

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 24^η Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 14.09.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1396/15-09-2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή]. Και

Της παρεμβαίνουσας ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...» {εφεξής παρεμβαίνουσα}, όπως νομίμως εκπροσωπείται και κατέθεσε την από 25.09.2023 παρέμβασή της.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, μέρος της οποίας είναι η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της, έκρινε ορθά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και κατακύρωσης των λοιπών υποψηφίων των ομάδων Β', Δ' και Ε' του διαγωνισμού και κατακύρωσε τις ομάδες Β' και Δ' στην εταιρεία «...» και την ομάδα Ε' στην παρεμβαίνουσα «...».

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

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε κατ' άρθρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αριθμ. ... ποσού 3.959,00 €.
2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ.: .../8.3.2023 διακήρυξη της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: 1667/2023

αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονική ανοιχτή διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων για «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ... ΓΙΑ ΤΑ ΕΤΗ 2024-2026», συνολικού προϋπολογισμού 1.330.703,79 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13% και 24%. Κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ο κάθε συμμετέχων κατέθετε ηλεκτρονική προσφορά και για τα 3 έτη 2024-26 για το σύνολο των ομάδων προϊόντων ή για οποιαδήποτε ομάδα προϊόντων μεμονωμένα, με τον περιοριστικό όρο ότι η προσφορά του θα αφορά το σύνολο των προϊόντων τα οποία αναφέρονται ανά ομάδα στον πίνακα της σχετικής μελέτης και όχι μέρος αυτών και ως εκ τούτου θα ανακηρυχθεί ένας μειοδότης ανά ομάδα προϊόντων. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α Συστήματος

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό συμμετείχαν επτά οικονομικοί φορείς, ήτοι οι «... στις ομάδες Α, Δ και Ε, «...» στην ομάδα ΣΤ, «...» στις ΟΜΑΔΕΣ Β, Γ, Δ, ΣΤ, «...» στις ομάδες Α, Β, Γ, Δ, Ε και ΣΤ, «...» στις ομάδες Γ, Δ και Ε, «...» στην ομάδα Β και η προσφεύγουσα στις ομάδες Β, Γ, Δ και Ε. Με την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της οικονομικής επιτροπής, μέρος της οποίας είναι η υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση (πρακτικά 1, 2 της επιτροπής του διαγωνισμού), εγκρίθηκε το πρακτικό 3 και κατακυρώθηκαν οι ομάδες του διαγωνισμού στους υποψηφίους, ως εξής: η ομάδα Α στον υποψήφιο «...», οι ομάδες Β, Γ και Δ στον υποψήφιο «...», η ομάδα Ε στον υποψήφιο «...» και η ομάδα ΣΤ στον υποψήφιο «...».

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 04.09.2023, ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή στις 14.09.2023, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν από την προσφεύγουσα στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1, 362 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016, 4 παρ. 1 εδάφ. α' και 8 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017. Η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας προσφυγής, αφού επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία απορρίφθηκε η δική της προσφορά και αναδείχθηκαν προσωρινές ανάδοχοι οι προαναφερθείσες εταιρείες στα επίμαχα τμήματα.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή στους συμμετέχοντες στις 14.09.2023 και απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις υπ' αριθμ.

Αριθμός απόφασης: 1667/2023

πρωτ. .../ 20.09.2023 απόψεις της σχετικά με αυτήν, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στους συμμετέχοντες στις 25.09.2023, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα υπέβαλε νομίμως και παραδεκτώς στις 29.09.2023 το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της.

6. 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 εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 14.09.2023, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 25.09.2023, ημέρα Δευτέρα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και με σαφές έννομο συμφέρον καθότι η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί ανάδοχος στην ομάδα Ε. Όσον αφορά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας περί πλημμελειών στην προσφορά της προσφεύγουσας, αυτοί απορρίπτονται ως απαράδεκτως προβαλλόμενοι καθόσον το δικαίωμα αμφισβήτησης της προσφοράς συμμετέχοντος οικονομικού φορέα μπορεί να θεμελιωθεί μόνο με την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και όχι με παρέμβαση.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών διατάξεων της διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο ισχυρίζεται ότι παρανόμως απορρίφθηκε η προσφορά της για την ομάδα Ε΄ του διαγωνισμού, με την αιτιολογία ότι εσφαλμένα ανέγραψε στην οικονομική της προσφορά για την

Αριθμός απόφασης: 1667/2023

υποομάδα E3 για «όλα τα είδη έκπτωση ποσοστού 1% και για τα είδη με α/α 8 και 9 έκπτωση 2% με αποτέλεσμα να χάνεται ο “ενιαίος” χαρακτήρας του προσφερόμενου ποσοστού έκπτωσης». Ισχυρίζεται ότι η εν λόγω κρίση είναι παράνομη διότι, όπως προκύπτει ξεκάθαρα από τις σχετικές διατάξεις της διακήρυξης ο «ενιαίος χαρακτήρας» αφορά το ποσοστό έκπτωσης κατά τη διάρκεια των ετών της εκτέλεσης της σύμβασης 2024-2026, ώστε αυτό να μην είναι μεταβαλλόμενο και όχι το ενιαίο ποσοστό της έκπτωσης για όλα τα είδη, ώστε για όλα τα είδη να πρέπει οι υποψήφιοι να δίνουν κοινό-ενιαίο ποσοστό έκπτωσης.

9. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πρώτο λόγο: Το άρθρο 2.4.4 «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» της διακήρυξης ορίζει ότι *«Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης της χαμηλότερης τιμής, όπως ορίζεται ανωτέρω. Για τα είδη των ομάδων με α/α Α, ΣΤ και των υποομάδων Ε1 και Ε3 όπου προσωρινός ανάδοχος αναδεικνύεται μόνο στο σύνολο της ομάδας συμμετοχής προϊόντων (και όχι σε μεμονωμένη υποομάδα) ο προσφέρων την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής στο σύνολο της ομάδας Α, Ε, ΣΤ, οι συμμετέχοντες θα συμπληρώσουν ως τιμή προσφοράς, στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα της οικονομικής προσφοράς του συστήματος, την τιμή για το ΣΥΝΟΛΟ ΚΑΙ ΓΙΑ ΤΑ ΤΡΙΑ ΕΤΗ (2024-2026) της ομάδας/υποομάδας που προκύπτει (αριθμός με δύο δεκαδικά ψηφία) μετά την αφαίρεση του ποσοστού της κοινής θετικής έκπτωσης (ίδια και για τα τρία έτη) που προσφέρουν ανά ομάδα ή υποομάδα προϊόντων συμμετοχής από την τιμή της όπως αυτή στην αριθ. .../2023 μελέτη. [...] - το ποσοστό έκπτωσης (κοινό για όλη τη χρονική περίοδο που αφορά ο διαγωνισμός), τις τιμές (κοινές για όλη τη χρονική περίοδο που αφορά ο διαγωνισμός) ανά είδος και τα σύνολα που προκύπτουν μετά την αφαίρεση του προσφερόμενου ενιαίου ποσοστού έκπτωσης ανά ομάδα/υποομάδα συμμετοχής, για τις ομάδες/υποομάδες Α, Ε1, Ε3 και ΣΤ[....]* Σημείωση: η προσφερόμενη συνολική τιμή για κάθε ομάδα, μετά την αφαίρεση βέβαια του ενιαίου προσφερόμενου ποσοστού έκπτωσης για το σύνολο της ομάδας, στο σύστημα καθώς και στο συνυποβαλλόμενο έντυπο οικονομικής προσφοράς που αντιστοιχεί στην ομάδα, θα πρέπει να ταυτίζονται με ποινή

απορρίψεως». Επίσης, στη σελίδα 29 της 2/2023 μελέτης ορίζεται ότι: «Στον ηλεκτρονικό υποφάκελο οικονομικής προσφοράς θα υποβληθούν, επί ποινή αποκλεισμού, ηλεκτρονικά και τα έντυπα οικονομικής προσφοράς του Παραρτήματος IV της παρούσης, ανά ομάδα/ομάδες συμμετοχής συμπληρωμένα με: - το ποσοστό έκπτωσης (κοινό για όλη τη χρονική περίοδο που αφορά ο διαγωνισμός), τις τιμές (κοινές για όλη τη χρονική περίοδο που αφορά ο διαγωνισμός) ανά είδος και τα σύνολα που προκύπτουν μετά την αφαίρεση του προσφερόμενου ενιαίου ποσοστού έκπτωσης ανά ομάδα/υποομάδα συμμετοχής, για τις ομάδες/υποομάδες Α, Ε1, Ε3 και ΣΤ».

Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι το ποσοστό έκπτωσης για κάθε ένα είδος της ομάδας Ε' πρέπει να είναι ενιαίο, δηλαδή σταθερό κατά τη διάρκεια των ετών 2024 έως 2026 όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα και όχι το ποσοστό έκπτωσης να είναι ενιαίο για όλα τα είδη της ομάδας Ε', όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα. Η αναφορά στην πρώτη παράγραφο στο άρθρο 2.2.4 «του ποσοστού της κοινής θετικής έκπτωσης» και στη δεύτερη παράγραφο στο «ποσοστό έκπτωσης (κοινό για όλη τη χρονική περίοδο που αφορά ο διαγωνισμός), τις τιμές (κοινές για όλη τη χρονική περίοδο που αφορά ο διαγωνισμός)» αφορά σαφώς τη χρονική περίοδο του διαγωνισμού και όχι τα είδη του διαγωνισμού, όπως εσφαλμένα έκρινε η προσβαλλόμενη απόφαση. Επομένως, εφόσον η προσφεύγουσα δήλωσε ότι το ποσοστό έκπτωσης για το κάθε ένα είδος της ομάδας Ε θα διατηρηθεί σταθερό κατά τη διάρκεια των δύο ετών 2024 έως 2026 και δεν δύναται αυτό να μεταβληθεί για οποιονδήποτε λόγο, δεν υπέπεσε σε κάποια πλημμέλεια όσον αφορά την οικονομική της προσφορά. Κατόπιν αυτού ο υπό κρίση λόγος πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα με το δεύτερο μέρος του λόγου αυτού της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας για τις ομάδες Γ, Δ και Ε, διότι Α) στην κατατεθείσα υπεύθυνη δήλωση της για την ομάδα Δ έχει δηλώσει ότι η χώρα προέλευσης των προϊόντων δύναται να είναι είτε η ... είτε η Συνεπώς, η προσφορά της δεν περιλαμβάνει ένα προϊόν, αλλά, δύο διαφορετικά προϊόντα το ένα από την ... και το άλλο από την Β) Σε συνέχεια των ανωτέρω για την ομάδα Ε' του διαγωνισμού και συγκεκριμένα πρώτον, για τα είδη «...», «...», «...» δεν έχει

δηλώσει τη χώρα προέλευσης αυτών και έχει αναφέρει μόνο «...» και δεύτερον, για τα είδη «...», «...», «...», «...», «...», «...» δεν έχει δηλώσει τη χώρα προέλευσης αυτών, απλώς αναφέρει ότι αυτά προέρχονται από την Ευρωπαϊκή Ένωση. Γ) Δήλωσε ως χώρα προέλευσης «Ε.Ε.» και «ΕΚΤΟΣ Ε.Ε.» με αποτέλεσμα να μην προκύπτει η χώρα προέλευσης για περίπου 10 είδη. Δ) Στην κατατεθείσα υπεύθυνη δήλωση αναφέρει την εμπορική ονομασία «...» για τα προσφερόμενα είδη «...», «...» και «...», πλην όμως δεν προσκόμισε κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς το πιστοποιητικό ISO 22000:2005 της εταιρείας «...» σύμφωνα με τα οριζόμενα στη διακήρυξη.

11. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους λόγους κατά της παρεμβαίνουσας: Όσον αφορά τον Α) λόγο λεκτέα τα εξής: Στην υπ' αριθμ. 2/2023 μελέτη και συγκεκριμένα στο άρθρο 9 (σελ. 54) προβλέπεται ότι *«Χώρα (τόπος) Προέλευσης: δηλώνεται από το συμμετέχοντα, θα αναγράφεται και στα έγγραφα (δελτία αποστολής) τα οποία θα συνοδεύουν την εκάστοτε υπό παράδοση ποσότητα.»*. Επίσης το άρθρο 2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών ορίζει ότι *« [...] Δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές»*. Εν προκειμένω, η παρεμβαίνουσα στον πίνακα της κατατεθείσας υπεύθυνης δήλωσης για το είδος «πέρκα» της ομάδας Δ, έχει δηλώσει ότι η χώρα προέλευσης αυτού δύναται να είναι είτε η ... είτε η Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, το άρθρο 9 της υπ' αριθμ. .../2023 μελέτης της διακήρυξης ορίζει σαφώς ότι για το εν λόγω προϊόν υπάρχει υποχρέωση δήλωσης της χώρας προέλευσης. Η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα αβάσιμα λοιπόν ισχυρίζονται ότι δεν απαιτείται η δήλωση της χώρας προέλευσης και ότι σε κάθε περίπτωση εκ περισσού προσκομίστηκε αυτή από την τελευταία. Επομένως, εφόσον η παρεμβαίνουσα δήλωσε δύο διαφορετικές χώρες προέλευσης για το εν λόγω προϊόν, συνάγεται ότι δεν προσδιορίζεται ποιο από τα δύο προϊόντα συνιστά κύρια προσφορά, με αποτέλεσμα να συντρέχει περίπτωση απαγορευμένης από τις ως άνω διατάξεις εναλλακτικής προσφοράς, η οποία καθιστά όλη την προσφορά απαράδεκτη. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Όσον αφορά τους Β) και Γ) λόγο λεκτέα τα εξής: Σε συνέχεια των όσων κρίθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, η παρεμβαίνουσα για την ομάδα Ε' του διαγωνισμού και συγκεκριμένα για τα είδη «...», «...», «...» δεν έχει δηλώσει τη

Αριθμός απόφασης: 1667/2023

χώρα προέλευσης αυτών και έχει αναφέρει μόνο «ΕΚΤΟΣ Ε.Ε» και για τα είδη «...», «...», «...», «...», «...», «...» δεν έχει δηλώσει τη χώρα προέλευσης αυτών, απλώς αναφέρει ότι αυτά προέρχονται από την Ευρωπαϊκή Ένωση. Επομένως από τη στιγμή που δεν έχει δηλώσει σαφώς τη χώρα προέλευσης των προϊόντων αυτών, καθότι η Ευρωπαϊκή Ένωση δεν αποτελεί χώρα, υπάρχει παράβαση του άρθρου 9 της υπ' αριθμ. .../2023 μελέτης της διακήρυξης. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

Όσον αφορά τον Δ) λόγο λεκτέα τα εξής: Το άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης ορίζει ότι *«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με τη Μελέτη του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά που αναφέρονται στον ΠΙΝΑΚΑ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ της σχετικής μελέτης, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στον ως άνω Παράρτημα.»*. Επίσης, στην υπ' αριθμ. 2/2023 μελέτη (σελ. 71) ορίζεται ότι *«Ως αποδεικτικά στοιχεία ότι πληρούνται οι ανωτέρω προϋποθέσεις για τα υπό προμήθεια είδη οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, θα καταθέσουν, μαζί με την τεχνική τους προσφορά, τα κάτωθι δικαιολογητικά, όπως ορίζονται στον πίνακα που ακολουθεί: (επισυνάπτεται πίνακας στον οποίο στη στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΑΠΟ ΤΙΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΣ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ» ορίζεται ότι απαιτείται πιστοποιητικό κατά ISO 22000:2005 (ή ισοδύναμο)).*

Η παρεμβαίνουσα, για την ομάδα Δ' του διαγωνισμού είχε δηλώσει στην κατατεθείσα υπεύθυνη δήλωση ότι η εμπορική επωνυμία των προϊόντων «...», «...» και «...» είναι «...», χωρίς όμως να προσκομίσει στο στάδιο υποβολής της προσφοράς της το πιστοποιητικό ISO 22000:2005. Κατόπιν αυτού η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. πρωτ. .../13-6-2023 αίτημα για διευκρινίσεις ζήτησε από την παρεμβαίνουσα να συμπληρώσει την προσφορά της με την προσκόμιση του επίμαχου πιστοποιητικού. Όμως, η εκ των υστέρων προσκόμιση του πιστοποιητικού αυτού δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο συμπλήρωσης κατ' άρθρο 102 του Ν.4412/2016, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η

Αριθμός απόφασης: 1667/2023

προσφεύγουσα και τούτο διότι σύμφωνα με τη νομολογία των δικαστηρίων είναι επιτρεπτή η συμπλήρωση ή διευκρίνιση νομίμως κατ' αρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών, όχι όμως και η αναπλήρωση στοιχείων που απαιτούνταν και δεν υποβλήθηκαν σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης (βλ. ΣΤΕ 1894/2022, 2514/2022, σκ. 22, απόφαση ΔΕΕ μειζ. της 7.9.2021, C-927/19, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, σκ. 93, με την οποία ερμηνεύεται το ισχύον άρθρο 56 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσφορά της παρεμβαίνουσας.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα εν συνεχεία στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «...» για τις ομάδες Β, Γ και Δ, στις οποίες ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι: Α) δεν προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης αυτής το απαιτούμενο πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές της είναι ονομαστικές και αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολόγιο). Β) Η κατατεθείσα εγγυητική επιστολή για όλες τις ομάδες για τις οποίες συμμετείχε η εν λόγω εταιρεία δεν περιελάμβανε τη δέσμευση που προέβλεπε ρητά το υπόδειγμα της διακήρυξης. Γ) Για την ομάδα Δ του διαγωνισμού, για την οποία ανακηρύχθηκε ανάδοχος δεν έχει καταθέσει τη ζητούμενη από τη διακήρυξη υπεύθυνη δήλωση της υπ' αριθμ. .../2023 μελέτης (σελ. 71) «στην οποία θα αναγράφεται η εμπορική επωνυμία όλων των προϊόντων της ομάδας για την οποία υποβάλλουν προσφορά.». Δ) Για τα είδη της ομάδας Δ' του διαγωνισμού για την οποία ανακηρύχθηκε ανάδοχος έχει δηλώσει στο ΕΕΕΣ της με τα δικαιολογητικά συμμετοχής αυτής ότι πληροί όλα τα ποιοτικά κριτήρια του διαγωνισμού, δεν έχει όμως δηλώσει, ως απαιτείται από τη διακήρυξη, την χώρα (τόπο) προέλευσης των προϊόντων, ώστε να αποδεικνύει την πλήρωση των δηλωθέντων στο ΕΕΕΣ κριτηρίων.

13. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους ως άνω λόγους κατά της εταιρείας «...»: Όσον αφορά τον Α) λόγο λεκτέα τα εξής: Η παράγραφος Β.1 του άρθρου 2.2.9.2 της διακήρυξης ορίζει ότι: *«για την παράγραφο 2.2.3.5 δικαιολογητικά ονομαστικοποίησης των μετοχών, που καθορίζονται κατωτέρω, εφόσον ο προσωρινός ανάδοχος είναι ανώνυμη εταιρία ή νομικό πρόσωπο στη μετοχική*

σύνθεση του οποίου συμμετέχει ανώνυμη εταιρεία ή νομικό πρόσωπο της αλλοδαπής που αντιστοιχεί σε ανώνυμη εταιρεία (πλην των περιπτώσεων που αναφέρθηκαν στην παρ. 2.2.3.5 της παρούσας ανωτέρω). [...] Ειδικότερα: - Όσον αφορά στις εγκατεστημένες στην Ελλάδα ανώνυμες εταιρείες υποβάλλεται πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. από το οποίο να προκύπτει ότι οι μετοχές τους είναι ονομαστικές και αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολόγιο), όπως τα στοιχεία αυτά είναι καταχωρημένα στο βιβλίο μετόχων της εταιρείας, το πολύ τριάντα (30) εργάσιμες ημέρες πριν από την ημέρα υποβολής της προσφοράς.». Η ως άνω εταιρεία προσκόμισε το υπ' αριθ. πρωτ.: .../ 03/07/2023 γενικό πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η., από το οποίο όμως δεν προκύπτει αν οι μετοχές της είναι ονομαστικές, όπως επίσης δεν υπάρχει και αναλυτική κατάσταση με τα στοιχεία των μετόχων της εταιρείας και τον αριθμό των μετοχών κάθε μετόχου (μετοχολόγιο) κατά παράβαση του ως άνω άρθρου της διακήρυξης, γεγονός που όπως συνομολογεί η αναθέτουσα αρχή, εντόπισε η επιτροπή του διαγωνισμού αλλά ουδέν έπραξε απ' αυτού. Επομένως, ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...».

Όσον αφορά τον Β) λόγο λεκτέα τα εξής: Το άρθρο 2.2.1 της διακήρυξης ορίζει ότι: «Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής, για ποσό που θα καλύπτει το 2% της προϋπολογισθείσας δαπάνης για τη συγκεκριμένη ομάδα ή ομάδες συμμετοχής [...]». Επίσης, το άρθρο 2.1.5 της διακήρυξης ορίζει ότι «[...] Υποδείγματα των εγγυητικών συμμετοχής και καλής εκτέλεσης παρατίθενται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II της παρούσης [...]». Στο αντίστοιχο υπόδειγμα ορίζεται ότι η εγγυητική επιστολή πρέπει να περιλαμβάνει το εξής περιεχόμενο: «Αποδεχόμαστε να παρατείνουμε την ισχύ της εγγύησης ύστερα από έγγραφο της Υπηρεσίας σας, στο οποίο επισυνάπτεται η συναίνεση του υπέρ ου για την παράταση της προσφοράς, σύμφωνα με το άρθρο της Διακήρυξης/Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, με την προϋπόθεση ότι το σχετικό αίτημά σας θα μας υποβληθεί πριν από την ημερομηνία λήξης της.». Η αναθέτουσα αρχή αβάσιμα ισχυρίζεται ότι το εν λόγω υπόδειγμα δεν είναι υποχρεωτικό και τούτο διότι όπως έχει κριθεί με την υπ' αριθμ. 181/2018

Αριθμός απόφασης: 1667/2023

απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών: «οι εγγυητικές επιστολές που καταθέτουν οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να είναι συντεταγμένες και μάλιστα επί ποινή αποκλεισμού, σύμφωνα με το συνημμένο στην διακήρυξη οικείο υπόδειγμα. Το κείμενο αυτό του υποδείγματος αποτελεί διάταξη προς διακηρύξεως ειδική και λεπτομερή, η οποία διέπει κατά τρόπο αποκλειστικό το ζήτημα του ακριβούς περιεχομένου των εγγυητικών αυτών επιστολών. Επομένως, δεν μπορεί ούτε να συμπληρωθεί ούτε να τροποποιηθεί από διατάξεις περιλαμβανόμενες σε νομοθετήματα μνημονευόμενα στην διακήρυξη ως εφαρμοστέα, προς εν προκειμένω ο ν. 4412/2016. Και τούτο διότι, η αναφορά αυτή νοείται ότι γίνεται μόνον προς ρύθμιση ζητημάτων μη ρυθμιζομένων κατά τρόπο ολοκληρωμένο από την διακήρυξη (Ε.Α. ΣτΕ 193/2011, πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 95/2009, Ε.Α. ΣτΕ 1279/2009, Ε.Α. ΣτΕ 1272/2007)». Επομένως, η εταιρεία «...» όφειλε στην υποβληθείσα εγγυητική επιστολή να έχει συμπεριλάβει το απαιτούμενο κείμενο σύμφωνα με το υπόδειγμα της διακήρυξης, γεγονός το οποίο δεν έπραξε, με αποτέλεσμα να μην καλύπτει την απαίτηση αυτής. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...».

Όσον αφορά τον Γ) λόγο λεκτέα τα εξής: Στην υπ' αριθμ. .../2023 μελέτη (σελ. 71) ορίζεται ότι «Για τις ομάδες Δ', Ε' και ΣΤ'. Για όσους υποψηφίους υποβάλλουν προσφορά για τα είδη της ομάδας Δ': «Είδη ιχθυοπωλείου και Κατεψυγμένα», της ομάδας Ε': «Είδη Παντοπωλείου - Έλαια» και ΣΤ': «Φρέσκο γάλα» θα πρέπει να προσκομίσουν μαζί με την τεχνική τους προσφορά, και υπεύθυνη δήλωση στην οποία θα αναγράφεται η εμπορική επωνυμία όλων των προϊόντων της ομάδας για την οποία υποβάλλουν προσφορά.». Η εταιρεία «...» στην τεχνική της προσφορά δεν υπέβαλε υπεύθυνη δήλωση, στην οποία θα έπρεπε να αναγράφεται η εμπορική επωνυμία όλων των προϊόντων της ομάδας Δ', κατά παράβαση της ως άνω ρητής απαίτησης της διακήρυξης. Κατόπιν αυτού συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...».

Όσον αφορά τον Δ) λόγο λεκτέα τα εξής: Όπως εκτέθηκε αναλυτικά στη σκέψη 11 της παρούσης σχετικά με τον Α) λόγο κατά της παρεμβαίνουσας και προς αποφυγή επαναλήψεων, για τα είδη της ομάδας Δ' του διαγωνισμού για την οποία ανακηρύχθηκε ανάδοχος η εταιρεία «...» όφειλε να δηλώσει την χώρα (τόπο) προέλευσης των προϊόντων, γεγονός το οποίο δεν έπραξε. Επομένως

Αριθμός απόφασης: 1667/2023

εφόσον δεν έχει δηλώσει σαφώς τη χώρα προέλευσης των προϊόντων αυτών υπάρχει παράβαση του άρθρου 9 της υπ' αριθμ. 2/2023 μελέτης της διακήρυξης. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...».

14. Επειδή, η προσφεύγουσα εν συνεχεία, στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «...» και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί για τις ομάδες Β, Γ και Δ του διαγωνισμού διότι: Α) Στον πίνακα της κατατεθείσας υπεύθυνης δήλωσης για ομάδα Β' έχει δηλώσει ότι η χώρα προέλευσης του είδους «...» είναι η Ελλάδα και άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Συνεπώς, η προσφορά της δεν περιλαμβάνει ένα προϊόν αλλά δύο, το ένα από την Ελλάδα και το άλλο από άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Β) Για την ομάδα Δ' του διαγωνισμού και συγκεκριμένα για τα είδη «...» και «...» δεν έχει δηλώσει τη χώρα προέλευσης των προϊόντων αυτών.

15. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους άνω λόγους κατά της εταιρείας «...» : Όσον αφορά τον Α) λόγο λεκτέα τα εξής: Όπως εκτέθηκε αναλυτικά στη σκέψη 11 της παρούσης και προς αποφυγή επαναλήψεων, προκύπτει ότι η ως άνω εταιρεία δηλώνοντας για την ομάδα Β ότι η χώρα προέλευσης του είδους «...» είναι η Ελλάδα και άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, υπέπεσε σε πλημμέλεια καθόσον το άρθρο 9 της υπ' αριθμ. .../2023 μελέτης της διακήρυξης ορίζει σαφώς ότι για το εν λόγω προϊόν υπάρχει υποχρέωση δήλωσης της χώρας προέλευσης. Επομένως, εφόσον η εταιρεία «...» δήλωσε την Ελλάδα και άλλες χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την προέλευση του εν λόγω προϊόντος, συνάγεται ότι δεν προσδιορίζεται ποιο από τα δύο προϊόντα συνιστά κύρια προσφορά, με αποτέλεσμα να συντρέχει περίπτωση απαγορευμένης από τις ως άνω διατάξεις εναλλακτικής προσφοράς, η οποία καθιστά όλη την προσφορά απαράδεκτη. Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσφορά της εν λόγω εταιρείας.

Όσον αφορά τον Β) λόγο λεκτέα τα εξής: Σε συνέχεια της ανωτέρω σκέψης, για την ομάδα Δ' του διαγωνισμού και συγκεκριμένα για τα είδη «...» και «...» η ως άνω εταιρεία ως χώρα προέλευσης δήλωσε «FAO 27 FAO 67». Ο κωδικός αυτός δεν αποτελεί χώρα προέλευσης, αλλά αλλιευτική ζώνη των ειδών, όπως

βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Επομένως, όφειλε να δηλώσει την χώρα (τόπο) προέλευσης των προϊόντων, γεγονός το οποίο δεν έπραξε. Ως εκ τούτου εφόσον δεν έχει δηλώσει σαφώς τη χώρα προέλευσης των προϊόντων αυτών υπάρχει παράβαση του άρθρου 9 της υπ' αριθμ. .../2023 μελέτης της διακήρυξης. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας ««...»».

16. Επειδή, τέλος, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας «...» για την ομάδα Β του διαγωνισμού και ισχυρίζεται ότι πρέπει να απορριφθεί διότι: Α) δεν κατέθεσε με την προσφορά την απαιτούμενη υπεύθυνη δήλωση, στην οποία δηλώνεται ότι όλα τα προσφερόμενα είδη συμφωνούν πλήρως με τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης. Β) Κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς δεν κατέθεσε τα πιστοποιητικά που ζητούνται στην στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΑΠΟ ΤΙΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ» τον «ΠΙΝΑΚΑ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ» των εταιρειών ... και ..., μεταφρασμένα στην ελληνική γλώσσα.

17. Επειδή, ύστερα από τη μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους λόγους κατά της εταιρείας ...: Όσον αφορά τον Α) λόγο λεκτέα τα εξής: Στην υπ' αριθμ. .../2023 μελέτη άρθρο 9 (σελ. 71) ορίζεται ότι: «Για όλες τις ομάδες επίσης κάθε υποψήφιος προμηθευτής θα υποβάλει μαζί με την τεχνική του προσφορά, και υπεύθυνη δήλωση, στην οποία θα δηλώνεται ότι όλα τα προσφερόμενα είδη συμφωνούν πλήρως με τις τεχνικές προδιαγραφές της Μελέτης του ... με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα.». Η ως άνω εταιρεία δεν κατέθεσε με την προσφορά της την απαιτούμενη υπεύθυνη δήλωση. Κατόπιν αυτού η αναθέτουσα αρχή την κάλεσε με την υπ' αριθμ. 29401/13.06.2023 πρόσκληση κατ' άρθρο 102 του Ν.4412/2016 να καταθέσει εκ των υστέρων την εν λόγω δήλωση. Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, με τη διαδικασία του άρθρου 102 του Ν.4412/2016, η δυνατότητα συμπλήρωσης-διευκρίνησης προϋποθέτει αναγκαίως να έχει προηγηθεί σχετική απάντηση, περίπτωση που δεν ισχύει εν προκειμένω, η δε συμπλήρωση του φακέλου με την υποβολή αυτοτελούς υπεύθυνης δήλωσης συνιστά μεταγενέστερη (μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών) τροποποίηση της προσφοράς, που έχει υποβληθεί κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της

νομιμότητας. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας «...».

Όσον αφορά τον Β) λόγο λεκτέα τα εξής: Στην υπ' αριθμ. .../2023 μελέτη (σελ. 71) ορίζεται ότι: *«Ως αποδεικτικά στοιχεία ότι πληρούνται οι ανωτέρω προϋποθέσεις για τα υπό προμήθεια είδη οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, θα καταθέσουν, μαζί με την τεχνική τους προσφορά, τα κάτωθι δικαιολογητικά όπως ορίζονται στον πίνακα που ακολουθεί: (επισυνάπτεται πίνακας στον οποίο αναγράφονται τα απαιτούμενα πιστοποιητικά ISO). Η εταιρεία «...» υπέβαλε πιστοποιητικά ISO αλλά όχι την μετάφραση αυτών στην ελληνική γλώσσα. Κατόπιν αυτού η αναθέτουσα αρχή την κάλεσε με την υπ' αριθμ. .../13.06.2023 πρόσκληση να καταθέσει εκ των υστέρων τις εν λόγω μεταφράσεις. Όμως, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η συμπλήρωση του φακέλου με την υποβολή των επίμαχων μεταφράσεων αποτελεί τροποποίηση της προσφοράς κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας. Κατόπιν των ανωτέρω συνάγεται ότι ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να απορριφθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρείας «...».*

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 24^η Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε την

Αριθμός απόφασης: 1667/2023

13^η Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ