

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Νοεμβρίου 2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Μέλος- Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 05.10.2023 και υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1531/06.10.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» (εφ' εξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται,

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

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

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται ν' ακυρωθεί το απόσπασμα Πρακτικών – απόφαση της ...ης Τακτικής Συνεδρίασης της ... 09.2023 (Θέμα ...ο) του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έγινε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρείας, με την επωνυμία «...», και αναδείχθηκε αυτή οριστική ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα ζητεί την απόρριψη της προσφυγής.

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 καταβλήθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00€ (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 η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: (α) έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, καθ' όσον η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 25.09.2023, η προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 05.10.2023 (β) έχει ασκηθεί μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς η προσφεύγουσα (2^η στην σειρά μειοδοσίας) βάζει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της οριστικής αναδόχου, επιδιώκοντας ευλόγως ν' ανατεθεί στην ίδια (προσφεύγουσα) η σύμβαση.

3.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 09.10.2023 στους συμμετέχοντες και θιγόμενους από τυχόν αποδοχή της, προκειμένου αυτοί να λάβουν γνώση και ν' ασκήσουν ενδεχομένως το δικαίωμα παρέμβασής τους.

4.Επειδή η παρεμβαίνουσα άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την ως άνω κοινοποίηση της προσφυγής, στις 19.10.2023.

5. Επειδή η αναθέτουσα Αρχή υπέβαλε νομίμως και εμπροθέσμως, στις 20.10.2023, τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής..

6. Επειδή προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός, υπ' αριθμό .../2023, για την «... (CPV...), για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους με δικαίωμα παράτασης ένα (1) έτος συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 101.700,00€ με ΦΠΑ και κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή.». Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 20.06.2023, υπό Α.Δ.Α.Μ ... , καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ...

7.Επειδή, στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα και η εταιρεία «...». Η προσφορά της τελευταίας εταιρείας απορρίφθηκε, ως μη τεχνικά αποδεκτή, ενώ πρώτη στην σειρά μειοδοσίας ήταν η παρεμβαίνουσα και δεύτερη η προσφεύγουσα. Με το προσβαλλόμενο απόσπασμα Πρακτικών – απόφαση, οριστική ανάδοχος του εν θέματι διαγωνισμού αναδείχθηκε η παρεμβαίνουσα. Κατά της ανωτέρω απόφασης στρέφεται η προσφεύγουσα για τους λόγους, που αναφέρονται στην προσφυγή της.

8.Επειδή τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά την διάρκεια του διαγωνισμού είτε κατά την συνολολόγηση της σύμβασης, που καταρτίζεται μετά την διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη την 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 οριζόμενες από την διακήρυξη απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητώς (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει), ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, 26/2007, Ελ. Συν. VI Τμήμα, 24995, 1949/2009). Το ίδιο ισχύει και για τις τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες προβλέπονται από την διακήρυξη. Τα ανωτέρω προκύπτουν και εκ των αρχών της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλουν την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζομένων δικαιολογητικών, κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες, όχι μόνο κατά την υποβολή αλλά και κατά την αξιολόγηση των προσφορών.

9.Επειδή, στο άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης, ορίζονται τα εξής: *«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος 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, στον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών», ορίζεται, ότι: *«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 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, ... η) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης, ...».*

11.Επειδή, με τους λόγους της προσφυγής, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, ισχυριζόμενη, ότι αυτή ήταν απορριπτέα. Τούτο, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, πρώτον, η προσφερόμενη από την παρεμβαίνουσα ... άμεσης επίσχεσης δεν φέρει «βακτηριοκτόνες ιδιότητες» κατά παράβαση των τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών, και, δεύτερον, ο κωδικός αναφοράς ... τον οποίο μνημονεύει η παρεμβαίνουσα στην τεχνική της προσφορά, αλλά και η δηλωθείσα ποσότητα των 3.0g, δεν απαντώνται στο prospectus του οίκου «...» ούτε επαληθεύονται από κανένα άλλο έγγραφο της τεχνικής προσφοράς της.

12.Επειδή, αναφορικά με τους λόγους της προσφυγής, λεκτέα τα κάτωθι. Σύμφωνα με το Παράρτημα I της διακήρυξης, το προς προμήθεια είδος είναι «...». Περαιτέρω, σύμφωνα με την από 21.06.2023 και υπ' αριθμό πρωτ. ... 2023 Ανακοίνωση της αναθέτουσας Αρχής, διευκρινίσθηκαν τα εξής: «2. Οι ειδικότερες προδιαγραφές του είδους που εγκρίθηκαν από το ... αλλά εκ παραδρομής δεν επισυνάφθηκαν στη διακήρυξη είναι: αιμοστατική σκόνη (...)

από οξειδωμένη αναγεννημένη με μικροϊνίδια κυτταρίνη με βακτηριοκτόνες ιδιότητες που επιφέρει άμεση αιμόσταση, μ.χ.». Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλλου και δεν αμφισβητείται, κατά των ανωτέρω διευκρινίσεων δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή. Περαιτέρω, στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού εντάσσονται επίσης και οι διευκρινίσεις που παρέχονται από την αναθέτουσα Αρχή στους διαγωνιζόμενους, με την έκδοση σχετικής πράξης παροχής διευκρινίσεων, η οποία εκδίδεται πριν από την υποβολή της προσφοράς τους, ως προς τα σημεία των όρων της διακήρυξης ή των τεχνικών προδιαγραφών ή άλλων ζητημάτων που χρήζουν περαιτέρω επεξηγήσεων, οι οποίες συμπληρώνουν τους όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 340). Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και, εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακήρυξης, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 298/2019, 499/2012, Δ.Εφ.Αθ. 1244/2021). Εν προκειμένω, σύμφωνα με την διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία προσφορών ορίσθηκε η 10.07.2023, ενώ οι επίμαχες διευκρινίσεις δόθηκαν στις 21.06.2023 και αναρτήθηκαν στην κεντρική σελίδα του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού, ως μη αμφισβητηθείσες δε από τους διαγωνιζόμενους, εντάχθηκαν στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και, ως εκ τούτου, παρήγαγαν δεσμευτικά αποτελέσματα για τους μετέχοντες σε αυτόν (Δ.Εφ.Αθ. 1244/2021). Απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, ότι οι επίμαχες διευκρινίσεις δεν ήταν νόμιμες κατ' εφαρμογή της αρχής του επικαίρου. Κατά τα παγίως κριθέντα, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της κατά στάδια προβολής των λόγων, ήτοι, λόγοι, που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο, δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 295/2003, 602/2003, 245/2011, 2553/2017, Δ.Εφ.Αθ. 663/2019, Δ.Εφ. Πειρ. 96/2021 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού, εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών επ' ευκαιρία της προσβολής των μεταγενεστέρων πράξεων ή

παραλείψουν της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΣΤΕ 1819/2020). Κατ' εφαρμογή της αρχής του επικαίρου, δεν επιτρέπεται, επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερης πράξης του διαγωνισμού, που εντάσσεται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, η αμφισβήτηση της νομιμότητας πράξης προηγούμενου σταδίου, η οποία δεν έχει αμφισβητηθεί επικαίρως. Η παρεμβαίνουσα, στην τεχνική της προσφορά, δηλώνει, ότι προσφέρει ... άμεσης επίσχεσης, η οποία: *«Διατίθεται σε ειδική συσκευασία εφαρμογής δίκηνη «φουσαρμόνικας» που περιέχει: 3 gr σκόνης. Κωδικός ... Κωδικός ... (ΕΟΦ): ... και ρύγχος εφαρμογής μήκος 14cm, Κωδικός ... Κωδικός ... (ΕΟΦ): ... GMDN: ... Prospectus-τεχνικό φυλλάδιο: Ηλεκτρονικό αρχείο «6. Prospectus ...».* Εν προκειμένω, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, ότι η δηλωθείσα ποσότητα των 3.0g και ο κωδικός δεν αναγράφονται στο prospectus του οίκου «...», που κατέθεσε η παρεμβαίνουσα με την προσφορά της. Τούτο, διότι, στο ανωτέρω φυλλάδιο, αναγράφεται η ποσότητα των 3.0 g.m (βλ. ψηφιακό αρχείο «6.prospectus ... σκόνη-1» όπου αναγράφεται «...3.0 g/...»). Μάλιστα, στο ανωτέρω τεχνικό φυλλάδιο απεικονίζεται το κουτί συσκευασίας του επίμαχου προϊόντος, όπου αναγράφεται «...». Περαιτέρω, ως προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας για τις «βακτηριοκτόνες ιδιότητες»: Ούτε από το τεχνικό φυλλάδιο «6.prospectus ... σκόνη-1» ούτε από κάποιο άλλο έγγραφο της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας προκύπτει η ύπαρξη «βακτηριοκτόνων ιδιοτήτων», κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας. Απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, ότι η συμμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών αποδεικνύεται από τα προσκομισθέντα από αυτήν δείγματα. Τούτο, διότι, σύμφωνα με την διακήρυξη, η συμμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών πρέπει να προκύπτει και από τα έγγραφα και δικαιολογητικά, κατά τον όρο 2.4.3.2, και από τα κατατεθειμένα δείγματα, κατά τον όρο 6.5 της διακήρυξης. Τέλος, απορριπτέοι τυγχάνουν οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, ότι οι επίμαχες «βακτηριοκτόνες ιδιότητες» προκύπτουν από την σήμανση CE. Τούτο, διότι το Πιστοποιητικό CE αποτελεί απαίτηση για όλα τα προϊόντα, που παράγονται στην Ευρωπαϊκή Ένωση και καλύπτονται από μία ή περισσότερες από τις οδηγίες της ΕΕ, καθώς και απαίτηση για την πώληση προϊόντων σε τρίτες χώρες εντός της ΕΕ, υποδηλώνει δε, ότι το προϊόν, με το οποίο είναι «συνδεδεμένο», είναι υγιές και ασφαλές για τους

ανθρώπους, τα ζώα και το περιβάλλον. Ουδόλως η σήμανση CE αποδεικνύει την ύπαρξη «βακτηριοκτόνων ιδιοτήτων». Σημειωτέον, ότι, στην παρ. 4.5.1.3. της Ανακοίνωσης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «Ο Γαλάζιος Οδηγός» του 2016, σχετικά με την εφαρμογή των κανόνων της ΕΕ για τα προϊόντα (2016/C 272/01)», αναφέρεται, ότι «*Η σήμανση CE τοποθετείται από τον κατασκευαστή (που είναι εγκατεστημένος εντός ή εκτός της Ένωσης) ή από τον εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπό του που είναι εγκατεστημένος στην Ένωση. Ο κατασκευαστής, τοποθετώντας τη σήμανση CE, δηλώνει την αποκλειστική του ευθύνη όσον αφορά τη συμμόρφωση του προϊόντος με όλες τις εφαρμοστέες νομοθετικές απαιτήσεις της Ένωσης, καθώς και ότι οι δέουσες διαδικασίες αξιολόγησης της συμμόρφωσης έχουν ολοκληρωθεί επιτυχώς. Ο κατασκευαστής, ανεξάρτητα από το εάν είναι εγκατεστημένος εντός ή εκτός της Ένωσης, αποτελεί τον φορέα που φέρει την τελική ευθύνη για τη συμμόρφωση του προϊόντος με τις διατάξεις της ενωσιακής νομοθεσίας εναρμόνισης και την τοποθέτηση της σήμανσης CE. Ο κατασκευαστής μπορεί να ορίζει εξουσιοδοτημένο αντιπρόσωπο για την τοποθέτηση της σήμανσης CE εκ μέρους του. Ο κατασκευαστής, όταν τοποθετεί τη σήμανση CE σε ένα προϊόν, δηλώνει ότι είναι αποκλειστικά υπεύθυνος (ανεξαρτήτως του αν μετέχει τρίτος στη διαδικασία αξιολόγησης της συμμόρφωσης) για τη συμμόρφωση του προϊόντος με όλες τις νομικές απαιτήσεις και την απονομή της σήμανσης CE. Αν ο εισαγωγέας ή ο διανομέας ή άλλος φορέας εκμετάλλευσης διαθέτει προϊόντα στην αγορά υπό το όνομα ή το εμπορικό σήμα του ή τα τροποποιεί, αναλαμβάνει στη συνέχεια τις ευθύνες του κατασκευαστή. Μεταξύ άλλων περιλαμβάνεται η ευθύνη όσον αφορά τη συμμόρφωση του προϊόντος και την τοποθέτηση της σήμανσης CE. Στην προκειμένη περίπτωση, πρέπει να διαθέτει επαρκείς πληροφορίες σχετικά με τον σχεδιασμό και την παραγωγή του προϊόντος, διότι, τοποθετώντας τη σήμανση CE, αναλαμβάνει τη νομική ευθύνη για την ενέργεια αυτή ...».* Εν όψει των ανωτέρω και δεδομένου ότι οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές τίθενται σωρευτικά, η προσφορά της παρεμβαίνουσας έπρεπε να απορριφθεί, καθώς από την τεχνική της προσφορά δεν απεδεικνύετο, ότι η προσφερόμενη από αυτήν ... έχει «βακτηριοκτόνες ιδιότητες», κατά παράβαση των τιθέμενων τεχνικών προδιαγραφών. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί της προσφυγής πρέπει να γίνουν εν μέρει δεκτοί.

13.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει η προδικαστική προσφυγή να γίνει δεκτή, ν' απορριφθεί η παρέμβαση και ν' ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, καθ' ο μέρος έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την ανέδειξε ανάδοχο του διαγωνισμού.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το κατατεθέν παράβολο, κατά τις διατάξεις των 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 την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Νοεμβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 4 Δεκεμβρίου 2023 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ