

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στην 28 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή Εισηγήτρια, και Μιχαήλ Οικονόμου, σε αναπλήρωση του Μέλους του 1^{ου} Κλιμακίου Ελευθερίας Καλαμιώτη δυνάμει της υπ' αριθ. 37/2022 Πράξης Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27.05.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 749/30-5-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και με το διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλας Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή ο προσφεύγων αιτείται α) την ακύρωση της υπ' αριθ. ... απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος της με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του για το υλικό α/α 1, ήτοι για την προμήθεια 120.000 τεμαχίων масκών υψηλής προστασίας FFP2 (μάσκες υψηλής προστασίας FFP2) της υπό ανάθεση σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΑΣΚΩΝ ΥΨΗΛΗΣ ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ» και β) τη χρήση των καθοριζομένων στην παράγραφο 3 του αρ. 106 του ν.4412/2016.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί από τον προσφεύγοντα παράβολο ποσού 1.920,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...). Ωστόσο, δεδομένου ότι η προϋπολογισθείσα αξία του Τμήματος 1, στο οποίο αφορά η υπό κρίση προσφυγή, ανέρχεται στο ποσό των 276.000€ μη συμπεριλαμβανομένου του

Αριθμός απόφασης: 1065/2022

αναλογούντος ΦΠΑ, το νόμιμο αναλογούν παράβολο, κατ' εφαρμογή της παρ. 2 του άρθρου 363 του ν.4412/2016, ανέρχεται στο ποσό 1.380€. Συνεπώς, η προκύπτουσα διαφορά των 540€ πρέπει σε κάθε περίπτωση να επιστραφεί στον προσφεύγοντα ανεξάρτητα από την αποδοχή ή απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. και συνεπώς παραδεκτός κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιόν της.

4. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 17-5-2022, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 27-5-2022.

5. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι συμμετείχε στο διαγωνισμό και η προσφορά της απορρίφθηκε.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ.πρωτ. ... διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό διαγωνισμό για την ανάθεση της σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΑΣΚΩΝ ΥΨΗΛΗΣ ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ», CPV ... «Ιατρικά αναλώσιμα». Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια ιατρικών αναλωσίμων και συγκεκριμένα σε Μάσκες υψηλής προστασίας FFP2 και Μάσκες υψηλής προστασίας FFP3, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 384.000,00 € πλέον ΦΠΑ σύμφωνα με τον πίνακα:

Α/Α	ΕΙΔΟΣ - ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ	ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΤΙΜΗ	Π/Υ
1	ΜΑΣΚΕΣ ΥΨΗΛΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ FFP2	120.000	2,30	276.000,00
2	ΜΑΣΚΕΣ ΥΨΗΛΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ FFP3	30.000	3,60	108.000,00

Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε 12 μήνες ή μέχρι την οριστική παραλαβή του συνόλου των ποσοτήτων των αγαθών. Η διακήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 20/01/2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων

Αριθμός απόφασης: 1065/2022

της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό Ο προσφεύγων οικονομικός φορέας υπέβαλε προσφορά και για τα δύο Τμήματα της σύμβασης. Κατά τη διενέργεια της αξιολόγησης, η αρμόδια επιτροπή εισηγήθηκε, μεταξύ άλλων, την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντα για το τμήμα με α/α 1 (μάσκα υψηλής προστασίας FFP2) αναφέροντας ότι *«δεν προσεκόμισε δείγμα και ως εκ τούτου δεν κατέστη δυνατό να ελεγχθεί ούτε το ίδιο το υλικό, αλλά ούτε και η διάρκεια ζωής του υλικού και επομένως είναι εκτός τεχνικών προδιαγραφών»*, ενώ για το υλικό με α/α 2 (μάσκες υψηλής προστασίας FFP3) έκρινε ότι είναι εντός τεχνικών προδιαγραφών. Η αναθέτουσα αρχή προέβη στη λήψη απόφασης έγκρισης του υποβληθέντος πρακτικού αξιολόγησης στο σύνολό του εκδίδοντας την προσβαλλόμενη με αρ. ... απόφασή της.

7. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω απόφασης καθό μέρος απορρίφθηκε η προσφορά της για το υλικό α/α 1, ήτοι για την προμήθεια 120.000 τεμαχίων μασκών υψηλής προστασίας FFP2, προβάλλοντας τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, προκειμένου να διευκολυνθεί το έργο της Αναθέτουσας Αρχής και συγκεκριμένα της επιτροπής διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, επισυνάφθηκαν στην προσφορά (σε ξεχωριστό φάκελο) δείγματα για το σύνολο των προϊόντων (μάσκες υψηλής προστασίας FFP2 και FFP3), παρόλο που δεν ήταν σαφές ο τρόπος αποστολής αυτών αλλά και η διαδικασία αξιολόγησης. Επικαλούμενη η προσφεύγουσα αφενός το άρθρο 102 του ν.4412/2016 και αφετέρου τους όρους 2.4.5., 2.4.6., 3.1.2., 6.4., 5.2.1, 5.2.3., 5.1.6 και 7 της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «Α» της διακήρυξης, ισχυρίζεται ότι προέβη στην αποστολή των απαιτούμενων από τη διακήρυξη, ως κανονιστικό πλαίσιο της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένων και των δειγμάτων για το σύνολο των υπό προμήθεια υλικών. Ακόμη και εάν ήθελε κριθεί ότι υπήρξε μη προσήκουσα υποβολή ενός τμήματος του διαγωνισμού, κατά την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να προβεί στις απορρέουσες ενέργειες βάση του άρθρου 102 του ν.4412/2016, καθώς το περιεχόμενο της υποβληθείσας προσφοράς (φάκελος δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής προσφοράς) καθορίζεται ρητώς και ειδικότερα της τεχνικής προσφοράς στην παράγραφο 7 της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «Α»

Αριθμός απόφασης: 1065/2022

(σελ. 57-58) εντός της οποίας δεν συμπεριλαμβάνονται τα δείγματα του διαγωνισμού. Κατά την προσφεύγουσα, οι λόγοι απόρριψης της προσφοράς βάση των οποίων η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει σε κάθε περίπτωση είναι ρητώς καθορισμένοι, τα προσφερόμενα είδη είναι ρητώς αποτυπωμένα στην τεχνική προσφορά και ως εκ τούτου ότι αφορά στα στοιχεία αυτά είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών και ήταν δυνατή η αντιπαραβολή τήρησης των τεχνικών προδιαγραφών και ο έλεγχος των προσφερόμενων υλικών σύμφωνα με τα δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν στην προσφορά της.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. Φ. 900/266/5697/Σ 1525/8-6-2022 έγγραφό της απέστειλε προς την ΕΑΔΗΣΥ στις 9-6-2022 τις απόψεις της επί της ανωτέρω προσφυγής, τις οποίες αυθημερόν κοινοποίησε στους μετέχοντες στο διαγωνισμό για το επίδικο τμήμα. Με τις απόψεις αυτές η αναθέτουσα αρχή προς απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής προέβαλε τους εμπειροχόμενους σε αυτές ισχυρισμούς της.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα εμπρόθεσμα και παραδεκτά, κατ' εφαρμογή του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν.4412/2016, κατέθεσε μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στις 14-6-2022 σχετικό Υπόμνημά της προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής»*. Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της*

Αριθμός απόφασης: 1065/2022

αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

11. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη δεσμεύει με τους όρους της τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο διαγωνισμό.

12. Επειδή, σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.5 της Διακήρυξης (σελ.25-26): «... Έως την ημέρα και ώρα αποσφράγισης των προσφορών προσκομίζονται με ευθύνη του οικονομικού φορέα στην Αναθέτουσα Αρχή, σε έντυπη μορφή και σε κλειστούς φάκελους, στον οποίο αναγράφεται ο αποστολέας και ως παραλήπτης η Επιτροπή Διαγωνισμού του παρόντος διαγωνισμού, τα στοιχεία της ηλεκτρονικής προσφοράς του, τα οποία απαιτείται να προσκομισθούν σε πρωτότυπη μορφή. Τέτοια στοιχεία και δικαιολογητικά ενδεικτικά είναι: (1) Η πρωτότυπη εγγυητική επιστολή

Αριθμός απόφασης: 1065/2022

συμμετοχής, πλην των περιπτώσεων που αυτή εκδίδεται ηλεκτρονικά, άλλως η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. (2) Αυτά που δεν υπάγονται στις διατάξεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 2690/1999. (3) Ιδιωτικά έγγραφα τα οποία δεν έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο ή δεν φέρουν θεώρηση από υπηρεσίες και φορείς της περίπτωσης α της παρ. 2 του άρθρου 11 του ν. 2690/1999 ή δεν συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση για την ακρίβειά τους, καθώς και (4) Τα αλλοδαπά δημόσια έντυπα έγγραφα που φέρουν την επισημείωση της Χάγης (Apostille), ή προξενική θεώρηση και δεν έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο. Σε περίπτωση μη υποβολής ενός ή περισσότερων από τα ως άνω στοιχεία και δικαιολογητικά που υποβάλλονται σε έντυπη μορφή, πλην της πρωτότυπης εγγύησης συμμετοχής, η Αναθέτουσα Αρχή δύναται να ζητήσει τη συμπλήρωση και υποβολή τους, σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016». Σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.6 της Διακήρυξης (σελ.29-30) «Λόγοι απόρριψης προσφορών», αναγράφονται οι λόγοι για τους οποίους η Αναθέτουσα Αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση προσφορά. Σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.2 της Διακήρυξης (σελ.30): «Αξιολόγηση Προσφορών Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών, μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο ΕΣΗΔΗΣ οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. α. Η Αναθέτουσα Αρχή, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητά από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα και ότι αφορά στα στοιχεία ή δεδομένα, των οποίων είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος ο προγενέστερος χαρακτήρας σε σχέση με το πέρας της καταληκτικής προθεσμίας παραλαβής προσφορών. Τα ανωτέρω ισχύουν κατ' αναλογία και

Αριθμός απόφασης: 1065/2022

για τυχόν ελλείπουσες δηλώσεις, υπό την προϋπόθεση ότι βεβαιώνουν γεγονότα αντικειμενικώς εξακριβώσιμα». Σύμφωνα με την παράγραφο 6.4 της Διακήρυξης (σελ.48): «Δείγματα – Δειγματοληψία – Εργαστηριακές εξετάσεις Σύμφωνα με τους όρους που καθορίζονται στο Παράρτημα «Α» και το άρθρο 214 του ν. 4412/2016». Σύμφωνα με την παράγραφο 5.2.1 της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «Α» της Διακήρυξης (σελ.56) «Για την αξιολόγηση αυτή ο προμηθευτής είναι υποχρεωμένος να καταθέσει μαζί με την προσφορά του επαρκή ποσότητα δείγματος – αντιδείγματος (τουλάχιστον 2) του προσφερόμενου υλικού για αξιολόγηση», ενώ σύμφωνα με την παράγραφο 5.2.3 «Η επιτροπή αξιολόγησης μπορεί να ζητήσει την κατάθεση δείγματος για οποιοδήποτε υλικό». Σύμφωνα με την παράγραφο 5.1.6 της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «Α» της Διακήρυξης (σελ.56): «Η επιτροπή τεχνικής αξιολόγησης μπορεί κατά την κρίση της να ζητήσει από κάθε συμμετέχοντα προμηθευτή έγγραφες διευκρινίσεις επί των αναγραφόμενων στην προσφορά του, καθώς και οποιοδήποτε συμπληρωματικό στοιχείο για την εξακρίβωση των τεχνικών χαρακτηριστικών και των δυνατοτήτων του υπό προμήθεια είδους». Σύμφωνα με την παράγραφο 7 της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «Α» της Διακήρυξης (σελ. 57-58): «Ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς θα περιλαμβάνει τα ακόλουθα: 7.1 Συμπληρωμένο αναλυτικό φυλλάδιο με τίτλο «Έντυπο Συμμόρφωσης προς την Προδιαγραφή Ενόπλων Δυνάμεων» (υπόδειγμα όπως στην Προσθήκη II). Διευκρινίζεται ότι η κατάθεση του Εντύπου Συμμόρφωσης δεν απαλλάσσει τους προμηθευτές από την υποχρέωση υποβολής των κατά περίπτωση δικαιολογητικών, που καθορίζονται με την παρούσα ΠΕΔ. Προσφορά χωρίς έντυπο συμμόρφωσης θα απορρίπτεται. 7.2 Συμμόρφωση με τις απαιτήσεις του Κανονισμού REACH. Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό υποχρεούνται, μαζί με την τεχνική τους προσφορά, να προσκομίσουν υπεύθυνη δήλωση, στην οποία θα δηλώνουν ότι τα υπό προμήθεια είδη συμμορφώνονται με τις απαιτήσεις του Κανονισμού (ΕΚ) 1907/2006 – REACH (Registration, Evaluation and Authorization of Chemicals) της Ευρωπαϊκής Ένωσης (για όσα υλικά απαιτείται). Η υπηρεσία, μετά την υπογραφή της σύμβασης, διατηρεί το δικαίωμα όπου και όταν κριθεί αναγκαίο, να ζητήσει να προσκομισθούν δικαιολογητικά τεκμηρίωσης ή να διενεργηθούν εργαστηριακές δοκιμές. 7.3 Τα έγγραφα της παραγράφου 5.1. 7.4 Κατάλογο των κατατιθέμενων εγγράφων / δικαιολογητικών».

Αριθμός απόφασης: 1065/2022

13. Επειδή, εν προκειμένω, από την επισκόπηση του φακέλου της εξεταζόμενης προσφυγής και από την προσβαλλόμενη απόφαση καταρχάς δεν προκύπτει εάν ο προσφεύγων είχε τηρήσει την υποχρέωση του προμνημονευθέντος όρου 5.2.1 της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «Α» της διακήρυξης (σελ.56), σύμφωνα με τον οποίο *«Για την αξιολόγηση αυτή ο προμηθευτής είναι υποχρεωμένος να καταθέσει μαζί με την προσφορά του επαρκή ποσότητα δείγματος – αντιδείγματος (τουλάχιστον 2) του προσφερόμενου υλικού για αξιολόγηση»*. Επί του ζητήματος αυτού ο προσφεύγων δεν απαντά σαφώς δια της προσφυγής και δια του Υπομνήματός του. Η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 24-2-2022 Πρακτικό αξιολόγησης, στο οποίο αναφέρεται ότι οι συνεδριάσεις της διήρκεσαν έως τις 3-3-2022 και συνεπώς τότε (3-3-2022) τεκμαίρεται ότι ολοκλήρωσε την αξιολόγησή της, ανέφερε ότι *«Ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» υπέβαλε προσφορά και για τα δυο υλικά: για το υλικό με α/α 1 (μάσκες υψηλής προστασίας FFP2), για την οποία ωστόσο δεν προσεκόμισε δείγμα και ως εκ τούτου δεν κατέστη δυνατό να ελεγχθεί ούτε το ίδιο το υλικό, αλλά ούτε και η διάρκεια ζωής του υλικού και επομένως είναι εκτός τεχνικών προδιαγραφών»*. Ο προσφεύγων, ωστόσο, προέβαλε με το Υπόμνημά του ότι προέβη στην εκ νέου αποστολή δειγμάτων στις 24/02/2022 (ώρα 18:05), ήτοι μεσούσης της αξιολόγησης, τα οποία παραδόθηκαν στην αναθέτουσα αρχή στις 28/02/2022 (ώρα 14:30). Όντως επιβεβαιώνεται η παραλαβή απεσταλμένου εκ μέρους του προσφεύγοντα από την αναθέτουσα αρχή μέσω του αυτοματοποιημένου συστήματος της εταιρείας courier (<https://www.../>) με χρήση του αριθμού αποστολής (αριθμός αποστολής ...), χωρίς, όμως, να επιβεβαιώνεται ποιο ήταν το περιεχόμενο του απεσταλμένου ούτε με οιονδήποτε τρόπο το αποδεικνύει ο προσφεύγων. Η ανωτέρω κρίση της Επιτροπής Διαγωνισμού, ότι δηλαδή *«.....για το υλικό με α/α 1 (μάσκες υψηλής προστασίας FFP2), για την οποία ωστόσο δεν προσεκόμισε δείγμα και ως εκ τούτου δεν κατέστη δυνατό να ελεγχθεί ούτε το ίδιο το υλικό, αλλά ούτε και η διάρκεια ζωής του υλικού και επομένως είναι εκτός τεχνικών προδιαγραφών.....»*, την οποία έκανε δεκτή και η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της, δεν αιτιολογεί ποιον επί ποινή απόρριψης της προσφοράς όρο της διακήρυξης παραβίασε ο προσφεύγων ώστε, κατ' ακολουθία, να κριθεί και η νομιμότητα της εκ των υστέρων ζήτησης προσκόμισης δείγματος ενόψει των προβλέψεων

Αριθμός απόφασης: 1065/2022

του του όρου 3.1.2. της διακήρυξης ότι «...*Η συμπλήρωση ή η αποσαφήνιση ζητείται και γίνεται αποδεκτή υπό την προϋπόθεση ότι δεν τροποποιείται η προσφορά του οικονομικού φορέα...*». Ωστόσο, την ίδια τελευταία ημέρα συνεδριάσεων της Επιτροπής Διαγωνισμού (ήτοι στις 3-3-2022) και άρα της τεκμαιρόμενης ολοκλήρωσης της αξιολόγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού, η Διεύθυνση Οικονομικών Υπηρεσιών/Τμήμα Προμηθειών της αναθέτουσας αρχής (όχι η Επιτροπή Διαγωνισμού) με το από 03 Μαρτίου 2022 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου εκτός ΕΣΗΔΗΣ που απέστειλε ζήτησε από τον οικονομικό φορέα «...» διευκρινήσεις όσον αφορά τα δικαιολογητικά που κατατέθηκαν από αυτόν, καθώς και την κατάθεση δειγμάτων για την απόδειξη της τεχνικής του ικανότητας ως μνημονεύεται στο σχετικό ηλεκτρονικό μήνυμα. Ειδικότερα, ως αναφέρεται στο σχετικό ηλεκτρονικό μήνυμα, στο πλαίσιο αξιολόγησης της τεχνικής του προσφοράς ζήτησε από τον προσφεύγοντα φυσικό δείγμα για το υλικό α/α 1 (μάσκες υψηλής προστασίας FFP2) της διακήρυξης, στη συσκευασία του οποίου αποτυπώνεται το πιστοποιητικό σήμανσης CE που διαθέτει το υλικό, ο κωδικός του είδους καθώς και η διάρκεια ζωής του. Μετά τη λήψη του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (email) στις 03/03/2022 ο προσφεύγων προβάλλει δια του Υπομνήματός του ότι προέβη στην αποστολή των αναγραφόμενων σε αυτό και κυρίως στη διαδοχική εκ νέου αποστολή των δειγμάτων στις ακόλουθες ημερομηνίες: α) Στις 05/03/2022 (ώρα 11:37), τα οποία παραδόθηκαν στις 08/03/2022 (ώρα 11:57) με αριθμό αποστολής ..., β) στις 22/03/2022 (ώρα 19:28), τα οποία παραδόθηκαν στις 24/03/2022 (ώρα 13:21) με αριθμό αποστολής ..., γ) στις 07/04/2022 (ώρα 13:32), τα οποία παραδόθηκαν στις 08/04/2022 (ώρα 12:20) με αριθμό αποστολής ... και ... και δ) στις 27/04/2022 (ώρα 16:11), τα οποία παραδόθηκαν στις 28/04/2022 (ώρα 13:20) με αριθμό αποστολής ..., όλα της εταιρεία courier ... και επισυνάπτει δια του Υπομνήματός του τα σχετικά αποδεικτικά έντυπα από την εν λόγω εταιρεία courier. Η αναθέτουσα αρχή δια των απόψεών της προέβαλε ότι «...*Παρά τις επανειλημμένες οχλήσεις κατά το διάστημα από 3 Μαρ 22 έως και 20 Απρ 22, προς τον οικονομικό φορέα και την αποστολή του (γ) σχετικού* [ενν. το από 03 Μαρτίου 2022 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών/Τμήμα Προμηθειών της αναθέτουσας αρχής], *για την κατάθεση του εν λόγω δείγματος δεν υπήρξε ανταπόκριση, με αποτέλεσμα η Επιτροπή Αξιολόγησης*

Αριθμός απόφασης: 1065/2022

να καταθέσει το (δ) όμοιο. Στο πρακτικό της 20 Απρ 22 η Επιτροπή πρότεινε, ο οικονομικός φορέας "...", να κριθεί εκτός τεχνικών προδιαγραφών για το εν λόγω υλικό, καθώς δεν υπήρξε κατάθεση του σχετικού δείγματος. Σημειώνεται ότι, το δείγμα απεστάλλει από τον οικονομικό φορέα, μεταγενέστερα της κατάθεσης του πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης, ήτοι την 27 Απρ 22.».

Το δε (δ) όμοιο έγγραφο αναφέρεται ότι είναι η από 20 Απρ 22 Υπηρεσιακή Αναφορά του Προέδρου της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού (Αρ, Πρωτ.: 3971/20 Απρ 22), η οποία, όμως, δεν τέθηκε υπόψη του κρίνοντος κλιμακίου από τα διάδικα μέρη, ούτε προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπό κρίση προσφυγής που τέθηκε υπόψη του κλιμακίου. Μετά ταύτα η αναθέτουσα αρχή λαμβάνοντας υπόψη την ανωτέρω από 20 Απριλίου 2022 Υπηρεσιακή Αναφορά του Προέδρου της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού (Αρ, Πρωτ.: 3971/20 Απρ 22), ως προκύπτει από το 'σώμα' της προσβαλλόμενης απόφασής της, εξέδωσε αυτήν (προσβαλλόμενη απόφαση) με την οποία, κατά τα προαναφερθέντα, απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος για το συγκεκριμένο είδος διότι «Ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...», κρίθηκε εκτός τεχνικών προδιαγραφών για το υλικό α/α 1 (μάσκες υψηλής προστασίας FFP2) διότι δεν προσκόμισε δείγμα προκειμένου να ελεγχθεί το υλικό και εντός τεχνικών προδιαγραφών για το υλικό α/α 2 (μάσκες υψηλής προστασίας FFP3).». Με τα δεδομένα αυτά, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση παρέλειψε καταρχήν να διαπιστώσει εάν ο προσφεύγων τήρησε την απορρέουσα από τον όρο 5.2.1. της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «Α» της διακήρυξης (σελ.56) υποχρέωση «Για την αξιολόγηση αυτή ο προμηθευτής είναι υποχρεωμένος να καταθέσει μαζί με την προσφορά του επαρκή ποσότητα δείγματος – αντιδείγματος (τουλάχιστον 2) του προσφερόμενου υλικού για αξιολόγηση».

Περαιτέρω, η ΕΑΔΗΣΥ δεν δύναται να υποκαταστήσει νομίμως την αναθέτουσα αρχή και να αποφανθεί το πρώτον επί της διαδοχικής αποστολής εκ μέρους του προσφεύγοντος και αντίστοιχα λήψης από την αναθέτουσα αρχή των δειγμάτων στις ακόλουθες ημερομηνίες: α) στις 24/02/2022 (ώρα 18:05), τα οποία παραδόθηκαν στην αναθέτουσα αρχή στις 28/02/2022 (ώρα 14:30), β) στις 05/03/2022 (ώρα 11:37), τα οποία παραδόθηκαν στις 08/03/2022 (ώρα 11:57) με αριθμό αποστολής ..., γ) στις 22/03/2022 (ώρα 19:28), τα οποία παραδόθηκαν στις 24/03/2022 (ώρα 13:21) με αριθμό

Αριθμός απόφασης: 1065/2022

αποστολής ..., δ) στις 07/04/2022 (ώρα 13:32), τα οποία παραδόθηκαν στις 08/04/2022 (ώρα 12:20) με αριθμό αποστολής ... και ... και ε) στις 27/04/2022 (ώρα 16:11), τα οποία παραδόθηκαν στις 28/04/2022 (ώρα 13:20) με αριθμό αποστολής ..., όλα της εταιρεία courier ... Για αμφότερους τους λόγους αυτούς η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος με το οποίο απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή προκειμένου τα αρμόδια όργανα να προβούν στις οφειλόμενες ενέργειές της, ήτοι α) να διαπιστώσουν εάν ο προσφεύγων τήρησε την απορρέουσα από τον όρο 5.2.1. της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «Α» της διακήρυξης (σελ.56) υποχρέωση «Για την αξιολόγηση αυτή ο προμηθευτής είναι υποχρεωμένος να καταθέσει μαζί με την προσφορά του επαρκή ποσότητα δείγματος – αντιδείγματος (τουλάχιστον 2) του προσφερόμενου υλικού για αξιολόγηση», β) να διαπιστώσουν αφενός εάν έλαβε τα ζητηθέντα δείγματα με τις προαναφερθείσες διαδοχικές αποστολές του προσφεύγοντος και αφετέρου πότε τα έλαβε σε σχέση με το χρόνο ολοκλήρωσης της αξιολόγησης της προσφοράς του προσφεύγοντος από την Επιτροπή Διαγωνισμού και εκ τρίτου να τα αξιολογήσουν, εφόσον προηγουμένως κρίνουν ότι νόμιμα ζητήθηκαν από τις υπηρεσίες της αναθέτουσας αρχής και νόμιμα κατατέθηκαν από τον προσφεύγοντα. Τέλος, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντα ότι το κανονιστικό πλαίσιο των δειγμάτων δεν ήταν καθορισμένο από τη διακήρυξη απορρίπτεται καταρχάς ως αόριστος, δεδομένου ότι δεν τεκμηριώνει σε τι συνίσταται η ασάφεια της υποχρέωσης προσκόμισης των δειγμάτων και αφετέρου ως αβάσιμος ενόψει των ρητών προβλέψεων στους όρους 5.2.1, 5.2.3, 5.1.6 και 7 της Προσθήκης 1 του Παραρτήματος «Α» της διακήρυξης.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη, η δε προσβαλλόμενη να ακυρωθεί και η υπόθεση να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με τα ανωτέρω.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 1.920,00 ευρώ, πρέπει να επιστραφεί στο σύνολό του στον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα, λαμβανομένων υπόψη και όσων κρίθηκαν στη σκέψη 2 της παρούσας.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. ... απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος της με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντα για το υλικό α/α 1, ήτοι για την προμήθεια 120.000 τεμαχίων μασκών υψηλής προστασίας FFP2 (μάσκες υψηλής προστασίας FFP2).

Αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου αυτή να προβεί στις οφειλόμενες ενέργειές της, σύμφωνα με τα κριθέντα στη σκέψη 13 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του ηλεκτρονικού παραβόλου με κωδικό ..., ποσού 1.920,00 ευρώ, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην σκέψη 1 της παρούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28-6-2022 και εκδόθηκε στις 18-7-2022 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ