

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 11.09.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.08.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1115/13.08.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ... [εφεξής αναθέτουσα αρχή] και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης [εφεξής παρεμβαίνουσα].

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

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 80/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αφενός απορρίφθηκε η προσφορά της και αφετέρου κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας, στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια - τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου ...».

2. Επειδή, με τη με αριθ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με

αντικείμενο την «Προμήθεια - τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου ...», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 374.121,00€ πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στις 20.02.2020 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων με ΑΔΑΜ:... και στις 21.02.2020 στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α ..., ενώ στις 19.02.2020 απεστάλη για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (Αρ. Δημοσίευσης ...). Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 30.03.2020 και ώρα 18.00 μ.μ. και ως ημερομηνία αποσφράγισης προσφορών ορίστηκε η 03.04.2020 και ώρα 11.30 π.μ. Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν 4 οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα: 1) ..., 2) ..., 3) ... και 4) .... Με την υπ' αριθμ. 80/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (προσβαλλόμενη) εγκρίθηκαν τα Πρακτικά με αριθμ. ... και ... της Επιτροπής Διαγωνισμού, απορρίφθηκαν οι προσφορές των οικονομικών φορέων ..., ... και ... (προσφεύγουσα) και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η ... (παρεμβαίνουσα). Ειδικότερα, η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας ήταν η εξής: *«Παράγραφος 6.4 Διακήρυξης: 1. Υποβολή Δειγμάτων σε ημερομηνία μεταγενέστερη της προθεσμίας Διακήρυξης, 2. Αποστολή μονών Δειγμάτων εκτός προδιαγραφών της παραγράφου 3 του άρθρου 214 του Ν.4412/2016»*.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ... ποσού ευρώ χιλίων οκτακοσίων εβδομήντα και εξήντα ενός λεπτών (€1.870,61), 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).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου της και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 374.121,00€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

5. 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) στις 27.07.2020.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, 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, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την απόρριψη της προσφοράς της καθώς και από την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, παρά το γεγονός ότι – κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας – αντίκειται σε όρους της Διακήρυξης.

7. Επειδή, η Παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στις 19.08.2020. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, η οποία έγινε με ηλεκτρονικά μέσα (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 11.08.2020. Η παρεμβαίνουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω Παρέμβασης, καθώς η υπό κρίση Προσφυγή στρέφεται κατά της υποβληθείσας προσφοράς της.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί τόσο κατά το μέρος που απέκλεισε την ίδια από τη διαγωνιστική διαδικασία όσο και κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: Α' Λόγος: Η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 2.2.2.1 και ...της Διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να έχει απορριφθεί για τον λόγο ότι κατέθεσε τη με αριθμό 451/7027478 εγγυητική επιστολή συμμετοχής, ποσού 7.483,00€, η οποία εκδόθηκε στις 23.03.2020, χωρίς να προκύπτει ότι ισχύει μέχρι 03.05.2021, όπως απαιτούσε η Διακήρυξη.

## Αριθμός απόφασης: 1210 / 2020

Παράλληλα, προβάλλει ότι η διάρκεια ισχύος της εγγυητικής επιστολής δεν καλύπτει την προαναφερόμενη απαίτηση, δεδομένου ότι ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 30.03.2020, ενώ η εγγυητική επιστολή εκδόθηκε στις 23.03.2020. Β' Λόγος: Η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 2.2.7 της Διακήρυξης σχετικά με τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, προβάλλοντας ότι τα υποβληθέντα από την παρεμβαίνουσα πιστοποιητικά (ειδικότερα: Α.3. Πιστοποιητικό 9001:2015 και Β.3. Πιστοποιητικό 14001:2015 της εταιρείας ... από το φορέα πιστοποίησης ...) δεν είναι σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, για τον λόγο ότι δεν αναφέρεται ότι ο εν λόγω κατασκευαστικός οίκος (...) διαθέτει πιστοποίηση για σχεδιασμό οργάνων παιδικών χαρών και δαπέδων ασφαλείας. Γ' Λόγος: Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι το υποβληθέν από την παρεμβαίνουσα δείγμα τμήματος σιδηροσωλήνα διαμέτρου 80mm / πάχους 2mm, παρουσιάζει διάμετρο 72mm, υπερβαίνοντας το περιθώριο ελαστικότητας +/- 5% της Διακήρυξης (4mm). Επίσης αναφέρει ότι αναζητήθηκε νέο δείγμα. Η προσφεύγουσα παραπέμπει στο κεφάλαιο «Τεχνικές προδιαγραφές» του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, επισημαίνοντας ότι όλοι οι προβλεπόμενοι όροι τίθενται επί ποινή αποκλεισμού και ότι η αναζήτηση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής νέου δείγματος δεν ήταν επιτρεπτή. Δ' Λόγος: Όσον αφορά την απόρριψη της δικής της προσφοράς, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 6.4 της Διακήρυξης (Δείγματα – Δειγματοληψία – Εργαστηριακές εξετάσεις), στο οποίο προβλέπεται ότι τα δείγματα κατατίθενται στο πρωτόκολλο του Δήμου δύο εργάσιμες ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Στη συνέχεια επισημαίνει ότι απέστειλε τα δείγματα με το Νο ... δελτίο αποστολής, το οποίο εστάλη στις 24.03.2020 και ώρα 11.06 π.μ. και παρελήφθη από το πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής στις 26.03.2020 (αρ. πρωτ. .../26.3.2020) ημέρα Πέμπτη, ενώ η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν η 30.03.2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 18.00 μ.μ. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, η αποστολή και παραλαβή των δειγμάτων ήταν εμπρόθεσμη. Περαιτέρω ισχυρίζεται ότι, σε κάθε περίπτωση, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι για το χρονικό διάστημα από 24.03.2020 έως

30.04.2020 και προς περιορισμό του κορωνοϊού Covid -19, παρατάθηκε η καταληκτική ημερομηνία προσφορών και εν γένει οι προθεσμίες της Διακήρυξης για δύο (2) μήνες, λαμβανομένων υπόψη των διατάξεων του άρθρου πρώτου των από 25.02.2020 (ΦΕΚ 42/A), 14.03.2020 (ΦΕΚ 64/A) και 20.03.2020 (ΦΕΚ 68/A) Πράξεων Νομοθετικού Περιεχομένου. Τέλος, η προσφεύγουσα επικαλείται τη με αριθμό 20319/24.03.2020 απόφαση του Υπουργού Μεταφορών (ΦΕΚ 1022/B), στην οποία προβλέπεται ότι αν η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών συμπίπτει με εξαιρετέα ημέρα ή αργία, η προθεσμία μεταφέρεται στην επόμενη εργάσιμη ημέρα. Ε' Λόγος: Αναφορικά με τον δεύτερο λόγο απόρριψης της προσφοράς της, η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 214 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 καθώς και του άρθρου 6.4 της Διακήρυξης, επισημαίνοντας ότι η Διακήρυξη θα έπρεπε να τονίζει ότι η κατάθεση των δειγμάτων έπρεπε να γίνει εις διπλούν.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε στην ΑΕΠΠ, ούτε ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ Απόψεις επί της Προσφυγής, παρά τη ρητή απαίτηση του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής, προβάλλοντας τους εξής ειδικότερους ισχυρισμούς σχετικά με τους λόγους (Α, Β, Γ) που στρέφονται κατά της προσφοράς της: Για τον Α' Λόγο: Η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι τόσο στον ηλεκτρονικό όσο και στον φυσικό φάκελο της προσφοράς της έχει προσκομίσει εγγυητική επιστολή συμμετοχής που εκδόθηκε από ... (υποκατάστημα ...) στις 23.03.2020 και ισχύει μέχρι την 03.05.2021, όπως ρητά προβλέπεται στο άρθρο 2.2.2 της Διακήρυξης. Επίσης, σημειώνει ότι το επικαλούμενο από την προσφεύγουσα άρθρο ... της Διακήρυξης αφορά στον χρόνο ισχύος των προσφορών και όχι των εγγυήσεων συμμετοχής. Για τον Β' Λόγο: Η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι η προσφεύγουσα αποφεύγει εντέχνως να αναφερθεί στο υπ' αριθμ. ... ηλεκτρονικό έγγραφο διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής με θέμα «Παροχή διευκρινίσεων περί πιστοποιήσεων τύπου ISO, για την προμήθεια με τίτλο Προμήθεια – τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του Δήμου ...», στο οποίο αναφέρεται ότι «Όσον αφορά τις ζητούμενες

πιστοποιήσεις ISO 9001 και 14001 από τον κατασκευαστή, οι οποίες αναφέρονται στην υπ' αρ. ... (αρ. ΑΔΑΜ: ...) διακήρυξη, θα γίνονται αποδεκτές όλες οι συναφείς με τον διαγωνισμό πιστοποιήσεις τύπου ISO, ήτοι όποιες αναφέρονται γενικά για τις παιδικές χαρές, χωρίς κάποια εξειδίκευση». Επομένως, η παρεμβαίνουσα συμπεραίνει ότι τα κατατεθειμένα από εκείνη ISO του κατασκευαστικού οίκου ... είναι εντός των όρων διακήρυξης του διαγωνισμού. Για τον Γ' Λόγο: Η παρεμβαίνουσα αναφέρει ότι με το αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο της ζητήθηκαν συμπληρωματικές πληροφορίες - διευκρινίσεις σχετικά με κατατεθειμένο δείγμα, καθώς «..... προέκυψε ότι το δείγμα του σημείου 7 "Τμήμα σιδηροσωλήνα διαμέτρου 80mm/πάχους 2mm" παρουσιάζει διάμετρο 72mm μικρότερη δηλαδή από το 80mm διάμετρο που απαιτείται από την διακήρυξη. Επί της παραπάνω απαιτητής διαμέτρου των 80mm τίθεται από την διακήρυξη περιθώριο ελαστικότητας 5% (+/-), δηλαδή 4mm, αλλά και σε αυτή την περίπτωση η διάμετρο του δείγματος υπολείπεται της απαιτητής από την διακήρυξη μετά την αφαίρεση του ποσοστού ελαστικότητας, που είναι 76mm.....». Στο ψηφιακά υπογεγραμμένο απαντητικό έγγραφο της παρεμβαίνουσας, που αναρτήθηκε στο σύστημα ΕΣΗΔΗΣ ..., αναφέρονται τα εξής: «...θεωρούμε ότι ο έλεγχος για την μέτρηση διαμέτρου που πραγματοποιήσατε στο εν λόγω δείγμα, πραγματοποιήθηκε στην εσωτερική διάμετρο του δείγματος και όχι στην εξωτερική διάμετρο όπως θα έπρεπε.....». Η Επιτροπή Διαγωνισμού έπειτα από επανέλεγχο μέτρησης του εν λόγω δείγματος αποφάνθηκε ότι εκ παραδρομής είχε μετρηθεί λανθασμένα η διάμετρος του δείγματος και ότι το δείγμα ήταν εντός των ορίων που έθετε ο διαγωνισμός. Η παρεμβαίνουσα καταλήγει στο συμπέρασμα ότι τα δείγματά της είναι σύμφωνα με τους όρους διακήρυξης και εντός των ορίων που θέτει ο διαγωνισμός.

11. 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 αποφαίνεται 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.*

12. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

13. 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 (...κλπ).

14. 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 ..., σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, ..., σκέψη 54 κλπ).

15. 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 διαγωνιζομένων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

16. Επειδή, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης συνιστούν ουσιώδεις και απαράβατους όρους και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, καθιστώντας απορριπτέα κάθε αποκλίνουσα προσφορά, κατά πάγια νομολογία των Δικαστηρίων (ΣΤΕ ΕΑ 409/2009, ΔΕφΑθ Αναστ. 350/2013, 545/2014, 446/2015).

17. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας (Δ' λόγο της υπό κρίση Προσφυγής), με τον οποίο προβάλλει ότι υπέβαλε εμπρόθεσμα τα δείγματα και δεν έπρεπε να αποκλειστεί από τη διαγωνιστική διαδικασία, επισημαίνονται τα εξής: Στο άρθρο 6.4 της Διακήρυξης (Δείγματα – Δειγματοληψία – Εργαστηριακές εξετάσεις) προβλέπεται ότι: «Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να καταθέσει (επί ποινή αποκλεισμού) και δείγματα των ζητούμενων, σύμφωνα με την παράγραφο 3 άρθρο 214 του Ν.4412/2016 και με τις τεχνικές προδιαγραφές υλικών των



προμηθευόμενων ειδών (κεφάλαιο “Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος I της Διακήρυξης), δύο (2) εργάσιμες ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, στο πρωτόκολλο του Δήμου ... [...]». Στο Πρακτικό με αριθμ. ... της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφέρεται σχετικά ότι: «Με δεδομένο ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολή προσφορών είναι η 30-03-2020 ημέρα Δευτέρα, οι δυο εργάσιμες ημέρες που πρέπει να μεσολαβήσουν από την καταληκτική ημερομηνία είναι η Παρασκευή 27-03-2020 και η Πέμπτη 26-03-2020, η τελευταία ημέρα υποβολής δειγμάτων είναι η 25-03-2020 που είναι αργία λόγω Εθνικής Εορτής, οπότε η καταληκτική ημερομηνία υποβολής δειγμάτων στο πρωτόκολλο του Δήμου ... (επί ποινή αποκλεισμού) θεωρούμε ότι είναι η Τρίτη 24-03-2020». Η ερμηνεία αυτή ωστόσο δεν είναι συμβατή με τη γραμματική διατύπωση της Διακήρυξης. Λαμβάνοντας υπόψη ότι ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είχε ορισθεί η 30.03.2020 (ημέρα Δευτέρα) και ώρα 18.00 μ.μ., διαπιστώνεται ότι η εμπρόθεσμη υποβολή των δειγμάτων μπορούσε να λάβει χώρα έως την 26.03.2020 (ημέρα Πέμπτη) και ώρα 18.00 μ.μ., ώστε να μεσολαβούν τουλάχιστον δύο πλήρεις εργάσιμες ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία και ώρα υποβολής των προσφορών. Με άλλα λόγια, δεδομένου ότι οι προσφορές μπορούσαν να υποβληθούν έως τις 18.00 μ.μ., η Δευτέρα 30.03.2020 θα πρέπει να θεωρηθεί ως μία από τις δύο εργάσιμες ημέρες. Λαμβάνοντας δε υπόψη και την (προβλεπόμενη στη Διακήρυξη, αλλά ούτως ή άλλως αυτονόητη) απαίτηση τα δείγματα να παραληφθούν από το πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής, το οποίο δεν διευκρινίζεται μέχρι ποια ώρα είναι ανοιχτό, διαπιστώνεται ότι τα δείγματα έπρεπε να υποβληθούν τελικώς το αργότερο την 26.03.2020 μέχρι τη λήξη του ωραρίου. Σε συνέχεια των ανωτέρω και δεδομένου ότι η προσφεύγουσα προβάλλει ότι υπέβαλε τα δείγματά της στις 26.03.2020, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητείται από την αναθέτουσα αρχή, προκύπτει ότι ο πρώτος λόγος απόρριψης της προσφοράς της ήταν μη νόμιμος και, συνακόλουθα, ο Δ' λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός.

18. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο απόρριψης της προσφοράς της (Ε' λόγο της υπό κρίση Προσφυγής), με τον οποίο η

προσφεύγουσα προβάλλει ότι η Διακήρυξη δεν απαιτούσε ρητά την υποβολή δειγμάτων εις διπλούν, επισημαίνονται τα εξής: Στο άρθρο 6.4 της Διακήρυξης (Δείγματα – Δειγματοληψία – Εργαστηριακές εξετάσεις) προβλέπεται ότι: «Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να καταθέσει (επί ποινή αποκλεισμού) και δείγματα των ζητούμενων, σύμφωνα με την παράγραφο 3 άρθρο 214 του Ν.4412/2016 και με τις τεχνικές προδιαγραφές υλικών των προμηθευόμενων ειδών (κεφάλαιο “Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης), δύο (2) εργάσιμες ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, στο πρωτόκολλο του Δήμου ... [...]». Περαιτέρω, στο άρθρο 214 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, στο οποίο παραπέμπει ρητά η Διακήρυξη, προβλέπεται ότι: «3. Τα δείγματα όλων των κατηγοριών κατατίθενται στην αρμόδια υπηρεσία, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης, εις διπλούν (δείγμα - αντίδειγμα) με εξαίρεση: α) Τα δείγματα των φορέων, εκτός αν η υπηρεσία έχει ορίσει διαφορετικά. β) Τα δείγματα τα οποία, λόγω της φύσης τους ή της αξίας τους, δεν μπορούν να αποσταλούν ή να υποβληθούν εις διπλούν. γ) Τα δείγματα που λαμβάνουν οι επιτροπές παραλαβής κατά την διαδικασία ελέγχου των προς παραλαβή συμβατικών υλικών, τα οποία λαμβάνονται μεν εις διπλούν, πλην όμως, το ένα απ’ αυτά αποστέλλεται απευθείας από την επιτροπή για εργαστηριακή εξέταση ή χρησιμοποιείται για πρακτική δοκιμασία». Λαμβάνοντας υπόψη ότι τα δείγματα της εν λόγω Διακήρυξης δεν ανήκουν σε μία από τις εξαιρέσεις των κατηγοριών α), β), γ), διαπιστώνεται ότι οι προσφέροντες στη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία έπρεπε επί ποινή αποκλεισμού να υποβάλουν τα δείγματα εις διπλούν. Η δε παραπομπή στο άρθρο 214 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 είναι ρητή και δεν καταλείπει αμφιβολία σχετικά με την εν λόγω απαίτηση. Κατόπιν των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι, εφόσον η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι υπέβαλε μονά δείγματα, ορθώς αποκλείστηκε από τη διαγωνιστική διαδικασία. Κατά συνέπεια, ο Ε’ λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

19. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει με έννομο συμφέρον αιτιάσεις κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, για τον λόγο ότι, αν και

στην προηγούμενη σκέψη κρίθηκε ότι ορθώς απορρίφθηκε η προσφορά της, ωστόσο δεν έχει καταστεί ακόμη οριστικώς αποκλεισθείσα.

20. Επειδή, όσον αφορά τον Α' λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, με τον οποίο προβάλλεται ότι η εγγυητική επιστολή της παρεμβαίνουσας δεν καλύπτει τον απαιτούμενο από τη Διακήρυξη χρόνο ισχύος, επισημαίνονται τα εξής: Στο άρθρο 2.2.1 της Διακήρυξης προβλέπεται ότι: «2.2.2.1. Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, που ανέρχεται στο ποσό των 7.483,00 € (επτά χιλιάδες τετρακόσια ογδόντα τρία ευρώ) Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η εγγύηση συμμετοχής περιλαμβάνει και τον όρο ότι η εγγύηση καλύπτει τις υποχρεώσεις όλων των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν στην ένωση. Η εγγύηση συμμετοχής πρέπει να ισχύει τουλάχιστον για τριάντα (30) ημέρες μετά τη λήξη του χρόνου ισχύος της προσφοράς του άρθρου ...της παρούσας, ήτοι μέχρι 03-05-2021, άλλως η προσφορά απορρίπτεται. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί, πριν τη λήξη της προσφοράς, να ζητά από τον προσφέροντα να παρατείνει, πριν τη λήξη τους, τη διάρκεια ισχύος της προσφοράς και της εγγύησης συμμετοχής». Από την επισκόπηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας στο ΕΣΗΔΗΣ προέκυψε ότι στο σώμα της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της αναγράφεται ρητά ότι η τελευταία ισχύει έως τις 03.05.2021, όπως ακριβώς απαιτεί η Διακήρυξη. Ο χρόνος έκδοσης της εν λόγω εγγύησης (23.03.2020) ουδόλως επηρεάζει τη διάρκεια ισχύος της, δεδομένου ότι αυτή προβλέπεται με τρόπο ρητό και αδιαμφισβήτητο. Κατόπιν των ανωτέρω, ο Α' λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και να γίνουν αντίστοιχα δεκτοί οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

21. Επειδή, όσον αφορά τον Β' λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, με τον οποίο προβάλλεται ότι τα πιστοποιητικά Α.3. Πιστοποιητικό 9001:2015 και Β.3. Πιστοποιητικό 14001:2015 της εταιρείας ... από το φορέα πιστοποίησης ... δεν αποδεικνύουν πιστοποίηση στο σχεδιασμό οργάνων παιδικών χαρών και δαπέδων ασφαλείας, επισημαίνονται τα εξής: Στο άρθρο 2.2.7 της Διακήρυξης (Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης)

προβλέπεται ότι: «i) Οι οικονομικοί φορείς οφείλουν να διαθέτουν: σχετικά με την εγκατάσταση και τεχνική υποστήριξη εξοπλισμού παιδικών χαρών εφόσον οι ίδιοι θα αναλάβουν την εγκατάσταση και τεχνική υποστήριξη των οργάνων. 1. Πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας ISO 9001. 2. Πιστοποιητικό περιβαλλοντικής διαχείρισης ISO 14001. Εφόσον ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες τρίτου για την εγκατάσταση και τεχνική υποστήριξη των οργάνων τότε τα εν λόγω πιστοποιητικά θα πρέπει να έχουν εκδοθεί στο όνομα αυτού. ii) Ο κατασκευαστικός οίκος των οργάνων θα πρέπει να διαθέτει: 1. Πιστοποιητικό ISO 14001 «Σύστημα περιβαλλοντικής διαχείρισης» για σχεδιασμό, κατασκευή οργάνων παιδικών χαρών και δαπέδων ασφαλείας, ή άλλο ισοδύναμο πιστοποιητικό. 2. Πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας ISO 9001, για σχεδιασμό, κατασκευή οργάνων παιδικών χαρών και δαπέδων ασφαλείας, ή άλλο ισοδύναμο πιστοποιητικό». Στις 24.03.2020, όπως βάσιμα προβάλλει η παρεμβάινουσα, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ το υπ' αριθμ. ...έγγραφο της με θέμα την «Παροχή διευκρινίσεων περί πιστοποιήσεων τύπου ISO, για την προμήθεια με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ - ΤΟΠΟΘΕΤΗΣΗ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΧΑΡΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...», αρ. Διακήρυξης ..., Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ...», το οποίο αναφέρει τα εξής: «1. Όσον αφορά τις ζητούμενες πιστοποιήσεις ISO 9001 και 14001 από τον κατασκευαστή, οι οποίες αναφέρονται στην υπ' αρ. ... (αρ. ΑΔΑΜ: ...) διακήρυξη, θα γίνονται αποδεκτές όλες οι συναφείς με τον διαγωνισμό πιστοποιήσεις τύπου ISO, ήτοι όποιες αναφέρονται γενικά για τις παιδικές χαρές, χωρίς κάποια εξειδίκευση. 2. Όσον αφορά ζητούμενες πιστοποιήσεις ISO του οικονομικού φορέα, γίνονται δεκτά μόνο τα ζητούμενα στη διακήρυξη. Τα ανωτέρω κρίνονται απαραίτητα, καθώς ο Δήμος ... δίνει ιδιαίτερη βαρύτητα στην ορθή τοποθέτηση και εγκατάσταση των ειδών της μελέτης, ώστε να λάβει το σχετικό πιστοποιητικό συμμόρφωσης και να τεθεί σε νόμιμη λειτουργία η κάθε παιδική χαρά». Κατόπιν της ανωτέρω αναφερόμενης διευκρίνισης κατέστη σαφές ότι ειδικά για τους κατασκευαστές έπρεπε να υποβληθούν πιστοποιητικά τύπου ISO τα οποία να καταλαμβάνουν οποιαδήποτε δραστηριότητα, η οποία να είναι συναφής με παιδικές χαρές, κατά παρέκκλιση από τα προβλεπόμενα

στο άρθρο 2.2.7 της Διακήρυξης. Συνακόλουθα, τα υποβληθέντα πιστοποιητικά ISO της εταιρείας ... ήταν σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης και ορθώς έγιναν δεκτά από την αναθέτουσα αρχή. Κατά συνέπεια, ο Β' λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί και να γίνουν αντίστοιχα δεκτοί οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

22. Επειδή, όσον αφορά τον Γ' λόγο της υπό κρίση Προσφυγής, με τον οποίο προβάλλεται ότι το υποβληθέν από την παρεμβαίνουσα δείγμα τμήματος σιδηροσωλήνα διαμέτρου 80mm / πάχους 2mm, παρουσιάζει διάμετρο 72mm, υπερβαίνοντας το περιθώριο ελαστικότητας +/- 5% της Διακήρυξης (4mm), επισημαίνονται τα εξής: Με το υπ' αριθμ. ...έγγραφο της αναθέτουσας αρχής ζητήθηκαν από την παρεμβαίνουσα συμπληρωματικές πληροφορίες - διευκρινίσεις σχετικά με κατατεθειμένο δείγμα, καθώς «..... προέκυψε ότι το δείγμα του σημείου 7 "Τμήμα σιδηροσωλήνα διαμέτρου 80mm/πάχους 2mm" παρουσιάζει διάμετρο 72mm μικρότερη δηλαδή από το 80mm διάμετρο που απαιτείται από την διακήρυξη. Επί της παραπάνω απαιτητής διαμέτρου των 80mm τίθεται από την διακήρυξη περιθώριο ελαστικότητας 5% (+/-), δηλαδή 4mm, αλλά και σε αυτή την περίπτωση η διάμετρο του δείγματος υπολείπεται της απαιτητής από την διακήρυξη μετά την αφαίρεση του ποσοστού ελαστικότητας, που είναι 76mm....». Όπως προκύπτει από το Πρακτικό υπ' αριθμ. ..., η παρεμβαίνουσα ανταποκρινόμενη στο παραπάνω αίτημα υπέβαλλε με το υπ' αριθμ. ... έγγραφο νέο δείγμα συνοδευόμενο από το Νο ... δελτίο αποστολής και απέστειλε σχετική απαντητική επιστολή μέσω της ηλεκτρονικής επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ, ως εξής: «...θεωρούμε ότι ο έλεγχος για την μέτρηση διαμέτρου που πραγματοποιήσατε στο εν λόγω δείγμα, πραγματοποιήθηκε στην εσωτερική διάμετρο του δείγματος και όχι στην εξωτερική διάμετρο όπως θα έπρεπε.....». Η Επιτροπή Διαγωνισμού, αφού συμβουλευτήκε την αρμόδια Τεχνική Υπηρεσία, προέβη σε εκ νέου μακροσκοπικό έλεγχο, λαμβάνοντας υπόψη και το απαντητικό έγγραφο του προμηθευτή όπου αναφέρει ότι η μέτρηση διαμέτρου στο εν λόγω δείγμα έπρεπε να πραγματοποιηθεί στην εξωτερική διάμετρό του και όχι στην εσωτερική. Μετά τα παραπάνω η Επιτροπή αποδέχθηκε το δείγμα

του σημείου 7 «Τμήμα σιδηροσωλήνα διαμέτρου 80mm / πάχους 2mm». Από τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει ότι το εν λόγω τμήμα σιδηροσωλήνα ήταν σύμφωνο με τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, αλλά η αναθέτουσα αρχή είχε προβεί σε εσφαλμένη μέτρηση (στην εσωτερική διάμετρο του δείγματος, αντί για την εξωτερική) και ορθώς έγινε δεκτό από την αναθέτουσα αρχή. Κατόπιν των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι ο Γ' λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί και να γίνουν δεκτοί αντίστοιχα οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα Παρέμβαση.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 1.870,61€, που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

25. Επειδή, κατόπιν της με αριθ. 86/17.09.2020 πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ, η παρούσα υπογράφεται για την έκδοσή της από τον Πρόεδρο του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, Χρήστο Σώκο, και το Γραμματέα του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, Ηλία Χατζηλία.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 1.870,61€ στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11.09.2020 και εκδόθηκε στις 30.09.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Χρήστος Σώκος**

**Ηλίας Χατζηλίας**