

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.04.2023 με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 547/18.04.2023 Προδικαστική Προσφυγή του 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. 10/30.03.2023 (Θέμα 23^ο) απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί αποδοχής του υπ' αριθμ. 6676/14.03.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και την αξιολόγηση των 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, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης ,κατά το σκέλος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά τα άρθρα 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο

με κωδικό «...» την από 13.04.2023 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 Τμήματος 1 της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 110.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με τη με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό Διαγωνισμό με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας, από οικονομική άποψη, προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 186.000,00€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 7.07.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε δύο Τμήματα, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για το ένα ή και τα δύο Τμήματα αλλά για το σύνολο των ειδών έκαστου Τμήματος. 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 18.04.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 5.04.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 25.04.2023, ήτοι εμπροθέσμως δεδομένης της από 18.04.2023 κοινοποίησης της προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή, τη με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1629/2023 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού.

5. Επειδή, ο προσφεύγων στις 5.05.2023, 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 του κοινοποιήθηκαν στις 2.05.2023, υπέβαλε υπόμνημα επί των απόψεων και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

6. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος για το Τμήμα 1 τρεις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και ο οικονομικός φορέας «...». Σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 6676/14.03.2023 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε αφενός μεν την απόρριψη της τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» και αφετέρου την αποδοχή των τεχνικών προσφορών του προσφεύγοντος και του παρεμβαίνοντος, οι οποίες έλαβαν βαθμολογίες 123,534 και 127,72 αντιστοίχως. Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

7. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του εν θέματι διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού 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, 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 : [...]ια) 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 κρισιμους για την εξέταση της παρούσας προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...] 2.4.3.2 Τεχνική προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Ι, 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. Επειδή οι τεχνικές

προδιαγραφές δεν έχουν αποτυπωθεί στο σύνολό τους στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του ΕΣΗΔΗΣ, οι οικονομικοί φορείς επισυνάπτουν ηλεκτρονικά υπογεγραμμένα πρόσθετα, σε σχέση με τις αναφορές (εκτυπώσεις) της παραγράφου 2.4.2.4, σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία (ιδίως τεχνική προσφορά, φύλλο συμμόρφωσης, υπεύθυνες δηλώσεις κτλ) σύμφωνα με το Παράρτημα Ι (Τεχνικές Προδιαγραφές) και το Παράρτημα ΙΙ (Φύλλο Συμμόρφωσης) της παρούσας διακήρυξης[...] 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαράβατους 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 [...]2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), [...] ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης, [...] ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι : ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ «...» [...] Πρώτη Ενότητα (Ελάχιστες απαιτήσεις) Όλοι οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών που ορίζονται στην ενότητα αυτή είναι απαράβατοι και η οποιαδήποτε μη συμμόρφωση προς αυτούς συνεπάγεται απόρριψη της προσφοράς.[...] Β. ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ «...»

A/A	ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ
6. Καταγραφικό (ενσωματωμένο στον επεξεργαστή είτε αυτόνομη συσκευή)	
6.4 Δυνατότητα αποθήκευσης	Να διαθέτει δυνατότητα αποθήκευσης σε USB stick αλλά και σε ενσωματωμένο σκληρό δίσκο τουλάχιστον 300 GB.

...». 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, 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. Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική

διαδικασία. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις. 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 Τμήμα 1 του διαγωνισμού διότι δεν πληροί την τεχνική προδιαγραφή το καταγραφικό να διαθέτει δυνατότητα αποθήκευσης και σε ενσωματωμένο σκληρό δίσκο τουλάχιστον 300 GB.

13. Επειδή, στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, στο εν λόγω δε Παράρτημα περιλαμβάνονται στην πρώτη ενότητα οι ελάχιστες απαιτήσεις για το «...», η μη τήρηση των οποίων, ως ρητώς αναφέρεται, συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς. Ειδικότερα, στην πρώτη ενότητα του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης τίθεται ως απαράβατος υπ' αριθμ. 6.4 όρος, το καταγραφικό να διαθέτει δυνατότητα αποθήκευσης σε USB stick αλλά και σε ενσωματωμένο σκληρό δίσκο τουλάχιστον 300 GB. Επομένως, εκ της ως άνω διατύπωσης του όρου 6.4 του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης σαφώς προκύπτει ότι ζητούνται αμφότερες δυνατότητες αποθήκευσης (σε USB stick και σε ενσωματωμένο σκληρό δίσκο) σωρευτικώς και όχι διαζευκτικώς, ενώ η χρήση του επιθετικού προσδιορισμού «ενσωματωμένο» προδήλως έχει την έννοια ότι ο σκληρός δίσκος πρέπει να βρίσκεται εσωτερικώς του καταγραφικού, ως ενιαίο σύνολο και όχι να αποτελεί εξωτερικό σκληρό δίσκο που συνδέεται με το καταγραφικό.

14. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο παρεμβαίνων δήλωσε στο φύλλο συμμόρφωσης ότι πληροί την υπ' αριθμ. 6.4 τεχνική προδιαγραφή και παραπέμπει, αφενός μεν στο αρχείο υπό τίτλο «Prospectus 4» (σελ. 1 και 2) όπου όμως αναφέρεται ότι ο προσφερόμενος επεξεργαστής κάμερας διαθέτει σύνδεση USB για απ'

ευθείας αποθήκευση εικόνων HD και βίντεο HD σε μέσο αποθήκευσης USB και ότι πρόκειται για εξωτερικό μέσο αποθήκευσης και αφετέρου στο αρχείο υπό τίτλο «Εγχειρίδιο χρήσης «...» (σελ. 60) στο οποίο παρατίθενται τα αξεσουάρ που διατίθενται και δηλώνονται οι συσκευές USB flash memory 32GB (USB stick) και «...» 1TB hard disk», ήτοι πάλι εξωτερικά μέσα αποθήκευσης. Ως εκ τούτου, εκ των υποβληθέντων με την τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος εγγράφων συνάγεται ότι παρέχεται η δυνατότητα καταγραφής σε USB και σε εξωτερικό σκληρό δίσκο, ο οποίος δεν είναι ενσωματωμένος στο καταγραφικό και άρα, δεν αποδεικνύεται η πλήρωσης της υπ' αριθμ. 6.4 απαράβατης ελάχιστης απαίτησης ,περί καταγραφικού με δυνατότητα αποθήκευσης σε ενσωματωμένο σκληρό δίσκο τουλάχιστον 300 GB, γεγονός το οποίο συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Αβασίμως, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν απαιτείται ο σκληρός δίσκος να είναι εσωτερικός, ούτε βέβαια κατά τη διακήρυξη αρκεί το εξωτερικό αποθηκευτικό μέσο να συνδέεται με το καταγραφικό, καθώς δεν καθίσταται με αυτό τον τρόπο «ενσωματωμένο». Εξάλλου, αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι η προσφορά ενός μέσου αποθήκευσης εξωτερικά από τον επεξεργαστή παρέχει το πλεονέκτημα ότι σε περίπτωση βλάβης θα εξασφαλίζεται η δυνατότητα συνέχισης της καταγραφής, δεδομένης της ρητής απαίτησης της διακήρυξης περί δυνατότητας αποθήκευσης συγχρόνως σε USB stick και ενσωματωμένο σκληρό δίσκο, η οποία προδιαγραφή θεσπίστηκε με βάση τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής και δεν δύναται εκ των υστέρων και εμμέσως να αμφισβητείται. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε ,κατά δεσμία αρμοδιότητα, να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος για το Τμήμα Ι λόγω μη πλήρωσης απαράβατης τεχνικής προδιαγραφής και ο μόνος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη, να απορριφθεί η παρέμβαση, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 10/30.03.2023 (Θέμα 23^ο) προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής ,κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά

Αριθμός απόφασης: 796 /2023

του παρεμβαίνοντος για το Τμήμα Ι του διαγωνισμού και να επιστραφεί το κατατεθέν παράβολο στον προσφεύγοντα ,κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 10/30.03.2023 (Θέμα 23^ο) προσβαλλόμενη απόφαση

της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 29 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ**