

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 1 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 24.5.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 640/28-5-2019 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο “.....”, νομίμως εκπροσωπούμενου («πρώτος προσφεύγων» εφεξής).

Και την από 27.5.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 638/28-5-2019 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο “.....”, νομίμως εκπροσωπούμενου («δεύτερος προσφεύγων» εφεξής).

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την πρώτη προσφυγή, ο πρώτος προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της σε αυτόν κοινοποιηθείσας την 15-5-2019, υπ’ αρ. 538/9-5-2019 Απόφασης Δ.Σ. της αναθέτουσας, καθ’ ο μέρος και κατ’ έγκριση των από 16-4-2019 και 22-4-2019 πρακτικών δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών αντίστοιχα, απερρίφθη η προσφορά του και εκρίθη αποδεκτή η προσφορά των οικονομικών φορέων και και περαιτέρω ανεδείχθη προσωρινός ανάδοχος ο δεύτερος στο πλαίσιο του Επαναληπτικού Διεθνή Ανοικτού Ηλεκτρονικού Μειοδοτικού Διαγωνισμού για την ετήσια συντήρηση και εκκίνηση των έξι (6) ψυκτών κατασκευής, των δύο (2) ψυκτών κατασκευής και των τεσσάρων (4) πύργων ψύξης του νοσοκομείου για 5 έτη, με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 403.000,00 ευρώ, η οποία προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. 3328/22-1-2019 και με αρ. 1/2019 διακήρυξη που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 22-1-2019 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

22-1-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 24-1-2019 με συστημικό α/α

Με τη δεύτερη προσφυγή, ο δεύτερος προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της ίδιας ως άνω προσβαλλομένης, καθ' ο μέρος και κατ' έγκριση των από 16-4-2019 και 22-4-2019 πρακτικών δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών αντίστοιχα, απερρίφθη η προσφορά του και εκρίθη αποδεκτή η προσφορά των οικονομικών φορέων και και περαιτέρω ανεδείχθη προσωρινός ανάδοχος ο δεύτερος.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 2.015,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», ομοίως δε και για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής καταβλήθηκε το με αρ. παράβολο, ποσού 2.015,00 ευρώ, πληρώθηκε δε με το από 27-5-2019 έμβασμα της

2. Επειδή, οι κατατεθείσες από 24-5-2019 και 27-5-2019 αντιστοίχως Προσφυγές στρέφονται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, ως και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, η οποία κοινοποιήθηκε την 15-5-2019 σε αμφοτέρους τους προσφεύγοντες, οι οποίοι αποκλείστηκαν δια της προσβαλλομένης από τη διαδικασία με την αιτιολογία ότι οι προσφορές τους δεν πληρούν τους όρους εμπειρίας συντήρησης παρόμοιου μεγέθους και τύπου ψυκτών και πύργων ψύξης, που τίθενται στην παρ. 1.2.3 άρ. 13 της διακήρυξης, ο μεν πρώτος προσφεύγων διότι δεν συμπληρώνει τα πέντε ζητούμενα έτη

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

εμπειρίας, ο δε δεύτερος προσφεύγων ως χρησιμοποιών την εμπειρία συνεργαζόμενου μηχανικού, που εκτέλεσε καθήκοντα συντήρησης ψυκτών και πύργων ψύξης, ως απασχολούμενος από άλλον οικονομικό φορέα. Ο μεν πρώτος προσφεύγων με τον πρώτο λόγο του βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς του, επικαλούμενος ότι λειτουργεί για μικρότερο χρονικό διάστημα της πενταετίας και ότι ως προς την πλήρωση εκ μέρους του της περί εμπειρίας απαίτησης, έπρεπε να ληφθεί υπόψη ο χρόνος έναρξης ενασχόλησής του με το αντικείμενο, ενώ επιπλέον ισχυρίζεται αμφισημία της διακήρυξης. Με τον δεύτερο λόγο του επικαλείται τη μη νόμιμη αποδοχή της, με τον ισχυρισμό ότι δεν έχει τρία έτη λειτουργίας και άρα είναι αναληθής η περί μέσου κύκλου εργασιών του δήλωση στο ΕΕΕΣ του, ενώ δεν έχουν κατατεθεί τα απαιτούμενα έγγραφα ισολογισμών ή δηλώσεων Ε3, περαιτέρω ότι ο ως άνω οικονομικός φορέας υπέβαλε βεβαιώσεις εκτέλεσης από εργασίες της και όχι του ιδίου, αντιστοίχως δε επικαλέστηκε τον κύκλο εργασιών αυτής ως δικό του. Με τον τρίτο λόγο του επικαλείται μη νόμιμη αποδοχή της επί τη βάση ότι η εμπειρία της με αντικείμενο υδρόψυκτους ψύκτες ξεκίνησε το 2009, όμως εντός της ως άνω δεκαετίας η εμπειρία της καλύπτει 2 έτη και 2 μήνες, καθώς η τρέχουσα χρονιά που αφορά σύμβαση με την αναθέτουσα δεν μπορεί να προσμετρηθεί υπέρ της. Ο δε δεύτερος προσφεύγων με τον πρώτο λόγο του επικαλείται ότι παρανόμως απεκλείσθη διότι νομίμως στηρίχθηκε στις ικανότητες του μηχανολόγου, υποβάλλοντας κάθε απαραίτητο για τέτοια στήριξη έγγραφο και παρουσιάζοντας τις ευθύνες του στο πλαίσιο της προηγούμενης σύμβασης, η δε αναθέτουσα το πρώτον δια της προσβαλλομένης μετέβαλε το κριτήριο επιλογής κατά τρόπο που απαιτείται η εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης να προέρχεται από αυτοτελή οικονομικές οντότητες. Με τον δεύτερο λόγο του ισχυρίζεται ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της, αφού βάσει του χρόνου ίδρυσής της δεν ήταν δυνατόν καλύπτει την απαίτηση πενταετούς προηγούμενης εμπειρίας ούτε επικαλέστηκε στήριξη σε ικανότητες τρίτου ούτε μπορεί να προσμετρηθεί εμπειρία της από περίοδο που είχε άλλο ΑΦΜ και αριθμό ΓΕΜΗ, ενώ αντιστοίχως δεν είναι δυνατόν να χρησιμοποιηθεί προς κάλυψη της απαίτησης για κύκλο εργασιών κατ' άρ. 13 παρ. 1.2.2 κύκλος εργασιών της από την ανωτέρω περίοδο

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

λειτουργίας και επιπλέον, δεν αποδεικνύεται ότι οι συμβάσεις που έχει εκτελέσει η με την ατομική της επιχείρηση, ενέπλεκαν τη διάθεση των απαιτούμενων προσόντων άδειας εργοδηγού ψυκτικού 3^{ης} βαθμίδας, τέλος δε κατά παράβαση του άρ. 13 παρ. 1.2.4 οι βεβαιώσεις δυνατότητας προμήθειας ανταλλακτικών από τις κατασκευάστριες των ψυκτών είναι προγενέστερες του διαγωνισμού. Με τον τρίτο λόγο του βάλλει κατά της αποδοχής της, διότι από το σύνολο των έργων που περιγράφει στην προσφορά του μόνο τα υπό 1,2 και 10 αφορούν συντήρηση ψυκτικών συγκροτημάτων που διαθέτουν φυγοκεντρικούς υδρόψυκτους ψύκτες και εκτείνονται σε τρία έτη και μισό μήνα, χωρίς να πληρούται η απαίτηση πενταετούς εμπειρίας. Η δε αναθέτουσα με τις από 11-7-2019 κοινοποιηθείσες στην ΑΕΠΠ και με αρ. πρωτ. 26697/7-6-2019 Απόψεις της αναφέρει ως προς τον πρώτο λόγο της δεύτερης προσφυγής ότι η εμπειρία του, δεδομένου και ότι η οικεία επικαλούμενη σύμβαση εκτελέστηκε με τη νυν αναθέτουσα είναι γνωστή και αυτός ελάχιστα ασχολήθηκε με τη συγκεκριμένη σύμβαση, αντίθετα παρακολουθούσε τις συμβάσεις καθαριότητας και συντήρησης πρασίνου που διεκπεραιώνει η, ενώ ως ζητούμενη εμπειρία νοείτο το σύνολο της γνώσης των ενεργειών που περιλαμβάνουν εντόπιση του προβλήματος, διαχείριση δυσλειτουργιών και τρόπο εξεύρεσης και προμήθειας ανταλλακτικών, που υπερβαίνουν την αποκατάσταση μιας επιμέρους βλάβης. Επί του δεύτερου λόγου, η αναθέτουσα επικαλείται ότι η είναι γνωστό στις υπηρεσίες της πως έχει τον ίδιο βασικό μέτοχο, συνεργεία και διεύθυνση με την επιχείρηση της και υφίσταται κατ' ουσία διαδοχή επιχείρησης και μετεξέλιξη σε ΙΚΕ, αλλιώς θα χανόταν η εμπειρία και ο κύκλος εργασιών επί μετασχηματισμού επιχειρήσεων. Επί του τρίτου λόγου, η αναθέτουσα επικαλείται ότι η είναι η απερχόμενη ανάδοχος με το ίδιο αντικείμενο από 1-6-2016 έως και 31-5-2019. Ως προς την πρώτη προσφυγή, η αναθέτουσα επικαλείται ότι η απαίτηση προηγούμενης εμπειρίας είναι εύλογη και ο ισχυρισμός του πρώτου προσφεύγοντος ανεπίκαιρος αφού δεν προσβλήθηκε η διακήρυξη, ως προς τον δε δεύτερο λόγο της προσφυγής, επικαλείται τα αντίστοιχα με αυτά που επικλήθηκε επί του δεύτερου λόγου της δεύτερης προσφυγής. Ως προς τον τρίτο λόγο της πρώτης προσφυγής,

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

επικαλείται τα αντίστοιχα με αυτά που επικλήθηκε ως προς τον τρίτο λόγο της δεύτερης προσφυγής. Ο πρώτος προσφεύγων με το από 12-6-2019 υπόμνημά του, επικαλείται ότι είναι παράνομος ο αποκλεισμός του επί τη βάση ότι δεν εκκίνησε τη δραστηριότητά του εντός του ζητούμενου έτους, ότι η συνιστά αυτοτελή οικονομικό φορέα από την ατομική επιχείρηση της και ότι όσον αφορά την, η ενασχόληση της με τους υδρόψυκτους ψύκτες δεν υπερβαίνει τα 2 χρόνια και 2 μήνες σε 3 από τις 16 εξ αυτής αναφερόμενες συμβάσεις. Ο δε δεύτερος προσφεύγων με το από 12-6-2019 υπόμνημά του, επικαλείται ως προς την απόρριψη της προσφοράς του ότι αποδεικνύεται πως ο εργάστηκε ως υπεύθυνος μηχανικός συντήρησης των ψυκτικών μονάδων του νοσοκομείου, ότι εισάγεται εκ των υστέρων κριτήριο ποιοτικής επιλογής εις βάρος του η έννομη σχέση βάσει της οποίας ο τρίτος παρείχε τις σχετικές υπηρεσίες και ότι η διακήρυξη δεν έθεσε συγκεκριμένη απαίτηση επί της έννοιας της συντήρησης και ότι οι περί των υπηρεσιών του ισχυρισμοί της αναθέτουσας είναι όψιμοι, αβάσιμοι και αόριστοι. Ως προς την αποδοχή της επικαλείται το διαφορετικό ΑΦΜ και αρ. ΓΕΜΗ της ΙΚΕ από την ατομική επιχείρηση της και την αυτοτέλεια μεταξύ τους, ότι η ατομική επιχείρηση είχε δηλώσει διακοπή ήδη από 28-12-2016, η δε ΙΚΕ συνεστήθη την 14-9-2019 και καταχωρήθηκε στο ΓΕΜΗ την 22-9-2017, ότι κατά τη σύστασή της η είχε μόλις το 7,2% της ΙΚΕ και ότι ο υπεργολάβος της ήταν άλλο πρόσωπο, ενώ η σύσταση της ΙΚΕ δεν αποτελεί μετατροπή αλλά ίδρυση νέας εταιρίας. Σχετικά με την αποδοχή της ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και αλλοιώνει το κανονιστικό πλαίσιο της διαδικασίας, θεωρώντας την κατάλληλη με μόλις 3 έτη εμπειρία.

3. Επειδή, οι Προσφυγές αφορούν διαδικασία άνω των ορίων, που υπάγονται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ.

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, αμφότερες οι Προσφυγές εμπροθέσμως ασκήθηκαν κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης η 15-5-2019 και χρόνος άσκησης της πρώτης προσφυγής η 24-5-2019 και της δεύτερης η 27-5-2019 ως επόμενη εργάσιμη ημέρα της καταληκτικής προθεσμίας άσκησης της προσφυγής), ενώ νομίμως υπογράφονται από τον νόμιμο εκπρόσωπο εκάστου προσφεύγοντος. Έκαστος δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως άνω Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται δια της ακύρωσης της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος τον απέκλεισε και περαιτέρω έκρινε ως αποδεκτούς μειοδότες που κατετάγησαν σε σειρά μειοδοσίας πάνω από αυτόν. Ειδικώς πάντως, όσον αφορά τον δεύτερο προσφεύγοντα, το έννομο συμφέρον του ως προς την, εξαρτάται από την απόρριψη της προσφυγής του ως προς τον δικό του αποκλεισμό, αφού μόνο σε αυτήν την περίπτωση θα διατηρεί έννομο συμφέρον προς αποκλεισμό του παραπάνω οικονομικού φορέα που κατετάγη χαμηλότερα σε σειρά μειοδοσίας από αυτόν και τούτο αποκλειστικά επί τω τέλει ματαίωσης του διαγωνισμού, ήτοι μόνο ομού μετά του αποκλεισμού του νυν προσωρινού αναδόχου. Επομένως, οι Προσφυγές πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο και άρα το πρώτο σκέλος της προσφυγής που στρέφεται κατά του αποκλεισμού του πρώτου προσφεύγοντος προκύπτει ότι κατά τον όρο 1.11 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της διακήρυξης και ασχέτως τίτλου του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ, θεσπίζεται κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας περί προηγούμενης εμπειρίας και ειδικότερα ορίζεται ότι «Οι διαγωνιζόμενοι με ποινή απόρριψης της προσφοράς τους θα πρέπει να αποδείξουν με κατάλληλες βεβαιώσεις, στοιχεία πελατολογίου κλπ: Α. Εμπειρία τουλάχιστον πέντε (5) ετών στη συντήρηση παρομοίου μεγέθους ψυκτών και πύργων ψύξης ιδιαίτερα σε ότι αφορά τους ψύκτες της παρ. 1.1 (περίπου 2.100 kW) Β. Τη δυνατότητά τους για την προμήθεια ανταλλακτικών και τεχνική υποστήριξη από τις κατασκευάστριες των ψυκτών εταιρείς και Δεν θα γίνουν δεκτές προσφορές οι οποίες δεν

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

πληρούν τον παρόντα όρο.». Κατά τις δε αναρτημένες δημόσια προς κάθε ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή ήδη από 14-2-2019, με αρ. πρωτ. 7777/14-2-2019 Διευκρινίσεις της αναθέτουσας, ο παραπάνω όρος διευκρινίσθηκε ως εξής «Μετά από ερώτημα ενδιαφερόμενης εταιρείας σχετικά με τις απαιτήσεις που αναφέρονται στην παρ. 1.11 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α των ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ θα θέλαμε να διευκρινίσουμε τα εξής: α) η απαίτηση της κάλυψης της πενταετούς εμπειρίας στη συντήρηση παρόμοιου μεγέθους ψυκτών (περίπου 2.100 kW), αφορά σε υδρόψυκτους φυγοκεντρικούς ψυκτές, ισχύος 2.100 kW περίπου, οιοδήποτε κατασκευαστή. Δεν αρκεί δηλαδή η αποδεδειγμένη εμπειρία σε αερόψυκτους ή σε παλινδρομικούς ή σε scroll rotary ψύκτες, β) η δυνατότητα κάθε συμμετέχουσας εταιρείας για την προμήθεια ανταλλακτικών και την τεχνική υποστήριξη από τις κατασκευάστριες των ψυκτών εταιρείες και, αποδεικνύεται από κατάλληλες επιστολές-βεβαιώσεις των κατασκευαστριών αυτών εταιρειών, όπου θα δηλώνεται η συνεργασία αυτή με τον προσφέροντα». Στο δε άρθρο 13 παρ. 1.2.3, σελ. 18 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «Ο φάκελος της Τεχνικής Προσφοράς περιλαμβάνει: ¹1.2.3. Έγγραφο δήλωση του συμμετέχοντα, συνοδευόμενη με τα κατάλληλα παραστατικά, βεβαιώσεις, στοιχεία πελατολογίου, αντίγραφα συμβάσεων κλπ, από την οποία να προκύπτει η εμπειρία του στην συντήρηση παρομοίου μεγέθους και τύπου ψυκτών και πύργων ψύξης και ιδιαίτερα εμπειρία τουλάχιστον πέντε (5) ετών σε ότι αφορά τους ψύκτες της παρ. 1.1 των τεχνικών προδιαγραφών του παραρτήματος Α' (~2.100 kW)». Κατά το ανωτέρω σαφέστατο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης που ανεπιφύλακτα έγινε αποδεκτό από το σύνολο των μετεχόντων και παράγει ούτως απόλυτα δεσμευτική ισχύ για το σύνολο των μετεχόντων, αλλά και την αναθέτουσα, απαιτήθηκε επί ποινή αποκλεισμού η με την προσφορά πλήρης απόδειξη εμπειρίας συναθροιζόμενης συνολικά και χωρίς περιορισμό σημείου ενάρξεως κτήσης της (άρα η επικαλούμενη εμπειρία δεν χρειάζεται να έχει λάβει χώρα σε συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, αλλά συνυπολογίζεται οποτεδήποτε και αν προέκυψε), σε διάστημα 5 ετών επί αποδεικνυόμενης ειδικώς της συντήρησης υδρόψυκτων φυγοκεντρικών ψυκτών ισχύος περίπου 2.100 kW. Είναι σαφές πάντως ότι δεδομένου πως η εμπειρία ζητήθηκε σε συνολικά ελάχιστα έτη, θα

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

πρέπει να καλύπτονται δια των συμβάσεων διακριτά και μη αλληλοκαλυπτόμενα χρονικά διαστήματα καλύπτοντα ομού χρόνο αντιστοιχούντα σε 5 ημερολογιακά έτη και δεν αρκούν αθροίσματα επιμέρους μηνών από περισσότερες συμβάσεις αλληλοκαλυπτόμενες στα ίδια χρονικά διαστήματα, αντίθετη δε ερμηνεία θα αλλοίωνε το γράμμα του όρου (επομένως δεν μπορούν περισσότερες συμβάσεις συντρέχουσες εντός του ίδιου διαστήματος να συναθροιστούν ως αυτοτελή διαστήματα, με τρόπο που το ίδιο χρονικό διάστημα θα υπολογιζόταν περισσότερες φορές). Όπως δε συνομολογεί ο πρώτος προσφεύγων, που ουδόλως προσέφυγε κατά των ως άνω προβλέψεων του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, υπέβαλε προς εκπλήρωση των ως άνω απαιτήσεων βεβαιώσεις και σύμβαση που αποδεικνύουν συντήρηση αντίστοιχων υδρόψυκτων ψυκτών με διάρκεια μόλις ενός έτους, από 16-12-2017 έως 15-12-2018, διότι η δραστηριοποίησή του με τον τύπο αυτό ψυκτών ξεκίνησε μόλις τον Δεκέμβριο 2017. Επομένως, όπως εκ των ίδιων των ισχυρισμών του, αλλά και των υποβληθέντων της προσφοράς του προκύπτει, ουδόλως πληρούσε τις ως άνω απαιτήσεις της διακήρυξης. Είναι δε όλως αδιάφορο πότε εκκίνησε η εμπειρία του στον εν γένει τύπο ψυκτών και αν κατά τον χρόνο που δραστηριοποιείται στον τύπο αυτόν έχει αντίστοιχη σύμβαση η οποία καλύπτει τον χρόνο δραστηριοποίησης, αφού αφενός το εκ της διακήρυξης απαιτούμενο ήταν ακριβώς η πενταετής και όχι η μονετής εμπειρία, αφετέρου ο ως άνω ισχυρισμός του ταυτολογεί, δεδομένου ότι προφανώς ο χρόνος που στοιχειοθετεί ως εμπειρία είναι και ο χρόνος που δραστηριοποιείται στον τύπο μηχανήματος και αντίστροφα, ο χρόνος που δραστηριοποιείται στον συγκεκριμένο τύπο ψύκτη είναι αυτός που εμφανίζει ως εμπειρία, η οποία πάντως είναι επαρκής. Περαιτέρω, ουδόλως η διακήρυξη προσδιόρισε ότι η όποια εμπειρία που πρέπει να αποδεικνύεται, αρκεί να συναρτάται ή να καλύπτει απλώς τον όποιο χρόνο δραστηριοποίησης του οικονομικού φορέα στον ως άνω τύπο μηχανήματος, αιτιάσεις που αποτελούν όλως δημιουργικές και αντίθετες στο σαφές κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, ερμηνείες του προσφεύγοντος. Αβασίμως δε αυτός επικαλείται το χωρίο «για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών.», αφού αυτό εντοπίζεται αποκλειστικά στο Μέρος I ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΑΡΚΕΙΑ, σημ. γ' ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ XII ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α Ν. 4412/2016 περί δήλωσης γενικού και ειδικού κύκλου εργασιών, ουδεμία δε σχέση έχει ούτε με τους όρους της διακήρυξης ούτε με τις όλως διαφορετικές και μάλιστα υπαγόμενες σε διαφορετική κατηγορία κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας απαιτήσεις του ΜΕΡΟΥΣ II ΤΕΧΝΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ του ίδιου Παραρτήματος ούτε χωρεί οιαδήποτε αναλογική εφαρμογή της παραπάνω πρόβλεψης περί κύκλου εργασιών συναρτήσει του χρόνου σύστασης του οικονομικού φορέα, επί των όλως διαφορετικής φύσεως και σκοπού, απαιτήσεων προηγούμενης εμπειρίας ούτε οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ευρίσκουν οιοδήποτε έρεισμα στον νόμο ή τη διακήρυξη, ο δε προσφεύγων δια των ως άνω απαραδέκτως αποπειράται να μεταβάλει το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και να άρει τη δεσμευτικότητα των ως άνω όρων κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της τυπικότητας, ώστε η μονοετής εμπειρία του να κριθεί ως πληρούσα την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση για πενταετή εμπειρία που μάλιστα διευκρινίσθηκε και επιβεβαιώθηκε, κατόπιν αιτήματος του ίδιου. Περαιτέρω, ουδεμία ασάφεια ουδενός όρου προκύπτει, οι δε αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί πλήρους και ουσιαστικής αξιολόγησης με βάση πραγματικά δεδομένα και όχι στατικά κριτήρια αξιολόγησης, απαραδέκτως και άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλονται δεδομένης της ανεπιφύλακτης συμμετοχής του στον διαγωνισμό, αφού συνιστούν αναδρομικές αμφισβητήσεις του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας. Συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί ο πρώτος λόγος ως και το πρώτο σκέλος της πρώτης προσφυγής, ήτοι καθ' ο μέρος αυτή στρέφεται κατά του αποκλεισμού του πρώτου προσφεύγοντος, ο οποίος προκύπτει ως προδήλως παραβιάσας τους ως άνω επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης και ούτως, όλως νομίμως αποκλεισθείς υπό την αιτιολογία της προσβαλλομένης. Επομένως, ο πρώτος προσφεύγων διατηρεί έννομο συμφέρον προς αποκλεισμό των λοιπών δύο αποδεκτών μετεχόντων μόνο επί τω τέλει ακυρώσεως της αποδοχής αμφοτέρων αυτών και όχι εκάστου εξ αυτών αυτοτελώς, ειδικώς

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

επί τω τέλει ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, προς επανυποβολή προσφοράς.

5. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της πρώτης προσφυγής, ήτοι καθ' ο μέρος αυτή στρέφεται κατά της αποδοχής της ΙΚΕ, προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας, κατά τα υποβληθέντα της προσφοράς του, δήλωσε έναρξη εργασιών την 22-9-2017 με ΑΦΜ, αρ. ΓΕΜΗ και τρεις εταίρους, μεταξύ των οποίων πλέον με 255/500 εταιρικό μερίδιο την, ενώ κατά τη σύστασή της κατά με αρ. πρωτ./22.9.2017 έγγραφο ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗΣ καταχώρισης στο ΓΕΜΗ, συστάθηκε με 90% μερίδιο συμμετοχής της, 7,2% της και διαχειριστή πρόσωπο ονομαζόμενο με μερίδιο 2,8%. Με την προσφορά της υπέβαλε και μια υπεύθυνη δήλωση της περί του ότι η ως άνω ΙΚΕ συνιστά «διάδοχο» της, ήτοι μιας ατομικής επιχείρησης της με ΑΦΜ, το ατομικό της ως άνω και με αρ. ΓΕΜΗ, που δεν λειτουργεί πλέον και έχει καταχωρηθεί από 2-10-2017 η από 28/12/2016 διακοπή ΕΡΓΑΣΙΩΝ της από την εφορία και διαγραφή της από το ΓΕΜΗ και περιλαμβάνει επικλήσεις του οικονομικού φορέα περί του ότι «είναι η φυσική συνέχεια της προγενέστερης ατομικής επιχείρησης» και ότι «έχει κληρονομήσει εκτός του βασικού μετόχου και του διακριτικού τίτλου» όλη την τεχνογνωσία, τα μέσα, το τεχνικό προσωπικό και την επαγγελματική εμπειρία της και «είναι σε θέση να φέρει εις πέρας με τον πλέον βέλτιστο και αποδοτικό τρόπο, έργα και συμβάσεις, όπως ακριβώς και η προγενέστερη ατομική [μου] επιχείρηση. Για τους ίδιους λόγους η δύναται να επικαλεσθεί ως «εν τοις πράγμασι» φυσική της συνέχεια τα οικονομική μεγέθη της προγενέστερης ομώνυμης ατομικής [μας] επιχείρησης, οπότε οι κύκλοι εργασιών της προγενέστερης επιχείρησης μπορούν νομίμως να θεωρηθούν ως κύκλοι εργασιών της ΙΚΕ.». Ο δε ως άνω οικονομικός φορέας δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ του στήριξη σε ικανότητες τρίτου ούτε υπέβαλε ΕΕΕΣ της ως άνω Δήλωσε δε στο ΕΕΕΣ του Μέρος IV Ενότητα Β, αριθμό ετών κύκλου εργασιών 3 και μέσο κύκλο εργασιών 115.431 ευρώ με στοιχεία ηλεκτρονικής αναζήτησης το

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

ατομικό ΑΦΜ της, περαιτέρω δε στην ΕΝΟΤΗΤΑ Γ δήλωσε 6 συμβάσεις προηγούμενης εμπειρίας που όλες εκκίνησαν πριν την έναρξη της ως άνω ΙΚΕ και εξ αυτών μόνο μία έληξε την 13-6-2018 και σε χρόνο μετά την έναρξη της ΙΚΕ αυτής, τα αντίστοιχα δε δήλωσε και στην ΕΓΓΡΑΦΗ ΔΗΛΩΣΗ εμπειρίας της, ενώ υπέβαλε και έντυπα Ε3 φορολογικών ετών 2014, 2015 και 2016 της ως ατομικώς επιχειρούσας, ενώ υπέβαλε και συμβάσεις που συνήφθησαν από την ατομική επιχείρηση εκ των οποίων μία, από 20-1-2017 αναφέρεται σε διακοπή εργασιών της ατομικής επιχείρησης και ανάλυση υπεργολαβίας με αντισυμβαλλόμενο την, εκ μέρους της, η οποία τυγχάνει άλλο φυσικό πρόσωπο που φέρει ιδιότητα εταίρου με 200/500 μερίδια στην ΙΚΕ. Σημειωτέον δε, ότι εκτός από τα ανωτέρω, βλ. και αμέσως προηγούμενη σκέψη, έγγραφα εμπειρίας προς απόδειξη του οικείου προσόντος του άρθρου 13, παρ. 1.2.3 και του όρου 1.11 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α της διακήρυξης, η παρ. 1.2.2 του άρθρου 13 αυτής απαιτούσε την υποβολή εγγράφων, όπως αντίγραφα ισολογισμών ή εντύπου δήλωσης Ε3 από τα οποία να προκύπτει το ύψος του μέσου κύκλου εργασιών τελευταίας τριετίας που θα έπρεπε να είναι ίσο προς τον ετήσιο προϋπολογισμό της σύμβασης, ήτοι 99.944 ευρώ με ΦΠΑ ανά έτος ή 80.600 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Οι δε ως άνω δηλώσεις της, οι οποίες δεν προκύπτει καν αν εκφέρονται για λογαριασμό της ΙΚΕ ή του εαυτού της, περί του ότι η ΙΚΕ εκ του λόγου ότι έχει ως μία εκ των τριών εταίρων της, την ίδια, συνιστά φυσική συνέχεια και διάδοχο της ατομικής της επιχείρησης, δεν έχουν κανένα έρεισμα στον νόμο ή τη διακήρυξη ή την εμπορική ακόμη νομοθεσία, καθώς η ΙΚΕ, νομικό μόρφωμα με φύση κεφαλαιουχικής εταιρίας, αποτελεί ένα όλως διάφορο και αυτοτελές των εταίρων του, νομικό πρόσωπο με ίδια δραστηριότητα και προσωπικότητα, οι δε εταίρου του αποτελούν τρίτους ως προς αυτήν οικονομικούς φορείς και ουδόλως τα παρελθοντικά ή τρέχοντα προσόντα των όποιων εταίρων του συνιστούν άνευ ετέρου δικά του προς επίκληση προσόντα και ιδιότητες. Ούτε εξάλλου οι ερμηνείας και απόψεις των προσφερόντων ή των μετόχων τους περί των ως άνω ζητημάτων και του τι ίδιοι θεωρούν ότι μπορούν να επικαλεστούν, έχουν οιαδήποτε έννομη σημασία ούτε αποκρίνονται σε οποιονδήποτε όρο της διακήρυξης.

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

Σημειωτέον δε, ότι η όποια διακοπή των εργασιών της ατομικής επιχείρησης της δεν παύει την καταρχήν και με την επιφύλαξη λόγων αποκλεισμού, ιδιότητά της ως τρίτου οικονομικού φορέα δυνάμενου να παράσχει στήριξη σε άλλον οικονομικό φορέα-προσφέροντα, αφού η προσωπικότητά της εξακολουθεί να υφίσταται και επομένως θα δυνατο η ίδια, αν παραδεκτώς και κατά τα νομίμως προβλεπόμενα είχε παράσχει στήριξη στις ικανότητές της προς την ΙΚΕ, να χρησιμοποιήσει η τελευταία τα προσόντα αυτής και τις ιδιότητές της προς πλήρωση των ως άνω κριτηρίων επιλογής. Περαιτέρω, η στήριξη αυτή ήταν και δυνατή κατά τους όρους του άρ. 78 Ν. 4412/2016 προς το σύνολο των οποίων παρέπεμψε το άρθρο 25 της διακήρυξης, σε αυτό δε το άρ. 78 Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι *«Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται ... με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.»*, πλην όμως εν προκειμένω ουδόλως προκύπτει από την προσφορά της ότι η θα ασχοληθεί αυτοπροσώπως ήτοι ως φυσικό πρόσωπο στην εκτέλεση των εργασιών της σύμβασης, παρότι τα προσόντα εμπειρίας της επικαλείται η ΙΚΕ. Εξάλλου, ούτε αυτοτελής ΕΕΕΣ υπεβλήθη για το πρόσωπο της ούτε στο ΕΕΕΣ της ΙΚΕ δηλώνεται στήριξη στις ικανότητές της ούτε εκ του ΕΕΕΣ της ΙΚΕ λαμβάνουν χώρα δηλώσεις, συνιστώσες προκαταρκτική κατ' άρ. 79 Ν. 4412/2016 απόδειξη, περί του ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο της υποχρεωτικοί λόγοι αποκλεισμού του άρ. 73 παρ. 2 Ν. 4412/2016, όπως ενσωματώθηκαν εξάλλου στο κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης κατά το άρθρο 9 παρ. Α.β.ι και άρ. 10 παρ. α.2-4 και β.2-3, ως και γ.2-4 της διακήρυξης. Περαιτέρω, η απόφαση μιας ατομικής επιχείρησης να διακόψει τις δραστηριότητες και να συμπράξει το φυσικό πρόσωπο με άλλα πρόσωπα προς τον σχηματισμό ενός το πρώτον ιδρυόμενου νομικού προσώπου, έχει την αυτονόητη συνέπεια ότι η έως τότε συλλεχθείσα εμπειρία και εν γένει ικανότητες ουδόλως «μεταφέρονται» στο νομικό πρόσωπο, εκτός αν άλλως προβλέφθηκε με το καταστατικό και με ειδικές συμφωνίες όπως επί παραδείγματι σε περιπτώσεις προσόντων που αφορούν πνευματική ή βιομηχανική ιδιοκτησία, πράγμα που

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

πάντως δεν δύναται να λάβει χώρα σε προσόντα όπως ο «κύκλος εργασιών». Εξάλλου, κατ' άρ. 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016, αν ένας νεοσύστατος οικονομικός φορέας δεν διαθέτει ακριβώς λόγω του χρόνου συστάσεώς του, προσόντα όπως παρελθοντικές χρηματοοικονομικές καταστάσεις και στοιχεία, δύναται να αποδείξει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με εναλλακτικά κατάλληλα μέσα, όπως επί παραδείγματι η διατήρηση ταμειακών αποθεμάτων από παραχώρηση αυτών υπέρ του νομικού προσώπου-προσφέροντος από κάποιους από τους εταίρους του ή δια εκ μέρους τους, κατά τη σύσταση του παραχώρηση προς χρηματοοικονομική του ενδυνάμωση, εγγυήσεων ή κεφαλαίων. Ούτως, τα χρηματοοικονομικά προσόντα των ιδρυτών του δύναται να τραπούν σε ίδια προσόντα του νομικού προσώπου-οικονομικού φορέα. Απλώς και μόνο όμως, η συμμετοχή κάποιου στο κεφάλαιο μιας κεφαλαιουχικής εταιρίας, δεν δύναται να συνεπάγεται ότι οι όποιοι ισολογισμοί ή κύκλοι εργασιών του μετόχου ή ιδρυτή από ατομική του δραστηριότητα, παρελθούσα ή ταυτόχρονη, αντίστοιχη ή διαφορετική με αυτή του νομικού προσώπου, συνιστούν στοιχεία που δύναται να τα επικαλεστεί στο όνομα και για λογαριασμό του το νομικό πρόσωπο-οικονομικός φορέας. Το αυτό συμβαίνει και με την προηγούμενη εμπειρία, αφού η εμπειρία ως φυσικών προσώπων των μετόχων ενός νομικού προσώπου δεν σημαίνει άνευ ετέρου ίδια εμπειρία και ικανότητα του τελευταίου, εκτός αν συντρέχει περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τους, η οποία όμως προϋποθέτει σειρά διατυπώσεων και υποχρεώσεων, που εν προκειμένω πάντως ουδόλως έλαβαν χώρα και συνέτρεξαν (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96, 208, 231, 246, 253/2017, 30, 237/2018). Όσα δε περί του αντιθέτου αναφέρει η αναθέτουσα περί «μετασχηματισμού» της ατομικής επιχείρησης σε ΙΚΕ δεν ευρίσκουν κανένα έρεισμα στη νομοθεσία ή τη λογική, αφού οι ατομικές επιχειρήσεις δεν «μετασχηματίζονται» όπως οι εταιρίες ούτε η συμμετοχή του φυσικού προσώπου σε μια κεφαλαιουχική ή άλλη εταιρία σημαίνει, προϋποθέτει και αποτελεί μετασχηματισμό της ατομικής του επιχείρησης, δηλαδή του εαυτού του, σε «εταιρία». Περαιτέρω, είναι όλως αδιάφορο το τυχόν στοιχείο της κοινής διεύθυνσης έδρας μεταξύ ατομικής επιχείρησης και ΙΚΕ, όπως και η ιδιότητα της ως «βασικού μετόχου» της δεύτερης, επιπλέον δε του γεγονότος ότι η δεν

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

αποτελεί καν τυχόν αποκλειστικό μέτοχο της ΙΚΕ, αλλά έναν εκ των τριών και απλώς διαθέτει το 51% των μεριδίων και τούτο μόλις από 19-11-2018. Σημειωτέον δε ότι εν προκειμένω και επιπλέον όσων ήδη αναφέρθηκαν, η ίδια η κατά τον χρόνο σύστασης είχε μάλιστα ήσσονα συμμετοχή μόλις 7,2% στο κεφάλαιο της εταιρίας και δεν ορίστηκε καν διαχειρίστρια της ΙΚΕ, πράγμα που το πρώτον συνέβη μαζί με την αύξηση της συμμετοχής της σε 51% την 11-12-2018, με την καταχώριση του τροποποιητικού εταιρικού συμφωνητικού της 19-11-2018, με αποτέλεσμα το γεγονός ότι ακόμη και ο όλως αβάσιμος νομικά ισχυρισμός περί «επί της ουσίας» διαδοχής της ατομικής επιχείρησης από την ΙΚΕ να μην έχει ούτε καν πραγματική βάση. Ομοίως απορριπτέα είναι όσα αντιστοίχως αναφέρει η αναθέτουσα ότι είναι γνωστό σε αυτήν ότι η συγκεκριμένη ΙΚΕ διαθέτει ίδια συνεργεία με την παλιά ατομική επιχείρηση της, αφού η ως άνω επίκληση πέραν του αναποδείκτου αυτής, προεχόντως συνίσταται σε πρόδηλη παράβαση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της αρχής της τυπικότητας, δια της μη τήρησης του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας λόγω ίδιων γνώσεων της αναθέτουσας περί όλως ασχέτων με τους μη πληρούμενους εν προκειμένω όρους, πραγματικού. Εξάλλου, η κοινότητα διεύθυνσης, συνεργείων ή ακόμη και η ιδιότητα του ενός μετόχου ως πρώην ατομικώς επιχειρούντος, ουδόλως εξηγεί ή δύναται να εξηγήσει την παροχή στήριξης εκ μέρους του τελευταίου σε επίπεδο χρηματοοικονομικών προσόντων. Επομένως, μη νομίμως ο ως άνω οικονομικός φορέας επικλήθηκε τα χρηματοοικονομικά στοιχεία και δη τον κύκλο εργασιών και την προηγούμενη εμπειρία της ατομικής επιχείρησης, δεδομένου δε ότι ο ίδιος ο προσφέρων δεν πληροί τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη προσόντα μόνος του, μη νομίμως κατέστη αποδεκτός εκ της προσβαλλομένης και ούτως, ο δεύτερος λόγος της πρώτης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

6. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της πρώτης προσφυγής, ήτοι καθ' ο μέρος αυτή στρέφεται κατά της αποδοχής της, προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας υπέβαλε 1. βεβαίωση εκτέλεσης συντήρησης υδρόψυκτων συμπυκνωτών της διάρκειας 1 μήνα

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

(με α/α 1 στον πίνακα του), τον Ιούνιο 2009, 2. βεβαίωση εκτέλεσης της για παροχή συντήρησης υδρόψυκτων συμπυκνωτών κατά τον Ιούνιο 2011 (με α/α 2 στον πίνακα του), 1 μηνός και 3. βεβαίωση καλής εκτέλεσης του για αντίστοιχα μηχανήματα, από 15-6-2016 έως και 14-6-2017 και εν συνεχεία από 15-6-2017 έως και 14-6-2018, άρα διάρκειας 24 μηνών (με α/α 10 στον πίνακα του). Η δε υποβληθείσα βεβαίωση εκτέλεσης του (με α/α 16 στον πίνακα του) αφορά υδρόψυκτα μηχανήματα πολύ μικρότερης ισχύος από τα 2.100 kW, που αποτελούσαν πεδίο της εν προκειμένω απαιτούμενης εμπειρίας, η σύμβαση με το Πανεπιστήμιο και οι 2 υποβληθείσες βεβαιώσεις της ΠΤΕΡΥΓΑΣ ΑΕΡΟΠΟΡΙΚΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ για την από 20-5-2016 σύμβαση που αφορά συντήρηση ψυκτικής μηχανής απορρόφησης διαλύματος νερού βρωμιούχου λιθίου και για την από 26-6-2017 έως 24-10-2017 σύμβαση που αφορούσε συντήρηση ψυκτικής μηχανής απορρόφησης, αφορούν προδήλως άσχετο αντικείμενο (με α/α 11 και 12 στον πίνακα του), η από 19-3-2015 βεβαίωση ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ περί της από 12-5-2014 έως 21-2-2015 σύμβασης (με α/α 5 στον πίνακα) δεν αναφέρει τίποτα για υδρόψυκτους ψύκτες, αντιστοίχως ούτε η από 19-7-2017 που αναφέρεται στην από 7-5-2015 σύμβαση (με α/α 6 στον πίνακα). Η από 7-4-2015 βεβαίωση του ΓΝ περί σύμβασης από 15-11-2013 έως 14-2-2015, διάρκειας 15 μηνών, δεν αναφέρει τίποτα περί υδρόψυκτων ψυκτών και ισχύος αυτών (με α/α 4 στον πίνακα) και άρα δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη, ενόψει της σαφούς διάταξης του όρου 1.11 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α και του άρ. 13 παρ. 1.2.3 της διακήρυξης που απαιτούν στοιχειοθέτηση όχι εν γένει εμπειρίας, αλλά της ειδικώς ζητούμενης επί των συγκεκριμένων μηχανημάτων εμπειρίας, συμφώνως δε και με τη διακήρυξη. Οι δε από 13-5-2016 έως 12-10-2016 (με α/α 13), από 2-1-2017 έως 31-3-2017 (με α/α 14) και από 26-4-2017 έως 25-5-2017 (με α/α 15) συμβάσεις με το ΓΝ, αφενός για το διάστημα από 15-6-2016 έως και 25-5-2017, άρα για όλο τους το διάστημα εκτός αυτού από 13-5-2016 έως 14-6-2016, ήτοι 1 μηνός και 1 ημέρας, καλύπτονται ούτως ή άλλως από τις κατά το ίδιο διάστημα αναφερθείσες συμβάσεις με διάρκεια από 15-6-2016 έως 14-6-2018, ενώ οι οικείες βεβαιώσεις αναφέρουν μόνο συνολική ψυκτική ισχύ 2.200 kw και εν γένει συντήρηση υδρόψυκτων ψυκτών

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

μεταξύ πολλών άλλων, χωρίς καμία αναφορά σε ειδική ψυκτική ισχύ των υδρόψυκτων ψυκτών. Οι δε βεβαιώσεις εκτέλεσης του ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ αναφέρονται σε συμβάσεις για αντλίες θερμότητας, κεντρικές κλιματιστικές μονάδες, διαιρούμενες μονάδες και υδρόψυκτους ψύκτες νερού συνολικής ψυκτικής ισχύος 3.738,22 kW, χωρίς καμία περαιτέρω εξειδίκευση (με α/α 3, 8 και 9 στον πίνακα του), ενώ η βεβαίωση εκτέλεσης του (με α/α 7) αναφέρεται αορίστως σε συντήρηση αντλιών θερμότητας αέρα νερού, λεβήτων, κεντρικών κλιματιστικών και αυτόνομων μονάδων, ψυκτών, ψυχροστασίων, λεβητοστασίας, δικτύων ψυχρού και θερμού νερού, χωρίς καμία ειδική αναφορά σε υδρόψυκτους ψύκτες και απλή αναφορά σε 14.500 kW ψυκτικής ισχύος των κεντρικών μονάδων κλιματισμού και 2.500 kW ψυκτικής ισχύος ημικεντρικών μονάδων, χωρίς καμία στοιχειοθέτηση εμπειρίας σε μηχανήματα υδρόψυκτων ψυκτών ειδικώς, αυτοτελούς ισχύος 2.100 kW. Η δε βεβαίωση του αναφέρει μεταξύ άλλων μια 12-5-2014 έως 15-6-2015 με αναφορά σε συνολική ψυκτική ισχύ και μεταξύ άλλων υδρόψυκτους ψύκτες, μια αντίστοιχη σύμβαση από 24-7-2015 έως 15-5-2016 και περαιτέρω μια εργασία αποκατάστασης βλάβης υδρόψυκτου ψύκτη μόνο 440 kw από 21-4-2015 έως 31-12-2015, μια αποκατάσταση κλοπής για ψυκτική ισχύ 65 kw, μια σύμβαση από 3-6-2016 έως 15-5-2017 με αόριστη ισχύ ανά μηχανήμα και αναφορά σε μεταξύ άλλων και υδρόψυκτους ψύκτες και μια επισκευή σε υδρόψυκτο ψύκτη 650 kw, περαιτέρω δε σε μια επίσης από 11-7-2017 έως 15-5-2018 σύμβαση για μεταξύ άλλων και υδρόψυκτους ψύκτες και με αναφορά μόνο στην ως άνω συνολική ισχύ 3.738,22 kw, που όμως δεν δηλώνεται στον πίνακα εμπειρίας και έτσι, δεδομένου ότι οι βεβαιώσεις στοχεύουν στη στοιχειοθέτησή του δεν δύναται να ληφθεί υπόψη (αλλά και να λαμβανόταν υπόψη, καλύπτεται χρονικά από την υπό 10 κατά τον πίνακα του σύμβαση). Επιπλέον, κατά την από 14-6-2018 βεβαίωση εκτέλεσης του η οικεία σύμβαση αναφέρεται ως παραταθείσα έως 31-5-2019, αλλά σε καμία περίπτωση τούτο δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη αφού η διακήρυξη απαίτησε βεβαίωση εκτέλεσης για κάθε απαιτούμενο και επικαλούμενο προς στοιχειοθέτηση εμπειρίας διάστημα, εξυπακούεται δε ότι η βεβαίωση εκτέλεσης έχει ως αντικείμενο να βεβαιώσει ότι καλώς εκτελέσθηκε η κάθε επικαλούμενη σύμβαση και όχι για να εξαγγείλει παράταση της

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

σύμβασης ή να ενημερώσει περί αυτής. Ουδόλως δε είναι δυνατόν βεβαίωση της 14-6-2018 να θεωρηθεί ότι καλύπτει οιοδήποτε διάστημα μετά την έκδοσή της, αφού προφανώς δεν μπορεί να βεβαιώνει οποιοδήποτε γεγονός που συνέβη μετά την έκδοσή της. Σε κάθε όμως περίπτωση, ακόμη και αν τα ως άνω θεωρηθούν ως επαρκής απόδειξη εκτέλεσης, δεδομένου ότι η ζητούμενη εμπειρία έπρεπε κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, αλλά και για πρόδηλους λόγους ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων να συντρέχει έως την 28-2-2018 καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, η ως άνω σύμβαση δύναται να γίνει δεκτή μόνο έως τότε, άρα να προστεθεί στην εμπειρία του οικονομικού φορέα το διάστημα από 15-6-2018 έως και 28-2-2019. Εκ των ως άνω προκύπτει ότι ληπτέες υπόψη υπέρ του παραπάνω προσφέροντος είναι κατά την αρίθμηση στον πίνακα του υπό 1 με διάρκεια 1 μηνός τον 6/2019, η υπό 2 με διάρκεια 1 μηνός τον 6/2011, η υπό 10 με διάρκεια ληπτέα υπόψη από 15-6-2016 έως 28-2-2019, ήτοι 32,5 μηνών και συνολικά 34,5 μήνες που προκύπτουν με σαφήνεια όπως απαιτούσε επί ποινή αποκλεισμού η διακήρυξη ως χρόνος εμπειρίας στο κρίσιμο αντικείμενο. Οι δε υπό 13, 14, και 15 επικαλύπτονται πλήρως από το διάστημα της υπό 10, με εξαίρεση 1 μήνα και δη κατά την υπό 13, από 13-5-2016 έως 14-6-2016 που δεν καλύπτεται από την υπό 10 και τούτο παρότι κατά τα ως άνω δεν προκύπτει το ζητούμενο αποδεικτικό αντικείμενο συγκεκριμένα. Όσον αφορά τις υπό 3, 8 και 9 με το ΠΑΜΑΚ, με διάρκεια αντίστοιχα από 12-5-2014 έως 15-6-2015 διαρκείας 13 μηνών και 3 ημερών, από 24-7-2015 έως 15-5-2016 με διάρκεια 9 μηνών και 23 ημερών και από 3-6-2016 έως 15-5-2017 με διάρκεια 14 μηνών και 10 ημερών, μόνο η υπό 3 δεν καλύπτεται και η υπό 8 για το διάστημα από 24-7-2015 έως 12-5-2016, ήτοι διάστημα 9 μηνών και 20 ημερών, αφού το επόμενο διάστημα καλύπτεται από την υπό 13, οπότε προκύπτει ακάλυπτο διάστημα 22 μηνών και 23 ημερών. Και τούτο ενώ και όσον αφορά τις υπό 3, 8 και 9 δεν προκύπτει απόδειξη του συγκεκριμένου ζητούμενου αποδεικτικού αντικειμένου. Άρα, ακόμη και αν ληφθούν υπόψη υπέρ του προσφέροντος οι υπό 13, 14, 15, 3, 8 και 9 και πάλι προκύπτει κατά μέγιστο εμπειρία 34,5+1+22 και 23 ημ.= 58 μηνών και 8 ημερών και πάλι σαφώς μικρότερη των 60 απαιτούμενων μηνών και δη πέραν κάθε μικροδιαφοράς επί επιμέρους ημερών. Τούτο ενώ κατά τον

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

όρο του άρ. 13 παρ. 1.2.3 της διακήρυξης απαιτείτο να προκύπτει η ειδική εμπειρία του προσφέροντος στα ζητούμενα αντικείμενα και όχι απλά σε κλιματισμό και συναφείς υπηρεσίες επί κάθε μηχανήματος κάθε δυναμικότητας, δια κατάλληλων στοιχείων που έπρεπε να συνοδεύουν τη δήλωσή του και εξ αυτών να στοιχειοθετείται η οικεία εμπειρία. Εξάλλου, πέραν της αποδεικτικής έλλειψης τους, οι υπό 16, 12, 11, και 7 αφορούν διαστήματα που καλύπτονται πλήρως από τις προηγούμενες αναφερθείσες συμβάσεις. Ο δε όρος 1.11 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α ρητά ορίζει ότι η απόδειξη της οικείας εμπειρίας θα πρέπει να λάβει χώρα με τις κατάλληλες βεβαιώσεις και στοιχεία, επί ποινή αποκλεισμού, με αποτέλεσμα οι ως άνω ελλείψεις και αδυναμία του προσφέροντος να στοιχειοθετήσει κατ' ειδικό τρόπο την ειδικώς προσδιορισμένη ζητούμενη εμπειρία του να επιφέρει τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του. Και δη ενώ κατά τα ως άνω, ακόμη και αν ληφθεί υπόψη υπέρ του ως άνω προσφέροντος ένα σύνολο συμβάσεων που δεν αποδεικνύεται, ενώ ζητείται η απόδειξη αυτή επί ποινή αποκλεισμού, ότι καλύπτουν το αποδεικτικό ζητούμενο και πάλι, υπό την πλέον ευνοϊκή υπέρ του εκδοχή δεν μπορεί να καλύψει τα ζητούμενα. Η δε αιτίαση της αναθέτουσας ότι καθώς η είναι η απερχόμενη ανάδοχος του ίδιου αντικειμένου, κατά την ουσία και ασχέτως τυπικής πλήρωσης προσόντων, προδήλως έχει τα ουσιαστικά προσόντα εκτέλεσης της σύμβασης, είναι όλως απορριπτέα καθώς τελεί σε πλήρη παράβαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, δικαιολογώντας την υπέρ του νυν αναδόχου ευνοϊκή μεταχείριση του, με τη μη ισχύ εις βάρος του όρων που ισχύουν για τους υπόλοιπους, χωρίς δε ουδόλως η διακήρυξη να προβλέπει οτιδήποτε σχετικό, ούτως παραβιάζοντας και την αρχή της τυπικότητας και δεσμευτικότητας υπέρ και κατά όλων του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης. Επομένως, ο τρίτος λόγος της πρώτης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός, προκύπτει δε ότι η προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα εσφαλμένα εκρίθη ως αποδεκτή. Άρα και σε συνέχεια όσων αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η πρώτη Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων και

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

7. Επειδή, όσον αφορά τη δεύτερη προσφυγή και ειδικότερα τον πρώτο λόγο της προκύπτουν τα ακόλουθα. Ο δεύτερος προσφεύγων δήλωσε τη στήριξη του σε τρίτο οικονομικό φορέα και υπέβαλε και το ΕΕΕΣ του επικαλούμενου ως παρέχοντος στήριξη σε αυτόν,, προς πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του όρου 1.11 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α και της απαίτησης του άρ. 13 παρ. 1.2.3 της διακήρυξης. Περαιτέρω, υπέβαλε υπεύθυνη δήλωσή του της 28-2-2019 με το εξής περιεχόμενο «*Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις (3, που προβλέπονται από της διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/1986, δηλώνω ότι: για την συμμετοχή μου στον Ανοιχτό διαγωνισμό για την ετήσια συντήρηση και εκκίνηση (start up) των πέντε ψυκτών κατασκευής, των δύο (2) ψυκτών κατασκευής και των τεσσάρων (4) πύργων ψύξης του Νοσοκομείου, για πέντε (5) έτη, της διακήρυξης διαθέτω εμπειρία στην συντήρηση παρομοίου μεγέθους και τύπου ψυκτών και πύργων ψύξης και ιδιαίτερα εμπειρία τουλάχιστον πέντε (5) ετών σε ότι αφορά τους ψύκτες της παρ. 1.1. των τεχνικών προδιαγραφών του παραρτήματος Α' (≈ 2.100 kW). Η συνολική εμπειρία αφορά: το διάστημα από 15/06/2009 έως 31/05/2012 όπου όπως εμφανίζεται στην βεβαίωση προϋπηρεσίας της εταιρίας που συνυποβάλω, ο κύριος την στήριξη του οποίου έχω εξασφαλίσει, εργάσθηκε ως Μηχανολόγος Μηχανικός στις Ψυκτικές Εγκαταστάσεις που αφορούν το αντικείμενο του διαγωνισμού του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ Οι συμβάσεις και οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης μεταξύ του Γ.Ν..... δεν ήταν δυνατόν για λόγους επιχειρηματικής πολιτικής να μου δοθούν και σας παρακαλώ για την επιβεβαίωσή τους να ανατρέξετε στο αρχείο της υπηρεσίας. Το διάστημα από 11/7/2013 έως 15/12/2016 με τις συμβάσεις 11-7-2013 (1 ΕΤΟΣ) 7/2014 (1 ΕΤΟΣ) 11/2015 (1 ΕΤΟΣ) 3/2014 (4ΜΗΝΕΣ) για τη συντήρηση του ηλεκτρομηχανολογικού (Η/Μ) εξοπλισμού και των εγκαταστάσεων θέρμανσης, ψύξης των παρακάτω δικαστικών υπηρεσιών, ήτοι 1), 2), 3), 4) Δ....., αρμοδιότητας τους. Στο δικαστικό είναι εγκατεστημένοι όπως εμφανίζεται στην τεχνική περιγραφή των συμβάσεων Ψύκτες TRANE CVGF 500 φυγοκεντρικοί υδρόψυκτοι, ψυκτικής ισχύος 2.400 KW.»*, ενώ υπέβαλε και υπεύθυνη

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

δήλωση της 28-2-2019 του με το εξής περιεχόμενο «Με ατομική μου ευθύνη και γνωρίζοντας τις κυρώσεις (3, που προβλέπονται από της διατάξεις της παρ. 6 του άρθρου 22 του Ν. 1599/1986, δηλώνω ότι: για την συμμετοχή μου ως τεχνική υποστήριξη της επιχείρησης Παπαγιάννης Θεοδόσιος στον Ανοιχτό διαγωνισμό για την ετήσια συντήρηση και εκκίνηση (start up) των πέντε ψυκτών κατασκευής, των δύο (2) ψυκτών κατασκευής και των τεσσάρων (4) πύργων ψύξης του Νοσοκομείου, για πέντε (5) έτη, της διακήρυξης διαθέτω εμπειρία στην συντήρηση παρομοίου μεγέθους και τύπου ψυκτών και πύργων ψύξης και ιδιαίτερα εμπειρία σε ότι αφορά τους ψύκτες της παρ. 1.1. των τεχνικών προδιαγραφών του παραρτήματος Α' ($\approx 2.100 \text{ kW}$). Η εμπειρία αφορά: το διάστημα από 15/06/2009 έως 31/05/2012 όπου όπως εμφανίζεται στην βεβαίωση προϋπηρεσίας της εταιρίας που συνυποβάλω, εργάσθηκα ως Μηχανολόγος Μηχανικός στις Ψυκτικές Εγκαταστάσεις που αφορούν το αντικείμενο του διαγωνισμού του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ Οι συμβάσεις και οι βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης μεταξύ του Γ.Ν..... δεν ήταν δυνατόν για λόγους επιχειρηματικής πολιτικής να μου δοθούν και σας παρακαλώ για την επιβεβαίωσή τους να ανατρέξετε στο αρχείο της υπηρεσίας.». Άρα, ο δεύτερος προσφεύγων επικλήθηκε δική του εμπειρία 3 ετών, 5 μηνών και 10 ημερών με βάση τις συμβάσεις του για τα ως άνω Δικαστικά και κατά τα λοιπά επικλήθηκε στήριξη στις ικανότητες του με βάση την εμπειρία αυτού ως απασχοληθέντος στο πλαίσιο σύμβασης της Κατά τον δε ως άνω όρο 1.11 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α και άρ. 13 παρ. 1.2.3 της διακήρυξης απαιτήθηκε «εμπειρία στη συντήρηση» παρομοίων συστημάτων. Ο δε ως άνω όρος είναι διατυπωμένος με τρόπο που δύναται να παραπέμπει τόσο στην αυτή καθαυτή εμπειρία στην εκτέλεση συντηρητικών εργασιών ήτοι την εκτέλεση εργασιών στο πλαίσιο εκτέλεσης τέτοιας σύμβασης, άρα συντήρηση υπό την τεχνική έννοια, όσο και στην εμπειρία, υπό την επιχειρηματική έννοια, εκτέλεσης σύμβασης συντήρησης. Η διάταξη επομένως δεν έχει αρκούντως σαφές νόημα ώστε να αναμένεται από έναν εύλογα σκεπτόμενο και καλόπιστο μετέχοντα να αντιληφθεί αυτό υπό τη μία ή την άλλη εκδοχή. Συνεπώς, δεν είναι δυνατόν να λάβει χώρα ερμηνεία εις βάρος

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

προσφέροντος, δεδομένης της παραπάνω αμφίσημης διατύπωσης και δη ενώ αυτός αποδεικνύει εμπειρία δανείζοντος σε αυτόν στήριξη προσώπου στην εκτέλεση συντηρητικών εργασιών, ήτοι τη συμμετοχή σε εκτέλεση τέτοιας σύμβασης. Η δε αναθέτουσα με τους ισχυρισμούς της εν τέλει περιορίζει την ερμηνεία αυτή προς κατεύθυνση κατατείνουσα στον αποκλεισμό του δεύτερου προσφεύγοντος, πλην όμως η έλλειψη σαφούς προς τούτο ερείσματος στο γράμμα της διακήρυξης δεν δύναται να αναπληρωθεί από τα ερμηνευτικά επιχειρήματα που το πρώτον προβάλλει η αναθέτουσα και δεν συνεχονται με το γραμματικό περιεχόμενο των εν γένει όρων της διακήρυξης. Αλυσιτελώς δε προβάλλονται οι αιτιάσεις της αναθέτουσας περί των αληθών υπηρεσιών του, αφού η διαδικασία κατάγνωσης πλήρωσης ή μη των κριτηρίων επιλογής όπως η εμπειρία, ρυθμίζεται από όλως αντικειμενικά κριτήρια και αποδεικτικά μέσα και δεν δύναται να εξαρτάται από την αναπόδεικτη σε κάθε περίπτωση, επικαλούμενη ίδια πρωτογενή γνώση, προσωπική εμπειρία και υποκειμενικές απόψεις των στελεχών της αναθέτουσας. Επομένως, μη νομίμως δεν ελήφθη υπόψη η εμπειρία του παρέχοντος στήριξη στις ικανότητές του, κατ' άρ. 25 της διακήρυξης και άρ. 78 Ν. 4412/2016, ως προς την πλήρωση των οικείων απαιτήσεων εμπειρίας, υπέρ του δεύτερου προσφεύγοντος και δεν προσμετρήθηκε υπέρ του τελευταίου ο οικείος χρόνος αυτού και κατ' αποτέλεσμα, πρέπει να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προσφυγής και να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε τον δεύτερο προσφεύγοντα αποκλειστέο υπό την ως άνω αιτιολογική βάση.

8. Επειδή εξάλλου, δεδομένης της κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη, αποδοχής του πρώτου λόγου της δεύτερης προσφυγής και της δεύτερης προσφυγής καθ' ο μέρος στρέφεται κατά του αποκλεισμού του δεύτερου προσφεύγοντος, ο τελευταίος έχει έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της αποδοχής της ΙΚΕ και ως εκ τούτου μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει τον δεύτερο λόγο του, ο οποίος όμως είναι ταυτόσημος με τον δεύτερο λόγο της πρώτης προσφυγής, που ήδη κατά τα ανωτέρω έγινε δεκτός. Επομένως και για την ταυτότητα του νομικού λόγου πρέπει να γίνει δεκτός και ο αντίστοιχος δεύτερος λόγος της δεύτερης προσφυγής κατά την ίδια αιτιολογία με αυτή επί του δεύτερου λόγου της

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

πρώτης προσφυγής και ούτως και κατ' αποδοχή της δεύτερης προσφυγής, η προσβαλλομένη τυγχάνει ακυρωτέα καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της Περαιτέρω και πέραν όσων ισχυρίστηκε κατά της και ο πρώτος προσφεύγων και ούτως συνιστούν κοινούς ισχυρισμούς των δύο προσφευγόντων, ο δεύτερος προσφεύγων επικαλείται και ότι κατά παράβαση του άρ. 13 παρ. 1.2.4 της διακήρυξης που ορίζει ως απαίτηση *«Κατάλληλη βεβαίωση από την οποία να αποδεικνύεται η δυνατότητά του συμμετέχοντα, για την προμήθεια ανταλλακτικών από τις κατασκευάστριες των ψυκτών εταιρείες και»*, η ΙΚΕ υπέβαλε βεβαιώσεις προγενέστερες της διακήρυξης, αφού αυτή της φέρει ημερομηνία 2-4-2018 και αυτή της 14-4-2018 και αναφέρεται σε προηγούμενο διαγωνισμό της αναθέτουσας. Πλην όμως, αφενός ουδόλως η διακήρυξη απαίτησε οι βεβαιώσεις κατασκευαστών περί διάθεσης ανταλλακτικών να έχουν συνταχθεί μετά τη δημοσίευση της, ενώ εξάλλου το ζητούμενο ήταν η απόδειξη ότι σε κάθε περίπτωση ο προσφέρων έχει στη διάθεσή του τέτοια ανταλλακτικά και τούτο αδιαφόρως αν αυτό αφορά τις ανάγκες του στο πλαίσιο ειδικώς της προκείμενης υπό ανάθεση σύμβασης ή τις εν γένει δραστηριότητές του, αφού σε καμία περίπτωση δεν απαιτήθηκε η βεβαίωση να αφορά ειδικά και αποκλειστικά την νυν διαδικασία και τη σύμβαση που θα προκύψει εξ αυτής. Επομένως, ουδόλως η υποβολή βεβαίωσης συνταχθείσας πριν τη διακήρυξη με γενικό περιεχόμενο περί παροχής ανταλλακτικών και προς εν γένει χρήσης της βεβαίωσης ως δικαιολογητικό συμμετοχής για εν γένει διαγωνισμούς υποστήριξης κλιματιστικού εξοπλισμού, όπως αυτή της συνεπάγεται παράβαση των ως άνω όρων της διακήρυξης. Αφετέρου, ο προσφεύγων αορίστως αναφέρεται μεν σε τροποποίηση προδιαγραφών από προηγούμενο διαγωνισμό της αναθέτουσας, χωρίς να καταδεικνύει ποιες ήταν οι τροποποιήσεις και πώς τυχόν επηρεάζουν τη υποβληθείσα βεβαίωση της Σε κάθε όμως περίπτωση, όσον αφορά τη βεβαίωση της ο ισχυρισμός του αυτός προβάλλεται και αλυσιτελώς, αφού ακόμη και αν υποτεθεί ότι η νυν διακήρυξη φέρει ουσιώδεις διαφοροποιήσεις από προηγούμενη διαδικασία, ουδόλως εκ του περιεχομένου της προκύπτει και δη σε αντίθεση με όσα αιτιάζει ο δεύτερος προσφεύγων, ότι η βεβαίωση

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

αφορούσε ειδικώς κάποια συγκεκριμένη διαδικασία, αφού η δηλώνει ότι «*προτίθεται να συνεργαστεί με την εταιρεία και να της προμηθεύσει ανταλλακτικά για τους ψύκτες, εφόσον αυτή καταστεί ανάδοχος για την εκτέλεση του έργου Συντήρησης εξοπλισμού τύπου στο Νοσοκομείο*». Άρα, η ως άνω βεβαίωση δεν αναφέρεται και περιορίζει το αντικείμενο της δήλωσης και δέσμευσης κατασκευαστή περί παροχής ανταλλακτικών σε κάποια συγκεκριμένη διαδικασία και διαγωνισμό της αναθέτουσας, αλλά σε κάθε σύμβαση, όπως και η προκείμενη σε κάθε περίπτωση που αφορά συντήρηση κλιματιστικού εξοπλισμού της με την ίδια αναθέτουσα. Επομένως, οι ως άνω ισχυρισμοί του δεύτερου λόγου της δεύτερης προσφυγής τυχάνουν απορριπτέοι, πλην όμως σε κάθε περίπτωση ο λόγος αυτός, ως κατατείνων στη διάγνωση περί μη συννόμου αποδοχής της, πρέπει να γίνει δεκτός κατ' αποδοχή των λοιπών, όμοιων με αυτούς του δεύτερου λόγου της πρώτης προσφυγής, ισχυρισμών του. Αντιστοίχως, πρέπει να γίνει δεκτός και ο ίδιος με τον τρίτο λόγο της πρώτης προσφυγής, τρίτος λόγος της δεύτερης προσφυγής κατά την ίδια αιτιολογία και ούτως και κατ' αποδοχή της δεύτερης προσφυγής πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της Εξάλλου, παρά την κρίση περί μη νόμιμου αποκλεισμού του δεύτερου προσφεύγοντος από τη διαδικασία, η επαναφορά του στον διαγωνισμό κατά την αποδοχή του ως άνω πρώτου λόγου του, δεν καταλύει το έννομο συμφέρον του προς επιδίωξη ακύρωσης της αποδοχής των λοιπών μετεχόντων και τούτο διότι κατά της Απόφασης ΑΕΠΠ προβλέπεται η άσκηση ενδίκων βοηθημάτων προσωρινής και οριστικής δικαστικής προστασίας, με αποτέλεσμα, έως την άπρακτη παρέλευση ασκήσεώς τους ή την απόρριψη αυτών, αν ασκηθούν, η αποδοχή της προσφοράς του να μην έχει εισέτι οριστικό χαρακτήρα, αφού ενδέχεται να ανατραπεί και επομένως, διατηρεί έννομο συμφέρον προς αποκλεισμό του συνόλου των λοιπών μετεχόντων στη διαδικασία, ιδίως αφού τυχόν ανατροπή της νυν Απόφασης ΑΕΠΠ με δικαστική απόφαση επί αιτήσεως ακύρωσης κατ' αυτής, θα καταστήσει αυτόν οριστικώς αποκλεισθέντα με τη διαδικασία (εξάλλου, ακόμη και αν απορριπτόταν ο πρώτος λόγος του και δεν ακυρωνόταν ο αποκλεισμός του και πάλι θα είχε έννομο συμφέρον προς

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

αποκλεισμό όλων των λοιπών μετεχόντων επί τω τέλει ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, προς εκ μέρους του επανυποβολή προσφοράς, άρα ούτως ή άλλως, δεδομένης και της βασιμότητας των ισχυρισμών του κατ' αμφοτέρων των δύο αποδεκτών μετεχόντων, το έννομο συμφέρον του προς αποκλεισμό αμφοτέρων αυτών και ομού, διατηρείται ούτως ή άλλως).

9. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω πρέπει να γίνουν δεκτές αμφότερες οι Προδικαστικές Προσφυγές και δη η πρώτη καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της αποδοχής των ΙΚΕ και, η δε δεύτερη καθ' ο μέρος στρέφεται κατά του αποκλεισμού του δεύτερου προσφεύγοντος και περαιτέρω κατά της αποδοχής της ΙΚΕ και της Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος απέκλεισε τον δεύτερο προσφεύγοντα και περαιτέρω έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των και

10. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί σε έκαστο εκ των προσφευγόντων το παράβολο που κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής του.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την πρώτη Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται τη δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 538/9-5-2019 Απόφαση Δ.Σ. της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον δεύτερο προσφεύγοντα και περαιτέρω έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων και

Ορίζει την επιστροφή σε έκαστο προσφεύγοντα του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης: 774 και 776/2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 1 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε στις 19 Ιουλίου 2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝ/ΝΟΣ