

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Σεπτεμβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7.08.2023 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1215/9.08.2023 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 168/26.07.2023 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 4/18.07.2023 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Στην εν λόγω απόφαση ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. 157/12.07.2023 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης των υπ' αριθμ. 1/20.06.2023, 2/4.07.2023 και 3/5.07.2023 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος που αφενός μεν απορρίφθηκε η προσφορά του, αφετέρου κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

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

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» τη από 4.08.2023 πληρωμή στην EUROBANK 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 της σύμβασης, σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 47.275,00€ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή, με τη με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη, προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός Διαγωνισμός με αντικείμενο «...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 58.621,25€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 24.05.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». 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 7.08.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 28.07.2023 και εν γένει παραδεκτά.

4. Επειδή, στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δυο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «...». Με την υπ' αριθμ. 157/12.07.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής αφενός μεν απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος με την αιτιολογία ότι *«Τα προσκομισθέντα δείγματα δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές του άρθρου 8 της υπ' αριθ. 6/2023 μελέτης ως προς το βάρος (είναι μικρότερου βάρους στις κατηγορίες 1, 3 και μεγαλύτερου βάρους από το απαιτούμενο στην κατηγορία 5) και ως προς τις διαστάσεις στην κατηγορία 5 (είναι μικρότερες από τις απαιτούμενες)»*,

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

αφετέρου κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού. Κατόπιν δε ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, με την προσβαλλόμενη απόφαση ο οικονομικός φορέας «...» ανακηρύχθηκε οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού.

5. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του. Σε περίπτωση δε που με απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΕΑΔΗΣΥ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής των έτερων συμμετεχόντων, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή και άρα, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Επίσης, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, μετ' εννόμου συμφέροντος αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος, ως έχει προσφάτως κριθεί (βλ. αποφάσεις του ΔΕΕ της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 Fastweb SpA και C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA και απόφαση της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik). Επιπροσθέτως, βάσει της απόφασης του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 (επί της υποθέσεως C-771/19, «...») εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς κατά της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» που δεν σχετίζονται με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείστηκε η δική του προσφορά.

6. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 " Δημόσιες Συμβάσεις Έργων Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

214/25/ΕΕ) ΦΕΚ Α' 200/24.10.16" ορίζει ότι: «...2. Τα έγγραφα της σύμβασης...περιέχουν ιδίως : [...]α) 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.),...».

7. 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).

8. 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...».

9. Επειδή, το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α'36) και ισχύει εν προκειμένω ορίζει ότι : «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης». Κατά δε την έννοια των διατάξεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο, ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή της αναθέτουσας αρχής να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας (ΣΤΕ ΕπΑν 237/2021). Όμως, οι διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτές τροποποιήθηκαν με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, δεν έχουν την έννοια ότι επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να δέχεται τη διόρθωση οποιωνδήποτε παραλείψεων και δη των όσων αποτελούν τροποποίηση της κατατεθείσας προσφοράς και την αντικατάστασή της με νέα (βλ. ΣΤΕ 300/2023 σκέψη 11, 1553/2022 σκέψη 15).

10. Επειδή, στο άρθρο 214 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Τα δείγματα που χρησιμοποιούνται κατά την διενέργεια των προμηθειών υπάγονται στις παρακάτω κατηγορίες: [...] β) Δείγματα οικονομικών φορέων Στην περίπτωση αυτή υπάγονται τα δείγματα που καταθέτουν οι οικονομικοί φορείς όταν απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης. [...] 5. 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 προσφορών από το

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

αρμόδιο όργανο, τίθενται υπόψη του και τα σχετικά δείγματα [...]. Ως δε έχει *ad hoc* κριθεί, εφόσον ρητά απαιτείται από την διακήρυξη η προσκόμιση δείγματος σύμφωνου με τις τεχνικές προδιαγραφές, προκειμένου να αξιολογηθεί βάσει αυτού η προσφορά τότε νομίμως απορρίπτεται η προσφορά εάν κριθεί ότι το προσκομισθέν δείγμα δεν εκπληρώνει τις προδιαγραφές (ΣΤΕ Ασφ. 721/2011), η δε διαπιστωθείσα απόκλιση ανήκει στην ανέλεγκτη ουσιαστική κρίση της αναθέτουσας αρχής ως προς το ουσιώδες της απόκλισης από τον σχετικό όρο της διακηρύξεως (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 928/2010, 700/2009).

11. Επειδή, στους κρισιμους για την εξέταση της παρούσας προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «[...] Άρθρο 15^ο Κατάρτιση – Περιεχόμενο Προσφορών [...]3) Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» [...] β) Τεχνική Προσφορά Η Τεχνική Προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στην υπ' αριθ. 6/2023 Μελέτη της Διεύθυνσης Περιβάλλοντος – Ποιότητας Ζωής (Τμήμα «...»), 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. Κυρίως, θα πρέπει υποχρεωτικά να αναφέρονται οι ακριβείς διαστάσεις των «...», το πάχος του υλικού, το βάρος ανά τεμάχιο, ο αριθμός των τεμαχίων ανά κιλό, και τέλος, το υλικό κατασκευής τους. Επίσης, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 6/2023 Μελέτη της Διεύθυνσης Περιβάλλοντος – Ποιότητας Ζωής (Τμήμα «...»), όλοι οι προσφέροντες οφείλουν με την Τεχνική Προσφορά τους οφείλουν, επί ποινή αποκλεισμού τους από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, να προσκομίσουν [...] Τέλος, με την Τεχνική Προσφορά τους, όλοι οι προσφέροντες οφείλουν, επί ποινή αποκλεισμού τους από την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία, να καταθέσουν σε ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο αντιπροσωπευτικά δείγματα όλων των ειδών και μεγεθών «...» της προσφερόμενης ποιότητας (πρώτης Α' αναγέννησης πολυαιθυλένιο) με όλα τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά τους. Τα δείγματα αυτά θα αξιολογηθούν κατά το στάδιο αξιολόγησης της Τεχνικής

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

Προσφοράς των υποψηφίων [...] 16. 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 απαραίτατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα διακήρυξη και πιο συγκεκριμένα στις παραγράφους [...] 3 (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς) [...] του άρθρου 15 β) η οποία περιέχει ατελείς, ελλιπείς, ασαφείς ή λανθασμένες πληροφορίες ή τεκμηρίωση, συμπεριλαμβανομένων των πληροφοριών που περιέχονται στο ΕΕΕΣ, εφόσον αυτές δεν επιδέχονται συμπλήρωση, διόρθωση, αποσαφήνιση ή διευκρίνιση ή, εφόσον επιδέχονται, δεν έχουν αποκατασταθεί από τον προσφέροντα, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας, σύμφωνα το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και την παρ. 2 του άρθρου 16 της παρούσας διακήρυξης,[...] ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης [...] ΜΕΛΕΤΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ [...] ΑΡΘΡΟ 8^ο ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ 1) Οι προς προμήθεια «...» 90X80 για την Υπηρεσία «...» (συνολικά 16.780 κιλά), θα πρέπει να είναι κατασκευασμένοι όπως παρακάτω αναφέρεται: [...] • Διαστάσεις : Το ύψος του «...» θα είναι 90 cm (εκατοστά) ενώ το πλάτος του 80 cm (εκατοστά) και θα φέρουν διπλή αναδίπλωση πλάτους δέκα 10 cm (εκατοστών) περίπου, περιορίζοντας το πλάτος τους στην βάση στα 60 cm (εκατοστά) [...] • Ποσότητα ανά κιλό : Η ποσότητα ανά κιλό θα πρέπει να είναι περίπου 12-13 «...» ήτοι βάρος ανά «...» 79,6 gr. [...] Οι προς προμήθεια «...» 100X83 για την Υπηρεσία «...» (συνολικά 3.941,65 κιλά), θα πρέπει να είναι κατασκευασμένοι όπως παρακάτω αναφέρεται: [...] • Διαστάσεις : Το ύψος του «...» θα είναι 100 cm (εκατοστά) ενώ το πλάτος του 83 cm (εκατοστά) και θα φέρουν διπλή αναδίπλωση πλάτους δέκα 10 cm (εκατοστών) περίπου, περιορίζοντας το πλάτος τους στην βάση στα 65 cm (εκατοστά).[...] • Ποσότητα ανά κιλό : Η ποσότητα ανά κιλό θα πρέπει να είναι περίπου 10 «...» ήτοι βάρος ανά «...» περίπου 100 gr. [...]5) Οι προς προμήθεια «...» 65X46 με χερούλια για την «...» (συνολικά 100 κιλά), θα

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

πρέπει να είναι κατασκευασμένοι όπως παρακάτω αναφέρεται: [...] • Διαστάσεις : Το ύψος του «...» θα είναι 65 cm (εκατοστά) ενώ το πλάτος του 46 cm (εκατοστά) [...] • Ποσότητα ανά κιλό : Η ποσότητα ανά κιλό θα πρέπει να είναι περίπου 100 «...» ήτοι βάρος ανά «...» 10 gr [...] Οι προμηθευτές πρέπει να καταθέσουν μαζί με την προσφορά και αντιπροσωπευτικά δείγματα «...» της προσφερόμενης ποιότητας υλικού (πρώτης Α΄ αναγέννησης πολυαιθυλένιο) με όλα τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά τους. Επίσης σε ανεξάρτητο φάκελο (φάκελος τεχνικής προσφοράς) θα πρέπει να αναφέρονται οι ακριβείς διαστάσεις των «...», το πάχος του υλικού, το βάρος ανά τεμάχιο, ο αριθμός των τεμαχίων ανά κιλό, και τέλος το υλικό κατασκευής...». 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 απορρίφθηκε η προσφορά του με την αιτιολογία ότι τα προσκομισθέντα δείγματα για τις κατηγορίες 1 και 3 είναι μικρότερου βάρους και για την κατηγορία 5 μεγαλύτερου βάρους από το απαιτούμενο κατά τις τεχνικές προδιαγραφές. Και τούτο διότι, η σχετική κρίση είναι ασαφής και αόριστη, καθώς δεν επισημαίνεται ακριβώς το προσφερόμενο βάρος σε διάστιξη προς το αναγκαίο, ώστε κατόπιν σύγκρισης αυτών να προκύπτει αν πράγματι οι δικοί του «...» είναι μικρότερου βάρους για τις κατηγορίες 1 και 3 και μεγαλύτερου βάρους για την κατηγορία 5, η δε αποδοθείσα σε αυτόν πλημμέλεια δεν είναι

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

δυνατό να προσδιορισθεί κατά εύληπτο και ελέγξιμο μαθηματικό ακριβή τρόπο. Επίσης, κατά τον προσφεύγοντα, εφόσον στην τεχνική μελέτη χρησιμοποιείται η λέξη «περίπου» για το βάρος των «...» δίνεται περιθώριο για ερμηνευτικές αποκλίσεις, ώστε τυχόν μη απόλυτη ταύτιση προς το αναγραφόμενο βάρος να μην μπορεί, επί ποινή αποκλεισμού, να οδηγήσει στην απόρριψη μιας προσφοράς. Περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι, εν προκειμένω, κατέθεσε με την τεχνική του προσφορά αναλυτικό πίνακα με το βάρος των προσφερόμενων «...», διαθέτει δε βεβαίωση του κατασκευαστή που εγγυάται ότι, εφόσον ανακηρυχθεί ανάδοχος, τα προσφερόμενα προϊόντα θα είναι σύμφωνα με τη μελέτη. Σε κάθε περίπτωση, αν ήθελε κριθεί ότι δεν αποδεικνύεται επαρκώς ότι πληρούται η απαιτούμενη προδιαγραφή για το βάρος, τότε η αναθέτουσα αρχή όφειλε να τον καλέσει σε παροχή διευκρινίσεων με τη διαδικασία του άρθρου 102 Ν. 4412/2016.

13. Επειδή, στο άρθρο 15.3.β της διακήρυξης προβλέπεται ότι στην τεχνική προσφορά περιλαμβάνονται όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών της υπ' αριθμ. 6/2023 μελέτης και ειδικότερα, θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, αφενός μεν να αναφερθούν, μεταξύ άλλων, οι ακριβείς διαστάσεις των προσφερόμενων «...», το πάχος του υλικού και το βάρος ανά τεμάχιο, αφετέρου να κατατεθούν δείγματα των προσφερόμενων «...», ώστε να αξιολογηθούν ως προς την πλήρωση των απαιτήσεων της μελέτης. Επομένως, η κατάθεση δειγμάτων που συμμορφώνονται με τις προδιαγραφές της μελέτης αποτελεί έτερη, διακριτή απαίτηση από την υποχρέωση υποβολής με την τεχνική προσφορά εγγράφου με τις διαστάσεις, το πάχος και βάρος των προσφερόμενων «...». Περαιτέρω, στο άρθρο 8 της υπ' αριθμ. 6/2023 μελέτης τίθενται οι ακόλουθες προδιαγραφές για τους «...» : α) για την κατηγορία 1 βάρος περίπου 12-13 «...» ανά κιλό, ήτοι ανά «...» 79,6 gr, β) για την κατηγορία 3 βάρος περίπου 10 «...» ανά κιλό ήτοι ανά «...» 100 gr και γ) για την κατηγορία 5 βάρος περίπου 100 «...» ανά κιλό ήτοι ανά «...» 10 gr. Εκ δε της χρήσης του όρου «περίπου» αναφορικά με το βάρος των «...» έκαστης κατηγορίας, σαφώς προκύπτει ότι είναι επιτρεπτή μικρή, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, απόκλιση ως προς το απαιτούμενο, κατά τη μελέτη, βάρος των

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

προσφερόμενων «...», ουδόλως όμως παρέχεται οιαδήποτε ευχέρεια στους διαγωνιζόμενους για σημαντικές αποκλίσεις από τις προδιαγραφές της μελέτης ως προς το βάρος των «...». Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 7, 10 και το άρθρο 15.6 της διακήρυξης, συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς σε περίπτωση που εκ των προσκομισθέντων δειγμάτων για τους «...» κατηγορίας 1, 3 και 5 δεν αποδεικνύεται η πλήρωση των προδιαγραφών της υπ' αριθμ. 6/2023 μελέτης ως προς βάρος τους.

14. Επειδή, ως έχει εκτεθεί υπό σκέψη 4, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος, καταρχάς, διότι τα προσκομισθέντα δείγματα είναι μικρότερου βάρους στις κατηγορίες 1, 3 και μεγαλύτερου βάρους από το απαιτούμενο στην κατηγορία 5, δίχως να αναφέρει έτι περαιτέρω στην προσβαλλόμενη, με αποτέλεσμα η εν λόγω αιτιολογία να μην είναι πλήρης, ειδική και επαρκής, ως βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, συμπληρώνοντας νομίμως την αιτιολογία της, κατά το άρθρο 365 του ν. 4412/2016, αναφέρει ότι από τον έλεγχο των δειγμάτων του προσφεύγοντος προέκυψε ότι α) για την 1η κατηγορία «...» 90X80 το δείγμα είχε βάρος 75 γρ., μικρότερο του ζητούμενου βάρους 79,6 γρ. της μελέτης, ανά κιλό πάνω από 13 «...», β) για την 3η κατηγορία «...» 100X83 το δείγμα είχε βάρος 89 γρ. μικρότερο του ζητούμενου βάρους 100 γρ. της μελέτης, ανά κιλό πάνω από 10 «...» και γ) για την 5η κατηγορία «...» το δείγμα είχε βάρος 15 γρ. μεγαλύτερο του ζητούμενου βάρους 10 γρ. Επί των διαπιστώσεων αυτών της αναθέτουσας αρχής ο προσφεύγων ουδεν αντιλέγει ή αντικρούει δια υπομνήματος και άρα, ενόψει τούτου, οι αιτιάσεις της προσφυγής ότι οι πλημμέλειες της προσφοράς του δεν είναι δυνατό να προσδιορισθούν κατά εύληπτο και ελέγξιμο μαθηματικό ακριβή τρόπο τυγχάνουν απορριπτέες ως αβάσιμες και αλυσιτελείς. Σημειωτέον ότι η ΕΑΔΗΣΥ δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς τον έλεγχο του δείγματος αλλά έχει μόνον τη δυνατότητα να ελέγξει το σύννομο της κρίσης της επί τη βάση των υποβληθέντων δειγμάτων (βλ. ΔΕφΑΘ 1489/2023). Επίσης, αλυσιτελώς ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εκ των υποβληθέντων με την προσφορά του εγγράφων και δη του αναλυτικού πίνακα αποδεικνύεται η πλήρωση των

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

επίμαχων προδιαγραφών ως προς το βάρος των «...», καθώς ως έχει ήδη εκτεθεί στη προηγούμενη σκέψη, κατά τη διακήρυξη επιβάλλεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών να αποδεικνύεται διακριτώς και επιπροσθέτως εκ του προσκομισθέντος δείγματος. Ομοίως για τον ίδιο λόγο αλυσιτελώς ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι, αφενός μεν ο κατασκευαστικός οίκος των προσφερόμενων ειδών εγγυάται ότι, εφόσον ανακηρυχθεί ανάδοχος, τα προσφερόμενα προϊόντα θα είναι σύμφωνα με τη μελέτη, αφετέρου ότι κατέθεσε μικρές ετικέτες – αυτοκόλλητες ότι οι διαστάσεις είναι ενδεικτικές και σε περίπτωση που μειοδοτήσει οι διαστάσεις θα είναι σύμφωνες με την μελέτη. Δεδομένου δε ότι, κατά τη διακήρυξη, επιβάλλεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών να αποδεικνύεται και εκ του προσκομισθέντος δείγματος, είναι απορριπτός ως αβάσιμος ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι έπρεπε να κληθεί από την αναθέτουσα αρχή προς παροχή διευκρινίσεων διότι ο προσφεύγων ήταν εκείνος ο οποίος υπείχε την συγκεκριμένη υποχρέωση υποβολής δείγματος συμφώνου προς τις τεχνικές προδιαγραφές, η δε κλήση του προς παροχή διευκρινίσεων θα είχε ως αποτέλεσμα την αντικατάσταση των υποβληθέντων δειγμάτων με έτερα, διαφορετικά των κατατεθειμένων, το οποίο όμως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα και υπό σκέψη 9, θα συνιστούσε ανεπίτρεπτη εκ των υστέρων υποβολή νέας τεχνικής προσφοράς. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς, με νόμιμη αιτιολογία και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος λόγω μη συμμόρφωσης των δειγμάτων του για τις κατηγορίες 1, 3 και 5 με τις προδιαγραφές της μελέτης ως προς το βάρος των «...» και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

15. Επειδή, εξάλλου, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του και με την αιτιολογία ότι το προσκομισθέν δείγμα για την κατηγορία 5 έχει διαστάσεις μικρότερες από τις απαιτούμενες διότι η σχετική κρίση είναι ασαφής και αόριστη, καθώς δεν επισημαίνεται ακριβώς από που προκύπτει ότι οι προσφερόμενες «...» έχουν μικρότερες διαστάσεις, η δε αποδοθείσα σε αυτόν πλημμέλεια δεν είναι δυνατό να προσδιορισθεί κατά εύληπτο και ελέγξιμο μαθηματικό ακριβή τρόπο.

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

Περαιτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι, εν προκειμένω, κατέθεσε με την τεχνική του προσφορά αναλυτικό πίνακα και δελτίο αποστολής με τις διαστάσεις των προσφερόμενων «...», διαθέτει δε βεβαίωση του κατασκευαστή ότι για την κατηγορία 5 οι διαστάσεις που θα παραδοθούν θα είναι «...» 65 cm και πλάτους 46 cm. Σε κάθε περίπτωση, αν ήθελε κριθεί ότι δεν αποδεικνύεται επαρκώς ότι πληρούται η απαιτούμενη προδιαγραφή για τις διαστάσεις, τότε η αναθέτουσα αρχή όφειλε να τον καλέσει σε παροχή διευκρινίσεων με τη διαδικασία του άρθρου 102 Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, στην υπ' αριθμ. 6/2023 μελέτη τίθεται ως προδιαγραφή για τις «...» κατηγορίας 5 να έχουν διαστάσεις 65X46 και άρα, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 13, εφόσον η διακήρυξη θέτει ως διακριτή και αυτοτελή υποχρέωση την προσκόμιση δείγματος σύμφωνου με τις προδιαγραφές της μελέτης, θα πρέπει το κατατεθειμένο δείγμα για την κατηγορία 5 να έχει διαστάσεις 65X46, άλλως συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς.

17. Επειδή, ως έχει εκτεθεί υπό σκέψη 4, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος με την επάλληλη αιτιολογία ότι το προσκομισθέν δείγμα για την κατηγορία 5 έχει μικρότερες διαστάσεις από τις απαιτούμενες κατά τη μελέτη, χωρίς όμως να αναφέρει έτι πιο συγκεκριμένο και ως εκ τούτου η εν λόγω αιτιολογία δεν δύναται να θεωρηθεί πλήρης, ειδική και επαρκής, ως βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, συμπληρώνοντας νομίμως την αιτιολογία της, κατά το άρθρο 365 του ν. 4412/2016, αναφέρει ότι από τον έλεγχο των δειγμάτων του προσφεύγοντος προέκυψε ότι για την 5η κατηγορία «...» το δείγμα του προσφεύγοντος είχε διαστάσεις 58X50 και όχι τις απαιτούμενες από τη μελέτη διαστάσεις, ο δε προσφεύγων ουδέν αντιλέγει επί αυτού. Ενόψει τούτου και δοθέντος ότι η ΕΑΔΗΣΥ ελέγχει μόνον το σύννομο της κρίσης της αναθέτουσας αρχής επί τη βάση των υποβληθέντων δειγμάτων, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή με ορθή και νόμιμη αιτιολογία απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος. Ως προς δε τις αιτιάσεις του προσφεύγοντος α) για την υποβολή αναλυτικού πίνακα και δελτιου αποστολής με τις διαστάσεις της μελέτης, β) κατάθεσης βεβαίωσης του κατασκευαστή και γ) κλήσης του προς παροχή διευκρινίσεων ισχύουν mutatis

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

mutandis τα εκτεθέντα υπό σκέψη 14. Συνεπώς, βάσει των ανωτέρω, ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

18. Επειδή, δεδομένου ότι συντρέχουν νόμιμοι λόγοι απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 5, ο προσφεύγων μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς περί απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...». Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νομίμως κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» διότι από κανένα έγγραφο της τεχνικής του προσφοράς δεν προκύπτει το πάχος και το βάρος των προσφερόμενων υλικών, η δε όποια απλή αναπαραγωγή της τεχνικής μελέτης δεν δύναται να καλύψει την εν λόγω έλλειψη, η οποία αποτελεί μη ιάσιμη με διευκρινίσεις πλημμέλεια.

19. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 13, με το άρθρο 15.3.β της διακήρυξης τίθεται, επί ποινή αποκλεισμού, υποχρέωση κατάθεσης εγγράφου στο οποίο θα αναφερθούν, μεταξύ άλλων, οι ακριβείς διαστάσεις των προσφερόμενων «...», το πάχος του υλικού και το βάρος ανά τεμάχιο, η οποία αποτελεί αυτοτελή απαίτηση και διακρίνεται σαφώς από την έτερη, υποχρέωση κατάθεσης δειγμάτων των προσφερόμενων «...». Παρόμοια δε απαράβατη απαίτηση περί κατάθεσης διακριτού εγγράφου με τα τεχνικά στοιχεία (πάχος, βάρος ανά τεμάχιο) των προσφερόμενων «...» προβλέπεται και στην υπ' αριθμ. 6/2023 μελέτη. Επομένως, σύμφωνα με το άρθρο 15.6 της διακήρυξης, η μη υποβολή με την τεχνική προσφορά εγγράφου στο οποίο θα δηλώνονται το πάχος και το βάρος των προσφερόμενων «...» αποτελεί λόγο αποκλεισμού της προσφοράς.

20. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο οικονομικός φορέας «...» κατέθεσε με την τεχνική του προσφορά αρχείο υπό τίτλο «... 090623 TEXN», το οποίο αποτελεί αντιγραφή των τεχνικών απαιτήσεων της μελέτης, χωρίς όμως να αναφέρεται το συγκεκριμένο πάχος και βάρος ανά τεμάχιο των προσφερόμενων από αυτόν «...» για έκαστη κατηγορία. Ειδικότερα, στο επίμαχο έγγραφο αναφέρεται ότι «1) Οι προς προμήθεια «...»90X80 για την Υπηρεσία «...» (συνολικά 16.780 κιλά), θα πρέπει να είναι κατασκευασμένοι όπως παρακάτω

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

αναφέρεται: [...]• Ποσότητα ανά κιλό : Η ποσότητα ανά κιλό θα πρέπει να είναι περίπου 12-13 «...» ήτοι βάρος ανά «...» 79,6 gr. • Συσκευασία : πακέτα των είκοσι 20 Kg (κιλά). [...] 2) Οι προς προμήθεια «...» 55X50 για την Υπηρεσία «...» (συνολικά 250 κιλά), θα πρέπει να είναι κατασκευασμένοι όπως παρακάτω αναφέρεται: [...] • Ποσότητα ανά κιλό : Η ποσότητα ανά κιλό θα πρέπει να είναι περίπου 65 «...» ήτοι βάρος ανά «...» περίπου 15 gr. • Συσκευασία : πακέτα των είκοσι 20 Kg (κιλά). 3) Οι προς προμήθεια «...» 100X83 για την Υπηρεσία «...» (συνολικά 3.941,65 κιλά), θα πρέπει να είναι κατασκευασμένοι όπως παρακάτω αναφέρεται: [...] • Ποσότητα ανά κιλό : Η ποσότητα ανά κιλό θα πρέπει να είναι περίπου 10 «...» ήτοι βάρος ανά «...» περίπου 100 gr. • Συσκευασία : πακέτα των είκοσι 20 Kg (κιλά). 4) Οι προς προμήθεια «...» 55X50 για την «...» (συνολικά 140 κιλά), θα πρέπει να είναι κατασκευασμένοι όπως παρακάτω αναφέρεται: [...] • Ποσότητα ανά κιλό : Η ποσότητα ανά κιλό θα πρέπει να είναι περίπου 65 «...» ήτοι βάρος ανά «...» περίπου 15 gr. • Συσκευασία : πακέτα των είκοσι 20 Kg (κιλά). 5) Οι προς προμήθεια «...» 65X46 με χερούλια για την «...» (συνολικά 100 κιλά), θα πρέπει να είναι κατασκευασμένοι όπως παρακάτω αναφέρεται: [...]• Ποσότητα ανά κιλό : Η ποσότητα ανά κιλό θα πρέπει να είναι περίπου 100 «...» ήτοι βάρος ανά «...» 10 gr. • Συσκευασία : πακέτα των είκοσι 20 Kg (κιλά)...». Ως, εκ τούτου, από το περιεχόμενο του ως άνω εγγράφου και δη τη διατύπωση «θα πρέπει να είναι» σαφώς προκύπτει ότι δεν δηλώνεται το πραγματικό πάχος και βάρος των προσφερόμενων «...» αλλά απλώς επαναλαμβάνεται το ζητούμενο από τη μελέτη βάρος και πάχος τους. Σημειωτέον ότι η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί την ως άνω έλλειψη της τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» αλλά αλυσιτελώς αναφέρεται στο γεγονός ότι τα κατατεθειμένα από αυτόν δείγματα διαθέτουν το απαιτούμενο βάρος και πάχος, το οποίο όμως ουδεμία επίδραση ασκεί, δοθέντος ότι, ως έχει ήδη εκτεθεί, η απαίτηση της διακήρυξης περί κατάθεσης εγγράφου με το πάχος και βάρος των «...» αποτελεί διακριτή υποχρέωση σωρευτική της απαίτησης υποβολής δειγμάτων συμφώνων με τις τεχνικές προδιαγραφές και δεν συντρέχει περίπτωση αλληλοκάλυψης ή αλληλοσυμπλήρωσης των δυο απαιτήσεων. Εξάλλου, ως βασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων, κατά τα

Αριθμός απόφασης: 1408 /2023

εκτεθέντα υπό σκέψη 9, η παράλειψη κατάθεσης με την τεχνική προσφορά απαιτούμενου κατά τη διακήρυξη, επί ποινή αποκλεισμού, εγγράφου δεν δύναται να θεραπευθεί δια διευκρινίσεων. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα, να απορρίψει την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και οι σχετικοί λόγοι της προσφυγής θα πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι.

24. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 157/12.07.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού, και συνεπεία τούτου, να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 168/26.07.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το σκέλος που ανακηρύχθηκε ο οικονομικός φορέας «...» οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού και να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων, κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 168/26.07.2023 προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. 157/12.07.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600€

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Σεπτεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 10 Οκτωβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΚΑΡΑΔΗΜΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ