

Η

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

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Απριλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Μέλος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 14-3-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/329/15-3-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την παραπάνω προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της υπ' αριθμ. πρωτ. Δ11/Ε/5293/1836 και από 22-2-2019 Απόφασης Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών, καθ' ο μέρος απερρίφθη η τεχνική προσφορά του, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης προμήθειας αγαθών κάτω των ορίων, εκτιμώμενης αξίας άνευ ΦΠΑ 111.290,40 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. ... Διακήρυξη Ηλεκτρονικού Ανοιχτού Διαγωνισμού για την Προμήθεια Οθονών Απεικόνισης ... (...), που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 24-10-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ την 24-10-2019 με συστημικό α/α ...

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο από το σύνολο των

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

προσφευγόντων, αφού ο πρώτος προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία ... και ποσού ευρώ 600,00 φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, με την ως άνω Προσφυγή, ο προσφεύγων στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και δη καθ' ο μέρος αυτός κρίθηκε ως αποκλειστέος με την αιτιολογία ότι κατά παράβαση του όρου 2.3.8 της διακήρυξης, δεν είναι αληθής η κατάσταση υπηρεσιών αλλοδαπής και ημεδαπής που χρησιμοποιούν τα προσφερόμενα προϊόντα, επί τη βάσει απαντήσεων των οικείων οργανισμών που επικαλέσθηκε ο προσφεύγων στην οικεία κατάστασή του και κατά τους οποίους δεν τις έχει προμηθεύσει τα προσφερόμενα προϊόντα. Ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του επικαλείται ότι δεν ζητείτο επί ποινή αποκλεισμού του παραπάνω έγγραφο, με τον δε δεύτερο λόγο του ότι το παραπάνω έγγραφο δεν εισφέρει κάποια κρίση επί της τεχνικής καταλληλότητας του προσφερόμενου είδους και δεν χρησιμοποιείται κατά την αξιολόγηση, με τον τρίτο λόγο του ότι το υποβληθέν από τον ίδιο έγγραφό του, πληρούσε κατ' ουσία τις προϋποθέσεις και τους σκοπούς της διακήρυξης και με τον τέταρτο λόγο του ότι δεδομένου ότι και οι τρεις προσφέροντες, που κατέστησαν αποδεκτοί, προσέφεραν το ίδιο μοντέλο οθόνης, η αναθέτουσα παρέβη την αρχή της αναλογικότητας, αφού το ως άνω έγγραφο δεν είχε καθοριστικό ρόλο στην απόφαση της αναθέτουσας για την επιλογή καταλλήλου προϊόντος και το μόνο κριτήριο που θα έπρεπε να έχει χρησιμοποιηθεί περαιτέρω ήταν η χαμηλότερη τιμή.

3. Επειδή, η αναθέτουσα με τις από 22-3-2019 και με αρ. πρωτ. Δ11/Ε/8399/2995 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της, επικαλείται ότι αφού εξέτασε τα περιεχόμενα του υποφακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής – Τεχνική προσφορά» ζήτησε κατ' αρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεις με το με αριθμό πρωτοκόλλου Δ11/Ε/362/15-01-2019 έγγραφό της από την προσφεύγουσα. Στη συνέχεια δε και επειδή κατ' αρ. 2.3.8 της διακήρυξης *«Περιλαμβάνεται κατάσταση όπου φαίνονται οι Υπηρεσίες αλλοδαπής και ημεδαπής, οι οποίες χρησιμοποιούν τα προσφερόμενα είδη (οθόνες), με την ημερομηνία της σχετικής αγοράς και πληροφορίες διεύθυνσης, τηλεφώνων*

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

επικοινωνίας ιστότοπου ή/και ηλεκτρονικού ταχυδρομείου», διαπίστωσε ότι υπάρχει αναντιστοιχία μεταξύ των απαντήσεων της εταιρίας ... και των απαντήσεων των δύο άλλων εταιριών, παρότι όλες οι συμμετέχουσες εταιρίες προτείνουν το ίδιο μοντέλο οθόνης ... Οι εταιρίες "... και ..." αναφέρονται στους οργανισμούς ... & ... των ευρωπαϊκών χωρών Γερμανία και Πολωνία αντίστοιχα, προσκομίζοντας βεβαίωση της 28-11-2018, της αντιπροσώπου εταιρίας στην Ελλάδα ... για την κατασκευάστρια Η εταιρία ..., κατά την αναθέτουσα, για το συγκεκριμένο θέμα έδωσε ελλιπή και εσφαλμένα στοιχεία, αφού αναφέρεται σε οργανισμούς ... πέντε ευρωπαϊκών χωρών (Δανία, Ελβετία, Γερμανία, Κροατία, Ουγγαρία) που χρησιμοποιούν γενικά την προτεινόμενη μάρκα, αλλά όχι το συγκεκριμένο μοντέλο οθόνης. Αυτό προέκυψε από έρευνα που έκανε η επιτροπή ερχόμενη σε επικοινωνία με τους αναφερόμενους οργανισμούς ... και την αντιπρόσωπο εταιρία της ... στην Ελλάδα και συγκεκριμένα με την Απάντηση της 24-01-2019 μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από τον οργανισμό ... της Ουγγαρίας, στην οποία αναφέρει ότι δεν χρησιμοποιεί το συγκεκριμένο μοντέλο, με την Απάντηση της 05-02-2019 μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από τον οργανισμό ... της Δανίας, στην οποία αναφέρει ότι δεν χρησιμοποιεί το συγκεκριμένο μοντέλο, με την Απάντηση της 23-01-2019 μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από τον οργανισμό ... της Πολωνίας, στην οποία αναφέρει ότι χρησιμοποιεί το συγκεκριμένο μοντέλο από το 2016, με τη Βεβαίωση της 28-01-2019 της εταιρείας ..., στην οποία βεβαιώνει ότι είναι η επίσημη αντιπρόσωπος της ... στην Ελλάδα και ότι είναι ακριβής η επιστολή της 28-11-2018 για τις ενδεικτικές εγκαταστάσεις της οθόνης ... και βασίζεται σε βεβαίωση της κατασκευάστριας εταιρίας ... Γερμανίας, με τη Βεβαίωση της κατασκευάστριας εταιρείας ... Γερμανίας, στην οποία αναφέρονται οι εγκαταστάσεις του συγκεκριμένου μοντέλου στους οργανισμούς ...& ... των Ευρωπαϊκών χωρών Γερμανία και Πολωνία αντίστοιχα. Η δε αναθέτουσα αναφέρει ότι κατά την διάρκεια της εξέτασης των τεχνικών προδιαγραφών η εταιρία «...» υπέβαλλε στην επιτροπή υπόμνημα με ημερομηνία 25/01/2019 το οποίο κοινοποιήθηκε στην επιτροπή με υπηρεσιακό σημείωμα με αρ. πρωτ. ... στο οποίο έθεσε θέμα αξιοπιστίας των αρχικά αναφερομένων από την εταιρία ... στην παράγραφο 2.3.8 των τεχνικών προδιαγραφών.

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

Περαιτέρω, επί της προσφυγής, η αναθέτουσα αναφέρει ότι σκοπός της εν λόγω προμήθειας είναι η κάλυψη των αναγκών, των συστημάτων απεικόνισης δεδομένων ... (...) ... (...) «...». Οι προς προμήθεια Οθόνες απαιτείται να ενσωματώνουν δυνατότητες και τεχνογνωσία δοκιμασμένες στο χώρο της ... (...), παρέχοντας συγχρόνως δυνατότητα ρυθμίσεων προκειμένου να είναι δυνατή η προσαρμογή τους, ώστε να καλυφθούν οι προδιαγραφόμενες ιδιαίτερες απαιτήσεις της Ότι οι ιδιαίτερες απαιτήσεις απεικόνισης στις οθόνες συνίστανται στην κρισιμότητα των επιχειρησιακών στοιχείων που θα πρέπει να εμφανίζονται και τα οποία προέρχονται από εξειδικευμένες εφαρμογές Ως εκ τούτου, κάθε τεχνικό χαρακτηριστικό έχει βαρύνουσα σημασία και για τον λόγο αυτό η Υπηρεσία μας εξετάζει κάθε απαίτηση ως απαραίτητο όρο. Παράλληλα, κατά την αναθέτουσα πέρα από τα αμιγώς τεχνικά δεδομένα που ζητούνται και υποβάλλονται από τις συμμετέχουσες εταιρίες, σημασία έχουν τα ποιοτικά χαρακτηριστικά που αποδεικνύονται από τις προσκομιζόμενες πιστοποιήσεις, η εγκατάσταση, η λογιστική υποστήριξη των συσκευών και των παρελκομένων αυτών, η παρεχόμενη εγγύηση, καθώς και η αξιοπιστία των προς προμήθεια προϊόντων, η οποία πέραν των τεχνικών διεθνώς αναγνωρισμένων δεικτών, επί της ουσίας τροφοδοτείται από την εμπειρία και τις απόψεις των χρηστών σε αντίστοιχο περιβάλλον υψηλών απαιτήσεων (...), ενώ η απαίτηση της παραγράφου 2.3.8 των τεχνικών προδιαγραφών είναι σαφής. Για τους ανωτέρω λόγους ζητείται λίστα χρηστών για το προσφερόμενο είδος και όχι γενικά. Στην πρώτη περίπτωση δίδεται η δυνατότητα συλλογής στοιχείων για το προσφερόμενο είδος, ενώ στην δεύτερη αποδεικνύεται μόνον η αναγνωριστικότητα της κατασκευάστριας εταιρείας. Η αναθέτουσα επιπλέον προβάλλει ότι ο προσφεύγων αμφισβητεί τη σκοπιμότητα θέσπισης της παρ. 2.3.8 απαραδέκτως, αφού ανεπιφύλακτα μετείχε στη διαδικασία. Η δε απάντησή της στις ζητηθείσες διευκρινίσεις παραμένει στην αρχική "Κατάσταση ενδεικτικών χρηστών οθονών ...", ενώ κατά την αναθέτουσα παράλληλα δηλώνει και πάλι μέσω της προδικαστικής προσφυγής ότι ανέφερε τους χρήστες οθονών γενικά και όχι ειδικά των χρηστών του προσφερόμενου είδους, σε πλήρη ασυμφωνία με την απαίτηση. Περαιτέρω, ότι δεν μπορούν να ληφθούν υπόψη έγγραφα που προσκόμισαν άλλοι διαγωνιζόμενοι, όπως το επικαλούμενο έγγραφο του εισαγωγέα, το

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

οποίο όμως προσκόμισαν μόνο οι άλλες συμμετέχουσες στον διαγωνισμό εταιρίες.

4. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, κάτω των ορίων περί προμήθειας και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε την 14-3-2019 κατά της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα από 25-2-2019 πράξης επικύρωσης των πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, επί τη βάσει της από 7-3-2019 κοινοποίησης σε αυτόν και κατόπιν του από 27-2-2019 οικείου αιτήματός του προς την αναθέτουσα προς λήψη των συμπληρωματικών εγγράφων της απόφασης αποκλεισμού του και συγκεκριμένα των ανωτέρω κατά τη σκ. 3 απαντήσεων του φορέα της Ουγγαρίας και της Δανίας ότι δεν χρησιμοποιούν το συγκεκριμένο μοντέλο, την απάντηση του φορέα της Πολωνίας ότι το χρησιμοποιεί από το 2016, τη βεβαίωση του επισήμου αντιπροσώπου στην Ελλάδα ότι το προσφερθέν και από τον ίδιο μοντέλο έχει επιτυχείς ενδεικτικές εγκαταστάσεις και τη βεβαίωση της κατασκευάστριας ότι το συγκεκριμένο μοντέλο έχει χρησιμοποιηθεί επιτυχώς σε Γερμανία και Πολωνία, έγγραφα που όλα αναφέρονται στο αιτιολογικό πρακτικό της προσβαλλομένης και δη ως μετ' αυτού συνημμένα, αλλά του κοινοποιήθηκαν εν τέλει μόλις την 7-3-2019, καίτοι αποτέλεσαν το πραγματικό και περιείχαν τα στοιχεία που αφενός οδήγησαν στον αποκλεισμό του, όπως τα ως άνω έγγραφα χρηστών της Δανίας και της Ουγγαρίας περί του ότι δεν χρησιμοποίησαν το συγκεκριμένο μοντέλο, αφετέρου αποτελούν μεταξύ άλλων το έρεισμα των νυν προβαλλομένων ισχυρισμών του, όπως ιδίως το έγγραφο του κατασκευαστή που αποδεικνύει εγκατάσταση του συγκεκριμένου μοντέλου μεταξύ άλλων και σε φορέα της Γερμανίας, που δηλώθηκε και στην οικεία κατά τον όρο 2.3.8 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ, κατάσταση προηγούμενων χρηστών που και ο προσφεύγων υπέβαλε. Εξάλλου, κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η κατά την περίπτωση γ' πλήρης πραγματική γνώση της προσβαλλομένης, ως τέτοιας δε νοουμένης της γνώσεως της αιτιολογίας της πράξεως, ώστε να είναι δυνατόν να ελεγχθεί το νόμιμο ή μη αυτής και,

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

συνεπώς, το εφικτό της ασκήσεως κατ' αυτής προσφυγής (πρβλ. ΣΤΕ 246/2008, 2029/2009, 981/2011, 2334/2015) συνιστά αυτοτελές σημείο έναρξης της προθεσμίας άσκησης της προσφυγής, σε σχέση με την κατά την περίπτωση α' και την περίπτωση β', κοινοποίηση της προσβαλλομένης με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία αφενός, με άλλα μέσα επικοινωνίας αφετέρου. Τούτο σημαίνει πως πρώτον, αν η κοινοποίηση δεν περιλαμβάνει το σύνολο των στοιχείων που συγκροτούν το περιεχόμενο και την αιτιολογία της προσβαλλομένης, ώστε η κοινοποίηση αυτή να θεωρηθεί ως συνεπαγόμενη συγχρόνως και πλήρη γνώση της προσβαλλομένης, αλλά αντίθετα, τμήματα της αιτιολογίας της προσβαλλομένης ή εγγράφων μνημονευθέντων μεν σε αυτή, αλλά, όπως συμβαίνει και εν προκειμένω, μη επισυναφθέντων ή σε κάθε περίπτωση περιληφθέντων κατά το αναλυτικό τους περιεχόμενο εντός της αιτιολογίας της προσβαλλομένης, κοινοποιούνται ή περιέρχονται σε γνώση του οικονομικού φορέα σε ύστερο της αρχικής κοινοποίησης χρόνο, τότε η προθεσμία προς άσκηση προσφυγής, εκκινεί κατά την περ. γ' ανωτέρω, από την κατά τα παραπάνω περιέλευση σε γνώση του οικονομικού φορέα των στοιχείων αυτών, που συνεπάγονται και την πλήρη εκ μέρους του γνώση της προσβαλλομένης και της όλης αιτιολογίας της, ως και των στοιχείων επί των οποίων αυτή ερείδεται. Δεύτερον, η κατά τα ανωτέρω κοινοποίηση τέτοιων στοιχείων σε ύστερο χρόνο από την αρχική κοινοποίηση της καταρχήν προσβαλλομένης, καθιστά την κοινοποίηση της τελευταίας μη ολοκληρωμένη, αφού ελλείπουν κρίσιμα στοιχεία της αιτιολογίας της, άρα και του περιεχομένου αυτής, με αποτέλεσμα η κατά την παραπάνω περ. α' κοινοποίηση να τελειούται και επομένως η οικεία προθεσμία άσκησης προσφυγής να εκκινεί με την κοινοποίηση των στοιχείων που αρχικώς έλειπαν. Συνεπώς, τόσο κατά την περ. α' όσο και κατά την περ. γ' της παρ. 1 του άρθρου 361 Ν. 4412/2016, η προθεσμία άσκησης της προσφυγής εκκίνησε εν προκειμένω από την κοινοποίηση στον προσφεύγοντα των αναφερθέντων ως αιτιολογικό έρεισμα της προσβαλλομένης, αλλά μη περιληφθέντων κατά το περιεχόμενό τους ή συνημμένων αυτούσιως επ' αυτής, κατά την αρχική κοινοποίησή της, εγγράφων. Επομένως, η προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε, αφού η οικεία άρχισε από την κοινοποίηση στον προσφεύγοντα των αναφερθέντων και

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

συνημμένων στην αιτιολογία της προσβαλλομένης εγγράφων, τα οποία όμως ούτε συκοινοποιήθηκαν εξαρχής μετ' αυτής, αλλά αυτοτελώς και μόλις την 7-3-2019 ούτε εξάλλου είχε συμπεριληφθεί το καθ' έναστον αναλυτικό τους περιεχόμενο στην προσβαλλομένη (ώστε να επιτρέπεται στον προσφεύγοντα, ο έλεγχος του συγκεκριμένου αυτού περιεχομένου και η εκ μέρους του προετοιμασία των ισχυρισμών του σε σχέση με το περιεχόμενο αυτών των εγγράφων). Περαιτέρω, ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπό του. Έχει δε άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής του, αφού προδήλως ευνοείται από την ακύρωση της προσβαλλομένης καθ' ο μέρος δι' αυτής απεκλείσθη από τη συνέχεια της διαδικασίας. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή, ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος και δη προεχόντως ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, αφού σε αντίθεση με όσα ο προσφεύγων ισχυρίζεται, εν προκειμένω δεν αποκλείσθηκε λόγω συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού του άρ. 73 και του άρ. 74 Ν. 4412/2016, αλλά λόγω μη εκ μέρους του πλήρωσης (κατά την αιτιολογία της προσβαλλομένης, τουλάχιστον) του όρου 2.3.8 των τεχνικών προδιαγραφών . Όλως αβασίμως δε ο προσφεύγων επικαλείται ότι αποκλεισμός διαγωνιζομένου μπορεί να λάβει χώρα μόνο με συνδρομή στο πρόσωπό του τέτοιου λόγου αποκλεισμού, αφού οι προσφορές που δεν συμμορφώνονται με τις σαφείς απαιτήσεις, τα κριτήρια επιλογής και τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, είναι σε κάθε περίπτωση απορριπτέες και τούτο ασχέτως αν δεν συντρέχει στο πρόσωπο του οικονομικού φορέα λόγος αποκλεισμού. Επομένως, νόμω αβασίμως ο προσφεύγων συγχέει τους λόγους αποκλεισμού που αφορούν καταστάσεις που δεν πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπό του, με τη μη πλήρωση απαιτήσεων που θα πρέπει να συντρέχουν επί της προσφοράς, όπως οι τεχνικές προδιαγραφές μεταξύ άλλων. Εξάλλου, κατά τον όρο 1.2.1.2.2 της διακήρυξης *«Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Ε της διακήρυξης (Τεχνικές Προδιαγραφές) περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται.*

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

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», ενώ κατά τον όρο 2.3.8 του παραπάνω ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ της διακήρυξης αναφέρεται ως απαίτηση του φύλλου συμμόρφωσης να «Περιλαμβάνεται κατάσταση όπου φαίνονται οι Υπηρεσίες αλλοδαπής και ημεδαπής, οι οποίες χρησιμοποιούν τα προσφερόμενα είδη (οθόνες), με την ημερομηνία της σχετικής αγοράς και πληροφορίες διεύθυνσης, τηλεφώνων επικοινωνίας, ιστότοπου ή/και ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.». Βάσει των ανωτέρω είναι όλως αβάσιμος ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι και η εν όλω έλλειψη του οικείου εγγράφου της παραπάνω κατάστασης δεν θα δύνατο να οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς του, είναι δε όλως αδιάφορο σε ποιο σημείο και τυχόν υποκεφάλαιο των όρων της διακήρυξης, τέθηκε η ως άνω απαίτηση και ότι ο όρος 2.3.8 ανήκει στην ενότητα με τίτλο «ΜΟΡΦΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ». Ομοίως απορριπτέος είναι και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής και δη ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, αφού δι' αυτού ο προσφεύγων επιχειρεί να αμφισβητήσει τη σκοπιμότητα, χρησιμότητα και αναγκαιότητα των όρων της διακήρυξης, ως και τη δεσμευτικότητά τους, κατά την αξιολόγηση και τούτο ενώ ανεπιφύλακτα μετείχε στην προκείμενη διαδικασία. Απορριπτέος δε τυγχάνει και ο τέταρτος λόγος της προσφυγής περί παράβασης της αρχής της αναλογικότητας, αφού η αναθέτουσα κατά την αξιολόγηση των προσφορών ως προς τη συμμόρφωσή τους με το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, οφείλει να λαμβάνει υπόψη μόνο το σαφές γράμμα του τελευταίου, δρώντας κατά δεσμία αρμοδιότητα και όχι κατά τυχόν διακριτική ευχέρεια, ενώ εξάλλου η συμμόρφωση κάθε προσφοράς με τους όρους της διαδικασίας κρίνεται με βάση την ακρίβεια των δικών της επιμέρους στοιχείων, χωρίς να υφίσταται δυνατότητα να άρει τη δεσμευτικότητα των όρων που εξ αρχής θεσπίστηκαν υπέρ οιοδήποτε οικονομικού φορέα και δη λόγω τυχαιών γεγονότων, όπως η υποβολή των απαιτούμενων από κάθε προσφέροντα εγγράφων, από άλλο διαγωνιζόμενο που έτυχε να προσφέρει το ίδιο προϊόν ούτε εξάλλου, η αναθέτουσα, όπως και οι μετέχοντες, έχει οιαδήποτε ευχέρεια να αποκλίνει από το κανονιστικό περιεχόμενο της

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

διακήρυξης, μεταβάλλοντας κατά την αξιολόγηση τον υποχρεωτικό χαρακτήρα ή και το περιεχόμενο των όρων της, αναλόγως έκβασης της διαδικασίας και γεγονότων που λαμβάνουν χώρα εντός αυτής, αντίθετη δε ερμηνεία θα παραβίαζε τις αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

6. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, περί του ότι η εκ του προσφεύγοντος ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΩΝ ΧΡΗΣΤΩΝ ΟΘΟΝΩΝ ... πληρούσε τους όρους της διακήρυξης, προκύπτουν τα ακόλουθα. Κατά τους ως αναφερθέντες στην αμέσως προηγούμενη σκέψη όρους 1.2.1.2.2 της διακήρυξης και 2..3.8 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ αυτής, ορίζεται ότι οι προσφέροντες όφειλαν προς απόδειξη συμμόρφωσής τους με τον ως άνω όρο να υποβάλουν ως αναγκαίο στοιχείο της τεχνικής προσφοράς τους, κατάσταση με υπηρεσίες που χρησιμοποιούν τα προσφερόμενα από τους ίδιους είδη, συμπληρώνοντας δε και τα ως άνω λοιπά απαιτούμενα στοιχεία. Δεν είναι πάντως όλως σαφές εκ του γράμματος του παραπάνω όρου ότι το ζητούμενο δεν αναγόταν σε χρήστες εν γένει προϊόντων και δη οθονών του τυχόν κατασκευαστή του προσφερόμενου προϊόντος αντίστοιχων ή παρόμοιων ακόμη με το προσφερόμενο, αλλά ειδικά και αποκλειστικά σε χρήστες αυτών καθαυτών των συγκεκριμένων μοντέλων που αναφέρονται ως το αντικείμενο της προσφοράς. Η δε χρήση του όρου «προσφερόμενα είδη (οθόνες)» όσον αφορά την κατάσταση χρηστών, δεν είναι ευκρινές αν απαιτεί απαραίτητως και αποκλειστικά το ίδιο το προσφερόμενο μοντέλο και όχι τυχόν χρήστες της εν γένει σειράς μοντέλων του ίδιου του κατασκευαστή, ενώ εξάλλου αλυσιτελώς η αναθέτουσα προβάλλει την τελολογική εκ μέρους της ερμηνεία του οικείου όρου, καθώς αυτή δεν μπορεί να άρει την αμφισημία του και έστω τη μη σαφήνιά του σε βαθμό επαρκή για λόγο αποκλεισμού, επιπλέον δε, η ικανοποίηση χρηστών από τα προσφερόμενα είδη ουδόλως απαιτεί αναγκαία χρήση ακριβώς του ίδιου συγκεκριμένου μοντέλου και όχι κάποιου παραπλήσιου ή αντίστοιχου, του ίδιου πάντως κατασκευαστή, η δε ταυτότητα του οποίου και η όποια φήμη του στους χρήστες, αν μη τι άλλο συνέχεται και με την ποιότητα κατασκευής. Εξάλλου, ουδόλως ο ως άνω όρος απαίτησε τυχόν βεβαίωση καλής χρήσης ή απόδοσης από τους αναφερόμενους στην οικεία κατάσταση χρήστες, αλλά

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

απλώς απαίτησε την υποβολή της κατάστασης. Καθώς δε το προκείμενο κριτήριο ανάθεσης ήταν αποκλειστικά η τιμή, ενώ δεν προβλέπεται όρος εξάλλου περί προδιαγραφής σχετικής με την τυχόν ικανοποίηση προηγούμενων χρηστών επί συγκεκριμένου μάλιστα μοντέλου, δεν προκύπτει ούτε η κατά τα αναφερόμενα της αναθέτουσας, ειδική ανάγκη η κατάσταση χρηστών να αφορά αποκλειστικά το συγκεκριμένο προσφερόμενο μοντέλο και τούτο πέραν του ότι ουδόλως συνάγεται με ασφάλεια αυτό από το γραμματικό περιεχόμενο του ανωτέρω όρου. Ο δε προσφεύγων που προσέφερε το μοντέλο ..., υπέβαλε με την προσφορά του έγγραφο με τον τίτλο «ΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΩΝ ΧΡΗΣΤΩΝ ΟΘΟΝΩΝ ...», όπου ανέφερε τους φορείς ..., ..., ..., ..., από τη Δανία, Ελβετία, Γερμανία, Κροατία και Ουγγαρία αντίστοιχα, την οποία κατάσταση συμπλήρωσε με τις από 21-1-2019 διευκρινίσεις του κατόπιν της από 15-1-2019 οικείας κλήσης του από την αναθέτουσα με τις κατά τον ως άνω όρο 2.3.8 ημερομηνίες αγοράς και πληροφορίες διεύθυνσης, τηλεφώνων, ιστότοπου και τυχόν ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από τους αναφερόμενους στην αρχική κατάσταση φορείς. Όπως πάντως προκύπτει από τον τίτλο του ως άνω εγγράφου, με την παραπάνω κατάσταση δεν αναφέρθηκε ούτε αποπειράθηκε να δείξει ότι αναφέρεται σε χρήστες του συγκεκριμένα προσφερόμενου μοντέλου, αλλά σε χρήστες των εν γένει οθονών του κατασκευαστή ..., ανεξαρτήτως μοντέλου και ανεξαρτήτως αν αυτά ταυτίζονταν με το ειδικότερα προσφερόμενο μοντέλο. Περαιτέρω πάντως, καίτοι η αναθέτουσα όντως διαπίστωσε ότι ο οικείος φορέας της Δανίας και της Ουγγαρίας δεν χρησιμοποιούν το «συγκεκριμένο μοντέλο» κατά το πρακτικό που αποτέλεσε την αιτιολογία της προσβαλλομένης, σε κάθε περίπτωση διαπίστωσε, όπως και πάλι προκύπτει από το οικείο πρακτικό ότι ο δηλωθείς από τον προσφεύγοντα φορέας της Γερμανίας χρησιμοποιεί όχι απλώς τα προϊόντα οθονών της ... αλλά και το συγκεκριμένο μάλιστα προσφερόμενο μοντέλο. Είναι δε προς τούτο αδιάφορο αν και άλλοι διαγωνιζόμενοι υπέβαλαν στην κατάστασή τους τον φορέα της Γερμανίας, πλην του προσφεύγοντος ή αν η αναθέτουσα επιβεβαίωσε ότι όντως ο δηλωθείς από τον προσφεύγοντα ως άνω φορέας είναι χρήστης συγκεκριμένου μοντέλου, βάσει εγγράφων που προσκόμισαν άλλοι διαγωνιζόμενοι. Και τούτο διότι στην προκείμενη περίπτωση, δεν προβαίνει ο

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

προσφεύγων σε επίκληση εγγράφων που προσκόμισαν άλλοι διαγωνιζόμενοι, προς κάλυψη έλλειψης της δικής του προσφοράς και δη μη προσκόμισης εκ μέρους του των ίδιων εγγράφων, αλλά τα έγγραφα που η ίδια η αναθέτουσα επικαλείται στην αιτιολογία της αποδεικνύουν ότι ο προσφεύγων προέβη σε ορθή δήλωση στην κατάσταση που ο ίδιος υπέβαλε. Εξάλλου, ουδόλως ο παραπάνω όρος 2.3.8 απαίτησε συγκεκριμένο ελάχιστο τυχόν αριθμό χρηστών, ενώ το περιεχόμενο του, ήτοι η απαίτηση για υποβολή της οικείας κατάστασης, σημαίνει ότι αρκούσε να περιλαμβάνεται σε αυτήν έστω και ένας προηγούμενος χρήστης, χωρίς να προκύπτει καμία επιπλέον απαίτηση και δη με οιαδήποτε σαφήνεια. Εν προκειμένω, στην κατάσταση του προσφεύγοντος υφίσταται κατά τα ανωτέρω ένας προηγούμενος χρήστης, αυτός της Γερμανίας, που όντως χρησιμοποίησε όχι απλώς τις οθόνες της ..., αλλά το συγκεκριμένο μοντέλο και αυτό συνομολογείται εκ της αιτιολογίας της προσβαλλομένης. Επομένως, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η έννοια του όρου 2.3.8 ήταν η δήλωση προηγούμενου χρήστη ή περισσότερων προηγούμενων χρηστών του συγκεκριμένου μοντέλου, και πάλι η κατάσταση που υπέβαλε ο προσφεύγων περιλαμβάνει έναν τέτοιο προηγούμενο χρήστη του συγκεκριμένου μοντέλου και συνεπώς, ελλείψει και όποιας επιπλέον απαίτησης για περισσότερους προηγούμενους χρήστες, η κατάσταση που υπέβαλε πληροί τον όρο 2.3.8 και πάντως, δεν είναι δυνατόν να οδηγήσει στον αποκλεισμό του και είναι προς τούτο αδιάφορο αν οι λοιποί εκ των προηγούμενων χρηστών που δήλωσε, δεν χρησιμοποίησαν το συγκεκριμένο μοντέλο. Άρα, αφενός ο όρος 2.3.8 είναι ασαφής ως προς το αν απαιτούσε αναγκαίως προηγούμενους χρήστες του συγκεκριμένου μοντέλου, με αποτέλεσμα ακόμη και αν κανένας εκ των δηλωθέντων χρηστών να μην ήταν χρήστης του συγκεκριμένου μοντέλου αλλά άλλων μοντέλων του ίδιου κατασκευαστή, να μην είναι δυνατόν να επέλθει αποκλεισμός της προσφοράς του προσφεύγοντος. Αφετέρου, ακόμη και αν ο όρος όχι μόνο υποτεθεί ότι απαιτούσε χρήστες του συγκεκριμένου ειδικότερου μοντέλου, αλλά και ότι ήταν προς τούτο όλως σαφής, σε κάθε περίπτωση ο ένας τουλάχιστον εκ των αναφερθέντων στην υποβληθείσα από τον προσφεύγοντα κατάσταση, χρήστης, χρησιμοποίησε το συγκεκριμένο μοντέλο. Επομένως, είτε στη μία είτε στην άλλη εκδοχή, και κατ' αποδοχή του τρίτου λόγου της προσφυγής, η

Αριθμός Απόφασης: 523/2019

αναθέτουσα έσφαλε καθ' ο μέρος απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος επί τη βάσει του ανωτέρω όρου και των παραπάνω κατ' αυτήν ελλείψεων.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος δι' αυτής ο προσφεύγων εκρίθη αποκλειστέος.

8. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το καταβληθέν παράβολο ποσού 600,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. πρωτ. Δ11/Ε/5293/1836 και από 22-2-2019 Απόφαση Υπουργού Υποδομών και Μεταφορών, καθ' ο μέρος δι' αυτής απερρίφθη η προσφορά του προσφεύγοντος.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του καταβληθέντος παραβόλου ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23-4-2019 και εκδόθηκε την 13-4-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΙΑ ΜΙΧΟΠΟΥΛΟΥ