

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 4 Ιουλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 26/5/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 768/29-5-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στο ..., ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Της ... (...) που εδρεύει στον ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της απόφασης του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα με αριθμό 65/15-3-2023 με θέμα «Έγκριση πρακτικού προσωρινού αναδόχου και ανάθεση στον προσωρινό ανάδοχο του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο ‘...’, προϋπολογισμού 48.043,80€, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%», κατά το μέρος της που έκανε δεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 600,00 ευρώ με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ποσού 38.745,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

Αριθμός απόφασης: 1106/2023

2. Με τη Διακήρυξη με αριθμό .../12-01-2023 ο αναθέτων φορέας προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης για την «...», εκτιμώμενης αξίας 38.745,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ. Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13/1/2023 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής. Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, θα υπολογίζεται η Ειδική Κατανάλωση (Ε.Κ.), ως εξής: κιλά αντικαθαλωτικού ανά 100 m³ παραγόμενου αφαλατωμένου νερού, στη συνέχεια θα παρουσιάζεται το ανηγμένο κόστος, βάσει του οποίου θα προκύψει η φθηνότερη προσφορά (δηλαδή το μικρότερο κόστος επεξεργασίας) και η κατακύρωση του διαγωνισμού. Το ανηγμένο κόστος θα προκύπτει από το γινόμενο της ειδικής κατανάλωσης του προσφερόμενου υλικού επί την τιμή προσφοράς του. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 1η/2/2023.

3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα και ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...». Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης ο παραπάνω οικονομικός φορέας. Ως συμπροσβαλλόμενη με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να θεωρηθεί και η εκδοθείσα πριν από την άσκηση της απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα με αριθμό 122/4-5-2023, με την οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην «...» και στην οποία ενσωματώνεται η προσβαλλόμενη απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου (πρβλ. ΣτΕ 1339/2022, 1904/2020, 1169/2006). Η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους στις 16/5/2023.

4. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ είναι αρμόδια για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής, για

Αριθμός απόφασης: 1106/2023

την άσκηση της οποίας έχουν τηρηθεί οι προϋποθέσεις παραδεκτού, μεταξύ των οποίων και το εμπρόθεσμο.

5. Η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα που συμμετέχει παραδεκτά στον διαγωνισμό ασκεί την προδικαστική προσφυγή με έννομο συμφέρον προβάλλοντας λόγο απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

6. Η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προδικαστική προσφυγή στους λοιπούς οικονομικούς φορείς στις 29/5/2023 και υπέβαλε στις 8/6/2023, νόμιμα και εμπρόθεσμα, απόψεις επ' αυτής.

7. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παρέμβαση νόμιμα και εμπρόθεσμα, καθώς επίσης και με έννομο συμφέρον με αίτημα τη διατήρηση ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων του αναθέτοντα φορέα.

8. Η Διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣΤΕ 1217/2018, σκ. 5, 2434/2017, σκ. 5, 1086/2015, σκ. 5, 4901/2014, σκ. 8, ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011 κ.α.).

9. Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης, κατά το μέρος της που έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, παρά το γεγονός ότι σε αυτή δεν περιλαμβανόταν η επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη από τη Διακήρυξη έγκριση καταλληλότητας του αντικαθαλωτικού από τον κατασκευαστικό οίκο ... ο οποίος έχει κατασκευάσει τις υφιστάμενες μονάδες αντίστροφης όσμωσης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, κατά παράβαση της οικείας διάταξης του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα δεν προσκόμισε βεβαίωση καταλληλότητας του κατασκευαστικού οίκου ..., αλλά δήλωση συμβατότητας της παραγωγού του αντικαθαλωτικού εταιρείας ..., καθώς επίσης και έγγραφο με ημερομηνία 5/11/2014 της υπηρεσίας πληροφόρησης πελατών της ..., με το οποίο η τελευταία δίνει πληροφορίες σχετικά με τις συστάσεις για αντικαθαλωτικά και παραπέμπει στον ιστότοπό της για τις συστάσεις αυτές και τους τρόπους εξασφάλισης της συμβατότητας εμπορικών σκευασμάτων με τις μεμβράνες της.

10. Η παρεμβαίνουσα αντιτάσσει στα παραπάνω ότι την βεβαίωση καταλληλότητας του κατασκευαστικού οίκου ..., την οποία απαιτεί η Διακήρυξη, δεν μπορεί να την αποκτήσει κανένας οικονομικός φορέας, διότι οι μεμβράνες δεν κατασκευάζονται πλέον από τον οίκο ..., αλλά από τον

Αριθμός απόφασης: 1106/2023

κατασκευαστή Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι είναι παγκοσμίως γνωστό ότι οι κατασκευαστικοί οίκοι μεμβρανών έχουν αλλάξει πολιτική και δεν εκδίδουν εγκρίσεις καταλληλότητας, αφενός διότι κυκλοφορεί πλέον πληθώρα προϊόντων και αφετέρου διότι είναι αδύνατο να καλύπτονται εγγυήσεις για καταστροφές στις μεμβράνες από κακή χρήση προϊόντων εγκεκριμένων από τον κατασκευαστή. Κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, σύμφωνα με την νέα πολιτική των κατασκευαστών, μεταξύ των οποίων και της ..., όπως προκύπτει από το έγγραφό της με ημερομηνία 5/11/2014 που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα με την προσφορά της, δεν υπάρχουν εγκεκριμένα προϊόντα και η εταιρεία παραπέμπει στον ιστότοπό της για οδηγίες σχετικά με την εξασφάλιση της συμβατότητας των προϊόντων με τις μεμβράνες της. Επιπρόσθετα, ισχυρίζεται ότι η παραγωγός ... του αντικαθαλωτικού που εμπορεύεται και προσφέρει η ίδια έχει ακολουθήσει τις συστάσεις συμβατότητας της ..., πράγμα που η ... βεβαιώνει με έγγραφό της, το οποίο συνυποβλήθηκε με την προσφορά της παρεμβαίνουσας. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι το έγγραφο με ημερομηνία 5/11/2014 της ... είναι μεταγενέστερο της βεβαίωσης καταλληλότητας που έχει υποβάλει η προσφεύγουσα με την προσφορά της και, άρα, η τελευταία θα πρέπει να αποδείξει ότι το προϊόν της είναι κατάλληλο για χρήση με τις συγκεκριμένες μεμβράνες, σύμφωνα με την τρέχουσα πολιτική του κατασκευαστικού οίκου.

11. Η Διακήρυξη ορίζει συναφώς τα εξής: «2.4.3.2 Τεχνική προσφορά. Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος Ι 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 το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. ... ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης (προσαρμοσμένο από την Αναθέτουσα Αρχή). ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ & ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ... ΑΡΘΡΟ 1. Χαρακτηριστικά του προϊόντος. Το προσφερόμενο υλικό θα πρέπει να πληροί το σύνολο των παρακάτω απαιτήσεων, επομένως ο ανάδοχος της προμήθειας θα πρέπει να λάβει

Αριθμός απόφασης: 1106/2023

υπόψη του τα παρακάτω: Το προϊόν πρέπει να είναι εγκεκριμένο από τον κατασκευαστή των υφιστάμενων μεμβρανών των μονάδων της αντίστροφης όσμωσης (οίκος ...), να είναι φωσφονικής σύστασης, pH: 9.50-10.50 ειδικό βάρος 1.35-1.40 στους 25 C, καταχωρημένο σύμφωνα με τον κανονισμό REACH ή να υφίσταται δήλωση του κατασκευαστή για την πρόοδο της διαδικασίας καταχώρησης του προϊόντος σύμφωνα με τον κανονισμό REACH, να είναι πιστοποιημένο για χρήση σε μονάδα αφαλάτωσης πόσιμου νερού, να είναι δραστικό έναντι των επικαθήσεων συμπεριλαμβανομένων CaSO_4 , BaSO_4 , SiO_2 , SrSO_4 , ενώσεων σιδήρου, πυριτίου, αλουμινίου και μαγγανίου και να μην έχει καμία επίδραση στον απορροφήσιμο οργανικό άνθρακα. ... ΑΡΘΡΟ 2. Στοιχεία που πρέπει να υποβληθούν με την προσφορά επί ποινή αποκλεισμού. α) Μελέτη υπογεγραμμένη από χημικό μηχανικό της ενδιαφερόμενης προμηθεύτριας εταιρείας με αποδεδειγμένη εμπειρία στο σχεδιασμό και λειτουργία μονάδων αντίστροφης όσμωσης στην οποία θα τεκμαίρεται η κατάλληλη εγγυημένη δοσολογία του προσφερομένου προϊόντος (mg/l) για δεδομένη ποιότητα νερού στην είσοδο και για τις τρεις μονάδες, που τα χημικά χαρακτηριστικά του επισυνάπτονται στις τεχνικές προδιαγραφές (πίνακας I), ώστε οι μεμβράνες να προστατεύονται σε βαθμό που ορίζει ο κατασκευαστής (οίκος ...). ... ζ) Έγκριση καταλληλότητας του οίκου ... (κατασκευαστής των μεμβρανών)».

12. Από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού προκύπτει ότι, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και συνομολογούν ο αναθέτων φορέας και η παρεμβαίνουσα, η τελευταία δεν προσκόμισε με την τεχνική προσφορά της βεβαίωση καταλληλότητας του κατασκευαστικού οίκου ... για το προσφερόμενο αντικαθαλωτικό ... της ..., της οποίας η παρεμβαίνουσα είναι αποκλειστική αντιπρόσωπος στην Ελλάδα. Η έλλειψη του δικαιολογητικού αυτού, το οποίο η παρεμβαίνουσα, ούτε προσκόμισε με την τεχνική προσφορά της, ούτε διαθέτει, όπως προκύπτει από την παρέμβασή της, καθιστά την προσφορά της απορριπτέα, διότι η υποβολή του με την τεχνική προσφορά ζητείται ρητά επί ποινή αποκλεισμού από τους προπαρατεθέντες όρους της Διακήρυξης. Εξάλλου, ενόψει της ρητής απαίτησης της Διακήρυξης για προσκόμιση του συγκεκριμένου δικαιολογητικού, η έλλειψή του δεν αναπληρώνεται από άλλα αποδεικτικά μέσα. Πολύ περισσότερο μάλιστα, η έλλειψη του απαιτούμενου δικαιολογητικού, δεν μπορεί να αναπληρωθεί από

Αριθμός απόφασης: 1106/2023

την προσκομισθείσα από την παρεμβαίνουσα δήλωση συμβατότητας της εταιρείας ... που παράγει το προσφερόμενο καθαλωτικό, αφού η Διακήρυξη απαιτεί έγκριση καταλληλότητας του κατασκευαστή των μεμβρανών, και όχι του παραγωγού του αντικαθαλωτικού. Δεν μπορεί να αναπληρωθεί, όμως, ούτε από το προαναφερθέν έγγραφο της υπηρεσίας πληροφόρησης πελατών της ... και τούτο, διότι το έγγραφο αυτό δεν αναφέρεται στη συμβατότητα του προϊόντος της παρεμβαίνουσας με τις μεμβράνες, αλλά διότι με αυτό η ... ενημερώνει ότι δεν συνιστά συγκεκριμένα προϊόντα για χρήση με τις μεμβράνες της, πράγμα το οποίο, όμως, δεν ζητείται από τη Διακήρυξη που απαιτεί έγκριση καταλληλότητας του προσφερόμενου προϊόντος, και όχι σύσταση του κατασκευαστή για χρήση συγκεκριμένου προϊόντος, ενώ, περαιτέρω, η ... παραπέμπει ως προς τον τρόπο εξασφάλισης της συμβατότητας των αντικαθαλωτικών με τις μεμβράνες της στον ιστότοπό της.

13. Οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας ότι τέτοιες εγκρίσεις καταλληλότητας δεν εκδίδονται πλέον από τον κατασκευαστικό οίκο ..., αλλά και από τους κατασκευαστές μεμβρανών εν γένει λόγω αλλαγής της πολιτικής τους, είναι απορριπτέοι. Και τούτο, διότι με αυτούς η παρεμβαίνουσα αμφισβητεί τον ρητό όρο της Διακήρυξης να προσκομιστεί με την τεχνική προσφορά η έγκριση καταλληλότητας του προσφερόμενου αντικαθαλωτικού από τον κατασκευαστικό οίκο ..., προβάλλοντας ότι η συμβατότητα του προσφερόμενου προϊόντος μπορεί να αποδειχτεί με άλλα μέσα, όπως η βεβαίωση του παραγωγού του αντικαθαλωτικού που προσκομίζει η ίδια. Όμως, οι παραπάνω ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, η οποία συμμετείχε ανεπιφύλακτα στον διαγωνισμό αποδεχόμενη όλους τους όρους της Διακήρυξης, μεταξύ των οποίων και την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση προσκόμισης έγκρισης καταλληλότητας του αντικαθαλωτικού από τον κατασκευαστικό οίκο ..., είναι απαράδεκτοι ως ανεπικαίρως προβαλλόμενοι, όχι κατά της νομιμότητας του οικείου όρου της Διακήρυξης, αλλά επ' ευκαιρία της προβολής λόγου αποκλεισμού της προσφοράς της (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 275/2018, 173/2017, 270/2014 5μ., 279/2016 Ολ., 48/2017 σκ.14, 1667/2011 Ολ., και ΔΕφΠειρ 68/2021 επί του προκειμένου ζητήματος). Ομοίως, απορριπτέος ως απαράδεκτος είναι ο ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας ότι η προσφεύγουσα πρέπει να αποδείξει την καταλληλότητα του προσφερόμενου είδους, παρά το γεγονός ότι η τελευταία προσκόμισε βεβαίωση

Αριθμός απόφασης: 1106/2023

καταλληλότητας του οίκου ... με ημερομηνία 24/4/2001, διότι προβάλλεται απαράδεκτα με την παρέμβαση, και όχι με προδικαστική προσφυγή κατά της προσφοράς της προσφεύγουσας, την πληρότητα της οποίας δεν αμφισβήτησε η παρεμβαίνουσα με την άσκηση σχετικής προσφυγής (πρβλ. ΣΤΕ 1645/2022, σκ. 28 κ.α.).

14. Τέλος, η παραπάνω πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν είναι ιάσιμη με τη διαδικασία των άρθρων 3.1.2.1 της Διακήρυξης και 102 ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι, κατά την έννοια των οικείων διατάξεων του άρθρου 102 ν. 4412/2016, όπως αυτές ερμηνεύθηκαν από τα αρμόδια Δικαστήρια και μετά την τροποποίησή τους με τις διατάξεις του άρθρου 42 ν. 4782/2022 (βλ. ΣΤΕ 1894/2022, 1553/2022, 725/2022), είναι επιτρεπτή, μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, η συμπλήρωση ή διευκρίνιση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών, όχι όμως και η εκ των υστέρων προσκόμιση μη υποβληθέντων στοιχείων που απαιτούνταν επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη. Δεν μπορεί, δηλαδή, να θεραπεύεται, κατόπιν πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής κατ' άρθρο 102 ν. 4412/2016, η παράλειψη υποβολής ρητά απαιτούμενων από τη Διακήρυξη εγγράφων, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ. ΣΤΕ 1894/2022, 2514/2022, σκ. 22, απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, Klairėdos regiono atliekų tvarkymo centras, σκ. 93, με την οποία ερμηνεύεται το ισχύον άρθρο 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

15. Ενόψει όσων έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, η πλημμέλεια της προσφοράς της παρεμβαίνουσας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της και, επομένως, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών τεσσάρων προβαλλόμενων λόγων αποκλεισμού της από τον διαγωνισμό (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007).

16. Επειδή, κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, η παρέμβαση να απορριφθεί και να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Αριθμός απόφασης: 1106/2023

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη και τη συμπροσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.
Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Ιουλίου 2023 και εκδόθηκε στις 24 Ιουλίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ