

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 29 Νοεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χ. Ζαράρη-Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χ. Χαραλαμποπούλου και Γ-Μ Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.10.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1985/22.10.2021 Προδικαστική Προσφυγή της Ένωσης Εταιρειών [με μέλη τις εταιρείες α) την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «....» και το διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στο ..., ..., Τ.Κ. ..., και β) την Εταιρεία Περιορισμένης Ευθύνης με την επωνυμία «....» και το διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στην,, (εφεξής προσφεύγουσα) νομίμως εκπροσωπούμενης

Κατά του (εφεξής αναθέτουσα αρχή) όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. Πρωτ./11-10-2021 προσβαλλομένη απόφαση του, καθώς και κάθε άλλη –προηγούμενη ή επόμενη – πράξη ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής, βλαπτική των νομίμων δικαιωμάτων του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί e-πανάβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 13.710,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό και αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του στις 19.10.2021 στην ALPHA BANK).

2.Επειδή με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

προκήρυξε Ανοιχτό Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, σε Ευρώ, για τη σύναψη σύμβασης με τίτλο «.....» με Κωδικό MIS:, με εκτιμώμενη αξία δυο εκατομμύρια επτακόσιες σαράντα μια χιλιάδες εννιακόσια τριάντα πέντε ευρώ και σαράντα οχτώ λεπτά (2.741.935,48 €).

3. Επειδή, περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Ε.Ε.Ε.Ε στις 26.10.2020 (ΕΕ 2020/S), η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. : καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή η επίμαχη διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας δαπάνης αλλά και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5.Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 21-10-2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη της κοινοποιήθηκε στις 11.10.2021, νομίμως υπογεγραμμένη έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017. Ασκεί δε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή μεθ' εννόμου συμφέροντος, γιατί η προσφορά της απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη και ευλόγως επιδιώκει την ανάληψη της σύμβασης. Ωστόσο, το αίτημα της περί ακύρωσης «και κάθε άλλη –προηγούμενη ή επόμενη – πράξη ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής, βλαπτική των νομίμων δικαιωμάτων μας», προβάλλεται καταρχήν αορίστως και τούτο διότι η αόριστη μνεία ως προσβαλλομένης κάθε πράξης της Διοίκησης της αναθέτουσας αρχής και «κάθε συναφούς πράξης ή παράλειψης» δεν υποχρεώνει το Δικαστήριο ούτε την ΑΕΠΠ να ερευνήσει από την άποψη αυτή την υπόθεση 1128/2017, 3784/2015, 1750/2011,1462/1995, σκ. 6, 1256/1995, σκ. 5, ΔΕφΑθ 1129/2019, ΕΛΣυν 6605/2015 Τμ. VI και μεταξύ πολλών ΑΕΠΠ 1331/2020 Σκ. 6).

6. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 22.10.2021 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προκειμένου να λάβει γνώση

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

κάθε ενδιαφερόμενος τρίτος, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ και στους ενδιαφερομένους τις από 09.11.2021 Απόψεις της επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής. Σημειώνεται ότι σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου δεν κατατέθηκε ουδένα Υπόμνημα ή/και παρέμβαση.

7. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω νομίμως και παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και νομίμως εισάγεται προς εξέταση κατόπιν της με αρ. 2638/2021 Πράξης της Προέδρου του κρίνοντος Κλιμακίου.

8. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Πρωτ. 52835/11-10-2021 προσβαλλομένη απόφαση του με θέμα «*Απόρριψη του υπ'αριθμ. 6 από 4.04.2021 πρακτικού, μερική απόρριψη του υπ'αριθμ. 11 από 23.09.2021 πρακτικού και μερική αποδοχή του υπ'αριθμ. 11 από 23.09.2021 πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης του ηλεκτρονικού ανοιχτού άνω των ορίων του άρθρου 5 του ν. 4412/2016 διαγωνισμού «.....», ΑΔΑ, με κωδικό MIS*» αποφασίστηκε «1) Η απόρριψη του αριθ. 6/4-4-2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, σε συνέχεια της εξέτασης των διευκρινήσεων που ζητήθηκαν από τους προσφέροντες με την αριθ. 37170/16-7-2021 Απόφαση και της έκδοσης του αριθ. 10/19-8-2021 Πρακτικού της εν λόγω Επιτροπής. 2) Η μερική απόρριψη του αριθ. 11/23-9-2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της ενώσεως «.....» διότι δεν πληροί το άρθρο 2.2.6 «*Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα*» της Διακηρύξεως ήτοι, δεν είχε σωρευτικά ολοκληρώσει α) ένα έργο υλοποίησης τηλεπικοινωνιακού δικτύου συνολικού προϋπολογισμού τουλάχιστον 1.150.000,00 ευρώ, β) ένα έργο προμήθειας και ανάπτυξης ή / και υποστήριξης λειτουργίας πληροφοριακού συστήματος και βάσης δεδομένων με υποδομή εφεδρικού συστήματος συνολικής αξίας τουλάχιστον 750.000,00 ευρώ κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών πριν το έτος διενέργειας του διαγωνισμού (2017, 2018 και 2019) με επιτυχία, αυτόνομα ή ως μέλος ένωσης / κοινοπραξίας ή ως υπεργολάβος, τα οποία δύνανται να ξεκίνησαν και προγενέστερα της προαναφερθείσας τριετίας».

9. Επειδή, η προσφεύγουσα κατόπιν παράθεσης εκτενούς ιστορικού της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας ισχυρίζεται ότι υφίσταται παράβαση της διακήρυξης, παραθέτοντας σχετική πάγια νομολογία περί της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης, στη συνέχεια παραθέτει τον επίμαχο όρο 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» και ισχυρίζεται ότι «Σύμφωνα δε με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, οι εταιρείες μέλη της ένωσης εταιρειών μας δήλωσαν (στα υποβληθέντα από αυτές ΕΕΕΣ) και ένα (1) έργο υλοποίησης τηλεπικοινωνιακού δικτύου συνολικού προϋπολογισμού τουλάχιστον 1.150.000,00 ευρώ και ένα (1) έργο προμήθειας και ανάπτυξης ή/και υποστήριξης λειτουργίας πληροφοριακού συστήματος και βάσης δεδομένων με υποδομή εφεδρικού συστήματος συνολικής αξίας τουλάχιστον 750.000,00 ευρώ. Ειδικότερα ηδήλωσε στο ΕΕΕΣ της ένα έργο υλοποίησης τηλεπικοινωνιακού δικτύου συνολικού προϋπολογισμού 1.817.406€ (ήτοι ποσού άνω των 1.150.000€), που παρασχέθηκε κατά το χρονικό διάστημα από 01/01/2017 μέχρι 31/12/2019 προς την εταιρεία/πελάτη με περιγραφή «Παροχή υπηρεσιών IP VPN που αφορούν την διασύνδεση και επικοινωνία μεταξύ των σημείων παρουσίας του πελάτη μέσω μόνιμων συνδέσεων. Μέσω του δικτύου μπορούν να μεταφέρονται διάφορα είδη δεδομένων όπως φωνή, video και άλλα, με προτεραιότητες μέσω κατηγοριοποίησης της κίνησης (CoS). Η υπηρεσία IP VPN αποτελείται από Υπηρεσίες πρόσβασης – Διασύνδεση του πελάτη στο VPN μέσω μόνιμων συνδέσεων ανά σημείο».

Αντιστοίχως, η δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ένα έργο προμήθειας και ανάπτυξης ή/και υποστήριξης λειτουργίας πληροφοριακού συστήματος και βάσης δεδομένων με υποδομή εφεδρικού συστήματος συνολικού προϋπολογισμού 2.200.000€ (ήτοι ποσού άνω των 750.000€), που παρασχέθηκε κατά το χρονικό διάστημα από **19/04/2014 μέχρι 08/12/2020** προς την εταιρεία/πελάτη με περιγραφή «Αναβάθμιση των πληροφοριακών συστημάτων Board Portal και Virtual Data Rooms τηςτα οποία χρησιμοποιούνται για την λειτουργία των ομώνυμων προϊόντων της Τα συστήματα αυτά χρησιμοποιούν σήμερα περισσότερες από 4500 εταιρείες με πάνω από 85.000 χρήστες σε ολόκληρο τον κόσμο. Η ανάπτυξη των

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

συστημάτων έγινε με τη συμμετοχή της μέσα από συμφωνία πλαίσιο από το 2014 μέχρι και σήμερα. Ως τεχνολογία υλοποίησης έχει χρησιμοποιηθεί η πλατφόρμα .NET της Microsoft. Η βάση δεδομένων είναι η MS SQL Server. Η γραφική διεπαφή είναι υλοποιημένη σε Angular.js. Σήμερα στο έργο η απασχολεί ομάδα 24 μηχανικών λογισμικού, προγραμματιστών και μηχανικών ελέγχου ποιότητας». Επίσης σε σχέση με τα ως άνω δηλωθέντα έργα η ένωση εταιρειών μας παρέσχε πλήρεις και τεκμηριωμένες διευκρινήσεις με το από 26/07/2021 υπόμνημά της, συνοδευόμενο μάλιστα από σχετικές αποδείξεις (ισολογισμούς, στοιχεία τιμολογήσεων, βεβαιώσεις πελατών κλπ, κατά τα ως άνω αναλυτικώς λεχθέντα). Συνεπώς η προσφορά της ένωσης εταιρειών μας πληρούσε απολύτως τον όρο 2.2.6 «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» της Διακήρυξης. Όπως δε εσφαλμένως (και αναιτιολόγητα) η προσβαλλόμενη απόφαση έκρινε ότι η προσφορά μας δεν πληρούσε τον εν λόγω όρο 2.2.6. και ως εκ τούτου τυγχάνει ακυρωτέα» . .

Στη συνέχεια η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πάσχει λόγω έλλειψης αιτιολογίας, παραθέτει το άρ. 17 ΚΔΔσίας και ισχυρίζεται ότι «Εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή, χωρίς καμιά απολύτως αιτιολογία, έκρινε ότι η προσφορά της ενώσεως εταιρειών μας δεν πληρούσε το άρθρο 2.2.6 «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» της Διακηρύξεως ήτοι, δεν είχε σωρευτικά ολοκληρώσει α) ένα έργο υλοποίησης τηλεπικοινωνιακού δικτύου συνολικού προϋπολογισμού τουλάχιστον 1.150.000,00 ευρώ, β) ένα έργο προμήθειας και ανάπτυξης ή / και υποστήριξης λειτουργίας πληροφοριακού συστήματος και βάσης δεδομένων με υποδομή εφεδρικού συστήματος συνολικής αξίας τουλάχιστον 750.000,00 ευρώ κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών πριν το έτος διενέργειας του διαγωνισμού (2017, 2018 και 2019) με επιτυχία, αυτόνομα ή ως μέλος ένωσης / κοινοπραξίας ή ως υπεργολάβος, τα οποία δύνανται να ξεκίνησαν και προγενέστερα της προαναφερθείσας τριετίας. Με αυτόν τον τρόπο όμως η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα ως αναιτιολόγητη, καθώς δεν περιέχει καμιά απολύτως αιτιολογία, δεν εξηγεί πώς, με ποιον τρόπο και με ποια ακριβώς δεδομένα κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η προσφορά της ενώσεως εταιρειών μας δεν πληροί τον όρο 2.2.6, δεν αιτιολογεί για ποιον ακριβώς λόγο κρίθηκαν

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

μη επαρκή τα ως άνω δηλωθέντα από την ένωση εταιρειών μας έργα, δεν αναφέρει καν αν ελήφθησαν υπόψιν (και αν ναι για ποιον ακριβώς λόγο δεν κρίθηκαν πλήρεις και επαρκείς) οι χορηγηθείσας από την ένωση εταιρειών μας διευκρινίσεις που δόθηκαν στις 26/07/2021 και, τέλος, δεν αιτιολογεί για ποιον ακριβώς λόγο απορρίπτει την περί του αντιθέτου (ευνοϊκή για την ένωση εταιρειών μας) ομόφωνη γνωμοδότηση της Επιτροπής.

Επίσης, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται «III. ΠΑΡΑΒΑΣΗ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑΣ, ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΙΣΟΤΗΤΑΣ, ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΙΣΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ, ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΟΥ ΚΡΑΤΟΥΣ ΔΙΚΑΙΟΥ ΚΑΙ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΤΗΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΜΕΝΗΣ ΕΜΠΙΣΤΟΣΥΝΗΣ ΤΟΥ ΔΙΟΙΚΟΥΜΕΝΟΥ Με την προσβαλλομένη απόφασή της η αναθέτουσα αρχή παραβίασε την αρχή της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων, η οποία βασίζεται στην πρόβλεψη της υποχρέωσης ανάπτυξης ελεύθερου ανταγωνισμού. Σύμφωνα με την αρχή αυτή κρίσιμο στοιχείο για την αξιολόγηση μιας προσφοράς είναι η εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Υπό το πρίσμα αυτό επιβάλλεται να λαμβάνεται μέριμνα από την αναθέτουσα αρχή ώστε όλοι οι υποβάλλοντες προσφορές να διαθέτουν τις ίδιες ευκαιρίες κατά το στάδιο της ανάθεσης μιας σύμβασης. Επίσης επιβάλλεται η διασφάλιση της δυνατότητας αντικειμενικής σύγκρισης των υποβληθεισών προσφορών. Αυτό επιτυγχάνεται με τη σαφή δημοσιοποίηση των κρίσιμων κριτηρίων ανάθεσης μιας σύμβασης, με τα οποία θα πρέπει να συμμορφώνονται όλες οι προσφορές. Παράλληλα, παραβιάστηκε η αρχή του κράτους δικαίου, που ως θεσμική – συνταγματική εγγύηση συντίθεται (μεταξύ άλλων) από τις αρχές της νομιμότητας της δημόσιας διοίκησης (η δημόσια διοίκηση λειτουργεί μόνο στο πλαίσιο των νόμων), της δράσης της διοικήσεως (η διοίκηση πρέπει να δρα, όταν η δράση της είναι αναγκαία για την προστασία του δημοσίου συμφέροντος), της αναλογικότητας (δηλαδή της επιλογής μέσων ανάλογων προς τον επιδιωκόμενο από τα όργανα της δημόσιας διοίκησης σκοπό), της καλής πίστης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου στη δράση της διοίκησης, της χρηστής διοίκησης (η διοίκηση πρέπει να σέβεται την προστασία των δικαιωμάτων του διοικουμένου και να λειτουργεί με επιείκεια), της μη υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

ευχέρειας, της αρχής της αμεροληψίας των οργάνων της δημόσιας διοίκησης κατά την άσκηση των καθηκόντων τους και τον κατάλογο των θεμελιωδών δικαιωμάτων. Περαιτέρω, παραβιάστηκε η αρχή της διαφάνειας, που αποτελεί γενική αρχή του κοινοτικού δικαίου και συνδέεται άμεσα με την αρχή της ισότητας, της οποίας και αποτελεί ειδική έκφανση. Σύμφωνα, με την αρχή αυτή επιβάλλεται να έχουν όλοι οι υποψήφιοι σε όλα τα στάδια του διαγωνισμού ίσες ευκαιρίες όταν υποβάλλουν τις προσφορές τους. Αυτό μπορεί να επιτευχθεί μόνο αν οι αναθέτουσες αρχές συμμορφώνονται στην υποχρέωσή τους να προσδιορίζουν με σαφήνεια τα κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης. Συναφής είναι η υποχρέωση διασφάλισης της απαραίτητης δημοσιότητας, η οποία καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού. Η εν λόγω υποχρέωση διαφάνειας που βαρύνει την αναθέτουσα αρχή συνίσταται στη διασφάλιση υπέρ όλων των ενδεχόμενων αναδόχων, προσήκοντος βαθμού δημοσιότητας που να καθιστά δυνατό το άνοιγμα της αγοράς υπηρεσιών στον ανταγωνισμό καθώς και τον έλεγχο του αμερόληπτου χαρακτήρα των διαδικασιών διαγωνισμού. Εφαρμόζεται δε σε όλα τα διαδικαστικά στάδια, ακόμη και όταν δεν προβλέπεται ρητά. Η νομολογία του ΔΕΚ προσδιόρισε μάλιστα την αναγκαιότητα της διαφάνειας κατά την ερμηνεία των κοινοτικών οδηγιών και της προσέδωσε έντονα κανονιστικό χαρακτήρα στη βάση της αρχής της ισότητας. Συνεπώς η προσβαλλομένη απόφαση περί αποκλεισμού της ενώσεως εταιρειών μας από την συνέχεια του διαγωνισμού τυγχάνει ακυρωτέα και ως παραβιάζουσα τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης και την αρχή του κράτους δικαίου, καθώς από κανένα σημείο της δεν προκύπτει ούτε αιτιολογείται η αιτία του αποκλεισμού μας. Παραβιάζει, τέλος, η προσβαλλομένη απόφαση και την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, καθώς ενώ μας ζητήθηκε να υποβάλουμε διευκρινίσεις επί των ερωτημάτων της αναθέτουσας αρχής και της Επιτροπής (κάτι που πράξαμε, υποβάλλοντας στις 26/07/2021 πλήρες και αναλυτικότατο υπόμνημα), αυτό δεν ελήφθη καν υπόψιν από την αναθέτουσα αρχή».

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της, παραθέτει ομοίως εκτενές ιστορικό της επίμαχης διαδικασίας και ισχυρίζεται ότι « Γ) **Επί της προσφυγής..... Η προσφυγή του προσφεύγοντος είναι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη. Και αυτό διότι η Ένωση Εταιρειών "..... δεν πληροί τον όρο 2.2.6.1 της Διακήρυξης, η οποία σύμφωνα με πάγια νομολογία έχει χαρακτήρα κανονιστικής διοικητικής πράξης.** Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τον όρο αυτό ο κάθε συμμετέχων οικονομικός φορέας θα πρέπει : "Να διαθέτει κατάλληλα τεκμηριωμένη και αποδεδειγμένη εμπειρία σε έργα και μελέτες εφαρμογής παρόμοιες με τα ζητούμενα ως προς το εύρος, το περιβάλλον (δημόσιες υπηρεσίες και οργανισμοί) και τα ποιοτικά χαρακτηριστικά τους (παροχή δικτυακών – τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών). Επίσης, να διαθέτει αποδεδειγμένη εμπειρία σε μεγάλα και σύνθετα έργα υλοποίησης και λειτουργίας δικτυακών και τηλεπικοινωνιακών συστημάτων, στη δημιουργία και υποστήριξη ιδεατών κλειστών δικτύων, με ίδιες ή τρίτες υποδομές, στην κατασκευή δικτύων υψηλών ταχυτήτων (ενδεικτικές τεχνολογίες: IP, MPLS), σε ασύρματα δίκτυα καθώς και σε εγκατάσταση και υποστήριξη λειτουργίας δικτύων στο πλαίσιο έργων ανάλογου μεγέθους, πολυπλοκότητας και παρεμφερούς αντικειμένου με το υπό ανάθεση Έργο. Τέλος, να διαθέτει κατάλληλα τεκμηριωμένη και αποδεδειγμένη εμπειρία σε μεγάλα και σύνθετα έργα ανάπτυξης και υποστήριξης πληροφοριακών συστημάτων ανάλογου μεγέθους, πολυπλοκότητας και αρχιτεκτονικής με το N-VIS.

Συγκεκριμένα, ως ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, να έχει ολοκληρώσει έργα κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών πριν το έτος διενέργειας του διαγωνισμού (2017, 2018 και 2019) με επιτυχία, αυτόνομα ή ως μέλος ένωσης / κοινοπραξίας ή ως υπεργολάβος, τα οποία δύνανται να ξεκίνησαν και προγενέστερα της προαναφερθείσας τριετίας, και να διαθέτει αποδεδειγμένη εμπειρία σωρευτικά στα εξής: - Ένα (1) έργο υλοποίησης τηλεπικοινωνιακού δικτύου συνολικού προϋπολογισμού τουλάχιστον 1.150.000,00 ευρώ. - Ένα (1) έργο προμήθειας και ανάπτυξης ή/και υποστήριξης λειτουργίας πληροφοριακού συστήματος και βάσης δεδομένων με υποδομή εφεδρικού συστήματος συνολικής αξίας τουλάχιστον

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

750.000,00 ευρώ Συμπληρώνεται από τους υποψήφιους αντίστοιχα η Παράγραφος Γ «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» του Μέρους IV του ΕΕΕΣ". Κατά συνέπεια, η διακήρυξη προϋποθέτει επίκληση εκ μέρους των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στον διαγωνισμό έργων που έχουν ολοκληρωθεί με επιτυχία μέχρι και το έτος 2019. Ωστόσο, στο ΕΕΕΣ της, η εταιρεία «.....» επικαλείται έργο ύψους 2.200.000 ευρώ προς την εταιρείατο οποίο δεν φαίνεται να έχει λήξει την στιγμή υποβολής της προσφοράς της αλλά αναμένεται κατά δήλωσή της να λήξει στις 8.12.2020. Επίσης, στο ΕΕΕΣ της η «.....» ορίζει ότι «η ανάπτυξη των συστημάτων έγινε με τη συμμετοχή της μέσα από συμφωνία πλαίσιο από το 2014 μέχρι και σήμερα». Ως χρόνος διενέργειας του έργου ορίστηκε το χρονικό διάστημα από 19.04.2014 - 08.12.2020, χωρίς να προκύπτει από τη δήλωσή της αυτή ποια ήταν ακριβώς η συμμετοχή της «.....» στο έργο. Το σημείο αυτό θα μπορούσε να έχει διευκρινιστεί από την εταιρεία «.....» κατά την πρόσκληση για υποβολή διευκρινίσεων με τη με αριθ. 37170/16.7.2021 απόφαση του, όπου της ζητήθηκε να εξηγήσει τον μέσο και ειδικό μέσο κύκλο εργασιών της (1.292.163, 74 ευρώ) σε σχέση με το υπέρτερης αξίας έργο που δηλώνει στο ΕΕΕΣ της. Μόνο με την από 8.12.2020 επιστολή της εταιρείας που προσκομίστηκε κατόπιν της πρόσκλησης υποβολής διευκρινίσεων με τη με αριθ. 37170/16.7.2021 απόφαση, αποσαφηνίστηκε ότι η συμμετοχή της εταιρείας ανάγεται σε όλο το χρονικό διάστημα από 4/2014 έως 12/2020 και ότι ανάγεται σε 2.200.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Κατά συνέπεια, το έργο που επικαλείται η εν λόγω εταιρεία δεν φαίνεται να έχει ολοκληρωθεί το 2019 όπως απαιτεί η Διακήρυξη. Επιπροσθέτως, αναφορικά με την επίκληση από τον προσφεύγον της έλλειψης αιτιολογίας, σύμφωνα με το άρθρο 17 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας: «1. Η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της. 2. Η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός αν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης. 3. Όταν η διοικητική πράξη εκδίδεται αυτεπαγγέλτως, τα αποδεικτικά στοιχεία συγκεντρώνονται με πρωτοβουλία του αρμοδίου για την έκδοσή της οργάνου». Η αιτιολογία προκύπτει σαφώς όχι μόνο από το διατακτικό της με

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

αριθ. .../11-10-2021 απόφασης, όπου αναφέρεται σαφώς ότι η «Ένωση Εταιρειών δεν πληροί το άρθρο 2.2.6 «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» της Διακηρύξεως ήτοι, δεν είχε σωρευτικά ολοκληρώσει α) ένα έργο υλοποίησης τηλεπικοινωνιακού δικτύου συνολικού προϋπολογισμού τουλάχιστον 1.150.000,00 ευρώ, β) ένα έργο προμήθειας και ανάπτυξης ή / και υποστήριξης λειτουργίας πληροφοριακού συστήματος και βάσης δεδομένων με υποδομή εφεδρικού συστήματος συνολικής αξίας τουλάχιστον 750.000,00 ευρώ κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών πριν το έτος διενέργειας του διαγωνισμού (2017, 2018 και 2019) με επιτυχία, αυτόνομα ή ως μέλος ένωσης / κοινοπραξίας ή ως υπεργολάβος, τα οποία δύνανται να ξεκίνησαν και προγενέστερα της προαναφερθείσας τριετίας», αλλά και από τον σχετικό φάκελο διαγωνισμού στο οποίο περιλαμβάνεται η με αριθ. 341/3.9.21 εισήγηση του γραφείου Νομοθετικής Πρωτοβουλίας του την οποία η προσφεύγουσα μπορούσε να ζητήσει από την Αναθέτουσα Αρχή. Συνεπώς, για όλους του ως άνω αναφερόμενους λόγους η προσφυγή του οικονομικού φορέα "" πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 75 «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται:

«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

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

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.

[...]

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.

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 365 «Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής - Εξουσιοδοτική διάταξη» του ν. 4412/2016, όπως ισχύει ορίζεται στην παρ. 1. «1.....β).... Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης.Συμπληρωματικά υπομνήματα κατατίθενται από οποιοδήποτε από τα μέρη μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ ή, αν αυτό δεν είναι εφικτό ή αν ο διαγωνισμός δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, με οποιοδήποτε πρόσφορο μέσο, το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής».

13. Επειδή στο άρθρο 367 «Διαδικασία λήψης απόφασης συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ» του ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζεται «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας.

14. Επειδή οι σχετικοί όροι της διακήρυξης ορίζουν τα εξής :

2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα

Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, ως ελάχιστη προϋπόθεση για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό, ο προσφέρων οικονομικός φορέας απαιτείται:

2.2.6.1 Να διαθέτει κατάλληλα τεκμηριωμένη και αποδεδειγμένη εμπειρία σε έργα και μελέτες εφαρμογής παρόμοιες με τα ζητούμενα ως προς το εύρος, το περιβάλλον (δημόσιες υπηρεσίες και οργανισμοί) και τα ποιοτικά χαρακτηριστικά τους (παροχή δικτυακών – τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών). Επίσης, να διαθέτει αποδεδειγμένη εμπειρία σε μεγάλα και σύνθετα έργα υλοποίησης και λειτουργίας δικτυακών και τηλεπικοινωνιακών συστημάτων, στη δημιουργία και υποστήριξη ιδεατών κλειστών δικτύων, με ίδιες ή τρίτες υποδομές, στην κατασκευή δικτύων υψηλών ταχυτήτων (ενδεικτικές τεχνολογίες: IP, MPLS), σε ασύρματα δίκτυα καθώς και σε εγκατάσταση και υποστήριξη λειτουργίας δικτύων στο πλαίσιο έργων ανάλογου μεγέθους, πολυπλοκότητας και παρεμφερούς αντικείμενου με το υπό ανάθεση Έργο. Να διαθέτει κατάλληλα τεκμηριωμένη και αποδεδειγμένη εμπειρία σε μεγάλα και σύνθετα έργα ανάπτυξης και υποστήριξης πληροφοριακών συστημάτων ανάλογου μεγέθους, πολυπλοκότητας και αρχιτεκτονικής με το N-VIS. Συγκεκριμένα, ως ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, να έχει ολοκληρώσει έργα κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών πριν το έτος διενέργειας του διαγωνισμού (2017, 2018 και 2019) με επιτυχία, αυτόνομα ή ως μέλος ένωσης / κοινοπραξίας ή ως υπεργολάβος, τα οποία δύνανται να ξεκίνησαν και προγενέστερα της προαναφερθείσας τριετίας, και να διαθέτει αποδεδειγμένη εμπειρία σωρευτικά στα εξής: - Ένα (1) έργο υλοποίησης τηλεπικοινωνιακού δικτύου συνολικού προϋπολογισμού τουλάχιστον 1.150.000,00 ευρώ. - Ένα (1) έργο προμήθειας και ανάπτυξης ή/και υποστήριξης λειτουργίας πληροφοριακού συστήματος και βάσης δεδομένων με υποδομή εφεδρικού συστήματος συνολικής αξίας τουλάχιστον 750.000,00 ευρώ Συμπληρώνεται από τους υποψήφιους αντίστοιχα η Παράγραφος Γ «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» του Μέρους IV του ΕΕΕΣ.

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα III, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986.

.....

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:....

β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης, ή περιέχουν τιμές σε ΕΥΡΩ στους πίνακες Τεχνικής Προσφοράς T1 T2, ή που δεν καλύπτει το σύνολο του αντικείμενου της σύμβασης αλλά αφορά μόνο σε μέρος αυτού,

γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016,

δ) η οποία δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις που ορίζονται στην παράγραφο 2.2 της παρούσης, ...

ι) 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

3.1 Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016

15. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Επομένως, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006).

16. Επειδή, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς στη διακήρυξη τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construction Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.).

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

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

19. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, εναργώς προκύπτει ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη, κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

Ειδικότερα, είναι νόμιμη η πρόβλεψη στην διακήρυξη μίας τουλάχιστον παράδοσης συναφούς κατά την φύση και τον προϋπολογισμό αγαθού ως ελάχιστου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας του ενδιαφερόμενου να μετράσει στον διαγωνισμό και επίσης ότι **η ειδική εμπειρία αποδεικνύεται από εκτελεσμένες συμβάσεις, ο αριθμός των οποίων και ο καθορισμός του ορίου του συνολικού προϋπολογισμού αυτών εξειδικεύεται συγκεκριμένα στη Διακήρυξη από την αναθέτουσα αρχή** (Βλ. ΣΤΕ ΕΑ 1184/2009).

20. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το άρθρο 2.2.6 «*Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα*» απαίτησε, μεταξύ άλλων, -ως ελάχιστη προϋπόθεση συμμετοχής-, από τον εκάστοτε προσφέροντα (όρος 2.2.6.1 3^η παρ) «*να έχει ολοκληρώσει έργα κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών πριν το έτος διενέργειας του διαγωνισμού (2017, 2018 και 2019) με επιτυχία, αυτόνομα ή ως μέλος ένωσης / κοινοπραξίας ή ως υπεργολάβος, τα οποία δύνανται να ξεκίνησαν και προγενέστερα της προαναφερθείσας τριετίας, και να διαθέτει αποδεδειγμένη εμπειρία σωρευτικά στα εξής: - Ένα (1) έργο υλοποίησης τηλεπικοινωνιακού δικτύου συνολικού προϋπολογισμού τουλάχιστον 1.150.000,00 ευρώ. - Ένα (1) έργο προμήθειας και ανάπτυξης ή/και υποστήριξης λειτουργίας πληροφοριακού συστήματος και βάσης δεδομένων με υποδομή εφεδρικού συστήματος συνολικής αξίας τουλάχιστον 750.000,00 ευρώ. Συμπληρώνεται από τους υποψήφιους αντίστοιχα η Παράγραφος Γ «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» του Μέρους IV του ΕΕΕΣ.».*

Επομένως, κατά τους σαφείς όρους της διακήρυξης προκύπτει εναργώς ότι απαιτείται ως ΕΛΑΧΙΣΤΗ ΠΡΟΫΠΟΘΕΣΗ τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας Η ΟΛΟΚΛΗΡΩΣΗ ΚΑΤΑ ΤΗ ΔΙΑΡΚΕΙΑ ΤΩΝ 3 ΤΕΛΕΥΤΑΙΩΝ ΕΤΩΝ ΠΡΙΝ το έτος διενέργειας του διαγωνισμού και συγκεκριμένα ορθά και σαφώς προσδιορίζονται τα έτη 2017, 2018, 2019, τουλάχιστον 1 έργου για έκαστο εκ των ως άνω αντικειμένων, συνολικής αξίας ομοίως σαφώς προσδιορισμένης, κατά τα ως άνω. Περαιτέρω, ομοίως με πλήρη σαφήνεια ορίζεται ότι τα έργα δύνανται να έχουν εκκινήσει σε προγενέστερο χρόνο της προαναφερθείσας τριετίας, **χωρίς να παρέχεται αντίστοιχη δυνατότητα ολοκλήρωσης τους μετά το έτος 2019**. Εξάλλου, νομίμως η εμπειρία

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

αποδεικνύεται από εκτελεσθείσες συμβάσεις (βλ. σκ. 19 της παρούσας). Τέλος, ρητά ορίζεται ότι τα ως άνω θα πρέπει να τα συμπληρώσουν στο Μέρος IV, παρ. Γ του ΕΕΕΣ τους.

21. Επειδή, εν προκειμένω, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, προς κάλυψη του ως άνω κριτηρίου ποιοτικής επιλογής (2.2.6), το 1^ο μέλος της προσφεύγουσας ένωσης δήλωσε, στο από 29.12.2020 εκ μέρους της υπογραφέν ΕΕΕΣ, Μέρος IV παρ. Γ, εμπειρία σχετική με την υλοποίηση τηλεπικοινωνιακού δικτύου και συγκεκριμένα *«Παροχή υπηρεσιών IP VPN που αφορούν την διασύνδεση και επικοινωνία μεταξύ των σημείων παρουσίας του πελάτη μέσω μόνιμων συνδέσεων. Μέσω του δικτύου μπορούν να μεταφέρονται διάφορα είδη δεδομένων όπως φωνή, video και άλλα, με προτεραιότητες μέσω κατηγοριοποίησης της κίνησης (CoS). Η υπηρεσία IP VPN αποτελείται από Υπηρεσίες πρόσβασης - Διασύνδεση του πελάτη στο VPN μέσω μόνιμων συνδέσεων ανά σημείο Ποσό 1817406 EUR **Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 01.01.2017 - 31.12.2019** Αποδέκτες Το 2^ο μέλος της ένωσης, ήτοι η εταιρεία «.....» στο εκ μέρους της από **28.12.2020** υπογραφέν ΕΕΕΣ, προς κάλυψη του ομοίως απαιτούμενου σωρευτικά έτερου έργου, δήλωσε *«Αναβάθμιση των πληροφοριακών συστημάτων Board Portal και Virtual Data Rooms της Admincontrol τα οποία χρησιμοποιούνται για την λειτουργία των ομώνυμων προϊόντων της Τα συστήματα αυτά χρησιμοποιούν σήμερα περισσότερες από 4500 εταιρείες με πάνω από 85.000 χρήστες σε ολόκληρο τον κόσμο. Η ανάπτυξη των συστημάτων έγινε με τη συμμετοχή της μέσα από συμφωνία πλαίσιο από το 2014 μέχρι και σήμερα. Ως τεχνολογία υλοποίησης έχει χρησιμοποιηθεί η πλατφόρμα .NET της Microsoft. Η βάση δεδομένων είναι η MS SQL Server. Η γραφική διεπαφή είναι υλοποιημένη σε Angular.js. Σήμερα στο έργο ηαπασχολεί ομάδα 24 μηχανικών λογισμικού, προγραμματιστών και μηχανικών ελέγχου ποιότητας. Ποσό 2200000 EUR Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 19.04.2014 - **08.12.2020** Αποδέκτες».**

Περαιτέρω, κατόπιν αιτήματος διευκρινήσεων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα ένωση κατέθεσε εμπροθέσμως την από 26.07.2021 Συνοδευτική επιστολή όπου αναφέρεται *«Σε ότι αφορά το αναφερθέν στην ερώτηση "Έργο Υλοποίησης Τηλεπικοινωνιακού Δικτύου και σε Έργο Προμήθειας και Ανάπτυξης ή/ και Υποστήριξης Λειτουργίας Πληροφοριακού Συστήματος και Βάσης Δεδομένων με Υποδομή Εφεδρικού Συστήματος",*

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

σημειώνεται ότι στο ΕΕΕΣ της ... που υποβλήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ αναφέρεται ως αξία του υλοποιηθέντος έργου το ποσό των 2.200.000 € που υλοποιήθηκε από την κατά την περίοδο 4/2014 -12/2020... Για το έργο αυτό συνυποβάλλεται βεβαίωση επικυρωμένη και μεταφρασμένη από δικηγόρο (και ψηφιακά υπογεγραμμένη με χρονοσήμανση την 9/12/2020) από τον ιδιώτη πελάτη νορβηγική εταιρεία - το έργο αφορά στην υλοποίηση, εξέλιξη και υποστήριξη της πλατφόρμας διαχείρισης και διακίνησης εμπιστευτικών εγγράφων και δεδομένων που παρέχεται ως υπηρεσία, όπως αυτό περιγράφεται συνοπτικά στην βεβαίωση του πελάτη και αναλυτικά στη διαδικτυακή πύλη, το οποίο καλύπτει την σχετική απαίτηση της παραγράφου 2.2.6.1 της διακήρυξης (Τεκμήριο 5 - Εμπειρία Dataverse).

Στο δε τεκμήριο 5 αναγράφεται εκ μέρους τηςπαρ. 1 "Η ... ΕΠΕ έχει συμμετάσχει ενεργά στην υλοποίηση των προϊόντων της στην περίοδο 4/2014 -12/2020 ...

Επομένως, εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το δηλωθέν έργο από το 2^ο μέλος της προσφεύγουσας ένωσης, ήτοι τη προς κάλυψη της απαίτησης του άρθρου 2.2.6.1, αφορά σε έργο: α) η αξία του οποίου υπερκαλύπτει (είναι σχεδόν τριπλάσια) την απαίτηση της διακήρυξης και β) η έναρξη του συνάδει με την απαίτηση της διακήρυξης, ΩΣΤΟΣΟ, δεν συνάδει η λήξη του που εκτείνεται πέραν από το έτος 2019 και συγκεκριμένα έως τον 12/2020 ενώ απαιτείτο με πλήρη σαφήνεια επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, από το συνδυασμό των άρθρων 2.2.6.1 και 2.4.6 περ.δ και ι. Άλλωστε η ίδια η προσφεύγουσα αποδέχεται την πραγματική βάση των ως άνω αναγράφοντας στην προσφυγή της ότι **«η δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ένα έργο προμήθειας και ανάπτυξης ή/και υποστήριξης λειτουργίας πληροφοριακού συστήματος και βάσης δεδομένων με υποδομή εφεδρικού συστήματος συνολικού προϋπολογισμού 2.200.000€ (ήτοι ποσού άνω των 750.000€), που παρασχέθηκε κατά το χρονικό διάστημα από 19/04/2014 μέχρι 08/12/2020»**. Ακόμη δε και κατόπιν κατάθεσης των απόψεων της αναθέτουσας αρχής που της κοινοποιήθηκαν νομίμως, ουδόλως έστω επιχείρησε η προσφεύγουσα να αμφισβητήσει την πραγματική βάση των ανωτέρω.

22. Επειδή, επομένως, κρίνονται απορριπτέοι ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης της αρχής της

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

αναλογικότητας, της καλής πίστης, της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου στη δράση της διοίκησης, της μη υπέρβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής και τούτο διότι οι οικείες αρχές δεν εφαρμόζονται όταν η Διοίκηση ενεργεί, ως εν προκειμένω, κατά δεσμία αρμοδιότητα (βλ. σκ. 18 της παρούσας), δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της λόγω μη πλήρωσης της σαφούς απαίτησης περί ολοκλήρωσης του έργου έως το 2019 (βλ. όρους της διακήρυξης και την προηγούμενη σκέψη).

Περαιτέρω, αορίστως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι παραβιάσθηκε η αρχή της χρηστής διοίκησης, της αμεροληψίας των οργάνων της δημόσιας διοίκησης κατά την άσκηση των καθηκόντων τους, του καταλόγου των θεμελιωδών δικαιωμάτων και της ίσης μεταχείρισης και εν πάσει περιπτώσει αβασίμως, ακριβώς λόγω της δέσμιας αρμοδιότητας της προς απόρριψη της προσφοράς της. Άλλωστε, βάσει της αρχής της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων και όχι η εφαρμογή τους (βλ. σκ. 15 της παρούσας). Ομοίως, αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι δεν ελήφθη υπόψη η εκ μέρους της κατατεθείσα διευκρίνιση και το Υπόμνημα, καθόσον δεν διαφοροποιείται από τα εκ μέρους της δηλούμενα στο ΕΕΕΣ, ως προς το επίμαχο ζήτημα του χρόνου ολοκλήρωσης του έργου. Εξάλλου, ουδείς ισχυρίζεται αλλά ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι η προσφεύγουσα προσέβαλε τον επίμαχο σαφή όρο, προ της υποβολής της προσφοράς της καταθέτοντας προδικαστική προσφυγή, ούτε κατέθεσε την προσφορά της με επιφύλαξη. Τέλος, αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του χωρίς καμία απολύτως αιτιολογία κρίνεται ομοίως απορριπτέα ως αβάσιμη και τούτο διότι καταρχήν ρητά αναγράφεται στην προσβαλλόμενη ότι η προσφεύγουσα «δεν είχε σωρευτικά ολοκληρώσει ...β) ένα έργο προμήθειας και ανάπτυξης ή / και υποστήριξης λειτουργίας πληροφοριακού συστήματος και βάσης δεδομένων με υποδομή εφεδρικού συστήματος συνολικής αξίας τουλάχιστον 750.000,00 ευρώ κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών πριν το έτος διενέργειας του διαγωνισμού (2017, 2018 και 2019)....». Περαιτέρω, στις από 09.11.2021 απόψεις της, η αναθέτουσα αρχή, νομίμως - κατ' άρθρο 365 ν.

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

4412/2016, ως ισχύει- παρέθεσε (βλ. σκ. 12 της παρούσας) συμπληρωματική αιτιολογία, όπου αναγράφει ρητά «*Κατά συνέπεια, η διακήρυξη προϋποθέτει επίκληση εκ μέρους των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στον διαγωνισμό έργων που έχουν ολοκληρωθεί με επιτυχία μέχρι και το έτος 2019*».

Εν πάσει περιπτώσει όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, αν και η αιτιολογία έχει πλημμέλειες εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητας (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988 αλλά και μεταξύ άλλων Αποφάσεις ΑΕΠΠ 545/2018 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη, πρώην 1ο κλιμάκιο σκ.45 και 790/2020 Εισ. Χ. Ζαράρη 7^ο Κλιμάκιο). Η δε προσφεύγουσα καίτοι της κοινοποιήθηκαν οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής, που περιλαμβάνουν συμπληρωματική αιτιολογία δεν κατέθεσε Υπόμνημα, κατ'άρθρο 365 ν. 4412/2016, ως νομίμως εδύνατο, ούτε δύναται νομίμως ο Εισηγητής να υποκαθιστά τα μέρη κατά προφανή παραγνώριση της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Συνεπώς, κρίνονται απορριπτέοι οι ισχυρισμοί του.

23. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

24. Επειδή, κατ'ακολουθίαν, το αίτημα της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 1773/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Νοεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 7 Δεκεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αναστασία Ρουμελιώτη