

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 9 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7-9-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1236/7-9-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... Ο.Ε.» νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της με αρ. πρωτ. Απόφασης της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε την προσφορά του και ματαίωσε τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΑΡΜΑΡΟΥ ΕΡΓΟΥ ΑΠΟΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 194.167,74 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. διακήρυξη, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 29-6-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 2-7-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

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. και ποσού 970,85 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, με την εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, από 7-9-2020 κατατεθείσα προσφυγή του, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της από 27-8-2020 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, καθ' ο μέρος απεκλείσθη η προσφορά του προσφεύγοντος και συνεπεία του αποκλεισμού του συνόλου των μετ' αυτού μετεχόντων ματαιώθηκε η διαδικασία, υπό την αιτιολογία ότι υπέβαλε με τις από 24-8-2020 διευκρινίσεις του, κατόπιν κλήσης της αναθέτουσας, μόνο συμβόλαιο μίσθωσης του λατομείου της εταιρείας με το οποίο θα συνεργαζόταν και όχι άδεια εκτμεάλλευσης του λατομείου, εκδοθείσα από το αρμόδιο Υπουργείο, στο πλαίσιο της εμπίπτουσας, λόγω χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ και εκτιμώμενης αξίας, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, η δε αναθέτουσα αντικρούει με τις από 15-9-2020 Απόψεις της, κατά των οποίων ασκεί το από 3-10-2020 Υπόμνημά του, ο προσφεύγων. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, όπως βάσιμα ο προσφεύγων ισχυρίζεται σε κανένα σημείο της η διακήρυξη δεν απαίτησε την υποβολή αδειών και εν γένει νομιμοποιητικών εγγράφων περί της λειτουργίας του λατομείου από το οποίο ο προσφέρων της νυν διαδικασίας θα προμηθευτεί το αγαθό, ήτοι το μάρμαρο. Δια των κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεων εξάλλου, είναι δυνατή η αποσαφήνιση πληροφοριών και στοιχείων που ήδη υποβλήθηκαν με την προσφορά, εφόσον βέβαια αυτές οι πληροφορίες και στοιχεία αποκρίνονται σε συμμόρφωση με όρους του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας, χωρίς η αναθέτουσα να δύναται, κατά παράβαση της τυπικότητας και της δεσμευτικότητας του τελευταίου να μεταβάλλει αυτό και να εισάγει νέους όρους δια των κλήσεων της προς παροχή διευκρινίσεων, ήτοι ζητώντας το πρώτον, ουδόλως απαιτηθέντα εξαρχής έγγραφα προς απόδειξη μη απαιτηθέντων, εξαρχής προσόντων και επομένως, στην περίπτωση αυτή δεν δύναται να αποκλείσει προσφέροντα που δεν προσκόμισε ή προσκόμισε ανεπιτυχώς ή

ελλιπώς, κατόπιν κλήσης της προς διευκρινίσεις, έγγραφα και στοιχεία που δεν απαιτούνται από τη διακήρυξη και δεν αφορούν προσόντα που έπρεπε να αποδειχθούν με την προσφορά. Με την από 18-8-2020 κλήση της αναθέτουσας προς διευκρινίσεις, ζητήθηκε μη νομίμως από τον προσφεύγοντα να προσκομίσει συμπληρωματικά στοιχεία και να γνωστοποιήσει συγκεκριμένα τα στοιχεία που κατοχυρώνουν τη σύννομη λειτουργία των λατομείων και το ιδιοκτησιακό καθεστώς αυτών (άδεια εκμετάλλευσης λατομείου, συμβόλαιο ιδιοκτησίας ή μίσθωσης) με τα οποία πρόκειται να συνεργαστεί, χωρίς όμως τα ανωτέρω να προβλέπονται και να σχετίζονται με οιαδήποτε απαίτηση της διακήρυξης, η οποία πάντως ούτως ή άλλως, αν υφίστατο εξαρχής δεν θα δύνατο να καλυφθεί με εκ των υστέρων διευκρινίσεις. Άλλωστε, η εκμεταλλεζόμενη το λατομείο επιχείρηση συνιστά απλό προομηθευτή του προσφέροντα, χωρίς μάλιστα να απαιτηθεί οι προσφέροντες να συνιστούν οι ίδιοι λατομεία και να προμηθεύουν αποκλειστικά δικής τους παραγωγής μάρμαρο, αφού κατά τον όρο 1.3 της διακήρυξης, το συμβατικό αντικείμενο συνίσταται σε προμήθεια, δηλαδή πώληση μαρμάρου και όχι στην εκτέλεση λατομικής και αυτοπρόσωπης παραγωγικής δραστηριότητας για λογαριασμό της αναθέτουσας και άρα, η εκμεταλλεζόμενη το λατομείο επιχείρηση (που συνιστά διάφορη του προσφεύγοντος επιχείρηση με άλλη επωνυμία, αλλά και ΑΦΜ) δεν αποτελεί ούτε τρίτο παρέχοντα στήριξη προς πλήρωση κανενός κριτηρίου επιλογής (κανένα δε κριτήριο επιλογής της διακήρυξης της διακήρυξης ούτως ή άλλως, δεν αφορά το λατομείο και την αδειοδότηση του) ούτε υπεργολάβο ούτε συμπροσφέροντα σε ένωση με τον προσφεύγοντα και επομένως, η αναθέτουσα δεν δύναται κατ' άρ. 79 παρ. 5 Ν. 4412/2016 να ζητά προώρως κατά την αξιολόγηση τα αφορώντα μόνο τους προσφέροντες, τους τρίτους που παρέχουν στήριξη και ανά περίπτωση και τους υπεργολάβους, οριστικά αποδεικτικά στοιχεία (δικαιολογητικά κατακύρωσης) κατά την αξιολόγηση προσφορών και τούτο πέραν του ότι όσα ζήτησε δεν αποκρίνονται σε κανένα κριτήριο επιλογής, ενώ δεν αφορούν καμία απαίτηση του ΠΙΝΑΚΑ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ και της κατ' άρ. 2.4.3.2 τεχνικής προσφοράς. Συνεπώς, ούτως ή άλλως, εξαρχής η ως άνω κλήση προς διευκρινίσεις και η οικεία

απάντηση σε αυτή, ουδόλως δύναται να συγκροτήσει λόγο αποκλεισμού, αφού η κλήση και η απάντηση, όπως και η ερειδόμενη επί αυτών εν τέλει αιτιολογία αποκλεισμού του προσφεύγοντος δεν ευρίσκουν έρεισμα στους επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης. Και ναι μεν, η αναθέτουσα δεν εμποδίζεται, εφόσον διαγνώσκει ότι παρέλειψε κατά τη σύνταξη της διακήρυξης να θεσπίσει κρίσιμους, αναγκαίους ή και υποχρεωτικούς κατά την κείμενη νομοθεσία όρους, με αποτέλεσμα ούτως να εμφιλοχωρεί κρίσιμη νομική πλημμέλεια στην όλη διαδικασία, να ματαιώσει υπό τη διαδικασία του άρ. 106 παρ. 3 Ν. 4412/2016, δεν δύναται όμως, απλώς να μεταβάλει μεσούσης της διαδικασίας το κανονιστικό της περιεχόμενο, εισάγοντας νέους κατά την αξιολόγηση όρους και απαιτήσεις κατά παράβαση δε και της αρχής της διαφάνειας, προς αποκλεισμό προσφορών. Άλλωστε, εν προκειμένω η προσβαλλόμενη δεν ματαιώνει λόγω εμφιλοχώρησης παρανομίας κατά το στάδιο της διακήρυξης και δη, εξαιτίας παράλειψης πρόβλεψης των οικείων όρων περί αδείας και ιδιοκτησιακού καθεστώτος λατομείου, αλλά λόγω αποκλεισμού του συνόλου των μετεχόντων, μεταξύ άλλων και ειδικώς του προσφεύγοντος, που απεκλείσθη λόγω μη απόδειξης συμμόρφωσης του με ανύπαρκτη απαίτηση και ελλιπή ως προς μη προβλεφθείσα απαίτηση απάντηση σε κλήση προς διευκρινίσεις που εκφεύγουν των απαιτήσεων της διακήρυξης, ως προς τα εξ αυτών ζητούμενα. Εξάλλου, το προβαλλόμενο ζήτημα περί του αν το δια των διευκρινίσεων του προσφεύγοντος υποβληθέν συμφωνητικό μίσθωσης του λατομείου συνιστά ή όχι άδεια εκμετάλλευσης του, δεν δύναται να κριθεί, αφού προϋποθέτει σαφή όρο της ίδιας της διακήρυξης περί συγκεκριμένης απαίτησης περί τέτοιας αδείας ή συμφωνητικού ή άλλου νομίμου μέσου, που όμως δεν υφίσταται και αν τυχόν είχε άλλωστε, συμπεριληφθεί στη διακήρυξη, θα δύναται να εξεταστεί το ζήτημα στο πλαίσιο της νομιμότητας του όρου δια προσφυγής κατά της διακήρυξης, δεν είναι όμως τούτο εξεταστέο κατά την αξιολόγηση, η οποία διεξάγεται βάσει των ήδη τεθέντων, νομίμως ή μη, πάντως μη αμφισβητηθέντων, όρων της διακήρυξης. Επιπλέον, αλυσιτελώς δια των Απόψεων της και των συμπροσκομισθέντων μετ' αυτών εγγράφων και δη, και του με αρ. πρωτ. εγγράφου του Υπουργείου, προς απάντηση ερωτήματος της 8-9-2020 της

αναθέτουσας, η τελευταία επικαλείται τη μη αδειοδότηση του συνεργαζόμενου με τον προσφεύγοντα λατομείου, επικαλούμενη ότι «1)Η επιτροπή [διαγωνισμού] κατά τη διάρκεια των συνεδριάσεων της για την αξιολόγηση των .Δικαιολογητικών συμμετοχής – Τεχνική προσφορά. και βασιζόμενη στο Ν. 4014/ 2011 (Α΄ 209) Περιβαλλοντική αδειοδότηση έργων και δραστηριοτήτων, ρύθμιση αυθαιρέτων σε συνάρτηση με δημιουργία περιβαλλοντικού ισοζυγίου και άλλες διατάξεις αρμοδιότητας Υπουργείου καθώς και του αρ. 4 του Κανονισμού Μεταλλευτικών & Λατομικών Εργασιών (ΚΜΛΕ, ΦΕΚ 1227/Β/2011) σύμφωνα με τα οποία ο εκμεταλλευτής θα πρέπει να διαθέτει εγκεκριμένη Μελέτη Περιβαλλοντικών Επιπτώσεων για το μεταλλευτικό ή λατομικό έργο και να τηρεί τους εκάστοτε ισχύοντες περιβαλλοντικούς όρους, καθώς και να διαθέτει εγκεκριμένη τεχνική μελέτη οπότε και απαιτείται η αντίστοιχη άδεια εκμετάλλευσης λατομείου από το Υπουργείο για τη σύννομη λειτουργία ενός λατομείου, αιτήθηκε την προσκόμιση συμπληρωματικών στοιχείων από τους προσφέροντες, προς απόδειξη της σύννομης λειτουργίας των λατομείων από τα οποία οι ίδιοι έχουν δηλώσει στην τεχνική τους προσφορά ότι προτίθενται να προμηθευτούν τους εν λόγω όγκους μαρμάρου. Σας αναφέρουμε ότι αυτό επιβεβαιώνεται και με ενέργειες της Επιτροπής προς την Γενική Διεύθυνση Σώματος Επιθεωρητών και Ελεγκτών ΥΠΕΝ –Σώμα Επιθεώρησης Βορείου Ελλάδος, Τμήμα επιθεώρησης Μεταλλείων. (Βλ. συνημμένα το αριθμ. έγγραφο της Εφορείας και την αριθμ. απάντηση) που έγιναν μετά την κατάθεση της Προδικαστικής Προσφυγής.» Και τούτο, διότι κατά τα ανωτέρω, ουδόλως δύνατο να θεσπίσει το πρώτον τις οικείες απαιτήσεις που επικαλείται δια των ως άνω ότι δεν πληροί ο προσφεύγων και μάλιστα, το μετ' αυτού συνεργαζόμενο λατομείο, ενώ τις απαιτήσεις αυτές δεν τις προέβλεψε και δη, με οιαδήποτε σαφήνεια στη διακήρυξη. Εξάλλου, ναι μεν δεν αμφισβητείται ότι η αναθέτουσα, δεδομένης και της φύσης της προμήθειας, δύνατο να θεσπίσει απαιτήσεις σχετικές με την κατά την οικεία εξορυκτική, λατομική και περιβαλλοντική νομοθεσία, αφορούν τη νόμιμη δραστηριότητα της λατομικής δραστηριότητας, ήτοι της δραστηριότητας παραγωγής μαρμάρου, όμως δεν τις θέσπισε και δεν δύναται να τις εισάγει το πρώτον μετά την υποβολή

προσφορών, ασχέτως αν οι όροι αυτοί, εφόσον είχαν προβλεφθεί εξ αρχής στη διακήρυξη θα είχαν συμπεριληφθεί σε αυτή συννόμως ή όχι. Επομένως, μη νομίμως σε κάθε περίπτωση απεκλείσθη ο προσφεύγων, με αποτέλεσμα ομοίως να μην είναι νόμιμη, η ερειδόμενη αποκλειστικά στον αποκλεισμό του συνόλου των μετεχόντων και του αγόνου του διαγωνισμού, ματαίωση και κατ' αποτέλεσμα, παρέλκει η εξέταση των λοιπών κατά της προσβαλλομένης λόγων και ισχυρισμών της προσφυγής.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα και ματαίωσε, συνεπεία αναγκαίως και του αποκλεισμού του, τη διαδικασία.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. και ποσού 970,85 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. πρωτ.27-8-2020 Απόφαση της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα και ματαίωσε, συνεπεία του αποκλεισμού του, τη διαδικασία.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. και ποσού 970,85 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9-10-2020 και εκδόθηκε στις 15-10-2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ

