

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 20 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 16-10-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1495/19-10-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής "...", νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 6-10-2020 κοινοποιηθείσας σε αυτούς, με αριθμ. 22/28-09-2020, Θέμα 13ο Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος, απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και έκρινε ως αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και ανέδειξε αυτόν ως προσωρινό ανάδοχο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την «...», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 188.709,68 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. «...» διακήρυξη, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ «...» την «...» και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α «...».

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. «...» και ποσού 944,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος και εμπροθέσμως εκ του αποκλεισθέντος προσφεύγοντος, η από 16-10-2020 προσφυγή, κατά της από 6-10-2020 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, καθ' ο μέρος απεκλείσθη η προσφορά του και κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του ως άνω εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, από 29-10-2020 κατόπιν της από 20-10-2020 κοινοποίησης της προσφυγής, παρεμβαίνοντος προσωρινού αναδόχου, αντικρούει δε η αναθέτουσα με τις από 26-10-2020 Απόψεις της, κατά των οποίων ο προσφεύγων. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη με την αιτιολογία ότι δεν υπέβαλε το κατ' άρ. 4.1 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II της διακήρυξης, απαιτούμενο αναλυτικό πρόγραμμα εκπαίδευσης και την κατ' άρ. 5.3 ΕΙΔΙΚΩΝ ΟΡΩΝ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ I, λίστα απαραίτητων υλικών για τη λειτουργία, συντήρηση και επισκευή του μηχανήματος. Κατά τον δε ως άνω όρο 4.1 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II ορίζεται ότι «4.1 Ο διαγωνιζόμενος υποχρεούται να συνυποβάλλει με ποινή αποκλεισμού, οπωσδήποτε μετά της προσφοράς του πλήρες αναλυτικό πρόγραμμα εκπαίδευσης για τους χρήστες -χειριστές όπως και για τους τεχνικούς της Τεχνικής Υπηρεσίας ως και αντίγραφο των αναγκαίων βοηθημάτων στην Ελληνική γλώσσα.» και κατά το άρ. 5.3 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ I ορίζεται ότι «5.3. Στον επί μέρους φάκελο τεχνικής προσφοράς, πέρα από την βασική σύνθεση του προσφερόμενου μηχανήματος θα αναγράφονται οπωσδήποτε σε λίστα όλα τα απαραίτητα υλικά για την λειτουργία, συντήρηση

και επισκευή του.». Συνεπώς, άνευ οποιασδήποτε αμφιβολίας και με πλήρη σαφήνεια, σε αμφοτέρους τους όρους ορίστηκε το οικείο ανά περίπτωση ζητούμενο ως απαραίτητο στοιχείο της προσφοράς, στην πρώτη περίπτωση του αναλυτικού προγράμματος εκπαίδευσης, με τη διατύπωση «υποχρεούται να συνυποβάλλει με ποινή αποκλεισμού οπωσδήποτε μετά της προσφοράς του» και στη δεύτερη περίπτωση περί της λίστας υλικών με τη διατύπωση «Στον επιμέρους φάκελο τεχνικής προσφοράς, πέρα από τη βασική σύνθεση του προσφερόμενου μηχανήματος, θα αναγράφονται οπωσδήποτε». Απορριπτέοι δε τυγχάνουν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί αποκλειστικής κατάστασης απαιτητέων της τεχνικής προσφοράς, κατά τον όρο 2.4.3.2 και σε κάθε περίπτωση περί αντίφασης και ασάφειας, αφού πρώτον, ουδόλως η υποχρεωτικότητα των όρων και δη ενόψει τόσο σαφούς επί ποινή αποκλεισμού χαρακτήρα τους, εξαρτάται από τη θέση τους σε επιμέρους σημείο της διακήρυξης, του κεφαλαίου όρων αυτής και των παραρτημάτων της, που άλλωστε συνιστούν κατά τον όρο 2.1.1 της διακήρυξης, ισότιμης τυπικής ισχύος όρους με αυτούς της διακήρυξης, δεύτερον, ο όρος 2.4.3.2 αναφέρει τι περιέχει μεν ο φάκελος τεχνικής προσφοράς υποχρεωτικά, όχι όμως ότι αυτά απαιτούνται περιοριστικά και αποκλειστικά και τρίτον, οι παραπάνω όροι ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΩΝ I και II, συνιστούν και θεσπίζουν ειδικές επιμέρους απαιτήσεις, σε σχέση με τις γενικές καταρχήν απαιτήσεις, του όρου 2.4.3.2 και σε κάθε περίπτωση συμπληρώνουν τις τελευταίες. Επιπλέον, ομοίως αβασίμως ο προσφεύγων επικαλείται πως το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II αφορά όρους εκτέλεσης, αφού ο ως άνω πάντως όρος με σαφήνεια πλήρη, αφορά αυτό καθαυτό το περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς. Σε κάθε πάντως περίπτωση, ουδόλως ένας εύλογος διαγωνιζόμενος που ανέγνωσε τους όρους της διακήρυξης, δεν δύνατο να κατανοήσει την υποχρεωτική και επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση των ως άνω όρων, που παραβίασε ο προσφεύγων, απορριπτομένων ούτως των ισχυρισμών κατά του αποκλεισμού του.

4. Επειδή, όσον αφορά το στρεφόμενο κατά του παρεμβαίνοντος σκέλος της προσφυγής, ο ως άνω όρος 5.3 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ II αφορά λίστα όλων των απαραίτητων «υλικών για τη λειτουργία, συντήρηση και επισκευή του

προσφερόμενου μηχανήματος», άρα, κάθε υλικό, μεταξύ άλλων και σχετιζόμενο με αυτή τη συντήρηση και επισκευή βλαβών, επομένως δε, και τα ανταλλακτικά, που χρησιμοποιούνται ακριβώς για τη διόρθωση βλαβών και τη συντήρηση, περί των οποίων ανταλλακτικών, ο παρεμβαίνων υπέβαλε με την προσφορά «...», απορριπτομένου του περί σχετικής ελλείψεως ισχυρισμό του προσφεύγοντα. Όμως, ουδόλως τα ανταλλακτικά εξαντλούν κάθε είδους απαραίτητο υλικό για τη λειτουργία, συντήρηση και επισκευή, αφού στα υλικά αυτά περιλαμβάνονται, εκτός και επιπλέον των ανταλλακτικών και εργαλεία, όπως και τυχόν παρελκόμενα και αναλώσιμα για την ορθή λειτουργία του μηχανήματος, τα οποία ουδόλως περιελήφθησαν σε οιαδήποτε λίστα, σε αντίθεση με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και άρα, κατ' αποδοχή του ανωτέρω λόγου, ο παρεμβαίνων είναι αποκλειστέος Περαιτέρω, ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης ορίζει ότι «Ο επιμέρους φάκελος της τεχνικής προσφοράς θα περιέχει συνεπώς, υποχρεωτικά, τα παρακάτω στοιχεία, ψηφιακά υπογεγραμμένα : 5) Τα ακόλουθα πιστοποιητικά ποιότητας : Πιστοποιητικά σήμανσης CE για τον προσφερόμενο εξοπλισμό ώστε να ικανοποιούνται οι αντίστοιχες απαιτήσεις των σχετικών οδηγιών της E.E. που έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας με τα οποία βεβαιώνεται η καταλληλότητα των προϊόντων. Πιστοποιητικά των οποίων η ισχύς έχει λήξει δεν γίνονται δεκτά και η αντίστοιχη προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη.». Επομένως δεν απαιτήθηκε δήλωση κατασκευαστή περί συμμόρφωσης CE, όπως υπέβαλε ο παρεμβαίνων ούτε κάθε εν γένει πιστοποιητικού χαρακτήρα έγγραφο, αλλά ειδικώς απαιτήθηκε τα πιστοποιητικά να «έχουν εκδοθεί από επίσημα ινστιτούτα ελέγχου ποιότητας», ήτοι από τρίτους σε σχέση με τον κατασκευαστή, εξειδικευμένους και διαπιστευμένους στην έκδοση τέτοιων πιστοποιήσεων, φορείς. Αλυσίτελως δε ο αποδεχθείς ανεπιφυλάκτως τους ως άνω όρους, παρεμβαίνων επικαλείται ανεπικαίρως πλέον την έλλειψη σκοπιμότητας και μη δεσμευτικότητα αυτής της σαφούς σε κάθε περίπτωση απαίτησης, όσον αφορά την περίπτωση κατασκευαστών που εδρεύουν στην ΕΕ, όπως στην περίπτωση του, αποπειρώμενος την ίδρυση διακρίσεων που ουδόλως προβλέπονται στη διακήρυξη. Σε κάθε περίπτωση, ουδόλως είναι αδύνατο, ακόμη και αν δεν είναι

υποχρεωτικό κατά την οικεία νομοθεσία, να πιστοποιηθεί από επίσημο ινστιτούτο η συμμόρφωση CE ενωσιακά κατασκευασθέντος αγαθού και ενώ, ουδόλως το γεγονός πως τυχόν η οικεία ενωσιακή νομοθεσία δεν επιτάσσει υποχρεωτικά (αλλά και δεν αποκλείει) τέτοια πιστοποίηση εξ επίσημου ινστιτούτου, αναιρεί την εν προκειμένω ασκηθείσα δυνατότητα της αναθέτουσας, να απαιτήσει περισσότερα από όσα απαιτεί κατ' ελάχιστον η οικεία νομοθεσία, ζητώντας ειδικώς πιστοποίηση εξ επίσημου ινστιτούτου, αδιακρίτως χώρας κατασκευής και προέλευσης κατασκευαστή του προσφερόμενου αγαθού. Επομένως, κατ' αποδοχή και του δεύτερου ως άνω κατά του παρεμβαίνοντος, λόγου της προσφυγής, αυτοτελώς εκ της ομοίως αρκούσας για τον αποκλεισμό του, αποδοχής του πρώτου κατά της αποδοχής του, ανωτέρω λόγου, πρέπει να ακυρωθεί η αποδοχή του τελευταίου.

5. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της αποδοχής του παρεμβαίνοντος, να απορριφθεί δε καθ' ο μέρος στρέφεται κατά του αποκλεισμού του προσφεύγοντος. Να γίνει εν μέρει δεκτή η Παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος.

6. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο με αρ. «...» και ποσού 944,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την Απόφαση με αριθμ. 22/28-09-2020 του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος, κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου με αρ. «...» και ποσού 944,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20-11-2020 και εκδόθηκε στις 23-11-2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ