

**Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 25 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.03.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 362/20.03.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στις «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «...» και δη κατά της με αριθμ. πρωτ. 4508/24.01.2023 απόφασης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος, κατ' αποδοχόν του με αριθμ. πρωτ. 3700/20.01.2023 πρακτικού αποσφράγισης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών της επιτροπής του διαγωνισμού, αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας για το τμήμα ΙΙ της υπό ανάθεση σύμβασης και εγκρίθηκε η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου για το τμήμα ΙΙ, της εταιρείας με την επωνυμία «...» καθώς και την ακύρωση της με αριθμ. πρωτ. 13101/02.03.2023 απόφασης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος, κατ' αποδοχόν του με αριθμ. πρωτ. 8697/10.02.2023 πρακτικού αποσφράγισης δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής, αναδείχθηκε ως οριστικός ανάδοχος για την προμήθεια των ειδών του τμήματος ΙΙ η ανωτέρω εταιρεία.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία άσκησε την από 23.03.2023 παρέμβασή της, επί σκοπώ απόρριψης της ως άνω προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά τον Νόμο

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 932,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

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 τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, ασκεί την παρέμβασή της, η ως άνω παρεμβαίνουσα, δοθέντος ότι αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος για τα τμήματα I και II της υπό ανάθεση σύμβασης, διά της προσβαλλομένης και ευλόγως επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος αυτής. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκώς, διά του με αριθμ. πρωτ. 21193/03.04.2023 εγγράφου της, διατυπώνει τις απόψεις της επί της προκείμενης προσφυγής, αναρτώντας το εν λόγω έγγραφο, στις 03.04.2023, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η δε προσφεύγουσα εμπροθέσμως υποβάλει το υπόμνημα της επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, με την με αριθμ. πρωτ. «...» Διακήρυξη προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, άνω των ορίων για την προμήθεια «...» για ένα έτος με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 352.262,76 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου

Αριθμός απόφασης: 696/2023

ΦΠΑ, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 25.10.2022 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Διά της με αριθμ. πρωτ. 4508/24.01.2023 απόφασης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, και κατ' αποδοχήν του με αριθμ. πρωτ. 3700/20.01.2023 πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού, αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας για το τμήμα ΙΙ της υπό ανάθεση σύμβασης και εγκρίθηκε η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου για το τμήμα ΙΙ, της εταιρείας με την επωνυμία «...». Ειδικότερα, και ως διατυπώνεται στο ανωτέρω πρακτικό «Κατά την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «...», η επιτροπή διαπίστωσε ότι απουσίαζαν δείγματα για το είδος 1. «...» πλάτους 50 cm και για το είδος 3: «...» 40X60 cm Μ. ΧΡ. Του Τμήματος ΙΙ «...». Σύμφωνα με την οικεία «...» Διακήρυξη, το άρθρο 2.4.3.2 Τεχνική Προσφορά «... Για όλα τα είδη απαιτούνται δείγματα (εις διπλούν), για την πιστότερη αξιολόγηση της ποιότητας και καταλληλότητάς τους. Στην περίπτωση που η επιτροπή κρίνει, με αιτιολογημένες αποδείξεις, ότι το δείγμα που κατατέθηκε από την εταιρεία δεν πληροί τους τεχνικούς όρους, τότε η επιτροπή θα απορρίπτει το συγκεκριμένο είδος και θα αξιολογεί την αμέσως καλύτερη τεχνική προσφορά...» Για τους ανωτέρω λόγους, η προσφορά της εταιρείας «...» κρίνεται μη σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης και απορρίπτεται.» Η εν λόγω απόφαση εστάλη στους αναδειχθέντες προσωρινούς αναδόχους προκειμένου για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατόπιν τούτου, εκδόθηκε η με αριθμ. πρωτ. 13101/ 02.03.2023 απόφαση της ως άνω αναθέτουσας αρχής, διά της οποίας, κατ' αποδοχήν του με αριθμ. πρωτ. 8697/10.02.2023 πρακτικού αποσφράγισης δικαιολογητικών κατακύρωσης της επιτροπής, αναδείχθηκε ως οριστικός ανάδοχος για την προμήθεια των ειδών του τμήματος Ι και ΙΙ η εταιρεία «...». Προσέτι, η προσφεύγουσα, μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος, ασκεί τη προσφυγή της κατά της ως άνω προσβαλλομένης, καθ' ό μέρος αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της, επιδιώκοντας την επανένταξη της στον διαγωνισμό και την ανάθεση της επίμαχης σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: 696/2023

5. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται διά της ασκηθείσας προσφυγής της, την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ισχυριζόμενη με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. πρωτ. 13101/02.03.2023 απόφαση κατακύρωσης της αναθέτουσας αρχής, τυγχάνει ακυρωτέα λόγω παράβασης του ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, καθόσον σε αυτήν κατά παράβαση της ρητής πρόβλεψης των όρων της Διακήρυξης και των άρθρων 100 και 105 Ν. 4412/2016 δεν ενσωματώθηκε η υπ' αριθμ. 4508/24.01.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. 3700/20.01.2023 πρακτικό που αφορά στην αξιολόγηση των προσφορών του υπό κρίση διαγωνισμού, αλλά, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο αυτής, ενσωματώθηκε έτερη απόφαση εκδοθείσα προ της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι σχετικά με τα είδη 1 και 2 [«...» πλάτους 50 και 70εκ, αντίστοιχα] προσέφερε το ίδιο είδος σε διαφορετικές διαστάσεις και συγκεκριμένα προσέφερε το είδος «...» του οίκου «...» Ελλάδας σε διαστάσεις 50εκΧ50μ και 70εκΧ50μ, αντίστοιχα, συμμορφούμενη ούτως πλήρως με τις τεχνικές προδιαγραφές της υπόψη διακήρυξης. Για τα ανωτέρω είδη, πιο συγκεκριμένα απέστειλε ένα δείγμα ποιότητας, το «...» διαστάσεων 70εκΧ50μ. Ισχυρίζεται συναφώς η προσφεύγουσα ότι καθώς στη διακήρυξη απαιτείται η προσκόμιση δειγμάτων «για την πιστότερη αξιολόγηση της ποιότητας και καταλληλότητας τους», ήτοι δειγμάτων ποιότητας, το υποβληθέν εκ μέρους της δείγμα καλύπτει την ανωτέρω δυνατότητα αξιολόγησης της ποιότητας και της καταλληλότητας για αμφότερους τους ανωτέρω αιτούμενους κωδικούς, αφού σκοπός της κατάθεσης δειγμάτων είναι ο έλεγχος της ποιοτικής επάρκειας και της καταλληλότητας των προσφερόμενων ειδών, που επιτυγχάνεται με την αποστολή από πλευράς της δείγματος του προσφερόμενου είδους, ανεξαρτήτως των διαστάσεων αυτού. Αναφορικά με τα είδη 3 και 4 [«...» 40Χ60εκ και 60Χ100 εκ περίπου, αντίστοιχα], η προσφεύγουσα εταιρεία ομοίως προσέφερε το ίδιο είδος σε διαφορετικές διαστάσεις και συγκεκριμένα προσέφερε το είδος με ονομασία «...» του οίκου «...» Ελλάδας σε διαστάσεις 40Χ60εκ και 60Χ90εκ, αντίστοιχα, συμμορφούμενη ούτως, κατά τα ιστορούμενα στη προσφυγή, με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: 696/2023

Για τα ανωτέρω είδη η προσφεύγουσα έστειλε ένα δείγμα ποιότητας και ειδικότερα το «...» διαστάσεων 60X90εκ. Επομένως, διατείνεται η προσφεύγουσα ότι εσφαλμένα έκρινε η αναθέτουσα αρχή πως δεν προσκομίσθηκαν δείγματα για τα είδη 1 και 3 του τμήματος II της διακήρυξης, δεδομένου ότι η ίδια προσκόμισε δείγμα ποιότητας «...». που αποδεικνυε την πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών για τα είδη 1 και 2, καθώς και δείγμα ποιότητας «...» που ομοίως αποδεικνυε την πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών για τα είδη 3 και 4. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι ακόμα και αν ήθελε κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή με τον σχετικό όρο της διακήρυξης, επιθυμούσε την υποβολή δειγμάτων για κάθε προσφερόμενη διάσταση, τότε τούτο θα έπρεπε να το καταστήσει σαφές, αφού όμως ο σχετικός όρος της διακήρυξης είναι ασαφής, δεν δύναται να απορριφθεί προσφορά συμμετέχοντα για μη συμμόρφωσή του με τον εν λόγω όρο. Και τούτο διότι, η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑΘ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, Εφθεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής της αιτείται η προσφεύγουσα τη δυνατότητα παροχής σχετικής διευκρίνησης / συμπλήρωσης, ήτοι της υποβολής από πλευράς της δείγματος του ίδιου είδους και στην έτερη αιτηθείσα διάσταση, καθώς τούτο, ως ισχυρίζεται, δεν αλλοιώνει το περιεχόμενο της προσφοράς της, δεν είναι τέτοιας έκτασης ώστε να ερμηνεύεται ως δυνατότητα υποβολής εναλλακτικής προσφοράς, δεν μεταβάλλει τους όρους της διακήρυξης, καθώς επίσης, δεν εισάγει ευμενή διάκριση.

6. Επειδή, στην οικεία διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και δεσμεύει αμφίδρομα, τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους συμμετέχοντες, προβλέπονται τα εξής, σχετικά με τα ως άνω κρίσιμα ζητήματα: «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια «...» για ένα έτος. [...] Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε τρία (3) τμήματα: ΤΜΗΜΑ I: «...» (CPV: «...») ... ΤΜΗΜΑ II: «...» (CPV: «...») ... ΤΜΗΜΑ III: «...» (CPV: «...») ... Οι ενδιαφερόμενες εταιρείες μπορούν να προσφέρουν είτε για το ΤΜΗΜΑ I είτε για το ΤΜΗΜΑ II είτε για το τμήμα III, είτε και για τα τρία, σε κάθε

Αριθμός απόφασης: 696/2023

περίπτωση για το σύνολο των ειδών του κάθε τμήματος. Οι επιμέρους προϋπολογισμοί είναι ενδεικτικοί και δεσμευτικός είναι μόνο ο προϋπολογισμός του κάθε τμήματος, από τον οποίο θα κριθεί και ο μειοδότης ανά τμήμα. [...] 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 “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II 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. Είναι απαραίτητη η κατάθεση των πρωτότυπων τεχνικών φυλλαδίων του κατασκευαστή, στα ελληνικά ή στα αγγλικά αν τα προϊόντα είναι εισαγόμενα. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν. Να συνταχθεί φύλλο συμμόρφωσης από τους συμμετέχοντες φορείς, το οποίο θα επισυναφθεί στην τεχνική προσφορά, επί ποινή αποκλεισμού. Για όλα τα είδη απαιτούνται δείγματα (εις διπλούν), για την πιστότερη αξιολόγηση της ποιότητας και καταλληλότητάς τους. Στην περίπτωση που η επιτροπή κρίνει, με αιτιολογημένες αποδείξεις, ότι το δείγμα που κατατέθηκε από την εταιρεία δεν πληροί τους τεχνικούς όρους, τότε η επιτροπή θα απορρίπτει το συγκεκριμένο είδος και θα αξιολογεί την αμέσως καλύτερη τεχνική προσφορά. [...] 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 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

Αριθμός απόφασης: 696/2023

προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, ...» Περαιτέρω, στο Παράρτημα I ορίζεται: «Για όλα τα είδη απαιτούνται δείγματα (εις διπλούν), για την πιστότερη αξιολόγηση της ποιότητας και καταλληλότητάς τους, επί ποινή αποκλεισμού. Στην περίπτωση που η επιτροπή κρίνει, με αιτιολογημένες αποδείξεις, ότι το δείγμα που κατατέθηκε από την εταιρεία δεν πληροί όλους του τεχνικούς όρους, τότε η επιτροπή θα απορρίπτει το συγκεκριμένο είδος και θα αξιολογεί την αμέσως καλύτερη τεχνική προσφορά. Οι ενδιαφερόμενες εταιρείες μπορούν να προσφέρουν είτε για το ΤΜΗΜΑ I είτε για το ΤΜΗΜΑ II είτε για το τμήμα III, είτε και για τα τρία, σε κάθε περίπτωση για το σύνολο των ειδών κάθε τμήματος. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε ένα (1) έτος» και στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II – ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ: «Για όλα τα είδη θα πρέπει να κατατεθούν δείγματα εις διπλούν.»

7. Επειδή, κατά 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 (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), 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 (ΣΤΕ 2137/1993). 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 (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Εξάλλου, με βάση την αρχή της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, μόνο όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

8. Επειδή, από τη γραμματική διατύπωση των διαληφθέντων στη σκέψη 6 της παρούσας όρων της διακήρυξης συνάγεται εν προκειμένω ότι οι διαγωνιζόμενοι, προκειμένου για την άρτια και προσήκουσα υποβολή της προσφοράς τους θα πρέπει να υποβάλλουν αυτή σε συμμόρφωση με τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο «Τεχνικές Προδιαγραφές» του Παραρτήματος ΙΙΙ της υπόψη διακήρυξης. Από τη γραμματική διατύπωση δε του σχετικού όρου της οικείας διακήρυξης προκύπτει ευκρινώς ότι οι συμμετέχοντες οφείλουν να υποβάλλουν δείγματα για όλα τα είδη, για τα οποία υποβάλλουν τη προσφορά τους. Ως εκ τούτου, στο πλαίσιο της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, υπό την έννοια ότι η διακήρυξη συνιστά κανονιστική διοικητική πράξη, οι όροι της οποίας οριοθετούν το πλαίσιο εντός του οποίου, αφενός οι συμμετέχοντες και υποψήφιοι ανάδοχοι οφείλουν να καταστρώσουν και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς, αφετέρου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να αξιολογήσει τις υποβληθείσες προσφορές σύμφωνα με το ορισθέν κανονιστικό πλαίσιο, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η παράλειψη της προσφεύγουσας εν προκειμένω να προσκομίσει δείγμα ποιότητας για όλα τα είδη, για τα οποία υπέβαλε τη προσφορά της, συνιστά πλημμέλεια της προσφοράς της, η οποία αποκλίνει από τα εκ της διακηρύξεως αξιωθέντα και συνεπώς, πρέπει να γίνει δεκτό ότι ορθώς απορρίφθηκε, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, η παράλειψη υποβολής δείγματος, δοθέντος ότι απαιτείται ρητώς και επί ποινή αποκλεισμού στην υπόψη διακήρυξη για κάθε προσφερόμενο είδος, συνιστά πλημμέλεια αφορώσα τις ίδιες τις τεχνικές προδιαγραφές, ήτοι συνιστά έλλειψη τεχνικής ιδιότητας, ως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή στο έγγραφο των απόψεων της, αντιβαίνουσα όρους του διαγωνισμού δια των οποίων προσδιορίζονται οι τεχνικές απαιτήσεις οι οποίες πρέπει να πληρούνται κατ' ελάχιστον για την μη απόρριψη μίας προσφοράς ως τεχνικά ακατάλληλης. Εν προκειμένω και ως συνάγεται από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε δείγματα για όλα τα προσφερόμενα από αυτήν είδη, παρόλο, που υπό τα ανωτέρω δεδομένα, όφειλε να το πράξει, αλυσιτελώς δε προβάλλει ότι το δείγμα που υπέβαλε για το ένα είδος είναι της ίδιας ποιότητας και επομένως, καταλληλότητας που

Αριθμός απόφασης: 696/2023

απαιτείται και για έτερο είδος, το μόνο διαφοροποιό στοιχείο είναι οι διαστάσεις, διότι ακόμη και στη περίπτωση που ήθελε υποτεθεί γίνει δεκτός ο ισχυρισμός αυτός, τούτο δεν αναιρεί το γεγονός ότι η προσφορά της αποκλίνει από κανονιστικού περιεχομένου όρους της διακήρυξης σχετικά με την απαίτηση περί υποβολής δειγμάτων για όλα τα προσφερόμενα από κάθε συμμετέχοντα είδη κατά το στάδιο της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών. Επομένως, τα όσα περί αντιθέτου προβάλλονται διά του δεύτερου λόγου της προσφυγής της είναι απορριπτέα, ως νόμω και ουσία αβάσιμα.

9. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και καθώς, ως προελέχθη, ρητώς και ευκρινώς προκύπτουν τα σχετικώς με την υποβολή δειγμάτων αξιωθέντα από την υπόψη διακήρυξη, πρέπει να γίνει δεκτό ότι αβασίμως παραπονείται η προσφεύγουσα διά του τρίτου λόγου της προσφυγής της για ασάφεια αυτής. Εξάλλου, ως γίνεται δεκτό, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, ο οικονομικός φορέας αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση την οποία αυτός διενεργείται και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους του παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για τον οικονομικό φορέα, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Και τούτο διότι, ο δικαιούμενος συμμετοχής στο διαγωνισμό δύναται να προσβάλει τη διακήρυξη του διαγωνισμού και σε κάθε περίπτωση δύναται να αιτηθεί σχετικών διευκρινήσεων, προ της υποβολής της προσφοράς του. Εντούτοις, λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως, ήτοι απαραδέκτως, κατόπιν λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996,964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008,1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, SantexSpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66), επομένως οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι,

Αριθμός απόφασης: 696/2023

αντιστοίχως δε πρέπει να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της ώδε παρεμβαίνουσας.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και δοθέντος ότι η διαπιστωθείσα πλημμέλεια της προσφοράς της προσφεύγουσας αποτελεί αυτοτελές έρεισμα απόρριψης αυτής, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν χωρά εν προκειμένω διευκρίνηση ή συμπλήρωση κατά τις διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, ως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα διά του τρίτου λόγου της προσφυγής της. Και τούτο ειδικότερα διότι, η κατά τη διάταξη του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 διαδικασία δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών, των οποίων η υποβολή ήταν υποχρεωτική βάσει ρητών και με σαφήνεια διατυπωθέντων όρων της διακήρυξης, ούτε να οδηγήσει στην τροποποίηση υποβληθείσας προσφοράς (πρβλ. αποφ. ΔΕΕ της 29ης.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, σκ. 40, της 11ης.5.2017, Archus και Gama, C-131/16, σκ. 31, της 4ης.5.2017, C 387/14, Esaprojektsp. z o.o. κατά Województwo Łódzkie, σκ. 37-40). Ομοίως, καθίσταται σαφές ότι δεν χωρεί εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, όταν από τις οικείες διατάξεις προκύπτει δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντος φορέα να απορρίψει την οικεία προσφορά (βλ. ΔΕφ Χανίων 13/2019 σκ. 14, βλ. Δεφ Χαν 10/2019, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 30/2019, ΑΕΠΠ 702/2019, 668/2019, 242/2019, 36/2019, Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως του ΣτΕ», ΕΔΔ, 2 2015, σελ. 249). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36), οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνηση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου

Αριθμός απόφασης: 696/2023

2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Καθίσταται συνεπώς σαφές εν προκειμένω ότι η εκ των υστέρων προσκόμιση δειγμάτων, αποτελεί ανεπίτρεπτη τροποποίηση της προσφοράς, παρά τα όσα περί αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Κατ' ακολουθίαν και δεδομένης της κατά τα ως άνω ρητής και σαφούς σχετικής απαίτησης της οικείας διακήρυξης, η επίμαχη έλλειψη της προσφοράς της προσφεύγουσας δεν μπορεί να θεωρηθεί de minimis πλημμέλεια, δυνάμενη να θεραπευθεί ,κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, καθώς θα οδηγούσε εν τοις πράγμασι σε υποβολή νέας προσφοράς (ΕΑ ΣΤΕ 238/2019, σκέψη 10).

11. Επειδή, τέλος, απορριπτέοι είναι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι δηλαδή η προσβαλλόμενη πάσχει γιατί σε αυτή έχει ενσωματωθεί εσφαλμένως έτερη απόφαση, πρωτίστως διότι ακόμη και στη περίπτωση που υποτεθεί ότι ισχύουν, δεν στοιχειοθετείται καμία βλάβη εξ αυτού. Πιο συγκεκριμένα, αλυσιτελώς προβάλλει η προσφεύγουσα ότι η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα λόγω παράβασης του ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, καθόσον σε αυτήν δεν ενσωματώθηκε η υπ' αριθμ. 4508/24.1.2023 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. 3700/20.1.2023 πρακτικό που αφορά την αξιολόγηση των προσφορών του υπό κρίση διαγωνισμού, αλλά ενσωματώθηκε έτερη απόφαση εκδοθείσα προ της ημερομηνίας διενέργειας του διαγωνισμού, καθώς ακόμη και εάν, ήθελε υποτεθεί γίνει δεκτή η μη τήρηση τύπου (quod non), όπως παραπονείται, δεν στοιχειοθετείται βλάβη της εξ αυτού. Συναφώς γίνεται δεκτό (ΣΤΕ 169/2021) ότι, ακόμη κι αν πράγματι υφίσταται τυπική πλημμέλεια, αυτή δεν δύναται να επιφέρει την ακύρωση της τελικώς εκδοθείσας πράξης, εφόσον δεν προσδιορίζεται με ειδικό τρόπο η επιρροή που άσκησε η εν λόγω πλημμέλεια στην διαμόρφωση του περιεχομένου της παραδεκτώς προσβαλλομένης πράξης ή στην τυχόν αποστέρηση διαδικαστικού δικαιώματος της προσφεύγουσας (Conseil d'Etat, Assemblée, 23.12.2011). Ωστόσο, εν προκειμένω τέτοια επιρροή δεν προσδιορίζεται ούτε αποδεικνύεται από τη προσφεύγουσα, η οποία δεν επικαλείται κάποια βλάβη που υπέστη εξ αυτού του λόγου, πολλώ δε μάλλον δεν την αποδεικνύει. Επομένως και καθώς εν προκειμένω ,κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα, γίνεται δεκτό ότι ορθώς

Αριθμός απόφασης: 696/2023

απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας, πρέπει να γίνει δεκτό ότι διά της προσβαλλομένης ορθώς απερρίφθη η προσφορά της από την αναθέτουσα αρχή και δη σε συμμόρφωση με τα εκ του κανονιστικού πλαισίου αξιωθέντα.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, αντιστοίχως δε η παρέμβαση να γίνει δεκτή. Ενόψει τούτων, το παράβολο πρέπει να καταπέσει υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου, κατά το άρθρο 363 παρ. 6 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει τη προσφυγή.

Δέχεται τη παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 12 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
Βασιλική Καραδήμα**

**Η Γραμματέας
Αναστασία Ρουμελιώτη**