

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 20 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1385/12.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., ... αρ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. 267/24-06-2021 απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το από 08-06-2021 πρακτικό αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών της επιτροπής του διαγωνισμού κατά το μέρος αυτής, με το οποίο αφενός μεν απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος κι αφετέρου έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....», για το είδος με α/α 3 (κλίνη τοκετού), εφεξής η «προσβαλλόμενη» και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», εφεξής «ο παρεμβαίνων», που εδρεύει στη, οδός, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το ως άνω σκέλος.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

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 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 9.07.2021 πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ του τμήματος με α/α 3 της σύμβασης, στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, ποσού 40.322, 58 ευρώ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε με την υπ' αριθ. ... διακήρυξη δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό με αντικείμενο την προμήθεια Εξοπλισμού για το ... που αφορά αγορά (με υποχρέωση του προμηθευτή για τοποθέτηση και εγκατάσταση όπως αυτή αναφέρεται στους Ειδικούς Όρους των τεχνικών προδιαγραφών της παρούσας) 34 ειδών, μεταξύ των οποίων του είδους με α/α 3 (κλίνες τοκετού). Προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα ή όλα τα είδη του παραπάνω πίνακα στο σύνολο της αντίστοιχης προκηρυχθείσας ποσότητας αυτών. Η συνολική εκτιμώμενη αξία της/των σύμβασης/συμβάσεων ανέρχεται στο ποσό των 1.609.580,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 1.298.048,39€- Φ.Π.Α: 311.531,61€). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε 90 ημέρες. Αναλυτική περιγραφή και τεχνικές προδιαγραφές του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της διακήρυξης. Ι. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής για τα είδη με Α.Α:[...]3. ΚΛΙΝΗ ΤΟΚΕΤΟΥ (CPV ...).

3. Επειδή, περίληψη της διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στην επίσημη εφημερίδα της ευρωπαϊκής ένωσης στις 7.12.2020. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων την 18-12-2020 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

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

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 12.07.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 30-06-2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ 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 άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, ο προσφεύγων, καταρχήν, με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή κατά της απόρριψης της προσφοράς του και επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη απόρριψη αυτής και όφελος από την ανάθεση στον ίδιο του τμήματος με α/α 3 της υπό κρίση σύμβασης. Ωστόσο, με την υπό εξέταση προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης και κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ 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 ΑΕΠΠ

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής του ανωτέρω οικονομικού φορέα χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Εφόσον, όμως, κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος το έννομο συμφέρον του εξαρτάται από την επίκληση συμφέροντος ματαιώσεως της διαγωνιστικής διαδικασίας και επισημαίνεται ότι με την απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 (επί της υποθέσεως ..., ...), 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». Μειοψήφησε το μέλος Χ. Ζαράρη «για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος προσφεύγοντος δεν επιβάλλεται να δηλώσει ρητώς με την προδικαστική προσφυγή του ότι επιδιώκει την ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και ότι προτίθεται να συμμετάσχει σε πιθανή επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με όμοιο αντικείμενο και όρους (βλ. ad hoc Ε.Α. ΣΤΕ 299/2019, 72/2020), αρκεί να υφίσταται ανοικτό το εν λόγω ενδεχόμενο (ΕΑ 235/2019 σκ.28 και ΑΕΠΠ 1098/2021 σκ. 29).

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

7. Επειδή στις 12.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τύπου του διαγωνισμού προς τον έτερο συμμετέχοντα στη διαγωνιστική διαδικασία για το είδος με α/α 3, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1792/2021 Πράξη του αναπληρωτή Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου και την 1887/2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 20-07-2021 απόψεις της (α.π. 10778/19-07-2021) επί της προσφυγής.

10. Επειδή, ο παρεμβαίνων στις 22-07-2021 άσκησε την ΓΑΚ ΑΕΠΠ 4625/2021 παρέμβασή του νομίμως κι εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής. Έχει δε έννομο συμφέρον στην άσκηση αυτής καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή, στον υπό κρίση διαγωνισμό για το είδος με α/α 3 συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Δυνάμει της προσβαλλομένης απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος ενώ έγινε δεκτή η προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα που αναδείχθηκε και προσωρινός ανάδοχος της προμήθειας. Ειδικότερα, επί της απορρίψεως της προσφοράς του προσφεύγοντος έγιναν δεκτά τα ακόλουθα: «κρίνεται τεχνικά μη αποδεκτή, για τους κάτωθι λόγους : 1. Στην Διακήρυξη στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού Αντικειμένου της Σύμβασης (Τεχνικές Προδιαγραφές και Ειδικό Όροι) Μέρος Α΄ – Τεχνικές Προδιαγραφές I.3 Κλίνη Τοκετού (CPV ...) στην παράγραφο 1 ζητείται *«Η επιφάνεια κατάκλισης να είναι τριών (3) τμημάτων, αποτελούμενη από το τμήμα πλάτης, το τμήμα καθίσματος και το τμήμα ποδιών. Και τα τρία (3) τμήματα να έχουν*

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

στρώμα πάχους από 8 έως 14 εκατοστά. Επιθυμητό να έχουν το ίδιο πάχος στρώματος όλα τα τμήματα.....» Δεν πληρείται η τεχνική Προδιαγραφή Νο1., διότι : Στην απάντηση-τεκμηρίωση της εταιρείας της στο Φύλλο Συμμόρφωσης Τεχνικών Προδιαγραφών είναι ΝΑΙ. Ωστόσο, λαμβάνοντας υπόψη την Τεχνική Περιγραφή της Κλίνης Τοκετού, η ομάδα εργασίας διαπίστωσε ότι το ένα από τα τρία τμήματα του στρώματος έχει πάχος άνω του ορίου (πάχος τμήματος ποδιών 15cm με ανώτατο όριο τα 14cm). 2. Στο Παράρτημα ΙΙΙ-ΟΔΗΓΙΕΣ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗΣ ΦΥΛΛΟΥ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ της Διακήρυξης, ζητείται επί ποινή αποκλεισμού «να δηλώνεται ρητά η συμμόρφωση ή απόκλιση από τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές και ειδικούς όρους, τηρώντας την ίδια σειρά και αρίθμηση του Παραρτήματος Ι». Κατά την αξιολόγηση της προσφοράς, η ομάδα εργασίας διαπίστωσε ότι έχουν παραληφθεί από το Φύλλο Συμμόρφωσης Ειδικών Όρων όλοι οι Ειδικοί Όροι της κατηγορίας ΣΤ. Όροι και κόστος εξόδων συντήρησης – λειτουργίας[...].

13. Επειδή, με την προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: «Σύμφωνα με την αιτιολογία της πληττόμενης πράξης, λόγος αποκλεισμού της εταιρείας μας από την συνέχιση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας συνιστά η αιτίαση ότι «Στο Παράρτημα ΙΙΙ-ΟΔΗΓΙΕΣ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗΣ ΦΥΛΛΟΥ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ της Διακήρυξης, ζητείται επί ποινή αποκλεισμού «να δηλώνεται ρητά η συμμόρφωση ή απόκλιση από τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές και ειδικούς όρους, τηρώντας την ίδια σειρά και αρίθμηση του Παραρτήματος Ι». Κατά την αξιολόγηση της προσφοράς, η ομάδα εργασίας διαπίστωσε ότι έχουν παραληφθεί από το Φύλλο Συμμόρφωσης Ειδικών Όρων όλοι οι Ειδικοί Όροι της κατηγορίας ΣΤ. Όροι και κόστος εξόδων συντήρησης - λειτουργίας». Στο πλαίσιο του εκσυγχρονισμού του νομοθετικού πλαισίου που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις, εκδόθηκε ο ν. 4782/2021 που επέφερε σημαντικές αλλαγές στις προβλεπόμενες διαδικασίες σύναψης της δημόσιας σύμβασης και ιδίως στην έννομη προστασία των οικονομικών φορέων κατά την διάρκεια αυτής. Κατόπιν τούτων, με το νέο αρ. 42 του ν. 4372/2021 το οποίο τροποποιεί - από 01.06.2021 - το αρ. 102 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «[...]». Ως εκ τούτου, το ρυθμιστικό πεδίο της εν λόγω διάταξης διαφοροποιείται ουσιωδώς από το προϊσχύον δίκαιο, καθώς δεν καταλείπεται πλέον στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής η

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

αποστολή πρόσκλησης προς τους οικονομικούς φορείς για την αποσαφήνιση των προσφορών, πλέον ότι καταργεί την σύνδεση της χορήγησης του εν λόγω δικαιώματος προς τους προσφέροντες με τον χαρακτηρισμό της πλημμέλειας ως επουσιώδους ή ουσιώδους, η οποία κατέτεινε στην απαράδεκτη συμπλήρωση της προσφοράς μετά την υποβολή της, δια της προσκόμισης το πρώτον, κατά το στάδιο αξιολόγησης της προσφοράς, εγγράφων που προβλεπόταν από το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού επί ποινή αποκλεισμού του υποψηφίου αναδόχου. Εν προκειμένω, η εταιρεία μας παρέλειψε να υποβάλλει στους ειδικούς όρους του φύλλου συμμόρφωσης την κατηγορία ΣΤ, την οποία όμως έθεσε στην διάθεση της αναθέτουσας αρχής προσκομίζοντάς την με τον φάκελο της οικονομικής προσφοράς. Καθότι οι όροι της διακήρυξης είναι κανονιστικοί και εφόσον η κατηγορία ΣΤ αναφέρεται ρητά στο κείμενο της διακήρυξης ότι πρέπει να περιέχεται στο φύλλο συμμόρφωσης, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ζητήσει συμπληρωματική προσκόμιση του εγγράφου, κατ' εφαρμογή της διάταξης του αρ. 102 Ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης και όχι να αποκλείσει άνευ ετέρου την εταιρεία μας από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Η διακήρυξη του διαγωνισμού δημοσιεύθηκε την 07.12.2020, ήτοι σε χρόνο κατά τον οποίο ίσχυε η διάταξη του ν. 4412/2015 υπό την προγενέστερη μορφή της. Ωστόσο η πράξη αποκλεισμού της εταιρείας μας έλαβε χώρα στις 24.06.2021, ημερομηνία κατά την οποία η τροποποίηση του αρ. 102 του ν. 4412/2016 είχε τεθεί σε ισχύ με τον νέο ν. 4782/2021, ήτοι από 01.06.2021 με το αρ. 42. Ως εκ τούτου, με βάση την θεμελιώδη αρχή του διοικητικού δικαίου που προστάζει η νομιμότητα κάθε διοικητικής πράξης να κρίνεται κατά τον χρόνο της έκδοσής της, η αναθέτουσα αρχή δέον όπως εφαρμόσει το αρ. 42 του ν. 4872/2021. [...]Ως εκ τούτου, συνάγεται εναργώς ότι η νέα νομοθετική ρύθμιση, ήτοι το αρ. 42 του ν. 4782/2021, η οποία τέθηκε σε ισχύ από την 09.03.2021, αποτελεί ευνοϊκότερο νομοθετικό καθεστώς για τον οικονομικό φορέα και άρα πρέπει να τύχει εφαρμογής στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. [...] Εν προκειμένω, σύμφωνα με το Παράρτημα Ι της διακήρυξης, στο οποίο περιγράφονται αναλυτικά τα τεχνικά χαρακτηριστικά του ζητούμενου είδους α/α 3 της κλίνης τοκετού, αναφέρονται οι διαστάσεις των τμημάτων της κλίνης. Πιο

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

συγκεκριμένα, η επιφάνεια κατάκλισης πρέπει να είναι τριών (3) τμημάτων, αποτελούμενη από το τμήμα πλάτης, το τμήμα καθίσματος και το τμήμα ποδιών. Και τα τρία (3) τμήματα να έχουν στρώμα πάχους από 8 έως 14 εκατοστά, ενώ είναι επιθυμητό να έχουν το ίδιο πάχος στρώματος όλα τα τμήματα. Το στρώμα σε κάθε τμήμα να καλύπτεται από αδιάβροχο υλικό, εύκολα αφαιρούμενο, αντιβακτηριδιακό, ανθεκτικό σε καθαρισμό με χημικά καθαριστικά ή απολυμαντικά, ενώ πρέπει να αναφερθούν προς αξιολόγηση οι διαστάσεις του κάθε τμήματος (μήκος, πλάτος), καθώς και οι διαστάσεις (μήκος, πλάτος), το πάχος και το υλικό κατασκευής του στρώματος. Η εταιρεία μας υπέβαλλε πλήρη και εμπρόθεσμη προσφορά, η οποία ωστόσο απερρίφθη εξαιτίας των διαστάσεων του στρώματος της κλίνης, το οποίο στην επιφάνεια των ποδιών, ήτοι του ενός από τα τρία επιμέρους τμήματα του στρώματος του ζητούμενου είδους είχε πάχος 15 εκ. αντί για πάχος 14 εκ. Επισημαίνεται δε ότι τα δυο άλλα τμήματα της επιφάνειας κατάκλισης φέρουν τις διαστάσεις που ζητούνται από το κανονιστικό κείμενο του διαγωνισμού. Η απόρριψη της προσφοράς μας παραβιάζει την αρχή της νομιμότητας, καθώς προσεγγίστηκε εξαιρετικά φορμαλιστικά, αγγίζοντας μάλιστα τα όρια της τυπολατρίας. [...] Μοναδική απόκλιση της προσφοράς αποτελεί η διαφορά 1 εκ. αναφορικά με το πάχος του στρώματος της κλίνης στην επιφάνεια των ποδιών, ήτοι σε ένα μόνο από τα τρία τμήματα της επιφάνειας κατάκλισης. Η ως άνω παρέκκλιση τυγχάνει επουσιώδους, υπό την έποψη ότι ουδόλως καθιστά το προσφερόμενο είδος ακατάλληλο για την προοριζόμενη χρήση, όπως οριοθετείται από την αιτιολογία που διαλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης[...] Εν προκειμένω, ο οικονομικός φορέας «...», προς εκπλήρωση της υπό κρίση απαίτησης του κανονιστικού πλαισίου του διαγωνισμού κατέθεσε το Φύλλο Συμμόρφωσης, στο περιεχόμενο του οποίου δηλώνεται η πλήρωση του όρου για την ανωτέρω προδιαγραφή του καλύμματος του στρώματος, πλην όμως ουδόλως παραπέμπει σε οποιοδήποτε έγγραφο της προσφοράς, ούτε έχει υποβάλει εν γένει κανένα σχετικό δικαιολογητικό. Ως εκ τούτου, η τεχνική προσφορά δεν πληροί τις κανονιστικές διατάξεις της διακήρυξης, με αποτέλεσμα την δημιουργία δέσμιας αρμοδιότητας για την απόρριψη της προσφοράς. Συνεπώς, η κρίση της προσβαλλόμενης απόφασης περί της πληρότητας της τεχνικής προσφοράς του εν λόγω οικονομικού φορέα τυγχάνει μη νόμιμη,

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

παραβιάζουσα ουσιώδη όρο της διακήρυξης και για το λόγο αυτό ίσताται ακυρωτέα[...]

14.Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής: «Α.1. Ο διαγωνισμός της διακήρυξης με αριθμό ... «Προμήθειας Εξοπλισμού για το ..._Ομάδα Β'» διενεργήθηκε σύμφωνα με τα οριζόμενα του νόμου 4412/2016 και συγκεκριμένα του άρθρο 18 (Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και του άρθρου 27 (Ανοικτή διαδικασία), όπως αναλύεται παραπάνω στο ιστορικό του διαγωνισμού. Α.2 Η εταιρεία ... με την προσφορά της (αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ...) δεν υπέβαλε φύλλο συμμόρφωσης για το μέρος στ) των Ειδικών Όρων σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράστημα ΙΙΙ της εν θέματι διακήρυξης, όπως αναλύεται στο (3) σχετικό, έκθεση της Ομάδας Εργασίας (συνημμένο αρχείο). Α.3 Στο Παράρτημα Ι.3 (1) της εν θέματι διακήρυξης ζητείται [...] Η προδιαγραφή δεν πληρείται εν μέρει όπως αναλύεται στο (3) σχετικό, έκθεση της Ομάδας Εργασίας (συνημμένο αρχείο)».

15. Επειδή, σύμφωνα με τον παρεμβαίνοντα: «Εξάλλου, από την προαναφερθείσα προδιαγραφή προκύπτει ότι η αποδεκτή διακύμανση πάχους του στρώματος είναι από 8 εκατοστά (κατ' ελάχιστο) έως 14 εκατοστά (κατ' ανώτατο), και επομένως προϊόν με πάχος στρώματος μεγαλύτερο από το επιτρεπτό, δεν μπορεί να χαρακτηριστεί τεχνικώς αποδεκτό. Άλλωστε, σύμφωνα με το ρητό όρο του Παραρτήματος ΙΙΙ της διακήρυξης (Υποδείγματα Φύλλων Συμμόρφωσης Τεχνικής Προσφοράς) «... Προσφορές που δεν καλύπτουν πλήρως τις τεχνικές προδιαγραφές απορρίπτονται ως απαράδεκτες ...». β. Την διαπιστωθείσα απόκλιση από τις τεχνικές προδιαγραφές συνομολογεί η εταιρία «...», υποστηρίζοντας όμως ότι πρόκειται για επουσιώδη πλημμέλεια, η οποία δεν μπορεί να οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς της. Πλην όμως, ενόψει της ανωτέρω, κατηγορηματικής πρόβλεψης της διακήρυξης, η μη συμμόρφωση προς την υπ' αριθ. 1 προδιαγραφή της κλίνης τοκετού δεν μπορεί να θεωρηθεί αμελητέα, ούτε η εμμονή στην τήρησή της ως «αφόρητος φορμαλισμός», όπως προβάλλει η προσφεύγουσα, και επομένως ορθώς κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της. 2.α. Περαιτέρω, σύμφωνα με το από 7-6-2021 πρακτικό της κατά τα άνω ορισθείσας ομάδας εργασίας για την τεχνική αξιολόγηση των προσφορών, η τεχνική προσφορά της εταιρίας «...» απορρίφθηκε και για τον

εξής λόγο: «... 2. Στο Παράρτημα III-ΟΔΗΓΙΕΣ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΗΣ ΦΥΛΛΟΥ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ της Διακήρυξης, ζητείται επί ποινή αποκλεισμού «να δηλώνεται ρητά η συμμόρφωση ή απόκλιση από τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές και ειδικούς όρους, τηρώντας την ίδια σειρά και αρίθμηση του Παραρτήματος Ι». Κατά την αξιολόγηση της προσφοράς, η ομάδα εργασίας διαπίστωσε ότι έχουν παραλειφθεί από το Φύλλο Συμμόρφωσης Ειδικών Όρων όλοι οι Ειδικοί Όροι της κατηγορίας ΣΤ. Όροι και κόστος εξόδων συντήρησης – λειτουργίας...». β. Την ανωτέρω πλημμέλεια συνομολογεί, ομοίως, η προσφεύγουσα πλην όμως υποστηρίζει ότι, ενόψει της χωρήσασας νομοθετικής μεταβολής, με την αντικατάσταση του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 με το άρθρο 42 του Ν.4782/2021, παρείχετο περιθώριο κλήσης της από την 10 αναθέτουσα Αρχή για τη συμπλήρωση της επισημανθείσας έλλειψης του φύλλου συμμόρφωσης. Ωστόσο, όπως κατωτέρω εκθέτουμε, ο ισχυρισμός αυτός είναι απολύτως αβάσιμος. γ. Ειδικότερα, στην υπ' αριθ. 2339/16-4-2021 εγκύκλιο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με θέμα «Διευκρινίσεις ως προς επιμέρους διατάξεις του ν. 4782/2021 (Α'36). Τροποποίηση του ν. 4412/ 2016 και άλλες διατάξεις», αναφέρονται μεταξύ άλλων τα εξής: «... Άρθρο 42 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών – Αντικατάσταση του άρθρου 102 του ν. 4412/2016» Στο άρθρο 102, όπως αντικαθίσταται με το άρθρο 42 του ν. 4782/2021, προβλέπεται: «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους 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»... Εν προκειμένω, επισημαίνεται, όπως γίνεται παγίως δεκτό από τη νομολογία τόσο του Δικαστηρίου της Ε.Ε. όσο και των εθνικών Δικαστηρίων, ότι το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή της διαδικασίας

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης είναι εκείνο που ισχύει κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Από την εν λόγω, νομολογιακά διαμορφωθείσα, γενική αρχή, προκύπτει ότι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές μεταβολές που εμφιλοχωρούν, ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός και αν έχουν, ρητώς, αναδρομική ισχύ. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω και, λαμβάνοντας υπόψη ότι δεν υπάρχει ρητή μεταβατική διάταξη, σύμφωνα με την οποία οι ως άνω ρυθμίσεις των άρθρων 102 και 310, όπως αντικαθίστανται, να καταλαμβάνουν τις εκκρεμείς, κατά την έναρξη ισχύος τους, ήτοι την 9ηΜαρτίου 2021, διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, επισημαίνονται τα ακόλουθα: 11 • Οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, οι οποίες εκκινούν, ήτοι δημοσιεύονται, μετά τις 9/3/2021 καταλαμβάνονται από την ως άνω διάταξη και οι όροι τους πρέπει να συμπεριλαμβάνουν τις ρυθμίσεις των άρθρων 102 και 310, όπως τροποποιήθηκαν. • Ως προς εκκρεμείς διαδικασίες, οι όροι των οποίων έχουν συνταχθεί με βάση τις προϊσχύουσες ρυθμίσεις του άρθρου 102 και στις οποίες, δεν έχει ακόμη εκπνεύσει η προθεσμία υποβολής προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή δύναται να προβαίνει σε: - τροποποίηση των όρων της οικείας διακήρυξης, προκειμένου να συμπεριλάβει τις ως άνω νέες ρυθμίσεις των άρθρων 102 και 310, τηρώντας τις αναγκαίες απαιτήσεις δημοσιότητας ή - έκδοση σχετικής απόφασης-ανακοίνωσης του αρμοδίου αποφαινόμενου οργάνου με σαφή παραπομπή στην εφαρμογή των ως άνω διατάξεων, και η οποία (απόφαση) θα πρέπει να αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα των αρχικών εγγράφων της σύμβασης (πχ Διακήρυξης), ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να λάβουν επαρκή γνώση...». Συνεπώς, όπως ρητά προκύπτει από την πιο πάνω εγκύκλιο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., εφόσον δεν υπάρχει σχετική μεταβατική διάταξη στο Ν. 4782/2021, το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διεξαγωγή της προκείμενης διαδικασίας ανάθεσης, είναι εκείνο που ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης (βλ. ενδεικτικά και ΔΕΕ C-337/98 Επιτροπή κατά Γαλλίας σκ. 36-37), T-151/2016, C 596/13, C610/10 σκέψη 45 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, ομοίως ΝΣΚ Γνμδ 297/2012, 168, 171/2016 ΕΑΑΔΗΣΥ καθώς και διευκρινιστικό έγγραφο 1050/19.02.2019 της Αρχής). Ως εκ τούτου, και παρά τη σύγχυση που επιχειρεί να δημιουργήσει η

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

προσφεύγουσα με τη νομολογία που επικαλείται, τυγχάνει εν προκειμένω εφαρμογής η διάταξη του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, όπως ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης, η οποία (διάταξη) δεν επιτρέπει, υπό το πρόσχημα της παροχής διευκρινίσεων, την αναπλήρωση ελλειπόντων ή μη προσηκόντως υποβληθέντων στοιχείων της προσφοράς (βλ. ενδεικτ. ΔΕΕ, απόφαση 29ης Μαρτίου 2012, C-599/2010, SAG ELV Slovensko κλπ., σκ. 40, ΔΕΕ, απόφαση της 28ης Φεβρουαρίου 2018, συνεκδ. υποθέσεις C-523/16 και C-536/16 - MA.T.I. SUD, σκ. 50, ΔΕΕ, απόφαση της 5ης Απριλίου 2017, C-298/2015 - Borta σκ. 72, κλπ., ομοίως, Α. Παπασταμάτη, Δημόσιες Συμβάσεις 12 Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή, επιμ. Ε.-Ε. Κουλουμπίνη, Η. Μάζος, Ι. Κίτσος, σελ. 393-394). Συνεπώς, είναι και κατά το μέρος αυτό απορριπτέα η υπό κρίση προσφυγή. II. Ως προς τη ζητούμενη απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της Εταιρίας μας α. Αν και με αμφίβολο έννομο συμφέρον, η εταιρία «...» ισχυρίζεται ότι πρέπει να κριθεί απορριπτέα η τεχνική μας προσφορά, επικαλούμενη, εντελώς αόριστα, ότι η Εταιρία μας δεν έχει τάχα προσκομίσει «οποιοδήποτε έγγραφο» από το οποίο να προκύπτει η συμμόρφωση της προσφοράς μας προς την υπ' αριθ. 1 προδιαγραφή της κλίνης τοκετού. β. Ο σχετικός ισχυρισμός, ωστόσο, είναι απολύτως αβάσιμος, διότι με το φύλλο συμμόρφωσης της τεχνικής μας προσφοράς, προς τεκμηρίωση της ανταπόκρισής μας στην υπ' αριθ. 1 τεχνική προδιαγραφή του εν λόγω είδους, έχουμε κάνει ρητή παραπομπή στα εξής στοιχεία της προσφοράς μας: «ΒΛΕΠΕ Α/Α ...PROSPECTUS ΚΛΙΝΗΣ ΤΟΚΕΤΟΥ ... & Α/ΑΠΛΗΡΗΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΚΛΙΝΗΣ ΤΟΚΕΤΟΥ ...». Εξάλλου, στο τεχνικό φυλλάδιο (prospectus) της κλίνης αναφέρονται ρητά τα εξής: «Η επιφάνεια κατάκλισης είναι τριών (3) τμημάτων, αποτελούμενη από το τμήμα πλάτης, το τμήμα καθίσματος και το τμήμα ποδιών. Και τα τρία (3) τμήματα έχουν στρώμα πάχους 8 έως 14 εκατοστά. Το στρώμα σε κάθε τμήμα καλύπτεται από αδιάβροχο υλικό, εύκολα αφαιρούμενο, αντιβακτηριδιακό, ανθεκτικό σε καθαρισμό με χημικά καθαριστικά ή απολυμαντικά. Οι διαστάσεις των τμημάτων είναι: Τμήμα ποδιών: 66εκ x 84εκ Τμήμα πλάτης: 81x 84εκ Τμήμα λεκάνης: 43x 84εκ Το στρώμα του τμήματος της πλάτης και της λεκάνης είναι διαστάσεων 1,25x84x8cm και του τμήματος ποδιών είναι 65x84x14cm και το υλικό κατασκευής του είναι από αφρό πολυουρεθάνης. Η θήκη του

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

στρώματος είναι βραδύκαυστη, αεριζόμενη, πλενόμενη και διαθέτει φερμουάρ το οποίο καλύπτεται για την αποφυγή εισροής υγρών από τα πλάγια του στρώματος...». Αντίστοιχο περιεχόμενο έχει και η τεχνική περιγραφή του εν λόγω είδους. 13 Συνεπώς, τεκμηριώνεται πλήρως με τα πιο πάνω έγγραφα η συμμόρφωση προς την υπ' αριθ. 1 τεχνική προδιαγραφή, σε αντίθεση προς όσα αβασίμως προβάλλονται με την προσφυγή. Άλλωστε, με τη διακήρυξη δεν ζητείται η προσκόμιση συγκεκριμένου εγγράφου, το οποίο να έχει παραλείψει να υποβάλει η Εταιρία μας με την προσφορά της».

16.Επειδή, στο άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται 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 και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...]».

17.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [....]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [.....]».

18.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. 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. Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθαρίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας [...] 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α`, με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά [...] 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή. 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61[...].

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 94 του ν. 4412/2016: «Περιεχόμενο Τεχνικής Προσφοράς» «[...]4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης».

20. Επειδή, με τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι: «*Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθετουσα αρχή στο Παράρτημα I της παρούσας, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρ. 94 παρ. 4 του Ν.4412/2016 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. Ειδικότερα, στον (υπό) φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», υποβάλλονται ηλεκτρονικά τα κάτωθι: [...] β) Πλήρης τεχνική περιγραφή των προσφερόμενων προϊόντων στην ελληνική γλώσσα, ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον προσφέροντα, στην οποία θα αναφέρονται με λεπτομέρεια όλες οι υπάρχουσες συμφωνίες ή αποκλίσεις αυτών σε σχέση με τις απαιτήσεις, τις τεχνικές προδιαγραφές και τους Ειδικούς Όρους που έχουν τεθεί στο Παράρτημα I της παρούσας. Προς τούτο συντάσσονται και υποβάλλονται ψηφιακά υπογεγραμμένοι οι Πίνακες Συμμόρφωσης ΣΙ και Σ2 (προς τις Τεχνικές Προδιαγραφές και τους Ειδικούς Όρους του Παραρτήματος I της παρούσας αντίστοιχα) σύμφωνα με τα υποδείγματα που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα III της παρούσας. [...] ζ. Τα τεχνικά φυλλάδια και τα εγχειρίδια λειτουργίας των προσφερόμενων προϊόντων, τα οποία θα πρέπει να είναι ψηφιακά υπογεγραμμένα από τον κατασκευαστικό οίκο. Σε αντίθετη περίπτωση θα πρέπει να συνοδεύονται από υπεύθυνη δήλωση ψηφιακά υπογεγραμμένη από τον προσφέροντα, στην οποία θα δηλώνεται ότι τα αναγραφόμενα σε αυτά στοιχεία ταυτίζονται με τα στοιχεία των τεχνικών φυλλαδίων του κατασκευαστικού οίκου. Τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα - εταιρικά ή μη- με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται στην αγγλική γλώσσα, χωρίς να συνοδεύονται από μετάφραση στη ελληνική, η. Όλα τα λοιπά δικαιολογητικά, έγγραφα, Βεβαιώσεις, Πιστοποιητικά, δηλώσεις κλπ που απαιτούνται σύμφωνα με τις Τεχνικές Προδιαγραφές και τους Ειδικούς Όρους του Παραρτήματος I της παρούσας. [...].».* Στο Παράρτημα I.3 (1) της εν θέματι διακήρυξης ζητείται «*Η επιφάνεια κατάκλισης να είναι τριών (3)*

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

τμημάτων, αποτελούμενη από το τμήμα πλάτης, το τμήμα καθίσματος και το τμήμα ποδιών. Και τα τρία (3) τμήματα να έχουν στρώμα πάχους από 8 έως 14 εκατοστά. Επιθυμητό να έχουν το ίδιου πάχους στρώματος όλα τα τμήματα. Το στρώμα σε κάθε τμήμα να καλύπτεται από αδιάβροχο υλικό, εύκολα αφαιρούμενο, αντιβακτηριδιακό, ανθεκτικό σε καθαρισμό με χημικά καθαριστικά ή απολυμαντικά. Να αναφερθούν προς αξιολόγηση οι διαστάσεις του κάθε τμήματος (μήκος, πλάτος), καθώς και οι διαστάσεις (μήκος, πλάτος), το πάχος και το υλικό κατασκευής του στρώματος. Επιπλέον χαρακτηριστικά των παραπάνω θα εκτιμηθούν θετικά» σύμφωνα με όρο του Παραρτήματος ΙΙΙ της διακήρυξης (Υποδείγματα Φύλλων Συμμόρφωσης Τεχνικής Προσφοράς) «... Προσφορές που δεν καλύπτουν πλήρως τις τεχνικές προδιαγραφές απορρίπτονται ως απαράδεκτες ...».

21.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, ΣτΕ Ε.Α. 523/2010), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007, IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣτΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd,

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

22. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία εφόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pizzo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

23. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, Pizzo Pizzo, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

24. 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, 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 απόρριψης της προσφοράς.

25. Επειδή, σύμφωνα με τους προαναφερθέντες όρους της διακήρυξης (βλ. σκέψη 20) προκύπτει ότι η αποδεκτή διακύμανση πάχους του στρώματος είναι από 8 εκατοστά (κατ' ελάχιστο) έως 14 εκατοστά (κατ' ανώτατο), και

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

επομένως προϊόν με πάχος στρώματος μεγαλύτερο από το επιτρεπτό, δεν μπορεί να χαρακτηριστεί τεχνικώς αποδεκτό. Όπως, όμως, προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και ειδικότερα το υποβληθέν έγγραφο της τεχνικής περιγραφής του προσφεύγοντος και, άλλωστε, ρητώς συνομολογεί με την προσφυγή του και ο ίδιος, η προσφορά του φέρει μερική απόκλιση ως προς το ανωτέρω ανώτατο όριο των 14 εκατοστών. Πλέον συγκεκριμένα το ένα από τα τρία τμήματα του στρώματος έχει πάχος άνω του ορίου των 14 εκατοστών που ζητείται στην εν θέματι διακήρυξη, ήτοι το πάχος στρώματος του τμήματος ποδιών είναι 15 εκατοστά. Συνεπώς, ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος λόγω απόκλισης από ουσιώδη όρο της διακήρυξης που τέθηκε επί ποινή αποκλεισμού της προσφοράς. Τα δε περί του αντιθέτου ισχυριζόμενα από τον προσφεύγοντα ότι η προσβαλλομένη είναι άκρως τυπολατρική και η απόκλιση του ενός εκατοστού είναι επουσιώδης καθώς δεν επηρεάζει την αποτελεσματικότητα του προσφερόμενου είδους είναι απορριπτέα ως αλυσιτελώς προβαλλόμενα καθώς εν προκειμένω αρκεί η ύπαρξη απόκλισης από τιθέμενο επί ποινή αποκλεισμού όρου της διακήρυξης και δεν εξετάζεται το μέγεθος αυτής καθώς σε διαφορετική περίπτωση θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Σε κάθε περίπτωση ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι : *«Η ως άνω παρέκκλιση τυγχάνει επουσιώδης, υπό την άποψη ότι ουδόλως καθιστά το προσφερόμενο είδος ακατάλληλο για την προοριζόμενη χρήση, όπως οριοθετείται από την αιτιολογία που διαλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης»* ανεπικαίρως προβάλλεται στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας αφού επί της ουσίας βάλλει κατά του οικείου όρου της διακήρυξης τον οποίο αποδέχθηκε και δεσμεύει το σύνολο των μερών. Συνεπώς, ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής πρέπει ν'απορριφθεί.

26. Επειδή, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω σχετικά με την απόρριψη της προσφυγής κατά το σκέλος αυτής που αφορά την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και όσα εκτέθηκαν υπό σκέψη 6, άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλεται ο έτερος λόγος της προσφυγής που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος αφού ο προσφεύγων ούτε έννομο συμφέρον ματαιώσεως επικαλείται κι, επιπλέον

Αριθμός Απόφασης: 1464/2021

ρητώς με την προσφυγή του συναρτά το έννομο συμφέρον του να προβάλλει λόγους κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντας με την αποδοχή της προσφυγής κατά το σκέλος που αφορά την απόρριψη της προσφοράς του και την ακύρωση κατά το οικείο σκέλος της προσβαλλομένης, ώστε τελικά να αναδειχθεί ο ίδιος ανάδοχος του υπό κρίση διαγωνισμού για το τμήμα με α/α 3. Μειοψήφησε το μέλος Χ.Ζαράρη κατά τα αναγραφόμενα στη σκέψη 6 της παρούσας.

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό κρίση προσφυγή πρέπει ν'απορριφθεί καθώς και η ασκηθείσα παρέμβαση.

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέβαλε ο προσφεύγων.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20-08-2021 και εκδόθηκε στις 08.09.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Χρυσάνθη Ζαράρη

Γ-Β. Ελευθεριάδης

αναπληρών

την Αναστασία Μιχαλακούδη