

**Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.12.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1318/11.12.2018 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην ....., επί της οδού ....., αρ. ....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθ. 203/26<sup>ης</sup>Συν./2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ....., όπως τούτη εκδόθηκε στο πλαίσιο ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημοσίου διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....» (υπ' αριθμ. ....Μελέτη της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών του ως άνω .....) που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ....διακήρυξη του ....., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής και εκτιμώμενης συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 384.400,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτή, κατ' αποδοχήν του 1<sup>ου</sup> Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού που αφορά στην Αξιολόγηση των Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Προσφοράς έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....» (με α/α προσφοράς

## **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

συστήματος 113043) για την «.....», κατά το στάδιο ελέγχου των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», για τους αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγή της λόγους.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 197/2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ..... και κατόπιν της υπ' αριθμ. ....Μελέτης της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών του ως άνω ..... για τις αναγκαίες τεχνικές προδιαγραφές, εγκρίθηκε η διενέργεια και καθορίστηκαν οι όροι του ηλεκτρονικού, ανοιχτού, δημοσίου διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....». Κατόπιν τούτου δημοσιεύθηκε η υπ' αριθμ. ....διακήρυξη του ..... με αντικείμενο την «.....», με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 384.400,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός αυτός όσον αφορά την «.....» κηρύχθηκε κατ' αποδοχήν του από 08/06/2018 Πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής άγονος. Κατόπιν τούτου η Οικονομική Επιτροπή του ..... με την υπ' αριθμ. 106/2018 απόφαση της, που κηρύσσει άγονο τον ηλεκτρονικό αυτόν διαγωνισμό, εισηγήθηκε προς το Δημοτικό Συμβούλιο του ..... για την προσφυγή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, αφού προηγηθεί η διατύπωση σύμφωνης γνώμης από την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. Με την υπ' αριθμ. Δ74/2018 Απόφαση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.), χορηγήθηκε η σύμφωνη γνώμη για τη διενέργεια διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, για τη σύναψη σύμβασης για την παραπάνω προμήθεια, το δε Δημοτικό Συμβούλιο του ως άνω ..... έλαβε την υπ' αριθ. 179/2018 απόφαση για την έγκριση διενέργειας ανάθεσης με διαπραγμάτευση για την «.....» και

### **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

ακολούθως εξεδόθη η υπ' αριθμ. πρωτ. 10677/25.09.2018 Ανακοίνωση του .....περί Πρόσκλησης σε ηλεκτρονική διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, για την ανάθεση «.....» προϋπολογισθείσας αξίας 310.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (ήτοι 250.000,00€ άνευ ΦΠΑ). Ο ηλεκτρονικός διαγωνισμός με ηλεκτρονική διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση για την «.....» της ως άνω διακήρυξης διεξήχθη ηλεκτρονικά, σύμφωνα με τα αναφερόμενα σε αυτή, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ όπου και έλαβε α/α συστημικό αριθμό .....

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..... ) ποσού 1.250,00€, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσό 0,5% επί της συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας της υπόψη σύμβασης άνευ ΦΠΑ, ήτοι εν προκειμένω στην προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης άνευ ΦΠΑ ύψους 250.000,00€.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 250.000,00€ άνευ Φ.Π.Α, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου ανάρτησης της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (18.04.2018 με ΑΔΑΜ .....), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο

## **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 29.11.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 10.12.2018. Σημειωτέον ότι, εν προκειμένω, η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής συνέπιπτε με κατά Νόμον εξαιρετέα ημέρα (ήτοι την Κυριακή, 09.12.2018) και επομένως, η ανωτέρω προθεσμία νομίμως παρατάθηκε για την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, οπότε και ασκήθηκε η κρινόμενη προσφυγή.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 203/26<sup>ης</sup>Συν./2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ....., όπως τούτη εκδόθηκε στο πλαίσιο ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημοσίου διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....» (υπ' αριθμ. ....Μελέτη της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών του .....) που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ....διακήρυξη του ως άνω ..... με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής και εκτιμώμενης συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 384.400,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ειδικότερα, με την ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση αφενός κρίθηκε ως μη αποδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας διότι όπως αποτυπώνεται στη προσβαλλόμενη απόφαση: «Σύμφωνα με την υπ' αριθ. ....διακήρυξη του ..... για την .....» παρ. 2.2.6 που αφορά στην Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα «...Ο προσφέρων θα πρέπει να αποδείξει τις τεχνικές ή/και επαγγελματικές του ικανότητες στην εκτέλεση παρόμοιων προμηθειών, με την ικανοποίηση με την υποβολή των κάτωθι στοιχείων: 2.1 Κατάλογο με τις κυριότερες παραδόσεις «ο προσφέρων πρέπει να υποβάλει κατάλογο με τις κυριότερες παραδόσεις των τριών τελευταίων ετών ίδιων ή παρόμοιων με το ζητούμενο μηχανημάτων σε τύπο και χαρακτηριστικά μηχανημάτων με το/α ζητούμενο με σύντομη περιγραφή της προμήθειας, με αναφορά των στοιχείων του παραλήπτη, είτε εμπίπτει στο δημόσιο είτε στον ιδιωτικό τομέα, της ημερομηνίας παράδοσης και υποχρέωσης παράδοσης, της ποσότητας και της αξίας των ειδών. Εάν η επιχείρηση λειτουργεί ή ασκεί

### **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

επιχειρηματική δραστηριότητα ή διαθέτει το ζητούμενο από την διακήρυξη προϊόν για χρονικό διάστημα μικρότερο της ως άνω καθοριζόμενης πενταετίας, υποβάλλει τον κατάλογο παραδόσεων που έχει πραγματοποιήσει κατά το διάστημα αυτό.» Επίσης ζητήθηκε και δόθηκε απάντηση με το αριθμ. πρωτ. 5583/23.05.2018 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, μετά από ερώτημα στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. της εταιρείας ....., εάν δηλαδή υπάρχει η ως άνω απαίτηση: «ο προσφέρων να πρέπει να υποβάλει κατάλογο με τις κυριότερες παραδόσεις των τριών τελευταίων ετών ίδιων ή παρόμοιων με το ζητούμενο μηχανημάτων.» Η απάντηση της Υπηρεσίας ήταν ότι: «... ίδια μηχανήματα προφανώς γίνονται αποδεκτά, ενώ γενικό πελατολόγιο χωματοουργικών μηχανημάτων δεν αρκεί εκτός και αν αυτά είναι παρόμοια με το ζητούμενο». Η εν λόγω εταιρεία δεν καλύπτει ωστόσο τη ζητούμενη τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης) καθότι όπως αποτυπώνεται στη προσβαλλόμενη απόφαση, όπως προκύπτει από τον υποβληθέντα από τη συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία κατάλογο με τις κυριότερες παραδόσεις, δεν έχει πωλήσει ποτέ μέχρι σήμερα ερπυστριοφόρο μηχανήμα/ μηχανήματα ιδίων ή παρομοίων τύπου και χαρακτηριστικών, όπως ρητά ζητείται από τη διακήρυξη. Όλα τα μηχανήματα που αναφέρονται στον κατάλογο κυριότερων παραδόσεων που έχει προσφέρει μέχρι σήμερα αφορούν σε ελαστικοφόρους φορτωτές οι οποίοι προφανώς δεν διαθέτουν ερπύστριες, δεν είναι εκσκαφείς αλλά και δεν μπορεί να θεωρηθούν παρόμοια μηχανήματα με τον ζητούμενο ερπυστριοφόρο εκσκαφέα. Αφετέρου με την ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε ως αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «.....» διότι όπως αποτυπώνεται σε αυτή, σύμφωνα με τους όρους της υπόψη διακήρυξης απαιτείται «Δήλωση του οίκου κατασκευής για την προμήθεια ανταλλακτικών, τουλάχιστον για δέκα (10) χρόνια και σε διάστημα δέκα (10) ημερών από τη ζήτησή τους (πρωτότυπο έγγραφο με σφραγίδα του οίκου)» και επιπλέον σύμφωνα με την παρ. 2.2.6 με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» απαιτούνται: Πρότυπα εξασφάλισης της ποιότητας, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να καταθέσουν αντίγραφο πιστοποιητικού κατά ISO

### **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

9001:2008 του κατασκευαστή του προσφερόμενου εξοπλισμού καθώς επίσης, εφόσον ο προσφέρων δεν είναι ο ίδιος και κατασκευαστής. Παρόλο που στην υποβληθείσα από την ως άνω συμμετέχουσα προσφορά δεν κατατέθηκε μετάφραση των ως άνω απαιτούμενων, μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ ζητήθηκε με το αριθμ. 13311/19.11.2018 έγγραφο του ....., από την εταιρεία .....να υποβάλλει εντός 5 ημερών τα παραπάνω δικαιολογητικά, όπως ορίζει η διακήρυξη, και πράγματι στις 20.11.2018 η ως άνω εταιρεία απάντησε μέσω ΕΣΗΔΗΣ, υπέβαλλε τις συμπληρωματικές διευκρινήσεις και συγκεκριμένα δήλωση του κατασκευαστή με μετάφραση από δικηγόρο και πιστοποιητικό ISO 9001:2015 του κατασκευαστή, με ακριβή μετάφραση από δικηγόρο. Ενόψει τούτων η Επιτροπή έλεγξε τα δικαιολογητικά που είχαν αποσταλεί ταχυδρομικά και βρέθηκε ότι αυτά είναι σε συμφωνία με τα αντίστοιχα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν ηλεκτρονικά, κάνοντας συνεπώς αποδεκτή τη προσφορά της ως άνω εταιρείας. Κατόπιν τούτων, με την υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης στο μέτρο που με αυτή, κατά το στάδιο αξιολόγησης των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» κρίθηκε παρανόμως ως αποδεκτή η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....» κατά παράβαση της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, όπως υποστηρίζει στην υπό κρίση προσφυγή της.

7. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» ισχυριζόμενη ότι η ως άνω συμμετέχουσα, της οποίας η προσφορά έγινε από την αρμόδια Επιτροπή δεκτή, έχει προσκομίσει αντίγραφο ισολογισμού χρήσεως από 01 Ιανουαρίου 2015 έως και 31 Δεκεμβρίου 2015, ήτοι ισολογισμό εντός του απαιτούμενου χρονικού διαστήματος των τριών προηγούμενων ετών από τη διενέργεια του διαγωνισμού, ο οποίος εντούτοις παρουσιάζει ζημίες και αρνητικό το Αποτέλεσμα Εκμετάλλευσης Χρήσεως για το έτος αυτό, ως προκύπτει και στο αντίστοιχο πεδίο του ισολογισμού αυτού που φέρει τον τίτλο «Στοιχεία Κατάστασης Συνολικών Εσόδων» για το διάστημα από

### **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

«01/01/2015- 31/12/2015» (1η στήλη) και συγκεκριμένα στο αντίστοιχο πεδίο που αναγράφεται μέσα σε παρένθεση το ποσό των «(440.867)» και αφορά «Αποτελέσματα προ φόρων, χρηματοδοτικών, επενδυτικών αποτελεσμάτων και αποσβέσεων» (στιχ. 3<sup>ος</sup> & 4<sup>ος</sup>). Σημειωτέον, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, όταν ένα αναγραφόμενο στον ισολογισμό ποσό βρίσκεται εντός παρενθέσεως αυτό είναι πάντοτε Αρνητικό και αφορά πάντα Ζημία. Αυτό είναι διακριτό και εμφανές, κατά τη προσφεύγουσα, καθώς προκύπτει και αποδεικνύεται και από το παραπάνω πεδίο του ισολογισμού αυτού «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΘΕΣΗΣ», όπου αναγράφεται «Κέρδη (Ζημίες) Εις Νέο» (στιχ. 28<sup>ος</sup>) και σημειωτέον ότι η λέξη «ζημίες» βρίσκεται εντός παρενθέσεως, ενώ η λέξη «Κέρδη» εμφανώς δεν έχει παρένθεση. Ισχυρίζεται επιπροσθέτως η προσφεύγουσα, ότι η αρμόδια Επιτροπή του ..... απέρριψε την προσφορά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» (και) με την αιτιολογία ότι «...Σύμφωνα με την μελέτη «Ο συμμετέχων θα πρέπει να υποβάλλει αντίγραφα, επίσημα δημοσιευμένων ισολογισμών, όπου δεν θα παρουσιάζονται ζημίες για τα τρία (3) προηγούμενα έτη, από τη διενέργεια του διαγωνισμού». Σύμφωνα με τους κατατεθειμένους ισολογισμούς, αποδεικνύεται ότι και οι τρεις είναι με ζημίες....» Συνεπώς, η αρμόδια Επιτροπή μη νομίμως και κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης καθώς και των αρχών της χρηστής διοίκησης, της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....» (με α/α προσφοράς συστήματος 113043) και ανέδειξε τούτη προσωρινή ανάδοχο για την «.....», ενώ ήτο και είναι απορριπτικά η προσφορά της για τους παραπάνω λόγους που διαλαμβάνει η προσφεύγουσα στη προσφυγή της.

8. Επειδή, με το με αριθμ. πρωτ. 425/10.01.2019 έγγραφο της, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει τις απόψεις της σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 καθώς και στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης. Αιτείται με το ως άνω έγγραφο των απόψεων της η αναθέτουσα αρχή την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, διότι όπως υποστηρίζει –και αποτελούσε και την

### **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

αιτιολογία της απόρριψης της διά της προσβαλλομένης απόφασης- η εν λόγω εταιρεία δεν καλύπτει τη ζητούμενη τεχνική κι επαγγελματική ικανότητα (παρ. 2.2.6 της Διακήρυξης) καθότι όπως προκύπτει από τον υποβληθέντα κατάλογο με τις κυριότερες παραδόσεις, δεν έχει πωλήσει ποτέ μέχρι σήμερα ερπυστριοφόρο μηχάνημα ιδίων ή παρομοίων σε τύπο και χαρακτηριστικά μηχανήματα όπως ρητά ζητείται από τη διακήρυξη. Όλα τα μηχανήματα που αναφέρονται στον κατάλογο κυριότερων παραδόσεων που έχει προσφέρει μέχρι σήμερα αφορούν σε ελαστικοφόρους φορτωτές οι οποίοι ωστόσο δεν διαθέτουν ερπύστριες, δεν είναι εκσκαφείς αλλά και δεν μπορεί να θεωρηθούν παρόμοια μηχανήματα με τον ζητούμενο ερπυστριοφόρο εκσκαφέα. Επιπροσθέτως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της ότι από την απλή επισκόπηση της επίμαχης προδικαστικής προσφυγής προκύπτει ότι η προσφεύγουσα ουδόλως αμφισβητεί την αιτιολογία αποκλεισμού της αλλά στρέφεται αποκλειστικά κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «.....». Με τον αποκλεισμό της εντούτοις η προσφεύγουσα κατέστη τρίτη ως προς τον διαγωνισμό και δεν έχει, ως εκ τούτου, κατ' αρχήν έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου (Ε.Α. ΣτΕ 66/2012 κ.α.). Εν όψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα, μη αμφισβητώντας τη νομιμότητα του αποκλεισμού της από τον ένδικο διαγωνισμό, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής της εναπομείνουσας στον διαγωνισμό ως άνω παρεμβαίνουσας εταιρείας (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 622/2007, 1051/2006), και συγκεκριμένα να προβάλει πλημμέλειες της από τυπικής απόψεως συμμετοχής της ήδη παρεμβαίνουσας στον διαγωνισμό. Επιπλέον, η προσφεύγουσα δεν έχει προβάλει παράβαση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και του ενιαίου μέτρου κρίσεως, ώστε να ήταν δυνατόν να εξετασθεί εάν συντρέχει περίπτωση κατ' εξαίρεση ασκήσεως της κρινομένης προδικαστικής προσφυγής παραδεκτώς από απόψεως εννόμου συμφέροντος (πρβλ. Ε.Α. 43, 340, 717, 813/2007, 786/2005, 351, 508/2004, 231/2003 κ.ά., πρβλ. επίσης Σ.τ.Ε. 3779/2003). Περαιτέρω δε ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή ότι ο μη αμφισβητούμενος αποκλεισμός της προσφεύγουσας δεν έλαβε



### **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

χώρα για την αυτή αιτία με την προσφορά της εταιρείας της οποίας αμφισβητεί τη νομιμότητα αποδοχής, συνεπώς δεν τίθεται ζήτημα παράβασης του ίσου μέτρου κρίσης. Επικουρικά στα ως άνω διατυπωθέντα, υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή ότι ούτε από τους προσκομισθέντες ισολογισμούς της συμμετέχουσας εταιρείας ..... τεκμηριώνεται η βασιμότητα των ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

9. Επειδή, η συμμετέχουσα στην ως άνω διαγωνιστική διαδικασία εταιρεία «.....» κατέθεσε την 24.12.2018 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Παρέμβαση, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης. Η εν λόγω Παρέμβαση ωστόσο ασκείται εκπροθέσμως, αφού σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 η σχετική δεκαήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης εκκινεί από την ημερομηνία κοινοποίησης της προσφυγής, όπως δε προκύπτει εν προκειμένω από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής σε όλους τους συμμετέχοντες την 13.11.2018 μέσω σχετικού μηνύματος στον σύνδεσμο «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, συνεπώς η συμμετέχουσα/ παρεμβαίνουσα δύνατο να ασκήσει παραδεκτώς τη Παρέμβαση της μέχρι και την 23.11.2018, για το λόγο δε τούτο κρίνεται ότι υποβάλλεται τυπικά απαραδέκτως και παρέλκει συνεπώς η κατ' ουσίαν εξέταση της.

10. Επειδή, με την με αριθμ. Α558/2018 Απόφαση της ΑΕΠΠ απερρίφθη το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων που είχε σωρεύσει στην υπό κρίση Προσφυγή της η προσφεύγουσα.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ως άνω και όπως προκύπτει από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση Προσφυγή της στρέφεται κατά της προσφοράς της έτερης στην υπόψη σύμβαση συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία

### **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

«.....», η οποία έγινε αποδεκτή διά της προσβαλλομένης, για τους λόγους που αναφέρει σε αυτή (βλ. σκ. 7).

12. Επειδή, εντούτοις, με την προσβαλλομένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας καθότι δεν πληρούσε επί ποινή αποκλεισμού όρους περί της απαιτούμενης τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της υπόψη σύμβασης και αποκλείσθηκε από τη συνέχιση του διαγωνισμού και συνεπώς από τη σύναψη της οικείας σύμβασης.

13. Επειδή, προκειμένου να στοιχειοθετηθεί έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, σχετικά με το αίτημα της για την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης ως προς την αποδοχή και αξιολόγηση της προσφοράς έτερου διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, που σύμφωνα με την προσβαλλόμενη αξιολογήθηκε και εγκρίθηκε για τη συνέχιση στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, πρέπει να κριθεί ως αβάσιμος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας. Και τούτο obiter dictum, διότι εφόσον κριθεί ως νόμιμος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας, παρέλκει, ως αλυσιτελής η εξέταση των οικείων λόγων που προβάλλει περί της αξιολόγησης της προσφοράς του συνδιαγωνιζόμενου του (ΔΕΦΑΘ 892/2010), καθώς, κατά τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣτΕ 1156/2010, ΣτΕ Ε.Α. 64/2012, 695, 311/2009) διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος. Κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του κοινοτικού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ο προσφεύγων προβάλλει με έννομο συμφέρον λόγους αποκλεισμού ίδιους με εκείνους που αποτέλεσαν την αιτιολογία αποκλεισμού του, όπερ εντούτοις δεν ισχύει εν προκειμένω, αφού η προσφεύγουσα αποκλείσθηκε με την αιτιολογία της μη συμμόρφωσης της με τους απαιτούμενους όρους της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και

### **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

συγκεκριμένα μη συμμόρφωσης της προσφοράς της με το άρθρο 2.2.6 της οικείας διακήρυξης και ειδικότερα την απαίτηση υπό 2.1 με τίτλο «Κατάλογο με τις κυριότερες παραδόσεις», σύμφωνα με το οποίο: «Ο προσφέρων πρέπει να υποβάλλει κατάλογο με τις κυριότερες παραδόσεις των τριών (3) τελευταίων χρόνων ιδίων ή παρόμοιων σε τύπο και χαρακτηριστικά μηχανημάτων με το/α ζητούμενο/α της ΟΜΑΔΑΣ, με σύντομη περιγραφή της προμήθειας, με αναφορά των στοιχείων του παραλήπτη, είτε εμπίπτει στο δημόσιο είτε στον ιδιωτικό τομέα, της ημερομηνίας παράδοσης και υποχρέωσης παράδοσης, της ποσότητας και της αξίας των ειδών. Οι παραδόσεις αποδεικνύονται, εάν ο παραλήπτης ανήκει στον δημόσιο τομέα, με πιστοποιητικά οριστικής παραλαβής τα οποία έχουν εκδοθεί ή θεωρηθεί από την αρμόδια αρχή και στα οποία θα αναφέρεται και η εμπρόθεσμη ή μη παράδοση των υλικών και εάν ο παραλήπτης ανήκει στον ιδιωτικό τομέα, με τα αντίστοιχα επίσημα παραστατικά έγγραφα πώλησης ή, εφόσον δεν προβλέπεται η έκδοση παραστατικών ή αν δεν υπάρχουν παραστατικά, με υπεύθυνη δήλωση του αγοραστή και, εάν τούτο δεν είναι δυνατό, του προμηθευτή. Εάν η επιχείρηση λειτουργεί ή ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα ή διαθέτει το ζητούμενο από την διακήρυξη προϊόν για χρονικό διάστημα μικρότερο της ως άνω καθοριζόμενης πενταετίας, υποβάλλει τον κατάλογο παραδόσεων που έχει πραγματοποιήσει κατά το διάστημα αυτό». Οι δε λόγοι που προβάλλει η προσφεύγουσα κατά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας ωστόσο αφορούν τη μη συμμόρφωση της τελευταίας, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας στο έντυπο της προσφυγής της, περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης σύμφωνα με το οποίο: «Ο προσφέρων στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση δηλ. ο προσωρινός ανάδοχος, ανεξαρτήτου νομικής μορφής του εδαφίου 7 άνω, πρέπει να συμπεριλάβει επί ποινή αποκλεισμού, στον ηλεκτρονικό φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής, ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά που αποδεικνύουν την οικονομική και χρηματοπιστωτική του επάρκεια: ... Ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών, στην περίπτωση που η δημοσίευση ισολογισμών

### **Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

απαιτείται από την νομοθεσία της χώρας που είναι εγκατεστημένος ο διαγωνιζόμενος, των τριών τελευταίων προ του έτους του διαγωνισμού οικονομικών χρήσεων». Εκ των ως άνω συνάγεται ότι ο προβαλλόμενος από τη προσφεύγουσα λόγος απόρριψης της προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» δεν αποτελεί λόγο όμοιο με τον λόγο αποκλεισμού της, προκειμένου να εξετασθεί κατ' ουσίαν στο πλαίσιο τήρησης της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, αλυσιτελώς δε και απαραδέκτως προβάλλει η προσφεύγουσα επιπροσθέτως κατά της προσφοράς της ως άνω συμμετέχουσας εταιρείας λόγο αποκλεισμού που αφορά σε άλλο συμμετέχοντα στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία και συγκεκριμένα της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» της οποίας η προσφορά απορρίφθηκε από την αναθέτουσα αρχή (και) με την αιτιολογία ότι «...Σύμφωνα με την μελέτη «Ο συμμετέχων θα πρέπει να υποβάλλει αντίγραφα, επίσημα δημοσιευμένων ισολογισμών, όπου δεν θα παρουσιάζονται ζημίες για τα τρία (3) προηγούμενα έτη, από τη διενέργεια του διαγωνισμού». Σύμφωνα με τους κατατεθειμένους ισολογισμούς, αποδεικνύεται ότι και οι τρεις είναι με ζημίες....», αφού δεν στοιχειοθετείται έννομο συμφέρον εκ τρίτου εκπορευόμενο.

14. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η προσφεύγουσα δεν διατυπώνει στη Προσφυγή της λόγους για το εσφαλμένο ή παράνομο απόρριψης διά της προσβαλλομένης της προσφοράς της και συνεπώς δεν στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της προκειμένου για την απόρριψη της προσφοράς της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας, κατά της οποίας βάλλει.

15. Επειδή, επομένως, η παρούσα Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..... ) ποσού 1.250,00€ πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

**Αριθμός απόφασης: 138 / 2019**

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει τη Προσφυγή.

Ορίζει τη κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 17 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 06 Φεβρουαρίου 2019.

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αλέξανδρος Γρυπάρης**