

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Πουλοπούλου Αγγελική Εισηγήτρια, και
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 1192/1-10-2019 προδικαστική προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «.....» όπως νομίμως εκπροσωπείται

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία όπως νομίμως εκπροσωπείται

Με την προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 23-9-2019 υπ' αριθμ. 276/28-9-2018 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας που αφορά στην έγκριση των πρακτικών από 05/08/2019, 21/08/2019 και 23/08/2019, καθ' ο μέρος κρίθηκε αυτός αποκλειστέος από τα τμήματα 4 και 5 για τα οποία υπέβαλε προσφορά, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης δι' ανοικτού ηλεκτρονικού δημόσιου μειοδοτικού διαγωνισμού για τη «Δημιουργία προσβάσιμων, ολοκληρωμένων, θαλάσσιων, τουριστικών προορισμών» δυνάμει της με αρ. πρωτ. διακήρυξης, συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 176.175,00 ευρώ και αξίας άνευ ΦΠΑ των τμημάτων 4 και 5 που αφορά η προσφυγή 71.675 και 14.000 ευρώ αντίστοιχα και αθροιστικά 85.675,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 15-7-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ: και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αγγελική Πουλοπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό Παράβολο Ελληνικού Δημοσίου ποσού 600,00 ευρώ, και πληρώθηκε μέσω του από 30.9.2019 εμβάσματος της τράπεζας ALPHA BANK.

2. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 30/9/2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), ενώ η αναθέτουσα αρχή προέβη την 1-10-2019 στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 276/28-9-2018 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας καθ' ο μέρος και κατ' επικύρωση των υπ' αρ. 05/08/2019, 21/08/2019 και 23/08/2019 πρακτικών επιτροπής διαγωνισμού, κρίθηκε αποκλειστέος από τα τμήματα 4 και 5 για τα οποία υπέβαλε προσφορά, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης δι' ανοικτού ηλεκτρονικού δημόσιου μειοδοτικού διαγωνισμού για τη «Δημιουργία προσβάσιμων, ολοκληρωμένων, θαλάσσιων, τουριστικών προορισμών» με την αιτιολογία ότι: *«Απορρίπτει σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, προσφορά του προσφέροντα 2 «.....» καθώς δεν αποδεικνύεται υλοποίηση επιτυχώς από κοινού ή εξ ολοκλήρου μία (1) τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας συναφούς αντικείμενου με το αντικείμενο του Τμήματος 1 της παρούσας διακήρυξης, κατά τα τρία (3) τελευταία έτη (2016 – 2018) όπως ορίζει η παρ. 2.2.6 της διακήρυξης».*

3. Επειδή ειδικότερα ο προσφεύγων προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της επιτροπής αντίκειται στο αρ. 2.2.6. της δακήρυξης διότι το κριτήριο της επαγγελματικής εμπειρίας είχε τεθεί μόνο για το τμήμα 1 του διαγωνισμού και δεν αφορούσε τα τμήματα 4 και 5 για τα οποία αυτός υπέβαλε προφορά.

4. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 7-10-2019 Απόψεις της ζήτησε την απόρριψη της προσφυγής. Ειδικότερα, η αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι η Οικονομική Επιτροπή αποφάσισε λαμβάνοντας υπόψη την παράγραφο 2.2.6 όπου θέτει για όλους τους προσφέροντες την απαίτηση να έχουν την εμπειρία στην υλοποίηση σύμβασης με φυσικό αντικείμενο συναφές με τοπροκηρυσσόμενο για το ΤΜΗΜΑ 1 της διακήρυξης, κατά της οποίας δεν κατατέθηκε ποτέ προσφυγή.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

6. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 23-9-2019.

7. Επειδή, η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, αφού υπέβαλε προφορά για τα επίδικα τμήματα και απεκλείσθη με την προσβαλλομένη.

8. Επειδή, κατά το άρ. 1.3. της διακήρυξης ορίζονται τα δεκτικά αυτοτελούς προσφοράς και κατακύρωσης τμήματα στα οποία υποδιαιρείται η υπό ανάθεση σύμβαση, ενώ στον όρο 2.2.6 της διακήρυξης ορίζεται ότι «*όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν την εμπειρία στην υλοποίηση σύμβασης με φυσικό αντικείμενο συναφές με το προκηρυσσόμενο, για το Τμήμα 1 της παρούσας διακήρυξης. Για την κάλυψη της προϋπόθεσης αυτής, ο υποψήφιος θα πρέπει να έχει ολοκληρώσει επιτυχώς από κοινού ή εξ ολοκλήρου μία (1) τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας συναφούς αντικείμενου με το αντικείμενο του Τμήματος 1 της παρούσας διακήρυξης, κατά τα τελευταία τρία (3) έτη (2016-2018)*». Το δε ΤΜΗΜΑ 1 περιγράφεται ως «*»Εξοπλισμός αυτόνομης πρόσβασης στη θάλασσα (4 τεμάχια), ενώ το τμήμα 4 ως «Μη μόνιμο συναρμολογούμενο αποδυτήριο-ντους για ΑΜΕΑ (τεμάχια 4», «Διάδρομοι ξύλινοι για ΑΜΕΑ (515 μέτρα) και «Χώροι Σκίασης» (τεμάχια 20) και το τμήμα 5 ως «Χώροι στάθμευσης αποκλειστικά για ΑμΕΑ με πινακίδες σήμανσης (τεμάχια 4)*».

9. Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών (ΕΑ ΣτΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, βάσει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας και της διαφάνειας που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για δικαιολογητικά μη σαφώς απαιτούμενα από τη Διακήρυξη (ΕΑ ΣτΕ 318/2013, 18/2011, 19/2011, 3703/2010, 1616/2008, 254/2008, κλπ). Περαιτέρω, οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών

(ΔΕΕ Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00,, Συλλογή 2001, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94,, σκέψη 54 κλπ). Επειδή οι απαραίτητες ικανότητες των υποψηφίων αποδεικνύονται με την προσκόμιση δικαιολογητικών που ορίζονται σαφώς από την εκάστοτε αναθέτουσα αρχή, εις τρόπον ώστε κάθε επιμελής διαγωνιζόμενος κατά την υποβολή της προσφοράς του να είναι σε θέση να αντιληφθεί τα ζητούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά.

10. Επειδή από την γραμματική ερμηνεία του όρου 2.2.6 επί του οποίου ερείδεται ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος προκύπτει ότι η ζητούμενη τεχνική και επαγγελματική εμπειρία προβλέπεται όπως ρητώς ορίζεται «για το Τμήμα 1 της παρούσας διακήρυξης» και άρα δεν απαιτείται για τα υπόλοιπα τμήματα. Εξάλλου εάν ήθελε υποτεθεί ότι η αναθέτουσα ήθελε ο συμμετέχων σε οιοδήποτε τμήμα του διαγωνισμού να κατέχει και να αποδεικνύει την εμπειρία που ζητείται για το τμήμα 1 του διαγωνισμού, τούτο θα έπρεπε ρητώς να ορίζεται επί παραδείγματι με τη φράση «για όλα τα τμήματα του διαγωνισμού» ή με τη φράση «ανεξάρτητα από το τμήμα για το οποίο υποβάλλεται προφορά» λη αντίστοιχη διασαφηνιστική του περιεχομένου του όρου. Προκειμένου δηλαδή να κριθεί ως αποκλειστέος συμμετέχων στα άλλα -πλην του πρώτου- τμήματα του διαγωνισμού οικονομικός φορέας, θα έπρεπε από τη διατύπωση του όρου να μην καταλείπεται αμφιβολία περί της ζητούμενης και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού τεχνικής και επαγγελματικής εμπειρίας. Τούτο διότι όπως ανωτέρω αναλύεται δεν είναι δυνατόν οι όροι της διακήρυξης και δη οι προδήλως ασαφείς να ερμηνεύονται εκ των υστέρων αφενός σε βάρος διαγωνιζομένου αφετέρου με τρόπο περιοριστικό του ανταγωνισμού, πολλώ δε μάλλον αφού πρωταρχικό κριτήριο για την τμηματοποίηση αποτελεί η ενίσχυση του ανταγωνισμού. Πάντως, εν προκειμένω, με τον εντός του ως άνω όρου προσδιορισμού «για το τμήμα 1 της παρούσας διακήρυξης», όχι μόνο δεν προκύπτει σαφής όρος περί πλήρωσης τέτοιας εμπειρίας για τη συμμετοχή σε άλλα πλην του τμήματος 1, τμήματα, όπως τα επίδικα υπό 4 και 5, αλλά αντίθετα, κατά την ανωτέρω γραμματική διατύπωση προκύπτει ως εύλογο, όπως και ως προφανές κατά το κριτήριο και την αντίληψη επί του διατυπωθέντος περιεχομένου εκ μέρους του μέσου συναλλασσομένου και

διαγωνιζομένου, ότι ο όρος αυτός είχε την έννοια πως το κριτήριο περί προηγούμενης επαγγελματικής εμπειρίας επί του τμήματος 1, αποτελεί προϋπόθεση συμμετοχής μόνο «για το τμήμα 1» (εξάλλου και το εδ. β' του όρου 2.2.6 που ορίζει ότι «Για την κάλυψη της προϋπόθεσης αυτής, ο υποψήφιος θα πρέπει να έχει ολοκληρώσει επιτυχώς από κοινού ή εξ ολοκλήρου μία (1) τουλάχιστον σύμβαση προμήθειας συναφούς αντικείμενου με το αντικείμενο του Τμήματος 1 της παρούσας διακήρυξης, κατά τα τελευταία τρία (3) έτη (2016-2018)», παραπέμπει και αναφέρεται στην προϋπόθεση του α' εδαφίου του ίδιου όρου που αναφέρεται στη συμμετοχή για το τμήμα 1 και τούτο εξάλλου, επιρρωνύεται και από την εν γένει διατύπωση του ως άνω εδ. β', που συνδέει το «συναφές αντικείμενο» με αυτό του τμήματος 1 και επομένως αναφέρεται στην προϋπόθεση συμμετοχής για το τμήμα 1, όπως και το εδ. α' του ίδιου όρου ορίζει). Συνεπώς, κατ' απόρριψη κάθε περί του αντιθέτου ισχυρισμού της αναθέτουσας και κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ουδεμία τέτοια προϋπόθεση προηγούμενης εμπειρίας υφίστατο κατά τον όρο 2.2.6 για τη συμμετοχή στα τμήματα 4 και 5 και άρα, μη νομίμως απεκλείσθη ο προσφεύγων με την ανωτέρω, εσφαλμένη, αιτιολογία.

11. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε την προσφορά του προσφεύγοντος στα τμήματα 4 και 5 του διαγωνισμού.

12. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 600,00 ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 276/28-9-2018 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα στα τμήματα 4 και 5 του διαγωνισμού.

Αριθμός Απόφασης 1292/2019

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600,0 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 31 Οκτωβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 19 Νοεμβρίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ