

Η

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

8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 9^η Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ιωάννης Κίτσος, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας που ενσωματώνεται στην από 25-4-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 514/30-4-2019 της εταιρείας με την επωνυμία, και με τον διακριτικό τίτλο, με έδρα στο, αριθ. και αριθ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του (αναθέτουσα αρχή), που εδρεύει στο οδόςαριθ., και εκπροσωπείται νόμιμα, και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία, που εδρεύει στη, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα στρεφόμενη κατά των όρων της διακήρυξης με αριθ. Πρωτ. για την της αναθέτουσας αρχής αιτείται: ι. Να ανακληθούν - ακυρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές και συγκεκριμένα του σημείου 16 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων όπου απαιτούνται *αθροιστικά συγκεκριμένες διαστάσεις μήκους και πλάτους (1602cm- 1062 cm), Ύψους (438,0 cm), χώρου ασφαλείας (Μήκος/Πλάτος: 1900,0 cm x 1362,4 cm) και κρίσιμου ύψους πτώσης (<60 cm) του υπό προμήθεια είδους "διπλό χωροδικτύωμα"*, και ιι) Να ανακληθούν - ακυρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές του σημείου 31 της Ειδικής Συγγραφής Υποχρεώσεων όπου *απαιτείται το παιχνίδι- ελατήριο να μετατρέπει την κινητική ενέργεια στο φως και να έχει σχεδιασμό που να επιτρέπει στα παιδιά ηλικίας άνω*

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

των 3 ετών να κάθονται σε χαμηλότερη θέση, κρατώντας μια πίσω λαβή, και τα παιδιά ηλικίας 6+ ετών να κάθονται προς την αντίθετη κατεύθυνση κρατώντας τη μεγαλύτερη λαβή, και iii) Να ανακληθούν – ακυρωθούν οι όροι της διακήρυξης καθ' ο μέρος δεν συμφωνούν με τις διατάξεις των άρθρων του ν. 4605/2019 και iv) Να ανακληθούν-ακυρωθούν οι όροι της διακήρυξης καθ' ο μέρος απαιτούν την υποβολή δικαιολογητικών περί απόδειξης της τεχνικής – επαγγελματικής ικανότητας με τον φάκελο της τεχνικής προσφοράς, καθώς και οι όροι που συγχέουν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα με τις τεχνικές προδιαγραφές των προϊόντων, και v) Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην Αναθέτουσα Αρχή και να δοθεί παράταση στην ημερομηνία υποβολής προσφορών προκειμένου να καταστεί δυνατή η υποβολή προσφοράς βάσει των νέων τεχνικών προδιαγραφών, και vi) να ανασταλεί η περαιτέρω διαδικασία και η υποβολή προσφορών-άνοιγμα προσφορών του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, και εν τοις πράγμασι την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, ύψους 2.362,52 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του e-παραβόλου με ένδειξη κατάστασης «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», και αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής στην Τράπεζα της 25-4-2019).

2. Επειδή με την με αριθ. Πρωτ. /28-3-2019 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε *Ανοιχτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός άνω των ορίων για την του (CPV:,*

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

.....,), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης) για το σύνολο της προμήθειας. Συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 472.504 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

3. Επειδή η ως άνω διακήρυξη απεστάλη την 29-3-2019 για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπου δημοσιεύτηκε την 2-4-2019 και έλαβε τον αριθμό, και το πλήρες κείμενο αυτής αναρτήθηκε την 1-4-2019 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί την 26-4-2019, μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή την 30-4-2019 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την υπό εξέταση προσφυγή μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού κατά τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και στο άρθ. 9 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε, την 6-5-2019 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, και μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης και τις απόψεις της επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 υποπαρ. β του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 2 περ. β του ΠΔ 39/2017.

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

8. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης διακήρυξης νόμιμα, εμπρόθεσμα, με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφυγή στρέφεται κατά της παρεμβαίνουσας με ισχυρισμούς περί φωτογραφικών υπέρ αυτής τεχνικών προδιαγραφών, και σύμφωνα με την παρ. 1 και 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, και των άρθρ. 7 και 8 του ΠΔ 39/2017, ασκήθηκε την 9-5-2019 παρέμβαση της, με τον νόμιμο προβλεπόμενο τρόπο κατάθεσης στην «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ίδια αναστολής του διαγωνισμού νόμιμα εισάγεται ενώπιον του 8^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν της με αριθ. 620/30-4-2019 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων».

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις επί της προσφυγής ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη λόγω εκπρόθεσμης άσκησης διότι « **II. ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟ - ΕΚΠΡΟΘΕΣΜΟ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ** Η υποβληθείσα «προδικαστική προσφυγή» πρέπει να απορριφθεί ως εκπρόθεσμη για τους ακόλουθους λόγους: **Δ.** Η προσφεύγουσα για το εμπρόθεσμο και παραδεκτό της προσφυγής της επικαλείται το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016. Ερμηνεύει για το εμπρόθεσμο και παραδεκτό της προσφυγής της ότι σύμφωνα με το παραπάνω εδάφιο του Ν.4412/2016 έλαβε γνώση της διακήρυξης μετά τη 15η ημέρα (στις 16/04/2019) από την ανάρτηση της διακήρυξης του διαγωνισμού η οποία πραγματοποιήθηκε την 1/04/2019 και ως εκ τούτου ότι υπέβαλε εμπρόθεσμα την προσφυγή της (στις 25/04/2019) εντός δέκα ημερών από τις ημερομηνία κατά την οποία έλαβε πλήρη γνώση της διακήρυξης. Η παραπάνω ερμηνεία του συγκεκριμένου εδαφίου από την προσφεύγουσα εταιρεία «.....», μόνο σοβαρά προβλήματα μπορεί να δημιουργήσει για τους εξής λόγους: **1ο λόγος** ...Προφανώς η προσφεύγουσα εταιρεία ή ερμηνεύει το

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

συγκεκριμένο χωρίο λάθος ή η ερμηνεία οφείλεται στην κακή διατύπωση του άρθρου από το νομοθέτη, καθώς η αντίστοιχη περίπτωση κατά ένστασης κατά της διακήρυξης στους συνοπτικούς διαγωνισμούς κατά το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 127 του Ν.4412/2016, όπως αυτό ισχύει μετά την αντικατάστασή του με την περίπτωση γ' της παραγράφου 20 του άρθρου 43 του Ν.4605/2019 αναφέρει: «Η ένσταση κατά της διακήρυξης ή της πρόσκλησης υποβάλλεται σε προθεσμία που εκτείνεται **μέχρι το ήμισυ** του χρονικού διαστήματος από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ ή την αποστολή της πρόσκλησης, κατά περίπτωση, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών.» (τα έντονα γράμματα δικά μας). Δεν μπορεί το πνεύμα του νομοθέτη να είναι διαφορετικό στις δύο περιπτώσεις λοιπόν. Δηλαδή στο συνοπτικό διαγωνισμό που πολλές φορές οι διακηρύξεις είναι επίσης ανάλογου όγκου με έναν ανοιχτό διαγωνισμό, ένας προμηθευτής μπορεί να υποβάλλει ένσταση κατά της διακήρυξης εντός του χρονικού διαστήματος **μέχρι το ήμισυ** από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών. Αντίθετα σύμφωνα με την ερμηνεία της προσφεύγουσας εταιρείας «.....». σε ανοιχτό διαγωνισμό άνω ή κάτω των ορίων να απαιτείται κάτι εντελώς διαφορετικό, δηλαδή παρέλευση 15 ημερών από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ και άλλες δέκα ημέρες για υποβολή της προσφυγής. Η γνώμη της αναθέτουσας αρχής ως προς την ερμηνεία του παραπάνω χωρίου είναι ότι η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται εντός 15 ημερών από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Δεν μπορεί να είναι διαφορετικά ώστε να συμβαδίζει και με το πνεύμα του άρθρου 127 του Ν.4412/2016. Εξάλλου η παραπάνω ερμηνεία εφόσον γίνει δεκτή θα δημιουργήσει και πρόσθετα ανυπέρβλητα προς το παρόν προβλήματα όπως: Σε διαγωνισμούς για παράδειγμα κάτω των ορίων που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 121 όπως αυτό αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 19 του άρθρου 43 του Ν.4605/2019 απαιτείται ως ελάχιστη προθεσμία υποβολής προσφορών οι 15 ημέρες από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Σύμφωνα με την ερμηνεία του δεύτερου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 από την προσφεύγουσα εταιρεία «.....» η προσφυγή κατά της

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

διακήρυξης σε αυτή την περίπτωση θα πρέπει να υποβληθεί δέκα ημέρες μετά τη λήξη υποβολής προσφορών. Αν δε επιπρόσθετα, υποβληθεί με τη λήξη του δεκαήμερου η προσφυγή τότε, σύμφωνα με τις προθεσμίες που θέτει το νέο άρθρο 221Α (Προθεσμίες για την ολοκλήρωση των επιμέρους σταδίων), το οποίο προστέθηκε με την παράγραφο 28 του άρθρου 43 του Ν.4605/2019, για διαγωνισμούς με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, υπάρχει σοβαρή πιθανότητα να έχουν αποσφραγισθεί ήδη και αξιολογηθεί και οι οικονομικές προσφορές. Η προσφυγή επιπρόσθετα θα μπορεί να υποβληθεί και από οικονομικό φορέα, ο οποίος δεν έχει υποβάλλει καν προσφορά στο διαγωνισμό, αφού αυτό δεν απαιτείται για υποβολή προσφυγής κατά της διακήρυξης. Το ίδιο ακριβώς πρόβλημα και με μεγαλύτερες επιπτώσεις έχουν για παράδειγμα οι περιπτώσεις του ανοιχτού διαγωνισμού κάτω των ορίων σε επείγουσα κατάσταση που απαιτείται ελάχιστη προθεσμία υποβολής προσφορών 10 ημέρες από την ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Πιστεύουμε από τα προαναφερόμενα ότι γίνονται άμεσα αντιληπτά η ανασφάλεια και η σύγχυση που θα προκαλέσει στις αναθέτουσες αρχές και αναθέτοντες φορείς η αποδοχή της ερμηνείας του δεύτερου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 από την προσφεύγουσα εταιρεία «.....» με την ελεγχόμενη προσφυγή της και η κατάχρηση που πιθανά επιφέρει μία τέτοια απόφαση από μέρους των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στις διαγωνιστικές διαδικασίες. **2ο λόγος** ...Εφόσον γίνει δεκτή η ερμηνεία της προσφεύγουσας ...και γίνει αποδεκτή η διατύπωση του δεύτερου εδαφίου της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 ως έχει, δημιουργείται και ένα πρόσθετο ζήτημα με την ερμηνεία του. Ο Ν.4412/2016 προσδιορίζει τη διάκριση μεταξύ διακήρυξης και προκήρυξης, όπως: - στην περίπτωση β) της παραγράφου 1 του άρθρου 38, - στην παράγραφο 1 του άρθρου 65 και την παράγραφο 2 του άρθρου 117 του Ν.4412/2016 όπως αυτή αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 3 του άρθρου 47 του Ν.4472.2017 (όπου η λέξη προκήρυξη αντικαταστάθηκε με τη λέξη διακήρυξη). Το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 το οποίο επικαλείται η προσφεύγουσα εταιρεία «.....» αναφέρεται σε προσφυγή κατά **προκήρυξης**. Δεν αναφέρει το

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

συγκεκριμένο χωρίο του νόμου ούτε τη λέξη **διακήρυξη** ούτε καν τις λέξεις **όροι του διαγωνισμού**. Ο νομοθέτης λοιπόν αναφέρεται στην **προκήρυξη του διαγωνισμού** και όχι στη διακήρυξη ή τους όρους. Αν υπήρχε διαφορετική σκέψη θα έπρεπε να έχει τροποποιηθεί ήδη το χωρίο (μετά από 27 ΦΕΚ που εκδόθηκαν μέχρι σήμερα και τροποποιούν την Ν.4412/2016), όπως τροποποιήθηκε για παράδειγμα και συγκεκριμένα και στοχευμένα η προαναφερόμενη παράγραφος 2 του άρθρου 117 του Ν.4412/2016. Οπότε σύμφωνα με το εδάφιο που επικαλείται το εμπρόθεσμο της προσφυγής της η προσφεύγουσα εταιρεία, προδικαστική προσφυγή **χωρεί μόνο επί της προκήρυξης**. Εφόσον λοιπόν ερμηνευτεί πιστά το συγκεκριμένο χωρίο, η προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρείας θα έπρεπε να στρέφεται κατά της προκήρυξης όπως αυτή προσδιορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 65 του Ν.4412/2016 (δηλ. το τυποποιημένο έντυπο της Ε.Ε. το οποίο περιλαμβάνει τις πληροφορίες που προβλέπονται στο Μέρος Γ του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α' του Ν.4412/2016) και η οποία αναρτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Ε.Ε. αλλά και στο ΚΗΜΔΗΣ ως **προκήρυξη** την οποία επισυνάπτουμε με ΑΔΑΜ:..... Η προσφυγή όμως της προσφεύγουσας διατρέχεται από αναφορές επί της διακήρυξης του διαγωνισμού με λεπτομέρειες και κείμενα οι οποίες δεν περιέχονται και δεν μπορούν να περιέχονται στην συγκεκριμένη προκήρυξη καθώς αυτά αναφέρονται στην πλήρη διακήρυξη του διαγωνισμού όπως αυτή αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ, στο ΕΣΗΔΗΣ και στην ιστοσελίδα του και φέρει ΑΔΑΜ:, όπως **εσφαλμένα** αναφέρεται από την προσφεύγουσα στη σελίδα 2 της προσφυγής της ότι ο συγκεκριμένος αριθμός αφορά την προκήρυξη, ενώ ο ΑΔΑΜ αυτός αφορά την ανάρτηση της πλήρους διακήρυξης του διαγωνισμού στο ΚΗΜΔΗΣ. Πώς μπορεί λοιπόν να γίνει παραδεκτή η προσφυγή της εταιρείας «.....»; **Αφού με αυτή δεν έχει προσβάλει την προκήρυξη**, η οποία και φέρει ΑΔΑΜ: (δηλαδή διαφορετικό ΑΔΑΜ από αυτόν που αναφέρει στην 2η σελίδα της προσφυγής της), όπως ορίζει ρητά και συγκεκριμένα το δεύτερο εδάφιο της περίπτωσης γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του Ν.4412/2016. Επισημαίνουμε και τονίζουμε ότι είναι διακριτές οι αναρτήσεις που πραγματοποιούνται στο ΚΗΜΔΗΣ για την προκήρυξη και στη συνέχεια τη διακήρυξη, βάσει της περίπτωσης β) της παραγράφου 1 του άρθρου 38 του

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

Ν.4412/2016. Επίσης σύμφωνα με την περίπτωση β' του άρθρου 5, καθώς και ειδικότερα με την περίπτωση γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 6 της Υ.Α.57654/22-5-2017 (Β' 1781/23-5-2017) «Ρύθμιση ειδικότερων θεμάτων λειτουργίας και διαχείρισης του Κεντρικού Ηλεκτρονικού Μητρώου Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης.», προηγείται η ανάρτηση της προκήρυξης και έπεται και συνδέεται με την προηγούμενη ανάρτηση, η ανάρτηση της διακήρυξης (επισυνάπτουμε τα σχετικά αρχεία της προκήρυξης και της διακήρυξης του διαγωνισμού με αναγραφόμενους επ' αυτών τους Αριθμούς Διαδικτυακής Ανάρτησής τους στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων). »

11. Επειδή, στο Κεφάλαιο **3. ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ** της με αριθ. **Μελέτης**, η οποία αποτελεί έγγραφο της σύμβασης κατ' άρθ. 5 της διακήρυξης, και ειδικότερα στον όρο **1. ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ** προβλέπεται ότι « Ο εξοπλισμός θα ανταποκρίνεται πλήρως προς τους όρους των προδιαγραφών της μελέτης, ως προς τον τύπο, το πλήθος των δραστηριοτήτων που προσφέρουν, τις ηλικιακές ομάδες που απευθύνονται και τα υλικά κατασκευή..» Ακολουθως στον όρο **1.5 ΑΠΟΚΛΙΣΕΙΣ** προβλέπεται ότι «Στις διαστάσεις των παιχνιδιών και λοιπών ειδών της μελέτης καθώς και των χώρων ασφαλείας επιτρέπεται απόκλιση της τάξης του $\pm 15\%$, όπως επίσης και $\pm 15\%$ στις διαστάσεις των επί μέρους στοιχείων. Αποκλίσεις στο μέγιστο ύψος πτώσης των παιχνιδιών επιτρέπονται σε ποσοστό $\pm 15\%$, αντιστοίχως....». Ακολουθως στον όρο **16. ΔΙΠΛΟ ΧΩΡΟΔΙΚΤΥΩΜΑ** ορίζεται «Τεχνικές πληροφορίες Διαστάσεις οργάνου Μήκος: 1602cm Πλάτος: 1062 cm Ύψος: 438,0 cm Ηλικιακή κατηγορία : άνω των 5 ετών Κατάλληλο για 60 παιδιά-χρήστες Διαστάσεις χώρου ασφαλείας Μήκος/Πλάτος: 1900,0 cm x 1362,4 cm Κρίσιμο ύψος πτώσης: <60 cm Επιπλέον στοιχεία εξοπλισμού Διατομή συρματόσχοινου: 20 mm»

12. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 18 και 54 του ν. 4412/2016, την αιτιολογική σκέψη 90 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ισότητας, και της αναλογικότητας, στρεφόμενη κατά του παραπάνω όρου της διακήρυξης, ισχυρίζεται στον λόγο Α

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

2.1 της προσφυγής ότι «Το μοναδικό προϊόν, όμως, στην αγορά που συγκεντρώνει τις συγκεκριμένες ως άνω περιγραφόμενες τεχνικές προδιαγραφές ...και πιο συγκεκριμένα τις διαστάσεις οργάνου (Μήκος: 1602cm- Πλάτος: 1062 cm -Ύψος: 438,0 cm) την ηλικιακή κατηγορία (άνω των 5 ετών), τον μέγιστο αριθμό χρηστών (60 παιδιά-χρήστες), τις διαστάσεις χώρου ασφαλείας (Μήκος/Πλάτος: 1900,0 cm x 1362,4 cm) και το κρίσιμο ύψος πτώσης(<60 cm) είναι το Διπλό Χωροδικτύωμα της εταιρίας με κωδικό, όπως αυτό περιγράφεται στην επίσημη ιστοσελίδα της κατασκευάστριας εταιρίας [.....], το οποίο και φωτογραφίζεται εν προκειμένω, ... δεδομένου ότι είναι το μοναδικό προϊόν στην αγορά που έχει τα απαιτούμενα εκ της ειδικής συρραφής υποχρεώσεων τεχνικά χαρακτηριστικά, ήτοι: διαστάσεις οργάνου- Μήκος: 1600cm- Πλάτος: 1060 cm -Ύψος: 440, 0 cm- Ηλικιακή κατηγορία : άνω των 5 ετών, Κατάλληλο για 60 παιδιά-χρήστες, Διαστάσεις χώρου ασφαλείας, Μήκος/Πλάτος: 1900,0 cm x 1400 cm, Κρίσιμο ύψος πτώσης: 60 cm. Τούτο, άλλωστε, ευχερώς προκύπτει από το σχετικό φυλλάδιο της εταιρίας το οποίο εκτυπώθηκε από την επίσημη ιστοσελίδα αυτής και συνυποβάλλεται με την παρούσα προδικαστική προσφυγή (σχετικό 1). Οι τιμές των ανωτέρω τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών και συγκεκριμένα, οι διαστάσεις του μήκους και του πλάτους, του ύψους, του μήκους και του πλάτους του χώρου ασφαλείας και του ύψους πτώσης φωτογραφίζουν το ανωτέρω συγκεκριμένο προϊόν της αγοράς, το οποίο είναι το μόνο που πληροί σωρευτικά τις ανωτέρω τεχνικές προδιαγραφές. Η κατασκευάστρια εταιρία όμως προμηθεύει το διπλό χωροδικτύωμα, το οποίο είναι το μοναδικό διπλό χωροδικτύωμα της αγοράς που συγκεντρώνει όλες τις παραπάνω τεχνικές προδιαγραφές όπως ακριβώς απαιτεί η διακήρυξη, αποκλειστικά και μόνο στην εταιρία με την επωνυμία «.....», η οποία είναι και η ευνοούμενη από τις ανωτέρω τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Τούτο δε προκύπτει από την με ημερομηνία 03.12.2018 δήλωση της κατασκευάστριας στην οποία αναφέρεται επί λέξει ότι «η ανώνυμη εταιρία βεβαιώνουμε ότι εξουσιοδοτούμε με το παρόν την να μας εκπροσωπεί στην

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

Ελλάδα και να προσφέρει τα προϊόντα μας» (σχετικό 2, 3). Δεδομένου όμως ότι η εν λόγω εταιρία είναι η μόνη που προμηθεύεται το εν λόγω προϊόν από την κατασκευάστρια είναι σαφές ότι είναι και η μόνη εταιρία που μπορεί να υποβάλει παραδεκτή προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό, με αποτέλεσμα η ως άνω αποδεικνυόμενη προμήθεια κατ' αποκλειστικότητα στη συγκεκριμένη εταιρεία του διπλού χωροδικτυώματος να αποστερεί τη δυνατότητα σε όλους τους υποψηφίους αναδόχους μεταξύ των οποίων και η εταιρία μας να προμηθευτούν το συγκεκριμένο προϊόν και να μπορέσουν να λάβουν μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό. Άλλωστε, αν δεν είχαν τεθεί τα ως άνω τεχνικά χαρακτηριστικά η εταιρίας μας θα προσέφερε οποιοδήποτε από τα ακόλουθα προϊόντα άλλων εταιριών τα οποία, δεδομένου ότι δεν προκύπτει από κανένα σημείο της διακήρυξης ειδική και αιτιολογημένη κρίση της αναθέτουσας αρχής σχετικά με την απαίτηση των συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών του διπλού χωροδικτυώματος, συνάγεται ότι ικανοποιούν τους σκοπούς που επιδιώκει να εξασφαλίσει η αναθέτουσα αρχή, δηλαδή την αναβάθμιση των παιδικών χαρών του Στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, λοιπόν, δεν υπάρχει καμία απολύτως αιτιολογία, ώστε να προκύπτουν οι λόγοι για τους οποίους οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής ικανοποιούνται μόνο από τις ανωτέρω διαστάσεις του χωροδικτυώματος και όχι από άλλες. Ούτε πολύ περισσότερο αναφέρεται στην διακήρυξη για ποιον λόγο οι ανάγκες της αναθέτουσας αρχής ικανοποιούνται μόνο από το φωτογραφιζόμενο προϊόν της αγοράς και όχι από κανένα άλλο. Εμείς από την πλευρά μας θα μπορούσαμε να προσφέρουμε οποιοδήποτε από τα ακόλουθα προϊόντα: Α) Το διπλό χωροδικτύωμα της εταιρίας, το οποίο όμως αν και πληροί τις προδιαγραφές που τίθενται όσον αφορά το ύψος, δεν πληροί τις λοιπές απαιτούμενες προδιαγραφές που αφορούν το μήκος και πλάτος (1230 *730 – αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1602* 1062), τον χώρο ασφαλείας (1530* 1030– αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1900,0 cm x 1362,4) και το ύψος πτώσης (0,9 m- αντί του απαιτούμενου εκ της διακηρύξεως <60 cm). Προς απόδειξη του ανωτέρω ισχυρισμού μας προσκομίζουμε εκτυπωμένη σελίδα από τον ιστότοπο της εταιρίας στην οποία αναφέρονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος που προτιθέμεθα να προσφέρουμε στον επίμαχο διαγωνισμό (σχετ.

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

4). Β) Το διπλό χωροδικτύωμα της εταιρίας, το οποίο όμως αν και πληροί τις προδιαγραφές που τίθενται όσον αφορά το ύψος, δεν πληροί τις λοιπές απαιτούμενες προδιαγραφές που αφορούν το μήκος και πλάτος (1350 *800 – αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1602* 1062) και τον χώρο ασφαλείας (1650* 1100– αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1900,0 cm x 1362,4). Προς απόδειξη του ανωτέρω ισχυρισμού μας προσκομίζουμε εκτυπωμένη σελίδα από τον ιστότοπο στην οποία αναφέρονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος που προτιθέμεθα να προσφέρουμε στον επίμαχο διαγωνισμό: (σχετ. 5). Γ) Το διπλό χωροδικτύωμα της εταιρίας, το οποίο όμως αν και πληροί τις προδιαγραφές που τίθενται όσον αφορά το ύψος και τις σχετικές με τον χώρο ασφαλείας διαστάσεις, δεν πληροί τις λοιπές απαιτούμενες προδιαγραφές που αφορούν το μήκος και πλάτος (1130 *840 – αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1602* 1062) και το ύψος πτώσης (120 - αντί του απαιτούμενου εκ της διακηρύξεως <60 cm). Προς απόδειξη του ανωτέρω ισχυρισμού μας προσκομίζουμε εκτυπωμένη σελίδα από τον ιστότοπο στην οποία αναφέρονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος που προτιθέμεθα να προσφέρουμε στον επίμαχο διαγωνισμό: (σχετ. 6) Δ) Το διπλό χωροδικτύωμα της εταιρία, το οποίο όμως αν και πληροί τις προδιαγραφές που τίθενται όσον αφορά το ύψος, δεν πληροί τις λοιπές απαιτούμενες προδιαγραφές που αφορούν το πλάτος (844 – αντί του απαιτούμενου εκ της διακηρύξεως 1062) και τον χώρο ασφαλείας (1556* 1040– αντί των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως 1900,0 cm x 1362,4). Προς απόδειξη του ανωτέρω ισχυρισμού μας παραθέτουμε τον ιστότοπο στον οποίο αναφέρονται τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος που προτιθέμεθα να προσφέρουμε στον επίμαχο διαγωνισμό: και (σχετ. 7) Κάθε ένα από τα παραπάνω προϊόντα θα μπορούσε να εξυπηρετήσει επαρκώς τις ανάγκες του και να αναβαθμίσει ποιοτικά και αισθητικά τις παιδικές χαρές του. Πλην, όμως, δεν μπορεί να προσφερθεί στον επίμαχο διαγωνισμό, διότι κανένα από αυτά δεν καλύπτει τα αιτούμενα εκ της διακηρύξεων τεχνικά χαρακτηριστικά που απαιτούνται ... από τα οποία φωτογραφίζεται το διπλό χωροδικτύωμα που προμηθεύει η εταιρία και πιο συγκεκριμένα το προϊόν

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

....., το οποίο αδυνατούμε να προμηθευτούμε. ... Η εταιρία μας λοιπόν υφίσταται βλάβη, δεδομένου ότι δεν μπορεί να λάβει μέρος σε διαγωνισμό, παρ' ότι δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του επίμαχου διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μας ζητούμε την ακύρωση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης που αφορούν στο διπλό χωροδικτύωμα και συγκεκριμένα των προδιαγραφών αυτών ενόψει των οποίων απαιτούνται αθροιστικά οι συγκεκριμένες διαστάσεις του μήκους και του πλάτους (1602cm-1062 cm), του Ύψους (438,0 cm), του χώρου ασφαλείας (Μήκος/Πλάτος: 1900,0 cm x 1362,4 cm) και του κρίσιμου ύψους πτώσης (<60 cm).»

13. Επειδή στο Κεφάλαιο **3. ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ** της με αριθ. **Μελέτης**, και ειδικότερα στον όρο **31. ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΝΗΠΙΩΝ & ΠΑΙΔΩΝ ΦΩΤΙΖΟΜΕΝΟ** προβλέπεται ότι « ... Ο φορέας / κάθισμα είναι διάτρητος σε δύο πλευρές του, σχηματίζοντας χειρολαβές για το χρήστη με όποια φορά και αν κάθεται ενώ στις άλλες δύο πλευρές του υπάρχουν κοιλότητες, κατάλληλες για τη στήριξη των ποδιών. Αναλόγως με την ηλικιακή ομάδα του χρήστη (3+ ή 6+), δίνεται η δυνατότητα να χρησιμοποιήσει την μεγάλη πλευρά του καθίσματος είτε σαν πλάτη είτε σαν χειρολαβή....»

14. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθ. 18 και 54 του ν. 4412/2016, την αιτιολογική σκέψη 90 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, και την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ισότητας, της αναλογικότητας στρέφεται κατά της ως άνω τεχνικής προδιαγραφής, ισχυριζόμενη στον λόγο Α 3 της προσφυγής ότι « Η προδιαγραφή που τίθεται στον ανωτέρω όρο της διακήρυξης ... φωτογραφίζει ένα συγκεκριμένο προϊόν της αγοράς, το οποίο κατασκευάζει η εταιρεία «.....» και ονομάζεται '.....', όπως προκύπτει από τον επίσημο ιστότοπο της ως άνω εταιρίας (σχετ. 8). Το ως άνω προϊόν είναι ένα παιχνιδι-ελατήριο με κάθισμα διάτρητο σε δύο πλευρές και σχεδιασμό που να επιτρέπει στα παιδιά ηλικίας άνω των 3 ετών να κρατούν μια πίσω λαβή, και τα παιδιά ηλικίας 6+ ετών να κάθονται προς την αντίθετη κατεύθυνση κρατώντας τη μεγαλύτερη λαβή. Κανένα άλλο προϊόν παιχνιδι ελατηρίου Νηπίων & Παίδων Φωτιζόμενο στην οικεία αγορά κατασκευαστών δεν διαθέτει τον σχεδιασμό αυτό, εκτός από το μοναδικό αυτό προϊόν της εταιρίας, το οποίο ακριβώς λόγω της

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

μοναδικότητας του έχει λάβει και σχετικό βραβείο όπως αναφέρεται στον σχετικό ιστότοπο της κατασκευάστριας (.....). Πρόκειται για ένα προϊόν που σχεδιάστηκε από τον συνιδρυτή της, τον σχεδιαστή, και επίσης παρέχεται **κατ' αποκλειστικότητα** στην Ελλάδα μόνο στην εταιρία «.....». Δεδομένου, όμως, ότι η κατασκευάστρια εταιρία προμηθεύει αποκλειστικά το στην εταιρία «.....», σύμφωνα με ρητή δήλωση του συνιδρυτή της πρώτης, όπως προκύπτει από σχετικό μήνυμα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας, η και πάλι ευνοείται αδικαιολόγητα (σχετ. 9). Παρ' ότι, λοιπόν, στο πρόσωπο της εταιρίας μας δεν συντρέχει κανένας λόγος αποκλεισμού και πληρούμε τα κριτήρια συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό, ακριβώς εξαιτίας των φωτογραφικών όρων της διακήρυξης και εν προκειμένω λόγω της απαίτησης το παιχνίδι ελατηρίου Νηπίων & Παίδων Φωτιζόμενο να έχει κάθισμα διάτρητο σε δύο πλευρές και τον μοναδικό σχεδιασμό που επιτρέπει στα παιδιά ηλικίας άνω των 3 ετών να κρατάν μια πίσω λαβή, και τα παιδιά ηλικίας 6+ ετών να κάθονται προς την αντίθετη κατεύθυνση κρατώντας τη μεγαλύτερη λαβή, η εταιρία μας εμποδίζεται να υποβάλει προσφορά με πιθανότητες ευδοκίμησης και συνεπώς συντρέχει αδυναμία συμμετοχής μας στην διαγωνιστική διαδικασία. Επισημαίνουμε ότι αν δεν υπήρχαν οι ως άνω φωτογραφικοί όροι, που φωτογραφίζουν το προϊόν, η εταιρία μας θα προσέφερε το προϊόν **ΤΑΛΑΝΤΕΥΟΜΕΝΟ ΖΩΑΚΙ ΜΕ ΓΕΝΝΗΤΡΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΦΩΤΙΣΜΟΥ** κατασκευής μας (σχετ. 10). Ωστόσο, το ως άνω ταλαντευόμενο προϊόν της εταιρίας μας, το οποίο θα μπορούσαμε να προσφέρουμε για να καλύψουμε τις απαιτήσεις της αναθέτουσας ως προς το υπό προμήθεια προϊόν, παρ' ότι πληροί όλες τις υπόλοιπες απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν πληροί τις επίμαχες προδιαγραφές όσον αφορά στον σχεδιασμό, δεδομένου ότι οι απαιτήσεις της διακήρυξης φωτογραφίζουν το μοναδικό προϊόν, το οποίο είναι το μόνο προϊόν- παιχνίδι- ελατήριο με κάθισμα διάτρητο σε δύο πλευρές και με σχεδιασμό που επιτρέπει στα παιδιά ηλικίας άνω των 3 ετών να κρατάν μια πίσω λαβή, και τα παιδιά ηλικίας 6+ ετών να κάθονται προς την αντίθετη κατεύθυνση κρατώντας τη μεγαλύτερη λαβή και αποτελεί καινοτομία της, βραβευμένη για την μοναδικότητα της (.....) και το οποίο

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

προμηθεύεται κατ' αποκλειστικότητα η Συνεπώς, οποιοδήποτε προϊόν και αν προσέφερα είναι βέβαιο ότι θα αποκλειόταν από τον διαγωνισμό, διότι δεν δύναται να καλύψει τις ανωτέρω τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες αποτελούν αποκλειστική καινοτομία του προϊόντος της κατασκευάστριας, η οποία προμηθεύει αποκλειστικά και μόνο το εν λόγω προϊόν στην εταιρία «.....»..... Η βλάβη που υφίσταται η εταιρία μας είναι πρόδηλη, διότι μέσω των ως άνω απαιτήσεων ευνοείται αδικαιολόγητα ένας και μόνο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας, ήτοι η εταιρία «.....». ...Επισημαίνεται δε ότι ακριβώς λόγω του φωτογραφικού χαρακτήρα των όρων της διακήρυξης, η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολογεί την επιλογή των συγκεκριμένων προδιαγραφών που έχει θέσει αναφορικά με τις απαιτήσεις του υπό προμήθεια προϊόντος «παιχνίδι ελατήριο Νηπίων & Παίδων Φωτιζόμενο» και πιο συγκεκριμένα **δεν δικαιολογεί ειδικώς και επαρκώς γιατί μόνο το παιχνίδι ελατήριο Νηπίων & Παίδων Φωτιζόμενο με κάθισμα διάτρητο σε δύο πλευρές και με ειδικό σχεδιασμό που επιτρέπει στα παιδιά ηλικίας άνω των 3 ετών να κρατάν μια πίσω λαβή, και τα παιδιά ηλικίας 6+ ετών να κάθονται προς την αντίθετη κατεύθυνση κρατώντας τη μεγαλύτερη λαβή καλύπτει τις ανάγκες της για την Παιδική χαρά και για την Παιδική χαρά, και κανένα άλλο, όπως α) τα αναφερόμενα στην Ειδική Συρραφή Υποχρεώσεων στα σημεία 42, 43, 44, 47, 48, και 49 υπό προμήθεια είδη, ήτοι κανένα από τα: ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΤΥΠΟΥ ΑΣΤΕΡΙ, ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΔΙΠΛΟ, ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ 2ΘΕΣΙΟ, ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΔΙΠΛΟ 2, ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΑΥΤΟΚΙΝΗΤΑΚΙ και ΠΑΙΧΝΙΔΙ ΕΛΑΤΗΡΙΟΥ ΤΥΠΟΥ ΑΚΡΙΔΑ, τα οποία δεν φέρουν τον συγκεκριμένο μοναδικό σχεδιασμό που φέρει αποκλειστικά το προϊόν της εταιρίας, ή β) όπως αυτό που θα προσφέραμε σε περίπτωση που δεν υπήρχε η φωτογραφική διάταξη το οποίο είναι παιχνίδι ελατήριο νηπίων και παιδών φωτιζόμενο, χωρίς όμως τον μοναδικό σχεδιασμό του με τις δύο λαβές και ποιες είναι οι ειδικότερες αυτές ανάγκες, αν υποτεθεί ότι υπάρχουν τέτοιες, που επιβάλλουν την επιλογή αποκλειστικά του συγκεκριμένου προϊόντος με πλήρη αποκλεισμό όλων των υπολοίπων παιχνιδιών ελατηρίων Νηπίων & Παίδων Φωτιζόμενων τα οποία θα μπορούσαν να ικανοποιήσουν πλήρως την ίδια λογική και ανάγκη. Ήτοι,**

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

ποια είναι για παράδειγμα η αποκλειστική ανάγκη για διάτρητο κάθισμα σε δύο πλευρές με συγκεκριμένο ειδικό σχεδιασμό που δεν μπορεί να ικανοποιηθεί από τα λοιπά όμοια ελατήρια παιχνίδια, τα οποία ωστόσο, δεν έχουν διάτρητο κάθισμα και αποκλείονται πλήρως με τον τρόπο αυτό. Είναι, δηλαδή, μία απαίτηση προφανώς δυσανάλογη με την ανάγκη που η ίδια η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει εν προκειμένω, ήτοι της ποιοτικής και αισθητικής αναβάθμισης μόνο των ως άνω 2 παιδικών χαρών του με ελατήριο παιχνίδι. Σημειωτέον ότι στην σχετική υπ' αριθμόν μελέτη δεν αναφέρεται καμία αιτιολογία ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των ανωτέρω προϊόντων. Αναφέρεται μόνο ότι στόχος είναι η αναβάθμιση και ο εμπλουτισμός των χώρων των παιδικών χαρών με κατάλληλο εξοπλισμό ώστε να γίνει αντικατάσταση του υφιστάμενου επικίνδυνου και μη πιστοποιημένου εξοπλισμού, με παιχνίδια ασφαλή και κατάλληλα, ώστε να αναπτυχθούν ασφαλείς χώροι για παιχνίδι και ξεκούραση. Ο στόχος αυτό δύναται ευχερώς να ικανοποιηθεί και με τα προσφερόμενα εκ μέρους μας προϊόντα, τα οποία αποκλείονται αναίτια από τον διαγωνισμό λόγω των φωτογραφικών τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης. Η βλάβη, λοιπόν, που υφιστάμεθα από τους ανωτέρω όρους της διακήρυξης είναι αυταπόδεικτη, δεδομένου ότι λόγω της φωτογραφικότητας των όρων της διακήρυξης αποκλείονται όλα τα λοιπά προϊόντα της αγοράς μεταξύ των οποίων και αυτά που μπορεί να προσφέρει η εταιρία μας. Τα συγκεκριμένα προϊόντα μπορούν, μάλιστα, να ικανοποιήσουν πλήρως τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, όπως η ίδια τις προσδιορίζει στα έγγραφα του διαγωνισμού, και να αναβαθμίσουν τις παιδικές χαρές της. Επιπρόσθετα, παρ' ότι ο συγκεκριμένος εξοπλισμός απαιτείται μόνο για τις 2 από τις 11 παιδικές χαρές και όχι για το σύνολο αυτών αποκλείομαι από τον επίμαχο διαγωνισμό στον οποίο δεν μπορώ να λάβω μέρος με πιθανότητες ευδοκίμησης της προσφοράς μου. Και τούτο διότι στο άρθρο 4 της διακήρυξης αναφέρεται ότι είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς για το σύνολο της προμήθειας και τοποθέτησης εξοπλισμού και δαπέδου ασφαλείας. Παρ' ότι, λοιπόν, δεν απαιτείται ο ανωτέρω εξοπλισμός για τις λοιπές 9 παιδικές χαρές αποκλείομαι από το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου λόγω της ανωτέρω φωτογραφικής διάταξης. Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, θα πρέπει να ακυρωθεί η τεχνική προδιαγραφή που ορίζει ότι το υπό προμήθεια είδος

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

«παιχνίδι ελατήριο Νηπίων & Παίδων Φωτιζόμενο» πρέπει να έχει βάση διατηρητή σε δύο πλευρές και να έχει διαφορετική λαβή ανάλογα με την ηλικία των παιδιών (3+/6+), δεκτής γενομένης της προδικαστικής προσφυγής μας, άλλως να τροποποιηθεί προκειμένου να τεθούν νέες, μη παραβιάζουσες τις αρχές του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού και της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και κατά τρόπο ώστε να είναι δυνατή η υποβολή προσφοράς και άλλων αντίστοιχων ελατηρίων παιχνιδιών, ώστε να μπορέσουμε να υποβάλλουμε παραδεκτή προσφορά.»

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής εν γένει και ειδικά για τον παραπάνω δεύτερο λόγο της προσφυγής αναφέρει ότι « Κατά τα τελευταία χρόνια και μετά από τραγικά γεγονότα που σημάδεψαν τη λειτουργία των παιδικών χαρών, οι φορείς που τις διαχειρίζονται προχώρησαν σε προσωρινό ή οριστικό κλείσιμό τους μεγάλου αριθμού αυτών. Στο περιβάλλον αυτό γίνεται προσπάθεια από τους φορείς διαχείρισης των παιδικών χαρών για την ασφαλή πάντα λειτουργία τους ή την επαναλειτουργία τους, τοποθετώντας αξιόπιστα και ασφαλή για τους χρήστες (νήπια και παιδιά, στα οποία περιλαμβάνονται και παιδιά ή νήπια με ειδικές ανάγκες) όργανα καθώς και λοιπά στοιχεία – εξοπλισμό για τις παιδικές χαρές, π.χ. δάπεδα ασφαλείας για τις πτώσεις, καθώς τέλος και ασφαλή περιβάλλοντα εσωτερικό και εξωτερικό χώρων των παιδικών χαρών. Απώτερος σκοπός η δημιουργία ασφαλών χώρων αναψυχής σύμφωνα με τα πρότυπα ασφαλείας που θέτει ο νόμος και η πιστοποίηση και λειτουργία ή επαναλειτουργία των χώρων των παιδικών χαρών. Ο μας διαθέτοντας ένα μεγάλο αριθμό παιδικών χαρών, έχει ήδη εγκαταστήσει ασφαλή εξοπλισμό και έχει πιστοποιήσει ήδη 26 παιδικές χαρές από τις συνολικά 68, τις οποίες διαθέτει. Οι λειτουργούσες παιδικές χαρές, συντηρούνται σύμφωνα με τα πρότυπα ασφαλείας που θέτει ο νόμος και επανελέγχονται στα προβλεπόμενα χρονικά πλαίσια ώστε να διαθέτουν διαρκή και συνεχή πιστοποίηση της λειτουργίας τους από τους φορείς πιστοποίησης. Για να καταλήξουμε στο παραπάνω αποτέλεσμα, οι τεχνικές προδιαγραφές οι οποίες τίθενται σε σχετικές διακηρύξεις και αφορούν σε προμήθεια εξοπλισμού παιδικών χαρών και δαπέδων ασφαλείας μέσω διαγωνιστικών διαδικασιών είναι ακριβείς, πλήρεις και σύμφωνες ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των οργάνων και

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

λοιπών στοιχείων για τη λειτουργία των παιδικών χαρών, ώστε να προμηθευόμαστε τα κατάλληλα όργανα και εξοπλισμό για κάθε παιδική χαρά. Έτσι λοιπόν οι προδιαγραφές οι οποίες τέθηκαν στην μελέτη της ελεγχόμενης διαδικασίας ανάθεσης για την «.....», προϋπολογισμού συνολικού ποσού 585.904,96 ευρώ, είναι αναλυτικές, σαφείς και πλήρεις ως προς τα απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά και στοιχεία τους, βάσει των κατά περίπτωση προτύπων ασφαλείας EN1176, EN1177 και EN71-3. Ως εκ τούτου διευκολύνεται η συμμετοχή των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων που ενδιαφέρονται να συμμετάσχουν, καθώς γνωρίζουν ακριβώς τι πρέπει να κατασκευάσουν ή και να διαμορφώσουν και να προσφέρουν, ώστε να είναι σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης του διαγωνισμού. Οι προδιαγραφές του εξοπλισμού πρέπει να είναι σαφώς προσδιορισμένες και όχι αόριστες ή ασαφείς, δίνοντας όμως, τη δυνατότητα στους συμμετέχοντες να υποβάλλουν προσφορές για είδη που εμπίπτουν ακριβώς στις προδιαγραφές (συμπεριλαμβανομένων και των καθορισμένων αποκλίσεων) της διακήρυξης. Ο φορέας της ανάθεσης θα πρέπει να προσδιορίζει με ακρίβεια το τι ζητάει, πόσο μάλλον όταν πρόκειται για την ασφάλεια και την προστασία χαμηλών ηλικιακών ομάδων (νηπίων και παιδιών). Αυτό έπραξε και ο με τη συγκεκριμένη μελέτη. Με τον ίδιο τρόπο ενεργούν και άλλοι (παραθέτουμε συνημμένα σχετικές διακηρύξεις με τεχνικές προδιαγραφές). Ο μάλιστα είναι από τους λίγουςς, ο οποίος θέτει ένα μεγάλο όριο ανοχής $\pm 15\%$ στα στοιχεία κατασκευής του εξοπλισμού, ώστε να ευνοείται όσο το δυνατό περισσότερο η συμμετοχή των οικονομικών φορέων, οι οποίοι δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο της ανάθεσης. Απόδειξη αυτού αποτελεί ότι από τα πενήντα οκτώ (58) συνολικά ζητούμενα όργανα και δάπεδα ασφαλείας του διαγωνισμού μόνο για δύο συγκεκριμένα και μάλιστα για ελάχιστα τεχνικά στοιχεία αυτών, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται δυσκολία στη συμμετοχή της. Η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται δυσκολία για τα δύο συγκεκριμένα όργανα που προσδιορίζει στην προσφυγή της, όμως και πάλι όπως αναφέρει η ίδια για ελάχιστα και συγκεκριμένα τεχνικά στοιχεία αυτών. Είναι γνωστό στις διαγωνιστικές διαδικασίες γενικά αλλά και για τη συγκεκριμένη με το συγκεκριμένο αντικείμενο, ότι ο κάθε

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

ενδιαφερόμενος έχει αρκετές εναλλακτικές για τη συμμετοχή του. Το ότι προσδιορίζονται με τόση σαφήνεια, ακρίβεια και λεπτομέρεια τα τεχνικά χαρακτηριστικά των ειδών του διαγωνισμού, δίνει τη δυνατότητα στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς (όπως και για την προσφεύγουσα εταιρεία), για όποιο είδος δεν διαθέτουν, να πράξουν ως εξής: - Να **κατασκευάσουν**, να πιστοποιήσουν και να προσφέρουν το προϊόν αν δεν το διαθέτουν ήδη. Η προσφεύγουσα δηλώνει ότι είναι παραγωγός – κατασκευαστής. - Να **προσαρμόσουν** προϊόντα κατασκευή τους, να τα πιστοποιήσουν και να τα προφέρουν, αφού επικαλούνται και οι ίδιοι στην προσφυγή τους ότι ελάχιστα στοιχεία από τα ζητούμενα διαφέρουν από τα υπάρχοντα προϊόντα τους. - Να **παραγγείλουν**, αγοράσουν και μεταπωλήσουν στο φορέα ανάθεσης από τρίτο κατασκευαστή τον ζητούμενο από τη διακήρυξη εξοπλισμό. Εδώ για παράδειγμα η προσφεύγουσα θα μπορούσε κάλλιστα να αγοράσει τα δύο επίμαχα είδη από την εταιρεία, την οποία κατονομάζει ως αποκλειστικό διανομέα (σελ.32 προσφυγής) και να τα μεταπωλήσει στο **Αυτό αποδεικνύεται και από τα ίδια τα συνημμένα στην προσφυγή απαντητικά emails των κατασκευαστών με αριθμούς Σχετικού εγγράφου 3 και 9 της προσφεύγουσας.** - Να **παραγγείλουν**, με τις απαραίτητες προσαρμογές ώστε να συμφωνούν με τις τεχνικές προδιαγραφές των ειδών της διακήρυξης, ν' αγοράσουν και μεταπωλήσουν στο φορέα ανάθεσης από τρίτο κατασκευαστή, τον ζητούμενο από τη διακήρυξη εξοπλισμό. Η προσφεύγουσα μάλιστα επικαλείται σωρεία (αναφέροντας μάρκες προϊόντων που αφορούν στα επίμαχα είδη), ειδών-εξοπλισμού που θα μπορούσαν να προσαρμοστούν στις απαιτήσεις της διακήρυξης. Επίσης κάθε ενδιαφερόμενος έχει τη δυνατότητα να συμμετάσχει μέσω δημιουργίας ένωσης οικονομικών φορέων αν δυσκολεύεται για τη συμμετοχή και για οποιοδήποτε λόγο, σε κάποια είδη. Τα παραπάνω είναι ενδεικτικά αναφερόμενα και όχι περιοριστικά καταρρίπτοντας το επιχείρημα της προσφεύγουσας για δυσκολία συμμετοχής αναφορικά με τα δύο είδη που κατονομάζει. Δηλαδή τα υπόλοιπα πενήντα έξι (56) του διαγωνισμού τα διαθέτει ως κατασκευαστής ή κάποια θα τα προμηθευτεί από τρίτους με έναν από τους παραπάνω ενδεικτικούς τρόπους; Και αν ναι γιατί δεν το πράττει και για τα δύο είδη που επικαλείται αδυναμία ή δυσχέρεια; Επισημαίνουμε ότι κανείς άλλος

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

ενδιαφερόμενος οικονομικός στο διαγωνισμό φορέας έθεσε παρόμοιο ζήτημα, ούτε καν σχετικό ερώτημα. Προς απόδειξη του αβάσιμου και αναληθούς της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας «.....» επικαλούμαστε και επισυνάπτουμε στο παρόν δύο στοιχεία δημόσια ελεύθερα προσπελάσιμα στο διαδίκτυο και συγκεκριμένα: α) τη διακήρυξη τουυ Σπάτων - Αρτέμιδος με αριθμό ΑΔΑ:....., όπως αυτή αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και β) την απόφαση με αριθμό 051/2019 της υπ. αριθμ.3/26-02-2019 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής του με ΑΔΑ:..... όπως αυτή αναρτήθηκε στο πρόγραμμα ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 26-02-2019. Το είδος του «.....» όπως περιγράφεται στη σελίδα 38 της προαναφερόμενης διακήρυξης του είναι ακριβώς το ίδιο ζητούμενο προϊόν με το είδος «.....», για το οποίο επικαλείται φωτογραφικές προδιαγραφές και αδυναμία να το προσφέρει στη διακήρυξη του λαμβανομένου υπόψη της ανοχής του $\pm 15\%$ στα επιμέρους στοιχεία των οργάνων στη διακήρυξη του Στο συγκεκριμένο διαγωνισμό του στον οποίο το κριτήριο ανάθεσης ήταν η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά μόνο βάσει τιμής στο σύνολο των ειδών της προμήθειας, σύμφωνα με την προαναφερόμενη απόφαση με αριθμό 051/2019 του μοναδικός και προσωρινός ανάδοχος ανακηρύχθηκε η προσφεύγουσα εταιρεία «.....» έναντι ποσού συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντα ΦΠΑ τα 661.065.27 ευρώ. Αυτό σημαίνει ότι ένα από τα δύο είδη που αναφέρει στην προσφυγή της και για τα οποία επικαλείται αδυναμία να συμμετάσχει, το έχει ήδη προσφέρει ακριβώς το ίδιο προϊόν στον παραπάνω διαγωνισμό του στο οποίο ανακηρύχτηκε ανάδοχη. Γιατί λοιπόν επικαλείται αδυναμία για τη συμμετοχή της στον ελεγχόμενο διαγωνισμό του τη στιγμή που έχει προσφέρει ακριβώς το ίδιο προϊόν, πρόσφατα σε άλλο; Γιατί στον συγκεκριμένο διαγωνισμό δεν προσέφυγε για τον ίδιο λόγο αναφορικά με το προαναφερόμενο προϊόν; Το γεγονός δε ότι στο διαγωνισμό του έχει τεθεί υψηλότερο

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

ποσό ενδεικτικού προϋπολογισμού για το είδος «.....» μεγιστοποιεί τη δυνατότητα και την ευκαιρία για την κατασκευή ή προσαρμογή παρόμοιου είδους από την πλευρά των συμμετεχόντων και κυρίως αν είναι οι ίδιοι κατασκευαστές. Συνοψίζοντας, οι τιθέμενες στο διαγωνισμό τεχνικές προδιαγραφές των ειδών ευνοούν την συμμετοχή έχοντας πάντα υπόψη τις ενδεικτικά αναφερόμενες εναλλακτικές επιλογές των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων.»

16. Επειδή με τον λόγο Β της προσφυγής, στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά φερομένων παραλείψεων της διακήρυξης, επικαλούμενη εν γένει τις διατάξεις του άρθ. 43 του ν. 4605/2019, και την αρχή της διαφάνειας, αναφέρει ότι «...Την 1η-4-2019 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ ο ν. 4605/2019....Με το άρθρο 43 του ως άνω νόμου τροποποιήθηκαν επιμέρους διατάξεις....του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, τροποποιήθηκαν τα άρθρα..... Επίσης, προστέθηκαν τα ακόλουθα νέα άρθρα:... Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 108 του ν. 4605/2019 «Η ισχύς του παρόντος νόμου αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του». 2. Εν προκειμένω, η επίμαχη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1η-4-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ στις 2-4-2019. Ο ανωτέρω νόμος δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ την 1η-4-2019 και όπως συνάγεται από την τελευταία του διάταξη η ισχύς του αρχίζει από την 1η-4-2019. Παρά ταύτα, στην προσβαλλόμενη διακήρυξη δεν έχουν συμπεριληφθεί οι τροποποιήσεις που επήλθαν στον ν. 4412/2016 με τον ν. 4605/2019. Παρ' ότι ο χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ συμπίπτει με τον χρόνο δημοσίευσης στο ΦΕΚ του ν. 4605/2019, η διακήρυξη δεν έχει λάβει υπόψη τις αλλαγές του νομικού καθεστώτος που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Η παράλειψη αυτή της επίμαχης διακήρυξης συνιστά παραβίαση των διατάξεων του ν. 4605/2019. Επιπρόσθετα, λαμβανομένου υπόψη ότι κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξηδημιουργείται ανασφάλεια στους υποψήφιους οικονομικούς φορείς που προτίθενται να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό μεταξύ των οποίων και η εταιρία μας, ως προς το εφαρμοστέο νομικό πλαίσιο.... **Ενδεικτικά** αναφέρουμε ότι σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 43 παρ. 6 του ν. 4605/2019 «Το ΕΕΕΣ ή το ΤΕΥΔ κατά περίπτωση μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10)

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών». Στην διακήρυξη, όμως δεν περιλαμβάνεται ανάλογη υποχρέωση, με αποτέλεσμα να μην γνωρίζουμε εάν θα ακολουθήσουμε τις νέες διατάξεις του ν. 4605/2019 ή τους όρους της διακήρυξης, που δεν αναφέρουν κάτι σχετικό. Επιπρόσθετα, σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 43 παρ. 7 περ. α' του ν. 4605/2019 «Ειδικά τα αποδεικτικά τα οποία αποτελούν ιδιωτικά έγγραφα, μπορεί να γίνονται αποδεκτά και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους». Τούτο, όμως, δεν συμπεριλαμβάνεται στην επίμαχη διακήρυξη και για τον λόγο αυτό δεν γνωρίζουμε αν εφαρμόζεται εν προκειμένω και αν γίνει δεκτή μία ανάλογη υπεύθυνη δήλωση..... Ως εκ τούτου, η επίμαχη διακήρυξη που δεν έλαβε υπόψη τις τροποποιήσεις των διατάξεων του ν. 4412/2016 παραβιάζει τις διατάξεις του ν. 4605/2019 και για τον λόγο αυτό θα πρέπει να ακυρωθεί.»

17. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, ειδικά επί του λόγου Β της προσφυγής, επικαλούμενη τις διατάξεις του άρθ. 61 παρ. 1 του ν. 4412/2016, στις απόψεις της αναφέρει ότι «...Οι όροι του διαγωνισμού καταρτίστηκαν στις **21/03/2019** με την 73/2019 πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του, η οποία αναρτήθηκε στο πρόγραμμα ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 27/03/2109 (ΑΔΑ:). Η διακήρυξη του διαγωνισμού υπογράφηκε στις **28/03/2019**.....πραγματοποιήθηκε ανάρτηση της προκήρυξης του τυποποιημένου εντύπου, το οποίο αναφέρεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 65 του Ν.4412/2016, στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης στις **29/03/2019**. Λόγω των παραπάνω αναφερόμενων ημερομηνιών και ειδικότερα της κρίσιμης ημερομηνίας δημοσίευσης στην Ε.Ε. ο διαγωνισμός διέπεται από τις προγενέστερες του Ν.4605/2019 διατάξεις....Δηλαδή με τη δημοσίευση του Ν.4605/2019 είχε ήδη πραγματοποιηθεί η δημοσίευση στην Ε.Ε. η οποία είναι η κρίσιμη ημερομηνία για τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία άνω των ορίων....»

18. Επειδή στο άρθ. **14.3 Τεχνική Ικανότητα και Επαγγελματική Ικανότητα** της διακήρυξης ορίζεται ότι «Η Τεχνική Ικανότητα αποδεικνύεται σωρευτικά με τους παρακάτω τρόπους: **α)** Κατάλογος με τρεις (3) σχετικές με την παρούσα σύμβαση προμήθειες εξοπλισμού παιδικών χαρών που εκτελέσθηκαν την τελευταία τριετία (2016, 2017 & 2018 και όχι υποχρεωτικά σε διαφορετικά

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

έτη), συνοδευόμενες από συστάσεις ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης αυτών (από δημόσιο ή και ιδιωτικό φορέα), **β)** Λεπτομερής περιγραφή των τεχνικών χαρακτηριστικών για κάθε προσφερόμενο είδος, Επίσης θα αναφέρονται: 1. Χώρα προέλευσης - κατασκευής, 2. Κατασκευαστικός - Προμηθευτικός Οίκος. 3. Τύπος ή μοντέλο προσφερομένου είδους. **γ)** Υπεύθυνη δήλωση στην οποία να δηλώνεται: - ότι οι τεχνικές προδιαγραφές των προσφερομένων ειδών είναι σύμφωνες και πληρούν τα οριζόμενα στο άρθρο 1 της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων της μελέτης ή αναφέρονται τα τυχόν σημεία διαφοροποίησής τους προκειμένου να αξιολογηθούν από την επιτροπή του διαγωνισμού, - ότι τα υπό προμήθεια είδη είναι σύμφωνα με τα πρότυπα EN1176 για τα όργανα και σύμφωνα με τα πρότυπα EN1176, EN1177 και EN71-3 για τα ελαστικά δάπεδα ασφαλείας, καθώς και ότι διαθέτουν το αντίστοιχο πιστοποιητικό συμμόρφωσης, - ότι η εγκατάσταση θα γίνει σύμφωνα με πρότυπα EN1176 για τα όργανα και σύμφωνα με τα πρότυπα EN1176, EN1177 και EN71-3 για τα ελαστικά δάπεδα ασφαλείας - ότι θα διαθέσουν τα απαραίτητα μέσα και το απαραίτητο προσωπικό έτσι ώστε να εκτελέσουν τόσο τις εργασίες αποξήλωσης του υφιστάμενου εξοπλισμού, όσο και τις εργασίες εγκατάστασης του νέου εξοπλισμού και των πλακιδίων ασφαλείας (συμπεριλαμβανομένων των υποβάσεων τους). - ότι εγγυάται την καλή λειτουργία των οργάνων για δύο (2) τουλάχιστον έτη από την οριστική παραλαβή τους (ή για όσα έτη ορίζεται διαφορετικά ανά είδος στις τεχνικές προδιαγραφές των ειδών στην μελέτη), καθώς και την δωρεάν αποκατάσταση βλαβών που δεν θα οφείλονται σε κακούς χειρισμούς ή κακή μεταχείριση τους. - ότι μετά την ολοκλήρωση της εγκατάστασης των οργάνων, θα παραδοθούν στον τα βιβλία συντηρήσεων και τα εγχειρίδια περιοδικής συντήρησής τους. Όλα τα παραπάνω απαιτούμενα της παρούσας παραγράφου 14.3 προσκομίζονται στο υποφάκελο τεχνικής προσφοράς κατά την ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής της προσφοράς των συμμετεχόντων, μαζί με τα λοιπά απαιτούμενα που ορίζονται στην μελέτη (υπεύθυνες δηλώσεις, πιστοποιητικά εξοπλισμού κ.λπ.)» Ακολούθως, στο άρθ. 14.5 **Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων** ορίζεται «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 14.2 του

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

παρόντος άρθρου και τα κριτήρια που σχετίζονται με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 14.3 του παρόντος άρθρου, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς....» Περαιτέρω, στο άρθ. 15 : **Κανόνες προκαταρκτικής απόδειξης επιλογής – αποδεικτικά μέσα** ορίζεται ότι «15.1 Προς προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 13 της διακήρυξης και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής της παραγράφου 14.1, 14.2 ή και της 14.5 (εφόσον εμπίπτουν) του άρθρου 14 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) (ESPD), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα III, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν.1599/1986....» Εν συνεχεία, στο άρθ. 17.2 **Τεχνική Προσφορά** προβλέπεται ότι «...Με την ηλεκτρονική τεχνική προσφορά του ο συμμετέχων υποβάλλει ηλεκτρονικά όλα τα απαιτούμενα έγγραφα τα οποία αφορούν στην τεχνική του προσφορά, δηλαδή οποιοδήποτε τεχνικό ή άλλο στοιχείο (π.χ. Υπεύθυνες Δηλώσεις, προδιαγραφές κ.λ.π.) απαιτείται από την μελέτη της Δ/σης Περιβάλλοντος & Ποιότητας Ζωής/Τμήμα Διαχείρισης Πρασίνου & Παιδικών χαρών να προσκομιστεί κατά το στάδιο της αρχικής ηλεκτρονικής υποβολής στο στάδιο Δικαιολογητικά /Τεχνική προσφορά με την τεχνική προσφορά του συμμετέχοντα, ώστε να ελεγχθούν από την επιτροπή αξιολόγησης, τα απαιτούμενα της παραγράφου 14.3, καθώς και τα απαιτούμενα πιστοποιητικά της παραγράφου 14.4 της παρούσας διακήρυξης...»

19. Επειδή, στον λόγο Γ της προσφυγής στρεφόμενη η προσφεύγουσα κατά των παραπάνω όρων της διακήρυξης ισχυρίζεται ότι προσκρούουν στα άρθ. 78, 79 και 94 του ν. 4412/2016, την ΚΟ 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ και στην αρχή της διαφάνειας, και είναι ακυρωτέοι διότι «...Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή, όπως προαναφέρθηκε, απαιτεί την υποβολή δικαιολογητικών στον φάκελο της τεχνικής προσφοράς, που αφορούν στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

οικονομικού φορέα, καθώς και στα προϊόντα που προτίθεται να προσφέρει. Με τον τρόπο αυτό η διακήρυξη παραβιάζει ευθέως τη διάταξη του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής **το μόνο που οφείλουν οι οικονομικοί φορείς να προσκομίσουν για τα κριτήρια επιλογής είναι η δήλωση πλήρωσής τους στα έντυπα υπευθύνων δηλώσεων Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ. και όχι αυτά καθαυτά τα ίδια τα αποδεικτικά των μέσα.** Εξάλλου, από τη διάταξη του άρθρου 79 παρ. 5 του ν. 4412/2016 παρέχεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να ζητεί σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο την υποβολή όλων ή ορισμένων δικαιολογητικών, σε περίπτωση, όμως, που προκύψει κάποιος λόγος σχετικός με την αποτελεσματικότητα της αξιολόγησης και τη διακρίβωση της ορθότητας και αλήθειας των δηλούμενων στο Ε.Ε.Ε.Σ. και όχι σε οποιαδήποτε περίπτωση και πριν τον έλεγχο του Ε.Ε.Ε.Σ.. Η ευχέρεια αυτή δεν δύναται να φθάνει στο σημείο να τίθεται ως εξαρχής απαίτηση ήδη με τη διακήρυξη, καταργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο είτε εν όλω είτε επιλεκτικά ως προς συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής και λόγους αποκλεισμού τον καταρχήν κανόνα της προκαταρκτικής απόδειξης που θεσπίζει η διάταξη του άρθρου 79 παρ. 1 και 4 του ν. 4412/2016 (βλ. παρακ. ΑΕΠΠ 921/2018). Στην προκειμένη, μάλιστα, περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί μόνο την υποβολή δικαιολογητικών και τίποτα άλλο. Δεν αναφέρει, δηλαδή, ότι θα πρέπει να συμπληρωθεί συγκεκριμένο πεδίο του Ε.Ε.Ε.Σ. για την απόδειξη της τεχνικής – επαγγελματικής ικανότητας. Περαιτέρω, ο κανόνας της προκαταρκτικής απόδειξης συνιστά έναν ενωσιακό κανόνα διεξαγωγής των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και μεταθέτει την οριστική απόδειξη των εκεί δηλουμένων μόνο στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου....Συνεπώς, και εκ του νομοθετικού σκοπού και της σημασίας που έχει το σύστημα προκαταρκτικής απόδειξης προκύπτει ότι αποτελεί αναγκαστικού δικαίου κανόνα, του οποίου η υιοθέτηση δεν ανάγεται σε απλή δυνατότητα ή ευχέρεια των αναθετουσών αρχών. Η αντίθετη δε ερμηνεία, πέραν του ότι δεν έχει έρεισμα στη διατύπωση του οικείου εθνικού και ενωσιακού κανόνα, θα κατέληγε εν τοις πράγμασι στη ματαίωση του παραπάνω νομοθετικού σκοπού εν τέλει της ίδιας της διάταξης και του συστήματος προκαταρκτικής απόδειξης, αφού οι αναθέτουσες αρχές θα μπορούσαν να το παρακάμπτουν με διαφορετικές προβλέψεις στη διακήρυξη, οπότε και θα ίδρυαν εκ νέου πλήρη και

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

οριστική απόδειξη ήδη με την προσφορά....**4.** ...με τον υπ' αριθμόν 14.3 όρο της διακήρυξης για την τεχνική – επαγγελματική ικανότητα καλούνται οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να υποβάλουν με την τεχνική προσφορά τους στοιχεία που αφορούν στην εμπειρία τους και στις τεχνικές προδιαγραφές των προϊόντων που προτίθενται να προσφέρουν στον επίμαχο διαγωνισμό. Με την ανωτέρω διατύπωση του όρου της διακήρυξης συγχέεται το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας με τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς του υποψηφίου. Λόγω της ανωτέρω σύγχυσης του κριτηρίου της τεχνικής – επαγγελματικής ικανότητας και των στοιχείων της τεχνικής προσφοράς **δεν καθίσταται δυνατό να γνωρίζουμε εκ των προτέρων εάν μπορούμε να στηριχθούμε σε τρίτους και για ποια από τα στοιχεία, που τίθενται στον υπ' αριθμόν 14.3 όρο της διακήρυξης.** Ειδικότερα, παρ' ότι ο νόμος παρέχει τη δυνατότητα στήριξης σε τρίτους οικονομικούς φορείς αναφορικά με την οικονομική και την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, από τη διακήρυξη προκύπτει ότι μπορούμε να στηριχθούμε σε τρίτο οικονομικό φορέα και για τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς μας. Και αυτό γιατί στον υπ' αριθμόν 14.5 όρο της διακήρυξης γίνεται παραπομπή στον όρο 14.3 της διακήρυξης, όπου, δηλαδή, αναφέρονται στοιχεία της εμπειρίας των υποψηφίων, αλλά και στοιχεία των τεχνικών προδιαγραφών των προσφερόμενων προϊόντων. Πλην, όμως, επί των στοιχείων τεχνικής προσφοράς, ήτοι στοιχείων που αφορούν αυτό καθαυτό το προϊόν και όχι το πρόσωπο του προσφέροντος δεν νοείται κατ' άρθρο 78 του ν. 4412/2016 τέτοια στήριξη σε τρίτο....Όλα τα ανωτέρω έχουν ως αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή μας στον επίμαχο διαγωνισμό, δεδομένου ότι δεν καθορίζονται με σαφήνεια οι όροι του και για τον λόγο αυτό κινδυνεύουμε να υποβάλουμε μη παραδεκτή προσφορά, ενώ ταυτόχρονα παραβιάζεται η αρχή της διαφάνειας, που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. ... »

20. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι « **Γ. Για το Γ μέρος της προσφυγής** Σχετικά με τα στοιχεία που ζητούνται με τις παραγράφους: 14.3 Τεχνική Ικανότητα και Επαγγελματική Ικανότητα, καθώς όμως και 14.4 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης (τα οποία τελευταία και δεν αναφέρει στην προσφυγή της η προσφεύγουσα), της διακήρυξης, λόγω της φύσης και του αντικειμένου της

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

ανάθεσης, η οποία απαιτεί εξοπλισμό ασφαλή σύμφωνα με τα πρότυπα ασφαλείας καθώς και αποδεδειγμένη προηγούμενη εμπειρία για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή γνωστοποίησε τίμια και ξεκάθαρα εξ' αρχής μέσω της διακήρυξης **με υπογραμμίσεις επί των ειδικότερων τιθέμενων όρων σε κάθε μία από τις ανωτέρω παραγράφους**, χωρίς καμία διάκριση απέναντι στους συμμετέχοντες, την πρόθεσή της, ότι τα συγκεκριμένα ζητούμενα στοιχεία θα αξιολογηθούν άμεσα από την Επιτροπή διαγωνισμού κατά το στάδιο Δικαιολογητικά/Τεχνική προσφορά. Τα παραπάνω στοιχεία αφορούν σε εμπειρία, τεχνικά στοιχεία της προσφοράς, καθώς και τις απαιτούμενες κατά ISO πιστοποιήσεις. Για τον παραπάνω λόγο δεν ζητούνται στο ΕΕΕΣ (δεν θα μπορούσαν να ζητούνται να δηλωθούν και εκεί) καθώς ζητούνται άμεσα με την ηλεκτρονική τεχνική προσφορά των συμμετεχόντων. Τα απαιτούμενα στοιχεία αναλυτικότερα αφορούν: α) Μόνο κατάλογο παρόμοιων συμβάσεων, τον οποίο ούτως ή άλλως θα δήλωναν στο ΕΕΕΣ, συνοδευόμενα από συστάσεις καλής εκτέλεσης. β) Τεχνική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών. γ) Υπεύθυνη δήλωση με την οποία να δηλώνονται η συμφωνία των ειδών και της εγκατάστασής τους με τα εκ του νόμου πρότυπα ασφαλείας, ότι θα διαθέσουν τα απαιτούμενα μέσα και προσωπικό, οι εγγυήσεις καλής λειτουργίας, παραδόσεις εγχειριδίων κ.λπ.. δ) Τα απαιτούμενα κατά ISO πιστοποιητικά ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης. Τα παραπάνω ζητούμενα δεν επιφέρουν **καμία οικονομική επιβάρυνση** ούτε δυσχέρεια για την συμμετοχή ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα καθώς, α) την τεχνική τους περιγραφή των ειδών ούτως ή άλλως οφείλουν να αναλύσουν κατά το πρώτο στάδιο του διαγωνισμού, β) τα δηλούμενα στην Υπεύθυνη δήλωση είναι ανέξοδα, γ) τα πιστοποιητικά ISO θα πρέπει να διαθέτουν ήδη για τη συμμετοχή τους, δ) για τις παρόμοιες συμβάσεις ζητείται μόνο ένας απλός κατάλογος (λίστα) και ε) οι συστάσεις καλής εκτέλεσης αν δεν διατίθενται ήδη μπορούν απλά να ζητηθούν-αιτηθούν για τη χορήγησή τους είτε από ιδιωτικό είτε από δημόσιο φορέα και μέσω και ενός απλού email **ανέξοδα**. Όσα εξ αυτών επιτρέπεται από τις διατάξεις του Ν.4412/2016, βεβαίως οι συμμετέχοντες μπορούν να επικαλεστούν στήριξη σε ικανότητες τρίτου φορέα π.χ. τις παρόμοιες συμβάσεις ή το απαιτούμενο προσωπικό ή μέσα. Η διακήρυξη στην παράγραφο 14.5 το αναφέρει όπως το αναφέρει και η ίδια η προσφεύγουσα

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

στην προσφυγή της. Η αναθέτουσα αρχή ούτως ή άλλως έχει το δικαίωμα να ζητήσει όσα εκ των παραπάνω στοιχεία επιθυμεί ή όλα για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας, σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας, όπως αναφέρεται στην υποπαράγραφο 16.2.6 της διακήρυξης του διαγωνισμού και όπως αναφέρει στην προσφυγή της και η ίδια η προσφεύγουσα. Η αναθέτουσα αρχή αντί αυτού γνωστοποίησε εξ αρχής την πρόθεση της μέσω της διακήρυξης χωρίς να τα ζητάει και ως προκαταρκτική δήλωση μέσω του ΕΕΕΣ. Περαιτέρω δηλώθηκε στην διακήρυξη η συγκεκριμένη απαίτηση και στην παράγραφο 17.2 στην οποία ορίζεται ρητά **ως όρος της διακήρυξης** μεταξύ άλλων: «Με την ηλεκτρονική τεχνική προσφορά του ο συμμετέχων υποβάλλει ηλεκτρονικά όλα ..., τα απαιτούμενα της παραγράφου 14.3, καθώς και τα απαιτούμενα πιστοποιητικά της παραγράφου 14.4 της παρούσας διακήρυξης.»

21. Επειδή κατ' αρχήν, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής του διαγωνισμού, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης, οι οποίοι κατά τους ισχυρισμούς της προσκρούουν στον νόμο, ως φωτογραφικοί με αποτέλεσμα να αποκλείεται η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, και περαιτέρω στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης καθώς και παραλείψεων, τα οποία κατά τους ισχυρισμούς της προσκρούουν στον νόμο με αποτέλεσμα να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, ενώ ως δηλώνει i) δραστηριοποιείται από το 2008 διαθέτουσα πολυετή εμπειρία και δραστηριότητα στο συγκεκριμένο αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, έχοντας προμηθεύσει τόσο ιδιωτικούς όσο και δημόσιους φορείς, και ii) πληροί όλα τα απαιτούμενα από την διακήρυξη κριτήρια συμμετοχής, και iii) προτίθεται να λάβει μέρος στον διαγωνισμό, πλην όμως κωλύεται η νόμιμη συμμετοχή της εξαιτίας των πλησσομένων ως ευθέως παρανόμων όρων της διακήρυξης, οι οποίοι κατά την προσφυγή είναι άλλοι μεν φωτογραφικοί, άλλοι δε ασαφείς με αποτέλεσμα να διακινδυνεύεται ή/και να αναιρείται η δυνατότητα ασφαλούς διαμόρφωσης της προσφοράς και συμμετοχής της στην διαδικασία.

22. Επειδή το άρθ. 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων ...».

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : ...ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης.....ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών....., τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας....., καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης,... ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, ... ιε)τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς ...κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κλπ.)...».

24. Επειδή στο άρθ. 54 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται ότι «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση,.... 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο». ...6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. ...»

25. Επειδή στο άρθ. 61 παρ. 1 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού»

26. Επειδή στο άρθ. 75 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: ...γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

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, ... καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης.... 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. [...]. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχή υπηρεσιών ή εκτέλεση έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος....».

27. Επειδή στο άρθ. 78 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : « 1. Όσον αφορά τα κριτήριασχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς....Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. ...»

28. Επειδή στο άρθ. 79 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (άρθρο 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α΄75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: ...β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με τα άρθρα 75, 76 και 77 γ) κατά περίπτωση, τηρεί τους αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια που έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 84. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. 5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Πριν από την ανάθεση της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή,απαιτεί από τον προσφέροντα, στον οποίο έχει αποφασίσει να αναθέσει τη σύμβαση να υποβάλει ενημερωμένα τα σχετικά δικαιολογητικά, σύμφωνα με τα άρθρα 79, και κατά περίπτωση το άρθρο 80. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα πιστοποιητικά που έχουν παραληφθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 80 και 82. ...»

29. Επειδή στο άρθ. 80 του ν. 4412/2016 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : « 1. Οι

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη ...της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82.... 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄, ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών....» Σύμφωνα δε με τις διατάξεις του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ» : «Μέρος II: Τεχνική ικανότητα Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) κατάλογος των εργασιών που εκτελέσθηκαν την τελευταία πενταετία, κατά μέγιστο όριο, συνοδευόμενος από πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης και ολοκλήρωσης των σημαντικότερων εργασιών· όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών εργασιών που εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία πενταετία, ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέσθηκαν πριν από την τελευταία τριετία β) αναφορά του τεχνικού προσωπικού ή των τεχνικών υπηρεσιών, είτε ανήκουν απευθείας στην επιχείρηση του οικονομικού φορέα είτε όχι, ιδίως των υπευθύνων για τον έλεγχο της ποιότητας....ια) όσον αφορά τα προϊόντα που παρέχονται : ... ii) πιστοποιητικά εκδιδόμενα από επίσημα ινστιτούτα ή επίσημες υπηρεσίες ελέγχου της ποιότητας, αναγνωρισμένων ικανοτήτων, με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

αγαθών, επαληθευόμενη με παραπομπές σε ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές ή πρότυπα»

30. Επειδή, στο άρθρο 94 παρ. 4 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Περιεχόμενο φακέλου «Τεχνική Προσφορά»» ορίζεται ότι «...4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης...»

31. Επειδή, στο άρθρο 100 παρ. 2, 4, 6 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών» ορίζεται ότι «...2. Τα επιμέρους στάδια στην ανοικτή διαδικασία ...όταν οι εν λόγω διαδικασίες δεν διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, έχουν ως εξής: α) Αποσφραγίζεται ο κυρίως φάκελος προσφοράς, ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής στην ανοικτή διαδικασία, καθώς και ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς, εφόσον προβλέπεται η υποβολή της στα έγγραφα της σύμβασης, μονογράφονται δε και σφραγίζονται από το αρμόδιο όργανο όλα τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται κατά το στάδιο αυτό και η τεχνική προσφορά, ανά φύλλο. Το αρμόδιο όργανο καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου. Οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών δεν αποσφραγίζονται, αλλά μονογράφονται και σφραγίζονται από το παραπάνω όργανο και τοποθετούνται σε ένα νέο φάκελο ο οποίος επίσης σφραγίζεται και υπογράφεται από το ίδιο όργανο και φυλάσσεται, προκειμένου να αποσφραγισθεί την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή την πρόσκληση. β) Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης. ...4. Τα αποτελέσματα κάθε σταδίου επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες ή στους συμμετέχοντες. ...Για τις συμβάσεις με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής ανεξαρτήτως ποσού και ανεξαρτήτως διαδικασίας, εκδίδεται μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα: α) όλων των σταδίων της παραγράφου 2 στην περίπτωση ανοικτής διαδικασίας και β) του δεύτερου σταδίου, ήτοι της υποβολής προσφορών, στην περίπτωση κλειστής διαδικασίας και ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση. ...6. Τα παραπάνω οριζόμενα στις παραγράφου 1 έως 3 προσαρμόζονται για τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών που διενεργούνται με ηλεκτρονικό τρόπο, ...».

32. Επειδή, στο άρθρο 361 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Προθεσμία άσκησης της προσφυγής» ορίζεται ότι «...1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ...»

33. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 108 με τον τίτλο «Εναρξη ισχύος» του ν. 4605/2019 ΦΕΚ Α 52/1.4.2019: «Η ισχύς του παρόντος νόμου αρχίζει από τη δημοσίευσή του στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στις επιμέρους διατάξεις του.»

34. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και Ψ-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

35. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την ευρεία διακριτική ευχέρεια και κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων. Επιπλέον έχει παγίως κριθεί ότι η σκοπιμότητα ή η ανάγκη θέσπισης της πλησσομένης προδιαγραφής, απαραδέκτως αμφισβητούνται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό, και επίσης ότι απαραδέκτως η αιτούσα αμφισβητεί τη σκοπιμότητα της επιλογής από την αναθέτουσα αρχή του πλησσομένου όρου και προσπαθεί να καθορίσει και να προδιαγράψει αυτή τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προς προμήθεια είδους, με βάση της δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες, και με δικά της κριτήρια διαφορετικά από εκείνα που η ως άνω αρχή, κατ' εκτίμηση των αναγκών της υπηρεσίας, προσδιόρισε ως αναγκαία (ΣτΕ 3719/2011, 2/2011, 287/2010 Ε.Α. ΣτΕ 201/2017, 354/2014, 1025, 1140/2010, 676/2011, 1354, 1305, 670/2009, 438/2008, 303/2007, 977/2006, ΔΕφΑΘ 491/2011, ΔΕφΘεσ/νίκης 111/2013, ΔΕφΑΘ 226/2013, Ε.Α. ΣτΕ 133/2012, 670/2009, 438/2008, 117/2007, 1208, 1076, 977/2006, 763, 373, 356/2004). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010, Ε.Α. 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/20).

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

36. Επειδή κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι οι πλησσόμενοι όροι των προς προμήθεια ειδών αποτελούν φωτογραφική περιγραφή των προϊόντων τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μία συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία και ίδια το γεγονός της ταύτισης των πλησσομένων προδιαγραφών με προϊόντα της εν λόγω εταιρείας δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι προδιαγραφές είναι φωτογραφικές (*ad hoc* ΔΕφαΘ 296/2013, 885/2012 (ασφ.), ΣΤΕ ΕΑ 9/2015, 676/2011, 429, 1140, 1024, 1025, 836/2010, 829, 201/2007).

37. Επειδή ακόμη, και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, ο γενικός και αόριστος ισχυρισμός της αιτούσας ότι οι πλησσόμενοι όροι των προς προμήθεια ειδών αποτελούν φωτογραφική περιγραφή των προϊόντων τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μία συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία απορρίπτονται ως προεχόντως अपαράδεκτοι επειδή είναι αόριστοι, αναπόδεικτοι και ανυποστήρικτοι, καθόσον δεν γίνεται προσκόμιση και επίκληση στοιχείων προς απόδειξη της πραγματικής βάσης του ισχυρισμού τούτου, και ίδια αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι το αναφερόμενο ως φωτογραφιζόμενο προϊόν και μόνον αυτό διαθέτει τις πλησσόμενες προδιαγραφές (*ad hoc* ΣΤΕ ΕΑ 836, 429, 1025, 1140/2010, 474/2009, 1317/2007).

38. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης*

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

39. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των – κατ' ελάχιστον - αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

40. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικείμενου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

41. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, οι, δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων που συντελέστηκε με τους πλησσομένους όρους της προσβαλλομένης, δεν παρίστανται ως προδήλως αβάσιμοι, πλην για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας αυτών απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής εξέταση των προβαλλόμενων ισχυρισμών καθώς και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και ενδεχομένως περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

42. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της δεν έχει επικαλεστεί λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που να καθιστούν τις πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων περισσότερες από τα οφέλη, μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής.

43. Επειδή εν προκειμένω α) έχει ασκηθεί καταρχήν παραδεκτώς η υπό εξέταση προσφυγή, και β) η ύπαρξη βλάβης της προσφεύγουσας ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής του διαγωνισμού θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της από την ιδιότητά της ως προτιθέμενης να συμμετάσχει πλην όμως αποκλειόμενης ή ουσιωδώς δυσχεραinoμένης όπως υποβάλει προσφορά λόγω των πλησσομένων όρων της διακήρυξης, και προκύπτει από τα στοιχεία της διαδικασίας ως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ότι η προσφεύγουσα δεν έχει υποβάλει προσφορά, ενώ έχει παρέλθει η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, η οποία είχε ορισθεί την 2-5-2019 (άρθ. 3, σελ. 4 της διακήρυξης, και γ) οι λόγοι της προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι ή απαράδεκτοι, και δ) δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλαδή, σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Σε κάθε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να

Αριθμός Απόφασης: Α210/2019

ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

44. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή του διαγωνισμού, η οποία (αναστολή) διατάσσεται με διάρκεια βεβαία και εύλογη δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

45. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

46. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 9-5-2019 και εκδόθηκε την 10-5-2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Λαμπρινή Φώτη

[Πληκτρολογήστε εδώ]