

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 21.05.2024 με την εξής σύνθεση Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμύρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30-06-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 989/3-7-2023 του ... Φορέα με την Επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα. Η ως άνω υπόθεση εισάγεται προς συζήτηση σε συμμόρφωση με την υπ' αρ. .../2024 απόφαση του ... με την οποία αναπέμφθηκε η υπόθεση στην ΕΑΔΗΣΥ.

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

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

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθμό .../2023 απόφασης της ... Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, καθ' ο μέρος κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές της εταιρίας «...» και του παρεμβαίνοντος και ο τελευταίος αναδείχθηκε ανάδοχος, καθώς και της με αριθμό .../2023 απόφασης του ίδιου ως άνω οργάνου, καθ' ο μέρος κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των παραπάνω και ο τελευταίος αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Σ786/2024

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 με ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την προμήθεια με τίτλο: «...» εκτιμώμενης αξίας 103.500 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Ο διαγωνισμός αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ...

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτώς, μόνο κατά της με αριθμό .../2023 απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, δοθέντος ότι στην απόφαση με την οποία τελειούται η σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού, ήτοι η κατακυρωτική απόφαση, ενσωματώνονται όλες οι προηγούμενες εκτελεστές διοικητικές πράξεις, αυτή δε είναι η μόνη παραδεκτώς προσβαλλομένη (βλ. *Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3886/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 227). Εμπρόθεσμα, δε, η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της επί της προσφυγής μέσω ΕΣΗΔΗΣ, ενώ εμπρόθεσμα 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, ο παρεμβαίνων και η εταιρία «...». Η Επιτροπή Διαγωνισμού εξέτασε και αξιολόγησε τα δικαιολογητικά συμμετοχής όλων των συμμετεχόντων και διαπίστωσε ότι αυτά ήταν σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Εν συνεχεία, η Επιτροπή προχώρησε στον έλεγχο των τεχνικών προσφορών και διαπίστωσε ότι οι προσφορές είναι σύμφωνες με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Κατόπιν, η αρμόδια Επιτροπή του Διαγωνισμού προχώρησε στον έλεγχο των οικονομικών προσφορών και συνέταξε τον πίνακα κατά σειρά κατάταξης των προσφορών, βάσει του οποίου ο παρεμβαίνων ήταν μειοδότης, η

Αριθμός Απόφασης: Σ786/2024

προσφεύγουσα δεύτερη και η «...» τρίτη στη σειρά μειοδοσίας. Με την υπ' αριθμόν .../2023 απόφαση της ... Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής εγκρίθηκαν τα Πρακτικά I και II της Επιτροπής Διαγωνισμού, κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές και των τριών συμμετεχόντων και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο παρεμβαίνων. Στις 22-5-2023, ο ανωτέρω οικονομικός φορέας κλήθηκε να υποβάλει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, σύμφωνα με το υπ' αριθμόν πρωτ. .../22-05-2023 έγγραφο της Αναθέτουσας Αρχής. Τα δικαιολογητικά αυτά υπεβλήθησαν στις 26.05.2023. Η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι τα δικαιολογητικά ήταν πλήρη και σύμφωνα με τους όρους του διαγωνισμού. Με την υπ' αριθμόν .../2023 και ήδη προσβαλλόμενη απόφαση του ίδιου ως άνω οργάνου εγκρίθηκε το Πρακτικό III της Επιτροπής Διαγωνισμού και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα. Η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 20-6-2023.

5. Επειδή, στη διακήρυξη του διαγωνισμού προβλέπονται τα εξής: *«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 (Μελέτη) 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. 6.5 Δείγματα – Δειγματοληψία – Εργαστηριακές εξετάσεις Εφόσον η Επιτροπή του διαγωνισμού το κρίνει απαραίτητο, μπορεί να ζητήσει δείγμα του προσφερόμενου προϊόντος, μετά από σχετική πρόσκληση στους συμμετέχοντες. Οι προσφέροντες επί ποινή αποκλεισμού υποχρεούνται, να προσκομίσουν ανάλυση εργαστηρίου τελευταίου διμήνου, διαπιστευμένου για την εκάστοτε ανάλυση. Οι αναλύσεις θα πρέπει να περιέχουν το σύνολο των χημικών, μικροβιολογικών και διαθρεπτικών χαρακτηριστικών του ... που αναφέρονται στην υπ' αριθμ. .../2022 μελέτη της... ». Τεχνικές Προδιαγραφές της υπ' αριθμ. .../2022 μελέτης της ... - Παράρτημα της Διακήρυξης (σελίδα*

87) «Δείγμα» Της τεχνικής προσφοράς θα επισυνάπτεται φωτογραφία πλήρης (ολόκληρης) της ετικέτας του προσφερόμενου προϊόντος (ή φωτοτυπημένο αντίγραφο της φωτογραφίας σε μορφή .pdf), για τα οποία δεν απαιτείται θεώρηση ακριβούς), για τα οποία δεν απαιτείται θεώρηση ακριβούς αντιγράφου ή ψηφιακή υπογραφή. Εφόσον η Επιτροπή του διαγωνισμού το κρίνει απαραίτητο, μπορεί να ζητήσει δείγμα του προσφερόμενου προϊόντος, μετά από σχετική πρόσκληση στους συμμετέχοντες. Οι προσφέροντες επί ποινή αποκλεισμού υποχρεούνται, να προσκομίσουν ανάλυση εργαστηρίου τελευταίου διμήνου, διαπιστευμένου για την εκάστοτε ανάλυση. Οι αναλύσεις θα πρέπει να περιέχουν το σύνολο των χημικών, μικροβιολογικών και διαθρεπτικών χαρακτηριστικών του ... που αναφέρονται παρακάτω εκτός από της περιπτώσεις 5, 6, 7 των χημικών χαρακτηριστικών και την παράγραφο 1 των μικροβιολογικών χαρακτηριστικών όπου γίνεται δεκτή και βεβαίωση της εταιρείας παραγωγής».

6. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ΣτΕ 1217/2018, 2434/2017, 2551/2013, 2635/2009, Ε.Α. ΣτΕ 15/2021, 241/2020, 352/2016, Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων

αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένου τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα πιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.).

7. 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, 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).

8. 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,

Αριθμός Απόφασης: Σ786/2024

μνημονεύει ρητά το ίδιο το αρ. 42 ν. 4782/2021, αφετέρου, στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021 στο άρ.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' αναλογίαν 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' αναλογίαν, 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.

Αριθμός Απόφασης: Σ786/2024

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.).

9. Επειδή μεταξύ άλλων η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη είναι παράνομη καθ' ο μέρος κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές της εταιρίας «...» και του παρεμβαίνοντος και ο τελευταίος αναδείχθηκε ανάδοχος, διότι, όπως προκύπτει, απαιτήθηκε ρητά από την Αναθέτουσα Αρχή, επί ποινή αποκλεισμού, η υποβολή ανάλυσης εργαστηρίου, τελευταίου διμήνου, η οποία θα περιέχει, μεταξύ άλλων, στοιχεία για την περιεκτικότητα του ... σε ... για το ολικό στερεό υπόλειμμα, για την ολική οξύτητα μετά από αραίωση για Παρασκευή προϊόντος που αντιστοιχεί σε ... και pH μεταξύ 6 και 6,8, μετά από αραίωση για παρασκευή προϊόντος, που αντιστοιχεί στο ... Ωστόσο, στην προκειμένη περίπτωση, ο παρεμβαίνων συμπεριέλαβε στην προσφορά του έγγραφο με τίτλο «...» υπογεγραμμένο από τον ... , από το οποίο προκύπτει ότι η εν λόγω ανάλυση δεν εκδόθηκε και δεν έλαβε χώρα εντός του τελευταίου διμήνου από τον χρόνο έκδοσης της διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα, κατά την προσφεύγουσα, δοθέντος ότι η επίμαχη διακήρυξη εξεδόθη στις 3-2-2023, η ανάλυση έπρεπε να είχε διενεργηθεί μετά τις 3-12-2022. Παρά ταύτα, από το πιστοποιητικό που συμπεριέλαβε στην προσφορά του ο παρεμβαίνων, προκύπτει ότι ο έλεγχος πραγματοποιήθηκε στις 5-11-2022 (βλ. σχετική αναφορά στο πιστοποιητικό «...»). Επίσης, η εταιρία «...» συμπεριέλαβε στην προσφορά της το υπ' αριθμόν .../2023 πιστοποιητικό ανάλυσης. Στο έγγραφο, όμως, με τίτλο «Αριθμός αναφοράς ελέγχου» (σελ. 21 του εγγράφου «Πιστοποιητικά Ποιότητας») που συμπεριέλαβε στην προσφορά της η ανωτέρω εταιρία, αναφέρεται ως τελική ημερομηνία εκτέλεσης της δοκιμής η 23η-9-2022. Συνεπώς, αμφότερες οι προσφορές έπρεπε κατά την προσφεύγουσα να απορριφθούν.

10. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή και ο παρεμβαίνων ζητούν την απόρριψη του οικείου ως άνω λόγου, υποστηρίζοντας, μεταξύ άλλων, ότι,

Αριθμός Απόφασης: Σ786/2024

από τους όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι «η Επιτροπή του Διαγωνισμού κατά την κρίση της μπορεί να ζητήσει δείγμα του προσφερόμενου προϊόντος, μετά από σχετική πρόσκληση στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς και στην περίπτωση αυτή που ζητηθούν δείγματα, οι προσφέροντες επί ποινή αποκλεισμού υποχρεούνται να προσκομίσουν ανάλυση εργαστηρίου τελευταίου διμήνου, διαπιστευμένου για την εκάστοτε ανάλυση. Εν προκειμένω, η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν έκρινε απαραίτητο να ζητήσει δείγμα του προσφερόμενου προϊόντος από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς και κατά συνέπεια ανάλυση εργαστηρίου τελευταίου διμήνου». Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων υποστηρίζει ότι «το προϊόν «...», που προσφέραμε στο διαγωνισμό, είναι από τα πλέον, εάν όχι το πλέον, εγνωσμένης αξίας, ποιότητας και φήμης ... Βάσει της συνεργασίας μας με την εταιρεία που διακινεί το προϊόν στην Ελλάδα, ήτοι της εταιρείας «...», είμαστε στη θέση να γνωρίζουμε ότι οι αναλύσεις του προϊόντος πραγματοποιούνται σε ειδικά εργαστήρια ελέγχου ποιότητας της εταιρείας «...» στην ... Η απαίτηση συγκεκριμένων εργαστηριακών αναλύσεων από τα ανωτέρα εργαστήρια, λόγω του όγκου και της πολυπλοκότητας των αναλύσεων που πραγματοποιούν καθημερινά, δεν είναι συνήθως εφικτή. Ενδέχεται η πολιτική αυτή της παραγωγού εταιρείας «...», να ακολουθείται και από τις εταιρείες παραγωγής ... των λοιπών συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Επομένως, εάν η Αναθέτουσα Αρχή απαιτούσε υποχρεωτικά την προσκόμιση των εργαστηριακών αναλύσεων, όλοι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα επιβαρύνονταν με την πληρωμή των εργαστηριακών αναλύσεων σε ιδιωτικά πιστοποιημένα εργαστήρια, γεγονός που θα αποτελούσε εμπόδιο στη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό και στην ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού. Παρά ταύτα, εάν υποθεθεί ότι ο προσφεύγων έχει προσεγγίσει σωστά την ερμηνεία των παραγράφων των σχετικών με τα δείγματα και τις εργαστηριακές αναλύσεις, η Αναθέτουσα Αρχή και σε αυτή την περίπτωση δεν θα έπρεπε να απορρίψει την προσφορά μας, όπως εσφαλμένα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ΑΛΛΑ όφειλε να κάνει εφαρμογή του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 περί διευκρινίσεων επί ήδη υποβληθέντων στοιχείων. Και τούτο διότι, έστω και εκ

του περισσού, υποβάλλαμε με την προσφορά μας τα εξής έγγραφα: «...» και «... (06-02-2023)».

11. Επειδή, από τη μελέτη του φακέλου και των, ως άνω, εν προκειμένω, εφαρμοστέων όρων της διακήρυξης, προκύπτει εναργώς ότι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν, επί ποινή αποκλεισμού, να προσκομίσουν ανάλυση εργαστηρίου τελευταίου διμήνου, διαπιστευμένου για την εκάστοτε ανάλυση εντός του τελευταίου διμήνου από τον χρόνο έκδοσης της διακήρυξης, ήτοι, δοθέντος η επίμαχη διακήρυξη εξεδόθη στις 3-2-2023, η ανάλυση θα έπρεπε να έχει διενεργηθεί μετά τις 3-12-2022. Η απαίτηση, δε αυτή, διατυπώνεται ρητά, τόσο στον όρο 6.5 της Διακήρυξης, όσο και στις Τεχνικές Προδιαγραφές της Μελέτης και είναι ανεξάρτητη από την απαίτηση για προσκόμιση δείγματος, ενώ εσφαλμένα, τόσο η Αναθέτουσα Αρχή, όσο και ο παρεμβαίνων, εξαρτούν την προσκόμιση της ανάλυσης από την προηγούμενη απαίτηση της Αναθέτουσας Αρχής για προσκόμιση δείγματος. Προς τούτο, δεν καταλείπεται περιθώριο αντίθετης ερμηνείας, καθώς, στην πρώτη πρόταση του παραπάνω όρου, ρητά απαιτείται η προσκόμιση δείγματος, μόνον εφόσον το ζητήσει η Αναθέτουσα Αρχή, ενώ, στην αμέσως επόμενη και απολύτως διακριτή πρόταση, απαιτείται η προσκόμιση ανάλυσης διαπιστευμένου εργαστηρίου υποχρεωτικά, και σε κάθε περίπτωση. Εκ των ανωτέρω συνάγεται ότι οι δύο απαιτήσεις είναι αυτοτελείς, τούτο, δε, προκύπτει και από τη γραμματική ερμηνεία των διατάξεων, δεδομένου ότι, όπως προελέχθη, διατυπώνονται σε διαφορετικές προτάσεις, χωρίς η πρώτη να αποτελεί εννοιολογικά ή γραμματικά προϋπόθεση της δευτέρας. Εξάλλου, στον όρο 6.5 της διακήρυξης «Δείγματα – Δειγματοληψία – Εργαστηριακές εξετάσεις» περιλαμβάνονται αθροιστικά απαιτήσεις για τα δείγματα και σχετικές προβλέψεις για την προσκόμιση εργαστηριακών εξετάσεων, όπως προκύπτει, εξάλλου, και από τον τίτλο του οικείου όρου. Περαιτέρω, πρέπει να επισημανθεί ότι στις Τεχνικές Προδιαγραφές της Μελέτης, και, συγκεκριμένα, στη σελίδα 87 αυτής, υπό τον τίτλο «Δείγμα», περιλαμβάνονται περισσότερες διακριτές απαιτήσεις, μεταξύ των οποίων και η προσκόμιση φωτογραφίας πλήρους (ολόκληρης) της ετικέτας του προσφερόμενου προϊόντος (ή φωτοτυπημένο αντίγραφο της φωτογραφίας σε μορφή .pdf).

Παρόλο που η συγκεκριμένη απαίτηση περιλαμβάνεται και αυτή στην ίδια ενιαία παράγραφο, ο παρεμβαίνων ουδόλως αμφισβητεί την υποχρεωτικότητά της, ούτε τη συνδέει με την προηγούμενη πρόσκληση για προσκόμιση δείγματος, αλλά, αντιθέτως, όπως προκύπτει από το φάκελο της προσφοράς του, συμμορφώνεται πλήρως με αυτή, καθώς προσκομίζει φωτογραφία της ετικέτας του προσφερόμενου προϊόντος. Ομοίως αβάσιμοι είναι και οι ισχυρισμοί της Αναθέτουσας Αρχής περί δήθεν μη υποχρεωτικότητας της προσκόμισης έκθεσης ελέγχου. Κι αυτό διότι η Αναθέτουσα Αρχή δεσμεύεται από τους όρους της διακήρυξης και δεν μπορεί να μην εφαρμόζει όρους που είναι απολύτως σαφείς και που η ίδια θέσπισε με τη διακήρυξη, οφείλει, δε, να τηρεί αυστηρά τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει και δεν επιτρέπεται εκ των υστέρων να μεταβάλει όρους της Διακήρυξης. Περαιτέρω ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας ανεπικαίρως και, άρα, απαραδέκτως ισχυρίζεται ότι «...*Η απαίτηση συγκεκριμένων εργαστηριακών αναλύσεων από τα ανωτέρα εργαστήρια, λόγω του όγκου και της πολυπλοκότητας των αναλύσεων που πραγματοποιούν καθημερινά, δεν είναι συνήθως εφικτή. Ενδέχεται η πολιτική αυτή της παραγωγού εταιρείας «...», να ακολουθείται και από τις εταιρείες παραγωγής ... των λοιπών συμμετεχόντων οικονομικών φορέων. Επομένως, εάν η Αναθέτουσα Αρχή απαιτούσε υποχρεωτικά την προσκόμιση των εργαστηριακών αναλύσεων, όλοι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα επιβαρύνονταν με την πληρωμή των εργαστηριακών αναλύσεων σε ιδιωτικά πιστοποιημένα εργαστήρια, γεγονός που θα αποτελούσε εμπόδιο στη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό και στην ανάπτυξη επαρκούς ανταγωνισμού...»*, επιδιώκοντας να αμφισβητήσει όρους του διαγωνισμού που έχει ανεπιφύλακτα αποδεχθεί δια της συμμετοχής του. Εν προκειμένω, όπως ορθώς προβάλλει η προσφεύγουσα, ο παρεμβαίνων συμπεριέλαβε στην προσφορά του έγγραφο με τίτλο «...» υπογεγραμμένο από τον κ ... από το οποίο προκύπτει ότι ο έλεγχος πραγματοποιήθηκε στις 5-11-2022, ήτοι δεν έλαβε χώρα εντός του τελευταίου διμήνου από τον χρόνο έκδοσης της διακήρυξης. Ομοίως, η εταιρία «...» συμπεριέλαβε στην προσφορά της το υπ' αριθμόν .../2023 πιστοποιητικό ανάλυσης, ωστόσο, στο αρχείο με τίτλο «Αριθμός αναφοράς ελέγχου» που συμπεριέλαβε στην προσφορά της η

ανωτέρω εταιρία, αναφέρεται ως τελική ημερομηνία εκτέλεσης της δοκιμής η 23η-9-2022. Τέλος, αβασίμως ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι, σε κάθε περίπτωση, η πλημμέλεια της προσφοράς του δύναται να θεραπευτεί με κλήση του προς παροχή διευκρινίσεων κατ' εφαρμογή του άρθρου 102 ν.4412/2016, καθώς τούτο θα ισοδυναμούσε με παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της τυπικότητας που διέπει του δημόσιους διαγωνισμούς, ιδίως ενόψει του ότι η εν λόγω απαίτηση είχε τεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή επί ποινή αποκλεισμού και, δη, ρητώς.

12. Επειδή, τα παραπάνω αναφερόμενα παρέχουν αυτοτελές έρεισμα περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και της εταιρείας «...», η, δε, εξέταση των έτερων ισχυρισμών της προσφυγής σχετικά με την απόρριψη των εν λόγω προσφορών παρέλκει.

13. Επειδή, ενόψει όλων των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να απορριφθεί η παρέμβαση, να ακυρωθεί η με αριθμό .../2023 απόφαση της ... Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, καθ' ο μέρος κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές της εταιρίας «...» και του παρεμβαίνοντος και ο τελευταίος αναδείχθηκε ανάδοχος, 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 με αριθμό .../2023 απόφαση της ... Επιτροπής του καθ' ο μέρος κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές της εταιρίας «...» και του οικονομικού φορέα ... (...) του ... και ο τελευταίος αναδείχθηκε ανάδοχος, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Αριθμός Απόφασης: Σ786/2024

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21.05.2024 και εκδόθηκε στις 23.05.2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ιωάννης Λαμπρόπουλος

Η γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου