

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 1.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 90/1.02.2018 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Ελευσίνας (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει, όπως ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί η με αριθμό 154/23.01.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ελευσίνας, με την οποία εγκρίθηκε το αριθμ. 1/12.01.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών Προμηθειών, που αφορά στην αποσφράγιση και αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών. Η προσβαλλόμενη πράξη εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια Φυτοπαθολογικού Υλικού» (Διακήρυξη με αρ. πρωτ. οικ. 24286/27.11.2017, που έλαβε Α.Δ.Α.Μ: 17PROC002338779 2017-12-01), συνολικού προϋπολογισμού €73.793,78 με Φ.Π.Α. 13% ή 24%, ανάλογα των προμηθευόμενων ειδών (€62.970,00 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή), όπως προδιαγράφεται στη με αριθμό 151/2017 Τεχνική Περιγραφή της Δ/νσης Καθαριότητας Ανακύκλωσης Περιβάλλοντος και Πρασίνου (Συστημικός Αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: 50232). Περαιτέρω, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται, όπως ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί η ως άνω Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, κατά το σκέλος που κήρυξε άγονο

τον υπόψη Διαγωνισμό και έκανε δεκτή την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση. Επισημαίνεται ότι, στον επίμαχο Διαγωνισμό υποβλήθηκε εμπρόθεσμα μία μόνο προσφορά: η με αριθμό 83833 προσφορά της προσφεύγουσας εταιρίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. 18879512895804020078 ποσού €600,00 αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την από 1.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/90, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, διεθνούς, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού €62.970,00 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017

(Α΄ 116), δεδομένου ότι η έναρξη της αντίστοιχης διαγωνιστικής διαδικασίας εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (β) του Κανονισμού, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή έχουσα άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, με συνέπεια να υφίσταται βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, επειδή, με τη με αριθμό 154/23.01.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ελευσίνας – με την οποία εγκρίθηκε το αριθμ. 1/12.01.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών Προμηθειών – απορρίφθηκε παράνομα και αυθαίρετα (όπως ισχυρίζεται), η υπ' αριθμ. 83833 προσφορά της, παρότι πληροί τους όρους της Διακήρυξης και αποκλείστηκε από το επόμενο στάδιο του υπόψη Διαγωνισμού («άνοιγμα οικονομικών προσφορών»), κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας και της θεμελιώδους αρχής της αναλογικότητας.

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016: «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. [...]» (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη

31, ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000, Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61, ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45).

7. Επειδή, στο άρθρο 32 «Προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση» (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται για δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών σε οποιαδήποτε από τις κατωτέρω περιπτώσεις: α) εάν, ύστερα από ανοικτή ή κλειστή διαδικασία είτε δεν υποβλήθηκε καμία προσφορά ή αίτηση συμμετοχής είτε καμία από τις υποβληθείσες προσφορές ή αιτήσεις συμμετοχής δεν είναι κατάλληλη, εφόσον δεν έχουν τροποποιηθεί ουσιαδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης και με την προϋπόθεση ότι διαβιβάζεται σχετική έκθεση στην Επιτροπή μετά από αίτημά της: Μη κατάλληλη θεωρείται μία προσφορά όταν είναι άσχετη με τη σύμβαση και αδυνατεί προδήλως, χωρίς να τροποποιηθεί ουσιαστικά, να ανταποκριθεί στις ανάγκες και τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όπως προσδιορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. Μη κατάλληλη θεωρείται μία αίτηση συμμετοχής, όταν στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα συντρέχει υποχρεωτικός ή δυνητικός λόγος αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 73 ή όταν αυτός δεν πληροί τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής που έχει θέσει η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77.

8. Επειδή, στο άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) παράγραφοι 1 και 4 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις

εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. [...] «4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. 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.

9. Επειδή, στο άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφοι 1 και 4 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82.» [...] 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται

στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών».

10. Επειδή, στο άρθρο 104 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής» (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ΄ της παρ. 3 του άρθρου 105 [...]».

11. Επειδή στο άρθρο 221 («Όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων»), παρ. 11 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, πέραν των οριζόμενων στην παράγραφο 1, ισχύουν και τα ακόλουθα: α) [...], β) Για την παρακολούθηση και την παραλαβή της σύμβασης προμήθειας συγκροτείται τριμελής ή πενταμελής Επιτροπή παρακολούθησης και παραλαβής με απόφαση του αρμόδιου αποφαινομένου οργάνου. Το όργανο αυτό εισηγείται για όλα τα θέματα παραλαβής του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, προβαίνοντας, σε μακροσκοπικούς, λειτουργικούς ή και επιχειρησιακούς ελέγχους του προς παραλαβή αντικείμενου της σύμβασης, εφόσον προβλέπεται από τη σύμβαση ή κρίνεται αναγκαίο, συντάσσει τα σχετικά πρωτόκολλα, παρακολουθεί και ελέγχει την προσήκουσα εκτέλεση όλων των όρων της σύμβασης και την εκπλήρωση των υποχρεώσεων του αναδόχου και εισηγείται τη λήψη των επιβεβλημένων μέτρων λόγω μη τήρησης των ως άνω όρων. Με απόφαση του αρμόδιου αποφαινομένου οργάνου μπορεί να συγκροτείται δευτεροβάθμια επιτροπή παρακολούθησης και παραλαβής με τις παραπάνω αρμοδιότητες [...]».

12. Επειδή στο Μέρος II («Τεχνική ικανότητα») του Παραρτήματος XII («Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής») του Προσαρτήματος Α΄ του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του

οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75:

α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία· β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας και, όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις έργων, εκείνων που θα έχει στη διάθεσή του ο εργολήπτης για την εκτέλεση του έργου· γ) περιγραφή του τεχνικού εξοπλισμού και των μέτρων που λαμβάνει ο οικονομικός φορέας για την εξασφάλιση της ποιότητας και των μέσων μελέτης και έρευνας της επιχείρησής του· δ) αναφορά του τρόπου διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και των συστημάτων ανίχνευσης που θα είναι σε θέση να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης· ε) εάν τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες που παρέχονται είναι σύνθετα ή, κατ' εξαίρεση, πρέπει να ανταποκρίνονται σε κάποιον ιδιαίτερο σκοπό, έλεγχος διενεργούμενος από την αναθέτουσα αρχή ή, εξ ονόματος της, από αρμόδιο επίσημο οργανισμό της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο προμηθευτής ή ο πάροχος υπηρεσιών, με την επιφύλαξη της συναίνεσης του οργανισμού αυτού [...]. ζ) αναφορά των μέτρων περιβαλλοντικής διαχείρισης που μπορεί να εφαρμόζει ο οικονομικός φορέας κατά την εκτέλεση της σύμβασης· η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του

εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια· θ) δήλωση σχετικά με τα μηχανήματα, τις εγκαταστάσεις και τον τεχνικό εξοπλισμό [...] · ι) αναφορά του τμήματος της σύμβασης το οποίο ο οικονομικός φορέας προτίθεται, ενδεχομένως, να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας· ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται: i) δείγματα, περιγραφή ή φωτογραφίες, η αυθεντικότητα των οποίων πρέπει να μπορεί να βεβαιώνεται κατόπιν αιτήσεως της αναθέτουσας αρχής, ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα».

13. Επειδή, στην αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ 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 μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες προϋποθέσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες, ώστε να εξασφαλίζεται ότι ένας υποψήφιος ή προσφέρων διαθέτει τις νομικές και χρηματοοικονομικές δυνατότητες και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης [...]».

14. Επειδή, οι προσφέροντες πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχειρίσεως, τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους, όσο και κατά τον χρόνο που αυτές αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή (ΔΕΕ, Απόφαση της

25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54, Απόφαση της 27.11.2001, Συνεκδικαζόμενες Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, Impresa Lombardini SpA, σκέψη 37, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, GAT, σκέψη 73, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική, σκέψη 45, ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, Υπόθεση C-396/14, σκέψη 37 κλπ).

15. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη 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 έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45, ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91, ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

16. 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, ΣτΕ 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). 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 Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ). Κατά συνέπεια, 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 (ΕΣ Πράξη Τμήματος VI 78/2007).

17. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

18. Επειδή, στο άρθρο 2.2.5 («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») της Διακήρυξης (σελ. 12), ορίζεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να προσκομίσουν όσα αναλυτικά απαιτούνται στη με αρ. 151/2017 τεχνική έκθεση».

19. Επειδή, στο άρθρο 2.2.6.2. («Αποδεικτικά μέσα») της Διακήρυξης (σελ. 12-13), ορίζεται ότι: «Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1. έως 2.2.5., κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016 [...]».

20. Επειδή, στο άρθρο 2.4.1. («Γενικοί όροι υποβολής προσφορών») της Διακήρυξης (σελ. 15), ορίζεται ότι: «Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις

απαιτήσεις που ορίζονται αναλυτικά ανά ομάδα στη συγκεντρωτική μελέτη, για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας ανά ομάδα. Δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές [...].».

21. Επειδή, στο άρθρο 2.4.3. («Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»), παρ. 1 της Διακήρυξης (σελ. 16-17), ορίζεται ότι: «Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) Το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του ν. 4412/20165 [...]. β) Την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5. και 2.2.2. αντίστοιχα της παρούσας Διακήρυξης [...]. γ) Όσα αναλυτικά απαιτούνται από την παρ. 2.2.5. δ) Τεχνική προσφορά, η οποία θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο «Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές» της αρ. 151/17 τεχνικής έκθεσης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα, δηλώσεις και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης».

22. Επειδή, στο άρθρο 2.4.6. («Λόγοι απόρριψης προσφορών») της Διακήρυξης (σελ. 18), ορίζεται ότι: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1. (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2. (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν

επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση [...], γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή [...], δ) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές [...]. ε) η οποία είναι υπό αίρεση, στ) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, η) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης».

23. Επειδή στην Τεχνική Περιγραφή της αριθμ. 151/2017 Τεχνικής Έκθεσης της Δ/σης Καθαριότητας Ανακύκλωσης Περιβάλλοντος και Πρασίνου της αναθέτουσας αρχής (17PEC002262085 2017-11-17), που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της Διακήρυξης, ορίζεται ότι: «[...] Οι διαγωνιζόμενοι με την υποβολή της τεχνικής προσφοράς οφείλουν να προσκομίσουν κατάλογο με τις εμπορικές ονομασίες των προσφερόμενων προϊόντων, προκειμένου να διαπιστωθεί η τήρηση των παραπάνω τεχνικών προδιαγραφών. Ειδικότερα, τα φυτοπροστατευτικά προϊόντα πρέπει να έχουν εγκρίσεις κυκλοφορίας του ΥΠΑΑΤ σε ισχύ. Τους παραπάνω καταλόγους θα συνοδεύουν υπεύθυνες δηλώσεις ότι είναι δεσμευτικοί για τους διαγωνιζόμενους όσον αφορά τα προσφερόμενα προϊόντα».

24. Επειδή στο άρθρο 8 της Συγγραφής Υποχρεώσεων της αριθμ. 151/2017 Τεχνικής Έκθεσης της Δ/σης Καθαριότητας Ανακύκλωσης Περιβάλλοντος και Πρασίνου της αναθέτουσας αρχής (17PEC002262085 2017-11-17), που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της Διακήρυξης, ορίζεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της παρούσας διαδικασίας σύναψης σύμβασης (άρθρο 75 του Ν. 4412/2016), οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού: (1) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (ισχύουσας της αλλαγής του θεσμικού πλαισίου εμπορίας λιπασμάτων και γεωργικών φαρμάκων), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) σύμβαση προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, ύψους προϋπολογισμού ίσο ή άνω των 10.000 Ευρώ (καθαρή αξία). Το ποσό αυτό πρέπει να αφορά αποκλειστικά

φυτοφάρμακα ή/και λιπάσματα ή/και εδαφοβελτιωτικά (τουλάχιστον μία από τις τρεις κατηγορίες ή όλες μαζί ή συνδυασμός αυτών ανά δύο, να έχει ως ελάχιστο προϋπολογισμό στην ίδια σύμβαση, ποσό ίσο ή άνω των 10.000 Ευρώ). Στην περίπτωση που οι συμβάσεις αφορούν δημόσιο παραλήπτη, τεκμηριώνονται με βεβαίωση καλής εκτέλεσης της προμήθειας, ενώ στην περίπτωση ιδιωτικού παραλήπτη, η τεκμηρίωση γίνεται με την προσκόμιση της σύμβασης και των παραστατικών πληρωμής. (2) να απασχολούν στην επιχείρηση υπεύθυνο επιστήμονα, όπως περιγράφεται και τεκμηριώνεται στο άρθρο 7 της παρούσας μελέτης, περί καταλληλότητας άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας».

25. Επειδή, με την προσβαλλόμενη, με αριθμό 154/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ελευσίνας, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας (και μοναδικής συμμετέχουσας στον υπόψη Διαγωνισμό) εταιρίας και αποφασίσθηκε ο αποκλεισμός της από τη συνέχεια του Διαγωνισμού («άνοιγμα οικονομικής προσφοράς»), για τους εξής δύο (2) λόγους: α) ο προσκομισθείς κατάλογος με τις εμπορικές ονομασίες των προσφερόμενων ειδών δεν συνοδεύεται από υπεύθυνη δήλωση ότι είναι δεσμευτικός για τον διαγωνιζόμενο, όσον αφορά τα προσφερόμενα προϊόντα, όπως απαιτείται από την τεχνική περιγραφή και β) δεν προσκομίζεται βεβαίωση καλής εκτέλεσης της σύμβασης προμήθειας με τον Δήμο Αιγάλεω, αλλά μόνο η σχετική σύμβαση και τα πρωτόκολλα παραλαβής, παρότι αυτή ζητείται επί ποινή αποκλεισμού για την τεκμηρίωση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (άρθρο 8 της Συγγραφής Υποχρεώσεων της υπ' αριθμ. 151/2017 Μελέτης). Σημειώνεται δε ότι με την ίδια Απόφαση, η Οικονομική Επιτροπή κήρυξε τον υπόψη Διαγωνισμό ως άγονο, αποδεχόμενη τη σχετική πρόταση που περιλαμβάνεται στο ως άνω Πρακτικό και ακολούθως, αποφάσισε την προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2α του Ν. 4412/2016, επειδή κρίθηκε ότι η προσφορά της προσφεύγουσας δεν πληροί τα κριτήρια επιλογής της με αριθμ. 24286/2017 Διακήρυξης («μη κατάλληλη» προσφορά).

26. Επειδή, με την κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία επικαλείται ως προς το ζήτημα της απόρριψης της προσφοράς της, ότι: α) έχει υποβάλλει την, από 8.01.2018 (ψηφιακά υπογεγραμμένη), υπεύθυνη δήλωση, στην οποία δηλώνει υπευθύνως, μεταξύ άλλων, ότι δεσμεύεται όσον αφορά τα προσφερόμενα προϊόντα, ότι θα παραδοθούν τα αναφερόμενα στον συνημμένο -στην τεχνική της προσφορά- κατάλογο. Κατά την προσφεύγουσα, η αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού εκ παραδρομής παρέλειψε να εξετάσει την ως άνω υπεύθυνη δήλωση και ως εκ τούτου, εσφαλμένα έκρινε ότι δεν έχει εκπληρωθεί ο επίμαχος όρος της Τεχνικής Περιγραφής της Διακήρυξης. Μάλιστα ως προς το ίδιο ζήτημα, η προσφεύγουσα αναφέρει χαρακτηριστικά (σελ. 4 της Προσφυγής), ότι: «Επειδή η υποβολή ενός εντύπου υπεύθυνης δήλωσης, στο οποίο περιλαμβάνονται συνολικά οι απαιτούμενες εκ της Διακηρύξεως υπεύθυνες δηλώσεις της συμμετέχουσας, αντί της υποβολής αυτοτελών εντύπων υπεύθυνης δήλωσης για κάθε θέμα της Διακήρυξης, για το οποίο απαιτείται υπεύθυνη δήλωση της συμμετέχουσας, ουδεμία επιρροή ασκεί στο κύρος των υπεύθυνων αυτών δηλώσεων, αλλά αντίθετα εξυπηρετεί και την αρχή της οικονομίας της διαδικασίας [...]» και β) η βεβαίωση καλής εκτέλεσης αφορά μόνο στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών και όχι στις συμβάσεις προμηθειών, στις οποίες η προσήκουσα και εμπρόθεσμη εκτέλεση της προμήθειας, αποδεικνύεται από το συντασσόμενο από την ορισθείσα Επιτροπή σχετικό Πρωτόκολλο Παραλαβής, ενώ σε περίπτωση πλημμελούς εκτέλεσης της προμήθειας, συντάσσεται Πρωτόκολλο Απόρριψης των προσκομισθέντων ειδών, στο οποίο (η Επιτροπή) αναφέρει τις παρεκκλίσεις που παρουσιάζουν τα προϊόντα. Προς επίρρωση του ως άνω ισχυρισμού της, η προσφεύγουσα επικαλείται το άρθρο 221 («Όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων») παρ.11 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 28 («Συγκρότηση Επιτροπής Παραλαβής») παρ. 1 του Ε.Κ.Π.Ο.Τ.Α και το άρθρο 26 («Συγκρότηση συλλογικών οργάνων της διοίκησης») του Ν. 4024/2011 (Α' 226). Τέλος, η προσφεύγουσα διαμαρτύρεται για το ότι δεν τηρήθηκε από την οικεία αναθέτουσα αρχή, το προβλεπόμενο από το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 στάδιο συμπλήρωσης – αποσαφήνισης των υποβληθέντων δικαιολογητικών.

27. Επειδή, από την κατατεθειμένη προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...», προκύπτει ότι η προσφεύγουσα, με την υποβολή της τεχνικής της προσφοράς προσκόμισε κατάλογο με τις εμπορικές ονομασίες των προσφερόμενων από αυτήν προϊόντων, πληρώνοντας έτσι τη σχετική απαίτηση της αριθμ. 151/2017 Τεχνικής Έκθεσης της Διακήρυξης. Περαιτέρω σημειώνεται ότι, η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως την, από 8.01.2018, (ψηφιακά υπογεγραμμένη), υπεύθυνη δήλωση, στην οποία και δηλώνει υπευθύνως και συγκεντρωτικά για επιμέρους θέματα της Διακήρυξης, τα εξής: ότι έχει λάβει γνώση των όρων της επίμαχης Διακήρυξης και τους αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα, ότι η προσφορά της ισχύει και τη δεσμεύει για διάστημα 6 μηνών από την επόμενη της διενέργειας του Διαγωνισμού, ότι Υπεύθυνος επιστήμονας είναι ο διαχειριστής [...] (Τεχν. Γεωπόνος) και ότι και ότι δεσμεύεται όσον αφορά στα προσφερόμενα προϊόντα, ότι θα παραδοθούν τα αναφερόμενα στον συνημμένο κατάλογο (ως συνημμένος πίνακας στην Τεχνική Προσφορά). Πέραν, όμως, της ανωτέρω Υπεύθυνης Δήλωσης, στο κατατεθειμένο έντυπο τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας, αναφέρεται ρητά (σελ. 2-3), ότι: «Για τα προσφερόμενα είδη κατατίθεται κατάλογος, υπό την μορφή πίνακα, με τις εμπορικές ονομασίες, προκειμένου να διαπιστωθεί η τήρηση των τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης της Υπηρεσίας σας. Ειδικότερα, τα φυτοπροστατευτικά προϊόντα έχουν εγκρίσεις κυκλοφορίας του ΥΠΑΑΤ σε ισχύ, σύμφωνα με τις αποφάσεις που αναφέρονται στον κατάλογο. Τον συνημμένο κατάλογο θα συνοδεύει υπεύθυνη δήλωση ότι δεσμευόμαστε όσον αφορά τα προσφερόμενα προϊόντα». Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, ο πρώτος λόγος της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής κρίνεται βάσιμος και πρέπει αν γίνει δεκτός.

28. Επειδή περαιτέρω, από την κατατεθειμένη προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...», προκύπτει ότι, προς απόδειξη του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, η προσφεύγουσα προσκόμισε ανάλογη σύμβαση προμήθειας (ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΦΥΤΟΠΑΘΟΛΟΓΙΚΟΥ ΥΛΙΚΟΥ, ΒΕΛΤΙΩΤΙΚΩΝ ΕΔΑΦΟΥΣ, ΛΙΠΑΣΜΑΤΩΝ κ.λ.π ΚΑΘΩΣ ΚΑΙ ΦΑΡΜΑΚΩΝ ΓΙΑ

ΑΠΟΛΥΜΑΝΣΕΙΣ ΚΤΙΡΙΩΝ, ΦΡΕΑΤΙΩΝ), ποσού €21.335,54, που συνήψε με τον Δήμο Αιγάλεω, καθώς και το από 26.08.2016 σχετικό Πρωτόκολλο Παραλαβής. Μάλιστα στο Πρωτόκολλο αυτό, αναγράφεται και πιστοποιείται από την αρμόδια Επιτροπή Παραλαβής ότι: «Για την συγκεκριμένη προμήθεια εκπληρώθηκαν οι όροι της με αρ. πρωτ. 16965/31-5-2016 σύμβασης». Θα πρέπει στο σημείο αυτό να επισημανθεί ότι, παρά το γεγονός ότι από το άρθρο 8 της Συγγραφής Υποχρεώσεων της Διακήρυξης, ζητείται ως προς την τεκμηρίωση της εν λόγω εμπειρίας, η υποβολή βεβαιώσεων καλής εκτέλεσης, το, κατά τα ανωτέρω, προσκομιζόμενο από την προσφεύγουσα Πρωτόκολλο Παραλαβής, παράγει επίσης (και με ισοδύναμο τρόπο), πλήρη απόδειξη της προσήκουσας εκτέλεσης της συγκεκριμένης προμήθειας, καθόσον έχει εκδοθεί από το καθ' ύλην αρμόδιο προς τούτο όργανο, κατά την προβλεπόμενη από την κείμενη νομοθεσία διαδικασία. Συνεπώς, είναι νόμιμη η προσκόμισή του στον επίμαχο Διαγωνισμό προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας της προσφεύγουσας (και ήδη παρανόμως αποκλεισθείσας από τη συνέχεια της διαδικασίας) εταιρίας. Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής κρίνεται βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

29. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή, δεν απέστειλε στην Α.Ε.Π.Π, ως όφειλε, ξεχωριστό έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, αλλά (μεταξύ άλλων εγγράφων που αφορούν στον επίμαχο Διαγωνισμό), την προσβαλλόμενη Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής και το αριθμ. 1/1.12.2017 Πρακτικό Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Προσφορών, που εγκρίθηκε με την ως άνω Απόφαση, στα οποία, κατά την κρίση της, επεξηγούνται αναλυτικά οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας και η ανάγκη προσφυγής σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 περ. α) του Ν. 4412/2016.

30. Επειδή, σύμφωνα με τις αρχές της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να

Αριθμός απόφασης: 178/2018

υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΣΤΕ 18/2011, 19/2011, 3703/2010, 1616/2008, ΕΑ 254/2008 κλπ). Συναφώς, κατά γενική αρχή του δικαίου που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της Διακήρυξης, ως τέτοιοι δε, θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (ΕΑ 1740/2004, 94/2006, 316/2006, 563/2006 κλπ).

31. Επειδή, σύμφωνα με την έννοια των διατάξεων του άρθρου 75 του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, κατά τη διαμόρφωση των όρων της Διακήρυξης, μπορούν να επιβάλλουν, κατά την κρίση τους, υποχρεώσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης επιλέγοντας τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσουν οι προσφέροντες κατά ευρεία διακριτική ευχέρεια, όπως προκύπτει από τις φράσεις «κατά κανόνα» και «ειδικότερα» (ΔΕΕ, Απόφαση της 9.07.1987, Συνεκδικαζόμενες Υποθέσεις C-27 ως 29/86, CEI κατά Société coopérative «Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes», σκέψη 15· ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2012, Υπόθεση Édukönízig και Hochtief Construction, C-218/11, σκέψη 28· ΔΕΕ, Απόφαση της 13.07.2017, Υπόθεση INGSTEEL και Metrostav, C-76/16, σκέψη 32 κλπ).

32. Επειδή, η διαδικασία με διαπραγμάτευση, έχει εξαιρετικό χαρακτήρα και επιτρέπεται να εφαρμόζεται μόνο στις περιοριστικώς απαριθμούμενες στα άρθρα 26 και 32 του Ν. 4412/2016 (ΔΕΕ, Απόφαση της 8.04.2008, Υπόθεση C 337/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 56). Συναφώς επισημαίνεται ότι οι ανωτέρω διατάξεις στο μέτρο που εισάγουν εξαιρέσεις, που συνιστούν παρέκκλιση από τη βασική ρύθμιση, δηλαδή 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 (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.05.1995, Υπόθεση C-57/94, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 23· ΔΕΕ, Απόφαση της 28.03.1996, Υπόθεση C-318/94, Επιτροπή κατά Γερμανίας, σκέψη 13· ΔΕΕ, Απόφαση της της 13.01.2005, Υπόθεση C84/03, Επιτροπή κατά Ισπανίας, σκέψη 48· ΔΕΕ Απόφαση της 16.06.2005, Υπόθεση C-462/03 και C-463/03, Υπόθεση Strabag και Kostmann, σκέψεις 34 και επομ. κλπ).

33. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α) του Ν. 4412/2016, παρέχεται η δυνατότητα στις αναθέτουσες αρχές να συνάπτουν συμβάσεις με τη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, με την προϋπόθεση: α) να έχει προηγηθεί ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, β) να μην έχει υποβληθεί κατά την ανωτέρω, νομίμως διεξαχθείσα και προηγηθείσα, ανοικτή ή κλειστή διαδικασία, καμία προσφορά ή καμία από τις υποβληθείσες προσφορές να μην κρίνεται κατάλληλη ή να μην υπάρχει κανείς υποψήφιος και γ) να μην τροποποιούνται ουσιωδώς οι αρχικοί όροι της σύμβασης κατά την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση. Επιπλέον, προϋποθέτει ότι σε περίπτωση σχετικού αιτήματος της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί στη διαβίβαση σχετικής εκθέσεως. Επισημαίνεται ότι σχετικά με την ως άνω α) προϋπόθεση, όπως παγίως έχει κριθεί, η προσφυγή στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, συνέχεται άμεσα με τον προηγηθέντα αυτής διαγωνισμό, με συνέπεια η μη νομιμότητα της υποκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας να καθιστά παρακολουθηματικά παράνομη στο σύνολό της και τη συγκεκριμένη διαδικασία (ΕΣ Πράξη VIII Τμήματος 215/2012, Πράξεις VI Τμήματος 466/2011, 1249/2011, 29/2012, 408/2012, 600/2012 και 935/2013).

34. Επειδή, υπό την έννοια της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αλλά και του νόμου, που τη μετέφερε στην ελληνική έννομη τάξη, η έννοια της «μη κατάλληλης προσφοράς» ομοιάζει προς την «ανύπαρκτη» προσφορά, εφόσον δεν ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της σύμβασης και τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής. Εντούτοις, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στην Απόφαση της 4.06.2009, Υπόθεση C-250/07, Επιτροπή κατά Ελλάδας, αποσαφήνισε τον τρόπο με τον οποίο θα πρέπει να ερμηνεύεται ο όρος της «μη κατάλληλης

προσφοράς», επαναλαμβάνοντας την πάγια νομολογία του, ότι θα πρέπει για λόγους εξασφάλισης της διαφάνειας στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων να επιχειρείται μία στενή ερμηνεία του ως άνω όρου. Μάλιστα στις προτάσεις του, ο Γενικός Εισαγγελέας (Poiares Maduro), διατύπωσε τη γνώμη ότι, η ευρεία ερμηνεία του όρου «μη κατάλληλη» προσφορά δεν μπορεί να γίνει δεκτή, καθώς η παροχή στους αναθέτοντες φορείς της δυνατότητας να στηρίζονται σε ασήμαντες αποκλίσεις των υποβληθεισών προσφορών, προκειμένου να τις απορρίψουν ως ακατάλληλες, ισοδυναμεί στην πράξη με την αναγνώριση σε αυτούς απόλυτης διακριτικής ευχέρειας όσον αφορά τη δημοσίευση ή μη Προκήρυξης διαγωνισμού. Στην προαναφερόμενη Υπόθεση πάντως το Δικαστήριο έκρινε ότι, επιχειρήθηκε από την πλευρά του αναθέτοντος φορέα (ΔΕΗ Α.Ε), ευρεία ερμηνεία του όρου «μη κατάλληλη προσφορά» (ο αναθέτων φορέα προέβη για δεύτερη φορά στην ματαίωση διαγωνισμού για τη μελέτη, προμήθεια, μεταφορά, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία δύο όμοιων ατμοηλεκτρικών μονάδων μετά των βοηθητικών τους εγκαταστάσεων και στην πρόσκληση προς τους υποψηφίους για διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, για το λόγο ότι οι προσφορές δεν ήταν σύμφωνες με διάφορες ελάχιστες ή μέγιστες αξίες ορισμένων τεχνικών παραμέτρων που απαιτούσε ο διαγωνισμός), με στόχο να αποφευχθεί η δημοσίευση Προκήρυξης διαγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, στη σκέψη 19 της εν λόγω Απόφασης αναφέρεται χαρακτηριστικά (ως προς το εξεταζόμενο ζήτημα) ότι: «Ως «ακατάλληλη» δύναται να χαρακτηρισθεί μόνον η προσφορά της οποίας το αντικείμενο είναι εντελώς διαφορετικό από εκείνο που περιγράφεται στην Προκήρυξη του διαγωνισμού. Κατά την Επιτροπή, υφίσταται συνάρτηση μεταξύ της απουσίας προσφοράς και της ακατάλληλης προσφοράς, καθόσον εναλλακτικώς οι περιπτώσεις αυτές μπορούν να αποτελέσουν λόγο απευθείας ανάθεσης [...]».

35. Επειδή, η τυχόν έλλειψη συμβατότητας της μοναδικής υποβληθείσας προσφοράς προς τις τιθέμενες - δια της αριθμ. 151/2017 Τεχνικής Έκθεσης της Διακήρυξης - τεχνικές προδιαγραφές, θα εμπόδιζε πράγματι την οικεία αναθέτουσα αρχή να υλοποιήσει επαρκώς το υπό ανάθεση αντικείμενο και στην

περίπτωση αυτή, η έλλειψη συμβατότητας δε θα συνιστούσε απλή ασάφεια ή απλή λεπτομέρεια, αλλά, αντιθέτως, θα έπρεπε να θεωρείται ότι καθιστά την εν λόγω προσφορά μη ικανή να ανταποκριθεί στις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και συνεπώς «ακατάλληλη», κατά την έννοια του άρθρου 32, παράγραφος 2, περ. α) του Ν. 4412/2016.

36. Επειδή, όμως, από τα ανωτέρω αναφερόμενα, συνάγεται ότι δεν συντρέχει εν προκειμένω η προϋπόθεση β) του άρθρου 32 παρ. 2 περ. α) του Ν. 4412/2016 («μη κατάλληλη» προσφορά), ώστε να δύναται η οικεία αναθέτουσα αρχή να προσφύγει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, αφής στιγμής η κατατεθειμένη προσφορά της προσφεύγουσας εταιρίας περιλαμβάνει αποδεδειγμένα τη ζητούμενη υπεύθυνη δήλωση για τη δέσμευσή της ως προς τα προσφερόμενα προϊόντα και επίσης, την - επί ποινή απόρριψης - υποβληθείσα σύμβαση προμήθειας του ιδίου αντικειμένου (με συμβαλλόμενο τον Δήμο Αιγάλεω), συνοδευόμενη από το οικείο Πρωτόκολλο Παραλαβής και τα σχετικά παραστατικά πληρωμής, δια των οποίων πιστοποιείται αντικειμενικά η ορθή εκτέλεση της εν λόγω προμήθειας. Συναφώς, επιβάλλεται να τονισθεί ότι η απορρέουσα από τη Συγγραφή Υποχρεώσεων υποχρέωση των οικονομικών φορέων να έχουν εκτελέσει (επί ποινή αποκλεισμού), ανάλογη σύμβαση προμήθειας συγκεκριμένου προϋπολογισμού (ίσου ή άνω των €10.000), δεν καταλαμβάνει κατ' ανάγκη και τον τρόπο τεκμηρίωσης αυτής της εμπειρίας («βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης»). Συνεπώς, στις περιπτώσεις συνεργασίας με δημόσιους φορείς (όπως εν προκειμένω), οι ανωτέρω βεβαιώσεις μπορούν κάλλιστα να «υποκατασταθούν» από τα αντίστοιχα Πρωτόκολλα Παραλαβής, σε συνδυασμό με τα παραστατικά πληρωμής. Στο σημείο αυτό σημειώνεται επιπροσθέτως ότι, οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης αφορούν πρωτίστως στις «συμβάσεις παροχής υπηρεσιών», όπως άλλωστε υποστηρίζει και η ίδια η προσφεύγουσα στην υπό κρίση Προσφυγή της. Με βάση τα ανωτέρω, δε δύναται να στοιχειοθετηθεί στην εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία, η συνδρομή της περίπτωσης «έλλειψης υποψηφίου» ή μη υποβολής «κατάλληλης προσφοράς» κλπ, υπό την έννοια του άρθρου 32 του

Ν. 4412/2016, ώστε να θεωρείται νόμιμη η απόφαση περί προσφυγής στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

37. Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, η με αριθμό 83833 τεχνική προσφορά της εταιρίας με τον διακριτικό τίτλο «...», είναι εμπρόθεσμη, πλήρης και σαφής, ενώ δεν παρουσιάζει αποκλίσεις από τις απαιτήσεις και τις τεχνικές προδιαγραφές της οικείας Διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα, η τεχνική προσφορά της ως άνω εταιρίας πληροί ουσιαστικώς και επαρκώς τις απαιτήσεις του άρθρου 2.2.5. («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα»), του άρθρου 2.4.3. (Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά») και του άρθρου 8 της Συγγραφής Υποχρεώσεων της αριθμ. 151/2017 Τεχνικής Έκθεσης της οικείας Διακήρυξης. Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, η αναθέτουσα αρχή παρανόμως, καταχρηστικώς και επί ζημία του δημοσίου συμφέροντος απέκλεισε από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας («άνοιγμα οικονομικής προσφοράς»), τη συγκεκριμένη εταιρία, η οποία έχει επιδείξει συναφή δραστηριότητα την τελευταία τριετία, διαθέτει την αναγκαία τεχνική και επαγγελματική ικανότητα να εκτελέσει την υπό ανάθεση σύμβαση και πληροί τις απαραίτητες προδιαγραφές και λοιπά τεχνικά κριτήρια της οικείας Διακήρυξης.

38. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

39. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 178/2018

Ακυρώνει την με αριθμό 154/23.01.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Ελευσίνας, με την οποία εγκρίθηκε το αριθμ. 1/12.01.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών Προμηθειών και η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια Φυτοπαθολογικού Υλικού» (Διακήρυξη με αρ. πρωτ. οικ. 24286/27.11.2017, που έλαβε Α.Δ.Α.Μ: 17PROC002338779 2017-12-01).

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσού εξακοσίων (€600) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Φεβρουαρίου 2018 και εκδόθηκε στις 5 Μαρτίου 2018 .

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Νεκτάριος Μερτινός