

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 27 Φεβρουαρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Τόλης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 20.01.2023, προδικαστική προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ91/23.01.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί το απόσπασμα πρακτικού της .../29.12.2022 συνεδρίασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής (...), κατ' αποδοχή των με αρ. πρωτ. .../17.11.2022, .../12.12.2022, .../12.12.2022 και .../28.12.2022 πρακτικών της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια πάνας και πάνας βρακάκια τις ανάγκες των δομών στο ...», εκτιμώμενης αξίας 299.683€, πλέον Φ.Π.Α 24%, Κωδικοί CPV:CPV: ..., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (υπ' αριθμ. ... διακήρυξη, ΑΔΑΜ ..., συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Αν. Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ....., ποσού χιλίων τριάντα επτά ευρώ 1.037,00€ αναλογούν παράβολο υπέρ

Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του π. δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 20.01.2023, προδικαστική προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΕΑΔΗΣΥ /23.01.2023, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Αρχής, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: *«Έγκριση ενοποιημένου πρακτικού επιτροπής του διεθνούς ανοιχτού διαγωνισμού προμήθειας ΠΑΝΑΣ & ΠΑΝΑΣ-ΒΡΑΚΑΚΙ προϋπολογισμού 299.683€ χωρίς ΦΠΑ για δώδεκα (12) μήνες, αριθμ. ΕΣΗΔΗΣ ... (ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ - ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ – ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ)»,* αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 10.01.2022.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμ. ... προσφορά για τα επίμαχα τμήματα 1 (ΠΑΝΑ ΕΝΗΛΙΚΩΝ EXTRA LARGE) και 2 (ΠΑΝΑ ΕΝΗΛΙΚΩΝ LARGE) του εν θέματι διαγωνισμού, η οποία απορρίφθηκε, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής. με την οποία στρέφεται κατά του αποκλεισμού της και κατά δύο ανταγωνιστών της. Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη πράξη του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής: α) μη νομίμως και αναίτιολογήτως απορρίφθηκαν τα δείγματα που υπέβαλε για το τμήμα 1 και το τμήμα 2 του διαγωνισμού, με το σκεπτικό ότι οι υπό προμήθεια πάνες δεν είναι αρκετά απορροφητικές, δεν έχουν το σωστό μέγεθος, δεν διαθέτουν γερές αντικολλητικές ταινίες και περιέχουν μεγαλύτερη -από την επιθυμητή- περιεκτικότητα σε νάυλον, β) μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «...» (προσωρινός μειοδότης των τμημάτων 1 και 2 του

διαγωνισμού), διότι, κατά παράβαση του άρθρου 2.2.9.2. παρ. Β.1. της διακήρυξης, δεν προσκόμισε πιστοποιητικό ή ένορκη βεβαίωση περί μη υπαγωγής σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού και επομένως, δεν απέδειξε την μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού που υπάγεται στο άρθρο 2.2.3.4. περ. β της διακήρυξης και γ) μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της ανώνυμης εταιρείας «...» για τα τμήματα 1 και 2 του διαγωνισμού, διότι η εσφαλμένη καταφατική απάντηση (ΝΑΙ) που έδωσε στο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ. για το εάν είναι εγγεγραμμένη σε επίσημο κατάλογο ή Μητρώο, είχε ως συνέπεια, να μην εμφανιστεί αυτόματα (και επομένως να μην απαντηθεί), το επόμενο ερώτημα σχετικά με το εάν θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες στην αναθέτουσα αρχή, που θα της δίνουν τη δυνατότητα να λάβει τέτοια βεβαίωση απευθείας από εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος διατίθεται αυτή δωρεάν.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε το με αριθμ. πρωτ. .../01.02.2023 έγγραφο απόψεων σε σχέση με την υπό κρίση προσφυγή, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

6. Επειδή, στις 07.02.2023 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, το οποίο ελήφθη υπόψη από την Αρχή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής: • 1^{ος} λόγος προσφυγής: μη νόμιμη κρίση σχετικά με τα υποβληθέντα δείγματα – παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται: i) ότι μη νομίμως απορρίφθηκαν από την επιτροπή διαγωνισμού τα δείγματα που υπέβαλε για το τμήμα 1 του υπόψη διαγωνισμού, με το σκεπτικό ότι η προσφερόμενη πάνα: *«...Δεν είναι απορροφητική, υπάρχουν διαρροές, δεν ανταποκρίνεται στο ζητούμενο μέγεθος, στην σύνθεσή της έχει παραπάνω ποσότητα νάυλον από το επιθυμητό, με αποτέλεσμα να δημιουργεί ερεθισμούς...»* και ii) ότι μη νομίμως απορρίφθηκαν από την επιτροπή διαγωνισμού τα δείγματα που υπέβαλε για το τμήμα 2 του υπόψη διαγωνισμού, με το σκεπτικό ότι: *«...Δεν κρίνεται κατάλληλη λόγω μη καλής απορροφητικότητας – αυτοκόλλητα με χαμηλή κολλητικότητα...»*. Κατά την

άποψη της προσφεύγουσας η ως άνω αιτιολογία απόρριψης των υποβληθέντων δειγμάτων είναι γενικόλογη, ελλιπής, αόριστη και ως εκ τούτου, μη νόμιμη. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι: «... Πέραν τούτου, η ανωτέρω αιτιολογία είναι και προδήλως αντιφατική, λαμβανομένου υπόψη ότι τα υποβληθέντα εκ μέρους μας δείγματα (τύπου ...) για τα Τμήματα 1 και 2 είναι δείγματα ίδιου τύπου και της ίδιας εταιρείας ... που μας προμηθεύει τα είδη για το Τμήμα 3 (πάντα ενηλίκων σε μέγεθος *medium*). Το δείγμα, λοιπόν, που υποβάλαμε για το Τμήμα 3 του επίμαχου διαγωνισμού κρίθηκε ότι πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές και συγκεκριμένα αναφέρθηκε ως προς αυτό: «...Κρίνεται κατάλληλη για τον εξής λόγο: καλή εφαρμογή, απορροφητικότητα, καλό μέγεθος...». Η αιτιολογία, λοιπόν, της προσβαλλόμενης απόφασης είναι προδήλως αντιφατική, δεδομένου ότι αφενός κρίνει τις πάνες ίδιου τύπου της ίδιας εταιρείας σε μέγεθος *large* και *xlarge* μη κατάλληλες και αφετέρου κρίνει τις πάνες της ίδιας εταιρείας σε μέγεθος *medium* κατάλληλες και σύμφωνες με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης...». Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι τα υποβληθέντα δείγματα πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης και ότι σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή διατηρούσε οιασδήποτε αμφιβολίες ως προς την πλήρωση των τεχνικών απαιτήσεων, θα έπρεπε να ζητήσει διευκρινίσεις, βάσει του άρθρ. 102 του ν. 4412/2013. • Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι: α) ο έλεγχος των δειγμάτων έγινε με πρακτική διαδικασία «... που έλαβε χώρα σε διαμερίσματα περιθαλπομένων στις δομές της...» και επομένως, η απορροφητικότητα, το υλικό, η διάρκεια, η χρήση κλπ κρίθηκαν εμπειρικά, βάσει των σχετικών δοκιμών, β) προς απόδειξη της καταλληλότητας των προς προμήθεια υλικών, δεν αρκεί η υποβολή τεχνικών φυλλαδίων, πιστοποιήσεων ISO, σημάνσεων CE, δηλώσεων του κατασκευαστή κλπ, αλλά απαιτείται πρακτική δοκιμή, η οποία προβλέπεται ρητώς στη διακήρυξη, γ) από το περιεχόμενο του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, κατέστη σαφές, ότι μόνο μέσω των δοκιμών θα πιστοποιηθεί εν τέλει η καταλληλότητα «...των καταρχήν δηλούμενων ως πληρούμενων προδιαγραφών, πέραν όσων ήδη θα προέκυπταν από τα υποβαλλόμενα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς...», δ) ουδόλως εμποδίζεται μια αναθέτουσα αρχή να θέσει ποιοτικά χαρακτηριστικά (π.χ «τέλεια» εφαρμογή και απορροφητικότητα, «ενισχυμένη» συγκράτηση, αποφυγή διαρροών, να

μην καταστρέφεται η πάνα κατά το άνοιγμα κλπ) και όχι ποσοτικά χαρακτηριστικά των ζητούμενων προϊόντων, ε) ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος, κατά τον οποίο η αιτιολογία της προσβαλλόμενης πράξης είναι ελλιπής, διότι δεν αναφέρεται σε αυτήν συγκεκριμένη μεθοδολογία εξέτασης των δειγμάτων, θα πρέπει να απορριφθεί, διότι ο σχετικός έλεγχος είναι κατ' ανάγκη εμπειρικός και στ) δεν θα μπορούσε να ζητήσει διευκρινίσεις από την προσφεύγουσα, ήτοι, την υποβολή περαιτέρω τεχνικών εγγράφων ή πιστοποιήσεων, δυνάμει του άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, διότι οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς της ερείδονται επί πραγματικών/εμπειρικών δοκιμών.

Β) Στο άρθρο 13. («Συνοπτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης») της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «*Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: 1) ΠΑΝΑ ΕΝΗΛΙΚΩΝ EXTRA LARGE 2) ΠΑΝΑ ΕΝΗΛΙΚΩΝ LARGE 3) ΠΑΝΑ ΕΝΗΛΙΚΩΝ MEDIUM 4) ΠΑΝΑ ΕΝΗΛΙΚΩΝ SMALL 5) ΠΑΝΑ ΒΡΑΚΑΚΙ EXTRA LARGE 6) ΠΑΝΑ ΒΡΑΚΑΚΙ LARGE 7) ΠΑΝΑ ΒΡΑΚΑΚΙ MEDIUM 8) ΠΑΝΑ ΒΡΑΚΑΚΙ SMALL 9) ΠΑΝΑ ΠΑΙΔΙΚΗ 15-30 ΚΙΛΑ*». Στο Παράρτημα Ι («Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης») της διακήρυξης, ορίζεται ότι: «*ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΠΑΝΑΣ ΚΑΙ ΠΑΝΑΣ – ΒΡΑΚΑΚΙ*

- 1. Να διαθέτουν ειδικά σχεδιασμένο ανατομικό σχήμα για μεγαλύτερη και τέλεια εφαρμογή.*
- 2. Να διαθέτουν ισχυρές αυτοκόλλητες ταινίες πολλαπλής χρήσεως για να μην καταστρέφεται η πάνα με το άνοιγμα.*
- 3. Να έχουν διπλά λαστιχάκια στα πλαϊνά και πλαϊνές ασπίδες προστασίας για την αποφυγή διαρροών.*
- 4. Να έχουν ομοιόμορφα κατανεμημένο ειδικά κατασκευασμένο υπέρ απορροφητικό πυρήνα για ενισχυμένη συγκράτηση υγρών και τέλεια απορροφητικότητα, ο απορροφητικός πυρήνας να περιέχει sap (Super Absorbent Product) το οποίο στερεοποιεί τα υγρά.*
- 5. Να διαθέτει ειδικό «δείκτη Υγρασίας» ανάγκης αλλαγής, προκειμένου να γνωστοποιείται η χρησιμοποίηση της πάνας και συνεπώς να αλλαχθεί χωρίς να χρειάζεται να ανοίξουμε την πάνα .*
- 6. Να διαθέτει σύστημα κατά των οσμών (odour system).*
- 7. Να είναι καλυμμένη η απορροφητική μάζα με υδρόφιλο λεπτό απαλό φύλο προσφέροντας εξαιρετικά λεπτή και απαλή επιφάνεια διατηρώντας στεγνό το δέρμα.*
- 8. Η υδρόφιλη επιφάνεια να καλύπτει όλη την περιφέρεια του ατόμου.*
- 9. Να είναι υποαλλεργικά.*
- 10. Οι συμμετέχοντες θα καταθέσουν στο φάκελο*

της τεχνικής τους προσφοράς υπεύθυνη δήλωση που θα δηλώνουν τον τύπο - εμπορική ονομασία και τον κατασκευαστή του προϊόντος που προσφέρουν. 11. Ο κατασκευαστής θα είναι πιστοποιημένος κατά ISO 9001 (σύστημα διασφάλισης ποιότητας) ή ισοδύναμο το οποίο θα συμπεριλαμβάνεται στο φάκελο τεχνικής προσφοράς. 12. Τα προϊόντα που απαιτείται θα φέρουν απαραίτητως έγγραφο που να αποδεικνύει την σήμανση CE σύμφωνα με τα άρθρα 11,12 και 14 της υπ' αριθμ. ΔΤ8δ/ΓΠοικ. 130648/30-08-2009 Κ.Τ.Α. (π.χ. Πιστοποιητικό ή δήλωση συμμόρφωσης CE ή βεβαίωση εγγραφής ή επανεγγραφής στο μητρώο κατασκευαστών ιατροτεχνολογικών προϊόντων κτλ) το οποίο θα συμπεριλαμβάνεται στο φάκελο τεχνικής προσφοράς. 13. Να δοθεί χωριστή τιμή σε κάθε μέγεθος πάνας. 14. Όλες οι προσφερόμενες πάνες θα πρέπει να φέρουν τον αριθμό καταχώρησης και άδειας λειτουργίας του κατασκευαστή προϊόντος. 15. Να προσδιορίζεται με σαφήνεια το βάρος, η συσκευασία και γενικά οι τεχνικές προδιαγραφές τους. 16. Ο ανάδοχος υποχρεούται να παραδίδει τα υλικά τμηματικά εντός επτά (7) ημερών από την ημέρα παραγγελίας μέσα στις αποθήκες του κάθε Παραρτήματος του Κ.Κ.Π.Π.Κ..Μ. με έξοδα, ευθύνη και μέριμνα του προμηθευτή. 17. Ο ανάδοχος θα πρέπει να συμμορφώνεται με τις εγκυκλίους του Υπουργείου για τα θέματα περιορισμού του COVID-19. Οι παραπάνω τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να αποδεικνύονται με την προσκόμιση σχετικού υλικού τεκμηρίωσης (τεχνικά φυλλάδια, prospectus, εγχειρίδια, πιστοποιητικά στην ελληνική γλώσσα ή νομίμως μεταφρασμένα) τα οποία θα περιλαμβάνονται στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού διατηρεί το δικαίωμα να ζητήσει την προσκόμιση δειγμάτων από τους προσφέροντες, κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης, εφόσον το κρίνει απαραίτητο για την ολοκλήρωση της διαδικασίας».

Γ) Επισημαίνεται ότι, η πλήρης απουσία αιτιολογίας στο σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία συνιστά εκτελεστή ατομική διοικητική πράξη, παραβιάζει ευθέως την υποχρέωση της διοίκησης να περιλαμβάνει αιτιολογία στις ατομικές διοικητικές πράξεις που εκδίδει, σύμφωνα με το άρθρο 10 παρ. 1 του Συντάγματος που ορίζει ότι: «Καθένας ή πολλοί μαζί έχουν το δικαίωμα, τηρώντας τους νόμους του Κράτους, να αναφέρονται εγγράφως στις αρχές, οι οποίες είναι υποχρεωμένες να ενεργούν σύντομα κατά τις κείμενες διατάξεις και να απαντούν αιτιολογημένα σε εκείνον που

υπέβαλε την αναφορά, σύμφωνα με τον νόμο», αλλά και του άρθρου 17 παρ. 1 και 2 του ΚΔΔιαδ που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 2690/1999, το οποίο προβλέπει ότι: «1. Η ατομική διοικητική πράξη πρέπει να περιέχει αιτιολογία, η οποία να περιλαμβάνει τη διαπίστωση της συνδρομής των κατά νόμο προϋποθέσεων για την έκδοσή της. 2. Η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική, επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, εκτός αν προβλέπεται ρητώς στο νόμο ότι πρέπει να περιέχεται στο σώμα της πράξης...». Περαιτέρω, η υποχρέωση αιτιολογίας των διοικητικών πράξεων απορρέει από την ίδια την αρχή της νομιμότητας και την ανάγκη σεβασμού των δικαιωμάτων και των συμφερόντων του διοικουμένου. Για να είναι νόμιμη η αιτιολογία, θα πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής, ήτοι, δεν θα πρέπει να είναι αόριστη, αλλά θα πρέπει να αναφέρεται στην συγκεκριμένη περίπτωση και όχι κατά τρόπο γενικό στις νομικές διατάξεις, βάσει των οποίων εκδίδεται η πράξη, καθώς και να επαρκεί ποιοτικά και ποσοτικά για να θεμελιώσει το περιεχόμενο της διοικητικής πράξης. Η αιτιολογία προβλέπεται, είτε από τον νόμο ρητά, οπότε συνιστά ουσιώδη τύπο της πράξης και πρέπει να περιέχεται έστω και συνοπτικά στο σώμα αυτής, είτε στην περίπτωση των δυσμενών πράξεων, από τη φύση της πράξης, οπότε αρκεί να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Τυχόν παράλειψή της στην πρώτη περίπτωση, συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, ενώ στη δεύτερη, κατ' ουσίαν διάταξης νόμου.

Γ.α. Από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης πράξης, προκύπτει ότι τα δείγματα για το τμήμα 1 («ΠΑΝΑ ΕΝΗΛΙΚΩΝ EXTRA LARGE») του υπόψη διαγωνισμού απορρίφθηκαν για λόγους: i) μη επαρκούς απορροφητικότητας, ii) μεγέθους και iii) περιεκτικότητας μεγαλύτερης - από την επιθυμητή - ποσότητας νάυλον. i) Από το τεχνικό φυλλάδιο που υπέβαλε η καθής η προσφυγή (στο οποίο πράγματι απεικονίζονται 6 σταγόνες, για τις πάνες μεγέθους xlarge του τμήματος 1 του διαγωνισμού και 5 σταγόνες, για τις πάνες μεγέθους large του τμήματος 2 του διαγωνισμού, ως, άλλωστε, επιβεβαιώνεται και από τις φωτογραφίες των υποβληθέντων δειγμάτων), προκύπτει ότι οι πάνες είναι ανώτερης ποιότητας και ότι διαθέτουν δείκτη υγρασίας, ως ζητείται στη διακήρυξη (βλ. Παράρτημα Ι, όπου ορίζεται ότι: «Να διαθέτει ειδικό «δείκτη Υγρασίας» ανάγκης αλλαγής, προκειμένου να γνωστοποιείται η χρησιμοποίηση της πάνας και συνεπώς να αλλαχθεί χωρίς

να χρειάζεται να ανοίξουμε την πάνα»). Ωστόσο, από τα υποβληθέντα τεχνικά φυλλάδια δεν προέκυψε εάν ο απορροφητικός πυρήνας των προσφερόμενων πανών «περιέχει *sap* (*Super Absorbent Product*) το οποίο στερεοποιεί τα υγρά», ως ζητείται στη διακήρυξη. Από τα ανωτέρω αναφερόμενα, συνάγεται ότι η καθής η προσφυγή δεν απέδειξε την πλήρωση των ζητούμενων απαιτήσεων όσον αφορά στην απορροφητικότητα των προσφερόμενων προϊόντων.

Περαιτέρω, κρίνεται αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, κατά τον οποίον στην προσβαλλόμενη πράξη δεν προσδιορίζεται συγκεκριμένος τρόπος ελέγχου της απορροφητικότητάς της πάνας, ήτοι, δεν αναφέρεται ρητώς για πόση ώρα έγινε χρήση της πάνας, αλλά ούτε και εάν αυτή φορέθηκε σωστά, ώστε να μην υπάρχουν διαρροές. Και τούτο, διότι λόγος με τον οποίον προβάλλεται ότι η κρίση περί καταλληλότητας προϊόντος, μετά από πρακτική δοκιμασία, είναι ανατιολόγητη, διότι δεν αναφέρει τη συγκεκριμένη επιστημονική μεθοδολογία που ακολουθήθηκε για την διενέργεια του ποιοτικού ελέγχου των προϊόντων, είναι απορριπτέος, δεδομένου ότι ο έλεγχος της συμφωνίας της τεχνικής προσφοράς προς όρους της διακηρύξεως με γενικό περιεχόμενο ποιοτικά προσδιορισμένο, όπως εν προκειμένω, ως εκ του περιεχομένου του, είναι κατ' ανάγκη εμπειρικός και το πόρισμά του δεν χρήζει ειδικότερης αιτιολογίας (ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 245/2007 και πρβλ. 1209/2006). Για τους ανωτέρω λόγους, δεν θα μπορούσαν να ζητηθούν περαιτέρω διευκρινίσεις από την προσφεύγουσα, σύμφωνα με το άρθρ. 102 του ν. 4412/2016, η οποία, σημειωτέον, αποδέχθηκε πλήρως τους όρους της διακήρυξης (συνεπώς, και την αποστολή, αλλά και την τεχνική αξιολόγηση των δειγμάτων μέσω δοκιμών), με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό. ii) Επίσης, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι, ούτε στο άρθρο 1.3., αλλά ούτε και στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης προβλέπονται συγκεκριμένες διαστάσεις για τις προσφερόμενες πάνες, αλλά και από το γεγονός ότι, τόσο το ζητούμενο, όσο και το προσφερόμενο μέγεθος ήταν, κατά δήλωση του κατασκευαστή, το μέγεθος *xlarge* (βλ. φωτογραφίες υποβληθέντος δείγματος), στην προσβαλλόμενη πράξη δεν ήταν υποχρεωτικό όπως αναφέρονται οι συγκεκριμένες διαστάσεις, τις οποίες θα έπρεπε να έχει η ζητούμενη πάνα, αλλά ούτε και ποιες διαστάσεις είχε το προσφερόμενο δείγμα, ώστε να προκύπτει για ποιον λόγο το δείγμα δεν ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της

διακήρυξης, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα. Και τούτο, διότι, ως προαναφέρθηκε, η διακήρυξη δεν απαιτούσε συγκεκριμένες διαστάσεις, ενώ διεξαγωγή εμπειρικών/πρακτικών δοκιμών για τον τελικό έλεγχο της καταλληλότητας (εν προκειμένω, του μεγέθους) των προϊόντων, έγινε πλήρως αποδεκτός από την εταιρεία, η οποία συμμετείχε ανεπιφύλακτα στην επίμαχη διαδικασία. iii) Τέλος, κρίνεται αβάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, κατά τον οποίο στην ένδικη διακήρυξη δεν έχει τεθεί συγκεκριμένη απαίτηση για το υλικό της πάνας, αφού απλώς ορίζεται ότι οι προσφερόμενες πάνες θα πρέπει να είναι υποαλλεργικές. Και τούτο, διότι στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης ορίζεται ρητώς ότι η υπό προμήθεια πάνα θα πρέπει: *«7. Να είναι καλυμμένη η απορροφητική μάζα με υδρόφιλο λεπτό απαλό φύλο προσφέροντας εξαιρετικά λεπτή και απαλή επιφάνεια διατηρώντας στεγνό το δέρμα.»*. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι η κρίση περί της καταλληλότητας του προϊόντος, μετά από πρακτική δοκιμασία, είναι κατ' ανάγκη εμπειρική και το σχετικό πόρισμα δεν χρήζει ειδικότερης αιτιολογίας, απαραδέκτως προβάλλεται από την προσφεύγουσα ότι η προσβαλλόμενη πράξη θα πρέπει να απορριφθεί, διότι δήθεν δεν αναφέρεται ρητώς σε αυτήν με ποιον τρόπο διαπιστώθηκε η περιεκτικότητα του προϊόντος σε νάυλον. Επομένως, νομίμως και αιτιολογημένα απορρίφθηκε το δείγμα, διότι ανεξαρτήτως των όσων αναφέρονται στην υποβληθείσα δήλωση συμμόρφωσης του κατασκευαστή (συμμόρφωση με Κανονισμό ΕΥ 2017/745), νομίμως κρίθηκε ότι διαθέτει παραπάνω ποσότητα νάυλον από το επιθυμητό, με αποτέλεσμα να δημιουργεί ερεθισμούς.

Γ.2. Από την επισκόπηση της προσβαλλόμενης πράξης, προκύπτει ότι τα δείγματα για το τμήμα 2 («PANA ENHΛΙΚΩΝ LARGE») του υπόψη διαγωνισμού απορρίφθηκαν για λόγους: i) μη επαρκούς απορροφητικότητας και ii) χαμηλής κολλητικότητας των αυτοκόλλητων. Ως προς το ζήτημα της απορροφητικότητας, ισχύουν *mutatis mutandis* όσα προαναφέρθηκαν για τα δείγματα που υποβλήθηκαν για το τμήμα 1 του διαγωνισμού. Περαιτέρω, ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι από το υποβληθέν τεχνικό φυλλάδιο προκύπτει ότι οι προσφερόμενες πάνες διαθέτουν αυτοκόλλητες ταινίες, λαμβανομένου υπόψη αφενός μεν, ότι στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης, ορίζεται ρητώς ότι οι πάνες θα πρέπει: *«Να διαθέτουν ισχυρές αυτοκόλλητες ταινίες πολλαπλής χρήσεως για να μην καταστρέφεται η πάνα με το άνοιγμα»*,

αφετέρου δε, ότι κατά πάγια νομολογία, ο έλεγχος της συμφωνίας της τεχνικής προσφοράς προς όρους της διακηρύξεως με γενικό περιεχόμενο, ποιοτικά προσδιορισμένο ως εκ του περιεχομένου του – περίπτωση που συντρέχει και στην οικεία διακήρυξη – είναι κατ' ανάγκη εμπειρικός και το πόρισμά του δεν χρήζει ειδικότερης αιτιολογίας (ad hoc ΣΤΕ ΕΑ 245/2007 και πρβλ. 1209/2006), απαραδέκτως προβάλλεται από την προσφεύγουσα ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα, διότι δήθεν δεν προσδιορίζονται σε αυτήν τα προβλήματα που ανέκυψαν σε σχέση με την κολλητικότητα των αυτοκόλλητων, ούτε αναφέρεται εάν αυτά χρησιμοποιήθηκαν σωστά ή με ποιον τρόπο κολλήθηκαν.

Καταληκτικά, από τα στοιχεία του φακέλου της εν λόγω υπόθεσης, δεν προέκυψε άνευ άλλου τινός, ότι πράγματι η προσβαλλόμενη απόφαση στερείται πλήρους, ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας, σχετικά με την αξιολόγηση των υποβληθέντων δειγμάτων, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα, μολονότι στο κείμενο της προσβαλλόμενης απόφασης υπάρχει συνοπτική αναφορά ως προς την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, εντούτοις, υπάρχει ρητή παραπομπή στο πρακτικό 2 της επιτροπής διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού, με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της. Ως ήδη προελέχθη, η συνοπτική αιτιολογία δικαιολογείται, εν προκειμένω, από τα γενικά ποιοτικά (και όχι ποσοτικά) τεχνικά χαρακτηριστικά που τέθηκαν στο Παράρτημα Ι για τα υπό προμήθεια προϊόντα, αλλά και από τη διενέργεια πρακτικών δοκιμών (οι οποίες, επίσης προβλέφθηκαν στο ως άνω Παράρτημα), δια των οποίων ολοκληρώνεται ο έλεγχος τεχνικής καταλληλότητας των προσφερόμενων προϊόντων, ως εξάλλου αποδέχθηκε η προσφεύγουσα με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον υπόψη διαγωνισμό. Επομένως, από το σύνολο της παρασχεθείσας τεκμηρίωσης, προκύπτει η αιτιολογία, επί της οποίας ερείδεται η μη συμμόρφωση των προσφερόμενων δειγμάτων με τις τεθείσες -επί ποινή απόρριψης της προσφοράς - τεχνικές προδιαγραφές και επομένως, ο 1^{ος} λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

• 2^{ος} λόγος προσφυγής: μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...» - μη προσκόμιση πιστοποιητικού ή ένορκης βεβαίωσης περί μη υπαγωγής σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού. Α) Η προσφεύγουσα

υποστηρίζει ότι από την επισκόπηση του φακέλου των δικαιολογητικών κατακύρωσης της ως άνω εταιρείας, προέκυψε ότι δεν έχει προσκομισθεί πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής για την μη υπαγωγή της σε καθεστώς πτωχευτικού συμβιβασμού, αλλά ούτε και σχετική ένορκη βεβαίωση για τη μη συνδρομή του λόγου αποκλεισμού του άρθρ. 2.2.3.4. περ. β της διακήρυξης, ως προβλέπεται στην περίπτωση που δεν εκδίδεται τέτοιο πιστοποιητικό από την αρμόδια αρχή ή στην περίπτωση που το πιστοποιητικό δεν καλύπτει όλες τις περιπτώσεις λόγων αποκλεισμού της περίπτωσης β του ως άνω άρθρου. Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι η προσκόμιση του επίμαχου αποδεικτικού μέσου προβλέπεται ρητώς και υποχρεωτικώς στη διακήρυξη, ενώ σε περίπτωση που η καθής η προσφυγή διατηρούσε αμφιβολίες ως προς την ερμηνεία του όρου 2.2.9.2 παρ. Β.1, θα μπορούσε να ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή (βλ. ΣΤΕ 2768-2770/2013), ενέργεια στην οποία, ωστόσο, δεν προέβη εν προκειμένω.

- Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι επειδή το πιστοποιητικό πτωχευτικού συμβιβασμού καταργήθηκε και πλέον εκδίδεται ενιαίο πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας για όλους τους λόγους αποκλεισμού (πτώχευση, θέση υπό αναγκαστική διαχείριση κλπ), που υπάγονται στην περ. β του άρθρ. 2.2.3.4. της διακήρυξης, το οποίο και προσκομίσθηκε από την καθής η προσφυγή, όπως επίσης προσκομίσθηκε και το ζητούμενο στο άρθρ. 2.2.9.2. παρ. Β.1 της διακήρυξης πιστοποιητικό του ΓΕΜΗ περί μη έκδοσης απόφασης λύσης της εταιρείας, θα πρέπει να απορριφθούν οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας.

Β) Επισημαίνεται ότι στο άρθρο 2.2.3.4. («Λόγοι αποκλεισμού») της εν θέματι διακήρυξης προβλέπεται ότι: *«Αποκλείεται από τη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, οικονομικός φορέας σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ... (β) εάν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αναστείλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης και δεν τηρεί τους όρους αυτής ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να μην αποκλείει έναν οικονομικό φορέα ο*

οποίος βρίσκεται σε μία εκ των καταστάσεων που αναφέρονται στην περίπτωση αυτή, υπό την προϋπόθεση ότι αποδεικνύει ότι ο εν λόγω φορέας είναι σε θέση να εκτελέσει τη σύμβαση, λαμβάνοντας υπόψη τις ισχύουσες διατάξεις και τα μέτρα για τη συνέχιση της επιχειρηματικής του λειτουργίας...».

Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.9.2. («Αποδεικτικά μέσα») παρ. Β1 της διακήρυξης ορίζεται ότι: «Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίστοιχα τα δικαιολογητικά που αναφέρονται παρακάτω. Αν το αρμόδιο για την έκδοση των ανωτέρω κράτος-μέλος ή χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφα ή πιστοποιητικά ή όπου το έγγραφο ή τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 περ. α' και β', καθώς και στην περ. β' της παραγράφου 2.2.3.4, τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά μπορεί να αντικαθίστανται από ένορκη βεβαίωση ή, στα κράτη - μέλη ή στις χώρες όπου δεν προβλέπεται ένορκη βεβαίωση, από υπεύθυνη δήλωση του ενδιαφερομένου ενώπιον αρμόδιας δικαστικής ή διοικητικής αρχής, συμβολαιογράφου ή αρμόδιου επαγγελματικού ή εμπορικού οργανισμού του κράτους - μέλους ή της χώρας καταγωγής ή της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας. Οι αρμόδιες δημόσιες αρχές παρέχουν, όπου κρίνεται αναγκαίο, επίσημη δήλωση στην οποία αναφέρεται ότι δεν εκδίδονται τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά της παρούσας παραγράφου ή ότι τα έγγραφα αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 περ. α' και β', καθώς και στην περ. β' της παραγράφου 2.2.3.4. Οι επίσημες δηλώσεις καθίστανται διαθέσιμες μέσω του επιγραμμικού αποθετηρίου πιστοποιητικών (eCertis) του άρθρου 81 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: [...]) για την παράγραφο 2.2.3.4 περίπτωση β' πιστοποιητικό που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους - μέλους ή χώρας, που να έχει εκδοθεί έως τρεις (3) μήνες πριν από την υποβολή του. Ιδίως οι οικονομικοί φορείς που είναι εγκατεστημένοι στην Ελλάδα προσκομίζουν: i) Ενιαίο Πιστοποιητικό Δικαστικής Φερεγγυότητας από το αρμόδιο Πρωτοδικείο, από το οποίο προκύπτει ότι δεν τελούν υπό πτώχευση, πτωχευτικό συμβιβασμό ή υπό αναγκαστική διαχείριση ή δικαστική εκκαθάριση ή ότι δεν έχουν υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης. Για τις ΙΚΕ προσκομίζεται επιπλέον και πιστοποιητικό του Γ.Ε.Μ.Η. περί μη έκδοσης απόφασης λύσης ή κατάθεσης αίτησης λύσης

του νομικού προσώπου, ενώ για τις ΕΠΕ προσκομίζεται επιπλέον πιστοποιητικό μεταβολών.».

Από τη σαφή γραμματική διατύπωση του άρθρου 2.2.9.2 παρ. Β.1 της εν θέματι διακήρυξης — που δεν καταλείπει αμφιβολίες επί του περιεχομένου του στον μέσο επιμελή οικονομικό φορέα, ως η έννοια αυτή έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ — προκύπτει ότι η υποβολή ένορκης βεβαίωσης δεν είναι υποχρεωτική, αλλά θα πρέπει να υποβληθεί μόνο στην περίπτωση που το αρμόδιο για την έκδοση του ζητούμενων πιστοποιητικών κράτος-μέλος ή χώρα δεν εκδίδει τέτοιου είδους έγγραφα ή πιστοποιητικά ή στην περίπτωση που τα έγγραφα ή τα πιστοποιητικά αυτά δεν καλύπτουν όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 περ. α' και β', καθώς και στην επίμαχη περίπτωση β' της παραγράφου 2.2.3.4. της διακήρυξης. Στο υπ' αριθμ. .../2022 πιστοποιητικό δικαστικής φερεγγυότητας του Πρωτοδικείου Αθηνών που υπέβαλε η ως άνω εταιρεία, προς συμμόρφωση με το ως άνω άρθρο, αναγράφεται ότι: «1. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για συνδιαλλαγή - εξυγίανση ή και για προληπτικά μέτρα του άρθρου 50 Ν.4738/2020 ή του άρθρου 106α Ν.3588/2007. 2. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για ειδική εκκαθάριση - ειδική διαχείριση. 3. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση πτώχευσης ή προληπτικών μέτρων άρθρου 86 Ν.4738/2020 ή του άρθρου 10 Ν.3588/2007. 4. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση σχεδίου αναδιοργάνωσης. 5. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση περί λύσεως. 6. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: δεν μπορούμε να βεβαιώσουμε α) αν έχει εκδοθεί απόφαση, β) αν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε εκκαθάριση διότι δεν τηρούνται στην Υπηρεσία μας αντίστοιχα στοιχεία. 7. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση υπαγωγής σε έκτακτη διαδικασία ρύθμισης υποχρεώσεων εμπόρων. 8. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση για αναγκαστική διαχείριση. 9. Κατά του νομικού αυτού προσώπου: α) δεν έχει εκδοθεί απόφαση, β) δεν έχει κατατεθεί αίτηση διορισμού εκκαθαριστή/συνεκκαθαριστή.».

Από την επισκόπηση του υποβληθέντος ενιαίου πιστοποιητικού δικαστικής φερεγγυότητας (βλ. στοιχείο 6 του πιστοποιητικού), σε συνδυασμό με τα οριζόμενα στο άρθρ. 2.2.9.2. παρ. Β.1 της διακήρυξης, γίνεται δεκτό ότι η καθής η προσφυγή όφειλε να είχε υποβάλλει ένορκη βεβαίωση, καθώς το ως άνω πιστοποιητικό δεν καλύπτει (ως εξάλλου ρητώς βεβαιώνεται σε αυτό), όλες τις περιπτώσεις που αναφέρονται στην περ. β' της παραγράφου 2.2.3.4, απορριπτομένων των σχετικών ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής. Με βάση τα προαναφερόμενα και δοθέντος ότι κάθε προσφέρων ο οποίος ήταν ευλόγως ενημερωμένος και επιδείκνυε τη συνήθη επιμέλεια ήταν, κατ' αρχήν, σε θέση να λάβει γνώση των σχετικών κανόνων που ήταν εφαρμοστέοι στην επίμαχη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένων των υποχρεώσεων που απορρέουν από το άρθρ. 2.2.9.2 παρ. Β.1, ο 2^{ος} λόγος προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

- 3^{ος} λόγος προσφυγής: μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...»-εσφαλμένη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ

Α) Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, κατά παράβαση της θεμελιώδους αρχής της τυπικότητας, η ως άνω εταιρεία προέβη σε εσφαλμένη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. Μέρος II, Ενότητα Α), επιλέγοντας την απάντηση «ΝΑΙ», στο ερώτημα για το εάν είναι εγγεγραμμένη σε επίσημο κατάλογο ή Μητρώο. Η ως άνω θετική απάντηση είναι εσφαλμένη, διότι ο υπόψη διαγωνισμός δεν αφορά σε ανάθεση σύμβασης έργου, αλλά σε σύμβαση προμήθειας και επομένως δεν υπάρχει επίσημος κατάλογος για τους προμηθευτές, το δε «Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο» που δήλωσε στο επίμαχο ερώτημα η εταιρεία, δεν συνιστά, σε καμία περίπτωση επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων.

- Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι: α) η θέση θετικής απάντησης («ΝΑΙ») στο ως άνω ερώτημα έγινε προφανώς εκ παραδρομής και δεν στοιχειοθετεί περίπτωση ουσιώδους ψευδούς δήλωσης της εταιρείας και β) παρότι η καθής η προσφυγή δήλωσε, ως επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων, το «Εμπορικό και Βιομηχανικό Επιμελητήριο», ουδεμία πρόθεση παραπλάνησης ως προς τα πραγματικά περιστατικά υφίσταται εν προκειμένω. Β) Στην κατευθυντήρια οδηγία με αριθμ. 23 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ αναφέρεται (βλ. σελ. 11), ότι: «Στο ως άνω πεδίο, (εννοείται στο Μέρος II,

Ενότητα Α Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, περί εγγραφής σε επίσημο κατάλογο/Μητρώο) ως προς τις συμβάσεις έργων, οι ημεδαπές εργοληπτικές επιχειρήσεις, οι οποίες διαθέτουν ενημερότητα πτυχίου, συμπληρώνουν την ένδειξη «ΝΑΙ», καθώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των παρ. 4 και 5 του άρθρου 20 του ν. 3669/2008, οι οποίες εξακολουθούν να ισχύουν, η βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, σε συνδυασμό με την ενημερότητα πτυχίου, συνιστά τον μοναδικό, επί της παρούσης, εθνικό “επίσημο κατάλογο”» (βλ. και υπ’ αριθμ. 874/2020 Απόφαση Α.Ε.Π.Π, σκέψη 29). Συνεπώς, για την ορθή συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ, θα πρέπει τα υποερωτήματα (α) έως (ε) της Ενότητας Α του Μέρους II («Πληροφορίες για τον οικονομικό φορέα»), να συμπληρώνονται μόνο από τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που διαθέτουν συνδυαστικά βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ και ενημερότητα πτυχίου, ενώ ειδικά για τους ημεδαπούς οικονομικούς φορείς προβλέπεται ότι στο πεδίο (γ) της ως άνω Ενότητας, θα πρέπει να συμπληρώνουν τα δικαιολογητικά εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ, την τάξη τους και τα δικαιολογητικά χορήγησης της ενημερότητας πτυχίου. Από την άλλη πλευρά, οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που διαθέτουν μόνο εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ και αδυνατούν λόγω της τάξης πτυχίου τους, να προσκομίσουν επιπλέον και ενημερότητα πτυχίου, τα ζητήματα που σχετίζονται με την εγγραφή τους στο εν λόγω Μητρώο, θα πρέπει να τα συμπληρώσουν στο Μέρος IV («Κριτήρια επιλογής») και ειδικότερα στην Ενότητα Α («Επαγγελματική καταλληλότητα»).

Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι στην περίπτωση που ένας οικονομικός φορέας δεν είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή δεν διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό (π.χ, βάσει εθνικού συστήματος (προ)επιλογής) - ως εν προκειμένω η καθής η προσφυγή που δεν είναι εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο Μ.Ε.ΕΠ – υποχρεούται να απαντήσει «ΟΧΙ» στο επίμαχο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ, διότι μόνο σε περίπτωση αρνητικής απάντησης εμφανίζεται αυτομάτως (στη συνέχεια του εντύπου), το ερώτημα με το εξής περιεχόμενο: «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας, μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος διατίθεται αυτή δωρεάν;». Δοθέντος δε ότι ο παρών

διαγωνισμός αφορά σε ανάθεση σύμβασης προμήθειας και όχι έργου, η καθής η προσφυγή ήταν υποχρεωμένη να δώσει αρνητική απάντηση («ΟΧΙ») στο ερώτημα περί εγγραφής σε επίσημο κατάλογο, ώστε να «ξεκλειδώσει» και το επόμενο ερώτημα περί δέσμευσης προσκόμισης βεβαίωσης πληρωμής φόρων και ασφαλιστικών εισφορών.

Ενόψει των ανωτέρω, η επίμαχη προσφορά θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, διότι η εσφαλμένη καταφατική απάντηση της καθής η προσφυγή είχε ως συνέπεια, να μην εμφανιστεί αυτόματα (και συνεπακόλουθα, να μην απαντηθεί από την εταιρεία), το ερώτημα σχετικά με το εάν θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες στην αναθέτουσα αρχή, που θα της δίνουν τη δυνατότητα να λάβει τέτοια βεβαίωση απευθείας από εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος-μέλος διατίθεται αυτή δωρεάν. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, η θέση θετικής απάντησης («ΝΑΙ») στο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ. περί εγγραφής σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων, η οποία, ως προελέχθη, «αποκρύπτει» το ερώτημα περί προσκόμισης βεβαίωσης πληρωμής ασφαλιστικών εισφορών και φόρων, συνιστά ουσιώδη παράλειψη κατά τη συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ και επομένως, λόγο απόρριψης της εξεταζόμενης προσφοράς, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής.

Περαιτέρω, δέον επισημανθεί ότι η παράλειψη της καθής η προσφυγή να απαντήσει στο εάν θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων, δεν δύναται να «αναπληρωθεί» από τις απαντήσεις που έδωσε η εν λόγω εταιρεία σε άλλα ερωτήματα, ακόμη και εντός του ιδίου κεφαλαίου του Ε.Ε.Ε.Σ (βλ. ΔΕφαθ 59/2021, ΔΕφΘεσσ 166/2018 κλπ). Ειδικότερα, η επίμαχη παράλειψη/πλημμέλεια δεν μπορεί να αναπληρωθεί ούτε από τη θετική απάντηση που έδωσε η καθής η προσφυγή στο ερώτημα της Ενότητας Β («Λόγοι που σχετίζονται με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης») του Μέρους ΙΙΙ («Λόγοι αποκλεισμού») του Ε.Ε.Ε.Σ., που σχετίζεται με την τήρηση των φορολογικών υποχρεώσεων της και την καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης (ΔΕφΘεσσ σε Συμβούλιο 11/2022, ΔΕφαθ σε Συμβούλιο 186/2021, ΔΕφΠειρ σε Συμβούλιο 70/2021). Εξάλλου, ενόψει της θεμελιώδους αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς και της φύσης του Ε.Ε.Ε.Σ, ως

υπεύθυνης δήλωσης για κάθε ένα από τα αυτοτελή προς συμπλήρωση πεδία (ΕΑ ΣτΕ 42/2020 σκέψη 11, 238-239/2019 σκέψη 9), η παράλειψη θέσης απάντησης στο συγκεκριμένο ερώτημα δεν δύναται να αναπληρωθεί ούτε από τις τελικές δηλώσεις που περιλαμβάνονται στο Μέρος VI του υποβληθέντος Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. υπ' αριθμ. 748/2021 απόφαση ΑΕΠΠ, σκέψη 3).

Τέλος, σημειώνεται ότι η εξεταζόμενη παράλειψη δεν θα μπορούσε να αναπληρωθεί με άλλον τρόπο, πλην της αντικατάστασής του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ με νέο έντυπο (προς άρση της επίμαχης παράλειψης), ώστε να περιέχει τις παραληφθείσες δηλώσεις, ενώ, κατά πάγια νομολογία, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη παροχής πληροφοριών/εγγράφων, των οποίων η κοινοποίηση/κατάθεση ήταν απαραίτητη, βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, C-336/12, σκέψη 40, απόφαση της 11ης Μαΐου 2017, Archus και Gama, C-131/16, σκέψη 33, απόφαση της 28ης Φεβρουαρίου 2018, MA.T.I. SUD SpA, C-309/18, απόφαση της 2ας Μαΐου 2019, Lavorghna Srl σκ.22 εκδοθείσας υπό την ισχύ της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΣτΕ 147/22 σκ.34 κλπ). Επακολούθως, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη «θεραπεία» οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Και τούτο, διότι, αφενός μεν, η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της, εν προκειμένω, πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ επί των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας τις οποίες, άλλωστε, μνημονεύει ρητά το ίδιο το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, αφετέρου δε, στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4782/2021 ρητά αναφέρεται ότι: «... η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. 3 άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί». Με βάση το σύνολο των προαναφερομένων, μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά της ως άνω εταιρείας και επομένως, ο 3^{ος} λόγος της υπό κρίση προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή. Ειδικότερα, η προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί, καθ' ό μέρος αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και θα πρέπει να γίνει δεκτή, κατά το σκέλος που έγιναν δεκτές οι προσφορές των δύο (2) ανταγωνιστών της.

9. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, θα πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του π.δ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει το απόσπασμα πρακτικού της .../29.12.2022 συνεδρίασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ ...), κατά τα αναφερόμενα ειδικότερα στο αναλυτικό σκεπτικό της παρούσας απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου, ποσού χιλίων τριάντα επτά ευρώ (1.037,00€).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Φεβρουαρίου 2023 και εκδόθηκε στις 20 Μαρτίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΤΟΛΗΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ