

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 1^η Νοεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 22.09.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1436/25.09.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία Γ.Ν. ... «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. .../12.09.2023 (θέμα 5^ο) απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το, από 11.09.2023, πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού (στην οποία ενσωματώνονται οι υπ' αριθμ. 27/20.07.2023 και 33/25.08.2023 αποφάσεις του ΔΣ), η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «ΠΡΟΪΟΝΤΑ ... (...)», εκτιμώμενης αξίας 137.461,39€, πλέον Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο της τιμής - χαμηλότερη τιμή (με αριθμ. πρωτ. .../16.06.2023 διακήρυξη, συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ.,

ποσού εξακοσίων (600,00) € αναλογούν παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 22.09.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ 1436/25.09.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. .../2023 πράξη της αναθέτουσας αρχής, με θέμα 5^ο: «Έγκριση του πρακτικού αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του τακτικού δημόσιου διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού για προμήθεια «ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ ... (...)», (αριθμ. διακ. .../2023) διετούς διάρκειας, ενταγμένου στον Προγραμματισμό 2023, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 169.998,52€ με ΦΠΑ και συνολικού ποσού κατακύρωσης 116.253,85€ με ΦΠΑ», αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 13.09.2023.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, το δε έννομο συμφέρον της θεμελιώνεται, εν προκειμένω, και στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ). Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...», διότι δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές που τέθηκαν για το είδος με α/α 3 του Παραρτήματος ΙΙ της διακήρυξης.

5. Επειδή, στις 26.09.2023 η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε φάκελο στοιχείων επί της εξεταζόμενης υπόθεσης, στον οποίον περιλαμβάνονται η απόφαση κατακύρωσης, τα συμπροσβαλλόμενα πρακτικά κλπ, αλλά και έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, από την εξέταση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, λεκτέα είναι τα εξής: • Λόγος προσφυγής: μη πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του είδους με α/α 3 του Παραρτήματος II της διακήρυξης. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της εταιρείας «...» θα έπρεπε να είχε απορριφθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα της οικείας αναθέτουσας αρχής, διότι το εκ μέρους της προσφερόμενο [για το είδος με α/α 3: «...»] προϊόν αφενός μεν, υπερβαίνει σημαντικά τη διακύμανση που επιτρέπει η διακήρυξη ως προς το βάρος του εν λόγω είδους, αφετέρου δε, αποκλίνει από την διάσταση που τέθηκε ρητώς στη διακήρυξη ως προς το απαιτούμενο ύψος του.

Β) Από τον συνδυασμό των άρθρων 2.4.2. («Χρόνος και Τρόπος υποβολής προσφορών») παρ. 3 και 2.4.3.2 («Τεχνική προσφορά») της διακήρυξης προκύπτει ότι οι υποψήφιοι υποχρεούνται να καταθέσουν τεχνική προσφορά, η οποία «... 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». Περαιτέρω, στην υπ’ αριθμ. 50) υποσημείωση που τέθηκε στο άρθρο 2.4.3.2. της διακήρυξης, διευκρινίζεται ως προς τα έγγραφα τεχνικής καταλληλότητας που θα πρέπει να υποβάλλουν οι υποψήφιοι, ότι: «Αυτά περιλαμβάνουν τα αποδεικτικά στοιχεία που τεκμηριώνουν την τεχνική καταλληλότητα των προσφερομένων ειδών βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η τεχνική προσφορά. Αναφέρονται υποχρεωτικά τα αποδεικτικά στοιχεία που τυχόν προβλέπονται στις τεχνικές προδιαγραφές του προς προμήθεια αγαθού, σύμφωνα με Παράρτημα της Διακήρυξης και τυχόν υπόδειγμα τεχνικής προσφοράς». Τέλος, στο Παράρτημα II («Απαιτήσεις και Τεχνικές

Προδιαγραφές ανά τμήμα αντικειμένου») της εν θέματι διακήρυξης προβλέπεται ως προς το επίμαχο με α/α 3 είδος, ότι θα πρέπει πληροί τις ακόλουθες τεχνικές προδιαγραφές: *«Λευκασμένο πρωτογενή χημικό πολτό 90% και μηχανικό 10% με απόκλιση +/-10%, Διάμετρος ρολού 20 εκ ύψος και 13,50 εκατ. Πάχος, Βάρος χαρτιού 500 gr με απόκλιση +/-10%».*

Από την επισκόπηση της προσφοράς, προκύπτει ότι η καθής η προσφυγή υπέβαλε έντυπο τεχνικής προσφοράς (βλ. ηλ. αρχείο: «1. ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ SIGNED-1.pdf»), όπου επαναλαμβάνονται αυτολεξεί οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης (βλ. σελ. 1 του ως άνω αρχείου), καθώς και το ηλεκτρονικό αρχείο: «2. ΤΕΧΝΙΚΗ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗ SIGNED-3.pdf», στο οποίο περιλαμβάνονται, μεταξύ άλλων, τα έγγραφα απόδειξης της καταλληλότητας του προσφερόμενου είδους. Ωστόσο, ως βασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, από την συγκριτική επισκόπηση των ως άνω δύο (2) αρχείων, συνάγεται σαφώς ότι τα τεχνικά χαρακτηριστικά που αναφέρονται στο έντυπο της τεχνικής προσφοράς ως προς το επίμαχο είδος διαφέρουν ουσιαδώς από τα χαρακτηριστικά που αναφέρονται στο έγγραφο της τεχνικής τεκμηρίωσης. Ειδικότερα, προέκυψαν οι εξής αποκλίσεις: i) μολονότι στο έντυπο της τεχνικής προσφοράς αναφέρεται ότι το βάρος του προσφερόμενου είδους (...) είναι *«500 γραμμάρια +/- 10%»*, ως ακριβώς ζητείται στη διακήρυξη, εντούτοις στο έγγραφο της τεχνικής τεκμηρίωσης αναφέρεται ότι το ως άνω προϊόν έχει βάρος *«450 γραμμάρια +/- 2%»* και ii) μολονότι στο έντυπο της τεχνικής προσφοράς αναφέρεται ότι το ύψος του προσφερόμενου είδους είναι *«20 εκατοστά»*, ως ακριβώς ζητείται στη διακήρυξη, εντούτοις, στο έγγραφο της τεχνικής τεκμηρίωσης αναφέρεται ότι το ύψος του ως άνω προϊόντος είναι *«20 εκατοστά +/- 2%»*.

Από τα ανωτέρω αναφερόμενα συνάγεται ευχερώς ότι η τεχνική προσφορά της καθής η προσφυγή δεν συμφωνεί με τις τιθέμενες – επί ποινή αποκλεισμού – τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος II της διακήρυξης, αφού μολονότι το βάρος της ... θα πρέπει, κατά τη διακήρυξη, να είναι *«500 γραμμάρια +/- 10%»* (δηλαδή από 450 γραμμάρια έως 550 γραμμάρια), στο έγγραφο της τεχνικής τεκμηρίωσης αναφέρεται σαφώς ότι το προς προμήθεια είδος έχει βάρος *«450 γραμμάρια +/- 2%»* (δηλαδή, βάρος από 441 έως και 459 γραμμάρια, όπερ δεν είναι επιτρεπτό). Επιπροσθέτως, μολονότι στη διακήρυξη προβλέπεται ρητώς και σαφώς ότι το ύψος του ως άνω είδους θα

πρέπει να είναι «20 εκατοστά» (χωρίς να επιτρέπεται απόκλιση από την οικεία διάσταση), εντούτοις, στο έγγραφο της τεχνικής τεκμηρίωσης αναφέρεται ότι το ύψος του προς προμήθεια προϊόντος είναι «20 εκατοστά +/- 2%». Συνεπώς, λαμβανομένου υπόψη αφενός μεν, ότι το είδος που προσέφερε η εν λόγω εταιρεία έχει ύψος από 19,60 εκατοστά έως και 20,40 εκατοστά, αφετέρου δε, ότι στην εν θέματι διακήρυξη δεν επιτρέπεται καμία απόκλιση από το προβλεπόμενο ύψος των 20 εκατοστών (αφού, όπου στη διακήρυξη επιτρέπεται απόκλιση από την τιθέμενη προδιαγραφή, γίνεται χρήση του συμβόλου $\pm$, αλλά και αναφορά του αντίστοιχου ποσοστού επί τοις εκατό), γίνεται δεκτό ότι η εξεταζόμενη προσφορά αποκλίνει από την οικεία τεχνική προδιαγραφή.

Επισημαίνεται στο σημείο αυτό ότι, κατά πάγια νομολογία, οι τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, πρέπει να συντρέχουν κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και επομένως, η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνον ελλείψεώς τους, συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της επιτροπής αξιολόγησης να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000). Για τους ανωτέρω, άλλωστε, λόγους, δεν είναι δυνατό να προσκομισθούν εκ των υστέρων νέα - κρίσιμα κατά τη διακήρυξη - στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης, ιδιότητας/προσόντος που όχι μόνο δεν αποδείχθηκε, αλλά ουσιαστικά εξέλειπε κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς και τυχόν αποκτήθηκε μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας και της ασφάλειας του διαγωνισμού εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Σημειώνεται, επίσης, ότι οι προσφορές που παρουσιάζουν αποκλίσεις από τους όρους της διακήρυξης, δεν απορρίπτονται, υπό την προϋπόθεση, όμως, ότι οι αποκλίσεις αυτές δεν αναφέρονται στους απαράβατους όρους και κρίνονται επουσιώδεις από την αρμόδια επιτροπή διαγωνισμού. Μάλιστα, παρόλο που το επουσιώδες της απόκλισης διαπιστώνεται και αιτιολογείται ειδικά από την αναθέτουσα αρχή (ΣΤΕ 4136/2009, 2004/2010), στην υπό κρίση υπόθεση, ούτε στην προσβαλλόμενη πράξη, αλλά ούτε και στο έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής τέθηκε σχετική μνεία, η δε αναθέτουσα αρχή συνομολογεί ότι η προσφορά της καθής η προσφυγή αποκλίνει των οικείων

προδιαγραφών. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι σε κανένα σημείο της επίμαχης διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές είναι προαιρετικές – οι οποίες, κατά τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία, αποτελούν ενιαίο σύνολο (Ε.Α ΔΕφΑθ 230/2012) – τουναντίον, ορίζεται σαφώς και ρητώς ότι θα πρέπει να καλύπτεται το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών, ως αυτές καταγράφονται στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης, η προσφορά της καθής η προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί, δυνάμει του άρθρου 2.4.6. («Λόγοι απόρριψης προσφορών») περ. ι) της διακήρυξης. Συναφώς, ο μοναδικός λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

7. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή.

8. 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.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../12.09.2023 (θέμα 5^ο) απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του Γ.Ν. ... «...» με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ ..., κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού εξακοσίων (600,00) €.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1^η Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε την 21^η Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος
ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

Η Γραμματέας
ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ