

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 5.02.2021 με την εξής σύνθεση:
Νικόλαος Σαββίδης Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή με
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ) 2021/30.12.2020 της εταιρίας με την επωνυμία «*****», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά του ***** με την οποία, κατόπιν ακύρωσης της υπ'αριθ. ****
απόφασης της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκε το από 08-12-2020 πρακτικό
περί συμμόρφωσης με την αριθ. 1594/2020 Απόφαση της Αρχής Εξέτασης
Προδικαστικών Προσφυγών και ως εκ τούτου προσωρινός ανάδοχος για την
ΟΜΑΔΑ Α της δημοπρατούμενης σύμβασης αναδείχθηκε ο οικονομικός φορέας
«*****», δεύτερος στη σειρά κατάταξης του πίνακα αξιολόγησης οικονομικών
προσφορών, με συνολικό προσφερόμενο ποσό 249.500,00 ευρώ, χωρίς το
Φ.Π.Α..

Της παρεμβαίνουσας εταιρίας «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα
επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με
αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της αναδειχθείσας προσωρινής «*****» και

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

επιπλέον αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης ο «*****», χωρίς προηγουμένως η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινίσεις επί των προσφορών αμφότερων των ως άνω διαγωνιζομένων κατά τα κριθέντα στην ΑΕΠΠ 1594/2020.

2. Επειδή, με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής.

3. Επειδή, ο ***** προκήρυξε με την υπ' αριθ. **** Διακήρυξη ηλεκτρονικό, ανοικτό διαγωνισμό, άνω των ορίων, με αντικείμενο την «*****», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 822.428,00 €, χωρίς ΦΠΑ 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Το δημοπρατούμενο αντικείμενο υποδιαιρείται σε τρεις Ομάδες Α', Β' και Γ' ως εξής : ΟΜΑΔΑ Α' : «****», εκτιμώμενης αξίας 273.700,00€ πλέον ΦΠΑ 24%, ΟΜΑΔΑ Β' : «Προμήθεια ****», εκτιμώμενης αξίας 467.600,00€ πλέον ΦΠΑ 24%, ΟΜΑΔΑ Γ' : «****», εκτιμώμενης αξίας 81.128,00€ πλέον ΦΠΑ 24% και δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα. Η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 16.07.2020, η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ: **** και στην ηλεκτρονική πύλη του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 20.07.2020, όπου έλαβε αριθμό :*****. Στο διαγωνισμό υπέβαλλαν προσφορά και για τις 3 Ομάδες η προσφεύγουσα και άλλοι 6 οικονομικοί φορείς. Κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, συντάχθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού το 1ο ΠΡΑΚΤΙΚΟ και προτάθηκε η αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων : • ****, ως προς τις ΟΜΑΔΕΣ Α και Γ, •*****, ως προς την ΟΜΑΔΑ Α, •*****, ως προς τις ΟΜΑΔΕΣ Α και Γ, • *****, ως προς την ΟΜΑΔΑ Β και • ****, ως προς την ΟΜΑΔΑ Α. Κατόπιν δε αποσφράγισης και αξιολόγησης και των οικονομικών προσφορών, αναδείχθηκαν οι προσωρινοί ανάδοχοι του δημοπρατούμενου αντικειμένου, ειδικά δε για την Ομάδα Α' αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρία «*****», την 2^η θέση κατάταξης έλαβε ο οικονομικός φορέας «*****» και την 3^η θέση κατάταξης η εταιρία

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

«*****», σχετικώς δε εκδόθηκε το 2ο ΠΡΑΚΤΙΚΟ. Τα αποτελέσματα της διαγωνιστικής διαδικασίας επικυρώθηκαν με την υπ' αριθ. ***** με την οποία εγκρίθηκαν τα ως άνω υπ' αριθ. 1 και 2 Πρακτικά. Κατά της απόφασης αυτής, η εταιρία «*****» άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ την με ΓΑΚ 1447/2020 Προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές αμφοτέρων των συνδιαγωνιζομένων της «*****», οι οποίες, κατά τους ισχυρισμούς της έπασχαν από πλημμέλειες. Η εν λόγω Προσφυγή έγινε εν μέρει δεκτή με την υπ' αριθ. ΑΕΠΠ 1594/2020, κατά το διατακτικό της οποίας ακυρώθηκε η εκεί προσβαλλόμενη υπ' αριθ. ***** κατά το μέρος που ανέδειξε προσωρινή ανάδοχος για την Ομάδα Α' την εταιρία «*****» και περαιτέρω έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «*****», χωρίς η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει προηγουμένως διευκρινίσεις επί των τεχνικών προσφορών τους, κατά τα κριθέντα στη σκέψη 18 της απόφασης. Προς τούτο δε με την ΑΕΠΠ 1594/2020 αναπέμφθηκε η προσβαλλόμενη στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να ενεργήσει τα δέοντα, κατά τα κριθέντα στην σκέψη 18 της απόφασης. Κατόπιν των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη με την παρούσα υπ' αριθμ. *****, με την οποία: α) εγκρίθηκε η συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1594/2020 Απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), β) ακυρώθηκε η με αριθ. πρωτ. *****, κατά το μέρος που αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για την Ομάδα Α' η εταιρία «*****» και περαιτέρω γίνεται δεκτή η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «*****», χωρίς η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει προηγουμένως διευκρινίσεις επί των τεχνικών προσφορών τους, κατά τα κριθέντα στη σκέψη 18 της απόφασης. γ) εγκρίθηκε η επιστροφή στην προσφεύγουσα εταιρία ***** του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 1.368,50 ευρώ. δ) εγκρίθηκε το από 08-12-2020 πρακτικό του αρμοδίου γνωμοδοτικού οργάνου που αφορά στη συμμόρφωση με την αριθ. 1594/2020 Απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) και ως εκ τούτου προσωρινός ανάδοχος για την ΟΜΑΔΑ Α της δημοπρατούμενης σύμβασης αναδείχθηκε ο οικονομικός φορέας «*****», δεύτερος στη σειρά κατάταξης του πίνακα αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, με συνολικό

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

προσφερόμενο ποσό 249.500,00 ευρώ, χωρίς το Φ.Π.Α. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης η προσφεύγουσα ασκεί την υπόψη Προσφυγή της, για τους λόγους που εκτίθενται κατωτέρω.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού 1.368,50 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της Ομάδας Α' στην οποία αφορά η υπόψη Προσφυγή.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 822.428,00 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 21.12.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, και υπόψη Προσφυγή ασκήθηκε στις 29.12.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής στο γεγονός ότι εσφαλμένως κατά τους ισχυρισμούς της απορρίφθηκε η προσφορά της αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου «*****» και ως εκ τούτου αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο «****», χωρίς για αμφοτέρους τις προσφορές η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινίσεις, τις οποίες οι διαγωνιζόμενες δεν θα μπορούσαν να παρέχουν, με συνέπεια εν τέλει την άνευ ετέρου απόρριψη αμφοτέρων των προσφορών και την ανάδειξη της προσφεύγουσας, ως κατέχουσα την 3^η θέση κατάταξης, ως προσωρινής αναδόχου για την Ομάδα Α' της σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, με την Προσφυγή της, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης με αριθ. *****, ισχυριζόμενη ότι με την ως άνω απόφαση η αναθέτουσα αρχή δεν συμμορφώθηκε, παρά τις απαιτήσεις του νόμου, με την υπ'αριθ. 1594/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ. Συγκεκριμένα, με το διατακτικό της ΑΕΠΠ 1594/2020 κρίθηκε ότι ακυρώνεται η εκεί προσβαλλόμενη, με αριθμό*****, με την οποία: α) αφ' ενός μεν αναδεικνύεται προσωρινός ανάδοχος ο «****» και β) αφ' ετέρου γίνεται δεκτή η τεχνική προσφορά του 2ου κατά σειρά οικονομικής προσφοράς Οικονομικού Φορέα «****», χωρίς η αναθέτουσα αρχή, σε αμφότερες τις περιπτώσεις, αν και θα όφειλε να έχει ζητήσει από αυτούς, πριν την έκδοση της προσβαλλόμενης ως άνω απόφασής της, διευκρινίσεις και από τους δύο επί των τεχνικών προσφορών τους, εν τούτοις δεν το έκανε, και για τον λόγο αυτόν, και ότι αναπέμπεται η επαναξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς αμφοτέρων των άνω φορέων από την αναθέτουσα αρχή, με βάση τα όσα αναφέρει η απόφαση ΑΕΠΠ 1594/2020 στη σκέψη 18, ώστε τελικά ή να προκύψει με ισοδύναμο τρόπο η ελλείπουσα πιστοποίηση των προσφερόμενων αντλιών θερμότητας κατά *****, ή τελικώς να απορριφθούν οι προσφορές τους. Αντ' αυτών, η αναθέτουσα αρχή, χωρίς να ζητήσει διευκρινίσεις από κανέναν ως άνω οικονομικό φορέα, εξέδωσε την εδώ προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, με την οποία απέκλεισε και απέρριψε εντελώς την προσφορά του 1ου οικονομικού φορέα «*****» και αποδέχθηκε ανέλεγκτα την προσφορά του 2ου κατά σειρά οικονομικού φορέα «****» και μάλιστα, ταυτόχρονα, του έστειλε και πρόσκληση υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης του διαγωνισμού. Πλην όμως το διατακτικό της ΑΕΠΠ 1594/2020 δεν όριζε τούτο καθώς απαιτούσε προτού η αναθέτουσα αρχή προβεί σε οποιαδήποτε περαιτέρω κρίση επί των προσφορών αμφοτέρων των συνδιαγωνιζόμενων εταιριών, να ζητήσει από αυτές να διευκρινίσουν τις

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

προσφορές τους, κατά τα κριθέντα στη σκέψη 18 της απόφασης. Ήτοι, όφειλε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει από αμφοτέρους τους συνδιαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς να διευκρινίσουν κατά ποιον ισοδύναμο τρόπο προκύπτει ότι οι προσφερόμενες εκ μέρους τους αντλίες θερμότητας πληρούν τις απαιτήσεις της πιστοποίησης *****, το οποίο καμία δεν θα δύνατο να αποδείξει, με συνέπεια, εν τέλει η αναθέτουσα αρχή να απορρίψει αμφότερες τις προσφορές και να καταλήξει στην ανάδειξη της ίδιας της προσφεύγουσας ως προσωρινής αναδόχου για την Ομάδα Α της σύμβασης.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθ. πρωτ. 1518/14.01.2021 έγγραφό της απέστειλε τις απόψεις της επί της Προσφυγής, όπου επισυνάπτει την με αριθ. ΑΕΠΠ 1594/2020 και την με αριθ. **** της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την απόφαση της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή, επί της Προσφυγής παρεμβαίνει η εταιρία «*****» με την από 20.01.21 Παρέμβασή της, η οποία ασκήθηκε εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, καθότι η υπόψη Προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτήν μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 11.01.2021 και η Παρέμβαση ασκήθηκε εντός της δεκαήμερης προς τούτο προθεσμίας. Ειδικότερα, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται ότι όφειλε η αναθέτουσα αρχή να έχει ζητήσει διευκρινήσεις από την ΑΕΠΠ για το τι θα πράξει σε εκτέλεση της απόφασης, εξασφαλίζοντας την διαδικασία, και προλαμβάνοντας την προδικαστική προσφυγή αλλά κι εξασφαλίζοντας το συμφέρον του Δημοσίου από ανεπιθύμητες νομικές συνέπειες στο μέλλον και τούτο διότι η τεχνική προσφορά της ίδιας της παρεμβαίνουσας, η τεχνική προσφορά της εταιρείας ***** και η τεχνική περιγραφή του διαγωνισμού, είναι τρία παντελώς όμοια πράγματα κι αυτό διότι από μια ανάγνωση των παραπάνω δύο τεχνικών προσφορών ο καθένας καταλαβαίνει ότι είναι απλή αντιγραφή της τεχνικής περιγραφής του διαγωνισμού και οι δύο πρώτες έχουν προκύψει με αντιγραφή – επικόλληση του τρίτου. Επομένως, κατά την παρεμβαίνουσα, είναι απορίας άξιον πως τόσο η

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

απόφαση της ΑΕΠΠ όσο και η απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατέληξαν στο συμπέρασμα ότι μπορεί να γίνει δεκτή η μία προσφορά κι όχι η άλλη. Ακολούθως, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η πιστοποίηση από την εταιρεία **** αναφέρεται σε συστήματα που αφορούν σε ΚΛΙΜΑΤΙΣΜΟ ΜΟΝΟ και δεν περιλαμβάνει τα συστήματα που προορίζονται για ΖΕΣΤΟ ΝΕΡΟ ΧΡΗΣΗΣ κι άρα ΚΑΜΙΑ ΑΝΤΛΙΑ ΘΕΡΜΟΤΗΤΑΣ ΤΟΥ ΕΜΠΟΡΙΟΥ ΠΟΥ ΠΡΟΟΡΙΖΕΤΑΙ ΓΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗ ΖΕΣΤΟΥ ΝΕΡΟΥ ΧΡΗΣΗ ΔΕΝ ΕΙΝΑΙ ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΜΕΝΗ ΑΠΟ ΤΗΝ ****, γιατί το συγκεκριμένο δεν αποτελεί σκοπό της εταιρείας. Σύμφωνα με την παρεμβαίνουσα, τόσο η ίδια όσο και ο οικονομικός φορέας «****» προσφέρουν δέκα αντλίες θερμότητας και συγκεκριμένα : 1. Οκτώ αντλίες θερμότητας που αφορούν τον κλιματισμό του κτιρίου για τις οποίες έχει κατατεθεί η **** και 2. Δύο αντλίες θερμότητας που αφορούν την παραγωγή ζεστού νερού χρήσης που δεν έχουν πιστοποίηση **** γιατί απλά η εταιρεία **** δεν πιστοποιεί συστήματα ζεστού νερού. Αντίθετα, η προσφεύγουσα προσφέρει με την Τεχνική Προσφορά της για την περίπτωση του κλιματισμού τις ίδιες με την δική της Τεχνική Προσφορά οκτώ αντλίες θερμότητας και για την περίπτωση του ζεστού νερού δύο αντλίες θερμότητας του οίκου κατασκευής: **** που είναι μεν πιστοποιημένες κατά *** αλλά όχι για παραγωγή ζεστού νερού αλλά για κλιματισμό. Κατά την άποψη της παρεμβαίνουσας εκ των ανωτέρω τεκμαίρονται τα εξής : 1. Η αναθέτουσα αρχή έκανε λάθος όταν ζητούσε «Οι αποδόσεις όλων των αντλιών θερμότητας θα είναι πιστοποιημένες κατά ****.» γιατί προφανώς αυτό ισχύει για τις αντλίες θερμότητας που αφορούν χρήση κλιματισμού, αλλά όχι για αυτές που προορίζονται για παραγωγή ζεστού νερού χρήσης και το λάθος της το διαπιστώνει και το διατυπώνει κατά την παρέμβασή της στην πρώτη προδικαστική προσφυγή. 2. Η προσφεύγουσα προσπαθεί με νομικά τερτίπια να πείσει ότι για τις αντλίες της προσφοράς της ισχύει ότι «Οι αποδόσεις όλων των αντλιών θερμότητας θα είναι πιστοποιημένες κατά ****.» πράγμα που δεν είναι αληθές γιατί απλά η εταιρεία **** δεν πιστοποιεί συστήματα ζεστού νερού. Με άλλα λόγια, προσφέρει πιστοποιημένες αντλίες θερμότητας αλλά όχι για την δουλειά που προορίζονται, δεν μπορεί με άλλα λόγια να λες ότι το προϊόν είναι

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

πιστοποιημένο αλλά για άλλη χρήση. Ενόψει των ανωτέρω, κι αφού για τις προσφερόμενες δύο αντλίες θερμότητας τύπου **** ονομαστικής απόδοσης τουλάχιστον 16 KW εκάστη, πραγματικής 13 KW, δεν υφίσταται πιστοποίηση κατά ****, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ζητήσει από την ίδια την παρεμβαίνουσα να διευκρινίσει την προσφορά της. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα σημειώνει ότι στην τεχνική της προσφορά στον συμπιεσμένο φάκελο “07.02 Τεκμηρίωση ****” εμπεριέχονται τα εξής : 1. Το αρχείο με τίτλο “ 6. ****” (Συνημμένο 2) και 2. Το αρχείο με τίτλο “5. ****” (Συνημμένο 3). Με το πρώτο, το οποίο αναφέρεται και ως ενεργειακή ταμπέλα (Energy label) του προϊόντος, πιστοποιείται η απόδοση των προσφερόμενων μηχανημάτων σύμφωνα με την **** και με το δεύτερο τα προϊόντα που έχουν διαπιστωθεί ότι πληρούν τις απαιτήσεις που καθορίζονται στο μέτρο εφαρμογής της παραπάνω οδηγίας μπορεί να εφαρμόζουν το σήμα **** στο προϊόν ως ένδειξη συμμόρφωσης με τις βασικές απαιτήσεις της Οδηγίας. Θα μπορούσε επομένως η αναθέτουσα αρχή εφαρμόζοντας την παραπάνω απόφαση να διαπιστώσει ότι η έλλειψη της πιστοποίησης **** στις δύο προσφερόμενες αντλίες θερμότητας που αφορούν την παραγωγή ζεστού νερού χρήσης «καλύπτεται κατά τρόπο ισοδύναμο από άλλα χαρακτηριστικά του» τα οποία έχουν κατατεθεί από την παρεμβαίνουσα στην τεχνική προσφορά της.

12. Επειδή, με την διάταξη του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *«3. Κάθε ενδιαφερόμενος, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφος Ι του άρθρου 365, παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του».* Αντιστοίχως δε με το άρθρο 7 του Π.Δ. 39/2017 προβλέπεται ότι : *«Κάθε ενδιαφερόμενος του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την*

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, σύμφωνα με την περίπτωση α της παραγράφου 2 του άρθρου 9 του παρόντος Κανονισμού, παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του (άρθρου 362 παρ. 3 ν. 4412/2016). Η παρέμβαση κατατίθεται ηλεκτρονικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 8 του παρόντος Κανονισμού». Εκ των οριζομένων ως άνω προκύπτει ότι η Παρέμβαση ασκείται από κάθε ενδιαφερόμενο του οποίου τα συμφέροντα επηρεάζονται από την άσκηση της προσφυγής κατά της εκάστοτε προσβαλλόμενης πράξης/παράλειψη της αναθέτουσας αρχής, με σκοπό την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης. Εν προκειμένω, όμως, οι προβαλλόμενοι δια της εξετασθείσας Παρεμβάσεως ισχυρισμοί της εταιρίας «*****» κατατείνουν στο ότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της χωρίς να ζητήσει προηγουμένως διευκρινίσεις σε σχέση με το επίμαχο ζήτημα, δηλαδή εάν οι προσφερόμενες εκ μέρους της αντλίες θερμότητας πληρούν κατά τρόπο ισοδύναμο τις απαιτήσεις του προτύπου πιστοποίησης *****, σε κάθε δε περίπτωση διότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή δεν διαπίστωσε τούτο κατά την εξέταση του φακέλου της τεχνικής προσφοράς της. Ως εκ τούτου, η παρεμβαίνουσα ναι μεν αιτείται την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής, όμως δια των ως άνω ισχυρισμών της αυτό που επιδιώκει είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης με αριθ. *****, κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της, παρότι αρχικώς είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος για την Ομάδα Α' της σύμβασης, χωρίς η αναθέτουσα αρχή να της ζητήσει να διευκρινίσει αυτήν, κατά τα κριθέντα στην ΑΕΠΠ 1574/2020. Όμως, λαμβανομένων υπόψιν των διατάξεων του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017 εναργώς προκύπτει ότι δια της ασκηθείσας Παρεμβάσεως, η παρεμβαίνουσα δύναται να επιδιώκει νομίμως την διατήρηση της ισχύος της εκάστοτε προσβαλλόμενης πράξης και όχι την ακύρωση αυτής, το οποίο αίτημα η παρεμβαίνουσα δύνατο να προβάλλει παραδεκτώς μόνο με την άσκηση της κατ'άρθρο 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 προδικαστικής προσφυγής κατά της αυτής πράξης της αναθέτουσας αρχής. Σε κάθε δε περίπτωση, απαραδέκτως η παρεμβαίνουσα επαναφέρει με την

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

Παρέμβασή της αιτιάσεις που αφορούν στο εσφαλμένο της απόρριψης της προσφοράς της, το οποίο ζήτημα εκρίθη με την ΑΕΠΠ 1574/2020. Ενόψει των ανωτέρω, η υπόψη Παρέμβαση ασκείται απαραδέκτως.

13. Επειδή, περαιτέρω, με την διάταξη του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι : *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται 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, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής. 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. 3. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ.»* Αντιστοίχως δε με την διάταξη του άρθρου 18 του Π.Δ. 39/2017 προβλέπεται ότι : *«.....4.Ο οικείος σχηματισμός, με την απόφασή του, κατά περίπτωση, δέχεται εν όλω ή εν μέρει ή απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή. Επί αποδοχής προδικαστικής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προδικαστικής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια (άρθρο 367 παρ. 2 ν. 4412/2016). 5. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ (άρθρο 367 παρ. 3 ν. 4412/2016)»*. Εκ των ανωτέρω σαφώς προκύπτει ότι στην περίπτωση κατά την οποία, στο πλαίσιο διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης προμηθειών, υπηρεσιών ή έργου, γίνει δεκτή (εν μέρει δεκτή) προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 κατά εκτελεστής πράξης αναθέτουσας αρχής, η ΑΕΠΠ με την απόφασή της ακυρώνει μερικώς ή ολικώς την προσβαλλόμενη πράξη, σε περίπτωση δε που ακυρώνεται η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

να προβεί σε οφειλόμενη ενέργεια, η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου η τελευταία να προβεί στην ενέργεια αυτή. Προς την απόφαση αυτή της ΑΕΠΠ η αναθέτουσα αρχή οφείλει να συμμορφωθεί, εκδίδοντας σχετική προς τούτο πράξη, με την οποία θα ακυρώνει/ανακαλεί/τροποποιεί αναλόγως κατά τα κριθέντα με την απόφαση της ΑΕΠΠ, την εκεί προσβαλλόμενη, και τούτο ανεξαρτήτως της τυχόν δικαστικής προσβολής της απόφασης της ΑΕΠΠ.

14. Επειδή, με την ΑΕΠΠ 1594/2020, η οποία έκρινε επί της με ΓΑΚ 1447/2020 Προσφυγής της εκεί προσφεύγουσας εταιρίας «***** κατά το μέρος που με αυτήν αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για την Ομάδα Α' της σύμβασης η εταιρία «*****» και περαιτέρω έλαβε την δεύτερη θέση κατάταξης η προσφορά του οικονομικού φορέα «*****», έγιναν δεκτά τα εξής : «18. {...} Ήτοι, η παρεμβαίνουσα «*****» και ο διαγωνιζόμενος «*****» δεσμεύονται με τις τεχνικές προσφορές τους ότι θα προμηθεύσουν την αναθέτουσα αρχή και θα εγκαταστήσουν οχτώ αντλίες θερμότητας αέρος-νερού ενδεικτικού τύπου **** και δυο αντλίες θερμότητας ενιαίου μονοblock, τύπου ****ονομαστικής απόδοσης τουλάχιστον 16 KW εκάστη, οι οποίες όλες κατά δήλωσή τους και σε συμμόρφωση με την σχετική απαίτηση της διακήρυξης θα είναι πιστοποιημένες κατά ****. Αντίστοιχα, εντός των φακέλων τεχνικής προσφοράς προσκομίζουν τεχνικά φυλλάδια προς απόδειξη των προδιαγραφών των προσφερόμενων αντλιών, στα οποία όμως δεν συμπεριλαμβάνεται η πιστοποίηση αυτών κατά ****, παρότι στις τεχνικές προσφορές τους δηλώνεται ότι τούτη πληρείται. Ο δε ισχυρισμός της παρεμβαίνουσας, όπως και της αναθέτουσας αρχής, ότι η συγκεκριμένη απαίτηση δεν τίθεται επί ποινή αποκλεισμού απορρίπτεται ως αβάσιμος, καθότι, εκ των οριζομένων στην παράγραφο 2.4.3. συνάγεται ότι όλοι οι όροι που αφορούν στο περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς τίθενται επί ποινή αποκλεισμού. Από την άλλη πλευρά, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει ότι οι προσφερόμενες αντλίες θερμότητας τύπου **** είναι ανεξάρτητες, δεν συμμετέχουν, ούτε συνδυάζονται με το ****, και συνεπώς μπορούν να αξιολογηθούν σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Οδηγία οικολογικού

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

σχεδιασμού και χωρίς πιστοποίηση ****, ισχυρισμός ο οποίος αντιβαίνει στις ρητώς διατυπωμένες απαιτήσεις-τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης με τις οποίες απαιτείται οι αποδόσεις όλων των αντλιών θερμότητας να είναι πιστοποιημένες κατά *****. Ως εκ τούτου, εάν για οποιονδήποτε λόγο κατά τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής η πλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης δύναται να καλύπτεται κατά τρόπο ισοδύναμο από άλλα χαρακτηριστικά του, η αναθέτουσα αρχή, θα έπρεπε κατ'αρχήν να εντοπίσει την αντίφαση ως προς την δήλωση της παρεμβαίνουσας και του συνδιαγωνιζόμενου «*****» ότι πληρούν την προδιαγραφή αυτήν, χωρίς παράλα αυτά να προσκομίζουν την σχετική πιστοποίηση, και να τους ζητήσει να διευκρινίσουν προς τούτο την προσφορά τους, προφανώς μη γενόμενης δεκτής της δυνατότητας οι πιστοποιήσεις ***** να προσκομιστούν εκ των υστέρων, διότι τούτο θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων τροποποίηση των προσφορών τους. Ενόψει των ανωτέρω, γίνεται εν μέρει δεκτός ο οικείος λόγος προσφυγής, οφείλει δε η αναθέτουσα αρχή, κατά τα κριθέντα ως άνω, να καλέσει τις ως άνω διαγωνιζόμενες να διευκρινίσουν τις τεχνικές προσφορές τους ως προς την πλήρωση της επίμαχης προδιαγραφής». Ως εκ τούτου, με το διατακτικό της ΑΕΠΠ 1547/2020 ορίζονται τα εξής : «Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή. Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση. Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αριθ. ***** κατά το μέρος που αναδεικνύεται προσωρινή ανάδοχος για την Ομάδα Α' η «****» και περαιτέρω γίνεται δεκτή η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «*****», χωρίς η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει προηγούμενως διευκρινίσεις επί των τεχνικών προσφορών τους, κατά τα κριθέντα στη σκέψη 18 της παρούσας. Αναπέμπει την προσβαλλόμενη στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να ενεργήσει τα δέοντα, κατά τα κριθέντα στην σκέψη 18 της παρούσας. Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 1.368,50 ευρώ».

15. Επειδή, από τα εκτεθέντα ως άνω εναργώς συνάγεται ότι, κατά το διατακτικό της ΑΕΠΠ 1594/2020, η εκεί προσβαλλόμενη υπ'αριθ. 668/2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής αναπέμπεται στην τελευταία, ώστε να ζητήσει, ως όφειλε, από αμφοτέρες της συνδιαγωνιζόμενες της εκεί

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

προσφεύγουσας «*****», ήτοι από την εταιρία «*****», να διευκρινίσουν τις τεχνικές τους προσφορές σε σχέση με την πλήρωση της προδιαγραφής κατά την οποία απαιτείτο να αποδεικνύεται ότι οι προσφερόμενες από τους διαγωνιζόμενους αντλίες θερμότητας είναι πιστοποιημένες κατά ****. Παρόλα αυτά, εν προκειμένω, παρότι η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη με την παρούσα με αριθ. 898/46ης Συνεδρίασης/15.12.2020 απόφασή της ενέκρινε την συμμόρφωση με την ΑΕΠΠ 1594/2020, ως όφειλε να πράξει, δεν συμμορφώθηκε εν τοις πράγμασι με τα κριθέντα σε αυτήν. Και τούτο διότι, ως σαφώς διατυπώνεται στην προσβαλλόμενη με την παρούσα πράξη της, παρότι με αυτήν ακυρώνεται η προγενέστερη με αριθ. 663/2020 πράξη κατά το μέρος που αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για την Ομάδα Α' η «*****» και περαιτέρω γίνεται δεκτή η τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «*****», ως τούτο έκρινε και η ΑΕΠΠ 1594/2020, παρόλα αυτά, εν συνεχεία, εγκρίνεται το από 08.12.2020 Πρακτικό και ως εκ τούτου αναδεικνύεται προσωρινός ανάδοχος για την Ομάδα Α' της σύμβασης ο οικονομικός φορέας «*****», χωρίς, όμως, προηγουμένως η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει, ως ρητώς ορίζεται στο διατακτικό της ΑΕΠΠ 1594/2020, από αμφοτέρους τους διαγωνιζόμενους, ήτοι την «*****» (2^ο στην κατάταξη), να διευκρινίσουν κατά ποιον τρόπο οι τεχνικές προσφορές τους πληρούν την επίμαχη προδιαγραφή, ως τούτο αναλυτικώς εκτίθεται στην σκέψη 18 της ΑΕΠΠ 1594/2020, στην οποία άλλωστε παραπέμπει και το διατακτικό της ως άνω απόφασης της ΑΕΠΠ, υποδεικνύοντας τι ακριβώς όφειλε η αναθέτουσα αρχή να διευκρινίσει σε σχέση με τις εν λόγω προσφορές. Ενόψει των ανωτέρω, εναργώς προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δια της εκδόσεως της προσβαλλόμενης δεν συμμορφώθηκε ορθώς με τα κριθέντα στην ΑΕΠΠ 1594/2020 καθότι, αφενός μεν απέρριψε την προσφορά της αναδειχθείσας προηγουμένως προσωρινής αναδόχου «*****», χωρίς να διευκρινίσει αυτήν σε σχέση με την πλήρωση κατά τρόπο ισοδύναμο την ζητούμενη πιστοποίηση ****, αφετέρου δε ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο της Ομάδας Α' τον «*****», ομοίως χωρίς να διευκρινίσει εάν η προσφορά του πληροί κατά τρόπο ισοδύναμο την ζητούμενη πιστοποίηση ****. Τούτων

Αριθμός απόφασης: 388 / 2021

δοθέντων, ο μοναδικός προβαλλόμενος με την παρούσα λόγος προσφυγής γίνεται δεκτός ως βάσιμος.

16. Επειδή, ως εκ τούτου, η υπόψη Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ενώ η Παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

17. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού 1.368,50, πρέπει να της επιστραφεί.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αριθ. *****, κατά τα κριθέντα στην παρούσα.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του προσκομισθέντος παραβόλου ποσού 1.368,50 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 25 Φεβρουαρίου 2021.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου