

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.3.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 277/22-3-2018 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ΚΑΛΛΙΘΕΑΣ», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 12-3-2018 υπ' αρ. 52/2018 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας της 15-2-2018 (Συνεδρίαση 4/2018), αφενός κατά το μέρος της με το οποίο έκρινε την τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος, όσον αφορά την Ομάδα Β, ως αποκλειστέα, αφετέρου κατά το μέρος της με το οποίο έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά και ως εκ τούτου ανακήρυξε ως προσωρινό ανάδοχο τον οικονομικό φορέα «...» ως προς το ίδιο ως άνω τμήμα (ΟΜΑΔΑ Β). Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: 268/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 19746108935805180042 και ποσού ευρώ 600,00 ευρώ με ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 21-3-2018 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 12-3-2018 Απόφασης της αναθέτουσας περί ομού περάτωσης σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών ως και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, κατ' έγκριση των οικείων πρακτικών της Επιτροπής Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, ο δε προσφεύγων βάλλει κατ' αυτής καθ' ο μέρος αφενός τον έκρινε ως αποκλειστέο, ήδη κατά το στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών, αφετέρου έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου, ήδη κατά το στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών και κατ' αποτέλεσμα, απεδέχθη τη συμμετοχή του στο επόμενο στάδιο των οικονομικών προσφορών και ανακήρυξε τον τελευταίο ως προσωρινό ανάδοχο, στο ίδιο οικείο τμήμα όπου και ο προσφεύγων υπέβαλε προσφορά (ΟΜΑΔΑ Β, Προμήθεια Οργάνων Άθλησης Ενηλίκων, εκτιμώμενης επιμέρους άνευ ΦΠΑ αξίας 48.384,00 ευρώ). Όσον αφορά τον δικό του αποκλεισμό, ο προσφεύγων επικαλείται με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του ότι εσφαλμένα απερρίφθη η τεχνική προσφορά του με την αιτιολογία ότι το δείγμα του οργάνου «παράλληλες μπάρες» που κατέθεσε διαφέρει από τη φωτογραφία που υπέβαλε στο συνημμένο στην τεχνική προσφορά prospectus του. Όμως, ο προσφεύγων επικαλείται ότι η διαφορά αυτή οφείλεται στο ότι εκ παραδρομής μεν περιλήφθηκε φωτογραφία και σχέδιο άλλου οργάνου, αλλά από το πιστοποιητικό EN16630 που συμπροσκομίσθηκε και από τη σχετική ανάλυση δοκιμής που επίσης υπεβλήθη, όπου περιέχεται και φωτογραφία του πιστοποιημένου οργάνου, προκύπτει αναμφίβολα ότι το προσφερόμενο όργανο είναι όμοιο με το υποβληθέν δείγμα. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του βάλλει κατά της αιτιολογίας απόρριψης της τεχνικής προσφοράς του με την επιπλέον βάση ότι δεν προσκόμισε για τις «παράλληλες μπάρες» και το «ποδήλατο» βάση στήριξης, όμως, ο προσφεύγων επικαλείται ότι κατά το άρ. 7 της διακήρυξης προβλεπόταν

Αριθμός απόφασης: 268/2018

«ενδεικτικά» η προσκόμιση δειγμάτων των ως άνω οργάνων», χωρίς μνεία των βάσεων στήριξης. Επιπλέον, επικαλείται ότι ούτε ο διαγωνιζόμενος «...» προσκόμισε δείγματα των προσφερόμενων οργάνων με βάση στήριξης, όπως προκύπτει από το υπ' αρ. 6/16.1.2018 Δελτίο Αποστολής του. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι η προσφορά του ήταν χαμηλότερη σε τιμή από του προσωρινού αναδόχου και επομένως παραβιάσθηκε το κριτήριο ανάθεσης, ότι δεν κλήθηκε για εξηγήσεις κατά το άρ. 17 της Διακήρυξης και ότι συντρέχει παράβαση ουσιώδους τύπου, λόγω έλλειψης αιτιολογίας του αποκλεισμού του, παρότι η γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού είχε κρίνει την προσφορά του ως αποδεκτή και επομένως η προσβαλλομένη απόφαση απέστη από την παραπάνω γνωμοδότηση. Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος της προσφυγής του με το οποίο βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς του έτερου διαγωνιζόμενου, προβάλλει με τον τρίτο λόγο του, ότι ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος προσκόμισε, προς εκπλήρωση του άρ. 7 της διακήρυξης όσον αφορά την απασχόληση δύο ατόμων εξειδικευμένων στην τοποθέτηση των οργάνων άθλησης εξωτερικού χώρου, πιστοποιητικά ικανότητας δύο συνεργατών του τρίτου οικονομικού φορέα «...» που του παρείχε δάνεια εμπειρία, τα οποία πιστοποιητικά (ως τεχνικών εγκατάστασης «Οργάνων Γυμναστικής Εξωτερικού Χώρου») όμως, εκδόθηκαν από εταιρεία πιστοποίησης, που κατά τη με αρ. πρωτ. 874/1.2.2018 επιστολή του Εθνικού Συστήματος Διαπίστευσης προς τον προσφεύγοντα, δεν έχει διαπιστευθεί για το αντικείμενο «ΣΤΑΘΕΡΟΙ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΙ ΣΩΜΑΤΙΚΗΣ ΑΣΚΗΣΗΣ ΣΕ ΕΞΩΤΕΡΙΚΟΥΣ ΧΩΡΟΥΣ» κατά το πρότυπο EN16630. Αφού, η πιστοποιήτρια εταιρεία δεν έχει πιστοποιηθεί για το αντικείμενο, τότε η ίδια δεν μπορεί να πιστοποιεί ικανότητα σε σχέση με αυτό και συνεπώς τα οικεία πιστοποιητικά είναι ανίσχυρα και παραβιάζουν το άρ. 17 της διακήρυξης και της παρ. αυτού «ΕΙΔΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΓΙΑ ΤΑ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ». Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων αιτιάται ότι το πιστοποιητικό της ... που προσκόμισε ο έτερος διαγωνιζόμενος περί συμμόρφωσης των προσφερόμενων οργάνων με το πρότυπο EN16630, είναι ελλιπές και ανακριβές κατά παράβαση του άρ. 17 της διακήρυξης και της παρ. «ΕΙΔΙΚΕΣ ΕΠΙΣΗΜΑΝΣΕΙΣ ΓΙΑ ΤΑ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ», διότι υπάρχουν 4 σελίδες αυτού, αλλά προσκομίστηκε μόνο η πρώτη και η μετάφρασή της. Με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής του,

Αριθμός απόφασης: 268/2018

ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος προσέφερε το «όργανο ποδηλάτου» με κωδικό ... και ονομασία “stationary bike” με μήκος 1750 χιλ., όμως όπως προκύπτει από το πιστοποιητικό που αυτός προσκόμισε για τη συμμόρφωση του εν λόγω οργάνου με το πρότυπο ..., ο κωδικός αυτός αντιστοιχεί σε όργανο με ονομασία «the rider» που είναι διαφορετικό και έχει διαστάσεις 3484 χιλ. Επομένως, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έγινε μετονομασία του οργάνου, ώστε να πληροί τους όρους της διακήρυξης, ενώ κατά την ιστοσελίδα του εργοστασίου κατασκευής προκύπτει φωτογραφία του οργάνου με τον παραπάνω κωδικό που διαφέρει από το προσφερόμενο. Το ίδιο ισχύει και για το προσφερθέν όργανο «παράλληλες μπάρρες» με κωδικό “...” και ονομασία “parallel bars” με ονομασία 2430 χιλ., από το πιστοποιητικό EN16630 του οποίου όμως προκύπτει ότι ο κωδικός αυτός αντιστοιχεί στο διαφορετικό όργανο με ονομασία «pushup and dipstation» και διαφορετικό μήκος 2110 χιλ., όπως φαίνεται και από την ιστοσελίδα του εργοστασίου κατασκευής. Ομοίως, το ίδιο ισχύει και για το προσφερθέν όργανο «εκτάσεων» με κωδικό ... και ονομασία «the rider» με μήκος 3400 χιλ, από το πιστοποιητικό EN16630 προκύπτει ότι αντιστοιχεί μεν στο ως άνω προϊόν, αλλά με μήκος 1460 χιλ., όπως φαίνεται και από την ιστοσελίδα του εργοστασίου κατασκευής. Τα παραπάνω δε μπορούν να ελεγχθούν και από την αναλυτική έκθεση ελέγχου, όπου υπάρχουν και φωτογραφίες των προσφερόμενων οργάνων και η οποία συνοδεύει το πιστοποιητικό συμμόρφωσης, καίτοι το οικείο πιστοποιητικό του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου δεν συνοδεύεται από αυτήν.

3. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία που διακηρύχθηκε με την με τη με αρ. πρωτ. 941/2017 Διακήρυξη Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΠΑΙΔΙΚΩΝ ΧΑΡΩΝ 2017 ΚΑΙ ΟΡΓΑΝΩΝ ΑΘΛΗΣΗΣ ΕΝΗΛΙΚΩΝ» (CPV: 37535200-9 και 37440000-4) εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 161.284,00 ευρώ, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 21-12-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002472680 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 21-12-2017 με συστημικό α/α 50965,1. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω (συνολικής) εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και

Αριθμός απόφασης: 268/2018

την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 12-3-2018), ενώ νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για το πρώτο σκέλος της προσφυγής του, ήτοι αυτό δια του οποίου βάλλει κατά του αποκλεισμού, ως και κατ' αποτέλεσμα για την καταρχήν άσκηση της ως Προσφυγής, αφού δια της προσβαλλόμενης απεκλείσθη, και έτσι προδήλως ευνοείται από την ακύρωσή της. Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον μετέχοντος σε διαγωνισμό ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, περί την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή των έτερων διαγωνιζομένων που κρίθηκαν αποδεκτοί από την προσβαλλόμενη, εξαρτάται από την κρίση περί της νομίμου δικής του συμμετοχής (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 119 και 208/2017). Και αυτό, επειδή εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του, παρέλκει, ως αλυσιτελής η εξέταση των τυχόν λόγων που προβάλλει κατά έτερου μετέχοντος (ΔΕφΑΘ 892/2010). Αυτό, καθώς, κατά τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣτΕ ΕΑ 106/2013, 64, 380-79/2012, 671/2011, 1156, 329, 43/2010, 695, 311, 952/2009, 1194,833, 569/2008, 786/2005, ΣτΕ 1265/2011) διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (ΔΕφΠειρ Ασφ. 9/2013). Κατ' εξαίρεση, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημόσιων συμβάσεων, δύναται ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος να προβάλλει με έννομο συμφέρον ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνου που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του. Το δε ως άνω ενιαίο μέτρο κρίσης, έχει την έννοια ότι τυχόν αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος δύναται να αιτηθεί τον αποκλεισμό έτερου διαγωνιζόμενου για τον ίδιο λόγο για τον οποίο απεκλείσθη και ο ίδιος, αλλά ότι μπορεί να προβάλλει παρά μόνον αιτιάσεις κατά τής, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισεως και του ενιαίου

Αριθμός απόφασης: 268/2018

μέτρου κρίσεως, αποδοχής της προσφοράς της έτερης, παρόλο που και σε εκείνη συνέτρεχε λόγος απορρίψεως ίδιος με εκείνον που αποτέλεσε την αιτιολογία απορρίψεως της δικής της προσφοράς και να ζητήσει ούτως και τον αποκλεισμό του έτερου μετέχοντος από τον διαγωνισμό, για τον ίδιο λόγο για τον οποίο απεκλείσθη και ο ήδη αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος (βλ. ΣΤΕ 1265/2011, ΣΤΕ ΕΑ 311/2009, ΔΕφΠειρ Ασφ. 33/2015). Πάντως, εν προκειμένω, οσον αφορά το δεύτερο σκέλος της προσφυγής του, ο προσφεύγων δεν έχει προς τούτο έννομο συμφέρον (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2018), διότι η οικονομική προσφορά του ανοίχθηκε και ήταν χαμηλότερη του νυν προσωρινού αναδόχου, εφόσον δε ο ίδιος ο προσφεύγων δεν είχε κριθεί ως αποκλειστέος ήδη κατά το στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών και ούτως η οικονομική προσφορά του λαμβανόταν υπόψη, θα ήταν ο πρώτος μειοδότης (με οικονομική προσφορά στην Ομάδα Β 43.432,00 ευρώ αντί για 47.700,00 ευρώ του νυν προσωρινού αναδόχου και ήδη παρεμβαίνοντος) και ούτως θα είχε ο ίδιος αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος, ανεξαρτήτως νομιμότητας ή μη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Επομένως, εφόσον τελικά ο προσφεύγων κριθεί ως νομίμως αποκλειστέος, καθίσταται ούτως ή άλλως τρίτος ως προς τον διαγωνισμό (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017) και δεν μπορεί να αμφισβητήσει τη νομιμότητα άλλων προσφορών, εφόσον δε αντίστροφα, κριθεί ως μη νομίμως αποκλειστέος, τότε, η οικονομική προσφορά του θα πρέπει να ληφθεί υπόψη και αυτή, αφού είναι χαμηλότερη εκείνης του νυν προσωρινού αναδόχου, θα οδηγήσει στην ανάδειξη του προσφεύγοντος ως προσωρινού αναδόχου, αδιαφόρως και ασχέτως του αποδεκτού ή μη της προσφοράς του ήδη παρεμβαίνοντος νυν προσωρινού αναδόχου. Τα παραπάνω δε ισχύουν με μόνη την επιφύλαξη της κατ' επίκληση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, προσφυγής νομίμως αποκλεισμένου προς αποκλεισμό έτερου κριθέντος ως νομίμου μετέχοντος, παρότι ο τελευταίος υπέπεσε στην ίδια ακριβώς πλημμέλεια με τον ίδιο. Καίτοι ο μεν προσφεύγων περιλαμβάνει στον δεύτερο λόγο της προσφυγής του αναφορά περί συνδρομής της πλημμέλειας που εκρίθη ως δεύτερη βάση αποκλεισμού του κατά την προσβαλλόμενη και στο πρόσωπο του νυν προσωρινού αναδόχου και ήδη παρεμβαίνοντος, δεν περιλαμβάνει ειδικό αίτημα αποκλεισμού αυτού για τον συγκεκριμένο λόγο, ήτοι με αποδοχή της νομιμότητας και του δικού του αποκλεισμού με έρεισμα

την ως άνω δεύτερη βάση, την οποία σε κάθε περίπτωση αμφισβητεί ως μη νόμιμη (και συνεπώς δεν επικαλείται ότι παρανόμως υπέπεσε στην ίδια πλημμέλεια και ο παρεμβαίνων, ενώ σημειωτέον ο δεύτερος λόγος της προσφυγής δεν περιλαμβάνει τυχόν επικουρικό αίτημα, εφόσον καταγνωσθεί η δεύτερη αυτή βάση αποκλεισμού του προσφεύγοντος ως νόμιμη, να αποκλεισθεί για αυτήν και ο παρεμβαίνων, κατά της αποδοχής του οποίου ναι μεν βάλλει, αλλά προς τούτο προβάλλει έτερους και αυτοτελείς λόγους αποκλεισμού). Σε κάθε περίπτωση, το ζήτημα αυτό, περί τυχόν εφαρμογής του ενιαίου μέτρου κρίσης, θα κριθεί κατωτέρω, βλ. σκ. 15, υπό τον όρο, βέβαια, κρίσης ότι η οικεία δεύτερη βάση αποκλεισμού του προσφεύγοντος ήταν νόμιμη. Περαιτέρω, ο πέμπτος λόγος της προσφυγής, δηλαδή ότι τα προσφερόμενα από τον παρεμβαίνοντα προϊόντα και περιγραφόμενα στην ειδική τεχνική περιγραφή του, προϊόντα έχουν άλλα χαρακτηριστικά από αυτά που όντως παράγει ο κατασκευαστής, με βάση την ιστοσελίδα του τελευταίου και ότι συνεπώς ο παρεμβαίνων μετονόμασε, κατά τον προσφεύγοντα, τα προσφερόμενα προϊόντα, ώστε να τα παρουσιάσει ως σύμφωνα με τη διακήρυξη, δεν ταυτίζεται ούτε συνεχεται με τον πρώτο λόγο αποκλεισμού του προσφεύγοντος κατά της πρώτης βάσης αποκλεισμού του, αφού αυτή αφορά, την εκ μέρους του προσφεύγοντος συνομολογούμενη, βλ. παρακάτω, διάσταση μεταξύ της ειδικής τεχνικής περιγραφής προϊόντος και του δείγματος που αυτός υπέβαλε. Συνεπώς, ούτε ως προς τον πέμπτο λόγο χωρεί εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου και επομένως παρέλκει η εξέτασή του λόγω της κατά τα ως άνω ούτως ή άλλως έλλειψης εννόμου συμφέροντος, ο δε τρίτος και τέταρτος λόγος της προσφυγής του, που βάλλουν κατά της αποδοχής του παρεμβαίνοντος είναι και προδήλως άσχετοι ως προς τους λόγους αποκλεισμού του προσφεύγοντος. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή, καταρχήν (και υπό μόνη την επιφύλαξη της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης όσον αφορά ειδικώς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής) όσον αφορά το πρώτο σκέλος της, ήτοι καθ' ο μέρος ο προσφεύγων βάλλει κατά του αποκλεισμού του και επομένως όσον αφορά τον πρώτο και δεύτερο, βλ. παραπάνω σκ. 2, λόγο της προσφυγής του και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία ως προς αυτούς. Σημειωτέον, ότι η τυχόν αποδοχή του πρώτου σκέλους της προσφυγής, ναι μεν κατά τα ως άνω, θα επιφέρει την ακύρωση της προσβαλλομένης κατά το μέρος τούτο, με αποτέλεσμα, όμως και η

Αριθμός απόφασης: 268/2018

ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου να απολέσει το νόμιμο έρεισμά της, όμως η περαιτέρω ανάδειξη της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς και κατ' αποτέλεσμα του προσωρινού αναδόχου θα πρέπει να λάβει χώρα από την αναθέτουσα.

4. Επειδή, ο παρεμβαίνων με την από 31-3-2018 νομίμως υπογεγραμμένη παρέμβασή του, που ασκήθηκε εμπροθέσμως εντός του κατ' άρ. 362 παρ. 3 Ν. 4412/2016 δεκαημέρου από την από 22-3-2018 κοινοποίηση της προσφυγής και μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού ο παρεμβαίνων που έγινε αποδεκτός σε αμφότερα τα στάδια δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της προσβαλλομένης ως προς αμφότερα τα προσβαλλόμενα αυτής σκέλη, ήτοι πρώτον καθ' ο μέρος εκρίθη ως προσφεύγων ως αποκλειστέος ήδη κατά το στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών και δεύτερον καθ' ο μέρος αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος. Πλην όμως, δεδομένου ότι η άρση του αποκλεισμού του προσφεύγοντος θα επιφέρει κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος περιορίζεται ούτως ή άλλως στους πρώτους δύο λόγους της προσφυγής, η παρέμβαση πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή μόνο όσον αφορά τους παραπάνω λόγους και να εξεταστεί και αυτή περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή, με την ως άνω παρέμβαση ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι η μορφολογική αναντιστοιχία και διαφορά μεταξύ των οργάνων που προσκομίστηκαν ως δείγμα και του προσπέκτους που είχε κατατεθεί στον φάκελο τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος προέκυψε εμπειρικά και τα μέλη της Επιτροπής του Διαγωνισμού, που εξέτασε τα δείγματα απέκτησαν ίδιαν γνώση του γεγονότος, με τις αισθήσεις τους, στο δε πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού που συμπεριλαμβάνεται στην πιο πάνω με αριθμό 52/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (Πρακτικό 1ο, αριθμ πρωτ. 4910/26-1-2018) αναφέρεται ρητά η συγκεκριμένη πλημμέλεια ως εξής : *«Τα δείγματα που κατέθεσε η εταιρεία ... [προσφεύγων] με αρ. ηλεκτρονικού φακέλου 87352, παρουσίαζαν για το μεν όργανο «παράλληλες μπάρες» εμφανισιακή (μορφολογική) διαφορά με το prospect του αντίστοιχου όργανο που κατατέθηκε στην Τεχνική Προσφορά και για τα δύο όργανα δε*

Αριθμός απόφασης: 268/2018

(«παράλληλες μπάρες» και «ποδήλατο») δεν προσκόμισε τη βάση στήριξης, που σημειωτέων είναι κοινή για όλα τα όργανα άθλησης ενηλίκων. Προκειμένου να συνεχιστεί ο διαγωνισμός και επειδή στο άρθρο 7.2 της Διακήρυξης αναφέρουμε ότι: “Ενδεικτικά για τον εξοπλισμό των οργάνων άθλησης θα προσκομισθούν: Ένα δείγμα του προσφερόμενου είδους «Όργανο ποδήλατο» και ένα δείγμα του προσφερόμενου είδους «Όργανο παράλληλες μπάρες», η Επιτροπή Διαγωνισμού προτείνει να γίνουν αποδεκτές οι προσφορές όλων των διαγωνιζόμενων” υπογραμμίζοντας τη λέξη «δείγμα» της συγκεκριμένης διάταξης της Διακήρυξης. Ειδικότερα, όσον αφορά την αναντιστοιχία του οργάνου «παράλληλες μπάρες» που προσκομίστηκε σε δείγμα με το όργανο που απεικονίζεται στο prospect (τεχνικό φυλλάδιο) που συμπεριλαμβάνει στην προσφορά του ο προσφεύγων, την οποία ο τελευταίος συνομολογεί, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς τους, κατά το άρ. 7.2 της διακήρυξης, να υποβάλουν “ειδικό τεύχος τεχνικής περιγραφής, στο οποίο θα δίδεται λεπτομερής περιγραφή για κάθε προμηθευόμενο είδος, συντεταγμένη με την ίδια σειρά και αρίθμηση όπως ο ενδεικτικός προϋπολογισμός, συνοδευόμενη από prospectus ή καταλόγους που θα επαληθεύουν τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου είδους. Στα παραπάνω έντυπα θα πρέπει να διευκρινίζεται ο τύπος που προσφέρεται με τρόπο μονοσήμαντο, έτσι ώστε να μη δημιουργείται καμιά αμφιβολία ως προς την ταυτότητά του. Παράβαση του όρου αυτού θεωρείται ότι συνεπάγεται αοριστία της προσφοράς και απορρίπτεται ως απαράδεκτη». Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι το πιστοποιητικό EN 16630 δεν περιλαμβάνει φωτογραφίες των οργάνων, ούτε αναλυτική περιγραφή αυτών, η δε διακήρυξη απαιτεί την προσκόμιση τεχνικού φυλλαδίου (βλ. αρ. 7.2 της Διακήρυξης) δηλαδή του prospectus και σε κανένα σημείο δεν αναφέρεται η αναγκαιότητα προσκόμισης κάποιου άλλου εγγράφου τύπου «ανάλυσης δοκιμής «testreport», στο οποίο αναφέρεται η προσφεύγουσα, εφόσον δε ο προσφεύγων κατέθεσε κάποιο άλλο έγγραφο που δεν απαιτείτο από τη Διακήρυξη, στο οποίο υπάρχει η απεικόνιση οργάνων, αυτό δεν μπορεί να υποκαταστήσει το τεχνικό φυλλάδιο, που επί ποινή αποκλεισμού απαιτείτο και δεν είναι δυνατό να ληφθεί υπ’ όψιν για την κάλυψη της ουσιώδους αυτής πλημμέλειας, δεδομένου μάλιστα ότι η σχετική

Αριθμός απόφασης: 268/2018

παράβαση τίθεται με ποινή ακυρότητας της προσφοράς του διαγωνιζόμενου. Επιπλέον, όσον αφορά την προσκόμιση δειγμάτων χωρίς τη βάση στήριξης, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι η αναφορά της Επιτροπής Διαγωνισμού περί αποδοχής, παρά την ως άνω έλλειψη, της προσφοράς του προσφεύγοντος «*προκειμένου να συνεχιστεί ο διαγωνισμός..*» δεν μπορεί να αποτελεί επαρκή αιτιολογία. Επιπλέον, ότι η λέξη «δείγμα» που αναφέρεται στο κείμενο της διάταξης του άρθρου 7 παρ. 2 εδ. 2 της Διακήρυξης δεν είναι δυνατό να ερμηνευτεί με τόπο που να σημαίνει «τμήμα». Η διακήρυξη απαιτεί την προσκόμιση δείγματος συγκεκριμένων οργάνων, ολόκληρων, όχι τμήματος μόνο αυτών. Δείγμα οργάνου δεν μπορεί να σημαίνει παρά δείγμα ολόκληρου οργάνου μαζί με τη βάση στήριξής του και όχι δείγμα τμήματος οργάνου. Η βάση στήριξης των οργάνων αποτελεί μέρος του προσφερόμενου οργάνου, το οποίο είναι αδύνατο να σταθεί χωρίς αυτήν. Ολοκληρωμένο δείγμα προσφερόμενου οργάνου μπορεί να νοηθεί μόνο αυτό που περιλαμβάνει και τη βάση της στήριξής του και σε καμία περίπτωση ένα όργανο χωρίς τη βάση της στήριξής του, που δεν μπορεί να σταθεί, ούτε να κριθεί αν είναι δυνατό να σταθεί χωρίς να εμφανιστεί η βάση της στήριξής του, ώστε να προκύψει αν μπορεί να βιδωθεί και να προσαρμοστεί πάνω σ' αυτήν. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων αιτιάται πως το ότι οι βάσεις στήριξης είναι όμοιες για όλα τα όργανα, δεν μπορεί να αποτελεί λόγο που να δικαιολογεί την παράλειψη της προσαγωγής του τμήματος αυτού του οργάνου, όταν το όργανο προσκομίζεται σε δείγμα, καθώς, όπως αναφέρθηκε αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα του προκειμένου να σταθεί και να χρησιμοποιηθεί και μόνο μαζί με τη βάση στήριξης μπορεί να νοηθεί ως ενιαίο όργανο. Επίσης, ότι αν δεν προσκομιστεί η βάση, δεν μπορεί να διαπιστωθεί αν το τμήμα του οργάνου που προσκομίζεται ως δήθεν δείγμα, μπορεί να προσαρμοστεί στη συγκεκριμένη αυτή βάση, έστω και αν αυτή είναι κοινή για τα όργανα των ενηλίκων. Επιπλέον, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι ο ίδιος προσκόμισε ως δείγματα ολόκληρα τα όργανα μετά των βάσεών τους, το ότι δε το υπ' αριθμ. 6/16-1-2018 Δελτίο Αποστολής των δειγμάτων προς την Αναθέτουσα Αρχή αναφέρει δύο όργανα δεν σημαίνει ότι δεν προσκομίστηκαν και οι βάσεις, διότι αυτά εννοήθηκαν στο δελτίο αποστολής ως ολόκληρα μαζί με τη βάση στήριξής τους, η οποία δεν ήταν δυνατό να καταγράφεται ξεχωριστά αφού αποτελεί με τμήμα των οργάνων και ενιαίο σύνολο με αυτά. Το γεγονός αυτό

Αριθμός απόφασης: 268/2018

διαπιστώθηκε από τους παραλαβόντες τα όργανα – δείγματα, και από τα αρμόδια όργανα του Δήμου Καλλιθέας και έτσι ουδεμία παρατήρηση σχετικά με τα συγκεκριμένα δείγματα καταγράφηκε σε βάρος του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς είναι σαφές ότι η προσφεύγουσα προβάλλει έναν εντελώς ψευδή ισχυρισμό σε βάρος της εταιρείας μας, που επ' ουδενί μπορεί να συναχθεί από το συγκεκριμένο Δελτίο Αποστολής, ούτε ασφαλώς, από οποιοδήποτε άλλο στοιχείο. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι στο κείμενο της απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής συμπεριλαμβάνεται το Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, όπου περιγράφεται με σαφήνεια η πλημμέλεια και η Οικονομική Επιτροπή αναφέρει ρητά το άρθρο της Διακήρυξης στο οποίο προσκρούει η πλημμέλεια αυτή. Το γεγονός ότι η Οικονομική Επιτροπή δεν οδηγήθηκε στο ίδιο συμπέρασμα με την Επιτροπή του Διαγωνισμού, αποτελεί κατ' αρχήν νόμιμο δικαίωμα της και νόμιμη άσκηση της αρμοδιότητάς της να ερμηνεύει και να τηρεί τους όρους της Διακήρυξης την οποία εφαρμόζει. Ως αιτιολογία των διοικητικών πράξεων νοείται γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Εν προκειμένω στην απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, αναφέρονται όλα τα παραπάνω στοιχεία, ώστε αυτή να καθίσταται σαφώς και επαρκώς αιτιολογημένη. Η Οικονομική Επιτροπή έκρινε ότι η προσφορά του προσφεύγοντος «... δεν είναι σύμφωνη με το άρθρο 7 της Διακήρυξης», μη υιοθετώντας τη θέση της Επιτροπής Διαγωνισμού ότι χάριν της συνέχισης του διαγωνισμού, ως «δείγμα» ας θεωρηθούν τα όργανα χωρίς τη βάση της στήριξής τους και ας παρακαμφθεί το γεγονός της αναντιστοιχίας του προσκομιζόμενου οργάνου με εκείνο που απεικονίζεται στο prospect που περιλαμβάνεται στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς της διαγωνιζόμενης. Εξάλλου, κατά τον παρεμβαίνοντα η προσβαλλόμενη τήρησε την αρχή της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης, ως και της υποχρέωσης διαφάνειας. Τέλος, ο παρεμβαίνων αναφέρει ότι το γεγονός ότι η οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος είναι χαμηλότερη της

Αριθμός απόφασης: 268/2018

δικής του, δεν μπορεί να δικαιολογήσει την κάμψη των ως άνω αρχών.

6. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 28.3.2018 και με αρ. πρωτ. 19821/30-3-2018 Απόψεις της, που διαβιβάστηκαν στην ΑΕΠΠ την 30-3-2018, ισχυρίζεται τα εξής όσον αφορά τους πρώτους δύο, κατά τα ως άνω παραδεκτώς προβαλλόμενους, λόγους της προσφυγής, ήτοι περί αποκλεισμού του προσφεύγοντος. Ότι δεν πληρούνταν τα επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενα του άρ. 7 της διακήρυξης, η δε αναντιστοιχία μεταξύ του απεικονιζόμενου στο προσπέκτους οργάνου και του υποβληθέντος ως δείγματος καθιστούσε αμφίβολο το αληθές αντικείμενο της προσφοράς και συνεπώς, την τελευταία αόριστη και απαράδεκτη. Τα δε υποβληθέντα ως δείγματα όργανα δεν ήταν προσήκοντα, αλλά ελλιπή, αφού υποβλήθηκαν αποκομμένα από τη βάση στήριξής τους χωρίς την οποία δεν νοούνται και δεν μπορούν να τύχουν ελέγχου, λόγος για τον οποίο εξάλλου, ζητούνται τα δείγματα. Περαιτέρω, η αναθέτουσα δηλώνει ότι ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι ο παρεμβαίνων δεν προσκόμισε ούτε αυτός τις βάσεις στήριξης είναι αναληθής και αυτός τις προσκόμισε όντως. Εξάλλου, κατά την αναθέτουσα, η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν συνιστά παρά όργανο που εκφέρει απλή γνώμη, η δε Οικονομική Επιτροπή ως αποφαινόμενο όργανο μπορεί να διαφοροποιηθεί από την κρίση της τελευταίας, καταλήγοντας σε άλλο συμπέρασμα, εφόσον βασίζεται στις καταρχήν παρατηρήσεις και επισημάνσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού, ουδόλως εμποδιζόμενη όπως αξιολογήσει αυτές με διαφορετικό τρόπο.

7. Επειδή, καταρχάς, αβάσιμα ως και αλυσιτελώς προβάλλονται οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί του ότι η οικονομική προσφορά του ήταν χαμηλότερη του αναδειχθέντος ως προσωρινού αναδόχου και νυν παρεμβαίνοντος (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2018), αφού ο παρεμβαίνων δεν ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος επί τη βάσει τυχόν παράβασης του κριτηρίου ανάθεσης της διακήρυξης, αλλά επειδή η προσφορά του ήταν όντως η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής, μεταξύ βέβαια όσων κρίθηκαν ως καταρχήν αποδεκτές. Η δε προσφορά του προσφεύγοντος δεν αξιολογήθηκε ούτως ή άλλως ως αποδεκτή, ήδη κατά το στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών

Αριθμός απόφασης: 268/2018

προσφορών και άρα και κατά το στάδιο οικονομικών προσφορών και επομένως δεν συγκρίθηκε και συναξιολογήθηκε μετά αυτής του παρεμβαίνοντος που κρίθηκε ως αποδεκτή. Εξάλλου, σύμφωνα με τα άρ. 86, 88 και 100 παρ. 2 περ. γ' Ν. 4412/2016, ως και τα γενικώς ισχύοντα στους δημοσίους διαγωνισμούς, η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, ανεξαρτήτως μάλιστα του κριτηρίου ανάθεσης, αναδεικνύεται μεταξύ των καταρχήν παραδεκτών και αποδεκτών προσφορών, οι οποίες είναι και οι μόνες που λαμβάνονται υπόψη και συγκρίνονται μεταξύ τους για την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Στην ειδικότερη περίπτωση όπου το κριτήριο ανάθεσης είναι αποκλειστικά η τιμή, όπως εν προκειμένω, η αποκλεισθείσα, για οιονδήποτε λόγο, οικονομική προσφορά, δεν λαμβάνεται υπόψη για την κρίση της χαμηλότερης προσφοράς, η οποία ανευρίσκεται μεταξύ αποκλειστικά και μόνο των αποδεκτών οικονομικών προσφορών, οι οποίες προϋποθέτουν αποδεκτή συμμετοχή στο προηγούμενο στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017) και επομένως, το ύψος της οικονομικής προσφοράς που κρίθηκε ως μη αποδεκτή δεν έχει οιαδήποτε έννομη σημασία για την κρίση επί της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, άρα και για την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου, ομοίως δε στερείται κάθε σημασίας η όποια σύγκριση μεταξύ αποκλεισθείσας οικονομικής προσφοράς και ύψους οικονομικής προσφοράς που προσέφερε ο προσωρινός ανάδοχος ή και έτερος πλην αποδεκτός προσφέρων (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2018).

8. Επειδή, από τον συνδυασμό των άρ. 91 παρ. 1 περ. α' και 94 παρ. 4 Ν. 4412/2016, ως και του άρ. 54 του ίδιου νόμου, προκύπτει ότι, ελλείψει ειδικότερης αντίθετης πρόβλεψης της διακήρυξης, εφόσον προσφερόμενο προϊόν αποδεικνύεται ότι δεν πληροί τα ζητούμενα στις τεθείσες από αυτήν τεχνικές προδιαγραφές (βλ. και ΣτΕ ΕΑ 61/2011, 1740/2004), η τεχνική προσφορά είναι απορριπτή κατά το αντίστοιχο μέρος της (ήτοι όσον αφορά διαγωνισμό διενεργούμενο σε τμήματα, όσον αφορά το προκείμενο προϊόν, ενώ αν η προσφορά και ανάδειξη του αναδόχου αφορά το σύνολο της προμήθειας για όλα τα είδη είναι εν όλω απορριπτή η προσφορά). Περαιτέρω, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική

Αριθμός απόφασης: 268/2018

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 VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε 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 κ.λπ.). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ C-19/00, Siac Construction Ltd, Απόφαση της 18.10.2001, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Απόφαση της 25.04.1996, σκέψη 54 κ.λπ.). Επιπλέον, η αναθέτουσα η οποία διενεργεί τον διαγωνισμό υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται στη διακήρυξη, χωρίς μεταγενέστερες το πρώτον κατά την αξιολόγηση νέες ερμηνείες που μεταβάλλουν το περιεχόμενό της ανά περίπτωση (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003). Η δε παράβαση των διατάξεων της διακήρυξης, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Εξάλλου (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 17, 65, 66, 70, 94, 115, 121, 148, 174, 181, 182, 214/2017 και 28, 96, 140, 145 και 177, 146, 147, 171, 174, 191, 195, 237/2018), σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους ή χαρακτηρίζει όρους ως «απαράβατους», είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (πρβλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως δεν είναι δυνατή και η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της

Αριθμός απόφασης: 268/2018

προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάσει των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών). Κατά τα ως άνω, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη 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 ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά και πανηγυρικά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή απόρριψης ή

Αριθμός απόφασης: 268/2018

αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Το ίδιο αφορά προφανώς και τη συνδρομή τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες προβλέπονται σε κάθε περίπτωση από τη διακήρυξη (Απόφαση ΑΕΠΠ 195/2018). Ούτως, η διακήρυξη δεν επιτρέπεται ούτε να ερμηνεύεται το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης δημιουργικά και με τρόπο που καταργεί τις απαιτήσεις που η ίδια είχε θέσει, ώστε να διασώζονται προσφορές που τις έχουν παραβεί και να καλύπτονται οι ουσιώδεις ελλείψεις αυτών και όλα τα ανωτέρω, επιπλέον του γεγονότος ότι και το ίδιο το δείγμα, θα πρέπει κατ' άρ. 214 Ν. 4412/2016, ως το κατ' ουσία αντικείμενο που προσφέρεται, να είναι σύμφωνο με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης.

9. Επειδή, κατά τον όρο 7.2 της Διακήρυξης περί περιεχομένου της Τεχνικής Προσφοράς, προβλέπεται ότι *«Με την προσφορά επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό η διαγωνιζόμενη εταιρεία υποχρεούται:... να προσκομίσει πιστοποιητικά EN 16630 ή ισοδύναμα για κάθε όργανο γυμναστικής που περιλαμβάνεται στη μελέτη. ... Με την προσφορά τους οι διαγωνιζόμενοι πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να υποβάλλουν ειδικό τεύχος τεχνικής περιγραφής, στο οποίο θα δίδεται λεπτομερής περιγραφή για κάθε προμηθευόμενο είδος, συντεταγμένη με την ίδια σειρά και αρίθμηση όπως ο ενδεικτικός προϋπολογισμός, συνοδευόμενη από prospectus ή καταλόγους που θα επαληθεύουν τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου είδους. Στα παραπάνω έντυπα θα πρέπει να διευκρινίζεται ο τύπος που προσφέρεται με τρόπο μονοσήμαντο, έτσι ώστε να μη δημιουργείται καμία αμφιβολία ως προς την ταυτότητά του. Παράβαση του όρου αυτού θεωρείται ότι συνεπάγεται αοριστία της προσφοράς και απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Ο συμμετέχων θα πρέπει να καταθέσει, επί ποινή αποκλεισμού, δείγματα των προσφερόμενων ειδών. Συγκεκριμένα ο διαγωνιζόμενος οφείλει να προσκομίσει, επί ποινή αποκλεισμού, δείγματα όπως αναφέρονται στις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης, ως εξής:...2. Ενδεικτικά για τον εξοπλισμό οργάνων άθλησης θα προσκομιστούν: Ένα δείγμα του προσφερόμενου είδους “Όργανο ποδήλατο” και ένα δείγμα του προσφερόμενου είδους “Όργανο παράλληλες μπάρες”. Κάθε δείγμα, θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να βρίσκεται σε ξεχωριστή συσκευασία με ευκρινώς αναγραφόμενα τον αριθμό και τίτλο του άρθρου της μελέτης, τη διακριτή εμπορική ονομασία του προϊόντος, τη σφραγίδα του*

Αριθμός απόφασης: 268/2018

προσφέροντος και την επωνυμία του κατασκευαστή. Όλα τα δείγματα θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να είναι τοποθετημένα σε ξεχωριστή συσκευασία με τον τίτλο «ΔΕΙΓΜΑΤΑ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» και τις λοιπές ενδείξεις του κυρίως φακέλου και να κατατεθούν στο πρωτόκολλο του Δήμου, έως και μία (1) εργάσιμη ημέρα πριν την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς τους, συνοδευόμενα από Δελτίο Αποστολής προς τον Δήμο Καλλιθέας.». Ομοίως, κατά τον όρο της Διακήρυξης στο «ΑΡΘΡΟ 10^ο: ΠΡΟΣΚΟΜΙΣΗ ΔΕΙΓΜΑΤΟΣ» ορίζεται ότι “ Ο κάθε συμμετέχων θα πρέπει να καταθέσει, επί ποινή αποκλεισμού, δείγματα των προσφερόμενων ειδών όπως ορίζεται.”. Περαιτέρω, κατά το άρθρο 9ο της Διακήρυξης “ΤΡΟΠΟΣ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ” παρ. 19 ορίζεται ότι “Αποκλίσεις από τους παράβατους όρους της διακήρυξης έχουν ως συνέπεια τον αποκλεισμό των προσφορών. Επισημαίνεται ότι οι απαιτήσεις της Υπηρεσίας αποτελούν στο σύνολό τους παράβατους όρους και η οποιαδήποτε μη συμμόρφωση προς αυτές συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς.”. Εξάλλου, κατ’ άρ. 91 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι “1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των παραβάτων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102.”. Εξάλλου, κατά το Προίμιο της Διακήρυξης “Στο διαγωνισμό θα υποβληθούν προσφορές για το σύνολο των υλικών της κάθε ΟΜΑΔΑΣ του ενδεικτικού προϋπολογισμού της προμήθειας. Οι προσφορές, επί ποινή αποκλεισμού, θα περιλαμβάνουν το σύνολο των προς προμήθεια ειδών της κάθε ΟΜΑΔΑΣ του ενδεικτικού προϋπολογισμού και η κατακύρωση θα γίνει στον οικ. φορέα που θα προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή στο σύνολο των ειδών της κάθε ΟΜΑΔΑΣ”.

Αριθμός απόφασης: 268/2018

Συνεπώς, η ουσιώδης έλλειψη της προσφοράς όσον αφορά έστω και ένα είδος έκαστης Ομάδας συνιστά μη αναπληρώσιμη έλλειψη της όλης προσφοράς, η οποία δεν μπορεί να διαχωρισθεί ανά προϊόν και ως εκ τούτου κρίνεται ως απορριπτέα και απαράδεκτη στο σύνολό της και επομένως οδηγείται σε αποκλεισμό το σύνολο της προσφοράς για την Ομάδα (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 17 και 98/2017). Στα είδη της Ομάδας 2 του διαγωνισμού άνηκε και το όργανο «παράλληλες μπάρες» κατά την Τεχνική Περιγραφή στο Προσάρτημα Β ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ της διακήρυξης.

10. Επειδή, κατά το άρ. 214 Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι “1. Τα δείγματα που χρησιμοποιούνται κατά την διενέργεια των προμηθειών υπάγονται στις παρακάτω κατηγορίες: α) Δείγματα φορέων. Στην κατηγορία αυτή υπάγονται τα δείγματα που αποστέλλουν οι φορείς για τους οποίους προορίζονται τα προς προμήθεια υλικά, βάσει και των οποίων θα πραγματοποιηθεί η προμήθεια. β) Δείγματα οικονομικών φορέων. Στην περίπτωση αυτή υπάγονται τα δείγματα που καταθέτουν οι οικονομικοί φορείς όταν απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης. γ) Δείγματα προμηθευτών από τα προς παραλαβή συμβατικά υλικά. Στην κατηγορία αυτή υπάγονται τα δείγματα που λαμβάνονται από τις επιτροπές παραλαβής προς δειγματισμό των υλικών που παραδίδουν οι προμηθευτές σε εκτέλεση της σύμβασης. 2. Κάθε δείγμα, ανάλογα με τη φύση του προς προμήθεια υλικού, πρέπει να είναι σε ποσότητα ή μέγεθος απόλυτα επαρκές για την σχετική μηχανική, χημική ή μακροσκοπική εξέταση ή πρακτική δοκιμασία. Η ποσότητα ή το μέγεθος των δειγμάτων μπορεί να ορίζονται: β) Στα έγγραφα της σύμβασης, προκειμένου για δείγματα οικονομικών φορέων (κατηγορία β’). ... 3. Τα δείγματα όλων των κατηγοριών κατατίθενται στην αρμόδια υπηρεσία, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα έγγραφα της σύμβασης, εις διπλούν (δείγμα - αντίδειγμα) με εξαίρεση: ... 5. ... Τα δείγματα της κατηγορίας β’ πρέπει να είναι, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές. Αν από τη διακήρυξη προβλέπεται επίσημο δείγμα, τότε τα δείγματα της κατηγορίας β’ θα πρέπει να είναι, σύμφωνα και με το επίσημο δείγμα. Τα δείγματα της κατηγορίας β’ αξιολογούνται κατά το στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς με τρόπο που καθορίζεται σαφώς στα έγγραφα της σύμβασης (μακροσκοπικός έλεγχος, εργαστηριακός έλεγχος, πρακτική δοκιμασία ή συνδυασμός αυτών). ... 8. Κατά την αξιολόγηση των

Αριθμός απόφασης: 268/2018

προσφορών από το αρμόδιο όργανο, τίθενται υπόψη του και τα σχετικά δείγματα. Εφόσον για τη διενέργεια του ελέγχου από το αρμόδιο όργανο είναι απαραίτητη η αποσφράγιση του δείγματος, αυτή γίνεται ενώπιον υπαλλήλου της υπηρεσίας τήρησης των δειγμάτων, μετά δε τον έλεγχο, γίνεται επανασφράγιση του δείγματος. Επίσης, ενώπιον του υπαλλήλου της υπηρεσίας δειγμάτων γίνεται, όταν απαιτείται, λήψη μέρους του δείγματος. 9. Η έγκριση των δειγμάτων και αντιδειγμάτων γίνεται από το αρμόδιο για την τεχνική αξιολόγηση των προσφορών όργανο ως εξής: ... - Των δειγμάτων που καταθέτουν οι οικονομικοί φορείς κατά τη διενέργεια της διαδικασίας ανάθεσης, μετά την κατακύρωση της προμήθειας. - Τα επίσημα δείγματα παραλαμβάνονται από την επιτροπή παραλαβής για να χρησιμοποιηθούν κατά το στάδιο των ελέγχων και επιστρέφονται μετά το πέρας της παραλαβής των υλικών, εφόσον, λόγω της φύσης τους, δεν καταστρέφονται κατά την διαδικασία των ελέγχων...". Συνεπώς, εν προκειμένω, τα ζητούμενα από τη διακήρυξη δείγματα ανήκουν στην περ. β' του άρ. 214 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ήτοι στα δείγματα οικονομικών φορέων, τα οποία όφειλαν να προσκομιστούν ως όριζαν τα έγγραφα της σύμβασης, να είναι σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές και προσκομίζονται προκειμένου να αξιολογηθούν ως αναπόσπαστο τμήμα της τεχνικής προσφοράς και να εγκριθούν, ως προϋπόθεση έγκρισης της τεχνικής προσφοράς, από το όργανο του διαγωνισμού.

11. Επειδή, κατά τα ανωτέρω προβλεπόμενα στη διακήρυξη, που έγιναν ανεπιφύλακτα αποδεκτά από τον προσφεύγοντα, ως απαραίτητο και δη επί ποινή αποκλεισμού, περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς, ορίστηκε αφενός η προσκόμιση ειδικής τεχνικής περιγραφής, από την οποία θα προέκυπτε με συγκεκριμένο και ειδικό τρόπο η ταυτότητα εκάστου υπό προμήθεια προϊόντος, αφετέρου, όσον αφορά την προκείμενη Ομάδα Β η υποβολή δείγματος, για τα δύο υπό προμήθεια προϊόντα (εκ των 10 συνολικώς που αποτελούσαν την Ομάδα 2, κατά το Προσάρτημα Β-Τεχνική Περιγραφή της Διακήρυξης), δηλαδή τα συγκεκριμένα προϊόντα που θα είχαν κατά τα ανωτέρω περιληφθεί στην ειδική τεχνική περιγραφή. Εξάλλου, ομοίως επί ρητή ποινή αποκλεισμού, έπρεπε να προσκομιστεί και πιστοποιητικό EN 16630 ή ισοδύναμο για τα συγκεκριμένα προσφερόμενα όργανα γυμναστικής.

Σημειωτέον δε, ότι η διακήρυξη όχι μόνο όρισε με σαφήνεια την ποινή αποκλεισμού για παράβαση οιασδήποτε εκ των ως άνω δύο υποχρεώσεων, αλλά επιπλέον προσδιόρισε ότι τα προσφερόμενα προϊόντα θα έπρεπε να προκύπτουν όχι απλώς ως προς τα εν γένει χαρακτηριστικά τους, αλλά με τρόπο, που δεν θα άφηνε καμία αμφιβολία για την ταυτότητά τους (μονοσήμαντα), δηλαδή όσον αφορά το είδος, τα αναλυτικά χαρακτηριστικά και την κατασκευή τους. Ομοίως δε, τα δείγματα που έπρεπε να προσκομιστούν δεν αρκούσε να είναι απλώς παρόμοια (βλ. αμέσως παρακάτω περί του όρου «ενδεικτικά») ή εν γένει χαρακτηριστικά των προσφερόμενων προϊόντων, αλλά αυτά καθαυτά τα προσφερόμενα προϊόντα, όπως ζητούνται ολοκληρωμένα από τη διακήρυξη και όπως προορίζονται για παράδοση, και δη, επί ποινή αποκλεισμού. Ουδόλως δε, η αναφορά του άρθρου 7.2 της διακήρυξης ότι *«Ενδεικτικά για τον εξοπλισμό οργάνων άθλησης θα προσκομιστούν: Ένα δείγμα του προσφερόμενου είδους “Όργανο ποδήλατο” και ένα δείγμα του προσφερόμενου είδους “Όργανο παράλληλες μπάρες”*, έχει την έννοια, δεδομένου και του σαφέστατου και εξαντλητικού περιεχομένου των οικείων όρων των άρθρων 7.2, 9 και 10 της διακήρυξης περί ποινής αποκλεισμού, ότι επιτρεπόταν η προσκόμιση εσφαλμένων δειγμάτων ή δειγμάτων διαφορετικών από τα προσφερόμενα και περιγραφόμενα στην απαιτούμενη επί ποινή αποκλεισμού ειδική τεχνική περιγραφή ως και εκεί απεικονιζόμενα εξαντλητικά, προϊόντα, η δε έννοια της λέξης ενδεικτικά ήταν ότι θα προσκομιστεί μόνο ένα (1) δείγμα και μάλιστα μόνο για το “ποδήλατο” και τις “παράλληλες μπάρες”, έναντι των, κατά το Προσάρτημα Β-Τεχνική Περιγραφή της διακήρυξης, δέκα (10) συνολικά οργάνων που απάρτιζαν την Ομάδα 2 (δηλαδή αρκούσε δείγμα μόνο για αυτά τα 2 είδη αντί και για τα 10). Συνεπώς, η διάσταση μεταξύ του προσφερόμενου προϊόντος ως προέκυπτε από το ειδικό τεύχος τεχνικής περιγραφής και του προσφερόμενου προϊόντος, ως προέκυπτε από το δείγμα, αποτελούσε παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης. Εξάλλου, ασχέτως των ειδικών επί ποινή αποκλεισμού προβλέψεων που περιλαμβάνει η διακήρυξη, μια τέτοια διάσταση καθιστά ούτως ή άλλως οποιαδήποτε προσφορά αντιφατική και αόριστη, αφού δεν προκύπτει με σαφήνεια ποιο είναι το εν τέλει αγαθό που προσφέρει ο προσφέρων, πολλώ δε μάλλον αφού ο σκοπός προσκόμισης του δείγματος είναι ο φυσικός έλεγχος εκ των οργάνων του διαγωνισμού, των

χαρακτηριστικών και της επάρκειάς του. Ούτως, η προσκόμιση δείγματος άλλου από το προϊόν που φέρεται ως προσφερθέν με την ειδική τεχνική περιγραφή, καθιστά και αδύνατο τον έλεγχο αυτό, άρα και τον ίδιο τον λόγο ζήτησης και δη επί ποινή αποκλεισμού, του δείγματος, πέραν του ότι κατά τα ως άνω, δημιουργεί και πλήρη αοριστία ως προς το αληθές αντικείμενο της προσφοράς. Εξάλλου, μια τέτοια διάσταση, αν θεωρηθεί ότι το αληθώς προσφερθέν προϊόν είναι αυτό της ειδικής τεχνικής περιγραφής, συνιστά παράβαση της επί ποινή αποκλεισμού απαίτησης για προσκόμιση δείγματος, όπως και αντίστροφα, αν ληφθεί υπόψη ως αληθώς προσφερθέν προϊόν αυτό του δείγματος, παράβαση του, ομοίως επί ποινή αποκλεισμού τεθέντος όρου περί ειδικής και σαφούς τεχνικής περιγραφής του προσφερόμενου προϊόντος, με τρόπο που θα προκύπτει η ταυτότητά του με μονοσήμαντο τρόπο. Περαιτέρω, τα ζητούμενα δείγματα, όπως προκύπτει από τους ως άνω όρους της διακήρυξης, αφορούν το κάθε επιμέρους απαιτούμενο είδος, ως ολοκληρωμένο προϊόν όπως ζητείται και όπως πρέπει να παραδοθεί κατά τη διακήρυξη, δηλαδή ως αγαθό που τυγχάνει προμήθειας ώστε να χρησιμοποιηθεί κατά την προοριζόμενη σύμφωνα με τα αναλυτικώς εκ της διακήρυξης ζητούμενα, χρήση και εφαρμογή.

12. Επειδή, εν προκειμένω, όπως συνομολογεί ο προσφεύγων, αυτός όντως προσκόμισε άλλο δείγμα προϊόντος από αυτό που περιέγραψε και στοιχειοθέτησε στην επί ποινή αποκλεισμού προσκομισθείσα ειδική τεχνική περιγραφή του και δη ως προς το όργανο «παράλληλες μπάρες», το οποίο αποτελούσε αναγκαίο και αναπόσπαστο τμήμα της Ομάδας Β. Ο ίδιος μάλιστα, επικαλείται ως λόγο για την παραπάνω διάσταση την εκ παραδρομής του συμπερίληψης στην ειδική τεχνική περιγραφή φωτογραφίας και σχεδίου άλλου οργάνου αντί του προσφερομένου (καθ' ερμηνεία δε του δικογράφου, ο προσφεύγων επικαλείται ότι το αληθές προσφερόμενο ήταν αυτό του δείγματος). Ο δε προσφεύγων, όπως προκύπτει από την ειδική τεχνική περιγραφή που υπέβαλε στον διαγωνισμό, για το ζητούμενο όργανο «παράλληλες μπάρες-πάγκος κοιλιακών», αναφέρει μεν ως προσφερόμενο το προϊόν με κωδικό ... το οποίο και αφορά το προσκομισθέν πιστοποιητικό EN16630, που, τουλάχιστον ως υπεβλήθη από τον προσφεύγοντα με την προσφορά του στο ΕΣΗΔΗΣ ουδέν σχέδιο ή φωτογραφία προϊόντος φέρει. Ο

Αριθμός απόφασης: 268/2018

ίδιος ο προσφεύγων αποσαφηνίζει, ότι το προϊόν ..., δηλαδή αυτό που ονομαστικά αναφέρει η τεχνική προσφορά και η ειδική τεχνική περιγραφή του, δεν είναι αυτό του τεχνικού σχεδίου και των φωτογραφιών της ειδικής τεχνικής περιγραφής που επί ποινή αποκλεισμού υπέβαλε. Το πρώτον δε με την προσφυγή του, και προκειμένου να αποδείξει ότι το υποβληθέν ως δείγμα προϊόν του αφενός αντιστοιχεί στο προϊόν ..., αφετέρου δεν αντιστοιχεί στο τεχνικό σχέδιο και τις φωτογραφίες της τεχνικής περιγραφής που υπέβαλε, προσκομίζει ως σχετικό 1, ένα τεχνικό σχέδιο οργάνου/ανάλυση δοκιμής με αρ. 88.300.15.662.01, το οποίο και αντιστοιχεί στο υποβληθέν ως άνω πιστοποιητικό που διαφέρει, όπως μάλιστα και ο ίδιος δηλώνει από το τεχνικό σχέδιο ως και τις φωτογραφίες του οργάνου που περιέλαβε στην ειδική τεχνική περιγραφή του. Ούτως, ο προσφεύγων αποδεικνύει ότι, όπως προκύπτει από την προσβαλλομένη ως βάση αποκλεισμού του, ότι υπάρχει διάσταση και μεταξύ του δείγματος που υπέβαλε και του απεικονιζόμενου και περιγραφόμενου στην ειδική τεχνική περιγραφή προϊόντός του. Επιπλέον τούτου, όμως, συνομολογεί και ότι, τουλάχιστον σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του, υπέπεσε και σε δεύτερη σωρευτική επί ποινή αποκλεισμού πλημμέλεια, δηλαδή ότι υφίσταται διάσταση μεταξύ του φερόμενου στην, επί ποινή αποκλεισμού υποβληθείσα, τεχνική περιγραφή ως προσφερόμενου προϊόντος και του απεικονιζόμενου και δια του τεχνικού σχεδίου και των φωτογραφιών εκεί περιγραφόμενου και συνεπώς ότι το εκεί περιγραφόμενο και απεικονιζόμενο προϊόν ήταν άλλο από αυτό που προσέφερε και επομένως ότι αφενός δεν υπέβαλε τις φωτογραφίες και τα σχέδια του προϊόντος που όντως προσφέρει, αφετέρου υπέβαλε τις φωτογραφίες και τα σχέδια προϊόντος που ο ίδιος επικαλείται ότι δεν προσφέρει. Πλην όμως, δια των ως άνω ο προσφεύγων κατ' ουσία συνομολογεί δύο αυτοτελείς παραβάσεις επί ποινή αποκλεισμού όρων της διακήρυξης, οι οποίες ερείδονται στο ότι ακριβώς, όπως συνομολογεί και δη αποδεικνύει, η ειδική τεχνική περιγραφή του ως προς το ως άνω όργανο όχι μόνο ήταν ελλιπής και εσφαλμένη, αλλά αφορούσε κατ' ουσιώδες τμήμα της, ήτοι το τεχνικό σχέδιο και τις φωτογραφίες, δηλαδή την ίδια την εν τοις πράγμασι περιγραφή του προσφερόμενου οργάνου, έτερο και διαφορετικό προσφερόμενο προϊόν από το, τουλάχιστον κατά τον προσφεύγοντα, αληθώς προσφερόμενο και συνεπώς ήταν όντως αντιφατική και αόριστη. Τούτο, αφού η ειδική τεχνική

Αριθμός απόφασης: 268/2018

περιγραφή περιέγραφε και απεικόνιζε άλλο προϊόν από το προσφερόμενο. Επομένως, όπως συνομολογείται δια της προσφυγής, η τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος αφενός σωρευτικά παρέβη και τις δύο ως άνω αυτοτελείς και επί ποινή αποκλεισμού τεθείσες απαιτήσεις του άρ. 7.2 και 10 της διακήρυξης, δια της ως άνω διάστασης μεταξύ του περιγραφόμενου στην ειδική τεχνική περιγραφή προσφερόμενου προϊόντος, του αληθώς προσφερόμενου, κατ' αυτόν πάντα, και του υποβληθέντος ως δείγμα παρότι μάλιστα με σαφήνεια η διακήρυξη τόνιζε ότι η προσφορά θα εκλαμβάνόταν ως αόριστη, εφόσον καταλειπόταν περιθώριο αμφισβήτησης της ταυτότητας και των χαρακτηριστικών του προσφερόμενου προϊόντος. Αφετέρου, η τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος τελεί σε συνομολογούμενη και πρόδηλη αντίφαση και κατ' αποτέλεσμα αοριστία, ασχέτως μάλιστα των ως άνω τεθισών επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεων, κατέστη όλως αόριστη και ανεπίδεκτη αξιολόγησης, αφού δεν ήταν κατά τον χρόνο της αξιολόγησης δυνατό για την αναθέτουσα να γνωρίζει με βεβαιότητα ποιο όντως προϊόν προσφερόταν (των φωτογραφιών και του σχεδίου της ειδικής τεχνικής περιγραφής ή του δείγματος ή του πιστοποιητικού ή του κατονομαζόμενου αλλά μη περιγραφόμενου και απεικονιζόμενου στην τεχνική περιγραφή) και επιπλέον, σε τι αντιστοιχεί το προσκομισθέν δείγμα (το οποίο πάντως, ουδόλως αποδεικνύεται ούτε καν ότι ήταν αυτό του προϊόντος που το πρώτον επικαλείται ο προσφεύγων ότι αληθώς προσέφερε ή μάλλον σκοπούσε να προσφέρει), που υπεβλήθη προς αξιολόγηση ακριβώς προς διακρίβωση του ότι η ειδική τεχνική περιγραφή (η οποία όμως εν προκειμένω περιέγραφε και απεικόνιζε άλλο προϊόν) ήταν ορθή.

13. Επειδή, τα παραπάνω ουδόλως μπορούν να θεραπευθούν από το ότι αλυσιτελώς πλέον, ο προσφεύγων αποπειράται ενώπιον της ΑΕΠΠ να διορθώσει την αοριστία αυτή, με την προσκόμιση ορθού σχεδίου (όχι και των φωτογραφιών) για το κατ' αυτόν αληθώς προσφερόμενο προϊόν. Και τούτο, ασχέτως του ότι εν τέλει δεν είναι καν γνωστό ούτε απεδείχθη ότι και αυτό το προϊόν που προσκομίστηκε ως δείγμα κατά την υποβολή της τεχνικής προσφοράς, ταυτίζεται με το προϊόν που τώρα επικαλείται ότι αληθώς προσέφερε. Σε κάθε περίπτωση, όλες οι ως άνω επικλήσεις του προσφεύγοντος στερούνται έννομης σημασίας. Αυτό, διότι αν η ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: 268/2018

δύνατο να αποδέχεται και να αξιολογεί δια της εκάστοτε προσφυγής το πρώτον προβαλλόμενες και προσκομιζόμενες πληροφορίες, δικαιολογητικά και έγγραφα που ο προσφεύγων παρέλειψε να υποβάλει και να αναφέρει με την προσφορά του καίτοι υποχρεούτο προς τούτο κατά τη διακήρυξη και τον νόμο, θα προέκυπτε μια αδικαιολόγητη ευμενής μεταχείριση και διάκριση υπέρ του και δη υπό τη μορφή μιας ανεξέλεγκτης «δεύτερης ευκαιρίας», την οποία ούτε ο νόμος ούτε η διακήρυξη καθιερώνουν, και επομένως κατάφωρη παραβίαση της αρχής της ισότητας, διαφάνειας και τυπικότητας εις βάρος των τηρούντων τους όρους της διακήρυξης λοιπών συμμετεχόντων (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 208/2017). Θα έχανε δε οιοδήποτε νόημα η κανονιστική ισχύς της διακήρυξης, αφού οιοσδήποτε θα δύνατο, μετά τον αποκλεισμό του με συγκεκριμένη αιτιολογία, να τον αίρει καλύπτοντας ετεροχρονισμένα τις ελλείψεις και τους λόγους απαραδέκτου της συμμετοχής του. Η δε προδικαστική προσφυγή από μέσο ελέγχου παρανομιών των εκτελεστών πράξεων των αναθετουσών, θα κατέληγε προκάλυμμα για διόρθωση δι' αυτής, εμμέσως πλην σαφώς συνομολογούμενων σφαλμάτων των οικονομικών φορέων. Ούτε εξάλλου η ΑΕΠΠ έχει εκ του νόμου αρμοδιότητα να ασκεί την επαφιόμενη αποκλειστικά στην αναθέτουσα, διακριτική ευχέρεια του άρ. 102 Ν. 4412/2016, η οποία και πάλι ελέγχεται ως προς τη νομιμότητα και την εκ μέρους της τήρηση των άκρων ορίων αυτής (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017), ιδίως ως προς τον περιορισμό του άρ. 102 παρ. 3, κατά το οποίο η άσκηση της ευχέρειας αυτής *«δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης»*. Ούτε για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η προδικαστική προσφυγή συνιστά το νόμιμο μέσο για τέτοιες τυχόν συμπληρώσεις, οι οποίες εξάλλου κατά ρητή μνεία του άρ. 102 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4412/2016 *“Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.”*, δεν συνιστούν ευχέρεια του οικονομικού φορέα ούτε δύνανται να λαμβάνουν εξ αυτού χώρα αυτόκλητα. Περαιτέρω, ούτως ή άλλως δεν ήταν καν δυνατή εξαρχής η δια διευκρινίσεων, κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, άρση της παραπάνω ουσιώδους πλημμέλειας και δη αοριστίας της προσφοράς (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 145 και 177/2017).

Αριθμός απόφασης: 268/2018

Τούτο διότι (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 60/2018), μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής, είτε του προσφέροντος (ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λ.π., σκέψη 36· ΔΕΕ, Απόφαση της 10.10.2013, Υπόθεση C- 336/12, Manona, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (ΔΕΕ, Απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λ.π., σκέψη 40· ΔΕΕ, Απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Υπόθεση C-336/12, Manona, σκέψη 36), οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας επιμέρους και ήσσονος ασάφειας και όχι την τροποποίηση της τεχνικής προσφοράς ή πολλώ δε μάλλον, να καταλήξει στο να υποβάλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα τεχνική προσφορά (πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 11.05.2017, Υπόθεση C-131/2016, Archus and Gama, σκέψη 31). Πολλώ δε μάλλον τα ως άνω ισχύουν, όταν (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 174-175/2018) οι οικείοι όροι είχαν τεθεί ρητά και απερίφραστα επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, όπου με σαφήνεια, επιπλέον, τονίστηκε και το απαράδεκτο της προσφοράς και η συναγωγή αοριστίας της σε περίπτωση αμφιβολίας ως προς την ταυτότητα και περιγραφή του προσφερόμενου προϊόντος. Αυτά δε προκύπτουν και εκ του τελευταίου εδαφίου του άρ. 102 παρ. 2 Ν. 4412/2016 που απαγορεύει τη δια διευκρινίσεων αντικατάσταση εγγράφων της προσφοράς σε συμμόρφωση με τη διακήρυξη και στη θέση απαραδέκτως υποβληθέντων, ως και εκ του εδ. β' του άρ. 102 παρ. 4 που αποκλείει τη δια των διευκρινίσεων μεταβολή της προσφοράς. Εξάλλου, εν προκειμένω και δεδομένης της αοριστίας της προσφοράς του προσφεύγοντος και δη ως προς το αληθώς προσφερόμενο προϊόν, η όποια εκ μέρους του περαιτέρω διευκρίνιση θα επέτρεπε, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της τυπικότητας, της αποφυγής ευνοϊκών διακρίσεων και του υγιούς ανταγωνισμού και των οριζομένων στο άρ. 102 παρ. 3 Ν. 4412/2016 που θέτει και το άκρο όριο στη δυνατότητα διευκρινίσεων, αυτός, όχι απλώς να διορθώσει κάποια επιμέρους ασάφεια, αλλά να αντικαταστήσει και να υποβάλει νέα ειδική τεχνική περιγραφή, να μεταβάλει ολοκληρωτικά το τεχνικό σχέδιο, τις φωτογραφίες και την απεικόνιση του προσφερόμενου προϊόντος και εν τέλει όχι μόνο να υποβάλει νέα τεχνική προσφορά, αλλά και να

καθοδηγηθεί, κατ' αποτέλεσμα, πως να την καταρτίσει ορθά και ποιο προϊόν να προσφέρει και να περιγράψει, ώστε να καταστεί ανάδοχος, κατάσταση που υπερβαίνει κάθε απώτατο όριο του άρ. 102 Ν. 4412/2016. Τούτο επιπλέον του ότι η πλήρης αοριστία της προσφοράς του καθιστά αδύνατο τον έλεγχο περί του αν το προϊόν που φέρεται ότι προσέφερε ή επικαλείται ότι αληθώς προσέφερε πληροί τις ζητούμενες προδιαγραφές. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος και νομίμως απεκλείσθη ο προσφεύγων κατά την πρώτη βάση του αποκλεισμού του, η οποία εξάλλου, και μόνη της αρκούσε ούτως ή άλλως για τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του.

14. Επειδή, κατά το Προσάρτημα Β ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΚΘΕΣΗ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ της διακήρυξης και δη την Τεχνική Περιγραφή της Ομάδας 2, αναφέρεται ότι "ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ: *"Η εγκατάσταση των οργάνων στον τόπο υποδοχής αποτελεί υποχρέωση του αναδόχου της προμήθειας, ώστε τα όργανα να παραδοθούν ασφαλή προς χρήση. Η εγκατάσταση των οργάνων θα γίνεται πάνω σε σταθερό έδαφος με επίπεδη επιφάνεια από οποιοδήποτε υλικό με πάκτωση σε βάσεις οπλισμένου σκυροδέματος όπως περιγράφεται παραπάνω Η βάση στήριξης στο έδαφος θα κλείνεται με το κατάλληλο πλαστικό υλικό (βάσεις), με σκοπό να αποκρύψει την αγκύρωση για αισθητικούς λόγους αλλά και για προστασία των χρηστών. Το σύστημα εγκατάστασης θα εγγυάται άριστη σταθερότητα για τα μηχανήματα και θα μεταφέρει το φορτίο της ευκινήσιας και αιώρησης απευθείας στο έδαφος. Ως εκ τούτου ο εξοπλισμός θα είναι άκαμπτος. ... Ο κεντρικός κορμός θα πρέπει να στερεώνεται πάνω σε εξέχουσες αρσενικές βίδες μεταλλικής βάσης, η οποία θα είναι εγκλωβισμένη εντός οπλισμένου σκυροδέματος μικρής επιφάνειας, για λόγους ασφαλείας και θα ασφαρίζεται με μπουλόνια για λόγους σταθερότητας."* Εκ των ως άνω, προκύπτει ότι η βάση στήριξης προβλέφθηκε από τη διακήρυξη, δεδομένου ότι τα προς προμήθεια όργανα της Ομάδας 2, προορίζονται για σταθερή στερέωση στο έδαφος, ως αναπόσπαστο, απαραίτητο, αναγκαίο, κρίσιμο και όλως ουσιώδες μέρος του οργάνου, προς τον σκοπό εξάλλου της καταλληλότητας και ασφάλειας χρήσης του. Η δε βάση αυτή προβλέφθηκε ως ουσιώδες και συνεχόμενο με την προμήθεια εκάστου οργάνου, μέρος της προσφοράς των διαγωνιζομένων. Συνεπώς, η κατ' άρ. 7.2 της διακήρυξης επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση για προσκόμιση

Αριθμός απόφασης: 268/2018

δείγματος από το όργανο “ποδήλατο” και το όργανο “παράλληλες μπάρες”, δεδομένων των ως άνω, αυτονόητα επεκτεινόταν και αφορούσε το σύνολο του ολοκληρωμένου υπό προσφορά είδους, συμπεριλαμβανομένου κάθε εξαρτήματος, παρελκομένου και αναγκαίου για την ολοκλήρωση της προμήθειας ως και τη χρήση του μέρους, μεταξύ των οποίων και η αναγκαία κατά τα παραπάνω και συνεχόμενη ευθέως με την παράδοση του είδους, μεταλλικής βάσης στήριξης ανά όργανο, αφού τα όργανα αυτά κατά ρητή απαίτηση της διακήρυξης δεν τυγχάνουν προμήθειας για να χρησιμοποιηθούν ως φορητά, αλλά ως σταθερά, η απαίτηση δε μεταλλικής βάσης ως αναγκαίου εξαρτήματός τους προβλέπεται ρητά κατά τα παραπάνω. Περαιτέρω, το γεγονός ότι η βάση στήριξης για αμφότερα τα όργανα είναι κοινή, αν υποτεθεί ως βάσιμό, ουδεμία έννομη σημασία έχει, αφού ρητώς ζητήθηκε δείγμα, άρα ολοκληρωμένο και αυτούσιο όπως προορίζεται προς παράδοση προϊόν για τα δύο ως άνω προϊόντα και ουδόλως προβλέφθηκε ανά περίπτωση υποβολής μέρους αυτών, αν κάποια εξαρτήματα, τμήματα ή αναγκαία μέρη τους ταυτίζονται. Ομοίως, τούτο προβάλλεται αλυσιτελώς και διότι στην προκείμενη περίπτωση ζητούνταν δείγματα μόνο για τα 2 παραπάνω είδη, για κανένα δε εκ των οποίων δεν προσκομίσθηκε βάση στήριξης και συνεπώς, ουδεμία βάση στήριξης, κοινή ή αυτοτελής, διαφορετική ή όμοια προκύπτει ότι προσκομίσθηκε από τον προσφεύγοντα για τα παραπάνω 2 δείγματα οργάνων ούτε, εξάλλου, ο ίδιος επικαλείται κάτι τέτοιο. Όπως δε αναφέρθηκε ήδη στην ως άνω σκ. 11, η λέξη “ενδεικτικά” στον οικείο όρο 7.2, δεδομένου και του σαφέστατου και εξαντλητικού περιεχομένου των οικείων όρων των άρ. 7.2, 9 και 10 της διακήρυξης περί ποινής αποκλεισμού, είχε την έννοια ότι θα προσκομιστεί μόνο ένα (1) δείγμα και μάλιστα μόνο για το “ποδήλατο” και τις “παράλληλες μπάρες”, έναντι των, κατά το Προσάρτημα Β-Τεχνική Περιγραφή της διακήρυξης, δέκα (10) συνολικά οργάνων που απάρτιζαν την Ομάδα 2 (δηλαδή αρκούσε δείγμα μόνο για αυτά τα 2 είδη αντί και για τα 10) και όχι ότι καταλείπεται περιθώριο στους μετέχοντες να προσκομίσουν όποιο τμήμα, μέρος, παρελκόμενο, αναγκαίο εξοπλισμό ή εξάρτημα του οργάνου οι ίδιοι έκριναν. Εξάλλου, όπως προκύπτει από την ειδική τεχνική περιγραφή που υπέβαλε με την τεχνική προσφορά του ο προσφέρων, αμφότερα τα 2 όργανα για τα οποία ζητούνταν δείγματα και τα οποία προσέφερε, περιλαμβάνουν επιμέρους μεταλλικά τμήματα, μπουλόνια συνδέσεων και επιμέρους

Αριθμός απόφασης: 268/2018

συναρμολογούμενα εξαρτήματα και κινούμενα μέρη συνδεόμενα με τον κύριο πόλο αυτών, χωρίς τούτο να σημαίνει ότι δεν όφειλε να τα προσκομίσει δεδομένου ότι ζητείτο ολοκληρωμένο δείγμα προϊόντος όπως απαιτείτο να παραδοθεί και όχι επιμέρους κομμάτιά του. Περαιτέρω, στην ως άνω ειδική τεχνική περιγραφή, ο προσφεύγων προβαίνει και σε αναλυτική περιγραφή των διαδικασιών και χρησιμοποιούμενων μερών για την εγκατάσταση και στήριξη των οργάνων αυτών, συνεπώς η μη προσκόμιση ολοκληρωμένου δείγματος, ήτοι με τη συμπερίληψη του συνόλου των μερών που απαιτούνται από τη διακήρυξη για την παράδοσή του, ήτοι και την εγκατάστασή του, όπως η βάση στήριξης συνιστά και προς τούτο διάσταση του υποβληθέντος δείγματος από τα περιληφθέντα στην ειδική τεχνική περιγραφή κατά παράβαση των άρθρων 7.2 και 10 της διακήρυξης. Σύμφωνα δε με όσα προεκτέθηκαν στις σκ. 9-11, ουδόλως η διακήρυξη κατέλειπε περιθώριο ερμηνείας ότι ως δείγματα αρκούσαν ατελή, μη ολοκληρωμένα ή επιμέρους εξαρτήματα, τμήματα ή μέρη των ζητούμενων ειδών, αντίθετα ότι απαιτείτο η ολοκληρωμένη και πλήρης προσκόμιση αυτών. Ούτως, αλυσιτελώς προβάλλεται ότι δεν μνημονεύθηκαν ειδικώς οι, σε κάθε περίπτωση αποτελούσες μέρος και αναγκαίο εξάρτημα και παρελκόμενο του ζητούμενου προς παράδοση είδους “βάσεις στήριξης”, όπως εξάλλου δεν τίθεται αντίστοιχο ζήτημα τυχόν μη ειδικής μνείας προσκόμισης δείγματος για οιοδήποτε έτερο εξάρτημα, μέρος ή παρελκόμενο εκάστου οργάνου, χωρίς τούτο να έχει την έννοια ή να δύναται βάσει του περιεχομένου της διακήρυξης να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι δεν έπρεπε να προσκομιστούν με το δείγμα ολοκληρωμένου προσφερόμενου είδους. Πολλώ δε μάλλον, δεδομένου ότι κατά τα παραπάνω εκτεθέντα, ο σκοπός της προσκόμισης δείγματος ήταν, κατ’ άρθρο 214 Ν. 4412/2016, ο έλεγχος της καταλληλότητας του προσφερόμενου είδους και η όντως συμμόρφωσή του με τις τεχνικές προδιαγραφές, πράγμα αδύνατο να επιτευχθεί όσον αφορά τις αναγκαίες για την προμήθεια και παράδοση του ολοκληρωμένου προϊόντος, βάσεις στήριξης. Εξάλλου, δεν καταλείπεται ούτως ή άλλως περιθώριο εν προκειμένω εφαρμογής του άρθρου 102 Ν. 4412/2016, αφού το ζήτημα που τίθεται δεν είναι κάποια τυχόν επιμέρους αμφιβολία περί της λειτουργίας του δείγματος ή κάποιου χαρακτηριστικού αυτού ή κάποιου επιμέρους εξαρτήματός του, αλλά ο προσφεύγων παρέλειψε να υποβάλει αναγκαίο

τμήμα του δείγματος και συνεπώς η τυχόν το πρώτον πλέον προσκόμισή του, εκτός του ότι κατά παράβαση του άρ. 102 παρ. 3 και 4 Ν. 4412/2016 θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη ευνοϊκή μεταχείρισή του και θα του απέδιδε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα, λόγω και της χρονικής διαφοροποίησης που θα του επιτρεπόταν ως προς την εκ μέρους του ανεύρεση και υποβολή της βάσης στήριξης, επιπλέον θα του επέτρεπε και να υποβάλει ολοκληρωμένο προϊόν στη θέση ελλιπούς και μη ολοκληρωμένου δείγματος. Συνεπώς και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής είναι απορριπτέος και επομένως και η δεύτερη οικεία βάση αποκλεισμού του προσφεύγοντος νόμιμη. Τούτο δε, πέραν του ότι ο αποκλεισμός του ήταν νόμιμος βάσει και μόνο και αρκούσης της πρώτης ως άνω βάσης της, κατά την απόρριψη του οικείου πρώτου λόγου της προσφυγής, οπότε ο δεύτερος αυτός λόγος είναι καταρχήν και προεχόντως απορριπτέος ως αλυσιτελής.

15. Επειδή, περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει μεν καταρχήν ισχυρισμό ότι η παραπάνω δεύτερη βάση αποκλεισμού του συνέτρεχε και στο πρόσωπο του νυν προσωρινού αναδόχου. Όμως εν τέλει, όπως αναπόδεικτα ο προσφεύγων επικαλείται ότι ούτε ο παρεμβαίνων προσκόμισε τις βάσεις στήριξης, παρότι ο ίδιος φέρει το καταρχήν βάρος απόδειξης των ισχυρισμών του (Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017). Αντιθέτως, η αναθέτουσα δηλώνει ότι αυτές προσκομίσθηκαν, ο δε παρεμβαίνων ομοίως δηλώνει τούτο, επεξηγώντας ότι η βάση της οικείας εσφαλμένης αιτίασης του προσφεύγοντος ερείδεται στη μη αυτοτελή της βάσης στήριξης εκάστου οργάνου στο εκ του παρεμβαίνοντος υποβληθέντος από 16-1-2018 δελτίο αποστολής των δειγμάτων. Πλην όμως, ουδόλως προκύπτει ως αβάσιμος ο ισχυρισμός αυτός του παρεμβαίνοντος, δεδομένου ότι όντως, η βάση στήριξης συνιστά, κατά την κοινή πείρα, συνέχεια και συμπληρωματικό εξάρτημα του ίδιου του οργάνου και επομένως, η αναγραφή σε δελτίο αποστολής του οργάνου δεν έχει την έννοια ότι δεν απεστάλησαν μαζί του και τα όποια απαραίτητα και αναπόσπαστα ως προς τον τεχνικό και λειτουργικό σκοπό αυτού, επιμέρους εξαρτήματά του, όπως εν προκειμένω η βάση στήριξης. Αντίθετα, ο προσφεύγων ουδέν ειδικότερο επικαλείται πέραν του ίδιου του ισχυρισμού περί μη προσκόμισης από τον παρεμβαίνοντα και ιδίως ουδέν σχετικό αποδεικνύει. Επομένως, ο οικείος ισχυρισμός του είναι απορριπτέος και δεν χωρεί εφαρμογή της αρχής του

ενιαίου μέτρου κρίσης.

16. Επειδή, καταρχήν αλυσιτελώς προβάλλει ο προσφεύγων τις αιτιάσεις του περί παραβάσεως ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, πολλώ δε μάλλον αφού συνομολογεί την εκ μέρους του παράβαση όσον αφορά την πρώτη βάση αποκλεισμού του, η οποία και μόνη της αρκούσε ούτως ή άλλως για τον αποκλεισμό του, σύμφωνα με τον οικείο πρώτο λόγο της προσφυγής του. Περαιτέρω, κατ' άρ. 102 παρ. 2 περ. α' και β' και παρ. 4 και άρ. 221 Ν. 4412/2016, τα όργανα αξιολόγησης προσφορών που συντάσσουν και τα οικεία ανά στάδιο της αξιολόγησης πρακτικά έχουν αποκλειστικώς γνωμοδοτικό χαρακτήρα προς τα αποφαινόμενα όργανα, όπως στην περίπτωση ΟΤΑ Α' Βαθμού, προς την Οικονομική Επιτροπή, κατ' άρ. 72 παρ. 1 περ. ε' Ν. 4412/2016, η οποία είναι και το μόνο αποφαινόμενο σχετικώς όργανο. Οι δε πράξεις των Επιτροπών Διαγωνισμού τόσο κατά τον έλεγχο τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών έχουν χαρακτήρα απλής γνώμης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας και ως εκ τούτου, ως μη εκτελεστές γνωμοδοτικής φύσεως πράξεις (βλ. ΣΤΕ 323/2012 και ΣΤΕ ΕΑ 421/2014, 423/2013, 464/2012, 251, 419, 721/2011, 115, 631, 1279/2009, 818/2008, 107, 645/2007, 115/2009, 420, 153, 46/2006, 860, 352, 43/2005, 57, 375, 806/2002), μόνη δε εκτελεστή πράξη συνιστά η εν όλω ή εν μέρει εγκριτική ή και απορριπτική των οικείων Πρακτικών των Επιτροπών Διαγωνισμού, Απόφαση του οικείου Αποφαινομένου Οργάνου, και εν προκειμένω της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας. Απλή είναι η γνωμοδότηση από το περιεχόμενο της οποίας δεν δεσμεύεται το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα. Σε αυτήν την περίπτωση το όργανο μπορεί να αποκλίνει από τη γνωμοδότηση, αιτιολογώντας ειδικά τη διαφοροποίησή του (ΣΤΕ 2450, 1303/2012, 3975, 625/2011, 2397, 1422/2010, 4154, 2792, 817/2009, 3897/2004), υπό την έννοια ότι πρέπει να αιτιολογείται γιατί το αποφαινόμενο όργανο αποφασίζει να προβεί στην εκτελεστή πράξη, με διαφορετικό περιεχόμενο από την ως άνω απλή γνώμη. Εν προκειμένω, η Επιτροπή Διαγωνισμού στο οικείο πρακτικό της νο 1 περί περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών, μνημόνευσε ότι *“τα δείγματα που κατέθεσε η εταιρεία «... με αρ. ηλεκτρονικού φακέλου ..., παρουσίαζαν για το*

Αριθμός απόφασης: 268/2018

μεν όργανο «παράλληλες μπάρες» εμφανισιακή (μορφολογική) διαφορά με το prospect του αντίστοιχου οργάνου που κατατέθηκε στην Τεχνική Προσφορά και για τα δύο όργανα δε («παράλληλες μπάρες» & «ποδήλατο») δεν προσκόμισε τη βάση στήριξης, που σημειωτέων είναι κοινή για όλα τα όργανα άθλησης ενηλίκων. Προκειμένου να συνεχιστεί ο διαγωνισμός και επειδή στο άρθρο 7.1 [εννοεί κατά το ορθόν το άρ. 7.2] της Διακήρυξης αναφέρουμε ότι: «Ενδεικτικά για τον εξοπλισμό οργάνων άθλησης θα προσκομιστούν: Ένα δείγμα του προσφερόμενου είδους “Όργανο ποδήλατο” και ένα δείγμα του προσφερόμενου είδους “Όργανο παράλληλες μπάρες”.», η Επιτροπή Διαγωνισμού ανακοινώνει την απόφασή της, ήτοι: να γίνουν αποδεκτές από άποψη τυπικών δικαιολογητικών, τεχνικών προσφορών & δειγμάτων οι προσφορές των εταιρειών: α) «... με αρ. ηλεκτρονικού φακέλου». Η δε Οικονομική Επιτροπή στην προσβαλλόμενη πράξη της, στην οποία ενσωμάτωσε και το ως άνω πρακτικό, άρα και τις παραπάνω παρατηρήσεις του, αιτιολόγησε την απόφαση να αποκλείσει τον προσφεύγοντα ως εξής “Απορρίπτει την προσφορά της εταιρείας «...» διότι τα δείγματα που κατέθεσε, παρουσίαζαν για το μεν όργανο «παράλληλες μπάρες» εμφανισιακή (μορφολογική) διαφορά με το prospect του αντίστοιχου οργάνου που κατατέθηκε στην Τεχνική Προσφορά και για τα δύο όργανα («παράλληλες μπάρες» & «ποδήλατο») δεν προσκόμισε τη βάση στήριξης και συνεπώς δεν είναι σύμφωνη με το άρθρο 7 της διακήρυξης.”. Συνεπώς, η Οικονομική Επιτροπή απέστη όχι από τις τεχνικές παρατηρήσεις της αξιολόγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού, αλλά από το συμπέρασμα αυτών και δη όσον αφορά την υπαγωγή των αναμφίβολα παρατηρηθεισών ελλείψεων της προσφοράς του προσφεύγοντος στους όρους της διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσβαλλόμενη υπήγαγε τις παρατηρήσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού, στους οικείους ρητά τεθέντες επί ποινή αποκλεισμού όρους του άρ. 7 της διακήρυξης και εξήγαγε δύο αυτοτελείς βάσεις αποκλεισμού κατά παράβαση του άρθρου αυτού, ήτοι αφενός της διάστασης μεταξύ δείγματος και ειδικής τεχνικής περιγραφής ως προς τις “παράλληλες μπάρες”, αφετέρου της μη προσκόμισης μετά του δείγματος του “ποδηλάτου” και των “παραλλήλων μπαρών” της οικείας ανά όργανο βάσης στήριξης (όπως εξάλλου αναγνωρίζει και ο προσφεύγων δια των 2 επιμέρους πρώτων λόγων της προσφυγής του). Αντίθετα δε με όσα αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, η Επιτροπή

Αριθμός απόφασης: 268/2018

Διαγωνισμού είχε εισηγηθεί μεν να γίνει αποδεκτή η προσφορά παρά τις διαπιστωθείσες ελλείψεις, αποδεχόμενη δε αυτές και εντοπίζοντάς τις, με μόνη οικεία δικαιολόγηση τη συνέχιση του διαγωνισμού και μια παραπομπή στο άρ. 7.1 της διακήρυξης με υπογράμμιση στη λέξη “δείγμα” και όχι διότι δεν διαπίστωσε αποκλίσεις από τα ζητούμενα στη διακήρυξη. Καταρχάς, η παραπάνω, απορριφθείσα από την Οικονομική Επιτροπή, αιτιολογία της εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού είναι τουλάχιστον ασαφής και αόριστη, αφού πρώτον, δεν προκύπτει ποια έννομη σημασία αποδίδεται στη “συνέχιση του διαγωνισμού”, πέραν της τυχόν κατά παράβαση επί ποινή αποκλεισμού όρων της διακήρυξης ανοχής ελλείψεων επί τον σκοπό προόδου της διαδικασίας, ερμηνεία που δεν ευρίσκει έρεισμα στον νόμο, δεύτερον, δεν καθίσταται κατανοητό γιατί η ζήτηση απλώς “δείγματος” (δηλαδή κατ’ άρ. 214 αλλά και τους οικείους όρους της διακήρυξης και δη το άρ. 7 αυτής, προϊόν ακριβώς ίδιο και το αυτό με το περιγραφόμενο στην τεχνική περιγραφή που υποβάλλουν οι προσφέροντες και με το προσφερόμενο από αυτούς ως και σύμφωνα με τα επακριβώς ζητούμενα της διακήρυξης) επιτρέπει την υποβολή ελλιπών και διαφορετικών από τα περιγραφόμενα στην τεχνική προσφορά προϊόντα και τρίτον, δεν είναι κατανοητό ούτε τι σχέση έχει η μνεία της διακήρυξης περί ενός δείγματος ανά όργανο με τη, συνομολούμενη από τον προσφέροντα, διάσταση περιγραφέντος στην ειδική τεχνική περιγραφή του, προϊόντος από το προσκομισθέν ως δείγμα. Σε κάθε περίπτωση, η ως άνω αιτιολογία της ίδιας της προσβαλλομένης, ήτοι η, κατ’ υπαγωγή των ως άνω, διαπιστωθεισών από την Επιτροπή Διαγωνισμού, ελλείψεων στο άρ. 7 και τους εκεί επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης και επομένως, η ευθεία εφαρμογή των όρων της διακήρυξης συνιστά επαρκή, ειδική και σαφή αιτιολογία, αφού όλα τα συγκροτούντα στοιχεία της αναφέρονται στο σώμα της, δεδομένου πως μνημονεύονται τόσο οι ελλείψεις της προσφοράς του προσφεύγοντος, οι οποίες εξάλλου προκύπτουν και από τα ενσωματωθέντα στην προσβαλλομένη πρακτικά Επιτροπής Διαγωνισμού, όσο και η μείζων πρόταση του συλλογισμού της, ήτοι οι όροι του άρ. 7 της διακήρυξης και επομένως το σαφές κατά τις ανωτέρω σκέψεις, γράμμα τους. Ουδόλως δε, οι αναθέτουσες, για το επαρκές και ειδικό της αιτιολογίας τους, υποχρεούνται σε εκτενή και αναλυτική παράθεση νομικών επιχειρημάτων στο σώμα των

Αριθμός απόφασης: 268/2018

εκτελεστών πράξεων του προσυμβατικού σταδίου των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Ούτε τα αποφαινόμενα όργανα των αναθετουσών, οφείλουν να παραθέτουν λεπτομερείς εξηγήσεις για την εκ μέρους τους εφαρμογή των όρων της διακήρυξης, πολλώ δε μάλλον, επειδή το γνωμοδοτικό όργανο, πέραν από τις τεχνικές αξιολογήσεις και διαπιστώσεις, προέβη και σε νομική ερμηνεία των όρων της, ασχέτως δε του εν προκειμένω όλως εσφαλμένου αυτής. Τα παραπάνω ισχύουν δε, ασχέτως του ότι ούτως ή άλλως κατ' άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η αναθέτουσα δύναται με τις Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ να παραθέτει συμπληρωματική, αλλά ακόμη και αρχική, αιτιολογία της απόφασής της και ως εκ τούτου μόνη της και απομονωμένη η έλλειψη, πολλώ δε μάλλον η τυχόν μη πληρότητα της αιτιολογίας που συνοδεύει την ενώπιον της ΑΕΠΠ προσβαλλόμενη δεν συνιστά παραδεκτός προβαλλόμενο αυτοτελή λόγο προδικαστικής προσφυγής, η εξέταση δε της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης πράξης συνέχεται αναγκαία με την επίκληση εκ του προσφεύγοντος κατ' ουσία μη νομιμότητας αυτής (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 119/2017). Εξάλλου, διοικητική πράξη που έχει εκδοθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα, όπως απόφαση αποκλεισμού μετέχοντος σε διαδικασία σύναψης σύμβασης λόγω παράβασης επί ποινή αποκλεισμού όρου της διακήρυξης, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί δια μόνου του λόγου τυχόν παράβασης ουσιώδους τύπου και τούτο, διότι η ακύρωση της πράξης για τον ως άνω τυπικό λόγο, δεν καταλείπει στη διοίκηση ούτως ή άλλως νομική ευχέρεια να κρίνει διαφορετικά, δεδομένου του ότι το εφαρμοστέο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης ως και τα πραγματικά περιστατικά που συγκρότησαν την παράβαση των όρων της παραμένουν ίδια (πρβλ. ΣτΕ Ολ 530/2003). Πάντως, εν προκειμένω, η αναθέτουσα ανέλυσε και επεξήγησε, όσα εξάλλου προέκυπταν καταρχήν ως αιτιολογία της εκ της ίδιας της προσβαλλόμενης και του γράμματος αυτής. Η δε ΑΕΠΠ, σε κάθε περίπτωση, ως επί της ουσίας της διαφοράς κρίνουσα επί του συνόλου των ισχυρισμών των διαδίκων και της αναθέτουσας ως και επί του ίδιου του φακέλου του διαγωνισμού στο πλαίσιο των εκατέρωθεν ισχυρισμών, καταλήγει κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε πλήρως αιτιολογημένη απόφαση. Επομένως, ο οικείος ισχυρισμός του προσφεύγοντος πέραν από καταρχήν αλυσιτελώς προβαλλόμενος είναι περαιτέρω απορριπτέος και ως αβάσιμος. Σε κάθε περίπτωση, εν

Αριθμός απόφασης: 268/2018

προκειμένω, αμφότερες οι βάσεις αποκλεισμού της προσφοράς του προσφεύγοντος και κατ' αποτέλεσμα οι σχετικές κρίσεις της προσβαλλομένης, κρίνονται ως νόμιμες και δη ως ερειδόμενες στις διατάξεις του νόμου και τις σαφείς επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις της διακήρυξης, αντίθετα δε κρίνονται ως εσφαλμένες, και αν υποθεθούν ως μη εν όλω αόριστες, οι εισηγητικές προς την Οικονομική Επιτροπή και ορθά απορριφθείσες από την τελευταία, κρίσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού και συνεπώς, και προς τούτο, οι οικείοι ισχυρισμοί της προσφυγής προβάλλονται αλυσιτελώς.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και δη της απόρριψης του πρώτου και του δεύτερου λόγου της προσφυγής και των λοιπών ισχυρισμών του προσφεύγοντος και συνεπώς την κατάγνωση της νομιμότητας του αποκλεισμού του ίδιου του προσφεύγοντος, κατ' απόρριψη όλου του πρώτου σκέλους της προσφυγής του, σε συνδυασμό με την κατά τη σκ. 3 σε συνδυασμό με όσα αναφέρονται στη σκ. 15, ούτως ή άλλως προβολή των λοιπών λόγων της προσφυγής, που στρέφονται ειδικά κατά της αποδοχής του παρεμβαίνοντος, άνευ εννόμου συμφέροντος (τόσο διότι ο προσφεύγων εκρίθη νομίμως αποκλειστέος, όσο και λόγω του ότι ούτως ή άλλως, ακόμη και αν είχε κριθεί ως μη νομίμως αποκλειστέος και επομένως αποδεκτός, και πάλι δεν θα είχε έννομο συμφέρον να βάλλει περί του αποκλεισμού έτερου μετέχοντος του οποίου η οικονομική προσφορά δεν θα ήταν η πλέον συμφέρουσα αν δεν είχε εξαρχής κριθεί ως αποκλειστέος ο ίδιος ο προσφεύγων), η Προδικαστική Προσφυγή τυγχάνει εν όλω απορριπτή.

18. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δε δεκτή η Παρέμβαση.

19. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα της προηγούμενης σκέψης, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 268/2018

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου που κατέβαλε ο προσφεύγων για την άσκηση της Προσφυγής του.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3-4-2018 και εκδόθηκε την 10-4-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ