

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε, την 01/12/2023, με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή, υπό Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1636/23.10.2023, της προσφεύγουσας, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφ' εξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

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

Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία ελήφθη με το από 28.09.2023 απόσπασμα πρακτικού της ...^{ns} συνεδρίασης του ΔΣ του ... , κατά το μέρος αυτής, με το οποίο απερρίφθη η προσφορά της, καθώς και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής, με σκοπό να γίνει δεκτή η τεχνική προσφορά της και να συμμετέχει στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. .../2023 Διακήρυξη, προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός άνω των ορίων, για την προμήθεια αντιδραστηρίων μικροβιολογικών εξετάσεων με και χωρίς δωρεάν παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού (CPV:...), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, της ομάδας Α, με συνοδό εξοπλισμό, και με την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, της ομάδας Β, χωρίς συνοδό εξοπλισμό, συνολικού προϋπολογισμού: 599.427,60€ πλέον Φ.Π.Α. (669.757,00 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 6%,24%) για δύο (2) έτη. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 2 Ομάδες (Α και Β),

Αριθμός Απόφασης: 1864/2023

οι οποίες υποδιαιρούνται σε τμήματα, και δίδεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα ή όλα τα τμήματα του διαγωνισμού. Για το Τμήμα 2 της Ομάδας Α της Διακήρυξης, «...», ο προϋπολογισμός ανέρχεται στο ποσό των 69.210,60 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Στον ως άνω διαγωνισμό για το Τμήμα 2 της Ομάδας Α, υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και η εταιρεία «...». Τις υποβληθείσες προσφορές εξέτασε η Επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού και με το από 14/09/2023 Πρακτικό Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης, Αξιολόγησης και Βαθμολόγησης Φακέλλου Δικαιολογητικών Συμμετοχής - Τεχνικών Προσφορών, γνωμοδότησε υπέρ της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας ... και την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας βαθμολόγησε δε την προσφορά της εταιρείας «...» με 100 και εισηγήθηκε την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με αποσφράγιση και αξιολόγηση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...». Το ως άνω πρακτικό, κατ' αποδοχή της ανωτέρω εισήγησης-γνωμοδότησης της Επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού, έγινε αποδεκτό από την αναθέτουσα Αρχή με το από 28.09.2023 απόσπασμα πρακτικού της ...^{ns} συνεδρίασης του ως άνω ΔΣ.

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας, κατά την σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί νόμιμο e-παραβόλο, σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... , αξίας 600,00 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης [βλ. εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ, όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε τις εμπρόθεσμες απόψεις της στις 03/11/2023, δοθείσης της από 23/10/2023 κατάθεσης της επίμαχης προσφυγής. Επ' αυτών κατατέθηκε αυθημερόν το από 07/11/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

Αριθμός Απόφασης: 1864/2023

5. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από την νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα Αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ. ΣΤΕ 2137/1993) ενώ η παράβαση των διατάξεων από τους διαγωνιζόμενους καθιστά τις προσφορές τους απαράδεκτες (βλ. ΣΤΕ 1969/2013, ΕΑ ΣΤΕ 689/2011, ΕΣ τμ. VI 2495/2009 κ.α). Επίσης, ο τρόπος σύνταξης των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση, αφ' ενός της τήρησης των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσης, αφ' ετέρου της ανάγκης ευχερούς σύγκρισης των προσφορών μεταξύ τους, καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοίωσης αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Εν όψει τούτων, κατά το πνεύμα τόσο της ενωσιακής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία, προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στον διαγωνισμό (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) Μεταξύ των διατάξεων της Διακήρυξης, προς τις οποίες υποχρεούνται να συμμορφώνονται οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, είναι και εκείνες, διά των οποίων καθορίζονται οι επί μέρους τεχνικές προδιαγραφές, τις οποίες πρέπει να πληρούν οι υποβληθείσες τεχνικές προσφορές των υποψηφίων. Η έννοια των τεχνικών προδιαγραφών προσδιορίζεται στο Παράρτημα VII, σημείο 1, στοιχείο α' και β του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, που ενσωμάτωσε το αντίστοιχο Παράρτημα VII της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ. Ως εκ τούτου, όταν η αναθέτουσα Αρχή έχει καθορίσει, με σαφήνεια και χωρίς αμφισημία, τους οικείους όρους τεχνικών προδιαγραφών στην συγγραφή υποχρεώσεων της Διακήρυξης, η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων απαιτεί, όλες οι προσφορές να είναι σύμφωνες προς τις τεχνικές προδιαγραφές, ώστε να διασφαλίζεται η αντικειμενική σύγκριση των προσφορών. Η ανάθεση σύμβασης βάσει στοιχείων, που δεν ανταποκρίνονται προς τους όρους των

Αριθμός Απόφασης: 1864/2023

τεχνικών προδιαγραφών (ή της συγγραφής υποχρεώσεων), παραβιάζει τα κριτήρια ανάθεσης που ορίζονται εν σχέσει προς τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς και την αρχή της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων (βλ. και ΔΕΚ, Απόφαση της 24.4.1996, υπόθεση C-87/94 Συλ. Νομ. ΔΕΚ 1996, σελ.1, 2043, σκ. 70).

6. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του διοικητικού φακέλλου προκύπτει, ότι η αναθέτουσα Αρχή, στο έγγραφο των απόψεών της, δεν αντικρούει τους ισχυρισμούς, που προβάλλονται με την προδικαστική προσφυγή. Με τις απόψεις της, η αναθέτουσα Αρχή επαναλαμβάνει τις παραδοχές, που διαλαμβάνονται στο υπ' αρ. .../14-09-2023 πρακτικό της, το οποίο έγινε αποδεκτό με το από 28.09.2023 απόσπασμα πρακτικού της ...ης συνεδρίασης του ΔΣ της αναθέτουσας Αρχής. Συγκεκριμένα, με τις απόψεις της, η αναθέτουσα εμμένει αβασίμως, ότι : « Η εταιρεία κατόπιν των ανωτέρω με την από 20/9/23 απάντηση της, δεν παρείχε τις επαρκείς αποδείξεις που να επιβεβαιώνουν την μη απώλεια ευαισθησίας, παρά μόνον υποδείκνυε τον χειρισμό εισαγωγής των φιαλών που εισάγονται με καθυστέρηση. Σε καμία από τις παραπομπές της δεν απέδειξε τη μη απώλεια ευαισθησίας του συστήματος σε περίπτωση εισαγωγής προ-επωασμένων και καθυστερημένης εισαγωγής φιαλών, καθώς και σε καμία από τις παραπομπές της δεν συμπεριέλαβε αναλυτικά δεδομένα απόδοσης του συστήματος που να υποστηρίζουν τους ισχυρισμούς της εταιρείας.». Περαιτέρω, το διευκρινιστικό ερώτημα της αναθέτουσας Αρχής είχε επί λέξει ως εξής : «ΣΕ ΠΟΙΟ ΣΗΜΕΙΟ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΣΤΟΙΧΕΙΟΘΕΤΕΙΤΕ ΤΗΝ ΚΑΘΥΣΤΕΡΗΜΕΝΗ ΦΙΑΛΗ ΣΤΟ ΣΥΣΤΗΜΑ, ΧΩΡΙΣ ΝΑ ΥΠΑΡΧΕΙ ΑΠΩΛΕΙΑ ΕΥΑΙΣΘΗΣΙΑΣ (ΒΑΣΕΙ ΤΟΥ ΕΣΩΚΛΕΙΣΤΟΥ)». Όπως και στην προσφυγή διαλαμβάνεται, ούτε στην προδιαγραφή 3 των Τεχνικών προδιαγραφών ζητούνται αναλυτικά στοιχεία απόδοσης του συστήματος, αλλ' ούτε και με την διευκρινιστική ερώτησή της, η αναθέτουσα Αρχή ζήτησε να της προσκομισθούν τέτοια στοιχεία, καθ' όσον μία τέτοια απαίτηση θα συνιστούσε εκ των υστέρων απαράδεκτη τροποποίηση των όρων της επίμαχης διακήρυξης. Σε απάντησή δε προς την ανωτέρω διευκρινιστική ερώτηση της αναθέτουσας Αρχής, επαρκώς η προσφεύγουσα επιβεβαίωσε την «μη απώλεια ευαισθησίας» του προσφερόμενου συστήματος, παραπέμποντας στην επίσημη δήλωση του κατασκευαστικού οίκου του προσφερόμενου αναλυτή (ΔΗΛΩΣΗ

Αριθμός Απόφασης: 1864/2023

...ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ Γ), η οποία σαφώς αναφέρει, στην παράγραφο ε)..., (σ.σ. και σε μετάφραση στην ελληνική γλώσσα «Το σύστημα μικροβιακής ανίχνευσης ... μπορεί να αναλύσει προ επωασμένες φιάλες ή/ και φιάλες καθυστερημένης εισόδου χωρίς καμμία απώλεια στην ευαισθησία της αναλυτικής μεθόδου»), αποδεικνύοντας και τεκμηριώνοντας τον σχετικό όρο της διακήρυξης, οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας Αρχής είναι αβάσιμες και εσφαλμένως ερμηνεύουν τους όρους της διακήρυξης. Τούτο, διότι, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, σε περίπτωση που υπήρχε κάποια απώλεια στην ευαισθησία, ο κατασκευαστής θα ήταν υποχρεωμένος να το επισημάνει σαφώς και να το ενσωματώσει στην βεβαίωση που εξέδωσε. Επέκεινα, με τον δεύτερο ισχυρισμό των απόψεών της, η αναθέτουσα Αρχή αναφέρει, ότι «Η διακήρυξη στη σελ. 107 αναφέρει, ότι: «οι έγγραφες βεβαιώσεις, που κατά την κρίση του υποψηφίου Αναδόχου τεκμηριώνουν τα στοιχεία των Πινάκων Συμμόρφωσης, χωρίς τεκμηρίωση και παραπομπές δεν αποτελεί απόδειξη πλήρωσης της προδιαγραφής, με την σημείωση, ότι «επομένως η δήλωση/βεβαίωση του κατασκευαστή δεν μπορεί κατά τη κρίση της επιτροπής να τεκμηριώσει την απόδειξη της προδιαγραφής που αφορά ποιοτικά χαρακτηριστικά απόδοσης, καθώς δε συνοδεύεται από κανένα αποδεικτικό στοιχείο, παραπομπές/δημοσιευμένη μελέτη που να επιβεβαιώνει τη μη απώλεια ευαισθησίας και να επιβεβαιώνει την αξιοπιστία της δήλωσης». Εν τούτοις, το περιεχόμενο της διακήρυξης, στην σελ. 107, είναι το εξής: «... Στη στήλη «ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ» θα καταγραφεί η σαφής παραπομπή σε Παράρτημα της Τεχνικής Προσφοράς το οποίο θα περιλαμβάνει αριθμημένα Τεχνικά Φυλλάδια, ή αναλυτικές τεχνικές περιγραφές των ειδών, του εξοπλισμού ή του τρόπου διασύνδεσης και λειτουργίας ή αναφορές μεθοδολογίας εγκατάστασης και υποστήριξης κλπ., ή έγγραφες βεβαιώσεις που κατά την κρίση του υποψηφίου Αναδόχου τεκμηριώνουν τα στοιχεία των Πινάκων Συμμόρφωσης. Προσφορές οι οποίες θα απαντούν μονολεκτικά (π.χ. ΝΑΙ ή ΣΥΜΦΩΝΟΥΜΕ κ.λ.π.), με απλή κατάφαση ή επεξήγηση δηλαδή, χωρίς τεκμηρίωση και παραπομπές δεν αποτελεί απόδειξη πλήρωσης της προδιαγραφής και η αρμόδια Επιτροπή έχει το δικαίωμα ελέγχου και επιβεβαίωσης της πλήρωσης της απαίτησης ή της απόρριψής της ως απαράδεκτης με την αιτιολογία της μη πλήρωσης των όρων της διακήρυξης της που περιγράφονται παραπάνω». Από την

Αριθμός Απόφασης: 1864/2023

ανάγνωση του ανωτέρω όρου της διακήρυξης, που αφορά αποκλειστικά και μόνο στον τρόπο συμπλήρωσης του Φύλλου Συμμόρφωσης, αποδεικνύεται αναντίρρητα, ότι η ανωτέρω παραδοχή της αναθέτουσας, ότι οι έγγραφες βεβαιώσεις του κατασκευαστή, χωρίς τεκμηρίωση και παραπομπές, δεν αποτελεί απόδειξη πλήρωσης προδιαγραφής, ερείδεται στην απαράδεκτη και αποσπασματική αναφορά, εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής, του ανωτέρω όρου της διακήρυξης. Ο ανωτέρω όρος της διακήρυξης δεν απαιτεί, οι έγγραφες βεβαιώσεις του κατασκευαστή να συνοδεύονται από τεκμηρίωση και παραπομπές, όπως αβασίμως υπολαμβάνει η αναθέτουσα Αρχή. Αντιθέτως, η διακήρυξη ορίζει, ότι «Προσφορές οι οποίες θα απαντούν μονολεκτικά (π.χ. ΝΑΙ ή ΣΥΜΦΩΝΟΥΜΕ κ.λ.π.), με απλή κατάφαση ή επεξήγηση δηλαδή, χωρίς τεκμηρίωση και παραπομπές δεν αποτελεί απόδειξη πλήρωσης της προδιαγραφής». Από τον προδιαληφθέντα όρο της διακήρυξης, ορθώς ερμηνευόμενο, αποδεικνύεται, ότι οι βεβαιώσεις του κατασκευαστή αποτελούν πλήρη απόδειξη και τεκμηρίωση τεχνικής προδιαγραφής και δεν απαιτείται από την διακήρυξη «κανένα αποδεικτικό στοιχείο, παραπομπές/δημοσιευμένη μελέτη που να επιβεβαιώνει τη μη απώλεια ευαισθησίας και να επιβεβαιώνει την αξιοπιστία της δήλωσης», όπως αβασίμως αποδέχεται η αναθέτουσα Αρχή.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα να γίνει δεκτό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό, και να επιστραφεί το παράβολο της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 01/12/2023 και εκδόθηκε στις 18/12/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ