

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 19-11-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση στη θέση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 13-10-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1932/14-10-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 6-10-2021, υπ' αρ. 596/4-10-2021 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απεκλείσθη στα τμήματα 3 και 5, αθροιστικής άνευ ΦΠΑ εκτιμώμενης αξίας 226.140,52 ευρώ, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΤΡΟΦΙΜΩΝ & ΕΙΔΩΝ ΒΑΣΙΚΗΣ ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ», αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 759.977,92 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 10-1-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 18-1-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Ο αναθέτων υποβάλλει τις από 26-10-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 27-1-2021 υπόμνημά του.

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' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 και αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ..., ποσού 1.130,71 ευρώ.
2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως

και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 13-10-2021 προσφυγή κατά της από 6-10-2021 εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης, καθ' ο μέρος απεκλείσθη ο προσφεύγων στα τμήματα 3 και 5, στα οποία είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος. Αλυσιτελώς, πάντως ο προσφεύγων επικαλείται και αναφέρεται και δια του υπομνήματος του σε επιστολές του προς την αναθέτουσα, ως προς τους λόγους αποκλεισμού του, καθώς το μόνο νόμιμο διοικητικό βοήθημα προδικαστικής προστασίας στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων είναι η νυν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή, δια της οποίας επιτυγχάνεται πλήρης προστασία, κάθε δε περαιτέρω αλληλογραφία με την αναθέτουσα, δεν επάγεται υποχρέωση της τελευταίας να απαντήσει ή να μεταβάλει την εκτελεστή πράξη της, που άλλωστε είναι ελεγκτέα ακριβώς δια της άσκησης κατ' αυτής προδικαστικής προσφυγής. Άρα, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, η αιτιολογία αποκλεισμού του προσφεύγοντος στο τμήμα 3 ήταν κατά την προσβαλλομένη η εξής «(2) Για το τμήμα 3: Φάκελος ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ της εταιρίας «... » αρ. Πρωτ. ... α) Ποινικά Μητρώα, β) Φορολογική & Ασφαλιστικές Ενημερότητες, γ) Υπεύθυνη δήλωση για την μη παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας & Υπεύθυνες δηλώσεις άρθρου 74 Ν. 4412/2016 & Υ.Δ. ... καθώς και οι άλλες απαιτούμενες Υπεύθυνες δηλώσεις, δ) Πιστοποιητικό εγγραφής στο Επιμελητήριο ..., ε) Νομιμοποιητικά έγγραφα καθώς και όλα τα δικαιολογητικά που απαιτούνται σύμφωνα με το άρθρο 2.2.7.2 της διακήρυξης. Τα παραπάνω δικαιολογητικά δεν είναι πλήρη και σύμφωνα με τα όσα προβλέπονται στη διακήρυξη διότι, για τα προϊόντα γάλα εβαπορέ, μαργαρίνη και μέλι του τμήματος αυτού, δεν έχει κατατεθεί το πιστοποιητικό ISO για την παραγωγή τους από την προμηθεύτρια εταιρεία ... (βάσει της τεχνικής τους προσφοράς), οπότε σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 απορρίπτεται η προσφορά της παραπάνω εταιρείας για το Τμήμα 3», η δε κατά την προσβαλλομένη αιτιολογία αποκλεισμού του προσφεύγοντος στο τμήμα 5 ήταν η εξής «(3) Για το

τμήμα 5: Φάκελος ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ της εταιρίας «... » αρ. Πρωτ. ... α) Ποινικά Μητρώα, β) Φορολογική & Ασφαλιστικές Ενημερότητες, γ) Υπεύθυνη δήλωση για την μη παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας & Υπεύθυνες δηλώσεις άρθρου 74 Ν. 4412/2016 & Υ.Δ. ... καθώς και οι άλλες απαιτούμενες Υπεύθυνες δηλώσεις, δ) Πιστοποιητικό εγγραφής στο Επιμελητήριο ..., ε) Νομιμοποιητικά έγγραφα καθώς και όλα τα δικαιολογητικά που απαιτούνται σύμφωνα με το άρθρο 2.2.7.2 της διακήρυξης. Τα παραπάνω δικαιολογητικά δεν είναι πλήρη και σύμφωνα με τα όσα προβλέπονται στη διακήρυξη διότι για τα προϊόντα πατάτες και μήλα του τμήματος αυτού δεν έχει κατατεθεί το πιστοποιητικό ISO 22000 της εταιρείας, οπότε σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 απορρίπτεται η προσφορά της παραπάνω εταιρείας για το Τμήμα 5.». Σε κανένα όμως σημείο της διακήρυξης δεν προβλέπεται υποβολή πιστοποιητικού ISO και δη, εν γένει ISO ως δικαιολογητικό κατακύρωσης, εντός των προβλεπομένων τέτοιων δικαιολογητικών στον όρο 2.2.7.2 της διακήρυξης ούτε άλλωστε, θεσπίσθηκε οιοδήποτε σχετικό πρότυπο ως κριτήριο επιλογής ούτε η αναθέτουσα καθίσταται κατανοητό ακόμη και δια των Απόψεων της, εκ ποιου στοιχείου εντόπισε και ερείδει υποχρέωση υποβολής τέτοιου πιστοποιητικού και δη για τον παραγωγό των ως άνω προϊόντων, ως δικαιολογητικό κατακύρωσης. Όλως αβάσιμα, η αναθέτουσα επικαλείται δια της συμπληρωματικής αιτιολογίας της προσβαλλομένης κατά τις Απόψεις της, τον όλως άσχετο όρο 2.2.7.2.B5 («B.5. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους που προβλέπονται από τις εκάστοτε ισχύουσες εθνικές διατάξεις ή διαθέτουν πιστοποίηση από οργανισμούς πιστοποίησης που συμμορφώνονται με τα ευρωπαϊκά πρότυπα πιστοποίησης, κατά την έννοια του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, μπορούν να προσκομίζουν στις αναθέτουσες αρχές πιστοποιητικό εγγραφής εκδιδόμενο από την αρμόδια αρχή ή το πιστοποιητικό που εκδίδεται από τον αρμόδιο οργανισμό πιστοποίησης. Στα πιστοποιητικά αυτά αναφέρονται τα δικαιολογητικά βάσει των οποίων έγινε η εγγραφή των εν λόγω οικονομικών φορέων στον επίσημο κατάλογο ή η πιστοποίηση και η κατάταξη στον εν λόγω κατάλογο. Η πιστοποιούμενη εγγραφή στους επίσημους

καταλόγους από τους αρμόδιους οργανισμούς ή το πιστοποιητικό, που εκδίδεται από τον οργανισμό πιστοποίησης, συνιστά τεκμήριο καταλληλότητας όσον αφορά τις απαιτήσεις ποιοτικής επιλογής, τις οποίες καλύπτει ο επίσημος κατάλογος ή το πιστοποιητικό. Οι οικονομικοί φορείς που είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημους καταλόγους απαλλάσσονται από την υποχρέωση υποβολής των δικαιολογητικών που αναφέρονται στο πιστοποιητικό εγγραφής τους.»), που αναφέρεται όχι σε κάποια υποχρέωση υποβολής κάποιου και δη, συγκεκριμένου πιστοποιητικού ISO και περί συμμόρφωσης με πρότυπα του άρ. 82 Ν. 4412/2016, αλλά σε, κατ' αντιγραφή του άρ. 83 Ν. 4412/2016, εγγραφή σε επίσημο κατάλογο προμηθευτών ή πιστοποίηση κατάταξης σε σχετικό κατάλογο, εφόσον φυσικά το δίκαιο της εγκατάστασης του οικονομικού φορέα ρυθμίζει σχετικά τέτοιους καταλόγους επί του αντικειμένου του διαγωνισμού (εν προκειμένω, επειδή πρόκειται για σύμβαση προμήθειας και όχι έργου ή μελέτης, δεν υφίσταται τέτοιος κατάλογος στο εθνικό δίκαιο πάντως). Και τούτο ενώ σε κάθε περίπτωση τα ανωτέρω αφορούν μια δυνατότητα του προσφέροντος δια τέτοιας εγγραφής ή πιστοποίησης ένταξης σε κατάλογο, έννοια εν προκειμένω μη υφιστάμενη, να αποδείξουν δια της οικείας εγγραφής ή πιστοποίησης άνευ ετέρου τα κριτήρια επιλογής και όχι σε κάποια υποχρέωση προσκόμισης τέτοιας εγγραφής ή πιστοποιητικού επί ποινή αποκλεισμού. Άλλωστε, πέραν του ότι ο ως άνω όρος 2.2.7.2.B5 και το άρ. 83 Ν. 4412/2016 που μεταφέρει στη διακήρυξη, δεν αφορούν και δη, αναγκαία τα πρότυπα ποιότητας και περιβαλλοντικής προστασίας που ρυθμίζει το άρ. 82 Ν. 4412/2016 και στο οποίο υπάγονται τα σχετικά ISO, παρά μόνο αν το κατά περίπτωση εθνικό δίκαιο συνδέει το σχετικό κατάλογο με τέτοια πιστοποίηση ή προβλέπει ότι τυχόν απαίτηση για τέτοια πιστοποίηση τήρησης συγκεκριμένου προτύπου, καλύπτεται από την εγγραφή σε επίσημο κατάλογο ή πιστοποίηση ένταξης σε κατάλογο, σε κάθε περίπτωση ο ως άνω όρος της διακήρυξης δεν προβλέπει αφενός καμία υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικού κατακύρωσης, αλλά απλή ευχέρεια και τούτο, αν φυσικά προβλέπεται κατά το δίκαιο εγκατάστασης του οικονομικού φορέα ή σε κάθε περίπτωση, αν αυτός έχει δηλώσει πως είναι εγγεγραμμένος σε τέτοιο κατάλογο, χωρίς ο εγκατεστημένος

στην Ελλάδα, προσφεύγων να έχει δηλώσει οτιδήποτε τέτοιο στο ΕΕΕΣ του, αφετέρου ο όρος αυτός δεν αναφέρεται και δεν γεννά υποχρέωση προσκόμισης για κανένα και δη, συγκεκριμένο πιστοποιητικό ή προτύπο ποιότητας ή περιβαλλοντικής διαχείρισης ή άλλο εν γένει πρότυπο και τέτοιο πρότυπο δεν θεσπίσθηκε καν ως κριτήριο επιλογής. Η δε αναθέτουσα δια της αναφοράς περί τεκμηρίου τεχνικής καταλληλότητας, σε συνέχεια όσων ορίζει το άρ. 83 Ν. 4412/2016, εφόσον υφίσταται τέτοιος κατάλογος και εφόσον είναι εγγεγραμμένος ο προσφέρων, συγχέει την ευχέρεια ενός οικονομικού φορέα δια της πιστοποίησης ένταξης σε έναν κατάλογο, να απαλλαγεί από την υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης περί πλήρωσης τεθέντων κριτηρίων επιλογής, με μια ανύπαρκτη υποχρέωση υποβολής άρρητων πιστοποιήσεων ISO, που το πρώτον κατά την αξιολόγηση συνήγαγε, χωρίς καν να προκύπτει σε ποιες πιστοποιήσεις αναφέρεται και εκ ποιου όρου προκύπτουν και ενώ, ουδόλως προκύπτει οιαδήποτε σχετική πρόβλεψη σχετικού κριτηρίου επιλογής, αναγκαία επομένως και δικαιολογητικού κατακύρωσης συνισταμένου σε πιστοποιητικό ISO και δη, συγκεκριμένο τέτοιο πιστοποιητικό. Περαιτέρω, ομοίως αορίστως και αβασίμως, η αναθέτουσα επικαλείται το κατά το στάδιο τεχνικών προσφορών υπόμνημα ενώπιον της ενός συνδιαγωνιζομένου, ο οποίος (αβάσιμα) προέβαλε ότι θα έπρεπε, χωρίς πρόβλεψη στη διακήρυξη και βάση του όρου 2.4.3.2 που γενικώς αναφερόταν σε «καταλληλότητα» προσφερόμενων ειδών (καταλληλότητα που εν συνεχεία, όπως προκύπτει περαιτέρω αποτέλεσε αντικείμενο σύγκρισης με το δια του καταλόγου τεκμήριο καταλληλότητας προσφέροντος), με παρπαομπή στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, όπου καμία απαίτηση για ISO προκύπτει ή τυγχάνει επίκλησης, να έχει προσκομιστεί από τον προσφεύγοντα ISO 22000, πρόβλεψη ουδόλως συμπεριληφθείσα στη διακήρυξη (σημειωτέον, δεν προκύπτει ούτε τυγχάνει επίκλησης από την αναθέτουσα σχετική απαίτηση ή και απαίτηση για εν γένει ISO παραγωγού ή προσφέροντα ούτε στις τεχνικές προδιαγραφές και τούτο ενώ ακόμη και αν προβλεπόταν τέτοια απαίτηση τούτο ουδεμία σχέση έχει με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, που δεν συνιστούν μέσο συμπλήρωσης της τεχνικής προσφοράς και ενώ επιπλέον ουδόλως δια

της αφορώσας αποκλειστικά το στάδιο δικαιολογητικών κατακύρωσης, προσβαλλομένης η αναθέτουσα τυχόν αναμόρφωσε το αποτέλεσμα της διαδικασίας επί του σταδίου τεχνικών προσφορών, επανερχόμενη σε αυτό και αποκλείοντας αναδρομικά τον προσφεύγοντα λόγω της τεχνικής προσφοράς του) και δη, όχι μόνο επί του επίδικου σταδίου δικαιολογητικών κατακύρωσης, αλλά ούτε επί αυτού της τεχνικής προσφοράς, ενώ ομοίως αβασίμως επικαλείται η αναθέτουσα την ομοίως εσφαλμένη και άνευ ερείσματος στη διακήρυξη απάντηση του ... της αναθέτουσας προς την Επιτροπή Διαγωνισμού, ως προς το ως άνω υπόμνημα, δια της οποίας απάντησης, ομοίως αβασίμως συνάγεται απαίτηση για ISO 22000, η οποία δεν ευρίσκει κανένα έρεισμα στη διακήρυξη και περαιτέρω σύγχυση και συναγωγή τέτοιας ανύπαρκτης απαίτησης, βλ. και ανωτέρω, με τον ουδόλως επιβάλλοντα υποχρέωση υποβολής τέτοιου πιστοποιητικού όρο 2.2.7.2.B5, με επιπλέον συναγωγές επί των ουδόλως αναφερομένων στη διακήρυξη πιστοποιητικών ISO 22000 περί επιπλέον απαιτήσεων για ισχύ τους κατά την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού σε όλες τις φάσεις του και περί κάλυψης και πεδίου παραγωγής και όχι μόνο τυποποίησης και διακίνησης προϊόντων, απαιτήσεις ομοίως άνευ ουδενός ερείσματος στη διακήρυξη. Ομοίως αορίστως και αβασίμως, συγχέεται κατά την αιτιολογία της προσβαλλομένης και τις Απόψεις το περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, ομοίως αορίστως και αναπόδεικτα, αναφέρει η αναθέτουσα πως ζήτησε σχετικά πιστοποιητικά ISO ως συμπληρωματικά δικαιολογητικά κατακύρωσης, πράγμα που δεν προκύπτει πότε και κατά ποιον τρόπο και δια ποίου μέσου διαβίβασης πέραν του ΕΣΗΔΗΣ και του ηλεκτρονικού τύπου του διαγωνισμού, συνέβη, ενώ και αν ακόμη συνέβαινε, τούτο θα ήταν παράνομο, καθώς η αναθέτουσα δεν διαθέτει κάποια ευχέρεια όπως το πρώτον κατά το στάδιο προσωρινού αναδόχου, καθορίσει, μεταβάλει ή αναδιαμορφώσει τα εκ της διακήρυξης ήδη προβλεφθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή να ζητήσει περισσότερα ή διαφορετικά δικαιολογητικά από τα ήδη εκ της διακήρυξης ζητούμενα. Άρα, παρανόμως η αναθέτουσα επί της ουσίας δια της προσβαλλομένης μετέβαλε και δη ουσιωδώς και εις βάρος του προσφεύγοντος το κανονιστικό περιεχόμενο της διαδικασίας,

το πρώτον συνάγοντας απαιτήσεις ουδόλως προβλεφθείσες και αποπειρωμένη δια τέτοιων συναγωγών να αλλάξει εν μέσω της διαδικασίας τη διακήρυξη αναδρομικά, ιδρύοντας νέες απαιτήσεις, επί τη βάσει των οποίων απέκλεισε τον προσφεύγοντα, χωρίς ουδεμία σημασία να έχει αν ο τελευταίος για ορισμένα είδη, εκ περισσού και χωρίς απόκριση σε σχετική απαίτηση της διακήρυξης, υπέβαλε και μη ζητηθέντα πιστοποιητικά ISO. Επομένως, καμία υποχρέωση υποβολής τέτοιων πιστοποιητικών ως δικαιολογητικών κατακύρωσης υφίστατο και άρα, ουδέν έρεισμα αποκλεισμού του προσφεύγοντος προκύπτει για το τμήμα 5, λόγω μη υποβολής τέτοιου πιστοποιητικού ούτε προφανώς για το τμήμα 3, ένεκα της εκ περισσού υποβολής πιστοποιητικών που κατά την παράνομη αιτιολογία της προσβαλλομένης, δεν συμμορφώνονταν με ανύπαρκτες απαιτήσεις, ήτοι ανύπαρκτες επιμέρους απαιτήσεις επί άνευ απαίτησης της διακήρυξης εκ περισσού υποβληθέντων εγγράφων. Άρα, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του προσφεύγοντα, μη νομίμως απεκλείσθη από αμφότερα τα τμήματα 3 και 5 της διαδικασίας και η προσβαλλομένη είναι προς τούτο μη νόμιμη και φέρει όλως εσφαλμένη και μη νόμιμη αιτιολογία.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα από τα τμήματα 3 και 5 της διαδικασίας.

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. 596/4-10-2021 Απόφαση Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα από τα τμήματα 3 και 5 της διαδικασίας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε και εκδόθηκε στις 19-11-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ