

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στις 19-04-2023 με την εξής σύνθεση Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19-06-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 910/19.06.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και δ.τ. «...», που εδρεύει στη ... οδός ... αριθμός ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα. Η παραπάνω υπόθεση εισάγεται προς εξέταση σε συμμόρφωση με την Απόφαση με αριθμό .../2024 του Διοικητικού ... με την οποία αναπέμπεται η υπόθεση στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

Κατά του ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Επί της ως άνω προσφυγής άσκησε παρέμβαση ο οικονομικός φορέας ...

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθμό .../2023 απόφασης της ... Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της στο διαγωνισμό και κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της ανταγωνίστριας ...

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 7.660,10 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ,

## Αριθμός Απόφασης: Σ635/2024

καθώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. .../2022 διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο τη...» για το τμήμα:... (αριθμός συστήματος:...) προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ € 1.532.004,50, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Ο διαγωνισμός αυτός αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 03-03-2023 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, έλαβε συστημικό αριθμό ...

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (Α' 147).

4. Επειδή η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά στον ως άνω διαγωνισμό και στρέφεται κατά της εκτελεστής πράξης ολοκλήρωσης σταδίων αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, η δε προσφυγή της έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς. Ομοίως, εμπρόθεσμα η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της επί της προσφυγής μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ενώ εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος έχει ασκηθεί και η παρέμβαση.

5. Επειδή, στη διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπονται τα ακόλουθα: 2.4.1 «Γενικοί όροι υποβολής προσφορών» (2.4 «Κατάρτιση – Περιεχόμενο Προσφορών») «... Δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές ...». [Τεχνικές Προδιαγραφές] «...».

6. 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 (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του

## Αριθμός Απόφασης: Σ635/2024

διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Περαιτέρω 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 διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑθ (αναστ.) 451/2014, 437/2013).

7. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους. Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

8. Επειδή, περαιτέρω, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας αντιτίθενται, επίσης, σε κάθε διαπραγμάτευση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και ενός προσφέροντος στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, πράγμα που συνεπάγεται ότι, κατ' αρχήν, 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., C599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). 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. ο.π C-599/10 σκέψη 40 C-336/12, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση/συμπλήρωση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς ή την υποβολή μη νομίμως υποβληθέντος εγγράφου ή στοιχείου (βλ. σχετικές αποφάσεις της

## Αριθμός Απόφασης: Σ635/2024

11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C- 131/2016, 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 ) Κατά την άσκηση της εν λόγω αρμοδιότητας της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά το αίτημα παροχής διευκρινήσεων, πρέπει να μεταχειριστεί τους υποψήφιους με ισότιμο και ειλικρινή τρόπο, έτσι ώστε μια αίτηση διευκρίνισης να μη δύναται, κατά το πέρας της διαδικασίας επιλογής των προσφορών και λαμβανομένου υπόψη του αποτελέσματός της, να έχει περιαγάγει αδικαιολόγητα σε ευμενή ή δυσμενή θέση τον υποψήφιο ή τους υποψήφιους που αποτέλεσαν το αντικείμενο της αίτησης αυτής (βλ. ο.π C-599/10, σκέψη 41, C-336/12 σκέψη 37) ήτοι οφείλει να σέβεται τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49 και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850\_1851\_1852/2021 σκ. 32). Επομένως, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C 336/12, σκέψη 40, της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C- 131/16, EU:C:2017:358, σκέψη 33 και της 28ης Φεβρουαρίου 2018 MA.T.I. SUD SpA C-523/16 και C-536/16 σκ.51, C 309/18, της 2ας Μαΐου 2019 Lavorgna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΣΕ 147/22 σκ.34).

9. Επειδή, ως προς την απόρριψη της δικής της προσφοράς και δη ως προς τον έβδομο λόγο απόρριψης, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το σκεπτικό της απόφασης σύμφωνα με το οποίο (βλ. το 22-05-2023 πρακτικό) *«Στην τεχνική προσφορά [η προσφεύγουσα] δεν αναφέρει το μοντέλο του ... που προσφέρει (γράφει: «...»), ενώ στο τεχνικό φυλλάδιο της εταιρίας "...» που υπέβαλλε υπάρχουν πολλοί ... , χωρίς να έχει τσεκάρει κάποιον. Δηλαδή η προσφορά της για το συγκεκριμένο είναι αόριστη»,* τυγχάνει εσφαλμένο και ακυρωτέο. Ειδικότερα προβάλλει ότι στην τεχνική της προσφορά (σελ. 209) προσφέρει *«... της κατασκευάστριας εταιρείας ... με δυνατότητα κάλυψης έως 100τμ με δυνατότητα ... 20lt/24ωρο, με λειτουργία...».* Συναφώς συνομολογεί

## Αριθμός Απόφασης: Σ635/2024

ότι υπέβαλε το τεχνικό φυλλάδιο «...», στο οποίο παρουσιάζονται περισσότερα μοντέλα του αυτού προϊόντος, υποστηρίζοντας ότι όλα τα μοντέλα αυτά πληρούν τις απαιτήσεις της διακήρυξης και ο μη προσδιορισμός ενός από αυτά δεν αποτελεί εναλλακτική προσφορά. Συνεπώς η παράλειψη εντοπισμού ενός από αυτά ως προσφερόμενου δεν μπορεί να οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς της. Σε κάθε περίπτωση, επάγεται ότι η παράλειψη αυτή δεν μπορεί να οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς της αλλά μόνο σε κλήση προς συμπλήρωση αυτής κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016.

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα και η Αναθέτουσα Αρχή αιτούνται την απόρριψη του οικείου ως άνω λόγου.

11. Επειδή, όπως έχει κριθεί, εναλλακτικές προφορές των υπό προμήθεια ειδών, έχουν την έννοια προσφορών πλέον του ενός είδους, με ισοδύναμο, κατά την αντίληψη του προσφέροντος, αποτέλεσμα, που πληρούν εξίσου όλους τους όρους της διακηρύξεως. Περαιτέρω, όταν η Διακήρυξη ορίζει ότι εναλλακτικές προσφορές δεν γίνονται δεκτές, γίνεται δεκτό ότι εάν ένας προμηθευτής περιλαμβάνει στην προσφορά του μια λύση ως κύρια και επικουρικά μια εναλλακτική προσφορά, τότε, δεν απορρίπτεται ως απαράδεκτη όλη η προσφορά του, αλλά εξετάζεται μόνο κατά το κυρίως προσφερόμενο μέρος. Στην περίπτωση, όμως, που από την τεχνική προσφορά του προμηθευτή δεν προσδιορίζεται ποιος από τους προσφερόμενους τύπους ειδών συνιστά κύρια προσφορά, συντρέχει περίπτωση απαγορευμένης εναλλακτικής προσφοράς, η οποία καθιστά όλη την προσφορά απαράδεκτη. Τούτο διότι, στην περίπτωση αυτή, θα συνέβαινε εκείνο που ο οικείος όρος της διακηρύξεως σκοπεί να αποτρέψει, δηλαδή την εξέταση από τα αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής, τεχνικών χαρακτηριστικών περισσότερων ειδών προερχόμενων από τον ίδιο προμηθευτή, ενώ σκοπός του όρου της απαγορεύσεως υποβολής εναλλακτικής προσφοράς, ή, για την ταυτότητα του λόγου, περισσότερων κυρίων, είναι ακριβώς να μεταφέρει στον προμηθευτή το βάρος της επιλογής συγκεκριμένου αγαθού και, συναφώς, επιχειρηματικού κινδύνου, προκειμένου με τον τρόπο αυτό να εξαναγκάζεται ο προμηθευτής, για να αυξήσει τις πιθανότητες επιτυχίας του στο διαγωνισμό, να προσφέρει μόνο το κατά την κρίση του καλύτερο ή φθηνότερο, κατά περίπτωση, είδος. Εν προκειμένω

## Αριθμός Απόφασης: Σ635/2024

στην παράγραφο 2.4.1 «Γενικοί όροι υποβολής προσφορών» (2.4 «Κατάρτιση – Περιεχόμενο Προσφορών») της διακήρυξης αναφέρεται μεταξύ των άλλων ότι: «... Δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές ...». Ωστόσο όπως συνομολογεί και η προσφεύγουσα υπέβαλε το τεχνικό φυλλάδιο «...», στο οποίο παρουσιάζονται περισσότερα μοντέλα του προσφερόμενου προϊόντος, χωρίς να προσδιορίζεται ποιο τελικώς είναι αυτό που προσφέρει. Εν προκειμένω, δηλαδή, συντρέχει περίπτωση απαγορευμένης εναλλακτικής προσφοράς, ουδόλως δε μεταβάλλονται τα ανωτέρω εκ του γεγονότος ότι τα αναφερόμενα στο υποβληθέν φυλλάδιο προϊόντα πληρούν τους όρους της διακήρυξης, αφού το βάρος επιλογής του τελικώς προσφερόμενου προϊόντος φέρει η προσφεύγουσα. Συνεπώς, νομίμως η Αναθέτουσα Αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας ως εναλλακτική. Εξάλλου, ουδόλως χωρεί εν προκειμένω κλήση προς συμπλήρωση της προσφοράς της προσφεύγουσας κατά το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 και δη εις τρόπον ώστε να προσδιοριστεί το πρώτον το προσφερόμενο προϊόν, αφού κάτι τέτοιο θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη τροποποίηση και θεραπεία μιας απορριπτέας προσφοράς.

12. Επειδή, τα παραπάνω αναφερόμενα παρέχουν αυτοτελές έρεισμα περί απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας, συνεπώς, η εξέταση των έτερων λόγων της προσφυγής σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της παρέλκει.

13. Επειδή, ως προς την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, με το λόγο της προσφυγής υπ' αριθμ. ... η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο οικονομικός φορέας "..." δεν καλύπτει την προδιαγραφή «...» ειδικότερα προβάλλει ότι στην προσφορά της παρεμβαίνουσας αναφέρεται ότι ηλεκτροκινητήρας του εσωτερικού ... θα είναι μονοφασικής ή τριφασικής τροφοδοσίας και ότι ο ... θα είναι στατικά και δυναμικά ζυγостаθμισμένος, ενώ δεν γίνεται ξεκάθαρη αναφορά αν ο ηλεκτροκινητήρας του εσωτερικού ... είναι τριφασικής τροφοδοσίας.

14. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή συνομολογεί τη βασιμότητα του λόγου, υποστηρίζοντας ότι «ο οικονομικός φορέας "..." όντως δεν καλύπτει την προδιαγραφή «...».

## Αριθμός Απόφασης: Σ635/2024

15. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει τα εξής: «β) Η προσφερόμενη μονάδα διαθέτει δύο (2) ... αντί για έναν (1) και με τον τρόπο αυτό διασφαλίζεται η πολύ υψηλή διαθεσιμότητα του συστήματος καθώς λειτουργεί με την ίδια απόδοση ακόμη και με την λειτουργία του ενός ... Η μέγιστη ισχύς κατανάλωσης για κάθε ... είναι 0,41KW, η δε χαμηλή αυτή ισχύς δεν προσφέρει κάποια επιπρόσθετη λειτουργικότητα, σε περίπτωση ... . Περαιτέρω, το φυσικό μεγέθους της μονάδας, μεγαλώνει χωρίς όφελος καθώς οι ... που διατίθενται στην αγορά έχουν πολύ μεγάλο μέγεθος, ενώ αντίθετα από την χρήση δύο (2) ... διασφαλίζεται η υψηλή διαθεσιμότητα του συστήματος, αφού λειτουργεί αδιάλειπτα ακόμα και σε περίπτωση βλάβης του ενός», συνομολογώντας, επομένως, ότι η προσφερόμενη μονάδα διαθέτει δύο ... αλλά όχι ... σε αντίθεση με όσα προβλέπουν οι ρητοί όροι της διακήρυξης, τους οποίους έχει ανεπιφύλακτα αποδεχθεί. Συνεπώς, βασίμως προβάλλεται ο σχετικός λόγος της προσφυγής, κατ' αποδοχή του οποίου η προσφορά της παρεμβαίνουσας καθίσταται απορριπτέα, ενώ τα προβαλλόμενα από την παρεμβαίνουσα («η μέγιστη ισχύς κατανάλωσης για κάθε ... είναι 0,41KW, η δε χαμηλή αυτή ισχύς δεν προσφέρει κάποια επιπρόσθετη λειτουργικότητα, σε περίπτωση ... . Περαιτέρω, το φυσικό μεγέθους της μονάδας, μεγαλώνει χωρίς όφελος καθώς οι ... που διατίθενται στην αγορά έχουν πολύ μεγάλο μέγεθος, ενώ αντίθετα από την χρήση δύο (2) παράλληλων ... διασφαλίζεται η υψηλή διαθεσιμότητα του συστήματος, αφού λειτουργεί αδιάλειπτα ακόμα και σε περίπτωση βλάβης του ενός») προβάλλονται ανεπικαίρως και, άρα, απαραδέκτως, αφού ουσιαστικά βάλλουν κατά των όρων της διακήρυξης.

16. Επειδή, τα παραπάνω αναφερόμενα παρέχουν αυτοτελές έρεισμα περί απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, συνεπώς, η εξέταση των έτερων λόγων της προσφυγής, σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς της παρέλκει.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, πρέπει να απορριφθεί η παρέμβαση και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας ... να επιστραφεί δε το παράβολο που κατατέθηκε για την άσκηση της προσφυγής.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../2023 απόφαση της ... Επιτροπής του ... καθ' ο μέρος έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας ... κατά τα ειδικότερα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19-4-2024 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Λαμπρόπουλος**

**Φωτεινή Μαραντίδου**