

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 17-11-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Ευαγγελία Μιχολίτση, σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 9-10-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1915/11-10-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Και του από 21-10-2021, κατόπιν της από 11-10-2021, παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας την 29-9-2021 Απόφασης της 80/24-9-2021 συνεδρίασης Πρυτανικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε αποδεκτό τον παρεμβαίνοντα στην εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 90.300 ευρώ Ομάδα Η' ΟΠΤΙΚΟΑΚΟΥΣΤΙΚΟΣ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ, στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης για την, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 3.051.360,82 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 21-5-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣτην 26-5-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 22-10-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων τα από 26-10-2021 και από 27-10-2021, αντιστοίχως, υπόμνηματά τους.

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 600 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 9-10-2021 προσφυγή του δεύτερου αποδεκτού μειοδότη προσφεύγοντος κατά της από 29-9-2021 κοινοποιηθείσας εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών και οικονομικών προσφορών, καθ' ο μέρος στο ως άνω τμήμα, κατέστη αποδεκτός ως πρώτος μειοδότης και προσωρινός ανάδοχος, ο εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, παρεμβαίνων. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο όρος 2.2.2.1 της διακήρυξης, ορίζει ότι «Οι εγγυητικές επιστολές συμμετοχής θα πρέπει να είναι συμπληρωμένες σύμφωνα με το υπόδειγμα 1 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΙΙΙ της παρούσας διακήρυξης, στο δε υπόδειγμα αυτό αναφέρεται ως αναγκαία απαίτηση της εγγυητικής και της δέσμευσης του πιστωτικού ή τραπεζικού ιδρύματος-εκδότη, ότι «Το παραπάνω ποσό τηρούμε στη διάθεσή σας και θα καταβληθεί με μόνη τη δήλωσή σας, ολικά ή μερικά χωρίς καμία από μέρους μας αντίρρηση ή ένσταση και χωρίς να ερευνηθεί το βάσιμο ή μη της απαίτησης μέσα σε 3 (τρεις) ημέρες από απλή έγγραφη ειδοποίησή σας». Η δε εγγυητική συμμετοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντα αναφέρει ότι «Το παραπάνω ποσό τηρούμε στη διάθεσή σας και θα καταβληθεί με μόνη τη δήλωσή σας, ολικά ή μερικά χωρίς καμία από μέρους μας αντίρρηση ή ένσταση και χωρίς να ερευνηθεί το βάσιμο ή μη της απαίτησης μέσα σε 3 (τρεις) ημέρες από απλή έγγραφη ειδοποίησή σας.» και άρα, το παρέχον την εγγύηση τραπεζικό ίδρυμα δεσμεύεται για ταχύτερη προς την αναθέτουσα καταβολή, σε σχέση με όσα απαιτήθηκαν. Συνεπώς, όχι μόνο η εγγυητική δεν αποκλίνει από τα ζητούμενα, αλλά υπερκαλύπτει τις απαιτήσεις τους και δεν δύναται να αποκλεισθεί προσφορά, επειδή η εγγυητική της υπερκαλύπτει τις εκ της διακήρυξης ζητούμενες διασφαλίσεις και προσφέρει

ευνοϊκότερους προς την αναθέτουσα όρους (όπως δεν θα αποκλειόταν επειδή αφορά μεγαλύτερο ποσό από το αναλογούν ή μεγαλύτερη διάρκεια ισχύος από την απαιτηθείσα). Περαιτέρω, η ως άνω από 17-6-2021 εγγυητική συμμετοχής της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος και με διάρκεια έως την 29-7-2022, περιγράφει το αντικείμενο της διαδικασίας που αφορά και τη συγκεκριμένη ομάδα/τμήμα Η, συμμετοχής του παρεμβαίνοντος για την οποία προορίζεται («για τη συμμετοχή στην ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου για την προμήθεια με τίτλο «...»») και την επωνυμία και διεύθυνση της αναθέτουσας. Πλην όμως, δεν αναφέρει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και τον αρ. πρωτοκόλλου της διακήρυξης, αλλά ούτε κανένα άλλο ταυτοποιητικό στοιχείο της νυν διαδικασίας, όπως αρ. ΕΣΗΔΗΣ ή ΚΗΜΔΗΣ ή δημοσίευσης στην ΕΕΕΕ ή χρόνο αποσφράγισης των προσφορών και διενέργειας του διαγωνισμού. Τούτο έχει ως συνέπεια να μην ταυτοποιείται η διαδικασία για την οποία επακριβώς προορίζεται η εγγυητική συμμετοχής και η οικεία δέσμευση του εγγυητή, αφού άλλωστε, αν τυχόν η αναθέτουσα ματαιώσει και επαναπροκηρύξει το συμβατικό αντικείμενο, δεν θα προκύπτει αν η εγγυητική αφορά τη νέα ή την προηγούμενη ματαιωθείσα διαδικασία. Περαιτέρω, μόνη της η περιγραφή του συμβατικού αντικειμένου-τίτλου της διαδικασίας χωρίς κανένα άλλο ταυτοποιητικό στοιχείο αυτής και ενώ το παραπεμπόμενο εκ του ως άνω όρου 2.2.2.1 της διακήρυξης υπόδειγμα απαιτούσε την αναγραφή καταληκτικής ημερομηνίας προσφορών και αρ. πρωτοκόλλου διακήρυξης, όχι μόνο αποκλίνει από το περιεχόμενο του υποδείγματος, αλλά ιδίως καθιστά ασαφή και πάντως μη βεβαίως ταυτοποιήσιμη την εκ του εκδότη της εγγυητικής αναλαμβανόμενη δέσμευση, η οποία σε κάθε περίπτωση έπρεπε να αφορά όλως συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης και όχι απλώς τη σύμβαση που δι' αυτής, αλλά και τυχόν δια νέας, μεταγενέστερης, τροποποιημένης ή μη και διαφορετικής διαδικασίας, θα ανατεθεί. Προς τούτο, αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται νομολογία των δικαστηρίων και της ΑΕΠΠ, περί επουσιωδών πλημμελειών της εγγυητικής συμμετοχής, αφού, όπως και ο ίδιος προβάλλει αυτές δεν άγουν σε αποκλεισμό, όταν εξ όσων στοιχείων περιλαμβάνει η εγγυητική δεν καταλείπεται καμία αμφιβολία ως προς το αντικείμενο

δεσμεύσεων του παρέχοντος της εγγύησης (βλ. ΣτΕ 1073/1993). Τούτο όμως δεν ισχύει εν προκειμένω, αφού η ίδια εγγυητική θα δύνατο να χρησιμοποιηθεί για κάθε νέα διαδικασία και διακήρυξη, που απλώς αφορά το αυτό συμβατικό αντικείμενο. Ομοίως αλυσιτελώς προβάλλει την υπέρτερη διαπραγματευτική θέση της τράπεζας-εκδότη, καθώς εν προκειμένω, η πλημμέλεια της εγγυητικής δεν συνίσταται απλά στην παράλειψη επιμέρους επουσιωδών στοιχείων του υποδείγματος, αλλά στο όλως ουσιαστικό ζήτημα της έλλειψης κάθε στοιχείου, ακόμη και εναλλακτικού των ζητούμενων της διακήρυξης, που ταυτοποιεί την απεύθυνση της εγγυητικής προς τη συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης και ενώ ουδόλως προκύπτει ότι κωλυόταν η τράπεζα να αναφέρει ένα οιοδήποτε σχετικό στοιχείο εκ του πλήθους δυνατικών, το οποίο θα επέτρεπε τη βεβαία συναγωγή, πως η εγγυητική αφορά αποκλειστικά και ειδικά τον συγκεκριμένο διαγωνισμό. Εξάλλου, σκοπός της εγγυητικής συμμετοχής και αντικείμενο της εκ μέρους της κάλυψης είναι ακριβώς, αυτή καθαυτή η συμμετοχή, δηλαδή η προσφορά του οικονομικού φορέα σε συγκεκριμένη και εξατομικευμένα προσδιορισμένη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και όχι η εν γένει διεκδίκηση ενός συμβατικού αντικειμένου. Τούτο ενώ άλλωστε, τυχόν επάνοδος του πιστωτικού ιδρύματος πλέον κατά την αξιολόγηση προς τον σκοπό το πρώτον εξειδίκευσης της δέσμευσης δια της εγγυητικής του, επί της προκείμενης διαδικασίας θα συνιστούσε το πρώτον δήλωση δέσμευσης του εκδότη προς εγγύηση της συμμετοχής του παρεμβαίνοντα στη συγκεκριμένη διαδικασία ανάθεσης και άρα, ανεπίτρεπτη μεταβολή προσφοράς, η οποία ουδόλως είναι δυνατή κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, απορριπτομένων και των συναφών ισχυρισμών του παρεμβαίνοντα. Άλλωστε, εν προκειμένω δεν προκύπτει κάποια παραδρομή στη γραφή συγκεκριμένου στοιχείου, εκ του εκδότη της εγγυητικής, αλλά εν όλω απροσδιοριστία ως προς τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, που αφορά, Επομένως, κατ' αποδοχή των σχετικών ισχυρισμών του προσφεύγοντα, μη νομίμως υπεβλήθη η ως άνω εγγυητική συμμετοχής και η προσφορά του παρεμβαίνοντα είναι άνευ ετέρου απορριπτέα. Περαιτέρω, το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης, για την ομάδα Η' και το είδος Η3 «Ψηφιακή video κάμερα

τύπου DSLR 4K» θεσπίζει και την εξής Η3.10 προδιαγραφή «Να συνοδεύεται από συμβατό φακό E-mount της ίδιας κατασκευάστριας εταιρίας σταθερής εστιακής απόστασης 50mm, διαφράγματος 2.8». Κατά το δε τεχνικό φυλλάδιο του παρεμβαίνοντος, όπως ούτε ο ίδιος ή η αναθέτουσα αμφισβητούν, προσφέρει αγαθό με διάφραγμα 1.8 αντί του ως άνω ζητούμενου 2.8, όσον αφορά το χαρακτηριστικό οπής διαφράγματος φακού lens aperture. Η δε ανωτέρω προδιαγραφή δεν ζήτησε άλλωστε διάφραγμα f2.8 «ή καλύτερο» ή «ή ταχύτερο» ούτε έθεσε την προδιαγραφή ως ελάχιστη ή ως εν γένει όριο, αλλά με ακρίβεια ζήτησε συγκεκριμένο τύπο διαφράγματος, χωρίς ουδόλως να καταλείπει στους προσφέροντες ευχέρεια να καταρτίσουν προσφορά με κατά την κρίση τους καλύτερα χαρακτηριστικά και τούτο ενώ κατά τον όρο 2.4.6.δ της διακήρυξης, απαγορεύτηκαν οι εναλλακτικές προσφορές. Άλλωστε, αλυσιτελώς προβάλλονται εκ του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας κατά την αξιολόγηση το πρώτον κρίσεις περί του αν ο μη ζητηθείς τύπος φακού 1.8 είναι καλύτερος από τον τύπο 2.8, αφού τούτο δεν αναιρεί τη σαφήνεια της ανωτέρω απαίτησης όπως διατυπώθηκε και συνιστά μεταβολή του κανονιστικού περιεχομένου της διαδικασίας. Η δε επιφάνεια διαφράγματος συνιστά τυποποιημένη κατασκευαστική προδιαγραφή σε συγκεκριμένα μεγέθη επιφανειών, που με τη σειρά τους καθορίζουν συγκεκριμένο τύπο φακού και ασχέτως αν οι φακοί f1.8, όπως ο εκ του παρεμβαίνοντος προσφερόμενος επιτρέπει περισσότερο φως ή βελτιωμένες λήψεις, δεν παύει να αποτελεί έναν διαφορετικό από τον ζητηθέντα τύπο φακού, χωρίς, αφενός τούτο να μην επηρεάζει άλλα χαρακτηριστικά του φακού, όπως το βάρος και το μέγεθος του (που είναι μεγαλύτερο συνήθως σε φακούς μικρότερου διαφράγματος), αφετέρου, χωρίς ο παρεμβαίνων να αμφισβήτησε και δη, επικαίρως την ως άνω προδιαγραφή, προβάλλοντας την ως τυχόν μη σκόπιμη, λόγω αδικαιολόγητου περιορισμού των αποδεκτών ειδών ή ως μη νόμιμη, καθ' ο μέρος δεν καθορίζει την προδιαγραφή ως όριο (ελάχιστη/μέγιστη) και όχι ως ακριβή, παρά ανεπικαίρως πλέον, παρά την ανεπιφύλακτη συμμετοχή και αποδοχή και του ως άνω όρου, προβάλλει τους οικείους ισχυρισμούς του. Άρα, κατά παράβαση της Η3.10 προδιαγραφής κρίθηκε δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος.

Επομένως και προς τούτο απορριπτέα τυγχάνει η προσφορά του παρεμβαίνοντος, παρέλκει δε ως εκ τούτου η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών της προσφυγής.

4. Επειδή, επομένως, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε δεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντα και τον ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο του τμήματος Η' της διαδικασίας..

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την Απόφαση της με αρ. 80/24-9-2021 συνεδρίασης Πρυτανικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε δεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντα και τον ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο του τμήματος Η' της διαδικασίας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17-11-2021 και εκδόθηκε στις 29-11-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ