

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 11.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 534/12.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της εταιρίας με την επωνυμία «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η προσφυγή της και να ακυρωθεί η με 75/2022 απόφαση του αναθέτοντος φορέα (εφεξής η «προσβαλλόμενη») κατά το μέρος που για την Ομάδα Δ της διακήρυξης απορρίφθηκε η προσφορά της και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος και οριστικός μειοδότης η εταιρία «...», με τιμή 55.277,60 πλέον ΦΠΑ, σε αποδοχή των εισηγήσεων των πρακτικών (συμπροσβαλλόμενων): α) Πρακτικό (3) Αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης και ανάδειξης οριστικού μειοδότη της προμήθειας με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΥΛΙΚΩΝ ΓΙΑ ΤΟ ΤΕΧΝΙΚΟ ΣΥΝΕΡΓΕΙΟ» ενδεικτικού προϋπολογισμού 265.784,49€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, πλέον δικαιώματος προαίρεσης ποσού 76.697,17€, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, Αρ. Μελέτης ... και Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ...» (ως προς την ανάδειξη οριστικού μειοδότη για την ΟΜΑΔΑ Δ «...» με τιμή 55.277,60 πλέον ΦΠΑ, β) Πρακτικό της συνεδρίασης της επιτροπής αξιολόγησης με ημερομηνία 27/01/2022 για την ηλεκτρονική αποσφράγιση δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών, και γ) Πρακτικό (2) της συνεδρίασης με ημερομηνία 27/01/2022 για την ηλεκτρονική

αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, ενώ η προσφορά της θα έπρεπε να απορριφθεί.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ύψους €600,00), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της Ομάδας Δ επί της οποίας ασκείται η προσφυγή, 65.023,30€ άνευ ΦΠΑ.

2.Επειδή με την υπ' αριθμό ... Διακήρυξη (Αριθμός Μελέτης ...) του «ΔΗΜΟΥ ...» προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός με σφραγισμένες προσφορές και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη προσφορά) για την «Προμήθεια υλικών για το Τεχνικό Συνεργείο» προϋπολογισμού 214.342,33 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Η ως άνω σύμβαση υποδιαιρείται στις ΟΜΑΔΕΣ από ΟΜΑΔΑ Α έως και ΟΜΑΔΑ Θ. Η προσφορά μπορούσε να αφορά μία ή και περισσότερες από τις ομάδες προμηθειών της μελέτης ή μπορούσε να αφορά και το σύνολο της μελέτης, όχι όμως και επιμέρους είδη από κάποια ομάδα. Η άνω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ... Για την Ομάδα Δ υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το Πρακτικό (3) Αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης και ανάδειξης οριστικού μειοδότη και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος για την ΟΜΑΔΑ Δ η παρεμβαίνουσα. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε και το Πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών, δυνάμει του οποίου απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας.

3.Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (άνευ Φ.Π.Α.), της φύσης της

αναθέτουσας αρχής και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα στις 11.04.2022 ήτοι εντός της προβλεπόμενης 10ήμερης προθεσμίας από την επομένη της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η οποία έλαβε χώρα στις 30.03.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, (β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και (γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ, ήδη ΕΑΔΗΣΥ, 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 Π.Δ. 39/2017 και δ) και μετ'επινόμου συμφέροντος καθώς η προσφεύγουσα είχε υποβάλει σχετική προσφορά και προβάλλει ζημία της ερειδόμενη στην παράνομη προσφορά την συνδιαγωνιζόμενης και στο επιδιωκόμενο όφελος από την ανάδειξή της ως αναδόχου της σύμβασης.

5.Επειδή ο αναθέτων φορέας προέβη στις 12.04.2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προκειμένου να ασκήσει ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής του.

6.Επειδή ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε στις 27.04.2022 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ σε όλες τις συμμετέχουσες εταιρείες και στην ΑΕΠΠ τις από 26.04.2022 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, οι οποίες ωστόσο δεν λαμβάνονται υπόψη ως εκπρόθεσμες δεδομένου ότι κατατέθηκαν μετά την προθεσμία των 15 ημερών από την κατάθεση της προσφυγής, όπως ορίζει το αρ. 365 αρ. 1 παρ. β του ν. 4412/2016.

7.Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 06.05.2022, το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της, το οποίο ωστόσο δεν λαμβάνεται υπόψη, καθότι

κατατέθηκε εκπροθέσμως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 06.05.2022, ήτοι μετά την πάροδο της προβλεπόμενης πενθήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση των απόψεων του αναθέτοντος φορέα.

8.Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα, καθόσον η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε από τον αναθέτοντα φορέα σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 12.04.2022 οπότε και από την επομένη εκκινεί η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία και η εν λόγω παρέμβαση κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 21.04.2022.

9.Επειδή, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής έχοντας υποβάλει σχετική προσφορά και ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

10.Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή και η παρέμβαση νομίμως εισάγονται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου, είναι τύποις παραδεκτές και πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

11.Επειδή, με την προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της επικαλούμενη αφενός: **«...(1) ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΠΡΩΤΟ ΛΟΓΟ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ: ...Συνεπώς γίνεται κατανοητό ότι η απαίτηση ανά άρθρο της ΟΜΑΔΑΣ Δ της διακήρυξης από τα αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση που αφορούν στον κατασκευαστή δεν μπορεί να διαφοροποιείται από την παράγραφο 2.2.7 της διακήρυξης και τις ανωτέρω αναφερόμενες διατάξεις της. Η βασική κατηγορία της ΟΜΑΔΑΣ Δ είναι τα ΧΡΩΜΑΤΑ και τα υπόλοιπα αναφερόμενα είναι ΜΙΚΡΟΕΡΓΑΛΕΙΑ, και προφανώς συνδέονται με τη βασική αυτή κατηγορία. Επίσης το ISO 9001 είναι αυτό που πιστοποιεί τη συμμόρφωση όσον αφορά ειδικά τα προϊόντα και την κατασκευή τους. Τα υπόλοιπα ISO δεν σχετίζονται με κατασκευή ώστε να αναφέρονται συγκεκριμένα οι κατηγορίες κατασκευής και να πιστοποιούνται. Σχετίζονται με τον κατασκευαστή και συγκεκριμένα αφορούν το μεν ISO 14001**

το σύστημα περιβαλλοντικής διαχείρισης, το δε ISO 45001 το σύστημα διαχείρισης της υγείας και ασφάλειας στην εργασία. Για το λόγο αυτό και η διατύπωση στο ISO 9001 είναι διαφορετική από τα άλλα δύο, και στο σημείο αυτό έσφαλε η αναθέτουσα διότι σύμφωνα με το Πρακτικό η παράβαση της εταιρείας μας εντοπίζεται σε διατύπωση ίδια σε όλα τα ISO. Αυτό όμως δεν συμβαίνει διότι η διατύπωση στο ISO 9001 είναι διαφορετική σε σχέση με τα άλλα δύο ISO της εταιρείας μας και τούτο διότι για τα άλλο δύο ISO το πεδίο εφαρμογής αφορά και στο σχεδιασμό. Η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση ισχυρίζεται ότι η προσφορά της εταιρείας μας δεν είναι νόμιμη διότι ειδικά για τα είδη – άρθρα της Ομάδας Δ, των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης με αρ: 147 έως 156, 185, 191 έως 237 και 241 έως 250: «κατατέθηκαν ISO της εταιρείας τα οποία έχουν πεδίο εφαρμογής για «ΠΑΡΑΓΩΓΗ & ΕΜΠΟΡΙΑ ΧΡΩΜΑΤΩΝ, ΒΕΡΝΙΚΙΩΝ & ΠΑΡΟΜΟΙΩΝ ΕΠΙΧΡΙΣΜΑΤΩΝ. ΠΑΡΑΓΩΓΗ ΧΡΩΜΑΤΩΝ ΔΙΑΓΡΑΜΜΙΣΗΣ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑΤΩΝ. ΕΜΠΟΡΙΑ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ ΚΑΘΕΤΗΣ & ΟΡΙΖΟΝΤΙΑΣ ΣΗΜΑΝΣΗΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΠΙΝΕΛΩΝ, ΡΟΛΩΝ & ΣΥΝΑΦΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΒΑΦΗΣ» όμως τα άρθρα της μελέτης αναφέρονται σε προϊόντα τα οποία βάσει των ανωτέρω η δηλωθείσα εταιρεία δεν δύναται να παράγει». Η απόφαση είναι ως προς την ως άνω αιτιολογία της μη νόμιμη γιατί δεν αιτιολογεί για ποιο λόγο η δηλωθείσα εταιρεία δεν δύναται να παράγει τα αναφερόμενα στα σχετικά είδη – άρθρα προϊόντα. Από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει αυτό και συνεπώς η προσβαλλόμενη δεν είναι νόμιμη. Αντιθέτως το ISO 9001 (σχετ. 3) που έχει καταθέσει η εταιρεία μας και αφορά στην εταιρεία «.....» είναι σύμφωνο με τη διακήρυξη γιατί προφανώς καλύπτει και τα συναφή υλικά και τούτο είναι σύμφωνο με τη διακήρυξη. Σε κάθε περίπτωση και τα δύο άλλα ISO (σχετ. 4 και 5) είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη, έχουν ευρύτερη περιγραφή στο πεδίο εφαρμογής τους (καλύπτουν δηλαδή και το σχεδιασμό) και αφορούν και σε συναφή υλικά, και συνεπώς είναι σύμφωνη με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, η κατάθεσή τους. Συνεπώς η απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν είναι νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί. Όμως σε κάθε περίπτωση και σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν 4412/2016 όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021 και ισχύει και στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, σύμφωνα με την τροποποίηση με το άρθρο 22 του ν. 4903/2022 (Α΄46), η αναθέτουσα αρχή όφειλε να τηρήσει τη

διαδικασία του εν λόγω άρθρου και να καλέσει την εταιρεία μας να υποβάλλει, συμπληρώσει, να αποσαφηνίσει και να ολοκληρώσει τις σχετικές παρεχόμενες πληροφορίες ή την τεκμηρίωση και όχι να απορρίψει την προσφορά της εταιρείας μας. Αυτό δεν μπορεί να κάνει στο παρόν στάδιο η Α.Ε.Π.Π., δηλαδή να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή, αλλά θα πρέπει να ακυρώσει την προσβαλλόμενη απόφαση σε αποδοχή της προσφυγής μας, ώστε η αναθέτουσα αρχή με τη νόμιμη διαδικασία να καλέσει την εταιρεία μας σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016» και αφετέρου **«(2) ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΟΝ ΔΕΥΤΕΡΟ ΛΟΓΟ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ:** Όπως προκύπτει από τη διακήρυξη η παράγραφος 2.2.7. αφορά σε κριτήρια επιλογής με υποχρέωση του συμμετέχοντος να προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά στο στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Αυτό ισχύει και για την απαίτηση της παραγράφου 2.2.7. «δ) να διαθέτουν κατ' ελάχιστον ένα πιστοποιημένο άτομο ως «Υπεύθυνο Περιβαλλοντικής Διαχείρισης Υγείας και Ασφάλειας Εργαζομένων». Δεν αποτελεί δηλαδή το ως άνω κριτήριο μέρος της τεχνικής προσφοράς και αξιολόγησης και κατά τούτο και μόνον η προσβαλλόμενη δεν έχει νόμιμη αιτιολογία... Αυτό άλλωστε προκύπτει και από την παράγραφο 2.2.9.2. Αποδεικτικά Μέσα της διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι η προσκόμιση των δικαιολογητικών και για τα κριτήρια της παραγράφου 2.2.7. γίνεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3.2. από τον προσωρινό ανάδοχο. Ούτε η ενότητα Β.5. της διακήρυξης (σελ. 33) διαφοροποιείται από τα ανωτέρω, διότι εξειδικεύει τι ακριβώς ζητείται από το εν λόγω κριτήριο και μόνον και μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο... Είναι κατά τα ανωτέρω μη νόμιμη η αιτιολογία της απόρριψης της προσφοράς μας η οποία και εκλαμβάνει ότι το εν λόγω κριτήριο της παραγράφου 2.2.7. της διακήρυξης δεν είναι κριτήριο επιλογής αλλά αντικείμενο της τεχνικής αξιολόγησης. Όμως σε κάθε περίπτωση και σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν 4412/2016 όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021 και ισχύει και στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, σύμφωνα με την τροποποίηση με το άρθρο 22 του ν. 4903/2022 (Α'46), η αναθέτουσα αρχή όφειλε να τηρήσει τη διαδικασία του εν λόγω άρθρου και να καλέσει την εταιρεία μας να υποβάλλει, συμπληρώσει, να αποσαφηνίσει και να ολοκληρώσει τις σχετικές παρεχόμενες πληροφορίες ή την τεκμηρίωση και όχι να απορρίψει την προσφορά της εταιρείας μας. Αυτό δεν μπορεί να κάνει στο παρόν στάδιο η Α.Ε.Π.Π., δηλαδή

να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή, αλλά θα πρέπει να ακυρώσει την προσβαλλόμενη απόφαση σε αποδοχή της προσφυγής μας, ώστε η αναθέτουσα αρχή με τη νόμιμη διαδικασία να καλέσει την εταιρεία μας σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. ».

12.Επειδή, οι τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης συνιστούν ουσιώδεις και απαραίτατους όρους και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, καθιστώντας απορριπτέα κάθε αποκλίνουσα προσφορά, κατά πάγια νομολογία των Δικαστηρίων (ΣΤΕ ΕΑ 409/2009, ΔΕφΑΘ Αναστ. 350/2013, 545/2014, 446/2015)

13.Επειδή, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου...», «οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

14.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).

15.Επειδή το άρθρο 2.4.3.2 «Τεχνική προσφορά» της οικείας Διακήρυξης ορίζει:

«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στην υπ' αριθμ. ... μελέτη. Περιλαμβάνει ιδίως με ποινή αποκλεισμού 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 Παράρτημα Ι “Απαιτήσεις- Τεχνικές Προδιαγραφές” της παρούσας διακήρυξης».

16.Επειδή στο «ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι- ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ- ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» στο «ΜΕΡΟΣ Α – ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ, ΕΝΤΟΣ ΤΟΥ ΦΑΚΕΛΛΟΥ «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» ορίζεται: «Εντός του φακέλλου “Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά” θα συμπεριλαμβάνονται μεταξύ άλλων και τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στον “Πίνακα Δικαιολογητικών – Πιστοποιήσεων Υλικών” ως παράρτημα της υπ’ αριθμ 63/2021 μελέτης που συντάχθηκε από το Τμήμα Μελετών της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας».

17.Επειδή στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ «ΠΙΝΑΚΑΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ-ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΣΕΩΝ ΥΛΙΚΩΝ» (βλ. διακήρυξη, μετά το τέλος της «ΣΥΓΓΡΑΦΗΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ») για την Ομάδα Δ «Χρώματα-Μικροεργαλεία» απαιτούνταν κατά την κατάθεση της προσφοράς (βλ. πριν την αρχή του πίνακα της «Ομάδας Α»): «Ψηφιακά υπογεγραμμένη υπεύθυνη δήλωση (Υ.Δ.) του προμηθευτή στην οποία θα δηλώνεται το εργοστάσιο κατασκευής των προσφερόμενων υλικών, συνοδευόμενη από Πιστοποιητικά Ποιότητας κατά ISO 9001, 14001, 45001 σε ισχύ, της εταιρείας παραγωγής του προϊόντος ή ισοδύναμα αυτών.»

18.Επειδή αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ως προς την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, από τα στοιχεία του φακέλου, προκύπτουν τα εξής: Από την επισκόπηση της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας προκύπτει ότι κατάθεσε ISO 9001, 14001 και 45001 της εταιρείας «...» (βλ. ψηφιακό αρχείο «ISO ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ» στο οποίο εμπεριέχεται το ψηφιακό αρχείο «4_... ISOs 9001_14001_45001.pdf»). Στα ως άνω κατατεθέντα ISO της εν λόγω εταιρείας αναφέρονται τα εξής: α) Στο ISO 9001 αναφέρεται ως πεδίο εφαρμογής «**ΠΑΡΑΓΩΓΗ & ΕΜΠΟΡΙΑ ΧΡΩΜΑΤΩΝ,ΒΕΡΝΙΚΙΩΝ & ΠΑΡΟΜΟΙΩΝ ΕΠΙΧΡΙΣΜΑΤΩΝ. ΠΑΡΑΓΩΓΗ ΧΡΩΜΑΤΩΝ ΔΙΑΓΡΑΜΜΙΣΗΣ ΟΔΟΣΤΡΩΜΑΤΩΝ. ΕΜΠΟΡΙΑ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ ΚΑΘΕΤΗΣ & ΟΡΙΖΟΝΤΙΑΣ ΣΗΜΑΝΣΗΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΠΙΝΕΛΩΝ, ΡΟΛΩΝ & ΣΥΝΑΦΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΒΑΦΗΣ** », β) Στο ISO 14001

αναφέρεται ως πεδίο εφαρμογής **«ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΣ, ΠΑΡΑΓΩΓΗ & ΕΜΠΟΡΙΑ ΧΡΩΜΑΤΩΝ,ΒΕΡΝΙΚΙΩΝ & ΠΑΡΟΜΟΙΩΝ ΕΠΙΧΡΙΣΜΑΤΩΝ. ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ&ΕΜΠΟΡΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΛΟΓΙΚΟΥ ΥΛΙΚΟΥ&ΕΙΔΩΝ ΦΩΤΙΣΜΟΥ. ΠΑΡΑΓΩΓΗ ΡΟΛΩΝ, ΠΙΝΕΛΩΝ& ΣΥΝΑΦΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΒΑΦΗΣ»**, και γ) Στο ISO 45001 αναφέρεται ως πεδίο εφαρμογής **«ΣΧΕΔΙΑΣΜΟΣ, ΠΑΡΑΓΩΓΗ & ΕΜΠΟΡΙΑ ΧΡΩΜΑΤΩΝ,ΒΕΡΝΙΚΙΩΝ & ΠΑΡΟΜΟΙΩΝ ΕΠΙΧΡΙΣΜΑΤΩΝ. ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ&ΕΜΠΟΡΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΛΟΓΙΚΟΥ ΥΛΙΚΟΥ&ΕΙΔΩΝ ΦΩΤΙΣΜΟΥ. ΠΑΡΑΓΩΓΗ ΡΟΛΩΝ, ΠΙΝΕΛΩΝ& ΣΥΝΑΦΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΒΑΦΗΣ»**. Περαιτέρω στην οικεία Διακήρυξη στην επίδικη ΟΜΑΔΑ Δ (άρθρα 133 έως 250) αναφέρονταν: *«Χρώματα (CPV ...) Μικροεργαλεία (CPV ...)»*. Δηλαδή η επίδικη Ομάδα Δ περιλάμβανε δύο βασικές διακριτές κατηγορίες, απορριπτομένων των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί βασικής κατηγορίας των «Χρωμάτων» ως αβάσιμων και αυθαίρετων, καθώς η οικεία Διακήρυξη δεν περιείχε κανέναν διαχωρισμό σε βασική και μη βασική κατηγορία. Περαιτέρω, το επίμαχο καταταθέν ISO 9001 ως πεδίο εφαρμογής περιελάμβανε μόνο την παραγωγή και εμπορία χρωμάτων, βερνικιών, παρόμοιων επιχρισμάτων, παραγωγή ρολών, πινέλων και συναφών υλικών βαφής και συνεπώς οι πιστοποιήσεις που κατατέθηκαν από την προσφεύγουσα δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις των προδιαγραφών, όπως αποτυπώνεται στο Πρακτικό Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης Δικαιολογητικών-Τεχνικών Προσφορών και στο οποίο ενσωματώνεται και πίνακας των ειδών – άρθρων 147 έως 156, 185, 191 έως 237 και 241 έως 250. Τούτων δοθέντων η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας δεν καλύπτει τις τεχνικές προδιαγραφές των ως άνω άρθρων της Διακήρυξης, τα οποία (άρθρα) με τις απαιτήσεις των προδιαγραφών τους αναφέρονται αναλυτικά στο συμπροσβαλλόμενο Πρακτικό ηλεκτρονικής αποσφράγισης-Τεχνικών προσφορών, με το σαφές συμπέρασμα πως *«...όμως τα άρθρα της μελέτης αναφέρονται σε προϊόντα τα οποία βάσει των ανωτέρω η δηλωθείσα εταιρεία δεν δύναται να παράγει..»*, και άρα η προσβαλλόμενη, στην οποία υπάρχει ρητή αναφορά στο ανωτέρω Πρακτικό, καθώς η αιτιολογία μπορεί να συμπληρώνεται από τα στοιχεία του φακέλου (ΣΤΕ 1286/2009, 3875/2008, 2705/2006, 2126/2000), διέλαβε νόμιμη, πλήρη και επαρκή αιτιολογία, απορριπτομένων των περί αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Ειδικώς οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πως *«Σε κάθε περίπτωση και τα*

δύο άλλα ISO (σχετ. 4 και 5) είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη, έχουν ευρύτερη περιγραφή στο πεδίο εφαρμογής τους (καλύπτουν δηλαδή και το σχεδιασμό) και αφορούν και σε συναφή υλικά, και συνεπώς είναι σύμφωνη με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, η κατάθεσή τους» είναι απορριπτέα ως αβάσιμα διότι το ISO 9001 δεν είχε ως πεδίο εφαρμογής το σχεδιασμό, ενώ με πλήρη σαφήνεια η διακήρυξη απαιτούσε σωρευτικά το σύνολο των ως άνω πιστοποιήσεων, επί ποινή αποκλεισμού. Τέλος, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί εφαρμογής του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, είναι απορριπτέοι καθώς ουδεμία ασάφεια υπήρξε, αλλά η τεχνική προσφορά της δεν πληρούσε τις τεχνικές προδιαγραφές. Άλλωστε, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, καταρχήν, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Συγκεκριμένα, αν γινόταν δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή έχει την εξουσία να ζητεί διευκρινίσεις από συγκεκριμένο υποψήφιο την προσφορά του οποίου κρίνει ανακριβή ή μη σύμφωνη με τις τεχνικές προδιαγραφές της συγγραφής υποχρεώσεων, η εν λόγω αρχή θα κινδύνευε να θεωρηθεί ύποπτη, σε περίπτωση που τελικώς επέλεγε την επίμαχη προσφορά, ότι διεξήγαγε μυστικές διαπραγματεύσεις με τον οικείο υποψήφιο, εις βάρος των λοιπών υποψηφίων και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης (απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 37). Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ (βλ. ενδεικτικά απόφαση του ΔΕΕ της 29.4.2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκ. 108-111), η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων

των εν λόγω υποχρεώσεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου διαγωνιζόμενου. Συναφώς, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα δεδομένα που περιλαμβάνονται σε φάκελο προσφοράς, αρκεί η αίτηση αυτή να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας, σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή της προσφοράς (απόφαση του ΔΕΕ της 10.10.2013 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser κατά Manova A/S, C-336/12, σκ. 39). Υπό την έννοια των ανωτέρω, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών, δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Εν προκειμένω, η προσφορά της προσφεύγουσας είναι απορριπτέα ως μη πληρούσα τις τεχνικές προδιαγραφές και δεν υπήρχε δυνατότητα περί κλήσης για το πρώτον υποβολή εγγράφων που, επί ποινή αποκλεισμού, θα έπρεπε να είχε υποβάλει με την προσφορά της, καθότι τούτο θα οδηγούσε σε μη νόμιμη υποβολή νέας προσφοράς. Επομένως, σύμφωνα και με τα ανωτέρω εκτεθέντα, ο αναθέτων φορέας όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα, να αποκλείσει την προσφορά της προσφεύγουσας, η οποία παρουσίαζε αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές. Ενόψει των ανωτέρω, είναι απορριπτέος ο οικείος λόγος της προσφυγής και νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία αυτή.

19. Επειδή αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής ως προς την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, τα σχετικά άρθρα της Οικείας Διακήρυξης και της οικείας Μελέτης είναι τα εξής:

Το άρθρο 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 στην υπ' αριθμ. ...

μελέτη. Περιλαμβάνει ιδίως **με ποινή αποκλεισμού** 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 Παράρτημα Ι “Απαιτήσεις- Τεχνικές Προδιαγραφές” της παρούσας διακήρυξης».

Το άρθρο 2.2.7 «Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης»:

Οι οικονομικοί φορείς για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν:

α)...β)...γ)...

δ) να διαθέτουν κατ'ελάχιστον ένα πιστοποιημένο άτομο ως «Υπεύθυνο Περιβαλλοντικής Διαχείρισης, Υγείας και Ασφάλειας Επιχειρήσεων».

Το άρθρο 2.2.9.2 «Αποδεικτικά μέσα»:

«Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 3.2 από τον προσωρινό ανάδοχο. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας....»

Η παράγραφος Β5 του άρθρου 2.2.9.2:

«Β.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν Πιστοποιητικά σε ισχύ για

α)... β)... γ)...

δ) κατ' ελάχιστον ένα άτομο ως Υπεύθυνο Περιβαλλοντικής Διαχείρισης, Υγείας και Ασφάλειας Επιχειρήσεων, με σχέση εργασίας εξαρτημένη είτε ως εξωτερικός συνεργάτης.

Από τον προσωρινό ανάδοχο και μόνο, στη φάση της προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πρέπει να αποδεικνύεται η σχέση εργασίας με τον παραπάνω Υπεύθυνο Περιβαλλοντικής Διαχείρισης. Στην περίπτωση εξωτερικού συνεργάτη πρέπει να προσκομίζεται αποδεικτικό συνεργασίας (π.χ. σύμβαση) με τον οικονομικό φορέα κατ'ελάχιστον για το χρόνο ισχύος της Σύμβασης της προμήθειας».

Η τεχνική έκθεση (σελ. 3), όπου αναφέρεται:

«...Επίσης ο Δήμος Α.Α.Κ. στην προσπάθεια καθιέρωσης και εφαρμογής ενός στοιχειώδους επιπέδου υιοθέτησης πράσινων κριτηρίων στις Δημόσιες Συμβάσεις προμηθειών, υπηρεσιών και έργων με στόχο τη διαρκή βελτίωση των περιβαλλοντικών επιδόσεων και τη μείωση του περιβαλλοντικού αποτυπώματος του, σε συνδυασμό με την απαίτηση συμμόρφωσης των προμηθευτών με σύστημα Περιβαλλοντικής Διαχείρισης ανταποκρινόμενο στις απαιτήσεις του ISO 14001, θέτει και την προϋπόθεση για τους υποψήφιους οικονομικούς φορείς των υπό προμήθεια ειδών, να διαθέτουν τουλάχιστον ένα πιστοποιημένο άτομο ως «Υπεύθυνο Περιβαλλοντικής Διαχείρισης, Υγείας και Ασφάλειας Επιχειρήσεων».

20. Επειδή αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής ως προς την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, από τα στοιχεία του φακέλου, προκύπτουν τα εξής: Η προσφεύγουσα εταιρεία δεν κατέθεσε με την προσφορά της Υπεύθυνη δήλωση ή Βεβαίωση επιτυχούς παρακολούθησης ή άλλο έγγραφο που να πιστοποιεί ή να δεσμεύει και να αποδεικνύει ότι διαθέτει τουλάχιστον ένα πιστοποιημένο άτομο ως «Υπεύθυνο Περιβαλλοντικής Διαχείρισης, Υγείας και Ασφάλειας Επιχειρήσεων», όπως ορίζεται στο άρθρο 2.4.3.2 της οικείας Διακήρυξης. Αυτό το συνομολογεί και η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυριζόμενη πως το επίμαχο κριτήριο δεν αποτελεί μέρος της τεχνικής προσφοράς και αξιολόγησης. Περαιτέρω το άρθρο 2.2.9.2 της οικείας Διακήρυξης ορίζει πως: **«Α. Για την απόδειξη της μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού κατ' άρθρο 2.2.3 και της πλήρωσης των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής κατά τις παραγράφους 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν τα δικαιολογητικά του παρόντος. Η προσκόμιση των εν λόγω δικαιολογητικών γίνεται κατά τα οριζόμενα στο**

άρθρο 3.2 **από τον προσωρινό ανάδοχο**». Επίσης στην παράγραφο Β. 5 του άρθρου 2.2.9.2 ορίζεται πως: «...Από τον προσωρινό ανάδοχο και μόνο, στη φάση της προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, πρέπει να αποδεικνύεται η σχέση εργασίας με τον παραπάνω Υπεύθυνο Περιβαλλοντικής Διαχείρισης...». Από τα προαναφερθέντα άρθρα της Διακήρυξης συνάγεται πως τα δικαιολογητικά του κριτηρίου επιλογής τους άρθρου 2.2.7 προσκομίζονται με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Κατ' ακολουθία ο οικείος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός. Όμως, η προσφορά της προσφεύγουσας είναι απορριπτέα επί τη βάσει αποκλεισμού κατά τα εκτεθέντα στη σκέψη 18.

21. Επειδή η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας επικαλούμενη πως στο Ε.Ε.Ε.Σ. της για τη συμμόρφωση με το κριτήριο επιλογής της παραγράφου 2.2.6 έχει δηλώσει διάφορες συμβάσεις, αλλά μόνο μία σε σχέση ειδικά και για την ΟΜΑΔΑ Δ της διακήρυξης. Αναλυτικότερα επικαλείται πως: «Πρόκειται για τη σύμβαση με αναθέτουσα αρχή τον Δήμο ... και αντικείμενο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΕΤΟΥΣ 2018 – 2019» (ΟΜΑΔΕΣ Β, Γ, Δ, Ε – ΣΙΔΗΡΙΚΑ – ΥΑΛΟΠΙΝΑΚΕΣ – ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ – ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ). Για τη σύμβαση αυτή η διαγωνιζόμενη εταιρεία διευκρινίζει ότι ανταποκρίνεται στην Ομάδα Δ & Ε της Διακήρυξης. Αυτή η διευκρίνιση παρέχεται εντός του Ε.Ε.Ε.Σ. και στην ενότητα «Περιγραφή» για τη συγκεκριμένη σύμβαση. Ως δικαιολογητικά τεκμηρίωσης για τη σύμβαση αυτή έχει καταθέσει: α) Το συμφωνητικό ανάθεσης με ημερομηνία υπογραφής 25-10-2018 (σχετ. 24) και β) Την με Αριθ. Πρωτ.: ... βεβαίωση καλής εκτέλεσης της αναθέτουσας αρχής (σχετ. 25). Όμως από τα ως άνω στοιχεία προκύπτει αφενός ότι η εν λόγω σύμβαση δεν έχει καμία σχέση με το αντικείμενο της ΟΜΑΔΑΣ Δ της διακήρυξης που είναι «Χρώματα – Μικροεργαλεία», αλλά με σιδηρικά, υαλοπίνακες, οικοδομικά και υδραυλικά, και αφετέρου ότι δεν είναι βέβαιο ότι αφορά εκτέλεση κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών πριν από το έτος υποβολής της προσφοράς (δηλαδή 2021 – 2020 – 2019) διότι γνωρίζεται ότι η σύμβαση έχει ημερομηνία υπογραφής 25-10-2018 αλλά από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει, ούτε από τη βεβαίωση εκτέλεσης, ότι αφορά το έτος 2019 και μετά...»).

22. Επειδή το άρθρο 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της Διακήρυξης ορίζει: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών πριν από το έτος υποβολής της προσφοράς στο διαγωνισμό, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) σύμβαση προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, (δηλαδή είτε προμήθεια οικοδομικών υλικών, είτε χρωμάτων, είτε υδραυλικών ειδών κ.ο.κ. είτε συνδυασμό των παραπάνω), ύψους τουλάχιστον 100% του Π/Υ , προ φ.π.α. **ΤΩΝ ΟΜΑΔΩΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ του προσφέροντα**».

23. Επειδή με τις με αρ. πρωτ. 532/12.01.2022 διευκρινίσεις (βλ. ψηφιακό αρχείο «Α.Μ ... Διευκρινίσεις για τον Διαγωνισμό signed» κοινοποιούμενες μέσω ΕΣΗΔΗΣ την 13.01.2022), που δόθηκαν από τον αναθέτοντα φορέα σχετικά με το άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης αναφέρονται τα εξής: «Οι συμμετέχοντες θα μπορούν να έχουν αθροιστικά σύνολο συμβάσεων τουλάχιστον ίσο με τον προϋπολογισμό του συνόλου των ομάδων που συμμετέχουν, ανεξάρτητα των ομάδων συμμετοχής τους. **Αρκεί οι συμβάσεις που θα προσκομίσουν να έχουν αντικείμενο συναφές με κάποια/ες από τις ομάδες του συνόλου της δημοπρατούμενης προμήθειας**».

24. Επειδή αναφορικά με τον λόγο της προσφυγής κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ως προς το κριτήριο του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής: Η παρεμβαίνουσα προς απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής της ικανότητας δήλωσε στο ΕΕΕΣ της και κατέθεσε αντίστοιχες συμβάσεις (βλ. ψηφιακό αρχείο «**ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ**», όπου περιλαμβάνονται τα ψηφιακά αρχεία που αναφέρονται κατωτέρω), για τα εξής: α) Σύμβαση με αναθέτοντα φορέα το Δήμο Αγίων Αναργύρων-Καματερού προϋπολογισμού 26.471,75 άνευ ΦΠΑ/Ημερομηνία Έναρξης 20.09.2018 και Ημερομηνία Λήξης 19.09.2019. Αφορά «Προμήθεια υλικών για το Τεχνικό Συνεργείο των Ομάδων 2 Οικοδομικά αδρανή, 3 (Έτοιμο σκυρόδεμα), 4 Σιδηρικά και 9 Υδραυλικά είδη» (ψηφιακό αρχείο «149_... **ΣΥΜΒΑΣΗ ΕΕ.pdf**») β) Σύμβαση με αναθέτοντα φορέα το Δήμο Βάρης Βούλας Βουλιαγμένης προϋπολογισμού 78.557,09 άνευ ΦΠΑ/ Ημερομηνία Έναρξης 25.10.2018 και Ημερομηνία Λήξης 24.04.2020. Αφορά «**ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΕΤΟΥΣ 2018-**

2019 (ΟΜΑΔΕΣ Β, Γ,Δ,Ε – ΣΙΔΗΡΙΚΑ – ΥΑΛΟΠΙΝΑΚΕΣ- ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ – ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ» (ψηφιακό αρχείο «153_BBB οικ. ... ΣΥΜΒΑΣΗ 97.410,80 ΕΕ.pdf»), γ) Σύμβαση με αναθέτοντα φορέα το Δήμο ... προϋπολογισμού 7.666,25 άνευ ΦΠΑ/Ημερομηνία Έναρξης 10.03.2020 και Ημερομηνία Λήξης 31.05.2020. Αφορά «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΩΝ ΚΑΙ ΛΟΙΠΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΜΑΔΑ Β' ΥΛΙΚΑ ΣΙΔΗΡΟΥ». (ψηφιακό αρχείο «194_...οικ.... ΣΥΜΒΑΣΗ ΕΕ.pdf»), δ) Σύμβαση με αναθέτοντα φορέα το Δήμο Νέας Σμύρνης προϋπολογισμού 2.348,95 άνευ ΦΠΑ/Ημερομηνία Έναρξης 24.05.2021 και Ημερομηνία Λήξης 24.09.2021. Αφορά «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ ΤΩΝ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΓΙΑ ΤΙΣ ΟΜΑΔΕΣ Β: ΚΛΙΜΑΤΙΣΤΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ,Γ: ΗΛΕΚΤΡΙΚΕΣ ΣΥΣΚΕΥΕΣ - ΜΙΚΡΟΣΥΣΚΕΥΕΣ,Δ: ΕΠΙΠΛΑ ΚΟΥΖΙΝΑΣ, Ε: ΠΛΑΚΑΚΙΑ,ΣΤ: ΗΛΕΚΤΡΟΛΟΓΙΚΑ ΚΑΙ Ζ: ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ» (ψηφιακό αρχείο «241_... εξοπλ. ...ΣΥΜΒΑΣΗ ΟΕ.pdf»), ε) Σύμβαση με αναθέτοντα φορέα το Δήμο ... προϋπολογισμού 44.838,71 άνευ ΦΠΑ/Ημερομηνία Έναρξης 20.06.2019 και Ημερομηνία Λήξης 19.06.2020. Αφορά «Προμήθεια Υλικών για το Τεχνικό Τμήμα της Ομάδας 5 (Χρώματα), της Ομάδας 7 (Υαλοπίνακες), της Ομάδας 8 (Ξυλεία για κατασκευές Κ.Χ. [παγκάκια, πέργκολες, κιόσκια]) και της Ομάδας 9 (Υδραυλικά είδη)» (ψηφιακό αρχείο «174_... οικ. ...ΣΥΜΒ.pdf»), στ) Σύμβαση με αναθέτοντα φορέα το Δήμο ... προϋπολογισμού 9.096,77 άνευ ΦΠΑ/Ημερομηνία Έναρξης 20.05.2018 και Ημερομηνία Λήξης 01.05.2019. Αφορά «Προμήθεια Υλικών για το Τεχνικό Συνεργείο για τις Ομάδες 6: Μικροεργαλεία&9: Υδραυλικά Είδη» (ψηφιακό αρχείο «136_... υδρ εργ ...11.280,00.pdf»), ζ) Σύμβαση με αναθέτοντα φορέα το Δήμο ... προϋπολογισμού 13.649,33 άνευ ΦΠΑ/Ημερομηνία Έναρξης 22.07.2021 και Ημερομηνία Λήξης 21.09.2021. Αφορά «Προμήθεια Υλικών (Σιδερικά και Αναλώσιμα» (ψηφιακό αρχείο «254_....pdf»), η) Σύμβαση με αναθέτοντα φορέα το Δήμο ... προϋπολογισμού 6.237,50 άνευ ΦΠΑ/Ημερομηνία Έναρξης 04.07.2019 και Ημερομηνία Λήξης 31.12.2019. Αφορά «Προμήθεια Υαλοπινάκων (ψηφιακό αρχείο «176_... οικ...7.734,50 ΣΥΜΒΑΣΗ.pdf») και θ) Σύμβαση με αναθέτοντα φορέα το Δήμο ... προϋπολογισμού 111.000,00 άνευ ΦΠΑ/Ημερομηνία Έναρξης 17.05.2021 και Ημερομηνία Λήξης 31.12.2021. Αφορά «Προμήθεια Υλικών για το Τεχνικό Συνεργείο-Ομάδες 1,2,4,6,9». (ψηφιακό αρχείο «240_... ... ΣΥΜΒ ΟΕ.pdf»).

Από τις ανωτέρω προσκομιζόμενες συμβάσεις προκύπτει ότι η παρεμβαίνουσα έχει εμπειρία για τα έτη 2021, 2020, 2019 και 2018 σε συναφές αντικείμενο με τις Ομάδες στις οποίες συμμετείχε πληρώντας την απαίτηση του άρθρου 2.2.6 της οικείας Διακήρυξης, απορριπτομένων των περί αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας και γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Μάλιστα ο προϋπολογισμός των ανωτέρω συμβάσεων αθροιστικά έχει ύψος 299.8666,35 ευρώ άνευ ΦΠΑ υπερκαλύπτοντας την απαίτηση του άρθρου 2.2. 6 της Διακήρυξης, δεδομένου ότι ο προϋπολογισμός του εν θέματι διαγωνισμού χωρίς ΦΠΑ είναι 214.342,33 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Σημειωτέον πως σύμφωνα με τις προαναφερθείσες με αρ. πρωτ. 532/12.01.2022 διευκρινίσεις: **«Οι συμμετέχοντες θα μπορούν να έχουν αθροιστικά σύνολο συμβάσεων τουλάχιστον ίσο με τον προϋπολογισμό του συνόλου των ομάδων που συμμετέχουν, ανεξάρτητα των ομάδων συμμετοχής τους. Αρκεί οι συμβάσεις που θα προσκομίσουν να έχουν αντικείμενο συναφές με κάποια/ες από τις ομάδες του συνόλου της δημοπρατούμενης προμήθειας»**. Ενόψει των ανωτέρω, ο οικείος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.

25. Επειδή η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας επικαλούμενη πως δεν έχει καταθέσει τεχνικά φυλλάδια ως προς τα άρθρα 133, 134 και 137 του Πίνακα Τεχνικών Προδιαγραφών κατά παράβαση των όρων της Διακήρυξης.

26. Επειδή το άρθρο 2.2.6 «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» της οικείας Διακήρυξης ορίζει:

«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών πριν από το έτος υποβολής της προσφοράς στο διαγωνισμό, να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία (1) σύμβαση προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου, (δηλαδή είτε προμήθεια οικοδομικών υλικών, είτε χρωμάτων, είτε υδραυλικών ειδών κ.ο.κ. είτε συνδυασμό των παραπάνω), ύψους τουλάχιστον 100% του Π/Υ , προ φ.π.α. ΤΩΝ ΟΜΑΔΩΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ του προσφέροντα».

27. Επειδή το άρθρο 2.4.3.2 «Τεχνική προσφορά» της Διακήρυξης ορίζει:

«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στην υπ' αριθμ. 63/2021 μελέτη. Περιλαμβάνει ιδίως με ποινή αποκλεισμού 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 Παράρτημα Ι "Απαιτήσεις- Τεχνικές Προδιαγραφές" της παρούσας διακήρυξης».

28. Επειδή το άρθρο 94 παρ. 4 του ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζει:

«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.»

29. Επειδή στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της οικείας Διακήρυξης ορίζεται:

«Ο Δήμος διατηρεί το δικαίωμα να ελέγξει οποιοδήποτε υλικό σε αναγνωρισμένο εργαστήριο του εσωτερικού ή εξωτερικού με έξοδα του προμηθευτή, για να εξετάσει αν τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς του προμηθευτή ταυτίζονται με αυτά του εργαστηρίου δοκιμής. Ο όρος αυτός δεσμεύει όλους τους συμμετέχοντες στη δημοπρασία, σε περίπτωση που ανακηρυχθούν ανάδοχοι σε οποιαδήποτε ομάδα και δεν χρειάζεται η από μέρους τους ιδιαίτερη δήλωση αποδοχής, εκτός εάν αναφέρεται ιδιαίτερος στις επιμέρους απαιτήσεις.»

30. Επειδή, αναφορικά με τον λόγο της προσφυγής κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας ως προς τα τεχνικά φυλλάδια, από τα στοιχεία του φακέλου, προκύπτουν τα εξής: Η παρεμβαίνουσα δεν έχει καταθέσει με την προσφορά της τεχνικά φυλλάδια για τα επίμαχα άρθρα 133, 134 και 137. Όμως ούτε στην οικεία Διακήρυξη ούτε στα οικεία ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ υπήρχε όρος που να ορίζει την υποχρεωτική κατάθεση τεχνικών φυλλαδίων ως προς την απόδειξη της τεχνικής επάρκειας. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων,

συνάγεται ότι η μη προσκόμιση τεχνικών φυλλαδίων στην προσφορά του διαγωνιζομένου και η υποβολή μόνο της τεχνικής του προσφοράς αρκούσε και κάλυπτε τις απαιτήσεις της διακήρυξης, καθιστώντας σύννομη την υποβολή της τεχνικής προσφοράς εκ μέρους του υποψηφίου οικονομικού φορέα. Άλλωστε, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας δεν επιτρέπουν τον αποκλεισμό οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία. Εξάλλου δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για το λόγο ότι δεν προσκόμισε, δικαιολογητικά συμμετοχής πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα (πρβλ. Δεφ Αθ 18/2015, ΕΑ ΣτΕ 18/2011, 1083, 1084/2010). Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί υποχρεωτικής προσκόμισης τεχνικών φυλλαδίων είναι απορριπτέοι, γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, τυγχάνει απορριπτέος ο οικείος λόγος της προσφυγής

31. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας επικαλούμενη: «*B2. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΕΙΔΙΚΑ ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗ ΜΕ ΤΗΝ ΟΜΑΔΑ Δ ΚΑΙ ΕΙΔΙΚΑ ΤΑ ΑΡΘΡΑ 133, 134 και 137 ΤΟΥ ΠΙΝΑΚΑ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ – ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΣΕΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΤΗΣ ΑΡ. ΜΕΛΕΤΗΣ ...:... Από τις άνω περιγραφές γίνεται κατανοητό ότι υποχρέωση των διαγωνιζομένων είναι να προσφέρουν για το άρθρο 133 οικολογικό χρώμα εσωτερικού χώρου, για το άρθρο 134 οικολογικό χρώμα εξωτερικού χώρου και για το άρθρο 137 βερνίκια εμποτισμού βάσης νερού οικολογικά... Η ως άνω διαγωνιζόμενη εταιρεία δηλώνει όσον αφορά τη συμμόρφωσή της με τα ανωτέρω άρθρα 133, 134 και 137 την εταιρεία ως εργοστάσιο κατασκευής. Όμως για **το άρθρο 134** η κατασκευάστρια εταιρεία δεν έχει οικολογικό χρώμα εξωτερικού χώρου. Αυτό αποδεικνύεται από το ΠΙΣΤΟΠΟΙΗΤΙΚΟ ΟΙΚΟΛΟΓΙΚΟΥ ΣΗΜΑΤΟΣ (σχετ. 7 και σχετ. 8 της προσφοράς της διαγωνιζόμενης, τα οποία καταθέτουμε με την παρούσα προσφυγή μας) όπου δηλώνονται τα οικολογικά προϊόντα της εν λόγω εταιρείας και δεν αναγράφεται κανένα χρώμα εξωτερικού χώρου (ακρυλικό) από τα αναρτημένα ως ΕΞΩΤΕΡΙΚΕΣ ΕΠΙΦΑΝΕΙΕΣ ... στην*

επίσημη ιστοσελίδα της εταιρείας (σχετ. 9). Επειδή δεν υπάρχει στην κατασκευάστρια εταιρεία ...οικολογικό χρώμα εξωτερικού χώρου, η ως άνω διαγωνιζόμενη εταιρεία δεν μπορεί να καταθέσει και το ζητούμενο ως δικαιολογητικό κατακύρωσης πιστοποιητικό για χαμηλά ποσοστά πτητικών οργανικών ενώσεων της σχετικής απαίτησης της διακήρυξης που αναφέραμε παραπάνω. Ειδικά αναφέρουμε ότι από τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της «...» προκύπτει ότι για το είδος του **άρθρου 134**: Πλαστικό χρώμα, οικολογικό, εξωτερικού χώρου λευκό 10lt έχει καταθέσει ως δικαιολογητικό κατακύρωσης τη σχετ. 10 βεβαίωση ... **και προκύπτει ότι έχει προσφέρει τα είδος ... το οποίο είναι όμως υπόστρωμα (αστάρι) και όχι χρώμα.** Αυτό προκύπτει από την επίσημη ιστοσελίδα της εταιρείας ... (σχετ. 9, όπως παραπάνω) και από το τεχνικό φυλλάδιο, το οποίο και καταθέτουμε με την προσφυγή μας (σχετ. 11) γιατί η εν λόγω εταιρεία, όπως αναφέραμε παραπάνω δεν έχει καταθέσει τεχνικά φυλλάδια ως προς τα ανωτέρω αναφερόμενα είδη της διακήρυξης. Τέλος, και ως προς το άρθρο 137 (Βερνίκια εμποτισμού, βάσης νερού, οικολογικά, άχρωμα ή καρυδιά 2,5lt) προκύπτει ότι η ως άνω εταιρεία δεν συμμορφώνεται με τις τεχνικές προδιαγραφές και από αποδεικνύεται από το φάκελο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που έχει καταθέσει. Πιο συγκεκριμένα, για το είδος αυτό η εν λόγω κατασκευάστρια εταιρεία ...δεν διαθέσει οικολογικό βερνίκι εμποτισμού άχρωμο. Αυτό αποδεικνύεται από το πιστοποιητικό οικολογικού σήματος (σχετ. 7 και σχετ. 8 όπως παραπάνω της προσφοράς της «...») όπου δηλώνονται τα οικολογικά προϊόντα της εταιρείας και δεν αναγράφεται κανένα βερνίκι από τα αναρτημένα ως προστασία Ξύλου & Πέτρας ... στην επίσημη ιστοσελίδα της εταιρείας (σχετ. 12)....».

32.Επειδή, η παρεμβαίνουσα αναφορικά με το επίμαχο προϊόν 134 επικαλείται πως: «B2.όσον αφορά το προϊόν με A/A 134, το οποίο διατείνεται η προσφεύγουσα ότι είναι εκτός προδιαγραφών, επισημαίνουμε αρχικά ότι η υποχρέωση του οικονομικού φορέα στη φάση της υποβολής της τεχνικής προσφοράς ήταν η ψηφιακά υπογεγραμμένη δήλωση, καθώς και τα πιστοποιητικά ISO και αντίστοιχα στην κατακύρωση τα πιστοποιητικά για τις ΠΟΕ. Το προϊόν που προσφέραμε ήταν το ..., το οποίο καλύπτει όλες τις εν λόγω τεχνικές προδιαγραφές. **Εκ παραδρομής κατατέθηκε άλλο προϊόν, το**

οποίο δεν ανήκει στην οικογένεια των οικολογικών. Με βάση τη δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής να ζητήσει διευκρινίσεις, στηριζόμενη στο άρθρο 103 του Ν.4412/2016, καθώς το εν λόγω πιστοποιητικό και το δηλωθέν προϊόν υποβλήθηκε στη φάση των δικαιολογητικών κατακύρωσης και αυτό έως τρεις (3) φορές, υποβάλλουμε το σωστό προϊόν που όπως προαναφέραμε είναι το ..., της εταιρείας ... Σε κάθε περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή θα έπρεπε να μας έχει ζητήσει διευκρινίσεις εφόσον διαπίστωνε τη σχετική ασάφεια ή αστοχία...».

33. Επειδή, αναφορικά με το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα προϊόν με Α/Α 134 λεκτέα είναι τα εξής: Η παρεμβαίνουσα για το προϊόν με Α/Α 134 προσέφερε το είδος «...» (βλ. ψηφιακό αρχείο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ 2 ...», φάκελος «ΤΕΧΝΙΚΑ», ψηφιακό αρχείο «...pdf»). Η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της ομολογεί πως για το προϊόν Α/Α 134 δήλωσε εκ παραδρομής στην προσφορά της άλλο είδος, ήτοι το «...», και στο στάδιο της κατακύρωσης δήλωσε το σωστό προϊόν, ήτοι το «...» της εταιρείας ... Από την επισκόπηση του τεχνικού φυλλαδίου του προϊόντος «...», προκύπτει ότι αυτό είναι υπόστρωμα (αστάρι) και όχι χρώμα. Το υπόστρωμα (αστάρι) κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας είναι ένα επίχρισμα που εφαρμόζεται στην επιφάνεια της περιοχής, που πρόκειται να βαφεί, πριν την εφαρμογή του τελικού χρώματος. Σύμφωνα με την οικεία μελέτη για το προϊόν 134 «Πλαστικό χρώμα, οικολογικό, εξωτερικού χώρου λευκό 10lt» οι τεχνικές προδιαγραφές αναφέρονταν ως εξής: **«Πλαστικό χρώμα, οικολογικό, εξωτερικού χώρου λευκό 10lt. Πρέπει να φέρει το οικολογικό σήμα (ecolabel) της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με το οποίο πιστοποιείται ότι τα χρώματα πληρούν τα οικολογικά κριτήρια, όπως αυτά αναφέρονται στην Απόφαση της Επιτροπής (ΕΕ) 2014/312/EU... Να είναι κατάλληλο για βαφή παιδικών σταθμών και σχολείων. Οι ΠΟΕ (Πτητικές Οργανικές Ενώσεις): Να ανήκουν στις κατηγορίες Α/α (χρώματα ματ εσωτερικών τοίχων και οροφών). Οριακή Τιμή ΠΟΕ Ευρωπαϊκής Ένωσης : 75 gr/lit (2007) και 30 gr/lit (2010). Το έτοιμο προς χρήση προϊόν να περιέχει κατά μέγιστο 15 g/l ΠΟΕ. ΠΟΕ (Πτητικές Οργανικές Ενώσεις):...».** Συνεπώς, το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα προϊόν για το είδος Α/Α 134 δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές γιατί δεν είναι χρώμα, αλλά υπόστρωμα

(αστάρι) κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Οι δε ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας πως εκ παραδρομής κατατέθηκε άλλο προϊόν με την υποβολή της προσφοράς και στο στάδιο κατακύρωσης κατατέθηκε άλλο προϊόν, το οποίο πρέπει να γίνει δεκτό ως νομίμως υποβληθέν, στοιχειοθετούν ανεπίτρεπτη τροποποίηση προσφοράς, καθώς μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Περαιτέρω οι ισχυρισμοί πως ο αναθέτων φορέας μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις με βάση το άρθρο 103 του ν. 4412/2016 είναι απορριπτέοι καθώς εν προκειμένω, η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέα ως μη πληρούσα τις τεχνικές προδιαγραφές και δεν υπάρχει δυνατότητα περί κλήσης για το πρώτον υποβολή εγγράφων που, επί ποινή αποκλεισμού, θα έπρεπε να είχε υποβάλει με την προσφορά της, καθότι τούτο θα οδηγούσε σε μη νόμιμη υποβολή νέας προσφοράς. Ειδικότερα κατά την έννοια των διατάξεων του νέου άρθρου 102 και του όμοιου άρθρου 310 του ν. 4412/2016, οι οποίες δεν αφίστανται του προγενέστερου δικαίου, οι προβλεπόμενες από αυτές διευκρινίσεις, δίδονται μόνον εφόσον ζητηθούν από το αρμόδιο όργανο, κατά τη διαγραφόμενη διαδικασία, λαμβάνονται δε υπόψη, ενόψει και της αυστηρώς τυπικής διαδικασίας των δημοσίων διαγωνισμών, μόνον εφόσον έχουν ως αντικείμενο τη συμπλήρωση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων στοιχείων και όχι την αναπλήρωση της έλλειψης τέτοιων στοιχείων ή την τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς, ώστε να απαλειφθούν αντιθέσεις και να συμφωνεί αυτή με όρους της διακήρυξης (πρβλ. ΣτΕ 1856/2008, 2660/2004 7μ., ΕΑ ΣτΕ 668, 567/2009, ΔΕφΑΘ 743/2012 (ΑΣΦ), κ.ά.). Σε κάθε περίπτωση ως έχει παγίως κριθεί η αναθέτουσα αρχή είναι υποχρεωμένη να αποκλείσει προσφορά που δεν περιλαμβάνει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά με το κατά την διακήρυξη και τον νόμο αξιούμενο περιεχόμενο, αποκλεισμένης εν προκειμένω της ευχέρειας εκ μέρους της να καλέσει τον διαγωνιζόμενο προς συμπλήρωση εκ των υστέρων του περιεχομένου των δικαιολογητικών, διότι τότε θα επρόκειτο για ανεπίτρεπτη αναπλήρωση μη νομίμως υποβληθέντος δικαιολογητικού (ΔΕφΑΘ (ΑΝΑΣΤ) 537/2017, ΣτΕ ΕΑ

127/2010, 364/2009, 1173/2009), και τούτο γιατί, η έλλειψη του στοιχείου τούτου, κατά παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, συνιστά πλημμελή υποβολή αναγκαίου στοιχείου και δεν είναι δεκτική αναπλήρωσης ούτε κατ' εφαρμογή των άρθρων 102 και 103 του ν. 4412/2016, τα οποία αναφέρονται στην εκ των υστέρων διευκρίνιση και συμπλήρωση, νομίμως, όμως, κατ' αρχήν, υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων (ΔΕΦΑΘ 859/2012 (ΑΣΦ)). Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη, ο οικείος λόγος της προσφυγής για το επίμαχο είδος 134 πρέπει να γίνει δεκτός, καθώς η προσφορά της παρεμβαίνουσας για την Ομάδα Δ έπρεπε να απορριφθεί ως μη πληρούσα τις τεχνικές προδιαγραφές.

34. Επειδή, αναφορικά με το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα προϊόν με Α/Α 137 λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με την οικεία μελέτη για το προϊόν Α/Α 137 «*Βερνίκια εμποτισμού, βάσης νερού, οικολογικά, άχρωμα ή καρυδιά 2,5lt*» οι τεχνικές προδιαγραφές αναφέρονταν ως εξής: «*«Βερνίκια εμποτισμού, βάσης νερού, οικολογικά, **άχρωμα ή καρυδιά 2,5lt**»*». Συνεπώς στη σαφή λεκτική διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών του επίμαχου είδους Α/Α 137 υπάρχει το διαζευκτικό «ή» και ως εκ τούτου το προσφερόμενο βερνίκι μπορεί να είναι ή άχρωμο ή σε απόχρωση «καρυδιά», και άρα το προσφερόμενο από την παρεμβαίνουσα προϊόν με Α/Α137 σε απόχρωση «καρυδιά» πληροί τις οικείες τεχνικές προδιαγραφές, απορριπτομένων των περί αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Κατ'ακολουθία, ο οικείος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτός.

35. Επειδή, τέλος η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής βάλλει κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας για τα προσφερόμενα από αυτήν προϊόντα: α) των άρθρων 147-148 που αφορούν σε γυαλόχαρτα και 149-155 που αφορούν σε πατόχαρτα, β) των άρθρων 157: Κοντραπινέλο σπαστό πλαστικού 2", 158: Κονταροπινέλο σπαστό πλαστικού 2 1/2", 159 – 163 που αφορούν πινέλα, 164-166 που αφορούν ρολάκια και ρολά, 167- 168 που αφορούν τηλεσκοπικό κοντάρι, 169 – 173 που αφορούν στοκαδόρους, 174-181 που αφορούν σπάτουλες, 182 – 184 που αφορούν σε σκαφάκι, 185 που αφορούν σε ξεσκονίστρες, 216: Ντίζα Μ20, 220: Ταινίες σημάνσεως, 221: Γυαλιά προστασίας και 231: Αεροπίστολο βαφής μεταλλικό με κάτω δοχείο 1lt (μπεκ 2mm) και γ) των άρθρων 222: τρυπάνια σιδήρου 4mm, 223: τρυπάνια σιδήρου 5mm, 224: τρυπάνια σιδήρου 6mm, 225: τρυπάνια σιδήρου 8mm,

226: τρυπάνια σιδήρου 10mm, 227: τρυπάνια σιδήρου 12mm και 229: Αναδευτήρας χρωμάτων και κονιαμάτων 1050 Wat.

36. Επειδή αναφορικά με το α΄ σκέλος του τρίτου λόγου της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Στην οικεία μελέτη τα είδη των άρθρων 147-148 που αφορούν σε γυαλόχαρτα και 149-155 που αφορούν σε πατόχαρτα απαιτούνται: «... *Πιστοποιητικά Ποιότητας κατά ISO 9001, 14001, 45001 σε ισχύ, της εταιρείας παραγωγής του προϊόντος ή ισοδύναμα αυτών.*». Συνεπώς κατά τη σαφή διατύπωση των ως άνω άρθρων δεν απαιτούνται πιστοποιητικά του εργοστασίου κατασκευής των προϊόντων, αλλά αρκεί η κατάθεση πιστοποιητικών της εταιρείας κατασκευής αυτών το οποίο μπορεί να έχει την εμπορία τους στο πεδίο εφαρμογής του. Περαιτέρω το πεδίο πιστοποίησης που κατατέθηκε από την παρεμβαίνουσα είναι: «*Σχεδιασμός, κατασκευή και πώληση συγκολλημένων λειαντικών προϊόντων (τροχοί λείανσης και κοπής) για όλες τις χρήσεις (φορητές, σταθερές, εκκρεμομηχανές). Εμπόριο άλλων λειαντικών προϊόντων .»*, και συνεπώς αφορά σε προϊόντα λείανσης που βάσει της πιστοποίησης μπορεί να κατασκευάζει, απορριπτομένων των περιαντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας και γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Συνεπώς το α΄ σκέλος του τρίτου λόγου της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέο.

37. Επειδή αναφορικά με το β΄ σκέλος του τρίτου λόγου της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Στην οικεία μελέτη για τα είδη των άρθρων 157, 158, 159 – 163, 164-166, 167- 168, 169 – 173, 174-181, 182 – 184, 185, 216, 220, 221, και 231 απαιτούνται: «...*Πιστοποιητικά Ποιότητας κατά ISO 9001, 14001, 45001 σε ισχύ, της εταιρείας παραγωγής του προϊόντος ή ισοδύναμα αυτών.* ». Από την επισκόπηση του φακέλου της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι προσέφερε προϊόντα «...». Στην προσφορά της παρεμβαίνουσας κατατέθηκε και πεδίο πιστοποίησης της εταιρείας «...» όπου ως πεδίο εφαρμογής έχει την «*Προμήθεια δομικών εξαρτημάτων, συνδετήρων, ηλεκτρικών εργαλείων, εργαλείων χειρός και συναφών αναλωσίμων*». Από τις τεχνικές προδιαγραφές των επίμαχων άρθρων προκύπτει ότι δεν απαιτούνται πιστοποιητικά του εργοστασίου κατασκευής των προϊόντων, και αρκεί η κατάθεση πιστοποιητικών της εταιρείας κατασκευής αυτών το οποίο μπορεί να έχει την εμπορία τους στο πεδίο εφαρμογής του. Βάσει των ανωτέρω η εταιρεία «...» είναι η κατασκευάστρια,

για τα παραπάνω είδη και συνεπώς η προσφορά της παρεμβαίνουσας καλύπτει τις απαιτούμενες προδιαγραφές για τα ως άνω είδη, απορριπτομένων των περί αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας και γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Συνεπώς το β' σκέλος του τρίτου λόγου της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέο.

38. Επειδή αναφορικά με το γ' σκέλος του τρίτου λόγου της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Στην οικεία μελέτη για τα είδη των άρθρων 222, 223, 224, 225, 226,227 και 229 απαιτούνται: *«...Πιστοποιητικά Ποιότητας κατά ISO 9001, 14001, 45001 σε ισχύ, της εταιρείας παραγωγής του προϊόντος ή ισοδύναμα αυτών»*. Τα πιστοποιητικά της εταιρείας «...» έχουν πεδίο εφαρμογής την *«Χονδρική πώληση και επισκευή ηλεκτρικών εργαλείων, συναφών προϊόντων και εκπαίδευση για μια βάση πελατών στο Ηνωμένο Βασίλειο»*.

Από τις τεχνικές προδιαγραφές των επίμαχων άρθρων προκύπτει ότι δεν απαιτούνται πιστοποιητικά του εργοστασίου κατασκευής των προϊόντων και αρκεί η κατάθεση πιστοποιητικών της εταιρείας κατασκευής αυτών, το οποίο μπορεί να έχει την εμπορία τους στο πεδίο εφαρμογής του. Επομένως, η εταιρεία «...» είναι η κατασκευάστρια για τα παραπάνω είδη και συνεπώς η προσφορά της παρεμβαίνουσας καλύπτει τις απαιτούμενες προδιαγραφές για τα ως άνω είδη, απορριπτομένων των περί αντιθέτου ισχυρισμών της προσφεύγουσας και γενομένων δεκτών των ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Συνεπώς το γ' σκέλος του τρίτου λόγου της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέο.

39.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή. Να γίνει εν μέρει δεκτή η Παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε δεκτή την παρεμβαίνουσα και την ανέδειξε ανάδοχο για την Ομάδα Δ του εν θέματι διαγωνισμού.

40. Επειδή, κατόπιν της ανωτέρω σκέψης, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης: 855 /2022

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμό 75/2022 απόφαση του Δήμου ... κατά το σκέλος που έγινε δεκτός και αναδείχθηκε ανάδοχος για την Ομάδα Δ ο οικονομικός φορέας «...»

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε στις 07 Ιουνίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΩΣΤΗ