

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 2-5-2024 με την εξής σύνθεση Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Ελευθερία Καλαμιώτη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 26-03-2024 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 432/27.3.2024 του ... φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Επί της ως άνω προσφυγής άσκησε παρέμβαση ο ... (εφεξής «ο παρεμβαίνων»).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της ... (Θέμα...)/14.03.2024 Απόφασης του ... Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής και της ενσωματωθείσας σ' αυτήν ... (Θέμα...)/12.02.2024 Απόφασής του, κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος και αποφασίστηκε η υπέρ αυτού κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού για το είδος α/α ... της σύμβασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 780 / 2024

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 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, με την υπ' αριθ. .../2023 διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και αντικείμενο την ... προϋπολογισθείσας δαπάνης 129.032,258€ χωρίς ΦΠΑ (αξία τμήματος στο οποίο αφορά η προσφυγή ... 58.387,09 €) για τις ανάγκες των Τμημάτων του ... Ο διαγωνισμός αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ...

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς, μόνο κατά της ... (Θέμα...)/14.03.2024 Απόφασης του ... Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής, αφού η έτερη προσβαλλόμενη πράξη έχει ενσωματωθεί σε αυτήν. Ομοίως, εμπροθέσμως η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της επί της προσφυγής μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ενώ εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς υπεβλήθη και η παρέμβαση επί της προσφυγής.

4. Επειδή, στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου έλαβε μέρος η προσφεύγουσα καθώς και ο παρεμβαίνων. Με το από 1-2-2024 πρακτικό 1 αποσφράγισης των προσφορών των διαγωνιζομένων και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών για το είδος ... προτάθηκε η αποδοχή των κατατεθειμένων προσφορών, τόσο της προσφεύγουσας, όσο και του παρεμβαίνοντος. Εν συνεχεία, η Επιτροπή προέβη στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών για το είδος α/α ... διαπιστώνοντας ότι ο παρεμβαίνων ήταν προσωρινός μειοδότης για το ως άνω είδος, με προσφερθείσα τιμή 45.866,00 € πλέον ΦΠΑ. Τα ως άνω πρακτικά εγκρίθηκαν στην υπ' αριθ. ... (Θέμα...)/12.02.2024 Τακτική Συνεδρίαση του ... Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής, ενώ αποφασίστηκε και η πρόσκληση

του υποψήφιου αναδόχου για την υποβολή των προβλεπόμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης. Η απόφαση αυτή δεν κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μετά την έκδοσή της, καθώς ενσωματώνεται στην απόφαση κατακύρωσης. Στη συνέχεια, μετά την αποσφράγιση και έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, εκδόθηκε η υπ' αριθ. ... (Θέμα...)/14.03.2024 Απόφαση του ... Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία, κατ' αποδοχή του από 29-02-2024 σχετικού πρακτικού ... της Επιτροπής, αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωση του είδους α/α ... (CPV:...) της σύμβασης στον παρεμβαίνοντα. Οι ανωτέρω δύο αποφάσεις κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους στις 15-03-2024.

5. Επειδή στη διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπονται τα εξής: 2.4.3.2 *«Η τεχνική προσφορά 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». Παράρτημα Ι (σελ. 72). Όλες οι εταιρείες οφείλουν να καταθέσουν: [...]• Τα δελτία δεδομένων ασφαλείας Ελληνικά και Ξενόγλωσσα*

6. Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα 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 διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση 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 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. 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, Manova, 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 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, Manova, 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 μεταχείρισεως 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, περαιτέρω το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ επί των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας τις οποίες άλλωστε, αφενός, μνημονεύει ρητά το ίδιο το αρ. 42 ν. 4782/2021, αφετέρου, στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021 στο αρ.42 ομοίως ρητά αναγράφεται ότι «η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί». Εξάλλου,

η Οδηγία 2014/24/ΕΕ στην αιτιολογική σκέψη 2 ρητά αναφέρει ότι στους σκοπούς της συγκαταλέγεται και η κατοχύρωση της ασφάλειας δικαίου και ενσωμάτωση ορισμένων πτυχών από τη σχετική πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η δε πάγια νομολογία του ΔΕΕ ακόμη και μετά τη θέση σε ισχύ της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ επί του ζητήματος των διευκρινίσεων είναι ότι μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων των οποίων η κοινοποίηση είχε τεθεί επί ποινή απόρριψης της προσφοράς υπό την προϋπόθεση ότι η οικεία απαίτηση είχε τεθεί με σαφήνεια. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και από τη σκ. 93 της Απόφασης ΔΕΕ της 7ης Σεπτεμβρίου 2021 στην υπόθεση C-927/19, όπου, επαναλαμβάνοντας τη νομολογία που παρατίθεται στην προηγούμενη σκέψη, ρητά αναφέρεται « Όπως προκύπτει από πάγια νομολογία σχετικά με την ερμηνεία των διατάξεων της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114), η οποία στηρίζεται ιδίως στην αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και πρέπει να εφαρμόζεται κατ' αναλογία στο πλαίσιο του ως άνω άρθρου 56, παράγραφος 3 (ενν. της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ που ενσωματώθηκε με το αρ. 102 ν. 4412), η αίτηση διευκρίνισης που υποβάλλεται σε οικονομικό φορέα δυνάμει της διατάξεως αυτής δεν μπορεί, εντούτοις, να θεραπεύσει την παράλειψη προσκομίσεως εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει. (βλ., κατ' αναλογία, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψεις 36 και 40, και της 28ης Φεβρουαρίου 2018, MA.T.I. SUD και Duemme SGR, C 523/16 και C 536/16, EU:C:2018:122, σκέψεις 51 και 52, 21 Σεπτεμβρίου 2021 στην υπόθεση C-927/19 σκ. 93, και μεταξύ άλλων Απόφαση ΑΕΠΠ 1386/2021, σκ.46, 1850_1851_1852/2021 σκ. 32 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη, ΣΕ 147/2022 σκ. 34.).

10. Επειδή μεταξύ άλλων η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη, καθώς από τη διακήρυξη προκύπτει ότι όλες οι εταιρείες πρέπει να καταθέσουν δελτίο δεδομένων ασφαλείας με την τεχνική προσφορά, ενώ ο παρεμβαίνων δεν έχει καταθέσει κάποιο έγγραφο σχετικό.

11. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή και ο παρεμβαίνων ζητούν την απόρριψη του ως άνω λόγου, υποστηρίζοντας ότι *«η παράλειψη προσκόμισης του εγγράφου αυτού δεν τίθεται επί ρητή ποινή αποκλεισμού των προσφορών των διαγωνιζομένων (Παράρτημα Ι)»*.

12. Επειδή, από τη μελέτη του φακέλου και των ως άνω εν προκειμένω εφαρμοστέων όρων της διακήρυξης, προκύπτει εναργώς ότι η τεχνική προσφορά 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 δε 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. Στο εν λόγω δε Παράρτημα στο οποίο ευθέως παραπέμπει ο όρος 2.4.3.2 της διακήρυξης ορίζεται ρητώς (σελ 72) ότι όλες οι εταιρείες οφείλουν να καταθέσουν: [...] τα δελτία δεδομένων ασφαλείας Ελληνικά και Ξενόγλωσσα. Επομένως, τα εν λόγω δελτία ασφαλείας έπρεπε, κατά την αδιάσπικτη διατύπωση των όρων της διακήρυξης, να υποβληθούν με την τεχνική προσφορά επί ποινή αποκλεισμού, αφού χρησιμοποιείται ο απολύτως ισοδύναμος όρος «οφείλουν». Η εν λόγω έλλειψη δεν είναι δεκτική συμπλήρωσης δυνάμει του αρ. 102 ν 4412/2011 αφού κάτι τέτοιο θα ήταν αντίθετο στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων ούτε, εξάλλου, βάσει του αρ. 103 ν.4412/2011 αφού τα εν λόγω έγγραφα δεν συγκαταλέγονται ανάμεσα στα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Εν προκειμένω, τόσο ο παρεμβαίνων, όσο και η Αναθέτουσα Αρχή συνομολογούν την εν λόγω έλλειψη της προσφοράς, η οποία, εξάλλου, προκύπτει και από το

περιεχόμενο του φακέλου της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς, βασίμως η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος τυγχάνει απορριπτέα εξ' αυτού του λόγου.

13. Επειδή, τα παραπάνω αναφερόμενα παρέχουν αυτοτελές έρεισμα περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, συνεπώς, η εξέταση των έτερων λόγων της προσφυγής σχετικά με την απόρριψη της εν λόγω προσφοράς παρέλκει.

14. Επειδή, ενόψει όλων των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής κατά το αντίστοιχο μέρος της, να απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το παράβολο που κατατέθηκε για την άσκηση της προσφυγής.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την ... (Θέμα...)/14.03.2024 Απόφαση του ... Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά του ... και αποφάσισε την υπέρ αυτού κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού για το είδος α/α ... της υπό κρίση σύμβασης.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 2-5-2024 και εκδόθηκε την 22-5-2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η γραμματέας

Αριθμός Απόφασης: 780 / 2024

Ιωάννης Λαμπρόπουλος Φωτεινή Μαραντίδου