

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 13 Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 05.07.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1055/12.07.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «**** **ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΕΠΕ**» (στο εξής «η προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ****, επί της οδού ****, αρ. 30 και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-Του **ΔΗΜΟΥ ****** (στο εξής «η αναθέτουσα αρχή»), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

-Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «****» και το διακριτικό τίτλο «**Τ**** C**** INTERNATIONAL SA**» (στο εξής «η παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην ****, επί της οδού **** με αριθμό *** και εκπροσωπείται νόμιμα.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθούν οι αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου **** με αριθμούς ***/2023 και ***/2023, κατά το μέρος αυτής με το οποίο για το Τμήμα 7 του διαγωνισμού απορρίφθηκε η προσφορά της και ανακηρύχθηκε προσωρινή και οριστική ανάδοχος της σύμβασης η εταιρεία «Α**** C****».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης : 1338/2023

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία του Τμήματος 7 της σύμβασης, για το οποίο ασκείται η προσφυγή, αξίας 116.348,00 μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ****).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό ****/06-12-2022 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «Προμήθεια Μέσων Ατομικής Προστασίας έτους 2022-2023» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 277.267,60 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε με τη Διακήρυξη αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 13^η.01.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις **.**.2022 (ΑΔΑΜ: ****) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α ****.
3. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α)έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 05.07.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους διά μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 26.06.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 11.07.2023 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.
4. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 1274/2023 ορίστηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής και η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπρόθεσμα την παρέμβασή της στις 14.07.2023 ζητώντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της προσφεύγουσας.
5. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου*

αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ {ήδη ΕΑΔΗΣΥ κατά το άρθρο 3 του ν.4912/2022} κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Δεδομένου ότι με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις η παρεμβαίνουσα ανακηρύχθηκε προσωρινή και στη συνέχεια οριστική ανάδοχος του διαγωνισμού αντίστοιχα και επομένως η προσφεύγουσα μετά την έκδοσή τους απώλεσε το δικαίωμα ανάληψης της επίμαχης σύμβασης, η κρινόμενη προσφυγή ασκείται με έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας σύμφωνα με τα παραπάνω οριζόμενα, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας.

6. Η Διακήρυξη, αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.).

7. Με το μόνο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της μη αποδοχής της προσφοράς της για το είδος του Τμήματος 7 «ΝΙΤΣΕΡΑΔΕΣ» και ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα κρίθηκε απορριπτέα, αν και μετά την κλήση της σε παροχή διευκρινίσεων σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, συμπλήρωσε νόμιμα τις ελλείψεις της αρχικής της προσφοράς. Για τον παραπάνω λόγο προσφυγής λεκτέα τα εξής:

8. Ο όρος 2.4.3.2 της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική προσφορά» ορίζει ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των

οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα, συμπεριλαμβανομένων και των ζητούμενων υπεύθυνων δηλώσεων των ειδών. Επίσης, στο σημείο 7.5 του κεφαλαίου Α του οικείου Παρατήματος της Διακήρυξης προβλέπονται οι απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του επίμαχου είδους «ΝΙΤΣΕΡΑΔΕΣ» ως εξής: «7.5. ΝΙΤΣΕΡΑΔΕΣ - Οι νιτσεράδες θα ακολουθούν τις προβλέψεις του EN 343 σε ότι αφορά τις μηχανικές αντοχές, την αντοχή στο πλύσιμο και τη σήμανση. Τα επίπεδα αντοχών θα είναι: • Αδιαβροχοποίηση 3. • Διαπνοή 3. Θα έχουν κουκούλα, η οποία όταν δεν χρησιμοποιείται, θα τοποθετείται σε θήκη που θα είναι στο πίσω μέρος της νιτσεράδας. Θα φέρει τύπωμα ΔΗΜΟΣ **** στο πίσω μέρος. Χρώμα: Μπλε σκούρο ή πράσινο σκούρο, ή χακί. (...)».

9. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού μετά την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας, όπως αναφέρει και στο οικείο Πρακτικό, διαπίστωσε ότι, αν και η Διακήρυξη για το επίμαχο είδος απαιτεί επίπεδο αδιαβροχοποίησης 3 και επίπεδο διαπνοής 3, η προσφεύγουσα προσέφερε είδος με επίπεδο αδιαβροχοποίησης 3, αλλά επίπεδο διαπνοής 1. Πράγματι, στον ηλεκτρονικό φάκελο της προσφοράς της προσφεύγουσας περιλαμβάνονται τα αρχεία με τις ονομασίες «7.5α ΜΟ50800_en.pdf» και «7.5β ΜΟ50800_en.pdf», από τα οποία προκύπτει ότι προσφέρεται το μοντέλο με στοιχεία «50800», αποτελούμενο από παντελόνι και πανωφόρι της εταιρείας «C****» με επίπεδο αδιαβροχοποίησης 3, αλλά επίπεδο διαπνοής 1. Επίσης, στο φάκελο της προσφοράς της προσφεύγουσας περιλαμβάνεται και το αρχείο με την ονομασία «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ_signed-2.pdf», στο οποίο επίσης αναφέρεται ότι για το είδος 7.5 προσφέρεται το προϊόν με κωδικό «50800».

10. Στη συνέχεια, η Επιτροπή του Διαγωνισμού με σχετική κλήση της με ημερομηνία 05.04.2023 κάλεσε την προσφεύγουσα σε διευκρίνιση της προσφοράς της, μεταξύ άλλων και για το παραπάνω είδος σχετικά με την πλήρωση της προδιαγραφής διαπνοής. Η προσφεύγουσα ανταποκρίθηκε στην παραπάνω κλήση της Επιτροπής του Διαγωνισμού αποστέλλοντας δια μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού τις διευκρινίσεις

της (βλ. ηλεκτρονικό αρχείο με την ονομασία «ΕΠΙΣΤΟΛΗ_signed.pdf»). Στο παραπάνω αρχείο σχετικά με το είδος του Τμήματος 7 «ΝΙΤΣΕΡΑΔΕΣ» αναφέρει ότι *«εκ παραδρομής υποβλήθηκε άλλο αρχείο όσον αφορά τις νιτσεράδες. Το είδος που προσφέρουμε αφορά ενδυμασία που έχει σήμανση, EN 343 4:4. Υποβάλλουμε ανάλογο τεχνικό φυλλάδιο.»* και κατέθεσε συνημμένα με τις διευκρινίσεις της τα ηλεκτρονικά αρχεία με τις ονομασίες «Bonaire-021100NA navy.pdf» και «Borneo-021050NA navy.pdf». Από τα παραπάνω αρχεία, τα οποία αποτελούν τεχνικά φυλλάδια είδους που δεν αποτελεί το μοντέλο «50800» της εταιρείας «C****», προκύπτει ότι η προσφεύγουσα αντικατέστησε το είδος που αρχικά προσέφερε, με νέα είδη και συγκεκριμένα προϊόντα της εταιρείας «H**** P**** C****», μοντέλα Bonaire (παντελόνι) και Borneo (πανωφόρι), τα οποία πληρούν και μάλιστα υπερκαλύπτουν τη ζητούμενη προδιαγραφή διαπνοής επιπέδου 3, καθώς διαθέτουν επίπεδο 4.

11. Ωστόσο, όπως έχει κριθεί, μια προσφορά δεν μπορεί 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), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36). Οπότε οποιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση ή συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εκάστοτε προσφοράς ή την υποβολή μη νόμιμα υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Περαιτέρω, κατά την άσκηση της σχετικής αρμοδιότητάς της η αναθέτουσα αρχή, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μην μπορεί, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει καταστήσει αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή τη θέση του υποψήφιου ή των υποψηφίων που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π C-599/10, σκέψη

41, C-336/12 σκέψη 37) και οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων, των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, όπως στην προκειμένη περίπτωση, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρά αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgha Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

12. Μετά τα παραπάνω, στην προκειμένη περίπτωση ορθά η Επιτροπή του Διαγωνισμού δεν αποδέχθηκε τις διευκρινίσεις της προσφεύγουσας για το είδος του Τμήματος 7 «ΝΙΤΣΕΡΑΔΕΣ» και στη συνέχεια η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της, καθώς δεν αποτελούσαν αποσαφήνιση δηλωθέντος στοιχείου, αλλά συνιστούσαν ολική αντικατάσταση του προσφερόμενου είδους προκειμένου να πληροί την προδιαγραφή διαπνοής και κατ' επέκταση ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς της προσφεύγουσας. Συνεπώς, ο μόνος λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

13. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

- 1.** Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
- 2.** Δέχεται την παρέμβαση.
- 3.** Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Αριθμός Απόφασης : 1338/2023

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 28 Σεπτεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ