

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδρακή Μέλη.

Για να εξετάσει, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α140/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου «...», την από 26.11.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης 2009/26.10.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 476/11.10.2021 απόφασης του Διοικητή περί έγκρισης των από 29.09.2021 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού ,σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

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

Με την προδικαστική προσφυγή του, ως εξετάζεται σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α140/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου «...», ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το σκέλος που για το είδος με α/α 1 («...») του διαγωνισμού κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την εξέταση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο 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, ποσού 2.823 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», την από 25.10.2021 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 του είδους με α/α 1 («...») της σύμβασης, σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 564.516,13€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. «...» διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοιχτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «...» και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα, από οικονομική άποψη, προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 780.000,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ.) στις 5.03.2021 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε δύο είδη, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή και τα δυο είδη και για το σύνολο της ποσότητας έκαστου είδους. Ως εκ τούτου, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 25.10.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση

κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, στις 14.10.2021 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων την 4.11.2021, ήτοι εμπροθέσμως, δοθέντος της από 25.10.2021 κοινοποίησης της προσφυγής, κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 6614/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

5. Επειδή, ο προσφεύγων στις 15.11.2021, ήτοι εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει μετά την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, δοθέντος ότι οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στις 8.11.2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων και των παρεμβάσεων, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, στον υπό κρίση διαγωνισμό συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Με την προσβαλλόμενη απόφαση αμφότερες οι προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές και έλαβαν βαθμολογία 110,65 ο προσφεύγων και 121,24 ο παρεμβαίνων. Δοθέντος δε ότι η υπό κρίση προσφυγή απορρίφθηκε σιωπηρώς από το 6^ο Κλιμάκιο της ΕΑΔΗΣΥ , με την υπ' αριθμ. Α140/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου «...» αναπέμφθηκε η υπόθεση στην ΕΑΔΗΣΥ προκειμένου να εξετάσει την προσφυγή μόνον κατά το σκέλος που αφορά τη μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, για το είδος με α/α 1 του διαγωνισμού.

7. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή για το είδος με α/α 1 θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ερειδόμενο στη ζημία του από

τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

8. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" ορίζει ότι: « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...]α) 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 απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

9. 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». .[...]». Όπου δε η πλήρωση των προδιαγραφών επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαράβατους όρους της διακήρυξης (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 5^{ης} Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium).

10. 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...».

11. Επειδή, στους όρους της διακήρυξης, προβλέπεται ότι : «...2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Ι της παρούσας, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρ. 94 παρ. 4 του Ν.4412/2016 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... 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρ. 91 του Ν.4412/2016 η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους ...2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), ... θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης... ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού Αντικειμένου της Σύμβασης (Τεχνικές Προδιαγραφές και Ειδικοί Όροι) ... Μέρος Β΄ - Ειδικοί Όροι ...Γ. Όροι εγγυήσεων – Συντήρηση: 1. Ο προσφέρων υποχρεούται να διαθέτει στην Ελλάδα μόνιμα κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό, με πιστοποιητικό εκπαίδευσης και εξουσιοδότησης αυτού από τον κατασκευαστικό οίκο, για την συντήρηση των αντίστοιχων μηχανημάτων. Η σύνθεση του συνεργείου συντήρησης καθώς και τα τυπικά

κλπ. προσόντα των απασχολουμένων θα πρέπει να αναφερθούν αναλυτικά στην προσφορά, στον φάκελο τεχνικής προσφοράς, καθώς και τα αντίστοιχα διακριβωμένα προς τούτο όργανα. Ασάφειες ή αοριστίες, ως προς τον αριθμό, προσόντα, εκπαίδευση του προσωπικού, τους όρους εγγυήσεων ή τη συντήρηση, τα οποία είναι στοιχεία που χαρακτηρίζονται, απαράβατοι όροι, οδηγούν σε απόρριψη των προσφορών...». Κατά δε 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.ΣΤΕ2137/1993). 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

12. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος για το είδος με α/α 1 του διαγωνισμού, διότι δεν προσκόμισε πιστοποιητικά εκπαίδευσης των τεχνικών του από τον κατασκευαστικό οίκο σχετικά με την «...», κατά παράβαση των ειδικών όρων του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης.

13. Επειδή, στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα, με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, στους δε ειδικούς όρους του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι

της διακήρυξης τίθεται ως απαίτηση, μεταξύ άλλων, ο διαγωνιζόμενος να διαθέτει κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό, με πιστοποιητικό εκπαίδευσης και εξουσιοδότησης αυτού από τον κατασκευαστικό οίκο, για την συντήρηση των αντίστοιχων μηχανημάτων. Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 9 και τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς συμμετέχοντος στο είδος με α/α 1 του διαγωνισμού σε περίπτωση μη απόδειξης της πλήρωσης των ως άνω προδιαγραφών ως προς την «...».

14. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο παρεμβαίνων δήλωσε στην τεχνική προσφορά ότι προσφέρει για το είδος με α/α 1 την «...» του κατασκευαστικού οίκου «...» και προσκόμισε βεβαίωση αυτού, στην οποία αναφέρεται ρητώς συγκεκριμένο προσωπικό του παρεμβαίνοντος που είναι εκπαιδευμένο και εξουσιοδοτημένο να παρέχει πλήρη τεχνική και επιστημονική υποστήριξη (επισκευή, συντήρηση, εγκατάσταση, εκπαίδευση χρήστη, εφαρμογή κλπ). Ως εκ τούτου, δια της υποβληθείσας βεβαίωσης του προαναφερόμενου κατασκευαστικού οίκου «...» προδήλως πιστοποιείται η εκπαίδευση και η εξουσιοδότηση του προσωπικού του παρεμβαίνοντος και άρα, καλύπτεται ο σχετικός ειδικός όρος του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, αβασίμως δε ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι η εν λόγω βεβαίωση αφορά μόνον το σκέλος της εξουσιοδότησης. Εξάλλου, ουδόλως απαιτεί η διακήρυξη την υποβολή διακριτών αποδεικτικών εγγράφων περί πιστοποίησης αφενός της εκπαίδευσης του προσωπικού του διαγωνιζόμενου από τον κατασκευαστή και αφετέρου της εξουσιοδότησης από τον κατασκευαστή του προσωπικού του συμμετέχοντος, πολλώ δε μάλλον καθώς χρησιμοποιείται ο ενικός αριθμός, ήτοι ζητείται η κατάθεση «πιστοποιητικού» και όχι «πιστοποιητικών» εκπαίδευσης και εξουσιοδότησης, τα ανωτέρω δε ουδόλως αναιρούνται από τη θέσπιση της πιστοποίησης της εκπαίδευσης του προσωπικού από τον κατασκευαστή ως διακριτής απαίτησης από τη διάθεση προσωπικού εξουσιοδοτημένου από τον κατασκευαστή προσωπικού. Σημειωτέον ότι

έκαστος κατασκευαστικός οίκος διαμορφώνει, κατά τη δική του επιχειρηματική πολιτική, τα έγγραφα που εκδίδει στους προμηθευτές του για την απόδειξη των προδιαγραφών των προϊόντων του, ουδεμία δε επιρροή ασκεί το γεγονός ότι ο κατασκευαστικός οίκος «...» του προσφερόμενου από τον παρεμβαίνοντα στρώματος εξέδωσε δυο διακριτά πιστοποιητικά για την απόδειξη της εξουσιοδότησης και της εκπαίδευσης του προσωπικού του παρεμβαίνοντος, δοθέντος ότι, εν προκειμένω, εκ του περιεχομένου της υποβληθείσας βεβαίωσης του κατασκευαστικού οίκου «...» σαφώς πιστοποιούνται αμφότερες οι απαιτήσεις του επίμαχου ειδικού όρου του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, ήτοι η εκπαίδευση και η εξουσιοδότηση από τον κατασκευαστή του προσωπικού του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος και ο μόνος λόγος της προσφυγής, ως εξετάζεται σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. Α140/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου «...», θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

16. Επειδή, βάσει των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή, να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση και να καταπέσει υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου το κατατεθέν παραβόλου ποσού 2.823 ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή

Δέχεται την παρέμβαση

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου ποσού 2.823 ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**