

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26.05.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24.04.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/501/27.04.2020 της προσφεύγουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «» και τον διακριτικό τίτλο «».

Κατά του [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 122/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που ανέδειξε τον «» ως προσωρινό ανάδοχο της Ομάδας Δ «Σάκοι απορριμμάτων», στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια ειδών καθαριότητας και ευπρεπισμού και λοιπών ειδών παντοπωλείου».

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων με αντικείμενο την «Προμήθεια ειδών καθαριότητας και ευπρεπισμού και λοιπών ειδών παντοπωλείου, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 374.141,76€

πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για κάθε ομάδα ξεχωριστά. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στις 09.12.2019 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων με ΑΔΑΜ: και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 24.01.2020 και ώρα 23.00 μ.μ. και ως ημερομηνία αποσφράγισης προσφορών ορίστηκε η 30.01.2020 και ώρα 11.00 π.μ. Η διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνει τις εξής Ομάδες: Ομάδα Α (Απορρυπαντικά, σαπούνια και υγρά καθαριστικά πλυντηρίων πιάτων, προϋπολογισθείσας δαπάνης 109.659,15€ με Φ.Π.Α.), Ομάδα Β (Χαρτικά και πάνες βρεφών, προϋπολογισθείσας δαπάνης 149.405.24€ με ΦΠΑ), Ομάδα Γ (Διάφορα είδη ευπρεπισμού, προϋπολογισθείσας δαπάνης 90.769.19 με ΦΠΑ), Ομάδα Δ (Σάκοι απορριμμάτων, προϋπολογισθείσας αξίας 94.460,60€ με ΦΠΑ) και Ομάδα Ε (Καθαριστικό κάδων απορριμμάτων, προϋπολογισθείσας αξίας 19.641,60€ με ΦΠΑ). Η υπό κρίση Προσφυγή ασκείται για την Ομάδα Δ. Με την υπ' αριθμ. 122/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (προσβαλλόμενη) εγκρίθηκαν τα Πρακτικά Ι (...../2020) και ΙΙ (...../2020) της Επιτροπής Διαγωνισμού και, μεταξύ άλλων αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος της Ομάδας Δ (Σάκοι απορριμμάτων) ο οικονομικός φορέας «».

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ποσού ευρώ χιλίων οκτακοσίων εβδομήντα και εβδομήντα ενός λεπτών (€1.870,71), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64). Δεδομένου όμως ότι η υπό κρίση Προσφυγή ασκείται μόνο για την Ομάδα Δ, της οποίας η προϋπολογισθείσα αξία ανέρχεται σε 94.460,60€ με ΦΠΑ, θα πρέπει σε κάθε περίπτωση και ανεξάρτητα από την κρίση επί της Προσφυγής, να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το επιπλέον ποσό των 1.270,71€ ως αχρεωστήτως καταβληθέν.

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου της και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 374.141,76€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 16.04.2020.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας και έχει υποβάλει προσφορά για τα είδη της Ομάδας Δ (Σάκοι απορριμμάτων), με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την ανάδειξη του «» ως προσωρινού αναδόχου για την εν λόγω Ομάδα, ενώ κατά τους ισχυρισμούς της τόσο η τεχνική όσο και η οικονομική προσφορά του αντίκεινται σε διατάξεις της Διακήρυξης.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά του «» για την Ομάδα Δ (Σάκοι απορριμμάτων) και τον ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο για την Ομάδα αυτή, για τους εξής λόγους: «1ος Λόγος Προσφυγής: Σύμφωνα με την διακήρυξη της εν λόγω προμήθειας ΑΡ.ΠΡΩΤ.ΔΙΑΚ. ΑΔΑ Στο άρθρο 2.4.2 Χρόνος και Τρόπος υποβολής προσφορών της διακήρυξης με ΑΡ.ΠΡΩΤ. του και συγκεκριμένα στο 2.4.2.5. ανέφερε ότι με την προσκόμιση του έντυπου φακέλου εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή « απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού και η προσκόμιση, σε σφραγισμένες συσκευασίες, των δειγμάτων για όποια είδη απαιτείται όπως περιγράφεται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό. Η δοκιμή των ανωτέρω δειγμάτων θα αποτελέσει τον βασικό παράγοντα αξιολόγησης των τεχνικών

προδιαγραφών» και την παραλαβή του υλικού βάσει των δειγμάτων που κατατέθηκαν. Βάσει και του Παραρτήματος I και του Παραρτήματος II της διακήρυξης για την ΟΜΑΔΑ Δ ΣΑΚΟΙ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΩΝ, στην οποία η εταιρία μας συμμετείχε, ήταν απαίτηση να προσκομιστούν δείγματα για όλα τα προσφερόμενα είδη. Στις 14/2/2020 η εταιρία μας έστειλε μέσω ΕΣΗΔΗΣ αίτημα εξέτασης δειγμάτων όλων των συμμετεχόντων. Στις 24/2/2020 μας γνωστοποιήθηκε μέσω επιστολής του με αρ. πρωτ./24-2-20 ότι την Πέμπτη 27/2/20 από τις 11:00 π.μ. μέχρι και τις 11:30 π.μ. θα μπορούσαμε να μεταβούμε στο για να δούμε τα δείγματα που έχουν κατατεθεί από όλους τους συμμετέχοντες στον ηλεκτρονικό διαγωνισμό. Ύστερα από την παρουσία μας εκεί στην ορισθείσα ημέρα και ώρα διαπιστώσαμε ότι: Η εταιρία δεν προσκόμισε τα απαιτούμενα δείγματα. Στη συνέχεια στις 27/2/20 στείλαμε μέσω ΕΣΗΔΗΣ γνωστοποίηση με τα παραπάνω αναφερόμενα ώστε να ληφθούν υπόψη από την επιτροπή διενέργειας διαγωνισμού και για τα συγκεκριμένα είδη να απορριφθεί η συμμετοχή της εταιρίας Η επιτροπή δεν έλαβε υπόψη της την γνωστοποίηση που αποστείλαμε και κατακύρωσε βάση χαμηλότερης τιμής την ΟΜΑΔΑ Δ ΣΑΚΟΙ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΩΝ στην εταιρία, παρόλο που δεν προσκόμισε δείγματα για την συγκεκριμένη ομάδα κάτι το οποίο αποτελούσε απαίτηση επί ποινή αποκλεισμού ώστε να βρεθεί η συμφωνία των προσφερόμενων ειδών με όσα ορίζονται στις τεχνικές προδιαγραφές του διαγωνισμού. 2ος Λόγος Προσφυγής: Βάσει της συγγραφής υποχρεώσεων της μελέτης/2019 άρθρο 4 Προαπαιτούμενα - Προσόντα Υποψήφιου Αναδόχου έπρεπε να προσκομιστεί «δ) Υπεύθυνη δήλωση του συμμετέχοντα στο διαγωνισμό που θα περιέχει την εμπορική ονομασία των προϊόντων που προσφέρουν καθώς και την ονομασία της εταιρείας παραγωγής των προϊόντων, χώρα προέλευσης και παραγωγής των προσφερομένων ειδών, το εργοστάσιο το οποίο θα παρασκευάσει τα προσφερόμενα είδη, (εφόσον φυσικά δεν τα παράγει ο ίδιος) ή τον παραγωγό, καθώς και τον τόπο εγκατάστασης του στον φάκελο της τεχνικής τους προσφοράς. Όταν οι προσφέροντες δεν παράγουν τα προσφερόμενα είδη, μερικά ή ολικά, σε δικό τους εργοστάσιο, εκτός των ανωτέρω στοιχείων που

πρέπει να δηλώνονται στην προσφορά, υποχρεούνται να επισυνάψουν σε αυτή και υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του εργοστασίου όπου θα παραχθούν τα είδη, με την οποία θα δηλώνει ότι αποδέχεται την εκτέλεση της προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον προμηθευτή υπέρ του οποίου εκδίδει την υπεύθυνη δήλωση. Σε περίπτωση και μόνο κατά την οποία τα προσφερόμενα είδη, τα παράγει μεν τρίτος, είναι όμως σε αφθονία διαθέσιμα στην ελεύθερη αγορά από όπου είναι ευχερής η προμήθειά τους, ο συμμετέχων στην υπεύθυνη δήλωση θα δηλώνει ότι: α) αποδέχεται την εκτέλεση της προμήθειας σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στην εταιρεία του και β) ότι τα προσφερόμενα προϊόντα, τα παράγει μεν τρίτος, είναι όμως σε αφθονία διαθέσιμα στην ελεύθερη αγορά από όπου θα τα προμηθευτεί καθώς είναι ευχερής η προμήθειά τους.» Η εταιρία δεν προσκόμισε Υπεύθυνη Δήλωση του νόμιμου εκπροσώπου του εργοστασίου παραγωγής που θα του προμηθεύσει τα είδη της ΟΜΑΔΑ Δ. Προσκόμισε μια υπεύθυνη δήλωση του ιδίου συμμετέχοντος που αναφέρει ότι «Οι επιχειρηματικές μονάδες στις οποίες θα παρασκευάζονται τα προσφερόμενα προϊόντα δηλώνονται στον κάτωθι επισυναπτόμενο πίνακα. Καθότι δεν θα παρασκευάζω ο ίδιος το τελικό προϊόν σε δική μου επιχειρηματική μονάδα, δηλώνω ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης παρασκευής του τελικού προϊόντος έχει αποδεχθεί έναντί μου την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης της προμήθειας στην επιχείρησή μου.» χωρίς να επισυνάπτει την αποδοχή του εργοστασίου παραγωγής στα χαρτιά του διαγωνισμού. Κατέθεσε και ακόμη μια δήλωση στην οποία αναγράφει τα χαρακτηριστικά των ειδών χώρα προέλευσης εργοστάσιο παραγωγής κτλ και «ότι τα προσφερόμενα προϊόντα, τα παράγει μεν τρίτος, είναι όμως σε αφθονία διαθέσιμα στην ελεύθερη αγορά από όπου θα τα προμηθευτώ καθώς είναι ευχερής η προμήθειά τους» (προφανώς αναφέρεται σε άλλα προϊόντα της μελέτης όπου και συμμετείχε). Πως μιλάμε για αφθονία ειδών που έχουν πολύ συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές, χαρακτηριστικά και ζητούνται με πολύ συγκεκριμένες διαστάσεις χρώμα καθώς και εκτύπωση. Σας παραθέτουμε τις τεχνικές προδιαγραφές βάση μελέτης δύο υπό προμήθεια ειδών: 1) Είδος 1.

Σάκοι απορ/των πλαστικοί 0,90x1,10 χρώματος κεραμιδί, το υλικό κατασκευής τους θα πρέπει να είναι 100% παρθένο πολυαιθυλένιο (HDPE) υψηλής πυκνότητας ανακυκλώσιμο 100%. Επίσης το υλικό θα πρέπει να μην είναι πολύ γυαλιστερό, ώστε να μεταφέρεται εύκολα χωρίς να γλιστρά. Το πάχος του κάθε σάκου να είναι 40μ και θα πρέπει να είναι περίπου 16 με 18 σάκοι στο κιλό καθώς και η συσκευασία να είναι σε κιλά. Οι σάκοι πρέπει να έχουν αντοχή στο σχίσιμο και σε εφελκυσμό επειδή δέχονται και χρώματα μαζί με τα απορρίμματα (αντοχή σε βάρος 50 κιλών τουλάχιστον). Η κάτω πλευρά του σάκου (πυθμένας), θα είναι ενωμένη με θερμοκολλητική μέθοδο υψηλής αντοχής, που θα αποκλείει την πιθανότητα διάρρηξης του σάκου και διασκόρπισης των απορριμμάτων. Στην εμπρόσθια όψη - πλευρά κάθε σάκου και στο κέντρο αυτής με μαύρα γράμματα και ύψους 20 cm περίπου θα είναι τυπωμένο το λογότυπο του αντίστοιχου φορέα π.χ. «» ή « Επιτροπή» κ.λ.π. 2) Είδος 4 Σακούλες απορριμμάτων Μικρές (0,50x0,50) χρώματος γαλακτερού, το υλικό κατασκευής τους θα πρέπει να είναι 100% παρθένο πολυαιθυλένιο (HDPE) υψηλής πυκνότητας ανακυκλώσιμο 100%. Επίσης το υλικό θα πρέπει να μην είναι πολύ γυαλιστερό, ώστε να μεταφέρεται εύκολα χωρίς να γλιστρά. Το πάχος του κάθε σάκου να είναι 30μ και θα πρέπει να είναι περίπου 40 σάκοι στο κιλό καθώς και η συσκευασία να είναι σε κιλά. Οι σάκοι πρέπει να έχουν αντοχή στο σχίσιμο και σε εφελκυσμό επειδή δέχονται και χρώματα μαζί με τα απορρίμματα. Στην εμπρόσθια όψη - πλευρά κάθε σάκου και στο κέντρο αυτής με μαύρα γράμματα και ύψους 20 cm περίπου θα είναι τυπωμένο το λογότυπο του αντίστοιχου φορέα π.χ. «» ή « Επιτροπή» κ.λ.π. τυπωμένο το λογότυπο του αντίστοιχου φορέα π.χ. «» ή « Επιτροπή» κ.λ.π. Είναι φανερό ότι δεν ζητείται κάτι πολύ συνηθισμένο ούτε από υλικό κατασκευής ούτε από διαστάσεις αλλά και ούτε από χρώμα. Επομένως θα έπρεπε να είχε προσκομιστεί υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του εργοστασίου κατασκευής στην προκειμένη περίπτωση του εργοστασίου ότι θα κατασκευάσει τα υπό προμήθεια είδη σε περίπτωση κατακύρωσης της προμήθειας στην εταιρία με τις συγκεκριμένες ζητούμενες προδιαγραφές αποστέλλοντας και δείγματα των εν λόγω σάκων Ο συνολικός

προϋπολογισμός των δύο ειδών είναι 45.432,00€ αποτελώντας το βασικό μέγεθος της ομάδας Δ' της διακήρυξης. 3ος Λόγος Προσφυγής: Η οικονομική προσφορά της εταιρίας, για την ΟΜΑΔΑ Δ ΣΑΚΟΙ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΩΝ είναι ασυνήθιστα χαμηλή για τα προσφερόμενα είδη 1) Σάκοι απορ/των πλαστικοί 0,90x1,10 και 4) Σακούλες απορριμμάτων Μικρές (0,50x0,50), καθώς βάση των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης το υλικό κατασκευής πρέπει να είναι 100% παρθένο πολυαιθυλένιο (HDPE) υψηλής πυκνότητας ανακυκλώσιμο 100% και θα πρέπει να φέρουν και εκτύπωση. Εμείς είμαστε εργοστάσιο παραγωγής σε αντίθεση με την εταιρία, ο οποίος είναι μεταπωλητής και έχει δηλώσει ότι θα τα προμηθευτεί από το εργοστάσιο με την επωνυμία, σας δηλώνουμε ότι το κόστος αγοράς του υλικού παραγωγής ανέρχεται στο 1,00 € ανα κιλό. Προσθέτοντας και το κόστος κατασκευής και εκτύπωσης το οποίο ανέρχεται στα 0,48 € και λοιπά λειτουργικά έξοδα δεν είναι δυνατό να προσφέρεις τιμή 1,08 € όπως πρόσφερε η εταιρία στα συγκεκριμένα είδη. Έχοντας έννομο συμφέρον και βάση του άρθρου 88 του Ν. 4412/16 ζητούμε να εξετασθεί η ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της εταιρίας και έπρεπε ζητηθεί να εξηγηθεί η τιμή που έχει υποβάλει στην προσφορά του για τα είδη αυτά. Η δική μας οικονομική προσφορά για αυτά τα είδη είναι: και για το είδος 1 και για το είδος 4 1,65€ €/ανά κιλό με τις ζητούμενες προδιαγραφές, ενώ η τιμή του προϋπολογισμού της μελέτης είναι: Για το είδος 1 Σάκοι απορ/των πλαστικοί 0,90x1,10. 1,90€/ανά κιλό και για το είδος 4 Σακούλες απορριμμάτων Μικρές (0,50x0,50) χρώματος γαλακτερού 2,40€/ανά κιλό. Σημειώνεται ότι ο τρίτος συμμετέχων που είναι εργοστάσιο παραγωγής προσφέρει με τιμή: Για το είδος 1 Σάκοι απορ/των πλαστικοί 0,90x1,10. 1,52€/ανά κιλό και για το είδος 4 Σακούλες απορριμμάτων Μικρές (0,50x0,50) χρώματος γαλακτερού 1,80€/ανά κιλό. Σύμφωνα με τους ανωτέρω λόγους η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε για την ΟΜΑΔΑ Δ ΣΑΚΟΙ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΩΝ να έχει απορρίψει την συμμετοχή της εταιρίας».

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε στην ΑΕΠΠ ούτε ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ Απόψεις επί των λόγων της Προδικαστικής Προσφυγής,

παρά τη σχετική υποχρέωσή της, η οποία προκύπτει από τις διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 και της παρ. 1 άρθρου 9 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει 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... 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 ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

10. Επειδή, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

11. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν

με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), 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. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

13. Επειδή, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζομένων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

14. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής προβάλλεται ότι ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «» παρέλειψε να προσκομίσει τα δείγματα της Ομάδας Δ (Σάκοι απορριμμάτων). Στο άρθρο 2.4.2.5 της Διακήρυξης προβλέπονται σχετικά τα εξής: «[...] Εντός τριών (3) εργασίμων ημερών από την ηλεκτρονική υποβολή των ως άνω στοιχείων και δικαιολογητικών προσκομίζονται υποχρεωτικά από τον οικονομικό

φορέα στην αναθέτουσα αρχή, σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένο φάκελο, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή σύμφωνα με τον ν. 4250/2014. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά είναι ενδεικτικά [...]. Κατά την προσκόμιση των ανωτέρω δικαιολογητικών απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού και η προσκόμιση, σε σφραγισμένες συσκευασίες, των δειγμάτων για όποια είδη απαιτείται όπως περιγράφεται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό. Η δοκιμή των ανωτέρω δειγμάτων θα αποτελέσει τον βασικό παράγοντα αξιολόγησης των τεχνικών προδιαγραφών. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά την διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν σε έντυπη μορφή και σε εύλογη προθεσμία όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά και στοιχεία που έχουν υποβάλει ηλεκτρονικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας». Ομοίως, στη Συγγραφή υποχρεώσεων και συγκεκριμένα στο άρθρο 2 (Διεξαγωγή διαγωνισμού – Προσφορές) προβλέπονται τα εξής: «[...] 3. Τα προβλεπόμενα έντυπα δικαιολογητικά που προβλέπονται στους όρους της διακήρυξης ότι πρέπει να προσκομιστούν και να υποβληθούν σε έντυπη μορφή στον αποστέλλονται με τον τρόπο που έχει περιγραφεί στην αντίστοιχη διακήρυξη. Κατά την προσκόμιση των ανωτέρω δικαιολογητικών απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού και η προσκόμιση, σε σφραγισμένες συσκευασίες, των δειγμάτων για όποια είδη απαιτείται όπως περιγράφεται στον ενδεικτικό προϋπολογισμό. Η δοκιμή των ανωτέρω δειγμάτων θα αποτελέσει τον βασικό παράγοντα αξιολόγησης των τεχνικών προδιαγραφών. Παράλληλα, αν κριθεί απαραίτητη η αποστολή καθώς και ο έλεγχος ικανοποίησης των τεχνικών προδιαγραφών του κάθε υλικού από αναγνωρισμένο εργαστήριο, η δαπάνη βαρύνει τον προμηθευτή». Θα πρέπει να σημειωθεί ότι στον Ενδεικτικό προϋπολογισμό αναγράφεται ότι η προσκόμιση δειγμάτων απαιτείται για το σύνολο των ειδών (α/α 1-10) της Ομάδας Δ. Στο Πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού αναγράφεται ότι ο «» υπέβαλε στις 24.01.2020 ηλεκτρονικά την προσφορά με Α/Α 1και στη συνέχεια κατέθεσε στο Πρωτόκολλο της αναθέτουσας αρχής τον υπ' αριθμ./29-01-2020 φάκελο, στον οποίο είχε

συμπεριλάβει και δείγματα. Στις 14.02.2020 η προσφεύγουσα υπέβαλε στην αναθέτουσα αρχή αίτημα εξέτασης των δειγμάτων που υποβλήθηκαν από όλους τους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία και με το υπ' αριθμ./24.02.2020 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής ενημερώθηκε ότι μπορούσε να δει τα δείγματα των συμμετεχόντων την Πέμπτη, 27.02.2020 από τις 11.00 π.μ. ως τις 11.30 π.μ. Με το από 27.02.2020 έγγραφό της, η προσφεύγουσα γνωστοποίησε στην αναθέτουσα αρχή την παράλειψη του οικονομικού φορέα «» να προσκομίσει δείγματα για την Ομάδα Δ (Σάκοι απορριμμάτων). Ακολούθησε η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών στις 28.02.2020 και στη συνέχεια η έκδοση της προβαλλόμενης πράξης, με την οποία ο «» αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος για την Ομάδα Δ, για τον λόγο ότι είχε υποβάλει την οικονομικότερη προσφορά, χωρίς να δοθεί κάποια απάντηση από την αναθέτουσα αρχή στην προσφεύγουσα σχετικά με το ζήτημα των δειγμάτων. Λαμβάνοντας υπόψη ότι το κρίνον Κλιμάκιο έχει πρόσβαση μόνο στους ηλεκτρονικούς φακέλους των συμμετεχόντων στο ΕΣΗΔΗΣ και, συνακόλουθα, δεν δύναται να γνωρίζει εάν ο «» προσκόμισε δείγματα για την Ομάδα Δ, διαπιστώνεται ότι η μόνη που μπορούσε να απαντήσει στο προαναφερθέν ερώτημα είναι η αναθέτουσα αρχή, η οποία άλλωστε είχε υποχρέωση να αποστείλει τις Απόψεις της επί των λόγων της Προσφυγής (άρθρα 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017). Θα πρέπει να σημειωθεί ότι στο άρθρο 365 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 (Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής) προβλέπονται τα εξής: *«2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων»*. Κατόπιν των ανωτέρω και λαμβάνοντας υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε Απόψεις επί των λόγων της Προσφυγής, το κρίνον Κλιμάκιο διαπιστώνει ότι από την

προαναφερόμενη παράλειψη της αναθέτουσας αρχής συνάγεται τεκμήριο ομολογίας του πρώτου λόγου της Προσφυγής, ο οποίος κατά συνέπεια θα πρέπει να γίνει δεκτός.

15. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής προβάλλεται ότι ο «» παρέλειψε να συμπεριλάβει στην προσφορά του υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του εργοστασίου που θα κατασκευάσει του σάκους απορριμμάτων περί αποδοχής της εκτέλεσης της προμήθειας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις του άρθρου 4 της Συγγραφής υποχρεώσεων. Επιπροσθέτως, με τον δεύτερο λόγο προβάλλεται ότι η υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι τα προσφερόμενα είδη είναι σε αφθονία διαθέσιμα στην ελεύθερη αγορά από όπου είναι ευχερής η προμήθειά τους, δεν έπρεπε να γίνει δεκτή για τον λόγο ότι οι τεχνικές προδιαγραφές τους σχετικά με το υλικό κατασκευής, τις διαστάσεις και το χρώμα δεν καθιστούν ευχερή την προμήθειά τους. Στο άρθρο 4 της Συγγραφής υποχρεώσεων (Προαπαιτούμενα - Προσόντα Υποψήφιου Αναδόχου) προβλέπονται τα εξής: «1. Οι υποψήφιοι ανάδοχοι στο φάκελο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ – ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» οφείλουν να υποβάλλουν επιπρόσθετα των αναφερομένων στους Γενικούς Όρους, τα παρακάτω: α) [...], β) [...], γ) [...], δ) Υπεύθυνη δήλωση του συμμετέχοντα στο διαγωνισμό που θα περιέχει την εμπορική ονομασία των προϊόντων που προσφέρουν καθώς και την ονομασία της εταιρείας παραγωγής των προϊόντων, χώρα προέλευσης και παραγωγής των προσφερομένων ειδών, το εργοστάσιο το οποίο θα παρασκευάσει τα προσφερόμενα είδη, (εφόσον φυσικά δεν τα παράγει ο ίδιος) ή τον παραγωγό, καθώς και τον τόπο εγκατάστασής του στον φάκελο της τεχνικής τους προσφοράς. Όταν οι προσφέροντες δεν παράγουν τα προσφερόμενα είδη, μερικά ή ολικά, σε δικό τους εργοστάσιο, εκτός των ανωτέρω στοιχείων που πρέπει να δηλώνονται στην προσφορά, υποχρεούνται να επισυνάψουν σε αυτή και υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του εργοστασίου όπου θα παραχθούν τα είδη, με την οποία θα δηλώνει ότι αποδέχεται την εκτέλεση της προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον προμηθευτή υπέρ του οποίου εκδίδει την υπεύθυνη δήλωση. Σε περίπτωση και μόνο κατά

την οποία τα προσφερόμενα είδη, τα παράγει μεν τρίτος, είναι όμως σε αφθονία διαθέσιμα στην ελεύθερη αγορά, από όπου είναι ευχερής η προμήθειά τους, ο συμμετέχων στην υπεύθυνη δήλωση θα δηλώνει ότι: α) αποδέχεται την εκτέλεση της προμήθειας σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στην εταιρεία του και β) ότι τα προσφερόμενα προϊόντα, τα παράγει μεν τρίτος, είναι όμως σε αφθονία διαθέσιμα στην ελεύθερη αγορά από όπου θα τα προμηθευτεί καθώς είναι ευχερής η προμήθειά τους, ε) [...], στ [...]». Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγεται ότι η Διακήρυξη επιτρέπει στους προσφέροντες να υποβάλουν, αντί για την υπεύθυνη δήλωση με τη δέσμευση του νομίμου εκπροσώπου του κατασκευαστή, δική τους δήλωση με την οποία θα δεσμεύονται ότι τα προσφερόμενα είδη είναι σε αφθονία διαθέσιμα στην ελεύθερη αγορά. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η Διακήρυξη δεν οριοθετεί στενά την προαναφερόμενη δυνατότητα. Ωστόσο, όπως βάσιμα επισημαίνει η προσφεύγουσα, στις τεχνικές προδιαγραφές των υπό προμήθεια σάκων απορριμμάτων περιλαμβάνονται συγκεκριμένες απαιτήσεις, οι οποίες σχετίζονται με τις διαστάσεις των σάκων, το υλικό τους, το πάχος, το πλήθος σάκων ανά κιλό, το χρώμα, την αντοχή τους και τη θερμοκολλητική μέθοδο με την οποία θα είναι ενωμένη η κάτω πλευρά εκάστου σάκου (πυθμένας) και οι οποίες περιορίζουν την ευχέρεια των προσφερόντων να βρουν τα εν λόγω είδη σε αφθονία στην ελεύθερη αγορά. Ακόμη όμως και αν ήθελε υποτεθεί ότι όλες οι προαναφερόμενες προδιαγραφές πληρούνται από σάκους απορριμμάτων που είναι διαθέσιμοι σε αφθονία, η απαίτηση (για τα είδη με α/α 1 και 4) της αναγραφής του λογοτύπου του φορέα (π.χ. «» ή « Επιτροπή») στην εμπρόσθια όψη – πλευρά κάθε σάκου και στο κέντρο αυτής με μαύρα γράμματα ύψους 20 cm δεν δύναται να καλυφθεί με απλή προμήθεια από την ελεύθερη αγορά, αλλά χρειάζεται επιπροσθέτως εκτύπωση επί εκάστου σάκου. Άλλωστε, ο «» δήλωσε στην τεχνική προσφορά του ότι ο κατασκευαστής των σάκων που προσφέρει είναι συγκεκριμένος (.....). Κατόπιν των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι ο εν λόγω προσφέρων έπρεπε να έχει εξασφαλίσει τη δέσμευση του κατασκευαστή, υποβάλλοντας τη σχετική υπεύθυνη δήλωση.

Συνακόλουθα, διαπιστώνεται ότι και ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

16. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής προβάλλεται ότι η οικονομική προσφορά του «» για τα είδη με α/α 1 και 4 (1,08€ ανά κιλό) είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, η οποία διαθέτει εργοστάσιο παραγωγής, προβάλλει ότι για τα εν λόγω είδη το κόστος αγοράς του υλικού παραγωγής ανέρχεται σε 1,00€ ανά κιλό, ενώ το κόστος κατασκευής και εκτύπωσης ανέρχεται σε 0,48€, με αποτέλεσμα η προσφερόμενη τιμή του 1,08€ ανά κιλό από ένα μεταπωλητή να είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Η προσφεύγουσα επισημαίνει περαιτέρω ότι για το είδος με α/α 1 η προϋπολογισθείσα δαπάνη ανερχόταν σε 1,90€/κιλό, η ίδια προσέφερε τιμή 1,65€, ενώ ο τρίτος συμμετέχων προσέφερε τιμή 1,52€/κιλό. Για το είδος με α/α 4 η προϋπολογισθείσα δαπάνη ανέρχεται σε 2,40€/κιλό, η προσφεύγουσα προσέφερε 1,65€/κιλό, ενώ ο τρίτος συμμετέχων προσέφερε τιμή 1,80€/κιλό. Στις διατάξεις του άρθρου 88 (Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές) του Ν. 4412/2016 προβλέπονται τα εξής: « 1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. 2. Οι εξηγήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 89. 3.

Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παράγραφο 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παραγράφου 2 του άρθρου 18 [...]». Περαιτέρω, έχει κριθεί συναφώς ότι σε περίπτωση που διαγωνιζόμενος προβάλλει ενώπιον της αναθέτουσας αρχής ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους άλλου διαγωνιζομένου, γεννάται υποχρέωσή της να απαντήσει επί των προβληθέντων ουσιωδών αυτών ισχυρισμών διαλαμβάνοντας ειδικά αιτιολογημένη κρίση σχετικά με το εάν η επίμαχη οικονομική προσφορά είναι ή όχι ασυνήθιστα χαμηλή και όχι να τους αντιπαρέρχεται εν σιγή, αφού ζητήσει διευκρινίσεις από τον/τους διαγωνιζόμενο/ους που φέρεται/ονται ότι έχει/ουν υποβάλει ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά του (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 295/2011, 1260, 841/2010, 127/2009, 1208/2008, ΔΕφΑΘ 312/2015). Εν προκειμένω, λαμβάνοντας υπόψη ότι, σύμφωνα με τα κριθέντα στις σκέψεις 14-15 ανωτέρω, η προσφορά του «» έχει ήδη κριθεί απορριπτέα, διαπιστώνεται ότι παρέλκει η αναπομπή της υπόθεσης στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να καλέσει τον προαναφερόμενο οικονομικό φορέα σε παροχή εξηγήσεων κατά τις διατάξεις του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το παράβολο που κατέθεσε και συγκεκριμένα το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ποσού 1.870,71€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 632 / 2020

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 122/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «» για την Ομάδα Δ (Σάκοι απορριμμάτων) και τον ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο για την Ομάδα αυτή.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, ποσού 1.870,71€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26.05.2020 και εκδόθηκε στις 03.06.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Τσουλούφα Αργυρώ