

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή και Γεώργιος Κουκούτσης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 602/27.04.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., οδός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου ...(εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 158/5.04.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του από 31.03.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. 104/2022 απόφασης της Επιτροπής Διαγωνισμού περί έγκρισης των από 31.01.2022 και 23.02.2022 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «πρώτος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στ... ..., οδός ... αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στ... ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που κρίνονται

Αριθμός απόφασης: 828/2022

αποδεκτες οι προσφορές των παρεμβαινόντων και κατακυρώνεται ο διαγωνισμός στο δεύτερο παρεμβαίνοντα.

Με τις παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη της προσφυγής έκαστος κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.527,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 21.04.2022 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 305.500,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «Προμήθεια ταρτάν και εξοπλισμού στίβου σταδίου ...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής συνολικής εκτιμώμενης αξίας 378.820,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

3. Επειδή προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 30.11.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 6.12.2021 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και

Αριθμός απόφασης: 828/2022

του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 26.04.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 13.04.2022 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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 άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 26.04.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 914/2022 Πράξη Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 6.05.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2596/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του στο διαγωνισμό και έχει καταταγεί δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του.

9. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 6.05.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2623/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς

Αριθμός απόφασης: 828/2022

έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του στο διαγωνισμό και έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 11.05.2022 στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα και τους παρεμβαίνοντες αυθημερόν.

11. Επειδή ο προσφεύγων στις 12.05.2022 κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού υπόμνημα επί των παρεμβάσεων, το οποίο δεν λαμβάνεται υπόψιν δοθέντος ότι δεν προβλέπεται στο ισχύον κανονιστικό πλαίσιο η σχετική δυνατότητα.

12. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων στις 16.05.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

14. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος πέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων, ο πρώτος παρεμβαίνων και ο δεύτερος παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. 265803, 265925 και 265793 συστήματος προσφορές τους αντίστοιχα. Με την υπ' αριθμ. 104/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού ο δεύτερος παρεμβαίνων, ο δε προσφεύγων κατατάχθηκε τρίτος σε σειρά μειοδοσίας μετά τον πρώτο παρεμβαίνοντα που κατετάγη δεύτερος. Κατόπιν δε ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, με την προσβαλλόμενη απόφαση κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα της διαγωνιστικής στο δεύτερο παρεμβαίνοντα.

15. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχτηκε τρίτος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών των προτασόμενων αυτού σε σειρά μειοδοσίας παρεμβαινόντων, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Ωστόσο, το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Επίσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της

Αριθμός απόφασης: 828/2022

προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017). Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, και δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής, εφόσον ο προσφεύγων έχει καταταγεί τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας, προϋπόθεση της συνδρομής του εννόμου συμφέροντός του προς προβολή ισχυρισμών κατά του πρώτου σε σειρά μειοδοσίας και δεύτερου παρεμβαίνοντος αποτελεί η ευδοκίμηση της

Αριθμός απόφασης: 828/2022

προδικαστικής προσφυγής κατά του δεύτερου σε σειρά μειοδοσίας και πρώτου παρεμβαίνοντος.

16. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος [...]»

17. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης,[...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

18. Επειδή το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περ.1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.[...]».

19. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία

Αριθμός απόφασης: 828/2022

αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. [...]».

20. Επειδή το άρθρο 94 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «... 4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.[...]».

21. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « ...2.4.3.2 Τεχνική προσφορά 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 ... 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. Αυτά περιλαμβάνουν τα αποδεικτικά στοιχεία που τεκμηριώνουν την τεχνική καταλληλότητα των προσφερομένων ειδών βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η τεχνική προσφορά. Αναφέρονται υποχρεωτικά τα αποδεικτικά στοιχεία που τυχόν προβλέπονται στις τεχνικές προδιαγραφές του προς προμήθεια αγαθού, σύμφωνα με Παράρτημα της Διακήρυξης. [...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

[...] Οι συμμετέχοντες θα πρέπει να προσκομίσουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους τα παρακάτω

A1 Για το προσφερόμενο σύστημα συνολικά:

[...]7. *Εργαστηριακός έλεγχος από διαπιστευμένο εργαστήριο για το σκοπό αυτό ότι το προσφερόμενο σύστημα (έλεγχος των υλικών που συνθέτουν το προσφερόμενο προϊόν) πληρεί τις απαιτήσεις των ορίων για τους Πολυκυκλικούς Αρωματικούς Υδρογονάνθρακες (PAH) σύμφωνα με το εν ισχύ ανώτατο όριο ποσοτικού προσδιορισμού. [...]*

8. *Πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας ISO 9000 : 2015 ή ισοδύναμο του οίκου παραγωγής του προσφερόμενου προϊόντος [...]*».

22. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

23. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

Αριθμός απόφασης: 828/2022

24. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

25. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ.ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

26. Επειδή, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπου η πλήρωση των όρων της διακήρυξης επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαραίτητους όρους της διακήρυξης (βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium*)

27. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction Ltd*, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

Αριθμός απόφασης: 828/2022

28. Επειδή αναφορικά με τον πρώτο παρεμβαίνοντα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του καθώς δεν έχει καταθέσει ISO 9001:2015 του κατασκευαστή του εξοπλισμού στίβου ..., ως απαιτείται από το Παράρτημα Ι της διακήρυξης.

29. Επειδή στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης. Στο δε Παράρτημα Ι της διακήρυξης τίθεται ως απαίτηση η προσκόμιση πιστοποιητικού διασφάλισης ποιότητας ISO 9000:2015 για τον παραγωγό του προσφερόμενου προϊόντος. Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 22-27 και τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς σε περίπτωση μη υποβολής του απαιτούμενου ως άνω πιστοποιητικού.

30. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο πρώτος παρεμβαίνων δήλωσε στην τεχνική του προσφορά (βλ. αρχείο υπό τίτλο «Τεχνική Περιγραφή») ως παραγωγό του προσφερόμενου συστήματος την εταιρεία ..., ωστόσο δεν προσκόμισε πιστοποιητικό ISO 9001:2015 για τον εν λόγω κατασκευαστικό οίκο. Συνεπώς, βάσει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος. Εντούτοις, κατά πλημμελή εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε την 10.02.2022 τον πρώτο παρεμβαίνοντα να συμπληρώσει την προσφορά του, προσκομίζοντας, μεταξύ άλλων, το ελλείπον πιστοποιητικό. Ακόμα όμως και αν ήθελε θεωρηθεί ότι ήταν νόμιμη – quod non- η ως άνω κλήση της αναθέτουσας αρχής, ο πρώτος παρεμβαίνων δεν προσκόμισε πιστοποιητικό ISO 9001:2015 για τον κατασκευαστικό οίκο ... αλλά την από 15.02.2022 υπεύθυνη δήλωσή του στην οποία αναφέρεται ότι συμμορφώνεται με τους κανονισμούς του ISO 9001:2015 και άρα ο πρώτος παρεμβαίνων δεν υπέβαλε το απαιτούμενο από τη διακήρυξη πιστοποιητικό. Αβασίμως ο πρώτος παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι η εταιρεία «...» είναι ο κατασκευαστής του τελικού προϊόντος καθώς, αφενός μεν από την προσκομισθείσα με τις διευκρινίσεις από 11.02.2022 δήλωση της εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 828/2022

εταιρείας προκύπτει σαφώς ότι αποτελεί τον εμπορικό αντιπρόσωπο και διανομέα στην Ελλάδα του κατασκευαστικού οίκου ...και θα προμηθεύσει τον πρώτο παρεμβαίνοντα με το προσφερόμενο προϊόν, αφετέρου το υποβληθέν με την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος υπ' αριθμ. ... πιστοποιητικό ISO 9001:2015 της εταιρείας «...» αφορά «*Εμπόριο, εγκατάσταση και τεχνική υποστήριξη εξοπλισμού αθλητικών χώρων, δαπέδων, παιδότοπων, παιδικών χαρών και πάρκων*» και ως εκ του πεδίου του προδήλως δεν καλύπτει την παραγωγή/κατασκευή εξοπλισμού, σε κάθε δε περίπτωση ο σχετικός ισχυρισμός του πρώτου παρεμβαίνοντα προβάλλεται και αλυσιτελώς διότι τυχόν αποδοχή του συνεπάγεται την εκ των υστέρων τροποποίηση της προσφοράς του, στην οποία ρητώς δηλώνει την εταιρεία ... ως παραγωγό του προσφερόμενου εξοπλισμού και όχι την εταιρεία «...». Επίσης, αβασίμως ο πρώτος παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι η απαίτηση της διακήρυξης περί προσκόμισης πιστοποιητικού ISO 9001:2015 αφορά μόνον τον κατασκευαστή του τελικού προϊόντος καθώς ουδόλως τούτο προκύπτει από τη διακήρυξη αλλά και αλυσιτελώς δοθέντος ότι εταιρεία «...» δεν αποτελεί κατασκευαστή αλλά προμηθευτή όπως προκύπτει και από το προσκομισθέν για αυτήν ISO 9001:2015, ενώ η εν λόγω αιτίαση προβάλλεται και απαραδέκτως καθώς βάλλει ανεπικαίρως κατά του σχετικού όρου της διακήρυξης. Επομένως, και επί τη βάση των προσκομισθέντων με τις διευκρινίσεις εγγράφων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος, ως άλλωστε συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

31. Επειδή, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 15, εφόσον κρίθηκε ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος, μετ' εννόμου συμφέροντος ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς περί απόρριψης της προσφοράς του δεύτερου παρεμβαίνοντος και προσωρινού αναδόχου. Ειδικότερα ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του δεύτερου παρεμβαίνοντος διότι κατέθεσε έγγραφο στο οποίο υπάρχει μόνο ο εργαστηριακός έλεγχος του τρίμματος ... και όχι για το σύστημα συνολικά παρά τη σχετική απαίτηση της

Αριθμός απόφασης: 828/2022

διακήρυξης για εργαστηριακό έλεγχο από διαπιστευμένο εργαστήριο ότι το προσφερόμενο σύστημα πληρεί τις απαιτήσεις των ορίων για τους Πολυκυκλικούς Αρωματικούς Υδρογονάνθρακες. Περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι η προσφορά του δεύτερου παρεμβαίνοντος δεν πληροί την απαίτηση το προσφερόμενο ζεύγος στυλοβατών να έχει την δυνατότητα ρύθμισης ύψους του πήχη από 75cm έως 250cm. Πέραν των ανωτέρω, κατά τον προσφεύγοντα, ο δεύτερος παρεμβαίνων δεν πληροί το κριτήριο τεχνικής ικανότητας του όρου 2.2.6 της διακήρυξης διότι ως προς τη σύμβαση που έχει εκτελέσει ο τρίτος φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται αφενός μεν η περαίωση εργασιών έλαβε χώρα την 30.06.2018 και αφετέρου δεν αφορά την κατασκευή πλήρους συστήματος ολοκληρωμένου στίβου.

32. Επειδή, στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης τίθεται ως απαίτηση για το προσφερόμενο σύστημα συνολικά, ήτοι για όλα τα επιμέρους τμήματά του, να υποβληθεί εργαστηριακός έλεγχος από διαπιστευμένο εργαστήριο από τον οποίο θα προκύπτει ότι το προσφερόμενο σύστημα πληρεί τις απαιτήσεις των ορίων για τους Πολυκυκλικούς Αρωματικούς Υδρογονάνθρακες (PAH) σύμφωνα με το εν ισχύ ανώτατο όριο ποσοτικού προσδιορισμού. Αβασίμως ο δεύτερος παρεμβαίνων προβάλλει ότι η ως άνω τεχνική προδιαγραφή αφορά μόνον την επιφάνεια του ταρτάν διότι ρητώς η διακήρυξη αναφέρεται στο «*προσφερόμενο σύστημα συνολικά*», ήτοι εκ της διατύπωσης της διακήρυξης προσδιορίζεται ότι η απαίτηση αφορά το σύστημα ως σύνολο. Ουδόλως δε ο όρος «*συνολικά*» έχει την έννοια της σωρευτικής υποβολής των απαριθμούμενων στο επίμαχο χωρίο εγγράφων για το προσφερόμενο σύστημα, ως προδήλως εσφαλμένως ισχυρίζεται ο δεύτερος παρεμβαίνων, δοθέντος ότι, αφενός μεν εννοιολογικώς ο όρος «*συνολικά*» δεν ταυτίζεται με τον όρο «*σωρευτικά*», εν προκειμένω μάλιστα σαφώς ο επίμαχος όρος αφορά το σύστημα, αφετέρου, καθώς οι τεχνικές προδιαγραφές εκ της φύσεώς τους αλλά και εκ του όρου 2.4.3.2 της διακήρυξης αποτελούν απαράβατους όρους, η αριθμητική παράθεση στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης απαιτήσεων ως προς το προσφερόμενο σύστημα λογικώς μόνον σωρευτική μπορεί να είναι, ήτοι να απαιτείται η κάλυψη όλων, τυχόν δε υιοθέτηση της ερμηνείας του δευτέρου παρεμβαίνοντος οδηγεί στο παράλογο αποτέλεσμα να

Αριθμός απόφασης: 828/2022

απαριθμούνται στη διακήρυξη τεχνικές απαιτήσεις για το προσφερόμενο σύστημα οι οποίες αν και θεσπίζονται δεν είναι απαραίτητο να συντρέχουν όλες και προς αποσαφήνιση της υποχρεωτικότητας αυτών τέθηκε ο όρος «συνολικά». Συνεπώς, και ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 29, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς σε περίπτωση μη υποβολής εργαστηριακού ελέγχου από διαπιστευμένο εργαστήριο από τον οποίο θα προκύπτει ότι όλα τα τμήματα του προσφερόμενου συστήματος πληρούν τις απαιτήσεις των ορίων για τους Πολυκυκλικούς Αρωματικούς Υδρογονάνθρακες κατά το εν ισχύ ανώτατο όριο ποσοτικού προσδιορισμού.

33. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο δεύτερος παρεμβαίνων προσκόμισε με την προσφορά του εργαστηριακό έλεγχο (βλ. αρχείο «Test report-wwa for red granulates») ως προς τους Πολυκυκλικούς Αρωματικούς Υδρογονάνθρακες μόνον για το τρίμμα ... και όχι για το σύστημα συνολικά, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητεί ο δεύτερος παρεμβαίνων, ο οποίος αλυσιτελώς ισχυρίζεται ότι η απαίτηση της διακήρυξης πρέπει να ερμηνεύεται με βάση τον Κανονισμό 1906/2006 και άρα αφορά μόνον στα μέρη που έρχονται σε επαφή με το ανθρώπινο δέρμα, καθώς η διακήρυξη ρητώς απαιτεί την υποβολή εργαστηριακού ελέγχου από διαπιστευμένο εργαστήριο για το προσφερόμενο σύστημα συνολικά, ενώ επισημαίνεται ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων ουδόλως αμφισβήτησε τον σχετικό όρο της διακήρυξης και άρα ανεπικαίρως και απαραδέκτως βάλλει κατά αυτού μεταγενεστέρως με την παρέμβασή του. Επίσης αλυσιτελώς ο δεύτερος παρεμβαίνων προβάλλει ότι η κατασκευάστρια εταιρεία δήλωσε το Μάιο 2022 ότι κατά την παραγωγή των υλικών από τα οποία αποτελείται το προσφερόμενο προϊόν δεν προστίθενται ΠΑΥ, δοθέντος ότι ουδόλως τούτο αναιρεί την υποχρέωση προσκόμισης του απαιτούμενου από τη διακήρυξη εργαστηριακού ελέγχου για το προσφερόμενο σύστημα συνολικά, η δε επικαλούμενη δήλωση είναι μεταγενέστερη της υποβολής της προσφοράς του δευτέρου παρεμβαίνοντος και ουδόλως προκύπτει εκ του περιεχομένου της ότι αφορά προϊόντα που έχουν ήδη παραχθεί προ της έκδοσής της. Πέραν των ανωτέρω, ως προς τον ισχυρισμό του δευτέρου παρεμβαίνοντος ότι ο σχετικός λόγος προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος από τον

Αριθμός απόφασης: 828/2022

προσφεύγοντα διότι η προσφορά του πάσχει από την ίδια πλημμέλεια καθώς ο προσφεύγων έχει υποβάλλει με την προσφορά του εργαστηριακό έλεγχο (βλ. αρχείο «ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΑΚΟΣ ΕΛΕΓΧΟΣ ΡΑΗ TEST») αλλά δεν προκύπτει ότι το δείγμα το οποίο έχει προσκομίσει ο προσφεύγων για τον εργαστηριακό έλεγχο αφορά το προσφερόμενο προϊόν, επισημαίνεται ότι, κρίσιμο για την εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης είναι εάν συντρέχει, εν προκειμένω, διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (ΕΑ 274/2012), και ως εκ τούτου ο σχετικός ισχυρισμός του δευτέρου παρεμβαίνοντος, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί βάσιμος, δεν αφορά ταυτόσημη πλημμέλεια και άρα προβάλλεται καταρχάς απαραδέκτως. Σε κάθε δε περίπτωση προβάλλεται και αβασίμως διότι ο προσφεύγων έχει προσκομίσει το αρχείο «Α.1.7.ΡΑΗ TEST ... (4)» που αποτελεί τον απαιτούμενο από το Παράρτημα Ι της διακήρυξης εργαστηριακό έλεγχο για το προσφερόμενο σύστημα συνολικά. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του δευτέρου παρεμβαίνοντος, ενόψει δε τούτου παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής που αφορούν τη μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς του.

34. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή

35. Επειδή η πρώτη παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί.

36. Επειδή η δεύτερη παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί

36. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 34, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή

Απορρίπτει την πρώτη παρέμβαση

Απορρίπτει τη δεύτερη παρέμβαση

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 158/5.04.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Αριθμός απόφασης: 828/2022

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 1.527,50 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε στις 6 Ιουνίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**