

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23 Νοεμβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 20.03.2023, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 381/22.03.2023, προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμό .../2023 απόφαση του... , δια της οποίας η υπόθεση αναπέμφθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. προς εξέταση και η οποία απόφαση κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ στις 25.10.2023,

Κατά : «...» (εφ' εξής η «αναθέτουσα Αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Την παρέμβαση του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» (εφ' εξής η «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, υπ' αριθμούς .../2023 και .../2023, αποφάσεις της Οικονομικής Επιτροπής του ... , καθ' ο μέρος δι' αυτών έγιναν αποδεκτές οι προσφορές του οικονομικού φορέα «...» για τις Ομάδες 2, 3 και 4 του διαγωνισμού.

**Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια**

**Μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφθηκε κατά τον Νόμο**

1.Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, προκύπτει, ότι έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00€, το οποίο υπολογίζεται με βάση την αξία άνευ Φ.Π.Α των επίδικων ομάδων, 74.505,81€ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών, με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2.Επειδή, με την υπ' αριθμό πρωτ. .../2022 διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός κάτω των ορίων «της με αρ. .../2022 μελέτης με τίτλο «...», προϋπολογισμού 149.974,09€ (συμπ/νου Φ.Π.Α 24% & 6%)» και προϋπολογισμού, άνευ Φ.Π.Α., 125.986,29€. Ο εν θέματι διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 5 ομάδες. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης: «Προσφορές υποβάλλονται για κάθε μία από τις ομάδες 1 – 4 ή και για το σύνολο των ομάδων, αλλά ανά ομάδα, ενώ για την ομάδα 5 μπορούν να καταθέσουν ανά είδος. Δεν επιτρέπεται η κατάθεση προσφοράς για μέρος ομάδας για τις ομάδες 1 – 4.». Η εν λόγω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 20.10.2022 με Α.Δ.Α.Μ ... , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

3.Επειδή η σειρά μειοδοσίας, για τις επίδικες ομάδες, διαμορφώθηκε ως εξής: πρώτη η παρεμβαίνουσα και δεύτερη η προσφεύγουσα. Με τις προσβαλλόμενες, υπ' αριθμούς .../2023 και .../2023, αποφάσεις, προσωρινή και οριστική ανάδοχος, αντίστοιχα, αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα, αναφορικά με τις επίδικες ομάδες. Κατά των ως άνω προσβαλλόμενων στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή.

4.Επειδή η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, άνευ Φ.Π.Α., και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρ. 345 του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5.Επειδή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 10.03.2023 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 20.03.2023, ήτοι κατατέθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης.

6.Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, καθώς η προσφεύγουσα (2<sup>η</sup> στην σειρά μειοδοσίας) βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η σύμβαση, για το επίδικο είδος.

7.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 της παρ. 1 του Ν. 4412/2016, κοινοποίησε, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την προσφυγή στις 21.03.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους. Η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως, στις 31.03.2023, την παρέμβασή της επί της κρινόμενης προσφυγής.

8.Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως τις απόψεις της σχετικά με την κρινόμενη προσφυγή, στις 31.03.2023. Επί των ως άνω απόψεων η προσφεύγουσα κατέθεσε εμπροθέσμως, στις 05.04.2023, το υπόμνημά της.

9.Επειδή, στο άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης, με τίτλο «Τεχνική προσφορά», ορίζονται τα εξής: *«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από το Τμήμα ... με τα κεφάλαια “Τεχνική Έκθεση, Μελέτη – Τεχνικές Προδιαγραφές, Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων” του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα...».*

10. Επειδή, στο άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης, με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών», ορίζονται τα εξής: «*Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από απαραίτους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών), 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας...».*

11.Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, για το επίδικο είδος με α/α..., «...», της ομάδας 2. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε τεχνικό φυλλάδιο, στο οποίο δηλώνεται ως κατασκευάστρια εταιρεία η «...», ενώ στην δήλωση συμμόρφωσης και στο πιστοποιητικό του είδους αναγράφεται ως κατασκευάστρια εταιρεία η «...».

12.Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, η παρεμβαίνουσα, για το επίδικο είδος με α/α ... της ομάδας 2, προσέφερε το κράνος «...» . Όμως, για το ως άνω είδος, κατέθεσε τεχνικό φυλλάδιο, στο οποίο δηλώνεται ως κατασκευάστρια εταιρεία η «...», ενώ στην δήλωση συμμόρφωσης αναγράφεται, ως κατασκευάστρια, άλλη εταιρεία και δη η «...». Κατά δεύτερον, η παρεμβαίνουσα, με την παρέμβασή της, καταθέτει, το πρώτον, μετά την υποβολή της τεχνικής της προσφοράς, βεβαίωση της εταιρείας «...», όπου αναγράφεται, ότι το προσφερόμενο μοντέλο «...» κατασκευάζεται στην ... από την «...» για λογαριασμό της «...», η οποία εδρεύει στην .... Εν προκειμένω, η ως άνω βεβαίωση δεν μπορεί να ληφθεί υπ' όψη πρωτογενώς από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., εφ' όσον δεν είχε τεθεί υπ' όψη της αναθέτουσας Αρχής, κατά την υποβολή της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας (βλ. αρχείο «10. Τεχνικά Φυλλάδια & Πιστοποιήσεις», όπου

για το επίμαχο είδος κατατέθηκαν μόνο τα ψηφιακά αρχεία «7. ... ΤΕΧΝΙΚΟ ΦΥΛΛΑΔΙΟ & ΜΕΤΑΦΡΑΣΗ.pdf» και «7. ... & ΜΕΤΑΦΡΑΣΗ.pdf» και όχι η επίμαχη βεβαίωση). Περαιτέρω, δεδομένου ότι, κατ' άρθρο 2.4.6. δ της διακήρυξης, δεν επιτρέπεται η εναλλακτική προσφορά, η προσφορά της παρεμβαίνουσας για το επίμαχο είδος έπρεπε να απορριφθεί. Άρα, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

13. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, για το επίδικο είδος με α/α ... «...» της ομάδας 2. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα κατέθεσε για το επίμαχο είδος ... με σήμανση στον οπτικό δίσκο 5.3.1, η οποία είναι κατώτερη από αυτή που ορίζει η ένδικη μελέτη «Κ προστασίας έναντι τριβής, 6 2 (ή 6 2,5).

14. Επειδή, αναφορικά με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Στην μελέτη, υπ' αριθμό .../2022, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της ένδικης διακήρυξης (σελ. 65), ορίζονται τα εξής: «10. ...Σήμανση στον οπτικό δίσκο: 1 οπτική κλάση κατάλληλος για συνεχόμενη χρήση, F μηχανική αντοχή (ή μεγαλύτερη: B ή A), K προστασία έναντι τριβής, 6\_2 (ή 6\_2,5) που συμβολίζει την δυνατότητα απορρόφησης της ηλιακής ακτινοβολίας, συμπεριλαμβανομένου του υπέρυθρου φάσματος.». Η δε προσφεύγουσα, με την προσφυγή της, ισχυρίζεται αορίστως, ότι «...τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου είδους είναι υποδεέστερα από αυτά που ζητούνται στην μελέτη, γεγονός που προφανώς διέλαθε της προσοχής της Επιτροπής, η οποία όφειλε για το λόγο αυτό, κατά δέσμια αρμοδιότητα, να απορρίψει την τεχνική προσφορά ως προς το εν λόγω είδος και άρα συνολικά για την Ομάδα 2.», χωρίς να προσκομίζει κανένα αποδεικτικό στοιχείο επ' αυτού. Η δε παρεμβαίνουσα επάγεται, ότι «...Το εν λόγω είδος φέρει δείκτη απορρόφησης της ηλιακής ακτινοβολίας 5.3.1, η οποία τιμή είναι ανώτερη από την- κατ' ελάχιστον- ζητούμενη 6-2 ή 6-2,5 στη διακήρυξη. Συγκεκριμένα, το προσφερόμενο από την εταιρία μας είδος έχει πιστοποίηση ... (ΣΧΕΤ. 2, σελ. 14), το οποίο σημαίνει ότι πληροί όλες τις προϋποθέσεις περί φακών προστασίας. Σημειώνεται ότι τα προσφερόμενα ... παρέχουν υψηλότερο δείκτη προστασίας (...) σε σχέση με τη ζητούμενη τιμή 6-2 ή 6-2,5 η οποία παρέχει

*προστασία ... ή... :...». Οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας τυγχάνουν πρωτίστως αόριστοι και άρα απορριπτέοι. Τούτο, διότι αυτή δεν προβάλλει ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, με τους οποίους να ισχυρίζεται και να αποδεικνύει, ότι τα τεχνικά χαρακτηριστικά του προσφερόμενου από την παρεμβαίνουσα είδους είναι υποδεέστερα από αυτά που ζητούνται σύμφωνα με την μελέτη. Άλλωστε, η προσφεύγουσα ήταν αυτή που έφερε το βάρος ορισμένης επίκλησης και απόδειξης και δη, ήδη δια της προσφυγής της, των προϋποθέσεων που απαιτούντο για την στήριξη των αιτιάσεων της (1256,1257,1258,1259/2022 ΕΑΔΗΣΥ, σελ. 129). Εξ άλλου, η αποδοχή αόριστων αιτιάσεων της προσφυγής θα μετακύλιε ανεπίτρεπτα το βάρος απόδειξης στην παρεμβαίνουσα εταιρεία (ΔΕΦΑΘ 1379/2022 σκ. 14). Εν όψει αυτών, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος.*

15. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, για το επίδικο είδος με α/α 12, «Ασπίδιο προστασίας από ηλεκτρικό τόξο» της ομάδας 2. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η παρεμβαίνουσα προσέφερε ασπίδιο προστασίας, το οποίο δεν φέρεται να διαθέτει ενσωματωμένο ασπίδιο εσωτερικά του κράνους, κατά παράβαση των οριζόμενων στην ένδικη μελέτη.

16.Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Στην μελέτη, υπ' αριθμό .../2022, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της ένδικης διακήρυξης (σελ. 65), ορίζονται τα εξής: «12. *Ασπίδιο προστασίας από ηλεκτρικό τόξο Κράνος με ενσωματωμένο ασπίδιο. Η διάταξη θα αποτελείται από:* • *Κράνος προστασίας.* • *Ενσωματωμένο ασπίδιο προστασίας από ηλεκτρικό τόξο στο εσωτερικό του κράνους το οποίο θα είναι δυνατό να κατεβαίνει και να καλύπτει το πρόσωπο του χρήστη...*• *Στο εξωτερικό τμήμα του κελύφους θα [η] υπάρξει διάταξη με την οποία θα ρυθμίζεται η θέση του ασπιδίου».* Εν προκειμένω, από την επισκόπηση του ψηφιακού αρχείου «12.... 2.pdf» (το οποίο εμπεριέχεται στο αρχείο «10. Τεχνικά Φυλλάδια & Πιστοποιήσεις») προκύπτει, ότι η παρεμβαίνουσα, για το επίμαχο είδος, προσέφερε κράνος, στο οποίο φέρεται να τοποθετείται με χρήση ξεχωριστού προσφερόμενου μηχανισμού/βραχίονα ένα ασπίδιο στην εξωτερική πλευρά του κράνους, κατά παράβαση της ρητής απαίτησης της ως

άνω μελέτης για ασπίδιο στο εσωτερικό. Η δε αναθέτουσα, με τις απόψεις της, επάγεται ασάφεια του επίμαχου όρου, καθώς: «...Η περιγραφή δε της διακήρυξης «ασπίδιο προστασίας από ηλεκτρικό τόξο στο εσωτερικό του κράνους το οποίο θα είναι δυνατό να κατεβαίνει και να καλύπτει το πρόσωπο του χρήστη» έρχεται σε αντίθεση με την περιγραφή στην ίδια ενότητα της διακήρυξης «Στο εξωτερικό τμήμα του κελύφους θα [η] υπάρχει διάταξη με την οποία θα ρυθμίζεται η θέση του ασπιδίου...». Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου, επ' αυτού του όρου δεν δόθηκαν διευκρινίσεις. Εν προκειμένω, προκύπτει ασάφεια του όρου, αφού προβλέπεται αφ' ενός μηχανισμός του ασπιδίου στην εσωτερική πλευρά του κράνους και αφ' ετέρου διάταξη στο εξωτερικό του κελύφους (εννοείται του κράνους) για το ασπίδιο. Όμως, η ασάφεια αυτή δεν δύναται να αντιταχθεί στην παρεμβαίνουσα. Και τούτο, διότι τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών, και άρα η παραβίαση αμφίσημων όρων της διακήρυξης δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου, εάν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (βλ. ΔΕφΑθηνών 147/2018). Ως εκ τούτου, εν όψει των ανωτέρω, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

17.Επειδή, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, για το επίδικο είδος με α/α..., «...», της ομάδας 3. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, για το επίμαχο είδος η παρεμβαίνουσα προσέφερε είδος, το οποίο: «...δεν είναι κατασκευασμένο από ... αλλά από... , δηλαδή από υλικό (δέρμα) κατώτερης ποιότητας από το ζητούμενο (σχετ. 04). Πέραν τούτου, όπως επίσης προκύπτει από το τεχνικό φυλλάδιο του είδους και το πιστοποιητικό του εργοστασίου κατασκευής του, ενώ από τη μελέτη ζητείται το είδος να διατίθεται σε μεγέθη 36 έως 47, το συγκεκριμένο προσφερόμενο μοντέλο παράγεται και διατίθεται σε μεγέθη 39 – 47...».

18.Επειδή, αναφορικά με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Στην μελέτη, υπ' αριθμό .../2022, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της ένδικης διακήρυξης (σελ. 68), ορίζονται τα εξής: «19. ...

*Χαρακτηριστικά: ...—... από δέρμα τύπου ... ή ανώτερο... Μεγέθη: 36 – 47».* Εν προκειμένω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ως προς το α' σκέλος του τετάρτου λόγου, περί του «...», είναι απορριπτέοι ως αόριστοι. Τούτο, διότι στην προσφυγή δεν περιέχονται ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί για το ότι το επίμαχο υλικό (δέρμα) είναι κατώτερης ποιότητας. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα, με το υπόμνημά της, απαραδέκτως προβάλλει συμπληρωματικούς ισχυρισμούς, με τους οποίους επιχειρεί να αποδείξει τα της «κατώτερης ποιότητας». Τούτο, διότι η επίμαχη αοριστία δεν μπορεί να θεραπευθεί με τους ως άνω συμπληρωματικούς ισχυρισμούς, που προβάλλονται με το υπόμνημα (Δ.Πρ.Ηρακλείου 490/2023, σκ. 9, Δ.Πρ.Πειραιά 2034/2021, σκ. 7). Περαιτέρω, ως προς το β' σκέλος του τετάρτου λόγου της προσφυγής, λεκτέα τα εξής. Η παρεμβαίνουσα, για το επίμαχο είδος, προσέφερε άρβυλα σε μεγέθη 39 – 47, ενώ από την ένδικη μελέτη απαιτείται το επίμαχο είδος να διατίθεται σε μεγέθη 36 έως 47. Η δε παρεμβαίνουσα συνομολογεί την πλημμέλεια αυτή, ισχυριζόμενη, ότι είναι δυνατή η ενεργοποίηση του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016. Όμως, δεν πρόκειται για ασάφεια, η οποία θα ήταν δυνατόν να αρθεί με την παροχή διευκρινίσεων του άρθρου 102 Ν. 4412/2016, ακόμη και μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 42 του Ν. 4782/2021, αλλά για ευθεία αντίθεση της προσφοράς της με απαράβατο όρο της μελέτης, επί της οποίας καμμία «διευκρίνιση» δεν θα μπορούσε να δοθεί, χωρίς να επιφέρει τροποποίηση της προσφοράς, κατά καταστρατήγηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας (Δ.Εφ.Χανίων 5/2022. Επ.Αν.ΣτΕ 346/2017, 184/2017, 135/2018). Εν όψει αυτών και με το δεδομένο, ότι οι τεχνικές προδιαγραφές για το επίμαχο είδος τίθενται σωρευτικά, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτός, κατά τα ανωτέρω.

19.Επειδή, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, για το επίδικο είδος με α/α ... , «...», της ομάδας 3. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, για το επίμαχο είδος η παρεμβαίνουσα δεν κατέθεσε νόμιμα και εμπρόθεσμα δείγμα, με την υποβολή της προσφοράς της.



20.Επειδή, αναφορικά με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Κατ' αρχάς, στον όρο 6.4 της διακήρυξης ορίζεται, ότι «Οι διαγωνιζόμενοι με την κατάθεση των προσφορών τους θα πρέπει να προσκομίσουν δείγματα των προς προμήθεια ειδών στο ... στην οδό ... (εντός τριών ημερών από την κατάθεση των ηλεκτρονικών προσφορών)». Κατά δεύτερον, η αναθέτουσα, με τις απόψεις της, συνομολογεί, ότι για το επίμαχο είδος 22, «...», της ομάδας 3, ζήτησε διευκρινίσεις/συμπληρώσεις από την παρεμβαίνουσα, ως προς μη κατατεθέντα δείγματα. Άλλωστε, στο υπ' αριθμό .../23.12.2022 έγγραφο παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας προς την παρεμβαίνουσα αναφέρεται, ότι: «..Για το είδος... (...) δεν καταθέσατε δείγμα, ενώ υποβάλατε τεχνική προσφορά.». Εν προκειμένω, οι διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 μη νομίμως έτυχαν εφαρμογής, αφ' ής στιγμής διαπιστώθηκε η παράλειψη υποβολής του επίμαχου δείγματος, ήτοι η παράλειψη υποβολής στοιχείου για την αξιολόγηση της καταλληλότητας του προσφερομένου είδους, κατά παράβαση της παρ. 2.4.3.2 και 6.4 της διακήρυξης (απαράβατοι όροι). Μάλιστα, η παροχή στην παρεμβαίνουσα της δυνατότητας να υποβάλει το επίμαχο δείγμα, σε χρόνο μετά την υποβολή της προσφοράς της, της προσέδωσε αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε σχέση με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους, κατά παράβαση των θεμελιωδών ενωσιακών αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ανόθευτου ανταγωνισμού. Και τούτο, διότι, κατά πάγια νομολογία, η διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς, ιδία δε την υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 11.05.2017, Υπόθεση C-131/2016, Archus and Gama· ΔΕΕ, απόφαση της 29.03.2012, Υπόθεση C-599/10, SAG ELV Slovensko κ.λπ., σκέψη 40). Εν όψει αυτών, ο πέμπτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

21.Επειδή, με τον έκτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα, για το επίδικο είδος με α/α..., «...», της ομάδας 4. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας: α) για το επίμαχο είδος η παρεμβαίνουσα δεν κατέθεσε νόμιμα και εμπρόθεσμα δείγμα, με την υποβολή της προσφοράς της, και β) από κανένα έγγραφο της

τεχνικής της προσφοράς δεν αποδεικνύεται, ότι το κάτω μέρος του ποδιού του παντελονιού είναι από αδιάβροχο υλικό, κατά παράβαση των οριζόμενων στην μελέτη.

22.Επειδή, αναφορικά με τον έκτο λόγο της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Ως προς το α΄ σκέλος: Η παρεμβαίνουσα συνομολογεί, ότι δεν κατέθεσε εμπροθέσμως το σχετικό δείγμα για το είδος με α/α 25 της ομάδας 4 «...λόγω έλλειψης σχετικής διαθεσιμότητας –τη δεδομένη χρονική στιγμή που απαιτούσε η διακήρυξη- στην κατασκευάστρια εταιρεία ...». Επάγεται δε, ότι όφειλε η αναθέτουσα Αρχή να την καλέσει να προσκομίσει το δείγμα, κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016. Όμως, ισχυόντων αναλογικώς όσων εκτέθηκαν στην σκέψη 20, η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθεί, χωρίς, στην συγκεκριμένη περίπτωση, η πλημμέλεια αυτή στην προσφορά της να μπορεί να θεραπευθεί με την ενεργοποίηση του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016. Ως προς το β΄ σκέλος: Στην μελέτη, υπ' αριθμό .../2022, η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της ένδικης διακήρυξης (σελ. 69), ορίζονται τα εξής: «25. Παντελόνι για χειριστές κοπτικών μηχανημάτων Παντελόνι από ειδικά επεξεργασμένο υλικό για επαγγελματίες. Το κάτω μέρος του ποδιού είναι από αδιάβροχο υλικό...». Περαιτέρω, κατά τους όρους 2.4.3.2 της διακήρυξης η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών. Σωρευτικά δε προς τα ανωτέρω έγγραφα/δικαιολογητικά απαιτείται, κατά τον όρο 6.4 της διακήρυξης, και η προσκόμιση δειγμάτων των προς προμήθεια ειδών. Άρα, οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας, αναφορικά με την αδιάβροχη ιδιότητα στο κάτω μέρος του ποδιού των παντελονιών, που κατέθεσε εκπροθέσμως ως δείγματα η παρεμβαίνουσα, ότι «τέθηκαν σε πρακτική δοκιμασία (έγχυση νερού) και διαπιστώθηκε ότι όλα στο κάτω μέρος του παντελονιού είναι αδιάβροχα» είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς. Τούτο, διότι, από την διακήρυξη απαιτείται, οι τεχνικές προδιαγραφές να αποδεικνύονται σωρευτικά και από τα έγγραφα/δικαιολογητικά και από τα δείγματα. Όμως, από κανένα έγγραφο της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας δεν αποδεικνύεται, ότι το κάτω μέρος του ποδιού του παντελονιού είναι από αδιάβροχο υλικό, κατά παράβαση των οριζόμενων στην μελέτη. Η δε παρεμβαίνουσα επάγεται, ότι

από το τεχνικό φυλλάδιο του προσφερόμενου από αυτήν είδους αποδεικνύεται η αδιάβροχη προστασία, αφού επ' αυτού ρητώς αναφέρονται τα εξής: «*Τριπλή προστασία από κρούση, αγκάθια και υγρασία*». Όμως, οι σχετικοί ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας είναι απορριπτέοι, καθώς, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας, η αδιάβροχη προστασία είναι διάφορη ιδιότητα από την προστασία από την υγρασία. Κατά την γνώμη όμως της Προέδρου του Κλιμακίου, οι ανωτέρω ισχυρισμοί αλυσιτελώς προβάλλονται, δεδομένου ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας ήταν ούτως ή άλλως απορριπτέα, εφ' όσον το εν λόγω δείγμα δεν προσκομίσθηκε εμπροθέσμως. Εν πάση περιπτώσει, εν όψει των προαναφερθέντων, το Κλιμάκιο κρίνει, ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας θα έπρεπε να απορριφθεί, εφ' όσον δεν κατέθεσε με την προσφορά της δείγμα παντελονιού, κατά τα ανωτέρω. Εν όψει αυτών, ο έκτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

23.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή να γίνει δεκτή, ν' απορριφθεί η παρέμβαση και ν' ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, καθ' ο μέρος έκαναν αποδεκτές τις προσφορές του οικονομικού φορέα «...» (ήτοι της παρεμβαίνουσας) για τις Ομάδες 2, 3 και 4 του διαγωνισμού, και εν συνεχεία την ανέδειξαν ανάδοχο για αυτές.

24. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο, που κατέβαλε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει τις προσβαλλόμενες, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ**

**ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ**