

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/191/26.02.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δημοτικού Οργανισμού Προσχολικής Αγωγής Φροντίδας και Μαζικής Άσκησης Ηρακλείου (ΔΟΠΑΦΜΑΗ) [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 7/12.02.2018 απόφαση (αριθμός Πρακτικού 2) του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 680/05.02.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, που διενεργείται δυνάμει της υπ' αριθμ. 5974/12.12.2017 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια κλιματιστικών μονάδων (ψυκτών) για τις ανάγκες του Παγκρητίου Σταδίου», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 159.000,00€ πλέον Φ.Π.Α.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 288/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 192343502958 0424 0012, ποσού ευρώ επτακοσίων ενενήντα πέντε (€795,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 159.000,00€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. 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) την 15.02.2018.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας και έχει υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, με συνέπεια να υφίσταται βλάβη, κατά τα άρθρα 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και

3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, λόγω της αποδοχής της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», η οποία κατά την αιτούσα αντίκειται σε όρους της Διακήρυξης και έπρεπε να απορριφθεί.

6. Επειδή, στον υπό κρίση Διαγωνισμό συμμετέχουν και έχουν υποβάλει προσφορά οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς: 1) (A/A), 2) (A/A), 3) (A/A) και 4) (A/A). Κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών απορρίφθηκε η υπό A/A προσφορά και έγιναν δεκτές και προκρίθηκαν στο επόμενο στάδιο αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών οι υπό A/A, και, μεταξύ των οποίων και η προσφορά της προσφεύγουσας.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται πλημμέλειες της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....», επειδή δεν πληροί ορισμένες υποχρεωτικές τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Ειδικότερα, α) για το πρώτο ψύκτη, δεν πληρούνται οι εξής προδιαγραφές: (i) ενώ το μέγιστο μήκος έχει καθορισθεί στα 7,0 μέτρα με απόκλιση +/- 1 μέτρο, ο προσφερόμενος ψύκτης έχει μήκος 9,35 μέτρα, γεγονός που ενδεχομένως να δημιουργεί χωροταξικό πρόβλημα κατά την εγκατάσταση, (ii) ενώ η ισχύς του θα πρέπει να είναι 915 kw με απόκλιση +/- 3%, ο προσφερόμενος ψύκτης έχει απόδοση 955 kw, με αποτέλεσμα να είναι πιο ενεργοβόρος και άρα δαπανηρός, (iii) δεν έχει υποβληθεί το απαιτούμενο από τη Διακήρυξη ISO 14001 και β) για τον δεύτερο ψύκτη, δεν πληρούνται οι εξής προδιαγραφές: (i) ενώ απαιτούνται κατ' ελάχιστον 6 συμπιεστές, η προσφερόμενη μονάδα διαθέτει μόνο 4, χάνοντας έτσι σε ισχύ και σε οικονομικότερη λειτουργία, (ii) ενώ το μέγιστο μήκος έχει καθορισθεί στα 3,8 μέτρα με απόκλιση +/- 1 μέτρο, ο προσφερόμενος ψύκτης έχει μήκος 4,84 μέτρα, γεγονός που ενδεχομένως να δημιουργεί χωροταξικό πρόβλημα κατά την εγκατάσταση, (iii) δεν έχει υποβληθεί το απαιτούμενο από τη Διακήρυξη ISO 14001, (iv) δεν έχει

υποβληθεί η επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη από τη Διακήρυξη πιστοποίηση μονάδας Eurovent, η οποία κατά την προσφεύγουσα, μη επιτρεπτά αναζητήθηκε από την Επιτροπή Διενέργειας μέσω ηλεκτρονικού ελέγχου, με βάση το υποβληθέν γενικό πιστοποιητικό.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. 1159/02.03.2018 Απόψεις της εμμένει στην απόφασή της, ισχυριζόμενη ότι η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» παρουσιάζει μεν αποκλίσεις από τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, αλλά αφενός είναι απολύτως ισοδύναμη με την προσφορά της προσφεύγουσας και αφετέρου δεν παραβιάζει όρους της Διακήρυξης που είχαν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Επιπροσθέτως, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι οι αποκλίσεις των προσφερόμενων ψυκτών ως προς το μήκος δεν δημιουργούν χωροταξικό πρόβλημα κατά την εγκατάσταση και ότι η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, ελέγχοντας το σχετικό πιστοποιητικό μέσω του ιστοχώρου <http://euroventcertification.com>, ενήργησε εντός των αρμοδιοτήτων της.

9. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους

διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. 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 (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

11. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

12. Επειδή, στην παράγραφο 2.4.3.2 της Διακήρυξης αναφέρεται ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί και περιγράφονται στο τεύχος των Τεχνικών Προδιαγραφών οι οποίες αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης. Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Αναλυτικότερα: Στη στήλη «ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ», περιγράφονται αναλυτικά οι τεχνικές απαιτήσεις και οι υποχρεώσεις για τις οποίες θα πρέπει να δοθούν αντίστοιχες απαντήσεις. Αν στη στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» έχει συμπληρωθεί η λέξη «ΝΑΙ» τότε η αντίστοιχη προδιαγραφή είναι υποχρεωτική για τον υποψήφιο,

θεωρούμενη ως απαράβατος όρος σύμφωνα με την παρούσα Διακήρυξη. Προσφορές που δεν καλύπτουν πλήρως τους απαράβατους όρους απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Στη στήλη «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» σημειώνεται η απάντηση του οικονομικού φορέα και θα πρέπει να συμπληρωθεί η λέξη «ΝΑΙ» εάν η αντίστοιχη απαίτηση πληρούται. Απλή κατάφαση ή επεξήγηση δεν αποτελεί απόδειξη πλήρωσης της προδιαγραφής και η αρμόδια Επιτροπή έχει την υποχρέωση ελέγχου και επιβεβαίωσης της πλήρωσης της απαίτησης (ιδιαίτερα αν αυτή αποτελεί ελάχιστη). Το πεδίο «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» θα πρέπει να συμπληρωθεί για ολόκληρη την προμήθεια. Στη στήλη «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ» θα καταγραφεί η σαφής παραπομπή σε Παράρτημα της Τεχνικής Προσφοράς το οποίο θα περιλαμβάνει αριθμημένα Τεχνικά Φυλλάδια κατασκευαστών ή αναλυτικές τεχνικές περιγραφές της προμήθειας, που κατά την κρίση του προσφέροντα αναδόχου τεκμηριώνουν τις απαιτήσεις των Τεχνικών Προδιαγραφών της μελέτης για την εν λόγω προμήθεια. Είναι ιδιαίτερα επιθυμητή η πληρέστερη συμπλήρωση των παραπομπών, οι οποίες πρέπει να είναι κατά το δυνατόν συγκεκριμένες (π.χ. Τεχνικό Φυλλάδιο 6, Σελ. 8 Παράγραφος 2 κλπ.) [...].».

13. Επειδή, στην παράγραφο 2.4.6 της Διακήρυξης (Λόγοι απόρριψης προσφορών) προβλέπεται: «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: [...] στ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης». Στη συνέχεια, στην παράγραφο 3.1.2 (Αξιολόγηση προσφορών) προβλέπεται: «Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. Ειδικότερα: [...] β) Στη συνέχεια η Επιτροπή προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, με έλεγχο των τεχνικών φυλλαδίων, που έχουν κατατεθεί, σύμφωνα με τους όρους

των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης [...].».

14. Επειδή, στο υπ' αριθμ. 3430/26.07.2017 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, στο οποίο αποτυπώνονται οι τεχνικές προδιαγραφές, αναφέρεται: «[...] Πιο συγκεκριμένα οι ψύκτες (κλιματιστικές μονάδες) θα πρέπει να έχουν τα παρακάτω ελάχιστα χαρακτηριστικά: [...]» και ακολουθούν οι δύο πίνακες με τις αναλυτικές προδιαγραφές των δύο ψυκτών.

15. Επειδή, η προσφορά του καθού η αίτηση οικονομικού φορέα παρουσιάζει πράγματι, όπως άλλωστε συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή, τις αποκλίσεις που αναφέρει η αιτούσα στην Προσφυγή της και οι οποίες περιγράφονται αναλυτικά στη σκέψη 7 ανωτέρω, με αποτέλεσμα να μην καλύπτονται οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής ότι οι εν λόγω προδιαγραφές δεν είχαν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, επισημαίνεται ότι αυτός δεν ευσταθεί, καθόσον οι εν λόγω προδιαγραφές έχουν χαρακτηριστεί από την ίδια την αναθέτουσα αρχή, στο υπ' αριθμ. 3430/26.07.2017 έγγραφό της, ως «ελάχιστα χαρακτηριστικά». Ομοίως, οι ειδικότεροι χαρακτηρισμοί «μέγιστο μήκος», «τουλάχιστον 6» (για το πλήθος των συμπιεστών) καθώς και ο ορισμός συγκεκριμένου ποσοστού απόκλισης από τις τεθείσες προδιαγραφές (π.χ. +/- 3% για την απαίτηση ψυκτικής απόδοσης) επιβεβαιώνουν τον γενικό χαρακτηρισμό «ελάχιστα χαρακτηριστικά». Κατά συνέπεια, οι αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές, θα έπρεπε να οδηγήσουν σε απόρριψη της προσφοράς, σύμφωνα με την περίπτωση στ) της παραγράφου 2.4.6 της Διακήρυξης. Όσον αφορά δε τα πρότυπα ISO 9001 και 14001, θα πρέπει να επισημανθεί ότι το μεν πρώτο (9001) προδιαγράφει τις γενικές απαιτήσεις για την ανάπτυξη, εφαρμογή και βελτίωση της λειτουργίας μιας επιχείρησης, με στόχο την ικανοποίηση των απαιτήσεων των πελατών της, το δε δεύτερο (14001) τις γενικές απαιτήσεις για τη δημιουργία συστήματος για την περιβαλλοντική διαχείριση σε μια επιχείρηση,

εστιάζοντας στην αναγνώριση των περιβαλλοντικών επιπτώσεων των δραστηριοτήτων της, με σκοπό την επιτυχή διαχείρισή τους και τελικά τη βελτίωση της επίδοσής της στον τομέα αυτό. Για τον λόγο αυτό, στη στήλη «Απαίτηση» του πίνακα τεχνικών προδιαγραφών αναφέρεται «ISO 9001 και 14001», χωρίς να καταλείπεται αμφιβολία ως προς το ότι έπρεπε να προσκομισθούν και τα δύο πιστοποιητικά. Κατά συνέπεια, και η παράλειψη υποβολής πιστοποιητικού ISO 14001 έπρεπε να επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς. Τέλος, ειδικά για την απαίτηση οι ψυκτικές μονάδες να είναι πιστοποιημένες κατά Eurovent, θα πρέπει να σημειωθεί ότι προσκομίστηκε ένα γενικό πιστοποιητικό, από το οποίο δεν αποδεικνύεται ότι οι συγκεκριμένες προσφερόμενες μονάδες πληρούν την εν λόγω απαίτηση. Δεδομένου ότι στο προσκομισθέν πιστοποιητικό γίνεται παραπομπή σε ηλεκτρονική διεύθυνση, στην οποία είναι αναρτημένος ο κατάλογος των πιστοποιημένων προϊόντων, ο καθού η Προσφυγή θα έπρεπε, στο πλαίσιο της επιμέλειας που διακρίνει του προσφέροντες, να έχει συμπεριλάβει στην προσφορά του τον εν λόγω κατάλογο. Ωστόσο, η προσκόμιση του καταλόγου θα μπορούσε να ζητηθεί από την Επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης του Διαγωνισμού ως διευκρίνιση, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 102 παρ. 4 του Ν. 4412/2016. Επειδή, συνακόλουθα, η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να έχει απορρίψει την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....».

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

17. Επειδή, ύστερα από τις προηγούμενες σκέψεις, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 288/2018

Ακυρώνει την υπ' αριθμό 7/12.02.2018 απόφαση (αριθμός Πρακτικού 2) του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που κάνει δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28.03.2018 και εκδόθηκε στις 16.04.2018.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Νεκτάριος Μερτινός