

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Μιχαήλ Σειραδάκης σε αναπλήρωση της νομίμως κωλυόμενης Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 04.02.2021 με ΓΑΚ 267/04.02.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «....», που εδρεύει στην ..., όπως εκπροσωπείται νομίμως,

κατά του «ΔΗΜΟΥ ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθμ. 12/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €786,13 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. 274/2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...), η οποία αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ την 11/11/2020 και ώρα 15:00:33, αποφασίστηκε επανάληψη της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, για την επιλογή αναδόχου για την Προμήθεια Ασφαλικών Υλικών Συντήρησης - Επισκευής Οδών (Νέα Προμήθεια), με εκ νέου ανάρτηση στο Σύστημα της Πρόσκλησης Συμμετοχής

Αριθμός απόφασης: 609/2021

στη διαδικασία της διαπραγμάτευσης, στην οποία να αναφερόταν ως χρονικό διάστημα υποβολής προσφορών οι πέντε (5) εργάσιμες ημέρες και η υπ' αριθ. πρωτ. ... Πρόσκληση για συμμετοχή στη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση, η οποία δημοσιεύτηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 16-11-2020 (Αριθμός Α/Α Συστήματος: ... - Καταληκτική Ημερομηνία Υποβολής Προσφορών: 21-11-2020 και ώρα 23:59:00).

3. Επειδή, με την προσβαλλόμενη υπ'αριθμ. ... απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκαν τα υπ'αριθμ.1 και 2 Πρακτικά «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» και «Οικονομικές Προσφορές» των δύο συμμετεχόντων, ήτοι της προσφεύγουσας και του οικονομικού φορέα «...». Κατόπιν αυτού αποφασίστηκε η ανάδειξη του οικονομικού φορέα «...» ως προσωρινού αναδόχου της προμήθειας του εν λόγω διαγωνισμού και η προσφορά του κρίθηκε πλήρης, σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 04.02.2021 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, στις 29.01.2021 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 08.02.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 1907/16.02.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 24.02.2021, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως το από 04.03.2021 Υπόμνημά της.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η

οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά του οικονομικού φορέα «...», έπρεπε να απορριφθεί διότι δεν συμπλήρωσε το Μέρος IV-B του ΤΕΥΔ που αφορά στο κριτήριο επιλογής της χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και του υπομνήματος της προσφεύγουσας σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής προκύπτουν τα ακόλουθα: Το άρθρο 2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της Διακήρυξης ορίζει ότι: *«Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ελάχιστο μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών για την τελευταία τριετία (2019, 2018, 2017), ποσού ίσου προς το ποσό του προϋπολογισμού (χωρίς Φ.Π.Α.). Στην περίπτωση που ο προσφέρων δραστηριοποιείται για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων, τότε, για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιείται, να διαθέτει ελάχιστο μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση ποσού ίσου προς το ποσό του προϋπολογισμού (χωρίς Φ.Π.Α.)»*. Επίσης το άρθρο άρθρο 2.2.9 Κανόνες απόδειξης ποιοτικής επιλογής της Διακήρυξης ορίζει ότι: *«2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών. Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την*

Αριθμός απόφασης: 609/2021

υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΤΕΥΔ καταρτίζεται από τις αναθέτουσες αρχές βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Α της Απόφασης 158/2016 της ΕΑΑΔΗΣΥ και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες της Κατευθυντήριας Οδηγίας 15/2016 (ΑΔΑ: ...). Το ΤΕΥΔ σε επεξεργάσιμη μορφή είναι αναρτημένο στην ιστοσελίδα της ΕΑΑΔΗΣΥ (www.eaadhsy.gr) και (www.hsppa.gr). Το ΤΕΥΔ μπορεί να υπογράφεται έως δέκα (10) ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών...».

Ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» στην υπ' αριθ. 199002/19-11-2020 προσφορά του, την οποία κατέθεσε μέσω ΕΣΗΔΗΣ, υπέβαλε το απαιτούμενο από την Διακήρυξη ΤΕΥΔ του, πλην όμως στο Μέρος IV-B αυτού που αφορά στο κριτήριο επιλογής της χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5, δεν έχει συμπληρώσει τίποτα. Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται ότι μαζί με το Τ.Ε.Υ.Δ. συνυπέβαλε αντίγραφα των οικονομικών ισολογισμών των ετών 2017,2018,2019, το οποίο αποτελεί πλήρη απόδειξη για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του. Ο ισχυρισμός της όμως αυτός είναι αβάσιμος και τούτο διότι καταρχήν τα επικαλούμενα αντίγραφα δεν υποβλήθηκαν από τον οικονομικό φορέα «...» ηλεκτρονικά μέσω συστήματος ΕΣΗΔΗΣ στην προσφορά του μαζί με το αρχείο ΤΕΥΔ, αλλά αντιθέτως προσκομίστηκαν μόνο εντύπως στην αναθέτουσα αρχή. Η απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας όμως αποτελεί προαποδεικτικό στοιχείο σύμφωνα με την Διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού και γι'αυτό τον λόγο θα έπρεπε σε κάθε περίπτωση να έχει κατατεθεί ηλεκτρονικά μέσω συστήματος ΕΣΗΔΗΣ από τον οικονομικό φορέα «...» σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο άρθρο 2.4.2.1 της Διακήρυξης . Περαιτέρω το ΤΕΥΔ ναι μεν παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής, εντούτοις, η υποβολή του συμπληρωμένου ΤΕΥΔ στα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πεδία αποτελεί ουσιώδη τυπική

προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του κανόνα αυτού εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή υποβολή ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, συνιστά ουσιώδη παράλειψη συνεπαγόμενη αποκλεισμό του υποψηφίου. Εν προκειμένω, η μη συμπλήρωση του Μέρους IV-B του ΤΕΥΔ που αφορά στο κριτήριο επιλογής της χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 από τον οικονομικό φορέα «...», αποτελεί ουσιώδη παράλειψη και η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά. Κατόπιν των ανωτέρω ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι η τεχνική προσφορά που υπέβαλε ο οικονομικός φορέας «...» είναι ελλιπής διότι δεν υπέβαλε τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά προκειμένου να είναι εφικτή η αξιολόγηση των προσφερόμενων ειδών.

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και του υπομνήματος της προσφεύγουσας σχετικά με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής προκύπτουν τα ακόλουθα: Το άρθρο 2.4.3.2 Τεχνική προσφορά ορίζει ότι *«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 Ι 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»*.

Ο οικονομικός φορέας «...» κατέθεσε την τεχνική του προσφορά και στο πεδίο ΑΠΑΝΤΗΣΕΙΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ απάντησε «ΝΑΙ» και στον τίτλο ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ απάντησε «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΟΠΩΣ ΣΤΗ ΜΕΛΕΤΗ». Η υπ' αριθμ. 31/2020 Μελέτη της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής, περιλαμβάνει αναλυτικές απαιτήσεις και τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια υλικών, για την αξιολόγηση των οποίων, όπως προβλέπεται από την διακήρυξη, απαιτούνται έγγραφα και δικαιολογητικά. Ο ως άνω οικονομικός φορέας όμως δεν έχει επισυνάψει ούτε έχει σημειώσει παραπομπή σε κανένα έγγραφο και αυτό έχει σαν αποτέλεσμα

Αριθμός απόφασης: 609/2021

να μην μπορεί να αποδειχθεί η συμμόρφωση των προσφερόμενων ειδών με τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης της Διακήρυξης. Επομένως η μη σύμφωνη με την Διακήρυξη τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «...» αποτελεί λόγο απόρριψης της προσφοράς του, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Κατόπιν των ανωτέρω και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 12/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού €786,13 με ηλεκτρονικό κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε την 01 Απριλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ