

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος-Εισηγήτρια, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή και Μαρία Μανδράκη Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) 685/17.05.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Δήμου (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 146/3.05.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. 7148/28.04.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου στην οποία ενσωματώνεται και η υπ' αριθμ. 131/12.04.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής περί έγκρισης των με αριθμ. πρωτ. 5779/5.04.2022 και 5782/5.04.2022 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο ..., ... αριθμ. ... και ...αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του, κρίνεται αποδεκτή η προσφορά και ανακηρύσσεται οριστικός ανάδοχος του διαγωνισμού ο παρεμβαίνων.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 839,02 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 16.05.2022 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 167.803,62 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια και τοποθέτηση οργάνων παιδικών χαρών και αστικού εξοπλισμού στο Δήμο ...», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής συνολικής εκτιμώμενης αξίας 208.076,49€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

3. Επειδή, προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη στην Υπηρεσία Εκδόσεων Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις 2.02.2022, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 7.02.2022 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει 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 η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 16.05.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 5.05.2022 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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.

6. Επειδή στις 17.05.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1012/2022 Πράξη της Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 27.05.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2941/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει υποβάλει προσφορά στο διαγωνισμό και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 27.05.2022 απέστειλε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα και τον παρεμβαίνοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 1.06.2022, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της

αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δυο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. συστήματος 267753 και 268550 προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. 5779/5.04.2022 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε αφενός μεν την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και αφετέρου την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος διότι «*το δείγμα τμήματος τούνελ πολυαιθυλενίου που κατέθεσε ο διαγωνιζόμενος δεν είχε ανάγλυφα διακοσμητικά γεωμετρικά σχήματα, όπως σαφώς προβλέπονταν επί ποινή αποκλεισμού στους όρους της διακήρυξης*». Με την υπ' αριθμ. 131/2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού ο παρεμβαίνων, κατόπιν δε ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 146/2022 απόφαση κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας στον παρεμβαίνοντα.

13. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ/Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το,

δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣτΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος του διαγωνισμού, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

Περαιτέρω, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος, καταρχάς μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς προς απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. Και τούτο διότι, έχει προσφάτως κριθεί - υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76)-, αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, *Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik*), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ'. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας,

ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα). Επιπροσθέτως, με την απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 (επί της υποθέσεως C-771/19, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.), κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, κρίθηκε ότι «ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού του από τη διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλει, με την ταυτοχρόνως ασκηθείσα αίτησή του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου, την οποία έπρεπε, βάσει του εθνικού δικαίου, να ασκήσει προηγουμένως ο εν λόγω προσφέρων κατά της απόφασης αποκλεισμού του, εφόσον η απόρριψη αυτή δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου».

14. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και 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 [...]»

15. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως : [...] 1α) 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, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

16. Επειδή το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περ.1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.[...]».

17. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : « 1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της 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. [...]».

18. Επειδή το άρθρο 94 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «... 4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.[...]».

19. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : « ... 2.4.3.2 Τεχνική προσφορά Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με τη υπ' αριθ. ... Μελέτη της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών, Πρασίνου και Αγροτικής Ανάπτυξης του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. Με την προσφορά κάθε διαγωνιζόμενου θα δίδοντα υποχρεωτικά επί ποινή αποκλεισμού, τα παρακάτω στοιχεία:

1. Τα όργανα παιδικής χαράς πρέπει να πληρούν τις προδιαγραφές που προβλέπονται στη σειρά προτύπων EN 1176:2017 και να φέρουν πιστοποιητικό συμμόρφωσης με τα αντίστοιχα πρότυπα από αναγνωρισμένο φορέα πιστοποίησης, επί ποινή αποκλεισμού. Οι επιφάνειες και τα υλικά που θα χρησιμοποιηθούν για προστασία από πτώση θα πρέπει να πληρούν τις προδιαγραφές που προβλέπονται στη σειρά προτύπων EN1176-1:2017, EN1177:2018 και EN71-3:2019.

Συγκεκριμένα:

- Τα πλακίδια ασφαλείας θα πρέπει να πληρούν επί ποινή αποκλεισμού τις προδιαγραφές που προβλέπονται στη σειρά προτύπων EN 1176-1:2017 και EN1177:2018 και να φέρουν πιστοποιητικό συμμόρφωσης με τα αντίστοιχα πρότυπα, καθώς και έκθεση αποτελεσμάτων χημικής ανάλυσης και αναφοράς ελέγχου κατά EN71-3:2019 για δείγμα πλακιδίου οιοδήποτε πάχους και έκθεση αποτελεσμάτων χημικής ανάλυσης για περιεκτικότητα σε πολυκυκλικούς υδρογονάνθρακες (PAH κατά REACH EU1907/2006 και EU1272//2013) για δείγμα πλακιδίου οιοδήποτε πάχους. Τα εν λόγω πιστοποιητικά, βεβαιώσεις ελέγχου, εκθέσεις αποτελεσμάτων πρέπει να προέρχονται από έγκριτα και διαπιστευμένα εργαστήρια και φορείς πιστοποίησης για τον σκοπό αυτό και θα προσκομίζονται επί ποινή αποκλεισμού.

[...]

- Τα φωτιστικά σώματα πρέπει να πληρούν τις προδιαγραφές που

αναφέρονται στο αντίστοιχο άρθρο των τεχνικών προδιαγραφών της μελέτης και να φέρουν όλα όσα αναφέρονται αναλυτικά στο αντίστοιχο άρθρο της μελέτης για το φωτιστικό και τον αντίστοιχο ιστό, επί ποινή αποκλεισμού.[...]

2. Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να καταθέσει (επί ποινή αποκλεισμού) με την προσφορά του λεπτομερή περιγραφή και Τεχνικά έντυπα (prospectus) με σχέδια και απεικόνιση. Σε κάθε ένα από τα παραπάνω έντυπα είναι υποχρεωτικό στη θέση του προσφερόμενου αντικειμένου να αναγράφεται ο κωδικός αριθμός του και να διευκρινίζεται ο τύπος που προσφέρεται με τρόπο μονοσήμαντο έτσι ώστε να μη δημιουργείται καμία αμφιβολία ως προς την ταυτότητα του προσφερόμενου είδους.

Ειδικότερα στην τεχνική προσφορά κάθε είδους θα υπάρχει:

- α. Χώρα προέλευσης - κατασκευής,
- β. Κατασκευαστικός - Προμηθευτικός Οίκος,
- γ. Τύπος ή μοντέλο προσφερόμενου.

[...] 3. Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να καταθέσει, (επί ποινή αποκλεισμού) και δείγματα των ζητούμενων, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές, υλικών των προμηθευόμενων ειδών, έως και 3 εργάσιμες ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, στο πρωτόκολλο του Δήμου. Τα δείγματα θα είναι τα παρακάτω:

[...] • Δείγμα τμήματος τούνελ πολυαιθυλενίου με ανάγλυφα διακοσμητικά γεωμετρικά σχήματα.

- Δείγμα καμπυλόμορφου πατήματος από πολυαιθυλένιο 300x300x150mm περίπου με αντιολισθητική επιφάνεια με γραμμώσεις.

- Τμήμα μορφοποιημένου πολυμερούς ανθεκτικό σε χημικά (τύπου DURAPOL)

- Δείγμα τμήματος σανίδας), ανακυκλωμένου πλαστικού (πολυολεφίνη-οικολογικά συμβατό) 10x4,7εκ με εσωτερικό κοιλοδοκό τετράγωνης διατομής INOX διαστάσεων 20x20x2,5mm

Τα προσκομιζόμενα δείγματα θα πρέπει να συμφωνούν με τα χαρακτηριστικά που περιγράφονται στις τεχνικές προδιαγραφές και θα είναι τοποθετημένα σε συσκευασία σφραγισμένη, με ευκρινώς αναφερόμενα τα στοιχεία του διαγωνιζομένου. [...]

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 αποκλίνει από απαράβατους όρους περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, ή δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στην παρούσα και συγκεκριμένα στις παραγράφους [...] 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς)[...]ι) η οποία παρουσιάζει αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης, [...]

6.5 Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να καταθέσει, (επί ποινή αποκλεισμού) και δείγματα των ζητούμενων, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές, υλικών των προμηθευόμενων ειδών, έως και 3 εργάσιμες ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, στο πρωτόκολλο του Δήμου. Τα δείγματα θα είναι τα παρακάτω:

[...]• Δείγμα τμήματος τούνελ πολυαιθυλενίου με ανάγλυφα διακοσμητικά γεωμετρικά σχήματα.

- Δείγμα καμπυλόμορφου πατήματος από πολυαιθυλένιο 300x300x150mm περίπου με αντιολισθητική επιφάνεια με γραμμώσεις.

- Τμήμα μορφοποιημένου πολυμερούς ανθεκτικό σε χημικά (τύπου DURAPOL)

[...]Τα προσκομιζόμενα δείγματα θα πρέπει να συμφωνούν με τα χαρακτηριστικά που περιγράφονται στις τεχνικές προδιαγραφές και θα είναι τοποθετημένα σε συσκευασία σφραγισμένη, με ευκρινώς αναφερόμενα τα στοιχεία του διαγωνιζομένου.[...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι ΜΕΛΕΤΗ ...

ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

[...] Ως δάπεδα ασφαλείας θα χρησιμοποιηθούν ελαστικά πλακίδια σύμφωνα με όσα προβλέπονται στη σειρά προτύπων EN 1176-1:2017 και EN1177:2018, και βότσαλο κατάλληλης κοκκομετρίας και σύστασης σύμφωνα με τα πρότυπα EN1176. Οι εξοπλισμοί για τους οποίους δεν απαιτείται βάσει των προτύπων ελαστικό δάπεδο ασφαλείας τοποθετούνται απευθείας στο χώμα/γρασίδι το οποίο όμως θα πρέπει να είναι πλήρως απαλλαγμένο από πέτρες, εμπόδια και

άλλα τυχόν αιχμηρά μέρη που μπορεί να προκαλέσουν ατύχημα κατά τη χρήση της παιδικής χαράς

[...]Το HPL θα συνοδεύεται από γραπτή εγγύηση καλής λειτουργίας, του προμηθευτή / συμμετέχοντος οικονομικού φορέα, διάρκειας 10 ετών για το χρώμα και την επιφάνεια του υλικού και 20 ετών για μηχανική αντοχή, επί ποινή αποκλεισμού.

[...] Το τούνελ, εσωτερικής διαμέτρου Φ533mm και μήκους 1220mm περίπου, θα κατασκευάζεται με τη μέθοδο της περιστροφικής έκχυσης σε καλούπια από χαμηλής πυκνότητας πολυαιθυλένιο. Στο εξωτερικό του θα φέρει ανάγλυφα διακοσμητικά γεωμετρικά σχήματα. Θα στηρίζεται σε κάθε πλευρά σε πάνελ από HDPE ή HPL που θα βιδώνονται στα υποστυλώματα.

Τα πατήματα θα κατασκευάζονται από πολυαιθυλένιο με τη μέθοδο της περιστροφικής χύτευσης, θα είναι καμπυλόμορφα και θα έχουν διαστάσεις 300x300x150mm περίπου. Η επιφάνεια θα είναι αντιολισθητική με γραμμώσεις ώστε ο χρήστης να έχει σταθερά πατήματα. Το κάθε πάτημα θα συνδέεται με τον σκελετό και το έδαφος μέσω κατάλληλων αλυσίδων και θα τοποθετείται σε διαφορετικό ύψος ώστε να κάνει πιο διασκεδαστική την πορεία του χρήστη στο όργανο[...]

Επιπρόσθετα το φωτιστικό θα συμμορφώνεται με όλες τις απαραίτητες νόρμες και κανονισμούς της Ευρωπαϊκής Ένωσης και πιο συγκεκριμένα

Εργοστασιακή εγγύηση ή εγγύηση του προμηθευτή, καλής λειτουργίας 5 ετών.

Υπεύθυνη δήλωση του προμηθευτή του φωτιστικού για την αποδοχή της εκτέλεσης της προμήθειας, έναντι του υποψήφιου αναδόχου[...] ».

20. 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 (Ολ ΣΤΕ 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). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

21. 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 ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, 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 ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

22. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction 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).

23. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ.ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

24. Επειδή, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπου η πλήρωση των όρων της διακήρυξης επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαραίτους όρους της διακήρυξης (βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium*).

25. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction 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).

26. Επειδή ως έχει *ad hoc* κριθεί, εφόσον ρητά απαιτείται από την διακήρυξη η προσκόμιση δείγματος σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές, προκειμένου να αξιολογηθεί βάσει αυτού η προσφορά τότε νομίμως απορρίπτεται η προσφορά εάν κριθεί ότι το προσκομισθέν δείγμα δεν εκπληρώνει τις προδιαγραφές και μάλιστα ανεξαρτήτως και των τυχόν επιφυλάξεων του προσφέροντος (ΣΤΕ Ασφ. 721/2011).

27. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως απορρίφθηκε η προσφορά του διότι το δείγμα του συμμορφώνεται πλήρως με τις διατάξεις της διακήρυξης και της μελέτης καθώς πρόκειται για δείγμα από πολυαιθυλένιο σχήματος κανονικού πολυγώνου – εξαγώνου, το οποίο φέρει ευδιάκριτα ανάγλυφα γεωμετρικά σχήματα (από το ίδιο υλικό) τα οποία διαμορφώνουν οπτικά ένα είδος πολυγωνικού πλαισίου.

28. Επειδή στους όρους 2.4.3.2.3 και 6.5 της διακήρυξης ρητώς προβλέπεται η υποβολή δειγμάτων του προσφερόμενου είδους, μεταξύ των οποίων και δείγματος τμήματος τούνελ πολυαιθυλενίου με ανάγλυφα διακοσμητικά γεωμετρικά σχήματα. Από δε τη χρήση του πληθυντικού

αριθμού αναφορικά με τα απαιτούμενα ανάγλυφα διακοσμητικά γεωμετρικά σχήματα επί του δείγματος του τμήματος τούνελ σαφώς και ρητώς προκύπτει ότι πρέπει να υφίστανται επί του δείγματος του τμήματος τούνελ πέραν του ενός ανάγλυφου διακοσμητικού γεωμετρικού σχήματος. Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 20-26 και τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς σε περίπτωση που το δείγμα του τμήματος τούνελ δεν φέρει ανάγλυφα διακοσμητικά γεωμετρικά σχήματα.

29. Επειδή, ως προδήλως αποδεικνύεται από την επισυναπτόμενη στην προσφυγή φωτογραφία του δείγματος του τμήματος τούνελ που προσκόμισε ο προσφεύγων με την προσφορά του, αυτό φέρει ένα μόνον ανάγλυφο διακοσμητικό πολύγωνο και ως εκ τούτου δεν πληροί την απαίτηση της διακήρυξης περί πλείονων του ενός ανάγλυφων διακοσμητικών γεωμετρικών σχημάτων επί του δείγματος του τμήματος τούνελ, ως βασίμως προβάλλουν η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων. Αβασίμως δε, ενόψει της ρητής διατύπωσης των όρων 2.4.3.2.3 και 6.5 της διακήρυξης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται στο υπόμνημα ότι δεν προσδιορίζεται στη διακήρυξη η ποσότητα των απαιτούμενων ανάγλυφων διακοσμητικών γεωμετρικών σχημάτων επί του δείγματος του τμήματος τούνελ καθώς και ότι η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε εκ των υστέρων διασταλτική ερμηνεία των όρων της διακήρυξης. Επίσης, αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ότι σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν σε θέση να προβεί σε ορθή αντιστοίχιση των δειγμάτων του, δοθέντος ότι προσκόμισε και έτερο δείγμα - τμήμα μορφοποιημένου πολυμερούς ανθεκτικό σε χημικά, είχε την δυνατότητα να του ζητήσει διευκρινίσεις, καθώς, ως σαφώς προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση και τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, η προσφορά του προσφεύγοντος δεν απορρίφθηκε λόγω μη δυνατότητας αντιστοίχισης των υποβληθέντων δειγμάτων του. Ομοίως για τον ίδιο λόγο τυγχάνουν απορριπτέοι ως αλυσιτελείς οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος περί μη ταυτοποίησης των δειγμάτων του προσφεύγοντος και μη υποβολής δείγματος τούνελ από τον προσφεύγοντα. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή

απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

30. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 13, εφόσον συντρέχει νόμιμος λόγος απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, μετ'επ'αυτού συμφέροντος προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και για πλημμέλειες που δεν ταυτίζονται με τους λόγους απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος. Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος θα πρέπει να απορριφθεί διότι το δείγμα που κατέθεσε δεν συνάδει με τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές. Επίσης, κατά τον προσφεύγοντα, από τα σχετικά πιστοποιητικά και φύλλα ελέγχου που προσκόμισε με την προσφορά του ο παρεμβαίνων, δεν προκύπτει ότι υφίσταται πιστοποίηση καταλληλότητας για την ασφάλεια του υλικού αναφορικά με την χρήση του σε παιδικές χαρές. Πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο παρεμβαίνων προσκομίζει πιστοποιητικό που δεν φέρει σφραγίδα του ΕΣΥΔ, ο δε φορέας πιστοποίησης δεν είναι διαπιστευμένος περί του απαιτούμενου προτύπου και άρα δεν πληρούται η ζητούμενη κατά τη διακήρυξη πιστοποίηση. Περαιτέρω, το έγγραφο που προσκομίζεται ως εγγύηση για τα φωτιστικά φέρει ημερομηνία Αυγούστου 2016 και συνεπώς η πενταετία της εγγύησης έχει ήδη παρέλθει κατά την ημερομηνία δημοσίευσης του διαγωνισμού. Επίσης, υπάρχει ασάφεια στην προσφορά του παρεμβαίνοντος για τον κατασκευαστή καθώς αναφέρεται διαφορετική έδρα του κατασκευαστή στα προσκομισθέντα ISO 9001 και 14001 για το ίδιο αντικείμενο προμήθειας. Αναφορικά δε με τον κάδο απορριμάτων, ο ανάδοχος δηλώνει ως κατασκευάστρια την αγγλική εταιρεία με την επωνυμία ..., ωστόσο, η ως άνω εταιρεία σε επιστολή της προς τον προσφεύγοντα δηλώνει ότι δεν έχει ουδεμία εμπορική συνεργασία με τον παρεμβαίνοντα και δεν πρόκειται να προμηθεύσει το κάδο ... για το διαγωνισμό του Δήμου Τέλος, η εγγύηση που παρέχει ο παρεμβαίνων για το υλικό HPL δεν καταλαμβάνει βλάβες ή φθορές που προέρχονται από βανδαλισμούς ή δολιοφθορές.

31. Επειδή, ως προδήλως αποδεικνύεται από την επισυναπτόμενη στην προσφυγή φωτογραφία του δείγματος του τμήματος τουνελ που

προσκόμισε ο παρεμβαίνων με την προσφορά του, το δείγμα του τμήματος τούνελ φέρει ανάγλυφα διακοσμητικά γεωμετρικά σχήματα, ενώ ουδόλως προκύπτει μόνον εκ της εν λόγω φωτογραφίας ότι τα σχήματα είναι κολλημένα-πρόσθετα τοποθετημένα καθώς και ότι δεν προκύπτουν με τη μέθοδο της περιστροφικής έγχυσης σε καλούπι και οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι και αναπόδεικτοι. Επίσης, ουδόλως αποδεικνύεται από την επισυναπτόμενη στην προσφυγή φωτογραφία του δείγματος του καμπυλόμορφου πατήματος που προσκόμισε ο παρεμβαίνων με την προσφορά του, ότι αυτό δεν είναι από πολυαιθυλένιο αλλά ελαστομερές υλικό, ενώ αορίστως και αναποδείκτως ο προσφεύγων προβάλλει ότι από το επιτόπιο έλεγχο του επίμαχου δείγματος προέκυψε ότι δεν είναι από πολυαιθυλένιο. Σημειωτέον ότι η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς τον έλεγχο του δείγματος αλλά ελέγχει το σύννομον της κρίσης της αναθέτουσας αρχής επί τη βάση των εγγράφων της διαδικασίας, των προβαλλόμενων ισχυρισμών και των προσκομιζόμενων αποδεικτικών στοιχείων (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 326/2021, 7/2021). Ωστόσο, εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν είχε την τεχνογνωσία και δεν εδύνατο να διακρίνει οπτικά αν το δείγμα πατήματος του παρεμβαίνοντος ήταν ελαστομερές ή πολυαιθυλένιο και ως εκ τούτου συνομολογεί ότι δεν προέβη σε έλεγχο της πλήρωσης της σχετικής προδιαγραφής παρά το γεγονός ότι κατά τους όρους 2.4.3.2.3 και 6.5 της διακήρυξης και τα εκτεθέντα υπό σκέψη 25, η πλήρωση της τεχνικής προδιαγραφής περί καμπυλόμορφου πατήματος από πολυαιθυλένιο οφείλεται να αποδειχθεί επαρκώς και δια του υποβληθέντος δείγματος και άρα η Επιτροπή Διαγωνισμού ήταν υποχρεωμένη να προβεί σε έλεγχο και του υλικού των δειγμάτων πατήματος που προσκόμισαν οι διαγωνιζόμενοι. Επομένως, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτό το δείγμα πατήματος που προσκόμισε ο παρεμβαίνων και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη του Μέλους του κλιμακίου Μ. Μανδράκη, ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή εδύνατο, εν προκειμένω, εφαρμόζοντας τις

διατάξεις του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, να αιτηθεί διευκρινήσεις από τη συμμετέχουσα και ώδε παρεμβαίνουσα εταιρεία, προκειμένου να πιστοποιήσει το απαιτούμενο είδος του υλικού του προσκομισθέντος από τη συμμετέχουσα στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία δείγματος. Ενόψει της δεσμευτικότητας των κανονιστικού περιεχομένου όρων της διακήρυξης, για τους συμμετέχοντες αλλά και για την αναθέτουσα αρχή και δοθέντος ότι στην υπόψη διακήρυξη ρητά απαιτείται η προσκόμιση δείγματος σύμφωνα με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, η δε συμμετέχουσα και ώδε παρεμβαίνουσα συμμορφούμενη με τις ως άνω απαιτήσεις προσκόμισε, κατά τα αξιωθέντα, δείγμα του προσφερόμενου προϊόντος, δεν δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι η αναθέτουσα αρχή, η οποία άλλωστε όρισε τις τεχνικές προδιαγραφές και το κανονιστικό πλαίσιο της προκείμενης υπό ανάθεση σύμβασης, δεν δύναται να αξιολογήσει εάν τα ανωτέρω πληρούνται, προκειμένου να προβεί νομίμως στην αποδοχή ή απόρριψη των υποβληθεισών προσφορών για την κάλυψη της αιτηθείσας, άλλωστε, από την ίδια προμήθεια, πολλώ δε μάλλον όταν επίκειται αποκλεισμός του προσφέροντος.

32. Επειδή περαιτέρω, σύμφωνα με τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης τα πλακίδια ασφαλείας θα πρέπει να πληρούν, επί ποινή αποκλεισμού, τις προδιαγραφές που προβλέπονται στη σειρά προτύπων EN 1176-1:2017 και EN1177:2018, προς τον σκοπό δε απόδειξης της κάλυψης των εν λόγω απαιτήσεων οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να προσκομίσουν πιστοποιητικό συμμόρφωσης με τα αντίστοιχα πρότυπα, καθώς και έκθεση αποτελεσμάτων χημικής ανάλυσης και αναφοράς ελέγχου κατά EN71-3:2019, εκδοθέντα από έγκριτα και διαπιστευμένα εργαστήρια και φορείς πιστοποίησης για τον σκοπό αυτό. Ουδόλως δε η διακήρυξη θέτει απαίτηση περί πλήρωσης του προτύπου EN1177:2018 +AC : 2019, ως βασίμως προβάλλει ο παρεμβαίνων.

33. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο παρεμβαίνων προσκόμισε το υπ' αριθμ. ... πιστοποιητικό της ..., στο οποίο ρητώς αναφέρεται ότι ο παρεμβαίνων πληροί τις απαιτήσεις των προτύπων EN 1176-1:2017 και EN1177:2018, EN71-3:2019, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητεί ο προσφεύγων. Αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο παρεμβαίνων δεν πληροί το πρότυπο EN1177:2018 +AC : 2019, καθώς η εν

λόγω απαίτηση δεν είναι ρητώς αξιούμενη από τη διακήρυξη και άρα δεν μπορεί να θεμελιώσει νόμιμο λόγο αποκλεισμού (ΣΤΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008, ΕΑ 53/2011), αλλά και αβασίμως διότι στο προσκομισθέν πιστοποιητικό δηλώνεται και η πλήρωση του προτύπου EN1177:2018 +AC : 2019. Ομοίως για τον ίδιο λόγο αλυσιτελώς ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η ... δεν διαθέτει διαπίστευση για το EN1177:2018 +AC : 2019, αλλά και διότι η Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. δεν δύναται να προβεί σε παρεπίμποντα έλεγχο νομιμότητας πιστοποιητικού εκδοθέντος από διαπιστευμένο φορέα, πολλώ δε μάλλον όταν δεν προσβάλλεται αυτό επί πλαστότητι. Σημειωτέον ότι το σχετικό πρότυπο φέρει το λογότυπο/σφραγίδα της ΕΣΥΔ στην πρώτη σελίδα, παρά τις περί του αντιθέτου αιτιάσεις του προσφεύγοντος. Επομένως, ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

34. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης τίθεται ως απαίτηση ως προς το φωτιστικό να διαθέτει πενταετή εγγύηση καλής λειτουργίας είτε από τον κατασκευαστή είτε από τον προμηθευτή. Συνεπώς, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 20-25 και τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφοράς, εφόσον δεν αποδεικνύεται δια των υποβληθέντων με την τεχνική προσφορά εγγράφων η διάθεση της ως άνω εγγύησης

35. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο παρεμβαίνων δήλωσε ότι προσφέρει το φωτιστικό LED της ... εταιρείας
..., ..., ..., ..., ... και

προσκόμισε : α) την από 10.08.2016 δήλωση του ως άνω κατασκευαστή περί παροχής πενταετούς εγγύησης, β) την από 6.10.2017 δήλωση του ως άνω κατασκευαστή ότι αποκλειστικός αντιπρόσωπός του στην Ελλάδα είναι η εταιρεία ... και γ) την από 24.02.2022 υπεύθυνη δήλωση της εταιρείας ... ότι θα προμηθεύσει τον παρεμβαίνοντα με φωτιστικά για την εκτέλεση της σύμβασης και ότι θα παρέχει πενταετή εγγύηση καλής λειτουργίας. Δοθέντος δε ότι η διακήρυξη απαιτεί η πενταετής εγγύηση να παρέχεται είτε από τον κατασκευαστή είτε από τον προμηθευτή και ο παρεμβαίνων έχει προσκομίσει την 24.02.2022 υπεύθυνη δήλωση/εγγύηση της εταιρείας ..., αλυσιτελώς ο

προσφεύγων προβάλλει ότι η από 10.08.2016 δήλωση του κατασκευαστή περί παροχής πενταετούς εγγύησης έχει λήξει κατά την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού, ενώ ο ισχυρισμός του ότι από 6.10.2017 δήλωση του κατασκευαστή περί αποκλειστικής συνεργασίας του στην Ελλάδα με την εταιρεία ... είναι προ της ημερομηνίας του διαγωνισμού και δεν αποδεικνύει ότι εξακολουθεί να υφίσταται η συνεργασία προβάλλεται αορίστως, καθώς ουδέν προσκομίζει προς απόδειξη ότι έχει λήξει η επικαλούμενη ως άνω συνεργασία. Επομένως ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

35. Επειδή, επιπροσθέτως, με το Παράρτημα Ι της διακήρυξης θεσπίζεται ως απαραίτητη τεχνική απαίτηση το HPL να συνοδεύεται από γραπτή εγγύηση καλής λειτουργίας του προμηθευτή, διάρκειας δέκα ετών για το χρώμα και την επιφάνεια του υλικού και είκοσι ετών για μηχανική αντοχή. Επισημαίνεται ότι εκ της σαφούς και ρητής διατύπωσης της διακήρυξης προκύπτει ότι ουδεμία εξαίρεση τίθεται ως προς το είδος και τις καλύψεις της παρεχόμενης εγγύησης και άρα προδήλως θα πρέπει να αφορά την αποκατάσταση κάθε βλάβης ως προς το χρώμα, την επιφάνεια του υλικού και τη μηχανική αντοχή κατά το χρονικό διάστημα της εγγύησης, η δε επίμαχη απαίτηση της διακήρυξης περί της εγγύησης ουδόλως αμφισβητήθηκε από οιονδήποτε συμμετέχοντα ως προς τη δυνατότητα εκπλήρωσής της.

36. Επειδή, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο παρεμβαίνων έχει προσκομίσει την από 4.03.2022 υπεύθυνη δήλωσή του στην οποία αναφέρει ότι : *«...παρέχει εγγύηση καλής λειτουργίας για το HPL για διάστημα δέκα (10) ετών για το χρώμα και την επιφάνεια του υλικού και είκοσι (20) έτη για μηχανική αντοχή. Στην εγγύηση δεν περιλαμβάνονται βλάβες ή φθορές που προέρχονται από βανδαλισμούς ή δολιοφθορές»*. Ωστόσο, ως βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων, εκ του ως άνω περιεχομένου της υπεύθυνης δήλωσης συνάγεται ότι η παρεχόμενη από τον παρεμβαίνοντα εγγύηση δεν καλύπτει βλάβες/φθορές που προκύπτουν από βανδαλισμό και κακόβουλη ενέργεια και ως εκ τούτου δεν πληροί τις απαιτήσεις του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, καθώς εισάγει εξαιρέσεις από την εγγύηση/ευθύνη του προμηθευτή μη προβλεπόμενες στο κανονιστικό πλαίσιο

του διαγωνισμού (*ad hoc* N19/2020 ΔΕΦΤριπόλεως που επικυρώνει την απόφαση ΑΕΠΠ 995/2020). Αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται διατάξεις του ΑΚ περί της ευθύνης του πωλητή δοθέντος ότι, εν προκειμένω, πρόκειται για σύμβαση δημόσιας προμήθειας υποκείμενη στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και της διακήρυξης όσον αφορά τη διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας και τους όρους αυτής, και σε κάθε περίπτωση απαραδέκτως διότι εν τοις πράγμασι βάλλει ανεπιτακτως κατά του όρου της διακήρυξης. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος λόγω μη παροχής της απαιτούμενης από τη διακήρυξη εγγύησης για το HPL, ενόψει δε αυτού παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση τω λοιπών λόγων της προσφυγής περί αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος.

Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη του Μέλους του κλιμακίου Μ. Μανδράκη, η παρεμβαίνουσα εν προκειμένω διά της υποβληθείσας εγγύησης της για το προσφερόμενο είδος, συμμορφώνεται πλήρως με τα ορισθέντα στο Παράρτημα Ι της υπόψη διακήρυξης, όπου θεσπίζεται ως απαραίτητη τεχνική απαίτηση το HPL να συνοδεύεται από γραπτή εγγύηση καλής λειτουργίας του προμηθευτή, διάρκειας δέκα ετών για το χρώμα και την επιφάνεια του υλικού και είκοσι ετών για μηχανική αντοχή. Και τούτο ειδικότερα διότι, ως εναργώς και ρητώς προκύπτει από το σχετικό υποβληθέν από την ώδε παρεμβαίνουσα έγγραφο, παρέχεται εγγύηση καλής λειτουργίας για το HPL για διάστημα δέκα (10) ετών για το χρώμα και την επιφάνεια του υλικού και είκοσι (20) ετών για την μηχανική αντοχή. Άλλοις λόγοις, πιστοποιούνται εν προκειμένω τα αξιωθέντα στο κανονιστικό πλαίσιο της υπόψη διακήρυξης, στο πλαίσιο δε της εφαρμογής της αρχής της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών και της διαφάνειας, δεν πρόκειται για εισαγωγή εξαιρέσεων ως προς το είδος και τις καλύψεις της παρεχόμενης εγγύησης, ανιθέτως το να γίνει δεκτό ότι στην εγγύηση θα πρέπει να περιλαμβάνονται και οι περιπτώσεις βλάβης ή φθοράς που είναι αποτέλεσμα βανδαλισμών ή δολιοφθορών, συνεπάγεται την απαίτηση πλήρωσης περισσότερων αξιώσεων και δη ανελαστικών, υπό την έννοια της επί ποινή αποκλεισμού ορισθεισών, από αυτές που ήδη ρητώς και επαρκώς προσδιορισθείσες, ορίζονται στο κανονιστικό πλαίσιο της

προκειμένης διακήρυξης και συνεπώς δεσμεύουν αμφίδρομα αναθέτουσα αρχή και συμμετέχοντες. Ετέρωθεν ως βασίμως υποστηρίζει η παρεμβαίνουσα αλλά και η αναθέτουσα αρχή, στο έγγραφο των απόψεών της, ο υπόψη διαγωνισμός απαιτεί ρητώς εγγύηση καλής λειτουργίας, η οποία καλύπτεται από την επίμαχη, δοθέντος ότι είναι σύμφωνη με τους, κατά γραμματική ερμηνεία, τεθέντες όρους του διαγωνισμού, από τους οποίους, κατά λογική και νομική ακολουθία, συνάγεται ότι δεν είναι δυνατόν να χορηγείται εγγύηση καλής λειτουργίας, για το προσδιορισθέν χρονικό διάστημα, στις περιπτώσεις που με δόλο ή επί σκοπώ βανδαλισμού προκαλείται φθορά στα επίμαχα είδη. Προσέτι, η επίκληση από την παρεμβαίνουσα εν προκειμένω διατάξεων του Αστικού Κώδικα ερείδεται στις διατάξεις του άρθρου 129 του Ν. 4412/2016, που επιτάσσουν συμπληρωματική εφαρμογή τους κατά την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, σε συνδυαστική δε εφαρμογή με την αρχή «ουδείς υποχρεούται εις τα αδύνατα», οδηγούν στο ερμηνευτικό συμπέρασμα ότι τα παραπάνω προϋποθέτουν πραγματική δυνατότητα του διαγωνιζόμενου και υποψήφιου αναδόχου σε δημόσια σύμβαση προμήθειας, ως εν προκειμένω, να εγγυηθεί την αποκατάσταση ή ενδεχόμενως την αντικατάσταση των προσφερόμενων ειδών/προϊόντων, σε περίπτωση βλάβης αυτών από βανδαλισμούς ή δολιοφθορές, απαίτηση η οποία, εντούτοις, δεν παρίσταται σύμφωνη προς το περιεχόμενο των σχετικών κανονιστικού περιεχομένου όρων της υπόψη διακήρυξης, πολλώ δε μάλλον που εξ αντικειμένου και ανεξάρτητα από τη θέληση του καλόπιστου συμμετέχοντα, δεν εδύνατο να εκπληρώσει.

37. Επειδή γίνεται δεκτή κατά πλειοψηφία η εισήγηση.

38. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει κατά πλειοψηφία να γίνει εν μέρει δεκτή

39. Επειδή η παρέμβαση κατά πλειοψηφία θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή

40. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 38, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 970/2022

Δέχεται εν μέρει κατά πλειοψηφία την προσφυγή

Δέχεται εν μέρει κατά πλειοψηφία την παρέμβαση

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 146/3.05.2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής
κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 839,02
ευρώ

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε στις 29 Ιουνίου
2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ