

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 22 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.04.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 551/18.04.2023 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «Ν...Λ... ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΕΠΕ» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στη ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (...) (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «Η...Λ Γ...Κ ΣΙΑ ΟΕ» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στο ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αρ. .../2023 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, δυνάμει της οποίας έγιναν αποδεκτά τα αναφερόμενα πρακτικά της Επιτροπής διαγωνισμού και απερρίφθη η συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό, ανακηρύχθηκε δε προσωρινή και οριστική ανάδοχος η παρεμβαίνουσα και κατακυρώθηκε σε αυτήν το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, ώστε να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή και οριστική ανάδοχος της επίμαχης προμήθειας. Επιπλέον, αιτείται την ακύρωση και κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το οφειλόμενο παράβολο ποσού 673,88 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων για την «Προμήθεια Μέσων Ατομικής Προστασίας (Μ.Α.Π.)» για τις ανάγκες του προσωπικού της με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη βάσει μόνο τιμής προσφορά συνολικού προϋπολογισμού 134.776,00€ χωρίς ΦΠΑ. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 29.12.2022 με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ..., όπου έλαβε συστημικό αριθμό 180345.

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 03.04.2023 μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», η δε υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 13.04.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017. Η προσφεύγουσα μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης, καθώς η προσφορά της απερρίφθη, βάλλει δε κατά της απόρριψής της.

5. Επειδή, στις 13.04.2023 η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, την προδικαστική προσφυγή προς όλους τους συμμετέχοντες, σύμφωνα με το άρ. 365, παρ. 1, σημ. α' του Ν. 4412/2016 και το άρ. 9, παρ. 1, σημ. α' του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, με την υπ' αρ. 711/2023 Πράξη του Προέδρου του 3ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης, κλήθηκε δε η Αναθέτουσα Αρχή όπως καταθέσει απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, στις 24.04.2023 η παρεμβαίνουσα, στην οποία κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός, άσκησε παρέμβαση με κοινοποίηση αυτής μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς με σκοπό την απόρριψη της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και την επικύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

8. Επειδή, στις 28.04.2023 η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ τις με ίδια ημερομηνία απόψεις της.

9. Επειδή, με την προσβαλλόμενη απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής εγκρίθηκαν ομόφωνα τα 1ο, 2ο, 3ο και 4ο Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού για τον επίμαχο διαγωνισμό, αποκλείστηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι *«δεν διαθέτει την απαιτούμενη από τη διακήρυξη Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (άρθρο 2.2.6) καθώς οφείλει «Κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση που να περιλαμβάνει την προμήθεια μέσων ατομικής προστασίας είτε με Δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα και της οποίας η εκτελεσθείσα αξία να είναι τουλάχιστον ίση με το 50% της εκτιμώμενης αξίας της παρούσης συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α...».* Η ελεγχόμενη εταιρεία αναφέρει σχετικές συμβάσεις στον υποβληθέν έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ., πλην όμως η αξία τους υπολείπεται της ζητούμενης από την Διακήρυξη» και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στην παρεμβαίνουσα.

10. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να

εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρ. 102 του Ν. 4412/2016 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» *«Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.»*. Στο άρ. 1.3 «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» της Διακήρυξης ορίζεται ότι *«...Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 134.776,00 €, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (εκτιμώμενη αξία συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ: 167.122,24€) ΦΠΑ:*

32.346,24€. ...». Σύμφωνα με το άρ. 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της Διακήρυξης «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να πληρούν τις κάτωθι απαιτήσεις και δη να διαθέτουν-δηλώσουν στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ότι κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση που να περιλαμβάνει την προμήθεια μέσων ατομικής προστασίας είτε με Δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα και της οποίας η εκτελεσθείσα αξία να είναι τουλάχιστον ίση με το 50% της εκτιμώμενης αξίας της παρούσης συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.. ...». Στο άρ. 2.2.9 «Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής» της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς δια του ΕΕΕΣ, κατά τα οριζόμενα στην παράγραφο 2.2.9.1, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 2.2.9.2 και κατά τη σύναψη της σύμβασης δια της υπεύθυνης δήλωσης, της περ. δ' της παρ. 3 του άρθρου 105 του ν. 4412/2016. ... 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα II το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1.....».

12. Επειδή, με τον μόνο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, προς απόδειξη της τεχνικής και

επαγγελματικής ικανότητας που προβλέπεται στο άρ. 2.2.6 της Διακήρυξης, δήλωσε στο ΕΕΕΣ, στο Τμήμα Γ, τα ειδικότερα αναφερόμενα στη σκ. 13 της παρούσας, αναφέρει δε ότι, για την πλήρωσή του, επικαλέστηκε πλείονες της μίας συμβάσεις εκτελεσθείσες εντός της τελευταίας τριετίας από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών του εν θέματι διαγωνισμού, το άθροισμα των οποίων υπερβαίνει το απαιτούμενο ποσό που αντιστοιχεί στο 50% του προϋπολογισμού της επίμαχης προμήθειας και πως αυτές καλύπτουν απόλυτα την επιδίωξη της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία σκοπεύεται με τον επίμαχο όρο, ήτοι την, κατά το δυνατόν, μεγαλύτερη διασφάλιση ότι ο ανάδοχος διαθέτει επαρκή, ικανή και πρόσφατη εμπειρία ως προς το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης για την προσήκουσα και εμπρόθεσμη εκτέλεσή της, γεγονός που αποδεικνύεται από την επίκληση των παρατιθέμενων στο ΕΕΕΣ της συμβάσεων. Συναφώς, ισχυρίζεται πως η διασφάλιση της άριστης εκτέλεσης της επίμαχης σύμβασης προμήθειας δεν μπορεί να ερμηνεύεται με τρόπο τέτοιο, ώστε να περιορίζει τον αριθμό των ενδιαφερόμενων που συμμετάσχουν εγκαίρως στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων, που αποδεδειγμένα διαθέτουν μεν τη ζητούμενη τεχνική εμπειρία, οι οποίες συνολικά υπερκαλύπτουν το αιτούμενο ποσό, πλην όμως έκαστη εξ αυτών υπολείπεται του αιτούμενου ποσού, χωρίς αναφορά ή τεκμηρίωση συγκεκριμένων λόγων της προσβαλλόμενης που επιτάσσουν την συσταλτική ερμηνεία του συγκεκριμένου όρου, λαμβανομένου υπόψη ότι η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να λαμβάνει μέριμνα για τον μη αποκλεισμό των οικονομικών φορέων, με σκοπό την επίτευξη του μεγαλύτερου δυνατού ανταγωνισμού. Εν συνεχεία, υποστηρίζει πως η ακολουθούμενη από την Επιτροπή του διαγωνισμού ερμηνεία του συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης έρχεται σε πλήρη αντίθεση με την αρχή αναλογικότητας, καθόσον ισχυρίζεται πως επί της ουσίας με τις επικληθείσες συμβάσεις αποδεικνύεται ότι ανταποκρίνεται πλήρως και διαθέτει την απαιτούμενη πρόσφατη εμπειρία για την εκτέλεση της συγκεκριμένης υπό ανάθεση σύμβασης. Ακολουθώντας, υποστηρίζει πως, σε κάθε περίπτωση, η Αναθέτουσα Αρχή, μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών και την αξιολόγηση αυτών, ήταν υποχρεωμένη, εφόσον θεώρησε ότι οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλει σχετικά

με την απαιτούμενη εμπειρία είναι ή εμφανίζονται ελλειπείς ή λανθασμένες, πριν προβεί στον αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό να της ζητήσει να της παράσχει διευκρινίσεις επί των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ και της υποβληθείσας προσφοράς της ή συμπλήρωση, αποσαφήνιση, ολοκλήρωση ή τεκμηρίωση των παρεχόμενων σε αυτό πληροφοριών και πως, εσφαλμένα και χωρίς κανένα έρεισμα στο νόμο η Επιτροπή διαγωνισμού και εν συνεχεία το αποφασίζον όργανο της Αναθέτουσας Αρχής με την προσβαλλόμενη απόφασή του απέρριψαν την προσφορά της και ανακήρυξαν την παρεμβαίνουσα προσωρινή και οριστική ανάδοχο. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, υποστηρίζει πως η προσβαλλόμενη έχει εκδοθεί με πλημμελή, μη νόμιμη και αβάσιμη αιτιολογία και πως πρέπει να ακυρωθεί, διότι, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης, πρέπει να αναζητείται το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτήν κανόνων με αφετηρία τη λεκτική διατύπωσή τους. Η παρεμβαίνουσα επί του λόγου αυτού, μεταξύ άλλων, υποστηρίζει πως, κατά τα παγίως γενομένα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, του Ελεγκτικού Συνεδρίου, αλλά και από αποφάσεις της ΑΕΠΠ, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το Δημόσιο διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή, όσο και τους διαγωνιζόμενους και πως, από τη διατύπωση του άρ. 2.2.6 της Διακήρυξης, καθίσταται σαφές ότι η κάθε σύμβαση που θα δηλώνεται θα πρέπει να είναι ίση με το 50% της εκτιμώμενης αξίας συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ήτοι $167.122,24\text{€} * 50\% = 83.561,12\text{€}$ και όχι αθροιστικά, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και πως πουθενά δεν αναφέρεται ο όρος «αθροιστικά» στην εν λόγω απαίτηση. Επιπλέον, αναφέρει ότι, ακόμα κι αν ήθελε υποτεθεί ότι η εν λόγω διατύπωση δημιουργούσε οιαδήποτε αμφιβολία ή θεωρείτο μη ακριβής, η προσφεύγουσα όφειλε να ζητήσει διευκρινίσεις επί τούτου από την Αναθέτουσα Αρχή, το οποίο δεν έπραξε. Υποστηρίζει δε ότι η προσφεύγουσα έχει δηλώσει συμβάσεις οι οποίες δεν πληρούν την ως άνω απαίτηση- άλλωστε, η ίδια αποδέχεται ότι αθροιστικά μόνο πληρείται ο εν λόγω όρος και πως ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι θα έπρεπε η

Αναθέτουσα Αρχή να την καλέσει προς παροχή διευκρινίσεων κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016 είναι απορριπτέος, διότι, ο μόνος τρόπος θεραπείας της εν λόγω απόκλισης θα ήταν να δηλώσει διαφορετικές συμβάσεις, πράγμα το οποίο ωστόσο δεν επιτρέπεται, καθώς το παραπάνω θα αποτελούσε σαφή τροποποίηση της υποβληθείσας προσφοράς, παραθέτει δε σχετική νομολογία. Τέλος, υποστηρίζει πως οι λοιποί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί ενδεχόμενων κριτηρίων επιλογής και ανάθεσης της σύμβασης που θίγουν τον υγιή και αποτελεσματικό ανταγωνισμό, είναι απορριπτέοι, διότι, εάν θεωρούσε ότι οι εν λόγω όροι της Διακήρυξης εισάγουν διακρίσεις και θίγουν τα συμφέροντά της, όφειλε να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά αυτών, και να μην υποβάλει προσφορά στον διαγωνισμό, αποδεχόμενη πλήρως και ανεπιφύλακτα τους όρους της Διακήρυξης. Η Αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται πως η προσφεύγουσα συμμετείχε ανεπιφύλακτα στον διαγωνισμό, αποδεχόμενη όλους τους όρους αυτού, ούτε πάντως ισχυρίζεται στην προδικαστική προσφυγή της ότι έχει καταθέσει προσφορά με επιφύλαξη και πως ανεπικαίρως και απαραδέκτως αμφισβητεί σαφή όρο της Διακήρυξης. Εν συνεχεία, αναφέρει πως, κατά τη σαφή διατύπωση του επίμαχου όρου, πρέπει έστω μία δηλωθείσα σύμβαση αυτοτελώς να πληροί των ως άνω όρο, ήτοι να αποτελεί προμήθεια μέσων ατομικής προστασίας και η αξία της να είναι τουλάχιστον ίση με το 50% της εκτιμώμενης αξίας της παρούσης συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και πως αποκλείονται, ως εκ τούτου, οικονομικοί φορείς που δεν τεκμηριώνουν την εκτέλεση της προμήθειας εμπειρία, με την επίκληση μίας, τουλάχιστον, σύμβασης, προϋπολογισθείσας δαπάνης ίσης ή ανώτερης των 83.561,12 ευρώ ($167.122,24 \times 50\% = 83.561,12$), προϋπόθεση που, ελλείψει ρητής περί τούτο πρόβλεψης, δεν μπορεί να καλυφθεί με την επίκληση πλειόνων συμβάσεων, των οποίων ο προϋπολογισμός υπερβαίνει αθροιστικά το καθορισθέν από τη διακήρυξη κατώφλι. Επιπλέον, αναφέρει πως η παραπάνω απαίτηση για έστω μία σχετική σύμβαση μικρής αντικειμενικά αξίας, καθίσταται πρόσφορη, εύλογη και δικαιολογημένη σε σχέση με το αντικείμενο και την αξία του διαγωνισμού, αντίθετα με όσα ενδεχομένως υπαινίσσεται, και πάντως αόριστα, η προσφεύγουσα, και δεν μπορεί να πιθανολογηθεί ότι περιορίζει τον

ανταγωνισμό και πως, σε κάθε περίπτωση, εάν η προσφεύγουσα είχε την οποιαδήποτε αμφιβολία, όφειλε να αιτηθεί σχετική διευκρίνιση (όρος 2.1.3 της διακήρυξης), το οποίο ωστόσο δεν έπραξε, αποδεχόμενη κατ' αποτέλεσμα ότι η έννοια του όρου της διακήρυξης ήταν σαφής, προκύπτουσα ευθέως από την απλή γραμματική διατύπωσή του. Ακόμη, ισχυρίζεται πως ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί κλήσης για παροχής διευκρινίσεων κατ' άρ. 102 του Ν. 4412/2016 είναι απορριπτέος, διότι η σχετική κλήση δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την υποβολή στην πραγματικότητα νέας προσφοράς από τον συγκεκριμένο υποψήφιο, ούτε να θεραπεύεται με τον τρόπο αυτό η παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, η υποβολή των οποίων επιβάλλεται από τη Διακήρυξη, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει.

13. Επειδή, επί του μόνου λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Από το συνδυασμό των άρ. 1.3, 2.2.6, 2.2.9, 2.2.9.1 της Διακήρυξης προκύπτει ότι ως κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας έχει τεθεί οι διαγωνιζόμενοι να έχουν εκτελέσει, κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας από την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών τουλάχιστον μία σύμβαση που να περιλαμβάνει την προμήθεια μέσων ατομικής προστασίας είτε με Δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα και της οποίας η εκτελεσθείσα αξία να είναι τουλάχιστον ίση με το 50% της εκτιμώμενης αξίας της παρούσης συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ήτοι ίση με το ποσό των 83.561,12€ (167.122,24 x 50%). Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι διαγωνιζόμενοι πληρούν το παραπάνω κριτήριο, προσκομίζουν, κατά την υποβολή της προσφοράς τους, ως δικαιολογητικό συμμετοχής ΕΕΕΣ, όπου δηλώνεται η σχετική σύμβαση. Συναφώς, δοθέντος ότι στη διατύπωση του οικείου όρου αναφέρεται ότι *«οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να»*, ο όρος αυτός θεωρείται ουσιώδης και, συνεπώς, οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτόν οδηγεί σε απόρριψή της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δήλωσε στο υποβληθέν ΕΕΕΣ της, στο Μέρος IV: Κριτήρια επιλογής, στο πεδίο Γ: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα *«Περιγραφή ΜΑΠ Ποσό 33050 EUR Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 09.06.2022 - 09.09.2022 Αποδέκτες ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΕΝΟΤΗΤΑ ...*

*Περιγραφή ΜΑΠ Ποσό 52648.88 EUR Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 07.07.2021 - 21.04.2022 Αποδέκτες ΔΗΜΟΣ ... Περιγραφή ΜΑΠ Ποσό 40521 EUR Ημερομηνία Έναρξης - Ημερομηνία Λήξης 22.06.2021 - 22.07.2021 Αποδέκτες ΔΗΜΟΣ ... Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι» (βλ. αρχείο με τίτλο «ΕΕΕΣ_signed.pdf», σελ. 12/13). Από τις, κατά τα αμέσως ανωτέρω, δηλωθείσες συμβάσεις εκ μέρους της προσφεύγουσας προς πλήρωση του οικείου κριτηρίου, συνάγεται ότι ουδεμία εξ αυτών ανέρχεται στο ποσό των 83.561,12€, όπως, εξάλλου, τούτο δεν αρνείται η προσφεύγουσα. Κατά συνέπεια, ορθά, και κατά δέσμια αρμοδιότητα η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά της, ως μη πληρούσα το ως άνω κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οι παραπάνω δηλωθείσες συμβάσεις «*συνολικά υπερκαλύπτουν το αιτούμενο ποσό*» καθίσταται απορριπτέος ως νόμω αβάσιμος, δοθέντος ότι στη Διακήρυξη ρητά απαιτείται να έχει εκτελεσθεί «*τουλάχιστον μία σύμβαση ... της οποίας η εκτελεσθείσα αξία να είναι τουλάχιστον ίση με το 50% της εκτιμώμενης αξίας της παρούσης συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.*», ουδόλως γίνεται οιαδήποτε μνεία περί λήψη υπόψη συμβάσεων αθροιστικά, προς πλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης. Απορριπτέος ως απαράδεκτος, ήτοι ως ανεπικαίρως προβληθείς καθίσταται και ο επιμέρους ισχυρισμός της προσφεύγουσας με τον οποίο βάλλει κατά του επίμαχου όρου της Διακήρυξης (βλ. ΣτΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκ. 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, SantexSpA, C-327/00 , σκ. 32 έως 66), προβάλλοντας λόγους περί μη τεκμηρίωσης της θέσης αυτού, κατά παράβαση, μεταξύ άλλων, της αρχής του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας. Ο δε ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί εφαρμογής του άρ. 102 του Ν. 4412/2016, ήτοι ότι η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε όπως την καλέσει προς παροχή διευκρινίσεων πριν απορρίψει την προσφορά της, απορρίπτεται ως αβάσιμος. Τούτο διότι, το παραπάνω άρθρο οφείλει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του δικαίου της ΕΕ,*

καθώς συνιστά μεταφορά του άρ. 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, κατά δε πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων (ΔΕΕ, απόφαση της 2ας Μαΐου 2019, Lavgogna Srl, (σκ. 20-22) C-309/18, βλ. και αποφάσεις της 6ης Νοεμβρίου 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκ. 46 και 48, της 2ας Ιουνίου 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, σκ. 49, καθώς και της 10ης Νοεμβρίου 2016, Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, σκ. 30, ΣτΕ 147/2022, σκ. 34). Εξ άλλου, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει από υποψήφιο να διευκρινίσει την προσφορά του δεν μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την υποβολή, στην πραγματικότητα, νέας προσφοράς από τον συγκεκριμένο υποψήφιο (βλ. απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ, στο πλαίσιο ερμηνείας του άρθρου 51 της προηγούμενης οδηγίας 2004/18/ΕΚ, της 28.2.2018, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-523/16 και C-536/16, MA.T.I. SUD / DUEMMESGR, σκ. 52, της 4.5.2017, C-387/14, Esaprojekt, σκ. 39, της 7.4.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, σκ. 64, της 10.10.2013, Manova, C-336/12 σκ. 36, της 29.3.2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκ. 40) ούτε να θεραπεύεται με τον τρόπο αυτό η παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή επιβάλλεται από τη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού. Εξ ετέρου, τυχόν κλήση της προσφεύγουσας προς παροχή διευκρινίσεων, ήτοι, επί της ουσίας, προς υποβολή νέου ΕΕΕΣ, με συμπλήρωση το πρώτον κατόπιν της παραπάνω κλήσης των απαιτούμενων συμβάσεων, θα ερχόταν σε αντίθεση με το σκοπό και το πνεύμα του άρ. 102 του Ν. 4412/2016 αλλά και με τα οριζόμενα στο άρ. 3.1.2.1 της Διακήρυξης, καθότι θα συνιστούσε παροχή δυνατότητας προσκόμισης ουσιώδους στοιχείου τεθέντος επί ποινή αποκλεισμού, με αποτέλεσμα την υποβολή νέας προσφοράς (βλ. και ΣτΕ 147/2022, σκ. 34) εκ

μέρους της. Κατά συνέπεια, ο μόνος λόγος της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής απορρίπτεται στο σύνολό του.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, το δε παράβολο να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22.05.2023 και εκδόθηκε στις 12.06.2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ