφουν όρους με αδιαφανή, αντιεπιστημονικό τρόπο, εξόχως ατεκμηρίωτα και εν τέλει με τρόπο που, το μεν, αποστερούν, λόγω της έκτασης της ασάφειας την υποβολή πλήρους και παραδεκτής προσφοράς, το δε, καθιστούν, αντικειμενικά αδύνατη και αδιαφανή την τεχνική αξιολόγηση και βαθμολόγηση των υποψηφίων. Όροι που διατυπώνονται με τέτοιους τρόπους ασαφώς και αορίστως δημιουργούν ανεπίτρεπτη και ανυπέρβλητη αδυναμία σύγχυση συμμετοχής, προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς στους υποψηφίους. Είναι δε αυτονόητο ότι διογκώνουν υπέρ της Α.Α το πεδίο ερμηνείας των στοιχείων εκάστης τεχνικής προσφοράς, με άλλα δημιουργούν και ενθαρρύνουν συνθήκες αδιαφανούς κρίσεως, συνεπώς, αυξάνουν, εις βάρος του διαγωνιζομένου, τον κίνδυνο απόρριψης μίας καθ' όλα πλήρους*

τεχνικής προσφοράς και την αδιαφάνεια κατά την αξιολόγηση, στην οποία, σημειωτέον, ως εκ της φύσεώς της, κυριαρχεί το υποκειμενικό κριτήριο...» Άρα λοιπόν, κάθε περί του αντιθέτου ισχυρισμός δεν ισχύει, κατά την προσφεύγουσα. Σημειωτέον, περαιτέρω, όσον αφορά στις απόψεις που εκφέρονται στο σημείο 32, το εξής: Η Α.Α ουσιαστικά ομολογεί την αυθαίρετη και κατά παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης αξιολόγηση των προσφορών, καθώς, παραδέχεται, ότι, αυτή, σε κάθε περίπτωση δεν συνιστά πλημμέλεια της Διακήρυξης, αλλά πλημμέλεια της αξιολόγησης των προσφορών και, άρα, προσβλητέα κατά το αντίστοιχο στάδιο. Αυτός ο ισχυρισμός είναι - ομολογουμένως - ασυνήθης. Δηλαδή, η Α.Α υποστηρίζει, ότι, ακόμη και αν συντρέχει καταφανής πλημμέλεια της διακήρυξης, ο υποψήφιος, αποστερείται του δικαιώματος να αμφισβητήσει την κανονικότητα και νομιμότητα του διαγωνισμού εν τη γενέσει του και, αντ' αυτού, οφείλει να αναμένει το οικείο στάδιο. Έτσι όπως διατυπώνεται ο ισχυρισμός είναι προφανές, κατά την προσφεύγουσα, ότι παραβλέπονται και παρερμηνεύονται βασικά δικονομικά δικαιώματα των οικονομικών φορέων. Διότι, εάν ήταν έτσι, τότε, τί νόημα έχει η πρόβλεψη του κοινοτικού και εσωτερικού νομοθέτη, αλλά και του συντάκτη της επίμαχης διακήρυξης, περί του δικαιώματος προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης. Βεβαίως και οι πλημμέλειες αυτές καθ' ο μέρος συνιστούν πλημμέλειες της διακήρυξης βάλλονται επιτρεπτώς, αποκλειστικώς και επικαίρως με προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης. Επίσης, κατά την προσφεύγουσα, είναι ωσάν να υπολαμβάνεται ανεπίτρεπτη αμφισβήτηση του πλαισίου δικαιοδοτικού ελέγχου της ΑΕΠΠ, του Ελεγκτικού Συνεδρίου κατά τον προσυμβατικό έλεγχο, του ΣτΕ και των λοιπών Διοικητικών Εφετείων. Υποστηρίζοντας η Α.Α ότι κάθε πλημμέλεια της διακήρυξης δεν εξετάζεται επίκαιρα, παρά μόνο στο αντίστοιχο στάδιο στο οποίο αυτή αφορά, είναι, κατά την προσφεύγουσα, σαν να λέει ότι τόσο η ΑΕΠΠ όσο και τα αρμόδια Δικαστήρια, μη ορθώς και αλυσιτελώς ασκούν έλεγχο νομιμότητας των κανονιστικών όρων. Προσθέτως, φαίνεται να κάμπτεται η σπουδαία και διαχρονική αρχή που ισχύει στις δημόσιες συμβάσεις περί επίκαιρης προβολής των αιτιάσεων και ταχείας επίλυσης των σχετικών διαφορών. Δηλαδή τί νόημα έχει και ποιον σκοπό εξυπηρετεί μία κατάφορα πλημμελής διάταξη της διακήρυξης να μην μπορεί να προσβληθεί επίκαιρα, παρά να

αναμένεται η εισαγωγή του διαγωνισμού στο σχετικό στάδιο προκειμένου να προσβληθεί. Έτι περαιτέρω, αμφισβήτηση νομιμότητας όρων διακήρυξης είναι ανεπίτρεπτη ως απαράδεκτη όταν αυτή δεν έχει προταθεί επίκαιρα και με το κατάλληλο μέσο, ήτοι, εντός ρητά προβλεπομένης προθεσμίας και δια προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης. Τέλος, σε συνέχεια της αμέσως ανωτέρα σκέψεως, ως γνωστόν, σε όλους τους διαγωνισμούς, οι υποψήφιοι, με την κατάθεση προσφοράς, αναγνωρίζουν ρητά και αποδέχονται ανεπιφύλακτα την νομιμότητα των κανονιστικών όρων, όπερ σημαίνει, ότι, αν αυτοί δεν αμφισβητηθούν έγκαιρα, τυγχάνουν απρόσβλητοι, συνεπώς, κάθε τυχόν αμφισβήτησή τους σε μεταγενέστερα στάδια τυγχάνει απαράδεκτη. Όλα αυτά φαίνεται να παραβλέπονται από την Α.Α δια της ομολογίας της ως προς την ύπαρξη πλημμέλειας. Ο ισχυρισμός που διατυπώνεται στο σημείο 33 και πάλι δεν αφορά, στην προσφεύγουσα, ως αυτή προβάλλει, αφού πουθενά στην προσφυγή της δεν αναφέρει διατάξεις ή νομολογιακές κρίσεις, σχετικές με τα σημεία συγκριτικής υπεροχής ή υστέρησης εκάστης τεχνικής προσφοράς. Οι ισχυρισμοί που διατυπώνονται στα σημεία 35, 36 και 39 τυγχάνουν προδήλως αβάσιμοι και αόριστοι. Όπως αναφέρεται στην προσφυγή ο τρόπος διατύπωσης της μεθοδολογίας και των κριτηρίων αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών που αντιστοιχεί στο 70% της γενικής αξιολόγησής τους είναι απολύτως αόριστος και ασαφής και ουδόλως εξασφαλίζεται η ευλόγως αναμενόμενη διαφάνεια, η αντικειμενικότητα και η ίση μεταχείριση μεταξύ των υποψηφίων. Ειδικότερα, α) δεν γίνεται καμία συγκεκριμένη περιγραφή του αντικειμένου τεχνικής αξιολόγησης των υποψηφίων στα κριτήρια Τ1, Τ2, Τ3, εκτός από επιδερμικές - επιφανειακές αναφορές που αφορούν, όσον αφορά το κριτήριο Τ1 μόνο σε «*Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης Αναβάθμισης», όσον αφορά στο κριτήριο Τ2 μόνο σε «Πληρότητα προδιαγραφές του Συστήματος*...» και όσον αφορά στο κριτήριο Τ3 μόνο σε «Διάρθρωση ομάδας έργου». Η ανάγκη όμως για πλήρη, εξειδικευμένη και αναλυτική περιγραφή τυγχάνει αδήριτη, διότι ένα όλο αόριστο πλαίσιο βαθμολόγησης καθιστά την όλη αξιολόγηση αδιαφανή, μιας και σε αυτήν κυριαρχεί το υποκειμενικό κριτήριο και, συνεπώς, το πεδίο στο οποίο μπορεί η Α.Α να κινηθεί είναι πέραν αντικειμενικής βάσης και μέτρου. Με άλλα λόγια, η ασάφεια, της δίδει την ευχέρεια να βαθμολογήσει κατά το δοκούν τις προσφορές, χωρίς ενιαίο ή ίσο

μέτρο. Ενόψει του ασαφούς πλαισίου ο υποψήφιος οικονομικός φορέας καλείται να διαμορφώσει μια τεχνική προσφορά χωρίς να γνωρίζει σε τι αξιολογείται επακριβώς, δηλαδή ποια σημεία των τεχνικών προδιαγραφών προκρίνονται ως πιο σημαντικά από την Αναθέτουσα αρχή, και στα οποία θα βασιστεί για να πριμοδοτήσει περισσότερο μια τεχνική προσφορά έναντι άλλης. Ειδικά όσον αφορά στην βαθμολόγηση του κριτηρίου Τ3, η Α.Α, το μόνο που κάμει είναι να επάγεται το εξόχως αόριστο, ότι «*προσφορά η οποία καλύπτει τις ως άνω απαιτήσεις βαθμολογείται με 100 και προσφορά η οποία στελεχώνει με περισσότερο και εμπειρότερο προσωπικό την ομάδα έργου, με μεγαλύτερη βαθμολογία, έως 150*.» Είναι προφανές ότι αυτή η γενική και εξόχως αόριστη απάντηση δεν μπορεί να αποτελεί επαρκές θεμέλιο για να στοιχειοθετηθεί ένα συγκεκριμένο, σαφές και αντικειμενικό πλαίσιο βαθμολόγησης. Αντιθέτως, ενισχύει το ήδη ασαφές και υποκειμενικό πλαίσιο, προκαλώντας στην προσφεύγουσα και λοιπούς υποψηφίους ανυπέρβλητη αντικειμενική αδυναμία διαμόρφωσης πλήρους τεχνικής προσφοράς, άλλως, στην καλύτερη εκδοχή, αναπόφευκτη σύγχυση ως προς τα στοιχεία διαμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς για την εξασφάλιση της απαιτούμενης και παραδεκτής βαθμολογίας. Για παράδειγμα, υποψήφιος ο οποίος διαθέτει την ομάδα έργου που προδιαγράφει η διακήρυξη με την διαφορά ότι ο Υπεύθυνος Έργου έχει 20ετή εμπειρία αντί της 10ετούς σε διαχείριση συμβάσεων ως Υπεύθυνος Έργων, πώς θα βαθμολογηθεί, με τί βαθμό; Άλλο παράδειγμα, υποψήφιος ο οποίος διαθέτει την ομάδα έργου που προδιαγράφει η διακήρυξη με την διαφορά ότι ο αδειούχος Ηλεκτρολόγος/ Εγκαταστάτης διαθέτει 10ετή, αντί της ζητούμενης 5ετούς εμπειρίας, θα βαθμολογηθεί με τον ίδιο βαθμό με τον πρώτο η με άλλη βαθμολογία και ποια είναι αυτή; Εξακολουθούν να παραμένουν αναπάντητα τα ερωτήματα αυτά. Είναι αμέτρητα τα παραδείγματα. Επίσης, περιορίζεται και ομιλεί μόνο για το κριτήριο Τ3, «σιγεί» για τα υπόλοιπα και τους εν γένει ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Το ίδιο απορριπτέοι, προεχόντως ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι, είναι και οι ισχυρισμοί που διαυλακώνονται στο σημείο 37 και 41 των απόψεων. Αναφορές σε παλαιότερες διακήρυξης ουδόλως λαμβάνονται υπόψη καθ' ο μέρος αντιτίθενται, πρόδηλα, στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών, (ΕΑ ΣτΕ 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007

κ.ά.). Με βάση την αρχή αυτή, κάθε διαγωνιστική διαδικασία κρίνεται αυτοτελώς. Σε κάθε περίπτωση, διακηρύξεις που αφορούν σε ξένες, προς την επίμαχη, διαδικασίες, δεν μπορούν να αποτελούν «μοχλό» ή «a priori απόδειξη» νομιμότητας της διακήρυξης που βάλλεται. Άρα, καταρχήν οι ισχυρισμοί αυτοί είναι απαράδεκτοι. Επί της ουσίας η προσφεύγουσα (α) δεν υπέβαλε προσφορά στο Διαγωνισμό του Δήμου ..., (β) δεν υπέβαλε προσφορά στο Διαγωνισμό του Δήμου ..., (γ) σε ότι αφορά την Διακήρυξη του Δήμου ... και τα κριτήρια τεχνικής αξιολόγησης που είχαν τεθεί : Οι όροι της διακήρυξης του Δήμου ... δεν είναι καθόλου αντίστοιχοι με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης, ούτε περιόριζαν τον αριθμό συμμετοχών. Τα κριτήρια αξιολόγησης στον διαγωνισμό του Δήμου ... και ειδικά το τι αξιολογείτο ήταν επαρκώς προσδιορισμένο και ποσοτικοποιημένο. Για παράδειγμα : Σε ότι αφορά το κριτήριο Τ4 του Διαγωνισμού του Δήμου Παπάγου (Πληρότητα - Προδιαγραφές Smart Cities) , τίθεται η τιμή βάσης στο 100 και επιπροσθέτως στις τεχνικές προδιαγραφές δίδονται σαφή και ποσοτικά προσδιορισμένα δεδομένα βάσει των οποίων θα απονεμηθεί μεγαλύτερη βαθμολόγηση. Πιο συγκεκριμένα στο τέλος της παραγράφου 5.1.3 του Παραρτήματος 3 (ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ) αναφέρει χαρακτηριστικά ότι : «*Όλες οι ανωτέρω δυνατότητες αποτελούν τις ελάχιστες και υποχρεωτικές για την πιλοτική εφαρμογή και θα πρέπει να περιγράφονται αναλυτικά στην Τεχνικές Προσφορές των διαγωνιζομένων ενώ θα πρέπει, στο πλαίσιο του διαγωνισμού, να αποδεικνύεται και η δυνατότητα διασύνδεσης τους με την ενιαία πλατφόρμα του Λογισμικού Τηλεδιαχείρισης. Είναι επιθυμητό οι Κόμβοι Τηλεδιαχείρισης να είναι επεκτάσιμοι σε επίπεδο υπηρεσιών Smart Cities, με την δυνατότητα προσθήκης νέων αισθητήρων και απομακρυσμένης αποστολής ηλεκτρονικού περιεχομένου και εφαρμογών. Επιπρόσθετες δυνατότητες εφαρμογών Smart Cities, καθώς μεγαλύτερος αριθμός από τον ελάχιστο που δίδεται στην παρούσα, είναι αποδεκτά και θα αξιολογηθούν κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων*.». Αντίστοιχη αναφορά γίνεται και στην Διακήρυξη του Δήμου ... στο τέλος της παραγράφου 7.1.3 του παραρτήματος 3. (δ) Επίσης, στη διακήρυξη του Δήμου ... όπως και στην διακήρυξη του Δήμου ... όσον αφορά στο τι αξιολογείται δίδονται πιο συγκεκριμένες και ποσοτικοποιημένες κατευθύνσεις, αφού αναφέρεται ότι : «*Για το κριτήριο Τ3 τη μεγαλύτερη*

βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει το μικρότερο χρονοδιάγραμμα» ενώ για το κριτήριο Τ4 αναφέρεται ότι : «...*τη μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει περισσότερες εφαρμογές εκτός των ελάχιστα απαιτούμενων*». Το πιο σημαντικό όμως είναι ότι σε όλους τους προαναφερόμενους διαγωνισμούς, σε αντίθεση με τον επίμαχο, σε ότι αφορά το κριτήριο εξοικονόμησης το οποίο κατέχει και την μεγαλύτερη βαρύτητα, οι διακηρύξεις περιελάμβαναν σαφή τρόπο βαθμολόγησης και όλα τα απαραίτητα δεδομένα (πίνακες αντιστοιχιών παλαιών και νέων ειδών, αναλυτικό φωτοτεχνικό μοντέλο, πίνακες ισχύος και φωτεινότητας κ.α) για την υπολογισμό της εξοικονόμησης ενέργειας από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, και την ανάλογη βαθμολόγησή τους. Συμπερασματικά λοιπόν από τα παραπάνω, είναι σαφές ότι η παραπομπή σε παλαιότερες διακηρύξεις είναι τουλάχιστον άστοχη, καθώς, οι όροι που περιελαμβάνοντο σε αυτές δεν είναι καθόλου «αντίστοιχοι» με τους όρους που περιλαμβάνονται στην επίμαχη, στις δε πρώτες, το κρίσιμο ερώτημα, δηλαδή, τί αξιολογείται, ήταν απολύτως προσδιορισμένο και ποσοτικοποιημένο εν αντιθέσει με την επίμαχη διακήρυξη, όπου, η έλλειψη κρίσιμων δεδομένων και, κατ' επέκταση, η ασάφεια και αοριστία των κριτηρίων, καθιστούν αδύνατο τον σχηματισμό τεχνικής προσφοράς και απολύτως αδιαφανή τη διαδικασία. Ως προς το σημείο 40 λεκτέο, ότι, η Α.Α προχωρά σε ακόμη μία πανηγυρική ομολογία. Συνομολογεί, ότι, τα δικαιολογητικά του κριτηρίου Τ2 δεν είναι ευθέως αξιολογούμενα. Συνεπώς, ποιος ο λόγος ύπαρξης του κριτηρίου Τ2 ως βαθμολογούμενο; Πως θα γίνει μία βαθμολόγηση όταν τα δεδομένα που αφορούν στο κριτήριο αυτό δεν είναι ευθέως αξιολογούμενα όπως παραδέχεται η Α.Α; Δεν δίδεται καμία πειστική απάντηση, κατά την προσφεύγουσα. Όπως αναφέρει στην προσφυγή της, όσον αφορά στο κριτήριο Τ2, προκύπτει επιπλέον αδυναμία αντικειμενικής αξιολόγησης, ενόψει του ότι η αξιολόγησή του ερείδεται στην πραγματικότητα στα δεδομένα που θα δηλώσουν οι υποψήφιοι στις προφορές τους. Όχι δηλαδή επί τη βάσει αποδεικτικών τεκμηρίων από τρίτες ανεξάρτητες πηγές, αφού δεν απαιτείται στη φάση του διαγωνισμού η προσκόμιση τέτοιων τεκμηρίων με το φάκελο τεχνικής προσφοράς. Πιο συγκεκριμένα, στο Παράρτημα 3 της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές», στο κεφάλαιο «6. ΣΥΣΤΗΜΑ ΤΗΛΕΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΥ

ΚΑΤΑΝΑΛΩΣΗΣ» στη παράγραφο με τίτλο «ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΓΙΑ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΥΣ 6.1.1 ΩΣ 6.1.4» αναφέρεται ότι : « *α. ...Για την κάλυψη των ανωτέρω απαιτήσεων, ο υποψήφιος Ανάδοχος θα προσκομίσει γραπτή Δήλωση Συμμόρφωσης (Declaration of Conformity - DoC) του Κατασκευαστή στο πλαίσιο του διαγωνισμού. β. Για όλες τις υπόλοιπες συσκευές που προδιαγράφονται στην παράγραφο 7.1 (ελεγκτές φωτιστικού με εξωτερική σύνδεση στο φωτιστικό, ελεγκτές pillar και δρομολογητές), ο υποψήφιος Ανάδοχος θα προσκομίσει γραπτή Δήλωση Συμμόρφωσης (Declaration of Conformity - DoC) του Κατασκευαστή στο πλαίσιο του διαγωνισμού. γ. Όσον αφορά τις σχετικές πιστοποιήσεις - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους και τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports), θα κατατεθούν από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε περίπτωση που δεν προσκομιστούν, τότε ο Οικονομικός Φορέας κηρύσσεται έκπτωτος και ο δεύτερος σε κατάταξη Οικονομικός Φορέας, κηρύσσεται ως προσωρινά Ανάδοχος*». Επίσης στην παράγραφο 7.1.2 (Τεχνική προσφορά) αναφέρει : «*Στις περιπτώσεις σύνθετων λύσεων, όπως περιγράφονται στην περίπτωση α.,π.χ. LED controller ενσωματωμένο σε φωτιστικό καθώς και για το σύστημα Κόμβου Τηλεδιαχείρισης, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι υποχρεούνται να καταθέσουν την Δήλωση Συμμόρφωσης του Κατασκευαστή (Declaration of Conformity - DoC) εντός του φακέλου της Τεχνικής Προσφοράς. Όσον αφορά τα σχετικά πιστοποιητικά - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους και τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports),κατατίθενται από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης επί ποινή αποκλεισμού.*». Από τα παραπάνω προκύπτει σαφώς ότι δεν ισχύει ο άκρως παραπλανητικός ισχυρισμός της αναθέτουσας ότι : «*Εξάλλου, δεν πρόκειται για τις Δηλώσεις Συμμόρφωσης ή τις Εκθέσεις Δοκιμών (test reports) των προμηθευόμενων ειδών, αλλά για τις πιστοποιήσεις / βεβαιώσεις των εργαστηρίων τα οποία διεξήγαγαν τις δοκιμές, ως προς την πιστοποίησή τους. Ήτοι δεν πρόκειται για δικαιολογητικά ευθέως αξιολογούμενα*» αφού όπως αναφέρεται στην διακήρυξη στα ως άνω σημεία, για όλο τον εξοπλισμό του Συστήματος τηλεδιαχείρισης, ήτοι ελεγκτές φωτιστικού με εσωτερική ή εξωτερική σύνδεση στο φωτιστικό, ελεγκτές pillar και δρομολογητές, στο πλαίσιο του διαγωνισμού, Ζητείται μόνο η γραπτή Δήλωση Συμμόρφωσης

(Declaration of Conformity - DoC) του Κατασκευαστή. Είναι προφανές ότι τόσο οι έλεγχοι και οι εκθέσεις δοκιμών όσο και οι πιστοποιήσεις -βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν αυτού στους ελέγχους και τις εκθέσεις δοκιμών, αποτελούν απαραίτητα τεκμήρια για την αντικειμενική αξιολόγηση της καταλληλόλητας του εξοπλισμού αλλά και της αξιοπιστίας των φορέων ελέγχου. Με άλλα λόγια θα βαθμολογηθεί ο υποψήφιος ανάλογα με το ό,τι δηλώσει με αποτέλεσμα καταχρηστικά φαινόμενα κατά την ενάσκησης της εξουσίας αξιολόγησης εκ μέρους της Α.Α να είναι πολύ πιθανά. Ο ισχυρισμός της Α.Α ότι η αντικειμενικότητα και ορθότητα της αξιολόγησης διασφαλίζεται διότι, εφόσον τα απαιτούμενα δικαιολογητικά δεν προσκομισθούν στο στάδιο της κατακύρωσης, ο προσωρινός ανάδοχος κηρύσσεται έκπτωτος, ουδόλως αποδεικνύει την αντικειμενικότητα του κριτηρίου και μάλλον ως στέρηση πειστικών επιχειρημάτων από την Α.Α μπορεί να ερμηνευθεί, διότι, η τυχόν έκπτωση του προσωρινού αναδόχου αφορά στην επερχόμενη κύρωση σε περίπτωση μη προσκομιδής των στοιχείων που απαιτούνται και ουδόλως σχετίζεται με την αντικειμενικότητα και ορθότητα μίας αξιολόγησης που, σημειωτέον, αφορά σε προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού. Ως προς τον ισχυρισμό στο 43 ότι : «*κατά κοινή πρακτική σε ανάλογους διαγωνισμούς οι οικονομικοί φορείς οι οποίοι προτίθενται να υποβάλουν προσφορά εξετάζουν οι ίδιοι την υφιστάμενη κατάσταση ώστε να αποκτήσουν άμεση γνώση των συνθηκών και αναγκών του έργου και να διαμορφώσουν την προσφορά τους*». Είναι παράλογο και ανεδαφικό η Αναθέτουσα αρχή για την ομολογούμενη έλλειψη των βασικών δεδομένων περί του αντικειμένου της Σύμβασης να επικαλείται ως επιχείρημα την «*εξέταση της υφιστάμενης κατάστασης*» στα πλαίσιά των χρονικών περιθωρίων μιας διαγωνιστικής διαδικασίας (30-35 ημέρες). Δηλαδή να ζητά την εξέταση 17624 σημείων φωτισμού την καταγραφή, ομαδοποίηση, επεξεργασία, αξιολόγησή, όταν η όλη διαδικασία απαιτεί μήνες εργασιών επιπρόσθετων από τις εργασίες που απαιτούνται για την υποβολή φακέλου προσφοράς στο Διαγωνισμό. Επίσης πως η διαδικασία «εξέτασης της υφιστάμενης κατάστασης» από κάθε υποψήφιο προστατεύει την αντικειμενική και επί ίσοις όροις συγκριτική αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων βασει των δοθέντων κριτηρίων αξιολόγησης , και πώς αποτρέπει το σίγουρο γεγονός να προσφέρει κάθε υποψήφιος ότι

τον συμφέρει; Η συγκεκριμένη διαδικασία που μόνο ως προκλητική υπεκφυγή μπορεί να ληφθεί, είναι προφανώς υποχρέωση της Αναθέτουσας αρχής πολύ πριν καν αποφασίσει να δημοπρατήσει το έργο. Και όπως γίνεται σε όλους τους αντίστοιχους διαγωνισμούς, τα δεδομένα της υφιστάμενης κατάστασης και οι προδιαγραφές του εξοπλισμού αντικατάστασής τους δίδονται με πληρότητα και σαφήνεια , ούτως ώστε να διασφαλιστεί η σκοπιμότητα και η βιωσιμότητα του έργου και να μην χρειαστεί στην πορεία να αναθεωρηθεί, να ακυρωθεί λόγω ασάφειας και εσφαλμένων επιλογών χωρίς δεδομένα και προδιαγραφές. Ακόμα και αν δεχτεί κανείς όμως ότι η αναθέτουσα Αρχή δεν περιέλαβε στην Διακήρυξη τα απαραίτητα δεδομένα για την επιλογή των φωτιστικών αντικατάστασης, επειδή επαφίεντο στην εξέταση της υφιστάμενης κατάστασης από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς, γιατί δεν το όριζε ως προϋπόθεση στην διακήρυξη, αποφεύγοντας οποιαδήποτε άλλη προϋπόθεση μέσω ανύπαρκτων πινάκων και ανύπαρκτων Φωτοτεχνικών μοντέλων; Όσον αφορά στο σημείο 44 λεκτέο, ότι, η παραδοχή της Α.Α ότι εκ παραδρομής δεν είχε αναρτήσει στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού την φωτοτεχνική μελέτη υφιστάμενης κατάστασης ίσως να συνιστά ένδειξη έλλειψης προσοχής και μέριμνας που επέδειξε κατά την προετοιμασία του διαγωνισμού. Η αναστολή της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί των εκκρεμών προσφυγών επήλθε ως εύλογη συνέπεια του γεγονότος υποβολής αυτών των προσφυγών. Είναι υποστηρίξιμο ότι,σε περίπτωση που δεν είχαν ασκηθεί οι προσφυγές, τότε ο διαγωνισμός ενδεχομένως να διεξαγόταν ελλείψει φωτοτεχνικής μελέτης με υπαιτιότητα της Α.Α. Συνεπώς, το ότι επήλθε η αναστολή, ως συνέπεια της άσκησης των προσφυγών και ως παραδοχή έλλειψης προσοχής της Α.Α πρέπει να νοηθεί και όχι ως «εξυπηρέτηση» της Α.Α προς τους υποψηφίους όπως αφήνει να νοηθεί. Όσον αφορά στα σημεία 45 - 49 λεκτέο ότι οι εκ των υστέρων υποβολής των προσφυγών συμπληρώσεις και προσθήκες, εκτός του ότι καταδεικνύουν έλλειψη επιμέλειας, συνιστούν για ακόμη μία φορά πανηγυρική ομολογία των ελλείψεων. Και περαιτέρω δημιουργούν επιπρόσθετη σύγχυση. Στην προσφυγή τέθηκαν τα εξής : 1. Είναι αδύνατον σε κάθε υποψήφιο οικονομικό φορέα να υπολογίσει την ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας εξαιτίας

της αντικειμενικής αδυναμίας υπολογισμού της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος. Η Ενεργειακή κατανάλωση του νέου συστήματος δεν είναι δυνατόν να υπολογιστεί εξαιτίας της αδυναμίας επιλογής των «κατάλληλων» τύπων φωτιστικών LED οι οποίοι να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της Διακήρυξης. 2. Εξαιτίας των σοβαρότατων ασαφειών της διακήρυξης σχετικά με την επιλογή του κατάλληλου νέου εξοπλισμού αντικατάστασης (Φωτιστικά LED, Λαμπτήρες LED) είναι απίθανη η προσδοκία διαφανούς και αντικειμενικής αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων ως προς την προσφερόμενη ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας. Τα σημεία αυτά παραμένουν και όπως θα αποδειχτεί ακολούθως έχουν ενισχυθεί - διογκωθεί από τις εκ των υστέρων αποσπασματικές ενέργειες της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία παραδεχόμενη περίτρανα τις απαράδεκτες παραλείψεις τις προσέτρεξε να προλάβει μήπως τυχόν σώσει την κατάσταση. Στην πραγματικότητα όμως το μόνο που κατάφερε είναι να εκτεθεί και να κάνει την κατάσταση χειρότερη. Η Διακήρυξη, στο σύνολό της, δεν παρέχει τα απαραίτητα δεδομένα στους οικονομικούς φορείς ώστε να επιλέξουν τους «κατάλληλους» τύπους φωτιστικών αντικαταστάσεων τα οποία να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της. Πιο συγκεκριμένα : Α. Η διακήρυξη δεν περιλαμβάνει όπως παραδέχτηκε και η Αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, πίνακα απόδοσης και ισχύος των νέων ειδών. Εκ των υστέρων (μετά την υποβολή της προσφυγής) η Αναθέτουσα αρχή ανάρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ όπως αναφέρει στο σημείο 47, ένα πίνακα αποδόσεων και ισχύος ο οποίος όπως αναφέρει αποτυπώνει τα όρια ισχύος και φωτεινής απόδοσης ανά τύπο Φωτιστικού. Στον πίνακα αυτόν περιγράφονται τα όρια αυτά για τρία είδη φωτιστικών που τα ονομάζει Φ1, Φ2, Φ3 ονομασίες που δεν αναφέρονται πουθενά στα τεύχη δημοπράτησης, δηλαδή είναι αυθαίρετες. Οπότε προκύπτει εύλογα το ερώτημα, πως σχετίζονται τα Φωτιστικά οδών LED Φ1, Φ2,Φ3 του πίνακα με τους 20 τύπους του πίνακα αντικαταστάσεων (ισοδυναμίας) της παραγράφου 7.6 της Διακήρυξης; Αν το κάθε αναγραφόμενο στον πίνακα της παραγράφου 7.6 , όπως αναφέρει η ίδια η Αναθέτουσα αρχή στο σημείο 47 : «...αποτελεί την προτεινόμενη αντιστοιχία, για το σενάριο βάσης, οι δε Οικονομικοί Φορείς δύνανται να προτείνουν φωτιστικά σώματα μικρότερης ισχύος εφόσον

καλύπτουν τα προβλεπόμενα φωτομετρικά μεγέθη», και οι ονομαζόμενοι Φ1 , Φ2, Φ3 αντιστοιχούν σε 3 από τους 20 αναγραφόμενους τύπους (πιθανόν όσους αντιστοιχούν σε <100W) τότε ποιοι είναι αυτοί οι τύποι αντικατάστασης επακριβώς; ποιους τύπους υφιστάμενων Φωτιστικών αντικαθιστούν; για τους υπόλοιπους 17 τύπους φωτιστικών /Λαμπτήρων (π.χ. LED<162W ή <215Wκλπ.) που προδιαγράφονται, πού είναι ο αντίστοιχος πίνακας ζητουμένων αποδόσεων και ισχύος; Επίσης η Αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της στο σημείο 45 (και όχι σε ανάρτησή της στο ΕΣΗΔΗΣ) παραθέτει ένα πίνακα τύπων υφιστάμενων φωτιστικών σωμάτων μαζί με το πλήθος τους. Οπότε προκύπτει εύλογα το ερώτημα πώς ο συγκεκριμένος πίνακας του σημείου 45 σχετίζεται με τον πίνακα υφιστάμενων φωτιστικών σωμάτων της παραγράφου 7.1 της Διακήρυξης; Είναι αδύνατον να γίνει αντιστοίχιση των ειδών του πίνακα του σημείου 45 με τον πίνακα της παραγράφου 7.1 διότι: 1. Καταρχήν, στον μεν πίνακα του σημείου 45 υπάρχουν περιγραφές των τύπων φωτιστικών χωρίς περιγραφή της πηγής φωτισμού (τύπος λαμπτήρας ή LED σε W). Ενώ στον πίνακα της παραγράφου 7.1 της διακήρυξης υπάρχουν περιγραφές της πηγής φωτισμού και δεν υπάρχουν περιγραφές των τύπων φωτιστικών. Επίσης δεν μπορεί να γίνει αντιστοίχιση βάσει του πλήθους γιατί οι κατανομές ανά τύπο φωτιστικού είναι εντελώς διαφορετικές 2. Στο πίνακα του σημείου 45 αναφέρονται ασυνάρτητες περιγραφές εξοπλισμού από τι ζοποίες είναι αδύνατο να διαπιστώσει κανείς για ποιο τύπο φωτιστικού πρόκειται και αν πρόκειται καν για φωτιστικό (π.χ Μέταλλο με 90 μοίρες κλίση, Μέταλλο οριζόντιο, Τετράγωνο, Τεχν. LED, Άλλο; Χωρίς Λαμπτήρα). Είναι χαρακτηριστικό ότι στο συγκεκριμένο δοθέντα εκ των υστέρων πίνακα ζητείται η αντικατάσταση σε 2548 σημεία του Δήμου ! ενός Φωτιστικού ονόματι «Μέταλλο με 90 μοίρες κλίση» για το οποίο είναι αδύνατον να διαπιστώσει κανείς αν πρόκειται καταρχήν για φωτιστικό και εν συνεχεία για τα χαρακτηριστικά του (τύπος , ισχύς , τρόπος στήριξης κλπ.). Επίσης εκτός από τους ΄τύπους που δεν είναι προσδιορίσιμοι αναγράφονται και τύποι υφιστάμενων φωτιστικών που δεν τοποθετούνται σε βραχίονα (ΚΩΝΟΣ, ,ΜΠΑΛΑ ΜΟΝΗ, φαναράκι μονό) αλλά τοποθετούνται σε κορυφή ιστού, ενώ στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης προδιαγράφονται Φωτιστικά Δρόμου LED τα οποία όπως αναφέρει στην παράγραφο 3.1 θα πρέπει επί

ποινή αποκλεισμού να «…είναι κατάλληλα για οδοφωτισμό και να μπορούν να τοποθετηθούν σε βραχίονα». Ζητείται δηλαδή από τους υποψηφίους να προσφέρουν Φωτιστικά led βραχίονα σε αντικατάσταση φωτιστικών που δεν διαθέτουν βραχίονα; 3. Στο πίνακα του σημείου 45 αναφέρονται ΠΡΟΒΟΛΕΙΣ (137 τεμάχια), ενώ στην διακήρυξη δεν δίδονται προδιαγραφές ή άλλα στοιχεία για αντικατάσταση προβολέων. Ζητείται δηλαδή από τους υποψηφίους να προσφέρουν φωτιστικά βραχίονα LED σε αντικατάσταση Προβολέων;. Υπόψιν, ότι, οι προβολείς ως είδος φωτισμού διαφοροποιούνται από τα φωτιστικά βραχίονος, τόσο ως προς το τρόπο και τον σκοπό φωτισμού, αλλά και ως προς τις προδιαγραφές και πιστοποιήσεις ασφαλούς λειτουργίας (Οδηγία LVD) οι οποίες δεν περιλαμβάνονται στις προδιαγραφές των τευχών 4. Στα τεύχη της Διακήρυξης, και συγκεκριμένα στην παράγραφο 4 των τεχνικών προδιαγραφών δίδονται προδιαγραφές για Λαμπτήρες LED. Παραμένει το κρίσιμο ερώτημα σχετικά με το σε ποιους από τους τύπους του πίνακα του σημείου 45 θα αντικατασταθούν μόνο οι λαμπτήρες και σε ποια ολόκληρα τα φωτιστικά. Η κρισιμότητα του ερωτήματος άπτεται προφανώς τόσο οικονομικών παραμέτρων όσο και τεχνικών για την επιλογή του κατάλληλου προσφερόμενου εξοπλισμού. Να ληφθεί υπόψιν ότι τα κόστη μεταξύ ειδών (λαμπτήρα, Φωτιστικού βραχίονα, φωτιστικού κορυφής, Παραδοσιακού, προβολέα) αλλά και μεταξύ τύπων διαφορετικής ισχύος διαφοροποιούνται . Άλλο κόστος έχει ένας λαμπτήρας και άλλο, πολύ μεγαλύτερο, έχει ένα ολόκληρο φωτιστικό LED. Επίσης ένα φωτιστικό ισχύος 25-50W έχει κόστος 350 Ευρώ ενώ ο ίδιος τύπος φωτιστικού ισχύος 110-150W έχει κόστος 812 ευρώ βάσει του πίνακα τιμών ηλεκτρομηχανολογικών έργων Αριθ. ΔΝΣγ/ρικ.35577/ΦΝ 466) 5. Σε συνδυασμό με το προηγούμενο, και με βάση τους αναγραφόμενους τύπους του πίνακα του σημείου 45 , τα φωτιστικά LED που ζητούνται, δεν αντικαθιστούν έναν συγκεκριμένο τύπο υφιστάμενου Φωτιστικού αλλά μια ευρεία γκάμα τύπων με διαφορετικές τεχνικές προδιαγραφές. Ζητείται δηλαδή να αντικατασταθούν όλοι οι υφιστάμενοι τύποι με ένα τύπο φωτιστικού LED βραχίονος; Αν ναι, τότε προκύπτει μείζον θέμα αποτελεσματικότητας φωτισμού και αισθητικής πληρότητας από το έργο προς τους Δημότες. Αν όχι, που είναι και το πλέον πιθανό, εκτός από τα αντικειμενικά προβλήματα που προαναφέρθηκαν (π.χ. έλλειψη βραχίονα) προκύπτει αντικειμενική αδυναμία διαμόρφωσης λίστας

τύπων αντικατάστασης από τους υποψηφίους και άρα οικονομικής προσφοράς, αφού όπως αναλύθηκε προηγουμένως υπάρχει απόλυτη σύγχυση ως προς τις ποσότητες, την απόδοση και την ισχύ ανά ζητούμενο τύπο αντικατάστασης (υπόψιν ότι κάθε τύπος του πίνακα του σημείου 45 έχει διαφορετικό κόστος φωτιστικού Led αντικατάστασης το οποίο μπορεί να διαφοροποιείται και σε επίπεδο μεγαλύτερο του 20%). Επίσης, από το αρχείο με τα στοιχεία της αποτύπωσης της υφιστάμενης κατάστασης του οδοφωτισμού του Δήμου ..., που μετά την υποβολή της προσφυγής ενημέρωσε η Αναθέτουσα Αρχή ότι βρίσκονται στον ακόλουθο σύνδεσμο: ... δεν προκύπτει καμία απολύτως επιπρόσθετη ή διευκρινιστική πληροφορία σχετικά με τις διαπιστωμένες βασικές ελλείψεις δεδομένων της διακήρυξης που αναφέρονται στην προσφυγή. Σε ότι αφορά δε ειδικά το Φωτοτεχνικό μοντέλο, παρά τα επιπρόσθετα εκ των υστέρων δοθέντα ογκώδη στοιχεία διατηρείται η παντελή έλλειψη δεδομένων σχετικά με αυτό. Συνεπώς παραμένει το κρίσιμο ερώτημα για το πως οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα ανταποκριθούν στις απαιτήσεις του κεφαλαίου 5 (ΦΩΤΟΤΕΧΝΙΚΟ ΜΟΝΤΕΛΟ) του Παραρτήματος ΙΙΙ της Διακήρυξης. Σε ποιους δρόμους με τις αρχικά δεδομένα χωροθέτησης, με τι φωτιστικά πριν και μετά τις αντικαταστάσεις θα εκπονηθούν οι ζητούμενες Φωτοτεχνικές μελέτες; Ενόψει αυτών είναι πρόδηλη η αδυναμία εκάστου οικονομικού φορέα να επιβεβαιώσει με σαφήνεια και ασφάλεια την «καταλληλόλητα» των φωτιστικών που θα προσφέρει. Συνεπεία αυτής της αδυναμίας, η πιθανότητα απόρριψης ενισχύεται και εξογκώνεται δραματικά εις βάρος του, χωρίς όμως να υπέχει προς τούτο ο ίδιος υπαιτιότητα, μιας και, η ασάφεια, αφορά καθαρά και μόνο στον τρόπο εκφοράς του λόγου της Α.Α. Από όλα τα παραπάνω προκύπτει αβίαστα ότι η εκ των υστέρων προσπάθεια της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία επιχείρησε να αποκαταστήσει ουσιώδεις και πολλαπλές ελλείψεις της διακήρυξης που συνέταξε, όχι μόνο δεν απέφερε τον σκοπό που προσδοκούσε, αλλά, τουναντίον, η ασάφεια έγινε ακόμη μεγαλύτερη, η σύγχυση ενισχύθηκε ακόμη περισσότερο, η ανωριμότητα και προχειρότητα της δημοπράτησης αποδείχθηκε ακόμη πιο περίτρανα. Όλα αυτά, είτε μεμονωμένως, είτε σε συνδυασμό, άγουν αναμφισβήτητα σε παντελή αδυναμία κατάρτισης και υποβολής πλήρους τεχνικού φακέλου, μιας και, κανείς υποψήφιος δεν μπορεί να διαπιστώσει

πόσα και ποια φωτιστικά αντικαθιστά, με πόσα και ποια φωτιστικά / λαμπτήρες LED. Το ίδιο απορριπτέοι, προεχόντως ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι, είναι και οι ισχυρισμοί που διαυλακώνονται στα σημεία 50 - 52 των απόψεων. Αναφορές σε παλαιότερες διακήρυξης ουδόλως λαμβάνονται υπόψη καθ' ο μέρος αντιτίθενται, πρόδηλα, στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών (ΕΑ ΣτΕ 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007 κ.ά.). Με βάση την αρχή αυτή, κάθε διαγωνιστική διαδικασία κρίνεται αυτοτελώς. Σε κάθε περίπτωση, διακηρύξεις που αφορούν σε ξένες, προς την επίμαχη, διαδικασίες, δεν μπορούν να αποτελούν «μοχλό» ή «a priori απόδειξη» νομιμότητας της διακήρυξης που βάλλεται. Άρα, καταρχήν οι ισχυρισμοί αυτοί είναι απαράδεκτοι. Επί της ουσίας: Στους Διαγωνισμούς ..., Παπάγου Χολαργού, ..., ..., ... τους οποίους αναφέρει η αναθέτουσα αρχή περιλαμβάνονταν: 1. Σαφείς και πλήρεις πίνακες απόδοσης και ισχύος των ζητούμενων τύπων αντικατάστασης, οι οποίοι όπως προαναφέρθηκε δεν περιλαμβάνονται στην βαλλόμενη διακήρυξη. 2. Σαφείς και πλήρεις πίνακες αντικαταστάσεων (ισοδυναμιών) υφισταμένων τύπων και νέων τεχνολογίας LED με αναγραφόμενα, τόσο τις περιγραφές των τύπων, όσο και το τύπο λαμπτήρα και της ισχύ τους, δεδομένα που δεν περιλαμβάνονται όπως προαναφέρθηκε στην βαλλόμενη διακήρυξη 3.Πλήρες Φωτοτεχνικό μοντέλο για επιλεγμένους τύπους φωτιστικών οι οποίοι ήταν σαφώς κωδικοποιημένοι και σε άμεση αντιστοιχία με τους πίνακες αντικατάστασης και τους πίνακες απόδοσης και ισχύος, δεδομένα που δεν περιλαμβάνονται όπως προαναφέρθηκε στην βαλλόμενη διακήρυξη. Συνεπώς όλοι οι ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι είχαν πλήρη και ευθύς εξ αρχής σαφή γνώση όλων των κρίσιμων δεδομένων που χρειαζόμασταν για να επιλέξουν τύπους φωτιστικών /λαμπτήρων /προβολέων LED, προκειμένου να υπολογίσουν την εξοικονόμηση ενέργειας και να διαμορφώσουν την τεχνικοοικονομική προσφορά τους, ώστε να αξιολογηθεί επί ίσοις όροις, κοινή αφετηρία και αντικειμενικότητα. Σε ότι αφορά την διαδικασία επιβεβαίωσης του τελικού αριθμού των ειδών κατά την Μελέτη εφαρμογής από τον Ανάδοχο των συμβάσεων που αναφέρονται, αυτή δεν αφορά και δεν επηρεάζει προφανώς το πλαίσιο και τα δεδομένα με τα οποία καλούνται οι υποψήφιοι να συμμετάσχουν στην διαδικασία και να κριθούν από αυτή. Τέλος, οι λοιποί

ισχυρισμοί που διαλαμβάνονται στα σημεία 53 - 57 παρίστανται προδήλως αβάσιμοι. Η διακήρυξη, ενόψει του κανονιστικού της χαρακτήρος, της αυστηρής ερμηνείας των όρων της και των αυστηρών κυρώσεων με τις οποίες επαπειλεί τους φορείς σε περίπτωση αποκλίσεώς τους προς τα ουσιώδη διαλαμβανόμενα σε αυτήν, πρέπει, να διαυλακώνεται ρητά, με σαφήνεια και καθαρότητα. Είναι αυτονόητο, ότι, τέτοιοι ουσιώδεις όροι είναι ιδίως αυτοί που αφορούν σε τεχνικούς όρους και προδιαγραφές, ήτοι, στη διαμόρφωση και αξιολόγηση των τεχνικών υποφακέλων. Όταν υπάρχουν πρωτοφανούς έκτασης ασάφειες και ανακρίβειες, όπως εν προκειμένω, τότε, είναι σαφές, ότι, παρίσταται πρόδηλη μη νομιμότητα του κανονιστικού πλαισίου υπό το οποίο επισπεύδεται μία διαδικασία. Η μη νομιμότητα αυτή, που εκκινεί από την Α.Α, κατατείνει εις βάρος των αρχών διαφάνειας και αντικειμενικότητας και εις βάρος των καλόπιστων φορέων, μιας και, ελλείψει σαφών όρων, δεν παρέχεται σε αυτούς η δυνατότητα να κατανοήσουν το ακριβές περιεχόμενο του πλαισίου και να το ερμηνεύσουν με τον ίδιο τρόπο. Είναι εξίσου προφανές, ότι, εξαιρετικά μεγάλης έκτασης ασάφειες και ελλείψεις, όπως εν προκειμένω, είναι αδύνατον να αντιμετωπισθούν στα πλαίσια διευκρινίσεων, διό, οι διευκρινήσεις αίρουν κατά κύριο λόγο αμφισημίες και αντιφατικότητες και συμπληρώνουν μεμονωμένες ελλείψεις και ανακρίβειες. Εν προκειμένω όμως, με δεδομένο ότι όλο το κεφάλαιο των κριτηρίων βαθμολόγησης και του τρόπου βαθμολόγησης βρίθει από ελλείψεις και κενά, αυτά, δεν μπορούν να αντιμετωπισθούν αποσπασματικά, αφού, οδηγούν σε πλήρη τροποποίηση του κανονιστικού κειμένου και αναπόφευκτα σε νέα διαδικασίας σύναψης. Άρα, κάθε περί του αντιθέτου λόγος είναι κενός περιεχομένου. Από την άλλη, η ασάφεια και αοριστία κατά την διατύπωση των κριτηρίων και του τρόπο βαθμολόγησης μόνο υπέρ της Α.Α. κατατείνει και πάντα δυσμενώς, εις βάρος των υποψηφίων. Η δυσμένεια γίνεται ακόμη μεγαλύτερη εάν αναλογιστεί κάποιος αφενός το υποκειμενικό κριτήριο υπό το οποίο λειτουργεί η Α.Α. κατά την βαθμολόγηση, αφετέρου τη βαρύτητα που προσδίδει για την ανάδειξη του αναδόχου (70%). Ενόψει της υπό κρίση περίπτωσης, το μεν, καθίσταται όλως αδιαφανής ο εκ μέρους της Α.Α. έλεγχος και αξιολόγηση - βαθμολόγηση των προσφορών, το δε, καθίσταται όλως αδύνατη η προετοιμασία φακέλου προσφοράς εκ μέρους των υποψηφίων και ο αποτελεσματικός εξ αυτών έλεγχος της Α.Α κατά την

ενάσκηση της εξουσίας της. Ενόψει των ανωτέρω η πλημμέλεια που ενεφιλοχώρησε στη διακήρυξη επί τη βάσει των άρθρων 8.2.2 και 8.2.3 παρίσταται ουσιώδης, ώστε, να παρίσταται εξόχως βάσιμη και νόμιμη περίπτωση ακύρωσης εν συνόλω της διακηρύξεως κατά παραδοχή της προσφυγής, ως υποστηρίζει η προσφεύγουσα.

11. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «*1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής*». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «*1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της… 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια …*» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

12. Επειδή, το άρθρο 365 «Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής» του Ν. 4412/2016, ως έχει τροποποιηθεί και ισχύει με το άρθρο 43 παρ. 42 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α΄ 52), ορίζει «*1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της*

προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α` της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. […] Η παράλειψη κοινοποίησης σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους σε ενδιαφερόμενο τρίτο και η μη διαβίβαση προς την ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής συνιστούν ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων. 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. 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β` της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων […] 8. Οι προθεσμίες του παρόντος άρθρου είναι αποκλειστικές.».

13. Επειδή, κατά την πλειοψηφούσα άποψη του Προέδρου της Επταμελούς Σύνθεσης της ΑΕΠΠ, της Εισηγήτριας της εξεταζόμενης υπόθεσης και των μελών Μιχαήλ Διαθεσόπουλου, Κωνσταντίνου Κορομπέλη και Νικολάου Σαββίδη, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις και τη γραμματική ερμηνεία αυτών, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης της προσφυγής τις απόψεις της επ’ αυτής, η δε μη τήρηση της εν λόγω προθεσμίας συνεπάγεται το απαράδεκτο, ως εκπροθέσμων, των

απόψεων της αναθέτουσας αρχής, αφού κατά άρθρο 365 παρ. 8 του Ν. 4412/2016 η υπόψη προθεσμία είναι αποκλειστική. Τούτο ουδόλως αναιρείται από τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να υποβάλει συμπληρωματική αιτιολογία δια των καταρχήν ή και συμπληρωματικών της απόψεων. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από την τελολογική και συστηματική ερμηνεία των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 περί της έννομης προστασίας, η οποία σκοπεί στην επίκαιρη, άμεση και αποτελεσματική επίλυση των διαφορών των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. σελ. 70 της Αιτιολογικής Έκθεσης του Ν. 4412/2016 και άρθρο 1 παρ. 1 των "Δικονομικών Οδηγιών", Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΚ, αναφορικά με την επιταγή ταχείας διεκπεραίωσης των διαφορών που προκύπτουν τις διαγωνιστικές διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων). Εξάλλου, τυχόν αντίθετη ερμηνευτική εκδοχή θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση των διατάξεων του νόμου αναφορικά με τις αποκλειστικές προθεσμίες και θα τελούσε σε ευθεία αντίθεση με τη βούληση του νομοθέτη, ενωσιακού και εθνικού, περί της όσο το δυνατόν ταχύτερης επίλυσης των διαφορών στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων, κατά τα προλεχθέντα, αφού θα ήταν επιτρεπτή, μη νομίμως, η υποβολή των απόψεων από τις αναθέτουσες αρχές μετά την πάροδο του υπόψη χρονικού διαστήματος των δέκα ημερών, γεγονός που θα οδηγούσε σε ανεπίτρεπτη καθυστέρηση της διαδικασίας εξέτασης των προσφυγών από την ΑΕΠΠ (βλ. απόφαση 8/2020 Επταμελούς Σύνθεσης ΑΕΠΠ). Στην υπό κρίση περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ το υπ' αριθ. 19056/2148/11-2-2021 έγγραφο απόψεών της επί της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 11-2-2021. Το έγγραφο αυτό των απόψεων κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα προς την προσφεύγουσα μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις 18-2-2021. Περαιτέρω, το ως άνω έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής κατά το περιεχόμενό του δεν εμπεριέχει συμπληρωματική αιτιολογία. Υπό τα δεδομένα αυτά προκύπτει ότι το με αρ. πρωτ. 19056/2148/11-2-2021 έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής τυγχάνει απορριπτέο ως εκπρόθεσμο, δοθέντος ότι κατά τις προρρηθείσες διατάξεις, οι απόψεις υποβάλλονται το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την κατάθεση της προσφυγής, οι δε προθεσμίες του

άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 είναι αποκλειστικές. Ως εκ τούτου στην προκείμενη περίπτωση, όπου η υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε στις 25.01.2021, η δε δεκαήμερη προθεσμία του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, για την υποβολή των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, έληξε στις 4-2-2021 και άρα οι απόψεις αυτές τυγχάνουν απορριπτέες ως απαράδεκτες. Κάθε δε τυχόν αντίθετη εκδοχή, ήτοι η μέσω της ουσιαστικής διερεύνησης της υπόθεσης παράκαμψη τυχόν τύποις απαραδέκτου, θα οδηγούσε σε ευθεία παραβίαση της διαστρωμένης με διάφανο τρόπο διαδικασίας εξέτασης προδικαστικών προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ. Εξάλλου, το κατατεθέν ως άνω έγγραφο απόψεων δεν φέρει υπογραφή του συντάξαντος αυτό Περιφερειάρχη, ούτε ηλεκτρονική ούτε φυσική. Ωστόσο, ο δια του Υπομνήματος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «…..*ενόψει της αποκλειστικότητος και δεσμευτικότητος των προθεσμιών, θα μπορούσε οπωσδήποτε βάσιμα να υποστηριχθεί, ότι, κάθε καθυστέρηση στην αποστολή των απόψεων, παρέχει το δικαίωμα στην Αρχή Σας να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών μας ως προσφεύγουσας*….» δεν κρίνεται βάσιμος, καθόσον κατά τη γραμματική ερμηνεία της παρ. 2 του άρθρου 365 του ν.4412/2016, το τεκμήριο ομολογίας δύναται να συναχθεί μόνον στην περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, καθώς και αν τα στοιχεία που έχουν αποσταλεί είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων. Αμφότερες, όμως, οι περιπτώσεις αυτές δεν συντρέχουν εν προκειμένω. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση και στο πλαίσιο της πλήρους εκκαθάρισης της εξεταζόμενης υπόθεσης, η κατ’ ουσίαν εξέταση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής οδηγεί σε αλυσιτέλεια του σχετικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας περί απαραδέκτου των απόψεων και τούτο διότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής αναφέρονται κυρίως στις προβλέψεις των συμβατικών τευχών, οι οποίες ούτως ή άλλως εξετάσθηκαν και κρίνονται ως κατωτέρω για το βάσιμο ή αβάσιμο των ουσιαστικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

14. Επειδή, κατά τη μειοψηφούσα άποψη των μελών Μιχαήλ Οικονόμου και Άννας Χριστοδουλάκου, από τις διατάξεις του άρθρου 365

του ν. 4412/2016 (όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του ν.4605/2019) συνάγεται ότι ο σκοπός τους συνίσταται στην αποτελεσματική παροχή προστασίας στο στάδιο που προηγείται της άσκησης ενδίκων βοηθημάτων, προς επίτευξη δε αυτού κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής από την Αρχή πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα στον ασκήσαντα την προσφυγή να λαμβάνει γνώση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής (και της τυχόν ασκηθείσης παρέμβασης) προκειμένου να διασφαλίζονται κατά το στάδιο αυτό οι προϋποθέσεις ουσιαστικής αντιμωλίας. (Δ.Εφ. Πατρών Α170/2020 σκ. 7, Διοικ. Εφετ. Κομοτηνής Ν29/2019 σκ. 9, Διοικ. Εφετ. Πειραιώς Ν179/2019 σκ.9, πρβλ ΣτΕ 780/2019). Επίσης, στις ίδιες διατάξεις τίθενται ως απώτατο χρονικό όριο αφενός ως προς την υποβολή των απόψεων και την κοινοποίησή τους προς τον προσφεύγοντα οι δέκα μέρες προ της εξέτασης της προσφυγής και αφετέρου ως προς την υποβολή υπομνήματος οι πέντε μέρες προ της εξέτασης της προσφυγής, τα ως άνω δε χρονικά όρια, ως ελάχιστα, δεν μπορούν σε καμία περίπτωση να περιορισθούν περισσότερο. Σύμφωνα δε με την αιτιολογική έκθεση του ν. 4605/2019 «*Με την παράγραφο 42 προβλέπεται διαδικασία αντίκρουσης των ισχυρισμών εκ μέρους των ενδιαφερομένων, πριν την εκδίκαση της υπόθεσης από την ΑΕΠΠ, διασφαλίζοντας με τον τρόπο αυτό ότι η διαδικασία ενώπιόν της γίνεται κατ' αντιμωλία. Παράλληλα, προβλέπεται η δυνατότητα των Αναθετουσών Αρχών να αποστείλουν συμπληρωματική αιτιολογία επί προδικαστικής προσφυγής, καθώς το χρονικό διάστημα των δέκα (10) ημερών από την άσκηση της προσφυγής είναι πολύ σύντομο για την έκθεση των απόψεων εκ μέρους τους, λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι συνήθως πρέπει να συνέλθουν συλλογικά όργανα για να τις αποτυπώσουν. Η παράθεση συμπληρωματικής αιτιολογίας είναι επιβεβλημένη, καθώς θα διαδραματίσει σημαντικό ρόλο στην επιτάχυνση των διαδικασιών, αφού θα μειωθεί ο ακύρωσης πράξεων των Αναθετουσών Αρχών ως πλημμελώς αιτιολογημένων και να επαναλαμβάνονται στάδια διαδικασίας, με μόνο αντικείμενο την συμπλήρωση της αιτιολογίας*». Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι εφόσον παρέχεται στον προσφεύγοντα χρονικό περιθώριο τουλάχιστον πέντε ημερών για να αντικρούσει τις απόψεις δια υπομνήματος υποβαλλόμενου τουλάχιστον πέντε ημέρες προ της εξέτασης της

προσφυγής, οι απόψεις πρέπει να λαμβάνονται υπόψη προς το σκοπό της διασφάλισης της αντιμωλίας. Επίσης, από το συνδυασμό των διατάξεων του ίδιου άρθρου συνάγεται ότι δεν τίθεται ζήτημα διαφοροποίησης μεταξύ αρχικής και συμπληρωματικής αιτιολογίας, καθώς αφενός ορίζεται ότι υπομνήματα υποβάλλονται επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής και αφετέρου ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία. Εν προκειμένω, η προσφυγή ασκήθηκε στις 25.01.2021 και οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής διαβιβάστηκαν στην ΑΕΠΠ στις 11.02.2021 και στην προσφεύγουσα στις 18.02.2021, ήτοι σε χρόνο πέραν του δεκαημέρου από την κατάθεση της προσφυγής (που ορίζεται στην παρ. 1 περ. β του άρθρου 365 του ν. 4412/2016) και παρήλθε στις 04.02.2021, οπότε κατ' αρχήν διαβιβάστηκαν εκπρόθεσμα. Ωστόσο, λαμβανομένου υπόψη του σκοπού των διατάξεων του νόμου, κατά τα ανωτέρω, ειδικώς όσον αφορά στις απόψεις, δεδομένου ότι οι απόψεις κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα προ της 22.02.2021, ήτοι παρέχοντάς της το ελάχιστο χρονικό περιθώριο που προβλέπει ο νόμος προς αντίκρουσή τους δια υπομνήματος, πρέπει να ληφθούν υπόψη. Εξάλλου, η προσφεύγουσα άσκησε το παρεχόμενο εκ του νόμου δικαίωμά της αντικρούοντας επί της ουσίας τις απόψεις υποβάλλοντας εμπροθέσμως υπόμνημα επ’ αυτών, στο μέτρο δε αυτό, ο ισχυρισμός της περί εκπροθέσμου των απόψεων προβάλλεται αλυσιτελώς (πρβλ. ΣτΕ 7μ. 1351/2014 σκ. 12, ΣτΕ 3154/2015 σκ. 4 – 5, ΔΕφΘεσ. 46/2019, σκ. 4, ΔΕφΘεσ. 747/2019, σκ. 16, ΔΕφΑθ. 5111/2019, σκ. 9).

15. Επειδή, απορριπτέο ως απαράδεκτο κρίνεται το με αρ. πρωτ. .../.../3-3-2021 έγγραφο του Περιφερειάρχη ..., το οποίο απέστειλε η αναθέτουσα αρχή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ και με το οποίο αντικρούει το ως άνω κατατεθέν Υπόμνημα της προσφεύγουσας, με το οποίο η προσφεύγουσα αντέκρουσε τις άνω απόψεις της αναθέτουσας αρχής, μη προβλεπομένου τέτοιου δικαιώματος στο άρθρο 365 του ν.4412/2016 ως τροποποιηθέν ισχύει.

16. Επειδή, περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι αναρμοδίως οι ως άνω απόψεις συντάχθηκαν και υποβλήθηκαν από τον Περιεφερειάρχη και όχι από την Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας ...,

τούτος κρίνεται απορριπτέος διότι η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας ... είναι μεν κατά το νόμο το αποφαινόμενο όργανο, όμως η εκπροσώπηση της Περιφέρειας ενεργείται κατά νόμο από τον Περιφερειάρχη.

17. Επειδή, όπως έχει νομολογιακά κριθεί, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης* για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τα κριτήρια επιλογής και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των όρων που κρίνει πρόσφορους ή απαραίτητους 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 σ' αυτόν των διαγωνιζομένων των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι όροι της διακήρυξης περιορίζουν τον κύκλο των προσώπων που δύνανται να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό [πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά]. Ελέγχονται, όμως, οι οι σχετικοί όροι της διακηρύξεως εάν τηρούν την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, καθώς και την αρχή της αναλογικότητας [πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.].

18. Επειδή, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τα κριτήρια επιλογής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής απαιτήσεων που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον

εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurttemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια, η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει τις ελάχιστες απαιτούμενες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας, τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, οι οποίες, όμως, και πρέπει να συνδέονται και να τελούν σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογούνται από τη φύση και το σκοπό της συγκεκριμένης σύμβασης. Επίσης, ως παγίως γίνεται δεκτό, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να επιδιώκουν το ευρύτερο δυνατό άνοιγμα της αγοράς στον ανταγωνισμό με σκοπό την προσέλκυση ευρύτερου φάσματος δυνητικών υποψηφίων. Συνεπώς, προς διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να θεσπίζουν κριτήρια που είναι αμερόληπτα, σαφή και πλήρη, και να αποφεύγουν την πρόβλεψη τυχόν περιορισμών συμμετοχής που δεν σχετίζονται με την καταλληλόλητα του οικονομικού φορέα, καθόσον έτσι θεσπίζονται αυθαίρετοι και μη συναρτώμενοι προς τις συνθήκες και το είδος της σύμβασης φραγμοί (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 19ης Μαΐου 2009 στην υπόθεση C-53/07, Assitur Srl κατά Camera di Commeráo, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, σκ. 16).

19. Επειδή, επί του πρώτου λόγου προσφυγής, που αφορά στην απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Κατά τον όρο 5.5.β. της διακήρυξης προβλέπεται ότι «*Ο υποψήφιος Οικονομικός Φορέας θα πρέπει να πληροί, επί ποινή αποκλεισμού, τα ελάχιστα για το αντικείμενο της ΣΠΥ κριτήρια επιλογής, με τα οποία θα διασφαλίζεται ότι αυτός διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση ΣΠΥ. Ο υποψήφιος Οικονομικός Φορέας θα αποκλείεται εφόσον δεν προσκομίσει*

κάποιο από τα ζητούμενα στοιχεία τα οποία αναφέρονται στη Διακήρυξη ότι πρέπει να προσκομισθούν επί ποινή αποκλεισμού…….Οικονομική - Χρηματοοικονομική επάρκεια, ώστε να διασφαλίζεται ότι οι προσφέροντες διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της ΣΠΥ. Συγκεκριμένα, απαιτείται: i) οι προσφέροντες να αποδεικνύουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών 2.700.000,00€ για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις. Σε περίπτωση που οι προσφέροντες λειτουργούν για χρονικό διάστημα μικρότερο της τριετίας, θα πρέπει να αποδεικνύουν την ως άνω απαίτηση για τα έτη που δραστηριοποιούνται. Το σύνολο των στοιχείων της παρούσας παραγράφου δηλώνονται στο ΕΕΕΣ και υποβάλλονται με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Σε περίπτωση ένωσης η παρούσα προϋπόθεση δύναται να καλύπτεται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης. ii) Καλύπτουν τους εξής οικονομικούς δείκτες (αναλογίες στοιχείων ενεργητικού και παθητικού: ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 1.00 και κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4 για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας ή για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιείται ο οικονομικός φορέας, εφόσον αυτές είναι λιγότερες της τριετίας, σύμφωνα με τους δημοσιευμένους ισολογισμούς (ή, αν νομίμως δεν δημοσιεύει ισολογισμούς, από δήλωση ορκωτού λογιστή). Σε περίπτωση ένωση κάθε μέλος της ένωσης πρέπει να καλύπτει τον παρόντα όρο.». Με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά του όρου 5.5.β. ii. της διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι η απαίτηση της διακήρυξης σωρρευτικά και επί ποινή απόρριψης α) οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να καλύπτουν τους οικονομικούς δείκτες, αναλογίες στοιχείων ενεργητικού και παθητικού: ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων > 1.00 και κυκλοφορούν ενεργητικό/βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις > 1,4, β) να καλύπτουν αυτούς για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας ή για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιούνται εφόσον αυτές είναι λιγότερες της τριετίας και γ) να τους καλύπτουν αυτοτελώς, ανεξαρτήτως δηλαδή συμμετοχής τους σε ένωση ή κοινοπραξία, είναι δυασανάλογοι και περιοριστικοί του ανταγωνισμού.

20. Επειδή, διαπιστώνεται ότι με έννομο συμφέρον προβάλλεται ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής, καθόσον, κατά δήλωση της

προσφεύγουσας, αν και αυτή διαθέτει «…*επαρκή εμπειρία και χρηματοοικονομική ικανότητα εκτέλεσης συμβάσεων οδοφωτισμού ακόμα μεγαλύτερου προϋπολογισμού (λ.χ το έργο φωτισμού Δήμου ... προϋπολογισμού 20.3 Εκ ευρώ + φπα), δηλαδή, οικονομική δυνατότητα σε τέτοιο βαθμό που να δύναται να εκτελέσει ικανοποιητικώς το δημοπρατούμενο αντικείμενο, εντούτοις, δεν δύναται να συγκεντρώσει τις απαιτήσεις που μνημονεύονται στο άρθρο 5.5.ii. Συνεπώς, είναι αδύνατος ο σχηματισμός ανταγωνιστικής προσφοράς και η διεκδίκηση της σύμβασης ένεκα απαιτήσεων που, είτε εν συνδυασμό, είτε αυτοτελώς (μεμονωμένως) εξεταζόμενες, παρίστανται άκρως υπερβολικές, τελούν σε δυσαναλογία προς τον σκοπό για τον οποίο προβλέφθηκαν και σε αντίθεση προς τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης που αφορούν σε όλους τους δυνητικούς υποψηφίους*.».

21. Επειδή, όπως προκύπτει από τους γενικά αναγνωρισμένους κανόνες της οικονομικής - χρηματοοικονομικής θεωρίας, η οικονομική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα δεν αποδεικνύεται μόνο από τους ζητούμενους δύο ως άνω προσβαλλόμενους δείκτες, παρά μόνο από συνδυασμό δεικτών που αφορούν στην οικονομική κατάστασή του οικονομικού φορέα. Έτσι, σε ό,τι αφορά τον πρώτο ζητούμενο δείκτη «*ίδια κεφάλαια/σύνολο υποχρεώσεων*» τα δεδομένα της κοινής πείρας και εμπορικής πραγματικότητας καταδεικνύουν ότι ορισμένες επιχειρήσεις, σε περιόδους επενδυτικής ανάπτυξης, προβαίνουν σε δανεισμό για την κάλυψη των κεφαλαιακών, αλλά και λειτουργικών τους εξόδων, το οποίο συνεπιφέρει, όπως είναι φυσικό, την αύξηση των υποχρεώσεων, αλλά και τη μείωση των κερδών και κατ' επέκταση των ιδίων κεφαλαίων, εφόσον κάθε νέα επένδυση χρειάζεται χρόνο ωρίμανσης για να επιφέρει κερδοφορία. Συνακόλουθα, η απαίτηση του δείκτη 1,0 επενεργεί δυσμενώς σε βάρος των εταιριών που επενδύουν παρά το δυσχερές οικονομικό περιβάλλον, που προσφέρουν νέες θέσεις εργασίας καταβάλλοντας μισθούς, εισφορές και φόρους στο κράτος. Σε ό,τι αφορά το δεύτερο ζητούμενο δείκτη «*Κυκλοφορούν ενεργητικό/ Βραχυπρόθεσμές υποχρεώσεις*» δεν συνοδεύεται από άλλα ποιοτικά κριτήρια, με τρόπο τέτοιο ώστε να μπορεί να συνιστά ένα χρήσιμο εργαλείο απεικόνισης της πραγματικής οικονομικής κατάστασης του οικονομικού φορέα. Με άλλα

λόγια, ο δείκτης αυτός από μόνος του δεν συνιστά ικανό, επαρκές ή ασφαλές θεμέλιο αξιολόγησης των προσφορών που θα υποβληθούν χωρίς άλλα κριτήρια, που, όμως, δεν τίθενται στη διακήρυξη. Τούτο διότι εταιρίες με φαινομενικά υψηλή τιμή του δείκτη (>1,4) ενδέχεται στην πραγματικότητα να είναι οικονομικά ασθενέστερες και μη αυτάρκεις έναντι εταιριών με σχετικά χαμηλότερη τιμή δείκτη (<1,4). Συνεπώς, από μόνος του ο δείκτης αυτός δεν εξασφαλίζει την αναθέτουσα αρχή και δεν αποτελεί ασφαλές κριτήριο επιλογής ή απόδειξη καταλληλότητας. Η θέση λοιπόν στη διακήρυξη ενός μονοσήμαντου και τόσο υψηλού δείκτη, ελλείψει άλλων ουσιαστικών ποιοτικών συνδυαστικών κριτηρίων, καθιστά το κριτήριο άνευ ουσιαστικού σκοπού και αποτελέσματος. Εξάλλου, δεν προκύπτει ότι τίθεται σε κίνδυνο η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί της απαίτησης τήρησης των δεικτών για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας, η διακήρυξη έθετε λ.χ. η αναλογία να έχει ως αναφορά περιόδου την τριετία και ουχί κάθε έτος της. Ούτε προκύπτει ότι τίθεται σε κίνδυνο η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί της απαίτησης τήρησης των δεικτών για κάθε μέλος ενώσεων ή κ/ξ, η διακήρυξη έθετε μία σαφώς ολιγότερο επαχθή απαίτηση όπως θα ήταν λ.χ. η προϋπόθεση να δύναται να καλύπτεται αθροιστικά από τα μέλη εκάστης ένωσης ή κ/ξ, όπως, άλλωστε, ορίσθηκε για το γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών, ή από ένα εξ αυτών. Ούτε προκύπτει ότι τίθεται σε κίνδυνο η απρόσκοπτη χρηματοδότηση της σύμβασης εάν, αντί των τιμών που ορίσθηκαν στη διακήρυξη, επελέγετο μια λιγότερο επαχθής τιμή που και θα επέφερε το ίδιο επίπεδο διασφάλισης και θα αύξανε τον ανταγωνισμό και θα ενθάρρυνε τη συμμετοχή στην διεκδίκηση του αντικειμένου. Επιπρόσθετα, η θέσπιση όρων με αυξημένες και ειδικές απαιτήσεις συμμετοχής ευνοούν λίγους ή και έναν οικονομικό φορέα, που αναλαμβάνει την εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων οδοφωτισμού Ο.Τ.Α., ώστε βάσιμα να παρίσταται αντικειμενική παραβίαση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού και της διαφάνειας. Τούτο τεκμηριώνεται και από τις προσκομισθείσες από την προσφεύγουσα δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις άλλων εταιριών που δραστηριοποιούνται στο συγκεκριμένο κλάδο. Όταν μία απαίτηση δεν λαμβάνει υπόψη τις πραγματικές επικρατούσες συνθήκες, τότε όχι μόνο στρεβλώνει τον ανταγωνισμό, αλλά και αντιβαίνει στο σκοπό του

ενωσιακού νομοθέτη που αποτυπώνεται στην αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ για τη διευκόλυνση συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες συμβάσεις και στην, κατ' επέκταση, αύξηση της αποδοτικότητας των δημόσιων δαπανών. Επίσης, δεν παρίσταται δικαιολογημένη η επιλογή της εκπλήρωσης εκάστου των προσβαλλόμενων κριτηρίων οπωσδήποτε αυτοτελώς για κάθε συμμετέχοντα, οπότε με αυτόν τον τρόπο κατ' ουσίαν εμποδίζεται η στήριξη σε τρίτο οικονομικό φορέα. Ούτε παρίσταται δικαιολογημένη η επιλογή της εκπλήρωσης εκάστου των προσβαλλόμενων κριτηρίων οπωσδήποτε αυτοτελώς για κάθε συμμετέχοντα, καθήν στιγμή, σύμφωνα με το οριζόμενα στην παρ. 4 του άρθρου 19 του ν.4412/2016, όλα τα μέλη ένωσης ή κ/ξ ευθύνονται αλληλέγγυα και εις ολόκληρον έναντι της αναθέτουσας αρχής. Αλλά και η επιλογή του τρόπου πλήρωσης του ελάχιστου επιπέδου οικονομικής καταλληλότητας δεν είναι αυθαίρετη και απεριόριστη, σύμφωνα με το παραπάνω άρθρο 19 παρ. 2 του ν.4412/2016, αλλά τελεί υπό την προϋπόθεση να μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά και να μην παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Όλα τα παραπάνω καθιστούν έκαστο των ως άνω προσβαλλόμενων όρων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 5.5.β.ii της διακήρυξης μη νόμιμο, καθόσον εξεταζόμενος κάθε εξ αυτών όρος είτε μεμονωμένα είτε σε συνδυασμό με την κάλυψή τους για κάθε έτος της τελευταίας τριετίας και την κάλυψή τους από κάθε μέλος ένωσης ή κοινοπραξίας παρίσταται ως περιορίζων αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, υπερβολικός και δυσανάλογος του σκοπού για τον οποίο προβλέφθηκαν, αφού η οικονομική φερεγγυότητα και η επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση θα μπορούσε να αποδειχθεί εξίσου αποτελεσματικά με λιγότερο επαχθή τρόπο. Επιπροσθέτως, κρίνονται απρόσφοροι να αποδείξουν την οικονομική ικανότητα των εταιριών, αφού οι ζητούμενοι δείκτες δεν επαρκούν από μόνοι τους ως απόδειξη της ικανότητας αυτής, ούτε αντανακλούν την πραγματική οικονομική κατάσταση ενός υποψηφίου. Για όλους τους παραπάνω λόγους κρίνεται δεκτός ο πρώτος λόγος προσφυγής και η προσβαλλόμενη διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί όσον αφορά τον όρο 5.5.β.ii αυτής.

22. Επειδή, όσον αφορά στο δεύτερο λόγο προσφυγής, σχετικά με τα κριτήρια βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς και τον τρόπο βαθμολόγησής τους, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Κατά τον όρο 8.2.2. της διακήρυξης ορίζεται ότι «*Η αξιολόγηση των Τεχνικών Προσφορών των υποψηφίων Αναδόχων για την επιλογή του καταλληλότερου, θα γίνει με βάση τα ακόλουθα κριτήρια και συντελεστές βαρύτητας: Η Τεχνική Προσφορά θα αξιολογηθεί από την Επιτροπή σύμφωνα με τα κριτήρια που παρατίθενται στον ακόλουθο πίνακα.*

Κριτήρια Τεχνικής Αξιολόγησης (Συνολική βαρύτητα 70%)

Κριτήριο	***Βαθμολογία***	***Βαρύτητα***	***Αξιόλογηση***
Τ1 Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης αναβάθμισης - λειτουργίας του Συστήματος	*Β1=100 έως 150*	*30%*	*Τ1=Β1 χ 0,30*
Τ2 Πληρότητα - Προδιαγραφές ΣυστήματοςΤηλεελέγχου -Τηλεδιαχείρισης - Ελέγχου Κατανάλωσης Ενέργειας, Συστήματος Περιοδικής και Επεμβατικής Συντήρησης μέσω Η/Υ	*Β2=100 έως 150*	*15%*	*Τ2=Β2χ 0,15*
Τ3 Διάρθρωση Ομάδας Έργου - Χρονοδιάγραμμα Υλοποίησης	*Β3=100 έως150*	*10%*	*Τ3=Β3χ 0,10*
Τ4 Ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας νέου συστήματος (σε kWh) σε σχέση με το υφιστάμενο	*Β4=100 έως 150 '*	*45%*	*Τ5=Β4 χ 0,45*

Επίσης, κατά τον όρο 8.2.3. της διακήρυξης, που αφορά στη βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς, προβλέπεται ότι «8.2.3. *Βαθμολόγηση Τεχνικής Προσφοράς (Συνολική Βαρύτητα 70%): Η τεχνική αρτιότητα της πρότασης αποτελεί κριτήριο αποδοχής ή όχι της συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού. Το σύνολο της βαθμολόγησης της Τεχνικής Προσφοράς (Τ) προκύπτει από το άθροισμα των επιμέρους κριτηρίων (Τ1,Τ2,Τ3,Τ4) δηλαδή: Τ=Τ1+Τ2+Τ3+Τ4. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Η βαθμολόγηση των κριτηρίων Τ1,Τ2,Τ3,Τ4 γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης. Η τιμή βάσης των παραπάνω κριτηρίων είναι το 100 και το 150 η μέγιστη δυνατή βαθμολόγηση. Για το κριτήριο Τ4 την μεγαλύτερη βαθμολογία παίρνει ο υποψήφιος που προσφέρει την μεγαλύτερη εξοικονόμηση. Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, ο οποίος και*

παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 150. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Διακήρυξη, ήτοι 62% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης, με βάση την υφιστάμενη κατάσταση. Στην διάρκεια εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», όσοι υποψήφιοι δε συγκεντρώσουν σε οποιοδήποτε από τα επιμέρους κριτήρια της Παραγράφου 8.2.2 βαθμολογία τουλάχιστον 100,δεν συνεχίζεται η εξέταση του υπολοίπου της «ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» τους και ως εκ τούτου η προσφορά τους απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Οι εν λόγω υποψήφιοι μετά την ολοκλήρωση εξέτασης των Υποφακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», αποκλείονται από την διαδικασία. Ο Υποφάκελος «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» δεν αποσφραγίζεται.».

23. Επειδή, διαπιστώνεται ότι με έννομο συμφέρον προβάλλεται ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής, καθόσον, κατά δήλωση της προσφεύγουσας (βλ. σελ. 10 της προσφυγής), «*Οι δύο όροι που βάλλονται αποκλείουν - όπως θα καταδείξουμε στην συνέχεια - και στερούν το δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό της εταιρείας μας ……. Τούτο επιτυγχάνεται δια της εισαγωγής άκρως περιοριστικών, εξόχως αντιανταγωνιστικών, όλως αορίστων και ασαφών και εν γένει μη εύλογων απαιτήσεων για διαγωνισμό οδοφωτισμού... Παρέπεται να ειπωθεί και το αυτονόητο. Ότι ως μη νόμιμοι εξομοιούνται και οι όροι εκείνοι που διατυπώνονται ασαφώς και αορίστως, σε αντίθεση δηλαδή προς την αρχή της διαφάνειας και την υποχρέωση εκάστης Α.Α να συντάσσει διακήρυξη με σαφείς και ευνόητους όρους, όπως και εκείνοι που προδιαγράφουν όρους με αδιαφανή, αντιεπιστημονικό τρόπο, εξόχως ατεκμηρίωτα και εν τέλει με τρόπο που, το μεν, αποστερούν, λόγω της έκτασης της ασάφειας την υποβολή πλήρους και παραδεκτής προσφοράς, το δε, καθιστούν, αντικειμενικά αδύνατη και αδιαφανή την τεχνική αξιολόγηση και βαθμολόγηση των υποψηφίων. Όροι που διατυπώνονται με τέτοιους τρόπους ασαφώς και αορίστως δημιουργούν ανεπίτρεπτη και ανυπέρβλητη αδυναμία σύγχυση συμμετοχής, προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς στους υποψηφίους. Είναι δε αυτονόητο ότι διογκώνουν υπέρ της Α.Α το πεδίο ερμηνείας των στοιχείων εκάστης τεχνικής προσφοράς, με άλλα δημιουργούν και ενθαρρύνουν συνθήκες αδιαφανούς κρίσεως, συνεπώς, αυξάνουν, εις*

βάρος του διαγωνιζομένου, τον κίνδυνο απόρριψης μίας καθ' όλα πλήρους τεχνικής προσφοράς και την αδιαφάνεια κατά την αξιολόγηση, στην οποία, σημειωτέον, ως εκ της φύσεώς της, κυριαρχεί το υποκειμενικό κριτήριο...».

24. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον υπό κρίση λόγο ισχυρίζεται ότι δεν γίνεται καμία συγκεκριμένη περιγραφή του αντικειμένου τεχνικής αξιολόγησης των υποψηφίων στα κριτήρια Τ1, Τ2 και Τ3 εκτός από επιδερμικές - επιφανειακές αναφορές που αφορούν για το κριτήριο Τ1 μόνο σε «*Πληρότητα - Προδιαγραφές της προτεινόμενης Αναβάθμισης*», για το κριτήριο Τ2 μόνο σε «*Πληρότητα προδιαγραφές του Συστήματος*...» και για το κριτήριο Τ3 μόνο σε «*Διάρθρωση ομάδας έργου*», καθώς και ότι δεν γίνεται καμία απολύτως αναφορά στον τρόπο βαθμολόγησης των υποψηφίων στα κριτήρια Τ1, Τ2 και Τ3. Όσον αφορά δε στο κριτήριο Τ4, βαρύτητας 45%, με το οποίο βαθμολογείται η ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας, η οποία προκύπτει από την αφαίρεση της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος από την ετήσια ενεργειακή κατανάλωση του υφιστάμενου συστήματος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τούτο είναι προδήλως μη νόμιμο, αφού είναι αδύνατον σε κάθε υποψήφιο οικονομικό φορέα να υπολογίσει την ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας εξαιτίας της αντικειμενικής αδυναμίας υπολογισμού της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος και η ενεργειακή κατανάλωση του νέου συστήματος δεν είναι δυνατόν να υπολογιστεί εξαιτίας της αδυναμίας επιλογής των "κατάλληλων" τύπων φωτιστικών LED οι οποίοι να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Κατά την προσφεύγουσα, εξαιτίας δε των ασαφειών της διακήρυξης σχετικά με την επιλογή του κατάλληλου νέου εξοπλισμού αντικατάστασης (Φωτιστικά LED, Λαμπτήρες LED) είναι απίθανη η προσδοκία διαφανούς και αντικειμενικής αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων ως προς την προσφερόμενη ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας. Επί του λόγου αυτού λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Καταρχήν η αναλυτική περιγραφή του αντικειμένου της τεχνικής αξιολόγησης είναι αναγκαία γιατί διασφαλίζει τη με ίσο και αντικειμενικό τρόπο βαθμολόγηση. Η βαθμολόγηση δε των τεχνικών προσφορών πρέπει να βασίζεται σε συγκεκριμένα στοιχεία, τα οποία προσδιορίζονται με αντικειμενικά κριτήρια που τίθενται στη διακήρυξη. Για το λόγο αυτό ο υποψήφιος οικονομικός φορέας πρέπει να μπορεί να

διαμορφώσει μια τεχνική προσφορά γνωρίζοντας σε τι αξιολογείται επακριβώς, δηλαδή ποια σημεία των τεχνικών προδιαγραφών προκρίνονται ως πιο σημαντικά από την αναθέτουσα αρχή και στα οποία θα βασιστεί για να πριμοδοτήσει περισσότερο μια τεχνική προσφορά έναντι άλλης.

25. Επειδή, εν προκειμένω, με την εμπεριεχόμενη στον όρο 8.2.3. της διακήρυξης αναφορά ότι «*Η βαθμολόγηση των κριτηρίων γίνεται με βάση την πληρότητα και την εναρμόνιση των τεχνικών προσφορών για τα συγκεκριμένα κριτήρια σε σχέση με τις απαιτούμενες προδιαγραφές της Διακήρυξης*» δεν δίδονται σαφή και ποσοτικά προσδιορισμένα δεδομένα βάσει των οποίων θα δοθεί μεγαλύτερη βαθμολογία, με συνέπεια να προκαλείται στον υποψήφιο συμμετέχοντα σύγχυση ως προς τα στοιχεία διαμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς για την εξασφάλιση της απαιτούμενης και παραδεκτής βαθμολογίας. Έτσι, δεν προσδιορίζεται ποια είναι τα κριτήρια εκείνα που διαμορφώνουν τη βαθμολόγηση ενός υποψηφίου με 100 και ποια με 150, ούτε ορίζεται εάν η πληρότητα των προδιαγραφών αντιστοιχεί στο βαθμό 100 ή στο βαθμό 150. Επιπροσθέτως όσον αφορά στο κριτήριο Τ2 προκύπτει επιπλέον αδυναμία αντικειμενικής αξιολόγησης, ενόψει του ότι η αξιολόγησή του ερείδεται στα δεδομένα που θα δηλώσουν οι υποψήφιοι στις προφορές τους και όχι επί τη βάσει αποδεικτικών τεκμηρίων από τρίτες ανεξάρτητες πηγές, αφού δεν απαιτείται στη φάση του διαγωνισμού η προσκόμιση τέτοιων τεκμηρίων με το φάκελο τεχνικής προσφοράς. Πιο συγκεκριμένα, στο Παράρτημα 3 της διακήρυξης με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές» στο κεφάλαιο «6. ΣΥΣΤΗΜΑ ΤΗΛΕΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΥ ΚΑΤΑΝΑΛΩΣΗΣ» στη παράγραφο με τίτλο «ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΓΙΑ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΥΣ 6.1.1 ΩΣ 6.1.4» αναφέρεται ότι : «*γ. Όσον αφορά τις σχετικές πιστοποιήσεις - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους και τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports), θα κατατεθούν από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Σε περίπτωση που δεν προσκομιστούν, τότε ο Οικονομικός Φορέας κηρύσσεται έκπτωτος και ο δεύτερος σε κατάταξη Οικονομικός Φορέας, κηρύσσεται ως προσωρινά Ανάδοχος*». Επίσης στην παράγραφο 7.1.2 (Τεχνική προσφορά) ορίζεται ότι «*Στις περιπτώσεις σύνθετων λύσεων, όπως περιγράφονται στην περίπτωση α.,π.χ. LED controller ενσωματωμένο σε φωτιστικό καθώς και για το σύστημα Κόμβου*

Τηλεδιαχείρισης, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι υποχρεούνται να καταθέσουν την Δήλωση Συμμόρφωσης του Κατασκευαστή (Declaration of Conformity - DoC) εντός του φακέλου της Τεχνικής Προσφοράς. Όσον αφορά τα σχετικά πιστοποιητικά - βεβαιώσεις των Εργαστηρίων - Φορέων που διεξήγαγαν τους ελέγχους και τις Εκθέσεις Δοκιμών (Test Reports), κατατίθενται από τον Ανάδοχο κατά το στάδιο προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης επί ποινή αποκλεισμού.». Ως προκύπτει εξ αυτών θα βαθμολογηθεί ο υποψήφιος ανάλογα με το ό,τι δηλώσει και όχι επί τη βάσει αποδεικτικών τεκμηρίων από τρίτες ανεξάρτητες πηγές, αφού, ως προεκτέθηκε, δεν απαιτείται στη φάση του διαγωνισμού η προσκόμιση τέτοιων τεκμηρίων με το φάκελο της τεχνικής προσφοράς. Με τον τρόπο, όμως, αυτό δεν τεκμηριώνεται η αντικειμενικότητα του κριτηρίου αυτού. Επίσης, όσον αφορά στο κριτήριο Τ3, με το οποίο βαθμολογείται η διάρθρωση της ομάδας έργου, ασάφεια υφίσταται ως προς τον τρόπο βαθμολόγησης προσφοράς που περιλαμβάνει μεν την ομάδα έργου που προδιαγράφει η διακήρυξη, αλλά ο Υπεύθυνος Έργου έχει επί παραδείγματι διπλάσια εμπειρία σε διαχείριση συμβάσεων ως Υπεύθυνος Έργων. Ομοίως ασάφεια υφίσταται ως προς τον τρόπο βαθμολόγησης προσφοράς που επί παραδείγματι περιλαμβάνει μεν την ομάδα έργου που προδιαγράφει η διακήρυξη, αλλά ο αδειούχος Ηλεκτρολόγος/ Εγκαταστάτης διαθέτει διπλάσια εμπειρία. Ομοίως ασάφεια υφίσταται ως προς τον τρόπο βαθμολόγησης προσφοράς που επί παραδείγματι προσφέρει καλύτερη διάρθρωση ομάδας έργου, αλλά μεγαλύτερο χρονοδιάγραμμα έναντι προσφοράς που προσφέρει συντομότερο χρονοδιάγραμμα, αλλά με λιγότερο καλή διάρθρωση ομάδας έργου. Δηλαδή αν θα βαθμολογηθούν ίδια ή με ποια κριτήρια θα βαθμολογηθούν διαφορετικά τέτοιες προσφορές. Όσον αφορά στο κριτήριο Τ4, με το οποίο βαθμολογείται η ετήσια εξοικονόμηση ενέργειας, η οποία προκύπτει από την αφαίρεση της ετήσιας ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος από την ετήσια ενεργειακή κατανάλωση του υφιστάμενου συστήματος, τούτο, ως έχει ορισθεί, πάσχει ασάφειας και αοριστίας. Τούτο διότι η ενεργειακή κατανάλωση του νέου συστήματος δεν είναι δυνατόν να υπολογιστεί εξαιτίας της αδυναμίας επιλογής των «κατάλληλων» τύπων φωτιστικών LED, οι οποίοι να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Ειδικότερα, η διακήρυξη δεν παρέχει τα απαραίτητα δεδομένα στους

οικονομικούς φορείς ώστε να επιλέξουν τους «κατάλληλους» τύπους φωτιστικών αντικαταστάσεων που να συμμορφώνονται με όλους τους τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της. Η διακήρυξη δεν περιλαμβάνει πίνακα απόδοσης και ισχύος των νέων ειδών. Στη διακήρυξη, στο κεφάλαιο 3.ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ ΦΩΤΙΣΤΙΚΩΝ ΟΔΩΝ LED και συγκεκριμένα στο άρθρο 3.1 & 3.1.2 αναφέρεται χαρακτηριστικά : «*Τα Φωτιστικά Δρόμου LED θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να συμμορφώνονται με τα ακόλουθα:... Η απόδοση και η ισχύς τους θα είναι κατάλληλη, όπως προκύπτει από τον κάτωθι Πίνακα, καθώς και από το Φωτοτεχνικό Μοντέλο*.». Δηλαδή, η «καταλληλόλητα» των προσφερόμενων φωτιστικών θα αξιολογηθεί επί τη βάσει ενός πίνακα δεδομένων που θα περιλαμβάνει την ζητούμενη απόδοση και ισχύ τους, καθώς και επί τη βάσει του φωτοτεχνικού μοντέλου. Εντούτοις, στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, κάτωθι της επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης αυτής δεν υπάρχει κανένας πίνακας με την κατάλληλη ισχύ και απόδοση των ζητούμενων φωτιστικών LED και συνεπώς, ελλείψει στοιχείων καταλληλότητας, δεν είναι δυνατόν να συνταχθεί ορθή προσφορά. Ο μοναδικός πίνακας στη διακήρυξη που αναφέρεται στα Φωτιστικά LED είναι ο πίνακας της παραγράφου 7.6 του Παραρτήματος 3, στον οποίο, όμως, αναφέρονται μόνο κάποιες προτεινόμενες τιμές ισχύος και όχι οι αποδόσεις των ζητούμενων φωτιστικών LED. Στο κεφαλαίο 5 της διακήρυξης με τίτλο «Φωτοτεχνικό μοντέλο» δεν γίνεται καμία αναφορά σε «κατάλληλες» αποδόσεις φωτιστικών και ούτε αυτές μπορούν να προκύψουν από τα διαθέσιμα δεδομένα, αφού, στο συγκεκριμένο κεφάλαιο, δεν περιλαμβάνονται τα φωτομετρικά μοντέλα με τα απαραίτητα δεδομένα (πλάτος οδοστρώματος, λωρίδες κυκλοφορίας, απόσταση ιστών, ύψος τοποθέτησης φωτιστικού, απόσταση θέσης από το οδόστρωμα κ.ά.) βάσει των οποίων οι υποψήφιοι, όπως υποχρεούνται, θα δοκιμάσουν και θα επιλέξουν τα φωτιστικά που θα προσφέρουν. Περιλαμβάνονται μόνον τα αποτελέσματα των μελετών που εκπονήθηκαν από την αναθέτουσα αρχή σε κάποια φωτομετρικά μοντέλα και μάλιστα για ένα μέρος των ζητούμενων φωτιστικών LED. Τα αποτελέσματα αυτά αφορούν σε 5 από τους συνολικά 20 τύπους φωτιστικών αντικατάστασης που αναφέρονται στον πίνακα της παραγράφου 7.6. Επίσης, οι αντικαταστάσεις που αναφέρονται στα αποτελέσματα αυτά, για τους 4 από τους 5 τύπους δεν είναι ίδιες με αυτές που αναφέρονται στον πίνακα

αντικαταστάσεων της παραγράφου 7.6. Δηλαδή για τους 20 τύπους φωτιστικών LED που δίδονται ως αντικαταστάσεις των υφιστάμενων συμβατικών στο πίνακα 7.6, δεν υπάρχουν φωτοτεχνικά μοντέλα βάσει των οποίων οι υποψήφιοι θα ελέγξουν και θα επιλέξουν τα προσφερόμενα φωτιστικά με την «κατάλληλη» απόδοση και ισχύ. Επιπροσθέτως, σε 19 από τους 20 τύπους δεν παρατίθενται ούτε καν τα αποτελέσματα συμμόρφωσης με το πρότυπο ΕΝ13201. Αλλά και μετά την εκ των υστέρων (ήτοι μετά την άσκηση της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής) ανάρτηση από την αναθέτουσα αρχή στο ΕΣΗΔΗΣ πίνακα αποδόσεων και ισχύος, οι ανωτέρω ελλείψεις δεν πληρώθηκαν. Ειδικότερα, ο πίνακας αυτός, όπως αναφέρει, αποτυπώνει τα όρια ισχύος και φωτεινής απόδοσης ανά τύπο Φωτιστικού. Στον πίνακα αυτόν περιγράφονται τα όρια αυτά για τρία είδη φωτιστικών, ήτοι τα Φ1, Φ2, Φ3, ονομασίες που δεν αναφέρονται πουθενά στα τεύχη δημοπράτησης. Δεν προκύπτει έτσι πως σχετίζονται τα Φωτιστικά οδών LED Φ1, Φ2, Φ3 του πίνακα με τους 20 τύπους του πίνακα αντικαταστάσεων (ισοδυναμίας) της παραγράφου 7.6 της διακήρυξης. Ούτε και μετά την εκ των υστέρων (ήτοι μετά την άσκηση της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής) ανάρτηση από την αναθέτουσα αρχή της φωτοτεχνικής μελέτης, οι ανωτέρω ελλείψεις πληρώθηκαν, αφού δεν μπορεί να γίνει αντιστοίχιση των ειδών της φωτοτεχνικής μελέτης με τον πίνακα της παρ. 7.1 της διακήρυξης. Τούτο διότι α) στον πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης υπάρχουν περιγραφές των τύπων φωτιστικών χωρίς περιγραφή της πηγής φωτισμού (τύπος λαμπτήρας ή LED σε W), ενώ στον πίνακα της παραγράφου 7.1 της διακήρυξης υπάρχουν περιγραφές της πηγής φωτισμού και δεν υπάρχουν περιγραφές των τύπων φωτιστικών. Επίσης δεν μπορεί να γίνει αντιστοίχιση βάσει του πλήθους γιατί οι κατανομές ανά τύπο φωτιστικού είναι εντελώς διαφορετικές. β) Στο πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης αναφέρονται περιγραφές εξοπλισμού από τις οποίες είναι αδύνατο να διαπιστώσει κανείς για ποιο τύπο φωτιστικού πρόκειται και αν πρόκειται καν για φωτιστικό (π.χ Μέταλλο με 90 μοίρες κλίση, Μέταλλο οριζόντιο, τετράγωνο, τεχν. LED, άλλο, χωρίς λαμπτήρα). Μάλιστα κατά τη φωτοτεχνική μελέτη απαιτείται η αντικατάσταση σε 2548 σημεία του Δήμου ενός φωτιστικού με το όνομα «Μέταλλο με 90 μοίρες κλίση» για το οποίο δεν μπορεί να διαπιστωθεί αν πρόκειται για φωτιστικό και εν συνεχεία για τα χαρακτηριστικά του (τύπος, ισχύς, τρόπος στήριξης κ.λπ.). Επίσης,

αναγράφονται και τύποι υφιστάμενων φωτιστικών που δεν τοποθετούνται σε βραχίονα (ΚΩΝΟΣ, ΜΠΑΛΑ ΜΟΝΗ, φαναράκι μονό), αλλά τοποθετούνται σε κορυφή ιστού, ενώ στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης προδιαγράφονται Φωτιστικά Δρόμου LED, τα οποία, όπως αναφέρει στην παράγραφο 3.1 θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να «…*είναι κατάλληλα για οδοφωτισμό και να μπορούν να τοποθετηθούν σε βραχίονα*». Προκύπτει έτσι ότι ζητείται από τους υποψηφίους να προσφέρουν Φωτιστικά led βραχίονα σε αντικατάσταση φωτιστικών που δεν διαθέτουν βραχίονα. γ) Στο πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης αναφέρονται προβολείς (137 τεμάχια), ενώ στην διακήρυξη δεν δίδονται προδιαγραφές ή άλλα στοιχεία για αντικατάσταση προβολέων. Δεν προκύπτει δηλαδή αν ζητείται από τους υποψηφίους να προσφέρουν φωτιστικά βραχίονα LED σε αντικατάσταση Προβολέων. δ) Στα τεύχη της διακήρυξης και συγκεκριμένα στην παράγραφο 4 των τεχνικών προδιαγραφών δίδονται προδιαγραφές για Λαμπτήρες LED. Δεν προκύπτει, όμως, σε ποιους από τους τύπους του πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης θα αντικατασταθούν μόνο οι λαμπτήρες και σε ποια ολόκληρα τα φωτιστικά. ε) Με βάση τους αναγραφόμενους τύπους του πίνακα της φωτοτεχνικής μελέτης, τα φωτιστικά LED που ζητούνται δεν αντικαθιστούν έναν συγκεκριμένο τύπο υφιστάμενου φωτιστικού, αλλά μια ευρεία γκάμα τύπων με διαφορετικές τεχνικές προδιαγραφές. Δεν προκύπτει δηλαδή αν ζητείται να αντικατασταθούν όλοι οι υφιστάμενοι τύποι με ένα τύπο φωτιστικού LED βραχίονος. Διότι αν η απάντηση είναι αρνητική, τότε υπάρχει σύγχυση ως προς τις ποσότητες, την απόδοση και την ισχύ ανά ζητούμενο τύπο αντικατάστασης. Επίσης, από το αρχείο με τα στοιχεία της αποτύπωσης της υφιστάμενης κατάστασης του οδοφωτισμού του Δήμου ..., που μετά την υποβολή της προσφυγής η αναθέτουσα αρχή ενημέρωσε ότι βρίσκονται στον ακόλουθο σύνδεσμο: ... δεν προκύπτει οποιαδήποτε επιπρόσθετη ή διευκρινιστική πληροφορία σχετικά με τις διαπιστωμένες βασικές ελλείψεις δεδομένων της διακήρυξης. Περαιτέρω, στο κεφάλαιο 5 της διακήρυξης αναφέρεται ότι: «*Για τη συγκριτική αξιολόγηση των προσφερόμενων Φωτιστικών Σωμάτων, οι υποψήφιοι Ανάδοχοι οφείλουν, στην Τεχνική Προσφορά τους, να καταθέσουν Φωτοτεχνική Μελέτη πρότυπων αντιπροσωπευτικών δρόμων*...». Ωστόσο, ελλείψει ενός υποδεικνυόμενου από την αναθέτουσα αρχή φωτοτεχνικού μοντέλου που να περιλαμβάνεται στα

τεύχη δημοπράτησης, η παραπάνω απαίτηση οδηγεί τον κάθε υποψήφιο να διαμορφώσει τους κατά την κρίση του δικούς του αντιπροσωπευτικούς δρόμους και κατ' επέκταση να αξιολογούνται συγκριτικά οι προσφορές των υποψηφίων επί τη βάσει αντιπροσωπευτικών δρόμων που επειδή οι ίδιοι έχουν διαμορφώσει κατά την κρίση τους και δεν θα είναι ταυτόσημοι. Σε άλλο σημείο στο κεφάλαιο 5, οι υποψήφιοι φορείς καλούνται, επί ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσουν με την τεχνική προσφορά τους τα φωτοτεχνικά δεδομένα των προσφερόμενων τύπων φωτιστικών σωμάτων Led, με τα οποία ικανοποιείται φωτοτεχνικό μοντέλο που δεν περιλαμβάνεται στα τεύχη δημοπράτησης. Ενόψει όλων των ανωτέρω αόριστων δεδομένων του κανονιστικού πλαισίου τεκμηριώνεται αδυναμία των υποψηφίων να επιλέξουν φωτιστικά LED σύμφωνα και συμβατά με τους προδιαγραφόμενους όρους και άρα, κατ' ακολουθία, είναι αδύνατος ο υπολογισμός της ενεργειακής κατανάλωσης του νέου συστήματος όσον αφορά στο κριτήριο Τ4 και στον τρόπο βαθμολόγησής του. Τέλος, ο δια του Υπομνήματος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι «*Αναφορές σε παλαιότερες διακήρυξης ουδόλως λαμβάνονται υπόψη καθ' ο μέρος αντιτίθενται, πρόδηλα, στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνιστικών διαδικασιών*» κρίνεται βάσιμος (ΕΑ ΣτΕ 72/2015, 269/2014, 416/2013, 215/2013, 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007 κ.ά.). Τούτων δοθέντων, οι προσβαλλόμενοι όροι 8.2.2. και 8.2.3. της εξεταζόμενης διακήρυξης τυγχάνουν ακυρωτέοι, λόγω ασάφειας, δεκτού καθισταμένου του δεύτερου λόγου προσφυγής ως βάσιμου.

26. Επειδή, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και της διαφάνειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, ENV AG Wienstrom GmbH κ.λ.π, σκέψεις 92-95).

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω κριθέντων, η προσβαλλόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί, δεκτής καθισταμένης ως βάσιμης της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 15.000,00€, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό πρωτοκόλλου .../.../28-12-2020 διακήρυξη της Περιφέρειας ... για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης «ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΤΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗΣ ΑΠΟΔΟΣΗΣ ΤΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥ ΟΔΙΚΟΥ ΚΑΙ ΑΣΤΙΚΟΥ ΦΩΤΙΣΜΟΥ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...».

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του με κωδικό ... ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 15.000,00€.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 4 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 23 Μαρτίου 2021.

Ο Πρόεδρος	**Ο Γραμματέας**
Φώτιος Θεοδ. Κατσίγιαννης **Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.**	**Κωνσταντίνος Πουρναράς**

Αριθμός απόφασης: 213/2021

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13-1-2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 4-12-2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού ΕΣΗΔΗΣ) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1811/4-12-2020 της εταιρίας με την επωνυμία « *** », νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ *** », νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αρ. 258/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης για την ανάθεση της σύμβασης έργου « *** », ως και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη της αναθέτουσας αρχής.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ***), ποσού 1.260,00€.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α΄), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 25-11-2020, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 4-12-2020.

5. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο συγκεκριμένο διαγωνισμό και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος, προσδοκεί δε με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή να αναδειχθεί αυτή και οριστική ανάδοχος του έργου.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με ΑΔΑΜ *** 2020-08-07 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της σύμβασης έργου « *** », προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 251.612,90€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ και διάρκειας 9 μηνών. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό *** . Κριτήριο ανάθεσης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίσθηκε στις 4-9-2020. Το έργο αφορά στην αποκατάσταση τμήματος της οδού που οδηγεί από τον Οικισμό « *** » στους οικισμούς *** του Δήμου *** *** . Οι εργασίες που θα πραγματοποιηθούν είναι χωματουργικές εργασίες, οδοστρωσία, ασφαλτικά, σήμανση, τοποθέτηση μονόπλευρων χαλύβδινων στηθαίων ασφαλείας και διαγράμμιση. Με την υπ' αριθ. 191/2020 (ΑΔΑ: ***) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου *** *** εγκρίθηκε το από 8.9.2020 Πρακτικό Ι της Επιτροπής του Διαγωνισμού και η προσφεύγουσα ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του έργου. Κατόπιν της από 8.10.2020 πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα υπέβαλε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ηλεκτρονικά στο ΕΣΗΔΗΣ στις 13.10.2020 και σε έντυπη μορφή στις 14.10.2020 (αρ. πρωτ. εισ. 12179/14.10.2020 Δήμου *** ***). Κατά το Πρακτικό ΙΙ της Επιτροπής του Διαγωνισμού, η τελευταία διεξήγαγε έλεγχο των ανωτέρω δικαιολογητικών που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά και σε έντυπη μορφή και διαπίστωσε ότι η δεν προσκόμισε την υπεύθυνη δήλωση περί μη εκδόσεως σε βάρος της απόφασης αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, η οποία, κατά την κρίση της

Επιτροπής Διαγωνισμού, αποτελεί την απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης του άρθρου 22.Α.9 της διακήρυξης, όπως ορίζεται στο εδάφιο 23.3.(στ).(δ) αυτής και εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου « *** », να κινηθεί η διαδικασία για την κατάπτωση της με αριθμό e-84729 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που εκδόθηκε από το ΤΜΕΔΕ ποσού 5.030,00 €, του προσωρινού αναδόχου, ως και την κατακύρωση της σύμβασης στον προσφέροντα με την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρούμενης της διαδικασίας που προβλέπεται στο άρθρο 4.2 της διακήρυξης, ήτοι να προσκληθεί ο οικονομικός φορέας « *** » με μέση ποσοστιαία έκπτωση 32,76 % (αρ. Ηλεκτρονικής Προσφοράς 164641), να υποβάλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Ακολούθως, η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου *** *** ομόφωνα αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου « *** », την κίνηση της διαδικασίας για την κατάπτωση της με αριθμό e-84729 εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που εκδόθηκε από το ΤΜΕΔΕ ποσού 5.030,00 €, του προσωρινού αναδόχου και την κατακύρωση της σύμβασης στον προσφέροντα με την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, τηρούμενης της διαδικασίας που προβλέπεται στο άρθρο 4.2 της διακήρυξης, ήτοι να προσκληθεί ο οικονομικός φορέας « *** » με μέση ποσοστιαία έκπτωση 32,76 % (αρ. Ηλεκτρονικής Προσφοράς 164641), να υποβάλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

7. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω απόφασης, προβάλλοντας τα εξής: Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη το άρθρο 74 και την παρ. 6 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, την Κατευθυντήρια Οδηγία υπ' αριθ. 18 (Απόφαση 183/2016) της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, σύμφωνα με την οποία (σελ 43): «*Οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης,*

ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής», την Κατευθυντήρια Οδηγία υπ' αριθ. 20 (απόφαση 42/30-5-2017) της ιδίας Αρχής, όπου στην υποσημείωση 109 (σελ. 34) αναφέρεται: «*Σημειωτέον ότι, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρ. 6 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, οι προσφέροντες δεν υποχρεούνται να προσκομίζουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων πρέπει να εμπεριέχεται στο Έ.Ε.Ε.Σ. ή στο Τ.Ε.Υ.Δ.* ...» και (σελ. 37 της ίδιας Κατευθυντήριας Οδηγίας) «*ε) Για τη μη επιβολή, σε βάρος του οικονομικού φορέα, διοικητικού αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις κατά το άρθρο 74 του ν. 4412/2016: Τα σχετικά αποδεικτικά μέσα καθορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Ενδεικτικά θα μπορούσε να γίνει δεκτή η προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης του οικονομικού φορέα ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας εγκατάστασής του ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016. Και τούτο, μέχρι να λειτουργήσει π Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συβάσεων στην οποία θα τηρείται κατάλογος των αποκλεισθέντων οικονομικών φορέων (πρβ. αρ. 74 παρ. 6 του ν. 4412/2016)*» προβάλει ότι η Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων ήδη λειτουργεί από 1.6.2018 στο διαδικτυακό ιστότοπο https://ppp.eaadhsy.gr/index.php/el/. και σύμφωνα τη σχετική ανακοίνωση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων: «*Η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων ανακοινώνει την, από 1-6-2018, επίσημη λειτουργία της νέας διαδικτυακής πύλης της Εθνικής Βάσης Δεδομένων. Η Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με τον ιδρυτικό της Νόμο ν. 4013/2011 (άρθρο 2 παρ. 2 περίπτωση ι), το ν. 4412/2016 (άρθρο 74 παρ 6, άρθρα 340 και 342), καθώς και την Εθνική Στρατηγική για τις Δημόσιες Συμβάσεις 2016-2020, ολοκλήρωσε το σχεδίασμά και την υλοποίηση της διαδικτυακής πύλης "www.eaadhsy.gr" προκειμένου να λειτουργήσει η Εθνική Βάση Δεδομένων*

Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Β.Δ.ΔΗ.ΣΥ). Η Ε.Α.Δ.ΔΗ.ΣΥ παρέχει ελεύθερη και απεριόριστη πρόσβαση σε όλες τις κεντρικές αρχές αγορών, τις αναθέτουσες αργές και τους αναθέτοντες φορείς, τους οικονομικούς φορείς, τις επιχειρήσεις αλλά και κάθε ενδιαφερόμενο σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις στην Ελλάδα και την υπόλοιπη Ευρώπη. Συγκεκριμένα στη νέα διαδικτυακή πύλη, επί του παρόντος, παρέχεται η πρόσβαση σε: Α) Στοιχεία Δημοσίων Συμβάσεων - Στατιστικές Απεικονίσεις των ετών 2016, 2017 και 2018 (Α' τρίμηνο) Β) Μητρώο Αναθετουσών Αρχών και Χωριστών Επιχειρησιακών Μονάδων Γ) Κατάλογο Αποκλεισθέντων Οικονομικών Φορέων (απαιτείται διαβαθμισμένη πρόσβαση) Δ) Νομοθεσία - Ενωσιακό και Εθνικό Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων». Επίσης, η προσφεύγουσα επικαλείται α) την παρ. 22.Α.9. του άρθρου 22 της Διακήρυξης (σελ. 26) κατά το οποίο «*Οικονομικός φορέας που του έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης*», β) την παρ. 23.3 της Διακήρυξης με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α» κατά την υποπαράγραφο (στ) εδάφιο (δ) με τίτλο «Δικαιολογητικά της παρ. Α.5 του Άρθρου 22» κατά την οποία «*Για την περίπτωση του άρθρου 22.Α.9. της παρούσας διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016*» (σελ. 31 της Διακήρυξης), ως και γ) την παρ. 23.2 της ιδίας Διακήρυξης (σελ. 28) όπου ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι «*οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ)*». Για τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό η προσφεύγουσα υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης που προβλέπεται στο άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016. Ο νόμιμος εκπρόσωπός της, Χαράλαμπος Τσέλος, συμπεριέλαβε στο ΤΕΥΔ και

τις εξής δηλώσεις: «*Μέρος VI: Τελικές δηλώσεις - Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι τα στοιχεία που έχω αναφέρει σύμφωνα με τα μέρη IIV ανωτέρω είναι ακριβή και ορθά και ότι έχω πλήρη επίγνωση των συνεπειών σε περίπτωση σοβαρών ψευδών δηλώσεων. Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι είμαι σε θέση, κατόπιν αιτήματος και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσω τα πιστοποιητικά και τις λοιπές μορφές αποδεικτικών εγγράφων που αναφέρονται, εκτός εάν α) η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας έχει τη δυνατότητα να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν, β) η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας έχουν ήδη στην κατοχή τους τα σχετικά έγγραφα. Ο κάτωθι υπογεγραμμένος δίδω επισήμως τη συγκατάθεσή μου στον ΔΗΜΟ *** , προκειμένου να αποκτήσει πρόσβαση σε δικαιολογητικά των πληροφοριών τις οποίες έχω υποβάλλει στο παρόν Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης για τους σκοπούς της σύναψης σύμβασης του έργου: « *** ». Αθήνα, 3/9/2020 - [ψηφιακή υπογραφή]*». Στο ίδιο έντυπο ο νόμιμος εκπρόσωπος της προσφεύγουσας συμπεριέλαβε, ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, όλες τις δηλώσεις περί μη συνδρομής των λόγων, που σύμφωνα με το νόμο μπορούν να επιφέρουν αποκλεισμό της από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Οπότε, είναι σαφές, κατ' αυτήν, ότι αφενός έχει δηλώσει υπεύθυνα ότι δεν συντρέχει περίπτωση αποκλεισμού της και κατά μείζονα λόγο ότι δεν έχει εκδοθεί ποτέ σε βάρος της απόφαση αποκλεισμού, αφετέρου έχει παράσχει τη ρητή συγκατάθεσή της στην αναθέτουσα αρχή να αποκτήσει πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων και να αντλήσει κάθε πληροφορία, για την οποία δεν υποβάλαμε το αντίστοιχο δικαιολογητικά. Από τις ανωτέρω διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης προκύπτει με σαφήνεια, κατά την προσφεύγουσα, ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να προσφύγει στην Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων, προκειμένου να λάβει την πληροφορία περί του ότι δεν έχει επιβληθεί ποτέ σε αυτήν αποκλεισμός, κατά το άρθρο 74 του ν. 4412/2016 και την παρ. 22.Α.9 της διακήρυξης. Επίσης προκύπτει, κατά την προσφεύγουσα, ότι αυτή δεν ήταν υποχρεωμένη να υποβάλει την υπεύθυνη δήλωση του εδ. (δ) της υποπαρ. (στ) της παρ. 23.3 της διακήρυξης, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει αμφίδρομα τόσο τους διαγωνιζόμενους όσο και την αναθέτουσα

αρχή. Και τούτο διότι ειδικά για τις αποφάσεις αποκλεισμού του οικονομικού φορέα από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, προβλέπεται στο νόμο (άρθρο 79 παρ. 6 του ν. 4412/2016) ότι αυτές καταχωρούνται στην Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων, με πλήρη στοιχεία του φορέα και την περίοδο του αποκλεισμού του, στην οποία βάση δεδομένων η αναθέτουσα αρχή διαθέτει εκ του νόμου άμεση και ακώλυτη πρόσβαση, ακόμη και χωρίς τη συναίνεση του φορέα, πολλώ δε μάλλον όταν η συναίνεση αυτή έχει δοθεί δια της σχετικής δηλώσεως στο ΤΕΥΔ. Έτσι, ο Δήμος *** *** όφειλε να προστρέξει στην Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων και να διαπιστώσει ευχερώς ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος της προσφεύγουσας καμία απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, η δε προσφεύγουσα δεν παρέλειψε να υποβάλει κανένα δικαιολογητικά από εκείνα που όφειλε σύμφωνα με το νόμο και τη Διακήρυξη. Συνακόλουθα η απόρριψη της προσφοράς της από το διαγωνισμό για το λόγο ότι δεν προσκόμισε την υπεύθυνη δήλωση περί μη εκδόσεως σε βάρος της απόφασης αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί, κατά την προσφεύγουσα. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικουρικώς και υπό την εκδοχή ότι η υποβολή της υπεύθυνης δήλωσης του εδ. (δ) της υποπαρ. (στ) της παρ. 23.3 της διακήρυξης ήταν επιβεβλημένη σε κάθε περίπτωση και η παράλειψη υποβολής επιφέρει αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από το διαγωνισμό, προκύπτει αντίφαση και ασάφεια του πιο πάνω όρου με τον όρο της παρ. 23.2 της διακήρυξης (σελ. 28), όπου τίθεται ρητώς ότι οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων και μάλιστα η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο ΤΕΥΔ. Έτσι, κατά την προσφεύγουσα, οι πιο πάνω όροι της διακήρυξης, που προφανώς δημιουργούν ασάφεια, δεν μπορούν να ερμηνευθούν, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών, σε βάρος της, αφού αυτή εύλογα θεώρησε ότι, σύμφωνα με την παρ. 23.2 της διακήρυξης και των δηλώσεών της στο ΤΕΥΔ, δεν υποχρεούται να υποβάλει την υπεύθυνη δήλωση του εδ. (δ) της υποπαρ. (στ) της παρ. 23.3 της διακήρυξης.

Αυτό ισχύει ακόμη κι αν υποστηριζόταν ότι δεν εμπεριέχεται ορθή δήλωση συναίνεσης στο ΤΕΥΔ (πράγμα που δεν ισχύει εν προκειμένω, ως υποστηρίζει η προσφεύγουσα), αφού ακόμη και υπό την εκδοχή της μη συμπλήρωσης ή/και μη ορθής συμπλήρωσης ενός ή περισσότερων πεδίων του ΤΕΥΔ, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να καλούν τον οικονομικό φορέα να παράσχει σχετικές διευκρινίσεις ή να συμπληρώσει έγγραφο ή δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Πολλώ δε μάλλον, στις περιπτώσεις που επίκειται αποκλεισμός προσφέροντα ή υποψηφίου από τη διαδικασία, για λόγους ασάφειας των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς, συμπεριλαμβανομένου του ΤΕΥΔ. Έτσι η Αναθέτουσα Αρχή, πριν εκδώσει την προσβαλλόμενη και απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας, όφειλε, κατ' αυτήν, να εφαρμόσει το νόμο και να προβεί σε κάποια από τις εξής ενέργειες: α) Αν υποτεθεί ότι δεν είχε τη συναίνεση της προσφεύγουσας, δια του ΤΕΥΔ, να αναζητήσει την πληροφορία της ύπαρξης απόφασης αποκλεισμού ή μη της προσφεύγουσας στην Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων, να καλέσει την προσφεύγουσα να παράσχει τη συναίνεση αυτή. β) Αν έκρινε ότι παρά την ασάφεια της διακήρυξης, η προσφεύγουσα όφειλε σε κάθε περίπτωση να υποβάλει την επίμαχη υπεύθυνη δήλωση, να την καλέσει να την υποβάλει. Συνακόλουθα, η προσφορά της προσφεύγουσας δεν θα μπορούσε νομίμως να απορριφθεί, πριν τουλάχιστον της δοθεί η δυνατότητα να πράξει ανάλογα με τα ανωτέρω, κατόπιν πρόσκλησής της αναθέτουσας αρχής. Επειδή, κατά την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή δεν τήρησε τις πιο πάνω νόμιμες υποχρεώσεις της και εξέδωσε την προσβαλλόμενη, αυτή είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί. Εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή μη νομίμως, κατά παράβαση των αρχών της χρηστής διοίκησης και της αναλογικότητας, κατά την προσφεύγουσα, δεν ενάσκησε τη διακριτική ευχέρεια που της παρέχεται με το άρθρο 317 παρ. 3 του ν. 4412/2016, κατά το οποίο αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. Δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή όφειλε μετά την έκδοση του Πρακτικού ΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού

και πριν την έκδοση της προσβαλλόμενης να εφαρμόσει το άρθρο 79 παρ. 6 του ν. 4412/2016 και την παρ. 23.2 της διακήρυξης και να αναζητήσει την πληροφορία περί της ουδέποτε επιβολής σε βάρος της εταιρείας μας απόφασης αποκλεισμού στην Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων. Όμως, κατά την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή δεν έπραξε ως όφειλε και εξέδωσε την προσβαλλόμενη, αυτή είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί. Τέλος, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη το άρθρο 18 του Ν. 4412/2016, προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση επιφέρει τον αποκλεισμό της για την αποδιδόμενη παράλειψή της να υποβάλει την υπεύθυνη δήλωση του εδ. (δ) της υποπαρ. (στ) της παρ. 23.3 της διακήρυξης, δηλαδή για παράλειψη για την οποία δεν φέρει καμία υπαιτιότητα, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα. Η συνέπεια που επέρχεται από την ισχύ της προσβαλλομένης και τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας, πέραν της ζημίας της, είναι και ο περιορισμός του ανταγωνισμού και η ανάδειξη αναδόχου που δεν προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, κατά την απαίτηση της διακήρυξης. Για το λόγο αυτό η προσβαλλόμενη είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί, κατά την προσφεύγουσα.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το από υπ' αρ.πρωτ.275/2020 έγγραφο διαβίβασε προς την ΑΕΠΠ τις απόψεις της προς απόρριψη της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής, τις οποίες και κοινοποίησε, μέσω ΕΣΗΔΗΣ, και στην προσφεύγουσα στις 14-12-2020, προβάλλοντας τα ακόλουθα: «*α) Η προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα εντός του χρονικού ορίου των δέκα (10) ημερών που προβλέπεται από τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 4 της διακήρυξης καθώς και από τις διατάξεις του άρθρου 4 του Π.Δ. 39/2017. β) Ο λόγος απόρριψης της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου με την επωνυμία *** , σύμφωνα με το ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΙΙ της επιτροπής διαγωνισμού είναι "...ότι δεν προσκομίστηκε η υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, η οποία κατά το εδάφιο 23.3.(στ).(δ) της διακήρυξης είναι η απόδειξη της μη συνδρομής του λόγου αποκλεισμού της περίπτωσης του άρθρου 22.Α.9 της διακήρυξης ..."Αν και από τα δικαιολογητικά που προσκόμισε η *** προκύπτει εμμέσως ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του ανωτέρω οικονομικού φορέα, απόφαση αποκλεισμού*

σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016, εντούτοις δεν προσκομίστηκε η υπεύθυνη δήλωση, ως τυπικό δικαιολογητικό, που προβλέπεται από τη διακήρυξη. Για το λόγο αυτό η Οικονομική Επιτροπή ενέκρινε το ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΙΙ της επιτροπής διαγωνισμού και εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση με αριθμό 258/2020, απορρίπτοντας την εν λόγω προσφορά.».

9. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «*Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή 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*».

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

11. Επειδή, κατά το άρθρο 74 του ν.4412/2016 ορίζονται τα εξής «*1. Αν στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης μιας δημόσιας σύμβασης διαπιστωθεί ότι συντρέχει στο πρόσωπο ενός οικονομικού φορέα ένας από τους λόγους αποκλεισμού των παραγράφων 1, 2γ και 4 του άρθρου 73 κι ο οικονομικός φορέας δεν λάβει τα μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία του, όπως αυτά ορίζονται στην παράγραφο 7 του άρθρου 73 μπορεί να επιβληθεί εις βάρος του αποκλεισμός από τη συμμετοχή σε εν εξελίξει και μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων για εύλογο χρονικό διάστημα……..3. Ο αποκλεισμός επιβάλλεται με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, Δικαιοσύνης, Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, αρμόδιου για θέματα καταπολέμησης διαφθοράς, καθώς και Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, που εκδίδεται μετά από αιτιολογημένη εισήγηση της αναθέτουσας αρχής που διαπιστώνει την συνδρομή των λόγων αποκλεισμού και (α) για τις διαδικασίες που αφορούν σύναψη δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών κατόπιν γνώμης του συλλογικού οργάνου της παρ. 5 του άρθρου 41, και (β) για διαδικασίες που αφορούν σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, κατόπιν γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου της Γενικής Γραμματείας Υποδομών. Πριν από την έκδοση της απόφασης περί αποκλεισμού ορισμένου οικονομικού φορέα, παρέχεται σε αυτόν η δυνατότητα ακροάσεως……..6. Οι αποφάσεις που εκδίδονται βάσει της παρ. 3 γνωστοποιούνται στην Αρχή, στη Γενική Γραμματεία Εμπορίου και Προστασίας του Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού και στη Γενική Γραμματεία Υποδομών του Υπουργείου Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων. Στην Εθνική Βάση Δεδομένων Δημοσίων Συμβάσεων τηρείται κατάλογος των αποκλεισθέντων οικονομικών φορέων, στον οποίο καταχωρούνται τα στοιχεία και η περίοδος αποκλεισμού εκάστου εξ αυτών, υπό την επιφύλαξη των διατάξεων του ν. 2472/1997 (Α' 50).*». Επίσης, στο άρθρο 79 παρ. 5 & 6 του ν.4412/2016 προβλέπεται ότι «*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, εξαιρουμένων των συμβάσεων που*

βασίζονται σε συμφωνίες-πλαίσιο, όταν οι συμβάσεις αυτές συνάπτονται δυνάμει της παρ. 4 του άρθρου 39 ή της περίπτωσης α` της παρ. 5 του άρθρου 39, 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. 6. Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Κατά παρέκκλιση της παρ. 5, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά, όταν η αναθέτουσα αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση ή συνάψει τη συμφωνία- πλαίσιο, διαθέτει ήδη τα δικαιολογητικά αυτά. Για τον σκοπό του πρώτου εδαφίου, η Γενική Δ/νση Μεταρρυθμιστικής Πολιτικής και Ηλεκτρονικής Διακυβέρνησης του Υπουργείου Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης και οι αρμόδιοι φορείς τήρησης των βάσεων δεδομένων, διασφαλίζουν ότι οι βάσεις δεδομένων, οι οποίες περιέχουν σχετικές πληροφορίες για τους οικονομικούς φορείς και μπορούν να χρησιμοποιούνται από τις αναθέτουσες αρχές, μπορούν επίσης να χρησιμοποιούνται υπό τις ίδιους όρους από τις αναθέτουσες αρχές άλλων κρατών-μελών.». Κατά τον όρο 22.Α.9 της διακήρυξης ορίζεται ότι «*Οικονομικός φορέας που του έχει επιβληθεί, με την κοινή υπουργική απόφαση του άρθρου 74 του ν. 4412/2016, η ποινή του αποκλεισμού αποκλείεται αυτοδίκαια και από την παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης*.». Επίσης, κατά το άρθρο 23.3 στ της διακήρυξης, με τίτλο 'Δικαιολογητικά της παρ. Α.5 του άρθρου 22' στην περ. δ ορίζεται ότι «*Για την περίπτωση του άρθρου 22.Α.9. της παρούσας διακήρυξης, υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016.*». Στο άρθρο 23.2 της διακήρυξης, με τίτλο 'Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα)' ορίζεται ότι «…..*Οι οικονομικοί*

φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Η δήλωση για την πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων εμπεριέχεται στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ)…….». Συναφώς το υπόδειγμα ΤΕΥΔ που περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης στο Μέρος VI: Τελικές δηλώσεις έχει το εξής περιεχόμενο «*Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι τα στοιχεία που έχω αναφέρει σύμφωνα με τα μέρη Ι – IV ανωτέρω είναι ακριβή και ορθά και ότι έχω πλήρη επίγνωση των συνεπειών σε περίπτωση σοβαρών ψευδών δηλώσεων. Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι είμαι σε θέση, κατόπιν αιτήματος και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσω τα πιστοποιητικά και τις λοιπές μορφές αποδεικτικών εγγράφων που αναφέρονται*[i]*, εκτός εάν : α) η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας έχει τη δυνατότητα να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεά xiviii . β) η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας έχουν ήδη στην κατοχή τους τα σχετικά έγγραφα. Ο κάτωθι υπογεγραμμένος δίδω επισήμως τη συγκατάθεσή μου στ... [προσδιορισμός της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντα φορέα, όπως καθορίζεται στο μέρος Ι, ενότητα Α], προκειμένου να αποκτήσει πρόσβαση σε δικαιολογητικά των πληροφοριών τις οποίες έχω υποβάλλει στ... [να προσδιοριστεί το αντίστοιχο μέρος/ενότητα/σημείο] του παρόντος Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης για τους σκοπούς τ... [προσδιορισμός της διαδικασίας προμήθειας: (συνοπτική περιγραφή, παραπομπή στη δημοσίευση στον εθνικό τύπο, έντυπο και ηλεκτρονικό, αριθμός αναφοράς)].*». Επίσης, στην υποσημείωση xiviii διαλαμβάνεται ότι «*Υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας έχει παράσχει τις απαραίτητες πληροφορίες (διαδικτυακή διεύθυνση, αρχή ή φορέα έκδοσης, επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων) που παρέχουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να το πράξει. Όπου*

απαιτείται, τα στοιχεία αυτά πρέπει να συνοδεύονται από τη σχετική συγκατάθεση για την εν λόγω πρόσβαση».

12. Επειδή, εν προκειμένω ο νόμιμος εκπρόσωπος της προσφεύγουσας, ***, συμπεριέλαβε στο ΤΕΥΔ και τις εξής δηλώσεις: «*Μέρος VI: Τελικές δηλώσεις - Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι τα στοιχεία που έχω αναφέρει σύμφωνα με τα μέρη IIV ανωτέρω είναι ακριβή και ορθά και ότι έχω πλήρη επίγνωση των συνεπειών σε περίπτωση σοβαρών ψευδών δηλώσεων. Ο κάτωθι υπογεγραμμένος, δηλώνω επισήμως ότι είμαι σε θέση, κατόπιν αιτήματος και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσω τα πιστοποιητικά και τις λοιπές μορφές αποδεικτικών εγγράφων που αναφέρονται, εκτός εάν α) η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας έχει τη δυνατότητα να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν, β) η αναθέτουσα αρχή ή ο αναθέτων φορέας έχουν ήδη στην κατοχή τους τα σχετικά έγγραφα. Ο κάτωθι υπογεγραμμένος δίδω επισήμως τη συγκατάθεσή μου στον ΔΗΜΟ *** , προκειμένου να αποκτήσει πρόσβαση σε δικαιολογητικά των πληροφοριών τις οποίες έχω υποβάλλει στο παρόν Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης ΟΝ *** ». Αθήνα, 3/9/2020 - [ψηφιακή υπογραφή]*». Στο ίδιο έντυπο ο νόμιμος εκπρόσωπος της προσφεύγουσας συμπεριέλαβε όλες τις δηλώσεις περί μη συνδρομής των λόγων που σύμφωνα με το νόμο μπορούν να επιφέρουν αποκλεισμό της από διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων. Επίσης, στα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε η προσφεύγουσα στην αναθέτουσα αρχή δεν συμπεριέλαβε την κατ' άρθρο 23.3 στ περ. δ Υπεύθυνη Δήλωση περί μη έκδοσης σε βάρος της απόφασης αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016.

13. Επειδή, ο περιλαμβανόμενος στο άρθρο 23 παρ. 23.2. όρος της διακήρυξης, ο οποίος καθιερώνει την απαλλαγή των οικονομικών φορέων από την υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικών ή άλλων αποδεικτικών στοιχείων στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει τα πιστοποιητικά ή τις συναφείς πληροφορίες απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων που διατίθεται δωρεάν σε οποιοδήποτε κράτος μέλος, τελεί υπό την προϋπόθεση της γνωστοποίησης στην αναθέτουσα αρχή της δυνατότητας αυτής, μέσω ειδικής δήλωσης που περιέχεται στο Τ.Ε.Υ.Δ. και προσδιορίζει τη βάση δεδομένων στην οποία είναι

δυνατή η αναζήτηση συγκεκριμένων πιστοποιητικών ή πληροφοριών (βλ. σκ. 13 της παρούσας αναφερθείσα υποσημείωση xiviii του Μέρους IV του ΤΕΥΔ). Αυτό, ενόψει της διατύπωσης του προαναφερόμενου όρου και ιδίως της παραπομπής σε σχετική δήλωση που εμπεριέχεται στο Τ.Ε.Υ.Δ., αλλά και του περιεχομένου του τελευταίου (Τ.Ε.Υ.Δ.), στο οποίο επισημαίνεται (Μέρος VI: Τελικές δηλώσεις) ότι η υποχρέωση προσκόμισης αποδεικτικών εγγράφων αίρεται σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να λάβει τα σχετικά δικαιολογητικά απευθείας με πρόσβαση σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται δωρεάν, τελεί «*υπό την προϋπόθεση ότι ο οικονομικός φορέας έχει παράσχει τις απαραίτητες πληροφορίες (διαδικτυακή διεύθυνση, αρχή ή φορέα έκδοσης, επακριβή στοιχεία αναφοράς των εγγράφων) που παρέχουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να το πράξει*. …». Έτσι, για τη λήψη πιστοποιητικών - πληροφοριών απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων απαιτείται η γνωστοποίηση στην αναθέτουσα αρχή της δυνατότητας αυτής μέσω ειδικής δήλωσης που να περιέχεται στο ΤΕΥΔ, στην οποία να αναφέρεται η βάση δεδομένων εντός της οποίας είναι δυνατή η εν λόγω αναζήτηση (βλ. και Ν12/2019 Δ.Εφ.Τρίπολης, Ν22/2020 Δ.Εφ.Πατρών και 47/2020 Δ.Εφ.Θεσ/κης). Περαιτέρω, από τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 22.Α.9 και 23.3 στ περ. δ της διακήρυξης προκύπτει ότι μεταξύ των δικαιολογητικών κατακύρωσης που ο προσωρινός ανάδοχος υποχρεούται να υποβάλει στην αναθέτουσα αρχή περιλαμβάνονται υπεύθυνη δήλωση περί μη έκδοσης σε βάρος του απόφασης αποκλεισμού σύμφωνα με το άρθρο 74 του ν. 4412/2016. Δεδομένου δε του σκοπού τον οποίο υπηρετεί η προσκόμιση της προαναφερόμενης υπεύθυνης δήλωσης, ο οποίος συνίσταται στην απόδειξη μη συνδρομής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, δεν παρίσταται ως βάσιμος ο προβαλλόμενος από την προσφεύγουσα ισχυρισμός περί μη υποχρέωσής της για υποβολή της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης, λόγω της γενικής πρόβλεψης της δυνατότητας πρόσβασης της αναθέτουσας αρχής σε εθνική βάση δεδομένων η οποία διατίθεται δωρεάν. Τούτο διότι η προσφεύγουσα δεν περιέλαβε στο Τ.Ε.Υ.Δ. που υπέβαλε πληροφορίες που να καθιστούν δυνατή την εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής πρόσβαση σε συγκεκριμένη εθνική βάση δεδομένων προς τεκμηρίωση μέσω της αναζήτησης συγκεκριμένων δικαιολογητικών ή πληροφοριών της μη

συνδρομής λόγου αποκλεισμού και συγκεκριμένα του λόγου αποκλεισμού που αναφέρεται στον όρο 22.Α.9. της διακήρυξης, ούτε, άλλωστε, υπέβαλε για την εν λόγω τεκμηρίωση σχετική υπεύθυνη δήλωση. Εξάλλου, δεν συντρέχει εν προκειμένω η εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, περί υποχρέωσης αναζήτησης διευκρινήσεων πριν τον αποκλεισμό υποψηφίων από τη διαγωνιστική διαδικασία. Τούτο διότι η αναζήτηση διευκρινήσεων αφορά περιπτώσεις συμπλήρωσης ή διευκρίνησης στοιχείων, τα οποία έχουν νομίμως κατ' αρχήν υποβληθεί (ΕΑ ΣτΕ 671/2011, 1178/2008), ήτοι επουσιώδεις πλημμέλειες και όχι παράλειψη πιστοποιητικών/υπεύθυνων δηλώσεων που απαιτούνται για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς. Υπό τα δεδομένα αυτά, απορριπτέος κρίνεται ο σχετικός λόγος προσφυγής.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 360296858951 0202 0075, ποσού 1.260,00€, πρέπει να καταπέσει.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του με κωδικό ηλεκτρονικού *** ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 1.260,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 13-1-2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 2-2-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ	**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ	**ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ**

[i] Πρβλ και άρθρο 1 ν. 4250/2014

Αριθμός απόφασης: 323/2021

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.12.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1951/21.12.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία « *** » και το διακριτικό τίτλο « *** »,που εδρεύει στον *** , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του « *** » (« *** ») (εφεξής «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. *** απόφαση του αναθέτοντος φορέα, με την οποία, κατόπιν έγκρισης του υπ' αριθμ. πρωτ. *** Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ: *** 2020-07-24 Διακήρυξη του « *** » (« *** ») προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ***, προϋπολογισμού 500.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Προκήρυξη της σύμβαση εστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 22.07.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ: *** ***

2020-07-24, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ***).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *** , εξοφληθέν δυνάμει του από 21.12.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της ***, δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 2.500,00€.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στηνκαθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 11.12.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει, και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 21.12.2020. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

5. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, καθώς, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και ως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού έχει συμμετάσχει στο διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά προς το σκοπό ανάληψης της προκηρυχθείσας σύμβασης, την οποία (ανάληψη) της αποκλείει άνευ ετέρου η προσβαλλόμενη πράξη, ούσα κατά τούτο βλαπτική για την προσφεύγουσα. Η συνδρομή δε του

εννόμου συμφέροντος ουδόλως αναιρείται εκ του ότι δεν έχει εκδοθεί ακόμη καμία εκτελεστή πράξη ως προς τις υποβληθείσες προσφορές και εκ του ότι η προσβαλλόμενη έχει εκδοθεί, όπως αναφέρει ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του «προ πάσης αξιολόγησης», καθώς δεν τίθεται ούτε προκύπτει εκ του νόμου ως προϋπόθεση της προσβολής απόφασης ματαίωσης να έχει προχωρήσει η διαγωνιστική διαδικασία σε συγκεκριμένο στάδιο. Ούτε αναιρείται η δυνατότητα της μετ' εννόμου συμφέροντος επίκαιρης προσβολής της απόφασης ματαίωσης εκ του ότι με την ίδια απόφαση αποφασίστηκε και η επανάληψη του διαγωνισμού. Συνακόλουθα, οι ισχυρισμοί του αναθέτοντος φορέα ότι η προσφυγή ασκήθηκε άνευ εννόμου συμφέροντος είναι αβάσιμοι και απορριπτέοι.

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τους λοιπούς διαγωνιζόμενους μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 22.12.2020.

7. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 7860/30.12.2020 έγγραφό του, το οποίο κοινοποίησε στις 30.12.2020, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς «όλους τους συμμετέχοντες» και προς «όλα τα μέλη», ο αναθέτων φορέας υπέβαλε τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την με ΑΔΑΜ: *** *** 2020-07-24 Διακήρυξη του « *** » (« *** ») προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης σε αμαξοστάσια και λοιπούς χώρους του Οργανισμού για ένα (1) έτος. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορές πέντε (5) διαγωνιζόμενοι, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα. Με την με υπ' αριθμ. πρωτ. *** απόφασή του ο αναθέτων φορέας, κατόπιν έγκρισης του υπ' αριθμ. πρωτ. *** Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, με την ακόλουθη αιτιολογία «*1. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 317 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου,*

*να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη», 2. Ενώ, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης θα πρέπει να απορριφθεί από τη συνέχεια του διαγωνισμού οικονομικός φορέας που για το έτος 2016 δεν διαθέτει κύκλο εργασιών 1.000.000 ευρώ, εντούτοις, βάσει της διάταξης του άρθρου 2.3.1, πληροί τα κριτήρια αξιολόγησης και θα πρέπει να βαθμολογηθεί, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο του κύκλου εργασιών για την τελευταία τριετία (2017, 2018 και 2019). Η αντίφαση αυτή προκαλεί σύγχυση και ασάφεια, που θα έχει ως βέβαιη συνέπεια την αμφισβήτηση της ορθότητας της αξιολόγησης των προσφορών. 3. Εξαιτίας της προαναφερόμενης ασάφειας είναι πολύ πιθανόν να ασκηθούν προδικαστικές προσφυγές από τους συμμετέχοντες φορείς σε περίπτωση απόρριψης των προσφορών τους για τον παραπάνω λόγο, οι οποίες θα επιφέρουν καθυστέρηση στην ανάδειξη αναδόχου, πράγμα που θα επιφέρει δυσλειτουργία στην παροχή των σχετικών υπηρεσιών, ενώ υπάρχει εξαιρετικά επείγουσα ανάγκη απρόσκοπτης εκτέλεσης του συγκοινωνιακού έργου του *** κατά την εξελισσόμενη πανδημία του COVID-19, προς το σκοπό της διαφύλαξης της δημόσιας υγείας.*», αποφάσισε «*Την ακύρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, και δη από την έναρξή της με τη δημοσίευση νέας διακήρυξης, στην οποία να αναμορφωθεί το περιεχόμενό της ως προς το κριτήριο της οικονομικής επάρκειας, προκειμένου να μην υπάρχει αντίφαση, αμφισβήτηση και σύγχυση ως προς τα έτη και τον κύκλο εργασιών που απαιτείται να διαθέτει ο οικονομικός ανάδοχος, επί των οποίων θα βαθμολογηθεί η προσφορά του.*». Κατά της ως άνω υπ' αριθμ. πρωτ. *** απόφασης ασκήθηκε η υπό εξέταση προσφυγή.

9. Επειδή, το άρθρο 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της διακήρυξης ορίζει ότι «*Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ετήσιο κύκλο εργασιών (ανά έτος) για τα ακόλουθα έτη: 1. έτος (2016) κύκλος εργασιών (1.000.000,00) νόμισμα (ευρώ) 2. έτος (2017) κύκλος εργασιών (1.000.000,00) νόμισμα (ευρώ) 3. έτος*

(2018) κύκλος εργασιών (1.000.000,00) νόμισμα (ευρώ) […]». Επίσης, το άρθρο 2.3.1 «Κριτήριο ανάθεσης» της διακήρυξης, ορίζει ότι «*Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής η οποία εκτιμάται βάσει των κάτωθι κριτηρίων:*

α/α	Κριτήρια Αξιολόγησης	Συντελεστής Βαρύτητας
Α.1	**Μεθοδολογία Υλοποίησης Έργου** Αναλυτική τεχνική περιγραφή του σχεδίου φύλαξης και των μεθόδων αντιμετώπισης έκτακτων αναγκών, καθώς επίσης και αναλυτική περιγραφή των μέσων που θα χρησιμοποιήσει για την υλοποίηση του έργου και για την εποπτεία του προσωπικού φύλαξης	**35%**
Α.2	**Εμπειρία** Εμπειρία στην παροχή υπηρεσιών ασφαλείας βασιζόμενη στις επιτυχώς διεξαχθείσες και διεξαγόμενες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών ασφαλείας κατά την τελευταία τριετία από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού	**25%**
Α.3	**Προσωπικό** Πλήθος απασχολούμενου αδειοδοτημένου προσωπικού ασφαλείας για την επιτυχή υλοποίηση του έργου	**15%**
Α.4	**Οικονομική Επάρκεια** Το σύνολο του κύκλου εργασιών τελευταίας τριετίας	**15%**
Α.5.	**Πιστοποιήσεις** Πιστοποιητικά από πιστοποιημένους οργανισμούς	**10%**
ΑΡΘΟΙΣΜΑ ΣΥΝΟΛΟΥ ΣΥΝΤΕΛΕΣΤΩΝ ΒΑΡΥΤΗΤΑΣ		**100%**

Οικονομική Επάρκεια (Α.4): Κύκλος εργασιών προ Νομίμου Φ.Π.Α. που αφορά σε υπηρεσίες ασφαλείας κατά την τελευταία τριετία. Κύκλος εργασιών τριετίας μικρότερος από [3.000.000] βαθμολογείται με 0 βαθμούς. Κύκλος εργασιών τριετίας [3.000.000] βαθμολογείται με 100 βαθμούς. Ο υψηλότερος κύκλος εργασιών τριετίας, βαθμολογείται με 120 βαθμούς. Ενδιάμεσα ποσά βαθμολογούνται αναλογικά μεταξύ 100 και 120 βαθμών.»

10. Επειδή, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τα άρθρα 281, 301, 304, 305, 75 και 311 του Ν.4412/2016 και τα αναφερόμενα στην προηγούμενη σκέψη άρθρα της διακήρυξης, προβάλλει ότι «[…] *Περαιτέρω, όπως προκύπτει από το γενικό κανόνα του άρθρου 53 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις, κατά*

τρόπο ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. Επίσης, στην παρ. 2 του ίδιου άρθρου καθορίζονται αναλυτικά οι ελάχιστες πληροφορίες που πρέπει να περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης, μεταξύ των οποίων, σύμφωνα με την περ. ιβ', οι όροι και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων. β. Όπως ειδικότερα ορίζεται στο άρθρο 75 παρ. 1 - 4 του Ν. 4412/2016, μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής περιλαμβάνονται η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, που σχετίζονται με την καταλληλότητα του οικονομικού φορέα να εκτελέσει την προς ανάθεση σύμβαση. Σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις, οι αναθέτουσες αρχές, θεσπίζοντας κριτήρια επιλογής, έχουν κατ' αρχήν τη δυνατότητα να περιορίζουν τις απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι πράγματι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος οικονομικός φορέας διαθέτει τις εκ του νόμου απαι- τούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της σύμβασης. Όπως επισημαίνεται συναφώς, τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτούνται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής (βλ. σχετ. Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., Κατευθυντήρια Οδηγία υπ' αριθ. 13/2016, https://diavgeia.gov.gr/doc/%CE%A9%CE%92%CE%A57%CE%9F%CE%9E%CE%A4%CE%92-%CE%A4%CE%9B7?inline=true). Σύμφωνα, λοιπόν, με όσα προαναφέρθηκαν, οι προϋποθέσεις επιλογής των διαγωνιζομένων πρέπει απαραιτήτως να αναφέρονται εκ των προτέρων και με σαφήνεια στη διακήρυξη του διαγωνισμού, να βασίζονται σε αντικειμενικά κριτήρια που εξασφαλίζουν την τήρηση των αρχών της διαφάνειας, της αποφυγής άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων και της ίσης μεταχείρισης, να εγγυώνται την εν συνεχεία αξιολόγηση των προσφορών υπό συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού, να συνέχονται με το συμβατικό αντικείμενο και να μην είναι ιδιαίτερα επαχθείς και δυσανάλογοι, ώστε να περιορίζεται

αδικαιολόγητα ο κύκλος των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων [Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 8, ΔΕΕ, απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C- 360/89, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 11, ομοίως Δ. Πυργάκης, σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή (επιμ. Ε.-Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος), 2019, σελ. 287 επ). γ. Όσον αφορά, ειδικότερα, στο κατά το άρθρο 75 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016, κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, από τις ως άνω διατάξεις συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις, προκειμένου να διασφαλίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους προκειμένου να εκτελέσουν την σύμβαση. Ειδικότερα, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 13/2016 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (ό.π.), η έννοια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας συνίσταται ιδιαίτερα στο να διαθέτουν οι οικονομικοί φορείς επαρκή οικονομικά μέσα: (α) για να εκτελέσουν τη σύμβαση, μαζί με τις άλλες οικονομικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις τους κατά την ίδια χρονική περίοδο, και (β) για να αντιμετωπίσουν τυχόν νομικές ευθύνες που θα προκύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης (για παράδειγμα, παράβαση συμβατικής υποχρέωσης). Οι απαιτήσεις που μπορούν να θέτουν συναφώς οι αναθέτουσες αρχές, μπορούν να αφορούν για παράδειγμα τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου ετήσιου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτονται από την σύμβαση ή την ασφαλιστική κάλυψη έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Όπως ήδη αναφέρθηκε πιο πάνω, η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ενός οικονομικού φορέα μπορεί να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά, όπως: α) κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις της πιστοληπτικής ικανότητας του συμμετέχοντα με αναφορά σε ποσά που δύναται να αντληθούν για την εύρυθμη λειτουργία και αποπληρωμή των υποχρεώσεών του, β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων του συμμετέχοντα από όπου προκύπτει η γενικότερη οικονομική κατάσταση και ρευστότητα αυτού, γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και

του ειδικότερου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, προκειμένου να διαπιστωθεί το οικονομικό μέγεθος του συμμετέχοντος στο αντικείμενο της σύμβασης και η καταλληλότητά του για εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου από οικονομικής άποψης, δ) ασφαλιστήριο συμβόλαιο για την κάλυψη αστικής επαγγελματικής ευθύνης κ.ά. Εξάλλου, ενόψει και του σκοπού θέσπισης των κριτηρίων επιλογής, ο ορισμός ελάχιστων απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ενισχύει την ασφάλεια δικαίου στην υπό σύναψη σύμβαση, περιορίζει τη δυνατότητα αυθαίρετης κρίσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά τον έλεγχο της καταλληλότητας των υποψηφίων και εξυπηρετεί την απρόσκοπτη εκτέλεση της σύμβασης και, εν τέλει, την πληρέστερη κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής. Ως εκ τούτου, καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή ευ- ρεία διακριτική ευχέρεια να θέσει η ίδια τα κριτήρια επιλογής που προτίθεται να εφαρμόσει, με μόνο περιορισμό να συνδέονται τούτα στενά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας, να είναι δεκτικά αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης και να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους ενδιαφερόμενους, χωρίς να ευνοούν ορισμένες επιχειρήσεις, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη ανταγωνισμού (βλ. ενδεικτ. ΕΣ (Τμ. VI) 2402/2020). 3. Όσον αφορά, περαιτέρω, στα κριτήρια ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, τόσο με το άρθρο 86 όσο και με το άρθρο 311 του Ν. 4412/2016 υιοθετήθηκε το ενιαίο κριτήριο της «πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς». Σύμφωνα με αυτό, η τελική επιλογή των αναδόχων θα πρέπει να γίνεται σύμφωνα με την κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της οικονομικά καλύτερης λύσης μεταξύ αυτών που προσφέρονται. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη, η αναθέτουσα Αρχή διαθέτει τρεις εναλλακτικές δυνατότητες ανάθεσης της σύμβασης: α) με αποκλειστικό κριτήριο την τιμή, β) βάσει του κόστους, με χρήση προσέγγισης βασιζόμενη στη σχέση αποδοτικότητας-κόστους, και γ) με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής. Όσον αφορά, ειδικότερα, στην ανάθεση συμβάσεων με βάση το κριτήριο της «βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής», αυτή είναι πρόσφορη σε σύνθετου χαρακτήρα

συμβάσεις όπου το ενδιαφέρον της αναθέτουσας αρχής δεν εξαντλείται σε αμιγώς οικονομικές παραμέτρους (όπως εν προκειμένω). Προς το σκοπό, λοιπόν, της αξιολόγησης της «βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, η αναθέτουσα αρχή, οφείλει να προσδιορίζει με σαφήνεια στο κείμενο της διακήρυξης του διαγωνισμού, τα κριτήρια που πρόκειται να λάβει υπόψη κατά την αξιολόγηση των προσφορών των υποψηφίων αναδόχων. Τέλος, όπως γίνεται δεκτό, τα προσδιοριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή κριτήρια ανάθεσης δεν πρέπει να παρέχουν απεριόστη ελευθερία επιλογής στην αναθέτουσα και για το λόγο αυτό πρέπει να μνημονεύονται ρητώς στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού και να τηρούν, ιδίως, τις θεμελιώδεις αρχές περί ίσης μεταχείρισης, περί απαγόρευσης των διακρίσεων και περί διαφάνειας (πρβλ. ΔΕΚ της 24ης Νοεμβρίου 2005, C- 334/01, ATI EAC, Συλλ. I-10109, σκ. 21, ΔΕΚ της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, Συλλογή 2002, Συλλ. I-7213, σκ. 64). Έτσι, προκειμένου να διασφαλίζεται η τήρηση των τελευταίων αρχών, προέχει να καθίστανται γνωστά στους δυνάμει προσφέροντες, κατά τον χρόνο προετοιμασίας των προσφορών τους, όλα τα ληφθέντα από την αναθέτουσα αρχή στοιχεία προς εντοπισμό της πλέον συμφέρουσας οικονομικώς προσφοράς και της σχετικής σημασίας τους (ΔΕΚ της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλ. I- 2043, σκ. 88, και της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ., Συλλ. I-11617, σκ. 98, καθώς και Ευτυχία Κωνσταντάκου, σε Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, επιμέλεια Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, σελ. 355επ.). 4.α. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης, καθίσταται πρόδηλο ότι τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και τα κριτήρια ανάθεσης, στο πλαίσιο διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας και τιμής, συνιστούν απολύτως διακριτές έννοιες, που ορίζουν διακριτές και αυτοτελείς φάσεις της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως δύο διαδοχικά βήματα εντός του σταδίου αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς. Με άλλες λέξεις, εφόσον η διακήρυξη του διαγωνισμού διακρίνει μεταξύ κριτηρίων επιλογής και κριτηρίων ανάθεσης, η τυχόν θεσπισθείσα ως κριτήριο επιλογής οικονομική και χρηματοοικονομική

επάρκεια είναι σαφώς διακριτή και αυτοτελής έναντι της αυτής ικανότητας ως κριτηρίου ανάθεσης (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 24.1.2008, C-532/06, Λιανάκης κλπ., καθώς και ΔΕφΘεσ 94/2020 σε αναστολή) και, επομένως, ευλόγως είναι νοητή η διαφοροποίηση και των στοιχείων διά των οποίων εκάστη εξ αυτών πιστοποιείται. Ως εκ τούτου, έχει κριθεί ότι, μολονότι δεν αποκλείεται θεωρητικώς η ταυτόχρονη πραγματοποίηση του ελέγχου της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων και της αναθέσεως της εκτελέσεως της συμβάσεως, ωστόσο γεγονός παραμένει ότι οι δύο αυτές διαδικασίες είναι αυτοτελείς και διέπονται από διαφορετικούς κανόνες (βλ. ενδεικτ. ΔΕΕ απόφαση της 24ης Ιανουαρίου 2008, C-532/06, Λιανάκης, σκ. 26 επ). Η πλήρωση εκ μέρους του υποψηφίου των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής συνιστά το προαπαιτούμενο για την καταρχήν έγκριση συμμετοχής του στη διαγωνιστική διαδικασία, η οποία συνιστά αυτονόητη προϋπόθεση για τη μεταγενέστερη βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς, η οποία λαμβάνει χώρα βάσει των κριτηρίων ανάθεσης-αξιολόγησης. β. Εξάλλου, σύμφωνα με όσα παγίως γίνονται δεκτά, από ουσιαστικής απόψεως τα κριτήρια επιλογής σκοπούν στη διασφάλιση ενός ελάχιστου ανεκτού επιπέδου καταλληλότητας, ικανότητας και επάρκειας των υποψηφίων αναδόχων, άνευ της υπάρξεως του οποίου δεν είναι καν επιθυμητή από την αναθέτουσα, όχι μόνο η ανάθεση της σύμβασης στον συγκεκριμένο μη επαρκή υποψήφιο, αλλά και η ίδια η εν γένει ανάθεσή της σε κάποιον εκ των συμμετεχόντων, εφόσον ουδείς εξ αυτών καλύπτει το ελάχιστο επίπεδο καταλληλότητας, ικανότητας και επάρκειας (πρβλ. ΕΣ Τμ. VI 255/2012). Επιπλέον δε, από διαδικαστικής απόψεως, τα κριτήρια επιλογής καθορίζουν το καταρχήν αποδεκτό της προσφοράς, ενώ τα κριτήρια ανάθεσης καθορίζουν το πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, ήτοι εκείνου με τη συμφερότερη προσφορά, μεταξύ των καταρχήν αποδεκτών προσφορών, όπως αυτό κρίθηκε σε προηγούμενη φάση με τα κριτήρια επιλογής. Ως εκ τούτου, τα κριτήρια επιλογής καθορίζουν εν τοις πράγμασι μέσω μιας προεπιλογής, έναν κύκλο συμμετεχόντων, οιοσδήποτε εκ των οποίων είναι καταρχήν επαρκής για την ανάθεση σε αυτόν της σύμβασης, ενώ τα κριτήρια ανάθεσης ορίζουν την τελική φάση επιλογής ενός οικονομικού φορέα μεταξύ αυτού του κύκλου

συμμετεχόντων και συγκεκριμενοποιούν τον πλέον επιθυμητό προς ανάθεση υποψήφιο μεταξύ περισσοτέρων καταρχήν επιθυμητών (πρβλ. Πυργάκη σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, επιμέλεια Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, σελ. 289 επ.). Κατ' αποτέλεσμα, ακριβώς λόγω της διαφορετικής λειτουργίας που επιτελούν, των διαφορετικών σκοπών τους και της διακριτής θέσης τους στη διαδικασία του διαγωνισμού, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και τα κριτήρια ανάθεσης διακρίνονται ως προς το περιεχόμενο τους και τις επιμέρους παραμέτρους που τα συγκροτούν. γ. Κατόπιν τούτων, ο μεν έλεγχος της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων γίνεται από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα κριτήρια οικονομικής, χρηματοδοτικής και τεχνικής ικανότητας (κριτήρια ποιοτικής επιλογής) του άρθρου 75 Ν 4412/2016, ενώ αντίθετα η ανά θέση της εκτελέσεως της συμβάσεως βασίζεται στα κριτήρια των άρθρων 86 ή 311 του Ν. 4412/2016, ήτοι μεταξύ άλλων και στη συμφερότερη βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής προσφορά, η οποία εξάγεται με βαθμολόγηση των προσφορών, η οποία με τη σειρά της λαμβάνει χώρα μέσω ορισθέντων δια της διακήρυξης κριτηρίων αξιολόγησης. 5.α. Εν προκειμένω, όπως ήδη αναφέρθηκε, με τη διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού θεσπίσθηκε, μεταξύ των λοιπών κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ετήσιο κύκλο εργασιών 1.000.000,00 ευρώ ανά έτος, για τα έτη 2016, 2017 και 2018. Επιπρόσθετα δε, θεσπίσθηκε ως κριτήριο ανάθεσης της παρούσας σύμβασης, μεταξύ άλλων, και η αξιολόγηση της οικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων, με συντελεστή βαρύτητας 15%. Εξάλλου, σύμφωνα με τη διακήρυξη, για την αξιολόγηση της κατά τα ανωτέρω ζητούμενης οικονομικής επάρκειας των υποψηφίων αναδόχων, ορίσθηκε ότι λαμβάνεται υπόψη το σύνολο του κύκλου εργασιών αυτών κατά την τριετία 2017, 2018 και 2019. Ενόψει των ανωτέρω, με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας Αρχής χαρακτηρίστηκε ως αντιφατική η κατά τα ανωτέρω πρόβλεψη της διακήρυξης του διαγωνισμού και θεωρήθηκε ότι «η αντίφαση αυτή προκαλεί σύγχυση και ασάφεια, που θα έχει ως βέβαιη συνέπεια την αμφισβήτηση της ορθότητας της αξιολόγησης των προσφορών». Συνακόλουθα αποφασίσθηκε, σύμφωνα με τη

διάταξη του άρθρου 317 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, «η ακύρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και η επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, και δη από την έναρξή της με τη δημοσίευση νέας διακήρυξης, στην οποία να αναμορφωθεί το περιεχόμενό της ως προς το κριτήριο της οικονομικής επάρκειας, προκειμέ- νου να μην υπάρχει αντίφαση, αμφισβήτηση και σύγχυση ως προς τα έτη και τον κύκλο εργασιών που απαιτείται να διαθέτει ο οικονομικών ανάδοχος, επί των οποίων θα βαθμολογηθεί η προσφορά του...». β. Παρά ταύτα, σύμφωνα με όσα προαναφέρθηκαν, καθίσταται πρόδηλο ότι δεν αιτιολογείται νομίμως η ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού με την πληττόμενη απόφαση, δεδομένου ότι, όπως ανωτέρω καταδείξαμε τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και τα κριτήρια ανάθεσης, στο πλαίσιο διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας και τιμής, συνιστούν απολύτως διακριτές έννοιες, που ορίζουν διακριτές και αυτοτελείς φάσεις της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως δύο διαδοχικά βήματα εντός του σταδίου αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς. Τούτων δοθέντων, εφόσον η διακήρυξη του διαγωνισμού διακρίνει μεταξύ κριτηρίων επιλογής και κριτηρίων ανάθεσης, η τυχόν θεσπισθείσα ως κριτήριο επιλογής οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια είναι σαφώς διακριτή και αυτοτελής έναντι της αυτής ικανότητας ως κριτηρίου ανάθεσης (βλ. ΔΕΕ απόφαση της 24.1.2008, C-532/06, Λιανάκης κλπ., καθώς και ΔΕφΘεσσ 94/2020 σε αναστολή) και, επομένως, ευλόγως είναι νοητή η διαφοροποίηση και των στοιχείων διά των οποίων εκάστη πιστοποιείται, ώστε ούτε αντιφατική παρίσταται η αξιολόγηση διαφορετικών ετών ως προς τον κύκλο εργασιών των υποψηφίων αναδόχων, ούτε ερμηνευτικώς είναι θεμιτή η σύζευξη των επιμέρους κριτηρίων επιλογής και ανάθεσης. (βλ. και ΔΕφΘεσ 94/2020 σε αναστολή). Ως εκ τούτου, παρίσταται απολύτως εσφαλμένη και, πάντως, δεν αιτιολογείται νομίμως η κρίση του αναθέτοντος φορέα περί της προβαλλόμενης ασάφειας και αντίφασης των ανωτέρω διατάξεων της διακήρυξης, κατά το μέρος που διαφοροποιούνται τα θεσπισθέντα εκ της διακηρύξεως κριτήρια επιλογής και ανάθεσης αναφορικά με τα έτη που λαμβάνονται υπόψη ως προς την αξιολόγηση του κύκλου εργασιών των υποψηφίων αναδόχων, δεδομένου ότι τα

μεν κριτήρια ποιοτικής επιλογής (μεταξύ των οποίων και η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, ενώ τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται εν προκειμένω και η οικονομική επάρκεια των υποψηφίων, αφορούν τη διαδικασία της εκατέρωθεν σύγκρισης και βαθμολόγησης των προσφορών, ανάγονται δηλαδή στον έλεγχο εντελώς διαφορετικών στοιχείων των προσφορών. Συνεπώς, τα κριτήρια ανάθεσης ουδόλως απαιτείται να συμπίπτουν, από πλευράς χρονικής περιόδου αναφοράς, με το χρονικό διάστημα ως προς το οποίο ερευνάται η εκπλήρωση ορισμένου κριτηρίου επιλογής, καθώς η ανταπόκριση σε έκαστο εξ αυτών ερευνάται σε διαφορετικές φάσεις της διαδικασίας αξιολόγησης. Άλλωστε, ουδεμία προσφυγή ασκήθηκε από μέρους ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα (και πάντως ουδεμία προσφυγή έγινε δεκτή), με την οποία να έχει αμφισβητηθεί η νομιμότητα των σχετικών όρων της διακήρυξης, ιδίως από πλευράς σαφήνειας ως προς τα χρονικά διαστήματα με βάση τα οποία αξιολογείται καθένα από τα πιο πάνω κριτήρια, αλλά ούτε και δικαιολογείται η ματαίωση του διαγωνισμού υπό το ενδεχόμενο άσκησης προδικαστικών προσφυγών, εφόσον πάντως, κατά το μέρος αυτό, ουδεμία ασάφεια ή αοριστία μπορεί να αποδοθεί στο κανονιστικό κείμενο του διαγωνισμού. Συμπερασματικά, από ουδεμία πλημμέλεια πάσχει η διακήρυξη του διαγωνισμού, και επομένως, εφόσον δεν στοιχειοθετούνται εν προκειμένω οι προϋποθέσεις εφαρμογής της διάταξης του άρθρου 317 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, δεν αιτιολογείται νομίμως η ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης.».

11. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του, επικαλούμενος τα άρθρα 253 και 317 του Ν.4412/2016, προβάλλει ότι «[…] *(α) Επί της λυσιτέλειας του λόγου. Καταρχήν, ο ανωτέρω λόγος προβάλλεται πρωτίστως αλυσιτελώς, αφού η ασκηθείσα υπό κρίση προδικαστική προσφυγή αποτελεί (διοικητική) προσφυγή ουσίας, ήτοι ενδικοφανή προσφυγή, ενώ η Α.Ε.Π.Π. ασκεί πλήρη έλεγχο (ουσίας και νομιμότητας) επί της διαφοράς. Ενώπιον διοικητικής αρχής που ασκεί πλήρη έλεγχο (όπως το δικαστήριο ουσίας σε αντιδιαστολή προς το ακυρωτικό δικαστήριο) ο λόγος περί έλλειψης*

αιτιολογίας προβάλλεται αλυσιτελώς, αφού η διοικητική αρχή δύναται να επανελέγξει το σύνολο της διαφοράς (βλ. για τον έλεγχο ουσίας και τη σχέση του με την αιτιολογία της διοικητικής πράξης και δη τον λόγο προσφυγής που προβάλλει έλλειψη αιτιολογίας, ΣτΕ 1818/2015, 4596/2012, ΔΠρΘεσσαλ 7718-7719/2018 κ.λπ.). […] *(γ) Επί της ουσιαστικής βασιμότητας του λόγου* […] *Σύμφωνα δε με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάσει των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., αριθμ.*

516518). […] *Εν προκειμένω με την με αριθμό πρωτοκόλλου *** απόφαση του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου του *** , αφού λήφθηκε υπόψη η εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, σύμφωνα με την οποία:* […] *αποφασίστηκε η ακύρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, και δη από την έναρξή της με τη δημοσίευση νέας διακήρυξης, στην οποία να αναμορφωθεί το περιεχόμενό της ως προς το κριτήριο της οικονομικής επάρκειας, προκειμένου να μην υπάρχει αντίφαση, αμφισβήτηση και σύγχυση ως προς τα έτη και τον κύκλο εργασιών που απαιτείται να διαθέτει ο οικονομικός ανάδοχος, επί των οποίων θα βαθμολογηθεί η προσφορά του. Η αιτιολογία της απόφασης του Οργανισμού μας είναι σαφής, ειδική και επαρκής, καθόσον με σαφήνεια αναγράφεται: α) το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, αφού καταγράφεται ότι «σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 317 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη», β) η τυχόν ερμηνεία τους, αφού αναφέρεται με σαφήνεια ότι: «ενώ, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης θα πρέπει να απορριφθεί από τη συνέχεια του διαγωνισμού οικονομικός φορέας που για το έτος 2016 δεν διαθέτει κύκλο εργασιών 1.000.000 ευρώ, εντούτοις, βάσει της διάταξης του άρθρου 2.3.1, πληροί τα κριτήρια αξιολόγησης και θα πρέπει να βαθμολογηθεί, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο του κύκλου εργασιών για την τελευταία τριετία (2017, 2018 και 2019). Η αντίφαση αυτή προκαλεί σύγχυση και ασάφεια, που θα έχει ως βέβαιη συνέπεια την αμφισβήτηση της ορθότητας της αξιολόγησης των προσφορών», γ) οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια, καθόσον αναφέρεται ότι: «εξαιτίας της προαναφερόμενης ασάφειας είναι πολύ πιθανόν να ασκηθούν προδικαστικές προσφυγές από τους συμμετέχοντες φορείς σε*

*περίπτωση απόρριψης των προσφορών τους για τον παραπάνω λόγο, οι οποίες θα επιφέρουν καθυστέρηση στην ανάδειξη αναδόχου, πράγμα που θα επιφέρει δυσλειτουργία στην παροχή των σχετικών υπηρεσιών, ενώ υπάρχει εξαιρετικά επείγουσα ανάγκη απρόσκοπτης εκτέλεσης του συγκοινωνιακού έργου του *** κατά την εξελισσόμενη πανδημία του COVID-19, προς το σκοπό της διαφύλαξης της δημόσιας υγείας» και δ) οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, καθόσον αποφασίζεται η «ακύρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και η επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα, και δη από την έναρξή της με τη δημοσίευση νέας διακήρυξης, στην οποία να αναμορφωθεί το περιεχόμενό της ως προς το κριτήριο της οικονομικής επάρκειας, προκειμένου να μην υπάρχει αντίφαση, αμφισβήτηση και σύγχυση ως προς τα έτη και τον κύκλο εργασιών που απαιτείται να διαθέτει ο οικονομικός ανάδοχος, επί των οποίων θα βαθμολογηθεί η προσφορά του. …..». Εν προκειμένω, δηλαδή, αιτιολογείται πλήρως η κρίση του Οργανισμού μας περί της προβαλλόμενης ασάφειας και αντίφασης των ανωτέρω διατάξεων της επίμαχης διακήρυξης και η ως άνω απόφαση τηρεί τις αρχές της καλής πίστης και της αναλογικότητας και αποκλειστικό σκοπό είχε τη μη δημιουργία εμπλοκής στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού από την προαναφερόμενη ασάφεια, ενόψει και του γεγονότος ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού ουδόλως είχε προχωρήσει στην αξιολόγηση των προσφορών. Για το λόγο αυτό πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί δήθεν μη νομίμως αιτιολογημένης απόφασης του Οργανισμού μας (βλ. ΑΕΠΠ 131/2020). 4. - Εξάλλου η πλημμέλεια της διακήρυξης έγκειται ότι στο άρθρο 2.2.5. αυτής υπό τον τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ετήσιο κύκλο εργασιών (ανά έτος) για τα ακόλουθα έτη: 1. Έτος (2016) κύκλος εργασιών (1.000.000,00) νόμισμα (ευρώ), 2. Έτος (2017) κύκλος εργασιών (1.000.000,00) νόμισμα (ευρώ), 3. Έτος (2018) κύκλος εργασιών (1.000.000,00) νόμισμα (ευρώ)», ενώ στη διάταξη του άρθρου 2.3.1 της διακήρυξης υπό τον τίτλο «κριτήριο ανάθεσης» και δη στον πίνακα με τα*

*κριτήρια αξιολόγησης και το συντελεστή βαρύτητας στο με αύξοντα αριθμό Α.4 Οικονομική Επάρκεια με συντελεστή βαρύτητας 15% λαμβάνεται υπόψη το σύνολο του κύκλου εργασιών τελευταίας τριετίας (2017, 2018 και 2019), πράγμα αντιφατικό που θέτει σε αμφισβήτηση την αξιολόγηση και βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς των συμμετεχόντων, διότι προκαλεί σύγχυση. Το γεγονός αυτό εμμέσως το συνομολογεί και η προσφεύγουσα, αφού, στη σελίδα 15 της προσφυγής της, ομολογεί ότι δεν αποκλείεται η ταυτόχρονη πραγματοποίηση του ελέγχου της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων και της αναθέσεως της εκτέλεσης της συμβάσεως. Σ' αυτό, όμως, αποσκοπεί με την απόφασή του ο *** , ήτοι δηλαδή στην ταυτόχρονη πραγματοποίηση του ελέγχου της καταλληλότητας των διαγωνιζομένων και της αναθέσεως της εκτέλεσης της συμβάσεως, ώστε να αρθούν οι αμφισβητήσεις της ορθότητας της αξιολόγησης των προσφορών. Κατά συνέπεια, ορθά ο Οργανισμός μας αποφάσισε την άρση της ασάφειας και της αντίφασης με την επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού σε περίπτωση που η διακήρυξη διαγωνισμού περιέχει ασαφείς ή αντιφατικούς όρους, είναι επιτρεπτή η ματαίωση και η επαναπροκήρυξή του με τροποποιημένους - προς άρση της ασάφειας και της αντίφασης - όρους, αν, κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, η ασάφεια και αντιφατικότητα αυτή είναι δυνατόν να περιορίσει ή να επηρεάσει τον ανταγωνισμό, αποτρέποντας τη συμμετοχή στο διαγωνισμό ή παρασύροντας στην υποβολή απαράδεκτων προσφορών. Ενόψει όλων των προαναφερομένων, καθίσταται σαφές ότι ο μοναδικός λόγος προσφυγής της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθεί ως καθ' ολοκληρία αβάσιμος.*».

12. Επειδή, στο άρθρο 317 «Ματαίωση διαδικασίας» του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι *«1. Ο αναθέτων φορέας με εδικά αιτιολογημένη απόφασή του, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος Βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παρ. 5 του άρθρου 316. 2. Ματαίωση της*

διαδικασίας ανάθεσης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση του αναθέτοντος φορέα, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου δεν ενδιαφέρει πλέον τον αναθέτοντα φορέα ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παρ. 4 του άρθρου 97, στ) για τους αναθέτοντες φορείς που είναι αναθέτουσες αρχές, για άλλους λόγους δημοσίου συμφέροντος. 3. Αν διαπιστωθούν σφάλματα ή παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, ο αναθέτων φορέας μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικά τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη. 4. Όταν συντρέχουν οι λόγοι για τη ματαίωση της διαδικασίας που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2, ο αναθέτων φορέας ακυρώνει τη διαδικασία σύναψης σύμβασης για ολόκληρο το αντικείμενο της σύμβασης ή, εφόσον οι λόγοι αυτοί συνδέονται με τμήμα της σύμβασης, για το εν λόγω τμήμα, εφόσον επιτρέπεται η κατάθεση τέτοιων προσφορών. 5. Ο αναθέτων φορέας διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με την ακύρωση ή τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή να προσφύγει στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, εφόσον στην τελευταία αυτή περίπτωση πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων 266 και 269. […]».

13. Επειδή, στο άρθρο 3.5 «Ματαίωση Διαδικασίας» της Διακήρυξης ορίζεται ότι «*Η αναθέτουσα αρχή ματαιώνει ή δύναται να ματαιώσει εν όλω ή εν μέρει αιτιολογημένα τη διαδικασία ανάθεσης, για τους λόγους και υπό τους όρους του άρθρου 106 του ν. 4412/2016, μετά από γνώμη της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού. Επίσης, αν διαπιστωθούν σφάλματα ή*

παραλείψεις σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μπορεί, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμά της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφιλοχώρησε το σφάλμα ή η παράλειψη.».

14. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να ματαιώσει προκηρυχθέντα διαγωνισμό, κατόπιν απλής γνωμοδοτήσεως του αρμοδίου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου, δηλαδή της Επιτροπής Διενεργείας του Διαγωνισμού (ΣτΕ 1404/2005, ΣτΕ 3077/1997, Α.Ε.Π.Π. 280/2018), εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος. Όμως, η ευχέρεια ματαιώσεως διαγωνισμού δεν είναι για την αναθέτουσα αρχή απεριόριστη, διότι η απόφαση αυτή πρέπει να είναι ειδικώς αιτιολογημένη, αναφερομένη στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού (ΣτΕ 651/2010, ΣτΕ 543/2010, ΣτΕ 1803/2008, ΣτΕ Ε.Α. 88/2015, ΣτΕ Ε.Α. 158/2011, ΣτΕ Ε.Α. 1132/2010, ΣτΕ Ε.Α. 226/2009, Α.Ε.Π.Π. 280/2018, Α.Ε.Π.Π. 167/2017). Και τούτο, διότι η ματαίωση ενός διαγωνισμού αποτελεί εξαιρετική διαδικασία επιτρεπτή περιοριστικώς για τους αναφερομένους στο άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 λόγους, οι οποίοι αποσκοπούν στο να αποτρέψουν καταχρηστικές από την πλευρά των αναθετουσών αρχών ματαιώσεις διαγωνιστικών διαδικασιών αναλόγως με τον προσφέροντα της επιλογής τους, στον οποίο επιθυμούν να αναθέσουν μια δημόσια σύμβαση, και δεν πρέπει να αγνοείται το γεγονός ότι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς ανάλωσαν χρόνο και πόρους για την σύνταξη της προσφοράς τους, που δεν μπορούν να θεωρούνται αμελητέοι (ΣτΕ 543/2010, Α.Ε.Π.Π. 280/2018, Α.Ε.Π.Π. 167/2017). Διαφορετικά, οποιοδήποτε σφάλμα σε διαγωνιστική διαδικασία θα έδιδε την δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να ματαιώνουν κάθε φορά την διαδικασία αναθέσεως μίας συμβάσεως με αυτονόητες ανυπολόγιστες συνέπειες (Α.Ε.Π.Π. 167/2017).

15. Επειδή, εφόσον ανάγεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να προβεί, ακόμα και πριν από την έκδοση της κατακυρωτικής πράξεως, στη ματαίωση του επιδίκου διαγωνισμού και σε επαναπροκήρυξή του, εφ' όσον συντρέχει οποιοσδήποτε νόμιμος λόγος

αναγόμενος στην εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, η σχετική απόφαση πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερομένη κατά τρόπο συγκεκριμένο στους λόγους, για τους οποίους αποφασίζεται η ματαίωση και επανάληψη του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 950/2016, 543/2010, ΔΕφΑθ. 548/2020).

16. Επειδή, η απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού μπορεί να λαμβάνει χώρα είτε κατά δέσμια αρμοδιότητα(π.χ. επί μη υποβολής ή επί μη υποβολής παραδεκτής προσφοράς ή μη προσέλευσης υπογραφής της σύμβασης από τον επιλεγέντα ανάδοχο, αρ.106 παρ. 1 ν. 4412/2016) είτε κατά διακριτική ευχέρεια της διοίκησης, στο μέτρο, που αυτή εξειδικεύει αόριστες νομικές έννοιες (π.χ. επί υποβολής μίας προσφοράς, η οποία κρίνεται ως «μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη», περ. δ της παρ. 2 του αρ. 106 ν. 4412/2016). Εφόσον ανάγεται στην διακριτική ευχέρεια της διοίκησης, η απόφαση ματαίωσης οφείλει να αιτιολογείται ειδικά (*Δ. Ράικος,* Δίκαιο δημοσίων συμβάσεων, β έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 2017, σ.565 επ.). Η αιτιολογία οφείλει να διαλαμβάνει την συνδρομή του συντρέχοντος κατά περίπτωση λόγου ματαίωσης με την προσήκουσα υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών.

17. Επειδή, κάθε ασάφεια της διακηρύξεως δεν δικαιολογεί, άνευ ετέρου, τη ματαίωση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξη νέου (ΣτΕ 703/2009, 1803/2008). Ωστόσο, σε περίπτωση που η διακήρυξη διαγωνισμού περιέχει ασαφείς ή αντιφατικούς όρους, είναι επιτρεπτή η ματαίωση των αποτελεσμάτωντου και η επαναπροκήρυξή του με τροποποιημένους -προς άρση της ασάφειας και της αντίφασης -όρους, αν, κατά την αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, η ασάφεια και αντιφατικότητα αυτή είναι δυνατόν να περιόρισε ή να επηρέασε τον ανταγωνισμό, αποτρέποντας τη συμμετοχή ενδιαφερομένων στο διαγωνισμό ή παρασύροντας άλλους στην υποβολή απαράδεκτων προσφορών (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 203/2011).

18. Επειδή, ο ισχυρισμός του αναθέτοντος φορέα ότι ο λόγος της προσφυγής προσβάλλεται αλυσιτελώς είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης. Τούτο διότι αφενός η προσφεύγουσα δεν επικαλείται έλλειψη αιτιολογίας, αλλά έλλειψη νόμιμης αιτιολογίας της

προσβαλλόμενης πράξης και αφετέρου, το Δικαστήριο της ουσίας, επί τη βάσει των διατάξεων του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, οι οποίες δεν εφαρμόζονται από την Α.Ε.Π.Π., δύναται να αντικαταστήσει την αιτιολογία του διοικητικού οργάνου, ενώ η Α.Ε.Π.Π. κατά τα παγίως κριθέντα, δεν δύναται να πράξει τούτο καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής/του αναθέτοντος φορέα (ΕΑ 54/2018).

19. Επειδή, στο άρθρο 2.2.5 της διακήρυξης απαιτείται, ως κριτήριο επιλογής, οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν ετήσιο κύκλο εργασιών 1.000.000,00€ ανά έτος, για καθένα από τα έτη 2016, 2017 και 2018. Η μη πλήρωση της ως άνω απαίτησης (ήτοι λ.χ. κύκλος μικρότερος του 1.000.000,00€ ανά έτος έστω και για ένα εκ των ως άνω ετών) έχει ως συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα. Επίσης και παραλλήλως, το άρθρο 2.3.1 της διακήρυξης, ορίζει, μεταξύ άλλων, ως αξιολογούμενο κριτήριο [στα πλαίσια του προσδιορισμού του κριτηρίου ανάθεσης (ήτοι αυτού της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής)] το σύνολο του κύκλου εργασιών της τελευταίας τριετίας, ήτοι των ετών 2017, 2018 και 2019, ορίζοντας ειδικότερα ότι «*Κύκλος εργασιών τριετίας μικρότερος από [3.000.000] βαθμολογείται με 0 βαθμούς. Κύκλος εργασιών τριετίας [3.000.000] βαθμολογείται με 100 βαθμούς. Ο υψηλότερος κύκλος εργασιών τριετίας, βαθμολογείται με 120 βαθμούς. Ενδιάμεσα ποσά βαθμολογούνται αναλογικά μεταξύ 100 και 120 βαθμών.*». Εκ της διατύπωσης των ως άνω άρθρων της διακήρυξης προκύπτει ότι καθένα εξ αυτών ορίζει διακριτή και αυτοτελή απαίτηση, ενώ είναι δυνατή και απαιτείται σαφώς η σωρευτική πλήρωση των απαιτήσεων αυτών. Εκ του ότι, δε, με βάση καθένα εκ των επίμαχων άρθρων λαμβάνεται υπόψη διαφορετική τριετία δεν προκύπτει καμία αντίφαση μεταξύ των άρθρων αυτών, καθώς κάθε άρθρο αφορά αυτοτελή απαίτηση διακριτή από αυτήν του άλλου άρθρου (πρβλ. Δ.Εφ. Θεσ/νίκης 94/2020 σκ. 9). Ούτε εκ του ότι εκ του συνδυασμού των άρθρων αυτών συνάγεται σαφώς ότι οι οικονομικοί φορείς πρέπει να διαθέτουν ετήσιο κύκλο εργασιών 1.000.000,00€ και για το έτος 2019 προκύπτει κάποια αντίφαση μεταξύ των άρθρων αυτών της διακήρυξης. Οι οικονομικοί φορείς δε, κατά τη σύνταξη των προσφορών τους,

οφείλουν να επιδεικνύουν τη δέουσα επιμέλεια του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου, συνεπώς, οφείλουν να λαμβάνουν υπόψη τους το σύνολο των απαιτήσεων της διακήρυξης. Ούτε, εξάλλου, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, ορίζεται ή προκύπτει εκ του νόμου ή από άλλους όρους της διακήρυξης, ότι απαιτείται τα κριτήρια ανάθεσης να συμπίπτουν, από πλευράς χρονικής περιόδου αναφοράς, με το χρονικό διάστημα ως προς το οποίο απαιτείται η εκπλήρωση των κριτηρίων επιλογής, ώστε να προκύπτει σχετική ασάφεια. Εξάλλου, στο διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (διαγωνιζόμενοι), ενώ εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι δεν υφίσταται ασάφεια ή αντίφαση της διακήρυξης δυνάμενη να παρασύρει οικονομικούς φορείς στην υποβολή απαράδεκτων προσφορών. Συνεπώς, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις για τις οποίες ο αναθέτων φορέας προέβη στη ματαίωση του διαγωνισμού, ούτε οι προϋποθέσεις του άρθρου 317 παρ. 3.

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

21. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ύψους 2.500,00€ που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. πρωτ. *** απόφαση του αναθέτοντος φορέα, με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου (κωδικός ***) ύψους 2.500,00€ στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 17 Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός Απόφασης: 323/2021

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ	Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
Μιχαήλ Οικονόμου	**Μαρία Κατσαρού**

Αριθμός απόφασης: 354/2021

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στην 1-2-2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου – Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23-12-2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1984/24-12-20202 της εταιρίας με την επωνυμία «... (...) ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «…«...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Την από 7-1-2021 παρέμβαση του οικονομικού φορέα «...» με το διακριτικό τίτλο «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. πρωτ. ... διακήρυξη του Υπουργείου ... για την ανάθεση της σύμβασης «ΣΥΝΤΟΝΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΕΚΠΟΝΗΣΗΣ ΤΩΝ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΩΝ ΧΑΡΤΩΝ ΘΟΡΥΒΟΥ (ΣΧΘ) ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΩΝ ΔΡΑΣΗΣ (ΣΔ)» και δη κατά το μέρος που: **(α)** θεσπίζει ως κριτήριο ποιοτικής επιλογής αυτό του άρθρου 2.2.6. με το οποίο ζητείται ως εμπειρία συμμετοχής στον Διαγωνισμό: «Να έχει εκτελέσει (σ.σ. ο υποψήφιος ανάδοχος) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (λαμβάνοντας υπόψη και στοιχεία συμβάσεων που εκτελέσθηκαν/παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία έως και το 2007 - 1 ος γύρος Στρατηγικής Χαρτογράφησης - και εντεύθεν), για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό: 1. τουλάχιστον τρεις (3) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης

Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με την Οδηγία 2002/49, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες, καθώς και 2. τουλάχιστον δύο (2) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες. Η συναναδοχή της ίδιας σύμβασης από δύο η περισσότερους οικονομικούς φορείς που συμπράττουν/συμμετέχουν στο ίδιο σχήμα υποψηφίου αναδόχου λογίζεται ως μια διακριτή σύμβαση», και **(β)** κατά το μέρος που στην ίδια την Διακήρυξη, ενώ αναγνωρίζεται ότι ο Συντονιστής – Σύμβουλος έχει εν δυνάμει ανταγωνιστικά συμφέροντα σε σχέση με του υποψήφιους αναδόχους για την εκπόνηση των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου των Π.Σ. δεν υπάρχει καμία αναφορά ή πρόβλεψη για την σύσταση ενός ελεγκτικού μηχανισμού, ο οποίος θα δύναται να λειτουργικά εποπτικά ως προς τον Συντονιστή και να επέμβει σε περίπτωση που παρατηρηθεί φαινόμενο αναίτιας κακής ή διακριτικής μεταχείρισης αναδόχου ή μεροληψία υπέρ ενός αναδόχου. Η εν λόγω παράλειψη, κατά την προσφεύγουσα, καταλείπει αμφιβολίες σε σχέση με το αδιάβλητο της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχων για την εκπόνηση των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου Π.Σ., ειδικότερα εάν ληφθεί υπ’ όψιν ότι επικρατεί η πεποίθηση ότι ο Διαγωνισμός επιλογής Συντονιστή - Συμβούλου, όπως περιγράφεται, «φωτογραφίζει» στην ουσία μία και μόνον εταιρεία/μελετητικό γραφείο και κατά συνέπεια θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη Διακήρυξη σε σχέση με τον ως άνω όρο, ο οποίος είναι εξαιρετικά ασαφής και καταλείπει αμφιβολίες σε σχέση με το αδιάβλητο στην εκτέλεση τόσο του προκηρυσσόμενου έργου, όσο και των υποέργων που θα κληθεί να συντονίσει ή και να ελέγξει ο Συντονιστής – Σύμβουλος.

2. Επειδή, ο οικονομικός φορέας «...» με το διακριτικό τίτλο «...» με την από 7-1-2021 παρέμβασή παρεμβαίνει υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

3. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού 1.021,57€.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής

δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ΄), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στην 1-12-2020, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 23-12-2020.

6. Επειδή, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο. Το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας εν προκειμένω καταρχήν στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι, ως δηλώνει, τυγχάνει εξειδικευμένη εταιρεία τόσο στο χώρο των μελετών περιβαλλοντικών επιπτώσεων, όσο και σε προγράμματα παρακολούθησης περιβαλλοντικών παραμέτρων (θορύβου, δονήσεων και ατμοσφαιρικής ρύπανσης), είναι εγγεγραμμένη στο Μητρώο Μελετητών (Αρ. Μητρώου: …) και διαθέτει εταιρικά μελετητικά πτυχία στις παρακάτω κατηγορίες Γ’ τάξεως στην κατ. 27 (Περιβαλλοντικές μελέτες), Α’ τάξεως στην κατ. 10 (Μελέτες Συγκοινωνιακών Έργων), Α’ τάξεως στην κατ. 17 (Χημικές Μελέτες και Έρευνες). Στο πλαίσιο της δραστηριότητάς της αυτής, η προσφεύγουσα δηλώνει ότι μετέχει σε δημόσιους διαγωνισμούς, πλην όμως, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, καθίσταται ιδιαιτέρως δυσχερή έως αδύνατη η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και η υποβολή της προσφοράς της, αφού δεν θα πληροί τις προϋποθέσεις της διακήρυξης. Ωστόσο, κατά την εξέταση εκάστου λόγου προσφυγής εξετάζεται το ειδικό έννομο συμφέρον για την προβολή εκάστου εξ αυτών.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή «… «...» με την υπ’ αρ.πρωτ. ... … διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό διεθνή διαγωνισμό, μέσω ΕΣΗΔΗΣ, για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης του έργου «ΣΥΝΤΟΝΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΕΚΠΟΝΗΣΗΣ ΤΩΝ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΩΝ ΧΑΡΤΩΝ ΘΟΡΥΒΟΥ (ΣΧΘ) ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΩΝ ΔΡΑΣΗΣ (ΣΔ)», της πράξης «Εκπόνηση Στρατηγικών Χαρτών

Θορύβου (ΣΧΘ) και Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) σε Πολεοδομικά Συγκροτήματα της Χώρας, σε εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει», προϋπολογισμού 204.314,52€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ 49.035, CPV …, διάρκειας από την υπογραφή της μέχρι τις 30-06-2023. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Αντικείμενο της σύμβασης αποτελεί ο συντονισμός της εκπόνησης των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) στα πολεοδομικά συγκροτήματα ..., ..., ..., ..., ..., ... και ... και της ανάπτυξης αντίστοιχων Σχεδίων Δράσης (ΣΔ), που αποσκοπούν στην αντιμετώπιση των προβλημάτων περιβαλλοντικού θορύβου στις εν λόγω περιοχές, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει. Συγκεκριμένα, το έργο αφορά στον συντονισμό του 4^{ου} Κύκλου Χαρτογράφησης Θορύβου και ανάπτυξης Σχεδίων Δράσης 2022, ο οποίος προβλέπεται να εκπονηθεί σε τμήματα, ως ακολούθως: ΤΜΗΜΑ 1: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ... (... - ... - ...)», ΤΜΗΜΑ 2: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ... (... - ... - ...)», ΤΜΗΜΑ 3: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ...», ΤΜΗΜΑ 4: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ... ΚΑΙ ...», ΤΜΗΜΑ 5: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ... ΚΑΙ ...», ΤΜΗΜΑ 6: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ... ...». Στο πλαίσιο του συντονιστικού του ρόλου, ο ανάδοχος της σύμβασης θα παρέχει υπηρεσίες υποστήριξης στην παρακολούθηση υλοποίησης και την παραλαβή του αντικειμένου των συμβάσεων των ανωτέρω έξι (6) τμημάτων. Η εν λόγω διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1-12-2020 με ΑΔΑΜ ... και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με συστημικό αριθμό α/α ... και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στις 25-1-2021 και ώρα 12.00. Με την υπ' αρ. Α1/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ περί λήψης προσωρινών μέτρων διατάχθηκε η αναστολή της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών στον υπόψη διαγωνισμό έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης υποστηρίζοντας τα εξής: **Α.1)** Η διάταξη τιθέμενη στον όρο 2.2.6. της Διακήρυξης που αφορά στα κριτήρια επιλογής του υποψήφιου Συντονιστή - Ανάδοχου: Στην υπό κρίση περίπτωση από τα στοιχεία της Διακήρυξης προκύπτουν, κατά την προσφεύγουσα, πλείστα όσα ζητήματα τα οποία αφενός αφορούν την επιλογή του Συντονιστή/Αναδόχου του Διαγωνισμού και αφετέρου καταλείπουν αμφιβολίες σε σχέση με το αδιάβλητο του Διαγωνισμού αφού στην ουσία «φωτογραφίζουν» ένα συγκεκριμένο μελετητικό γραφείο, το οποίο από τη μία πλευρά, εφόσον αναλάβει την εκτέλεση του έργου, θα συντονίζει το έργο που περιγράφεται στην Διακήρυξη και από την άλλη, ταυτόχρονα, θα μπορεί να ελέγχει τις μελέτες άλλων φορέων και οντοτήτων στο πλαίσιο οποιασδήποτε υποβολής προς έγκριση στην αρμόδια υπηρεσία, όπως αυτό περιγράφεται στην Διακήρυξη. Ωστόσο, ουδεμία σχέση δεν μπορεί να έχει ο συντονισμός του έργου της Διακήρυξης με την κρίση περί καταλληλότητας ή μη των παραδοτέων υπηρεσιών φυσικών ή νομικών προσώπων στην αρμόδια υπηρεσία για έργα και συμβάσεις τα οποία ουδεμία σχέση έχουν με την Διακήρυξη του Διαγωνισμού και δεν μπορεί να γίνει κατανοητό γιατί συμπεριλαμβάνεται ένας τέτοιος όρος. Ο εν λόγω όρος 2.2.6 της Διακήρυξης που αφορά στα κριτήρια της εμπειρίας του υποψήφιου Συντονιστή/Συμβούλου, ο οποίος αναφέρει τα εξής: «*Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, κάθε προσφέρων πρέπει να ικανοποιεί τις παρακάτω ελάχιστες απαιτήσεις: (Α) Να έχει εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (λαμβάνοντας υπόψη και στοιχεία συμβάσεων που εκτελέσθηκαν/παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία έως και το 2007 - 1ος γύρος Στρατηγικής Χαρτογράφησης - και εντεύθεν), για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό: 1. τουλάχιστον τρεις (3) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με την Οδηγία 2002/49, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες, καθώς και 2. τουλάχιστον δύο (2) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς*

άξονες. Η συναναδοχή της ίδιας σύμβασης από δύο η περισσότερους οικονομικούς φορείς που συμπράττουν/συμμετέχουν στο ίδιο σχήμα υποψηφίου αναδόχου λογίζεται ως μια διακριτή σύμβαση, (Β) Να διαθέτει κατάλληλη Ομάδα έργου, στη σύνθεση της οποίας θα περιλαμβάνεται απαραιτήτως (κατ' ελάχιστον) το παρακάτω στελεχιακό δυναμικό», είναι, κατά την προσφεύγουσα, φωτογραφικός και ειδικά για αυτούς που έχουν την δυνατότητα και την επιθυμία συμμετοχής από την Ελλάδα, αφού στην ουσία υπάρχει ένα και μόνο γραφείο μελετών/οικονομικός φορέας που πληροί τις παραπάνω τιθέμενες προϋποθέσεις και ειδικότερα η εταιρεία «… και ...» με επιστημονικό υπεύθυνο και εν τοις πράγμασι επικεφαλή τον κ. ... . Ο ανωτέρω τιθέμενος όρος αποτρέπει όλες τις υπόλοιπες εταιρείες - μελετητικά γραφεία που υπάρχουν και λειτουργούν στον ελλαδικό χώρο να συμμετάσχουν στον επίδικο διαγωνισμό, αφού καμία δεν διαθέτει τα εν λόγω τιθέμενα προσόντα. Κατά τον λόγο που η προσβαλλόμενη Διακήρυξη επιτρέπει στην ουσία σε ένα και μόνον γραφείο μελετών (το ως άνω αναφερόμενο) να συμμετάσχει στον υπό κρίση Διαγωνισμό, υπονομεύει σαφώς τον ανταγωνισμό και παραβιάζει τους ενωσιακούς κανόνες περί ανταγωνισμού, αφού αποτρέπει όλους τους υπόλοιπους άλλους υποψήφιους αναδόχους που ευρίσκονται στην Ελλάδα να συμμετάσχουν σε αυτόν. Συνεπώς, για τον λόγο αυτόν, ήτοι για την παραβίαση των κανόνων περί ανταγωνισμού, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη θα πρέπει, κατά την προσφεύγουσα, να ακυρωθεί έτσι ώστε να διαμορφωθεί εκ νέου και να μπορούν να συμμετάσχουν και άλλοι φορείς στον Διαγωνισμό, οι οποίοι δύνανται αν φέρουν σε πέρας και να εκτελέσουν το έργο, αφού οι ανωτέρω τιθέμενες προϋποθέσεις, ουδέν ουσιαστικό έρεισμα έχουν αφού δεν μπορούν να αποτελέσουν προϋποτιθέμενο για την εκτέλεση του προκηρυσσόμενου έργου. Η προσφεύγουσα είχε ήδη επισημάνει τις ελλείψεις και τις παραβιάσεις της Διακήρυξης, ήδη από το στάδιο της διαβούλευσης και είχε αποστείλει στην Αναθέτουσα Αρχή την από 18.05.2020 Εξώδικη Δήλωση – Πρόσκλησή της, η οποία κοινοποιήθηκε σε αυτήν στις 19.05.2020 όπως προκύπτει από την υπ' αριθμ. 10.420 Γ/19.05.2020 έκθεση επίδοσης του δικαστικού επιμελητή στο Εφετείο Αθηνών κ. …, επισημαίνοντας ότι οι όροι της Διακήρυξης παραβιάζουν το δίκαιο του ανταγωνισμού, πλην όμως ούτε απάντηση έλαβε, αλλά ούτε και λήφθηκε αυτή υπ' όψιν όπως προκύπτει από τα όσα περιλήφθηκαν εντέλει στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη. **Α.2.)** Η

απαίτηση για εμπειρία σε δύο (2) τουλάχιστον χαρτογραφήσεις προκειμένου για το δικαίωμα συμμετοχής στον Διαγωνισμό: Η απαίτηση του όρου της Διακήρυξης για εμπειρία σε δύο (2) τουλάχιστον χαρτογραφήσεις σύμφωνα με την Νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ είναι απαράδεκτη και καταχρηστική καθώς μετά την ημερομηνία εφαρμογής της νέας οδηγίας στην χώρα μας, η οποία είναι η 31.12.2018, έχει προκηρυχθεί μόνο ένας Δημόσιος Διαγωνισμός για Χαρτογράφηση σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην ως άνω αναφερόμενη, ήδη εφαρμοζόμενη, Οδηγία και συνεπώς, καμία εταιρεία (πέραν της ανωτέρω αναφερομένης) δεν διαθέτει το απαραίτητο αυτό προσόν για τη συμμετοχή στον επίδικο Διαγωνισμό. Κατά την προσφεύγουσα, με τον τρόπο αυτόν και πάλι «φωτογραφίζεται» το ως άνω ρητώς αναφερόμενο συγκεκριμένο μελετητικό γραφείο, το οποίο είναι, κατ' αυτήν, και το μοναδικό που πληροί στην Ελλάδα τις τιθέμενες προϋποθέσεις και όρους, γεγονός που από μόνο του συνιστά προνομιακή μεταχείριση του εν λόγω γραφείου κατά παράβαση των ευρωπαϊκών και εσωτερικών κανόνων περί ανταγωνισμού, αφού κανένα άλλο μελετητικό γραφείο, ιδιαίτερα από εκείνα που είχαν πάρει μέρος στον πρώτο γύρο της Στρατηγικής Χαρτογράφησης των Π.Σ δεν μπορεί να υποβάλλει προσφορά αφού δεν εκπληρώνουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις. **Α.3.)** Ο όρος περί ύπαρξης ελάχιστης εμπειρίας του Διευθυντή Έργου (Project manager): Ο όρος της Διακήρυξης 2.2.6. (β) 1, ότι προκειμένου να συμμετάσχει κάποιος σε αυτόν θα πρέπει ο Επικεφαλής Ομάδας, Διευθυντής Έργου (Project manager) «να έχει ως ελάχιστη εμπειρία, την ευθύνη διαχείρισης υλοποίησης τριών (3) έργων χαρτογράφησης με την Οδηγία 2002/49/ΕΕ και δύο (2) έργων με την Οδηγία 996/2015/ΕΕ και την μεθοδολογία CNOSSOS-EU» είναι, κατά την προσφεύγουσα, και πάλι «φωτογραφική» για ένα συγκεκριμένο μελετητικό γραφείο, καθώς μόνον το ως άνω αναφερόμενο μελετητικό γραφείο, ήτοι η εταιρεία «… και ...» με επιστημονικό υπεύθυνο και εν τοις πράγμασι επικεφαλή τον κ. ... εκπληρώνει τον όρο για δύο (2) έργα χαρτογραφήσεων με την νέα οδηγία και συνεπώς, σύμφωνα με τον ανωτέρω τιθέμενο όρο της Διακήρυξης ως απαραίτητη προϋπόθεση για την συμμετοχή οικονομικών φορέων/μελετητικών γραφείων στον Διαγωνισμό, μόνον αυτό το γραφείο δύναται να συμμετάσχει στην υπό κρίση Διαγωνισμό. Αυτό το γεγονός φυσικά είναι σε γνώση της Αναθέτουσας Αρχής αφού η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είχε αναφερθεί εγγράφως σε

αυτό με την ως άνω αναφερόμενη Εξώδικη Δήλωσή της η οποία αγνοήθηκε. Ενδεικτικά αναφέρει η προσφεύγουσα ότι κατά τον πρώτο γύρο της Χαρτογράφησης των Π.Σ., όπως γνωρίζει άριστα εκ της θέσεως της η Αναθέτουσα Αρχή, κανένα μελετητικό σχήμα δεν είχε αναδειχθεί ανάδοχος σε πάνω από δύο (2) Χαρτογραφήσεις με την συντριπτική πλειονότητα των αναδόχων να έχουν αναλάβει μόλις μια. **Α.4.)** Η Ανάγκη ανεξαρτησίας Συντονιστή - Συμβούλου: Σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή του αντικειμένου του Συντονιστή - Συμβούλου, αυτός θα πρέπει: «*Να υποστηρίξει το Τμήμα Θορύβου, Δονήσεων και Ακτινοβολιών της Διεύθυνσης Κλιματικής Αλλαγής και Ποιότητας της Ατμόσφαιρας του Υπουργείου ..., προκειμένου να διασφαλιστεί η παροχή των ψηφιακών δεδομένων των προηγούμενων μελετών εκπόνησης Σ.Χ.Θ & Σ.Δ που υποβλήθηκαν. Παράλληλα, να υποστηρίξει το αναφερόμενο Τμήμα σε γενικότερα θέματα χαρτογράφησης, παρακολούθησης και σχεδίων δράσης περιβαλλοντικού θορύβου*». Είναι αυτονόητο, κατά την προσφεύγουσα, ότι αν δεν έχει εξασφαλιστεί η ανεξαρτησία του Συμβούλου από άλλα Μελετητικά Γραφεία - Σχήματα ο παραπάνω όρος θα οδηγήσει σε χειραγώγηση της Υπηρεσίας αφού αυτός (σ.σ. ο Συντονιστής) θα δύναται να θεωρηθεί ότι προωθεί τα συμφέροντα συγκεκριμένων μελετητικών γραφείων, με τα οποία συνεργάζεται ή συνεργάστηκε στο παρελθόν ή κατά οποιονδήποτε άλλον τρόπο συνδέεται. Ο ανάδοχος του έργου Συντονιστής - Σύμβουλος θα πρέπει να παρέχει εχέγγυα αμεροληψίας και ανεξαρτησίας. Οίκοθεν νοείται ότι, δεδομένου του γεγονότος ότι στην Διεύθυνση Κλιματικής Αλλαγής και Ποιότητας της Ατμόσφαιρας του Υπουργείου ... υποβάλλονται προς έγκριση μελέτες από μελετητικά γραφεία, ο Συντονιστής - Σύμβουλος θα πρέπει να μην διατηρεί καμία σχέση με τα μελετητικά αυτά γραφεία, αφού η σχέση του αυτή μπορεί να νοθεύσει τον καλώς εννοούμενο ανταγωνισμό και να οδηγήσει σε ζημία των μελετητικών γραφείων που δεν συνδέονται μαζί του, σε έργα στα οποία είναι ανάδοχοι. Πόσο δεν μάλλον στην περίπτωση που ο Σύμβουλος στα πλαίσιο άλλων έργων, δημόσιων και ιδιωτικών, θα υποβάλλει προς έγκριση μελέτες του στην υπηρεσία. Θα υπάρχει δηλαδή το παράδοξο ελεγκτής και ελεγχόμενος να είναι ο ίδιος φορέας. Το γεγονός ότι υπάρχει η ανωτέρω αναφερόμενη διάταξη και εφόσον διατηρηθεί ο ανωτέρω όρος ως έχει, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι ανάδοχος του έργου θα επιλεγεί το ανωτέρω αναφερόμενο μελετητικό

γραφείο, ήτοι η ανώνυμος εταιρεία με την επωνυμία «… και ...» με επιστημονικό υπεύθυνο και εν τοις πράγμασι επικεφαλή τον κ. .... Αυτό θα έχει ως αποτέλεσμα να αποκλειστεί η προσφεύγουσα από κάθε έργο που θα έχει σχέση με τον υπό κρίση Διαγωνισμό, αλλά και από κάθε άλλο έργο προκηρύσσεται από την εν λόγω Αναθέτουσας Αρχή (η οποία προκηρύσσει το μεγαλύτερο μέρος των διαγωνισμών στους οποίους συμμετέχει η προσφεύγουσα), αφού ο επιλεχθείς Συντονιστής δεν θα έχει ως έργο μόνον τον εν λόγω διαγωνισμό, αλλά και κάθε άλλο έργο προκηρύσσεται από την Αναθέτουσα Αρχή. Ο εν λόγω όρος, συνεπώς, καθιερώνει μία αναμφισβήτητη ουσιώδη δυσχέρεια για την προσφεύγουσα να συμμετέχει στο μέλλον σε διαγωνισμούς και αναμφισβήτητα αποτελεί νόθευση των κανόνων του ανταγωνισμού και ισότιμης συμμετοχής των διαγωνιζομένων σε προκηρυσσόμενους διαγωνισμούς, ενώ η προσφεύγουσα δεν θα μπορεί να συμμετέχει ούτε και στον υπό κρίση Διαγωνισμό αφού, όπως και οι υπόλοιπες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στον συγκεκριμένο τομέα στην Ελλάδα, δεν έχει εκτελέσει τον αριθμό των έργων που, αναιτιολόγητα και αδικαιολόγητα, ζητά η Διακήρυξη και τα οποία μόνον ο επικεφαλής του ανωτέρω οικονομικού φορέα/μελετητικού γραφείου που, με μαθηματική ακρίβεια, θα αναλάβει το έργο πληροί τους τιθέμενους όρους στην Ελλάδα. Για τη άρση δε της εν λόγω παράβασης των κανόνων του ανταγωνισμού θα πρέπει, κατά την προσφεύγουσα, να ακυρωθεί η Διακήρυξη προκειμένου να διαμορφωθεί αυτή εκ νέου και να τεθεί όρος σε αυτήν, επί ποινή αποκλεισμού, ότι σε περίπτωση αναδόχου ελληνικού μελετητικού οικονομικού φορέα, αυτός θα πρέπει καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης ήτοι έως την 30.06.2023 να μην αναλάβει κανένα παρεμφερές έργο που υποβάλλεται στην αρμόδια Υπηρεσία προς έγκριση, χαρτογραφήσεις - προγράμματα παρακολούθησης - ..., είτε ο ίδιος είτε μέσω αναδόχων με τους οποίους συνδέεται καθ' οιονδήποτε τρόπο, καθώς δεν μπορεί να είναι και ελεγκτής και ελεγχόμενος ταυτόχρονα. Διαφορετικά καθιερώνεται κατά τον τρόπο αυτόν μία σύγκρουση συμφερόντων, η οποία σαφώς νοθεύει τον καλώς εννοούμενο ανταγωνισμό και δημιουργεί σκιές στην διαφάνεια που απαιτείται για την διεξαγωγή δημοσίων διαγωνισμών. **Α.5.)** Η Νομολογιακή προσέγγιση του ζητήματος - Η αντίθεση της ως άνω φωτογραφικής διάταξης της υπό κρίση Διακήρυξης στη Νομολογία: Όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣτΕ 3719/2011,

1105/2010, Ε.Α. ΣτΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ. ά.), η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, 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, 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. Η προαναφερόμενη ελευθερία της αναθέτουσας αρχής, να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως, πρέπει, βεβαίως, να ασκείται με βάση τα οριζόμενα στις οικείες διατάξεις και υπό την αναγκαία προϋπόθεση τηρήσεως των βασικών αρχών που διέπουν τους διαγωνισμούς για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα δε της ισότιμης προσβάσεως σε αυτούς των προτιθεμένων να συμμετάσχουν και της διασφαλίσεως του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. Όπως τονίζεται παγίως από την ενωσιακή νομολογία, στόχος της σχετικής δευτερογενούς νομοθεσίας, δηλαδή των Οδηγιών 2014/23/ΕΕ, 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ, είναι η προώθηση του «πραγματικού» ή «αποτελεσματικού» ανταγωνισμού εντός όλων των κρατών - μελών (ενδεικτικά ΔΕΚ της 11-1-2005, υπόθ. C-26/03, Stadt Halle). Πρέπει συναφώς να προστεθεί ότι το άνοιγμα στον ανταγωνισμό δεν συναρτάται μόνον με τη διασφάλιση του κοινοτικού συμφέροντος στον τομέα της ελεύθερης κυκλοφορίας προϊόντων και υπηρεσιών, αλλά εξίσου με το συμφέρον της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, η οποία διαθέτει με τον τρόπο αυτόν ευρεία δυνατότητα επιλογής σε σχέση με την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως και πλέον αρμόζουσα προς τις καθορισθείσες ανάγκες προσφορά (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, εκδ. Σάκκουλα Αθήνα - Θεσσαλονίκη 2014, σελ. 158). Με άλλα λόγια, η ανάπτυξη του πραγματικού ανταγωνισμού στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων δεν αποτελεί αυτοσκοπό, αλλά μέσο, το οποίο αποσκοπεί τόσο στην ανάπτυξη της ελεύθερης αγοράς, όσο και στην

αποτελεσματική εξυπηρέτηση των πραγματικών αναγκών των αναθετουσών αρχών. Περαιτέρω, το άρθρο 23 της ήδη καταργηθείσης Οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 31ης-3-2004 «Περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών» (ΕΕ L 134), (άρθρο 53 του π.δ. 60/2007, Α' 64) όριζε ότι : «*1. Οι τεχνικές προδιαγραφές, όπως ορίζονται στο σημείο 1 του Παραρτήματος VI, αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης, όπως οι προκηρύξεις διαγωνισμού ... 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση στους προσφέροντες και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολογήτων φραγμών στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3*.». Ειδικότερη δε έκφανση της ισορροπίας μεταξύ της αποτελεσματικής εξυπηρέτησης των αναγκών της αναθέτουσας αρχής και της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, αποτελεί ο θεσμός των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Ειδικότερα από διαδικαστικής πλευράς, τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής καθορίζουν το καταρχήν αποδεκτό της προσφοράς, ενώ τα κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης (ή κριτήρια αξιολόγησης) το πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, ήτοι εκείνου με τη συμφερότερη προσφορά, μεταξύ των καταρχήν αποδεκτών, ως εκρίθησαν δια των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής προηγουμένως, διαγωνιζομένων (βλ. απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017). Από ουσιαστικής πλευράς, τα κριτήρια επιλογής σκοπούν στη διασφάλιση ενός ελάχιστου ανεκτού επιπέδου καταλληλότητας, ικανότητας και επάρκειας των υποψηφίων αναδόχων, άνευ της υπάρξεως του οποίου δεν είναι καν επιθυμητή και ούτως προαποκλείεται από τη διακήρυξη, από την αναθέτουσα, όχι μόνο η ανάθεση της σύμβασης στον συγκεκριμένο μη επαρκή υποψήφιο, αλλά και η ίδια η εν γένει ανάθεσή της σε κάποιον εκ των συμμετεχόντων, εφόσον ουδείς εξ αυτών δεν καλύψει αυτό το ελάχιστο επίπεδο. Συνέπεια τούτων, άλλωστε, ο καθορισμός κριτηρίων ποιοτικής επιλογής είναι ανεξάρτητος του καθορισμού του κριτηρίου ανάθεσης της σύμβασης, ήτοι αυτού της χαμηλότερης τιμής ή της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς (βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13/2016, σελ. 2). Στο πλαίσιο αυτό, οι γενικές αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας επιβάλλουν σε κάθε διακήρυξη διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης να προβλέπει αυτή κριτήρια ποιοτικής επιλογής και ανάθεσης που σχετίζονται με την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της

συγκεκριμένης σύμβασης (βλ. απόφαση ΕΣ Τμ. VI 2654/2014, σκ. III). Ο καθορισμός των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και των μέσων απόδειξής τους έγκειται στην αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, η οποία, λαμβάνοντας υπόψη της τη φύση και τις ιδιαιτερότητες της σύμβασης, διαμορφώνει κατά τη διακριτική της ευχέρεια, τα κατάλληλα για τη συγκεκριμένη περίπτωση κριτήρια, ώστε να διασφαλισθεί ο ελεύθερος ανταγωνισμός και η επιλογή της βέλτιστης προσφοράς (ΕΣ VI Τμ. 3149/2012, 2484/2012), ήτοι να προκριθεί ο συμμετέχων εκείνος ο οποίος δύναται να εκτελέσει τη σύμβαση με τους βέλτιστους δυνατούς όρους. Στην ίδια ως άνω γραμμή κινείται και το Συμβούλιο της Επικρατείας, το οποίο έχει κρίνει ότι απαιτήσεις διακήρυξης, οι οποίες ανάγονται στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα συμμετεχόντων, αφορούν στο ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης και είναι νόμιμες, εφόσον συνδέονται ευθέως και είναι ανάλογες προς το αντικείμενο και το ύψος του προϋπολογισμού, καθώς, στην περίπτωση αυτή, αποβλέπουν στη διασφάλιση της ικανότητας των διαγωνιζομένων να ανταποκριθούν στην ομαλή και προσήκουσα υλοποίηση του αντικειμένου της σύμβασης, περιορίζοντας τις επισφάλειες (βλ. ΣτΕ 3719/2011, ΕΑ 1140/2010, 303/2007, 977/2006, οι οποίες έκριναν σχετικώς στην περίπτωση των τεχνικών προδιαγραφών). Οι απαιτήσεις αυτές, εφόσον κρίνονται πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, δεν παραβιάζουν τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγονται την αδυναμία ορισμένων οικονομικών φορέων να συμμετέχουν στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή αυτή. Τέτοιοι όροι αποσκοπούν στη διασφάλιση των συμφερόντων των αναθετουσών αρχών σχετικά με την απρόσκοπτη και βέλτιστη εκτέλεση των ανατιθέμενων συμβάσεων (βλ. αντί πολλών ΣτΕ 616/2012, ΣτΕ 539/2013). Η ανάπτυξη περαιτέρω του ανταγωνισμού είναι προς το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, στο πλαίσιο, ωστόσο, του βασικού μελήματος της για ανάθεση της σύμβασης σε οικονομικό φορέα ο οποίος θα είναι σε θέση να την εκτελέσει άρτια, προς αποφυγή ανώμαλης εξέλιξής της. Περαιτέρω, ο ισχύων, πλέον, Ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α'147), ορίζει στο άρθρο 54 [άρθρο 42 της Οδηγίας 4 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού

Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94 της 28ης-3- 2014)], τα εξής: «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. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της... 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 δηυόσιων συυβάσεων στον αντανωνισυό.3...». Σύμφωνα με όσα είχαν γίνει δεκτά νομολογιακώς, καθ' ερμηνεία των προγενεστέρων διατάξεων, τα οποία δύνανται να υποστηριχθούν και υπό τις νέες ως άνω διατάξεις, αφού αυτές ρυθμίζουν κατά τον ίδιο, ακριβώς, τρόπο τα σχετικά ζητήματα των τεχνικών προδιαγραφών, ως προς την εξασφάλιση ισότιμης προσβάσεως των οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως, καθώς και ως προς το άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, απαγορεύεται, κατ’ αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων. Δεν αποκλείεται, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣτΕ 267/2008). Πρέπει να τονισθεί, σχετικώς, στο σημείο αυτό ότι τυχόν ταύτιση των πληττόμενων προδιαγραφών με προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας, δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι σχετικές τεχνικές προδιαγραφές είναι φωτογραφικές (Ε.Α. ΣτΕ 1025, 836/2010, 829, 201/2007), στις περιπτώσεις εκείνες που η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί τη θέσπιση των τεχνικών αυτών προδιαγραφών. Θεωρείται δε αιτιολογημένη η θέσπιση τέτοιων προδιαγραφών, όταν η αναθέτουσα αρχή παραθέτει ικανά στοιχεία,

σύμφωνα με τα οποία, μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται. Εξάλλου, δεν θεωρούνται ως φωτογραφικές οι τεχνικές προδιαγραφές, στις περιπτώσεις εκείνες που, τελικώς, συμμετέχει στο διαγωνισμό ικανός αριθμός προσφερόντων, γιατί, μετά από μία ευρεία συμμετοχή, σε κάθε περίπτωση, δεν προκύπτει περιορισμός του ανταγωνισμού (ΣτΕ 214,215/2011). Η αμφισβήτηση, άλλωστε, τεχνικών προδιαγραφών ως φωτογραφικών ορισμένων προϊόντων συγκεκριμένης εταιρείας, θα πρέπει να είναι ορισμένη και να αποδεικνύεται με την προσκόμιση στοιχείων προς απόδειξη της πραγματικής της βάσεως (Ε.Α. ΣτΕ 1025/2010, 474/2009, πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 836/2010, 1317/2007). Ακόμη, για το παραδεκτό τέτοιας αμφισβητήσεως τεχνικής προδιαγραφής, θα πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να κατονομάζεται ο κατασκευαστής του προϊόντος, το οποίο φωτογραφίζεται από την προδιαγραφή αυτή (Ε.Α. ΣτΕ 1025/2010, 1354, 238/2009, 1357/2007). Ενόψει όλων όσων εκτέθηκαν, καθίσταται φανερό ότι οι αναθέτουσες αρχές και εν προκειμένω το Υπουργείο ... οφείλουν να αιτιολογούν τη θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών που συνεπάγονται τον αποκλεισμό συμμετοχής στο διαγωνισμό. Η αιτιολογία αυτή, για να είναι νόμιμη, όπως ήδη αναφέρθηκε, θα πρέπει να στηρίζεται σε ικανά στοιχεία, τα οποία πρέπει να συνίστανται αφενός στην παράθεση, κατά συγκεκριμένο τρόπο, των ειδικών αναγκών τις οποίες επιδιώκει να καλύψει η αναθέτουσα αρχή, αφετέρου στην παράθεση των στοιχείων εκείνων, που θεμελιώνουν την τεχνική κρίση ότι οι συγκεκριμένες αυτές ειδικές ανάγκες εξυπηρετούνται αποτελεσματικά μόνον από τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές, για την κάλυψη των οποίων αυτές τίθενται. Η πληρότητα και νομιμότητα μιας τέτοιας αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής, ελέγχεται ακυρωτικώς από το δικαστή του προσυμβατικού σταδίου. Ο δικαστικός αυτός έλεγχος, για να λειτουργεί αποτελεσματικά και να αποτρέπει την ενδεχόμενη προσβολή της ισότιμης προσβάσεως των προσφερόντων, καθώς και τη δημιουργία αδικαιολογήτων φραγμών στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, δηλαδή, να αποτρέπει την ενδεχόμενη προσβολή των αρχών αυτών, τις οποίες, κατά τις ως άνω διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Ν. 4412/2016, οφείλουν να εξασφαλίζουν οι τεχνικές προδιαγραφές, θα πρέπει να διαπιστώνει, ως ελάχιστο περιεχόμενο της αιτιολογίας αυτής, τα προαναφερόμενα στοιχεία

που θεμελιώνουν και, ταυτοχρόνως, δικαιολογούν τη θέσπιση τεχνικών προδιαγραφών που συνεπάγονται τον αποκλεισμό συμμετοχής στο διαγωνισμό. Η αξίωση αυτή του δικαστικού ελέγχου, για πλήρη και ειδική αιτιολογία, καθίσταται επιτακτικότερη, στις περιπτώσεις εκείνες που η επιλεγείσα κατηγορία των προς προμήθεια ειδών με τα συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά προσφέρεται, τη δεδομένη χρονική στιγμή, από μία μόνον εταιρεία. Στην υπό κρίση περίπτωση, κατά την προσφεύγουσα, συμβαίνει ακριβώς αυτό, ενώ περαιτέρω, πέραν των όσων ήδη έχει λεπτομερώς παραθέσει και τα οποία αποδεικνύουν την παράβαση των όρων περί ανταγωνισμού λόγω του τιθέμενου όρου 2.2.6 της Διακήρυξης, δεδομένου του γεγονότος ότι ο επιλεχθείς Συντονιστής θα πρέπει να έχει καθημερινή παρουσία στο Υπουργείο, καθιστά ασύμφορη και εν τοις πράγμασι απαγορευτική την συμμετοχή οικονομικών φορέων του εξωτερικού οι οποίοι πιθανώς να μπορούσαν να πληρούν τα τιθέμενα κριτήρια συμμετοχής στον Διαγωνισμό, αφού το κόστος εκτέλεσης της σύμβασης θα είναι εξαιρετικά μεγάλο. Συνεπώς, καταδεικνύεται ότι ο τιθέμενος όρος εξυπηρετεί τα συμφέροντα μίας και μόνης εταιρείας στην Ελλάδα. Σύμφωνα δε με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενσωμάτωσε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θα πρέπει οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και επιπλέον να μην θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτής χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Στην υπό κρίση περίπτωση, κατά την προσφεύγουσα, είναι σαφές ότι όχι μόνον δεν εξασφαλίζεται η ισότιμη πρόσβαση αλλά έτι περαιτέρω αποκλείεται η συμμετοχή όλων των υπολοίπων εταιρειών - μελετητικών γραφείων, πέραν της ρητώς κατονομαζόμενης στην κρινόμενη προσφυγή εταιρεία/μελετητικό γραφείο. Ακόμα, δεδομένης της ύπαρξης Συντονιστή στο ως άνω Υπουργείο είναι σαφές ότι εφόσον προέρχεται από την ως άνω αναφερόμενη Μελετητική Εταιρεία - Γραφείο, θα δύναται να ελέγχει κάθε συμμετοχή της προσφεύγουσα και οποιασδήποτε άλλης εταιρείας/οικονομικού φορέα σε οποιονδήποτε

Διαγωνισμό από την ανάθεση της Σύμβασης και εντεύθεν και κατά τον τρόπο αυτόν να νοθευθεί έτι περαιτέρω ο ανταγωνισμός, αφού, όπως δηλώνει η προσφεύγουσα, είναι σε θέση να γνωρίζει ότι δεν θα της ανατεθεί κανένας διαγωνισμός ή σύμβαση στο μέλλον δεδομένης της ανταγωνιστικής σχέσεως της με τον επικεφαλής του ως άνω αναφερόμενου οικονομικού φορέα/μελετητικού γραφείου. **Α.5.1.)** Ο όρος περί αυτόματου αποκλεισμού για τον προσφέροντα που θα του ανατεθεί το έργο από τη αξιολόγηση προσφορών στο πλαίσιο της διακήρυξης που αφορά στην εκπόνηση Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου και Σχεδίων Δράσης στα ανωτέρω αναφερόμενα Πολεοδομικά Συγκροτήματα: Στον Όρο 2.2.6. Β της Διακήρυξης για την επιλογή Συντονιστή του ανωτέρω αναφερόμενου έργου, αναφέρεται ότι: «*Σημειώνεται ότι για τον προσφέροντα που θα του ανατεθεί η παρούσα σύμβαση θα υπάρξει αυτόματος αποκλεισμός της αξιολόγησης της τυχόν προσφοράς του στο πλαίσιο των διαγωνισμών των υπολοίπων υποέργων της Πράξης Εκπόνηση Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) και Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) σε Πολεοδομικά Συγκροτήματα της Χώρας, σε εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει (Τμήματα 1 έως 6 της παρ. 1.3 της παρούσας διακήρυξης), που αφορούν στην εκπόνηση των ΣΧΘ και ΣΔ*». Κατά τον τρόπο αυτόν, σύμφωνα με τα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα, καθίσταται σαφές ότι στην ίδια την Διακήρυξη και κατ' επέκταση στην σύμβαση του προς εκτέλεση έργου, αναγνωρίζεται το γεγονός ότι ο Συντονιστής - Σύμβουλος έχει εν δυνάμει ανταγωνιστικά συμφέροντα σε σχέση με του υποψήφιους αναδόχους για την εκπόνηση των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου των Π.Σ. Το γεγονός δε ότι ο ίδιος ο Συντονιστής - Σύμβουλος θα αποκλείεται από την αξιολόγηση των προσφορών στο πλαίσιο της διακήρυξης δεν σημαίνει δίχως άλλο ότι ο Συντονιστής αυτός δεν θα δύναται να μεριμνήσει προκειμένου να ευνοήσει αναδόχους ή να τους κατευθύνει προς τη χρήση συγκεκριμένου λογισμικού και με τους οποίους θα συνδέεται με οποιονδήποτε άλλον τρόπο πέραν της εταιρικής μορφής και συνεργασίας. Η έλλειψη δε αναφοράς στην Σύμβαση περί ύπαρξης ελεγκτικού μηχανισμού, ο οποίος θα δύναται να λειτουργικά εποπτικά ως προς τον Συντονιστή και να επέμβει σε περίπτωση που παρατηρηθεί φαινόμενο αναίτιου αποκλεισμού υποψήφιου αναδόχου ή μεροληψία υπέρ ενός υποψήφιου αναδόχου, καταλείπει αμφιβολίες σε σχέση με το αδιάβλητο της

διαδικασίας ανάδειξης αναδόχων για την εκπόνηση των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου Π.Σ., ειδικότερα εάν ληφθεί υπ' όψιν ότι επικρατεί η πεποίθηση ότι ο Διαγωνισμός επιλογής Συντονιστή - Συμβούλου, όπως περιγράφεται, «φωτογραφίζει» στην ουσία μία και μόνον εταιρεία/μελετητικό γραφείο, το οποίο έχει έδρα την … ή άλλως έχει έδρα τη … και διατηρεί αποκλειστική εμπορική σχέση με το γραφείο αυτό στην … . Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, θα πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη σε σχέση με τον ως άνω όρο, ο οποίος είναι εξαιρετικά ασαφής και καταλείπει αμφιβολίες σε σχέση με το αδιάβλητο στην εκτέλεση τόσο του προκηρυσσόμενου έργου, όσο και των υποέργων που θα κληθεί να συντονίσει ή και να ελέγξει ο Συντονιστής - Σύμβουλος και να συμπεριληφθεί όρος στην Διακήρυξη ότι πέραν του Συντονιστή / Συμβούλου ο οποίος θα αξιολογεί θα πρέπει να υπάρξει ένας ανεξάρτητος και κατάλληλος ελεγκτικός μηχανισμός που να αποτελείται από εμπειρογνώμονες της Αναθέτουσας Αρχής, οι οποίοι θα ελέγχουν οίκοθεν τυχόν αυθαίρετες ενέργειες του Συντονιστή σε στάδιο προηγούμενο της οποιαδήποτε δυνατότητας προσφυγής του ενδιαφερόμενου σε νομικές ενέργειες, αναφορικά με την μεροληπτική αντιμετώπιση του σε σχέση με άλλους υποψήφιους, έτσι ώστε να αποφεύγονται ενέργειες οι οποίες θα πλήττουν τον ανταγωνισμό. **Α.5.2.)** Η με αριθμό 13/2016 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων:

Η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΑΔΗΣΥ) με την Κατευθυντήρια Οδηγία 13/2016 (ΑΔΑ: ...) έκρινε ότι: «*η αξίωση της Αναθέτουσας Αρχής για υποβολή καταλόγου των κυριότερων "παραδόσεων" ή συγκεκριμένου αριθμού "παραδόσεων" κατ' έτος ή συνολικά για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα από το μέγιστο οριζόμενο, θα περιόριζε αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, γιατί θα σήμαινε κατά τεκμήριο περισσότερες "παραδόσεις" από όσες θα έπρεπε να αξιώνει η Αναθέτουσα Αρχή, για να αποδείξει την ελάχιστη απαιτούμενη τεχνική ικανότητα. Για τον ίδιο λόγο, δηλαδή για να μην αποκλείονται "κατάλληλοι" να εκτελέσουν την σύμβαση οικονομικοί φορείς και έτσι να περιορίζεται υπέρμετρα ο ανταγωνισμός, δίνεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα κατά περίπτωση να λαμβάνει υπόψη τις αποδεδειγμένες «παραδόσεις» μεμονωμένων υποψηφίων και πέραν του ελάχιστου ορίου της τριετίας, εάν π.χ. αξιώνεται ποσότητα τριών "παραδόσεων" αγαθών και ο προσφέρων διαθέτει δύο εντός τριετίας και μία*

παλαιότερα». Κατά την προσφεύγουσα, τα ίδια έχει κρίνει και η ΑΕΠΠ με την υπ' αρ. 528/2018 απόφασή της, η οποία ακύρωσε όρο διακήρυξης, ο οποίος απαιτούσε από τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς να αποδείξουν ότι εξετέλεσαν δύο (2) αντίστοιχες με την δημοπρατούμενη παραδόσεις, χωρίς να ορίζεται καθόλου χρονικό διάστημα, εντός του οποίου όφειλαν να έχουν εκτελεσθεί οι παραδόσεις αυτές. Ειδικότερα, στην απόφαση αυτήν κρίθηκε ότι: «...*Δεν επιτρέπεται ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή να απαιτεί την υποβολή των σχετικών αποδεικτικών από όλους τους προσφέροντες για το διάστημα πριν από την πενταετία ή την τριετία (βλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων)*». Η εν λόγω Οδηγία καταδεικνύει την βούληση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων να μην ζητούνται περισσότερα πράγματα από όσα πραγματικά είναι απαραίτητα προκειμένου να συμμετάσχει κάποιος σε κάποιον Διαγωνισμό και να μπορεί να φέρει σε πέρας αυτόν. Να μην τίθενται δηλαδή τέτοιες προϋποθέσεις οι οποίες στην ουσία να καταστρατηγούν τις διατάξεις περί θεμιτού ανταγωνισμού, ήτοι να αποτρέπουν οικονομικούς φορείς από το να συμμετάσχουν σε αυτόν ή που να «φωτογραφίζουν» στην ουσία, όπως εν προκειμένω συμβαίνει, έναν και μόνον υποψήφιο διαγωνιζόμενο. Η νομοθεσία δηλαδή επιβάλλει να συμμετέχουν όσοι διαγωνιζόμενοι δύνανται και έχουν τα προσόντα που πραγματικά είναι απαραίτητα για την εκτέλεση της σύμβασης και όχι να αποκλείονται προς όφελος κάποιων άλλων προσώπων. Κατά τον ενωσιακό νομοθέτη, επομένως, η Αναθέτουσα Αρχή μπορεί να ζητεί παραπάνω από μία «παραδόσεις» (εν προκειμένω συμμετοχή ή εκτέλεση σε περισσότερες από μία συμβάσεις), αρκεί να μην ζητεί περισσότερες «παραδόσεις» από όσες εύλογα θα μπορούσε να έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας εντός μίας τριετίας. Υπό τις ανωτέρω σκέψεις, όταν δεν αξιώνεται από τους οικονομικούς φορείς να αποδείξουν πολλές, εκτελέσεις έργων συναφών με το δημοπρατούμενο αγαθών, με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και ίσης δυναμικότητας με το δημοπρατούμενο αγαθό, με την ανοιχτή διαδικασία, μπορεί εύλογα να περιμένει κανείς καταρχήν ευρεία συμμετοχή οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό. Αν, ωστόσο, η Αναθέτουσα Αρχή από την διακήρυξη θέτει όρους που γνωρίζει ότι δεν υφίστανται και ειδικότερα ότι δεν υπάρχουν πολλοί οικονομικοί φορείς που εκτέλεσαν αυτές τις προηγούμενες παραδόσεις, αναγνωρίζει άνευ ετέρου ότι οι ζητούμενες παραδόσεις είναι

τόσο σπάνιες στην σχετική αγορά, ώστε προκειμένου να επιτευχθεί ικανοποιητικός ανταγωνισμός θα πρέπει να αυξήσει το χρονικό διάστημα εντός του οποίου αρκεί να την έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας για να κριθεί κατάλληλος. Στην υπό κρίση περίπτωση ο τιθέμενος όρος περί εκτελέσεως κατά την τελευταία τριετία τουλάχιστον δύο (2) διακριτών συμβάσεων Στρατηγικής Χαρτογράφησης σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ έχει, κατά την προσφεύγουσα, τεθεί καταχρηστικά και κατά παράβαση των κανόνων της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και του ανταγωνισμού καθώς μετά την ημερομηνία εφαρμογής της νέας ως άνω Οδηγίας στην Ελλάδα η οποία είναι η 31.12.2018, δεν έχει προκηρυχθεί κανένας Δημόσιος Διαγωνισμός για χαρτογράφηση σύμφωνα με αυτή. Σε αυτήν την περίπτωση, η απαίτηση να έχει εκτελέσει ο οικονομικός φορέας δύο (2) παραδόσεις, εν προκειμένω να έχει εκτελέσει δύο (2) συμβάσεις στρατηγικής χαρτογράφησης με την ως άνω νέα Οδηγία, ως κριτήριο τεχνικής καταλληλότητας είναι μάλλον πέραν του αναλόγου μέτρου, σε μια ανοιχτή διαγωνιστική διαδικασία, σε σχέση με τη συνήθη εμπειρία κατάλληλων κατά τα άλλα οικονομικών φορέων στη σχετική αγορά και, επομένως, θα έπρεπε η Αναθέτουσα Αρχή (Υπουργείο ...), προκειμένου νόμιμα να την περιλάβει σε μια διακήρυξη, να αιτιολογούσε ειδικώς και δεόντως ότι είναι προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος η συγκεκριμένη απαίτηση σε σχέση με την φύση και το αντικείμενο του αγαθού που ζητείται να προσφερθεί. Στην υπό κρίση περίπτωση, δεν αιτιολογείται επαρκώς και προσηκόντως για ποιόν λόγο ζητείται η ύπαρξη, κατά τη λεκτική διατύπωση της Διακήρυξης, τουλάχιστον «*τριών (3) διακριτών συμβάσεων Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με την Οδηγία 2002/49, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες, καθώς και 2. τουλάχιστον δύο (2) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες*». Επομένως, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή, θεσπίζοντας το άρθρο 2.2.6. παρ. 2 εδ. α' της διακήρυξης του εν θέματι διαγωνισμού και απαιτώντας την ανωτέρω αναφερόμενη εμπειρία στην υλοποίηση αντίστοιχων έργων, παραβιάζει τους κανόνες ανάπτυξης ικανοποιητικού ανταγωνισμού, δεδομένου ότι, όπως απεδείχθη

ανωτέρω, μόνον ένας οικονομικός φορέας (ο ανωτέρω αναφερόμενος) δύναται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, γεγονός το οποίο η Αναθέτουσα Αρχή γνωρίζει, άλλως την είχε η προσφεύγουσα εγκαίρως ενημερώσει, πλην όμως αγνόησε την πραγματικότητα αυτή εν γνώσει της ότι παραβιάζονται οι κανόνες της ανάπτυξης ικανοποιητικού ανταγωνισμού και η αρχή της ίσης μεταχείρισης. Επιπροσθέτως, η διάταξη αυτή παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης, διότι ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης «φωτογραφίζει» και ευνοεί τον ως άνω αναφερόμενο οικονομικό φορέα σε βάρος όλως των υπολοίπων εταιρειών του κλάδου, όπως της προσφεύγουσας, στην οποία συνεχίζουν προσηκόντως να παρέχουν σημαντικό έργο στον τομέα των εν λόγω μελετών, και, ασφαλώς είναι σε θέση να εγγυηθούν την άρτια και προσήκουσα εκτέλεση της προκειμένης σύμβασης. Επ' αυτού το Συμβούλιο της Επικρατείας έκρινε μεν ότι καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή η διακριτική ευχέρεια να θέσει η ίδια τα κριτήρια επιλογής που προτίθεται να εφαρμόσει, αυτά, όμως, πρέπει να συνδέονται με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και να είναι δεκτικά αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης, χωρίς να «φωτογραφίζουν» και να ευνοούν ορισμένες επιχειρήσεις (Βλ. και ΣτΕΕΑ 257/2010 και Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ 13/2016, ΑΔΑ: ..., σελ. 9, πρβλ. και τις κρίσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας στις ΣτΕ (ΕΑ) 9/2015, 354/2014, 3719/2011). Οι δε τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να ελέγχονται από την άποψη της τήρησης του εγχώριου και ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων. Υπό την έννοια αυτήν, οι αναθέτουσες αρχές δεν δύνανται να συμπεριλαμβάνουν όρους στη διακήρυξη βάσει δικών τους σκοπιμοτήτων και επιδιώξεων, οι οποίες παραβιάζουν διατάξεις του Ν. 4412/2016 και, εν τέλει, δε διασφαλίζουν τα συμφέροντα αυτών. Δεδομένων των ανωτέρω, διά της θέσπισης κριτηρίων ποιοτικής επιλογής δεν επιτρέπεται να φωτογραφίζονται υπηρεσίες συγκεκριμένων οικονομικών φορέων, κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού, όπως εν προκειμένω, αποδεικνύεται, ότι συμβαίνει, κατά την προσφεύγουσα. Για όλους τους ανωτέρω λόγους, λοιπόν, ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης ετέθη, σύμφωνα με τα προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα, κατά παράβαση του άρθρου 80 παρ. 1 του Ν.4412/2016, σε συνδυασμό με την περ. α) ii) του Παραρτήματος XII

του Προσαρτήματος Α' του ίδιου νόμου, της αρχής της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης, και, επομένως, πρέπει να ακυρωθεί από την Αρχή σας. **Β)** Ειδικότερα επί της παράβασης νόμου αναφορικά με προϋποθέσεις συμμετοχής που περιορίζουν τον Ανταγωνισμό: Την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Η αποφυγή κάθε ανοικτής ή συγκεκαλυμμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών συνιστά κυρίαρχη ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C- 360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή Ι-1992, σ. 3401, σκ. 11), η οποία διέπει, μεταξύ, άλλων και την κατάρτιση των όρων της διακήρυξης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017). Συνεπώς, οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων. Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι όροι συμμετοχής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτοί, δε θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό. Στην προκείμενη περίπτωση, το άρθρο 2.2.6. της εν θέματι διακήρυξης, αντιτίθεται στην αρχή του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού που διέπει την ανάθεση και εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, κατά τα προεκτεθέντα, διότι περιορίζει αδικαιολόγητα τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετέχουν στον διαγωνισμό, αφού αποκλείει οικονομικούς φορείς, όπως την προσφεύγουσα. Σύμφωνα με τους

προεκτεθέντες όρους της επίδικης διακήρυξης, δεν επιτρέπεται η συμμετοχή σε οικονομικό φορέα, ο οποίος δεν έχει τουλάχιστον τρεις (3) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με την Οδηγία 2002/49, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες, καθώς και 2. τουλάχιστον δύο (2) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες. Συνεπώς, ο εν λόγω όρος που περιορίζει το εύρος των οικονομικών φορέων που μπορούν να συμμετάσχουν στον Διαγωνισμό δεδομένου ότι μόνο μία εταιρεία/μελετητικό γραφείο υπάρχει στην Ελλάδα που να πληροί την εν λόγω προϋπόθεση (γεγονός το οποίο είναι σε γνώση της Αναθέτουσας Αρχής) χωρίς περαιτέρω να αιτιολογείται, όχι επαρκώς, αλλά καθόλου, το για ποιόν λόγο τέθηκε ο εν λόγω όρος στην Διακήρυξη (ο οποίος προφανώς καταστρατηγεί και δημιουργεί αδικαιολόγητα εμπόδια στον ελεύθερο ανταγωνισμό, στο πλαίσιο της οικείας αγοράς), σαφώς αντίκειται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών/υποψήφιων συμμετεχόντων στον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ 573/2009), εφόσον οδηγεί στον αποκλεισμό οικονομικών φορέων, καίτοι αυτοί πληρούν όλες τις τεχνικές προδιαγραφές και διαθέτουν την απαιτούμενη χρηματοοικονομική επάρκεια για να εκτελέσουν το έργο. Για τους λόγους αυτούς, κατά την προσφεύγουσα, το άρθρο 2.2.6. της επίδικης Διακήρυξης τέθηκε κατά παράβαση της αρχής του ελεύθερου και πραγματικού ανταγωνισμού, και επομένως, πρέπει να ακυρωθεί. **Γ)** Παραβίαση του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016: Είναι δε σαφές ότι ο καθορισμός του παραπάνω αναφερομένου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, όσον αφορά τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των υποψηφίων αναδόχων, είναι σε καταφανή αντίφαση με το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» του Ν. 4412/2016. Η υποχρέωση των Αναθετουσών Αρχών να καθορίζουν κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται και είναι ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, έχει νομολογηθεί ως θεμελιώδης αρχή του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων από σχετικές αποφάσεις του ΔΕΕ στις οποίες, επισημαίνεται σχετικά: «Εξάλλου, συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκαλυμμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης

συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών» (βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11). Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, προκύπτει ότι πρώτον, από το στοιχείο ή από τα στοιχεία που επιλέγει η αναθέτουσα αρχή για να αποδειχθεί το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, πρέπει να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα και δεύτερον, το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). Τα παραπάνω προκύπτουν και από το ότι η παραπάνω διάταξη του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 θα πρέπει πάντα να εφαρμόζεται και να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα της γενικής ρήτρας της αναλογικότητας και της σχετικότητας των κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης, που θεσπίζει το άρθρο 75 παρ. 1 κατά το οποίο «*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, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης*» και ιδίως «*Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης*». Όλα τα ως άνω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσης

τους. Αυτή η υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής, προκύπτει εξάλλου, αφενός από τη θέση των άρθρων 101 επ. της ΣΛΕΕ στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο, αφετέρου από σωρεία προβλέψεων της οικείας Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, οι οποίες θέτουν τον όχι απλώς ονομαστικό και θεωρητικό, αλλά αποτελεσματικό, βιώσιμο και ουσιώδη ανταγωνισμό (βλ. εν γένει περί «βιώσιμου» ανταγωνισμού ενδεικτικά σε ΔΕΕ, Απόφαση της 19ης Απριλίου 2012, C-549/10P TOMRA, Ψηφ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:221, ΠΕΚ Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, Τ-201/04 Microsoft, Συλλογή 2007, σ. II-3601, παρ. 436, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Απόφαση της 13ης Αυγούστου 2003, 2003/741/ΕΚ στην Υπόθεση COMP D3/38.044-NDC Health/IMS Health: Interim Measures C(2003)2920, παρ. 15 περί βιώσιμου ανταγωνισμού) στο επίκεντρο και ως συστατικό του πυρήνα κάθε ειδικότερου κανόνα επί των δημοσίων συμβάσεων, συνεπώς κάθε επιμέρους διαδικασίας και διάταξης (βλ. παρ. 1, 7, 31, 32, 33, 36, 49, 50, 59, 61, 63, 69, 74, 78, 79, 90, 92 96 Προοιμίου και άρ. 24, 30, 32, 40, 41, 49, 57, 66, 67 της Οδηγίας). Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω συνδυασμένη εφαρμογή των παρ. 1 και 4 του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα ότι τα όποια κριτήρια επιλογής περί τεχνικής επάρκειας δεν θα πρέπει να φθάνουν σε τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισης του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης. Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των κριτηρίων αυτών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Τούτα έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια κριτήρια επιλογής, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης ικανότητας, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό (ΑΕΠΠ - Απόφαση 39/2017). Κατά συνέπεια ο πιο πάνω όρος της διακήρυξης, ο οποίος ως αναφέρουμε είναι στην ουσία φωτογραφικός υπέρ της κατονομαζόμενης εταιρείας/μελετητικού γραφείου, είναι παράνομος, παραβιάζει την αρχή του υγιούς ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της

διαφάνειας και καθιστά την υποβολή προσφοράς από την προσφεύγουσα, ως εν δυνάμει συμμετέχουσας εταιρείας στον διαγωνισμό, άκρως δυσχερή έως ανέφικτη.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. ...322/5/4-1-2021 έγγραφο απόψεών της επί της ανωτέρω προσφυγής και προς απόρριψη αυτής προέβαλε τα εξής : **1)** Στον προβαλλόμενο λόγο προσφυγής IV.1 (σελ. 12 - 13 της προδικαστικής προσφυγής) αναφορικά με τον όρο 2.2.6 της Διακήρυξης, που αφορά στα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, η προσφεύγουσα εταιρία ισχυρίζεται ότι «... *Ο εν λόγω όρος 2.2.6 της Διακήρυξης που αφορά στα κριτήρια της εμπειρίας του υποψήφιου Συντονιστή/Συμβούλου, ο οποίος αναφέρει τα εξής: "Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, κάθε προσφέρων πρέπει να ικανοποιεί τις παρακάτω ελάχιστες απαιτήσεις: (Α) Να έχει εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (λαμβάνοντας υπόψη και στοιχεία συμβάσεων που εκτελέσθηκαν/παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία έως και το 2007 - 1ος γύρος Στρατηγικής Χαρτογράφησης - και εντεύθεν), για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό: 1. τουλάχιστον τρεις (3) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με την Οδηγία 2002/49, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες, καθώς και 2. τουλάχιστον δύο (2) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες. Η συναναδοχή της ίδιας σύμβασης από δύο η περισσότερους οικονομικούς φορείς που συμπράττουν/συμμετέχουν στο ίδιο σχήμα υποψηφίου αναδόχου λογίζεται ως μια διακριτή σύμβαση, (Β) Να διαθέτει κατάλληλη Ομάδα έργου, στη σύνθεση της οποίας θα περιλαμβάνεται απαραιτήτως (κατ' ελάχιστον) το παρακάτω στελεχιακό δυναμικό ", είναι φωτογραφικός και ειδικά για αυτούς που έχουν την δυνατότητα και την επιθυμία συμμετοχής από την Ελλάδα, αφού στην ουσία υπάρχει ένα και μόνο γραφείο μελετών/οικονομικός φορέας που πληροί τις παραπάνω τιθέμενες προϋποθέσεις...»* και ότι ο εν λόγω όρος «... *αποτρέπει όλες τις υπόλοιπες εταιρείες - μελετητικά γραφεία που υπάρχουν και λειτουργούν στον ελλαδικό*

χώρο να συμμετάσχουν στον επίδικο διαγωνισμό, αφού καμία δεν διαθέτει τα εν λόγω τιθέμενα προσόντα». Κατά την αναθέτουσα αρχή, η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει τη "φωτογράφιση" του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, τον οποίο κατονομάζει ως "φωτογραφιζόμενο", αλλά ούτε και τους υπόλοιπους ισχυρισμούς της περί απροσφορότητας του όρου 2.2.6 της Διακήρυξης, η δε επικαλούμενη υποβολή εκ μέρους της σχολίων κατά τη διεξαχθείσα διαδικασία της διαβούλευσης ή η προηγούμενη αποστολή εξωδίκου, επ' ουδενί αποτελούν απόδειξη των αιτιάσεών της. Καμία απολύτως συγκεκριμένη μνεία γίνεται περί συναφών εκτελεσμένων συμβάσεων, που διαθέτει στο ενεργητικό της η προσφεύγουσα (έστω κατά τη δική της εκτίμηση), προκειμένου να υποστηρίξει βάσιμα ότι δύναται να αναλάβει και να φέρει εις πέρας επιτυχώς την υπό σύναψη σύμβαση. Η επίκληση αδυναμίας συμμετοχής στον διαγωνισμό όχι μόνον της ίδιας της προσφεύγουσας αλλά, γενικώς και αορίστως, και όλων των άλλων οικονομικών φορέων που εδρεύουν στην Ελλάδα, εκτός του ότι είναι ισχυρισμός αναπόδεικτος, είναι και απαράδεκτος ως προβαλλόμενος εκ συμφέροντος τρίτου. Βασικά στοιχεία της Διακήρυξης με τίτλο «Συντονισμός της Εκπόνησης των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) και Σχεδίων Δράσης (ΣΔ)» αναρτήθηκαν στο ΕΣΗΔΗΣ για διαβούλευση. Η διαβούλευση έγινε με ανάρτηση από τα αρμόδια στελέχη της Γενικής Διεύθυνσης Δημοσίων Συμβάσεων της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή στην ιστοσελίδα του ΕΣΗΔΗΣ (www.promitheus.gov.gr), βάσει των άρθρων 46 και 47 του ν.4412/2016, για χρονικό διάστημα είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία ανάρτησης. Υποβλήθηκαν 21 σχόλια, τα οποία εξετάστηκαν ένα προς ένα από την Αναθέτουσα Αρχή, ελήφθησαν υπόψη στην πλειοψηφία τους και διαμορφώθηκε ανάλογα η υπόψη Διακήρυξη στα επί μέρους σημεία της. Όσον αφορά στο επίμαχο σημείο 2.2.6 της Διακήρυξης, σημειώνεται ότι σχόλιο με αναφορά στη συγκεκριμένη διάταξη κατατέθηκε μόνο από την υποβάλλουσα την παρούσα προδικαστική προσφυγή εταιρεία. Ουδείς εκ των συμμετεχόντων στη διαβούλευση αναφέρθηκε στη συγκεκριμένη διάταξη και ουδείς τη χαρακτήρισε «φωτογραφική». Οι ισχυρισμοί ότι ο υποψήφιος ανάδοχος για τον συντονισμό της εκπόνησης των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) δεν απαιτείται να διαθέτει εμπειρία και να έχει εκτελέσει επιτυχώς παρόμοια έργα με αυτά που θα κληθεί κατά την εκτέλεση της υπό

σύναψη σύμβασης να συντονίσει και ότι πρόκειται περί θέσπισης ασύνδετων με την τεχνική ικανότητα για την υπό σύναψη σύμβαση κριτηρίων είναι προφανώς αβάσιμοι, κατά την αναθέτουσα αρχή. Πέραν των προαναφερόμενων για το απαράδεκτο και αναπόδεικτο των ισχυρισμών της προσφεύγουσας για τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του όρου 2.2.6, αυτά τέθηκαν με σκοπό τη θέσπιση αντικειμενικών και πρόσφορων κριτηρίων για τον έλεγχο της τεχνικής καταλληλότητας του αναδόχου. Συγκεκριμένα, η Ευρωπαϊκή Ένωση, στο πλαίσιο της καταπολέμησης των ηχητικών οχλήσεων, διαμόρφωσε μια κοινή προσέγγιση για την αποφυγή, την πρόληψη ή τον κατά προτεραιότητα περιορισμό των επιβλαβών επιπτώσεων της έκθεσης στον περιβαλλοντικό θόρυβο μέσω της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, σχετικά με την αξιολόγηση και τη διαχείριση του περιβαλλοντικού θορύβου, του Συμβουλίου Ε.Ε της 25.6.2002, η οποία εναρμονίστηκε με την ΚΥΑ 13586/724/2006. Η ανωτέρω προσέγγιση στηρίζεται: • στον χαρτογραφικό προσδιορισμό της έκθεσης στον θόρυβο, μέσω εκπόνησης Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ), σύμφωνα με κοινές μεθόδους, • την ενημέρωση των πληθυσμών και • το σχεδιασμό και την υλοποίηση Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) σε τοπικό επίπεδο. Στη συνέχεια, η Οδηγία 2002/49/ΕΚ συμπληρώθηκε με την Οδηγία 2015/996/ΕΕ (γνωστή και ως Οδηγία EU Cnossos), η οποία με τη σειρά της εναρμονίστηκε στο Εθνικό Δίκαιο με τα ΦΕΚ 6108/Β'/31-12-2018 και ΦΕΚ 322/Β'/8-2-2019, και ορίζει νέες μεθόδους εκτίμησης και αξιολόγησης περιβαλλοντικού θορύβου τροποποιώντας τα παράρτημα της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ. Η εφαρμογή των ανωτέρω έπρεπε να γίνεται σε κύκλους διάρκειας 5 ετών, αρχής γενομένης το 2006 για τον πρώτο κύκλο εφαρμογής, το 2011 για τον δεύτερο κύκλο εφαρμογής, το 2016 για τον τρίτο κύκλο εφαρμογής, το 2021 για τον τέταρτο κ.λπ. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, με προειδοποιητική επιστολή στις 30-10-2020 [αρ. εγγράφου 2017/2150 C(2020) 6062 final], αν και αναγνωρίζει τη μερική συμμόρφωση της χώρας στην εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, επισημαίνει τα σημεία στα οποία θεωρεί ότι χρειάζονται περαιτέρω έργα εφαρμογής. Συγκεκριμένα, εστιάζει σε 15 σημεία (βάσει του άρθρου 7 παράγραφοι 1, 2, 3 και 5, του άρθρου 8 παράγραφοι 1, 2, 4, 5 και 7 και του άρθρου 10 παράγραφος 2 σε συνδυασμό με τα παραρτήματα IV, V και VI της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ). Μεταξύ των ανωτέρω σημείων κατηγορείται η Χώρα ότι

δεν έχει εκπονήσει ή/και επικαιροποιήσει τους Στρατηγικούς Χάρτες Θορύβου (ΣΧΘ) και τα Σχέδια Δράσης (ΣΔ) για όλα τα Πολεοδομικά Συγκροτήματα για τα οποία έχει υποχρέωση. Καθίσταται λοιπόν επιτακτική η υλοποίηση, από το ... (...), του 4ου Κύκλου ΣΧΘ και ανάπτυξης ΣΔ, ο οποίος προβλέπεται να εκπονηθεί σε τμήματα, με ανάθεση έξι (6) διακριτών συμβάσεων, ως ακολούθως: ΤΜΗΜΑ 1: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ... (... - ... - ...)», ΤΜΗΜΑ 2: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ... (... - ... - ...)», ΤΜΗΜΑ 3: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ...», ΤΜΗΜΑ 4: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ... ΚΑΙ ...», ΤΜΗΜΑ 5: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ... ΚΑΙ ...», ΤΜΗΜΑ 6: «ΕΚΠΟΝΗΣΗ ΣΤΡΑΤΗΓΙΚΟΥ ΧΑΡΤΗ ΘΟΡΥΒΟΥ ΚΑΙ ΣΧΕΔΙΟΥ ΔΡΑΣΗΣ ΠΣ ... ...». Λόγω: (α) της συνθετότητας των έργων, που αφορούν στα ΤΜΗΜΑΤΑ 1 έως 6, (β) του μεγάλου αριθμού των Δήμων που περιλαμβάνονται σ' αυτά, (γ) της ελλιπούς στελέχωσης των αρμόδιων υπηρεσιών του ..., (δ) της αναγκαίας διασφάλισης ποιότητας του συνόλου των παραδοτέων και (ε) της ανάγκης διαμόρφωσης και προσαρμογής των βάσεων δεδομένων για το σύνολο των ψηφιακών δεδομένων (input, output) θορύβου στους ΣΧΘ των τμημάτων 1-6, ώστε να είναι συμβατά με τη νέα βάση δεδομένων ReportNet 3.0 της Ευρωπαϊκής Υπηρεσίας Περιβάλλοντος (ΕΕΑ) και της οδηγίας INSPIRE (Οδηγία 2007/2/ΕΚ), κρίθηκε απαραίτητη η ύπαρξη ΣΥΝΤΟΝΙΣΤΗ της εκπόνησης ΣΧΘ και ανάπτυξης αντίστοιχων ΣΔ στα πολεοδομικά συγκροτήματα. με σκοπό την υποστήριξη του ... και υλοποίηση φυσικού αντικειμένου που περιγράφεται σαφώς στη Διακήρυξη (Παράρτημα Ι - ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ & ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ, σελ. 62 - 66). Από τα ανωτέρω καθίσταται προφανές, κατά την αναθέτουσα αρχή, ότι οι απαιτήσεις εμπειρίας του συντονιστή έξι (6) συμβάσεων εκπόνησης ΣΧΘ και ΣΔ δεν μπορεί να είναι ίδιες, αλλά θα πρέπει να είναι αυξημένες σε σχέση με αυτές των αναδόχων των συμβάσεων αυτών, τόσο ως προς τον αριθμό των εκτελεσμένων στο παρελθόν συμβάσεων ΣΧΘ και ΣΔ όσο και ως προς την απαίτηση εξειδικευμένης εμπειρίας στην εφαρμογή της Οδηγίας 2015/996/ΕΕ. Σύμφωνα με το σχέδιο διακήρυξης για τα έξι (6) τμήματα (που έχει λάβει από 29.12.2020 προέγκριση δημοπράτησης

από την αρμόδια Διαχειριστική Αρχή και θα προκηρυχθεί σε σύντομο χρονικό διάστημα) η ανώτερη ελάχιστη εμπειρία, που απαιτείται να έχουν οι υποψήφιοι ανάδοχοι των έξι (6) συμβάσεων εκπόνησης ΣΧΘ και ΣΔ, ανέρχεται στην εκπόνηση δύο (2) αντίστοιχων συμβάσεων (χωρίς διάκριση προ ή μετά την εφαρμογή της Οδηγίας 2015/996/ΕΕ). Η διαφορά που υπάρχει στις απαιτήσεις εμπειρίας μεταξύ της παρούσας σύμβασης και των συμβάσεων των έξι (6) τμημάτων είναι εύλογη και αντανακλά στο γεγονός ότι η παρούσα σύμβαση αποτελεί ένα έργο πολυσύνθετο και συγκεκριμένων απαιτήσεων, καθώς, ακριβώς λόγω της φύσης του αντικειμένου του αλλά και του συντονιστικού σκοπού που επιδιώκει, απαιτεί εξ ορισμού την ανάδειξη ενός αναδόχου με ειδική γνώση και εμπειρία σε ΣΧΘ & ΣΔ, ιδίως εν όψει των σημαντικών τροποποιήσεων και των νέων δεδομένων για την αξιολόγηση και τη διαχείριση του περιβαλλοντικού θορύβου, που έχουν επέλθει με τις νεότερες Οδηγίες 2015/996/ΕΕ και Inspire σε σχέση με την Οδηγία 2002/49/ΕΚ. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας περί σπανιότητας των ζητούμενων υπηρεσιών (μελέτες και συντονισμός εκπόνησης ΣΧΘ σε διάφορες περιοχές της Ελλάδας), που αποκλείει τη δυνατότητα επίτευξης ικανοποιητικού ανταγωνισμού, κατά την αναθέτουσα αρχή, δεν ευσταθεί διότι οι απαιτούμενες εκτελεσμένες συμβάσεις αφενός δεν περιορίζονται σε αυτές που προκηρύχθηκαν από το ... στους προηγούμενους κύκλους Στρατηγικής Χαρτογράφησης Θορύβου αφετέρου δεν περιορίζονται εντός του ελληνικού χώρου. Αντιθέτως, διατυπώνεται ρητά ότι θα ληφθούν υπόψη συμβάσεις «*για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή το εξωτερικό*». Συνεπώς, κάθε οικονομικός φορέας που έχει εκτελέσει συμβάσεις, πέραν αυτών του ..., π.χ. αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες, και οπουδήποτε στην Ελλάδα ή το εξωτερικό μπορεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό. Επιπλέον, σε κάθε περίπτωση, η κάλυψη του όρου της παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης μπορεί να γίνει με στήριξη στην ικανότητα τρίτων (χρήση δάνειας εμπειρίας) σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παρ. 2.2.8 της διακήρυξης. Βάσει των ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι τα τεθέντα κριτήρια και αντικειμενικά και πρόσφορα είναι, έχουν δε τεθεί και σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, καθώς επιδιώκουν να διασφαλίσουν την προσήκουσα και ποιοτική εκτέλεση της υπό σύναψη σύμβασης. **2)** Στον προβαλλόμενο λόγο προσφυγής IV.2 (σελ. 14 της προδικαστικής προσφυγής), αναφορικά με την απαίτηση για

εμπειρία σε δύο (2) τουλάχιστον χαρτογραφήσεις προκειμένου για το δικαίωμα συμμετοχής στον Διαγωνισμό, η προσφεύγουσα εταιρία ισχυρίζεται ότι «*Η απαίτηση του όρου της Διακήρυξης για εμπειρία σε δύο (2) τουλάχιστον χαρτογραφήσεις σύμφωνα με την Νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ είναι απαράδεκτη και καταχρηστική καθώς μετά την ημερομηνία εφαρμογής της νέας οδηγίας στην χώρα μας, η οποία είναι η 31.12.2018, έχει προκηρυχθεί μόνο ένας Δημόσιος Διαγωνισμός για Χαρτογράφηση σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην ως άνω αναφερόμενη, ήδη εφαρμοζόμενη, Οδηγία και συνεπώς, καμία εταιρεία (πέραν της ανωτέρω αναφερομένης) δεν διαθέτει το απαραίτητο αυτό προσόν για τη συμμετοχή στον επίδικο Διαγωνισμό*». Ο ανωτέρω ισχυρισμός είναι αβάσιμος, κατά την αναθέτουσα αρχή, για τους ίδιους ακριβώς λόγους που εξέθεσε ανωτέρω. Η απαίτηση του όρου της Διακήρυξης για εμπειρία σε δύο (2) τουλάχιστον χαρτογραφήσεις, σύμφωνα με τη Νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, είναι απολύτως αναγκαία, δεδομένου ότι στο φυσικό αντικείμενο του αναδόχου Συντονιστή - Συμβούλου περιλαμβάνεται η διασφάλιση της ομοιόμορφης εφαρμογής της μεθοδολογίας CNOSSOS-EU, στο πλαίσιο της νέας Οδηγίας 2015/996/ΕΕ. Και σε αυτήν την περίπτωση, η κάλυψη του όρου της παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης μπορεί να γίνει με στήριξη στην ικανότητα τρίτων (χρήση δάνειας εμπειρίας), σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παρ. 2.2.8 της διακήρυξης. Άρα, και σε αυτήν την περίπτωση, τα τεθέντα κριτήρια και αντικειμενικά και πρόσφορα είναι, έχουν δε τεθεί και σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, καθώς επιδιώκουν να διασφαλίσουν την προσήκουσα και ποιοτική εκτέλεση της υπό σύναψη σύμβασης. **3)** Στον προβαλλόμενο λόγο προσφυγής IV.3 (σελ. 14 της προδικαστικής προσφυγής) αναφορικά με τον όρο περί ύπαρξης ελάχιστης εμπειρίας του Διευθυντή Έργου (Project manager), η προσφεύγουσα εταιρία ισχυρίζεται ότι «*Ο όρος της Διακήρυξης 2.2.6. (β) 1, ότι προκειμένου να συμμετάσχει κάποιος σε αυτόν θα πρέπει ο Επικεφαλής Ομάδας, Διευθυντής Έργου (Project manager) «να έχει ως ελάχιστη εμπειρία, την ευθύνη διαχείρισης υλοποίησης τριών (3) έργων χαρτογράφησης με την Οδηγία 2002/49/ΕΕ και δύο (2) έργων με την Οδηγία 996/2015/ΕΕ και την μεθοδολογία CNOSSOS-EU» είναι και πάλι «φωτογραφική» για ένα συγκεκριμένο μελετητικό γραφείο...» καθώς μόνο ένα γραφείο «...εκπληρώνει τον όρο για δύο (2) έργα χαρτογραφήσεων με τη νέα οδηγία και συνεπώς, σύμφωνα με τον ανωτέρω τιθέμενο όρο της Διακήρυξης*

ως απαραίτητη προϋπόθεση για τη συμμετοχή οικονομικών φορέων/μελετητικών γραφείων στον Διαγωνισμό, μόνον αυτό το γραφείο δύναται να συμμετάσχει στον υπό κρίση Διαγωνισμό.». Ο ανωτέρω ισχυρισμός είναι αβάσιμος για τους ίδιους ακριβώς ανωτέρω λόγους, βάσει των οποίων τα τεθέντα κριτήρια και αντικειμενικά και πρόσφορα είναι, έχουν δε τεθεί και σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, καθώς επιδιώκουν να διασφαλίσουν την προσήκουσα και ποιοτική εκτέλεση της υπό σύναψη σύμβασης. **4)** Στον προβαλλόμενο λόγο προσφυγής IV.4 (σελ. 15 της προδικαστικής προσφυγής) αναφορικά με την ανάγκη ανεξαρτησίας του Συντονιστή - Συμβούλου, η προσφεύγουσα εταιρία ισχυρίζεται ότι ο Συντονιστής - Σύμβουλος «... *θα δύναται να θεωρηθεί ότι προωθεί τα συμφέροντα συγκεκριμένων μελετητικών γραφείων, με τα οποία συνεργάζεται ή συνεργάστηκε στο παρελθόν ή κατά οποιονδήποτε άλλον τρόπο συνδέεται*...» και ως εκ τούτου «... *ο Συντονιστής - Σύμβουλος θα πρέπει να μην διατηρεί καμία σχέση με τα μελετητικά αυτά γραφεία, αφού η σχέση του αυτή μπορεί να νοθεύσει τον καλώς εννοούμενο ανταγωνισμό και να οδηγήσει σε ζημία των μελετητικών γραφείων που δεν συνδέονται μαζί του, σε έργα στα οποία είναι ανάδοχοι. Πόσο δεν μάλλον στην περίπτωση που ο Σύμβουλος στα πλαίσιο άλλων έργων, δημόσιων και ιδιωτικών, θα υποβάλλει προς έγκριση μελέτες του στην υπηρεσία. Θα έχουμε δηλαδή το παράδοξο ελεγκτής και ελεγχόμενος να είναι ο ίδιος φορέας!*». Η επιχειρούμενη από την προσφεύγουσα σύνδεση των κριτηρίων καταλληλότητας του διαγωνισμού με την υποθετική εξέλιξη - μη προκηρυχθεισών ακόμη - άλλων, αυτοτελών διαγωνιστικών διαδικασιών για την ανάθεση των Τμημάτων 1 έως 6, δεν θεμελιώνει, κατά την αναθέτουσα αρχή, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον, που απαιτείται για το παραδεκτό της προσφυγής. Η διατύπωση της, επίσης αυθαίρετης, υποθετικής αιτίασης ότι η προσφεύγουσα αποκλείεται και από κάθε μελλοντική υπό σύναψη δημόσια σύμβαση, ούτε ευσταθεί ούτε, βεβαίως, αποτελεί επιχείρημα περί της βασιμότητας των ισχυρισμών της που αφορούν την υπό σύναψη σύμβαση. Η υπόδειξη εκ μέρους της προσφεύγουσας θέσπισης ελλείποντος αναγκαίου όρου, ούτε λόγο προσφυγής στοιχειοθετεί, ούτε κάποια σχετική αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ ενεργοποιεί. Στην πραγματικότητα ο διαγωνισμός των Τμημάτων 1 έως 6 είναι άλλος, αυτοτελής διαγωνισμός, ο οποίος θα διεξαχθεί μελλοντικά μέσω της

αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού, σύμφωνα με τις προβλέψεις του ν. 4412/16, και ουδεμία ανάμιξη του Συντονιστή προβλέπεται σε αυτόν. Σχετικά δε με την παραλαβή των παραδοτέων των αναδόχων των Τμημάτων 1 έως 6, αυτή θα γίνεται από την αρμόδια Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/16 (άρθρα 216, 219 και 221). Η ανεξαρτησία του Συντονιστή σε σχέση με τους αναδόχους των τμημάτων 1 - 6 διασφαλίζεται περαιτέρω με τους παρακάτω όρους στη σελ. 26 της διακήρυξης: (α) «*Σημειώνεται ότι για τον προσφέροντα που θα του ανατεθεί η παρούσα σύμβαση θα υπάρξει αυτόματος αποκλεισμός της αξιολόγησης της τυχόν προσφοράς του στο πλαίσιο των διαγωνισμών των υπολοίπων υποέργων της Πράξης Εκπόνηση Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) και Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) σε Πολεοδομικά Συγκροτήματα της Χώρας, σε εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει (Τμήματα 1 έως 6 της παρ. 1.3 της παρούσας διακήρυξης), που αφορούν στην εκπόνηση των ΣΧΘ και ΣΔ*» και (β) «*Το αναφερόμενο ελάχιστο στελεχιακό δυναμικό της παρούσας παραγράφου, πρέπει να είναι διαφορετικό για κάθε σχήμα και οικονομικό φορέα που υποβάλλει προσφορά. Δεν επιτρέπεται το ονομαστικά αναφερόμενο ελάχιστο στελεχιακό δυναμικό της παρούσας παραγράφου για ένα διαγωνιζόμενο σχήμα να συμμετέχει ως ονομαστικά αναφερόμενο ελάχιστο στελεχιακό δυναμικό και σε άλλο διαγωνιζόμενο σχήμα τόσο στον παρόντα διαγωνισμό όσο και στον διαγωνισμό των υπολοίπων υποέργων της Πράξης «Εκπόνηση Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) και Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) σε Πολεοδομικά Συγκροτήματα της Χώρας, σε εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει» (Τμήματα 1 έως 6 της παρ. 1.3 της παρούσας διακήρυξης), που αφορούν στην εκπόνηση των ΣΧΘ και ΣΔ.».* Τέλος, αναφορικά με την ύπαρξη ελεγκτικού μηχανισμού του Συντονιστή, αυτός υπάρχει και είναι η Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής της σύμβασης του Συντονιστή, σύμφωνα με τις προβλέψεις του ν. 4412/16, όπως ρητά ορίζεται στην παρ. 6.3 της Διακήρυξης. **5)** Στον προβαλλόμενο λόγο προσφυγής IV.5 (σελ. 17 της προδικαστικής προσφυγής) αναφορικά με τη νομολογιακή προσέγγιση του ζητήματος, η αναθέτουσα αρχή παρατηρεί ότι η εκτενής - σχετική και άσχετη - παράθεση αποσπασμάτων της νομολογίας δεν καθιδρύει από μόνη της παραδεκτό λόγο προσφυγής, ούτε συνιστά αποδεικτικό στοιχείο για τη

βασιμότητα των προβαλλόμενων λόγων. Κατά τα λοιπά, η αναθέτουσα αρχή αναφέρεται και στο περιεχόμενο των ήδη κατατεθεισών απόψεών της επί του αιτήματος αναστολής. Συγκεκριμένα η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. ...124941/887/28-12-2020 έγγραφο απόψεών της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων προέβαλε επί της ουσίας της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής τα εξής: Σύμφωνα με την ελάχιστη απαίτηση (Α) της παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης, κάθε προσφέρων πρέπει *«Να έχει εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (λαμβάνοντας υπόψη και στοιχεία συμβάσεων που εκτελέσθηκαν/παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία έως και το 2007 - 1ος γύρος Στρατηγικής Χαρτογράφησης - και εντεύθεν), για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή το εξωτερικό: 1. τουλάχιστον τρεις (3) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ), σύμφωνα με την Οδηγία 2002/49, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες, καθώς και 2. τουλάχιστον δύο (2) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ), σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες*». Η απαίτηση αυτή αποσκοπεί αποκλειστικά στη διασφάλιση ενός ελάχιστου ανεκτού επιπέδου καταλληλότητας, ικανότητας και επάρκειας των υποψηφίων αναδόχων προκειμένου να εξυπηρετηθούν αποτελεσματικά οι ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής στον συντονισμό της εκπόνησης των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) στα πολεοδομικά συγκροτήματα ..., ..., ..., ..., ..., ... και ... και της ανάπτυξης αντίστοιχων Σχεδίων Δράσης (ΣΔ), που αποσκοπούν στην αντιμετώπιση των προβλημάτων περιβαλλοντικού θορύβου στις εν λόγω περιοχές, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε (ιδιαίτερα με την Οδηγία 2015/996/ΕΕ) και ισχύει. Λόγω της συνθετότητας των έργων, όπως και στη διακήρυξη αναλυτικά περιγράφεται, αλλά και του μεγάλου αριθμού των Δήμων που περιλαμβάνονται σ΄ αυτά είναι προφανές ότι οι απαιτήσεις εμπειρίας του συντονιστή έξι (6) συμβάσεων εκπόνησης ΣΧΘ και ΣΔ δεν μπορεί να είναι ίδιες αλλά θα πρέπει να είναι αυξημένες σε σχέση με αυτές των αναδόχων των συμβάσεων αυτών, λαμβάνοντας ιδιαίτερα υπόψη τις αυξημένες απαιτήσεις που δημιουργεί η τροποποίηση της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2002/49/ΕΚ με την Οδηγία 2015/996/ΕΕ για την αξιολόγηση και διαχείριση του

περιβαλλοντικού θορύβου, βάσει της οποίας εκπονούνται πλέον οι ΣΧΘ και τα ΣΔ. Αυξημένες απαιτήσεις εμπειρίας προκύπτουν επίσης και από τις απαιτήσεις της Οδηγίας Inspire. Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας περί σπανιότητας των ζητούμενων υπηρεσιών (μελέτες και συντονισμός εκπόνησης ΣΧΘ σε διάφορες περιοχές της Ελλάδας), που αποκλείει τη δυνατότητα επίτευξης ικανοποιητικού ανταγωνισμού, δεν ευσταθεί διότι οι απαιτούμενες εκτελεσμένες συμβάσεις αφενός δεν περιορίζονται σε αυτές που προκηρύχθηκαν από το ... στους προηγούμενους κύκλους Στρατηγικής Χαρτογράφησης αφετέρου δεν περιορίζονται εντός του ελληνικού χώρου. Αντιθέτως, διατυπώνεται ρητά ότι θα ληφθούν υπόψη συμβάσεις «για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή το εξωτερικό». Συνεπώς, κάθε οικονομικός φορέας που έχει εκτελέσει συμβάσεις πέραν αυτών του ... (π.χ. αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες) και οπουδήποτε στην Ελλάδα ή το εξωτερικό μπορεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό. Από τα παραπάνω συνάγεται ότι η ελάχιστη απαίτηση (Α) της παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης δεν αντιβαίνει στην αρχή της 3 διαφάνειας και της ισότητας στη μεταχείριση ούτε στην αρχή του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού αλλά είναι απολύτως συνδεδεμένη και ανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας περί δυνατότητας του Συντονιστή να έχει οποιαδήποτε εμπλοκή στον διαγωνισμό των Τμημάτων 1 έως 6, με συνέπεια να μπορεί να παρατηρηθεί φαινόμενο αναίτιου αποκλεισμού υποψήφιου αναδόχου ή μεροληψία υπέρ ενός υποψήφιου αναδόχου, είναι παντελώς ανυπόστατοι, δεδομένου ότι πουθενά στη Διακήρυξη προβλέπεται τέτοια δυνατότητα ή αρμοδιότητα. Εξάλλου, ο διαγωνισμός των Τμημάτων 1 έως 6 είναι άλλος, αυτοτελής διαγωνισμός, ο οποίος θα διεξαχθεί μελλοντικά μέσω της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού, σύμφωνα με τις προβλέψεις του ν. 4412/16, και ουδεμία ανάμιξη του Συντονιστή προβλέπεται σε αυτόν. Σχετικά δε με την παραλαβή των παραδοτέων των αναδόχων των Τμημάτων 1 έως 6, αυτή θα γίνεται από την αρμόδια Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/16 (άρθρα 216, 219 και 221), που προφανώς θα ενσωματωθούν στους όρους της σχετικής διακήρυξης. Τέλος, αναφορικά με την ύπαρξη ελεγκτικού μηχανισμού του Συντονιστή, αυτός υπάρχει και είναι η Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής της σύμβασης

του Συντονιστή, σύμφωνα με τις προβλέψεις του ν. 4412/16, όπως ρητά ορίζεται στην παρ. 6.3 της Διακήρυξης.

10. Επειδή, ο οικονομικός φορέας «...» με το διακριτικό τίτλο «...» με την από 7-1-2021 εμπροθέσμως κατόπιν της από 28-12-2020 κοινοποίησης της προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας 'ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ' του ΕΣΗΔΗΣ, παρέμβασή του υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης διακήρυξης, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί αυτήν, προβάλλοντας τα ακόλουθα: **1)**Έλλειψη Εννόμου Συμφέροντος της Προσφεύγουσας για την Άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής κατ' άρθρο 346 του Ν.4412/2016: Η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τα άρθρα 346, 360 παρ.1 και 367 του ν.4412/2016, ως και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017, προβάλλει ότι «κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, σε περίπτωση σιωπής του νόμου, νομιμοποιείται για την άσκηση ενδικοφανούς προσφυγής οποιοσδήποτε υφίσταται βλάβη των εννόμων συμφερόντων του, εκτός αν ορίζει ειδικότερα η εφαρμοστέα διάταξη, περιορίζοντας τον κύκλο των δικαιουμένων να την ασκήσουν» (βλ.ΣτΕ (Ολομ) 1374/1953 και 677/2005, Σ. Κ./ Κυβέλος, Η ενδικοφανής προσφυγή, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2016) μόνο στους έχοντες έννομο συμφέρον να τους ανατεθεί η σύμβαση και αποκλείοντας τρίτους (ΔΕΚ, απόφαση C-230/02, της 12/2/04, Grossmann Air κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας, ΕΑ ΣτΕ 368/2009, 4651/2006). Το δε έννομο συμφέρον μπορεί να είναι τόσο υλικό, με την έννοια ότι από την εκτέλεση της πράξης προκαλείται σε αυτόν κάποια αποτιμητή χρηματική βλάβη, όσο και ηθικό, όταν συνεπάγεται καταστάσεις που έχουν ηθική αξίας (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, τ. 2 Νομική Βιβλιοθήκη, 2015 , ΣτΕ 3167/1998). Κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια,

βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, ΝΑ ΕΠΙΚΑΛΕΣΘΕΙ ΒΛΑΒΗ ΑΠΟ ΟΡΟ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ. Ο ΟΠΟΙΟΣ ΠΑΡΑΒΙΑΖΕΙ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΑΠΟΨΗ ΤΟΥ ΤΟΥΣ ΚΑΝΟΝΕΣ ΠΟΥ ΑΦΟΡΟΥΝ ΤΙΣ ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΕΙΣ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΣΤΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ, ΤΗΝ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ Η ΤΑ ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΔΕΙΞΗ ΤΟΥ ΚΡΙΤΗΡΙΑ, ΣΕ ΣΗΜΕΙΟ ΠΟΥ ΝΑ ΑΠΟΚΛΕΙΕΙ Η ΝΑ ΚΑΘΙΣΤΑ ΟΥΣΙΩΔΩΣ ΔΥΣΧΕΡΗ ΤΗΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΤΟΥ ΣΤΟΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ (ΕΑ ΣτΕ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.ά). Σε περίπτωση, δε, που ο αιτών τελικώς μετάσχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη και προσβάλλει με την Προδικαστική του Προσφυγή συγκεκριμένο όρο της διακηρύξεως, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος, διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, έχει έννομο συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στο διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον όρο αυτό της διακηρύξεως (ΣτΕ (Ασφ) 124/2015, ΕΑ 16/2015, 415/2014, 718, 616/2012 κά). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί της κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων. Εξάλλου, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «*η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης*» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 847). Περαιτέρω, 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 ΣΥΡΡΟΗ των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενη πράξης και της προσβαλλόμενης 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, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα,1998, σελ. 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλειομένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) 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, δέον είναι το έννομο συμφέρον 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). 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). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή ή τυχόν παρεμβαίνοντα, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του Προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προ-αποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελές), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής, με την κατάθεσή της. Δεν αρκεί δηλαδή ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προ-αποδεικτικώς - ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣτΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία - νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσής του (ΣτΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προ-αποδεικνύεται με την άσκησή της. Η παράλειψη της προαπόδειξης, παράλειψη η οποία ερευνάται αυτεπάγγελτα από το αρμόδιο όργανο, ως αναγόμενη σε προϋπόθεση του παραδεκτού της υπό κρίση ενδικοφανούς προσφυγής, δεν αναπληρώνεται με την προσκόμιση αποδεικτικών στοιχείων μετά τη συζήτηση - ή εν προκειμένω την εξέταση της υποθέσεως (ΣτΕ 2274/2000). Ειδικότερα, το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελές (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο

συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17). Η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣτΕ 2980/2013, βλ. και Δημήτριο Θ. Πυργάκη, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017). ΣΕ ΚΑΘΕ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΟΙ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΟΙ ΑΠΟ ΤΟΝ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΑ ΛΟΓΟΙ ΑΚΥΡΩΣΗΣ ΠΕΡΙ ΥΠΑΡΞΕΩΣ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΩΝ ΚΑΤΑ ΤΗ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΗ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ Η ΠΕΡΙ ΠΑΡΑΒΑΣΗΣ ΝΟΜΟΥ, ΟΣΟ ΣΟΒΑΡΕΣ ΚΑΙ ΕΑΝ ΕΙΝΑΙ ΟΙ ΠΛΗΜΜΕΛΕΙΕΣ ΑΥΤΕΣ ΚΑΙ ΟΣΟ ΚΑΤΑΦΩΡΗ Η ΠΑΡΑΒΑΣΗ ΝΟΜΟΥ, ΔΕΝ ΜΠΟΡΟΥΝ ΝΑ ΘΕΜΕΛΙΩΣΟΥΝ ΕΝΝΟΜΟ ΣΥΜΦΕΡΟΝ ΓΙΑ ΤΟΝ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΝΤΑ, ΑΦΟΥ ΑΛΛΩΣΤΕ Η ΕΞΕΤΑΣΗ ΤΟΥΣ ΑΝΑΓΕΤΑΙ ΣΤΟ ΒΑΣΙΜΟ ΤΗΣ ΑΙΤΗΣΕΩΣ ΚΑΙ ΟΧΙ ΣΤΟ ΠΑΡΑΔΕΚΤΟ ΑΥΤΗΣ (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017). 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). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή 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 ασφ. Μ. ΣτΕ 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΛΛΑ η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. Johnston κα 18.12.1986, Prager και Oberschlick, 26.4.1995). Ως έχει παγίως κριθεί ο περιορισμός των προσώπων που δύνανται να προσφύγουν κατά μιας κανονιστικής πράξης,

υπό την έννοια της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος είναι θεμιτός και επιβεβλημένος, προσκρούων στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ, καθόσον συνάδει στην εξασφάλιση αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά το προδικαστικό στάδιο, αποτρέποντας την έναρξη προπετών διαδικασιών, με παρελκυστικά κίνητρα που παρεμποδίζουν την υγιή ανταγωνισμό και την ανάπτυξη. Άλλωστε, η ενδεχόμενη βλάβη υπό την έννοια του «πιθανά» ή «εν δυνάμει» θιγόμενου απαντάται και στη νομολογία του ΕΔΔΑ, εφόσον ασφαλώς στοιχειοθετείται επαρκώς η ύπαρξη προσωπικού και υπαρκτού κινδύνου να υποστεί την βλάβη, την οποία επικαλείται με σαφήνεια (βλ. ΕΔΔΑ, Burden κατά Ηνωμένου Βασιλείου, τμήμα ευρείας σύνθεσης, 29.4.2008). Το άρθρο 1 παρ. 1 της Οδηγίας 89/665 επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε οι παράνομες αποφάσεις των αναθετουσών αρχών να υπόκεινται στην άσκηση αποτελεσματικών και όσο το δυνατόν ταχύτερων προσφυγών (βλ. ενδεικτικά C-470/99, Universale-Bau, Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 74 και της 19ης Ιουνίου 2003, Fritsch, Chiari & Partner, κλπ, C-410/01, Συλλογή 2003, σ. I6413, σκέψη 30). Ωστόσο η άρνηση αναγνώρισης εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής σε συγκεκριμένες περιπτώσεις προφανώς δεν περιορίζει την πρακτική αποτελεσματικότητα της εν λόγω Οδηγίας, αλλά σε πολλές περιπτώσεις συνάδει στην σκοπούμενη επιτάχυνση και συνακόλουθα αποτελεσματικότητα της παροχής έννομης προστασίας. Στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ καθίστανται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C- 240/01, 19.6.03, W.Hackermuller, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19, C-230/02, 12.2.04 Grossmann Air Service, σκ 26). Έχει κριθεί ότι τα κράτη μέλη δεν επιτρέπεται να εξαρτούν την ενεργητική νομιμοποίηση για την άσκηση προσφυγής κατά της προκήρυξης διαγωνισμού από προγενέστερη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία, καθότι αυτό θα ερχόταν σε αντίθεση με τα αρθ. 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). Σε κάθε περίπτωση βάσει της λεκτικής διατύπωσης των άρθρων 346 και 360 του Ν. 4412/2016 «*έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία*...» το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και

επί τη βάση της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο. Για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος, κρίσιμη είναι η εξέταση της βλάβης του προσφεύγοντος λόγω του επικαλούμενου επικείμενου αποκλεισμού του ιδίου από τη διαγωνιστική διαδικασία ή της ενδεχόμενης δυσχέρειας συμμετοχής του και όχι η διαμόρφωση συνθηκών ευνοϊκότερων για τη συμμετοχή του. Ειδικότερα, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη ή τις προϋποθέσεις συμμετοχής και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Σε κάθε περίπτωση το συμφέρον του προσφεύγοντος για να είναι έννομο δεν θα πρέπει να παραβιάζει την κείμενη νομοθεσία και την καλή πίστη (ΣτΕ Ολ. 106/1991). Έχει κριθεί ότι άνευ εννόμου συμφέροντος αιτείται ο προσφεύγων την ακύρωση της Διακήρυξης κι επομένως τη ματαίωση του Διαγωνισμού, καθόσον με βάση τη λεκτική διατύπωση του άρθρου 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 αντίστοιχα που αναφέρει «*Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση* ...»(ΣτΕ (Ασφ) 146/2016, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ (Ασφ) 733/2012 σκ. 5.1137/2010 σκ. 4, 977/2010 σκ. 8) δύναται να καταθέσει παραδεκτώς Προσφυγή του Ν. 4412/2016. Εν προκειμένω η εταιρεία ... δηλώνει ότι τυγχάνει εξειδικευμένη εταιρεία τόσο στον χώρο των μελετών περιβαλλοντικών επιπτώσεων, όσο και σε προγράμματα παρακολούθησης περιβαλλοντικών παραμέτρων (θορύβου, δονήσεων και ατμοσφαιρικής ρύπανσης) χωρίς να αναφέρει στο ελάχιστο τυχόν εμπειρία της στο αντικείμενο του διαγωνισμού δηλώνοντας ότι προτίθεται να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό του εν λόγω αναφερόμενου έργου, και συνεπώς έχει έννομο συμφέρον τόσο σε σχέση με τον τρόπο υλοποίησης του έργου όσο και από τα τιθέμενα κριτήρια επιλογής Αναδόχου (Συντονιστή - Συμβούλου) του έργου. Όπως αναφέρεται ρητά στην Διακήρυξη, ο επιλεχθείς Συντονιστής θα κληθεί να αποφασίσει και να ενεργήσει το συντονισμό του 4ου Κύκλου Χαρτογράφησης Θορύβου και Ανάπτυξης Σχεδίων Δράσης 2022, ο οποίος προβλέπεται να εκπονηθεί σε τμήματα. Παράλληλα δηλώνει ότι προτίθεται να

συμμετάσχει και στους εν λόγω επερχόμενους διαγωνισμούς αποσιωπώντας ότι ο επιλεγμένος Συντονιστής ΔΕΝ θα έχει ρητά το δικαίωμα να συμμετάσχει στους επερχόμενους διαγωνισμούς όπου τα σχετικά κριτήρια σύμφωνα και με τη Δημόσια Διαβούλευση υπολείπονται σαφώς των κριτηρίων για την επιλογή του Συντονιστή/Αναδόχου. Η Εταιρεία με την επωνυμία ««... (...) ...» σύμφωνα με το ιστορικό της ιδρύθηκε με το από 26.04.2016 Ιδιωτικό Συμφωνητικό Σύστασης Ομόρρυθμου Εταιρείας, το οποίο καταχωρήθηκε και δημοσιεύτηκε στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο (ΓΕΜΗ) εκδοθείσας της σχετικής υπ'αριθ…. Ανακοίνωσης Σύστασης της Υπηρεσίας …, με διάρκεια δέκα (10) ετών, και κεφάλαιο πεντακοσίων (500) ευρώ. Η εν λόγω εταιρία τροποποιήθηκε επανειλημμένα: με το από 03.06.2016 Ιδιωτικό Συμφωνητικό Μεταβίβασης Εταιρικών Μεριδίων - Τροποποίησης & Κωδικοποίησης Καταστατικού Ομορρύθμου Εταιρείας, και εκ νέου με το από 12/06/2019 συμφωνητικό των εταίρων της εταιρείας με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 2 και αναριθμήθηκε το καταστατικό της εταιρείας με την επωνυμία «... (...) ...», το διακριτικό τίτλο ... και αριθμό Γ.Ε.ΜΗ. .... καθώς και με το από 06/12/2019 συμφωνητικό των εταίρων της εταιρείας με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 5, και αναριθμήθηκε το καταστατικό της εταιρείας διατηρώντας το αρχικό κεφάλαιο πεντακοσίων (500) ευρώ. Τέλος την 23/10/2020 καταχωρήθηκε με κωδικό Αριθμό Καταχώρησης … στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο (Γ.Ε.Μ.Η) για της Υπηρεσίας Γ.Ε.ΜΗ του … το από 16/09/2020 ιδιωτικό συμφωνητικό της ΟΕ με επωνυμία «... (...) ...», το διακριτικό τίτλο ... και αριθμό Γ.Ε.ΜΗ. ..., σύμφωνα με το οποίο αποφασίσθηκε ομόφωνα η μετατροπή της παραπάνω ομόρρυθμου εταιρείας με ιδιωτική Κεφαλαιουχική εταιρεία με την επωνυμία «... (…) ...», και αριθμό Γ.Ε.ΜΗ. .... Η προσφεύγουσα εταιρεία με την επωνυμία ««...» δηλώνει «εξειδικευμένη εταιρεία» τόσο στον χώρο των μελετών περιβαλλοντικών επιπτώσεων, όσο και σε προγράμματα παρακολούθησης περιβαλλοντικών παραμέτρων (θορύβου, δονήσεων και ατμοσφαιρικής ρύπανσης) και είναι εγγεγραμμένη στο Μητρώο Μελετητών (Αρ. Μητρώου: …) και διαθέτει εταιρικά μελετητικά πτυχία στις παρακάτω κατηγορίες: Γ' τάξεως στην κατ. 27 (Περιβαλλοντικές μελέτες), Α' τάξεως στην κατ. 10 (Μελέτες Συγκοινωνιακών Έργων), Α' τάξεως στην κατ. 17 (Χημικές Μελέτες και Έρευνες), παραδεχόμενη συνεπώς ότι ΔΕΝ διαθέτει εξειδικευμένη εμπειρία στην Στρατηγική Χαρτογράφηση Θορύβου σε

Πολεοδομικά Συγκροτήματα. Επιπλέον επισημαίνεται ότι η ο διαγωνισμός διεξάγεται με Ανοικτή διαδικασία (άρθρο 27 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) όπου κάθε ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει προσφορά στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού η οποία πρέπει να συνοδεύεται από τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή στις οποίες δεν προβλέπεται η κατοχή των ως άνω μελετητικών πτυχίων τα οποία άλλωστε δεν καλύπτουν το εξαιρετικά εξειδικευμένο αντικείμενο υπηρεσιών Στρατηγικής Χαρτογράφησης.

Η προσφεύγουσα εταιρεία με την επωνυμία «...» δεν αναφέρει σκοπίμως την έλλειψη κάλυψης και άλλων βασικών όρων της προκήρυξης όπως αναφέρεται επιγραμματικά στη συνέχεια : i. Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.5. Οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα) της διακήρυξης: «*οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (2017, 2018, 2019), συναρτήσει της ημερομηνίας δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, τουλάχιστον 200.000,00€, που αντιστοιχεί περίπου στο ύψος του προϋπολογισμού του παρόντος έργου (χωρίς ΦΠΑ)*» γεγονός που δεν συνάδει με την χρηματοοικονομική κατάσταση της εν λόγω εταιρείας και προφανώς αποτελεί λόγο αποκλεισμού. ii. Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της διακήρυξης «*για την εξασφάλιση της ποιότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών, οι οικονομικοί φορείς, για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οφείλουν να διαθέτουν εν ισχύ Πιστοποίηση Συστήματος Διαχείρισης Ποιότητας ISO 9001:2015 ή αντίστοιχου, με πεδίο εφαρμογής την παροχή συμβουλευτικών υπηρεσιών*». Σύμφωνα με την επίσημη ιστοσελίδα της η προσφεύγουσα εταιρεία δεν διαθέτει το αναγκαίο πρότυπο. Το ανωτέρω ιστορικό επιβεβαιώνει την εξαιρετικά περιορισμένη χρονική και ποιοτική εμπειρία της εταιρείας με αποτέλεσμα για τη συμμετοχή της να πρέπει να απαιτηθεί πρακτικά η πλήρης διαγραφή όλων των ειδικών όρων που επιβάλλονται από το υψηλό επίπεδο απαιτήσεων εμπειρίας. Ως εκ τούτου, κατά την παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα εκτός των όρων, των οποίων την ακύρωση όλως παρανόμως και καταχρηστικά αιτείται, ουδόλως πληροί και τις ανωτέρω προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να μην δύναται να συμμετάσχει στον συγκεκριμένο διαγωνισμό. Σαφώς δε με την προσφυγή της επιλέγει να μην

αναφερθεί στις ανωτέρω ελλείψεις της, ενώ παράλληλα δεν αποδεικνύει τη συγκεκριμένη βλάβη της που να σχετίζεται με τους προσβαλλόμενους όρους, αλλά αρκείται σε γενικόλογες αναφορές σε υποτιθέμενο τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού, σε όρους που ευνοούν την παρεμβαίνουσα και σε ανάγκη τροποποίησης των εν λόγω όρων με σκοπό τη δήθεν διαφανή διαδικασία ανάθεσης του συγκεκριμένου έργου με απώτερο και μοναδικό σκοπό να προσδιορίσει κατά τις δικές της δυνατότητες τις προϋποθέσεις συμμετοχής και να καθορίσει με βάση τις δικές της εκτιμήσεις τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου. Οι λόγοι αυτοί, ωστόσο, πρέπει, κατά την παρεμβαίνουσα, να απορριφθούν ως απαράδεκτοι σύμφωνα με την πάγια νομολογία (ΣτΕ 307/2007, 352/2018 και 742/2018 ΑΕΠΠ) και ειδικότερα διότι σύμφωνα με τα προρρηθέντα ουδέν έννομο συμφέρον έχει η προσφεύγουσα για την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων δεδομένου ότι ούτως ή άλλως η προσφεύγουσα δεν πληροί και τους προαναφερόμενους όρους (2.2.5 και 2.2.7. της διακήρυξης) και επομένως οι έωλοι, ψευδείς, συκοφαντικοί και αναπόδεικτοι ισχυρισμοί του δεν αποδεικνύουν ότι υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης και της βλάβης της. ΟΥΣΙΑ ΚΑΙ ΝΟΜΩ ΑΒΑΣΙΜΟ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ - ΟΙ ΟΡΟΙ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΤΙΘΕΝΤΑΙ ΚΑΤ' ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΙΣΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ - ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΦΑΝΕΙΑΣ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ: Όπως έχει νομολογικά κριθεί, η Αναθέτουσα Αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως για την ανάθεση της συμβάσεως, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των προσώπων και φορέων που δύνανται να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να συμμετάσχει στο διαγωνισμό (πρβλ ΕπΑνΣτΕ 124/2015,9/2015, 354/2014. Ελέγχονται όμως οι τεχνικές

προδιαγραφές και οι σχετικοί όροι της διακηρύξεως εάν τηρούν την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, καθώς και την αρχή της αναλογικότητας. Η αρχή της αναλογικότητας, του υγιούς ανταγωνισμού, καθώς και η αρχή της διαφάνειας προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων στους δημόσιους διαγωνισμούς θα παραβιάζονταν εάν η Αναθέτουσα Αρχή, με τη διακήρυξη του διαγωνισμού, εισήγαγε απαγορεύσεις, περιορισμούς και διακρίσεις που είναι αθέμιτες που εν προκειμένω δεν συμβαίνει. Αντίθετα, η διακήρυξη θέτει τεχνικές προδιαγραφές που επιτρέπουν τη συμμετοχή σε όλους τους οικονομικούς φορείς που πληρούν τα τιθέμενα κριτήρια - αυτοτελώς σε ένωση η στηριζόμενη στις ικανότητες άλλων φορέων - δηλαδή με αντικειμενικό κριτήριο που εν προκειμένω είναι απαραίτητο για την εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου και φυσικά συνδέονται και είναι ανάλογες προς το αντικείμενο της Σύμβασης, όπως άλλωστε προκύπτει από την ρητή αναφορά στη διακήρυξη της σπουδαιότητας του εν λόγω έργου με την χρήση της εξής φράσης «*Λόγω της συνθετότητας των έργων, αλλά και του μεγάλου αριθμού των Δήμων που περιλαμβάνονται σ' αυτά*». Ως ελάχιστη απαίτηση (Α) της παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης, κάθε προσφέρων πρέπει «*Να έχει εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (λαμβάνοντας υπόψη και στοιχεία συμβάσεων που εκτελέσθηκαν/παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία έως και το 2007 (1ος γύρος Στρατηγικής Χαρτογράφησης - και εντεύθεν), για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή το εξωτερικό. 1. τουλάχιστον τρεις (3) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ), σύμφωνα με την Οδηγία 2002/49, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες, καθώς και 2. τουλάχιστον δύο (2) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ), σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες*». Η απαίτηση αυτή αποσκοπεί αποκλειστικά στη διασφάλιση ενός ελάχιστου ανεκτού επιπέδου καταλληλότητας, ικανότητας, επάρκειας και εξειδικευμένης εμπειρίας των υποψηφίων αναδόχων προκειμένου να εξυπηρετηθούν αποτελεσματικά οι ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής στον συντονισμό και μόνο της εκπόνησης των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) στα πολεοδομικά συγκροτήματα ..., ..., ..., ..., ..., ... και ... και της

ανάπτυξης αντίστοιχων Σχεδίων Δράσης (ΣΔ), που αποσκοπούν στην αντιμετώπιση των προβλημάτων περιβαλλοντικού θορύβου στις εν λόγω περιοχές, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε (ιδιαίτερα με την Οδηγία 2015/996/ΕΕ) και ισχύει. Λόγω της συνθετότητας των έργων, όπως και στη διακήρυξη αναλυτικά περιγράφεται, αλλά και του μεγάλου αριθμού των Δήμων που περιλαμβάνονται σ' αυτά είναι προφανές ότι οι απαιτήσεις εμπειρίας του συντονιστή έξι (6) συμβάσεων εκπόνησης ΣΧΘ και ΣΔ δεν μπορεί να είναι ίδιες αλλά θα πρέπει να είναι προφανώς αυξημένες σε σχέση με αυτές των αναδόχων των συμβάσεων αυτών, λαμβάνοντας ιδιαίτερα υπόψη τις αυξημένες απαιτήσεις που δημιουργεί η τροποποίηση της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2002/49/ΕΚ με την Οδηγία 2015/996/ΕΕ για την αξιολόγηση και διαχείριση του περιβαλλοντικού θορύβου, βάσει της οποίας εκπονούνται πλέον οι ΣΧΘ και τα ΣΔ. Συνεπώς, τα κριτήρια αυτά είναι απολύτως αναγκαία για να διασφαλίσουν την ποιοτική εκτέλεση του συγκεκριμένου πολυσύνθετου έργου και σύμφωνα με την ανωτέρω οδηγία. Επί πλέον αυξημένες απαιτήσεις εμπειρίας προκύπτουν τόσο από τις απαιτήσεις της νέας Οδηγίας Inspire και του νέου υπό τελική διαμόρφωση Mandatory Reporting Mechanism ReportNet 3.0. καθώς και η ΟΔΗΓΙΑ (ΕΕ) 2020/367 ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ της 4ης Μαρτίου 2020 για την τροποποίηση του παραρτήματος III της οδηγίας 2002/49/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά τον καθορισμό μεθόδων αξιολόγησης των επιβλαβών επιδράσεων του περιβαλλοντικού θορύβου. Πέραν των ανωτέρω, ιδιαίτερα αναφέρεται ότι η πλέον πρόσφατη προειδοποιητική επιστολή 2017/2150 C(2020) 6062 30.10.2020 σχετικά με την εφαρμογή της οδηγίας 2002/49/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 25ης Ιουνίου 2002, σχετικά με την αξιολόγηση και τη διαχείριση του περιβαλλοντικού θορύβου (στο εξής: «η οδηγία») σε συνέχεια της προηγούμενης πρώτης που διαβιβάστηκε στις 8 Δεκεμβρίου 2017 (SG(2017)D/19147) απαιτούν την άμεση υποστήριξη της Αναθέτουσας Αρχής για την ολοκληρωμένη και σωστή εκτέλεση του 4ου Γύρου Στρατηγικής Χαρτογράφησης που απαιτεί υψηλότατου επιπέδου καταλληλότητας, ικανότητας, εμπειρίας και επιστημονικής - επαγγελματικής επάρκειας των υποψηφίων αναδόχων προκειμένου να εξυπηρετηθούν αποτελεσματικά οι ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής για τον αποτελεσματικό συντονισμό και

πλήρη - ολοκληρωμένη και σύμφωνα με τις επιταγής της ΕΕ για την εκπόνηση των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) & Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) ώστε να αποφευχθεί η επιβολή κυρώσεων στην χώρα μας. Η αναθέτουσα Αρχή, περιόρισε τις απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις ιδιαίτερα αυξημένες τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας δεδομένου ότι οι απαιτούμενες εκτελεσμένες συμβάσεις που τίθενται ως κριτήριο συμμετοχής στο διαγωνισμό δεν περιορίζονται σε αυτές που προκηρύχθηκαν από το ... και επομένως δύναται να συμμετέχει κάθε φορέας που έχει εκτελέσει συμβάσεις σε έργα όπως αεροδρόμια, οδικούς άξονες, είτε αυτά πραγματοποιήθηκαν στην Ελλάδα είτε στο εξωτερικό. Η προκήρυξη σαφώς ξεκαθαρίζει ότι έγινε Δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης της σχετικής Προκήρυξης της παρούσας σύμβασης αφού απεστάλη, όπως προβλέπεται - με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 23/11/2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. άρθρο 65, παρ.6, ν.4412/2016 για δημόσιες συμβάσεις άνω των ορίων, ή για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, εφόσον η αναθέτουσα αρχή το επιλέξει και άρθρο 65 παρ. 1 του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το οποίο η προκήρυξη περιλαμβάνει τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Παράρτημα V του Προσαρτήματος Α' υπό τη μορφή τυποποιημένου εντύπου (έντυπο 2 Παραρτήματος ΙΙ : Προκήρυξη Σύμβασης του Εκτελεστικού Κανονισμού (ΕΕ) 2015/1986 της Επιτροπής (L296/1). Σύμφωνα με την προκήρυξη δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα και, σε περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτών, που είναι εγκατεστημένα σε: α) κράτος-μέλος της Ένωσης, β) κράτος-μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), γ) τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1,2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και δ) τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρούσας παραγράφου και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων

συμβάσεων στον βαθμό που καλύπτονται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ΣΔΣ, καθώς και τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι Α.Α. επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας περί σπανιότητας των ζητούμενων υπηρεσιών (μελέτες και συντονισμός εκπόνησης ΣΧΘ σε διάφορες περιοχές της Ελλάδας), που αποκλείει τη δυνατότητα επίτευξης ικανοποιητικού ανταγωνισμού, δεν ευσταθεί κατά την παρεμβαίνουσα, διότι οι απαιτούμενες εκτελεσμένες συμβάσεις αφενός δεν περιορίζονται σε αυτές που προκηρύχθηκαν από το ... στους προηγούμενους κύκλους Στρατηγικής Χαρτογράφησης αφετέρου δεν περιορίζονται εντός του ελληνικού χώρου. Σύμφωνα με την ΚΥΑ .../.../27136/1793/ΦΕΚ Β 6108_31.12.2018 (ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΟΔΗΓΙΑΣ 2015-998), που αφορά στην Τροποποίηση της 13586/724/2006 κοινής υπουργικής απόφασης «Καθορισμός μέτρων, όρων και μεθόδων για την αξιολόγηση και τη διαχείριση του θορύβου στο περιβάλλον, σε συμμόρφωση με τις διατάξεις της οδηγίας 2002/49/ΕΚ «σχετικά με την αξιολόγηση και τη διαχείριση του περιβαλλοντικού θορύβου» του Συμβουλίου της 25.6.2002 (Β' 384) στο άρθρο 3 αναφέρεται ότι «*Υπόχρεος για την εκπόνηση των στρατηγικών χαρτών θορύβου των πολεοδομικών συγκροτημάτων άνω των 250.000 κατοίκων είναι το Υπουργείο .... Υπόχρεος για την εκπόνηση των στρατηγικών χαρτών θορύβου των κύριων οδικών αξόνων, των κύριων σιδηροδρομικών αξόνων και των μεγάλων αεροδρομίων που εμπίπτουν στις διατάξεις της παρούσας είναι ο φορέας λειτουργίας του αντίστοιχου έργου, που υποβάλλει στην αρμόδια αρχή τον στρατηγικό χάρτη θορύβου τουλάχιστον 6 μήνες πριν από τις προθεσμίες γνωστοποίησης των στρατηγικών χαρτών θορύβου προς την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, προκειμένου να ολοκληρωθούν εγκαίρως οι προβλεπόμενες διαδικασίες έγκρισης αυτών*». ΣΤΗ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΔΙΑΤΥΠΩΝΕΤΑΙ ΡΗΤΑ ότι θα ληφθούν υπόψη συμβάσεις «*για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή το εξωτερικό*». Συνεπώς, κάθε οικονομικός φορέας που έχει εκτελέσει συμβάσεις πέραν αυτών του ... (π.χ. αεροδρόμια ή/και οδικούς

άξονες) και οπουδήποτε στην Ελλάδα ή το εξωτερικό μπορεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό. Από τα παραπάνω συνάγεται, κατά την παρεμβαίνουσα, ότι η ελάχιστη απαίτηση (Α) της παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης δεν αντιβαίνει στην αρχή της διαφάνειας και της ισότητας στη μεταχείριση ούτε στην αρχή του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού αλλά είναι απολύτως συνδεδεμένη και ανάλογη με το αντικείμενο της σύμβασης. Κατά την παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα ψευδώς αναφέρει ότι «*Ενδεικτικά αναφέρουμε ότι κατά τον 2ο (και όχι όπως λανθασμένα και λόγω άγνοιας αναφέρει ως 1ο) γύρο της Χαρτογράφησης των Π.Σ., κανένα μελετητικό σχήμα δεν είχε αναδειχθεί ανάδοχος σε πάνω από δύο (2) Χαρτογραφήσεις με την συντριπτική πλειονότητα των αναδόχων να έχουν αναλάβει μόλις μια». Η αλήθεια είναι ότι τουλάχιστον 3 σχήματα διαπιστώνεται ότι καλύπτουν τη διαπίστωση αυτή με ένα εξ αυτών το … εταίρο της ... (ΣΧΘ... και ΣΧΘ ΠΣ ...-…) !».* Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας (σελ 14) σχετικά ότι η απαίτηση για εμπειρία σε δύο (2) τουλάχιστον χαρτογραφήσεις προκειμένου για το δικαίωμα συμμετοχής στον Διαγωνισμό ότι η απαίτηση του όρου της Διακήρυξης για εμπειρία σε δύο (2) τουλάχιστον χαρτογραφήσεις σύμφωνα με τη Νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ είναι απαράδεκτη και καταχρηστική, καθώς μετά την ημερομηνία εφαρμογής της νέας οδηγίας στην χώρα μας, η οποία είναι η 31.12.2018, έχει προκηρυχθεί μόνο ένας Δημόσιος Διαγωνισμός για Χαρτογράφηση σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην ως άνω αναφερόμενη, ήδη εφαρμοζόμενη, Οδηγία και συνεπώς, καμία εταιρεία (πέραν της ανωτέρω αναφερομένης) δεν διαθέτει το απαραίτητο αυτό προσόν για τη συμμετοχή στον επίδικο Διαγωνισμό. Η αιτίαση αυτή είναι απόλυτα ψευδής, δεδομένου ότι ιδιαίτερα στην Ελλάδα έχουν προκηρυχθεί ανατεθεί και εκπονηθεί από Δημόσιους Φορείς και Φορείς Λειτουργίας Συγκοινωνιακών Έργων σε επίπεδο οδικών αξόνων και αεροδρομίων τουλάχιστον 7 (επτά) διακριτά προγράμματα Στρατηγικής Χαρτογράφησης σύμφωνα με τη νέα Οδηγία (..., ..., ..., ... (14 αεροδρόμια της ...), ..., ..., ...). Η μη επιλογή της προσφεύγουσας από τους αντίστοιχους Δημόσιους και λοιπούς φορείς λειτουργίας προφανώς και δεν αποτελεί δικαιολογία προσφυγής κατά του Διαγωνισμού και αιτία υποβάθμισης των απαιτήσεων προκειμένου να ενταχθούν Ελληνικοί Οικονομικοί Φορείς με αμελητέα εμπειρία, ενώ παράλληλα διασφαλίζεται τόσο η δάνεια εμπειρία όσο και σημαντική επιμήκυνση του απαιτούμενου χρονικού

περιθωρίου παρόμοιων μελετών από 3 σε 13 έτη. Άλλωστε, η κρινόμενη προσφυγή είναι αόριστη και αναπόδεικτη δεδομένου ότι δεν αναφέρεται εκτενώς στις συμβάσεις που έχει εκτελέσει η παρεμβαίνουσα, ούτε αναφέρεται σε άλλους οικονομικούς φορείς που συνήθως συμμετέχουν σε αντίστοιχους διαγωνισμούς, οι οποίοι κατά την γνώμη του δεν πληρούν τα συγκεκριμένα κριτήρια. Περαιτέρω, οι ψευδείς και συκοφαντικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ανταποδεικνύονται και από το γεγονός ότι κατά το στάδιο της διαβούλευσης των βασικών στοιχείων της διακήρυξης που αναρτήθηκαν στο ΕΣΗΔΗΣ μόνο η προσφεύγουσα σχολίασε τον συγκεκριμένο όρο, ουδείς όμως άλλος οικονομικός φορέας. Σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή του αντικειμένου του Συντονιστή - Συμβούλου, αυτός θα πρέπει επιγραμματικά : «*Να υποστηρίξει το Τμήμα Θορύβου, Δονήσεων και Ακτινοβολιών της Διεύθυνσης Κλιματικής Αλλαγής και Ποιότητας της Ατμόσφαιρας του Υπουργείου ..., προκειμένου να διασφαλιστεί η παροχή των ψηφιακών δεδομένων των προηγούμενων μελετών εκπόνησης Σ.Χ.Θ & Σ.Δ που υποβλήθηκαν. Παράλληλα, να υποστηρίξει το αναφερόμενο Τμήμα σε γενικότερα θέματα χαρτογράφησης, παρακολούθησης και σχεδίων δράσης περιβαλλοντικού θορύβου*». Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο Συντονιστής θα δύναται να θεωρηθεί ότι προωθεί τα συμφέροντα συγκεκριμένων μελετητικών γραφείων, με τα οποία συνεργάζεται ή συνεργάστηκε στο παρελθόν ή κατά οποιονδήποτε άλλον τρόπο συνδέεται, είναι απόλυτα αναληθής, κατά την παρεμβαίνουσα, υποδηλώνοντας ότι ο κάθε ανάδοχος του έργου Συντονιστής δεν θα παρέχει εχέγγυα αμεροληψίας και ανεξαρτησίας, θα νοθεύσει τον καλώς εννοούμενο ανταγωνισμό και θα οδηγήσει σε ζημία των μελετητικών γραφείων που δεν συνδέονται μαζί του, σε έργα στα οποία είναι ανάδοχοι. Πόσο δε μάλλον στην περίπτωση που ο Σύμβουλος στο πλαίσιο άλλων έργων, δημόσιων και ιδιωτικών, θα υποβάλλει προς έγκριση μελέτες του στην υπηρεσία ότι σε περίπτωση αναδόχου ελληνικού μελετητικού οικονομικού φορέα, αυτός θα πρέπει καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης ήτοι έως την 30.06.2023 να μην αναλάβει κανένα παρεμφερές έργο που υποβάλλεται στην αρμόδια Υπηρεσία προς έγκριση,

καταλήγει ότι για τη άρση της - κατά δήλωση της - πιθανολογούμενης παράβασης των κανόνων του ανταγωνισμού θα πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη, προκειμένου να διαμορφωθεί αυτή εκ νέου και να τεθεί όρος σε

αυτήν, επί ποινή αποκλεισμού, ότι σε περίπτωση αναδόχου ελληνικού μελετητικού οικονομικού φορέα, αυτός θα πρέπει καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης ήτοι έως την 30.06.2023 να μην αναλάβει κανένα παρεμφερές έργο που υποβάλλεται στην αρμόδια Υπηρεσία προς έγκριση, χαρτογραφήσεις - προγράμματα παρακολούθησης - ..., είτε ο ίδιος είτε μέσω αναδόχων με τους οποίους συνδέεται καθ' οιονδήποτε τρόπο, καθώς δεν μπορεί να είναι και ελεγκτής και ελεγχόμενος ταυτόχρονα. Διαφορετικά καθιερώνεται κατά τον τρόπο αυτόν μία σύγκρουση συμφερόντων η οποία σαφώς νοθεύει τον καλώς εννοούμενο ανταγωνισμό και δημιουργεί σκιές στην διαφάνεια που απαιτείται για την διεξαγωγή δημοσίων διαγωνισμών. Οι ισχυρισμοί της εταιρείας ... είναι, κατά την παρεμβαίνουσα, προδήλως απαράδεκτοι όπως αναλύεται στην συνέχεια : (α) καταρχήν η προσφεύγουσα - σε αντίθεση με τον προηγούμενο ισχυρισμό της - αποδέχεται ουσιαστικά το γεγονός ότι μπορούν να συμμετάσχουν και άλλοι φορείς στον Διαγωνισμό, οι οποίοι δύνανται αν φέρουν σε πέρας και να εκτελέσουν το έργο, γεγονός που καταρρίπτει τον ισχυρισμό της ότι ο Διαγωνισμός αφορά αποκλειστικά σε έναν οικονομικό φορέα Ελληνικής προέλευσης. Η διαπίστωση αυτή άλλωστε θεμελιώνεται και από τον «Ευρωπαϊκό» χαρακτήρα του διαγωνισμού και διασφαλίζει την ανταγωνιστικότητα σε Ευρωπαϊκό και όχι μερικώς σε Ελληνικό επίπεδο χωρίς παράλληλα να μειώνει τις αναγκαίες επιστημονικές απαιτήσεις. Συνεπώς η αιτίαση ότι δήθεν οι σχετικές τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης όπως αυτές περιλαμβάνεται στον όρο 2.2.6 αυτής του εξαφανίζουν, τον ανταγωνισμό επιτρέπουν σε έναν και μόνον οικονομικό φορέα/μελετητικό γραφείο να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό είναι απόλυτα απαράδεκτη και ψευδής. (β) Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας περί δυνατότητας του Συντονιστή να έχει οποιαδήποτε εμπλοκή στον διαγωνισμό των Τμημάτων 1 έως 6, με συνέπεια να μπορεί να παρατηρηθεί φαινόμενο αναίτιου αποκλεισμού υποψήφιου αναδόχου ή μεροληψία υπέρ ενός υποψήφιου αναδόχου, είναι παντελώς ανυπόστατοι, δεδομένου ότι πουθενά στη Διακήρυξη προβλέπεται τέτοια δυνατότητα ή αρμοδιότητα. Εξάλλου, ο διαγωνισμός των Τμημάτων 1 έως 6 είναι άλλος, αυτοτελής διαγωνισμός, ο οποίος θα διεξαχθεί μελλοντικά μέσω της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού, σύμφωνα με τις προβλέψεις του ν. 4412/16, και ουδεμία ανάμιξη του Συντονιστή προβλέπεται σε αυτόν, η οποία άλλωστε απαγορεύεται ρητά.

Σχετικά με την παραλαβή των παραδοτέων των αναδόχων των Τμημάτων 1 έως 6, αυτή θα γίνεται από την αρμόδια Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής, σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/16 (άρθρα 216, 219 και 221), που προφανώς θα ενσωματωθούν στους όρους της σχετικής διακήρυξης. (γ) Ο ισχυρισμός δε ότι ο επιλεχθείς Συντονιστής δεν θα έχει ως έργο μόνο τον εν λόγω διαγωνισμό αλλά και κάθε άλλο έργο που προκηρύσσεται από την Αναθέτουσα Αρχή είναι παντελώς ανυπόστατοι, δεδομένου ότι πουθενά στη Διακήρυξη προβλέπεται τέτοια δυνατότητα ή αρμοδιότητα. Η προσφεύγουσα για τη δημιουργία εντυπώσεων ψευδώς ισχυρίζεται ότι τόσο αυτοί όσο και άλλοι φορείς δεν θα μπορούν να συμμετάσχουν στον υπό κρίση Διαγωνισμό αιτούμενη όπως ο Διαγωνισμός διαμορφωθεί εκ νέου και τεθεί όρος σε αυτήν, επί ποινή αποκλεισμού, ότι σε περίπτωση αναδόχου ελληνικού μελετητικού οικονομικού φορέα, αυτός θα πρέπει καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης ήτοι έως την 30.06.2023 να μην αναλάβει κανένα παρεμφερές έργο που υποβάλλεται στην αρμόδια Υπηρεσία προς έγκριση, χαρτογραφήσεις - προγράμματα παρακολούθησης - ..., είτε ο ίδιος είτε μέσω αναδόχων με τους οποίους συνδέεται καθ' οιονδήποτε τρόπο, καθώς δεν μπορεί να είναι και ελεγκτής και ελεγχόμενος ταυτόχρονα και δημιουργεί σκιές στη διαφάνεια που απαιτείται για την διεξαγωγή δημοσίων διαγωνισμών. Κατά την παρεμβαίνουσα, δυστυχώς η προσφεύγουσα λόγω πασιφανούς έλλειψης εμπειρίας βάζει όλα τα ψευδο-επιχειρήματα της σε «ένα καλάθι». Για την αποκατάστασή της αλήθειας ο Ανάδοχος του διαγωνισμού σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή του αντικειμένου του Συντονιστή - Συμβούλου, αυτός θα πρέπει μεταξύ άλλων : «να υποστηρίξει το Τμήμα Θορύβου, Δονήσεων και Ακτινοβολιών της Διεύθυνσης Κλιματικής Αλλαγής και Ποιότητας της Ατμόσφαιρας του Υπουργείου ..., προκειμένου να διασφαλιστεί η παροχή των ψηφιακών δεδομένων των προηγούμενων μελετών εκπόνησης Σ.Χ.Θ & Σ.Δ που υποβλήθηκαν», καθώς και να υποστηρίξει το αναφερόμενο Τμήμα σε γενικότερα θέματα χαρτογράφησης, παρακολούθησης σχεδίων δράσης περιβαλλοντικού θορύβου καθώς και να υποστηρίξει την προώθηση των ενεργειών για την εφαρμογή των Σχεδίων Δράσης στα Πολεοδομικά Συγκροτήματα από τους αρμόδιους φορείς, όσο και άλλες παρεμφερείς ενέργειες. Επίσης να προσδιορίσει ενέργειες για τον οριστικό σχεδιασμό και την ενδεχόμενη αδειοδότηση έργων που προκύπτουν

από τα Σχέδια Δράσης. Η ανωτέρω περιγραφή αφορά μόνο στο συγκεκριμένο Εθνικό και Ευρωπαϊκό νομοθετικό πλαίσιο της Στρατηγικής Χαρτογράφησης στην Ελλάδα ήτοι στο πλαίσιο των : • ΚΥΑ 13586/724/ΦΕΚ Β384_28-3-2006 με την οποία έγινε η εναρμόνιση της Ευρωπαϊκής Οδηγίας 2002/49/ΕΚ στην ελληνική νομοθεσία, και στον καθορισμό ορίων οδικού κυκλοφοριακού, σιδηροδρομικού και αεροπορικού θορύβου, σύμφωνα με τους δείκτες αξιολόγησης Lden (24-ωρος) και Lnight (8-ωρος νυκτερινός), έτσι όπως αυτοί ορίζονται στην εν λόγω Οδηγία, • ΚΥΑ .../.../27136/1793/ΦΕΚ Β 6108_31.12.2018 (ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΟΔΗΓΙΑΣ 2015-998) που αφορά στην Τροποποίηση της 13586/724/2006 κοινής υπουργικής απόφασης «Καθορισμός μέτρων, όρων και μεθόδων για την αξιολόγηση και τη διαχείριση του θορύβου στο περιβάλλον, σε συμμόρφωση με τις διατάξεις της οδηγίας 2002/49/ΕΚ «σχετικά με την αξιολόγηση και τη διαχείριση του περιβαλλοντικού θορύβου» του Συμβουλίου της 25.6.2002 (Β' 384), • ΦΕΚ Β322_8-2-2019 ΔΙΟΡΘΩΣΕΙΣ ΣΦΑΛΜΑΤΩΝ στα Παράρτημα και Προσαρτήματα της .../.../27136/1793 απόφασης (Β' 6108/2018) των Υπουργών Οικονομίας και Ανάπτυξης, ..., Υποδομών και Μεταφορών, • τη νέα ΟΔΗΓΙΑ (ΕΕ) 2020/367 της Επιτροπής της 4ης Μαρτίου 2020 για την τροποποίηση του Παραρτήματος ΙΙΙ της οδηγίας 2002/49/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά στον καθορισμό μεθόδων αξιολόγησης των επιβλαβών επιδράσεων του περιβαλλοντικού θορύβου, καθώς και • τις απαιτήσεις των Οδηγιών 49/2002/ΕΕ & 996/2015/ΕΕ μετά την ολοκλήρωση των επί μέρους αντικειμένων - με στόχο την διαμόρφωση των στοιχείων που απαιτούνται, από τον ΕΟΠ (αναμενόμενο ReportNet 3.0 & υπό διαμόρφωση αναθεωρημένη Οδηγία INSPIRE). Αντίθετα η αιτίαση περί μη ανάθεσης προγραμμάτων παρακολούθησης και εκπόνησης ..., δεδομένου ότι αποτελούν παρεμφερές έργο είναι ανυπόστατη, κατά την παρεμβαίνουσα, αφού αυτές διέπονται από διαφορετικά θεσμικό πλαίσιο που εμπεριέχεται στην ΚΥΑ αρ. οικ. 211773/ΦΕΚ Β1367_27-04-2012 με την οποία γίνεται ο καθορισμός Δεικτών Αξιολόγησης και Ανωτάτων Επιτρεπόμενων Ορίων Δεικτών Περιβαλλοντικού Θορύβου που προέρχεται από την λειτουργία συγκοινωνιακών έργων, και εγκρίνονται οι τεχνικές προδιαγραφές ειδικών ακουστικών μελετών υπολογισμού και εφαρμογής (...) αντιθορυβικών πετασμάτων, καθώς και οι προδιαγραφές προγραμμάτων παρακολούθησης

περιβαλλοντικού θορύβου και άλλες διατάξεις. Συνεπώς, κατά την παρεμβαίνουσα, καταδεικνύεται ότι ο Ανάδοχος Συντονιστής ουδεμία σχέση θα έχει πέραν του συντονισμού του έργου της Διακήρυξης στο πλαίσιο του ανωτέρω θεσμικού πλαισίου και προφανώς δεν θα συμμετέχει σε τυχόν «*κρίση περί καταλληλότητας ή μη των παραδοτέων υπηρεσιών φυσικών ή νομικών προσώπων στην αρμόδια υπηρεσία για έργα και συμβάσεις τα οποία ουδεμία σχέση έχουν με την Διακήρυξη του Διαγωνισμού*», όπως επίσης προκειμένου εξυπηρετηθούν αποτελεσματικά οι ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής στον συντονισμό και μόνο της εκπόνησης των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) στα πολεοδομικά συγκροτήματα ..., ..., ..., ..., ..., ... και ... και της ανάπτυξης αντίστοιχων Σχεδίων Δράσης (ΣΔ). Άλλωστε η ανεξαρτησία του Συντονιστή σε σχέση με τους αναδόχους των τμημάτων 1 - 6 διασφαλίζεται περαιτέρω με τους παρακάτω όρους στη σελ. 26 της διακήρυξης : (α) «*Σημειώνεται ότι για τον προσφέροντα που θα του ανατεθεί η παρούσα σύμβαση θα υπάρξει ΑΥΤΟΜΑΤΟΣ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΣ της αξιολόγησης της τυχόν προσφοράς του στο πλαίσιο των διαγωνισμών των υπολοίπων υπο-έργων της Πράξης «Εκπόνηση Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) και Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) σε Πολεοδομικά Συγκροτήματα της Χώρας, σε εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει (Τμήματα 1 έως 6 της παρ. 1.3 της παρούσας διακήρυξης), που αφορούν στην εκπόνηση των ΣΧΘ και ΣΔ*» και (β) «*Το αναφερόμενο ελάχιστο στελεχιακό δυναμικό της παρούσας παραγράφου, πρέπει να είναι διαφορετικό για κάθε σχήμα και οικονομικό φορέα που υποβάλλει προσφορά. ΔΕΝ ΕΠΙΤΡΕΠΕΤΑΙ το ονομαστικά αναφερόμενο ελάχιστο στελεχιακό δυναμικό της παρούσας παραγράφου για ένα διαγωνιζόμενο σχήμα ΝΑ ΣΥΜΜΕΤΕΧΕΙ ΩΣ ΟΝΟΜΑΣΤΙΚΑ ΑΝΑΦΕΡΟΜΕΝΟ ΕΛΑΧΙΣΤΟ ΣΤΕΛΕΧΙΑΚΟ ΔΥΝΑΜΙΚΟ ΚΑΙ ΣΕ ΑΛΛΟ ΔΙΑΓΩΝΙΖΟΜΕΝΟ ΣΧΗΜΑ ΤΟΣΟ ΣΤΟΝ ΠΑΡΟΝΤΑ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΟΣΟ ΚΑΙ ΣΤΟΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΤΩΝ ΥΠΟΛΟΙΠΩΝ ΥΠΟ-ΕΡΓΩΝ ΤΗΣ ΠΡΑΞΗΣ «Εκπόνηση Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) και Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) σε Πολεοδομικά Συγκροτήματα της Χώρας, σε εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει» (Τμήματα 1 έως 6 της παρ. 1.3 της παρούσας διακήρυξης), που αφορούν στην εκπόνηση των ΣΧΘ και ΣΔ.*». Η προσφεύγουσα θεωρεί ότι υπάρχει έλλειψη αναφοράς στη Σύμβαση περί ύπαρξης ελεγκτικού μηχανισμού, ο οποίος θα δύναται να

λειτουργεί εποπτικά ως προς τον Συντονιστή και να επέμβει σε περίπτωση που παρατηρηθεί φαινόμενο αναίτιου αποκλεισμού υποψήφιου αναδόχου ή μεροληψία υπέρ ενός υποψήφιου αναδόχου, καταλείπει αμφιβολίες σε σχέση με το αδιάβλητο της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχων για την εκπόνηση των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου Π.Σ. και ζητά να συμπεριληφθεί όρος στην Διακήρυξη ότι πέραν του Συντονιστή / Συμβούλου, ο οποίος θα αξιολογεί, θα πρέπει να υπάρξει ένας ανεξάρτητος και κατάλληλος ελεγκτικός μηχανισμός που να αποτελείται από εμπειρογνώμονες της Αναθέτουσας Αρχής, οι οποίοι θα ελέγχουν οίκοθεν τυχόν αυθαίρετες ενέργειες του Συντονιστή σε στάδιο προηγούμενο της οποιαδήποτε δυνατότητας προσφυγής του ενδιαφερόμενου σε νομικές ενέργειες, αναφορικά με την μεροληπτική αντιμετώπιση του σε σχέση με άλλους υποψήφιους, έτσι ώστε να αποφεύγονται ενέργειες οι οποίες θα πλήττουν τον ανταγωνισμό. Ωστόσο, όπως ρητά προβλέπεται στον όρο 6.3 της διακήρυξης, κατ' εφαρμογή της διάταξης του Ν. 4412/2016, η Επιτροπή Παρακολούθησης και παραλαβής της σύμβασης του Συντονιστή είναι ο ελεγκτικός μηχανισμός του Συντονιστή. Ως εκ τούτου, κατά την παρεμβαίνουσα, θα πρέπει, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, να απορριφθεί στο σύνολό της η κρινόμενη προσφυγή, πρωτίστως, ως απαράδεκτη λόγω έλλειψης έννομου συμφέροντος της προσφεύγουσας, εφόσον δεν πληροί όχι μόνο τα προσβαλλόμενα τυπικά κριτήρια, αλλά και λοιπούς οικονομικούς και τεχνικούς όρους του συγκεκριμένου διαγωνισμού. Περαιτέρω, κατά την παρεμβαίνουσα, θα πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή διότι τα τιθέμενα κριτήρια είναι απολύτως αναγκαία για το συγκεκριμένο πολυσύνθετο έργο, απολύτως συνδεδεμένα και ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης και όπως προεκτέθη τα κριτήρια αυτά τέθηκαν σύμφωνα με την ευρωπαϊκή οδηγία και την αρχή της αναλογικότητας, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Τέλος, η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι αυτή ιδρύθηκε αρχικά ως ΕΠΕ το 1997 και μετατράπηκε σε ΑΕ το 2008 έχοντας 23 χρόνια εμπειρία και χωρίς την ελάχιστη επίπτωση στην επιστημονική και επαγγελματική της υπόληψη. Εκπροσωπείται νόμιμα από την Πρόεδρο και Δ/νουσα Σύμβουλο … σύμφωνα με την υπ' αρ. Αριθ. πρωτ.:…, ανακοίνωση του ΓΕΜΗ, και έχει μετοχικό κεφάλαιο 72.000€. Ο μη πλειοψηφικός μέτοχός της … δεν συμμετέχει στη διοίκηση η την διεύθυνση της εταιρείας …, όπως λανθασμένα εκ του πονηρού, κατά την

παρεμβαίνουσα, και επανειλημμένως αναφέρει στην προσφυγή της η εταιρεία ... δεδομένου ότι είναι Καθηγητής της Πολυτεχνικής Σχολής του Πανεπιστημίου ... και εκ της θέσης αυτής δεν εκτελεί εμπορική δραστηριότητα και προφανώς δεν συμμετέχει στο ΔΣ και την Διοίκηση της Εταιρείας. Κατά την παρεμβαίνουσα, είναι ψευδής και συκοφαντικός ο ισχυρισμός ότι η Διακήρυξη την φωτογραφίζει, αφού όπως αναλύθηκε πλήρως ανωτέρω δικαίωμα συμμετοχής έχουν οικονομικοί φορείς, που είναι εγκατεστημένα σε, κράτος-μέλος της Ένωσης, κράτος- μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), αλλά και τρίτες χώρες, ενώ οι απαιτούμενες εκτελεσμένες συμβάσεις σύμφωνα με τον Διαγωνισμό αφενός δεν περιορίζονται σε αυτές που προκηρύχθηκαν από το ... στους προηγούμενους κύκλους Στρατηγικής Χαρτογράφησης ΠΣ και αφετέρου δεν περιορίζονται εντός του ελληνικού χώρου. Για τους λόγους αυτούς η παρεμβαίνουσα επιφυλάσσεται δια της παρεμβάσεως για την υποβολή μηνύσεως και αγωγής διεκδίκησης κάθε θετικής και αποθετικής ζημίας την οποία υπέστη εξαιτίας της συκοφαντικής δυσφημίσεως της προσφεύγουσας, ως ισχυρίζεται, η οποία με την κρινόμενη προσφυγή της, που δημοσιεύεται ηλεκτρονικά και κάθε τρίτος λαμβάνει γνώση αυτής, τη διαβάλει, ως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα, άδικα και παράνομα αποκλειστικά και μόνο διότι η προσφεύγουσα δεν πληροί τους όρους και προϋποθέσεις του διαγωνισμού.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα εμπρόθεσμα και παραδεκτώς, κατ' εφαρμογή του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016, κατέθεσε μέσω της πλατφμόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στις 26-1-2021 Υπόμνημα προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προβάλλοντας τα ακόλουθα: Το ... υπέβαλε απόψεις τόσο στις 28.12.2020 (αρ. πρωτοκόλλου: .../.../124941 /887/ 28.12.2020), προκειμένου για το αίτημα αναστολής (το οποίο έγινε δεκτό από την ΕΠΠ και ανεστάλη ο διαγωνισμός) όσο και στις 04.01.2021 (αρ. πρωτοκόλλου: .../.../322/5/04.01.2021) προκειμένου για την Προσφυγή. Κατά την προσφεύγουσα, οι εν λόγω απόψεις στην ουσία δεν απαντάνε στα όσα βάσιμα και αληθή περιλαμβάνονται στην Προσφυγή και εν τοις πράγμασι συνομολογούνται τα πραγματικά περιστατικά αφού αποδέχεται ότι οι τιθέμενοι όροι αποκλείουν (κατά παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού) το σύνολο σχεδόν των εταιρειών οι οποίες ασχολούνται με το επίδικο αντικείμενο. Χαρακτηριστικά

αναφέρει η προσφεύγουσα ότι στην σελίδα 5 των Απόψεων αναφέρονται και τα εξής τα οποία στην ουσία συνομολογούν τον ισχυρισμό της: «*Από τα ανωτέρω καθίσταται προφανές ότι οι απαιτήσεις εμπειρίας του συντονιστή έξι (6) συμβάσεων εκπόνησης ΣΧΘ και ΣΔ δεν μπορεί να είναι ίδιες αλλά θα πρέπει να είναι αυξημένες σε σχέση με αυτές των αναδόχων των συμβάσεων αυτών, τόσο ως προς τον αριθμό των εκτελεσμένων στο παρελθόν συμβάσεων ΣΧΘ και ΣΔ όσο και προς την απαίτηση εξειδικευμένης εμπειρίας στην εφαρμογή της Οδηγίας 2015/996/ΕΕ*». Η εν λόγω παράθεση δεικνύει ότι πράγματι η Αναθέτουσα Αρχή αποδέχεται ότι καταστρατηγούνται οι κανόνες περί ανταγωνισμού ιδιαίτερα κατά την στιγμή που γνωρίζει ότι στην Ελλάδα μετά τις 31.12.2018 έχει προκηρυχθεί μόνον ένας Δημόσιος Διαγωνισμός για έργο με την καινούργια Οδηγία και το έχει αναλάβει η εταιρεία που αναφέρεται στην Προσφυγή κατά τον λόγο που αποδέχεται ότι μόνον όποιος έχει αυξημένα προσόντα σε σχέση με αυτά που απαιτεί στην πραγματικότητα η θέση μπορεί να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό, ήτοι στη συγκεκριμένη περίπτωση, μόνον ένας. Το μόνο που δεν εξηγεί η Αναθέτουσα Αρχή είναι με ποιόν τρόπο θα αποκτηθεί η εμπειρία όταν δεν έχουν προκηρυχθεί τόσες συμβάσεις όσες αναφέρει ότι απαιτούνται με την νέα Οδηγία στην Ελλάδα και όταν μόνον μία εταιρεία πληροί τις προϋποθέσεις στην Ελλάδα, όπως ρητά αναφέρεται στην Προσφυγή της. Προφανώς δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι (όπως αναφέρεται στην σελίδα 6 των Απόψεων) ότι θα μπορεί κάποια εταιρεία να προβεί στην «χρήση δάνειας εμπειρίας» κατά περίπτωση ή σε κάθε περίπτωση δεδομένου του γεγονότος ότι ο Συντονιστής οφείλει να έχει φυσική παρουσία στον χώρο της Αναθέτουσας Αρχής. Περαιτέρω δεν μπορεί αν γίνει αντιληπτό προς τι ο τιθέμενος όρος της ύπαρξης εμπειρίας η οποία αποκλείει τους περισσότερους όταν, υποτίθεται, ότι μπορεί να γίνει χρήση δάνειας εμπειρίας και σε τι εξυπηρετεί αυτός τελικά. Η αναφορά δε στην σελίδα 7 των Απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής ότι : «*Άρα, και σε αυτήν την περίπτωση τα τεθέντα κριτήρια και αντικειμενικά και πρόσφορα είναι, έχουν δε τεθεί και σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, καθώς επιδιώκουν να διασφαλίσουν την προσήκουσα και ποιοτική εκτέλεση της υπό σύναψη σύμβασης*» και πάλι δεν αντικατοπτρίζει την πραγματικότητα αφού αφενός δεν αναφέρει ότι στην Ελλάδα δεν έχουν προκηρυχθεί δύο (2) έργα Χαρτογραφήσεων μετά την 31.12.2018, ήτοι «δύο (2) διακριτές συμβάσεις

Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες» και συνεπώς δεν υπάρχει εμπειρία αρκετών εταιρειών σε σχέση με την ζητούμενη και αφετέρου δεν αναφέρει πως διασφαλίζεται η προσήκουσα και ποιοτική εκτέλεση της υπό σύναψη σύμβασης εάν υφίστανται π.χ. εμπειρία τουλάχιστον (2) χαρτογραφήσεων και όχι μίας. Δεν αιτιολογείται συνεπώς για ποιόν λόγο αυτός που έχει εμπειρία μίας χαρτογραφήσεως δεν είναι κατάλληλος για την επιλογή του σε θέση Συντονιστή και είναι κατάλληλος όποιος έχει εμπειρία σε τουλάχιστον δύο (2) χαρτογραφήσεις. Γιατί όχι σε πέντε (5), ποια είναι τα κριτήρια που τέθηκαν ώστε να διασφαλίζεται η καταλληλότητα και πως επιδρά το εάν κάποιος έχει εμπειρία μίας, δύο ή περισσοτέρων χαρτογραφήσεων. Καταλείπεται δε η εντύπωση ότι ο συγκεκριμένος όρος της Διακήρυξης έγινε χάριν αποκλεισμού των περισσοτέρων υποψηφίων και όχι χάριν της, απροσδιόριστης και αόριστης έννοιας, της ποιοτικής και προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης, η οποία δεν ορίζεται στην Διακήρυξη ποια είναι αυτή. Όπως προκύπτει και από την ιστοσελίδα τόσο του Πανεπιστημίου ..., στο οποίο εργάζεται ως καθηγητής ο επιστημονικός υπεύθυνος και εν τοις πράγμασι επικεφαλής της κατονομαζόμενης στην προσφυγή εταιρείας, όσο και από την ίδια την ιστοσελίδα της κατονομαζόμενης στην προσφυγή εταιρείας, αυτή και ο επιστημονικός υπεύθυνος έχουν υλοποιήσει τα έργα (σύμφωνα με τη νέα Οδηγία) με Κωδικό … με τίτλο «Research program for the Update of SNM AC_FP DATABASE - ACCORDING TO CNOSSOS EU METHODOLOGY» με επιστημονικό υπεύθυνο την κ. ... που αφορά στον …, το έργο «Παροχή Υπηρεσιών Συμβούλου για την υλοποίηση μετρήσεων και αναλύσεων για την ποιότητα του επιπέδου του οδικού κυκλοφοριακού θορύβου και την χαρτογράφηση του, στην ζώνη διέλευσης της … και των κάθετων αξόνων της - ΚΩΔ. ΑΝΑΦΟΡΑΣ …, 2019 - 2020» και το έργο «Παροχή Υπηρεσιών για την εκπόνηση των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου και Σχεδίων Δράσης για το Πολεοδομικό Συγκρότημα … Και Διαχείρισης του Περιβαλλοντικού Θορύβου [Ν. 224(1)/2004] .... ΑΡ. ΔΙΑΓ: …» και συνεπώς προκύπτει ότι μόνον αυτή πληροί τις τιθέμενες προϋποθέσεις της Διακήρυξης για συμμετοχή στον Διαγωνισμό στον ελλαδικό χώρο. Προσκομίζει δε, προκειμένου για την απόδειξη των ισχυρισμών της περί της μη προκήρυξης πέραν του ενός

Δημοσίου Διαγωνισμού μετά την ημερομηνία εφαρμογής της Οδηγίας 2015/996/ΕΕ στην Ελλάδα και σχετικές υπεύθυνες δηλώσεις των κάτωθι επιθυμούντων τη συμμετοχή τους στον εν λόγω Διαγωνισμό (οι οποίοι αποκλείονται και αυτοί εν τοις πράγμασι), ήτοι των ... ως ιδιοκτήτη του Γραφείου Μελετών «...», της εταιρείας «...» δια του νομίμου εκπροσώπου αυτής κ. ..., της εταιρείας «...» η οποία υπογράφεται από τη διευθύνουσα σύμβουλο αυτής κ. ... και του μελετητή κ. ... και προς απόκρουση του ισχυρισμού της Αναθέτουσας Αρχής (Σελ. 3 των Απόψεων της) ότι «*ουδείς εκ των συμμετεχόντων στην διαβούλευση αναφέρθηκε στη συγκεκριμένη διάταξη και ουδείς την χαρακτήρισε φωτογραφική» θέλοντας να καταδείξει ότι μόνον η εταιρεία μας έχει προβάλει αντιρρήσεις σε σχέση με την εν λόγω διάταξη, οι οποίοι ακριβώς αναφέρουν ότι αφενός (λαμβανομένου υπ' όψιν ακριβώς του εν λόγω όρου) «δεν διαθέτουν την εμπειρία που τίθεται ως προαπαιτούμενη για την συμμετοχή στον Διαγωνισμό και ως εκ τούτου δεν μπορούν να συμμετάσχουν σε αυτόν» και αφετέρου ότι «ο τιθέμενος ως όρος της Διακήρυξης για απαραίτητη εμπειρία σε δύο (2) τουλάχιστον χαρτογραφήσεις σύμφωνα με την Νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ αποκλείει σχεδόν το σύνολο των μελετητών από την συμμετοχή στον Διαγωνισμό δεδομένου ότι, μετά την ημερομηνία εφαρμογής της ανωτέρω οδηγίας στην Ελλάδα (31.12.2018) έχει γίνει μόνο ένας Δημόσιος Διαγωνισμός για Χαρτογράφηση σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην Οδηγία αυτή*». Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, καταρρίπτεται ο ισχυρισμός της Αναθέτουσας Αρχής ότι μόνον η προσφεύγουσα αντέδρασε στην ύπαρξη του τιθέμενου στην επίδικη Διακήρυξη όρου, αφού αυτός στην ουσία αποκλείει εν τοις πράγμασι τουλάχιστον πέντε (5) από τις επτά (7) συνολικά εταιρείες που θα μπορούσαν δυνητικά να λάβουν μέρος στον Διαγωνισμό και οι οποίες λειτουργούν στην Ελλάδα. Περαιτέρω, η αναφορά σε μη πρόβλεψη για ανάμιξη του Συντονιστή στον διαγωνισμό των Τμημάτων 1 - 6 δεν βγάζει νόημα εάν ιδωθεί υπό το πρίσμα της χρησιμότητας του Συντονιστή σε αυτήν την περίπτωση και πως διασφαλίζεται αυτή η μη ανάμιξη. Το ανωτέρω δε έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τα καθήκοντα του Συμβούλου που περιγράφονται στις σελίδες 64 και 65 της διακήρυξης στις οποίες αναφέρεται ρητά ότι Ο Σύμβουλος θα << διαθέτει καθ' όλη την διάρκεια της σύμβασης τον απαιτούμενο ειδικευμένο Μετρολογικό Εξοπλισμό καταγραφής περιβαλλοντικού θορύβου, από τρία (3)

ολοκληρωτικά ηχόμετρα/στατιστικούς αναλυτές ακριβείας τύπου Ι ώστε σε συνεργασία με την Υπηρεσία να εκτελεί ακουστικές μετρήσεις οδικού, σιδηροδρομικού, αεροπορικού και βιομηχανικού θορύβου για λόγους επιβεβαίωσης και ελέγχου στα αντίστοιχα προγράμματα στα 6 τμήματα». << θα συντονίσει τους αναδόχους των τμημάτων 1 έως 6>>, <<Θα μεριμνήσει για τις εναρμονισμένες παραδοχές και μεθοδολογία κυκλοφοριακής ανάλυσης και διαμόρφωσης DTM αλλά και κατανομής πληθυσμού στα κτήρια στο σύνολο των ΣΧΘ>> και τέλος <<Θα παρουσιάσει αναλυτική πρόταση σχετικά με την επικαιροποίηση των ΣΧΘ & ΣΔ σύμφωνα με τις απαιτήσεις των Οδηγιών 49/2002/ΕΕ & 996/2015/ΕΕ και θα καθοδηγήσει τους αναδόχους των τμημάτων 1-6 στην υποβολή , μετά την ολοκλήρωση των επί μέρους αντικειμένων - των στοιχείων που απαιτούνται, στην κατάλληλη μορφή (Format) που απαιτεί ο ΕΟΠ (Report^t 3.0 & αναθεωρημένη Οδηγία INSPIRE)». Η δε αναφορά στην σελίδα 9 των Απόψεων ότι «*αναφορικά με την ύπαρξη ελεγκτικού μηχανισμού του Συντονιστή, αυτός υπάρχει και είναι η Επιτροπή Παρακολούθησης και Παραλαβής της σύμβασης του Συντονιστή* ....», κατά την προσφεύγουσα, μόνον ως αστείο μπορεί να ισχύσει. Αναρωτιέται δε πως η επιτροπή παρακολούθησης ενός διαγωνισμού δύναται να ελέγχει τον Συντονιστή σε όλα τα καθήκοντα του, όπως αυτά περιγράφονται στην Διακήρυξη και αναφέρονται στην Προσφυγή και πως μπορεί η Επιτροπή που αφορά σε έναν Διαγωνισμό να δύναται να ελέγξει σε βάθος χρόνου τον επιλεχθέντα Συντονιστή, ο οποίος θυμίζουμε ότι θα δύναται να έχει λόγο στην οποιαδήποτε προκήρυξη έργου από τούδε και στο εξής. Κατά το μέρος δε που στην Διακήρυξη δεν παρατίθεται κατά τρόπο ρητό, ακόμα και αληθώς υποτιθεμένων των ισχυρισμών περί έλεγχου (γεγονός το οποίο αμφισβητείται σφόδρα), ο τρόπος με τον οποίο θα ασκείται ο έλεγχος και τρόπος αποτροπής του Συντονιστή από ενέργειες οι οποίες δεν θα συνάδουν με τα καθήκοντα του ή θα δύνανται να θεωρηθούν μεροληπτικές, ο ισχυρισμός αυτός καθίσταται αναιτιολόγητος, έωλος και άνευ νοήματος, ομοίως δε και οι παρατιθέμενες Απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία είναι σαφές ότι δεν μπορεί να αιτιολογήσει σε καμία περίπτωση τους τιθέμενους στην Διακήρυξη όρους, τους οποίους ζητά η προσφεύγουσα να ελεγχθούν και να απαλειφθούν από αυτήν ώστε να μην παραβιάζονται οι κανόνες περί ανταγωνισμού.

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «*1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 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 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής*». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «*1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της… 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια …*» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

13. Επειδή, όπως έχει νομολογιακά κριθεί, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως για την ανάθεση της συμβάσεως, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των προσώπων που δύνανται να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό [πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014]. Ελέγχονται, όμως, οι τεχνικές προδιαγραφές και οι σχετικοί όροι της διακηρύξεως εάν τηρούν την

αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, καθώς και την αρχή της αναλογικότητας [πρβλ. ΕπΑνΣτΕ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014].

14. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η δε Διοίκηση είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη ή τις προς παροχή υπηρεσίες, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους, τα κριτήρια επιλογής και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη ή τις προς παροχή υπηρεσίες και να καθορίσει, βάσει δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007, Δ.Εφ. Πειραιά 80/2020).

15. Επειδή, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις τεχνικές προδιαγραφές και τα κριτήρια επιλογής, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής απαιτήσεων που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού

δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurttemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει τις ελάχιστες απαιτούμενες απαιτήσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, οι οποίες, όμως και πρέπει να συνδέονται και να τελούν σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογούνται από τη φύση και το σκοπό της συγκεκριμένης σύμβασης. Επίσης, ως παγίως γίνεται δεκτό, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να επιδιώκουν το ευρύτερο δυνατό άνοιγμα της αγοράς στον ανταγωνισμό με σκοπό την προσέλκυση ευρύτερου φάσματος δυνητικών υποψηφίων. Συνεπώς, προς διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να θεσπίζουν κριτήρια που είναι αμερόληπτα, σαφή και πλήρη, και να αποφεύγουν την πρόβλεψη τυχόν περιορισμών συμμετοχής που δεν σχετίζονται με την καταλληλόλητα του οικονομικού φορέα, καθόσον έτσι θεσπίζονται αυθαίρετοι και μη συναρτώμενοι προς τις συνθήκες και το είδος της σύμβασης φραγμοί (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 19ης Μαΐου 2009 στην υπόθεση C-53/07, Assitur Srl κατά Camera di Commeráo, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, σκ. 16).

16. Επειδή, εν προκειμένω κατά τον όρο 2.2.6. της διακήρυξης, περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «*Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, κάθε προσφέρων πρέπει να ικανοποιεί τις παρακάτω ελάχιστες απαιτήσεις: Α) Να έχει εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (λαμβάνοντας υπόψη και στοιχεία συμβάσεων που εκτελέσθηκαν/παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία έως και το 2007 - 1ος γύρος Στρατηγικής Χαρτογράφησης - και εντεύθεν), για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό: τουλάχιστον τρεις (3) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με την Οδηγία 2002/49, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες, καθώς και τουλάχιστον δύο (2)*

διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες. Η συναναδοχή της ίδιας σύμβασης από δύο η περισσότερους οικονομικούς φορείς που συμπράττουν/συμμετέχουν στο ίδιο σχήμα υποψηφίου αναδόχου λογίζεται ως μια διακριτή σύμβαση….».

17. Επειδή, επί του πρώτου λόγου προσφυγής, σχετικά με την απαίτηση της διακήρυξης «*Να έχει εκτελέσει κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (λαμβάνοντας υπόψη και στοιχεία συμβάσεων που εκτελέσθηκαν/παραδόθηκαν πριν από την τελευταία τριετία έως και το 2007 - 1ος γύρος Στρατηγικής Χαρτογράφησης - και εντεύθεν), για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή στο εξωτερικό: τουλάχιστον τρεις (3) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με την Οδηγία 2002/49, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες»*, λεκτέα είναι τα εξής: Καταρχήν, όπως έχει κριθεί, τυχόν ταύτιση των πληττόμενων απαιτήσεων της διακήρυξης που πληρούνται από συγκεκριμένη εταιρεία δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι σχετικές απαιτήσεις είναι φωτογραφικές, όταν δικαιολογείται η θέσπιση των αυτών και όταν μόνον οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες, για την κάλυψη των οποίων τίθενται, κρίση, η οποία, μάλιστα, αποτελεί τεχνική κρίση της διοικήσεως, η οποία, όπως κάθε τέτοια κρίση, δεν ελέγχεται ακυρωτικώς. Εξάλλου, κατά τα επίσης παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οι πληττόμενοι όροι αποτελούν φωτογραφική περιγραφή των ικανοτήτων που διαθέτει μόνο μία συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι προδιαγραφές είναι φωτογραφικές [ΔΕφΑθ 296/2013, 885/2012 (ασφ.), ΣτΕ ΕΑ 9/2015, 676/2011, 429, 1140, 1024, 1025, 836/2010, 829, 201/2007]. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή έθεσε με τον ανωτέρω όρο ως κριτήριο επιλογής την προηγούμενη εκτέλεση τουλάχιστον τριών (3) διακριτών συμβάσεων Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με την Οδηγία 2002/49. Δεκτού καθισταμένου ότι η εμπειρία των Συντονιστή των έξι (6) συμβάσεων εκπόνησης στρατηγικών χαρτών θορύβου (εφεξής ΣΧΘ) και σχεδίων δράσης (εφεξής ΣΔ) είναι εύλογο να είναι μεγαλύτερη από την εμπειρία των 6

αναδόχων των συμβάσεων εκπόνησης ΣΧΘ και ΣΔ τόσο ως προς τον αριθμό τέτοιων εκτελεσμένων στο παρελθόν συμβάσεων όσο και ως προς την απαίτηση εξειδικευμένης εμπειρίας στην εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49, τότε, ακόμη και αν γίνει δεκτό οι 6 ανάδοχοι να έχουν προηγούμενη εμπειρία 1 εκτελεσμένης σύμβασης που αποτελεί το ελάχιστο, τότε σε κάθε περίπτωση ο Συντονιστής είναι εύλογο να απαιτείται να έχει εμπειρία τουλάχιστον 2 τέτοιων συμβάσεων (η προσβαλλόμενη διακήρυξη απαιτεί 3). Ωστόσο, η προσφεύγουσα με την εξεταζόμενη προσφυγή της δεν προβάλλει, πολλώ δε μάλλον με τρόπο ορισμένο, ότι, επί παραδείγματι, η ίδια έχει προηγουμένως εκτελέσει 2 αντίστοιχες συμβάσεις και εμποδίζεται να υποβάλλει προσφορά γιατί απαιτούνται 3 από την προσβαλλόμενη διακήρυξη. Η προσφεύγουσα με τρόπο αόριστο βάλλει κατά της εν λόγω απαίτησης, χωρίς όμως, να τεκμηριώνει προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον για την προσβολή του συγκεκριμένου κριτηρίου επιλογής. Η γενικόλογη εκ μέρους της προσφεύγουσας αναφορά ότι εξαιτίας του προσβαλλόμενου όρου εμποδίζεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό δεν τεκμηριώνει το απαιτούμενο έννομο συμφέρον της. Ωστόσο, ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η προσφεύγουσα ούτως ή άλλως δεν πληροί τα τεθέντα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα τεθέντα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης στο πεδίο των συμβουλευτικών υπηρεσιών, που απαιτεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη, και άρα ούτως ή άλλως δεν δύναται να συμμετέχει στη συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης, κρίνεται απορριπτέος, δεδομένου ότι η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί των ισχυρισμών που προβάλλονται με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί σπανιότητας των ζητούμενων υπηρεσιών (μελέτες και συντονισμός εκπόνησης ΣΧΘ σε διάφορες περιοχές της Ελλάδας), που αποκλείει τη δυνατότητα επίτευξης ικανοποιητικού ανταγωνισμού, δεν κρίνεται ούτε βάσιμος. Τούτο διότι οι απαιτούμενες εκτελεσμένες συμβάσεις αφενός δεν περιορίζονται σε αυτές που προκηρύχθηκαν από το ... στους προηγούμενους κύκλους Στρατηγικής Χαρτογράφησης Θορύβου, αφετέρου δεν απευθύνονται μόνον στην ελληνική αγορά. Αντιθέτως, διατυπώνεται ρητά με τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης ότι θα ληφθούν υπόψη συμβάσεις «*για φορείς του δημοσίου ή/και του ιδιωτικού τομέα στην Ελλάδα ή το εξωτερικό*». Μάλιστα, σύμφωνα με την

ΚΥΑ .../.../27136/1793/ΦΕΚ Β 6108_31.12.2018 (ΕΝΑΡΜΟΝΙΣΗ ΟΔΗΓΙΑΣ 2015-998), που αφορά στην τροποποίηση της με αρ. 13586/724/2006 κοινής υπουργικής απόφασης «Καθορισμός μέτρων, όρων και μεθόδων για την αξιολόγηση και τη διαχείριση του θορύβου στο περιβάλλον, σε συμμόρφωση με τις διατάξεις της οδηγίας 2002/49/ΕΚ «σχετικά με την αξιολόγηση και τη διαχείριση του περιβαλλοντικού θορύβου» του Συμβουλίου της 25.6.2002 (Β' 384) στο άρθρο 3 αναφέρεται ότι «*Υπόχρεος για την εκπόνηση των στρατηγικών χαρτών θορύβου των πολεοδομικών συγκροτημάτων άνω των 250.000 κατοίκων είναι το Υπουργείο .... Υπόχρεος για την εκπόνηση των στρατηγικών χαρτών θορύβου των κύριων οδικών αξόνων, των κύριων σιδηροδρομικών αξόνων και των μεγάλων αεροδρομίων που εμπίπτουν στις διατάξεις της παρούσας είναι ο φορέας λειτουργίας του αντίστοιχου έργου, που υποβάλλει στην αρμόδια αρχή τον στρατηγικό χάρτη θορύβου τουλάχιστον 6 μήνες πριν από τις προθεσμίες γνωστοποίησης των στρατηγικών χαρτών θορύβου προς την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, προκειμένου να ολοκληρωθούν εγκαίρως οι προβλεπόμενες διαδικασίες έγκρισης αυτών*». Συνεπώς, κάθε οικονομικός φορέας που έχει εκτελέσει συμβάσεις, πέραν αυτών του ..., σε φορείς του δημόσιου ή και του ιδιωτικού τομέα και οπουδήποτε στην Ελλάδα ή το εξωτερικό μπορεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, πολλώ δε μάλλον που η εξεταζόμενη διαδικασία ανάθεσης αφορά σε διενέργεια διεθνούς διαγωνισμού. Επιπλέον, σε κάθε περίπτωση, η κάλυψη του όρου της παρ. 2.2.6 της διακήρυξης μπορεί να γίνει με στήριξη στην ικανότητα τρίτων σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παρ. 2.2.8 της διακήρυξης ή με συμμετοχή σε ένωση προσώπων. Τούτων δοθέντων, κρίνεται ότι ο συγκεκριμένος προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης δεν παραβιάζει τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας και κατ' ακολουθία απορριπτέος κρίνεται ο σχετικός λόγος προσφυγής και αντίθετα δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

18. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου προσφυγής, σχετικά με την απαίτηση της διακήρυξης ο συμμετέχων στο διαγωνισμό να έχει εκτελέσει τουλάχιστον δύο (2) διακριτές συμβάσεις Στρατηγικής Χαρτογράφησης Περιβαλλοντικού Θορύβου (ΣΧΘ & ΣΔ) σύμφωνα με τη νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, σε αστικοποιημένες ζώνες ή/και αεροδρόμια ή/και οδικούς άξονες, λεκτέα είναι τα εξής: Η Οδηγία 2015/996/ΕΕ τροποποίησε την

προϋφιστάμενη Οδηγία 2002/49 και τέθηκε σε εφαρμογή στη χώρα μας από τις 31-12-2018. Ωστόσο, στην Ελλάδα έχουν προκηρυχθεί ανατεθεί και εκπονηθεί από δημόσιους φορείς και φορείς λειτουργίας συγκοινωνιακών έργων σε επίπεδο οδικών αξόνων και αεροδρομίων τουλάχιστον 7 διακριτά προγράμματα Στρατηγικής Χαρτογράφησης σύμφωνα με τη νέα Οδηγία [ενδεικτικά αναφερόμενα: ..., ..., ..., ... (14 αεροδρόμια της ...), ..., ..., ...]. Συνεπώς, η απαίτηση του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης για εμπειρία σε δύο (2) τουλάχιστον χαρτογραφήσεις, σύμφωνα με τη Νέα Οδηγία 2015/996/ΕΕ, είναι αναγκαία, δεδομένου ότι στο φυσικό αντικείμενο του αναδόχου Συντονιστή περιλαμβάνεται η διασφάλιση της ομοιόμορφης εφαρμογής της μεθοδολογίας CNOSSOS-EU, στο πλαίσιο της νέας Οδηγίας 2015/996/ΕΕ. Εξάλλου, η υπό κρίση διακήρυξη αφορά σε διενέργεια διεθνούς διαγωνισμού, οπότε και απευθύνεται στην ενωσιακή αγορά και όχι μόνον στην εθνική. Δοθέντος δε ότι ήδη έχουν εκτελεστεί μόνον στη χώρα μας τουλάχιστον 7 διακριτά προγράμματα Στρατηγικής Χαρτογράφησης σύμφωνα με τη νέα Οδηγία, διασφαλίζεται τόσο η δυνατότητα δάνειας εμπειρίας όσο και συμμετοχής σε ένωση. Τέλος, κατά το μέρος που με το κατατεθέν Υπόμνημα η προσφεύγουσα επικαλείται και δι' αυτού προσκομίζει υπεύθυνες δηλώσεις των ... ως ιδιοκτήτη του Γραφείου Μελετών «...», της εταιρείας «...» δια του νομίμου εκπροσώπου αυτής ..., της εταιρείας «...», η οποία υπογράφεται από τη διευθύνουσα σύμβουλο αυτής ... και του μελετητή ..., ότι ο προσβαλλόμενος αυτός όρος της διακήρυξης εμποδίζει τη συμμετοχή στο διαγωνισμό έτερων, πλην της ίδιας της προσφεύγουσας, οικονομικών φορέων, οι σχετικοί ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι ως προβαλλόμενοι εκ συμφέροντος τρίτου. Τούτων δοθέντων, κρίνεται ότι ο συγκεκριμένος προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης δεν παραβιάζει τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας και κατ' ακολουθία κρίνεται απορριπτέος ο σχετικός λόγος προσφυγής και αντίθετα δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

19. Επειδή, έτι περαιτέρω, ούτε ο συνδυασμός αμφοτέρων των ως άνω απαιτήσεων τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας κρίνεται ότι περιορίζει δυσανάλογα τον ανταγωνισμό για τους αυτούς ακριβώς λόγους που εκτέθηκαν στις ανωτέρω σκέψεις 17 και 18 της παρούσας.

20. Επειδή, όσον αφορά στον τρίτο προβαλλόμενο λόγο προσφυγής, σχετικά με την απαιτούμενη ελάχιστη εμπειρία του Διευθυντή

Έργου, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Κατά τον όρο 2.2.6.Β. της διακήρυξης ο επικεφαλής ομάδας-διευθυντής έργου (Project Manager) θα πρέπει, εκτός των άλλων, «*ως ελάχιστη εμπειρία, να έχει την ευθύνη διαχείρισης υλοποίησης 3 (τριών) έργων χαρτογράφησης με την Οδηγία 2002/49/ΕΕ και 2 (δύο) έργων με την Οδηγία 996/2015/ΕΕ και την μεθοδολογία CNOSSOS-EU*». Καταρχάς εκ των προβληθέντων δια της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής προσβλητέα τυγχάνει η απαίτηση της διακήρυξης ο Project Manager ως ελάχιστη εμπειρία να έχει την ευθύνη διαχείρισης 2 (δύο) έργων με την Οδηγία 996/2015/ΕΕ και την μεθοδολογία CNOSSOS-EU. Εν προκειμένω, παντελώς αόριστα και χωρίς τεκμηρίωση η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η σχετική απαίτηση είναι φωτογραφική διότι ένα συγκεκριμένο μελετητικό γραφείο και δη η παρεμβαίνουσα «*με επιστημονικό υπεύθυνο και εν τοις πράγμασι επικεφαλής τον ... εκπληρώνει τον όρο για δύο (2) έργα χαρτογραφήσεων με την νέα οδηγία και συνεπώς, σύμφωνα με τον ανωτέρω τιθέμενο όρο της Διακήρυξης ως απαραίτητη προϋπόθεση για την συμμετοχή οικονομικών φορέων/μελετητικών γραφείων στον Διαγωνισμό, μόνον αυτό το γραφείο δύναται να συμμετάσχει στην υπό κρίση Διαγωνισμό*». Άλλωστε, δεδομένου ότι η συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης απευθύνεται και στην ενωσιακή αγορά στερείται βασιμότητας ο σχετικός ισχυρισμός. Τούτων δοθέντων, απορριπτέος κρίνεται ο σχετικός λόγος προσφυγής και αντίθετα δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

21. Επειδή, όσον αφορά στον τέταρτο προβαλλόμενο λόγο προσφυγής, σχετικά με την ανάγκη ανεξαρτησίας Συντονιστή-Συμβούλου, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή του αντικειμένου του Συντονιστή - Συμβούλου, αυτός θα πρέπει: «*Να υποστηρίξει το Τμήμα Θορύβου, Δονήσεων και Ακτινοβολιών της Διεύθυνσης Κλιματικής Αλλαγής και Ποιότητας της Ατμόσφαιρας του Υπουργείου ..., προκειμένου να διασφαλιστεί η παροχή των ψηφιακών δεδομένων των προηγούμενων μελετών εκπόνησης Σ.Χ.Θ & Σ.Δ που υποβλήθηκαν. Παράλληλα, να υποστηρίξει το αναφερόμενο Τμήμα σε γενικότερα θέματα χαρτογράφησης, παρακολούθησης και σχεδίων δράσης περιβαλλοντικού θορύβου*». Κατά την προσφεύγουσα, ο Συντονιστής - Σύμβουλος θα πρέπει να μην διατηρεί καμία σχέση με τα μελετητικά αυτά γραφεία, αφού η σχέση του αυτή μπορεί να νοθεύσει τον καλώς εννοούμενο ανταγωνισμό και να οδηγήσει σε ζημία των

μελετητικών γραφείων που δεν συνδέονται μαζί του, σε έργα στα οποία είναι ανάδοχοι. Πόσο δεν μάλλον στην περίπτωση που ο Σύμβουλος στα πλαίσιο άλλων έργων, δημόσιων και ιδιωτικών, θα υποβάλλει προς έγκριση μελέτες του στην υπηρεσία. Καταρχάς με τον εξεταζόμενο αυτό λόγο η προσφεύγουσα δεν επικαλείται και δεν τεκμηριώνει, με την ιδιότητα της επιθυμούσας να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό, τη βλάβη που υφίσταται η ίδια, στερούμενη κατ' ακολουθία σχετικού εννόμου συμφέροντος για την προβολή του υπό κρίση λόγου. Παρά ταύτα και επί της ουσίας στην προσβαλλόμενη διακήρυξη στον όρο 2.2.6.Β. της διακήρυξης, μεταξύ άλλων, προβλέπονται και τα εξής: «*Σημαντικοί όροι σχετικά με την Ομάδα Έργου:…… 5. Το αναφερόμενο ελάχιστο στελεχιακό δυναμικό της παρούσας παραγράφου, πρέπει να είναι διαφορετικό για κάθε σχήμα και οικονομικό φορέα που υποβάλλει προσφορά. Δεν επιτρέπεται το ονομαστικά αναφερόμενο ελάχιστο στελεχιακό δυναμικό της παρούσας παραγράφου για ένα διαγωνιζόμενο σχήμα να συμμετέχει ως ονομαστικά αναφερόμενο ελάχιστο στελεχιακό δυναμικό και σε άλλο διαγωνιζόμενο σχήμα τόσο στον παρόντα διαγωνισμό όσο και στον διαγωνισμό των υπολοίπων υποέργων της Πράξης "Εκπόνηση Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) και Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) σε Πολεοδομικά Συγκροτήματα της Χώρας, σε εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει" (Τμήματα 1 έως 6 της παρ. 1.3 της παρούσας διακήρυξης), που αφορούν στην εκπόνηση των ΣΧΘ και ΣΔ. Σημειώνεται ότι για τον προσφέροντα που θα του ανατεθεί η παρούσα σύμβαση θα υπάρξει αυτόματος αποκλεισμός της αξιολόγησης τυχόν προσφοράς του στο πλαίσιο των διαγωνισμών των υπολοίπων υποέργων της Πράξης "Εκπόνηση Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) και Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) σε Πολεοδομικά Συγκροτήματα της Χώρας, σε εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει" (Τμήματα 1 έως 6 της παρ. 1.3 της παρούσας διακήρυξης), που αφορούν στην εκπόνηση των ΣΧΘ και ΣΔ.*». Με τις ανωτέρω απαιτήσεις της διακήρυξης διασφαλίζεται με σαφή τρόπο η ανεξαρτησία του Συντονιστή έναντι των μελλοντικών αναδόχων των υπολοίπων υποέργων της Πράξης "Εκπόνηση Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) και Σχεδίων Δράσης (ΣΔ) σε Πολεοδομικά Συγκροτήματα της Χώρας, σε εφαρμογή της Οδηγίας 2002/49/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει". Σε κάθε δε περίπτωση η ενδεχόμενη σύγκρουση συμφερόντων ή η προηγούμενη

εμπλοκή υποψηφίου, ως αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού, θα κριθούν και αξιολογηθούν κατά την ανάθεση των άλλων συμβάσεων. Εξάλλου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο Συντονιστής που θα επιλεγεί δεν θα έχει ως έργο μόνο τον εν λόγω διαγωνισμό, αλλά και κάθε άλλο έργο που προκηρύσσεται από την αναθέτουσα αρχή είναι αβάσιμος, δεδομένου ότι πουθενά στη Διακήρυξη δεν προβλέπεται τέτοια δυνατότητα ή αρμοδιότητα. Αλλά ακόμη και εάν συμβεί, τότε η ενδεχόμενη σύγκρουση συμφερόντων ή η προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίου, ως αυτοτελείς λόγοι αποκλεισμού, θα κριθούν και αξιολογηθούν κατά την ανάθεση εκείνων συμβάσεων. Τέλος, ούτε προκύπτει από τη διακήρυξη ότι ο ανάδοχος Συντονιστής θα έχει την παραμικρή σχέση, πέραν του συντονισμού και μόνο της εκπόνησης των Στρατηγικών Χαρτών Θορύβου (ΣΧΘ) στα πολεοδομικά συγκροτήματα ..., ..., ..., ..., ..., ... και ... και της ανάπτυξης αντίστοιχων Σχεδίων Δράσης (ΣΔ), στην «*κρίση περί καταλληλότητας ή μη των παραδοτέων υπηρεσιών φυσικών ή νομικών προσώπων στην αρμόδια υπηρεσία για έργα και συμβάσεις τα οποία ουδεμία σχέση έχουν με την Διακήρυξη του Διαγωνισμού*». Τούτων δοθέντων, απορριπτέος κρίνεται ο σχετικός λόγος προσφυγής και αντίθετα δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

22. Επειδή, όσον αφορά στον πέμπτο λόγο προσφυγής, περί έλλειψης από τη διακήρυξη ελεγκτικού μηχανισμού, ο οποίος θα δύναται να λειτουργεί εποπτικά ως προς τον Συντονιστή και να επέμβει σε περίπτωση που παρατηρηθεί φαινόμενο αναίτιου αποκλεισμού υποψήφιου αναδόχου ή μεροληψία υπέρ ενός υποψήφιου αναδόχου, κρίνονται τα ακόλουθα: Όπως και στην ανωτέρω σκέψη κρίθηκε, με τον εξεταζόμενο αυτό λόγο η προσφεύγουσα δεν επικαλείται και δεν τεκμηριώνει, με την ιδιότητα της επιθυμούσας να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό, τη βλάβη που υφίσταται η ίδια, στερούμενη κατ' ακολουθία σχετικού εννόμου συμφέροντος για την προβολή του υπό κρίση λόγου. Παρά ταύτα και επί της ουσίας, όσον αφορά τον έλεγχο του Συντονιστή αυτός διενεργείται από την Επιτροπή Παρακολούθησης-Παραλαβής του έργου του, όσον αφορά δε στην περίπτωση που παρατηρηθεί φαινόμενο αναίτιου αποκλεισμού υποψήφιου αναδόχου ή μεροληψία υπέρ ενός υποψήφιου αναδόχου από τον Συντονιστή τότε αρμοδιότητα ελέγχου υφίσταται είτε από την Επιτροπή Διενέργειας εκείνου του διαγωνισμού, είτε από το αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας

αρχής που θα διενεργήσει εκείνο το διαγωνισμό είτε από την ΑΕΠΠ είτε από τα αρμόδια δικαστήρια. Τούτων δοθέντων, απορριπτέος κρίνεται ο σχετικός λόγος προσφυγής και αντίθετα δεκτός ο σχετικός λόγος παρέμβασης.

23. Επειδή, κατόπιν όσων αναλύθηκαν ανωτέρω, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή κρίνεται απορριπτέα και δεκτή ως βάσιμη η ασκηθείσα παρέμβαση.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 1.021,57€, πρέπει να καταπέσει.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του με κωδικό ... ηλεκτρονικού παρα..., ποσού 1.021,57€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στην 1-2-2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 22-2-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ	**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ	**ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ**

Αριθμός απόφασης: 456 / 2021

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^{Ο} ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 15 Φεβρουαρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη, δυνάμει της με αριθμό 64/2021 Πράξης Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 62/08-01-2021 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «…», που εδρεύει στο …, επί της οδού …, αρ…., νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του … της … του Υπουργείου, που εδρεύει στην …, επί της …, αρ…., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου ... (ΑΔΑ: ...) απόφαση του ... του καθ' ου Υπουργείου με θέμα: «Αποδοχή του υπ' αριθμ. πρωτ. 1/14-09-2020 Πρακτικού και έγκριση του αποτελέσματος του διαγωνισμού (ανακήρυξη προσωρινού μειοδότη) για το έργο: «Εργασίες επισκευής και αναβάθμισης του Παλαιού Μουσείου ..., των Δυτικών Αποθηκών και του εργαστηρίου Συντήρησης».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και αποφάσισε τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 9.035,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η συνολική

προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης, σχετικά με την οποία ασκείται η προσφυγή, ανέρχεται στο 1.806.951,61€, χωρίς ΦΠΑ.

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή ανατέθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 08-01-2021 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, το καθ' ου Υπουργείο (στο εξής καλούμενο «Υπουργείο» ή «αναθέτουσα αρχή»), με την υπό στοιχεία ... διακήρυξή του προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της για την ανάθεση της σύμβασης εκτέλεσης του έργου με τίτλο: «ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΕΠΙΣΚΕΥΗΣ ΚΑΙ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗΣ ΤΟΥ ΠΑΛΑΙΟΥ ΜΟΥΣΕΙΟΥ ..., ΤΩΝ ΔΥΤΙΚΩΝ ΑΠΟΘΗΚΩΝ ΚΑΙ ΤΟΥ ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΟΥ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ», προϋπολογισμού δημοπράτησης 1.806.951,61€, πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής (χαμηλότερη τιμή) (στο εξής «διαγωνισμός»). Σύμφωνα με το άρθρο 11.3 της διακήρυξης με τίτλο «Περιγραφή και ουσιώδη χαρακτηριστικά του έργου» το έργο αφορά στην επισκευή και αναβάθμιση του κτιρίου του Παλαιού Μουσείου .... Υλοποιούνται οικοδομικές εργασίες επισκευής του κελύφους του κτιρίου και των εσωτερικών χώρων, εργασίες ενίσχυσης στοιχείων φέροντος οργανισμού και εργασίες Η/Μ εγκαταστάσεων. Αναλυτικότερα περιλαμβάνονται εργασίες καθαιρέσεων νέα επιχρίσματα και αρμολογήματα, εργασίες υγρομόνωσης και θερμομόνωσης, αντικατάσταση κουφωμάτων τοποθέτηση ψευδοροφών, δαπέδων, δημιουργείται νέα διαμόρφωση χώρων γραφείων με πετάσματα, γίνεται εκσυγχρονισμός αποθηκών και εργαστηρίων και προβλέπεται εγκατάσταση κλιματισμού και εγκατάσταση ισχυρών και ασθενών ρευμάτων. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) ..., ο δε διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ υπό το συστημικό αριθμό .... Στον διαγωνισμό υποβλήθηκαν προσφορές από επτά (7) οικονομικούς φορείς και συγκεκριμένα τους φορείς: ..., ... (ήδη προσφεύγουσα), ..., ..., ..., ... και ..., μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των οποίων κατετάγησαν κατετάγησαν κατά σειρά μειοδοσίας ως εξής: 1η η ..., με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 48,72%, 2η η .... με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 41,74%, 3η η προσφεύγουσα, με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης

34,95%, 4η η ... με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 30,74%, 5η η ... με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 26,66%, 6η η ... με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 22,41% και 7η η ... με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 1,00%. Μετά τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η επιτροπή του διαγωνισμού με το 1ο από 14-09-2020 πρακτικό της έκρινε απορριπτέα την προσφορά της ... ... διότι δεν προσκόμισε εγγυητική επιστολή συμμετοχής στο διαγωνισμό και δεν υπέβαλε ΤΕΥΔ και αποδεκτές τις προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, εισηγήθηκε δε περαιτέρω την ανάθεση της σύμβασης κατασκευής του έργου στην εταιρεία ... με διακριτικό τίτλο "..." με συνολική δαπάνη του έργου με Γ.Ε.& Ο.Ε. 796.812,68 €, που αντιστοιχεί σε μέση έκπτωση (Εμ) σαράντα οκτώ και εβδομήντα δύο τοις εκατό (48,72%) επί του Προϋπολογισμού Μελέτης με Σύνολο Δαπάνης Έργου κατά την προσφορά 927.498,52€. Η αναθέτουσα αρχή όμως ανέβαλε την έγκριση του ως άνω πρακτικού και με το με αριθμό πρωτοκόλλου ... έγγραφο του Προϊσταμένου της ... κάλεσε τις εταιρείες ... (στο εξής ...) και .... (στο εξής ...) να αιτιολογήσουν την προσφορά τους, σύμφωνα με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, εντός αποκλειστικής προθεσμίας οκτώ (8) ημερών από της κοινοποίησης του (ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ) ήτοι μέχρι και 16/10/2020. Μετά την υποβολή των σχετικών εγγράφων από τις εταιρείες ...και ... η Δ... με το υπ΄ αριθμ. ... έγγραφο κάλεσε την Επιτροπή Διαγωνισμού του έργου σε συνεδρίαση σχετικά με την αξιολόγηση της αιτιολόγησης των προσφορών των εταιρειών αυτών, η επιτροπή όμως με την από 17-12-2020 επιστολή της εξέφρασε την άποψη ότι δεν αποτελεί μέρος των αρμοδιοτήτων της η αξιολόγηση ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Ακολούθως, με την υπ΄ αριθμ. ... Απόφαση της αναθέτουσας αρχής συστάθηκε Επιτροπή αξιολόγησης της αιτιολόγησης των υποβληθεισών προσφορών, η οποία και για τις δύο ως άνω εταιρείες «εξετάζοντας την τεκμηρίωση της … αιτιολόγησης και αφού έλαβε υπόψη το σύνολο των στοιχείων που εμπεριέχει», με το από 30/10/2020 Πρακτικό της – Αιτιολογική Έκθεση γνωμοδότησε ότι αιτιολογούν ικανοποιητικά το χαμηλό επίπεδο του κόστους που προτείνεται και την άρτια ολοκλήρωση του φυσικού αντικειμένου του έργο του θέματος στο πλαίσιο της οικονομικής προσφοράς τους. Κατόπιν όλων αυτών, με τη με αριθμό πρωτοκόλλου ... (ΑΔΑ: ...) απόφασή του (στο εξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») ο ... του καθ' ου Υπουργείου ενέκρινε το υπ' αριθμ. πρωτ. 1/14-09-2020

Πρακτικό περί αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών της επιτροπής του διαγωνισμού για την ανάθεση εκτέλεσης του επίμαχου έργου, ενέκρινε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού και ανακήρυξε ως προσωρινό μειοδότη την εταιρεία «...» με διακριτικό τίτλο «...», με ποσοστό μέσης έκπτωσης 48,72 %, ήτοι σύνολο δαπάνης έργου κατά την προσφορά, ποσό εννιακόσια είκοσι επτά χιλιάδες τετρακόσια ενενήντα οκτώ ευρώ και πενήντα δύο λεπτά (927.498,52 €) χωρίς ΦΠΑ και συνολικό ποσό με ΦΠΑ (24%) ένα εκατομμύριο εκατόν πενήντα χιλιάδες ενενήντα οκτώ ευρώ και δεκαέξι λεπτά (1.150.098,16 €). Κατά της απόφασης αυτής της αναθέτουσας αρχής στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και με τους ειδικούς ισχυρισμούς που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης χωρίς ΦΠΑ αξίας της σύμβασης (1.806.951,61€), του αντικειμένου της (έργου) και της νομικής φύσης του ... που τον διενεργεί, ως αναθέτουσας αρχής που ανήκει στην Κεντρική Κυβέρνηση, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ κατά το έτος 2020), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α΄ του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 29-12-2020 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 08-01-2021, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης κατά τις ανωτέρω διατάξεις δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή της.

6. Επειδή, υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης δεν ασκήθηκε παρέμβαση.

7. Επειδή, περαιτέρω, στις 15-01-2021, παραδεκτώς η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε στην ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το με αρ. πρωτ. 17787/15-01-2021 έγγραφο του Προϊσταμένου της ..., με το οποίο κοινοποιεί τις απόψεις της επί της προσφυγής.

8. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα δεν ανήρτησε υπόμνημα, κατά τις διατάξεις του τελευταίου εδ. της πρώτης παραγράφου του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, προς αντίκρουση των απόψεων του καθ' ου Υπουργείου.

9. Επειδή, όπως αναφέρεται στην 3η σκέψη της παρούσας, η προσφεύγουσα συμμετείχε στον διαγωνισμό και υπέβαλε εμπρόθεσμη και νομότυπη προσφορά, η οποία, μετά την αξιολόγηση των προσφορών των διαγωνιζομένων κατετάγη τρίτη κατά σειρά μειοδοσίας μετά την προσφορά των εταιρειών ... και ... Κατά συνέπεια, διατηρεί ακόμη την προσδοκία να της ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση, αν ήθελε κριθεί ότι, κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή της, οι προσφορές των ως άνω εταιρειών μη νομίμως έγιναν δεκτές. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, με την κρινόμενη προσφυγή βάλλει η προσφεύγουσα κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία εγκρίνεται το πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού περί ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων και ανακηρύσσεται ως προσωρινός μειοδότης της σύμβασης η εταιρεία ...

10. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι μη νόμιμη, διότι κατά παράβαση ουσιώδους τύπου δεν γνωμοδότησε η επιτροπή του διαγωνισμού αν οι προσφορές των εταιρειών ... και .... είναι υπερβολικά χαμηλές ή όχι ούτε προ της λήψεώς της εισηγήθηκε ότι ως νόμιμες και μη ασυνήθιστα χαμηλές πρέπει να γίνουν δεκτές.

11. Επειδή, σε σχέση με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφοράς στο άρθρο 88 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφος 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18 {……} 6. Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, μπορεί να εκδίδονται εγκύκλιοι του Υπουργού ... για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής ανά κατηγορία έργου και μελέτης και ανά εκτιμώμενη αξία σύμβασης και για την εκτίμηση των παρεχόμενων κατά τα ανωτέρω εξηγήσεων. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλίνει από τα οριζόμενα στις ανωτέρω εγκυκλίους, έπειτα από σύμφωνη γνώμη του αρμόδιου τεχνικού συμβουλίου».

12. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 221 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων», ορίζονται τα εξής: «1. Στο πλαίσιο των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, τα όργανα που γνωμοδοτούν προς τα αποφαινόμενα όργανα («γνωμοδοτικά όργανα») έχουν ιδίως τις ακόλουθες αρμοδιότητες: α) αξιολογούν τις προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής των προσφερόντων ή υποψηφίων, β) ελέγχουν την καταλληλότητα των προσφερόντων ή υποψηφίων για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, γ) ελέγχουν και αξιολογούν τις προσφορές, δ) στο πλαίσιο ανταγωνιστική διαδικασίας με διαπραγμάτευση, ανταγωνιστικού διαλόγου ή σύμπραξης καινοτομίας, διαπραγματεύονται με τους προσφέροντες ή υποψηφίους, ε) εισηγούνται τον αποκλεισμό των προσφερόντων ή υποψηφίων από τη διαδικασία, την απόρριψη των προσφορών, την κατακύρωση των αποτελεσμάτων, την αποδέσμευση των εγγυήσεων, τη ματαίωση της διαδικασίας, στ) γνωμοδοτούν για κάθε άλλο θέμα που ανακύπτει κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ζ) στο στάδιο της εκτέλεσης γνωμοδοτούν για κάθε θέμα που ανακύπτει από τη σύμβαση και ιδίως επί της παράτασης του συμβατικού χρόνου, κάθε άλλης τροποποίησης της σύμβασης και της έκπτωσης του αναδόχου και η) γνωμοδοτούν για τις προβλεπόμενες στον παρόντα νόμο ενστάσεις και προσφυγές που υποβάλλονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ή της Προϊσταμένης Αρχής κατά το στάδιο της ανάθεσης και εκτέλεσης. 2. Κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους τα όργανα αυτά εκδίδουν γνώμη (συμπεριλαμβανομένης της βαθμολόγησης) μετά από ψηφοφορία επί των επικρατέστερων προτάσεων (π.χ. βαθμολόγησης). Η γνώμη (π.χ επί της βαθμολόγησης) του οργάνου είναι η πρόταση που συγκεντρώνει την πλειοψηφία των παρόντων. Δεν επιτρέπεται η γνώμη των οργάνων αυτών να προκύπτει από το μέσο όρο των προτάσεων.»

13. Επειδή, εξάλλου, η διακήρυξη, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του υπόψη διαγωνισμού και δεσμεύει, συνεπώς, τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και όλους όσοι συμμετέχουν σε αυτόν ανεπιφύλακτα (ΣτΕ ΕΑ 632/2010, ΣτΕ 4231/2000 7μ), ορίζει τα εξής: Στο άρθρο 4 με τίτλο «Διαδικασία ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών/ Κατακύρωση/Σύναψη σύμβασης/ Προδικαστικές προσφυγές/Προσωρινή δικαστική προστασία», ότι: 4.1 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/Έγκριση

πρακτικού α) Μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, όπως ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας, και πριν την ηλεκτρονική αποσφράγιση, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί στους προσφέροντες τον σχετικό κατάλογο συμμετεχόντων, όπως αυτός παράγεται από το υποσύστημα. β) Στη συνέχεια, τα μέλη της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 18 της παρούσας, προβαίνουν σε ηλεκτρονική αποσφράγιση του υποφακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και του υποφακέλου "Οικονομική Προσφορά". γ) Στον ηλεκτρονικό χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού», αναρτάται από την Επιτροπή Διαγωνισμού ο σχετικός κατάλογος μειοδοσίας, προκειμένου να λάβουν γνώση οι προσφέροντες. δ) Ακολούθως, η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης, βάσει της παραγωγής σχετικού ψηφιακού αρχείου, μέσα από το υποσύστημα. Για την εφαρμογή του ελέγχου ομαλότητας, χρησιμοποιείται από την Επιτροπή Διαγωνισμού η μέση έκπτωση προσφοράς (Εμ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 95 και 98 του ν. 4412/2016. ε) Όλες οι οικονομικές προσφορές, μετά τις τυχόν αναγκαίες διορθώσεις, καταχωρίζονται, κατά τη σειρά μειοδοσίας, στο πρακτικό της επιτροπής, το οποίο και υπογράφεται από τα μέλη της. στ) Στη συνέχεια, η Επιτροπή Διαγωνισμού, την ίδια ημέρα, ελέγχει τα δικαιολογητικά συμμετοχής του άρθρου 24.2 της παρούσας κατά τη σειρά της μειοδοσίας, αρχίζοντας από τον πρώτο μειοδότη. Αν η ολοκλήρωση του ελέγχου αυτού δεν είναι δυνατή την ίδια μέρα, λόγω του μεγάλου αριθμού των προσφορών ελέγχονται τουλάχιστον οι δέκα (10) πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας. Στην περίπτωση αυτή η διαδικασία συνεχίζεται τις επόμενες εργάσιμες ημέρες. ζ) Η Επιτροπή Διαγωνισμού, πριν την ολοκλήρωση της σύνταξης του πρακτικού της, επικοινωνεί με τους εκδότες που αναγράφονται στις υποβληθείσες εγγυητικές επιστολές, προκειμένου να διαπιστώσει την εγκυρότητά τους. Αν διαπιστωθεί πλαστότητα εγγυητικής επιστολής, ο υποψήφιος αποκλείεται από τον διαγωνισμό, υποβάλλεται μηνυτήρια αναφορά στον αρμόδιο εισαγγελέα και κινείται διαδικασία πειθαρχικής δίωξης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 82 και επόμενα του ν. 3669/2008. η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε παράρτημά του, που υπογράφεται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού

πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), και υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως "εσωτερικό", μέσω της λειτουργίας "επικοινωνία" του υποσυστήματος, προς έγκριση . θ) Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή κοινοποιεί την απόφαση έγκρισης του πρακτικού σε όλους τους προσφέροντες και παρέχει πρόσβαση στα υποβληθέντα στοιχεία των λοιπών συμμετεχόντων. Κατά της απόφασης αυτής χωρεί ένσταση, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 4.3 της παρούσης. …».

14. Επειδή, από τη γραμματική και συστηματική ερμηνεία των προπαρατεθεισών διατάξεων του νόμου και των όρων της διακήρυξης συνάγεται ότι την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων διενεργεί η ορισθείσα επιτροπή του διαγωνισμού, η οποία αξιολογεί μεταξύ άλλων και τις οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό και εισηγείται την αποδοχή ή την απόρριψή τους. Η δε αναθέτουσα αρχή εγκρίνει ή απορρίπτει αιτιολογημένα την ως άνω εισήγηση της επιτροπής. Αν κατά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών η επιτροπή του διαγωνισμού κρίνει ότι κάποιες προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές ζητεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, κατόπιν δε αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα και αν μεν τα παρεχόμενα στοιχεία εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, εισηγείται την αποδοχή των προσφορών, αν όμως από τα στοιχεία αυτά κρίνει το αντίθετο, εισηγείται την απόρριψή τους. Τη δυνατότητα αυτή, όμως, έχει και η ίδια η αναθέτουσα αρχή. Τούτο δε προκύπτει από τη γραμματική διατύπωση των άρθρου 88 του ν. 4412/2016 («1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές …, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, …. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. … Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν … Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν …»). Αν δηλαδή, η επιτροπή του διαγωνισμού μετά την αξιολόγηση των προσφορών δεν κρίνει ότι κάποιες από αυτές ή και όλες φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, μπορεί η αναθέτουσα αρχή να θεωρήσει ότι φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές και να μην

εγκρίνει το πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού με το οποίο η επιτροπή εισηγείται την αποδοχή, αν προηγουμένως οι προσφέροντες δεν αιτιολογήσουν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται. Και ναι μεν, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 221 του ν. 4412/2016, οι επιτροπές του διαγωνισμού γνωμοδοτούν για κάθε ζήτημα της διαγωνιστικής διαδικασίας προς τα αποφαινόμενα όργανα (βλ. ΕΑ ΣτΕ 184/2020), δεν έπεται όμως ότι αν έχουν ήδη γνωμοδοτήσει σχετικά με την αποδοχή ή την απόρριψη των προσφορών των διαγωνιζομένων και δεν έχουν θεωρήσει ότι αυτές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές ούτε έχουν ζητήσει την παροχή εξηγήσεων για το ύψος τους, στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή θεωρήσει ότι κάποιες από αυτές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, απαιτείται επί ποινή απαραδέκτου της απόφασης της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την αποδοχή τους ή μη, οι επιτροπές του διαγωνισμού να γνωμοδοτήσουν εκ νέου ως προς το ύψος τους και αν φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλό ή όχι ούτε ως προς τις εξηγήσεις τους σε σχέση με αυτό. Αντιθέτως, από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τους όρους του άρθρου 4 της διακήρυξης συνάγεται ότι νομίμως η αναθέτουσα αρχή μπορεί, αντίθετα από την εισήγηση της επιτροπής του διαγωνισμού, πριν εγκρίνει ή απορρίψει το πρακτικό της περί την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, να ζητήσει η ίδια εξηγήσεις σε σχέση με το χαμηλό ύψος ορισμένων από αυτές ή και όλων και αναλόγως να εγκρίνει ή να απορρίψει το πρακτικό της επιτροπής, αφού προηγουμένως λάβει και αξιολογήσει τις αιτιολογήσεις των προσφερόντων ως προς το επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνουν. Έχει κριθεί μάλιστα ότι το αποφασίζον όργανο, κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων του, δεν κωλύεται να λάβει οικειοθελώς υπόψιν γνωμοδότηση των υπηρεσιών του (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 9/2019) ή τρίτων, επιτροπών που συστήνονται επί τούτου ή και εξωτερικών συμβούλων ακόμη, προς διαφώτισή του και προς υποβοήθησή του για την αντιμετώπιση νομικών και τεχνικών θεμάτων που ανακύπτουν κατά τη διαδικασία διεξαγωγής του, αρκεί αυτοί οι τρίτοι να μην ενεργούν καθ' υποκατάσταση της επιτροπής του διαγωνισμού κατά την αξιολόγηση των προσφορών των διαγωνιζομένων ως όργανο και για λογαριασμό της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕΕ 12.3.2015, C-538/13, eVigilo Ltd, EU:C:2015:166), περίπτωση που δεν συντρέχει όταν η επιτροπή τις έχει ήδη αξιολογήσει και εισηγηθεί επ' αυτών.

15. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης και εκτίθεται ήδη στην 3η σκέψη της παρούσας, μετά την αποσφράγιση και την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η επιτροπή του διαγωνισμού με το 1ο από 14-09-2020 πρακτικό της, αφού έκρινε απορριπτέα την προσφορά της ... διότι δεν προσκόμισε εγγυητική επιστολή συμμετοχής στο διαγωνισμό και δεν υπέβαλε ΤΕΥΔ, έκρινε αποδεκτές τις προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, εισηγήθηκε δε περαιτέρω την ανάθεση της σύμβασης κατασκευής του έργου στην εταιρεία ... με διακριτικό τίτλο "..." με συνολική δαπάνη του έργου με Γ.Ε.& Ο.Ε. 796.812,68 €, που αντιστοιχεί σε μέση έκπτωση (Εμ) σαράντα οκτώ και εβδομήντα δύο τοις εκατό (48,72%) επί του Προϋπολογισμού Μελέτης με Σύνολο Δαπάνης Έργου κατά την προσφορά 927.498,52€. Με άλλα λόγια δεν θεώρησε ότι φαίνεται ως ασυνήθιστα χαμηλή ούτε η προσφορά της εταιρείας ... ούτε αυτή της εταιρείας .... Αντιθέτως, εισηγήθηκε την αποδοχή τους χωρίς περαιτέρω εξηγήσεις ως προς το ύψος αυτών. Αφού, όμως, η αναθέτουσα αρχή, αντίθετα από την εισήγηση της επιτροπής του διαγωνισμού, θεώρησε ότι οι προσφορές των δύο αυτών εταιρειών φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, νομίμως ανέβαλε την έγκριση του ως άνω πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού και νομίμως με το με αριθμό πρωτοκόλλου ... έγγραφο του Προϊσταμένου της ... κάλεσε τις εταιρείες αυτές αιτιολογήσουν την προσφορά τους, σύμφωνα με το άρθρο 88 του ν. 4412/2016. Ενόψει δε των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, αφού η επιτροπή του διαγωνισμού είχε ήδη αξιολογήσει τις ως άνω προσφορές και δεν τις είχε κρίνει ασυνήθιστα χαμηλές, νομίμως η αναθέτουσα αρχή ενέκρινε το ως άνω 1ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, λαμβάνοντας υπόψη τη γνώμη της επί τούτου συσταθείσας επιτροπής αξιολόγησης της αιτιολόγησης των υποβληθεισών προσφορών, χωρίς η επιτροπή του διαγωνισμού να γνωμοδοτήσει εκ νέου είτε ως προς το αν οι προσφορές των εν λόγω εταιρειών είναι πράγματι ασυνήθιστα χαμηλές είτε ως προς τις εξηγήσεις που έδωσαν σε σχέση με το ύψος αυτών. Και τούτο, διότι από τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 88 και 221 του ν. 4412/2016 και 4 της διακήρυξης, δεν προκύπτει ότι, αφού η αναθέτουσα αρχή θεώρησε ότι οι προσφορές των εταιρειών ... και ... είναι ασυνήθιστα χαμηλές, παρά το γεγονός ότι η επιτροπή του διαγωνισμού δεν εισηγείται κάτι τέτοιο, έπρεπε προτού εγκρίνει το πρακτικό της με το οποίο η επιτροπή εισηγείται την

αποδοχή τους, αυτή να γνωμοδοτήσει εκ νέου, η δε αναθέτουσα αρχή νομίμως και προς υποβοήθηση της αποφασιστικής της αρμοδιότητας έλαβε υπόψη της τη γνώμη της επί τούτου συσταθείσας επιτροπής αξιολόγησης της αιτιολόγησης των υποβληθεισών προσφορών των ως άνω εταιρειών. Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλει η προσφεύγουσα είναι ως αβάσιμα απορριπτέα, όπως απορριπτέος είναι και ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής.

16. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής για υποβολή αιτιολόγησης ήταν μη νόμιμη και κατά συνέπεια μη νόμιμη ήταν και η απόφαση περί αποδοχής αυτής. Και τούτο, διότι ήταν παντελώς αόριστη και γενικόλογη, χωρίς να εκτίθενται τα ειδικότερα σημεία ως προς τα οποία της δημιουργήθηκαν αμφιβολίες, ώστε να καταστεί εφικτός ο έλεγχος της κάλυψής τους από τις δοθείσες αιτιολογήσεις. Ο ως άνω λόγος της προσφυγής, όμως, προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος. Και τούτο, διότι, πράγματι έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή πρέπει να διατυπώνει με σαφήνεια την αίτηση που απευθύνει στους ενδιαφερόμενους υποψηφίους, για αιτιολόγηση των προσφορών που της φαίνονται ως ασυνήθιστα χαμηλές (πρβλ. ΣτΕ 197/2015 (ΑΣΦ), ΔΕΚ απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, C-599/2010, σκέψεις 28 έως 34, απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, C-292/07, σκέψεις 159 έως 161), τούτο όμως προκειμένου ο ίδιος ο ελεγχόμενος υποψήφιος ανάδοχος να έχει τη δυνατότητα να υποβάλει προς στήριξη της προσφοράς του όλες τις δικαιολογήσεις τις οποίες ο ίδιος κρίνει σκόπιμες για τα συγκεκριμένα σημεία που δημιούργησαν ερωτηματικά στην αναθέτουσα αρχή, λαμβανομένης υπόψη της φύσεως και των χαρακτηριστικών του αντικειμένου του διαγωνισμού. Αντιθέτως, η νομιμότητα της αποδοχής τους από την αναθέτουσα αρχή, ελέγχεται με βάση τα στοιχεία που ο προσφέρων υποβάλει σε σχέση τη φύση και τα χαρακτηριστικά του αντικειμένου του διαγωνισμού, που μπορεί να αφορούν συγκεκριμένα σημεία της προσφοράς, αν ήθελε θεωρηθεί ότι τα λοιπά δεν γεννούν αμφιβολία, ή και το σύνολό της. Η προσφεύγουσα, εξάλλου, δεν προβάλλει κανέναν αρκούντως εξειδικευμένο ισχυρισμό ότι οι προσφορές των εταιρειών ... και ... έπρεπε να ελεγχθούν ως ασυνήθιστα χαμηλές ειδικώς ως προς συγκεκριμένα σημεία τους, η νομιμότητα δε της αιτιολογίας της αποδοχής των εξηγήσεων που αυτές

έδωσαν, βάλλεται με αυτοτελή λόγο στην υπό κρίση προσφυγή. Συνακόλουθα, πρέπει να απορριφθεί και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής.

17. Επειδή, με τους τρίτο και τέταρτο λόγους της προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αποδοχή των αιτιολογήσεων των προσφορών των εταιρειών ... και ... ως προς το ασυνήθιστα χαμηλό ύψος τους είναι πλημμελώς αιτιολογημένη, άλλως αόριστη, ατεκμηρίωτη και αναιτιολόγητη, αφού δεν αναφέρεται κατά τρόπο συγκεκριμένο σε κανένα μέγεθος των υπό κρίση και έλεγχο προσφορών, η ίδια δε δεν δύναται να ελέγξει τις αιτιολογήσεις αυτές, ως προς το αν είναι πράγματι επαρκείς, αφού δεν της κοινοποιήθηκαν ποτέ.

18. Επειδή, στη συγκεκριμένη περίπτωση, με το με αριθμό πρωτοκόλλου ... έγγραφό του, ο Προϊστάμενος της ... απηύθυνε πρόσκληση στις εταιρείες ... και .... με το εξής περιεχόμενο «όπως υποβάλλετε στην Δ/νση Μελετών και Εκτέλεσης Έργων Μουσείων και Πολιτιστικών Κτιρίων, την αιτιολόγηση της προσφοράς σας εντός αποκλειστικής προθεσμίας οκτώ (8) ημερών από σήμερα, (ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ) ήτοι μέχρι και 16/10/2020.». Η πρόσκληση δηλαδή της αναθέτουσας αρχής προς τις ως άνω δύο εταιρείες δεν αναφερόταν σε συγκεκριμένα σημεία της προσφοράς τους που προκαλούσαν αμφιβολίες σχετικά με το ύψος τους. Φαίνεται, λοιπόν, ότι η κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς το ασυνήθιστα χαμηλό ύψος της προσφοράς των εταιρειών αυτών στηρίζεται στην προσφερθείσα συνολική έκπτωση τους και συγκεκριμένα στο γεγονός ότι υπερβαίνει ένα όριο που κατά την αναθέτουσα αρχή καθιστά αμφίβολη την άρτια ολοκλήρωση του έργου κατά τους όρους της σύμβασης. Το συμπέρασμα αυτό επιρρωνύεται από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής, στις οποίες διατυπώνεται ότι «Η ... (Αναθέτουσα Αρχή) θεωρώντας ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές αυτές των οικονομικών φορέων "..." και «....», (έκπτωση πάνω από 40%)». Ούτε η προσφεύγουσα, όμως, διατυπώνει ισχυρισμό ότι η προσφορά κάθε μίας από τις ως άνω εταιρείες είναι πράγματι ασυνήθιστα χαμηλή ως προς συγκεκριμένα σημεία της. Η προσβαλλόμενη, απόφαση, εξάλλου, δεν προσεβλήθη ως μη νόμιμη από τις εταιρείες ... και ...., σε σχέση με τον χαρακτηρισμό των προσφορών τους ως ασυνήθιστα χαμηλών, ιδίως δε διότι υπερβαίνουν το

κατώφλι του 40% επί των τιμών του τιμολογίου. Κατά συνέπεια, οι εξηγήσεις τους δεν θα μπορούσαν νομίμως να απορριφθούν, με την αιτιολογία ότι δεν αιτιολογείται επαρκώς το ύψος καθενός από τα επιμέρους κονδύλια του τιμολογίου της σύμβασης, αρκεί να εξηγείται κατά τρόπο επαρκή ότι οι τιμές που προσέφεραν για την εκτέλεση του έργου και οι οποίες είναι χαμηλότερες κατά μέσο όρο του 40% των τιμών του τιμολογίου του έργου δεν καθιστούν αμφίβολη την άρτια ολοκλήρωση του έργου κατά τους όρους της σύμβασης. Με αυτήν την αιτιολογία, εξάλλου, μπορούσαν να γίνουν δεκτές και οι προσφορές τους, λαμβανομένου υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή ζήτησε εξηγήσεις ως προς τη συνολική άνω του 40% έκπτωση που προσέφεραν. Από το περιεχόμενο, όμως, του από 30/10/2020 Πρακτικού – Αιτιολογικής Έκθεσης της Επιτροπής αξιολόγησης της αιτιολόγησης των υποβληθεισών προσφορών, που επί τούτου συστάθηκε και στο οποίο παραπέμπει η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής και επισυνάφθηκε σε αυτήν, προκύπτει ότι η αιτιολογία αποδοχής των εξηγήσεων των ως άνω εταιρειών και συνακόλουθα των προσφορών τους δεν είναι ούτε πλήρης ούτε επαρκής κατά τα άνω. Και τούτο, διότι καίτοι οι ως άνω εταιρείες υπέβαλαν σειρά αρχείων για την αιτιολόγηση των προσφορών τους, μεταξύ των οποίων αρχεία με αιτιολογική έκθεση των προσφορών τους και αρχεία με την τεκμηρίωση του κόστους τους με βάση τις δαπάνες που προκύπτουν από το Τιμολόγιο της σύμβασης, εντούτοις σε κανένα από τα στοιχεία που προκύπτουν από αυτά δεν γίνεται αναφορά, η περιεχόμενη δε στο ως άνω από 30-04-2020 Πρακτικό – Αιτιολογική Έκθεση φράση «εξετάζοντας την τεκμηρίωση της … αιτιολόγησης και αφού έλαβε υπόψη το σύνολο των στοιχείων που εμπεριέχει … θεωρεί ότι ο οικονομικός φορέας … αιτιολογεί ικανοποιητικά το χαμηλό επίπεδο του κόστους που προτείνεται και την άρτια ολοκλήρωση του φυσικού αντικειμένου του έργο του θέματος στο πλαίσιο της οικονομικής προσφοράς του …», για κάθε μία από τις προσφορές των εταιρειών ... και ...., δεν αρκεί. Άλλωστε, έχει κριθεί ότι σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Συγκεκριμένα, η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάσει των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται

μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία δε είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη (βλ αντί πολλών ΑΕΠΠ 663/2019). Εξάλλου, προκειμένου να ελεγχθεί η νομιμότητα της αιτιολογίας αποδοχής των εξηγήσεων των εταιρειών ... και .... ως προς το ασυνήθιστα χαμηλό ύψος τους, εκτός της αποδοχής των εξηγήσεών τους από την αναθέτουσα αρχή απαραίτητο ήταν να καταστεί γνωστή όχι μόνον η αιτιολογία της, αλλά και τα στοιχεία στα οποία αυτή στηρίζεται. Και τούτο, διότι μόνον με την πλήρη γνώση και των στοιχείων στα οποία στηρίζεται η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης μπορεί η προσφεύγουσα να ασκήσει αποτελεσματικά τα δικαιώματα έννομης προστασίας της από τη βλάβη που η προσβαλλόμενη πράξη τυχόν της προκαλεί, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 360 επ. του ν. 4412/2016. Ο ισχυρισμός δε της αναθέτουσας αρχής ότι δεν υποχρεούτο να κοινοποιήσει τις υποβληθείσες από τις ως άνω εταιρείες εξηγήσεις είναι μη νόμιμος. Και ναι μεν, από την «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η εταιρεία .... τα αρχεία σχετικά με τις εξηγήσεις που εισέφερε στην αναθέτουσα αρχή κατόπιν της από 16-10-2020 πρόσκλησης για αιτιολόγηση του ύψους της προσφοράς της τα κοινοποίησε σε όλους τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό, επομένως και στην προσφεύγουσα, σε τέτοια κοινοποίηση όμως δεν προέβη ούτε η εταιρεία ... ούτε η αναθέτουσα αρχή για τα αρχεία που η τελευταία ως άνω εταιρεία εισέφερε στην αναθέτουσα αρχή, κατόπιν της ως άνω πρόσκλησης για αιτιολόγηση του ύψους και της δικής της προσφοράς. Τούτων, έπεται ότι θα πρέπει να γίνουν δεκτοί οι τρίτος και τέταρτος λόγοι της κρινόμενης προσφυγής και η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή, ώστε η αποδοχή των εξηγήσεων των εταιρειών ... και .... ως προς το ασυνήθιστα χαμηλό ύψος των οικονομικών τους προσφορών και συνακολούθως η αποδοχή της συμμετοχής τους στον υπόψη διαγωνισμό να αιτιολογηθούν νομίμως κατά άνω και επιπλέον τα αρχεία που η εταιρεία ... ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού για την αιτιολόγηση της προσφοράς της να κοινοποιηθούν στην προσφεύγουσα.

19. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, σύμφωνα με το σκεπτικό.

20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό με αριθμό πρωτοκόλλου … (ΑΔΑ: …) απόφαση του … με θέμα: «Αποδοχή του υπ' αριθμ. πρωτ. … Πρακτικού και έγκριση του αποτελέσματος του διαγωνισμού (ανακήρυξη προσωρινού μειοδότη) για το έργο: «Εργασίες επισκευής και αναβάθμισης του Παλαιού Μουσείου …, των Δυτικών Αποθηκών και του εργαστηρίου Συντήρησης», κατά το μέρος με το οποίο με μη πλήρη και επαρκή αιτιολογία γίνονται δεκτές οι προσφορές των εταιρειών «...» και «...» στον διαγωνισμό.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να προβεί στα νόμιμα, όπως ειδικώς ορίζεται στη σκέψη 18 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 15 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 08 Μαρτίου 2021.

Ο Πρόεδρος	**Ο Γραμματέας**
Νικόλαος Σ. Σαββίδης	**Μιχαήλ Γ. Σοφιανός**