

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική, Πρόεδρος, Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Εισηγητής και Τσουλούφα Αργυρώ, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 13.12.2018 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1328/13-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά του αναθέτοντος φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «», νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 3-12-2018, με αρ. 377/26-11-2018 απόφασης του Δ.Σ. του αναθέτοντος, καθ' ο μέρος απέκλεισε την προσφορά του και έκρινε περαιτέρω, ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....», στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης προμήθειας με τίτλο «Προμήθεια – Εγκατάσταση και Θέση σε λειτουργία Συστημάτων Ενεργειακής Αναβάθμισης Κεντρικού Αντλιοστασίου ΔΕΥΑΛ στα πλαίσια του έργου “WATenERgy CYCLE”, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 140.000 ευρώ, με τη με αρ. πρωτ. διακήρυξη, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 6-7-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 6-7-2018 με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. , ποσού 700,00 ευρώ), πληρώθηκε δε την 12-12-2018 με έμβασμα

2. Επειδή, η κατατεθείσα από 13-12-2018 προσφυγή, στρέφεται κατά της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 3-12-2018 εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, ως και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου. Ο προσφεύγων με το πρώτο σκέλος της προσφυγής του βάλλει κατά του αποκλεισμού του που έλαβε χώρα πρώτον, με βάση ότι κατά παράβαση του άρ. 2.4.6 περ. 2-3 της διακήρυξης, υποβλήθηκαν οι 4 από τις 6 συμβάσεις προς απόδειξη τεχνικής ικανότητας και δεύτερον, ότι κατά παράβαση του όρου 2.2.8 της διακήρυξης δεν αναφέρθηκαν ρητά οι εργασίες που θα εκτελέσει ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου θα στηριχθεί ο προσφεύγων, συγχρόνως δε και διότι η προσκόμιση υπευθύνων δηλώσεων συνεργασίας περί της παροχής εμπειρίας και υπηρεσιών προς τον τελευταίο δεν συνιστά επαρκή δέσμευση διάθεσης αναγκαίων πόρων στον προσφεύγοντα, κατά το άρ. 2.2.9.2 παρ. Β9 της διακήρυξης. Ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του και δη τον πρώτο ισχυρισμό αυτού, επικαλείται ότι στηριζόμενος και σε ικανότητες τρίτων, πληροί τον όρο των 3 προηγούμενων συμβάσεων στον ευρύτερο δημόσιο τομέα, ενώ προβάλλει ότι, νομίμως, υπεβλήθη μία σύμβαση που εκτελέστηκε προς της προηγούμενης του διαγωνισμού τριετίας, αφού η αναθέτουσα είχε κατά το Παράρτημα XII Προσαρτήματος Α Ν. 4412/2016 δυνατότητα να τη λάβει υπόψη, παρότι αυτή δεν την έλαβε. Εξάλλου κατά τον δεύτερο ισχυρισμό του προσφεύγοντα, οι δύο συμβάσεις του που ελήφθησαν υπόψη έναντι του οικείου όρου για 3 συμβάσεις, καλύπτουν σχεδόν την αξία της δημοπρατούμενης σύμβασης και υπερκαλύπτουν το ζητούμενο ανά σύμβαση ποσό κατά πολύ, με αποτέλεσμα να αποδεικνύουν κατά ορθή ερμηνεία του άρ. 75 Ν. 4412/2016 το ελάχιστο αποδεκτό όριο για απόδειξη τεχνικής και

επαγγελματικής ικανότητας. Με τον τρίτο ισχυρισμό του ίδιου λόγου του, βάλλει κατά της ίδιας ως άνω πρώτης βάσης αποκλεισμού του, κατά την οποία δεν ελήφθη υπόψη η σύμβαση που υπέβαλε προς πλήρωση του ως άνω όρου με αρ. 1, κατά τη σειρά δήλωσης στο του, επικαλούμενος ότι ήταν σχετική με το αντικείμενο της απαιτούμενης εμπειρίας, η δε περί του αντιθέτου κρίση του αναθέτοντος εσφαλμένη. Περαιτέρω, με τον δεύτερο λόγο του βάλλει κατά της δεύτερης ως άνω βάσης αποκλεισμού του, επικαλούμενος ότι οι οικείες υπεύθυνες δηλώσεις τρίτων που υπέβαλε, πληρούσαν κάθε απαίτηση για τη σύννομη επίκληση στήριξης σε ικανότητες τους, αφού κατά τον όρο 2.2.8 της διακήρυξης, σύμφωνα με τον προσφεύγοντα δεν προκύπτει υποχρέωση δήλωσης των εργασιών που θα εκτελέσουν, ενώ κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β9 αρκεί εξάλλου κάθε είδους μέσο απόδειξης δέσμευσης του τρίτου. Με το δεύτερο σκέλος της προσφυγής του και δη τον τρίτο λόγο του, ο προσφεύγων κατ' επίκληση καταρχήν του ενιαίου μέτρου κρίσης, επικουρικά δε βάσει της θεμελίωσης εννόμου συμφέροντος κατά τις Αποφάσεις ΣΤΕ ΕΑ 22/2018, 106/2018, 144/2018 και επί του να αποκλειστεί ο μόνος έτερος μετέχων λόγω ουσιωδών αποκλίσεων της προσφοράς του, επικαλείται ότι μη νομίμως εκρίθη αποδεκτή η προσφορά του ως άνω νυν προσωρινού αναδόχου, διότι η αποδειχθείσα από αυτόν προηγούμενη εμπειρία δια των 4 επικληθεισών συμβάσεών του δεν είναι συναφής με το αντικείμενο του διαγωνισμού και περαιτέρω, δεν πληροί τον όρο της διακήρυξης για μία τουλάχιστον προηγούμενη σύμβαση που αφορά και ρυθμιστή στροφών ισχύος 200 kw, διότι δεν αναφέρεται πουθενά ποια σύμβασή του αφορά τούτο, αλλά μη νομίμως, κατά τον προσφεύγοντα, απεδείχθη με περαιτέρω διευκρινίσεις που του ζητήθηκαν. Περαιτέρω, με την ίδια βάση επίκλησης εννόμου συμφέροντος κατά την ως άνω πρόσφατη νομολογία, επικαλείται με τον τέταρτο λόγο του, ότι πρώτον, ο έτερος διαγωνιζόμενος δεν υπέβαλε Πιστοποιητικό EUROPEAN ROHS II DIRECTIVE 2011/65/EU όπως ζητούσε ο όρος 7.5.3.1 της διακήρυξης, δεύτερον, δεν προσκόμισε πιστοποιητικό καταλληλότητας προσφερόμενης αντλίας για πόσιμο νερό, κατά τον όρο 7.5.4.2 της διακήρυξης, τρίτον, δεν αναφέρει ότι θα εκτελέσει τις υπηρεσίες όπως αναλύονται στο άρ. 7.5.6 της διακήρυξης και τέταρτον, δεν προσκόμισε υπεύθυνες δηλώσεις του προμηθευτή του ότι θα διαθέσει τα προϊόντα του υπέρ του έναντι

ανταλλάγματος.

3. Επειδή, ο αναθέτων με τις από 21-12-2018 και με αρ. πρωτ. 14247 Απόψεις του ενώπιον της ΑΕΠΠ επικαλείται ότι νομίμως δεν ελήφθη η εκτελεσθείσα πέραν της τριετίας υπ' αρ. 2 σύμβαση του του προσφεύγοντος, νομίμως εκρίθη ότι δεν ελήφθη υπόψη η υπ'αρ. σύμβαση αφού δεν αφορούσε λογισμικό SCADA και ότι νομίμως βάσει του όρου 2.2.8 και του όρου 2.2.9.2 περ. Β9 της διακήρυξης, δεν ελήφθη υπόψη υπέρ του προσφεύγοντος δάνεια εμπειρία λόγω του ότι οι υποβληθείσες δηλώσεις συνεργασίας δεν συνιστούν επαρκή δέσμευση διάθεσης αναγκαίων πόρων, αλλά έπρεπε να διευκρινίζονται οι εργασίες που θα εκτελέσει ο τρίτος και να αναληφθεί έγγραφη δέσμευση όπως ιδιωτικό συμφωνητικό για τη διάθεση αναγκαίων πόρων. Όσον αφορά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος κατά της αποδοχής του παρεμβαίνοντος, ο αναθέτων επικαλείται ότι οι συμβάσεις προηγούμενης εμπειρίας του τελευταίου είναι σχετικές και «συγκεκριμένου τύπου» όπως ζητούσε η διακήρυξη, αφού παραδεκτώως αφορούν αντλιοστάσιο και εγκαταστάσεις επεξεργασίας λυμάτων. Ότι ασχέτως αποδοχής της υπ' αρ. 1 προηγούμενης σύμβασης του παρεμβαίνοντος, νομίμως κρίθηκε αυτός ως πληρών τα κριτήρια επιλογής, ότι νομίμως διευκρινίστηκε ότι προηγούμενη σύμβαση του παρεμβαίνοντος αφορούσε ρυθμιστή στροφών μετά την υποβολή προσφοράς, ενώ ως προς την απαίτηση για πιστοποιητικό RoHS, ότι δεν ελήφθη εν τέλει υπόψη το προσκομισθέν με τις διευκρινίσεις του παρεμβαίνοντος, αλλά κρίθηκε ότι η μη υποβολή του, βάσει των εξηγήσεων του παρεμβαίνοντος δεν συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς του. Ότι η διακήρυξη δεν ανέφερε ότι έπρεπε να προσκομιστεί πιστοποιητικό καταλληλότητας για πόσιμο νερό όσον αφορά την αντλία, ενώ εξάλλου ο παρεμβαίνων προσκόμισε οικεία υπεύθυνη δήλωση του εισαγωγέα που αποδεικνύει αυτή την καταλληλότητα, ότι δεν αναφερόταν στη διακήρυξη ειδική δήλωση εκτέλεσης των προβλεπόμενων εργασιών και ότι όσον αφορά τον εξοπλισμό, μόνη της προσφορά του παρεμβαίνοντος αποτελούσε δέσμευση ως προς τον εξοπλισμό που θα χρησιμοποιήσει, χωρίς να χρειάζεται και ειδική περί τούτου υπεύθυνη δήλωση.

4. Επειδή, νομοτύπως και εμπροθέσμως, μετά την από 14-12-2018

κοινοποίηση της προσφυγής, ασκείται η από 20-12-2018 Παρέμβαση, μετ' εννόμου δε συμφέροντος ως προς αμφότερα τα σκέλη της προσφυγής, αφού ο παρεμβαίνων ευνοείται τόσο από τη διατήρηση του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, αφού η αποδοχή του τελευταίου θα τον καθιστούσε μειοδότη και προσωρινό ανάδοχο (δεδομένου ότι η οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος ήταν χαμηλότερη αυτής του παρεμβαίνοντος και νυν προσωρινού αναδόχου), όσο και προφανώς από τη διατήρηση της αποδοχής του. Ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι ορθώς αποκλείστηκε ο προσφεύγων, διότι νομίμως δεν ελήφθησαν υπέρ του υπόψη προηγούμενες συμβάσεις πέραν της τριετίας, ενώ νομίμως δεν ελήφθη υπέρ του υπόψη ούτε η στήριξή του σε εμπειρία τρίτου οικονομικού φορέα, αφού δεν προκύπτει από την προσφορά του ότι ο ως άνω τρίτος θα εκτελέσει τμήμα των εργασιών της σύμβασης. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι είναι απορριπτέοι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ως προς τη δική του (του παρεμβαίνοντος) αποδοχή, διότι πρώτον, νομίμως αποσαφηνίστηκε η πλήρωση της απαίτησης για προηγούμενη σύμβαση σχετικά με εγκατάσταση ρυθμιστών στροφών, δεύτερον, νομίμως αποσαφηνίστηκε η πιστοποίηση RoHS για κάθε τμήμα του προσφερόμενου ερμαρίου, αφού η προσκόμισή της έλαβε χώρα εκ περισσού και τρίτον, διότι από την υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου τηςπου ο παρεμβαίνων κατέθεσε με την προσφορά του, προκύπτει ότι οι προσφερόμενες αντλίες είναι κατάλληλες για χρήση πόσιμου νερού.

5. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία κάτω των ορίων του Βιβλίου II, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, 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. Περαιτέρω, η Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 3-12-2018 και χρόνος ασκήσεως της προσφυγής η 3-12-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής καθ' ο μέρος βάλλει κατά του αποκλεισμού του, αφού δια της αποδοχής του πρώτου σκέλους της προσφυγής θα επανέλθει στον διαγωνισμό. Όσον αφορά εξάλλου

το μέρος της προσφυγής του με το οποίο βάλλει κατά της αποδοχής του μόνου έτερου διαγωνιζομένου, υπό την ιδιότητα του προσφεύγοντος ως μη οριστικώς αποκλεισθέντος και δη κατά το στάδιο κατά το οποίο έλαβε χώρα η καθ' ης η προσφυγή προσβαλλομένη που ομού έκρινε τόσο επί του αποκλεισμού του όσο και επί της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου, η προσφυγή ομοίως ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος (βλ. ΔΕΕ, C-131/16, Archus & Gama [2017] ECLI:EU:C:2017:358, σκ. 59, ΣΤΕ ΕΑ 349/2017, ΔΕφΘεσσ 36/2018). Και αυτό, διότι κατά τον παρόντα χρόνο, ο προσφέρων δεν έχει αποκλεισθεί οριστικά, κατά την έννοια του άρθρου 2α παρ. 2 δεύτερο εδάφιο της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, το οποίο ορίζει ότι «Οι προσφέροντες θεωρούνται ως ενδιαφερόμενοι εφόσον δεν έχουν αποκλεισθεί ακόμη οριστικά. Ο αποκλεισμός είναι οριστικός εφόσον έχει κοινοποιηθεί στους ενδιαφερομένους προσφέροντες και έχει θεωρηθεί νόμιμος από ανεξάρτητο όργανο προσφυγής ή, εάν δεν μπορεί πλέον να ασκηθεί προσφυγή.» (ΔΕΕ, C-355/13, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich [2016] ECLI:EU:C:2017:358, σκ. 36, ΣΤΕ ΕΑ 106/2018, σκ. 8, ΣΤΕ ΕΑ 349/2017, Αποφάσεις ΑΕΠΠ 1011, 1093, 1103/2018). Εξάλλου ο μη οριστικώς αποκλεισθείς δύναται να αμφισβητήσει όχι μόνον την απόφαση αποκλεισμού του, αλλά και, επί όσο χρόνο η αμφισβήτηση αυτή δεν έχει επιλυθεί, τις μεταγενέστερες αποφάσεις που θα του προξενούσαν ζημία σε περίπτωση που ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του (ΔΕΕ, C-355/13, σκ. 34-35, ΣΤΕ ΕΑ 106/2018, σκ. 8 και ΣΤΕ 22/2018, σκ. 73 κατά πλειοψηφία). Τονίζεται πάντως, ότι στην περίπτωση αυτή το έννομο συμφέρον του ως προς την προσβολή της αποδοχής έτερων διαγωνιζομένων, κρίνεται με βάση την υπόθεση της εν τέλει επανόδου του στον διαγωνισμό, ήτοι από το αν, εφόσον δεν είχε εξαρχής αποκλειστεί, θα είχε έννομο συμφέρον για την προσβολή της αποδοχής άλλων συνδιαγωνιζομένων (Απόφαση ΑΕΠΠ 1093/2018, όπου κρίθηκε, ότι ο μη οριστικώς αποκλεισθείς σε προηγούμενο στάδιο, διαγωνιζόμενος δεν δύναται να προσβάλει παραδεκτώς την αποδοχή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου σε διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, εφόσον ο ίδιος ο προσφεύγων, του οποίου η οικονομική προσφορά είχε ήδη ανοιχθεί προ του αποκλεισμού του από τον διαγωνισμό, προσέφερε χαμηλότερο τίμημα από τον εν τέλει προσωρινό ανάδοχο και ούτως, αν δεν είχε

αποκλειστεί σε προηγούμενο στάδιο, θα ήταν ο ίδιος προσωρινός ανάδοχος και επομένως, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του συνδιαγωνιζομένου του δεν θα επάγονταν έννομες συνέπειες στη δική του θέση). Περαιτέρω, δύναται να προσβάλει την αποδοχή όχι μόνο της τυχόν μίας μόνο έτερης και αποδεκτής προσφοράς, αλλά κάθε αποδεκτής προσφοράς, επί τω τέλει κινήσεως νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, καθένας από τους προσφέροντες θα μπορούσε να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει εμμέσως την ανάθεση της συμβάσεως στον ίδιο (ΔΕΕ, C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA [2016] ECLI:EU:C:2016:199, σκ. 27, ΣΤΕ ΕΑ 22/2018, σκ. 72-73). Και τούτο διότι το έννομο συμφέρον του ως «ενδιαφερομένου» προς ανάθεση δημόσιας σύμβασης», κατά την έννοια του άρ. 2^α παρ. 2 Οδηγίας 2007/66ΕΚ και 89/665/ΕΟΚ συνίσταται στη ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία σύναψης της σύμβασης, η οποία ματαίωση επέρχεται αναγκαίως, με τον αποκλεισμό κάθε μετέχοντα (Απόφαση ΑΕΠΠ 1159/2018). Σημειώνεται δε, ότι οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται ο ήδη αποκλεισθείς σε προηγούμενο στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, οικονομικός φορέας, εφόσον ο αποκλεισμός του δεν έχει εισέτι επικυρωθεί με δύναμη δεδικασμένου στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας (ΣΤΕ ΕΑ 22/2018, σκ. 73). Κατ' αποτέλεσμα όλων των ανωτέρω, μόνο εφόσον καθ' οιονδήποτε τρόπο, ένας προσφέρων είτε κατέληξε οριστικώς αποκλεισθείς, υπό την ως άνω έννοια, περίπτωση που συντρέχει πρώτον, με τον αποκλεισμό του σε προηγούμενο στάδιο και την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης αποκλεισμού του, δεύτερον, με την άσκηση προσφυγής κατά το παρόν στάδιο στο οποίο αποκλείσθηκε, αλλά με αποκλειστικό περιεχόμενο τον αποκλεισμό έτερου μετέχοντος (Απόφαση ΑΕΠΠ 1011/2018) και τρίτον, με τον αποκλεισμό του σε προηγούμενο στάδιο, την απόρριψη της προσφυγής του κατά του αποκλεισμού του και περαιτέρω την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας για την άσκηση αιτήσεως ακυρώσεως κατά της απορρίπτουσας την προσφυγή του Απόφαση της ΑΕΠΠ, είτε καιτοι είναι ακόμη μη οριστικώς αποκλεισθείς, αμφισβητεί μόνο την αποδοχή στο ίδιο ή σε μεταγενέστερο του αποκλεισμού του στάδιο, ορισμένων μόνο από περισσότερους εκ των συνδιαγωνιζομένων, παύει το καταρχήν έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της αποδοχής της προσφοράς έτερου μετέχοντος

και ειδικότερα, περιορίζεται μόνο στις αποκλειστικές προϋποθέσεις και το στενό πλαίσιο που ορίζει η αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης (Απόφαση ΑΕΠΠ 1011/2018), η οποία όμως με τη σειρά της περιορίζεται αναγκαία στην αποδοχή συνδιαγωνιζομένων στο ίδιο στάδιο στο οποίο απεκλείσθη ο προσφεύγων. Σε κάθε άλλη περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφυγής που βάλλουν κατά της αποδοχής συνδιαγωνιζομένου, εξετάζονται ως αν ο προσφεύγων να μην έχει αποκλειστεί και επομένως, είναι αδιάφορο για την εξέτασή του, αν οι έτεροι ισχυρισμοί του εντός της ίδιας προσφυγής περί αμφισβήτησης του δικού του αποκλεισμού, απορριφθούν, αφού ο προσφεύγων ούτε τότε καθίσταται οριστικώς αποκλεισθείς κατά της ως άνω έννοια. Άρα, όσον αφορά την προκείμενη περίπτωση και δεδομένου ότι ο προσφεύγων προσβάλλει ούτως ή άλλως, δια της προσφυγής του, συγχρόνως, τόσο τον δικό του αποκλεισμό όσο και την αποδοχή του συνδιαγωνιζομένου του, διατηρεί έννομο συμφέρον και για το δεύτερο αυτό σκέλος της προσφυγής του και θα συνεχίζει να το διατηρεί, ακόμη και αν απορριφθεί το πρώτο σκέλος της προσφυγής του, αφού ούτε δια αυτής της απορρίψεως θα καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς, με αποτέλεσμα, ανεξαρτήτως έκβασης του πρώτου σκέλους της προσφυγής του, να μη χρειάζεται η συνδρομή των όρων του ενιαίου μέτρου κρίσης, προκειμένου να εξεταστούν οι αιτιάσεις του ως προς τη νομιμότητα της αποδοχής του παρεμβαίνοντος. Είναι δε, ενόψει των παραπάνω, αδιάφορη η εκ μέρους του προσφεύγοντος σωρευτική επίκληση ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής του και των προϋποθέσεων του ενιαίου μέτρου κρίσης. Επομένως, η Προσφυγή, όπως και η Παρέμβαση, βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

6. Επειδή, ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης θεσπίζει κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά το οποίο απαιτείται οι προσφέροντες *«κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον Τρεις (3) συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, ύψους τουλάχιστον 20.000 ευρώ η κάθεμία (συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ). Ως «συγκεκριμένου τύπου», θεωρούνται συμβάσεις προμήθειας, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργίας αντλητικών συγκροτημάτων, ρυθμιστών στροφών και λογισμικών scada σε εφαρμογές υδάτων γενικότερα. Μία τουλάχιστον από τις τρεις συμβάσεις θα*

πρέπει να περιλαμβάνει Προμήθεια και Εγκατάσταση Ρυθμιστών Στροφών (ΡΣ) ίδιου ή παρόμοιου τύπου και τουλάχιστον ίσης ισχύος με τον προσφερόμενο Ρ.Σ.». Αντίστοιχα δε, με τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β4 ορίζεται ως σχετικό δικαιολογητικό κατακύρωσης η βεβαίωση εκτέλεσης και λειτουργίας, από την οποία θα πρέπει να προκύπτει ότι κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας έχουν εκτελεστεί τουλάχιστον τρεις συμβάσεις συγκεκριμένου τύπου, υπό την ως άνω έννοια και ως προς το ως άνω ελάχιστο ποσό η κάθε μία, ως και μία να περιλαμβάνει προμήθεια και εγκατάσταση Ρ.Σ. ίδιου ή παρομοίου τύπου και τουλάχιστον ίσης ισχύος με τον προσφερόμενο, ήτοι τουλάχιστον 200 KW, κατά το άρθρο 1 του όρου 7.3 της διακήρυξης. Επομένως, οι προσφέροντες όφειλαν να έχουν εκτελέσει εντός τριών ετών από τον διαγωνισμό τουλάχιστον τρεις συμβάσεις σε ένα εκ των ως άνω αντικείμενων, ήτοι προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία είτε αντλητικών συγκροτημάτων είτε ρυθμιστών στροφών είτε λογισμού scada, η μία δε σύμβαση θα πρέπει οπωσδήποτε να αφορά ρυθμιστές στροφών και δη τουλάχιστον της ως άνω ισχύος. Εξάλλου, δεν προκύπτει από τον ως άνω όρο, ότι για να ληφθούν υπόψη οι συμβάσεις και υπό τον παραπάνω περιορισμό για τους ρυθμιστές στροφών, θα έπρεπε να αφορούν ομού και τα υπόλοιπα ως άνω αντικείμενα, αλλά αρκούσε ένα εξ αυτών (άρα, επί παραδείγματι, αρκούσαν 3 συμβάσεις προμήθειας, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργίας ρυθμιστών στροφών, εκ των οποίων η μία για ρυθμιστή 200 KW ή 2 συμβάσεις για αντλητικά ή λογισμικό scada και 1 για ρυθμιστές στροφών 200 KW ή 2 συμβάσεις για ρυθμιστές εκ των οποίων η μία 200 KW και 1 για αντλητικά ή λογισμικό ή 1 από το κάθε είδος ή οποιοσδήποτε άλλος συνδυασμός, χωρίς να χρειάζεται απαραίτητως να καλύπτονται και τα τρία παραπάνω αντικείμενα, των αντλητικών, των ρυθμιστών και του λογισμικού, αλλά οπωσδήποτε οι ρυθμιστές και περαιτέρω κάθε άλλη σύμβαση που αφορούσε αντλητικά ή λογισμικό παραδεκτώς λαμβανόταν υπόψη). Πάντως, είναι σαφές εκ των ως άνω ότι κρίσιμο στοιχείο για τη λήψη υπόψη της σύμβασης ως εμπειρίας ήταν η εκτέλεση, δηλαδή η παράδοση του εξοπλισμού ή του λογισμικού και η εγκατάστασή του εντός της τριετίας, χωρίς να αρκεί να τελεί σε λειτουργία κατά την τριετία, εξοπλισμός ή

λογισμικό που παραδόθηκε νωρίτερα (εξ ου και ο όρος αναφέρεται σε «θέση σε λειτουργία» και όχι «λειτουργία», ενώ ρητά αναφέρεται τόσο το άρ. 2.2.6 όσο και το άρ. 2.2.9.2 παρ. Β4 σε απόδειξη εκτέλεσης εντός της τριετίας). Ουδόλως αυτό μεταβάλλεται από το ότι ως δικαιολογητικό κατακύρωσης προβλέφθηκε «βεβαίωση εκτέλεσης και λειτουργίας», καθώς η βεβαίωση αυτή σκοπεύει στην απόδειξη ότι ο παραδοθείς εξοπλισμός λειτουργεί ορθά, χωρίς όμως να έχει ο όρος την έννοια ότι ζητείται σύμβαση της οποίας ο εξοπλισμός συνεχίζει και λειτουργεί εντός της πρόσφατης τριετίας, πράγμα που θα αντέβαινε και στο ίδιο το γράμμα των ως άνω όρων περί εκτέλεσης της σύμβασης, δηλαδή προμήθειας, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία, εντός της τριετίας. Περαιτέρω, με τις αναρτηθείσες δημόσια προς κάθε ενδιαφερόμενο για συμμετοχή, από 30-7-2018 διευκρινίσεις του, ο αναθέτων αποσαφήνισε ότι με τον όρο «σε εφαρμογές υδάτων γενικότερα», περιλαμβάνονται *«σαφέστατα και εφαρμογές οι οποίες αφορούν σε αντλιοστάσια ακαθάρτων υδάτων (ομβρίων και λυμάτων) καθώς και σε εγκαταστάσεις επεξεργασίας λυμάτων»*.

7. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο ισχυρισμό του πρώτου λόγου της προσφυγής, το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α Μέρος II 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 εκτελέστηκαν 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.1 όρος περί πενταετίας προηγούμενων εργασιών αφορά συμβάσεις έργου). Τα ως άνω όμως έχουν την έννοια διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας προς θέσπιση όρου στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης με την οποία απονέμουν δικαίωμα στους μετέχοντες να προσμετρήσουν παραδόσεις πέραν αυτού του διαστήματος, η οποία ευχέρεια ελέγχεται, κατόπιν άσκησης προσφυγής κατά της διακήρυξης, 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. Ουδόλως όμως τα ως άνω σημαίνουν, ότι εφόσον η διακήρυξη δεν προβλέψει την ως άνω ευχέρεια και δεν ενσωματωθεί αυτή στο κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας, ενώ ουδείς μετέχων αμφισβητήσει την παράλειψη θέσπισης τέτοιου όρου και όλοι μετάσχουν ανεπιφύλακτα, όπως εν προκειμένω, ότι τυχόν υφίσταται κάποια αυτοδίκαιη εφαρμογή της ως άνω διάταξης και αντίστοιχη ευχέρεια των προσφερόντων να προσκομίζουν συμβάσεις πέραν της τριετίας, συναφώς δε και δυνατότητα των αναθετουσών να προσμετρούν αυτές, σε αντίθεση με το ρητό και αναμφισβήτητο κατά τη φάση πλέον της αξιολόγησης, κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 7μελούς 3/2018 και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 910-911/2018). Αντίστοιχος ισχυρισμός εξάλλου ενέχει και ανεπίκαιρη και συνεπώς απαράδεκτη πλέον αμφισβήτηση της διακήρυξης, η δε αποδοχή του κατά την αξιολόγηση θα συνιστούσε απαράδεκτη μεταβολή των όρων της τελευταίας κατά παράβαση των αρχών της τυπικότητας και της διαφάνειας. Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων επικαλείται προηγούμενη Απόφαση ΑΕΠΠ, διότι ασχέτως άλλων και προεχόντως, αυτή αφορούσε προσβολή διακήρυξης (βλ. ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 7μελούς 3/2018 ως προς την ακύρωση παράλειψης θέσπισης ευχέρειας επίκλησης εμπειρίας πέραν της τριετίας σε περίπτωση προσβολής διακήρυξης). Επίσης, αλυσιτελώς προβάλλεται ότι η λειτουργία του εξοπλισμού της οικείας σύμβασης έλαβε χώρα

εντός της τριετίας από τον διαγωνισμό, καθώς ο όρος 2.2.6.α ζητούσε εκτέλεση της σύμβασης εντός αυτού του διαστήματος και όχι απλώς, ο τυχόν προηγουμένως παραδοθείς εξοπλισμός να συνεχίζει να λειτουργεί σε χρόνο εντός της τριετίας. Αντιστοίχως, είναι απορριπτικός ο ισχυρισμός ότι η διακήρυξη δεν προέβλεπε απόρριψη προσφοράς όταν η βεβαίωση εκτέλεσης εκφεύγει του χρονικού παλισίου αναφοράς, αλλά η βεβαίωση λειτουργίας εντάσσεται σε αυτό και ότι η δεύτερη κατισχύει της πρώτης ή έστω ότι υπάρχει αμφισημία. Όμως, καμία αμφισημία δεν υπάρχει ως προς τον παραπάνω όρο, που σύμφωνα με τη σκ. 6, ρητά απαιτεί η παράδοση, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία να έχει λάβει χώρα εντός της πρόσφατης τριετίας, ουδόλως δε αναφέρει οτιδήποτε περί του ότι αρκεί ο εξοπλισμός να λειτουργεί έως την πρόσφατη τριετία. Περαιτέρω, η προσκομισθείσα ως προς τη σύμβαση 2 του του προσφεύγοντος βεβαίωση εκτέλεσης, ρητά αναφέρει ότι το συμβατικό αντικείμενο ήταν η προμήθεια, εγκατάσταση, παραμετροποίηση και θέση σε λειτουργία των πιεστικών συγκροτημάτων και η παραλαβή έλαβε χώρα την 1-8-2013. Το γεγονός ότι αναφέρει πως ο εξοπλισμός μέχρι σήμερα δεν έχει παρουσιάσει κάποιο λειτουργικό πρόβλημα, ουδόλως έχει την έννοια ότι τυχόν ο προσφεύγων εξακολουθεί και εκτελεί τη σύμβαση ή ότι πληρούται ο όρος περί εκτέλεσης της σύμβασης εντός της πρόσφατης τριετίας. Αλυσιτελώς και απαραδέκτως περαιτέρω προβάλλεται και ότι ο αναθέτων παρέλειψε να λάβει υπόψη την παράμετρο της λειτουργίας ή τα χαρακτηριστικά της οικείας εκτελεσθείσας προ της τριετίας, σύμβασης, καθώς ο προσφεύγων ανεπιφύλακτα αποδέχθηκε τους ρητούς όρους της διακήρυξης, το περιεχόμενο των οποίων αποπειράται δια των ως άνω ισχυρισμών του να αμφισβητήσει και να μεταβάλει. Επιπλέον, αλυσιτελώς προβάλλει ο προσφεύγων ότι οι έστω 2 ληφθείσες υπόψη συμβάσεις του λόγω των μεγεθών τους ήταν επαρκείς για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του όρου 2.2.6.α της διακήρυξης, καθώς ο όρος αυτός απαιτούσε 3 συμβάσεις με τα ελάχιστα εκεί οριζόμενα χαρακτηριστικά και συνεπώς, ο ως άνω ισχυρισμός απαραδέκτως ενέχει επί της ουσίας αμφισβήτηση της δεσμευτικότητάς του, η οποία όμως δεν είναι δυνατή κατά το παρόν στάδιο, συνεπεία και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής του

προσφεύγοντος στον διαγωνισμό, ενώ ουδόλως μπορεί να γίνει δεκτή υποκειμενική και διασταλτική των τρόπων πλήρωσής της, ερμηνεία της ως άνω απαίτησης, κατά το στάδιο της αξιολόγησης, καθώς τούτο προσκρούει στις αρχές της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Κατ' αποτέλεσμα, απορριπτέοι τυγχάνουν ο ο πρώτος και ο δεύτερος ισχυρισμός του πρώτου λόγου της προσφυγής.

8. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο ισχυρισμό του πρώτου λόγου της προσφυγής, ο όρος 2.2.6 περ. α' της διακήρυξης, έθεσε ως κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας, την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης «συγκεκριμένου τύπου», με ρητή αποσαφήνιση ότι «Ως *«συγκεκριμένου τύπου» θεωρούνται συμβάσεις προμήθειας, εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία αντλητικών συγκροτημάτων, ρυθμιστών στροφών και λογισμικών scada σε εφαρμογές υδάτων γενικότερα.*». Άρα, από τον παραπάνω όρο, βλ. προηγούμενη σκ. 6, προκύπτει ότι προκειμένου να ληφθεί υπόψη η προηγούμενη σύμβαση και να προσμετρηθεί στον απαιτούμενο αριθμό των τριών, έπρεπε να περιλαμβάνει κάποιο από τα παραπάνω αντικείμενα, ήτοι προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία είτε αντλητικών συγκροτημάτων είτε ρυθμιστών στροφών είτε λογισμικού SCADA (Supervisory Control and Data Acquisition) σε εφαρμογές υδάτων. Κρίσιμο προσδιοριστικό χαρακτηριστικό των συστημάτων SCADA, όπως προκύπτει από τα διδάγματα της κοινής πείρας και τους ισχυρισμούς τόσο του αναθέτοντος, όσο και του προσφεύγοντος, είναι ότι αποτελούν συστήματα λογισμικού και υλισμικού, με στόχο τη μέσω τοπικών σταθμών ελέγχου συλλογή δεδομένων και την αναμετάδοση τους σε κεντρικό σταθμό εργασίας, όπου τα δεδομένα παρακολουθούνται, συγκεντρώνονται, αρχειοθετούνται και τυγχάνουν επεξεργασίας, επιτρέποντας στον χειριστή τον σε πραγματικό χρόνο εντοπισμό προβλημάτων λειτουργίας στο παρακολουθούμενο από το σύστημα, μηχανισμό. Περαιτέρω, και μεν κατά το στάδιο προκαταρκτικής απόδειξης δεν απαιτείτο καταρχήν να υποβληθεί η ίδια η σύμβαση ή βεβαίωση καλής εκτέλεσης, αλλά απλώς να δηλωθεί η ύπαρξη της με τον τίτλο της, ουδόλως

όμως ο αναθέτων εμποδιζόταν, όπως και έπραξε να ζητήσει στοιχεία περί αυτής, ώστε να διαγνώσει την παραδεκτή επίκλησή της, σύμφωνα και με τον όρο 3.1.1 της διακήρυξης και το άρθρ. 79 παρ. 5 εδ. α' Ν. 4412/2016, κατά παραπομπή από το άρθρ. 308 παρ. 1. ως και με το άρθρ. 310 Ν. 4412/2016. Ο δε προσφεύγων συμφώνως με την κλήση του για διευκρίνιση μεταξύ άλλων και του αντικειμένου των επικληθεισών συμβάσεών του, υπέβαλε με τις από 26-9-2018 διευκρινίσεις του, την από 8-10-2015 σύμβασή του με τη και την οικεία βεβαίωση καλής εκτέλεσης και λειτουργίας συστήματος ελέγχου ποιότητας πόσιμου νερού των και, από την οποία προκύπτει ότι παρέδωσε 7 Τοπικούς Σταθμούς Ελέγχους και εξοπλισμό επικοινωνίας μέσω GSM MODEM με κεντρικό σταθμό. Δεν προκύπτει όμως ότι παρέδωσε και έθεσε σε λειτουργία οιοδήποτε είδους λογισμικό όπως απαιτείτο για την πλήρωση των όρων προσμέτρησης της σύμβασης στην εμπειρία του ούτε αναφέρεται οτιδήποτε περί κεντρικού σταθμού ελέγχου ή προγραμμάτων επεξεργασίας ή παρακολούθησης δεδομένων, εντοπισμού προβλημάτων, αρχειοθέτησης και διαδραστικής επικοινωνίας κεντρικού σταθμού με τοπικούς. Περαιτέρω, το ότι δια του κεντρικού σταθμού της ενδέχεται να εκτελούνται λειτουργίες SCADA, πράγμα που δεν προκύπτει πάντως με βεβαιότητα, δεν σημαίνει ότι ο προσφεύγων εγκατέστησε λογισμικό SCADA. Ο δε προσφεύγων είχε κάθε δυνατότητα, καλούμενος για διευκρινίσεις, να αποδείξει ότι η σύμβαση αυτή αφορούσε εγκατάσταση ή θέση σε λειτουργία λογισμικού SCADA, πλην όμως δεν προέκυψε αυτό ούτε από τις διευκρινίσεις που παρείχε. Εξάλλου, η σύμβαση δεν αφορά κανένα άλλο από τα πεδία για τα οποία ζητείτο η προηγούμενη εμπειρία, αφού δεν σχετίζεται ούτε με αντλίες ούτε με ρυθμιστές στροφών. Επομένως, ο τρίτος ισχυρισμός του πρώτου λόγου της προσφυγής, όπως και ο πρώτος λόγος της προσφυγής, βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη, στο σύνολο του, πρέπει να απορριφθούν.

9. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η απόδειξη δέσμευσης του τρίτου οικονομικού φορέα να διαθέσει στον προσφέροντα τις ιδιότητες που αφορούν τα κριτήρια επιλογής επί των οποίων

του παρέχει στήριξη συνιστά εκ του άρ. 2.2.9.2 παρ. Β9 και 3.2 της διακήρυξης και συμφώνως και με τα άρ. 308 παρ.1 που παραπέμπει στο άρ. 80 παρ. 1 Ν. 4412/2016, δικαιολογητικό κατακύρωσης, ενώ σε επίπεδο προκαταρκτικής απόδειξης, ήτοι ήδη με την προσφορά, για την παραδεκτή επίκληση στήριξης σε ικανότητες τρίτου, αρκεί η υποβολή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του προσφέροντος με δήλωση τέτοιας στήριξης και η υποβολή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ του τρίτου οικονομικού φορέα με συμπλήρωση των πεδίων περί λόγων αποκλεισμού και ειδικώς των κριτηρίων επιλογής, επί των οποίων παρέχεται η στήριξη (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96/2017, 30, 237, 1141/2018). Άρα, εξ αρχής καμία υποχρέωση υποβολής σχετικών αποδεικτικών εγγράφων ως προς τη διάθεση των πόρων του τρίτου, δεν είχε ο προσωρινός ανάδοχος κατά το στάδιο υποβολής προσφοράς του, αλλά τα οικεία έγγραφα αρκούσε το πρώτον να προσκομιστούν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Επομένως, εσφαλμένα δεν ελήφθη υπόψη στο στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, η στήριξη του προσφεύγοντος σε τρίτο οικονομικό φορέα, επί τη βάση επικαλούμενων από τον αναθέτοντα ελλείψεων της δήλωσης διάθεσης πόρων του τρίτου προς τον προσωρινό ανάδοχο, στοιχείο που ανήκει στον όρο 2.2.9.2 και απλώς προσκομίστηκε προώρως. Τούτο δεν σημαίνει ότι ο αναθέτων δεν δύνατο να κρίνει τις ελλείψεις αυτές κατά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, όμως δεν δύνατο να το πράξει κατά το στάδιο αξιολόγησης προσφορών, αφού οι όποιες τυχόν προκύπτουσες ελλείψεις επί του περιεχομένου των οικείων εγγράφων, μπορούν να αποδειχθούν ως μη συντρέχουσες με έτερο επίκαιρο έγγραφο, ήτοι με την προσκόμιση του στο στάδιο στο οποίο υπάγεται, δηλαδή προ της κατακύρωσης. Επομένως, εξ αρχής δεν δύνατο να συγκροτηθεί λόγος αποκλεισμού της προσφοράς κατά το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής, ασχέτως δε αν η οικεία αιτιολογία του αναθέτοντος περί ελλείψεων των οικείων εγγράφων είναι τυχόν ορθή. Εξάλλου, ακόμη και κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β9, αυτό που προβλέφθηκε ως σχετικό δικαιολογητικό κατακύρωσης ως προς τη στήριξη σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα, *“ιδίως, σχετική έγγραφη δέσμευση των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό (π.χ. Ιδιωτικό Συμφωνητικό κτλ)”*. Συνεπώς, ο όρος έχει όλως ενδεικτικό περιεχόμενο και επομένως κανένα

ελάχιστο δεσμευτικό περιεχόμενο, με αποτέλεσμα να αρκεί οποιουδήποτε είδους έγγραφο, το οποίο απλώς αποδεικνύει ότι ο προσφεύγων θα έχει στη διάθεσή του, τους αναγκαίους πόρους, ακόμη και υπό τη μορφή υπεύθυνης δήλωσης (Απόφαση ΑΕΠΠ 30/2018). Επομένως, μη νομίμως δεν ελήφθη υπόψη η εμπειρία του τρίτου οικονομικού φορέα, όσον αφορά τα παραπάνω σκέλη της αιτιολογίας του αναθέτοντος. Πλην όμως, ο όρος 2.2.8 της διακήρυξης, συμφώνως και με το άρ. 307 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4412/2016, εκτός των άλλων προβλέπει ότι *“όσον αφορά τα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες”*. Τούτο είχε την έννοια ότι εφόσον οι προσφέροντες επικαλούνταν στήριξη σε ικανότητες τρίτου, μεταξύ άλλων και επί της εμπειρίας εκτέλεσης της σύμβασης, όπως εν προκειμένω, οφείλουν να αναθέτουν τμήμα των εργασιών της σύμβασης σε αυτούς, ήτοι να δηλώνουν αυτούς και ως υπεργολάβους με την προσφορά τους. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση δική του, όσο και του τρίτου οικονομικού φορέα, οι οποίες δηλώσεις συνυποβλήθηκαν με το και επομένως παραδεκτώς συνιστούν παραδεκτό συμπλήρωμα του, με τις οποίες ο τρίτος αναλαμβάνει να παρέχει την εμπειρία του και τις υπηρεσίες του όσον αφορά το συμβατικό αντικείμενο, προκειμένου να εκτελεστεί απρόσκοπτα η σύμβαση, ο δε προσφεύγων αποδέχεται την εμπειρία και τις υπηρεσίες αυτές, προκειμένου να εκτελεστεί απρόσκοπτα η σύμβαση. Κατ' αποτέλεσμα, από τα ως άνω έγγραφα προέκυπτε δέσμευση διάθεσης εκ μέρους του τρίτου της ίδιας εμπλοκής του στην εκτέλεση της σύμβασης. Και ναι μεν οι συγκεκριμένες εργασίες που ειδικώς θα αναλάβει δεν προσδιορίζονται στα ως άνω έγγραφα, πλην όμως ουδόλως ο ως άνω όρος της διακήρυξης προέβλεπε ρητή αναφορά των εργασιών αυτών ούτε αυτό προέκυπτε από τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β9, όπως εσφαλμένα επικαλείται ο αναθέτων, ο οποίος περαιτέρω, αλυσιτελώς επικαλείται και αντίστοιχα έγγραφα της και ενωσιακή νομολογία, περί απόδειξης διάθεσης πόρων. Και τούτο διότι πρώτον, οι οικείες αποδείξεις, όπως

προαναφέρθηκε υπάγονται στο στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης και δεύτερον, αφορούν την απόδειξη δέσμευσης, η οποία επέρχεται παραδεκτως, όταν το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης δεν επιβάλλει κάτι διαφορετικό και από υπεύθυνη δήλωση, τρίτον, δεν αφορούν το ειδικότερο ζήτημα της ανάλυσης εργασιών και τέταρτον, στην περίπτωση που το κριτήριο επιλογής επί του οποίου παρέχεται η στήριξη είναι προηγούμενη εμπειρία (και όχι τυχόν κάποια τεχνικά μέσα), η εκ μέρους του τρίτου διάθεση ικανοτήτων, ταυτίζεται με την ίδια εκ μέρους του εκτέλεση εργασιών του συμβατικού αντικειμένου, η οποία πάντως δηλώνεται ότι θα λάβει χώρα από τον τρίτο, χωρίς να απαιτείται να εξειδικευθούν κατ' είδος οι εργασίες αυτές. Είναι άλλο το ζήτημα, ότι εφόσον ο ως άνω τρίτος οικονομικός φορέας απασχοληθεί κατά την εκτέλεση, καθίσταται και υπεργολάβος (η ιδιότητα του οποίου δύναται να συντρέχει με αυτή του παρέχοντος στήριξη τρίτου, βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018), οπότε δεν αρκούσε να λάβει χώρα απλή δήλωση ότι θα αναλάβει την εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, αλλά περαιτέρω, και κατά τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης, συμφώνως με το άρ. 287 Ν. 4412/2016, έπρεπε να λάβει χώρα και μνεία του ποσοστού του συμβατικού αντικειμένου που θα αφορά η οικεία υπεργολαβία (και όχι ανάλυση κατ' είδος των εργασιών αυτών), όπως ζητείτο να απαντηθεί στο ερώτημα 10 της Ενότητας Γ του Μέρους IV του, το οποίο ο προσφεύγων άφησε αναπάντητο και ενώ το παραπάνω ζήτημα δεν προκύπτει ούτε από την οικεία υπεύθυνη δήλωση ή την τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος. Πλην όμως, ο αναθέτων δεν απέκλεισε τον προσφεύγοντα για αυτόν τον συγκεκριμένο λόγο ούτε επικαλείται κάτι τέτοιο με τη συμπληρωματική αιτιολογία που παρείχε με τις Απόψεις του και επομένως, δεν είναι δυνατόν η ΑΕΠΠ να εξέλθει του πεδίου ελέγχου της, που αφορά αποκλειστικά τις προβληθείσες από τον αναθέτοντα αιτιολογίες, χωρίς δυνατότητά της να προσθέσει νέες βάσεις αποκλεισμού και νέες νομικές αιτιολογίες στην ήδη προσβαλλομένη, η οποία εν προκειμένω εσφαλμένα βασίστηκε στις διατάξεις που επικλήθηκε ο αναθέτων. Επομένως και κατ' αποδοχή του δεύτερου λόγου της προσφυγής, εσφαλμένα ο αναθέτων και δη κατ' εσφαλμένη αιτιολογία, παρέλειψε να προσμετρήσει την ως άνω εμπειρία

του τρίτου οικονομικού φορέα σε αυτήν του προσφεύγοντος, ως προς την πλήρωση του οικείου κριτηρίου επιλογής. Κατ' αποτέλεσμα, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτό το σκέλος της προσφυγής με την οποία ο προσφεύγων βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς του. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος και κατά παράνομη παράλειψη λήψης υπόψη των συμβάσεων του τρίτου οικονομικού φορέα τη στήριξη του οποίου επικαλείται ο προσφεύγων, έκρινε τον τελευταίο αποκλειστέο, ήδη από το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής. Να αναπεμφθεί η υπόθεση στον αναθέτοντα, προκειμένου αυτός, επανερχόμενος στο στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, να λάβει υπόψη του και να αξιολογήσει ως προς την πλήρωση των όρων της διακήρυξης, τις προηγούμενες συμβάσεις που δηλώνονται στο του τρίτου οικονομικού φορέα, τη στήριξη του οποίου επικλήθηκε ο προσφεύγων.

10. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής και ασχέτως αν προβάλλεται κατ' επίκληση του ενιαίου μέτρου κρίσης ή του ευλόγου συμφέροντος του προσφεύγοντος ως μη οριστικώς αποκλεισθέντος να αμφισβητήσει την αποδοχή του μόνου έτερου αποδεκτού συνδιαγωνιζομένου του ή του αντιστοίχου εννόμου συμφέροντος του όπως επιδιώξει τον αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος ως μη αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος (δεδομένου ότι κατ' αποδοχή του πρώτου σκέλους της προσφυγής του, ακυρώθηκε ο αποκλεισμός του και η υπόθεση επανέρχεται στο στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής του, βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη), αφού ήδη κρίθηκε ότι δεν χρειάζεται η συνδρομή των προϋποθέσεων του ενιαίου μέτρου κρίσης εν προκειμένω για την εξέταση του δεύτερου σκέλους της προσφυγής και δε ανεξαρτήτως εκβάσεως επί του πρώτου σκέλους της, βλ. ανωτέρω σκ. 5, προκύπτουν τα ακόλουθα. Όπως και ο ίδιος ο προσφεύγων επικαλείται στην προσφυγή του, η 2^η, 3^η και 4^η σύμβαση που επικαλείται ο παρεμβαίνων προς στοιχειοθέτηση της εμπειρίας του αφορούν την προμήθεια και εγκατάσταση inverters, σε εγκαταστάσεις βιολογικού καθαρισμού και επεξεργασίας λυμάτων. Όπως ήδη προαναφέρθηκε στην ανωτέρω σκ. 6, ρητά ο αναθέτων είχε διευκρινίσει προ της λήξης υποβολής προσφορών ότι

προηγούμενες συμβάσεις που αφορούν *αντλιοστάσια ακαθάρτων υδάτων (ομβρίων και λυμάτων) καθώς και εγκαταστάσεις επεξεργασίας λυμάτων*» είναι αποδεκτές. Επομένως, ο αντίστοιχος ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί του ότι οι συμβάσεις αυτές δεν είναι «συγκεκριμένου τύπου» κατά την έννοια του όρου 2.2.6 της διακήρυξης είναι αβάσιμος, ενώ αντίστοιχα δεν υφίσταται καμία ταυτότητα για τη μη λήψη υπόψη υπέρ του προσφεύγοντος των δικών του συμβάσεων (1^η, 2^η, 5^η και 6^η κατά σειρά δήλωσής τους), αφού η 1^η δεν ελήφθη υπόψη επειδή κατόπιν εκτίμησης του περιεχομένου της κρίθηκε ως μη υπαγόμενη στον ζητούμενο «συγκεκριμένο τύπο», η 2^η δεν ελήφθη υπόψη ως μη εκτελεσθείσα εντός της προηγούμενης τριετίας, η 5^η διότι καίτοι του ζητήθηκαν διευκρινίσεις ως προς τον χρόνο εκτέλεσης και την κατανομή της αξίας της σε αντικείμενα σχετικά με την προκείμενη διαδικασία ώστε να κριθεί η πλήρωση του όρου ελάχιστης αξίας, δεν τις προσκόμισε, η δε 6^η δεν ελήφθη υπόψη λόγω μικρότερης αξίας από την απαιτούμενη και μη εκτέλεσής της κατά την προηγούμενη τριετία. Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων προβαίνει σε ερμηνείες του αληθούς σκοπού της ζήτησης των προηγούμενων συμβάσεων και του αντικειμένου που αυτές θα έπρεπε να έχουν, αφού καταλήγουν αντίθετες με το περιεχόμενο των ως άνω διευκρινίσεων που ενσωματώθηκαν στο ανεπιφύλακτα αποδεκτό από τον προσφεύγοντα, κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας. Περαιτέρω, ο όλος ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί του ότι ελήφθη υπόψη και η 1^η σύμβαση του παρεμβαίνοντος, αλυσιτελώς προβάλλεται αφού νομίμως ελήφθησαν υπόψη οι άλλες 3 ούτως ή άλλως και αυτές αρκούν για το παραδεκτό της προσφοράς του παρεμβαίνοντος κατά τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης. Εξάλλου, η 3^η επικληθείσα από τον παρεμβαίνοντα σύμβαση, που αφορά εγκατάσταση επεξεργασίας λυμάτων Λειανοκλαδίου-Υπάτης, περιλαμβάνει κατασκευή αντλιοστασίων και εγκατάσταση αίθουσας κεντρικού ελέγχου μέσω SCADA, μαζί με θέση σε λειτουργία της όλης μονάδας και δοκιμαστικής λειτουργίας της, όπως προκύπτει ρητά από την οικεία βεβαίωση, η δε 4^η επικληθείσα σύμβαση αφορά εγκατάσταση επεξεργασίας λυμάτων, που πάλι περιλαμβάνει κατασκευές αντλιοστασίων και αίθουσας κεντρικού ελέγχου μέσω SCADA, μαζί με θέση σε λειτουργία της όλης

μονάδας και δοκιμαστικής λειτουργίας της, όπως προκύπτει από την αντίστοιχη βεβαίωση. Η δε 2^η κατά σειρά επικληθείσα σύμβαση, για την οποία βλ. και κατωτέρω, αφορούσε την προμήθεια και εγκατάσταση ρυθμιστών συχνότητας (inverters) στη θέση Συνεπώς, και οι 3 ως άνω συμβάσεις είναι όλως σχετικές με το προκείμενο αντικείμενο και αφορούν τα προβλεπόμενα στον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, επομένως παραδεκτώς προσμετρήθηκαν στην απαιτούμενη εμπειρία του παρεμβαίνοντος και μόνες τους, αρκούν για την πλήρωση του ως άνω κριτηρίου επιλογής. Επιπλέον, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι η προσβαλλόμενη εμπεριέχει μεταστροφή της θέσης της ως προς την αποδοχή της παραπάνω σύμβασης και λαμβάνει υπόψη την 1^η σύμβαση του παρεμβαίνοντος είναι αβάσιμος, διότι ρητά η προσβαλλόμενη σημείωση τη μη λήψη υπόψη της σύμβασης αυτής στο σημείο της περί αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και περαιτέρω, στο σημείο της περί αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ανέφερε ότι προσκομίστηκαν προσηκόντως, ήτοι τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά, πράγμα που έχει την έννοια ότι ο παρεμβαίνων πληρούσε το κριτήριο επιλογής 2.2.6, όπως όντως συμβαίνει, βάσει των άλλων 3 ληφθεισών υπόψη συμβάσεων του που αρκούσαν για την πλήρωσή του και όχι ότι τυχόν ελήφθη υπόψη υπέρ του η συγκεκριμένη 1^η σύμβαση. Επιπλέον, όπως ήδη αναφέρθηκε στην ανωτέρω σκ. 8, κατά την υποβολή της προσφοράς, δεν απαιτείτο καταρχήν να υποβληθεί η ίδια η σύμβαση ή βεβαίωση καλής εκτέλεσης, αλλά απλώς να δηλωθεί η ύπαρξη της με τον τίτλο της στο, ουδόλως όμως ο αναθέτων εμποδιζόταν, όπως και έπραξε να ζητήσει στοιχεία περί αυτής, ώστε να διαγνώσει την παραδεκτή επίκλησή της, σύμφωνα και με τον όρο 3.1.1 της διακήρυξης και το άρ. 79 παρ. 5 εδ. α' Ν. 4412/2016, κατά παραπομπή από το άρ. 308 παρ. 1. ως και με το άρ. 310 Ν. 4412/2016, όπως έπραξε και για τον προσφεύγοντα και για τον παρεμβαίνοντα. Ο δε λόγος για τον οποίο κρίθηκε ως μη λαμβανόμενη υπόψη η σύμβαση 1 του προσφεύγοντος δεν ήταν επειδή δεν ανέλυσε στο το αντικείμενό της, αλλά διότι, αφού το διευκρίνισε μετά από διευκρινίσεις που του ζητήθηκαν και κατ' εκτίμηση των εγγράφων που ο ίδιος προσκόμισε, κρίθηκε και ορθά κατά τα

ανωτέρω, ότι δεν αφορά κανένα από τα αντικείμενα που δύναται να έχει κατά τη διακήρυξη η σύμβαση αυτή, ώστε να τύχει παραδεκτής επίκλησης. Εξάλλου, δεν προκύπτει καμία παράβαση όρου περί του περιεχομένου των εγγράφων που όφειλε να προσκομίσει ο παρεμβαίνων με την προσφορά του, αφού δήλωσε την οικεία σύμβαση με αρ. 2, στο του, για την εγκατάσταση ρυθμιστών συχνότητας (inverters) στο κεντρικό αντλιοστάσιο βιολογικού καθαρισμού στα, ενώ η προσκόμιση των συμβάσεων και των βεβαιώσεων εκτέλεσης συνιστούσε κατά τον όρο 2.2.9.2 παρ. Β4 αντικείμενο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι της προσφοράς. Αφού δεν υπήρχε εξαρχής έλλειψη απαιτούμενου στοιχείου, δεν ήταν απαράδεκτες ούτε οι ζητηθείσες διευκρινίσεις και η αποδοχή της προσκόμισης των συμβάσεων και των βεβαιώσεων εκτέλεσης με αυτές. Επιπλέον, ο παρεμβαίνων αρκούσε να παραθέσει στο του τον τίτλο της σύμβασης, το δε γεγονός ότι δεν αναφερόταν η ισχύς του οικείου ρυθμιστή στροφών δεν επαγόταν έλλειψη της προσφοράς του, αλλά αν τυχόν όντως δεν καλυπτόταν η οικεία απαίτηση ελάχιστης ισχύος, ο αναθέτων καταρχήν θα τον απέκλειε κατά το επίκαιρο οικείο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τούτο δεν εμπόδιζε πάντως τον αναθέτοντα να ζητήσει διευκρινίσεις ήδη από το στάδιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, ώστε να λήξει εκ των προτέρων κάθε σχετικό ζήτημα περί παραδεκτού ή μη των συμβάσεων του παρεμβαίνοντος. Ήτοι, ο αναθέτων ναι μεν είχε την ευχέρεια, όπως και την άσκησε, να ζητήσει πλήρη και οριστική απόδειξη ήδη από το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής, πλην όμως αυτό δεν σημαίνει ότι ο τηρήσας τις απαιτήσεις της προκαταρκτικής απόδειξης, παρεμβαίνων, ήταν τυχόν αποκλειστέος για τον λόγο ότι δεν απέδειξε από μόνος του προώρως ζήτημα που αποδεικτικά καταρχήν θα άνηκε σε επόμενο στάδιο της διαδικασίας. Περαιτέρω, ακριβώς αφού δεν υπήρχε εξαρχής υποχρέωση υποβολής βεβαιώσεων εκτέλεσης κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς δεν ήταν εξαρχής δυνατός ο αποκλεισμός του παρεμβαίνοντος, λόγω τυχόν πλημμέλειας τέτοιου εγγράφου που αποτελούσε δικαιολογητικό κατακύρωσης (όπως αντιστοίχως κρίθηκε και υπέρ του προσφεύγοντος, βλ. ανωτέρω σκ. 9), εκτός και αν εξ αυτής αποδεικνυόταν πέραν πάσης αμφιβολίας

και θετικά, η έλλειψη προσόντος που έπρεπε να συντρέχει κατ' άρ. 104 Ν. 4412/2016 ήδη κατά την υποβολή προσφοράς και εφόσον αυτή η έλλειψη δεν δύνατο να αρθεί με έτερο μεταγενέστερα υποβαλλόμενο και δη κατά το επίκαιρο περί αυτού στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 1141/2018 και πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017). Πλην όμως, εν προκειμένω, δεν αποδείχθηκε ότι τυχόν η σύμβαση που επικαλέστηκε ο παρεμβαίνων αφορούσε ρυθμιστή στροφών ισχύος κάτω των 200 KW, πράγμα που αν όντως αποδεικνυόταν θα δικαιολογούσε τον αποκλεισμό του ήδη από το στάδιο αξιολόγησης προσφορών και προ δικαιολογητικών κατακύρωσης. Αλλά, ο προσφεύγων επικαλείται ότι η προώρως υποβληθείσα βεβαίωση δεν ανέφερε ισχύ του ρυθμιστή και προσκομίστηκε με τις διευκρινίσεις, αλλά και πάλι πριν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, νέα βεβαίωση εκτέλεσης από τον οικείο ανάδοχο, τη γνησιότητα της οποίας δεν αμφισβητεί εξάλλου ούτε την ορθότητα του περιεχομένου της, η οποία ανέφερε και την ισχύ αυτή ως ανερχόμενη σε 200 KW, όπως και το ίδιο το σύστημα που εγκαταστάθηκε. Επομένως, η νέα βεβαίωση δεν αντέκρουσε την προηγούμενη ούτε το πρώτον απέδειξε τη σύμβαση ούτε συνιστά έγγραφο που απαιτείτο να προσκομιστεί με την προσφορά και για πρώτη φορά προσκομίστηκε με τις διευκρινίσεις, ενώ ακόμη και αν ζητείτο κατά την υποβολή προσφορών, απλώς εξειδικεύει και αναλύει προηγούμενο αντίστοιχο έγγραφο που υπεβλήθη με την προσφορά, ως προς το συγκεκριμένο σύστημα που εγκαταστάθηκε και την ισχύ του. Σημειωτέον δε, ότι δεδομένου ότι η βεβαίωση αυτή συνιστά δικαιολογητικό κατακύρωσης κατά τη διακήρυξη, το οποίο υπεβλήθη κατά τις διευκρινίσεις στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής προς αποσαφήνιση και συμπλήρωση ως προς συγκεκριμένο επιμέρους στοιχείο, άλλης προώρως υποβληθείσας βεβαίωσης, όχι μόνο δεν απαγορεύοταν η αποδοχή της προσφοράς με βάση την εξειδίκευση που προέκυψε από τη νέα βεβαίωση, αλλά εφαρμοστέα είναι και η διάταξη του άρ. 103 παρ. 2 Ν. 4412/2016, κατά παραπομπή από το άρθρο 315 Ν. 4412/2016, αφού πρόκειται για δικαιολογητικό κατακύρωσης, ασχέτως ότι αξιολογήθηκε εν τέλει στο πλαίσιο της αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, κατά την οποία διάταξη ο αναθέτων δεν έχει απλώς διακριτική

ευχέρεια, αλλά δεσμία αρμοδιότητα παροχής δυνατότητας συμπλήρωσης (“*Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ’ ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες.*”). Και τούτο, ενώ ακόμη και στην περίπτωση η παραπάνω βεβαίωση συνιστούσε δικαιολογητικό της προσφοράς, σε κάθε περίπτωση υπεβλήθη και απλώς δεν ανέφερε το στοιχείο της ισχύος του εγκατεστημένου συστήματος, ζήτημα εξάλλου για το οποίο δεν ευθύνεται ο παρεμβαίνων, ο οποίος δεν είναι ο εκδότης της βεβαίωσης, η οποία προέρχεται από αναθέτουσα αρχή, οπότε σε κάθε περίπτωση θα ήταν εφαρμοστέο το άρ. 310 παρ. 5 Ν. 4412/2016 περί δεσμίας αρμοδιότητας του αναθέτοντος προς κλήση του προσφέροντος για αποσαφήνιση επιμέρους στοιχείου της προσφοράς του. Εξάλλου, η βεβαίωση αυτή, δεδομένου ότι αναφέρεται σε γεγονότα που έχουν ούτως ή άλλως συντελεσθεί στο παρελθόν και επομένως εξ αντικειμένου αποδεικνύει, ανεξαρτήτως χρόνου έκδοσής της, προσόν που ανατρέχει σε χρόνο πριν την υποβολή της προσφοράς, όλως παραδεκτώς δύνατο κατ’ άρ. 104 Ν. 4412/2016 να έχει εκδοθεί το πρώτον ακόμη, κατά την προθεσμία προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τούτο δε πέραν του ότι αφού πρόκειται για δημόσια σύμβαση με αναθέτουσα αρχή, το αντικείμενό της σε κάθε περίπτωση ήταν δυνατό να εντοπιστεί από τον αναθέτοντα και δια ιδίων μέσων και επικοινωνιών, χωρίς καν διευκρινίσεις και το περιεχόμενο της είναι βέβαιο και προκύπτει από το σύνολο των εγγράφων της τότε διαδικασίας. Επομένως και σε κάθε περίπτωση, είναι απορριπτέος ο τρίτος λόγος της προσφυγής.

11. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο ισχυρισμό του τέταρτου λόγου της προσφυγής, η διακήρυξη και μεν όρισε στον όρο 7.5.5.3.1 ότι ο ρυθμιστής στροφών θα πρέπει να συμμορφώνεται με τα πρότυπα που απαιτούνται για τη σήμανση CE, αναφέροντας μια σειρά από πρότυπα, μεταξύ των οποίων και

πιστοποίηση κατά RoHS, πλην όμως δεν όρισε κανένα συγκεκριμένο μέσο που απαιτείτο να προσκομιστεί για απόδειξη τούτου, ήτοι περί συμμόρφωσης με το συγκεκριμένο πρότυπο, όπως το οικείο πιστοποιητικό. Τονίζεται πάντως, ότι το ζητούμενο ήταν το CE κατά τον όρο της διακήρυξης, τα δε επιμέρους πρότυπα που αναφέρονται, αφορούν τις προϋποθέσεις για τη στοιχειοθέτηση του CE. Και ναι μεν ο αναθέτων κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 κάλεσε για διευκρινίσεις ως προς την κάλυψη του ρυθμιστή στροφών με τέτοια πιστοποίηση, τούτο όμως δεν είχε την έννοια ότι τυχόν εξαρχής όφειλε ο παρεμβαίνων να προσκομίσει με την προσφορά του πιστοποιητικό, χωρίς αυτό να προκύπτει ρητά από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης. Εν τέλει και ασχέτως των αιτιολογιών που επικαλέστηκε ο αναθέτων, το οικείο αγαθό δεν δύναται να φέρει τέτοιο πιστοποιητικό ως συνολικό σύστημα όπως το ζητούσε η διακήρυξη, φέρει δε ως μεμονωμένο μέρος τέτοια πιστοποίηση, η οποία και προσκομίστηκε με τις διευκρινίσεις του παρεμβαίνοντος. Εξάλλου, ήδη με την προσφορά του ο παρεμβαίνων είχε υποβάλει υπεύθυνη δήλωση του κατασκευαστή που με σαφήνεια ανέφερε ότι το προϊόν εξαιρείται από την Οδηγία 2011/65/ΕΕ RoHS, υποβάλλοντας και το οικείο κείμενο της Οδηγίας και ως εκ τούτου, αλλά και τεχνικό φυλλάδιο όπου φαίνεται η σήμανση CE, όπως και την ίδια την απαιτούμενη σήμανση CE του ρυθμιστή. Επομένως, ο παρεμβαίνων απέδειξε εξαρχής την κατοχή του οικείου ζητούμενου προσόντος του CE, ήτοι σήμανσης ποιότητας διεπόμενης από κανόνες ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω με την προσφορά του επεξήγησε ότι για το CE του συγκεκριμένου προϊόντος, δεν απαιτείται κατά το ενωσιακό δίκαιο το πρότυπο RoHS. Με τις δε διευκρινίσεις απλώς επαναλήφθηκαν τα ανωτέρω και περαιτέρω προσκομίστηκε και πιστοποίηση RoHS (όχι αυτού καθαυτού του προσφερόμενου συστήματος, το οποίο είναι εγκατεστημένο ως μέρος ευρύτερου βιομηχανικού τύπου εξοπλισμού και ζητείται ως ενιαίο σύνολο και όχι ως επιμέρους απομονωμένο υλικό), αλλά του μεμονωμένου υλικού. Άρα, πρώτον, εξαρχής δεν υπήρχε απαίτηση για να προσκομιστεί πιστοποιητικό RoHS, δεύτερον, η αναφορά για αυτή την πιστοποίηση είχε τεθεί εσφαλμένα από τον αναθέτοντα, ως μνεία στοιχείου που συνθέτει το μόνο ζητούμενο, ήτοι το CE, το οποίο προσκομίστηκε

με την προσφορά. Τρίτον, και αυτή η μνεία ήταν εξαρχής εσφαλμένη και άνευ αντικειμένου, αφού το πρότυπο δεν είναι εφαρμόσιμο σε τέτοιο σύστημα, αλλά επί μεμονωμένων υλικών, που δεν ήταν όμως το προκείμενο ζητούμενο της διακήρυξης, με αποτέλεσμα η τήρηση του οικείου όρου, ακόμη και αν υπήρχε (που όμως, κατά τα ως άνω δεν υπήρχε), να είναι αδύνατη εξαρχής και επομένως μη δυνάμενη να συγκροτήσει λόγο αποκλεισμού (αφού δεν είναι δυνατόν να απαιτούνται τα αδύνατα), ενώ εξάλλου δεν εναπόκειται σε κάποια τυχόν τεχνική κρίση ή διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος να θεσπίσει τις προϋποθέσεις για κτήση CE (και επομένως, ο αναθέτων δεν δύναται να μη δεχτεί τέτοια σήμανση επί τη βάσει εσφαλμένης κρίσης του ως προς τις περί αυτού προϋποθέσεις περί συμπληρωματικού προτύπου), οι οποίες ορίζονται εκ του νόμου αναλόγως του προϊόντος και συνεπώς, δεν είναι δυνατόν η ως άνω αναφορά στην πιστοποίηση αυτή να έχει την έννοια απαίτησης ως προς την κτήση CE, διαφορετική από αυτή που ορίζει η διέπουσα τη ζητούμενη από τη διακήρυξη αυτή σήμανση, νομοθεσία. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα η αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος να μη συνιστά μεταβολή των απαιτήσεων της διακήρυξης (οι οποίες πάντως δεν όριζαν ούτε υποχρέωση για προσκόμιση RoHS ούτε για αυτή καθαυτή κατοχή RoHS, αλλά το ονομάτιζαν ως στοιχείο που συγκροτεί το CE και τούτο εσφαλμένα). Τέταρτον, παρότι τα ως άνω αφορούσαν το ενιαίο υπό προμήθεια σύστημα και όχι επιμέρους υλικό του, καθώς το τελευταίο δεν συνιστούσε το αντικείμενο της προκείμενης διαδικασίας ως και της ως άνω απαίτησης, ο παρεμβαίνων προσκόμισε την πιστοποίηση RoHS για το επιμέρους υλικό καίτοι ούτε απαιτείτο ούτε αφορούσε το αντικείμενο της προμήθειας και της ζητούμενης σήμανσης CE, ενώ εξάλλου ήδη με την προσφορά του είχε λάβει κάθε μέτρο άκρας επιμέλειας, ώστε να αποσαφηνίσει εκ των προτέρων το ότι το CE του προσφερόμενου συστήματος δεν σχετιζόταν κατά νόμο με την πιστοποίηση με RoHS, που δύνατο να αφορά μόνο μεμονωμένα υλικά, τα οποία όμως δεν συνιστούσαν το αντικείμενο της απαίτησης της διακήρυξης. Επομένως, ουδεμία πλημμέλεια υφίστατο στην προσφορά του παρεμβαίνοντος ούτε εκρίθη ως αποδεκτός βάσει του μη απαιτούμενου και εκ περισσού προσκομισθέντος για επιμέρους υλικό

πιστοποιητικού RoHS, δια των διευκρινίσεων, ενώ εξαρχής πληρούσε τα ζητούμενα της διακήρυξης με την προσφορά του και τη δι' αυτής προσκομισθείσα σήμανσης CE και των οικείων τεχνικών φυλλαδίων κατασκευαστή για το προσφερόμενο ενιαίο, όπως ζητείτο, σύστημα. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος ισχυρισμός του τέταρτου λόγου της προσφυγής.

12. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο ισχυρισμό του τέταρτου λόγου της προσφυγής, ο όρος 7.5.4.2 της διακήρυξης όρισε ότι η αντλία πρέπει να είναι κατάλληλη για πόσιμο νερό, ουδόλως όμως απαίτησε την προσκόμιση συγκεκριμένου πιστοποιητικού όπως αυτό που επικαλείται ο προσφεύγων. Εξάλλου, ο παρεμβαίνων με την προσφορά του υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση του προμηθευτή (ήτοι αυτού που πωλεί στον παρεμβαίνοντα) εξοπλισμού αντλιών, με την οποία βεβαιώνεται η εγκατάστασή του σε αντλιοστάσια μεταξύ άλλων και της και της, όπου προφανώς αφορά πόσιμο νερό, ενώ σε κάθε περίπτωση δεν ζητείτο οτιδήποτε συγκεκριμένο ή ειδικό προς πλήρωση της παραπάνω περιγραφής του εξοπλισμού κατά τη διακήρυξη. Αντίστοιχα, όσον αφορά τον τρίτο ισχυρισμό του ίδιου λόγου, ουδόλως ο όρος 7.5.6 απαίτησε ειδική πανηγυρική δήλωση ότι θα εκτελεστούν οι υπηρεσίες του συμβατικού αντικειμένου ούτε απαιτήθηκε τυχόν να αντιγραφεί το περιεχόμενο του όρου σε ειδικό έγγραφο ή εν γένει να υποβληθεί συγκεκριμένο στοιχείο προς απόδειξη της δέσμευσης του προσφέροντος να εκτελέσει τη σύμβαση, η οποία εξάλλου εξυπακούεται από τη συμμετοχή του στη διαδικασία με το οικείο κανονιστικό περιεχόμενο. Περαιτέρω, όσον αφορά τον τέταρτο ισχυρισμό του τέταρτου λόγου της προσφυγής, ουδόλως απαιτήθηκε να υποβληθεί «αμφιμερής δέσμευση» μεταξύ προσφέροντος ο προμηθευτής των αγαθών που θα εγκατασταθούν από τον τελευταίο, όσα δε ο προσφεύγων ισχυρίζεται σχετικώς, δεν ευρίσκουν κανένα έρεισμα στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και αποτελούν εκ μέρους του δημιουργική επέκταση του τελευταίου, ενώ εξάλλου και κατά την κοινή λογική, η ίδια η δέσμευση του προμηθευτή περί του ότι θα προμηθεύσει το αγαθό στον προσφέροντα, συνιστά επαρκή

δέσμευση και διασφάλιση κατά το στάδιο υποβολής προσφορών, χωρίς να χρειάζεται αποδοχή (εκ μέρους του ίδιου του προσφέροντος, δηλαδή του υποβάλλοντος τη δήλωση του προμηθευτή του) της δήλωσης αυτής ώστε να παράγεται το όποιο αποδεικτικό αποτέλεσμα. Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων αντιπαραβάλλει το ζήτημα αυτό με το θέμα της εκ μέρους του απόδειξης διάθεσης πόρων από τον τρίτο οικονομικό φορέα που τον στηρίζει, προεχόντως διότι ο προμηθευτής των προσφερόμενων αγαθών δεν συνιστά τρίτο οικονομικό φορέα που παρέχει στήριξη προς πλήρωση των κριτηρίων επιλογής (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018). Επομένως, πρέπει να απορριφθούν ο δεύτερος, τρίτος και τέταρτος ισχυρισμός του τέταρτου λόγου της προσφυγής, ως και, βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη και εκεί απόρριψη και του πρώτου οικείου ισχυρισμού, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής εν όλω. Συνεπεία δε της απόρριψης του συνόλου των ισχυρισμών του προσφεύγοντος κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, πρέπει να απορριφθεί εν όλω το σκέλος της προσφυγής του που στρέφεται κατ' αυτής.

13. Επειδή, ύστερα από τα ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει η Προδικαστική Προσφυγή και δη καθ' ο μέρος βάλλει κατά του αποκλεισμού του προσφεύγοντος. Να γίνει εν μέρει δεκτή η Παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η Προσφυγή, ήτοι κατά το σκέλος της με το οποίο βάλλει κατά της αποδοχής του παρεμβαίνοντος. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε τον προσφεύγοντα ως αποκλειστέο, κατά παράλειψη λήψης υπόψη των συμβάσεων που επικλήθηκε ως στοιχείο στήριξης από τον εξ αυτού επικληθέντα τρίτο οικονομικό φορέα, για την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής 2.2.6. Να αναπεμφθεί η υπόθεση στον αναθέτοντα, ώστε επανερχόμενος στο στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, να επαναλάβει την αξιολόγηση της αποδοχής της προσφοράς του προσφεύγοντος, με λήψη υπόψη των ως άνω συμβάσεων, προς άρση της ανωτέρω παράλειψης (βλ. και σκ. 9 ανωτέρω).

14. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 700,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την καθ' ο μέρος κρίθηκε ο προσφεύγων ως αποκλειστέος κατά παράλειψη όσων αναφέρονται στην ανωτέρω σκ. 13, ως και τη σκ. 9.

Αναπέμπει στον αναθέτοντα προκειμένου αυτός να προβεί σε όσα αναφέρονται στην ανωτέρω σκ. 13, ως και τη σκ. 9.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 700,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ ΓΡΥΠΑΡΗΣ