

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 15-9-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση, σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 13-8-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1624/13-8-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΙΟΙΚΗΣΗ ... ΥΓΕΙΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 5-8-2021, υπ' αριθμ. 50715/05.08.2021 απόφαση Διοικητή της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απεκλείσθη, στο πλαίσιο της διαδικασίας για την προμήθεια Γραφικής Ύλης για την κάλυψη των αναγκών της Κεντρικής Υπηρεσίας και των Μονάδων Υγείας αρμοδιότητας ... Υ.Πε. ...για ένα χρόνο,εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 169.920,81 ευρώ, διαδικασία που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 26-5-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ... Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 27-8-2021 Απόψεις της.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 849,61 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπροθέσμως, και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 12-8-2021 προσφυγή κατά της από 5-8-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών-οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος απεκλείσθη ο προσφεύγων. Ομοίως εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, ο προσωρινός ανάδοχος ασκεί την από 26-8-2021 παρέμβαση του, κατόπιν της από 16-8-2021 κοινοποίησης της προσφυγής. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη κατά το επικυρωθέν δια της προσβαλλομένης πρακτικό ότι για τα είδη 24 και 36 κατέθεσε εσφαλμένα δείγματα, ήτοι ως προς το 24 ΚΟΛΛΑ ΡΕΥΣΤΗ UHU 20 γρ., υπέβαλε δείγμα σε μορφή stick και στο 36 ΦΑΚΕΛΟΙ ΑΚΤΙΝΟΓΡΑΦΙΑΣ ΚΙΤΡΙΝΟΙ 26X30 υπέβαλε δείγμα 23X32, σύμφωνα με τη σελ. 57 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης, περί περιεχομένου τεχνικής προσφοράς, που ορίζει ότι «Για όλα τα είδη απαιτούνται δείγματα εις πενταπλούν, 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 τους τεχνικούς όρους, τότε η επιτροπή θα απορρίπτει το συγκεκριμένο είδος και θα αξιολογεί την αμέσως καλύτερη τεχνική προσφορά....Προσφορές οι οποίες δεν ανταποκρίνονται στα απαιτούμενα είδη καθώς και στις απαιτούμενες ποσότητες σύμφωνα με τον πίνακα του Παραρτήματος Ι θα απορρίπτονται ως απαράδεκτες.». Τούτο, ενώ με την τεχνική προσφορά του δήλωσε ότι προσφέρει ακριβώς τα ζητούμενα είδη, ενώ τα δείγματα που υπέβαλε συνίσταντο σε διαφορετικά αγαθά, χωρίς όμως να προκύπτει ότι υπέβαλε αυτά, διότι δεν διαθέτει ή δεν δύναται να διαθέτει τα δηλωθέντα ως προσφερόμενα είδη ή ότι τα εξ αυτού προσφερόμενα είδη δεν πληρούν τις ζητηθείσες προδιαγραφές. Άλλωστε, τα ως άνω ζητούμενα είδη είναι όλως κοινά και ευρείας κυκλοφορίας εμπορικά αγαθά, που οιοσδήποτε θα δύνατο να προμηθευτεί και δη, στις ελάχιστες, ως δείγμα, ζητούμενες εκ της

διακήρυξης ποσότητες, ώστε να μην προκύπτει πως τυχόν δια της εσφαλμένης υποβολής, ο προσφεύγων στόχευσε να καλύψει αδυναμία του να τα αποκτήσει εγκαίρως ή ότι τυχόν δυνατότητα διόρθωσης θα του έδινε την το πρώτον δυνατότητα κτήσης αγαθού με τις ζητούμενες προδιαγραφές, που τυχόν δεν διέθετε κατά τον χρόνο της προσφοράς. Περαιτέρω, ο προσφεύγων δεν υπέβαλε δείγματα των προσφερομένων αγαθών, που προέκυψαν κακής ποιότητας ή μη πληρούντα τις προδιαγραφές, αλλά δείγματα μη ζητούμενων αγαθών, ήτοι άλλων προϊόντων από αυτά που προσέφερε, τα οποία δεν ήταν καν αξιολογητέα και λογίζονται ως μη υποβληθέντα, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα. Ούτως, επί της ουσίας ο προσφεύγων δεν απεκλείσθη επειδή υπέβαλε ακατάλληλο δείγμα για τα ως άνω 2 είδη, αλλά γιατί δεν υπέβαλε δείγμα για τα ως άνω 2 ζητούμενα και προσφερόμενα. Κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 42 Ν. 4782/2021 με ισχύ πριν την εκκίνηση της νυν διαδικασίας, ορίζεται, σε αντίθεση με την προϊσχύσασα αντίστοιχη διάταξη, ότι «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.». Αλλά και ο όρος 3.1 της νυν διακήρυξης, ενσωματώνει και παραπέμπει στη νυν ισχύουσα διάταξη, ορίζοντας σχετικά ότι «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλέσει τους οικονομικούς φορείς να συμπληρώσουν ή να διευκρινίσουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβληθεί, ή να διευκρινίσουν το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης

μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης.». Συνεπώς, η ως άνω διάταξη, όχι μόνο επιτρέπει, αλλά και επιβάλλει σε αυτές τις περιπτώσεις τον μη αποκλεισμό του προσφέροντος, πριν την πρότερη κλήση του προς συμπλήρωση των ελλείποντων δικαιολογητικών και στοιχείων τεκμηρίωσης, στα οποία, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, περιλαμβάνονται και τα δείγματα, ως αποδεικτικά στοιχεία της προσφοράς. Η ως άνω διάταξη δεν αναφέρεται απλά σε έγγραφα ή πληροφορίες, αλλά και σε κάθε είδους «τεκμηρίωση», ήτοι αποδεικτικό στοιχείο και ενώ άλλωστε, θα ήταν αντίθετη στον προφανή σκοπό του νομοθέτη, να αποφεύγονται αποκλεισμοί προσφορών δια μόνου του λόγου παραλείψεων των προσφερόντων, που όμως δεν συνδέονται με ακαταλληλότητα των ιδίων ή της προσφοράς τους, η αποδοχή συμπλήρωσης αποδεικτικών στοιχείων περί των προδιαγραφών, όταν αυτά έχουν φύση εγγράφου (όπως τεχνικό φυλλάδιο), αλλά όχι όταν έχουν φύση άλλου αντικειμένου, όπως το δείγμα ή ο οπτικός δίσκος. Επιπλέον, δεδομένου ότι εν προκειμένω, αφενός ο προσφέρων δεν προέβη σε προσφορά των οικείων αγαθών δια των δειγμάτων του (ήτοι, τα δείγματα δεν ζητήθηκαν ούτε υποβλήθηκαν ως έκφραση του αντικειμένου της προσφοράς, αλλά ως τεκμηριωτικό των προδιαγραφών από τα προσφερθέντα είδη, στοιχείο), αλλά υπέβαλε έγγραφη προσφορά, όπου ρητά προσφέρει τα ως άνω 2 είδη και άρα, δεν συντρέχει περίπτωση εξαρχής μη προσφοράς των 2 ως άνω αγαθών, αλλά μη υποβολή των τεκμηριωτικών περί αυτών δειγμάτων, αφετέρου δεν υπέβαλε δείγματα ακατάλληλα που πάντως αφορούσαν τα προσφερόμενα είδη ούτε δείγματα που αποδείκνυαν ότι τα εξ αυτού προσφερόμενα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές, αλλά υπέβαλε μη ζητούμενα δείγματα άλλων αγαθών και εν

τέλει δεν υπέβαλε δείγματα των προσφερομένων, η συμπλήρωση της προσφοράς, δεν συνεπάγεται μεταβολή αυτής. Τούτο, αφού δεν θα προσφερθούν το πρώτον μη εξαρχής προσφερθέντα αγαθά ούτε θα υποβληθούν δείγματα προς αντικατάσταση δειγμάτων των όντως προσφερθέντων αγαθών (αφού τέτοια δείγματα δεν υποβλήθηκαν), επειδή τυχόν τα αρχικά υποβληθέντα παραβίαζαν τις προδιαγραφές (αντίθετα, δεν υποβλήθηκαν καν δείγματα για τα προσφεθέντα ως άνω 2 αγαθά ούτε ως τέτοια υποβολή τους νοείται η υποβολή αγαθών που είναι άσχετα και άλλα από τα προσφερθέντα), αλλά θα υποβληθούν το πρώτον τα ελλείποντα δείγματα των εξαρχής προσφερθέντων αγαθών. Αυτά, ενώ κρίσιμο εν προκειμένω είναι το γεγονός ότι τα αγαθά, ως ζητήθηκαν και προσφέρθηκαν συνιστούν όλως τυποποιημένα και ευρέως κυκλοφορούντα στο καθημερινό εμπόριο και προσβάσιμα στον οιονδήποτε, αγαθά (η μεν κόλλα του είδους 24, ζητήθηκε μάλιστα και ως συγκεκριμένου παραγωγού, ενώ οι φάκελοι συνιστούν στη ζητούμενη διάσταση, ευρέως και παντού προσβάσιμο και κυκλοφορούν κοινό είδος ενός τυπικού χαρτοπωλείου), η ταυτότητα των οποίων είναι προφανής εκ της ετικέτας τους ή απλής θεώρησης τους, χωρίς ο προσφεύγων να έχει αποπειραθεί να εμφανίσει τα άσχετα δείγματα ως αυτά που αφορούν τα προσφερθέντα, πράγμα αδύνατο λόγω του προφανούς της διαφοροποίησης, παρά προδήλως και ενόψει του πλήθους των ζητούμενων προς υποβολή δειγμάτων (81 είδη, όλα συγκροτούντα ενιαία προσφορά και όχι αυτοτελή τμήματα), υπέπεσε σε παραδρομή, η δε διόρθωση τέτοιου είδους παραδρομών που δεν επάγονται ή υποκρύπτουν ακαταλληλότητα της προσφοράς, συνιστά και την τελολογία της διάταξης του νέου άρ. 102 Ν. 4412/2016, βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4782/2021, άρ. 42 «...Ειδικότερα, αναμορφώνονται πλήρως και απλοποιούνται οι διατάξεις, με τις οποίες παρέχεται η δυνατότητα συμπλήρωσης των υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς, με σκοπό τον περιορισμό των αδικαιολόγητων αποκλεισμών των οικονομικών φορέων για αυστηρά τυπικούς λόγους, ενώ πληρούνται κατ' ουσίαν οι προϋποθέσεις συμμετοχής. ... Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη

διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί. Η τροποποίηση του άρθρου κρίνεται αναγκαία χάριν της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού υγιούς ανταγωνισμού, της κάμψης της τυπολατρείας και του φορμαλισμού και της διευκόλυνσης της πρόσβασης των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, προς όφελος της επιτυχούς έκβασης των διαγωνιστικών διαδικασιών και της καλύτερης εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος. Με τη νέα διατύπωση του άρθρου 102, η αναθέτουσα αρχή δύναται να ζητήσει να διορθωθούν ή να συμπληρωθούν σε επιμέρους σημεία τα στοιχεία που περιλαμβάνονται σε ένα φάκελο υποψηφιότητας, αρκεί να μην τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα με τέτοιο τρόπο ώστε να του δίνεται αθέμιτο πλεονέκτημα έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και η αίτηση αυτή, της αναθέτουσας αρχής, να αφορά στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ'αναλογία και για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα.». Για τους ως άνω άλλωστε, λόγους δεν προκύπτει ότι η το πρώτον πλέον υποβολή των δειγμάτων για τα ως άνω 2 είδη, δεν προσδίδει οιοδήποτε αθέμιτο πλεονέκτημα στον προσφεύγοντα, που τυχόν το πρώτον θα προσφέρει προϊόντα που πληρούν τις ζητούμενες προδιαγραφές. Απορριπτές δε είναι προς τούτο και οι αιτιάσεις παρεμβαίνοντος και αναθέτουσας, περί του ότι ο ως άνω όρος για τα δείγματα του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι, όπως και στον όρο 6.5 επαναλαμβάνεται, ορίζει ότι υποβάλλονται δείγματα επί ποινή αποκλεισμού, αφού ο όρος αυτός, όπως και κάθε άλλη αποδεικτική απαίτηση της διακήρυξης (που ομοίως τίθεται ρητά ή σιωπηρά, επί ποινή αποκλεισμού) τελεί σε κανονιστική ισοτιμία και χρήζει συστηματικής συνερμηνείας μετά του όρου 3.1 ανωτέρω, της ίδιας διακήρυξης, που επιτρέπει τη συμπλήρωση κάθε είδους ελλείψεων επί αποδεικτικής φύσης απαιτήσεων της διακήρυξης (υπό τις ανωτέρω επιφυλάξεις που δεν συντρέχουν εν προκειμένω), ασχέτως πώς και με ποιον τρόπο ή όρο ορίζονται στη διακήρυξη, με συνέπεια, ο προβλεπόμενος κατά τον όρο 6.5 και το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι, αποκλεισμός να επέρχεται συνεπεία της αποτυχίας υποβολής καταλλήλου

δείγματος, κατόπιν της πρότερης εφαρμογής του όρου 3.1 περί κλήσης προς συμπλήρωση. Επομένως, κατ' αποδοχή των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, η αναθέτουσα έσφαλε καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά του χωρίς προηγούμενη εφαρμογή του άρ. 102 Ν. 4412/2016 και του όρου 3.1 της διακήρυξης.

4. Επειδή, κατά την ειδική γνώμη του μέλους Ευαγγελίας Μιχαλίτση, γνώμονας εφαρμογής υπό οιαδήποτε ερμηνευτική οδό της διάταξης του άρθρου 102 ως τροποποιήθηκε με τον Ν. 4782/2021 είναι η απαρέγκλιτη τήρηση των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, ΜΑ.Τ.Ι. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49), που εξυπηρετείται με την τήρηση των οικείων κανονιστικών διατάξεων της διακήρυξης. Εν προκειμένω, δε, το οικείο άρθρο προβλέπει «6.5 Δείγματα – Δειγματοληψία – Εργαστηριακές εξετάσεις

Για όλα τα είδη απαιτούνται δείγματα εις πενταπλούν, 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 τους τεχνικούς όρους, τότε η επιτροπή θα απορρίπτει το συγκεκριμένο είδος και θα αξιολογεί την αμέσως καλύτερη τεχνική προσφορά». Λαμβάνοντας, δε, υπόψη και το άρθρο 2.4.6. (περ. θ) της διακήρυξης καθίσταται σαφές ότι σε κάθε περίπτωση εν προκειμένω, δεν είναι θεμιτή η εκ των υστέρων προσκόμιση δειγμάτων.

5. Επειδή, επομένως πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα, παραλείποντας προηγουμένως να τον καλέσει κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 για διευκρινίσεις, προκειμένου να διορθώσει τα ως άνω σφάλματα της προσφοράς του, ήτοι να υποβάλει τα ελλείποντα για τα είδη 24 και 26 δείγματα.

6. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 50715/05.08.2021 απόφαση Διοικητή της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα χωρίς προηγούμενη, κατ' εφαρμογή του άρ. 3.1 της διακήρυξης και του άρ. 102 Ν. 4412/2016, κλήση του προς συμπλήρωση των διαπιστωθεισών ελλείψεων της προσφοράς του.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15-9-2021 και εκδόθηκε στις 20-9-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ