

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 9-8-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Γερασιμούλα Μαρία Δρακονταειδή, σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 19-7-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1458/21-7-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 12-7-2021 με αριθμό πρωτ. 44573/09-07-2021 απόφασης της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον ίδιο και έκρινε έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα ..., ως προς τα είδη αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 111.200 ευρώ Αυτόκαυστος κλίβανος, Συσκευή φωτοπολυμερισμού, Εντοπιστής ακρορριζίου (είδη 5, 6, και 8), στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την προμήθεια ΟΔΟΝΤΙΑΤΡΙΚΩΝ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 447.741,94 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 15-1-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 19-1-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 26-7-2021 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. ...και ποσού 600 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 19-7-2021 προσφυγή κατά της από 12-7-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών-οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος αποκλείσθηκε ο προσφεύγων και κρίθηκε αποδεκτός και προσωρινός ανάδοχος ο ως άνω οικονομικός φορέας. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη διότι «δεν κατέθεσε ούτε σε φυσική μορφή ούτε ηλεκτρονικά, έγγραφα τραπέζης που να αποδεικνύουν την πιστοληπτική του ικανότητα, όπως απαιτείται με ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη». Ο δε όρος 2.2.5.α ορίζει το εξής κριτήριο επιλογής «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα αποδεικνύεται με τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) Κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις: Κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης . Η πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης πρέπει να είναι τουλάχιστον το ίσο του μέσου ετήσιου κύκλου εργασιών της τελευταίας τριετίας, πάντως, να καλύπτει το προϋπολογιζόμενο ποσό χωρίς Φ.Π.Α..», το δε δικαιολογητικό κατακύρωσης του όρου 2.2.9.2.B.3 περί οριστικής απόδειξης του ως άνω κριτηρίου υποβάλλεται στο στάδιο προσωρινού αναδόχου. Πλην όμως, τούτο δεν αναιρεί ότι η τυχόν βέβαιη έλλειψη του κατά το κρίσιμο για την ύπαρξη του σημείο της υποβολής προσφοράς, κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 δεν συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς (Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων όντως υπέβαλε με την προσφορά του το από 23-2-2021 έγγραφο της ALPHA BANK, που αποκλειστικά αναφέρει ότι η Τράπεζα συνεργάζεται με την ανωτέρω εταιρία ως προς τα εξής τραπεζικά προϊόντα: κεφάλαιο κίνησης, εγγυητικές επιστολές, εταιρική κάρτα, λογαριασμός όψεως και η συνεργασία τους εξελίσσεται ομαλώς. Το έγγραφο αυτό όμως, όπως βάσιμα προβάλλει η αναθέτουσα, ουδόλως έχει χαρακτήρα βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας,

δεν αναφέρει οτιδήποτε σχετικό και ακόμη δεν αναφέρει και κανένα ποσό βεβαίωσης, πολλώ δε μάλλον το εκ του ως άνω όρου, ζητούμενο και αυτό ενώ ρητά ο προσφεύγων προσδιορίζει στην προσφυγή του ότι η συγκεκριμένη ήταν η βεβαίωση δια της οποίας καλύπτεται το παραπάνω υπό 2.2.5.α κριτήριο. Συνεπώς, αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ότι υπέβαλε το ως άνω έγγραφο, αφού όντως δεν συνιστά το ζητούμενο έγγραφο και συγκεκριμένα όχι απλά δεν πληροί τα τεθέντα όρια, αλλά δεν έχει καν εξαρχής χαρακτηρη βεβαίωσης πιστοληπτικής ικανότητας, όπως ορθά έκρινε η αναθέτουσα. Άλλωστε, αβασίμως ο προσφεύγων επικαλείται ότι έπρεπε να κληθεί σε διευκρινίσεις, αφού εκτός του ότι δεν είναι κατά χρόνο εφαρμοστέο επί της διαδικασίας το άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως από 9-3-2021 ισχύει κατ' άρ. 42 Ν. 4782/2021, καταλαμβάνοντας τις εφεξής προκηρυσσόμενες διαδικασίες, ελλείπει μεταβατικής διάταξης περί του ότι η νέα διάταξη καταλαμβάνει τις εκκρεμείς διαδικασίες, σε κάθε περίπτωση, η ως άνω έλλειψη δεν είναι διορθωτέα είτε υπό το ισχύον στη νυν διαδικασία ούτε από το κατ' άρ. 42 Ν. 4782/2021 ισχύον, περιεχόμενο του άρ. 102 Ν. 4412/2016. Και αυτό, διότι ενώ ο προσφεύγων ουδόλως επικαλείται ύπαρξη τυχόν άλλου εγγράφου πριν την υποβολή της προσφοράς, πλην του συγκεκριμένου, το μόνο δυνάμενο να υποβάλει πλέον είναι το πρώτον τυχόν βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, η οποία όμως δεν καλύπτει προφανώς τον χρόνο υποβολής προσφορών και θα βεβαιώνει τυχόν συνθήκες ισχύουσες κατά την αξιολόγηση. Συνεπώς, κατ' απόρριψη των ισχυρισμών της προσφυγής, νομίμως απεκλείσθη ο προσφεύγων, χωρίς τούτο να αναιρεί το έννομο συμφέρον του ως μη οριστικώς αποκλεισθέντος, να αμφισβητεί την αποδοχή του ως άνω συνδιαγωνιζομένου.

4. Επειδή, όσον αφορά το στρεφόμενο κατά του καθ' ου, σκέλος της προσφυγής, η προδιαγραφή 13 ΓΕΝΙΚΩΝ ΟΡΩΝ σελ. 72 της διακήρυξης ορίζει ότι «Ο προμηθευτής υποχρεούται να απεγκαταστήσει το υπάρχον μηχάνημα από τον χώρο και στην περίπτωση που είναι λειτουργικό, να το εγκαταστήσει σε χώρο (εντός του ίδιου γεωγραφικού δήμου σε λειτουργική κατάσταση) που θα του υποδείξει η Ενιαία Τεχνική Υπηρεσία της Στην συνέχεια να εγκαταστήσει και να παραδώσει σε πλήρη λειτουργία το προσφερόμενο μηχάνημα.». Ο καθ'

ου, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, στην τεχνική προσφορά του, στην οποία άλλωστε παραπέμπει για τους ΓΕΝΙΚΟΥΣ ΟΡΟΥΣ το φύλλο συμμόρφωσης του, το μόνο που σχετικά δήλωσε ήταν ότι αναλαμβάνει την εγκατάσταση και παράδοση με ευθύνη του και ότι τα μηχανήματα θα παραδοθούν με την εργοστασιακή τους συσκευασία στο χώρο εγκατάστασης και αφού γίνει η οριστική παραλαβή, θα τεθούν σε λειτουργία υπ' ευθύνη του. Ουδόλως αναφέρεται ανάληψη της εργασίας απεγκατάστασης υπάρχοντος εξοπλισμού και εγκατάστασης του τυχόν σε άλλο χώρο επιλογής της αναθέτουσας, παρότι αναλυτικά αναφέρεται στην παράδοση, εγκατάσταση και παραλαβή των μηχανημάτων, ως και στις λοιπές ειδικές υποχρεώσεις του αναδόχου, εκτός από τη συγκεκριμένη. Και δη, ενώ ακριβώς μνημονεύει τι υποχρεώσεις αναλαμβάνει ως προς την παράδοση και πώς αυτή θα λάβει χώρα, χωρίς ουδόλως να αναλαμβάνει την απεγκατάσταση και μεταφορά του ήδη υπάρχοντος εξοπλισμού ή την εκ νέου εγκατάστασή του σε άλλο σημείο. Προς τούτο, η γενική δήλωση του καθ' ου περί αποδοχής εν γένει των όρων της διακήρυξης, ουδόλως καλύπτει την παραπάνω απαίτηση και τούτο, αφενός διότι τέτοια γενική δήλωση δεν αρκεί για την τεκμηρίωση των τεχνικών προδιαγραφών, άλλως δεν θα χρειαζόταν εξάλλου τίποτε άλλο ως μέρος της τεχνικής προσφοράς, παρά η δήλωση αποδοχής όρων της διακήρυξης, αφετέρου διότι εκ των ως άνω περιγραφών του προσφεύγοντος, όχι μόνο δεν τεκμηριώνεται η κάλυψη της υποχρεωτικής παραπάνω προδιαγραφής, αλλά αντίθετα, προκύπτει με θετικό τρόπο η μη τεκμηρίωση της, με παράδοση των αγαθών, χωρίς την πρότερη απεγκατάσταση και αποκομιδή του οικείου ήδη εξοπλισμού και τυχόν εγκατάστασή του σε άλλο χώρο. Επιπλέον, ο όρος 2.4.3.2 ορίζει τα εξής σχετικά με το αναγκαίο περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς «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 IV 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» και άρα, προδήλως απαιτείται συγκεκριμένος και ειδικός τρόπος τεκμηρίωσης κάλυψης της οικείας προδιαγραφής («περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται»), έστω και δια συγκεκριμένης περί της ειδικής επιμέρους απαίτησης στην περιγραφή της τεχνικής προσφοράς των προσφερόντων και όχι σιωπηρές συναγωγές και γενικές δηλώσεις περί των εν γένει απαιτήσεων ή του εν γένει πλαισίου προδιαγραφών ή γενικών όρων στην τεχνική περιγραφή ή στο φύλλο συμμόρφωσης. Επομένως, η προσφορά του καθ' ου, καθ' ο μέρος βάλλεται εκ του προσφεύγοντος (και ούτως διαθέτει έννομο συμφέρον ο προσφεύγων προς προσβολή της προσφοράς του καθ' ου, ορίζοντας τα όρια δυνατότητας ελέγχου εκ της ΑΕΠΠ), ήτοι ως προς όλα τα ανωτέρω 3 είδη, είναι ουσιωδώς ελλιπής και μάλιστα, είναι μη δεκτική κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 συμπλήρωσης, αφού τούτο θα απαιτούσε όχι κάποια σημειακή διόρθωση, επεξήγηση ή έστω προσκόμιση στοιχείου που ήδη υπήρχε κατά την προσφορά, αλλά το πρώτον κατά την αξιολόγηση τροποποίηση του αντικειμένου των εκ του προσφέροντος αναλαμβανόμενων δεσμεύσεων, το πρώτον νέα δήλωση βούλησης εκ μέρους του και άρα, ουσιώδη μεταβολή του ήδη αντικειμένου της προσφοράς. Συνεπώς, τέτοια συμπλήρωση είναι μη νόμιμη, τόσο ως έχει το άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως καταλαμβάνει τη νυν διαδικασία, που προκηρύχθηκε πριν την 9-3-2021, όσο και κατά το νέο περιεχόμενο της διάταξης, όπως αυτή τροποποιήθηκε με το άρ. 42 Ν. 4782/2021, περιεχόμενο που πάντως αφενός δεν επιτρέπει μεταβολή της προσφοράς μετά την υποβολή της, εις βάρος άλλωστε της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και δεν καταργεί την ίσης κανονιστικής ισχύος απαίτηση του άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016, περί συνδρομής των προϋποθέσεων συμμετοχής ήδη κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, αφετέρου δεν ισχύει στη νυν διαδικασία, αφού ο Ν. 4782/2021 δεν ορίζει πως καταλαμβάνει εκκρεμείς κατά την έναρξη ισχύος του, διαδικασίες και ενώ η προσφορά του καθ' ου υπεβλήθη ήδη την 1-3-2021 με χρόνο λήξης υποβολής προσφορών την 2-3-2021. Ασχέτως τούτου, οι προδιαγραφές της διακήρυξης, ορίζουν για τη συσκευή φωτοπολυμερισμού τα εξής « Β.5. Συσκευή

Φωτοπολυμερισμού 1. Να είναι σύγχρονη, τελευταίας τεχνολογίας. Να αναφερθεί το έτος κατασκευής. 2. Να είναι ασύρματη, τεχνολογίας LED. Να μπορεί να χρησιμοποιηθεί με μπαταρίες λιθίου. 3. Να διαθέτει ψηφιακή οθόνη απεικόνισης του χρόνου και του τρόπου λειτουργίας 4. Να έχει τρεις τρόπους λειτουργίας: Μέγιστο, Βαθμιαίο και Παλμικό. 5. Να είναι αθόρυβη χωρίς ανεμιστήρα 6. Η ισχύς φωτισμού να είναι τουλάχιστον $1100\text{mW}/\text{cm}^2$. 7. Το άκρο να κλιβανίζεται. Να διαθέτει 2 ρύγχη, ένα 7mm και ένα 9-10 mm, με το αντίστοιχο όπλο απαιτείται converter ,περιστρεφόμενα για μεγαλύτερη ευκολία χρήσης. 8. Να παρέχει μονοχρωματική ακτινοβολία στο μπλε του ορατού φάσματος από 450-470 nm». Παρά τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, εν τέλει, πρώτον, η ίδια η τεχνική περιγραφή του προσφέροντος αναφέρεται σε 2 ρύγχη 8 χιλ. έκαστο και άρα, δεν διαθέτει το εξ αυτού προσφερόμενο αγαθό, ένα τουλάχιστον ρύγχος 9-10 χιλ. και δεύτερον, σύμφωνα τόσο με την τεχνική περιγραφή, όσο και με το προσπέκτους του μηχανήματος, στο οποίο παραπέμπει άλλωστε για την πλήρωση των προδιαγραφών του αγαθού, το φύλλο συμμόρφωσης του καθ' ου έχει ισχύ φωτισμού $1000-1200\text{ w}/\text{cm}^2$ και όχι τουλάχιστον $1100\text{ w}/\text{cm}^2$, αφού η ισχύς του δεν διασφαλίζεται ως ίση ή μεγαλύτερη του ως άνω ορίου, αλλά κυμαίνεται και κινείται και σε χαμηλότερα του ως άνω ορίου, πλαίσια. Κατ' αποτέλεσμα τούτου και ενώ ο καθ' ου ούτως ή άλλως παρέπεμψε συλλήβδην στο ως άνω προσπέκτους και την τεχνική περιγραφή του για όλες τις προδιαγραφές του είδους, αβασίμως η αναθέτουσα προβάλλει ότι η πλήρωση όλων των προδιαγραφών προκύπτει εκ των ως άνω εγγράφων και άρα, βασίμως ο προσφεύγων επικαλείται πως ο καθ' ου δεν τεκμηριώνει, μεταξύ πολλών άλλων ισχυρισμών του και τις ανωτέρω δύο προδιαγραφές, αφού όσον αφορά τις ανωτέρω συγκεκριμένες προδιαγραφές του συγκεκριμένου είδους, όχι μόνο δεν τεκμηριώνονται, αλλά τα έγγραφα της προσφοράς αποδεικνύουν τη μη πλήρωσή τους. Επομένως, για αμφοτέρους τους δύο ανωτέρω πρόσθετους λόγους και ασχέτως άλλων, η προσφορά του καθ' ου, αποκλίνει από τις προδιαγραφές και είναι και προς τούτο αποκλειστέα, ως προς το ανωτέρω είδος. Επομένως, κατ' αποδοχή των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος, μη νομίμως έγινε δεκτός ο καθ' ου ως προς τα είδη

Αυτόκαυστος κλίβανος, Συσκευή φωτοπολυμερισμού και Εντοπιστής ακρορριζίου, παρέλκει δε προς τούτο η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών της προσφυγής.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της αποδοχής του καθ' ου, να απορριφθεί δε κατά τα λοιπά. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτό τον καθ' ου, ως προς τα είδη Αυτόκαυστος κλίβανος, Συσκευή φωτοπολυμερισμού και Εντοπιστής ακρορριζίου

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμό πρωτ. 44573/09-07-2021 απόφαση της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα ..., ως προς τα είδη Αυτόκαυστο κλίβανο, Συσκευή φωτοπολυμερισμού και Εντοπιστή ακρορριζίου.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 9-8-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ