

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12.04.2018 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.03.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 244/15.03.2018 της εταιρείας με την επωνυμία [...], που εδρεύει στον [...], όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ. 234/06.03.2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του [...], με την οποία εγκρίθηκε το από 02.03.2018 Πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του υπό εξέταση διαγωνισμού, αναφορικά με την υπ' αριθ. 158640/28.12.2017 Διακήρυξη για τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Προμήθεια δύο εκσκαφών – φορτωτών» με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, ενδεικτικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 200.000,00 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με το οποίο (Πρακτικό) κρίθηκε ότι οι προσφορές και των δύο (2) εταιριών που συμμετείχαν στον υπό εξέταση διαγωνισμό είναι αποδεκτές, αφού τα δικαιολογητικά συμμετοχής τους ήταν σύμφωνα με τα ζητούμενα από την ανωτέρω Διακήρυξη και εν συνεχεία αξιολογήθηκαν οι τεχνικές προσφορές αυτών και αφού και αυτές κρίθηκαν ως τεχνικά αποδεκτές ενεκρίθη η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των δύο (2) αυτών εταιριών.

Αριθμός απόφασης: 338 / 2018

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει τη μερική ακύρωση, ανάκληση, τροποποίηση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτή έγινε αποδεκτή η προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας [...], αφού - ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται - παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, επί τω τέλει όπως αρθεί η παράβαση των κανόνων που διέπουν τον επίδικο Διαγωνισμό, αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων της και απορριφθεί η προσφορά της ανωτέρω συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας, για τους αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγής της λόγους.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 158640/28.12.2017 Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «Προμήθεια δύο εκσκαφών – φορτωτών» με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, ενδεικτικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 200.000,00 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 28.12.2017 και με ΑΔΑΜ 17PROC002499900 2017-12-28 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 28.12.2017, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α 51148.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 196408317958 0514 0022) ποσού 806,45€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την

Αριθμός απόφασης: 338 / 2018

προϋπολογιζόμενη δαπάνη της υπόψη σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α., ύψους 161.290,00€.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 161.290,32€ χωρίς Φ.Π.Α, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ, σύμφωνα με το άρθρο 120 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 08.03.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 14.03.2018.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώς, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 234/06.03.2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του [...], με την οποία εγκρίθηκε το από 02.03.2018 Πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του υπό εξέταση διαγωνισμού, αναφορικά με την υπ' αριθ. 158640/28.12.2017 Διακήρυξη για τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Προμήθεια δύο εκσκαφών – φορτωτών», με το οποίο (Πρακτικό) κρίθηκε ότι οι προσφορές και των δύο (2) εταιρειών που συμμετείχαν στον υπό εξέταση διαγωνισμό είναι αποδεκτές, αφού τα δικαιολογητικά συμμετοχής τους σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή ήταν σύμφωνα με τα ζητούμενα από την ανωτέρω Διακήρυξη και εν συνεχεία αξιολογήθηκαν οι τεχνικές προσφορές αυτών, επιδιώκοντας την μερική ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτή

Αριθμός απόφασης: 338 / 2018

έγινε αποδεκτή η προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας [...] και αποφασίστηκε η συνέχιση του διαγωνισμού με τη συμμετοχή της προαναφερόμενης εταιρείας, αφού - ως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται - παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων και υφίσταται βλάβη από την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας [...], αφού η προσφορά της εταιρείας αυτής έχει γίνει αποδεκτή, καίτοι δεν υποβλήθηκε το έγγραφο της Τεχνικής Περιγραφής μαζί με το Φύλλο Συμμόρφωσης ως όφειλε, δεν έχει καταθέσει - την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη - Δήλωση Συμμόρφωσης ΕΚ (CE), καθώς και ότι τα υποβληθέντα πρωτόκολλα παραλαβής, δεν αντιστοιχούν - στις προβλεπόμενες από τη Διακήρυξη – Βεβαιώσεις / Δηλώσεις καλής λειτουργίας. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά το μέρος που τα ανωτέρω ελλείποντα έγγραφα συμπληρώθηκαν εκ των υστέρων, αυτό αποτελεί παραβίαση του κείμενου νομοθετικού πλαισίου και πιο συγκεκριμένα του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, με την υπ' αριθ. Α142/2018 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. ανεστάλη η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. 158640/28.12.2017 Διακήρυξης του [...] για την «Προμήθεια δύο εκσκαφών – φορτωτών» με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, ενδεικτικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 200.000,00 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

8. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. 296 (Αριθμός Πρακτικού 14) και με ΑΔΑ: 622ΧΩ00-17Ξ απόφασή της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής.

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή*

πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας 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».

11. Επειδή, περαιτέρω, το άρθρο 53 παρ. 2 περ. ια' του ίδιου Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «... Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για

την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης...».

12. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 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 ...».

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 (Λόγοι απόρριψης προσφορών) του Ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης ...».

14. Επειδή, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας αλλά και την απολύτως κρατούσα άποψη στην επιστήμη του διοικητικού δικαίου, η διακήρυξη διαγωνισμού συνιστά στο σύνολο της κανονιστική πράξη της αναθέτουσας αρχής, συνακόλουθα και οι όροι της διακήρυξης έχουν κανονιστικό χαρακτήρα, περιλαμβάνουν δηλαδή γενικούς και αφηρημένους κανόνες, η πιστή τήρηση των οποίων ελέγχεται από τα δικαστήρια και οι οποίοι δεσμεύουν απολύτως τόσο την αναθέτουσα αρχή και τα όργανα που διεξάγουν τον διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζόμενους. Επιπροσθέτως, η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/ αρχές.

15. Επειδή, στο άρθρο 2.4.3 (Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά») της Διακήρυξης και πιο συγκεκριμένα στην παρ. 2 αυτού ορίζεται 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 «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» σημειώνεται η απάντηση του οικονομικού φορέα και θα πρέπει να συμπληρωθεί η λέξη «ΝΑΙ». Στη στήλη «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ» θα καταγραφεί η σαφής παραπομπή στο επισυναπτόμενο στα έγγραφα της σύμβασης « Φύλλο Συμμόρφωσης». Στη συνέχεια το σύστημα παράγει το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο το οποίο ο προσφέρων οικονομικός φορέας θα πρέπει να υπογράψει ψηφιακά και να το αναρτήσει στο φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Επιπρόσθετα ο οικονομικός φορέας θα πρέπει να συμπληρώσει επί ποινή αποκλεισμού το «Φύλλο Συμμόρφωσης» που επισυνάπτεται και το οποίο θα υπογράψει ψηφιακά και θα το αναρτήσει στο φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά σε μορφή pdf». Για κάθε ένα από τα ζητούμενα είδη να συμπληρωθούν από τον υποψήφιο ανάδοχο οι στήλες των Πινάκων Τεχνικής Προσφοράς όπως αυτές αποτυπώνονται στο επισυναπτόμενο «Φύλλο Συμμόρφωσης», για τις Ομάδες για τις οποίες επιθυμεί να δώσει προσφορά. Στην ΑΠΑΝΤΗΣΗ μπορεί να γραφεί ΝΑΙ/ΟΧΙ (αν πληρείται ή όχι η απαίτηση) ή να αναφερθεί η πληροφορία που ζητείται (π.χ. Μάρκα - Μοντέλο, Πιστοποιήσεις, κοκ). Στην ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ να αναφερθεί η αντίστοιχη παραπομπή, όπου ο ανάδοχος κρίνει ότι χρειάζεται. Η αρμόδια Επιτροπή έχει την υποχρέωση ελέγχου και επιβεβαίωσης της πλήρωσης της απαίτησης (ιδιαίτερα αν αυτή αποτελεί ελάχιστη). Ακόμα στον ίδιο φάκελο Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά σε Παράρτημα της Τεχνικής Προσφοράς θα αναρτηθούν*

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.). Επομένως ο προμηθευτής καταθέτει υπογεγραμμένο ηλεκτρονικά και το φύλλο συμμόρφωσης σε μορφή.pdf και σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο που το σύστημα παράγει, σε μορφή .pdf, το οποίο υπογράφεται και αυτό ψηφιακά και υποβάλλεται από τον προσφέροντα».

16. Επειδή, περαιτέρω στο άρθρο 2.4.6 (Λόγοι απόρριψης προσφορών) της Διακήρυξης ορίζεται ότι «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης) της παρούσας, β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δ) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.4 περ. γ της

Αριθμός απόφασης: 338 / 2018

παρούσας (περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων ε) η οποία είναι υπό αίρεση, 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.

17. Επειδή, εν προκειμένω η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της ότι εσφαλμένως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας [...], αφού στο Φύλλο Συμμόρφωσης που αυτή υπέβαλε και στην στήλη ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ αναγράφει «ΝΑΙ – βλέπε σελ. ...» χωρίς όμως να αναφέρει το έγγραφο στο οποίο παραπέμπει. Επέκεινα, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι η παραπομπή είναι αόριστη, αφού παραπέμπει σε αριθμούς σελίδων κάποιου αρχείου που δεν κατονομάζει - συμπεραίνεται δε ότι πρόκειται κατά το μάλλον για την τεχνική περιγραφή του προσφερόμενου από αυτήν είδους της προμήθειας - το οποίο σε κάθε περίπτωση, όμως, η εταιρεία [...] είχε παραλείψει να υποβάλει στο σύστημα, καθιστώντας έτσι την προσφορά ελλιπή. Προς αντίκρουση του ισχυρισμού αυτού η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι ζητήθηκε εγγράφως από την εταιρεία [...], να αναρτηθεί στο σύστημα Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η πλήρης τεχνική περιγραφή του προσφερόμενου μηχανήματος, για την πληρέστερη και ολοκληρωμένη αξιολόγησή του, η οποία και αναρτήθηκε εγκαίρως. Ειδικότερα, η αναθέτουσα ισχυρίζεται ότι από τις παραπομπές του «Φύλλου Συμμόρφωσης» της εταιρείας [...] διαπιστώθηκε εγκαίρως ότι δεν είχε αναρτηθεί στο σύστημα η πλήρης τεχνική περιγραφή του προσφερόμενου μηχανήματος, ενώ ήταν κατατεθειμένη σε έντυπη μορφή και για το λόγο αυτόν εγκαίρως ζητήθηκε και αναρτήθηκε στο σύστημα η παραπάνω τεχνική περιγραφή.

18. Επειδή, τούτων δοθέντων θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η τεχνική προσφορά της εταιρείας [...] δεν είναι σύμφωνη με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.4.3.2. της Διακήρυξης. Και τούτο διότι στη συγκεκριμένη περίπτωση το

Αριθμός απόφασης: 338 / 2018

υποβληθέν «Φύλλο Συμμόρφωσης» είναι ασαφώς συμπληρωμένο, αφού δεν αναφέρεται σε ποιο έγγραφο αυτό παραπέμπει και κατ' ακολουθίαν δεν πληρείται η ανωτέρω διάταξη της Διακήρυξης που αναφέρει ότι «*Στη στήλη «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ» θα καταγραφεί η σαφής παραπομπή στο επισυναπτόμενο στα έγγραφα της σύμβασης Φύλλο Συμμόρφωσης*». Επιπροσθέτως, η τεχνική προσφορά της εταιρείας [...] είναι και ελλιπής, αφού δεν έχει υποβληθεί το έγγραφο στο οποίο το υποβληθέν από αυτήν «Φύλλο Συμμόρφωσης» παραπέμπει, ενώ και σε κάθε περίπτωση απορριπτέος τυχάνει ως νόμω και ουσία αβάσιμος και ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί έγκαιρης υποβολής του ελλείποντος εγγράφου. Και τούτο διότι σύμφωνα με τη Διακήρυξη καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών οριζόταν η 31^η Ιανουαρίου 2018, το δε έγγραφο αυτό υπεβλήθη κατόπιν αποστολής ηλεκτρονικού μηνύματος της αναθέτουσας προς την εταιρεία [...] για την υποβολή αυτού κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του ν. 4412/2012.

19. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 102 παρ. 1, 2 και 5 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «*1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής*

Αριθμός απόφασης: 338 / 2018

σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

20. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις και όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09,

Αριθμός απόφασης: 338 / 2018

738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕΦΑΘ 271/2011). Ειδικότερα δε, έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία ότι παροχή διευκρινίσεων νοείται αποκλειστικά και μόνο όταν γεννάται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς και όχι όταν αυτό είναι σαφές, δοθέντος ότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 90/2010).

21. Επειδή, εν προκειμένω η μη υποβολή και έλλειψη του εγγράφου της τεχνικής περιγραφής στο οποίο παραπέμπουν οι απαντήσεις του υποβληθέντος «Φύλλου Συμμορφώσεως», δεν δύναται παραδεκτώς να θεωρηθεί ως ασάφεια ή εκ παραδρομής επουσιώδη πλημμέλεια ή πρόδηλο τυπικό σφάλμα, το οποίο νομίμως δύναται κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 να συμπληρωθεί/ διευκρινισθεί, αφού η προσκόμιση του εν λόγω απαιτούμενου, ώστε να θεωρηθεί άρτια και πλήρης η εν λόγω τεχνική προσφορά, εγγράφου γίνεται το πρώτον εκ των υστέρων, με την υποβολή του νέου αυτού εγγράφου της τεχνικής προδιαγραφής του προσφερόμενου είδους, κατά παράβαση του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό κατ' αναλογία ερμηνεύεται από τη νομολογία.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν εναργώς προκύπτει ότι στην υπό εξέταση περίπτωση η τεχνική προσφορά της εταιρείας «[...]» θα έπρεπε να απορριφθεί σύμφωνα με τους ανωτέρω όρους της Διακήρυξης και το Νόμο και συνεπώς μη νομίμως έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή η συμπλήρωση / διευκρίνιση αυτής κατά παράβαση της προαναφερόμενης αρχής της τυπικότητας, που διέπει τη συμπλήρωση των εντύπων και τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενέργειας των δημοσίων διαγωνισμών και η οποία αποβλέπει στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή αυτών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους (ΣΤΕ 279/2008), μη δυναμένης της παραδεκτής συμπλήρωσης/ διευκρίνισης κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι το έγγραφο της τεχνικής προδιαγραφής στο οποίο παραπέμπει το κατατεθέν «Φύλλο Συμμόρφωσης»

Αριθμός απόφασης: 338 / 2018

αποτελεί ουσιώδες έγγραφο της τεχνικής προδιαγραφής, του οποίου η έλλειψη κατάθεσης μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών συνιστά την εν λόγω προσφορά ελλιπή και το υποβληθέν «Φύλλο Συμμόρφωσης» αόριστο και το οποίο συνεπώς συνιστά ουσιώδες έγγραφο της τεχνικής προσφοράς το οποίο υποβάλλεται μη νομίμως κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016το πρώτον εκ των υστέρων.

23. Επειδή, τόσο στις Τεχνικές Προδιαγραφές (Ποιότητα, Καταλληλότητα και Αξιοπιστία) της Διακήρυξης (σελ. 5 αυτής), όσο και στο πεδίο με α/α 14 του «Φύλλου Συμμορφώσεως» ορίζεται ότι *«Με την προσφορά να κατατεθεί: 1.Δήλωση συμμόρφωσης ΕΚ (CE) για όλη την κατασκευή (στην Ελληνική γλώσσα ή επίσημη μετάφραση σε αυτή). 2.Αντίγραφο πιστοποιητικού διασφάλισης ποιότητας. Της σειράς ISO 9001:2008 του κατασκευαστή και του προμηθευτή. Τα πιστοποιητικά αυτά θα πρέπει να έχουν εκδοθεί από διαπιστευμένους φορείς πιστοποίησης, διαπιστευμένους προς τούτο από το Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης Α.Ε. (Ε.Σ.Υ.Δ.), ή από φορέα διαπίστευσης μέλος της Ευρωπαϊκής συνεργασίας, για τη διαπίστευση (European Cooperation for Accreditation) και μέλος της αντίστοιχης συμφωνίας αμοιβαίας αναγνώρισης (M.L.A.) 3.Βεβαίωση καλής συμπεριφοράς και αξιόπιστης λειτουργίας της τελευταίας τριετίας ίδιων ή παρομοίου εξοπλισμού, από αντίστοιχους φορείς χρήσης και γενικά δήλωση της δυνατότητας χρήσης των μηχανημάτων από τους εν λόγω φορείς χωρίς προβλήματα».*

24. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται με τον δεύτερο και τρίτο λόγο της Προσφυγής της ότι εσφαλμένως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας [...], αφού η εν λόγω εταιρεία δεν κατέθεσε δήλωση συμμόρφωσης ΕΚ (CE), για όλη την κατασκευή του μηχανήματος, σύμφωνα με το όρο 1. της προαναφερόμενης τεχνικής προδιαγραφής, ούτε και βεβαίωση καλής συμπεριφοράς και αξιόπιστης λειτουργίας της τελευταίας τριετίας ίδιου ή παρόμοιου εξοπλισμού, από αντίστοιχους φορείς χρήσης, σύμφωνα με τον όρο 3. της προαναφερόμενης τεχνικής προδιαγραφής.

25. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο και τρίτο λόγο της υπό κρίσης Προδικαστικής Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί τις υπόψη ελλείψεις της τεχνικής προσφοράς, ισχυριζόμενη ότι αναφορικά με τη μη κατάθεση δήλωσης συμμόρφωσης ΕΚ (CE), για όλη την κατασκευή του μηχανήματος, αυτή είθισται να κατατίθεται με την παράδοση του μηχανήματος, ενώ αναφορικά με τη κατάθεση βεβαίωσης καλής συμπεριφοράς και αξιόπιστης λειτουργίας της τελευταίας τριετίας ίδιου ή παρόμοιου εξοπλισμού, από αντίστοιχους φορείς χρήσης ότι το εν λόγω ζητούμενο δεν επιφέρει ποινή αποκλεισμού σύμφωνα με τους όρους διακήρυξης του διαγωνισμού.

26. Επειδή, ως προελέχθη (σκέψη 14), η διαδικασία των διαγωνισμών είναι αυστηρώς τυπική (αρχή της τυπικότητας), υπό την έννοια ότι οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους υποχρεωτικούς και δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης και να βρίσκονται σε συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο αυτών, όπερ συνεπάγεται ότι κάθε παράβαση των σχετικών όρων της διακήρυξης έχει σαν επακόλουθο το απαράδεκτο της υπόψη προσφοράς ή/ και την ακυρότητα των πράξεων της αναθέτουσας αρχής, που δεν συνάδουν στις παραπάνω επιταγές/ αρχές.

27. Επειδή, στη συγκεκριμένη περίπτωση η μη υποβολή των προαναφερόμενων εγγράφων σύμφωνα με τους όρους της Τεχνικής Προδιαγραφής και του με α/α 14 του Φύλλου Συμμορφώσεως (σκέψη 23) καθιστά την τεχνική προσφορά της εταιρείας [...] μη αποδεκτή ως μη πληρούσα τους όρους της Διακήρυξης, αφού όσον αφορά τη μη κατάθεση δήλωσης συμμόρφωσης ΕΚ (CE), για όλη την κατασκευή του μηχανήματος, η προδιαγραφή αυτή αποτελεί προϋπόθεση της παραδεκτής προσφοράς σύμφωνα με τη Διακήρυξη και ως εκ τούτου απορρίπτεται ο ισχυρισμός ότι αυτή είθισται να κατατίθεται με την παράδοση του μηχανήματος. Όσον αφορά τη μη κατάθεση βεβαίωσης καλής συμπεριφοράς και αξιόπιστης λειτουργίας της τελευταίας τριετίας ίδιου ή παρόμοιου εξοπλισμού, από αντίστοιχους φορείς χρήσης, η οποία δεν επιφέρει ποινή αποκλεισμού σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης του διαγωνισμού, η μη ρητή αναφορά περί αποκλεισμού της

Αριθμός απόφασης: 338 / 2018

προσφοράς δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου άλλου τη δυνατότητα μη προσκόμισής της, αφού κάτι τέτοιο θα είχε ως de facto συνέπεια την ακύρωση του σχετικού όρου, όρου όμως που τίθενται στην υπόψη Διακήρυξη.

28. Επειδή, στην υπό εξέταση περίπτωση, συνάγεται ότι η μη υποβολή των προαναφερόμενων εγγράφων με την τεχνική προσφορά καθιστά την τελευταία απαράδεκτη, δοθέντος ότι δεν πληρούνται οι όροι της Διακήρυξης και κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή ως νόμω και ουσία βάσιμη και ως προς τρεις προβαλλόμενους λόγους της κατά τα προαναφερόμενα.

29. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 196408317958 0514 0022) ποσού 806,45€, θα πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 234/06.03.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του [...], με την οποία εγκρίθηκε το από 02.03.2018 Πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού αναφορικά με την υπ' αριθ. 158640/28.12.2017 Διακήρυξη για τη διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Προμήθεια δύο εκσκαφών – φορτωτών» με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, ενδεικτικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 200.000,00 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., κατά το μέρος που με αυτήν έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας [...].

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 196408317958 0514 0022) ποσού 806,45€

Αριθμός απόφασης: 338 / 2018

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε στις 2 Μαΐου 2018.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Νεκτάριος Α. Μερτινός