

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
5^Ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 8 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση:
Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 27.01.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 120/30.01.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα «.... Ε.Π.Ε» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «ΔΗΜΟΥ» (εφ' εξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του οικονομικού φορέα «.....» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης Πράξης με αριθμό 11 της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε η κατακύρωση του διαγωνισμού στον οικονομικό φορέα «.....».

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης, κατά το μέρος που την αφορά.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής προκύπτει, ότι καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό

παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 20.01.2023, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 27.01.2023, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης, (β) ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017, (γ) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα είναι δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας και βάλλει κατά της προσφοράς της οριστικής αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση.

3.Επειδή, ο αναθέτων φορέας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσφυγή την 01.02.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4. Επειδή, η παρεμβαίνουσα, έχουσα πρόδηλο έννομο συμφέρον, αφού έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος, άσκησε εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως στις 13.02.2023 (κατά παρέκταση δεδομένου, ότι η 11.02.2023 και η 12.02.2023 ήταν αντίστοιχα Σάββατο και Κυριακή, και άρα ημέρες εξαιρετέες), ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την ως άνω κοινοποίηση της προσφυγής, παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης.

5.Επειδή, ο αναθέτων φορέας υπέβαλε στις 14.02.2023 τις απόψεις του επί της κρινόμενης προσφυγής, οι οποίες όμως δεν λαμβάνονται υπ' όψη λόγω του εκπροθέσμου.

6.Επειδή, με την με αριθμό πρωτ. .../21.07.2022 διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για το σύνολο της υπηρεσίας «Συντήρηση οργάνων παιδικών χαρών μετά των υλικών για εννέα

μήνες» του Δήμου, συνολικής προϋπολογισθείσης δαπάνης 96.774,19€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης ο εν θέματι διαγωνισμός αφορά εν συνόλω το «ΤΜΗΜΑ 2 ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΟΡΓΑΝΩΝ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΧΑΡΩΝ ΜΕΤΑ ΤΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΓΙΑ ΕΝΝΕΑ ΜΗΝΕΣ», που υποδιαιρείτο περαιτέρω σε δύο Υποτμήματα. Περαιτέρω, σύμφωνα με το ως άνω 1.3 άρθρο, προσφορές υπεβάλλοντο για το σύνολο των υπηρεσιών. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 21.07.2022 με Α.Δ.Α.Μ., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

7.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό, υπέβαλαν προσφορά δύο οικονομικοί φορείς, η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Οι προσφορές και των δύο έγιναν δεκτές. Περαιτέρω, πρώτη σε σειρά μειοδοσίας ήταν η παρεμβαίνουσα και δεύτερη η προσφεύγουσα. Τέλος, με την προσβαλλόμενη, η προσφεύγουσα αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού, ως προσφέρουσα την χαμηλότερη τιμή. Κατά της ανωτέρω προσβαλλόμενης στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή της.

8. Επειδή, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, που καταρτίζεται μετά την διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη την σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές, που δεν πληρούν τις οριζόμενες από την διακήρυξη απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις, στις οποίες η Διακήρυξη δεν αναφέρει ρητώς (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει), ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/2009, 26/2007, Ελ. Συν. VI Τμήμα, 24995, 1949/2009). Το ίδιο ισχύει και για τις τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες προβλέπονται από την διακήρυξη. Τα ανωτέρω προκύπτουν και εκ των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλουν την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών, κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους

προσφέροντες, όχι μόνο κατά την υποβολή αλλά και κατά την αξιολόγηση των προσφορών.

9.Επειδή, στον όρο 2.4.3.2 «Τεχνική Προσφορά» της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με την 24/2022 μελέτη ως ξεχωριστό Παράρτημα IV της παρούσας 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 υπηρεσιών και ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης. Στην τεχνική προσφορά των συμμετεχόντων θα αναφέρονται αναλυτικά οι προδιαγραφές των προσφερόμενων ειδών ώστε να ελεγχθεί η συμμόρφωσή τους με τις απαιτήσεις ανά είδος της ειδικής συγγραφής υποχρεώσεων....».

10.Επειδή, στον όρο 2.4.6 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» της διακήρυξης ορίζεται, ότι: «.Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας....».

11.Επειδή, με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι η προσφορά της ήταν απορριπτέα, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, «...Σύμφωνα με τη τεχνική περιγραφή του άρθρου 135 της 24/2020 μελέτης «Το πλακίδιο διαστάσεων 500x500mm και ενδεικτικού πάχους 45mm είναι κατασκευασμένο από δύο στρώσεις υλικού και

θα πρέπει να έχει πάχος κατάλληλο ώστε να καλύπτει πτώσης 1300mm τουλάχιστον. Η κάτω στρώση αποτελείται από μίγμα κόκκων ανακυκλωμένου ελαστικού και κόλλας πολυουρεθάνης. Η άνω στρώση αποτελείται από ενιαίο φύλλο-φιλμ EPDM πάχους $\max 3\text{mm}$, το οποίο έχει υποστεί ειδική επεξεργασία έγχυσης χρώματος (βαμμένο στη μάζα)...». Όπως προκύπτει όμως από την ανάρτηση δικαιολογητικών κατά το στάδιο συμμετοχής της εταιρείας «....», σύμφωνα με την εικόνα του προϊόντος που περιλαμβάνεται στο υπ'αριθμ. FUTYP2022-03473 Έγγραφο του φορέα Intertek Consumer Goods Και αφορά τη χημική ανάλυση δείγματος δαπέδου (βλ. συνημμένο, στην προσφορά της εταιρείας «....», αρχείο με τίτλο "EN 71-3 & REACH ΠΛΑΚΙΔΙΟ ΦΥΛΛΟ") δεν προκύπτει το ζητούμενο από τα τεύχη του διαγωνισμού, δηλαδή η άνω στρώση του πλακιδίου να αποτελείται από ενιαίο φύλλο-φιλμ EPDM, συνεπώς το προσφερόμενο προϊόν δεν καλύπτει τις προαναφερόμενες ζητούμενες από τα τεύχη του διαγωνισμού τεχνικές προδιαγραφές..».

12. Επειδή, στο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 (με έναρξη ισχύος την 09.03.2021) και το οποίο εφαρμόζεται στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, ορίζεται, ότι: «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης».

13.Επειδή, στον όρο 3.1.2.1 της διακήρυξης ορίζονται τα εξής: «...Η αναθέτουσα αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν

ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά σε στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα...».

14.Επειδή, αναφορικά με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα εξής: Κατ' αρχάς, το άρθρο 135 της οικείας μελέτης (αριθμός 24/2022), ορίζει τα εξής: «**Το πλακίδιο διαστάσεων 500x500mm και ενδεικτικού πάχους 45mm είναι κατασκευασμένο από δύο στρώσεις υλικού και θα πρέπει να έχει πάχος κατάλληλο ώστε να καλύπτει πτώσης 1300mm τουλάχιστον. Η κάτω στρώση αποτελείται από μίγμα κόκκων ανακυκλωμένου ελαστικού και κόλλας πολυουρεθάνης. Η άνω στρώση αποτελείται από ενιαίο φύλλο-φιλμ EPDM πάχους max 3mm, το οποίο έχει υποστεί ειδική επεξεργασία έγχυσης χρώματος (βαμμένο στη μάζα)...**». Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα με την τεχνική της προσφορά κατέθεσε το υπ' αρ. «0877294/5331658/2022 rev 5» πιστοποιητικό συμμόρφωσης κατά το ευρωπαϊκό πρότυπο EN1177, που έχει εκδοθεί από τον ανεξάρτητο και διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης «TUV Hellas-TUV Nord» (βλ. προσφορά παρεμβαίνουσας, ψηφιακό αρχείο «EN 1177 ΔΑΠΕΔΩΝ ΑΣΦΑΛΕΙΑΣ»), όπου επί λέξει αναγράφονται τα εξής: «..Κωδικός: SuperInterflex EPDM sheet film 45 Περιγραφή: Δάπεδο ασφαλείας με κάτω στρώση από Ανακυκλωμένο Ελαστικό (SBR), τákους στο κάτω μέρος και άνω στρώση από υδατοπερατό φύλλο φιλμ EPDM (πρωτογενές) με συνεχόμενα ομαλή και λεία επιφάνεια. Υλικό: Στρώμα βάσης από Ανακυκλωμένο Ελαστικό (SBR), κόλλα πολυουρεθάνης, άνω στρώση από υδατοπερατό φύλλο φιλμ EPDM (πρωτογενές) με συνεχόμενα ομαλή και λεία επιφάνεια...». Επομένως, από το ανωτέρω ψηφιακό αρχείο δεν προκύπτει αν το επίμαχο φύλλο φιλμ EPDM της άνω στρώσης είναι ενιαίο. Ταυτόχρονα όμως δεν προκύπτει ότι αυτό δεν είναι ενιαίο. Άρα, όντως

υφίσταται έλλειψη ως προς το αν το επίμαχο φύλλο φιλμ EPDM της άνω στρώσης του πλακιδίου είναι ενιαίο ή όχι, όπως βάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα. Πλην όμως, κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως προαναφέρθηκε και το οποίο καταλαμβάνει την νυν διαδικασία, αλλά και κατά τον ειδικό όρο 3.2 της διακήρυξης, η ασάφεια αυτή περί του «ενιαίου» δεν συνεπάγεται την απόρριψη άνευ ετέρου της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, αλλά την κλήση αυτής προς αποσαφήνιση της ως άνω πληροφορίας (ήτοι του «ενιαίου»). Αυτό δεν συνιστά τροποποίηση της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, διότι αφορά σε αποσαφήνιση ήδη κατατεθειμένου με την προσφορά της στοιχείου και επιπλέον αφορά σε γεγονός αντικειμενικώς εξακριβώσιμο. Άρα, κατ' εν μέρει αποδοχή της προσφυγής, είναι ακυρωτέα η αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, καθ' ο μέρος έγινε δεκτή η προσφορά της τελευταίας, άνευ προηγούμενης κλήσης της προς αποσαφήνιση περί του «ενιαίου» του επίμαχου φύλλου φιλμ EPDM.

15.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η προσφυγή, να γίνει εν μέρει δεκτή η παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή, ν' ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε ως άνευ ετέρου αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την ανέδειξε οριστική ανάδοχο, άνευ προηγούμενης, κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 και άρ. 3.2 της διακήρυξης, κλήσης της να αποσαφηνίσει την ιδιότητα του «ενιαίου». Περαιτέρω, πρέπει ν' αναπεμφθεί η υπόθεση στον αναθέτοντα φορέα, προκειμένου αυτός να προβεί σε κλήση της παρεμβαίνουσας, προς συμπλήρωση/αποσαφήνιση, κατά το σκεπτικό, κατόπιν δε της συμπλήρωσης/αποσαφήνισης, να επανέλθει αυτός εκ νέου σε κρίση, περί της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

16.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται η προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 472 /2023

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και αναπέμπει στον αναθέτοντα φορέα, προκειμένου αυτός να προβεί στις δέουσες ενέργειες, κατά τα εκτεθέντα στην σκέψη 15.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε στις 28 Μαρτίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ