

Η

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

8^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 4^η Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή – Εισηγήτρια και Ιωάννης Κίτσος,
Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29-11-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1273/30-11-2018 της εταιρείας με την επωνυμία
«.....», με έδρα στο, οδός αριθ.
....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του, που εδρεύει στους,
.....,αριθ., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα
αρχή), και

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά *«Να απορριφθεί η συμμετοχή της εταιρείας από τον διαγωνισμό όσον αφορά τα άρθρα Α.12, Α.13 και Α.14, καθώς η τεχνική της προσφορά δεν ανταποκρίνεται στους όρους και στις προϋποθέσεις της διακήρυξης και δεν πρέπει να προαχθεί στην επόμενη φάση.»*

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

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 ΠΔ 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, με την ένδειξη *«δεσμευμένο»* και το από 27-11-2018 αποδεικτικό πληρωμής του στην ΕΤΕ).

2. Επειδή με την υπ' Α.Μ. διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Ανοικτός Διαγωνισμός, *«.....»*, συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης

Αριθμός απόφασης: 80/2019

64.516,05 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, με δικαίωμα προαίρεσης (option) ποσού 19.193,02 χωρίς ΦΠΑ, καθώς και με δικαίωμα κατακύρωσης της προμήθειας για ολόκληρη την ποσότητα ή μεγαλύτερη ποσότητα σε ποσοστό έως τριάντα τοις εκατό (30%) ή μικρότερη ποσότητα σε ποσοστό έως πενήντα τοις εκατό (50%), και με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, σύμφωνα με τον όρο 1.3 της διακήρυξης. Ειδικότερα, η εν λόγω προμήθεια αποτελείται από 2 διακριτές ομάδες προϊόντων και δίνεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για μία ή περισσότερες ή για όλες τις ομάδες. Η εκτιμώμενη αξία της προμήθειας συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για την Ομάδα Α Λαμπτήρες – Φωτιστικά CPV:ανέρχεται στο ποσό των 61.622 ευρώ χωρίς ΦΠΑ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 11-10-2018 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε το συστημικό αριθμό

4. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα για αμφότερες τις Ομάδες ειδών Α και Β, η, για την Ομάδα ειδών Α, και ηγια αμφότερες τις Ομάδες ειδών Α και Β, με τις προσφορές τους υπ' αριθ. 114587, 115513 και 115867 αντίστοιχα.

6. Επειδή η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμών και Αξιολόγησης της αναθέτουσας αρχής συνεδρίασε την 12-11-2018, και εξέδωσε Πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο αφού αποσφράγισε και εξέτασε τις κατατεθείσες προσφορές και ιδία τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές και έκρινε ότι «...η εταιρείααποκλείεται από την συνέχεια του διαγωνισμού για την Ομάδα Α ενώ συνεχίζει στο επόμενο στάδιο της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών για την Ομάδα Β....οι εταιρείεςκαι συνεχίζουν στο επόμενο στάδιο της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών για τις ομάδες για τις οποίες έχουν καταθέσει προσφορά.....»

Αριθμός απόφασης: 80/2019

7. Επειδή η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμών και Αξιολόγησης της αναθέτουσας αρχής συνεδρίασε εκ νέου την 19-11-2018, και εξέδωσε Πρακτικό, σύμφωνα με το οποίο αφού αποσφράγισε και εξέτασε τις οικονομικές προσφορές έκρινε ότι «...*Η εταιρείαπροσέφερε για την Ομάδα Α το ποσόν των 60.641,00 € (Εξήντα χιλιάδες εξακόσια σαράντα ένα ευρώ) χωρίς ΦΠΑ ... Η εταιρεία προσέφερε για την Ομάδα Α το ποσόν των 37.902,00 € (Τριάντα επτά χιλιάδες εννιακόσια δύο ευρώ) χωρίς ΦΠΑ. Μετά από την μελέτη των οικονομικών προσφορών , η Επιτροπή Αξιολόγησης αποφάσισε τα εξής: 1. Προσωρινός μειοδότης για την Ομάδα Α ανακηρύσσεται η εταιρεία »*

8. Επειδή με την ήδη προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 343/20-11-2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκαν τα παραπάνω δύο Πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών και Αξιολόγησης. Η προσβαλλόμενη απόφαση και το σχετικά δύο ως άνω Πρακτικά κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς την 21-11-2018 μέσω της *επικοινωνίας* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 30-11-2018, με κατάθεση μέσω της «*επικοινωνίας*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και κοινοποιήθηκε με συνημμένα έγγραφα, αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από τη προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή την 3-12-2018 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στην, προσωρινό ανάδοχο της επίμαχης Ομάδας ειδών Α, μέσω της «*επικοινωνίας*» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την 10-12-2018 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ το από 07-12-2018 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, με συνημμένα έγγραφα.

Αριθμός απόφασης: 80/2019

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, και κατόπιν της με αριθ. 1679/2018 Πράξης του Προέδρου του 8^{ου} Κλιμακίου «περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση αναθέτουσας αρχής προ χορήγησης προσωρινών μέτρων».

13. Επειδή η προσφεύγουσα, ισχυρίζεται ότι έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά του προσωρινού αναδόχου διότι : «...με βάση τη τεχνική μελέτη και τους όρους της διακήρυξης και δη τα άρθρα Α.12, Α.13 και Α.14 απαιτείται προβολέας LED τύπου COB 30-40 W, 60-70W και 140-150W αντιστοίχως με βαθμό στεγανότητας IP67. Ωστόσο στον συγκεκριμένο διαγωνισμό έγινε δεκτή η συμμετοχή της εταιρείας και προήχθη αυτή στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού καθώς η επιτροπή αξιολόγησης ορθώς έκρινε βάσει της τεχνικής προσφοράς που προσκόμισε ότι αυτή πληροί τους όρους της διακήρυξης. Στην προσφορά της ανωτέρω εταιρείας ωστόσο οι προβολείς που περιγράφονται και προσφέρονται έχουν IP65 και όχι IP67, όπως αποδεικνύεται από το προσκομιζόμενο και επικαλούμενο έγγραφο της εταιρείας που προμηθεύει την συμμετέχουσα στο διαγωνισμό εταιρεία, από το οποίο προκύπτει σαφώς ότι οι συγκεκριμένοι προβολείς δεν ανταποκρίνονται και δεν πληρούν τις προδιαγραφές της διακήρυξης με βάση τον κωδικό που έχει καταθέσει η ανωτέρω εταιρεία στο διαγωνισμό ο οποίος είναι μοναδικός, δεν είναι οι κατάλληλοι και αυτοί που απαιτούνται ώστε να γίνει δεκτή η συμμετοχή της ανωτέρω εταιρείας στον διαγωνισμό και η προαγωγή της στην επόμενη φάση της διαδικασίας. Το site της εταιρείας μάλιστα, στο οποίο μας παραπέμπει η ίδια η προσφορά και προφανώς είναι η προμηθεύτρια εταιρεία, δεν διαθέτει τους προβολείς με τα χαρακτηριστικά που παρατίθενται στην προσφορά ούτε προβολέα με τα χαρακτηριστικά που απαιτεί η διακήρυξη, η δε προσφορά της δεν αντιστοιχεί στους προβολείς που διαθέτει η προμηθεύτρια, η οποία μας απέστειλε τους κωδικούς που επικαλείται η εταιρεία και αυτό που μας απέστειλε είναι και αληθές και αξιόπιστο και πρέπει να γίνει δεκτό, διότι οι ίδιοι κωδικοί αναγράφονται και στην προσφορά της εταιρείας με άλλα όμως χαρακτηριστικά κάτι το οποίο δεν

Αριθμός απόφασης: 80/2019

είναι δυνατό να συμβαίνει, διότι ο κωδικός είναι μοναδικός για κάθε προϊόν και αυτοί οι κωδικοί που αναφέρει η εταιρεία έχουν τα χαρακτηριστικά που μας απέστειλε η προμηθεύτρια και μόνο και όχι ό,τι αναγράφει η συμμετέχουσα στο διαγωνισμό. Περαιτέρω στην τεχνική προσφορά της εταιρείας δεν αναγράφεται με σαφήνεια και ακρίβεια και με συγκεκριμένο τρόπο η απόδοση φωτισμού, ήτοι αναγράφεται στο συγκεκριμένο χαρακτηριστικό (lumen) ποσοστό +/- 10%, που σημαίνει ότι πάσχει η προσφορά καθώς προσφέρει αμφιβόλου ποιότητας προβολείς, διότι δεν είναι φερέγγυα μία εταιρεία που παρέχει προϊόντα, για τα οποία δεν μπορεί να εγγυηθεί ακριβώς την απόδοση φωτισμού και δη σε διαγωνισμό που διακυβεύονται τα συμφέροντα ολόκληρουu και εξυπηρετείται δημόσιο συμφέρον είναι αδιανόητο να μην υπάρχει εγγύηση της ποιότητας και χαρακτηριστικά ακρίβειας των προϊόντων, την στιγμή που το έργο ανέρχεται σε 79.000,00 ευρώ και άνω. Μετά μάλιστα και από επικοινωνία με την προμηθεύτρια εταιρεία που αναφέρει η ανωτέρω εταιρεία και που εδρεύει στην Κίνα διαπιστώσαμε ότι η προσφορά που έχει καταθέσει η ως άνω εταιρεία με τους συγκεκριμένους κωδικούς δεν αντιστοιχεί στους προβολείς της εταιρείας που επικαλείται, η ως άνω προμηθεύτρια μας απέστειλε το σχετικό έγγραφο που υποδεικνύει ότι οι προβολείς στους οποίους αναφέρεται η ανωτέρω εταιρεία δεν διαθέτουν βαθμό στεγανότητας IP67 αλλά IP65. Επομένως για τα συγκεκριμένα προϊόντα που αναφέρονται στην προσφορά της ανωτέρω εταιρείας η τελευταία θα πρέπει να αποκλειστεί από τον εν λόγω διαγωνισμό και να μην προαχθεί στην επόμενη φάση αυτού διότι προσφέρει ακατάλληλα και εκτός προδιαγραφών προϊόντα που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις της διακήρυξης και τα ελάχιστα απαιτούμενα στοιχεία που ρητά αναγράφονται σε αυτή. Πέραν τούτου ζητώ να κάνω χρήση του δικαιώματός μου για ακρόαση κατά την οποία θα διαπιστώσετε ότι έχω στη διάθεσή μου όλα τα απαιτούμενα έγγραφα και στοιχεία, τα οποία υποδεικνύουν την βασιμότητα των ισχυρισμών μου....»

14. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό με αποδεκτή προσφορά, η οποία κατετάγη στην αμέσως επόμενη δεύτερη σειρά μετά την προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καθ' ου στρέφεται, και

Αριθμός απόφασης: 80/2019

εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, επικαλούμενη άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον προς παροχή έννομης προστασίας στη ζημία της από την παράνομη συμμετοχή τρίτου στο διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001, ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846- 7). Επομένως, νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 8^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις απόψεις της ότι «...*Η Επιτροπή μας, μετά από τον πλήρη επανέλεγχο όλων των κατατεθειμένων δικαιολογητικών της εταιρείας, διεπίστωσε ότι, σύμφωνα με τα τεχνικά εγχειρίδια της κατασκευάστριας εταιρείας, τα τρία (3) επίμαχα προσφερόμενα είδη της Ομάδας Α με αριθμούς τιμολογίου Α.12, Α.13 και Α.14 ικανοποιούν πλήρως τις απαιτήσεις του Πίνακα Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης (σχετικό συνημμένο με τίτλο: "ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ 2.pdf", σελίδες 22 έως και 26). Συνεπώς, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.3.2 της διακήρυξης και το "ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι: ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ", θεωρούμε ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης ορθώς έκρινε ότι η εταιρεία συνεχίζει στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού....»*

16. Επειδή σύμφωνα στο άρθρ. 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 «Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης» προβλέπεται ότι : « 1. ...*Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της. ..*» Και περαιτέρω στο άρθρ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 ορίζεται ότι : «*1. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάριετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016)....*» Και περαιτέρω, σύμφωνα με τη νομολογία, αυτή καθ' εαυτή η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους των θιγομένων

Αριθμός απόφασης: 80/2019

προσώπων ικανοποιεί το δικαίωμα ακρόασής τους λόγω της ανάγκης ταχείας περατώσεως των διαφορών εκ διοικητικών συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 620/2011, ΣΤΕ Ασφ 554/08, ΣΤΕ 2381/2009, ΔΕΦΠατρ. 29/2016). Επομένως, το αίτημα της προσφεύγουσας όπως ασκήσει και περαιτέρω και κατόπιν της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής της το δικαίωμά της ακρόασης και όπως προσκομίσει μεταγενεστέρως της άσκησης της προσφυγής αποδεικτικά στοιχεία και έγγραφα είναι अपαράδεκτο, καθόσον δεν προβλέπεται στο οικείο νομοθετικό (Βιβλίο I V του Ν. 4412/2016) και κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) που διέπει τη διαδικασία εξέτασης προδικαστικών προσφυγών.

17. Επειδή σύμφωνα στο άρθρ. 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 «Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης» προβλέπεται ότι : «1. Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.... Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της. 2. Στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 του άρθρου 365 μπορεί να προβλέπεται ότι η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου το οποίο θα υποβάλλεται κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρ. 1. 3. Κάθε ενδιαφερόμενος, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφος 1 του άρθρου 365, παρέμβαση ενώπιον της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, προσκομίζοντας όλα τα κρίσιμα έγγραφα που έχει στη διάθεσή του. »

18. Επειδή στο άρθρ. 7 του ΠΔ 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» ορίζεται ότι : « ... Η παρέμβαση κατατίθεται ηλεκτρονικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 8 του παρόντος Κανονισμού.» Στο δε άρθρ. 8 περί κατάθεσης της προσφυγής προβλέπεται ότι « 1. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ' ν. 4412/2016) 2. Η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου, όπως αυτό παρατίθεται στο Παράρτημα I (άρθρο 362 παρ. 2 ν. 4412/2016)... »

Αριθμός απόφασης: 80/2019

19. Επειδή, η προσωρινή ανάδοχος κατά της τεχνικής προσφοράς της οποίας, στρέφεται η προσφυγή κοινοποίησε την 6-12-2018 στην αναθέτουσα αρχή μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, έγγραφο με το εξής περιεχόμενο «.....**ΠΡΟΣ****ΑΠΑΝΤΗΣΗ** Απάντηση προς την προσφυγήΔηλώνουμε ότι έχουμε συνεργασία με την εταιρεία που έχει το εργοστάσιο το οποίο είναι πιστοποιημένο κατά ISO 9001:2008, το οποίο κατασκευάζει προβολείς υψηλών προδιαγραφών LED COB καθώς είναι εργοστάσιο κατασκευής και μπορεί να ανταποκριθεί σε ζητήσεις πέραν των συνηθισμένων ζητήσεων. Η εταιρεία που έχει το εργοστάσιο μας προμηθεύει τους συγκεκριμένους προβολείς που προσφέραμε (όπου παρακάτω σας έχουμε καταθέσει τα τεχνικά τους φυλλάδια όπως ήτανε στον διαγωνισμό)....και καλύπτουν πλήρως τις ανάγκες της ζήτησης σας. Επίσης σας καταθέτουμε και όλα τα σχετικά έγγραφα που πιστοποιούν την παραγωγή του προϊόντος από την συγκεκριμένη εταιρεία. Σας παραθέτουμε και τα αντίστοιχα έγγραφα, πιστοποιητικά και δηλώσεις συνεργασίας.....», το οποίο κοινοποίησε και στην ΑΕΠΠ αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και συνοδευτικό μήνυμα ως εξής «Απάντηση προς την προσφυγή της εταιρείας..... για την απόφαση της οικονομικής επιτροπής για των διαγωνισμό «.....» με Α.Μ.και Α/Α Συστήματος παρατηρήσαμε τα εξής» Η προσωρινή ανάδοχος επεσύναψε στην παραπάνω «απάντηση προς την προσφυγή» τα υποβληθέντα με την τεχνική της προσφορά δελτία τεχνικών προδιαγραφών (Specification Sheet) σχετικά με τα επίμαχα προϊόντα A12, A13, A14, με κωδικούς κατασκευαστή αντίστοιχα JT FL 13-40W, JT FL 13-70W, JT FL 13-140W, καθώς και την από 4-12-2018 «Δήλωση συνεργασίας» (στην αγγλική), στην οποία η κατασκευάστρια εταιρεία αναφέρει ότι συνεργάζεται με την προσωρινή ανάδοχο, και επ' ευκαιρία του παρόντος διαγωνισμού δηλώνει ότι παράγει τα ως άνω προϊόντα, με τους ως άνω κωδικούς κατασκευαστή τα οποία διαθέτουν βαθμό στεγανότητας IP67. Δεν διακρίνεται επί του εγγράφου το όνομα του υπογράφοντος την δήλωση ούτε η ιδιότητα αυτού στην κατασκευάστρια εταιρεία, ούτε προκύπτει από ποια συγκεκριμένη διοικητική τεχνική ή οικονομική ή άλλη επιχειρησιακή μονάδα της εταιρείας προήλθε η

Αριθμός απόφασης: 80/2019

δήλωση αυτή, ενώ επίσης η δήλωση δεν φέρει ούτε θεώρηση ακριβούς αντιγράφου από Δικηγόρο.

20. Επειδή η παραπάνω (σκέψη 19) *Απάντηση προς την προσφυγή* της προσωρινής αναδόχου δεν συνιστά παρέμβαση κατά την έννοια του νόμου, δεδομένου ότι τα απαιτούμενα κατά νόμο στοιχεία της παρέμβασης δεν προκύπτουν με σαφήνεια ούτε παντάπασιν από την κατατεθείσα *Απάντηση προς την προσφυγή*, η οποία ούτε κατ' ερμηνεία μπορεί να ισχύσει ως παρέμβαση. Ειδικότερα η *Απάντηση προς την προσφυγή* i) Δεν έχει ασκηθεί ενώπιον της ΑΕΠΠ, ως ο νόμος απαιτεί στο άρθρ. 362 παρ. 3 ν. 4412/2016, ουδέ καν απευθύνεται προς την ΑΕΠΠ, αλλά ρητώς και σαφώς προς την αναθέτουσα αρχή, ως προκύπτει από το ίδιο τον τίτλο και το περιεχόμενο αυτής (σκέψη 19), ii) Δεν ασκήθηκε σύμφωνα με το υποχρεωτικό τυποποιημένο έντυπο που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017, κατά παράβαση των άρθρ. 7 και 8 αυτού, iii) Όμως ακόμη και αν θεωρηθεί ότι χρήση αυτού καθ' εαυτού του τυποποιημένου εντύπου δεν είναι ουσιώδης τύπος της διαδικασίας, όμως σε κάθε περίπτωση η κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ *Απάντηση προς την προσφυγή* δεν περιέχει τα κατά νόμο απαιτούμενα κατά την σειρά και την τάξη στοιχεία της παρέμβασης ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ως παρέμβαση. Και τούτο επειδή ίδια δεν περιέχει ούτε λόγους με τους οποίους να διατυπώνονται πραγματικοί και νομικοί ισχυρισμοί ειδικά επί της προσφυγής, ούτε συγκεκριμένο αίτημα προς την ΑΕΠΠ εν σχέσει με την ασκηθείσα προσφυγή, ούτε την ακροτελεύτια υπεύθυνη δήλωση του υπογράφοντος ότι *όλα τα στοιχεία και όλες οι πληροφορίες που περιέχονται στην παρούσα ...καθώς και τα επισυναπτόμενα έγγραφα είναι αληθή και ορθά*, ως απαιτείται από τον νόμο ως άνω (σκέψεις 17 και 18) σε συνδυασμό με τα στοιχεία του Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 (βλ. εξ αντιδιαστολής ΔΕφΚομοτηνής Ν39/2017). Συνεπώς η *Απάντηση προς την προσφυγή* δεν είναι ούτε μπορεί κατ' ερμηνεία να θεωρηθεί ως παρέμβαση και δεν εξετάζεται στην παρούσα διαδικασία.

21. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «*Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων*» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και

Αριθμός απόφασης: 80/2019

χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης...»

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως:ε) την ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης ...ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας,.....καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης. ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ιδίως δε την υποχρέωση της παρ. 2 του άρθρου 18 και τους όρους πληρωμής... »

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών....3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε

Αριθμός απόφασης: 80/2019

εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά.4. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή. »

24. Επειδή σύμφωνα με το Παράρτημα VII του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «ΟΡΙΣΜΟΣ ΟΡΙΣΜΕΝΩΝ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ» ορίζεται ότι «Για τους σκοπούς του Βιβλίου I νοούνται ως : 1. «τεχνική προδιαγραφή»: ένα από τα ακόλουθαβ) όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών: η προδιαγραφή που περιέχεται σε έγγραφο το οποίο προσδιορίζει τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, όπως τα επίπεδα ποιότητας, της επίπεδα της περιβαλλοντικής και κλιματικής επίδοσης, ο σχεδιασμός για όλες τις απαιτήσεις....και η αξιολόγηση της συμμόρφωσης της καταλληλότητας, της χρήσης του προϊόντος, της ασφάλειας ή των διαστάσεών του, συμπεριλαμβανομένων των απαιτήσεων που ισχύουν για το προϊόν όσον αφορά την ονομασία πώλησης, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και μεθόδους δοκιμών, τη συσκευασία, τη σήμανση και την επίθεση ετικετών, τις οδηγίες για τους χρήστες, τις διαδικασίες και μεθόδους παραγωγής σε οποιοδήποτε στάδιο του κύκλου ζωής του αγαθού ή της υπηρεσίας, καθώς και τις διαδικασίες αξιολόγησης της συμμόρφωσης. 2. «πρότυπο» : η τεχνική προδιαγραφή που έχει εγκριθεί από αναγνωρισμένο οργανισμό με δραστηριότητα τυποποίησης, για επαναλαμβανόμενη ή διαρκή εφαρμογή της οποίας όμως η τήρησης δεν είναι υποχρεωτική και εμπίπτει σε

Αριθμός απόφασης: 80/2019

μία από τις ακόλουθες κατηγορίες: α) «διεθνές πρότυπο»: πρότυπο που έχει εγκριθεί από διεθνή οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού β) «ευρωπαϊκό πρότυπο»: πρότυπο εγκεκριμένο από ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης και έχει τεθεί στη διάθεση του κοινού»

25. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 56 του ν. 4412/2016 «Εκθέσεις δοκιμών, πιστοποίηση και άλλα αποδεικτικά μέσα (άρθρο 44 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»: « 1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να προσκομίζουν έκθεση δοκιμών από οργανισμό αξιολόγησης της συμμόρφωσης ή πιστοποιητικό που έχει εκδοθεί από τέτοιον οργανισμό ως αποδεικτικό μέσο συμμόρφωσης με απαιτήσεις ή κριτήρια που αναφέρονται στις τεχνικές προδιαγραφές, τα κριτήρια ανάθεσης ή τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης...2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται και άλλα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, εκτός από αυτά που αναφέρονται στην παρ. 1, όπως τον τεχνικό φάκελο του κατασκευαστή, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν έχει πρόσβαση στα πιστοποιητικά ή στις εκθέσεις δοκιμών που αναφέρονται στην παράγραφος 1 ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, υπό τους όρους ότι για την αδυναμία πρόσβασης δεν ευθύνεται ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας και ότι ο ίδιος αποδεικνύει ότι τα προς παροχή έργα, αγαθά και υπηρεσίες πληρούν τις απαιτήσεις ή τα κριτήρια που ορίζονται στις τεχνικές προδιαγραφές, τα κριτήρια ανάθεσης ή τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης ...»

26. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 «Γενικές αρχές (άρθρο 56 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)»: « Οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης.....».

27. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά : α) Η οποία ... υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαραίτητων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της

Αριθμός απόφασης: 80/2019

σύμβασης β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. ...»

28. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 365 του ν. 4412/2016 «1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: ... (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής.... Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η ΑΕΠΠ καταχωρίζει αυθημερόν την προσφυγή. Το αργότερο την επόμενη της καταχώρισης εργάσιμη ημέρα, η ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, κοινοποιεί την προσφυγή στην αναθέτουσα αρχή και την καλεί: (β) να διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κοινοποίησης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και.... Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης. η μη διαβίβαση προς την ΑΕΠΠ του φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής συνιστούν ιδιαίτερο πειθαρχικό αδίκημα των αρμόδιων για τις ενέργειες αυτές υπαλλήλων. 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των

Αριθμός απόφασης: 80/2019

προβαλλόμενων αιτιάσεων. 3. Η ΑΕΠΠ, εφόσον κρίνει ότι η παράλειψη αποστολής των αναφερόμενων στην παράγραφο 1 στοιχείων ή η καθυστερημένη αποστολή τους είναι αδικαιολόγητη, καθιστά, δε, ιδιαιτέρως δυσχερή την ουσιαστική παροχή προδικαστικής προστασίας, μπορεί, με την απόφαση επί της προσφυγής, σταθμίζοντας τις συντρέχουσες σε κάθε περίπτωση συνθήκες, να επιβάλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή. Το ποσό της κύρωσης αυτής μπορεί να ανέρχεται από εκατό (100) μέχρι πεντακόσια (500) ευρώ, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων και αναλόγως της βαρύτητας της παράβασης, και καταβάλλεται μία φορά για κάθε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης και αποτελεί έσοδο του Κρατικού Προϋπολογισμού. Μνεία της κύρωσης αυτής γίνεται στον ατομικό φάκελο του υπεύθυνου της καθυστέρησης ή ελλιπούς αποστολής ή μη αποστολής του φακέλου και των απόψεων της υπηρεσίας υπαλλήλου. Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 ορίζεται ο τρόπος και χρόνος κατάθεσης και είσπραξης της χρηματικής κύρωσης, ο τρόπος απόδειξης της είσπραξης της, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια. ...»

29. Επειδή, στον όρο 1.3 της διακήρυξης με τον τίτλο «**2.4 Κατάρτιση - Περιεχόμενο Προσφορών**» προβλέπεται ότι « **2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών** Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στην μελέτη με Α.Μ.και στα Παραρτήματα της Διακήρυξης. ... **2.4.3.2** Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή Α.Μ.μελέτη. Περιλαμβάνει ιδίως, με ποινή αποκλεισμού, 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 Παράρτημα Ι “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές”....**2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών** Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), ...2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς),... β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή

Αριθμός απόφασης: 80/2019

σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.» Στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης με τον τίτλο «**ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ**» προβλέπεται «Ο διατηρεί το δικαίωμα να ελέγξει οποιοδήποτε υλικό σε αναγνωρισμένο εργαστήριο του εσωτερικού ή εξωτερικού με έξοδα του προμηθευτή, για να εξετάσει αν τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς του προμηθευτή ταυτίζονται με αυτά του εργαστηρίου δοκιμής. Ο όρος αυτός δεσμεύει όλους τους συμμετέχοντες στη δημοπρασία, σε περίπτωση που ανακηρυχθούν ανάδοχοι σε οποιαδήποτε ομάδα και δεν χρειάζεται η από μέρους τους ιδιαίτερη δήλωση αποδοχής, εκτός εάν αναφέρεται ιδιαίτερος στις επιμέρους απαιτήσεις. Πιο συγκεκριμένα θα πρέπει να συμπεριληφθούν στον (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική προσφορά», τα παρακάτω στοιχεία:...

Τεχνικά εγχειρίδια του εργοστασίου κατασκευής των υλικών ή άλλο επίσημο αποδεικτικό έγγραφο. Σε κάθε ένα τεχνικό εγχειρίδιο/αποδεικτικό έγγραφο ο προμηθευτής θα αναγράφει τον αύξοντα αριθμό τιμολογίου (π.χ. α.τ. Α.10) του υλικού και θα έχει υπογραμμίσει τα σημεία που αναγράφονται οι ζητούμενες Τεχνικές Προδιαγραφές και τα περιγραφόμενα χαρακτηριστικά των υλικών, όπως αυτά σημειώνονται στο τεύχος “Τεχνικές Προδιαγραφές” της με αρ.εγκεκριμένης μελέτης που αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της παρούσας. Σε περίπτωση που οι συμμετέχοντες επικαλεστούν παρόμοιες προδιαγραφές θα πρέπει να αποδείξουν προσκομίζοντας τα απαραίτητα έγγραφα ότι αυτές καλύπτουν τα οριζόμενα....» Ακολούθως στην μελέτη με αριθ.με τον τίτλο «**ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ**» η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης σύμφωνα με τον όρο 2.1.1, ορίζεται ότι «Τα υλικά, θα πρέπει να είναι κατ’ αρχήν σύμφωνα με την ονομαστική τους περιγραφή. Για όλα τα υλικά θα πρέπει να ισχύουν τα κάτωθι:.... Ο διατηρεί το δικαίωμα να ελέγξει οποιοδήποτε υλικό σε αναγνωρισμένο εργαστήριο του εσωτερικού ή εξωτερικού με έξοδα του προμηθευτή, για να εξετάσει αν τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς του προμηθευτή ταυτίζονται με αυτά του εργαστηρίου δοκιμής....Ο προμηθευτής θα πρέπει να προσκομίσει τεχνικά εγχειρίδια του εργοστασίου κατασκευής των

Αριθμός απόφασης: 80/2019

υλικών ή άλλο επίσημο αποδεικτικό έγγραφο, σε κάθε ένα από τα οποία θα αναγράφει τον αύξοντα αριθμό τιμολογίου (π.χ. α.τ. Α.10) του υλικού και θα έχει υπογραμμίσει τα σημεία που αναγράφονται στις ζητούμενες Τεχνικές Προδιαγραφές και τα περιγραφόμενα χαρακτηριστικά των υλικών, όπως αυτά σημειώνονται στον συνημμένο ΠΙΝΑΚΑ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ....» Ακολουθως, στον «Πίνακα Τεχνικών Προδιαγραφών» (σελ. 90 επ. της διακήρυξης) τίθενται οι εξής προδιαγραφές για τα επίμαχα είδη Α12, Α13 και Α14 : «

**α/α Περιγραφή Υλικών ΑΡ.ΤΙΜΟ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ
ΛΟΓΙΟΥ (Α.Τ.)**

ΟΜΑΔΑ Α: Λαμπτήρες – Φωτιστικά (CPV 31520000-7)

12 Προβολέας LED τύπου COB 30-40W μαύρος	Φωτεινή ροή ≥ 5.900 lumens... Βαθμός στεγανότητας : IP67...
13 Προβολέας LED τύπου COB 60-70W μαύρος	Φωτεινή ροή ≥ 9.200 lumens... Βαθμός στεγανότητας : IP67...
14 Προβολέας LED τύπου COB 140-150W μαύρος	Φωτεινή ροή ≥ 20.500 lumens... Βαθμός στεγανότητας : IP67.....»

30. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

31. Επειδή 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,

Αριθμός απόφασης: 80/2019

105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000) Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

32. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00,

Αριθμός απόφασης: 80/2019

EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

33. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο, λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχής της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους, οπότε τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών (βλ. Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009).

34. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 25 και C-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 27).

35. Επειδή η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου στις τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Ε. Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ 96).

36. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει

για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σελ. 191)

37. Επειδή, 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 διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων- με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστηματική –υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων- και την τελολογική- του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μια 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 (Ε. Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, 15^η έκδοση, σελ. 140).

38. Επειδή η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής ελέγχεται μόνο στα ακραία όριά της, που καθορίζονται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενη της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων, γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης, και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέρος που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το

Αριθμός απόφασης: 80/2019

εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (Ε. Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 2, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, αριθ. 514).

39. Επειδή δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες 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 (Ε. Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, 15^η έκδοση 2017, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στην Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (ΣτΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρεις και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (ΣτΕ 4720/2012)

40. Επειδή, όπως προκύπτει από τα έγγραφα του διαγωνισμού ως είναι αναρτημένα στον οικείο ηλεκτρονικό τόπο στο ΕΣΗΔΗΣ, ο προσωρινός ανάδοχος ανάρτησε στην τεχνική του προσφορά ηλεκτρονικά αρχεία ως ακολούθως : i) Υπεύθυνη Δήλωση με ημερομηνία 5-11-2018 ότι το εργοστάσιο κατασκευής των επίμαχων προϊόντων 12, 13 και 14 είναι η το εμπορικό σήμα των προϊόντων (μάρκα) είναι και η χώρα κατασκευής είναι η Κίνα. ii) Αρχείο με την ονομασία *ΤΕΧΝΙΚΑ ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ 2* στην σελ. 22 του οποίου, είναι αναρτημένο Φυλλάδιο τεχνικών προδιαγραφών του προσφερομένου προϊόντος Α 12 της διακήρυξης. Οι τεχνικές προδιαγραφές αφορούν στο προϊόν με κωδικό προϊόντος από τον κατασκευαστήτης με διεύθυνση στην και με ηλεκτρονική ιστοσελίδα www.....com. Στις τεχνικές προδιαγραφές του προϊόντος με τον κωδικό προϊόντος από τον κατασκευαστήεμφαίνεται ότι το προϊόν διαθέτει IP67, Αρχική φωτεινή ροή 5900 LM (*LED Initial Flux*) iii) Στην σελ. 23 του ίδιου αρχείου εμφανίζονται οι τεχνικές προδιαγραφές του προσφερομένου προϊόντος Α 13 της διακήρυξης με κωδικό προϊόντος από τον κατασκευαστή13-70W, με Αρχική φωτεινή ροή 9200 LM (*LED Initial Flux*) και όμοια τα λοιπά στοιχεία ως άνω για το προϊόν Α13 αναφέρονται iv) Στην σελ. 24 του

Αριθμός απόφασης: 80/2019

ίδιου αρχείου εμφανίζονται οι τεχνικές προδιαγραφές του προσφερομένου προϊόντος A 14 της διακήρυξης με κωδικό κατασκευαστή13-140W, με Αρχική φωτεινή ροή 20500 LM (LED Initial Flux) και όμοια τα λοιπά στοιχεία ως άνω για το προϊόν A13 αναφέρονται. Τα αυτά ως άνω Φυλλάδια Τεχνικών Προδιαγραφών που κατατέθηκαν με την προσφορά επεσύναψε και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής. Αντίστοιχα, η προσφεύγουσα προσκόμισε μετ' επικλήσεως στην προσφυγή το με ημερομηνία 14-11-2018 δελτίο προσφοράς με τα στοιχεία της αυτής ως άνω κατασκευάστριας κινεζικής εταιρείας, όπου το μεν προϊόν με κωδικό προϊόντος από τον κατασκευαστή13-40W, εμφανίζεται με IP65 και με Αρχική φωτεινή απόδοση 5900lm +/- 10%, το δε προϊόν με κωδικό προϊόντος από τον κατασκευαστή13-70W, με IP65 και 9200lm +/- 10%, ως αναφέρει η προσφεύγουσα, ενώ δεν ανευρίσκεται προϊόν με τον κωδικό προϊόντος από τον κατασκευαστή13-140W. Τόσο τα παραπάνω προσκομισθέντα με την προσφορά του προσωρινού αναδόχου δελτία τεχνικών προδιαγραφών της κατασκευάστριας όσο και το δελτίο προσφοράς με τις τεχνικές προδιαγραφές της ίδιας κατασκευάστριας που προσκόμισε η προσφεύγουσα δεν φέρουν υπογραφή του κατασκευαστή ή εμπορικού οίκου, και κανένα από τα δύο εμφανίζεται ότι προέρχεται από την επίσημη ιστοσελίδα της κατασκευάστριας εταιρείας. Συνεπώς προκύπτει από την αντιπαραβολή, ότι τα προσφερόμενα με την τεχνική προσφορά είδη AT 12 και AT 13, εμφανίζονται στην μεν προσφορά με IP67 (στεγανότητα), και αντιστοίχως με σταθερή φωτεινή απόδοση 5900 lumen και 9200 lumen, ήτοι εντός των προδιαγραφών της διακήρυξης, και στην δε προσκομιζόμενη από την προσφεύγουσα εμπορική προσφορά του ίδιου κατασκευαστή εμφανίζονται με IP65 (στεγανότητα), και αντιστοίχως με φωτεινή απόδοση 5900 lumen και 9200 lumen, κυμαινόμενη όμως μέχρι -10% ήτοι εκτός των προδιαγραφών της διακήρυξης. Γίνεται μνεία ότι και παρά τις επανειλημμένες προσπάθειες σύνδεσης με την επίσημη ιστοσελίδα του κατασκευαστή στην ηλεκτρονική του διεύθυνση που εμφανίζεται ως άνω στην τεχνική προσφορά της προσωρινής αναδόχου, απεδείχθη αδύνατη η σύνδεση και εμφανίζεται στην οθόνη η ένδειξη *DataBase Connected Failed: Connection refused* ήτοι *Απέτυχε η σύνδεση με την βάση δεδομένων Απεκλείσθη η σύνδεση*. Γίνεται επίσης μνεία

Αριθμός απόφασης: 80/2019

ότι παρά την εκτεταμένη έρευνα στο διαδίκτυο δεν προέκυψε άλλη ηλεκτρονική διεύθυνση επίσημης ιστοσελίδας του κατασκευαστή πλην της ανωτέρω.

41. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής αναφέρει ότι κατόπιν επανελέγχου αυτών τούτων των κατατεθειμένων δικαιολογητικών της προσωρινής αναδόχου, θεώρησε ότι ορθά κρίθηκε αποδεκτή η τεχνική προσφορά της προσωρινής αναδόχου. Συνεπώς η αναθέτουσα αρχή ι) δεν εξέτασε τα τεχνικά στοιχεία που προσκομίστηκαν με την προσφυγή ιι) ούτε παρέθεσε τις απόψεις της επί του μόνου λόγου της προσφυγής με τον οποίο ουδόλως αμφισβητείται ότι τα επίμαχα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς συνάδουν με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, ιιι) ούτε ίδια εξέτασε ποιες είναι πράγματι οι τεχνικές προδιαγραφές των συγκεκριμένων προσφερομένων στον διαγωνισμό προϊόντων τα οποία οτέ μεν, ήτοι στην επίμαχη προσφορά φέρονται από τον κατασκευαστή εντός των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, οτέ δε, ήτοι στην υπό εξέταση προσφυγή φέρονται από τον ίδιο κατασκευαστή εκτός προδιαγραφών. Συνεπώς η αναθέτουσα αρχή δεν εκπλήρωσε την νόμιμη υποχρέωσή της διαβίβασης στην ΑΕΠΠ των απόψεών της επί αυτής ταύτης της προσφυγής σύμφωνα με το άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, δυναμένου να συναχθεί και τεκμηρίου ομολογίας της αναθέτουσας αρχής επί της πραγματικής βάσης της προσφυγής, κατ' άρθ. 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 (σκέψη 28). Σε κάθε περίπτωση, στα πλαίσια της διαφάνειας της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού, σύμφωνα με το άρθ. 18 του ν. 4412/2016 (σκέψη 21), και σύμφωνα με την αρχή της χρηστής διοίκησης (σκέψη 36), και εφόσον αμφισβητείται με προσκόμιση στοιχείων η συμμόρφωση της προσφοράς με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, η αναθέτουσα αρχή όφειλε όπως προβεί στις απαιτούμενες ενέργειες, προκειμένου να διασφαλίσει ότι τα προσφερόμενα προϊόντα τα οποία πρόκειται να προμηθευτεί με τον υπό εξέταση διαγωνισμό πράγματι συμμορφώνονται με τις τεθείσες από την ίδια τεχνικές προδιαγραφές, σύμφωνα με τα άρθ. 53, 54, 71, 91 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 22, 23, 24, 26, 27) και τους όρους 2.4.3.2, 2.4.6, και Παράρτημα Ι της διακήρυξης (σκέψη

Αριθμός απόφασης: 80/2019

29). Η αναθέτουσα διαθέτει διακριτική ευχέρεια κατά την επιλογή μεταξύ των διαφόρων ενεργειών, πάντως όμως ικανών και πρόσφορων ενεργειών, προκειμένου να διασφαλίζεται κατά πάντα χρόνο και όχι μόνον κατά την κατάθεση των προσφορών, το αποτέλεσμα της διαδικασίας, ως απαιτεί το άρθ. 104 του ν. 4412/2016 «Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής Οψιγενείς μεταβολές» : « 1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ. 3 του άρθρου 105....» Στις προς επιλογή κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής ικανές και πρόσφορες ενέργειες μπορεί να περιλαμβάνεται η απ' ευθείας επικοινωνία της με τον κατασκευαστικό οίκο και η αναζήτηση περαιτέρω αποδεικτικών εγγράφων, περιλαμβανομένης και της άσκησης του δικαιώματος της αναθέτουσας αρχής όπως «ελέγξει οποιοδήποτε υλικό σε αναγνωρισμένο εργαστήριο του εσωτερικού ή εξωτερικού με έξοδα του προμηθευτή, για να εξετάσει αν τα στοιχεία της τεχνικής προσφοράς του προμηθευτή ταυτίζονται με αυτά του εργαστηρίου δοκιμής. Ο όρος αυτός δεσμεύει όλους τους συμμετέχοντες στη δημοπρασία, σε περίπτωση που ανακηρυχθούν ανάδοχοι σε οποιαδήποτε ομάδα και δεν χρειάζεται η από μέρους τους ιδιαίτερη δήλωση αποδοχής, εκτός εάν αναφέρεται ιδιαίτερος στις επιμέρους απαιτήσεις» ως ρητά ορίζεται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης και στην Μελέτηπου αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα αυτής (σκέψη 29). Συνεπώς, και δεδομένου ότι ηέχει ανακηρυχθεί ήδη προσωρινός ανάδοχος, η αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την αρχή της χρηστής διοίκησης ως άνω, μπορεί –μεταξύ άλλων και- να ασκήσει το ως άνω προβλεπόμενο στην διακήρυξη δικαίωμά της ελέγχου και πιστοποίησης των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών. Σε κάθε περίπτωση και ανεξαρτήτως του ως άνω ρητού και σαφούς όρου της διακήρυξης και δικαιώματος εν προκειμένω της αναθέτουσας αρχής περί εργαστηριακού ελέγχου και πιστοποίησης των τεχνικών προδιαγραφών έχει κριθεί ότι «...Επομένως, ουδόλως εκωλύετο η αναθέτουσα αρχή, μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων και την κατακύρωση του είδους 1 στην

Αριθμός απόφασης: 80/2019

αιτούσα να προβεί, αυτεπαγγέλτως ή και εξ αφορμής αναφοράς-εισηγήσεως υποβληθείσης από άλλον, όπως η Οικονομική Υπηρεσία του Νοσοκομείου, σε επανεξέταση της νομιμότητας συμμετοχής της αιτούσας εταιρίας στο διαγωνισμό και στον αποκλεισμό της από αυτόν λόγω του ότι εμφίλοχώρησε παράβαση διατάξεων του νόμου ή όρων της διακηρύξεως (πρβλ. ΣΤΕ 1668/2012, 742/2012, 2662/2004, 4166/1996)....» (ΔΕΦΑΘ 599/2013), καθώς και ότι «...Η Προϊσταμένη Αρχή, μετά τον έλεγχο νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης από το Ελεγκτικό Συνέδριο και πριν την υπογραφή της σύμβασης, διατηρεί το δικαίωμα αναζήτησης οποιουδήποτε εγγράφου θεωρεί αναγκαίο για την απόδειξη αυτής....Σύμφωνα δε με τις αρχές της χρηστής Διοίκησης αν η Επιτροπή του Διαγωνισμού ή η Αναθέτουσα Αρχή αμφισβητεί αυτεπαγγέλτως ή μετά από ένσταση διαγωνιζομένου το περιεχόμενο της ως άνω υπεύθυνης δήλωσης και των πρόσθετων στοιχείων, οφείλει να ζητήσει τα στοιχεία αυτά, πριν να προβεί στον αποκλεισμό του διαγωνιζομένου..» (ΔΕΦΑΘ 564/2012), και « ... με την κρινόμενη αίτηση η αιτούσα προβάλλει ότι κατά παράβαση των αρχών της χρηστής διοίκησης και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, αλλά και κατά παράβαση της διαφάνειας, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε μετά το πέρας της τεχνικής αξιολόγησης των προσφορών όλων των εταιρειών γνωμοδότηση μόνο για την προσφορά της από υπηρεσία που δεν προβλέπεται από τη διακήρυξη, αν και η μόνη αρμόδια Επιτροπή Τεχνικής Αξιολόγησης του διαγωνισμού είχε κάνει αποδεκτή και είχε βαθμολογήσει πρώτη την τεχνική προσφορά της ...Περαιτέρω, και κατά το μέρος που πλήττεται η νομιμότητα της διαδικασίας, για το λόγο ότι το αποφασίζον όργανο ζήτησε τη γνώμη οργάνου που δεν προβλέπεται από τη διακήρυξη, δεν πιθανολογείται σοβαρά ως βάσιμος, διότι, κατά γενική αρχή του δικαίου, το αποφασίζον όργανο μπορεί να ζητεί από άλλο, ως οικειοθελή τύπο, να εκφράσει τη γνώμη του (πρβλ. ΕΑ 1140/2010, 1010/2008, 939/2004)....» (ΣΤΕ ΑΣΦ 61/2011) Συνεπώς, ι) Εν όψει των ευθέως αντικρουομένων και αλληλοαναιρουμένων στοιχείων τεχνικών προδιαγραφών, φερόμενα αμφότερα προέλευσης του κατασκευαστικού οίκου των προσφερομένων προϊόντων Α12 και Α13, που έχουν προσκομιστεί εκατέρωθεν από τον προσωρινό ανάδοχο και την προσφεύγουσα, και ιι) Δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή δεν αμφισβήτησε τα προσκομισθέντα με την προσφυγή

Αριθμός απόφασης: 80/2019

στοιχεία σύμφωνα με τα οποία τα προϊόντα A12 και A13 της τεχνικής προσφοράς του προσωρινού αναδόχου δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, και επομένως κατόπιν τούτων iii) Δεν προέκυψε σαφώς σύμφωνα με την διακήρυξη και τον νόμο ότι τα προσφερόμενα από την προσωρινή ανάδοχο προϊόντα A12 και A13 συμμορφώνονται με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές στεγανότητας (IP) και φωτεινής απόδοσης (lumen), ενώ iv) Η αναθέτουσα αρχή δεν έχει ακόμη προβεί στις προς τούτο οφειλόμενες ενέργειες κατά τις αρχές της χρηστής διοίκησης, της διαφάνειας, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, και του υγιούς ανταγωνισμού. Συνεπώς, πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει η προδικαστική προσφυγή, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής με αριθ. 343/20-11-2018 και να αναπεμφθεί η υπόθεση στην ίδια, προς έλεγχο της τεχνικής προσφοράς της προσωρινής αναδόχου ως προς την σαφή ρητή και αποδεδειγμένη συμμόρφωση με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές των προσφερομένων από αυτήν προϊόντων A12 και A1., και προκειμένου, αφού ενεργήσει τα νόμιμα, όπως προβεί σε νέα κρίση.

42. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

43. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου να ενεργήσει τα νόμιμα, σύμφωνα με τα κριθέντα (σκέψη 41).

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του κατατεθέντος παραβόλου ποσού εξακοσίων (600) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 04.01.2019 και εκδόθηκε την 23.01.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Νικόλαος Λιακασιδης