

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής Μιχαήλ Σειραδάκης και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.12.2017 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στο Βουκουρέστι Ρουμανίας, νομίμως εκπροσωπούμενης από την εταιρεία «.....» που εδρεύει στη Θεσσαλονίκη, οδός αριθ....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου 8379/17-11-17 απόφασης της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. (ΔΕΗ Α.Ε.)/ΔΛΥ-ΛΚΔΜ/ Κλάδος Προμηθειών, με την οποία εγκρίθηκε το από 15-11-2017 πρακτικό της επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης προσφορών στον παρακάτω αναφερόμενο διαγωνισμό που συμμετέχει η προσφεύγουσα, κατά το μέρος που αφορά την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρείας «.....».

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου 8379/17-11-17 απόφαση της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. (ΔΕΗ Α.Ε.) /ΔΛΥ-ΛΚΔΜ/Κλάδος Προμηθειών, με την οποία εγκρίθηκε το από 15-11-2017 πρακτικό της Επιτροπής Τεχνικής Αξιολόγησης προσφορών στον αναφερόμενο διαγωνισμό που συμμετέχει η προσφεύγουσα κατά το μέρος που έκρινε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «.....». Ταυτόχρονα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα όπως ανασταλεί η πρόοδος της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή με την υπ' αριθ. ΔΥΠ601710/29-9-2017 διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός δημόσιος διαγωνισμός της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. (ΔΕΗ Α.Ε.), ο οποίος δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, συνολικού προϋπολογισμού 2.280.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ με αντικείμενο την προμήθεια ελαστικών επίσωτρων χωματοουργικών μηχανημάτων....., και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται με βάση την τιμή ανά αιτούμενο είδος, ενώ από την αναθέτουσα αρχή ορίσθηκε ως αρμόδια υπηρεσία για τη διενέργεια του διαγωνισμού η Διεύθυνση Υλικού και Προμηθειών (ΔΥΠ)».

2. Επειδή στον επίδικο διαγωνισμό συμμετείχε η προσφεύγουσα, η οποία υπέβαλε προσφορά για τμήματα της σύμβασης και ειδικότερα για τα δύο εκ των αιτουμένων τριών υλικών του πίνακα περιγραφής υλικών και ποσοτήτων της διακήρυξης με Α/Α 1 και 2. προϋπολογισθείσης αξίας 780.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, καθώς και οι εταιρίες «.....».

3. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλείται ότι κατά το άνοιγμα των τεχνικών προσφορών την 29-9-2017 η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρίας «.....», η οποία αφορούσε ομοίως τα δύο εκ των αιτουμένων τριών υλικών του πίνακα περιγραφής υλικών και ποσοτήτων της διακήρυξης με Α/Α 1 και 2, περιείχε ουσιώδεις παραλείψεις και ανακριβή στοιχεία, που την καθιστούσαν προδήλως τεχνικά απαράδεκτη, σύμφωνα με τους σχετικούς όρους της διακήρυξης. Επακολούθησε ο έλεγχος των τεχνικών προσφορών από την αρμόδια επιτροπή τεχνικής αξιολόγησης, το πρακτικό της οποίας δεν γνωστοποιήθηκε στην προσφεύγουσα.

4. Επειδή κατά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών την 27/11/2017 έγινε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρίας «.....». Με το από 27-11-2017 έγγραφο η προσφεύγουσα αιτήθηκε τη γνωστοποίηση του πρακτικού της επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης

Αριθμός Απόφασης: Α 80 2017

των προσφορών και την απόφαση της αναθέτουσας αρχής περί εγκρίσεως του πρακτικού. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 30-11-2017 την με αριθ. πρωτ. 8379/17-11-2017 προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία εγκρίθηκε το από 15-11-2017 πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης, καθώς και το σώμα του πρακτικού, οπότε την 30-11-2017 έλαβε η προσφεύγουσα πλήρη γνώση των αποτελέσματος αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των συμμετεχουσών εταιριών και επομένως της προσβαλλόμενης πράξης.

5. Επειδή η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η επιτροπή τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών, ενώ διαπίστωσε ότι η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρίας "....." περιείχε ουσιώδεις ελλείψεις και την καθιστούσαν τεχνικά απαράδεκτη, αιτήθηκε διευκρινήσεις και συμπληρωματικά στοιχεία, αλλά πρωτίστως νέα κρίσιμα έγγραφα από την προσφέρουσα, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και της νομοθεσίας. Μετά τη λήψη των συμπληρωματικών στοιχείων και των δέκα νέων εγγράφων που απέστειλε η εν λόγω εταιρεία, η αρμόδια επιτροπή έκρινε την προσφορά της τεχνικά αποδεκτή, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης και της εθνικής νομοθεσίας.

6. Επειδή η προσφυγή δεν έχει ασκηθεί μεν με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, πλην όμως περιλαμβάνει όλα τα αναγκαία εκ του νόμου στοιχεία συνεπώς πρέπει να εξεταστεί παραδεκτώς κατ'ερμηνεία του δικογράφου (ΑΕΠΠ Α33/2017).

7. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου, 17729018295802020065) όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 8/12/2017 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Eurobank), ποσού τριών χιλιάδων εννιακοσίων ευρώ (3900,00 €), όπως προκύπτει και από την 11.12.2017 Βεβαίωση Ελέγχου και Δέσμευσης Ηλεκτρονικού Παραβόλου της Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός Απόφασης: Α 80 2017

8. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και ως εκ τούτου στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

9. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

11. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

12. Επειδή η Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 αντικατασταθέντος προσφάτως με το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116). Σημειωτέον, ότι, παρά τις διατάξεις των άρθρων της παρ. 1 του αρ. 296 Ν. 4412/2016, οι οποίες εφαρμόζονται στο υπόψη διαγωνισμό, δεδομένου ότι ο Αναθέτων Φορέας και ο διαγωνισμός υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του βιβλίου II του Ν. 4412/2016, η διακήρυξη δεν δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ ούτε διενεργήθηκε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Το ζήτημα αυτό, ωστόσο, δεν εξετάζεται περαιτέρω, στα πλαίσια εν θέματι εξέτασης, κατά τις διατάξεις της παρ. 1 του αρ. 345 και του αρ. 360 Ν. 4412/2016, καθόσον δεν εγείρεται σχετική αιτίαση για βλάβη της από την Προσφεύγουσα ή για αθεράπευτη πλημμέλεια της σχετικής διακήρυξης. Πλην όμως το Κλιμάκιο κρίνει ομοφώνως, ότι η αναθέτουσα αρχή ενεργεί, στον βαθμό που εξακολουθεί να τηρεί απαρέγκλιτα την πρακτική μη δημοσίευσης των κανονιστικών κειμένων των διακηρύξεων στο

Αριθμός Απόφασης: Α 80 2017

ΕΣΗΔΗΣ και στο ΚΗΜΔΗΣ, σαφώς εκτός και πέρα των ορίων της νομιμότητας που θέτει το ενωσιακό και εθνικό νομοθετικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων δεδομένου του άρθρου 36 του ν. 4412/2016, που προβλέπει ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης Δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. και σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4155/2013 (ΦΕΚ 120/29.5.2013).

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

13. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της.

14. Επειδή κατά τη διάταξη του άρθρου 94 παρ. 4 Ν. 4412/16 ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς «... Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης». Περαιτέρω σύμφωνα με την διάταξη του άρθρου 91 παρ. 1 «... Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία 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...».

15. Επειδή από την επισκόπηση του φακέλου στην προκειμένη περίπτωση, προκύπτει με σαφήνεια ότι η παρούσα διακήρυξη στο Τεύχος 2, άρθρο 6 και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ (Φύλλο Συμμόρφωσης Προσφοράς), που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης, προσδιορίζει ρητά το περιεχόμενο του φακέλου «τεχνική προσφορά» καθώς και τα δικαιολογητικά συμμετοχής που αφορούν αυτή και απαιτεί από τον προσφέροντα να επισυνάψει στην τεχνική προσφορά του, μεταξύ άλλων, τεκμηριωτικό υλικό για τα υπό προμήθεια είδη από το οποίο να προκύπτει η συμμόρφωση του προς τις ζητούμενες προδιαγραφές (τεχνικά φυλλάδια, βεβαιώσεις κατασκευαστή, βεβαιώσεις αναγνωρισμένοι οργανισμών πιστοποίησης ή εγχειρίδια, βεβαιώσεις χρηστών). Ειδικότερα, στο άρθρο 6 παρ. 3.1. του Τεύχους 2 ορίζεται ότι η τεχνική προσφορά θα περιλαμβάνει πλήρη, ρητή και δεσμευτική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών και μεταξύ των άλλων τα τεχνικά χαρακτηριστικά και το εργοστάσιο κατασκευής και ότι η τεχνική προσφορά θα συνοδεύεται υποχρεωτικά με το Φύλλο Συμμόρφωσης Προσφοράς, στο Παράρτημα ΙΙ ορίζεται ότι αναγράφεται η τιμή του χαρακτηριστικού δείκτη "TKPH" για τα ελαστικά επίσωτρα χωματοουργικών μηχανημάτων, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.4α του Τεύχους 2 ότι τα για τα προσφερόμενα ελαστικά επίσωτραγια χρήση σε χωματοουργικά μηχανήματα θα κατατίθενται βεβαιώσεις χρηστών ασφαλούς και καλής λειτουργίας των ελαστικών επίσωτρων για 5000 ώρες λειτουργίας τουλάχιστον, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.4.β του Τεύχους 2 ότι οι βεβαιώσεις χρήσεων θα χορηγούνται μόνον από τα ορυχεία των Λιγνιτικών Κέντρων της Δ.Ε.Η. Α.Ε. και από άλλα ορυχεία, μεταλλεία, λατομεία και εργοτάξια με παρόμοιες συνθήκες λειτουργίας, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.6 του Τεύχους 2 ότι προσφορές εμπορικών οίκων που θα προσφέρουν τα ελαστικά επίσωτρα με δικό τους εμπορικό σήμα, χωρίς να είναι οι ίδιοι κατασκευαστές, δεν θα γίνονται τεχνικά αποδεκτές, στο άρθρο 6 παρ. 6.3.7 του Τεύχους 2 ορίζεται ότι προσφορές που δεν θα περιέχουν όλα τα παραπάνω στοιχεία και δικαιολογητικά στο φάκελο τεχνικής προσφοράς ή δεν θα πληρούν τις παραπάνω προϋποθέσεις, δεν θα γίνονται τεχνικά αποδεκτές και θα απορρίπτονται και τέλος στο άρθρο 8 παρ. 8.1.2α του Τεύχους 2, που

αναφέρεται στην τεχνική αξιολόγηση των προσφορών, ορίζεται ότι οι διευκρινήσεις και συμπληρώσεις δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και αφορούν μόνον ασάφειες ή ήσσονος σημασίας ατέλειες και επουσιώδεις παραλείψεις.

16. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, πιθανολογείται σφόδρα και ότι έσφαλε κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών κατά προφανή αναντιστοιχία με την υπό κρίση διακήρυξη, αφού, από το πρακτικό της επιτροπής, το έγγραφο της περί υποβολής νέων στοιχείων και το περιεχόμενο των επισυναπτόμενων δέκα νέων εγγράφων της εταιρίας «.....» διαπιστώνονται ότι στην τεχνική προσφορά της και στο ΕΕΕΠ δηλώνεται κατασκευαστής η εταιρεία "....." με έδρα UK και στο υποβληθέν ISO αναφέρεται κατασκευαστής το εργοστάσιο Κίνας ".....", κατά παράβαση των ουσιωδών όρων της διακήρυξης (Τεύχος 2, άρθρο 6. παρ. 6.3.6). Καθίσταται πρόδηλο ότι η εν λόγω εταιρία, η οποία δεν προκύπτει ότι ασκεί κατασκευαστική δραστηριότητα, προσφέρει τα ελαστικά επίσωτρα με δικό της εμπορικό σήμα χωρίς να είναι η ίδια κατασκευάστρια το οποίο απαγορεύεται ρητά από τον ως άνω ρητό όρο της διακήρυξης.

17.Επειδή ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στις ως άνω σκέψεις, πιθανολογείται βάσιμα η ευδοκίμηση τουλάχιστον ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων της κρινόμενης προσφυγής, με συνέπεια, η υπό κρίση προσφυγή να θεωρηθεί ότι είναι προδήλως βάσιμη.

18. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την παροχή της προσαρασσόμενης προμήθειας στην αναθέτουσα αρχή όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μη κατακύρωση του αποτελέσματος της, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση

Αριθμός Απόφασης: Α 80 2017

επί της προσφυγής (691/2012 ΔΕφΑΘ). Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει την περαιτέρω εξέλιξη της εν θέματι διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής σύμφωνα με τα άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Δεκεμβρίου 2017 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Μελπομένη Τσιαλαφούτα