

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 03.09.2021 με ΓΑΚ 1707/06.09.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στον ..., ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

κατά του ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αρ. 141/22.7.2021 απόφαση του ... Συμβουλίου (έγγραφο με αρ. πρωτ. 47865/22.7.2021) κατά το σκέλος που όσον αφορά το τμήμα 66 απέρριψε την τεχνική της προσφορά και έκρινε αποδεκτή την τεχνική προσφορά της εταιρείας ..., καθώς και να ακυρωθεί κάθε προγενέστερη και μεταγενέστερη συναφής της προσβαλλόμενης πράξη και παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με ηλεκτρονικό κωδικό ...ποσού €600,00 σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64)(μετά αποδεικτικού πληρωμής της 2.9.2021 της ...Τράπεζας) με βάση τον προϋπολογισμό του επίμαχου τμήματος ύψους ευρώ 55.241,94 πλέον ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την τηδιακήρυξη με αρ. ...προκηρύχθηκε διαγωνισμός για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΑΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΒΑΣΙΚΗΣ ΕΡΕΥΝΑΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΩΝ ΤΜΗΜΑΤΩΝ

Αριθμός Απόφασης: 1649 / 2021

ΤΟΥ ...», προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ 5.480.444,35€. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 30-12-2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 7.1.2021 με ΑΔΑΜ ...και – όσον αφορά το επίμαχο τμήμα 66- στο ΕΣΗΔΗΣ με α/α Σε συνέχεια αποσφράγισης και ελέγχου του φακέλου δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη με αρ. 141/22.7.2021 απόφαση του ... Συμβουλίου (έγγραφο με αρ. πρωτ. 47865/22.7.2021) με την οποία όσον αφορά το τμήμα 66 απερρίφθη τεχνική προσφορά της προσφεύγουσα και κρίθηκε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της εταιρείας Η ως άνω απόφαση κοινοποιήθηκε προς τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 24.8.2021.

3. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με ανάρτηση στις 03.09.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στους συμμετέχοντες στις 24.08.2021. Περαιτέρω, μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται καταρχήν κατά του αποκλεισμού της η προσφεύγουσα και δευτερευόντως κατά της έτερης και μόνης συμμετέχουσας με απώτερη επιδίωξη την σε κάθε περίπτωση ανάληψη της προμήθειας (C- 771/2019).

4. Επειδή, η αναθέτουσα προέβη σε κοινοποίηση της προσφυγής μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους συμμετέχοντες στις 6.9.2021.

5. Επειδή, στις 16.9.2021 η ΑΕΠΠ έλαβε γνώση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, τις οποίες κοινοποίησε η τελευταία μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» στους συμμετέχοντες. Επί των απόψεων υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 21.9.2021 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ η προσφεύγουσα υπόμνημα.

6. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης ως προς τους λόγους αποκλεισμού της. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή προέβαλε μεταξύ άλλων ότι η προσφεύγουσα δεν πληροί τις προδιαγραφές των τριών βαλιτσών φύλαξης, οι οποίες έχουν ως εξής «τρεις βαλίτσες φύλαξης και μεταφοράς εξοπλισμού εικόνας (από μία για μηχανή λήψης – φακούς – οθόνη/ monitor), με κατασκευαστικές

Αριθμός Απόφασης: 1649 / 2021

προδιαγραφές σώματος πλαστικού/ Polypropylene, με ρυθμιζόμενα διαχωριστικά (Dividers) & ρόδες μεταφοράς». Το, δε, κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής προσφερόμενο είδος είναι από υλικό «αφρώδες / foam» και δεν έχει τα απαιτούμενα ρυθμιζόμενα διαχωριστικά. Η προσφεύγουσα από την άλλη πλευρά υποστηρίζει ότι οι βαλίτσες που προσφέρει είναι ανώτερης ποιότητας, εξαιρετικά υψηλής αντοχής, μεγάλες – χωρίς το απαιτούμενο μέγεθος να προδιαγράφεται ρητώς στη διακήρυξη- και με πιστοποιήσεις (βλ. ενδεικτικά ARA 300 rated). Αναθέτουσα με τις απόψεις της επισημαίνεται τους λόγους που επέλεξε τις συγκεκριμένες προδιαγραφές, αναφέροντας, μεταξύ άλλων, ότι το υλικό foam φθείρεται πιο γρήγορα, ενώ επανέρχεται αναφέροντας ότι η προσφεύγουσα δεν έχει παράσχει ακριβείς διαστάσεις των προσφερόμενων ειδών περιοριζόμενη στην ένταξη εντός της προσφοράς της απεικόνισης (screenshot) από ιστοσελίδα. Με το υπόμνημα, δε, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι οι βαλίτσες είναι μεγάλου κατασκευαστικού οίκου και μεγέθους που μπορεί να καλύψει τις απαιτήσεις της διακήρυξης, ενώ αναφέρει ότι της έτερης συμμετέχουσας οι προσφερόμενες βαλίτσες δεν χωρούν το ολοκληρωμένο σύστημα ψηφιακής κινηματογραφικής μηχανής λήψης πλήρους αισθητήρα (Full-Frame). Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός – εάν ήθελε υποτελεί ότι συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της ανταγωνίστριας εταιρείας κατ' επίκληση του ίσου μέτρου κρίσης – απαραδέκτως προβάλλεται το πρώτον με το υπόμνημα.

7. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού 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. ενδεικτικά 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

Αριθμός Απόφασης: 1649 / 2021

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 δικαιικού 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 διαγωνιζομένους 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 τιθέμενα 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 ConstrucionLtd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS SucchidiFrutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφισημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν

Αριθμός Απόφασης: 1649 / 2021

μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ή ταναυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

8. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τήρησης των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, 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. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Κατά τα παγίως, δε, κριθέντα, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι, δε, νοούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές.

9. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά

Αριθμός Απόφασης: 1649 / 2021

(ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕΦΑΘ 271/2011). 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. αποφάσεις 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) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (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).

10 . Επειδή, οι δεδομένες προδιαγραφές που επιλέχθηκαν από την αναθέτουσα αρχή και περιγράφησαν κατά συγκεκριμένο τρόπο, εμπίπτοντας στο «σκληρό πυρήνα» της σκοπιμότητας, συνιστούν ανέλεγκτη καταρχήν κρίση της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010) και όπως έχει παγίως κριθεί, προσβάλλονται απαραδέκτως (Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 κ.ά.).

11. Επειδή λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, SantexSpA, C-327/00 , σκέψεις 32 έως 66). Επομένως, στο βαθμό που εμμέσως η προσφεύγουσα βάλλει κατά των προδιαγραφών που δεν πληροί εξαίροντας άλλα χαρακτηριστικά που κρίνει απαραίτητα και ανώτερα για τα προσφερόμενα είδη, οι ισχυρισμοί της προβάλλονται απαραδέκτως.

12. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες

Αριθμός Απόφασης: 1649 / 2021

δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, Ελληνικό διοικητικό δίκαιο, 5η έκδοση, ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ, 1996, σελ, 319).

13. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

14. Επειδή, επομένως, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διάφορων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστημική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τεολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140). Επομένως, δεν χωρεί

Αριθμός Απόφασης: 1649 / 2021

εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

15. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, στο παρόν στάδιο της αξιολόγησης η αναθέτουσα αρχή, κατ' αρχήν κατά δέσμια αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης (Διακήρυξης) στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης. Έχει, δε, έτι περαιτέρω, κριθεί (ΕΛΣυν 524/2012 Τμ. VI), ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣΤΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ. C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007).

16. Επειδή, από την επισκόπηση του οικείου φακέλου, ως άλλωστε εμμέσως συνομολογεί και η ίδια η προσφεύγουσα, δεν πληρούνται συγκεκριμένες προδιαγραφές, οι οποίες δεσμεύουν επί ίσοις όροις αναθέτουσα και συμμετέχοντες και δεν δύναται να μην ληφθούν υπόψη. Επομένως, νομίμως αποκλείστηκε κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής η προσφεύγουσα. Ως εκ τούτου, ο συγκεκριμένος λόγος προσφυγής κρίνεται αβάσιμος.

17. Επειδή, δεδομένης της απόρριψης του ως άνω λόγου παρίσταται αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών που αφορούν την αυτή προσφορά, καθώς η δυνητική ευδοκίμησή τους ουδόλως δύναται να μεταβάλει τις έννομες συνέπειες της απόρριψης του πρώτου εξεταζόμενου (ΣΤΕ 308/2020).

18. Επειδή, όσον αφορά τους ισχυρισμούς που βάλλουν κατά της συμμετοχής ... δέον ειπείν τα εξής. Καταρχάς, προβάλλει η προσφεύγουσα πλημμέλεια του υποβληθέντος ΕΕΕΣ και δη μη ορθή συμπλήρωση συγκεκριμένου πεδίου ως προς την δυνατότητα προσκόμισης ασφαλιστικής ενημερότητας. Ωστόσο, ως ορθώς επισημαίνει η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της η αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής περιλήφθηκε στην με αρ. 137/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω «επικοινωνίας» στις 18.6.2021. Επομένως, σε κάθε

Αριθμός Απόφασης: 1649 / 2021

περίπτωση εκπροθέσμως κι επομένως απαραδέκτως προβάλλει τον συγκεκριμένο ισχυρισμό η προσφεύγουσα.

19. Επειδή, με τον δεύτερο ισχυρισμό η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι δεν έχει υποβάλει, ως όφειλε, η ανταγωνίστρια εταιρεία, ISO 14001. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι δεν αποτελεί στοιχείο προσκομιστέο στο παρόν στάδιο και φάκελο αλλά με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης.

20. Επειδή, οι οικείοι όροι αναφέρουν αυτολεξεί i) 2.2.7 Πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης

Οι οικονομικοί φορείς, όπως και οι κατασκευάστριες εταιρείες του προσφερόμενου εξοπλισμού για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οφείλουν να συμμορφώνονται με πιστοποίηση ISO. ii) 2.2.9.1 Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών

Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρούσα. ...[.], iii) 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα...[...]. B.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν πιστοποιητικό διασφάλισης ποιότητας από εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, από διεθνή πρότυπα που έχουν θεσπισθεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - από εθνικά πρότυπα, από εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή «ισοδύναμα» κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 82 του Ν.4412/2016, που να είναι σε ισχύ την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού...[.]. iv) 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 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.ν) Στο δε, Παράρτημα Ι, ενώ σε διάφορα τμήματα αναφέρεται η προσκόμιση των απαιτούμενων ISO, ενδεικτικά σελ. 79 (οπτικό σύστημα φθορισμού) «Ο προμηθευτής να είναι πιστοποιημένος κατά ISO 9001, ISO 13485 και να διαθέτει τεχνικό τμήμα στη Βόρειο Ελλάδα για άμεση παροχή τεχνικής υποστήριξης, γεγονός που θα πρέπει να αποδεικνύεται» και στη σελ. 80 (θερμικός κυκλοποιητής) «Ο προμηθευτής και ο κατασκευαστής του οργάνου θα πρέπει να είναι πιστοποιημένος βάσει του προτύπου EN ISO-9001:2008. Να κατατεθεί το σχετικό πιστοποιητικό», αντίστοιχη πρόβλεψη δεν υπάρχει για το επίμαχο τμήμα. Επομένως, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή δεν όφειλε η προσφεύγουσα να προσκομίσει στο παρόν στάδιο, ανεξαρτήτως εάν βάσει του 79 παρ. 5 η αναθέτουσα αρχή δύνατο να τα αιτηθεί. Επομένως, ο συγκεκριμένος λόγος κρίνεται αβάσιμος.

21. Επειδή, με τον τρίτο λόγο η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο προσφερόμενος εξοπλισμός δεν προσφέρεται από την εταιρεία ..., η οποία δεν δραστηριοποιείται στο εμπόριο μπαταριών, ενώ το τεχνικό φυλλάδιο φαίνεται να έχει συνταχθεί από την προσφέρουσα εταιρεία από την αναζήτηση στις ιδιότητες (properties). Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει σχετικώς «σε σχέση με το authorship του τεχνικού φυλλάδιου ελέγχοντας τα αντίστοιχα φυλλάδια της προσφεύγουσας εταιρίας, παρατηρεί κανείς, ότι τα περισσότερα παρουσιάζουν σαν Author τον αριθμό “103” αν και πρόκειται για εντελώς διαφορετικές κατασκευάστριες-εταιρίες. Συνεπώς, πρόκειται για συνθήκη καθαρά τεχνικής φύσεως του αποστέλλοντος κατά τη διάρκεια της επεξεργασίας των αρχείων, που αποθηκεύει».

22. Επειδή, τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται την εφαρμογή στην διοικητική δίκη του βάρους απόδειξης από αντικειμενική άποψη (βάρος απόδειξης «υπό αντικειμενική έννοια»), δοθέντος ότι η εφαρμογή του έχει πάντοτε ως αφετηρία τη λειτουργία του κανόνα δικαίου. Το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως δίνει διέξοδο όταν, παρά τη διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας, παραμένουν αμφιβολίες ως προς την αλήθεια των πραγματικών

Αριθμός Απόφασης: 1649 / 2021

περιστατικών, και συνεπώς κάποιος από τους διαδίκους πρέπει να φέρει τον κίνδυνο του non liquet, δηλαδή του γνωστικού αδιεξόδου του δικαστή. Δεδομένου, δε, ότι δικαστής (ο εφαρμοστής του δικαίου) δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την έκδοση απόφασης, η δικαστική του διάγνωση στηρίζεται τότε στους κανόνες του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, εκδίδει δηλ. μια απόφαση σύμφωνα με το βάρος αποδείξεως (Beweislastentcheidung). Οπότε η περίπτωση του non liquet εξομοιώνεται κατά πλάσμα δικαίου με την περίπτωση της μη αποδείξεως του ισχυρισμού (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Τα γνωσιολογικά θεμέλια της απόφασης του διοικητικού δικαστή», Ανάπτυπο από το περιοδικό «Διοικητική Δίκη», τόμος ΙΖ', τεύχος 3ο, 2015, Εκδόσεις Σάκκουλας, σελ. 583 επ.).

23. Επειδή, καταρχάς όλως αναποδείκτως προβάλλει η προσφεύγουσα ότι η φερόμενη ως κατασκευάστρια εταιρεία δεν εμπορεύεται μπαταρίες και φορτιστές, καθόσον μάλιστα από μια απλή αναζήτηση στο διαδίκτυο προκύπτει ότι υφίσταται επίσημος διαδικτυακό τόπος εταιρείας με αυτή την ονομασία που εμπορεύεται τα προσφερόμενα ως φερειπείν το φορτιστή που προσφέρεται (<http://www...>). Περαιτέρω, αν και η ένδειξη που επισημαίνει η προσφεύγουσα ως προς τον φερόμενο ως συντάκτη του αρχείου είναι ορθή, ωστόσο, δεν αποδεικνύει μετ' επιτάσεως και πέραν αμφιβολίας ότι δεν πρόκειται για σφάλμα του αποστέλλοντος το αρχείο, ως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή. Σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί ουδόλως δύνανται να υποστηρίξουν το υποστηριχθέν από την προσφεύγουσα συμπέρασμα ότι δεν προσφέρεται ο συγκεκριμένος εξοπλισμός και ως εκ τούτου η προσφορά είναι ελλιπής.

24. Επειδή, με τον τελευταίο λόγο προβάλλει η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της ανταγωνίστριας έπρεπε να απορριφθεί γιατί προσέφερε μπαταρίες για τον εξοπλισμό ισχύος 14.8V αντί 14.4 V που απαιτείται. Η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι η οικεία προσφορά υπερκαλύπτει την τιθέμενη απαίτηση η οποία έχει ως εξής «Τέσσερις επιπλέον μπαταρίες για τη μηχανή λήψης, τουλάχιστον 6200mAh, 14.4V, 90Wh & πρόσθετος διπλός φορτιστής αντίστοιχων προδιαγραφών για τις ανωτέρω μπαταρίες».

25. Επειδή, από την γραμματική ερμηνεία του οικείου όρου που προτάσσει την λέξη «τουλάχιστον» προκύπτει ότι δεν απαιτείται σε κάθε περίπτωση η ταύτιση της ως φαίνεται ελάχιστης ισχύος με την

Αριθμός Απόφασης: 1649 / 2021

προσφερόμενη. Επομένως, παρίσταται αβάσιμος ο ισχυρισμός. Σε κάθε ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η μεγαλύτερη ισχύς δεν είναι κατ' ανάγκη θετικό στοιχείο, προβάλλεται αορίστως, χωρίς να τεκμηριώνεται και σε κάθε περίπτωση χωρίς να αποδεικνύεται (βλ. σκ 22).

26. Επειδή, επομένως, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα να καταπέσει (αρ. 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Οκτώβρη 2021 και εκδόθηκε στις 2 Νοέμβρη 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Σάββας Μακρίδης