

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Βικτωρία Πισμίρη και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.01.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 37/07.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «.....», (εφεξής: η «προσφεύγουσα»), η οποία εδρεύει στο ... οδός ... αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Και την από 12/01/2022 Παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής: η «παρεμβαίνουσα», που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της απόφασης του Διοικητή της ... με αρ. πρωτ. ..., (ΑΔΑ: ...), με την οποία αποφασίσθηκε η ανάδειξη οριστικού αναδόχου κατόπιν διαπραγμάτευσης τιμής κατακύρωσης προμήθειας γαντιών Νιτριλίου, διατηρούμενης σε ισχύ κατά τα λοιπά της υπ' αριθμ. πρωτ. 36952/16.08.2021 Απόφασης Κατακύρωσης (ΑΔΑ: ...) και η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. ... πρόσκλησης ενδιαφέροντος για την προμήθεια «Εξοπλισμού Μέσων Ατομικής Προστασίας για την δημιουργία στρατηγικού αποθέματος για ένα έτος» για την προστασία του προσωπικού των Δημόσιων Δομών της ... από τον κορωνοϊό (CPV : ... Χειρουργικά γάντια) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, κατά το μέρος αυτής που ανέδειξε οριστικό ανάδοχο την εταιρεία με την επωνυμία «...» για το είδος με α/α 6 «Γάντια εξεταστικά Νιτριλίου». Με την προγενέστερη

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

υπ' αριθμ. πρωτ. 36952/16-08-2021 απόφαση του Διοικητή της ... (ΑΔΑ: ...), είχαν εγκριθεί τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και αναδείχθηκαν οι οριστικοί ανάδοχοι του είδους με α/α 6 ως εξής: α). «...» 30.000.000 γάντια νιτριλίου, «...» 3.000.000 γάντια νιτριλίου, και «...» ποσότητα 2.000.000 γαντιών νιτριλίου και 15.000.000 γαντιών latex με πούδρα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αικατερίνη Ζερβού.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»). Δοθέντος του ότι ούτε από την Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, ούτε από τα εκεί μνημονευόμενα έγγραφα προκύπτει το προϋπολογιζόμενο ποσόν της προμήθειας σχετικά με το οποίο ασκείται η προσφυγή, νόμιμα και παραδεκτά έχει καταβληθεί το ελάχιστο ποσόν παραβόλου, ως προβλέπεται στο άρθρ. 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και στο άρθρ. 5 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 39/2017, όπου ορίζεται ότι «1. ...Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ. 2. Εάν από τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή.»

2. Επειδή, ο επίδικος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει καταρχήν του αντικειμένου του στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

3. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια για την ασκηθείσα προσφυγή βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Επισημαίνεται ότι η συνολική αξία της υπό ανάθεση σύμβασης παρότι δεν αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης, όμως ανέρχεται σαφώς άνω των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, ως απαιτείται στο άρθ. 345 παρ. 1 του ν. 4412/2016, και στο άρθ. 1 παρ. α) του ΠΔ 39/2017, και συνεπώς συντρέχει αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Και τούτο καθόσον όλες οι υποβληθείσες προσφορές ανέρχονται σε ποσά άνω των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, και συνεπώς η συνολική αξία της προς ανάθεση σύμβασης υπερβαίνει το εκ του νόμου ελάχιστο προβλεπόμενο ποσόν για την ίδρυση της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ προς εξέταση της προσφυγής (βλ. αναλογικά για την δικαστική αρμοδιότητα, και ad hoc για την λήψη υπ' όψιν του ποσού των οικονομικών προσφορών για την εκτίμηση της αρμοδιότητας ΔΕφΑθ 72/2020).

4. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή δυνάμει του άρθρου 41 ν. 4412/2016 και σύμφωνα με τις διατάξεις της από 25.02.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, όπως κυρώθηκε δια του ν. 4682/2020 και τροποποιήθηκε με το ν. 4693/2020, προκήρυξε διαδικασία εκτός της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ και άνευ προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, κατ' άρθρο 32 παρ. 2γ ν. 4412/2016 και με την υπ' αρ. πρωτ... Προκήρυξη, απηύθυνε Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος - με αντικείμενο την προμήθεια Εξοπλισμού Μέσων Ατομικής Προστασίας» για την δημιουργία Στρατηγικού αποθέματος για ένα έτος - για την προστασία του προσωπικού των Δημόσιων Δομών της ... από τον κορωνοϊό (CPV: ... - Ιατρικά Αναλώσιμα και CPV: ... Χειρουργικά γάντια) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής κατόπιν του ορισμού της ΥΠΕ ως Κεντρικής Αρχής Αγορών (ΚΑΑ).

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 07.01.2022 δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ σύμφωνα με το αρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι ο επίμαχος διαγωνισμός διενεργείται εκτός της

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, η δε προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 28.12.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 23.12.2021 και β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 18.01.2022 προς την ΑΕΠΠ δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις υπ' αρ. 2317/18.01.2022 απόψεις της. Στις 19.01.2022 κοινοποίησε επίσης τις ως άνω απόψεις προς όλους τους συμμετέχοντες δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

7. Επειδή, στις 13.01.2022 η παρεμβαίνουσα κατέθεσε δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ Παρέμβαση υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους στις 14.01.2022 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

8. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της η προσφεύγουσα προβάλλει τους κάτωθι ισχυρισμούς επιδιώκοντας την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης:

«Α. Παράβαση διαδικασίας.

Η Αναθέτουσα Αρχή επέτυχε την ανωτέρω τιμή κατόπιν μιας ιδιότυπης διαπραγμάτευσης. Αρχικά η ανταγωνίστρια εταιρεία αρνήθηκε να μειώσει τη τιμή της. Αργότερα όμως επανήλθε χωρίς να γνωρίζει κανείς πως πραγματοποιήθηκε αυτό.

Σε κάθε περίπτωση όμως σύμφωνα με το άρθρο 32 Α του Ν. 4412/2016 όπως ισχύει για να προσφύγει η Αναθέτουσα Αρχή στη διαπραγμάτευση θα πρέπει να δικαιολογείται ο λόγος για τον οποίο η Αναθέτουσα Αρχή έχει οδηγηθεί στην εφαρμογή του ανωτέρω άρθρου. Η αιτιολογία αυτή ελλείπει και επομένως η διαδικασία είναι στο σύνολό της παράνομη.

Β. Παράβαση του άρθρου 105 § 3 δ.

Στο άρθρο 105 § 3 δ) προβλέπεται ότι : «Ο προσωρινός ανάδοχος έχει υποβάλλει έπειτα από σχετική πρόσκληση υπεύθυνη δήλωση που

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

υπογράφεται σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 79 Α, περί υπογραφής ΕΕΕΣ , στην οποία δηλώνεται ότι δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οπιγενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 και μόνο στη περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης». Από το σύνολο των εγγράφων του διαγωνισμού στα οποία έχουμε πρόσβαση προκύπτει ότι δεν έχει υποβληθεί η ανωτέρω δήλωση. Επομένως η προσβαλλόμενη απόφαση είναι παράνομη.

Γ. Περαιτέρω θα πρέπει η ανωτέρω δήλωση να περιλαμβάνει ρητή εξήγηση για το προϊόν που έχει προσφέρει η ανωτέρω εταιρεία. Ειδικότερα :

Η εταιρεία με την επωνυμία «...», στην σελίδα 4 της προσφοράς της αναφέρει ότι προσφέρει γάντια εξεταστικά νιτριλίου χωρίς πούδρα (Latex free), τύπος Τον ίδιο τύπο ... προσφέρει και για το είδος γάντια latex με πούδρα. Ο τύπος ... από αναζήτηση στο διαδίκτυο είναι εμπορική ονομασία της εταιρείας από τη ... με την επωνυμία ... (No3, ..., ... Road, Plot No ..., ..., ...) και ηλεκτρονική διεύθυνση <https://7www.....com/> και όχι της εταιρείας ... Άλλωστε σε κανένα απολύτως σημείο της προσφοράς δεν δηλώνεται το εργοστάσιο παραγωγής, ο κωδικός είδους, ο κωδικός κατασκευάστριας εταιρείας, ο κωδικός εργοστασίου και η χώρα προέλευσης. Επιπρόσθετα σε κανένα από τα έγγραφα της προσφοράς δεν αναγράφεται ο τύπος SOFT HAND. Επιπρόσθετα δεν προσφέρθηκε δείγμα με την εργοστασιακή συσκευασία ώστε να μπορεί να ταυτοποιηθεί αν ο τύπος SOFT HAND είναι της εταιρείας ...ή άλλης εταιρείας. Δηλαδή από κανένα σημείο της προσφοράς δεν προκύπτει με βεβαιότητα αν προσφέρονται γάντια τύπου SOFT HAND και αν τα γάντια αυτά είναι της εταιρείας ... ή της εταιρείας Επομένως, η προσφορά είναι αόριστη και δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να ταυτοποιηθεί το δείγμα.

Γ.2.3. Επιπρόσθετα η εταιρεία με την επωνυμία «...», αναφέρει στη σελίδα 4 της προσφοράς της ότι προσφέρει 30.000.000 γάντια Νιτριλίου τύπου SOFT-HAND με κωδικούς είδους τιμολόγησης small: ...,medium: ...,large: ... και xlarge: Δεν αναφέρει κωδικούς εργοστασίου, ούτε κατασκευαστή, ούτε χώρα προέλευσης. Επιπλέον σε όλα τα πιστοποιητικά που έχει καταθέσει δεν ταυτοποιούνται οι κωδικοί που υπάρχουν σε αυτά με τους προσφερόμενους,

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

ούτε και ο τύπος SOFT-HAND. Τα παραπάνω στοιχεία είναι υποχρεωτικά για την ταυτοποίηση του είδους, διότι οι κωδικοί που προσφέρει δεν αναγράφονται ούτε επί της συσκευασίας ! Επομένως ακόμη και αν καθοριστεί με κάποιο τρόπο και εκ των υστέρων ότι προσφέρει τα συγκεκριμένα είδη από τη μία ή την άλλη εταιρεία η προσφορά του πρέπει και πάλι να απορριφθεί διότι ακόμη και έτσι οι κωδικοί δεν μπορούν να ταυτοποιηθούν και δεν μπορεί η Αναθέτουσα Αρχή να τακτοποιήσει το προσφερόμενο είδος αφενός με το δείγμα και αφετέρου με τα είδη που θα της παραδοθούν εφόσον κατακυρωθεί στην ως άνω εταιρεία ο διαγωνισμός.

Γ.2.4. Στην Ανάλυση μελέτης διάρκειας ζωής (σελ. 256-303 της προσφοράς) δεν γίνεται αναφορά σε κανέναν κωδικό είδους. Δεν μπορεί να διευκρινιστεί από κανένα σημείο για ποιο κωδικό πρόκειται και σε καμία περίπτωση δεν προκύπτει ο κωδικός της σελ. 4 της προσφοράς. Στην Αναφορά Ελέγχου (σελ. 316-323) δεν γίνεται αναφορά σε κανέναν κωδικό είδους. Στην Ανάλυση διάρκειας ζωής (σελ. 340-355) δεν γίνεται αναφορά σε κανέναν κωδικό είδους. Επομένως όχι μόνο δεν μπορεί να ταυτοποιηθεί το είδος αλλά πολύ περισσότερο δεν μπορεί καν με βεβαιότητα η Αναθέτουσα Αρχή να γνωρίζει για ποιο προϊόν κατατίθενται οι ενώ λόγω αναφορές ελέγχου.

Γ.2.5. Στην Τεχνική έκθεση (σελ. 304-315) αναφέρει κωδικούς ..., οι οποίοι είναι διαφορετικοί των προσφερομένων. Δηλαδή ενώ στην σελ. 4 αναφέρονται οι ανωτέρω κωδικοί στη τεχνική έκθεση υπάρχουν τελείως διαφορετικοί κωδικοί που δεν μπορούν να ταυτοποιηθούν. Επιπλέον από έλεγχο που έκανε η εταιρεία μας στο διαδίκτυο βρήκε δήλωση συμμόρφωσης του κατασκευαστή ..., ότι ο κωδικός ... αφορά μαύρα γάντια (βλέπε συν.1) και όχι μπλε όπως αναφέρει στην ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΠΡΟΪΟΝΤΟΣ (σελ. 324-328). Επομένως η προσφορά της ως άνω εταιρείας θα πρέπει να απορριφθεί επειδή είναι αόριστη και ασαφής.

Γ.2.6. Στις εκθέσεις δοκιμών (σελ. 329-335 και 359-377) αναφέρεται ένας διαφορετικός κωδικός ..., διαφορετικός και αυτός των προσφερομένων. Περαιτέρω δε και αυτός ο κωδικός δεν μπορεί με βεβαιότητα να ταυτοποιηθεί ούτε με το δείγμα ούτε με κάποιο άλλο στοιχείο της προσφοράς.

Γ.2.7. Η διακήρυξη θεωρεί απαραίτητη την υποβολή πιστοποιητικού τύπου Γ2.

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

Προς απόδειξη ικανοποίησης του ως άνω κριτηρίου θα πρέπει να υποβληθεί το σχετικό πιστοποιητικό. Το πιστοποιητικό ενότητας Γ2 (σελ. 356-358) που κατέθεσε η ως άνω εταιρεία αφορά τον κωδικό ... (...), δηλαδή άλλο τύπο γαντιών, τα μαύρα και όχι τα μπλε που προσέφερε και επίσης διαφορετικό των προσφερομένων κωδικών. Επομένως το ως άνω πιστοποιητικό δεν έχει καν υποβληθεί για το προσφερθέν από την εταιρεία προϊόν.

Γ.2.8. Το πιστοποιητικό εξέτασης τύπου ΕΕ (σελ.336-339) με αριθμό ... του Κοινοποιημένου Οργανισμού με αριθμό αναγνώρισης ... αφορά τον κωδικό ... ο οποίος είναι διαφορετικός των προσφερομένων. Επομένως η προσφορά είναι τελείως ασαφής και δεν μπορεί να καθοριστεί ποια πιστοποιητικά έχουν υποβληθεί για ποιο είδος ούτε όμως και να συνδεθούν και ταυτοποιηθούν με το δείγμα.

Γ.2.9. Πλήρης αναντιστοιχία υπάρχει και στα φυλλάδια που κατέθεσε η ως άνω εταιρεία. Στο φυλλάδιο γαντιών Νιτριλίου (σελ. 378-385) αναγράφεται ο αριθμός Κοινοποιημένου Οργανισμού ..., ενώ τα πιστοποιητικά CE που κατέθεσε ενότητας Β και Γ2 έχουν εκδοθεί από την ... με αριθμό αναγνώρισης Επιπρόσθετα θα πρέπει να ερευνηθεί και το γεγονός ότι σε διαγωνισμό ΜΑΠ της ... ΥΠΕ (στρατηγικό απόθεμα ΑΔ ...) κατατέθηκε από την ανωτέρω εταιρεία το ίδιο περίπου φυλλάδιο (βλέπε συν.2) αλλά με αριθμό αναγνώρισης Είναι τεχνικά αδύνατο να υπάρχουν περισσότεροι οργανισμοί που ελέγχουν την ίδια εταιρεία και το ίδιο προϊόν. Επομένως είναι φανερό ότι στη προσφορά έχει παρεισφρήσει σφάλμα που καθιστά την προσφορά παντελώς αόριστη και ανακριβή.

Γ.2.10. Τέλος από έλεγχο στο διαδίκτυο το αντίστοιχο φυλλάδιο του κατασκευαστικού οίκου το οποίο και επισυνάπτουμε (συν. 3) δεν αναγράφεται η πρόταση «Συμμορφώνεται με το MDD 93/42/EEC class 1, 89/686/EEC, Σήμανση CE» (η οποία είναι ακριβώς όπως την ζητούν οι προδιαγραφές του διαγωνισμού) και ούτε ο αριθμός του κοινοποιημένου Οργανισμού Είναι φανερό ότι έχει παρεισφρύσει το ανωτέρω σφάλμα στη προσφορά της ως άνω εταιρείας το οποίο με βεβαιότητα οδηγεί στο συμπέρασμα ότι θα πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της λόγω μη ύπαρξης του εν λόγω πιστοποιητικού όπως προκύπτει από το επισυναπτόμενο έγγραφο. Είναι φανερό ότι τα συγκεκριμένα πιστοποιητικά βρίσκονται σε πλήρη αταξία καθώς η σύγκρισή

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

τους με το πιστοποιητικό που υποβλήθηκε στην ... ΥΠΕ για αντίστοιχο ακριβώς διαγωνισμό (βλέπε συν. 2) έχει άλλο περιεχόμενο. Είναι σχεδόν αδύνατο η αρχή πιστοποίησης να εγκρίνει διαφορετικά κάθε φορά πιστοποιητικά για κάθε διαγωνισμό ή για κάθε διαφορετική παράδοση. Επομένως θα πρέπει να διερευνηθούν τα ανωτέρω και να απορριφθεί η προσφορά της ανταγωνίστριας εταιρείας.

Γ.2.11. Σχετικά με τη προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «...» για γάντια λάτεξ με πούδρα τύπου SOFT HAND. Ο τύπος SOFT HAND από αναζήτηση στο διαδίκτυο είναι εμπορική ονομασία της εταιρείας από τη ... με την επωνυμία ... (No3, ..., ... Road, Plot No ..., ..., ...) και ηλεκτρονική διεύθυνση <https://www....com/> και όχι της εταιρείας Άλλωστε σε κανένα απολύτως σημείο της προσφοράς δεν δηλώνεται το εργοστάσιο παραγωγής, ο κωδικός είδους, ο κωδικός κατασκευάστριας εταιρείας, ο κωδικός εργοστασίου και η χώρα προέλευσης. Επιπρόσθετα σε κανένα από τα έγγραφα της προσφοράς δεν αναγράφεται ο τύπος SOFT HAND. Επιπρόσθετα δεν προσφέρθηκε δείγμα με την εργοστασιακή συσκευασία ώστε να μπορεί να ταυτοποιηθεί αν ο τύπος SOFT HAND είναι της εταιρείας ... ή άλλης εταιρείας. Δηλαδή από κανένα σημείο της προσφοράς δεν προκύπτει με βεβαιότητα αν προσφέρονται γάντια τύπου SOFT HAND και αν τα γάντια αυτά είναι της εταιρείας ... ή της εταιρείας Επομένως η προσφορά είναι αόριστη και δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να ταυτοποιηθεί το δείγμα».

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας προβάλλει τα κάτωθι:

«1. Ο ισχυρισμός περί «παράβασης διαδικασίας» (111.1) δεν βασίζεται σε κάποια νομοθετική διάταξη ενώ ο ισχυρισμός περί έλλειψης αιτιολόγησης κατ'επίκληση του άρθρου 32Α του ν. 4412/2016 είναι μη συναφής διότι αναφέρεται στην δυνατότητα των αναθετουσών αρχών να μπορούν να αναθέτουν δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

Συγκεκριμένα, ο εν λόγω διαγωνισμός διενεργήθηκε με τη διαδικασία της Πρόσκλησης Ενδιαφέροντος με κατάθεση γραπτών σφραγισμένων προσφορών με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και η διαδικασία της διαπραγμάτευσης διενεργήθηκε στο πλαίσιο της επισήμανσης της υπ' αριθμ. 42272/30.09.2020 Πρόσκλησης Ενδιαφέροντος η οποία προέβλεπε στη σελ. 4 ότι «Οι τελικές τιμές που θα προκύψουν από τις διαγωνιστικές διαδικασίες, θα αποσταλούν στο ... για την αξιολόγησή τους και θα ληφθεί σχετική απόφαση συνέχισης ή μη της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, πρόκειται για διαπραγμάτευση που διενεργήθηκε ως διαπραγμάτευση τιμής στο πλαίσιο του ελέγχου των προσφορών από το ..., όπως προβλεπόταν στην Πρόσκληση Ενδιαφέροντος, το περιεχόμενο της οποίας αποδέχθηκε πλήρως και ανεπιφύλακτα με Υπεύθυνη της Δήλωση η προσφεύγουσα εταιρεία.

Συγκεκριμένα, η Υπηρεσία μας απέστειλε αρχικά τις προσφερόμενες τιμές για το είδος με α/α 6 στο ... για έγκριση το οποίο στην 14^η Συνεδρίασή του (Θέμα 10^ο Ε.Η.Δ) πρότεινε την διαπραγμάτευση του ύψους τους. Στην από 22.07.2021 επιστολή της η εταιρεία ... επικαλέστηκε αυστηρές συμβατικές δεσμεύσεις έναντι του κατασκευαστή και δεν προέβη σε μείωση της τιμής ενώ στη συνέχεια με την από ... επιστολή της μας γνωστοποίησε ότι κατόπιν διαπραγματεύσεων με τον προμηθευτή της ήταν σε θέση να προβεί σε μείωση της τιμής του προσφερόμενου είδους. Το ... στο 1^ο ΕΗΔ Θέμα της 18^{ης} Συνεδρίασής του (23.09.2021) δεν αποδέχτηκε την τιμή της προσφοράς της εταιρείας ... Η ... Υ.ΠΕ απέστειλε, ως όφειλε, την 2^η επιστολή της εταιρείας (την οποία είχε λάβει πριν την 18^η συνεδρίαση) στο ... το οποίο ενέκρινε την μειωμένη τιμή στην 21^η/03-11-2021 συνεδρίασή του (θέμα 6^ο).

2. Ο ισχυρισμός περί παράβασης του άρθρου 105§3 δ του ν. 4412/2016 (III.2) είναι επίσης αβάσιμος, αφενός διότι η προσκόμιση της Υπεύθυνης δήλωσης περί οψιγενών μεταβολών δεν προβλέπεται σε κανένα σημείο της Πρόσκλησης Ενδιαφέροντος αφετέρου διότι αυτή υποβάλλεται αφού ολοκληρωθεί ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο και μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον, η Υπεύθυνη Δήλωση περί οψιγενών μεταβολών δεν σχετίζεται με το περιεχόμενο της τεχνικής προσφοράς. Τέλος, οι ίδιες αιτιάσεις κατά της προσφοράς της εταιρείας ... είχαν προβληθεί στο πλαίσιο των με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 458/2021 (III.B.1.) και 936/2021(111.Γ.2) προδικαστικών προσφυγών και απορρίφθηκαν ως απαράδεκτες με τις υπ' αριθμ. 724,725/2021 και 1174/2021 αντίστοιχα ενώ

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

απορρίφθηκαν και οι συναφούς περιεχομένου αιτήσεις αναστολής ANM273 και ANM504 με τις υπ' αριθμ. 217/2021 και 300/2021 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών».

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα με την από 13.01.2022 Παρέμβασή της βάλλει κατά των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται σε αυτήν.

11. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

12. Επειδή, η προσφεύγουσα, ως προσφέρουσα του υπό κρίση διαγωνισμού του οποίου η προσφορά κρίθηκε απορριπτέα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Επιπροσθέτως, στην προκειμένη περίπτωση επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα, αν και έχει προσβάλλει ήδη προηγούμενες πράξεις της αναθέτουσας αρχής δια σχετικών προδικαστικών προσφυγών και αιτήσεων αναστολής, οι οποίες έχουν απορριφθεί, πλην όμως δεν έχουν εκδοθεί αποφάσεις επί των σχετικών αιτήσεων ακύρωσης, διατηρεί το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της παρούσας προσφυγής μη έχουσα την ιδιότητα του οριστικώς αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα (βλ. Απόφαση ΔΕΕ C-771/2019).

13. Επειδή το αρ. 105 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της επίμαχης πρόσκλησης ορίζει ότι: «3. Η απόφαση κατακύρωσης δεν παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, εφόσον η αναθέτουσα αρχή δεν την κοινοποίησε σε όλους τους προσφέροντες που δεν έχουν αποκλειστεί οριστικά. Τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης και ιδίως, η σύναψη της σύμβασης επέρχονται εφόσον και όταν συντρέξουν σωρευτικά τα εξής: α) αα) σε συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία άνω των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ή σε περίπτωση άσκησης, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και σε περίπτωση άσκησης αίτησης αναστολής κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π., εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης, με την επιφύλαξη της χορήγησης προσωρινής διαταγής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο τελευταίο εδάφιο της παραγράφου 4 του άρθρου 372 και ββ) σε συμβάσεις με εκτιμώμενη αξία έως εξήντα χιλιάδες (60.000) ευρώ, παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης της ένστασης του άρθρου 127 και σε περίπτωση άσκησης, η έκδοση απόφασης επί αυτής ή η πάροδος άπρακτης της προθεσμίας του πρώτου εδαφίου της παραγράφου 2 του άρθρου 127, β) ολοκληρωθεί επιτυχώς ο προσυμβατικός έλεγχος από το Ελεγκτικό Συνέδριο, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/2013, εφόσον απαιτείται και γ) κοινοποιηθεί η απόφαση κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, εφόσον ο τελευταίος υποβάλλει, έπειτα από σχετική πρόσκληση, υπεύθυνη δήλωση, που υπογράφεται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 79Α, στην οποία θα δηλώνεται ότι, δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό του οψιγενείς μεταβολές κατά την έννοια του άρθρου 104 και μόνον στην περίπτωση του προσυμβατικού ελέγχου ή της άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της απόφασης κατακύρωσης. Η υπεύθυνη δήλωση ελέγχεται από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, το οποίο συντάσσει πρακτικό που συνοδεύει τη σύμβαση.»

14. 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

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

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 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 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 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.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

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).

15. Επειδή, περαιτέρω, όπως παγίως έχει κριθεί, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, ο οικονομικός φορέας αποδέχεται πλήρως τη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, με βάση την οποία, αυτός διενεργείται και επομένως δεν είναι επιτρεπτή η εκ μέρους του παρεμπόδιση, εκ των υστέρων, αμφισβήτηση του κύρους των όρων της διακήρυξης, με την ευκαιρία της προσβολής, ανάλογα με την έκβαση του διαγωνισμού για τον οικονομικό φορέα, πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματά του. Και τούτο διότι, ο δικαιούμενος συμμετοχής στο διαγωνισμό έχει το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η Διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας. Η αντίθετη άποψη δεν συμβιβάζεται με την ανάγκη της ασφάλειας δικαίου, που επιβάλλεται από την προστασία όχι μόνο του δημόσιου συμφέροντος αλλά και των ιδιωτικών συμφερόντων τα οποία (συμφέροντα) εξυπηρετούνται κατά τρόπο λυσιτελέστερο με την αμφισβήτηση της νομιμότητας της διακήρυξης πριν από τη διεξαγωγή του διαγωνισμού και όχι εκ των υστέρων και ανάλογα με την έκβασή του (ΣτΕ 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ.). Επομένως, λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως, ήτοι απαραδέκτως, κατόπιν λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών (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, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66) και τούτο διότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προσβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012 και ΑΕΠΠ 379/2021).

16. Επειδή, μετά την εκτίμηση των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, της ισχύουσας νομοθεσίας καθώς και του κανονιστικού πλαισίου που ορίζει η επίμαχη Διακήρυξη ως προς τον πρώτο λόγο προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο η προσφεύγουσα φαίνεται να προβάλλει πλημμέλεια της διαδικασίας, η οποία επελέγη για την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, πέραν του ότι αυτός προβάλλεται αορίστως χωρίς την επίκληση συγκεκριμένων ισχυρισμών, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι σε κάθε περίπτωση αυτός προβάλλεται ανεπικαίρως και άνευ εννόμου συμφέροντος στο παρόν στάδιο της κατακύρωσης του διαγωνισμού κατά τα ανωτέρω αναλυτικά αναφερόμενα στο σκέψη 15 της παρούσας. Και τούτο διότι η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό χωρίς να διατυπώσει ουδεμία αντίρρηση ή επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα της επιλεγείσας διαδικασίας και μάλιστα, όπως προκύπτει από το παρατιθέμενο στην προσφυγή της ιστορικό, έχει αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος για την προμήθεια έτερων πέντε ζητούμενων ειδών. Συναφώς και σε ότι αφορά τη σειρά πλημμελειών που φέρεται να παρουσιάζει η τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας και παρατίθενται ανωτέρω στη σκέψη 9 της παρούσας υπό «Γ», θα πρέπει επίσης να γίνει δεκτό ότι άπασες οι αιτιάσεις αυτές προβάλλονται ανεπικαίρως, καθόσον στο παρόν στάδιο της κατακύρωσης του διαγωνισμού στην ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχο δεν υπάρχει δυνατότητα παρεμπόπτουςας προβολής και ελέγχου της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερης πράξης της αναθέτουσας αρχής. Τέλος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί παράβασης του αρ. 105 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα περί δήθεν παράλειψης της οριστικής αναδόχου εταιρείας να

Αριθμός Απόφασης : 289 /2022

δηλώσει υπευθύνως ότι δεν έχουν επέλθει στο πρόσωπό της οφισγενείς μεταβολές, κατά την έννοια του άρθρου 104 Ν. 4412/2016 παρίσταται απορριπτός ως αβάσιμος. Και αυτό γιατί για την ολοκλήρωση της διαδικασίας κατακύρωσης πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά οι προϋποθέσεις του αρ. 105 παρ. 3 μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται η υποβολή της ως άνω δήλωσης αλλά και η ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος ωστόσο εν προκειμένω αν και απαιτείται δεν έχει ολοκληρωθεί για το συγκεκριμένο είδος, καθώς όπως αναφέρει και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της *«εκκρεμεί η ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο των προς υπογραφή σχεδίων σύμβασης για το είδος με α/α 6, όπως προκύπτει από την υπ' αριθμ 420/2021 αναβλητική πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου, για την οποία και έχουν κατατεθεί τα αιτούμενα σε αυτή»*. Κατά τα ανωτέρω, εκκρεμότητας της περάτωσης της διαδικασίας της κατακύρωσης δεν δύναται να γίνει δεκτό ότι έχει εμφιλοχωρήσει η ανωτέρω πλημμέλεια. Συνεπώς, άπαντες οι ισχυρισμοί που προβάλλει η προσφεύγουσα παρίστανται απορριπτέοι.

17. Επειδή, η εισήγηση γίνεται δεκτή εν όλω.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14.02.2022 και εκδόθηκε στις 01.03.2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ