

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 24 Απριλίου 2023 στην έδρα της με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Εισηγήτρια και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 15.03.2023 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 343/16.03.2023 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», με δ.τ «...», (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ... , νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία: «...», (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), που εδρεύει στη ... οδός ... αρ. ... και ... αρ. ... , νόμιμα εκπροσωπούμενης και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στη ... , ... χλμ ...

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... απόφαση της ... Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, καθώς και η ενσωματωθείσα σε αυτήν υπ' αριθμ. ... απόφαση της ... Επιτροπής με την οποία εγκρίθηκαν τα Πρακτικά του διαγωνισμού για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή στις ομάδες ... και ... του διαγωνισμού η προσφορά του οικονομικού φορέα «...».

Με την παρέμβαση του ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασηκθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 600 € (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... , καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, με την με αριθμ. ΑΔΑΜ ... (αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...) διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την «...», προϋπολογισμού 194.610,50 ευρώ με ΦΠΑ και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα-ομάδες, μεταξύ των οποίων είναι και τα τμήματα Α4: «...», εκτιμώμενης αξίας 16.174,50€ πλέον ΦΠΑ 3.881,88€ και Β4: «...», εκτιμώμενης αξίας 19.612,20€ πλέον ΦΠΑ 4.706,93 €, στο πλαίσιο των οποίων ασκείται η υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέταση της.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα την 15-03-2023, λαμβανομένου υπόψη ότι, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 6-03-2023, μέσω της ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Περαιτέρω, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του π.δ. 39/2017.

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

5. Επειδή, στον υπό κρίση διαγωνισμό, στα τμήματα ... συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Η Επιτροπή του διαγωνισμού, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς, διαπίστωσε ότι η προσφορά του προσφεύγοντος και του έτερου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα ήταν σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού, ενώ η προσφορά του παρεμβαίνοντος έχρηζε διευκρινήσεων. Στη συνέχεια, κατόπιν εξέτασης των σχετικών διευκρινήσεων, η Επιτροπή του διαγωνισμού έκρινε την προσφορά του παρεμβαίνοντος σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και προχώρησε στον έλεγχο των οικονομικών προσφορών. Με το από 02.02.2023 πρακτικό της, η Επιτροπή του διαγωνισμού γνωμοδότησε την ανάδειξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου, μεταξύ άλλων, για την υποομάδα ... και την υποομάδα ... Το ανωτέρω πρακτικό εγκρίθηκε με την αρ. ... απόφαση της ... Επιτροπής, η οποία σύμφωνα με την διακήρυξη δεν κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες. Σε συνέχεια της απόφασης αυτής η προσωρινή ανάδοχος κλήθηκε στις 08-02-2023 με την υπ' αριθ. πρωτ.: ... πρόσκληση του ... να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία κατατέθηκαν εμπρόθεσμα. Το πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης εγκρίθηκε με την αρ. ... απόφαση της ... Επιτροπής, στην οποία ενσωματώθηκε η με αρ. ... απόφαση της ... Επιτροπής. Η με αρ. ... απόφαση της ... Επιτροπής κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς με το αρ. πρωτ. ... έγγραφο του γραφείου ... του ... μέσω του πεδίου «επικοινωνία» του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ στις 06-03-2023.

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης, επικαλούμενος ζημία του από την παράνομη αποδοχή της προσφοράς του συμμετέχοντος, του οποίου η προσφορά προηγείται της δικής του σε σειρά μειοδοσίας και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως αναδόχου.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 15-03-2023 κοινοποίησε την προσφυγή στον ενδιαφερόμενο να ασκήσει παρέμβαση.

8. Επειδή, στις 25-03-2023 ο παρεμβαίνων εμπρόθεσμα, ήτοι εντός δεκαήμερου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής,

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

άσκησε την υπό κρίση παρέμβαση, έχοντας προς τούτο έννομο συμφέρον καθώς προδήλως τα έννομα συμφέροντα του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

9. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 474/2023 Πράξη της Προέδρου του Δου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της ανωτέρω προσφυγής.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 30-03-2023, απέστειλε εμπρόθεσμα (βλ. άρθρο 365 παρ.1β του ν.4412/2016) στην ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες αυθημερόν κοινοποίησε στον προσφεύγοντα.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του Δου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ.

12. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος: 1. Ο παρεμβαίνων για το είδος με α/α 10 «...» προσέφερε το προϊόν με την εμπορική ονομασία ... της εταιρείας ... Πλην όμως, το εν λόγω προϊόν, σύμφωνα με το ... (...), έχει ανιονικά επιφανειοδραστικά σε συγκέντρωση 5-15% και, επομένως, δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Επιπλέον, η κατατεθείσα στην τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος καταχώριση του ανωτέρω προσφερόμενου είδους στο ... είναι παλιά και οι αναφερόμενες σε αυτήν ΚΥΑ έχουν ήδη καταργηθεί. Ωστε, ο παρεμβαίνων για την έγκυρη συμμετοχή του στο διαγωνισμό όφειλε να υποβάλλει αίτηση καταχώρισης στο ... 2. Ο παρεμβαίνων, σχετικά με το είδος με α/α 13 «...» των τμημάτων ... προσέφερε το προϊόν με την εμπορική ονομασία «...» της εταιρείας ... Πλην όμως, το εν λόγω προϊόν δεν περιέχει καθόλου φωσφορικά άλατα και, επομένως, δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Επιπλέον, η κατατεθείσα στην τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος καταχώριση του ανωτέρω προσφερόμενου είδους στο ... είναι παλιά και οι αναφερόμενες σε αυτήν ΚΥΑ έχουν ήδη καταργηθεί. Ωστε, ο παρεμβαίνων για την έγκυρη συμμετοχή του στο διαγωνισμό όφειλε να υποβάλλει αίτηση καταχώρισης στο ... 3. Ο παρεμβαίνων, σχετικά με το είδος με α/α 12 «...» των τμημάτων Α4 και Β4, προσέφερε το προϊόν με την εμπορική ονομασία «...» της εταιρείας ... Πλην όμως, η κατατεθείσα στην τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος καταχώριση του ανωτέρω προσφερόμενου είδους στο ...

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

είναι παλιά και δεν είναι σύμφωνη με τον Κανονισμό 1907/2006/ΕΕ και, επομένως, η προσφορά του έπρεπε να απορριφθεί. 4. Ο παρεμβαίνων για το είδος με α/α 9 «...» των τμημάτων Α4 και Β4 προσέφερε προϊόν σε τιμή 3,99 ευρώ, ήτοι ασυνήθιστα χαμηλή για αυτό το είδος. Ομοίως και για το είδος με α/α 13 «...», όπου προσέφερε την τιμή των 3,00 ευρώ.

13. Επειδή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα: 1. Αναφορικά με το είδος με α/α 10 «...», προσέφερε το προϊόν με την εμπορική ονομασία ... της εταιρείας ... , του οποίου η διαφορά στη συγκέντρωση των ανιονικών επιφανειοδραστικών σε σχέση με τη ζητούμενη στη διακήρυξη είναι αμελητέα, γι' αυτό και η αναθέτουσα αρχή δεν την έλαβε υπόψη. Σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να ζητήσει διευκρινήσεις. Άλλωστε, ο παρεμβαίνων, ο οποίος, όπως ισχυρίζεται διαθέτει καταχώριση στο ... για το ανωτέρω είδος δεν την προσκόμισε αφού η διακήρυξη ρητώς απαιτούσε την προσκόμιση καταχώρισης στο ... 2. Αναφορικά με το είδος με α/α 13 «...», ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι εκ παραδρομής αναφέρθηκαν στην προσφορά στοιχεία του προϊόντος ... αντί του πράγματι προσφερόμενου. Όστε, η αναθέτουσα αρχή, αντιλαμβανόμενη το εκ παραδρομής σφάλμα, δεν ζήτησε διευκρινήσεις. Άλλωστε, ο παρεμβαίνων, ο οποίος, όπως ισχυρίζεται διαθέτει καταχώριση στο ... για το ανωτέρω είδος δεν την προσκόμισε αφού η διακήρυξη ρητώς απαιτούσε την προσκόμιση έγκρισης από το ... 3. Αναφορικά με το είδος με α/α 12 «...» των τμημάτων Α4 και Β4, ο παρεμβαίνων προσέφερε το προϊόν με την εμπορική ονομασία «...». Σχετικά με αυτό κατέθεσε την έγκριση στο ... γιατί, όπως ισχυρίζεται, αυτό απαιτούσε η διακήρυξη. 4. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος για ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά για τα είδη με α/α 9 «...» και α/α 13 «...», ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι είναι αβάσιμοι.

14. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής: 1. Για το είδος με α/α 10: «...», η διαφορά του 1% θεωρήθηκε αμελητέα και εντός των φυσιολογικών αποκλίσεων που μπορεί να περιέχει κάθε μετρητικό μέγεθος και γι' αυτό τον λόγο έγινε αποδεκτό. Περαιτέρω, η προσκόμιση αίτησης καταχώρισης του προϊόντος στο ... δεν προβλέπεται ρητά από τη διακήρυξη. 2. Για το είδος με α/α 13: «...», η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι το προσφερόμενο προϊόν καλύπτει το κάτω όριο της απαίτησης της

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

προδιαγραφής για την ... και γι' αυτό η Επιτροπή Διαγωνισμού το έκανε αποδεκτό. Περαιτέρω, η προσκόμιση αίτησης καταχώρισης του προϊόντος στο ... δεν προβλέπεται ρητά από τη διακήρυξη. 3. Ομοίως ισχύει και για το είδος με α/α 12: «...». 4. Εσφαλμένα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, επικαλούμενος το άρθρο 88 του ν. 4412/2016, ότι τα προσφερόμενα είδη έχουν ασυνήθιστη χαμηλή τιμή και αυτό γιατί οι σχετικές διατάξεις έχουν εφαρμογή στον έλεγχο της ... προσφοράς κάθε ανεξάρτητης ομάδας και όχι στην τιμή μονάδας των προϊόντων ξεχωριστά που περιλαμβάνει η συγκεκριμένη ομάδα.

15. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη:

«[...]2.4.3.2: «Τεχνική προσφορά»: *Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “ 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. Συγκεκριμένα οι οικονομικοί φορείς θα προσκομίσουν επί ποινή αποκλεισμού: 1. Υπεύθυνη δήλωση (άρθρο 8 Ν.1599/1986) όπου ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας θα δηλώνει ότι: α) έλαβε γνώση και συμμορφώνεται με όλους τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών χωρίς καμία μεταβολή [...] δ) το υπό προμήθεια είδος συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις του Καν. 1907/2006 - ... της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η Υπηρεσία μετά την υπογραφή της Σύμβασης διατηρεί το δικαίωμα, όπου και όταν κριθεί αναγκαίο, να ζητήσει να προσκομιστούν δικαιολογητικά τεκμηρίωσης ή να διενεργηθούν εργαστηριακές δοκιμές. στ) έχει κατατεθεί αίτηση καταχώρισης των προσφερόμενων προϊόντων στο ... σύμφωνα με το άρθρο 45 του Κανονισμού CLP (Καν. 1272/2008) [...]*

«[...] 2.4.6: «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 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*

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς)[...] θ) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης[...].»

«[...]ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – ΤΕΥΧΟΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ»: [...] 3. ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ Η προμήθεια αφορά ... που θα πρέπει να ανταποκρίνονται πλήρως στις παρακάτω προδιαγραφές:[...] α/α 10: Το... [...] ♦ Να περιέχει ανιονικά επιφανειοδραστικά min 16%, να περιέχει μη ιονικά min 1%. ♦ Να έχει pH ουδέτερο $\pm 0,5\%$. [...] ♦ Να έχει έγκριση από το ... και ... σύμφωνα με το κανονισμό 1907/2006/ΕΕ[...]12 ... [...] Να περιέχει ανιονική επιφανειοδραστική ουσία μικρότερη του 5% • Να περιέχει μη ανιονική επιφανειοδραστική ουσία μικρότερη του 5% • Να έχει έγκριση από το ... σύμφωνα με το κανονισμό 1907/2006/ΕΕ. • Σε συσκευασία των ... 13 ... [...] • Να περιέχει ενεργά επιφανειοδραστικά λιγότερο από 5%, φωσφορικά άλατα 5-15% [...] • Να έχει αριθμό έγκρισης από το ... • Να έχει δελτίο δεδομένων ασφαλείας • Θα πρέπει να προσφέρονται σε συσκευασία έως ... [...]Υποχρεώσεις Προμηθευτών. Κάθε υποψήφιος προμηθευτής υποχρεούται να υποβάλει μαζί με την τεχνική προσφορά μία υπεύθυνη δήλωση όπου θα δηλώνει τα παρακάτω:[...] γ) διαθέτει το ... του προϊόντος, το οποίο είναι επικαιροποιημένο και σύμφωνο με τον Καν. 1907/2006 - ...(...) και τον Καν. 2015/830, και θα το προσκομίσει στην Υπηρεσία που διενεργεί το διαγωνισμό, εφόσον ζητηθεί στο στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών ή/και στο στάδιο της παραλαβής δ) το υπό προμήθεια είδος συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις του Καν. 1907/2006 - ... της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η Υπηρεσία μετά την υπογραφή της Σύμβασης διατηρεί το δικαίωμα, όπου και όταν κριθεί αναγκαίο, να ζητήσει να προσκομιστούν δικαιολογητικά τεκμηρίωσης ή να διενεργηθούν εργαστηριακές δοκιμές στ) έχει κατατεθεί αίτηση καταχώρησης των προσφερόμενων προϊόντων στο ... σύμφωνα με το άρθρο 45 του Κανονισμού CLP (Καν. 1272/2008).

16. Επειδή, επί του πρώτου λόγου της προσφυγής σημειώνονται τα ακόλουθα: Όπως προκύπτει από τη συνδυασμένη ερμηνεία και εφαρμογή των άρθρων 2.4.3.2, 2.4.6 και του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης (παρ.3

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

«ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ»), το ζητούμενο είδος με α/α 10 «...» στα τμήματα ... θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, μεταξύ άλλων, να περιέχει ανιονικά επιφανειοδραστικά min 16%.

17.Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και δεν αρνείται ο παρεμβαίνων, το προσφερόμενο προϊόν με την εμπορική ονομασία ... της εταιρείας ... σύμφωνα με το προσκομιζόμενο στην τεχνική προσφορά του παρεμβαίνοντος ... έχει ανιονικά επιφανειοδραστικά σε συγκέντρωση 5-15%. Όστε, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, το προσφερόμενο προϊόν δεν πληροί τη ζητούμενη τεχνική προδιαγραφή, ήτοι να περιέχει ανιονικά επιφανειοδραστικά ελάχιστης συγκέντρωσης 16% και, επομένως, η υπό κρίση προσφορά έπρεπε να απορριφθεί κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Απορριπτέως αβάσιμος και σε κάθε περίπτωση ως άνευ ερείσματος στη διακήρυξη είναι ο ισχυρισμός τόσο της αναθέτουσας αρχής όσο και του παρεμβαίνοντος ότι η διαφορά στη συγκέντρωση ανιονικών επιφανειοδραστικών μεταξύ του προσφερόμενου προϊόντος και του ζητούμενου είδους είναι αμελητέα και, επομένως δεν λαμβάνεται υπόψη καθώς, αφενός το προσφερόμενο προϊόν δεν έχει συγκέντρωση ανιονικών επιφανειοδραστικών 15%, αλλά κυμαινόμενη από 5%-15% και αφετέρου, διότι η ως άνω απαίτηση της διακήρυξης τίθεται χωρίς τη δυνατότητα καμίας διαφοροποίησης. Αντιθέτως, στο άρθρο 2.4.3.2 αυτής ρητώς προβλέπεται ότι ο προσφέρων δεσμεύεται ότι «[...]έλαβε γνώση και συμμορφώνεται με όλους τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών χωρίς καμία μεταβολή». Για τον ίδιο λόγο αλυσιτελώς προβάλλεται από την αναθέτουσα αρχή ότι η ως άνω απόκλιση είναι εντός του εύρους των φυσιολογικών αποκλίσεων, καθώς δεν επιτρέπονται τέτοιες στη συγκεκριμένη διακήρυξη, που αποτελεί το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Επίσης, απορριπτέως τυγχάνει και ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος ότι εν προκειμένω χωρεί διόρθωση της προσφοράς με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016. Και τούτο, διότι δεν χωρεί διόρθωση της προσφοράς όταν έχει παραβιασθεί επί ποινή αποκλεισμού τεθείς όρος της τεχνικής προσφοράς, ο οποίος μάλιστα αποδεδειγμένα δεν πληρούται, ενώ η μόνη δυνατή στη συγκεκριμένη περίπτωση διόρθωση συνίσταται στην τροποποίηση της προσφοράς εν μέσω της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία όμως δεν είναι

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

επιτρεπτή, διότι παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

18. Επειδή, περαιτέρω, όπως προκύπτει από τη συνδυασμένη ερμηνεία και εφαρμογή των άρθρων 2.4.3.2, 2.4.6 και του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης αναφορικά με το είδος με α/α 10 των τμημάτων ... ο προσφέρων οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του, να προσκομίζει υπεύθυνη δήλωση ότι για το προσφερόμενο προϊόν του έχει υποβληθεί αίτηση καταχώρισης στο ... σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 45 του Κανονισμού CLP (1272/2008).

19. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπό κρίση υπόθεσης και βάσιμα ισχυρίζονται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων, ο τελευταίος υπέβαλε στην προσφορά του την από 30-11-2022 υπεύθυνη δήλωση με το ως άνω ζητούμενο περιεχόμενο. Περαιτέρω δε προσκόμισε και την καταχώριση του προσφερόμενου προϊόντος στο ... Πλην όμως, με την προσκόμιση της ανωτέρω υπεύθυνης δήλωσης ο παρεμβαίνων εξάντλησε την υποχρέωση του από τη διακήρυξη και δεν όφειλε να προσκομίσει και την αίτηση καταχώρισης στο ... όπως αβάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων καθώς κάτι τέτοιο δεν προβλέπεται από τη διακήρυξη. Συνεπώς, δεν μπορούσε η υπό κρίση προσφορά να απορριφθεί για λόγο που δεν προβλέπεται στη διακήρυξη και, κατ'επέκταση ορθώς έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός, κατά το πρώτο σκέλος του, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν υπό σκέψη 17.

20. Επειδή, επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής σημειώνονται τα ακόλουθα: Όπως προκύπτει από τη συνδυασμένη ερμηνεία και εφαρμογή των άρθρων 2.4.3.2, 2.4.6 και του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης (παρ.3 «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ»), το ζητούμενο είδος με α/α 13 «...» των τμημάτων ... θα πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, μεταξύ άλλων, να περιέχει φωσφορικά άλατα 5-15%.

21. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, ο παρεμβαίνων για το είδος με α/α 13 «...» των τμημάτων ... προσέφερε το προϊόν με την εμπορική ονομασία «...» της εταιρείας ... Πλην όμως, το εν λόγω προϊόν, όπως προκύπτει από το προσκομιζόμενο με την

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

τεχνική προσφορά ... περιέχει φωσφορικά άλατα κάτω του 5%. Ωστε, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, η προσφορά έπρεπε να απορριφθεί, διότι δεν πληρούται η τεχνική προδιαγραφή σύμφωνα με την οποία η συγκέντρωση σε φωσφορικά άλατα θα πρέπει να είναι μεταξύ 5%-15%. Συνεπώς, απορριπτός ως αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής, ότι εν προκειμένω το προσφερόμενο προϊόν πληροί την τεχνική προδιαγραφή, αφού η συγκέντρωση σε άλατα είναι σύμφωνη με το ζητούμενο κατώτατο όριο. Και τούτο, διότι κατά ρητή απαίτηση της διακήρυξης το κατώτατο όριο μπορεί να είναι 5% ή και μεγαλύτερο, όχι όμως μικρότερο. Άλλωστε, απορριπτός ως αλυσιτελής και σε κάθε περίπτωση αναπόδεικτος είναι ο ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος, ότι εν προκειμένω εκ παραδρομής δηλώθηκαν τα στοιχεία άλλου προϊόντος, αφού την ευθύνη ορθής συμπλήρωσης της προσφοράς έχει ο ίδιος, ενώ δεν απέδειξε, εμπρόθεσμα και προσηκόντως, ότι το προσφερόμενο προϊόν έχει τα ζητούμενα χαρακτηριστικά. Περαιτέρω, αναφορικά με τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος έπρεπε να απορριφθεί και για τον πρόσθετο λόγο ότι δεν προσκόμισε για το είδος με α/α 13 την αίτηση καταχώρισης στο ... αυτός τυγχάνει απορριπτός για τους ίδιους λόγους που εκτέθηκαν στη σκέψη 19. Συνεπώς, ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός κατά το πρώτο σκέλος του.

22. Επειδή, επί του τρίτου λόγου της προσφυγής σημειώνονται τα ακόλουθα: Όπως προκύπτει από τη συνδυασμένη ερμηνεία και εφαρμογή των άρθρων 2.4.3.2, 2.4.6 και του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης αναφορικά με το είδος με α/α 12 των τμημάτων ... ο προσφέρων οφείλει, επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς του, να προσκομίζει υπεύθυνη δήλωση ότι για το προσφερόμενο προϊόν του έχει υποβληθεί αίτηση καταχώρισης στο ... σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 45 του Κανονισμού CLP (1272/2008) και επίσης, ότι το υπό προμήθεια είδος συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις του Καν. 1907/2006 - ... Ακόμη, θα πρέπει στην τεχνική προσφορά να προσκομίζεται έγκριση από το ... σύμφωνα με το κανονισμό 1907/2006/ΕΕ.

23. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης για το ανωτέρω είδος με α/α 12 «...» των τμημάτων ... ο παρεμβαίνων προσέφερε το προϊόν με την εμπορική ονομασία «...». Για το εν

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

λόγω προϊόν υπέβαλε τη ζητούμενη υπεύθυνη δήλωση, κάτι που, άλλωστε, δεν αμφισβητείται από τον προσφεύγοντα και επιπλέον την έγκριση του ... Συνεπώς, αβασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος έπρεπε να απορριφθεί, αφού αυτός υπέβαλε όλα τα ζητούμενα έγγραφα και αποδεικτικά στοιχεία. Αναφορικά με τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος ότι η έγκριση από το ... στηρίζεται σε παλαιότερη νομοθεσία, ενώ τώρα υφίσταται υποχρέωση υποβολής αίτησης για καταχώριση των προϊόντων στο ... αν και αληθής (βλ. ΑΠ 30/004/0002368 Οδηγία ΓΧΚ «...»), προβάλλεται αλυσιτελώς, αφού εν προκειμένω δεν ζητείτο η προσκόμιση της αίτησης καταχώρισης στο ... αλλά σχετική υπεύθυνη δήλωση, η οποία προσκομίστηκε, ενώ ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί την ύπαρξή της. Συνεπώς, ο τρίτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, επί του τέταρτου λόγου της προσφυγής σημειώνονται τα ακόλουθα: Κατά την ήδη διαμορφωθείσα νομολογία της ΕΑΔΗΣΥ, έχει κριθεί ότι: «[...] η διάταξη του άρθρου 88 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, ιδρύει διακριτική εκτιμητική και αξιολογική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, όπως, συνεκτιμώντας το σύνολο των στοιχείων που βρίσκονται στη διάθεσή της και της προσκομίζει ο προσφέρων, τελικώς κρίνει το δικαιολογημένο της χαμηλής προσφοράς του. Η παραπάνω αξιολόγηση, προφανώς πρέπει να λαμβάνει χώρα με βάση αποκλειστικά τα ανά περίπτωση προκύπτοντα στοιχεία, ενώ οι όποιες γενικές κρίσεις περί της οικείας αγοράς και είδους προϊόντος, υπηρεσίας ή έργου, στοιχεία περί του συνήθους ποσοστού έκπτωσης στην οικεία αγορά και στοιχεία περί πρότερων αντιστοίχων συμβάσεων της ίδιας της αναθέτουσας αρχής με τον ίδιο προσφέροντα, του ίδιου του προσφέροντος με άλλες αναθέτουσες αρχές ή άλλων αναθετουσών αρχών με άλλους προσφέροντες, δύνανται μεν να ληφθούν υπόψη, πλην όμως, πάντοτε σε συνάρτηση με τα περιπτωσιολογικά στοιχεία της συγκεκριμένης υπόθεσης. Αμφιβολίες ως προς την αξιοπιστία μιας Προσφοράς μπορεί να υφίστανται, μεταξύ άλλων, εάν προκύπτει αβεβαιότητα ως προς, αφενός, το κατά πόσον ορισμένη προσφορά τηρεί τη νομοθεσία της χώρας εντός της οποίας πρέπει να παρασχεθούν οι υπηρεσίες, στον τομέα αμοιβών του προσωπικού, συνεισφοράς στο σύστημα κοινωνικής ασφάλισης και τηρήσεως των κανόνων ασφάλειας και υγιεινής στον χώρο εργασίας ή των πωλήσεων επί

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

ζημία, και, αφετέρου, το κατά πόσον στην προσφερόμενη τιμή ενσωματώνονται όλες οι δαπάνες που προκύπτουν από τις τεχνικές πτυχές της Προσφοράς» (βλ. μεταξύ άλλων ΕΑΔΗΣΥ 656/2022, Απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 2015, Secolux κατά Επιτροπής, Υπόθεση T-90/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2015:772, σκέψη 62). Η ανωτέρω διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής δεν είναι ανέλεγκτη, αλλά υπάγεται στον έλεγχο της ΕΑΔΗΣΥ ως προς την εκ μέρους της τήρηση των όρων διεξαγωγής και των ληπτέων υπόψη στοιχείων, που η οικεία διάταξη, ως και η γενική αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθιερώνουν για τη σχετική αξιολογική διαδικασία και την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της (ΔΕφΑΘ Ασφ. 312/2015, ΕλΣυν Τμ. VI 2090, 584/2011, 1382, 2653, 3016/2012, 950/2014, 2998/2014, 157/2016 κλπ).

25. Επειδή, η έννοια «ασυνήθιστη χαμηλή προσφορά» δεν ορίζεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 αλλά ούτε και στο προϊσχύον νομικό πλαίσιο περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Ωστόσο, έχει κριθεί ότι το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς πρέπει να εκτιμάται σε συνάρτηση με τη σύνθεση της προσφοράς και με τη φύση της επίμαχης παροχής (Απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2016, Agriconsulting Europe κατά Επιτροπής, T-570/13, EU:T:2016:40, σκέψη 55 και Απόφαση της 4ης Ιουλίου 2017, European Dynamics Luxembourg SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, T-392/15, ECLI:EU:T:2017:462 σκ. 83). Ειδικότερα, η έννοια περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δύναται να καθορίζεται με αναφορά στην υπό ανάθεση σύμβαση, στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και συνθήκες αυτής, αλλά και στο εάν τα οικονομικά στοιχεία του προσφέροντος στην εμφανιζόμενη ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά οικονομικού φορέα, αναφερόμενα με συγκεκριμένο και ειδικό τρόπο, πληρούν τις προϋποθέσεις υπαγωγής στην εν λόγω έννοια (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 866/2008 και ΔΕφΑΘ 217/2013 αναφορικά με την ερμηνεία της οικείας έννοιας υπό το προϊσχύον καθεστώς ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων).

27. Επειδή, στη συγκεκριμένη περίπτωση στο έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται ότι κρίσιμο για την αποδοχή της επίμαχης προσφοράς ζήτημα αποτελεί το συνολικό κόστος, ώστε να εκτιμηθεί η τυχόν πρόκληση ζημίας ή η τυχόν επίτευξη εργολαβικού οφέλους για τον ανάδοχο

Αριθμός Απόφασης: 655/2023

και όχι τα επιμέρους κόστη, ως αβασίμως υποστηρίζει ο προσφεύγων και ότι κατόπιν αξιολόγησης όλων των στοιχείων της προσφοράς, κατέληξε στο ότι, κατά την άποψή της, η προσφορά του παρεμβαίνοντος δεν είναι ασυνήθιστα χαμηλή, γι' αυτό και δεν ζήτησε διευκρινήσεις. Συνεπώς, ο τέταρτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

28. Επειδή, ύστερα από τα ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση. Ωστε πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή και ακυρώνει την προσβαλλομένη κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο έγινε δεκτή στο διαγωνισμό για τα τμήματα ... και ... η προσφορά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24-04-2023 και εκδόθηκε στις 03-05-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ