

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου Εισηγήτρια και
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 11-11-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1379/11-11-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την
ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 31-10-2019, με αρ. πρωτ.
233/2019 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος
έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα, στη διαδικασία
ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΨΥΧΡΟΥ
ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑΤΟΣ ΓΙΑ ΤΗ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ, ΒΕΛΤΙΩΣΗ Κ.Χ.
ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΚΑΙ ΥΠΟΔΟΜΩΝ 2019-2020, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ
αξίας 79.838,71 ευρώ που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. διακήρυξη, η
οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 20-6-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και
στο ΕΣΗΔΗΣ την 21-6-2019 με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 600,00 ευρώ), πληρώθηκε δε δια του από 6-11-2019 εμβάσματος

2. Επειδή, η εμπροθέσμως κατατεθείσα (κατά παρέκταση από την 10-11-2019 στην αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα) την 11-11-2019 Προσφυγή στρέφεται κατά της από 31-10-2019 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα, εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης προμήθειας αγαθών που λόγω εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας και χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Δια της προσφυγής του, ο προσφεύγων, που κρίθηκε αποδεκτός και κατετάγη δεύτερος μειοδότης, μετ' εννόμου συμφέροντος, στρέφεται κατά της αποδοχής του πρώτου μειοδότη και προσωρινού αναδόχου, προβάλλοντας ότι ο τελευταίος κατέθεσε μόνο μία βεβαίωση καλής εκτέλεσης για χύδην προϊόν, ενώ κατά τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης ζητούνταν τουλάχιστον δύο, υπέβαλε δε βεβαίωση προηγούμενης σύμβασης όπου πουθενά δεν αναφέρεται αν αφορά συσκευασμένο ή χύδην προϊόν και δεν ζητήθηκαν καν οι αναγκαίες διευκρινίσεις. Ο δε προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η οικεία διακήρυξη επί της οποίας καταρτίστηκε η σύμβαση αναφέρεται σε σάκους 25 κιλών, ενώ επικαλείται ότι είναι εσφαλμένη η αιτιολογία της προσβαλλομένης περί μη ύπαρξης τέτοιας απαίτησης ως κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στη διακήρυξη και μη πρόβλεψη για υποβολή σχετικού δικαιολογητικού. Με τις δε με αρ. πρωτ. Απόψεις της η αναθέτουσα επικαλείται ότι κατά τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης η τεχνική προσφορά αφορά ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών και δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο απόρριψης της προσφοράς η μη υποβολή πιστοποιητικών εμπειρίας σε παρόμοιες συμβάσεις, αφού δεν απαιτείται κατά τη διακήρυξη η συνδρομή τέτοιων προσόντων επαγγελματικής ικανότητας ούτε ζητούνται σχετικά

δικαιολογητικά, τα οποία δε δικαιολογητικά εμπειρίας υπεβλήθησαν εκ περισσού και δεν έπρεπε να ληφθούν υπόψη, η δε γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού επ' αυτών δεν συνιστούσε διαφορετική αντιμετώπιση του ίδιου ζητήματος. Προς τούτο, εξάλλου, κατά την αναθέτουσα, δεδομένης και της ανάγκης της να προμηθευθεί τα υπό προμήθεια υλικά που αφορούν αποκατάσταση βλαβών και τη συνέπεια της όποιας επί της ολοκλήρωσης της διαδικασίας καθυστέρησης, επί της δυνατότητας της να εκτελέσει αποκατάσταση ζημιών στο δίκτυο της, αυτή αιτείται να μη διαταχθούν προσωρινά μέτρα. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Επειδή εν προκειμένω κατά το συνημμένο στη διακήρυξη ΤΕΥΧΟΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ ορίζεται μεταξύ άλλων ότι «Οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό παραγωγοί ή πωλητές του προϊόντος, υποχρεούνται επί ποινή ακυρότητας και απαράδεκτου της συμμετοχής να καταθέσουν (στο στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνική προσφορά) τα παρακάτω έγγραφα: ... 6. Βεβαίωση καλής εκτέλεσης δυο αντίστοιχων συμβάσεων προμηθειών με την προκηρυγμένη (δηλαδή δύο για το χύδην και δυο για το συσκευασμένο προϊόν) σε Δημόσιο οργανισμό κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (2016-2017-2018).», το δε κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας κατέστη ανεπιφύλακτα αποδεκτό από το σύνολο των μετεχόντων. Εκ των ως άνω με πλήρη σαφήνεια προκύπτει ότι τέθηκε επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση να υποβληθεί μαζί με την προσφορά βεβαίωση καλής εκτέλεσης για τουλάχιστον τέσσερις (4) δημόσιες συμβάσεις, εκ των οποίων δύο θα έπρεπε να αφορούν χύδην και δύο συσκευασμένο προϊόν ασφαλτομίγματος. Άρα, σε

κάθε περίπτωση, η προσφορά θα έπρεπε να περιλαμβάνει βεβαιώσεις εκτέλεσης για τουλάχιστον δύο συμβάσεις για χύδην προϊόν. Όπως αβάσιμα δε, η αναθέτουσα επικαλείται τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης κατά τον οποίο η τεχνική προσφορά *«περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών»*, ισχυριζόμενη ότι, δεδομένου πως οι προηγούμενες συμβάσεις που ζητήθηκαν αφορούν κατ' ουσία προσόντα επαγγελματικής ικανότητας και άρα, κριτήρια επιλογής και όχι τεχνικές προδιαγραφές, η μη προσκόμιση τους δεν μπορεί να αποτελεί λόγο απόρριψης προσφοράς. Και τούτο διότι ασχέτως αν η αναθέτουσα κατά τη σύνταξη της διακήρυξης ορθά κατέταξε το οικείο προσόν στις τεχνικές προδιαγραφές και τα δια της τεχνικής προσφοράς αποδεικνυόμενα στοιχεία, ζήτημα που θα ήταν δυνατόν να εξεταστεί μόνο στο πλαίσιο προσφυγής κατά τη διακήρυξη, σε κάθε περίπτωση δεσμεύεται τόσο η ίδια όσο και οι ανεπιφυλάκτως μετέχοντες διαγωνιζόμενοι από το γράμμα της διακήρυξης ως έχει και βάσει του οποίου διενεργήθηκε ο διαγωνισμός και την οποία η ίδια κατήρτισε, απαραδέκτως δε προβάλλει επί της ουσίας ισχυρισμούς ως προς τη νόμιμη κατάταξη του οικείου προσόντος στα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς, προκειμένου να μεταβάλει αναδρομικά το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας, αντίθετη δε ερμηνεία προδήλως θα προσέκρουε στις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και της τυπικότητας. Ομοίως αβάσιμα και σε πρόδηλη αντίθεση με το γράμμα της διακήρυξης η αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι όχι μόνο «ρητά στη διακήρυξη δεν απαιτείται η συνδρομή τέτοιων προσόντων επαγγελματικής ικανότητας ούτε ζητούνται σχετικά δικαιολογητικά» και ότι η μη πλήρωση των ως άνω προϋποθέσεων «δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο απόρριψης προσφοράς», αλλά και ότι οι οικείες βεβαιώσεις εκτέλεσης «εκ του περισσού» υπεβλήθησαν. Και τούτο, διότι ασχέτως τι εισηγήθηκε η Επιτροπή Διαγωνισμού και τι γνωμοδότησε η Νομική Υπηρεσία της αναθέτουσας, εν προκειμένω με πλήρη σαφήνεια απαιτήθηκε κάθε προσφέρων με την προσφορά του να υποβάλει τουλάχιστον δύο βεβαιώσεις εκτέλεσης συμβάσεων για χύδην προϊόν και τούτο, επί σαφή ποινή αποκλεισμού αν δεν υποβάλει όσα ζητούνται. Σε αντίθεση δε με τις το πρώτον εκ της αναθέτουσας, αντίθετες στο

σαφές γράμμα της διακήρυξης, ερμηνείες που η ίδια προβάλλει, οι παραπάνω όροι σε κάθε περίπτωση θέσπισαν υποχρέωση υποβολής αποδεικτικών στοιχείων για συγκεκριμένου περιεχομένου συμβάσεις και τούτο δια της προσφοράς και ρητά, ως επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς απαίτηση, όλοι δε οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι.

4. Επειδή, ο ως άνω οικονομικός φορέας με την προσφορά του υπέβαλε 14 βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, μαζί με τις συμβάσεις που αφορούν. Η με Μοναδικό ΑΔΑΜ ΚΗΜΔΗΣ σύμβαση με την, δεν αναφέρει παρά γενικά προμήθεια ψυχρής ασφάλτου και τιμολόγηση ανά τόνο, το ίδιο δε και η συμπληρωματική σύμβαση της 31-8-2017 με την ίδια αναθέτουσα. Η μόνη δε βεβαίωση και σύμβαση που αφορούν μεταξύ άλλων με σαφήνεια και χύδην προϊόν είναι αυτή με τον (βεβαίωση της 1-3-2019 και σύμβαση με Μοναδικό ΑΔΑΜ και με αρ. πρωτ. και όλες οι υπόλοιπες αφορούν, με ρητές αναφορές στο γράμμα των βεβαιώσεων και των οικείων συμβάσεων, προμήθεια υλικού σε σάκους, δοχεία και συσκευασίες και άρα, συσκευασμένου. Επομένως, όσον αφορά την προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα, έχει με σαφήνεια και βεβαιότητα αποδειχθεί μόλις 1 σύμβαση χύδην προϊόντος, ενώ είναι ασαφές αν οι δύο ως άνω συμβάσεις με την για την αφορούν τελικά χύδην ή συσκευασμένο φορτίο και τούτο δεν προκύπτει από τις οικείες βεβαιώσεις και τις συμβάσεις που αφορούν. Πλην όμως, κατά την από διακήρυξη, βάσει την οποίας καταρτίστηκαν οι ως άνω συμβάσεις του ως άνω οικονομικού φορέα, την οποία ο προσφεύγων υπέβαλε την 23-9-2019 ενώπιον της νυν αναθέτουσας με υπόμνημά του προ εκδόσεως της προσβαλλομένης, προκύπτει με σαφήνεια ότι το υπό προμήθεια αγαθό που αφορούν οι συμβάσεις με την είναι συσκευασμένο και όχι χύδην (άρ. 5 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ «...Να είναι συσκευασμένο σε εύχρηστη συσκευασία (σάκος έως 25 κιλά) με διάρκεια αποθήκευσης τουλάχιστον δύο (2) έτη, χωρίς περιορισμούς ως προς το χώρο αποθήκευσης (στεγασμένος, κλειστός κ.λ.π.) με τη σχετική εγγύηση του προμηθευτή....»), ουδέν εξάλλου περί αυτού αντιλέγει η αναθέτουσα. Συνεπώς, η προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα δεν περιλάμβανε τις δύο τουλάχιστον απαιτούμενες βεβαιώσεις

εκτέλεσης σύμβασης με αντικείμενο χύδην προϊόν, παρά μόνο μία, οι άλλες δε βεβαιώσεις και συμβάσεις αφορούν συσκευασμένο προϊόν και κατ' αποτέλεσμα, η προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα παρέβη τον οικείο επί ποινή αποκλεισμού όρο του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας και ήταν ως εκ τούτου αποκλειστέα, η δε προσβαλλομένη καθ' ο μέρος την έκρινε ως αποδεκτή, αντιστοίχως ακυρωτέα.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. 233/2019 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18-12-2019 και εκδόθηκε στις 19-12-2019.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ

