

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 27.12.2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμύρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17-11-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1811/20-11-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ... (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Επί της προσφυγής άσκησε παρέμβαση ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία ... (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στην ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ ... απόφασης (συνεδρίαση ...25-10-2023) του Δ.Σ. της Αναθέτουσας Αρχής καθ' ο μέρος έγινε δεκτή και κατακυρώθηκε το Τμήμα 3 του διαγωνισμού «...» στην παρεμβαίνουσα.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αγγελική Πουλοπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το 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 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την

Αριθμός απόφασης : 96/2024

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

2. Επειδή, με τη με αρ. ... (αρ. πρωτ. .../9-8-2023) διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός διαγωνισμός με τίτλο «...». Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό 174.800,00€ χωρίς ΦΠΑ, και ειδικά για το Τμήμα 3 που αφορά η παρούσα, εκατό χιλιάδες ευρώ (100.000,00€) χωρίς Φ.Π.Α. με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής. Ο διαγωνισμός αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου 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) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 7.11.2023, μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», η δε υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως στις 17.11.2023, ομοίως μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017.

5. Επειδή, εμπροθέσμως την 1-12-2023 η Αναθέτουσα Αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία», αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής.

6. Επειδή, εμπροθέσμως στις 29-11-2023 η παρεμβαίνουσα άσκησε μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» την παρέμβασή της, αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής, η οποία της κοινοποιήθηκε στις 22-11-2023.

7. Επειδή, στον επίμαχο διαγωνισμό για το τμήμα 3 υπέβαλαν παραδεκτή προσφορά η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα, η οποία και ανακηρύχθηκε δια της προσβαλλομένης ανάδοχος.

8. Επειδή, στους κρίσιμους για την εξέταση της προσφυγής όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι *2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η ... με βάση*

τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: [...] 1) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης [...] 6.4.1. Σε περίπτωση οριστικής απόρριψης ολόκληρης ή μέρους της συμβατικής ποσότητας των υλικών, με απόφαση του αποφαινομένου οργάνου ύστερα από γνωμοδότηση του αρμόδιου οργάνου, μπορεί να εγκρίνεται αντικατάστασή της με άλλη, που να είναι σύμφωνη με τους όρους της σύμβασης, μέσα σε τακτή προθεσμία που ορίζεται από την απόφαση αυτή. 6.4.2. Αν η αντικατάσταση γίνεται μετά τη λήξη του συμβατικού χρόνου, η προθεσμία που ορίζεται για την αντικατάσταση δεν μπορεί να είναι μεγαλύτερη του 1/2 του συνολικού συμβατικού χρόνου, ο δε ανάδοχος θεωρείται ως εκπρόθεσμος και υπόκειται σε κυρώσεις λόγω εκπρόθεσμης παράδοσης. Αν ο ανάδοχος δεν αντικαταστήσει τα υλικά που απορρίφθηκαν μέσα στην προθεσμία που του τάχθηκε και εφόσον έχει λήξει ο συμβατικός χρόνος, κηρύσσεται έκπτωτος και υπόκειται στις προβλεπόμενες κυρώσεις. 6.4.3. Η επιστροφή των υλικών που απορρίφθηκαν γίνεται σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στις αρ. 2 και 3 του άρθρου 213 του ν. 4412/2016. 6.6 Εγγυημένη λειτουργία προμήθειας. Κατά την περίοδο της εγγυημένης λειτουργίας η οποία ορίζεται σε δύο (2) έτη από την σύνταξη του πρωτοκόλλου οριστικής παραλαβής, ο ανάδοχος ευθύνεται για την καλή λειτουργία του αντικειμένου της προμήθειας. Επίσης, ο ανάδοχος οφείλει κατά το χρόνο της εγγυημένης λειτουργίας αν παρουσιαστεί κάποια αστοχία/βλάβη στα παραδοτέα να προβεί σε αποκατάσταση της βλάβης εντός 60 ημερών από την ημερομηνία αναγγελίας της. Η αποκατάστασή μπορεί να γίνει στις εγκαταστάσεις της ... ή να μεταφερθεί στις εγκαταστάσεις του Αναδόχου με δικά του έξοδα, να επισκευαστεί και να παραδοθεί με τα αντίστοιχα πιστοποιητικά εγγυημένης λειτουργίας. Εναλλακτικά, ο Ανάδοχος διατηρεί το δικαίωμα αντικατάστασης του παραδοτέου υλικού εφόσον δεν επιθυμεί να διενεργήσει επισκευαστική εργασία επί αυτού. Για την παρακολούθηση της εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων του αναδόχου η επιτροπή παρακολούθησης και παραλαβής, προβαίνει στον απαιτούμενο έλεγχο της συμμόρφωσης του αναδόχου στα προβλεπόμενα

στην σύμβαση για την εγγυημένη λειτουργία καθ' όλον τον χρόνο ισχύος της τηρώντας σχετικά πρακτικά. Σε περίπτωση μη συμμόρφωσης του αναδόχου προς τις συμβατικές του υποχρεώσεις, η επιτροπή εισηγείται στο αποφαινόμενο όργανο της σύμβασης την έκπτωση του αναδόχου. Μέσα σε ένα (1) μήνα από την λήξη του προβλεπόμενου χρόνου της εγγυημένης λειτουργίας συντάσσεται σχετικό πρωτόκολλο παραλαβής της εγγυημένης λειτουργίας, στο οποίο αποφαινεται για την συμμόρφωση του αναδόχου στις απαιτήσεις της σύμβασης. Το πρωτόκολλο εγκρίνεται από το αρμόδιο αποφαινόμενο όργανο.».

9. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα 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 (Ολ. 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).

10. Επειδή, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης

Αριθμός απόφασης : 96/2024

Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μάιου 2016, MT Højgaard και ZCiblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, UniversaleBau, C- 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, 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).

11. Επειδή, η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). 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.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής υποστηρίζει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας τυγχάνει απορριπτέα και ειδικότερα προβάλλει τα εξής: *«Σύμφωνα με την προκήρυξη, αντικείμενο είναι η προμήθεια των ανταλλακτικών που αναφέρονται στα τρία Τμήματα, άρα και στο Τμήμα 3 που αφορά η παρούσα μας. Στην παρ. 6.4 της προκήρυξης προβλέπεται η αντικατάσταση από τον προμηθευτή ελαττωματικών υλικών και στην παρ. 6.6 η αποκατάσταση βλαβών ή και η αντικατάσταση (ίδιες προβλέψεις υφίστανται βεβαίως και στο ν. 4412/2016). Τόσο στην Τεχνική Προσφορά όσο και στην Οικονομική Προσφορά, στο εδάφιο της Εγγύησης, η ανταγωνίστριά αναφέρει: «Ο προμηθευτής διατηρεί το δικαίωμα για την επισκευή ή την αντικατάσταση τυχόν ελαττωματικών εξαρτημάτων ή την*

αποζημίωση της ... για την αξία των ελαττωματικών εξαρτημάτων αν δεν είναι δυνατή η παραγωγή λόγω μικρής ποσότητας». Η δυνατότητα αποζημίωσης της αναθέτουσας αρχής για την αξία των ελαττωματικών εξαρτημάτων αν δεν είναι δυνατή η παραγωγή όμως δεν προβλέπεται από το νόμο ή την προκήρυξη και κατά συνέπεια αποτελεί όρο / αίρεση της προσφοράς, απολύτως απαγορευμένο σύμφωνα με το άρ. 91 παρ. 1 περ. στ ν. 4412/2016 και την παρ. 2.4.6 (σελ. 34-35) της προκήρυξης που προβλέπουν ρητά πως απορρίπτονται προσφορές υπό αίρεση. Με την υπ' αρ. ... /2019 απόφαση της ... άλλωστε κρίθηκε ότι το περιεχόμενο των δηλώσεων πρέπει να ανταποκρίνεται στον σαφή και κατηγορηματικό τρόπο με τον οποίο την προβλέπει ως άνω ο νόμος, χωρίς παρεμβολή όρων και αιρέσεων οι οποίες δημιουργούν, κατά τ' ανωτέρω, αβεβαιότητα ως προς την εκτέλεση της προμήθειας (κ.λπ.). Εν προκειμένω, η δήλωση της ανταγωνίστριάς μας περί αποζημίωσης της αναθέτουσας αρχής σε περίπτωση μη παράδοσης των ανταλλακτικών, πλέον του ότι δεν υφίσταται ως δυνατότητα στο νόμο ή στην προκήρυξη (προβλέπεται μόνο παράδοση και αντικατάσταση), καθιστά την προσφορά υπό αίρεση, δεδομένου ότι η συμμόρφωση στις ως άνω απαιτήσεις της διακήρυξης για παράδοση ανταλλακτικών από τον ανάδοχο και αντικατάστασή τους εφόσον παρουσιάζουν ελαττώματα δεν είναι ρητή και κατηγορηματική αλλά εξαρτάται, κατά τη ρητή διατύπωση της ανταγωνίστριάς μας, από το εάν είναι ή δεν είναι δυνατή η παραγωγή τους λόγω μικρής ποσότητας). Δηλαδή η ανταγωνίστριά μας έθεσε με την προσφορά της όρο / αίρεση και επεφύλαξε για τον εαυτό της δυνατότητα μη ανταπόκρισης στις συμβατικές της υποχρεώσεις, με τον οποίο όρο / αίρεση όχι απλά αποκλίνει από τους επί ποινή αποκλεισμού όρους και απαιτήσεις της προκήρυξης και του νόμου για παράδοση ανταλλακτικών (του συμβατικού δηλαδή αντικειμένου) και αντικατάσταση των ελαττωματικών τοιούτων, κ.λπ., αλλά «ελευθερώνεται» από την βασική συμβατική της υποχρέωση που είναι η παράδοση των ανταλλακτικών. [...]

13. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή και η παρεμβαίνουσα αιτούνται την απόρριψη του σχετικού λόγου, υποστηρίζοντας μεταξύ άλλων ότι η συμπληρωματική εφαρμογή των διατάξεων του αστικού κώδικα δεν

Αριθμός απόφασης : 96/2024

απαγορεύεται και ότι η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ότι η διακήρυξη απαγορεύει και δη επί ποινή αποκλεισμού μια πιθανή αποζημίωση για τυχόν μικρή ποσότητα που πιθανόν να παρουσιάσει ένα πρόβλημα στη διάρκεια της εγγύησης και δεν μπορεί να αντικατασταθεί.

14. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται από την Αναθέτουσα Αρχή ή την παρεμβαίνουσα, η τελευταία και ήδη ανάδοχος στην Τεχνική Προσφορά, όσο και στην Οικονομική Προσφορά, στο εδάφιο της Εγγύησης, αναφέρει: «Ο προμηθευτής διατηρεί το δικαίωμα για την επισκευή ή την αντικατάσταση τυχόν ελαττωματικών εξαρτημάτων ή την αποζημίωση της ... για την αξία των ελαττωματικών εξαρτημάτων αν δεν είναι δυνατή η παραγωγή λόγω μικρής ποσότητας». Ωστόσο, η ως άνω διακριτική ευχέρεια και δυνατότητα επιλογής ανάμεσα σε επισκευή, αντικατάσταση ή αποζημίωση που η παρεμβαίνουσα επιφυλάσσει - με τη διατύπωση αυτή- στον εαυτό της ,όχι μόνο δεν προβλέπεται, αλλά έρχεται και σε ευθεία αντίθεση με όσα ρητώς προβλέπονται στου ως άνω παρατιθέμενους εφαρμοστέους όρους της σύμβασης, το κανονιστικό περιεχόμενο και η δεσμευτικότητα των οποίων -ως έχουν τεθεί- δεν αμφισβητήθηκε στο στάδιο της διακήρυξης, αντιθέτως έγινε ανεπιφύλακτα δεκτό από την παρεμβαίνουσα. Εξάλλου, όπως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η δυνατότητα αποζημίωσης της αναθέτουσας αρχής για την αξία των ελαττωματικών εξαρτημάτων δεν προβλέπεται από το νόμο ή την προκήρυξη, η οποία επιτρέπει μόνο επισκευή ή αντικατάσταση και, κατά συνέπεια, προσφορά η οποία εισάγει ανεπίτρεπτα τέτοιο όρο και, μάλιστα, καταλείποντας στην ίδια την προσφέρουσα απόλυτη ευχέρεια επιλογής ανάμεσα στην αντικατάσταση , την επισκευή ή την αποζημίωση, έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τους όρους 6.4.1-6.6 της διακήρυξης, αναιρώντας ουσιαστικά τη δέσμευση της αναδόχου να παραδώσει τα ζητούμενα είδη προσηκόντως. Συνεπώς ο οικείος λόγος βασίμως προβάλλεται και πρέπει να γίνει δεκτός, αφού η Αναθέτουσα Αρχή είχε την υποχρέωση κατ' εφαρμογή του όρου 2.4.6. (i) να απορρίψει την προσφορά της παρεμβαίνουσας.

15. Επειδή, όσα έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το

Αριθμός απόφασης : 96/2024

σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των έτερων προβαλλόμενων λόγων κατά της αποδοχής της προσφοράς του. (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007).

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή, να ακυρωθεί η υπ' αριθ. ... απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανακηρύχθηκε αυτή ανάδοχος για το τμήμα 3 του υπό κρίση διαγωνισμού, πρέπει δε να απορριφθεί η παρέμβαση, καθώς και να επιστραφεί το παράβολο που κατατέθηκε για την προσφυγή.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. ... απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και ανακήρυξε αυτήν ανάδοχο για το τμήμα ... του υπό κρίση διαγωνισμού.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου που κατέβαλε η προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27-12-2023 και εκδόθηκε στις 16-1-2024 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος
Ιωάννης Λαμπρόπουλος

Η γραμματέας
Φωτεινή Μαραντίδου
α.α. Μιχαήλ Σοφιανός