

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.03.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 236 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης Αποχέτευσης Σύρου (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει, όπως ακυρωθεί, άλλως ανακληθεί, η υπ' αριθμ. 363/23.2.2018 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια φορητής μονάδος αφαλάτωσης νήσου Σύρου δυναμικότητας παραγωγής 1000m³/ημέρα», προϋπολογισμού €350.000,00, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: 54760).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 307/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. 19575267795805110078, ποσού €1.750,00 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 22.03.2018 Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/236, 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 Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, διεθνούς, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού €350.000,00 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 αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία 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. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού.

5. Επειδή η προσφεύγουσα, ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή έχουσα άμεσο, προσωπικό και ενεστώς (κατά τον χρόνο κατάθεσης) 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, καθόσον (όπως ισχυρίζεται, σελ. 5-6 της Προσφυγής)

τέθηκαν περιοριστικοί του ανταγωνισμού όροι στο άρθρο 2.2.7.2.B.4.i. της οικείας Διακήρυξης, που αποκλείουν ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον επίμαχο δημόσιο ηλεκτρονικό Διαγωνισμό και ειδικότερα, παρεμποδίζουν τη συμμετοχή των οικονομικών φορέων που έχουν εκτελέσει παρόμοια έργα στο παρελθόν, για λογαριασμό πολυεθνικών εταιριών ή εταιριών που εδρεύουν στο εξωτερικό.

6. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου 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 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν. 4412/16, 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. 2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό [...]

3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση [...]

Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341 [...]

Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων [...]

4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. [...]

Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των

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

8. Επειδή, στο άρθρο 80 («Αποδεικτικά μέσα») του Ν. 4412/2017 (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφοι 1, 5 και 10 αντίστοιχα, 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. Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α΄188). Στα έγγραφα της σύμβασης του άρθρου 53 μπορεί να ορίζεται ότι ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα -εταιρικά ή μη- με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται σε άλλη γλώσσα, χωρίς να συνοδεύονται από μετάφραση στην ελληνική. Ειδικά τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα μπορούν να συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη, είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις

Αριθμός απόφασης: 307/2018

της εθνικής νομοθεσίας, είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο [...].».

9. 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· 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· [...]. στ) αναφορά τίτλων σπουδών και επαγγελματικών προσόντων του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι δεν αξιολογούνται ως κριτήριο ανάθεσης· 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 που διαθέτει ο πάροχος υπηρεσιών ή ο εργολήπτης [...].».

10. 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 [...]. Ομοίως, στην αιτιολογική σκέψη 83 της ως άνω Οδηγίας, προβλέπεται ότι: «Οι υπερβολικά αυστηρές απαιτήσεις όσον

αφορά την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα συχνά αποτελούν αδικαιολόγητο εμπόδιο στη συμμετοχή ΜΜΕ σε δημόσιες προμήθειες. Ενδεχόμενες τέτοιες απαιτήσεις θα πρέπει να είναι συναφείς και ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. Ειδικότερα, δεν θα πρέπει να επιτρέπεται στις αναθέτουσες αρχές να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ελάχιστο κύκλο εργασιών ο οποίος θα είναι δυσανάλογος προς το αντικείμενο της σύμβασης· η σχετική απαίτηση δεν θα πρέπει κανονικά να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Ωστόσο, σε δεόντως δικαιολογημένες περιστάσεις, θα πρέπει να μπορούν να εφαρμόζονται υψηλότερες απαιτήσεις. Οι εν λόγω περιστάσεις μπορεί να σχετίζονται με τους υψηλούς κινδύνους που συνεπάγεται η εκτέλεση της σύμβασης ή με το γεγονός ότι η έγκαιρη και ορθή εκτέλεσή της είναι κρίσιμης σημασίας, παραδείγματος χάρη γιατί αποτελεί απαραίτητη προκαταρκτική προϋπόθεση για την εκτέλεση άλλων συμβάσεων [...]».

11. Επειδή την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής). Υπό το πρίσμα της αρχής του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, τα κριτήρια επιλογής που θέτει η εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δε θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι διαθέτουν την απαιτούμενη ικανότητα και οι οποίοι, υπό άλλες ενδεχομένως προϋποθέσεις, θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στη διαδικασία, ενισχύοντας με τον τρόπο αυτόν τον ανταγωνισμό. Επισημαίνεται δε ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού, θα πρέπει να ελέγχεται ακόμη περισσότερο σε σχέση με τον αποκλεισμό νεοσύστατων ή

Αριθμός απόφασης: 307/2018

νεοεισερχόμενων σε έναν κλάδο επιχειρήσεων, ήτοι εκείνης της ομάδας οικονομικών φορέων που δύνανται να μεταβάλουν δυναμικά τον ανταγωνισμό εντός μιας δεδομένης αγοράς.

12. 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· Αποφάσεις της 27.11.2001, 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 12.03.2015, C-538/13, eVigilo, σκέψη 33· ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014, Υπόθεση C-42/13, Cartiera dell'Adda, σκέψη 44· ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S, σκέψη 37 κλπ).

13. 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 στην Προκήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός 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).

14. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο

Αριθμός απόφασης: 307/2018

την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαδών 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 Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

15. Επειδή, έχει κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της Διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας, ως προς τα προς προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣτΕ ΕΑ: 124/2015, 9/2015, 354/2014). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣτΕ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014).

16. Επειδή στο άρθρο 2.2.6. («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») της επίμαχης Διακήρυξης, ορίζεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς Απαιτείται : α) κατά τη διάρκεια των τελευταίων 5 ετών, να έχουν εκτελέσει συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου (προμήθεια κι εγκατάσταση μονάδων αφαλάτωσης αντίστροφης όσμωσης θαλασσινού νερού για παραγωγή νερού με προδιαγραφές ποσίμου, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία) στις οποίες να περιλαμβάνονται τουλάχιστον 2 μονάδες δυναμικότητας άνω των 1.000 κυβικών η καθεμία. ΣΗΜΕΙΩΣΗ: Η απαίτηση να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 2 μονάδες των ίδιων χαρακτηριστικών και ίσης δυναμικότητας με τη δημοπρατούμενη μονάδα αφαλάτωσης, μέσα στην προηγούμενη 5ετία αντί της 3ετίας, επιβάλλεται προκειμένου να εξασφαλιστεί αφενός η επαρκής τεχνογνωσία του οικονομικού φορέα κι αφετέρου να υπάρχει το αναγκαίο χρονικό διάστημα τόσο για την κατασκευή τους (δεν υπάρχουν ετοιμοπαράδοτες μονάδες) όσο και ο αναγκαίος χρόνος (συνήθως είναι ένα έτος) για την δοκιμαστική και βεβαιωμένη καλή λειτουργία των μονάδων, όπως θα πιστοποιείται από τα δικαιολογητικά της παραγράφου 2.2.7.2.B.4.i, της παρούσας διακήρυξης. β) να διαθέτουν δέκα (10) τουλάχιστον άτομα τεχνικών ειδικοτήτων συναφών προς την συγκεκριμένη εφαρμογή και δύο (2) τουλάχιστον μηχανικούς ανωτέρας ή ανωτάτης σχολής Μηχανολογίας/Ηλεκτρολογίας ή Χημικών Μηχανικών. γ) να διαθέτουν εξειδικευμένο ιδιόκτητο και σταθερό συνεργείο με εγκατεστημένο ηλεκτρομηχανολογικό και λοιπό τεχνικό εξοπλισμό για την κατασκευή και την υποστήριξη μονάδων αφαλάτωσης [...].

17. Επειδή στο άρθρο 2.2.7. («Αποδεικτικά μέσα») περ. Β.4.i. της επίμαχης Διακήρυξης, ορίζεται ότι: «Β.4. Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: i) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία πενταετία, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών. Το μέγεθος και τα

χαρακτηριστικά των παραπάνω μονάδων, η χρονολογία ολοκλήρωσης των συμβάσεων και η καλή τους λειτουργία αποδεικνύονται, εάν ο παραλήπτης είναι αναθέτων φορέας του δημοσίου με τα αντίγραφα της σύμβασης και τα πιστοποιητικά καλής λειτουργίας τα οποία έχουν εκδοθεί από δημόσιο φορέα και στα οποία αναφέρονται η δυναμικότητα και ο τύπος των μονάδων αφαλάτωσης και η καλή ή μη λειτουργία τους. Εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με τα αντίστοιχα επίσημα παραστατικά έγγραφα (αντίγραφο σύμβασης, τιμολόγια κ.λ.π) και με πρόσφατη (εντός 6 μηνών πριν την ημερομηνία διενέργειας του παρόντος διαγωνισμού) βεβαίωση καλής λειτουργίας με πρωτότυπη σφραγίδα και υπογραφή από το νόμιμο εκπρόσωπο του παραλήπτη. Η βεβαίωση αυτή θα φέρει νόμιμη θεώρηση του γνησίου της υπογραφής. Επίσης θα συνοδεύεται από τα νομιμοποιητικά έγγραφα του υπογράφοντος ως νόμιμου εκπροσώπου του παραλήπτη».

18. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται (σελ. 11 της Προσφυγής) ότι οι επίμαχες απαιτήσεις του άρθρου 2.2.7.2.Β.4.ι. της οικείας Διακήρυξης, σύμφωνα με τις οποίες, οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης που προέρχονται από φορέα του ιδιωτικού τομέα, πρέπει να είναι πρόσφατες (εντός 6 μηνών πριν την ημερομηνία διενέργειας του Διαγωνισμού) και να φέρουν πρωτότυπη σφραγίδα και υπογραφή από τον νόμιμο εκπρόσωπο του παραλήπτη, σε συνδυασμό και με την τιθέμενη απαίτηση περί νόμιμης θεώρησης του γνησίου της υπογραφής του ως άνω εκπροσώπου και προσκόμισης των νομιμοποιητικών του εγγράφων, εισάγει (συγκεκριαυμμένη) διάκριση σε βάρος συγκεκριμένων οικονομικών φορέων (δίχως, όμως, να κατονομάζονται αυτοί) οι οποίοι έχουν εκτελέσει στο παρελθόν (όπως άλλωστε και η ίδια η προσφεύγουσα) παρόμοια – ή και μείζονος οικονομικής αξίας και τεχνικής σπουδαιότητας έργα – για λογαριασμό πολυεθνικών εταιριών ή εταιριών που εδρεύουν στο εξωτερικό. Όπως διατείνεται η εταιρία με τον διακριτικό τίτλο «...», η ως άνω διάταξη, όχι μόνο είναι τεχνικά απρόσφορη και δεν εξυπηρετεί τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, αλλά επιπροσθέτως, ευνοεί αθέμιτα τους οικονομικούς φορείς, που έχουν συνεργασθεί αποκλειστικά με

Αριθμός απόφασης: 307/2018

φορείς του Δημοσίου ή μικρές, ημεδαπές, ιδιωτικές, εταιρίες (πρότερη εμπειρία). Περαιτέρω, σύμφωνα με την προσφεύγουσα, είναι πρακτικώς αδύνατο, άλλως, δυσανάλογα δυσχερές, για τους υποψηφίους του υπόψη Διαγωνισμού, να μπορέσουν να εξασφαλίσουν εγκαίρως την υπογραφή του ίδιου του «νόμιμου εκπροσώπου» του πρώην εργοδότη τους (και μάλιστα για ένα μεμονωμένο τεχνικό έργο), μέσα σε τόσο σύντομο χρονικό διάστημα, ήτοι από την ημέρα που θα λάβουν γνώση της Προκήρυξης του Διαγωνισμού, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Μάλιστα, η προσφεύγουσα προτείνει την τροποποίηση του περιεχομένου της επίμαχης απαίτησης, ώστε να μην τίθενται αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό, ως εξής: α) να ζητείται η υπογραφή της «βεβαίωσης καλής εκτέλεσης» εκ μέρους του, κατά περίπτωση, αρμόδιου για τον τεχνικό έλεγχο και παραλαβή του έργου οργάνου του εργοδότη, άνευ θεώρησης του γνησίου υπογραφής του ή β) να παρασχεθεί η δυνατότητα υποβολής της σχετικής βεβαίωσης και σε αντίγραφο, νομίμως επικυρωμένο από δικηγόρο (N. 4250/2014 – Α' 74) ή γ) να παρασχεθεί η δυνατότητα υποβολής Υπεύθυνης Δήλωσης εκ μέρους του νόμιμου εκπροσώπου του υποψηφίου, όπου θα επαναλαμβάνεται το περιεχόμενο της σχετικής βεβαίωσης και θα δηλώνεται επιπλέον ότι, το υπογράφων τη σχετική βεβαίωση όργανο, είναι πράγματι αρμόδιο για τον τεχνικό έλεγχο και την παραλαβή του έργου. Συναφώς, η προσφεύγουσα ζητεί να αντικατασταθεί η περιττή (κατά την κρίση της) απαίτηση για έκδοση της απαιτούμενης «βεβαίωσης καλής λειτουργίας», εντός 6 μηνών πριν την ημερομηνία διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού, όταν ο αποδέκτης είναι ιδιώτης, καθόσον το «επίκαιρο» της βεβαιώσεως δεν ζητείται από τη Διακήρυξη στην περίπτωση που ο παραλήπτης είναι το Δημόσιο. Ως προς το ίδιο ζήτημα επισημαίνει ότι, η βεβαιούμενη «καλή λειτουργία», θα πρέπει να εκτείνεται σε σαφώς προκαθορισμένο και κοινό για όλους τους διαγωνιζόμενους, χρονικό διάστημα. Προς επίρρωση του ως άνω ισχυρισμού της, υπενθυμίζει ότι, από τη διατύπωση του άρθρου 2.2.6.α) της επίμαχης Διακήρυξης, συνάγεται ότι η βεβαιούμενη καλή εκτέλεση της εγκατασταθείσας μονάδας αφαλάτωσης, δεν υπόκειται υποχρεωτικά σε κάποιον ελάχιστο χρονικό προσδιορισμό, υπό την

Αριθμός απόφασης: 307/2018

έννοια του ειδικώς προσδιορισμένου (εκ της Διακηρύξεως) χρονικού διαστήματος αποδεδειγμένης επιτυχούς λειτουργίας της. Η σχετική «Σημείωση» που έχει τεθεί στο δεύτερο εδάφιο της ως άνω διάταξης, απλώς διευκρινίζει ότι «[...] η απαίτηση να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον 2 μονάδες των ίδιων χαρακτηριστικών και ίσης δυναμικότητας με τη δημοπρατούμενη μονάδα αφαλάτωσης, μέσα στην προηγούμενη 5ετία αντί της 3ετίας, επιβάλλεται προκειμένου να εξασφαλιστεί αφενός η επαρκής τεχνογνωσία του οικονομικού φορέα κι αφετέρου να υπάρχει το αναγκαίο χρονικό διάστημα τόσο για την κατασκευή τους (δεν υπάρχουν ετοιμοπαράδοτες μονάδες) όσο και ο αναγκαίος χρόνος (συνήθως είναι ένα έτος) για τη δοκιμαστική και βεβαιωμένη καλή λειτουργία των μονάδων [...]». Συνεπώς, με βάση τη διάταξη του άρθρου 2.2.6.α), εάν η «καλή λειτουργία» έχει διαρκέσει (και βεβαιωθεί) για διάστημα μικρότερο του ενός έτους, θεμελιώνεται η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υποψηφίου. Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, οι απαιτήσεις του άρθρου 2.2.7.2.Β.4.ι. της επίμαχης Διακήρυξης παραβιάζουν, κατά την προσφεύγουσα, τις θεμελιώδεις ενωσιακές αρχές της ίσης μεταχείρισης, της αναλογικότητας και του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού.

19. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με το με αρ. πρωτ. 560/21.03.2018 έγγραφό της, με το οποίο απέστειλε Απόψεις επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής στην Α.Ε.Π.Π, επισημαίνει καταρχάς ότι θεωρεί την ΓΑΚ ΑΕΠΠ 236/12.03.2018 Προσφυγή της εταιρίας με τον διακριτικό τίτλο «...», απaráδεκτη, μη νομιμοποιούμενη ενεργητικά, νόμω και ουσία αβάσιμη και ως εκ τούτου απορριπτέα. Πιο συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι: α) οι προσβαλλόμενες τυπικές απαιτήσεις, έχουν τεθεί και ισχύουν έναντι όλων των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων και όχι μόνο έναντι της προσφεύγουσας, β) προς τον σκοπό της ενίσχυσης της διαφάνειας και της αξιοπιστίας ενός Διαγωνισμού, είναι απαραίτητη η προσκόμιση βεβαιώσεων, από ιδιώτες (νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, εταιρίες κλπ), που να είναι υπογεγραμμένες από πρόσωπα, που αποδεδειγμένα έχουν δικαίωμα υπογραφής και δεσμεύουν την εταιρία και όχι από οποιονδήποτε υπάλληλο (π.χ

Αριθμός απόφασης: 307/2018

Τεχνικός Διευθυντής), γ) ο νόμιμος εκπρόσωπος ενός νομικού προσώπου, δεν είναι μόνο ο Διευθύνων Σύμβουλος (πρόσωπο που η προσφεύγουσα διατείνεται ότι δυσκολεύεται να εντοπίσει), αλλά και κάθε εξουσιοδοτημένο προς τούτο όργανο, για παράδειγμα έτερο μέλος του Διοικητικού Συμβουλίου, ο Οικονομικός ή ο Τεχνικός Διευθυντής κλπ, που έχει αρμοδίως εξουσιοδοτηθεί και στον οποίο έχει μεταφερθεί η αρμοδιότητα να εκπροσωπεί την εταιρία για το συγκεκριμένο θέμα, δ) καθόσον η απαίτηση του γνησίου της υπογραφής του νόμιμου εκπροσώπου, προβλέπεται στη διάταξη του άρθρου 11 παρ. 1 του Ν. 2690/1999 (Α' 45), οι αναθέτουσες αρχές δικαιούνται, για λόγους διασφάλισης του Διαγωνισμού και του δημοσίου συμφέροντος, να απαιτούν το γνήσιο της υπογραφής, σε σχέση με τα ιδιωτικά έγγραφα που υποβάλλονται ενώπιόν τους, ε) το γεγονός ότι οι συγκεκριμένες απαιτήσεις δεν τέθηκαν σε παρόμοιους διαγωνισμούς που έχουν προκηρυχθεί από έτερες αναθέτουσες αρχές, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα (σελ. 15-16 της Προσφυγής), δεν συνεπάγεται την ακυρότητά τους, γιατί «[...] σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή διατηρεί ανά κάθε αυτοτελή διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, την καταρχήν ελευθερία και διακριτική ευχέρεια διαμορφώσεως το πρώτον και εκ του μηδενός των όρων αυτής, ουδόλως δε δεσμεύεται να ακολουθεί [...] τους εν γένει όρους Διακήρυξης που θέσπισε μέσω προηγούμενων Διακηρύξεων ή έτερων κανονιστικών πράξεων εκκίνησης του προσυμβατικού σταδίου [...]» και στ) η άσκηση της εν λόγω Προδικαστικής Προσφυγής είναι καταχρηστική, αποσκοπούσα στην καθυστέρηση της ομαλής πορείας και εξέλιξης του υπόψη Διαγωνισμού και στην ανατροπή της προμήθειας των συγκεκριμένων μονάδων αφαλάτωσης, παρά το γεγονός ότι συντρέχουν επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος για την ολοκλήρωση του υπόψη έργου στο άνυδρο νησί της Σύρου.

20. Επειδή, περαιτέρω η αναθέτουσα αρχή, με το με αρ. πρωτ. 628/30.03.2018 έγγραφό της, με το οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 προτελευταίο εδάφιο του Ν. 4412/2016 (αντίστοιχα άρθρο 9 παρ. 1 του Κανονισμού), απέστειλε συμπληρωματικές απόψεις επί της κρινόμενης

Προδικαστικής Προσφυγής στην Α.Ε.Π.Π, επισημαίνει ότι, μετά την κατάθεση της υπό κρίση Προσφυγής, η προσφεύγουσα συμμετείχε ανεπιφυλάκτως στον επίμαχο Διαγωνισμό, επιβεβαιώνοντας (με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της), ότι ουδόλως παρεμποδίσθηκε από τους προσβαλλόμενους όρους να υποβάλλει προσφορά. Έτι περαιτέρω, παρόλο που η κρατούσα νομολογία απαιτεί από τον προσφεύγοντα που τελικά συμμετείχε στον Διαγωνισμό με επιφύλαξη, την επίκληση ειδικών ισχυρισμών αναφορικά με την βλάβη που ενδέχεται να υποστεί από τον προσβαλλόμενο όρο της Διακήρυξης, εν προκειμένω η προσφεύγουσα τελικώς, παρά τα όσα σχετικά ισχυρίστηκε, όχι μόνο δεν προέβαλε ειδικούς ισχυρισμούς αναφορικά με την ενδεχόμενη βλάβη της, αλλά συμμετείχε και χωρίς διατύπωση επιφυλάξεως.

21. Επειδή, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την Προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον Διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον Διαγωνισμό και εν συνεχεία, λάβει μέρος στον Διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την Προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στον Διαγωνισμό να συνοδεύεται από τη διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της Διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται (πάγια νομολογία: ΣτΕ ΕΑ: 16/2015, 9/2015, 314/2013, 472/2012, 718/2012, 714/2012, 890/2009, 881/2008, ΣτΕ 1415/2008, ΔΕφΑθ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑθ (Ασφ) 561/2013 κλπ). Τα ανωτέρω ισχύουν, πολύ περισσότερο, εάν η προθεσμία για την κατάθεση προσφοράς λήξει, πριν εκδικασθεί η Προδικαστική Προσφυγή και ο αιτών δεν έχει λάβει μέρος (με επιφύλαξη) στον Διαγωνισμό,

οπότε το έννομο συμφέρον του διατηρείται, μόνον εφόσον έχει προβάλει κατά τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό ότι η Διακήρυξη περιλαμβάνει όρο ή όρους που αποκλείουν παρανόμως τη συμμετοχή του στον Διαγωνισμό ή ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες, προβαλλόμενες με την Προδικαστική Προσφυγή, πλημμέλειες της Διακήρυξης (ΣΤΕ ΕΑ: 882/2011, 472/2012, 718/2012, 714/2012 κλπ).

22. Επειδή, οι λόγοι, για τους οποίους η αιτούσα αμφισβητεί τους επίμαχους όρους της οικείας Διακήρυξης, επιχειρώντας να προδιαγράψει, κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες, τον τρόπο απόδειξης της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, με κριτήρια διαφορετικά αυτών που η Διοίκηση, κατ' εκτίμηση των δημόσιων αναγκών της προσδιόρισε ως αναγκαία, καθίστανται απορριπτέοι, προεχόντως, ως άνευ εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι, όπως προκύπτει από το στοιχείο του ηλεκτρονικού φακέλου, μετά την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, η προσφεύγουσα έλαβε μέρος στον επίδικο Διαγωνισμό, χωρίς να διατυπώσει κατά την υποβολή της με αριθμό 91241 Προσφορά της οιαδήποτε επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των όρων της Διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα, από την εξέταση της ως άνω Προσφοράς στον διαδικτυακό τόπο του υπόψη Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ), προκύπτει ότι: α) στο ηλεκτρονικώς υποβληθέν έγγραφο με τίτλο: «Τεχνική Προσφορά Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ» (22.03.2018, 13:48:22) και συγκεκριμένα στο πεδίο, με το περιεχόμενο: «Ο υποψήφιος προμηθευτής έλαβε γνώση των όρων της Διακήρυξης και η υποβολή των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς θα γίνει σύμφωνα με τους όρους αυτής» (σελ. 3 Τεχνικής Προσφοράς), η προσφεύγουσα απάντησε θετικά («ΝΑΙ») και β) στο ηλεκτρονικώς υποβληθέν Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (σελ. 15 του Τ.Ε.Υ.Δ.), η προσφεύγουσα δήλωσε ότι ικανοποιεί όλα τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής.

23. Υπό τα δεδομένα, όμως, αυτά, ενόψει της ανεπιφύλακτης αποδοχής των όρων της Διακήρυξης κατά την υποβολή της Προσφοράς της στον υπόψη Διαγωνισμό, η προσφεύγουσα αποστερήθηκε του εννόμου συμφέροντός της να

Αριθμός απόφασης: 307/2018

αμφισβητήσει τη νομιμότητα της οικείας Διακήρυξης και ως εκ τούτου (διακοπή αιτιώδους συνδέσμου), προεχόντως οι προβαλλόμενοι λόγοι είναι απορριπτέοι, ως απαράδεκτοι. Δεν ασκεί δε καμία επιρροή ότι, πριν από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον Διαγωνισμό, η προσφεύγουσα είχε καταθέσει την Προδικαστική Προσφυγή (ΔΕφΑΘ 545/2013, ΣτΕ ΕΑ: 342/2009, 881/2008, 63/2008, 452/2008, 1040/2005 κλπ).

24. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε μεν, σύμφωνα με το άρθρο 360 του Ν.4412/2018 (αντίστοιχα άρθρο 3 του ΠΔ 39/2017) την κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, επικαλούμενη ότι συγκεκριμένοι όροι της Διακήρυξης, που τέθηκαν προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αποκλείουν ή δυσχεραίνουν ουσιωδώς τη συμμετοχή της στον Διαγωνισμό τελικά, όμως, έλαβε μέρος σε αυτόν (αριθμ. 91241 Προσφορά), χωρίς η συμμετοχή της αυτή να συνοδεύεται από διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα συγκεκριμένων όρων από τους οποίους βλάπτεται, απαραδέκτως και άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλονται οι σχετικοί λόγοι Προσφυγής και για τον λόγο αυτόν, τυγχάνουν απορριπτέοι.

25. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

26. Επειδή, κατά τα εκτιθέμενα στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 307/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε στις 19 Απριλίου 2018.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Νεκτάριος Μερτινός