

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 11-7-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Σωτηρία Σταματοπούλου και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει το Αίτημα Προσωρινών Μέτρων, όσον αφορά την από 20-6-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 890/22-6-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση των κοινοποιηθεισών την 10-6-2022 υπ' αρ.. 412/2022 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, κατά το σκέλος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα ..., στην εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας, 16.128,00 ευρώ, ΟΜΑΔΑ Α: ΨΥΧΡΟ ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑ και τον ανέδειξε ανάδοχο της ομάδας αυτής, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για «προμήθεια κατάλληλου υλικού (θερμό - ψυχρό ασφαλτόμιγμα και ειδικό μίγμα ψυχρής ασφάλτου) που θα χρησιμοποιηθεί από τα συνεργεία του Δήμου ..., για τη συντήρηση οδών και κοινοχρήστων χώρων του Δήμου, για τα έτη 2022-2023-2024», συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 217.741,83 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 17-3-2022 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ .. την 22-3-2022 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα κοινοποίησε τις από 5-7-2022 Απόψεις της.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ..., ποσού ευρώ 600.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προσφυγή του δεύτερου αποδεκτού μειοδότη στην ΟΜΑΔΑ Α ΨΥΧΡΟ ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑ κατά της εκτελεστής πράξης κατακύρωσης, στην οποία ενσωματώνεται και η προηγηθείσα πράξη αποδοχής δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών και οικονομικών προσφορών, , καθ' ο μέρος κρίθηκε αποδεκτός και εν τέλει ανάδοχος, ο ανωτέρω καθ' ου στην ΟΜΑΔΑ αυτή. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ;κατά τη μελέτη ... της διακήρυξης, Άρθρο 2.1 ΕΤΟΙΜΟ ΨΥΧΡΟ ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑ, σελ.6, στην τελευταία παράγραφο αναφέρεται ότι «.....Σύμφωνα με τα ανωτέρω, οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό (είτε είναι οι ίδιοι παραγωγοί, είτε όχι) υποχρεούνται, επί ποινή ακυρότητας και απαραδέκτου της συμμετοχής τους, να καταθέσουν τα παρακάτω έγγραφα: 1) Πιστοποιητικό συμμετοχής της εταιρείας παραγωγής του προϊόντος σε σύστημα διαχείρισης ποιότητας κατά ISO 9001:2008 2) Το Πιστοποιητικό CE της εγκατάστασης παραγωγής»Σύμφωνα με τα ανωτέρω, οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό (είτε είναι οι ίδιοι παραγωγοί, είτε όχι) υποχρεούνται, επί ποινή ακυρότητας και απαραδέκτου της συμμετοχής τους, να καταθέσουν τα παρακάτω έγγραφα: • Πιστοποιητικό συμμετοχής της εταιρείας παραγωγής του προϊόντος σε σύστημα διαχείρισης ποιότητας κατά ISO 9001:2008 • Το Πιστοποιητικό CE της εγκατάστασης παραγωγής». Ο όρος 2.2.7 περαιτέρω, όρισε ότι «Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται με τα πρότυπα που παρατίθενται στην υπ' αριθμ. 08/2022 μελέτη της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών (Παράρτημα Ι) ή ισοδύναμα αυτών.» και ο όρος 2.2.9.2.B5 ότι «B.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα απαιτούμενα πιστοποιητικά που παρατίθενται στη μελέτη ...

της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών (Παράρτημα Ι), τα οποία πρέπει να είναι σε ισχύ κατά την ημερομηνία του διαγωνισμού.». Συνεπεία των ανωτέρω, δεν καθίσταται σαφές αν τα παραπάνω 2 πιστοποιητικά ήταν υποβλητέα με την προσφορά ή με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, αφού ο μόνος όρος της Μελέτης αναφέρεται σε υποχρεώσεις των «συμμετεχόντων», αλλά όχι ειδικώς σε υποβολή με την προσφορά, ενώ ο όρος 2.2.7 αναφέρει και παραπέμπει σε αυτά ως κριτήρια επιλογής, αποδεικτέα οριστικώς δια δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά τον όρο 3.2 της διακήρυξης και δια ΕΕΕΣ κατά την προσφορά κατά τον όρο 2.2.9.1, χωρίς άλλωστε, ο περί τεχνικής προσφοράς όρος 2.4.3.2 να περιλαμβάνει αναφορά σε υποβολή τους ή υποβολή των πιστοποιητικών που αναφέρει εν γένει η μελέτη με την προσφορά. Πάντως, με την προσφορά του ο καθ' ου υπέβαλε πιστοποιητικό ISO 9001 της παραγωγού ... εκ του φορέα πιστοποίησης EUROCERT, με λήξη ισχύος την 16-4-2022, ενώ η προσφορά υποβλήθηκε την 29-4-2022, ήτοι στην καταληκτική προθεσμία υποβολής της και άρα, το πιστοποιητικό αυτό δεν τελούσε σε ισχύ κατά την υποβολή του κατά τον κρίσιμο χρόνο της προσφοράς. Περαιτέρω, δεν υποβλήθηκε πιστοποιητικό CE της εγκατάστασης παραγωγής. Την 21-5-2022 ο καθ' ου υπέβαλε δικαιολογητικά κατακύρωσης, που δεν περιλαμβάνουν ούτε πιστοποιητικό ISO παραγωγού (αλλά μόνο του ιδίου, ως πιστοποιημένου για εμπορία, χωρίς αναφορά σε παραγωγή και χωρίς να είναι παραγωγός) ούτε πιστοποιητικό CE εγκατάστασης παραγωγής. Την 6-6-2022 κλήθηκε από την αναθέτουσα προς συμπληρώσεις, όσον αφορά το πιστοποιητικό CE. Την 6-6-2019 και κατόπιν της ανωτέρω κλήσης του, ο ως άνω καθ' ου υπέβαλε νέο πιστοποιητικό ISO 9001 της ίδιας ανωτέρω παραγωγού και του ίδιου ανωτέρω φορέα πιστοποίησης, με χρόνο έναρξης ισχύος την 24-5-2022, δηλαδή ένα μήνα μετά την υποβολή της προσφοράς του και εκ τούτο αποδεικνύεται πλέον, όχι μόνο η μη υποβολή κατά την προσφορά, αλλά και η μη ύπαρξη εν ισχύ πιστοποιητικού του παραγωγού κατά τον κρίσιμο για την πλήρωση των προϋποθέσεων συμμετοχής, χρόνο υποβολής της προσφοράς, συγχρόνως δε, το ως άνω νέο πιστοποιητικό εκκίνησε ως προς την ισχύ του μετά και την από 21-5-2022 υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης. Άρα, αν θεωρηθεί ο

ανωτέρω οικονομικός φορέας ως παραγωγός, βλ. παρακάτω, τότε τελεί σε έλλειψη εν ισχύ πιστοποιητικού ISO 9001 τόσο κατά τον κρίσιμο χρόνο της προσφοράς, όσο και κατά τον κρίσιμο χρόνο της υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, ως τέτοιας δε νοούμενης της πρώτης καταρχήν υποβολής και όχι όποιου εν συνεχεία τυχόν χρόνου συμπλήρωσης κατόπιν κλήσεων της αναθέτουσας. Επομένως, πρώτον, δια μόνου τούτου του λόγου, η προσφορά του καθ' ου είναι άνευ ετέρου απορριπτέα, ασχέτως αν το πιστοποιητικό ISO 9001 συνιστούσε δικαιολογητικό προσφοράς ή δικαιολογητικό κατακύρωσης, αφού εν προκειμένω δεν υφίσταται απλώς ζήτημα τυπικής μη υποβολής υπάρχοντος δικαιολογητικού περί υπάρχοντος προσόντος, αλλά ζήτημα έλλειψης ουσιαστικού προσόντος, που ακόμη και αν ήταν οριστικώς αποδεικτέο με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, έπρεπε να συντρέχει ήδη κατά τον χρόνο της προσφοράς και πάντως, δεν συντρέχει ούτε κατά τον χρόνο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπως απεδείχθη εν τέλει, εκάστης δε μη ισχύος επί εκάστου ανωτέρω κρίσιμου χρονικού σημείου, συγκροτούσας αυτοτελή και αυτοδύναμη βάση απόρριψης της προσφοράς. Αυτό, πέραν του ότι δεν κλήθηκε ο καθ' ου προς συμπλήρωση για το ως άνω πιστοποιητικό, αλλά αυτοβούλως το υπέβαλε, αποδεικνύοντας πάντως την έλλειψη του ίδιου του ουσιαστικού προσόντος κατ' αμφοτέρους τους κρίσιμους για την πλήρωση του χρόνους και με συνέπεια, την έλλειψη εδάφους περί τυχόν περαιτέρω κλήσης του για συμπληρώσεις. Περαιτέρω, πάλι και ούτε δια των διευκρινίσεων, υπέβαλε πιστοποιητικό CE της εγκατάστασης παραγωγής, το οποίο ούτως δεν υπεβλήθη ούτε με την προσφορά ούτε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ούτε με τις συμπληρώσεις επί των τελευταίων, καίτοι ρητά κλήθηκε προς τούτο και αυτό, ασχέτως ότι οι διευκρινίσεις ζητήθηκαν επί των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η δε αναθέτουσα δια των Απόψεων της, απαραδέκτως αποπειράται να αναιρέσει τη δεσμευτικότητα της σαφούς απαίτησης, προβάλλοντας ότι ικανοποιείτο δια της διακριτής απαίτησης για ISO 9001 παραγωγού. Αβασίμως δε προβάλλει και το ανέφικτο πλήρωσης της απαίτησης, αφού είναι σαφές ότι η απαίτηση για πιστοποιητικό CE εγκατάστασης παραγωγής αφορά πιστοποιητικό CE των ουσιών και αγαθών,

που παράγονται εκ του παραγωγού και όχι το εργοστάσιο ως παραγωγικό συγκρότημα, ο όρος δε, ένεκα της εύλογης γνώσης που αναμένεται για εργολάβους του δημοσίου που δραστηριοποιούνται στην προμήθεια συναφών αγαθών, ήταν κατανοητός και τηρήθηκε άλλωστε και από τον συνδιαγωνιζόμενο προσφεύγοντα. Σε κάθε δε περίπτωση, αλυσιτελώς προβάλλει η αναθέτουσα ότι ο καθ' ου κλήθηκε προς συμπλήρωση στο προσήκον στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και υπέβαλε τα ζητούμενα, επί των οποίων απλώς δεν έχει πρόσβαση ο προσφεύγων, λόγω υποβολής μέσω ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ του ΕΣΗΔΗΣ και τούτο, διότι αφενός ο καθ' ου δεν υπέβαλε τα ζητούμενα δια των διευκρινίσεων, αφού το πιστοποιητικό ISO 9001, ακόμη και αν ο παραγωγός ήταν ο αληθής και ακόμα και αν τελούσε σε ισχύ και πάλι δεν αποκρίνεται στην απαίτηση. Αφετέρου, ο καθ' ου δεν συμμορφώθηκε με ρητό αντικείμενο κλήσης του προς συμπληρώσεις για το ανωτέρω στοιχείο και άρα και δια τούτου είναι απορριπτέος άνευ ετέρου, κατά τον όρο 3.2 περί δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπου επιτρέπεται μόνο μια φορά η συμπλήρωση δικαιολογητικών και η μη συμμόρφωση με συναφή κλήση επιφέρει την απόρριψη του προσωρινού αναδόχου, αλλά και κατά τον όρο 2.4.6.β που ορίζει την άνευ ετέρου απόρριψη οικονομικού φορέα, που δεν συμμορφώθηκε με κλήση προς διευκρινίσεις-συμπληρώσεις, αυτοδυνάμως ως προς την τυχόν μη απόδειξη προδιαγραφής και μη πλήρωση του ελαχίστου περιεχομένου προσφοράς. Άρα και για τον ανωτέρω λόγο, ο καθ' ου ήταν απορριπτέος. Σημειωτέον, ότι τα δια της προσφοράς υποβληθέντα έγγραφα φύλλο δεδομένων ασφαλείας προϊόντος και εργαστηριακός έλεγχος ΠΕΔΕ, αναφέρονται σε προϊόν του παραγωγού ...που δεν ταυτίζονται με τον οικονομικό φορέα ..., για τον οποίο υποβλήθηκαν τα ανωτέρω ISO με την προσφορά και με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Άρα, εκτός των άλλων, τα υποβληθέντα πιστοποιητικά ISO, ασχέτως αν θεωρηθούν δικαιολογητικά προσφοράς ή δικαιολογητικά κατακύρωσης, αφορούν άλλο οικονομικό φορέα, από αυτόν που είναι παραγωγός του προϊόντος για το οποίο υπεβλήθησαν οι ανωτέρω έλεγχοι ως δικαιολογητικά, κατά τον όρο 2.4.3.2, της τεχνικής προσφοράς, με συνέπεια εν τέλει να μην προκύπτει ούτε ποιος είναι ο αληθής

παραγωγός ούτε αν οι δια της προσφοράς υποβληθέντες έλεγχοι αφορούν το αγαθό του παραγωγού, με αποτέλεσμα εν όλω αοριστία της προσφοράς και εναλλακτικό χαρακτήρα αυτής, παρά την απαγόρευση περί εναλλακτικών προσφορών κατά τους όρους 2.4.1 και 2.4.6.δ της διακήρυξης. Επομένως και τρίτον και δια τούτου του λόγου η προσφορά είναι άνευ ετέρου απορριπτέα, μη επιδεχόμενη άλλωστε, διευκρίνισης και διόρθωσης, καθώς τούτο θα κατέληγε σε απαράδεκτη επιλογή παραγωγού, ως και ούτως και αγαθού, μεταξύ 2 ενδεχομένων, για έκαστο εκ των οποίων υποβλήθηκαν άλλα δικαιολογητικά, προς μεταξύ τους σύνθεση και παράσταση πλήρωσης των απαιτήσεων της διακήρυξης, μια τέτοια τροπή αορίστου προσφοράς σε ορισμένη δια τέτοιας επιλογής (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2018), συνιστά απαγορευμένη κατά τον όρο 3.1.2. της διακήρυξης («Η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα.»), ως και τον όρο 3.2 αυτής («Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, η αναθέτουσα αρχή καλεί τον προσωρινό ανάδοχο να προσκομίσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά ή να συμπληρώσει τα ήδη υποβληθέντα ή να παράσχει διευκρινήσεις με την έννοια του άρθρου 102 του ν.

4412/2016, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης σε αυτόν»), που παραπέμπει στο άρ. 102 Ν. 4412/2016, αλλά και τα άρ. 102 και 103 Ν. 4412/2016, ως ισχύουν (και τα οποία θέτουν ως άκρο όριο εφαρμογής τους την τήρηση της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας και τη μη δια καταχρήσεώς τους τροποποίηση της προσφοράς), μεταβολή προσφοράς και δη, επί ουδόλως εξακριβώσιμων ως προϊσχυόντων της προσφοράς στοιχείων (αφού εξ ουδενός στοιχείου δεν προκύπτει εν τέλει ποιου παραγωγού το αγαθό σκοπούσε να προσφέρει ο καθ' ου κατά την υποβολή της προσφοράς του). Άρα, κατ' αποδοχή του συνόλου των ισχυρισμών της προσφυγής, ο καθ' ου είναι άνευ ετέρου απορριπτέος, για το σύνολο των ανωτέρω αυτοτελών βάσεων αποκλεισμού του.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε δεκτό και ανέδειξε ανάδοχο στην ΟΜΑΔΑ Α τον ανωτέρω καθ' ου.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ.. 412/2022 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, κατά το σκέλος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα ..., στην ΟΜΑΔΑ Α: ΨΥΧΡΟ ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑ και τον ανέδειξε ανάδοχο της ομάδας αυτής

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 11-7-2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΚΩΝ/ΝΟΣ ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ