

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου Εισηγήτρια και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 28-6-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 603/29-6-2018
προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία
«.....».

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....».

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία
«.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί
η κοινοποιηθείσα σε αυτόν την 19-6-2018 υπ' αρ. Φ.604.2/04/03/17 (Σ.1128)
από 5-6-2018 απόφαση της ΠΝ/ΚΕΦΝ/ΚΦ 1300/ΚΦ 1310 κατά το μέρος που
έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» στο στάδιο
δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών και περαιτέρω και κατ' αποτέλεσμα, στο
στάδιο οικονομικών προσφορών και ανακήρυξε εν τέλει αυτόν, ως προσωρινό
ανάδοχο των υλικών του συνημμένου στη διακήρυξη Πίνακα Α, στο πλαίσιο της
διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης που προκηρύχθηκε με τη διακήρυξη
04^Ε/17 ηλεκτρονικού διαγωνισμού για ηλεκτρονικό διαγωνισμό με ανοικτή
διαδικασία μέσω της υπογραφής συμφωνίας πλαισίου, χρονικής διάρκειας 4
ετών, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη
προσφορά βάσει τιμής, για την προμήθεια αντλιών τύπου P-100, συνολικού

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

προϋπολογισμού 517.560,00€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, CPVκαι καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 16-3-2018. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 9-2-2018 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 9-2-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 13-2-2018 με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 2.587,80 €, φέρει δε την ένδειξη πληρωμένο.

2. Επειδή, με την προσβαλλόμενη με αρ. Φ.604.2/04/03/17 (Σ.1128) από 5-6-2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κρίθηκε αποδεκτός ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών αμφοτέρων των συμμετεχόντων, καθώς και οι οικονομικές προσφορές τούτων και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «.....» με προσφερόμενο τίμημα το ποσό των 456.000€, ο δε έτερος συμμετέχων και προσφεύγων προσέφερε ως τίμημα το ποσό των 517.400€. Ειδικότερα, με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων επικαλείται ότι εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτό το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό «.....», καθόσον, κατά τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής της δεν περιείχε την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη από την παρ. α του Παραρτήματος Β-Προσθήκη 1 της διακήρυξης στοιχείο Α/Α 2 του σχετικού πίνακα για την περίπτωση συνεργασίας του οικονομικού φορέα με

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

έτερη οντότητα (κατασκευαστικό οίκο, εταιρεία, υπεργολάβο κτλ) δήλωση της υπόψη οντότητας, ότι σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον υποψήφιο οικονομικό φορέα, αποδέχεται έναντι του οικονομικού φορέα την παραγωγή του υλικού-εφοδίου, αποδεχόμενος ανεπιφύλακτα και πλήρως τους γενικούς και ειδικούς όρους της διακήρυξης, καθώς και την προδιαγραφή αυτής, κατά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, η προσκομισθείσα εκ μέρους της δήλωση, σε εκπλήρωση του όρου 14 περ. Δ Παραρτήματος Β και της απαίτησης, περί προσκόμισης του δικαιολογητικού που περιγράφεται στο Παράρτημα Β, Προσθήκη Ι κεφ.β. Τεχνική Προσφορά α/α 3, του νόμιμου εκπροσώπου του δηλωθέντος εργοστασίου κατασκευής των προσφερομένων υλικών, σε περίπτωση που το δηλωθέν NCAGE του κατασκευαστή/ων των προσφερόμενων υλικών είναι διαφορετικό του NCAGE του κατασκευαστή/ων όπως αναγράφεται στη βάση δεδομένων του NMCRL (για όσα υλικά έχουν NSN) ή διαφορετικό του NCAGE του κατασκευαστή/ων (για όσα υλικά αναγράφονται με Part Number/NCAGE) (του τύπου κινητήρα ή μηχανήματος ή το υλικού που θα ενσωματωθούν τα προσφερόμενα υλικά ή των υλικών/ου που θα αντικαταστήσουν, είναι μη αποδεκτή, διότι είναι άνευ ταυτότητας και μη ιχνηλάσιμη, δεν προκύπτει καν η ταυτότητα του νομίμου εκπροσώπου της χορηγούσας τη βεβαίωση εταιρίας, δεν έχει περιληφθεί της τυπικής μορφής του πίνακα που απαιτείται από τη διακήρυξη και ο σχετικός πίνακας που παρατίθεται στο εν λόγω έγγραφο δεν είναι μεταφρασμένος στην αγγλική γλώσσα και κατά τον τρίτο λόγο της προσφυγής του, το προσφερθέν υλικό δεν πληροί τις απαιτούμενες προδιαγραφές σε σχέση με το βάρος, τον κινητήρα, την αντιδιαβρωτική προστασία και την ασφάλεια προσωπικού, όπως οι προδιαγραφές τέθηκαν με τον κωδικό NSN στον Πίνακα του προς Προμήθεια Υλικού στο Παράρτημα Α της διακήρυξης, το προϊόν που προσδιορίζεται στον οποίο διαφέρει ουσιωδώς από το προϊόν που προσφέρεται από τον παρεμβαίνοντα, βλ. αναλυτικότερα περί εκατέρωθεν ισχυρισμών προσφεύγοντος και παρεμβαίνοντος επί του τρίτου λόγου της προσφυγής στη σκ. 15.

3. Επειδή, με τις με αρ. πρωτ. Φ.604.2/04Ε/04/17/Σ.1342 από 6-7-2018 κατατεθείσες ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της, η αναθέτουσα επικαλείται

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

τα εξής. Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής και αναφορικά με την μη υποβολή δικαιολογητικού με Α/Α 2, Παραρτήματος Β, Προσθήκης Ι, της σχετικής Διακήρυξης Διαγωνισμού "Στην περίπτωση συνεργασίας του οικονομικού φορέα με έτερη οντότητα (κατασκευαστικό οίκο, εταιρεία, υπεργολάβο κτλ), στα πλαίσια των προαναφερθέντων, απαιτείται η υποβολή δήλωσης της υπόψη οντότητας, ότι σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον υποψήφιο οικονομικό φορέα, αποδέχεται έναντι του οικονομικού φορέα την παραγωγή του υλικού - εφοδίου, αποδεχόμενος ανεπιφύλακτα και πλήρως τους γενικούς και ειδικούς όρους της διακήρυξης καθώς και την προδιαγραφή αυτής" επισημαίνεται ότι δεν απαιτείται η συμπλήρωση και η υποβολή τέτοιας δήλωσης καθόσον τόσο η εταιρία «.....» όσο και η προσφεύγουσα εταιρία «.....» στο υποβληθέν Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), ως σχετικό, δηλώσαν αρνητικά επ' αυτού, δηλαδή ότι δεν θα συνεργασθούν με έτερες οντότητες. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής και αναφορικά με την ακυρότητα προσκομιζόμενου δικαιολογητικού απαιτούμενου από την παράγραφο 14δ Παραρτήματος Β της σχετικής Διακήρυξης Διαγωνισμού επισυνάπτεται αντίγραφο του υποβληθέντος δικαιολογητικού με την ακριβή μετάφραση αυτού όπως υποβλήθηκε ως σχετικό και επισημαίνεται πως το δικαιολογητικό κρίνεται ως έγκυρο καθόσον οι παρατηρήσεις τις προσφεύγουσας εταιρίας είναι επουσιώδεις. Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής και αναφορικά με τον ισχυρισμό περί έλλειψης των απαιτούμενων από την διακήρυξη τεχνικών προδιαγραφών και γνωρισμάτων του προσφερθέντος από την «.....» υλικού επισημαίνονται τα ακόλουθα. Ο Διαγωνισμός διεξήχθη με NATO Stock Number (NSN) και όχι με επιμέρους τεχνικές προδιαγραφές σύμφωνα με την Προσθήκη 1, Παραρτήματος Α, της σχετικής Διακήρυξης. Οι διευκρινίσεις, ως σχετικό, που περιλαμβάνουν τη χορήγηση, ως επικουρική υποβοήθηση του έργου των συμμετεχουσών εταιριών και μόνο, του τεχνικού εγχειρίδιου της εταιρείας Darley παρασχέθηκαν στο πλαίσιο ερωτήματος που τέθηκε από ενδιαφερόμενη εταιρία ως εξής: «Καλή σας μέρα θα ήθελα αν μπορείτε να μου στείλετε τεχνικά data sheet της αντλίας ώστε να δούμε αν μπορούμε να προσφέρουμε ισοδύναμη». Ως εκ τούτου το τεχνικό εγχειρίδιο επ' ουδενί δεν

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

υποκαθιστά το NSN καθόσον εάν αυτό συνέβαινε θα συνιστούσε προφανή καταστρατήγηση του άρθρου 54, του Ν.4412/16. Η δε αναθέτουσα επισημαίνει ότι η εταιρία «.....» προσκόμισε Βεβαίωση Ισοδυναμίας, του προσφερόμενου με το απαιτούμενο υλικό, της εταιρίας ως σχετικό και ότι επί του συνόλου των τεχνικών θεμάτων που αναφέρονται στην προσφυγή εκτιμάται ότι δεν αποτελούν αντικείμενο εξέτασης στην παρούσα φάση του Διαγωνισμού αλλά αντικείμενο εξέτασης κατά το στάδιο της παραλαβής του υλικού και των συνολικών ελέγχων που θα πραγματοποιηθούν τότε προκειμένου να παραληφθεί το υπό προμήθεια υλικό σύμφωνα με τους όρους του Διαγωνισμού.

4. Επειδή, με την από 9-7-2018 Επιστολή του που παραδεκτώως υπεβλήθη εντός της νόμιμης προς άσκηση παρέμβασης, προθεσμίας μετά την από 6-7-2018 κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής και η οποία καθ' ερμηνεία λαμβάνεται υπόψη ως Παρέμβαση, νομίμως ούσα υπογεγραμμένη και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούμενη, αφού ο παρεμβαίνων προδήλως ευνοείται από την απόρριψη της προσφυγής, η οποία βάλλει ακριβώς κατά της αποδοχής της προσφοράς του και την ανακήρυξή του ως προσωρινού αναδόχου, ο παρεμβαίνων επικαλείται τα ακόλουθα. Ως προς τον πρώτο λόγο ότι το οικείο δικαιολογητικό δεν υποβλήθηκε γιατί δεν συμπεριλαμβανόταν τα δικαιολογητικά της ηλεκτρονικής πλατφόρμας, ως προς τον δε δεύτερο λόγο ότι οι στήλες που δεν συμπεριελήφθησαν από τον κατασκευαστή ήταν κατά τη διακήρυξη κενές, άρα δεν προσθέτουν επιπλέον στοιχεία στη δήλωσή του, ενώ η ιχνηλασιμότητα και η ταυτότητα του κατασκευαστή και της δήλωσής του μπορούν να επιβεβαιωθούν οποτεδήποτε. Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι το προϊόν που προσφέρει δεν χαρακτηρίζεται από καμία επί το χείρον απόκλιση από τις προδιαγραφές που προκύπτουν εκ της παραπομπής στον κωδικό NSN που αναφέρει η διακήρυξη, αλλά ότι οι υφιστάμενες αποκλίσεις είναι βελτιωτικές σε σχέση με τις ζητούμενες ή και συνιστούν πρόσθετα χαρακτηριστικά σε σχέση με τα ζητούμενα, βλ. αναλυτικότερα περί εκατέρωθεν ισχυρισμών προσφεύγοντος και παρεμβαίνοντος επί του τρίτου λόγου της προσφυγής στη σκ. 15.

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

5. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί ανάθεσης σύμβασης προμήθειας αγαθών και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης την 19-6-2018, και άσκηση την 28-6-2018, ήτοι την ένατη ημέρα από την κοινοποίηση της προσβαλλομένης), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' αρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπό της. Ο δε προσφεύγων έχει προσωπικό, άμεσο και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται, ως 2^{ος} μειοδότης και μόνος έτερος αποδεκτός μετέχων, από τον αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς, η προσφυγή, όπως και κατά τα αναφερθέντα στην ως άνω σκ. 4, πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

6. Επειδή (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 413 και 644/2018) η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κ.λπ.). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Εξάλλου (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 254/2018), από τον συνδυασμό των αρ. 91 παρ. 1 περ. α' και 94 παρ. 4 Ν. 4412/2016, ως και του αρ. 54 του ίδιου νόμου, προκύπτει ότι, ελλείψει ειδικότερης αντίθετης πρόβλεψης της διακήρυξης, εφόσον προσφερόμενο προϊόν αποδεικνύεται ότι δεν πληροί τις τεθείσες από αυτήν τεχνικές προδιαγραφές (βλ. και ΣΤΕ ΕΑ 61/2011, 1740/2004), η τεχνική προσφορά είναι απορριπτή κατά το αντίστοιχο μέρος της (ήτοι όσον αφορά

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

διαγωνισμό διενεργούμενο σε τμήματα, όσον αφορά το προκείμενο προϊόν, ενώ αν η προσφορά και ανάδειξη του αναδόχου αφορά το σύνολο της προμήθειας για όλα τα είδη είναι εν όλω απορριπτέα η προσφορά). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ C-19/00, Siac Construction Ltd, Απόφαση της 18.10.2001, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Απόφαση της 25.04.1996, σκέψη 54 κ.λπ.). Επιπλέον, η αναθέτουσα η οποία διενεργεί τον διαγωνισμό υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται στη διακήρυξη, χωρίς μεταγενέστερες το πρώτον κατά την αξιολόγηση νέες ερμηνείες που μεταβάλλουν το περιεχόμενό της ανά περίπτωση (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003). Η δε παράβαση των διατάξεων της διακήρυξης, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Εξάλλου (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 17, 65, 66, 70, 94, 115, 121, 148, 174, 181, 182, 214/2017 και 28, 96, 140, 145 και 177, 146, 147, 171, 174, 191, 195, 237/2018), σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους ή χαρακτηρίζει όρους ως «απαράβατους», είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (πρβλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002). Εξάλλου, εν προκειμένω ο όρος 19.4.1 του Παραρτήματος ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ της Διακήρυξης ορίζει ότι *«Κάθε τεχνική προσφορά που θα υποβληθεί εφόσον δεν ικανοποιεί κατά ελάχιστο τα αναγραφόμενα στις παραγράφους της παρούσας τεχνικής προδιαγραφής, θα απορρίπτεται στο στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης.»* και επομένως κάθε όρος των τεχνικών προδιαγραφών θεσπίσθηκε ως απαράβατος και συνεπώς και μόνος του αρκούσε για την απόρριψη μιας προσφοράς (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017). Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

436/2002), όπως δεν είναι δυνατή και η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που ενώ όχι μόνο δεν αποδείχθηκε αλλά και ουσιαστικά έλειπε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, τυχόν απεκτήθη μεταγενεστέρως, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών). Κατά τα ως άνω, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000) Ως εκ τούτου, προσφορές

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά και πανηγυρικά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή απόρριψης ή αποκλεισμού (ΕΑΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Το ίδιο αφορά προφανώς και τη συνδρομή τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες προβλέπονται σε κάθε περίπτωση από τη διακήρυξη (Απόφαση ΑΕΠΠ 195/2018). Ούτως, η διακήρυξη δεν επιτρέπεται να ερμηνεύεται το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης δημιουργικά και με τρόπο που καταργεί τις απαιτήσεις που η ίδια είχε θέσει, ώστε να διασώζονται προσφορές που τις έχουν παραβεί και να καλύπτονται οι ουσιώδεις ελλείψεις αυτών. Εξάλλου (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 171/2018), ισχυρισμοί που αφορούν τη νομιμότητα, αναγκαιότητα, καταλληλότητα και σκοπιμότητα όρων διακήρυξης που δεν προσβλήθηκαν εμπροθέσμως, δεν δύνανται να τύχουν παραδεκτής επίκλησης το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης των προσφορών, αφού δια της μη έγκαιρης προβολής τους δια προδικαστικής προσφυγής στρεφόμενης κατά της διακηρύξεως ως και της ανεπιφύλακτης συμμετοχής στον διαγωνισμό, οι μετέχοντες οικονομικοί φορείς παύουν να έχουν οιοδήποτε έννομο συμφέρον για τη μεταγενέστερη προβολή τους, λόγω και της αρχής της αυτοτέλειας των σταδίων της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017). Αυτή έχει ως συνέπεια την αδυναμία της εκ των υστέρων αμφισβήτησης του κύρους των όρων διακήρυξης με την ευκαιρία προσβολής πράξεων που ανάγονται στη διεξαγωγή και τα αποτελέσματα του διαγωνισμού, άρα και του παρέμπιπτοντος ελέγχου των όρων της διακήρυξης κατά την εξέταση προσφυγής που αφορά το στάδιο της αξιολόγησης και μάλιστα, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο (ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, ΟΛΣΤΕ 1415/2000). Τα ως άνω θεμελιώνονται στην αποδοχή από τους διαγωνιζομένους των όρων της διακήρυξης, η οποία προκύπτει από την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό και στη συνακόλουθη έλλειψη εννόμου συμφέροντος (κατ'εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989). Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, αυτά ισχύουν όχι μόνο ως

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

προς τους δια προσφυγής προβαλλόμενους λόγους ακύρωσης πράξης του σταδίου αξιολόγησης, αλλά και για τους δια παρεμβάσεως ή των Ατόψεων και της εν γένει αιτιολογίας που παραθέτει η αναθέτουσα, προβαλλόμενους ισχυρισμούς προς διάσωση προσφοράς, η οποία ναι μεν εκρίθη από την αναθέτουσα ως αποδεκτή, πλην όμως παραβιάζει τους όρους της διακήρυξης (εξ ου και η έγκρισή της προσβάλλεται δια προδικαστικής προσφυγής), αφού το κανονιστικό περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης συνιστά αντικειμενική συνθήκη με απόλυτη ισχύ και αδιαπράγματευτη για τους μετέχοντες και την αναθέτουσα δεσμευτικότητα, η οποία είναι και αυτή που εξασφαλίζει την αμεροληψία και διαφάνεια της διαδικασίας και το μη ανεξέλεγκτο και αυθαίρετο της κρίσης της αναθέτουσας.

7. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της Προσφυγής, προκύπτει ότι το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β της Διακήρυξης, στο Υπόδειγμα Πίνακα Περιεχομένου Προσφοράς στο προοίμιο του οποίου αναφέρεται ότι *«Οι προσφέροντες υποβάλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως και προσηκόντως, επί ποινή αποκλεισμού, τα εξής δικαιολογητικά, σε μορφή αρχείου .pdf σύμφωνα με τα άρθρα 79 και 93 του Ν. 4412/16 (ΦΕΚ 147/Α/08-08-16), το άρθρο 5 του Ν. 4155/13 (ΦΕΚ/Α/29-5-2013) και το άρθρο 11 της ΥΑ Π1/2390/13 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)»*, όπως αναλυτικά περιγράφονται κατωτέρω:...», αναφέρει ως απαιτούμενο δικαιολογητικό συμμετοχής που πρέπει να προσκομιστεί κατά τα ως άνω με την ίδια την προσφορά το δικαιολογητικό με α/α 2 για το οποίο ορίζονται τα ακόλουθα *«Στην περίπτωση συνεργασίας του οικονομικού φορέα με έτερη οντότητα (κατασκευαστικό οίκο, εταιρεία, υπεργολάβο κτλ), στα πλαίσια των προαναφερθέντων, απαιτείται η υποβολή δήλωσης της υπόψη οντότητας, ότι σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον υποψήφιο οικονομικό φορέα, αποδέχεται έναντι του οικονομικού φορέα την παραγωγή του υλικού - εφοδίου, αποδεχόμενος ανεπιφύλακτα και πλήρως τους γενικούς και ειδικούς όρους της διακήρυξης καθώς και την προδιαγραφή αυτής.»*, με περαιτέρω σημείωση ότι απαιτείται μόνο μετάφραση στα ελληνικά και όχι ψηφιακή υπογραφή, έντυπη υποβολή ή θεώρηση του οικείου δικαιολογητικού. Στις δε με αρ. πρωτ.

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

604.2/Ε/17/12-3-2018 Διευκρινίσεις που η αναθέτουσα δημοσίευσε, ως προσβάσιμες σε κάθε ενδιαφερόμενο για συμμετοχή, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ανέφερε περί τούτου, ως απάντηση σε ερώτημα οικονομικού φορέα περί του αν ο κατασκευαστής εδρεύει στις ΗΠΑ απαιτείται τελικά η υποβολή του παραπάνω δικαιολογητικού με α/α 2, ότι όντως αυτό απαιτείται, διευκρίνισε δε περαιτέρω ότι δεν απαιτείται να υποβληθεί ΕΕΕΣ για λογαριασμό του. Επομένως με πληρότητα και σαφήνεια η διακήρυξη και οι μετ' αυτής διευκρινίσεις όρισαν ότι σε κάθε περίπτωση κατασκευαστή άλλου από τον προμηθευτή, δηλαδή μη ταυτιζόμενου με τον προσφέροντα και ανεξαρτήτως τυχόν άλλης συντρέχουσας ιδιότητας τρίτου οικονομικού φορέα ή υπεργολάβου και ακόμη και εν απουσία αυτής, πρέπει με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, ήτοι με την ίδια την προσφορά και όχι ως τυχόν δικαιολογητικό κατακύρωσης, να προσκομιστεί η υπεύθυνη δήλωση του κατασκευαστή, ήτοι το παραπάνω δικαιολογητικό με α/α 2 και με το ανωτέρω περιεχόμενο και τούτο επί ρητή ποινή αποκλεισμού.

8. Επειδή, η αιτίαση της αναθέτουσας ότι νομίμως ο παρεμβαίνων δεν προσκόμισε το (προβλεπόμενο προς προσκόμιση και από απλό κατασκευαστή μη υπεργολάβο και μη τρίτο οικονομικό φορέα) δικαιολογητικό με α/α 2 επειδή ο προσωρινός ανάδοχος απάντησε αρνητικά στο ΕΕΕΣ περί στηρίζεώς του σε τρίτο οικονομικό φορέα ή χρήσης υπεργολάβου (παρότι η διακήρυξη και οι διευκρινίσεις με ρητό τρόπο διέκριναν μεταξύ του ΕΕΕΣ και του δικαιολογητικού με α/α 2, θεσπίζοντας την προσκόμιση του δεύτερου σε περίπτωση που ο κατασκευαστής είναι άλλος από τον προμηθευτή, περίπτωση στην οποία κατά τις ίδιες τις διευκρινίσεις δεν υποβάλλεται ΕΕΕΣ για αυτόν) είναι όλως αβάσιμη. Και τούτο διότι ο κατασκευαστής ναι μεν ορθώς όπως και οι οικείες διευκρινίσεις της ίδιας της αναθέτουσας αναφέρουν δεν συνιστά κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 τρίτο οικονομικό φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων προμηθευτής, δηλαδή πωλητής των κατασκευαζόμενων αγαθών (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018). Αλλά ακριβώς εξ αυτού του λόγου, το ΕΕΕΣ του κατασκευαστή όντως ούτως ή άλλως δεν απαιτείτο, διότι δεν ήταν τρίτος οικονομικός φορέας, πλην όμως η αναθέτουσα με τον ως άνω ισχυρισμό της το πρώτον πλέον ιδρύει συσχέτιση μεταξύ της μη

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

υφιστάμενης ιδιότητας του τρίτου οικονομικού φορέα και της υποβολής του παραπάνω δικαιολογητικού με α/α 2, το οποίο ρητά από το γράμμα της διακήρυξης υποβάλλεται υπογεγραμμένο από τον κατασκευαστή, αν δεν ταυτίζεται με τον ίδιο τον προσφέροντα. Άρα, η αναθέτουσα αντιφάσκει, διότι ένα δικαιολογητικό που ζητείτο αυτοτελώς και ανεξαρτήτως της ιδιότητας του τρίτου οικονομικού φορέα, η οποία θα επαγόταν υποχρέωση προσκόμισης ΕΕΕΣ για τον τελευταίο, εν τέλει το σχετίζει το πρώτον κατά την αξιολόγηση μάλιστα και εξαρτά την υποβολή του από την ιδιότητα του τρίτου οικονομικού φορέα και την οικεία δήλωση στο ΕΕΕΣ. Και ναι μεν και πάλι το δικαιολογητικό με α/α 2 θα χρειαζόταν κατά τα ανωτέρω αν πρόκειτο για υπερβολάβο του προσφέροντος, οπότε τούτο θα δηλωνόταν τουλάχιστον στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος και ενδεχομένως θα επαγόταν και υποβολή ΕΕΕΣ για λογαριασμό του υπερβολάβου αν υπερέβαινε τα οικεία κατά νόμο όρια υπερβολαβίας μετά τα οποία απαιτείται αυτοτελές ΕΕΕΣ του, πλην όμως αυτό δεν σημαίνει ότι αναιρείται η όλως διακριτή περίπτωση της υποβολής του δικαιολογητικού με α/α 2 εκ μέρους του μη υπερβολάβου του προσφέροντος, απλού κατασκευαστή που προμηθεύει τον τελευταίο, για τον οποίο όμως, σε αντίθεση με τον υπερβολάβο ή τον τρίτο οικονομικό φορέα δεν απαιτείται δήλωση στο ΕΕΕΣ των προσφερόντων και περαιτέρω προσκόμιση δικού του ΕΕΕΣ. Επιπλέον τούτων όμως, η αναθέτουσα με τις οικείες διευκρινίσεις της, οι οποίες συμπλήρωσαν το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης και αποτέλεσαν μέρος των όρων της διαδικασίας, που πάντως ανεπιφύλακτα έγιναν αποδεκτοί από τους διαγωνιζομένους με μόνη τη συμμετοχή τους στη διαδικασία, προκύπτει ότι ρητά αποσαφηνίστηκε ότι όταν ο προσφέρων προμηθεύεται το προϊόν από κατασκευαστή, είναι δε αδιάφορη η έδρα του επί της ουσίας, τότε αφενός δεν προσκομίζεται το δικαιολογητικό με α/α 1 δηλαδή το ΕΕΕΣ του, αφετέρου προσκομίζεται και μάλιστα απαιτείται το δικαιολογητικό με α/α 2, δηλαδή αυτό ακριβώς που δεν προσκόμισε ο παρεμβαίνων. Ουδεμία δε συσχέτιση έλαβε χώρα μεταξύ τυχόν μη προσκόμισης του δικαιολογητικού με α/α 2 από αρνητική δήλωση περί υπερβολάβου ή τρίτου οικονομικού φορέα (που δεν συνιστά ούτως ή άλλως ο κατασκευαστής) στο ΕΕΕΣ του προσφέροντος, αντίθετα δε με σαφήνεια τέθηκε το ακριβώς αντίστροφο, ήτοι ότι

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

δεν απαιτείται ΕΕΕΣ ακριβώς λόγω του ότι ο κατασκευαστής δεν συνιστά τρίτο οικονομικό φορέα (και μάλιστα με παραπομπή στην Κατευθυντήρια Οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ, *“Επισημαίνεται, τέλος, ότι οι κατασκευαστές/ παραγωγοί ή/ και οι κάθε είδους «προμηθευτές» ειδών/ υλικών/ προϊόντων των οικονομικών φορέων/συμμετεχόντων δεν αποτελούν, κατά γενικό κανόνα, τρίτους φορείς, υπό την έννοια των διατάξεων του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 (αντίστοιχο άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), στις ικανότητες των οποίων αυτοί στηρίζονται και, συνεπώς, δεν απαιτείται η υποβολή ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ εκ μέρους τους, με την επιφύλαξη των οριζόμενων στην επόμενη παράγραφο.”*, σημειωτέον δε ότι η έννοια του τρίτου οικονομικού φορέα και η μη καταρχήν υπαγωγή του κατασκευαστή στην έννοια αυτή αποσαφηνίσθηκαν με την Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018, η οποία μάλιστα επεξήγησε τις γενικές οικείες αναφορές της ως άνω Κατευθυντήριας Οδηγίας 23 και προσδιόρισε συγκεκριμένα τις προϋποθέσεις κατάγνωσης τέτοιας ιδιότητας ανά έκαστη διακήρυξη), αλλά απαιτείται σε κάθε περίπτωση από αυτόν το δικαιολογητικό με α/α 2. Η δε παραπάνω διευκρίνιση εκτός των άλλων και πέρα από σαφής ήταν και ειδική ως προς το κρινόμενο ζήτημα αφού αφενός υπογράμμισε τη διακρίσιμότητα της απαίτησης του δικαιολογητικού με α/α 1 από την σε κάθε περίπτωση ζητούμενη του δικαιολογητικού με α/α 2, αφετέρου εστίασε στην ειδική περίπτωση του κατασκευαστή που προμηθεύει τον προσφέροντα με το αγαθό. Ούτως, ο ως άνω ισχυρισμός της αναθέτουσας και η εξ αυτού αιτιολόγηση της αποδοχής του παρεμβαίνοντος παρά τη μη προσκόμιση του δικαιολογητικού με α/α 2, συνιστά ανεπίτρεπτη και το πρώτον κατά την αξιολόγηση ανατροπή του σαφούς κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, θίγει δε ούτως την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ως και της τυπικότητας, δια της ομοίως ανεπίτρεπτης υπεισέλευσης ερμηνειών από την αναθέτουσα που αίρουν την υποχρεωτικότητα των όρων της διαδικασίας που η ίδια θέσπισε, με αποτέλεσμα τη διάσωση προσφοράς που τους παραβίασε, υπαγάγοντας τους όρους αυτούς σε προϋποθέσεις που όχι μόνο δεν προκύπτουν από τη διακήρυξη, αλλά αντιβαίνουν μάλιστα και στο ρητό γράμμα αυτής και των διευκρινίσεων που η ίδια η αναθέτουσα παρείχε. Εξάλλου, ακόμα και αν η διακήρυξη εσφαλμένα ταύτιζε τον κατασκευαστή με τρίτο οικονομικό

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

φορέα και απαιτούσε από αυτόν υποβολή ΕΕΕΣ, αντιστρόφως με ό,τι εν προκειμένω έλαβε χώρα, μόνος του ο (ουδόλως περιέχων επιφυλάξεις, εξαρτήσεις από άλλους όρους και συνθήκες και προϋποθέσεις) όρος για απαίτηση υπεύθυνης δήλωσης (και δη με τα δικαιολογητικά συμμετοχής, άρα με την προσφορά των προσφερόντων) σε κάθε περίπτωση του κατασκευαστή, θα καθιστούσε παράνομη την ως άνω αιτιολογία της αναθέτουσας και επομένως και την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ελλείψει του δικαιολογητικού με α/α 2 και θα απέκλειε αμφοτέρους από την επίκληση εξάρτησης προσκόμισης του δικαιολογητικού με α/α 2 από τη δήλωση στο ΕΕΕΣ περί υπεργολάβου ή τρίτου οικονομικού φορέα και τούτο και μόνο αρκούσης της δέσμευσης των προσφερόντων και της αναθέτουσας από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης. Ο δε ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος περί μη συμπερίληψης του δικαιολογητικού στα δικαιολογητικά της ηλεκτρονικής πλατφόρμας είναι όλως αόριστος και ανεπίδεκτος εκτίμησης, περαιτέρω δε δεν είναι κατανοητό ούτε προκύπτει η εξάρτηση της υποβολής της σαφέστατα δια της διακηρύξεως και των διευκρινίσεων απαιτούμενης υπεύθυνης δήλωσης κατασκευαστή από τη συμπερίληψη “στα δικαιολογητικά της ηλεκτρονικής πλατφόρμας”, όρος που ουδόλως προκύπτει από τη διακήρυξη. Σε κάθε πάντως περίπτωση και ανεξαρτήτως του περιεχομένου του παραπάνω ισχυρισμού του παρεμβαίνοντος, κατά τα αναλυτικά εκτεθέντα στην παρούσα σκέψη, αυτός όφειλε να προσκομίσει σε κάθε περίπτωση το παραπάνω δικαιολογητικό με α/α 2, ήτοι την οικεία και μετά του αναγκαίου περιεχομένου υπεύθυνη δήλωση κατασκευαστή, ήδη με τον φάκελο της προσφοράς του, εφόσον δεν ήταν ο ίδιος (ο παρεμβαίνων) και κατασκευαστής του προσφερόμενου προϊόντος.

9. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τον φάκελο της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και συνομολογεί ο ίδιος και η αναθέτουσα, ο παρεμβαίνων δεν προσκόμισε το δικαιολογητικό με α/α 2 καίτοι δεν αποτελεί ο ίδιος τον κατασκευαστή του προϊόντος που προσφέρει προς προμήθεια, αλλά αυτό κατασκευάζεται από την αλλοδαπή εταιρεία (με έδρα τον Καναδά) CET. Και ναι μεν ο παρεμβαίνων υπέβαλε με την προσφορά του δική του υπεύθυνη δήλωση της 2-4-2018 εντός της οποίας δηλώνει μεταξύ άλλων στο σημ. 1 αυτής

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

ότι “Επίσης δηλώνω ότι η κατασκευή των τελικών προϊόντων θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος, του οποίου ο νόμιμος εκπρόσωπος αποδέχεται έναντι της εταιρείας μας την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης των υλικών προς εμάς.”. Πλην όμως, η δήλωση αυτή ουδόλως συνιστά το ζητούμενο δικαιολογητικό συμμετοχής α/α 2, το οποίο συνίστατο σε δήλωση του κατασκευαστή και όχι του προσφέροντος, ανεξαρτήτως αν αυτή λαμβάνει χώρα για λογαριασμό του προσφέροντος προμηθευτή ή του κατασκευαστή. Ούτε η διακήρυξη που με σαφήνεια απαίτησε η δήλωση αυτή να προέρχεται από τη, διάφορη του προμηθευτή, οντότητα, ήτοι και του κατασκευαστή μεταξύ άλλων περιπτώσεων, καταλείπει περιθώριο να υποτεθεί ότι αρκούσε ο προμηθευτής-προσφέρων να απευθύνει την οικεία δήλωση. Ούτε εναπόκειτο στην ευχέρεια του παρεμβαίνοντος που ανεπιφύλακτα απεδέχθη δια της συμμετοχής του στη διαδικασία τους όρους της διακήρυξης να τροποποιήσει και να ερμηνεύσει κατά το δοκούν τις οικείες απαιτήσεις, υποκαθιστώντας την απαίτηση για δήλωση έτερου οικονομικού φορέα, ήτοι του κατασκευαστή, με δική του. Περαιτέρω, ούτε η δήλωση κατασκευαστή που υποβλήθηκε στο πλαίσιο του άρ. 14 παρ. δ’ Παραρτήματος Β και με το εκεί περιεχόμενο και προς κάλυψη των ειδικών απαιτήσεων του παραπάνω όρου 14.δ, ανεξαρτήτως δε των τυχόν ελλείψεων και του παραδεκτού και αυτής, για τις οποίες βλ. παρακάτω περί δευτέρου λόγου της προσφυγής, έχει σε κάθε περίπτωση το ζητούμενο περιεχόμενο του δικαιολογητικού συμμετοχής με α/α 2 και δη ουδόλως στη δήλωση αυτή ο κατασκευαστής αναφέρει, δηλώνει και δεσμεύεται “ότι σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον υποψήφιο οικονομικό φορέα, αποδέχεται έναντι του οικονομικού φορέα την παραγωγή του υλικού - εφοδίου, αποδεχόμενος ανεπιφύλακτα και πλήρως τους γενικούς και ειδικούς όρους της διακήρυξης καθώς και την προδιαγραφή αυτής”, παρά μόνο δηλώνει ότι το προϊόν του συμμορφώνεται με τις προδιαγραφές των ζητούμενων κωδικών προϊόντων ή τεχνικών εγχειριδίων αρχικού κατασκευαστή και ότι είναι ισοδύναμο, πλήρως συμβατό και κατάλληλο προς την προοριζόμενη χρήση, χωρίς για την εγκατάστασή του να απαιτείται μετατροπή ή να προκαλείται

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

δυσλειτουργία ή μείωση απόδοσης του σχετικού εξοπλισμού, άνευ όμως οιασδήποτε μνείας περί αποδοχής του συνόλου των όρων της διακήρυξης (οι οποίοι δεν εξαντλούνται στις προδιαγραφές των ζητούμενων κωδικών προϊόντων) ή ότι δεσμεύεται για την παραγωγή του υλικού σε περίπτωση ανάδειξης του παρεμβαίνοντος ως αναδόχου. Τα παραπάνω εξάλλου προκύπτουν πέραν του ότι η δήλωση κατασκευαστή του άρ. 14 παρ. δ' υποβλήθηκε στο πλαίσιο της τεχνικής προσφοράς και προς κάλυψη αυτοτελούς και διακριτής απαίτησης του οικείου Πίνακα Εγγράφων Τεχνικής Προσφοράς και όχι στο πλαίσιο των δικαιολογητικών συμμετοχής, όπως η παραπάνω μη προσκομισθείσα δήλωση που τέθηκε ως δικαιολογητικό συμμετοχής με α/α 2). Επομένως, η παραπάνω δήλωση κατασκευαστή του όρου 14.δ περί περιεχομένου τεχνικής προσφοράς, όπως και η παραπάνω δήλωση του ίδιου του παρεμβαίνοντος-προμηθευτή ουδόλως πληρούν τα ζητούμενα εκ του Πίνακα Δικαιολογητικών Συμμετοχής και δη τα περί δικαιολογητικού συμμετοχής με α/α 2 της διακήρυξης και κατ' αποτέλεσμα, τέτοια δήλωση κατασκευαστή δεν προσκομίσθηκε. Συνεπώς και με βάση όσα αναλυτικά παρατέθηκαν στις ανωτέρω σκ. 7-8, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και κατ' αποτέλεσμα τούτου, η αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος καθίσταται και μόνο και αρκούντος τούτου ακυρωτέα.

10. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, προκύπτει ότι το Παράρτημα Β, άρ. 14 ΤΕΧΝΙΚΟΙ ΠΡΟΣΔΙΟΡΙΣΜΟΙ παρ. β'-δ' της διακήρυξης ορίζει ότι " β. Ο τρόπος προσδιορισμού των υλικών θα γίνει με τον αριθμό ονομαστικού του συστήματος κωδικοποίησης του NATO (NSN) ή με Part Number και NCAGE του κατασκευαστικού οίκου όπως αυτά παρέχονται από τους καταλόγους υλικών του NATO ή από τα οικεία τεχνικά εγχειρίδια του OEM (Original Equipment Manufacturer) ή ισοδύναμο αυτών τρόπο σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν. 4412/16. Τα ανωτέρω στοιχεία περιγραφής των υλικών στον ΠΠΥ αναγράφονται με σκοπό την αναγνώριση των υπό προμήθεια υλικών και τον προσδιορισμό των τεχνικών χαρακτηριστικών τους και όχι για τον προσδιορισμό προϊόντων ορισμένης κατασκευής ή προέλευσης. γ. Απαιτείται η εγγραφή των δηλωθέντων, από τις συμμετέχουσες εταιρείες, εργοστασίων κατασκευής των προσφερόμενων υλικών στο NMCRL και όχι απαραίτητα του

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

προσφερόμενου υλικού. δ. Επιπλέον σε περίπτωση που το δηλωθέν NCAGE του κατασκευαστή/ων των προσφερόμενων υλικών είναι διαφορετικό του NCAGE του κατασκευαστή/ων όπως αναγράφεται στη βάση δεδομένων του NMCRL (για όσα υλικά έχουν NSN) ή διαφορετικό του NCAGE του κατασκευαστή/ων όπως αναγράφεται στην παρούσα διακήρυξη (για όσα υλικά αναγράφονται με Part Number/NCAGE) (του τύπου κινητήρα ή μηχανήματος ή το υλικού που θα ενσωματωθούν τα προσφερόμενα υλικά ή των υλικών/ου που θα αντικαταστήσουν, όπως αναγράφονται στην παρούσα διακήρυξη), απαιτείται η προσκόμιση δήλωσης του νόμιμου εκπροσώπου του δηλωθέντος εργοστασίου κατασκευής των προσφερομένων υλικών αναγράφοντας τα κάτωθι : «Τα ακόλουθα προσφερόμενα είδη για το διαγωνισμό 04E/17 με : [παρατίθεται πίνακας με τις εξής στήλες: 1. A/A, 2. ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ, 3. NSN Διακήρυξης, 4. PN Διακήρυξης, 5. NCAGE Διακήρυξης, 6. Προσφερόμενο PN Εργοστασίου Κατασκευής, 7. NCAGE Δηλωθέντος Κατασκευαστή, προς συμπλήρωση] πληρούν πλήρως τις τεχνικές προδιαγραφές/χαρακτηριστικά των υλικών όπως αυτά προσδιορίζονται στον αριθμό ονομαστικού του συστήματος κωδικοποίησης του NATO (NSN) ή στο Part Number και NCAGE του κατασκευαστικού οίκου ή όπως αυτά παρέχονται από τους καταλόγους υλικών του NATO ή από τα οικεία τεχνικά εγχειρίδια του OEM (Original Equipment Manufacturer). Επιπλέον τα ανωτέρω είδη/υλικά είναι ισοδύναμου τύπου, πλήρως συμβατά και κατάλληλα για την χρήση που προορίζονται. Για την τοποθέτησή τους, δεν απαιτείται καμία μετατροπή στον κινητήρα ή μηχανήμα ή το υλικό για το οποίο προορίζονται, ούτε θα προκαλέσουν κάποια δυσλειτουργία ή μείωση της αποδόσεώς τους» **

Οι ανωτέρω στήλες (3), (4), και (5) συμπληρώνονται αντίστοιχα αναλόγως του τρόπου προσδιορισμού των ειδών στον Πίνακα Προμηθευτέου Υλικού (ΠΠΥ) της διακήρυξης.». Σημειωτέον ότι ο κωδικός "NCAGE" (NATO Commercial and Government Entity Code)/ Κωδικός Εμπορικής και Κυβερνητικής Οντότητας Οργανισμού Βορειοατλαντικού Συμφώνου) είναι ένας αριθμός που χορηγείται σε κάθε προμηθευτή με έδρα τις ΗΠΑ που επιθυμεί να προμηθεύει αποκλειστικά αλλοδαπά κράτη και σε κάθε προμηθευτή εκτός ΗΠΑ που επιθυμεί να προμηθεύει κυβερνητικές υπηρεσίες των ΗΠΑ και χορηγείται μέσω εγγραφής σε οικείο μητρώο της Υπηρεσίας Υποστήριξης του NATO, ενώ το

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

NMCRL (NATO MASTER CATALOGUE OF REFERENCES FOR LOGISTICS/Κεντρικός Κατάλογος Αναφοράς για Εφοδιασμό του Οργανισμού Βορειοατλαντικού Συμφώνου), συνιστά μια διαδικτυακή βάση δεδομένων πραγματικού χρόνου στην οποία περιλαμβάνονται αριθμοί προϊόντων NATO (NSNs), αριθμοί αναφοράς προμηθευτών και κατασκευαστών και κωδικό NCAGE Κατασκευαστών. Επομένως, με τον ως άνω όρο θεσπίστηκε η απαίτηση τα προς προμήθεια υλικά της προκείμενης διαδικασίας να προσδιορίζονται ή με τον ατομικό κωδικό NSN που αφορά αυτά καθαυτά τα αγαθά (άρα από τον κωδικό αυτόν ταυτοποιείται άμεσα το ίδιο το προϊόν) ή από τον συνδυασμό κωδικού NCAGE κατασκευαστή και εσωτερικού κωδικού προϊόντος του κατασκευαστή αυτού (και επομένως έμμεση ταυτοποίηση), ώστε να μπορεί να πιστοποιηθεί η ταυτότητα και αναγνωρισιμότητά τους και τούτο, δηλαδή είτε ο κωδικός προϊόντος είτε ο εσωτερικός κωδικός κατασκευαστή μαζί με τον κωδικό κατασκευαστή, θα πρέπει να προκύπτει είτε από εγκεκριμένους καταλόγους υλικών του NATO είτε από τα εγχειρίδια του αρχικού κατασκευαστή ή με κάθε ισοδύναμο τρόπο, η δε πιστοποίηση ταυτότητας κατά τον τρόπο αυτόν, θεσπίζεται για την άμεση εξακρίβωση τεχνικών χαρακτηριστικών των προσφερόμενων προϊόντων, όπως αυτά θα προκύπτουν από τις παραπάνω βάσεις δεδομένων με τη χρήση της οικείας ταυτότητας προϊόντος σε αυτές. Προς τούτο, η παραπάνω παρ. δ', προβλέπει για την ειδικότερη περίπτωση που ο κωδικός κατασκευαστή δεν προκύπτει ίδιος με αυτόν που αναγράφεται στη βάση δεδομένων ή όπου ο κωδικός κατασκευαστή προβλέπεται απευθείας στη διακήρυξη, από τον εκεί προβλεπόμενο, ότι θα πρέπει με την τεχνική προσφορά να προσκομισθεί (απαιτείται κατά τη διακήρυξη με τονισμένη γραφή) η οικεία δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του κατασκευαστή που ο προσφέρων δηλώνει με την προσφορά του ότι θα τον προμηθεύσει με τα αγαθά, περί του ότι τα αγαθά αυτά πληρούν τις προδιαγραφές των προϊόντων όπως προσδιορίζονται στους οικείους NATOϊκούς καταλόγους ή τα τεχνικά εγχειρίδια αρχικού κατασκευαστή, δηλαδή φέρουν τα ίδια τεχνικά χαρακτηριστικά με τα επισήμως εγγεγραμμένα και ούτως είναι απολύτως συμβατά για την προοριζόμενη χρήση, χωρίς οιαδήποτε ανάγκη μετατροπής ή έκπτωσης σε επίπεδο απόδοσης και ασφάλειας. Άρα, δια της παρ. δ'

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

θεσπίσθηκε η παραπάνω απαίτηση για λόγους διασφάλισης τεχνικής ταυτότητας των προσφερομένων προϊόντων με τα ταυτοποιούμενα εκ των οικείων κωδικών. Σημειωτέον, ότι η παραπάνω απαίτηση επαναλαμβάνεται και στο Υπόδειγμα Πίνακα Περιεχομένου Προσφορών Μέρος Β ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ως έγγραφο τεχνικής προσφοράς με α/α 3 και με επισήμανση στο προοίμιο του πίνακα εγγράφων τεχνικής προσφοράς ότι «Οι προσφέροντες υποβάλουν ηλεκτρονικά μαζί με την προσφορά τους, εγκαίρως και προσηκόντως, επί ποινή αποκλεισμού, τα εξής δικαιολογητικά, σε μορφή αρχείου .pdf σύμφωνα με τα άρθρα 53, 80 και 94 παρ. 4 και του Ν. 4412/16 (ΦΕΚ 147/Α/08-08-16), το άρθρο 5 του Ν. 4155/13 (ΦΕΚ/Α/29-5-2013), και το άρθρο 11 της ΥΑ Π1/2390/13 «Τεχνικές λεπτομέρειες και διαδικασίες λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών (Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.)), όπως αναλυτικά περιγράφονται κατωτέρω:...», ενώ εξάλλου η προσκόμιση του συνόλου των εγγράφων τεχνικής προσφοράς του ως άνω Πίνακα θεσπίζεται και από τον όρο 3 παρ. β Παραρτήματος Β της διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι «Στον(υπο)φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» υποβάλλονται ηλεκτρονικά τα κάτωθι ... (2) Τα αναφερόμενα δικαιολογητικά (ηλεκτρονικά αρχεία σε μορφή .pdf) όπως αναλυτικά περιγράφονται στον πίνακα παραγράφου (β) της συνημμένης Προσθήκης "I" του παρόντος Παραρτήματος.». Περαιτέρω, στον παραπάνω Πίνακα Εγγράφων Τεχνικής Προσφοράς, η προσκόμιση των οριζομένων εκ του οποίου θεσπίσθηκε επί ποινή αποκλεισμού, ρητά αναφέρεται ότι υφίσταται απαίτηση μετάφρασης στα ελληνικά, θεώρησης γνησίου υπογραφής και έντυπης υποβολής, μαζί βέβαια και με την ηλεκτρονική υποβολή. Είναι δε σαφές, ότι το ζητούμενο κατά τις παραπάνω απαιτήσεις ήταν η δήλωση των οικείων απαιτούμενων από τον ορο 14.δ στοιχείων δηλαδή καταρχήν και εφόσον η διακήρυξη δεν περιείχε κωδικό NCAGE η ίδια, τα στοιχεία «1. Α/Α, 2. ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ... 6. Προσφερόμενο PN Εργοστασίου Κατασκευής, 7. NCAGE Δηλωθέντος Κατασκευαστή» και αν η διακήρυξη προβλέπει τότε προστίθενται και οι στήλες 3, 4 και 5, δηλαδή «3. NSN Διακήρυξης, 4. PN Διακήρυξης, 5. NCAGE Διακήρυξης», μαζί με τη λοιπή απαιτούμενη δήλωση συμβατότητας και συμφωνίας με τις προδιαγραφές του ζητούμενου κωδικού προϊόντος ή του

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

εγχειριδίου αρχικού κατασκευαστή, μη απαίτησης τροποποιήσεων και μη επέλευσης δυσλειτουργιών ή υποαπόδοσης κατά τη χρήση τους.

11. Επειδή πάντως και σε κάθε περίπτωση, εν προκειμένω, ο Πίνακας Προμηθευτέου Υλικού της Διακήρυξης, στο Παράρτημα Α αυτής, ανέφερε ο ίδιος τον α/α 1, την περιγραφή «PUMP UNIT CENTIFUGAL (P-100)» και το NSN 4320013872869, κατέλειπε δε κενά τα πεδία PART NUMBER και NCAGE και συνεπώς, κατά τα ανωτέρω ούτε χρειαζόταν ούτε δύνατο να συμπληρωθεί η στήλη 4 και 5 του οικείου Πίνακα, εφόσον ο προσφέρων προσέφερε προϊόν κατασκευαστή με άλλο κωδικό NCAGE από αυτόν του κωδικού NSN της διακήρυξης. Άρα, οι προσφέροντες όφειλαν, αν προσέφεραν προϊόν που δεν προερχόταν από τον ίδιο τον κατασκευαστή του καταχωρηθέντος με το ως άνω NSN προϊόντος, αλλά από έτερο κατασκευαστή, να υποβάλουν δήλωση του τελευταίου με αναφορά επί της ουσίας του NCAGE του ίδιου και του αριθμού προϊόντος που προσφέρει, μαζί με το οικείο περαιτέρω περιεχόμενο. Περαιτέρω, με τον όρο 14.δ η διακήρυξη έθεσε ως αποδεικτικό μέσο της συμμόρφωσης με τις ζητούμενες προδιαγραφές, δύο εναλλακτικούς τρόπου. Πρώτον, αν ο κατασκευαστής και το προσφερόμενο προϊόν είναι ακριβώς αυτά του NSN του Πίνακα Προμηθευτέου Υλικού αρκούν όσα ορίζονται στον Πίνακα Εγγράφων Τεχνικής Προσφοράς εκτός του σημείου με α/α 3 περί όρου 14.δ, αφού αν υπάρχει τελικά ταυτότητα κατασκευαστή και προϊόντος με τα ζητούμενα, η συμμόρφωση με τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί ακριβώς με βάση τα τεχνικά χαρακτηριστικά του ζητούμενου NSN, αποδεικνύεται εξ αρχής. Δεύτερον, αν ο κατασκευαστής και άρα και το προσφερόμενο προϊόν διαφέρουν από αυτό του Πίνακα Προμηθευτέων Υλικών και συγκεκριμένα των προκύπτοντων εκ του εκεί καταχωρημένου NSN, απαιτείται επιπλέον και το παραπάνω έγγραφο με α/α 3 του όρου 14δ, που ακριβώς σκοπεί αφενός να προσδιορίσει το προσφερόμενο τελικά προϊόν μέσω του συνδυασμού NCAGE κατασκευαστή που τελικά θα κατασκευάσει το προϊόν που προσφέρει ο προσφέρων και του PN του κατασκευαστή όσον αφορά τη συγκεκριμενοποίηση του προϊόντος, αφετέρου να διασφαλίσει, με τη δήλωση του πραγματικού κατασκευαστή, ότι οι ζητούμενες προδιαγραφές, όπως αυτές προκύπτουν από τον κωδικό NSN και τα εγχειρίδια του αρχικού/αυθεντικού κατασκευαστή του

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

προϊόντος που φέρει τον καταρχήν κωδικό NSN, σε κάθε περίπτωση και παρά τη διάσταση κατασκευαστή, πληρούνται "πλήρως", όπως ρητά αναφέρει η διακήρυξη, είναι πλήρως συμβατά και κατάλληλα προς χρήση, χωρίς δυσλειτουργίες και υποαπόδοση και εν τέλει καταλήγουν σε ισοδύναμο αποτέλεσμα και λειτουργία. Με τα ως άνω η διακήρυξη διασφάλιζε κατά τις ρητές προβλέψεις της (βλ. και όρο 14.β "*...Τα ανωτέρω στοιχεία περιγραφής των υλικών στον ΠΠΥ αναγράφονται με σκοπό την αναγνώριση των υπό προμήθεια υλικών και τον προσδιορισμό των τεχνικών χαρακτηριστικών τους και όχι για τον προσδιορισμό προϊόντων ορισμένης κατασκευής ή προέλευσης....*"), όπως και Παράρτημα Γ ΤΕΧΝΙΚΟΙ ΠΡΟΣΔΙΟΡΙΣΜΟΙ σημ. 2) και ότι δεν απαιτεί οπωσδήποτε την προσφορά του προϊόντος στο οποίο παραπέμπει το NSN και προερχόμενο από τον αρχικό/αυθεντικό κατασκευαστή (ο δε προσδιορισμός των προδιαγραφών έλαβε χώρα μέσω του κωδικού αυτού για πρόδηλους λόγους τυποποίησης και κοινού σημείου αναφοράς που επιτυγχάνεται με βάση τις οικείες προτυποποιήσεις και συστηματοποιήσεις των διεθνών βάσεων δεδομένων του οικείου τεχνικού υλικού), αλλά είναι αποδεκτό κάθε προϊόν κάθε κατασκευαστή που έχει τις ίδιες προδιαγραφές, υπό την έννοια όχι ότι πρέπει να φέρει εξαντλητικά τα ίδια ακριβώς χαρακτηριστικά (πράγμα που θα σήμαινε ότι εν τέλει η διακήρυξη ζητά το συγκεκριμένο και όχι και ισοδύναμο με αυτό προϊόν, δεδομένου δε και του πλήθους των οικείων τεχνικών χαρακτηριστικών που καθιστά αδύνατο ένα προϊόν να φέρει ακριβώς τα ίδια στοιχεία με ένα άλλο), αλλά ότι επιτελεί την ίδια λειτουργία με τον ίδιο τρόπο και τα ίδια αποτελέσματα και εν τέλει δεν φέρει καμία διαφοροποίηση τεχνική ή λειτουργική ως προς το παταγόμενο αποτέλεσμα, παρά μόνο προέρχεται από άλλον κατασκευαστή και έχει τυχόν κατασκευασθεί με άλλη μεθοδολογία, η οποία όμως ουδόλως εν τέλει μεταβάλλει τα επιτευκτέα τεχνικά και λειτουργικά δεδομένα. Από την άλλη πλευρά όμως, τα παραπάνω δεν είχαν την έννοια ότι δύναται να προσφερθεί οιοδήποτε προϊόν που αποκλίνει ουσιωδώς από τις ζητούμενες προδιαγραφές και δη ως προς το επιτυγχανόμενο λειτουργικό και τεχνικό αποτέλεσμα και απλώς, υπό την επίκληση ότι παρέχει θετικές ή και καλύτερες επιδόσεις από τις προδιαγραφές του ζητουμένου προϊόντος. Το δε ζήτημα ότι το ίδιο αποτέλεσμα τεχνικά και λειτουργικά δύναται να προκύπτει και

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

με άλλες μεθόδους από αυτές που εφήρμοσε ο αρχικός κατασκευαστής, δηλαδή ότι τα ζητούμενα χαρακτηριστικά μπορούν να πληρούνται και με άλλες τεχνικές και κατασκευαστικές μεθόδους, είναι διάφορο από το ότι σε κάθε περίπτωση δια της παραπομπής στο ως άνω NSN, θεσπίσθηκαν συγκεκριμένες προδιαγραφές και δεν καταλείφθηκε στους προσφέροντες να προσφέρουν οτιδήποτε κατά την κρίση τους καλύπτει τις ανάγκες της αναθέτουσας ή κατά τη γνώμη τους επιτυγχάνει αντίστοιχα αποτελέσματα ή και καλύτερα από αυτό του προϊόντος-προτύπου της προδιαγραφής, στη δε αναθέτουσα να αποδέχεται άκριτα τα ανωτέρω. Η αληθής δε έννοια των ανωτέρω είναι ότι η αναθέτουσα δεν προσδιόρισε η ίδια εν τέλει καμία προδιαγραφή, παρέπεμψε σε ένα συγκεκριμένο προϊόν και εν τέλει έθεσε ως όρο του αποδεκτού ενός έτερου προϊόντος το ισοδύναμο τεχνικό και λειτουργικό αποτέλεσμα, πράγμα που σημαίνει ότι επέτρεψε διαφορές στον τρόπο κατασκευής και συνάρτησης της αντλίας, με τον περιορισμό να μην μεταβάλλεται το αποτέλεσμα σε σχέση με αυτό που θα επιτυγχανόταν με την προμήθεια της αντλίας του κωδικού NSN. Εξυπακούεται δε, ότι αφού οι προκείμενες προδιαγραφές τίθενται αυτονόητα (όπως κάθε προδιαγραφή) ως ελάχιστες, δηλαδή ως το ελάχιστο ικανοποιητικό επιτευκτέο τεχνικό και λειτουργικό αποτέλεσμα, κάθε πρόσθετο χαρακτηριστικό και κάθε χαρακτηριστικό που οδηγεί σε τεχνικό αποτέλεσμα ίσο και ανώτερο του αντιστοίχου επιμέρους τεχνικού αποτελέσματος που συγκροτεί την προδιαγραφή, δεν συνιστά απόκλιση που επάγεται τον αποκλεισμό της προσφοράς.

12. Επειδή, ο παρεμβαίνων υπέβαλε με την προσφορά του τη δήλωση του κατασκευαστή με πίνακα με αναφορά στο περιεχόμενο των ως άνω στηλών 1, 2, 3, 6 και 7 (ITEM, DESCRIPTION, NSN, OFFERED PN και NCAGE) μαζί με το απαιτούμενο κείμενο. Η δε ως άνω δήλωση φέρει απλά μια μονογραφή και μια σφράγιση με το λογότυπο της εταιρίας, χωρίς το ονοματεπώνυμο του υπογράφοντος ή την ιδιότητα με την οποία υπογράφει ή θεώρηση γνησιότητας υπογραφής οιαδήποτε τύπου ούτε χρονολόγηση σύνταξης, είναι δε νομίμως μεταφρασμένη στην ελληνική μόνο ως προς το συνοδευτικό περιεχόμενο της δήλωσης και όχι ως προς τον πίνακα, η μετάφραση όμως παραπέμπει στον πίνακα του αγγλόγλωσσου κειμένου με την

ένδειξη «Τίθεται Πίνακας». Και ναι μεν, η παραπάνω μετάφραση προκύπτει ως πλήρης και νόμιμη όσον αφορά τη μη συμπερίληψη των ονομασιών, αριθμών και κωδικών, αλλά και των συντομογραφιών που απαρτίζουν τον πίνακα, οι οποίες είναι ορθώς αμετάφραστες ως μη δεκτικές μετάφρασης στην ελληνική, δεδομένης δε και της χρήσης τους στις συναλλαγές ως τυπικοί όροι των οικείων κλάδων και εμπορικών δραστηριοτήτων ως έχουν και προκύπτουν στην αγγλική γλώσσα (με αποτέλεσμα η μετάφραση να αλλοιώσει το νόημα και τελικά να καταλήγει σε ακατανόητο αποτέλεσμα), αλλά και της ευθείας παραπομπής της διακήρυξης σε αυτές στην αγγλική και μόνη αποδεκτή στις συναλλαγές εκδοχή τους, ενώ εξάλλου η έννοια των συνοδευτικών του πίνακα και των συντομογραφιών του λέξεων «ITEM», «DESCRIPTION» και «OFFERED», είναι σαφές πως είναι πρόδηλη και σε καμία περίπτωση δεν είναι δυνατόν να επάγεται ουσιώδη έλλειψη της προσφοράς. Πλην όμως, ουδόλως η παραπάνω μετάφραση, ως και η επικύρωση του αντιγράφου που υποβλήθηκε, αντικαθιστούν την υποχρέωση εκ της διακήρυξης για θεώρηση, ήτοι με κάθε τρόπο και αναλόγως πάντα χώρας υπογραφής, βεβαίωση και απόδειξη γνησιότητας και βεβαίας ημεροχρονολογίας της υπογραφής, η οποία προφανώς ουδόλως ταυτίζεται αναγκαία με αυτή της επικύρωσης αντιγράφου και μετάφρασης στην ελληνική ή με την υποβολή της δήλωσης από τον παρεμβαίνοντα στο ΕΣΗΔΗΣ (αφού δεν πρόκειται για δική του δήλωση, αλλά για δήλωση τρίτου). Περαιτέρω, δεδομένου ότι δεν προκύπτει ποιος και με ποια ιδιότητα υπογράφει δεν καλύπτεται ούτε η απαίτηση για δήλωση προερχόμενο από τον νόμιμο εκπρόσωπο του κατασκευαστή ούτε είναι δυνατόν να επαληθευθεί η ταυτότητα του υπογράφοντος και άρα η ιδιότητα του ως εκπροσώπου του κατασκευαστή, αλλά ούτε εν τέλει η ίδια η γνησιότητα του εγγράφου και το αν αυτό εν τέλει συντάχθηκε όντως και υπογράφηκε από νόμιμο εκπρόσωπο του εργοστασίου κατασκευής. Τούτο δε επιβεβαιώνεται και λόγω της μη θεώρησης, η οποία εξάλλου θα ήταν και αδύνατη λόγω μη αναγραφής του ονοματεπωνύμου και της ταυτότητας του υπογράφοντος. Σημειωτέον δε, ότι η έννοια της επιβεβαίωσης γνησιότητας της υπογραφής υφίσταται και στον Καναδά, όπου εδρεύει η εταιρεία του κατασκευαστή και συνεπώς, καταρχήν τουλάχιστον, αναμένεται να προέρχεται το οικείο έγγραφο

(«authentication»), ενώ εξάλλου σε κάθε περίπτωση και με δεδομένο ότι η θεώρηση και άρα η βεβαιότητα περί της ταυτότητας του υπογράφοντος ζητείτο από τη διακήρυξη, ο παρεμβαίνων αν για οιονδήποτε λόγο δεν ήταν αυτή η θεώρηση δυνατή, όφειλε είτε να προσβάλει τον οικείο όρο της διακήρυξης είτε να επιτύχει τη βεβαίωση της γνησιότητας υπογραφής με οιονδήποτε νόμιμο κατά τη χώρα και το δίκαιο που διέπει την υπογραφή και το έγγραφο, ήτοι τον τόπο σύνταξης, τρόπο. Εξάλλου, η επικύρωση του υποβληθέντος αλλοδαπού εγγράφου από δικηγόρο, και μάλιστα εξασφαλίζει ότι το υποβληθέν επικυρωμένο έγγραφο ήταν πιστό αντίγραφο του επιδειχθέντος στον δικηγόρο πρωτοτύπου, ουδόλως όμως επάγεται βεβαίωση και θεώρηση του γνησίου της υπογραφής επί του πρωτοτύπου, περί της οποίας ουδεμία αρμοδιότητα εξάλλου έχουν οι δικηγόροι κατά άρθρ. 36 παρ. 2 περ. β'-δ' (η εξ αυτών βεβαίωση αφορά αποκλειστικώς κατά την περ. δ' έγγραφα προς δικαστική χρήση και συγκεκριμένα μόνο αυτά των περιπτώσεων των άρθρων 42 παρ. 2, 96, 340 παρ. 2β και 465 παρ. 1 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, βλ. και ΑΠ 1176/2013) ούτε η βεβαίωση αυτή μπορεί να λάβει χώρα ετεροχρονισμένα, αναδρομικώς και κατόπιν θέσεως της υπογραφής και δη σε άλλον τόπο. Ούτε η επικύρωση αντιγράφου, που μόνο σκοπό της έχει τη βεβαίωση ταυτότητας περιεχομένου μεταξύ αντιγράφου και πρωτοτύπου, δύναται να επεκταθεί ως προς το αποδεικτικό κατά νόμο αντικείμενο και να καλύψει ελλείψεις του πρωτοτύπου ή να βεβαιώσει τη γνησιότητα του τελευταίου ή την ταυτοπροσωπία του αληθούς με τον φερόμενο εκδότη του και τούτο, ασχέτως ότι ουδόλως η νομίμως τεθείσα από τον δικηγόρο επικύρωση σε καμία περίπτωση δεν επεκτείνεται σε τέτοια ζητήματα, για τα οποία αυτός θα ήταν αναρμόδιος ούτε εξάλλου προκύπτει εξαρχής καν πρόσωπο φερόμενου εκδότη και συντάκτη του εγγράφου. Άρα, αφενός η δήλωση που προσκομίστηκε από τον παρεμβαίνοντα προς πλήρωση του όρου 14.δ είναι ουσιωδώς ελλιπής, κατά τα ρητώς ζητούμενα από τη διακήρυξη, διότι αφενός δεν φέρει τη ρητά απαιτούμενη θεώρηση και εν γένει βεβαίωση γνησίου υπογραφής, αφετέρου δεν φέρει ούτε προσδιορίζει την ταυτότητα και την ιδιότητα του υπογράφοντος, με αποτέλεσμα όχι μόνο να μην προκύπτει ότι προέρχεται, όπως ρητά απαιτείτο, από νόμιμο εκπρόσωπο του κατασκευαστή, αλλά περαιτέρω να μην μπορεί να προκύψει ούτε η εξαρχής

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

προέλευσή της από οιοδήποτε συγκεκριμένο πρόσωπο και η καταρχήν γνησιότητά της (η οποία προϋποθέτει έναν καταρχήν φερόμενο ως υπογράφοντα). Αφετέρου, η έλλειψη προσδιορισμού του υπογράφοντος καθιστά το έγγραφο και εν τοις πράγμασι ανυπόγραφο, αφού δεν νοείται υπογραφή ανωνύμου προσώπου ούτε αυτή επάγεται οιαδήποτε ανάληψη της ευθύνης του περιεχομένου του εγγράφου από οιοδήποτε πρόσωπο και επομένως, υφίσταται καν εκδότης του συγκεκριμένου εγγράφου, αφού ως εκδότης νοείται απός που αναλαμβάνει υποχρεώσεις από το έγγραφο (ΑΠ 1305/2009, ΕφΑΘ 1503/2010) και επομένως, εν προκειμένω αυτός θα έπρεπε να είναι ο νόμιμος εκπρόσωπος του εργοστασίου κατασκευής που αναλαμβάνει με την ενυπόγραφη δήλωσή του την ευθύνη δέσμευσης του εργοστασίου αυτού, στο πλαίσιο της ιδιότητάς του ως εκπροσώπου του. Συνεπώς, εν προκειμένω δεν προκύπτει ούτε εκδότης, άρα ούτε ανάληψη εκ μέρους του της για λογαριασμό του εργοστασίου που τυχόν εκπροσωπεί δέσμευση, άρα δεν προκύπτει καν δέσμευση του εργοστασίου κατασκευής, άρα η προσκόμιση του συγκεκριμένου εγγράφου δήλωσης, δεν παράγει το σκοπούμενο από τον ως άνω όρο 14.δ ουσιαστικό αποδεικτικό αποτέλεσμα, δηλαδή την ανάληψη από τον κατασκευαστή των οικείων υποχρεώσεων, πέραν του ότι κατά τα ζητούμενα, ούτως ή άλλως θα έπρεπε να υπογραφεί αυτή από τον νόμιμο εκπρόσωπό του και επομένως εν προκειμένω παραβιάσθηκε και απαράβατος όρος της διακήρυξης, η δε αποδοχή της προσφοράς παραβίασε την αρχή της τυπικότητας και της δέσμευσης από το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης. Περαιτέρω δε, εν προκειμένω, ούτε η ανωνύμως τεθείσα παράσταση που συνιστά μονογραφή και όχι υπογραφή, καταλείπει περιθώριο διακρίβωσης ή κατανόησης ή έστω συναγωγής του ονόματος του υπογράφοντος, καίτοι ο σκοπός εν τέλει της υπογραφής είναι ακριβώς η διακρίβωση της δηλούμενης εκ του υπογράφοντος ταυτότητάς του, η οποία δεν μπορεί να επιτευχθεί δια της ανεπαρκούς προς τούτο μονογραφής (βλ. ΑΠ 1772/2008, 1119/2005, 1471/2004, 548/2010). Εξάλλου, η αποδεικτική αξία ιδιωτικού εγγράφου προϋποθέτει κατά την ΑΚ 160 την ιδιόχειρη υπογραφή του εκδότη του (εξάλλου εν προκειμένω δεν τέθηκε ούτε ηλεκτρονική ούτε μηχανική υπογραφή) και όχι τη μονογραφή του και πρέπει να αναφέρει το επώνυμο ή

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

έστω το γνωστό στις συναλλαγές ψευδώνυμο, άλλως ουδεμία αποδεικτική ισχύ (βλ. ΑΠ 1707/2009 και Γεωργιάδη-Σταθόπουλο ΑΚ, Άρθρο 160). Τούτο, ασχέτως αν ένα τέτοιο άνευ εκδότη έγγραφο δύναται να χρησιμοποιηθεί ως δικαστικό τεκμήριο στο πλαίσιο πολιτικής δίκης κατά τις διατάξεις των άρ. 340 και 395 ΚΠολΔ, ζήτημα που ουδόλως επηρεάζει την παρούσα κρίση, αφού το προκείμενο ζητούμενο ήταν η δια μόνου εγγράφου που απαιτείτο, απόδειξη δέσμευσης του εργοστασίου κατασκευής και όχι η συνεκτίμησή του στο πλαίσιο κάποιας ευρύτερης αποδεικτικής διαδικασίας, όπως στο πλαίσιο των διατάξεων περί δικαστικών τεκμηρίων του ΚΠολΔ, όπου εξάλλου εναπόκειται στους διαδίκους η προσκόμιση των αποδεικτικών μέσων που οι ίδιοι κρίνουν και διαθέτουν προς απόδειξη των ισχυρισμών τους και η επίκληση αυτών ανάγεται σε ευχέρεια και ελευθερία τους (εξάλλου, πάντως, η χρήση δικαστικών τεκμηρίων δεν είναι δυνατή κατ' άρ. 395 ΚΠολΔ όπου δεν επιτρέπεται η εμμάρτυρη απόδειξη). Οι διατάξεις αυτές συνεπώς ουδόλως είναι εφαρμοστέες ούτε αναλογικά σε δημόσιους διαγωνισμούς, οι οποίοι αντίθετα διέπονται από τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και δη της τυπικότητας ως μέσου διασφάλισης της αποφυγής διακρίσεων και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, σε συγκερασμό με τη διαφύλαξη του δημοσίου συμφέροντος (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017) και προς τούτο, τα προς απόδειξη αντικείμενα και τα μέσα απόδειξής τους τίθενται με στενό, ακριβή και περιοριστικό τρόπο στη διακήρυξη, εκτός αν άλλως προκύπτει από αυτήν, πάντως όχι στο πλαίσιο अपαράβατων όρων περί προσκόμισης συγκεκριμένων εγγράφων, με συγκεκριμένο περιεχόμενο και τύπο. Περαιτέρω, ουδόλως η έλλειψη υπογραφής και αναφοράς ονοματεπωνύμου και ιδιότητας του εκδότη του εγγράφου αναπληρώνονται από το γεγονός πως η δήλωση συντάχθηκε σε χαρτί με το λογότυπο του κατασκευαστή και φέρει εικόνα δίπλα στην υπογραφή, εν είδει σφραγίδας με το λογότυπο του κατασκευαστή, καθώς αφενός ουδόλως η διακήρυξη προέβλεψε την ούτως αναπλήρωση της ελλείπουσας υπογραφής του εκδότη-δηλούντος, αφετέρου και πάλι δεν προκύπτει η ταυτότητα του συντάκτη του εγγράφου και η ιδιότητα αυτού ως τυχόν νομίμου εκπροσώπου του εργοστασίου κατασκευής. Αλυσιτελώς δε ο παρεμβαίνων, που ανεπιφύλακτα απεδέχθη τον ως άνω όρο ως και την εν όλω διαδικασία με τους

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

όρους αυτής, προβάλλει τον ισχυρισμό του περί ταυτοποιήσιμου και ιχνηλασιμότητας, αφού η διακήρυξη ρητά όρισε τα παραπάνω ως απαιτήσεις που πρέπει να συντρέχουν ήδη με την υποβολή της προσφοράς και ουδόλως μπορούν να παρακαμφθούν εκ βουλήσεως των προσφερόντων ή να αναπληρωθούν σε ύστερο χρόνο ή να υπαχθούν στην ευχέρειά τους και την τυχόν κρίση τους περί της σκοπιμότητας και αναγκαιότητάς τους, βλ. παραπάνω και σκ. 6. Περαιτέρω, ο προβαλλόμενος δια των Απόψεών της ισχυρισμός της αναθέτουσας ότι τα ανωτέρω συνιστούν επουσιώδεις ελλείψεις είναι αβάσιμος, αφού αντιβαίνει στο ίδιο το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης που η ίδια θέσπισε και τις ρητές अपαράβατες απαιτήσεις για θεώρηση υπογραφής και δήλωση από τον νόμιμο εκπρόσωπο του κατασκευαστή, ενώ συγχρόνως κατά τα ανωτέρω, δεν προκύπτει καν εκδότης του εγγράφου, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται ουδεμία αποδεικτική αξία για το ανωτέρω έγγραφο. Σημειωτέον δε, ότι στην προκείμενη περίπτωση, ακόμη και αν υποτίθετο ότι υφίστατο επουσιώδης μόνο έλλειψη, αυτή δεν είναι αναπληρώσιμη δια κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεων και τούτο διότι η έλλειψη βεβαίωσης-θεώρησης υπογραφής, ως και η ίδια η έλλειψη υπογραφής επί εγγράφου, σε αντίθεση με την έλλειψη επικύρωσής του δεν θεραπεύονται, διότι η απαιτούμενη θεώρηση βεβαιώνει τον αληθή και ακριβή χρόνο της δήλωσης, πράγμα εξ αντικειμένου μη αναπληρώσιμο αναδρομικά, αφού κάθε μεταγενέστερη θεώρηση θα αφορά το χρονικό σημείο στο οποίο λαμβάνει χώρα, άρα μεταγενέστερο αυτού της αρχικής δήλωσης, διαφοροποίηση που επάγεται σαφείς έννομες συνέπειες ως προς τον χρόνο κατά τον οποίο τα δηλούμενα θα πρέπει να ισχύουν και ως προς την κρίση του αληθούς της δήλωσης (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 247/2017 και 642/2018). Για την ταυτότητα του νομικού λόγου δεν μπορεί να αναπληρωθεί η έλλειψη κανονικής υπογραφής και επωνύμου του υπογράφοντος με το πρώτον προσκόμιση κατά την αξιολόγηση (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017) νέου εγγράφου που φέρει το όνομα και πραγματική υπογραφή, ήτοι όχι μονογραφή που δεν μπορεί να προσδιορίσει τον υπογράφοντα, του εκδότη. Και τούτο, διότι η το πρώτον προσκομιζόμενη αυτή δήλωση κατά την αξιολόγηση, θα συνιστά νεοσυνταχθέν έγγραφο που καταρτίστηκε και εκδόθηκε μετά την υποβολή της προσφοράς και επομένως η

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

εξ αυτής βεβαίωση ισχύος των δηλουμένων δεν θα μπορεί να επεκταθεί σε χρόνο προ της εκδόσεώς της, ήτοι κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, κατά παράβαση του άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 που ορίζει ότι οι όροι συμμετοχής σε διαγωνισμό πρέπει να πληρούνται ήδη με την υποβολή της προσφοράς. Εξάλλου, η εν όλω έλλειψη του ονοματεπωνύμου, της ιδιότητας, της κανονικής υπογραφής και οιοδήποτε εν γένει στοιχείου που προσδιορίζει την ταυτότητα του εκδότη δεν συνιστά μια επιμέρους ασάφεια του εγγράφου, όπως θα συνιστούσε η έλλειψη τυχόν του ονόματος, υπάρχοντος του επωνύμου ή της ιδιότητας, υπάρχοντος όμως του ονοματεπωνύμου ή έστω του επωνύμου ή θα συνιστούσε το δυσδιάκριτο του ονοματεπωνύμου ή της υπογραφής, που πάντως θα υφίσταντο. Αλλά αντίθετα συνεπάγεται την έλλειψη εν τέλει δήλωσης από τον νόμιμο εκπρόσωπο του εργοστασίου κατασκευής, αφού δεν υφίσταται καν αναγνωρίσιμος εκδότης και κατ' αποτέλεσμα ισοδυναμεί με μη προσκόμιση του απαιτούμενου επί ποινή αποκλεισμού εγγράφου. Εξάλλου, η το πρώτον δυνατότητα κατά την αξιολόγηση προσκόμισης του εγγράφου αυτού νομίμως υπογεγραμμένου πλέον, με σαφή εκδότη και ιδιότητα και με θεώρηση γνησιότητας της υπογραφής, θα συνεπαγόταν μια πρόδηλη ευνοϊκή μεταχείριση του παρεμβαίνοντος, αφού θα του επιτρεπόταν ούτως ετεροχρονισμένα και μετά την υποβολή της προσφοράς του, να προσκομίσει έγγραφο που δεν προσκόμισε συμφώνως με τη διακήρυξη και έτσι να επιτύχει το πρώτον τη συμμόρφωσή του με αυτήν, κατά παράβαση του τελευταίου εδαφίου του άρ. 102 παρ. 2 Ν. 4412/2016, ενώ ταυτόχρονα θα του προσέδιδε ανταγωνιστικό πλεονέκτημα έναντι των άλλων διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των άρ. 102 παρ. 3-4 Ν. 4412/2016, αφού ούτως θα του παρεχόταν μεγαλύτερο διάστημα για τη συγκέντρωση, εν τέλει, των απαραίτητων εγγράφων που έπρεπε να υποβάλει με τον ακριβή τρόπο που ζητείτο, μεταξύ των οποίων και η δήλωση κατασκευαστή, ήδη με την προσφορά του και επομένως για τη συλλογή των οικείων απαιτούμενων για τη συμμετοχή του προσόντων.

13. Επειδή, απορριπτέοι τυγχάνουν πάντως οι επιμέρους ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί του ότι η μετάφραση της δήλωσης ήταν ελλιπής και περί του ότι η δήλωση έπασχε επειδή δεν αντιγράφηκε το σύνολο των στηλών του πίνακα του όρου 14.δ, αφού εν τέλει τα παραλειφθέντα πεδία ήταν και αυτά

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

που κατά τη σκ. 11, δεν υπόκειντο σε συμπλήρωση ούτως ή άλλως και συνεπώς, η μη συμπερίληψή τους ως κενά στον πίνακα, ουδεμία διαφοροποίηση επάγεται και συνεπώς ούτε πλημμέλεια. Η δε περαιτέρω επίκληση του προσφεύγοντος ότι εν τέλει η δήλωση αυτή είναι και ανακριβής διότι το προσφερόμενο προϊόν δεν ταυτίζεται με αυτό του NSN θα εξετασθεί επί της ουσίας στο πλαίσιο του τρίτου λόγου της προσφυγής, ενώ μόνο το γεγονός ότι στη στήλη περί NSN δεν αναγράφεται ότι αφορά το κατά τη διακήρυξη απαιτούμενο NSN και επομένως το προσφερόμενο προϊόν είναι διάφορο αυτού του NSN, δεν συνιστά ουσιώδη ή παραπλανητική έλλειψη, αφού από το σύνολο της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ως και την ίδια τη δήλωση κατασκευαστή CET, ανεξαρτήτως των πλημμελειών της, είναι σαφές, πως αν μη τι άλλο προσφέρει προϊόν άλλου κατασκευαστή από αυτόν του προϊόντος του NSN (που είναι η εταιρεία) και επομένως ότι δηλώνει πως δεν προσφέρει το προϊόν του κωδικού NSN, αλλά προϊόν άλλου κατασκευαστή που πληροί τις προδιαγραφές του προϊόντος του κωδικού NSN. Ανεξαρτήτως όμως των παραπάνω και συνεπεία όλων όσων αναφέρθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη, η υποβληθείσα δήλωση κατασκευαστή του παρεμβαίνοντος προς πλήρωση του όρου 14.δ μη νομίμως έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα και επομένως η κρίση περί της αποδοχής του, βάσει αυτής και των ελλείψεων της (ήτοι πρώτον, έλλειψη κανονικής υπογραφής παρά μονογραφή, δεύτερον, έλλειψη ονοματεπωνύμου, ιδιότητας ή άλλου προσδιοριστικού έστω στοιχείου της ταυτότητας του εκδότη και φερόμενου ως υπογράφοντος και τρίτον, έλλειψη θεώρησης της υπογραφής), οι οποίες πάντως είναι αθεράπευτες, προκύπτει, κατ' αποδοχή των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ως εσφαλμένη και ακυρωτέα, ασχέτως βασιμότητας των λοιπών λόγων της προσφυγής και για όσες επιμέρους σωρευτικές πλημμέλειες, παρατηρούνται κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη επί της παραπάνω δήλωσης, έκαστη δε εκ των οποίων αρκούσε ούτως ή άλλως για το απαράδεκτό της δήλωσης, ως και της εν όλω προσφοράς του παρεμβαίνοντος (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017).

14. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προσφυγής, προκύπτει πως αβάσιμα η αναθέτουσα ισχυρίζεται πως οι τυχόν εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενες του προσφερόμενου προϊόντος από τις ζητούμενες

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

προδιαγραφές και χαρακτηριστικά είναι ζήτημα που ανάγεται στην εκτέλεση της σύμβασης. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ζητήθηκε προϊόν που αντιστοιχεί έστω και κατά παραπομπή σε συγκεκριμένες προδιαγραφές και όχι οποιοδήποτε προϊόν που ονομαστικά επιτελεί μια εν γένει λειτουργία. Και ναι μεν η διακήρυξη στην περίπτωση διάστασης κατασκευαστή του προσφερόμενου προϊόντος από τον αρχικό κατασκευαστή του προϊόντος του NSN, αρκείται καταρχήν στην οικεία δήλωση του πρώτου με το περιεχόμενο του άρ. 14.δ. Τούτο όμως δεν σημαίνει ότι σε περίπτωση απόδειξης ήδη κατά την αξιολόγηση ότι το προσφερόμενο προϊόν αποκλίνει από τα ζητούμενα, δεν υποχρεούται η αναθέτουσα να αποκλείσει την προσφορά, αλλά αντίθετα δύναται να διατηρήσει την προσφορά στον διαγωνισμό εν γνώσει ή αδιαφόρως του τεθέντος ζητήματος απόκλισης, να ανακηρύξει τυχόν και ανάδοχο και εν τέλει να διακριβώσει τις αποκλίσεις από τα ζητούμενα κατά την εκτέλεση, κατάσταση που διακινδυνεύει αφενός το δημόσιο συμφέρον κατά πρόδηλο τρόπο, αφετέρου βλάπτει την ίση μεταχείριση και τη διαφάνεια ως και τον υγιή ανταγωνισμό επί της διαδικασίας, υπαγάγοντας προϊόντα που πληρούν και προϊόντα που δεν πληρούν τις προδιαγραφές σε ίση μοίρα και εν τέλει, αφαιρώντας το συμβατικό αντικείμενο από προσφέροντες με προϊόντα που πληρούν τις προδιαγραφές υπέρ οικονομικών φορέων με προϊόντα άσχετα και αποκλίνοντα με τις προδιαγραφές αυτές. Εξάλλου, το γεγονός ότι η διακήρυξη αρκείται τυχόν στην υποβολή υπεύθυνης δήλωσης περί συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς με τα ζητούμενα, δεν καθιστά τη δήλωση αυτή ανέλεγκτη ως προς την ουσιαστική βασιμότητα του περιεχομένου της ούτε συνεπώς, αποκλείει την πραγματική διακρίβωση της συνδρομής των τεχνικών προδιαγραφών, επειδή και μόνο δηλώνονται ως συντρέχουσες, εφόσον τα διαθέσιμα προς αντιπαραβολή των ζητουμένων και των προσφερομένων στοιχεία αρκούν προς τούτο (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017).

15. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την παρέμβαση και την προσφυγή και τους εκεί ισχυρισμούς των διαδίκων, το προσφερόμενο από τον παρεμβαίνοντα προϊόν συνομολογείται ως βαρύτερο κατά 10 κιλά από το ζητούμενο και ως κατασκευασμένο από άλλο υλικό και συγκεκριμένα μπρούτζο και ανοξείδωτο χάλυβα αντί αλουμινίου. Περαιτέρω, η αντλία που προσφέρει ο

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

παρεμβαίνων έχει διαφορετική κλίση λειτουργίας, κατά τον δε παρεμβαίνοντα μεγαλύτερη και άρα πιο προστατευτική σε έκτακτες περιστάσεις, ενώ έχει μπαταρία και εκκινήτη σε αντίθεση με αυτήν της προδιαγραφής, πράγμα που ο προσφεύγων επικαλείται ως επικίνδυνο, ο δε παρεμβαίνων ως πρόσθετο των προδιαγραφών, αφού υπάρχει και χειροκίνητη εκκίνηση, χαρακτηριστικό. Επιπλέον, η προσφερόμενη από τον παρεμβαίνοντα αντλία δεν έχει μοχλό αποσυμπίεσης, αλλά ενσωματωμένο σύστημα αποσυμπίεσης, που ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι είναι αποτέλεσμα της δυνατότητας να εκκινεί μόνο με χειροκίνητη εκκίνηση και συνιστά εξέλιξη του μοχλού, ενώ όμως ο προσφεύγων επικαλείται ότι δεν υφίσταται σύστημα αποσυμπίεσης. Ο δε προσφεύγων επικαλείται και ελλιπή αντιδιαβρωτική προστασία, λόγω μη ύπαρξης, όπως προκύπτει από το προϊόν του κωδικού NSN, η ύπαρξη ανοδίωσης βαρέος τύπου, ανοξειδωτου άκονα περιστροφής αντλίας που συνδέει τον κινητήρα με αυτήν, ανοξειδωτης εξάτμισης και συνολικής αντιδιαβρωτικής προστασίας σε πλήθος σημείων, ενώ για το προσφερόμενο από τον παρεμβαίνοντα προϊόν προβλέπεται φύλαξη μακριά από αλατώδη ατμόσφαιρα, προδιαγραφή που δεν συνάδει με προϊόν ναυτικής χρήσης. Ο δε παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι προσφέρει προϊόν με τροποποίηση για ναυτική χρήση (marinization, όπως αναφέρει και το τεχνικό φυλλάδιο του προϊόντος του παρεμβαίνοντος, που προσκόμισε ο προσφεύγων), ενώ το μπρούτζινο κέλυφος αντλίας, το μπρούτζινο στροφείο και κάλυμμα αντλίας, το ανοξειδωτο πλαίσιο και η επικάλυψη αντιδιαβρωτικής προστασίας του κινητήρα προσφέρουν αντιδιαβρωτική προστασία, η δε αναφορά σε προστασία από αλατώδες περιβάλλον δεν αφορά προϊόν που έχει υποστεί την ως άνω τροποποίηση για ναυτική χρήση όπως το προσφερόμενο. Ο δε προσφεύγων ισχυρίζεται ότι το τεχνικό εγχειρίδιο της προσφερόμενης από τον παρεμβαίνοντα αντλίας θα πρέπει να λειτουργήσει χωρίς φορτίο για 30 λεπτά μετά από μακρά ακινησία, περιορισμός απαγορευτικός σε συνθήκες ανάγκης και σε αντίθεση με το προϊόν της προδιαγραφής που μπορεί να ενεργοποιηθεί και άμεσα αν απαιτηθεί, όπως και ότι η προσφερόμενη από τον προσφεύγοντα αντλία δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε κλειστούς χώρους και δεν έχει προβλεφθεί να λειτουργεί ούτε διαθέτει σωλήνα απαγωγής καυσαερίων, σε αντίθεση με το προϊόν της

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

προδιαγραφής που φέρει στον βασικό εξοπλισμό της ειδική μονωμένη σωληνωτή εξάτμιση μήκους 6 μέτρων, για να λειτουργεί με ασφάλεια στα εσωτερικά διαμερίσματα των πλοίων. Αυτό κατά τον προσφεύγοντα σημαίνει ότι παραβιάζεται η παρ. 14δ της διακήρυξης και είναι ανακριβής η οικεία δήλωση του παρεμβαίνοντος, αφού τελικά θα απαιτηθούν μετατροπές για τη λειτουργία της σε κλειστό χώρο. Ο δε παρεμβαίνων επικαλείται ότι η απαίτηση για λειτουργία του κινητήρα σε άφορτη κατάσταση για 30 λεπτά μετά από μακρά αποθήκευση αναφέρεται στο εγχειρίδιο του προϊόντος που προσφέρει για προληπτικούς λόγους σε συνήθεις συνθήκες και όχι για κατάσταση ανάγκης, οπότε η αντλία μπορεί άμεσα να χρησιμοποιηθεί, το δε προϊόν του προσφέρεται με σωλήνα εξαγωγής καυσαερίων 6 μέτρων, ενώ και ο κινητήριος της αντλίας του κωδικού NSN υπάγεται κατά το εγχειρίδιο του σε περιορισμό χρήσης σε κλειστούς χώρους. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι το προϊόν που προσφέρει έχει υποστεί περαιτέρω βελτιώσεις από τις ζητούμενες προδιαγραφές, όπως η χρήση ανοξειδωτού μηχανικού στυπιοθλίπτη σε αντίθεση με τη στεγανοποίηση με στεγανοποιητικό κορδόνι και ότι πάντως ουδόλως επηρεάζεται δυσμενώς το τελικό αποτέλεσμα της χρήσης της αντλίας. Ο δε προσφεύγων επιπλέον, ισχυρίζεται αντιφάσεις μεταξύ του τεχνικού φυλλαδίου και του εγχειριδίου εκπαίδευσης του κατασκευαστή του προϊόντος που προσφέρει ο παρεμβαίνων.

16. Επειδή, από τα παραπάνω προκύπτει ότι, όπως και ο παρεμβαίνων συνομολογεί, το προσφερόμενο από αυτόν προϊόν φέρει μεγάλο αριθμό επιμέρους αποκλίσεων από το προϊόν που προκύπτει από τον κωδικό NSN της διακήρυξης και δη ως προς το βάρος, την αντιδιαβρωτική προστασία, την εν γένει κατασκευή, τα υλικά κατασκευής και τα επιμέρους εξαρτήματα. Ο δε παρεμβαίνων επικαλείται ότι δια των ως άνω διαφορών ως προς τα υλικά, τον τρόπο και τις μεθόδους κατασκευής είτε προσφέρει πρόσθετα των ζητούμενων, μαζί με τα ζητούμενα, χαρακτηριστικά είτε χαρακτηριστικά που υπερκαλύπτουν τα ζητούμενα. Εξάλλου, η διακήρυξη γενικώς μεν παρέπεμψε στις προδιαγραφές του προϊόντος του κωδικού NSN, από την άλλη όμως πλευρά όρισε ότι είναι αποδεκτά τα έτερα προϊόντα που είναι «ισοδύναμου τύπου», ανεξαρτήτως, άρα αδιαφόρως τρόπου κατασκευής, σημείωση που αναγράφεται

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

και κάτω από τον προσδιορισμό του κωδικού NSN στον Πίνακα Προμηθευτέου Υλικού του Παραρτήματος Α της διακήρυξης. Δεδομένων των παραπάνω, ουδόλως μπορεί να υποτεθεί πλέον κατά την αξιολόγηση, ότι απαιτείτο η επίτευξη ακριβώς των προδιαγραφών που όριζαν οι προδιαγραφές του προϊόντος NSN και ότι απαιτείτο ίδια κατασκευή, ίδια μέθοδος συνάρτησης, λειτουργίας και εξοπλισμού της αντλίας, αλλά ότι απλώς και μόνο θα πρέπει να επιτυγχάνεται το ίδιο τουλάχιστον τεχνικό και λειτουργικό αποτέλεσμα ανά έκαστο επιμέρους πεδίο και χαρακτηριστικό που διέπει την τεχνική διάταξη, λειτουργικότητα, προσφερόμενη προστασία και επιδόσεις του προϊόντος. Άρα δεδομένων των οικείων αποκλίσεων και του εριζόμενου χαρακτήρα περί του αν συνιστούν υπερκαλύπτουσα τις προδιαγραφές θετική απόκλιση ή ουσιώδη προς το χειρότερο απόκλιση, ζήτημα που ανάγεται σε τεχνική κρίση μετά πλήρους ελέγχου και αντιπαραβολής του προς προμήθεια προσφερόμενου υλικού με το καταρχήν πρότυπο ισοδυναμίας που τέθηκε με τον κωδικό NSN, η αναθέτουσα όφειλε, αντί να αρκестεί στις οικείες δηλώσεις, να ελέγξει και τη ακρίβει αυτών, ως προς την ισοδυναμία, η οποία τίθεται εν αμφιβόλω κατά τα ανωτέρω. Όμως η αναθέτουσα ουδέν έπραξε, παρά απεδέχθη άνευ ετέρου την προσφορά του παρεμβαίνοντος χωρίς να προηγηθεί και παραλείποντας παρανόμως, να τον καλέσει κατ' άρ. 102 και δη την παρ. 5 αυτού προς διευκρινίσεις, για την αποσαφήνιση του αποδεκτού της τεχνικής προσφοράς του και συγκεκριμένα της ακρίβειας των οικείων περί ισοδυναμίας, συμβατότητας, μη μετατροπών, αποτελέσματος χωρίς δυσλειτουργίες και υποαπόδοση και υπερκάλυψης των οικείων προδιαγραφών που υπέβαλε. Συνεπώς, η αναθέτουσα έσφαλε και κατά εν μέρος αποδοχή του τρίτου λόγου της προσφυγής, είναι ακυρωτέα καθ' ο μέρος απεδέχθη άνευ ετέρου και κατά προηγούμενη παράλειψη κλήσης του παρεμβαίνοντος για διευκρινίσεις προς αποσαφήνιση των ανωτέρω, δεδομένων και των παρατηρούμενων εν τέλει τεχνικών αποκλίσεων, οι οποίες δεν έχει διακριβωθεί αν τελικά οδηγούν σε τουλάχιστον ισοδύναμο ή χειρότερο από το ζητούμενο τεχνικό και λειτουργικό αποτέλεσμα, ζήτημα που η διακρίβωση του απαιτεί προηγούμενη αποσαφήνιση από τον παρεμβαίνοντα και συνακόλουθη τεχνική κρίση της αναθέτουσας. Απορριπτέος δε τυγχάνει ο τρίτος λόγος της προσφυγής καθ' ο μέρος ο

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

προσφεύγων δι' αυτού αιτείται τον άνευ ετέρου αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος λόγω των ως άνω αποκλίσεων, αφού η διακήρυξη επέτρεψε κατά τη σκ. 11, την προσφορά προϊόντων με αποκλίσεις από το προϊόν του κωδικού NSN, με μόνο περιορισμό την επίτευξη ισοδυναμίας με αυτό, εν τέλει δε με τους ισχυρισμούς του αποδεικνύει μεν τις αποκλίσεις αυτές και επομένως την ασάφεια της προσφοράς του παρεμβαίνοντος ως προς την ισοδυναμία του προϊόντος του και την ακρίβεια των οικείων περί τούτου δηλώσεών του, δεν αποδεικνύει όμως, τη μη ισοδυναμία και κατ' αποτέλεσμα, το άνευ ετέρου αποκλειστέο της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ενώ σε κάθε περίπτωση κατ' άρ. 102 παρ. 5 η ασάφεια της τεχνικής προσφοράς δεν οδηγεί άμεσα σε άνευ ετέρου αποκλεισμό, αλλά σε δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας προς ζήτηση διευκρινίσεων για την άρση της (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 644/2018). Και ναι μεν, λόγω της κατά τα ανωτέρω εν μέρει αποδοχής του τρίτου λόγου της προσφυγής και κατόπιν αυτής ακύρωσης της οικείας παράλειψης της αναθέτουσας, κατ' άρ. 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016 θα διατασσόταν αναπομπή στην αναθέτουσα προς άρση της οικείας παράλειψης δια ζητήσεως διευκρινίσεων από τον παρεμβαίνοντα και κατόπιν αυτών τεχνική κρίση της επί της ισοδυναμίας και ούτως της ακρίβειας των εξ αυτού δηλουμένων. Πλην όμως, τα ως άνω παρέλκουν και δεν τυγχάνουν εφαρμοστέα εν προκειμένω, λόγω της κατ' αποδοχή των δύο πρώτων λόγων της προσφυγής, ούτως ή άλλως ακύρωσης της προσβαλλομένης καθ' ο μέρος εξαρχής απεδέχθη την προσφορά του παρεμβαίνοντος και επομένως, τον, βάσει των πρώτων δύο λόγων της προσφυγής και των οικείων πλημμελειών της προσφοράς του και των αντιστοίχων σφαλμάτων της αναθέτουσας, άνευ ετέρου αποκλειστέο χαρακτήρα της προσφοράς του (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 173/2018).

17. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα όλων των προαναφερθέντων, πρέπει η Προσφυγή να γίνει δεκτή κατ' αποδοχή του συνόλου των λόγων αυτής, έκαστος εκ των δύο πρώτων από τους οποίους, αυτοτελώς και μόνος του αρκεί ούτως ή άλλως για την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και την αποδοχή, κατ' αποτέλεσμα, του αιτητικού της Προσφυγής, αδιαφόρως και της συντρέχουσας εν μέρει αποδοχής και του τρίτου λόγου της προσφυγής, η οποία αν υφίστατο μόνη της θα οδηγούσε σε αναπομπή προς ζήτηση διευκρινίσεων,

Αριθμός Απόφασης: 667/2018

πλην όμως δεδομένης της συνύπαρξης μετά της αποδοχής των πρώτων δύο λόγων της προσφυγής και τη συνακόλουθη διάγνωση δύο αυτοτελών βάσεων άνευ ετέρου αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος, στερείται αυτοτελούς εννόμου αποτελέσματος (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 173/2018). Και τούτο διότι έκαστος εκ των όρων, η παράβαση των οποίων καταγνώσκεται κατ' αποδοχή εκάστου εκ των δύο πρώτων λόγων της Προσφυγής είχε τεθεί αυτοτελώς ως απαράβατος και συνεπώς, η παράβασή του επαγόταν τον άνευ ετέρου αποκλεισμό της προσφοράς (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 98/2017 και 644/2018) και ούτως, ασχέτως της εν προκειμένω αποδοχής και των δύο τουλάχιστον, εκ των τριών, αυτοτελών κατά τα ως άνω βάσεων για την απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, η αποδοχή έστω και ενός εξ αυτών των λόγων και συνεπώς, η διαπίστωση συνδρομής έστω και μίας εκ των ως άνω βάσεων αποκλεισμού του παρεμβαίνοντος, ήταν επαρκής για την αποδοχή του αιτητικού της προσφυγής, που συνίστατο στον αποκλεισμό του τελευταίου (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 254, 268 και 644/2018). Περαιτέρω, πρέπει συνεπεία των ανωτέρω να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος ήδη κατά το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών. Περαιτέρω και αυτόθροα να ακυρωθεί αυτή, κατ' αποδοχή των αντιστοίχων κεφαλαίων του αιτητικού της προσφυγής και καθ' ο μέρος απεδέχθη τη συμμετοχή του και κατ' αποτέλεσμα ενέκρινε και την προσφορά του παρεμβαίνοντος στο στάδιο των οικονομικών προσφορών, αποδοχή που ερείδεται αναγκαίως επί της αποδοχής του στο αμέσως προηγούμενο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, περαιτέρω δε να ακυρωθεί ως και καθ' ο μέρος και κατ' αναγκαίο αποτέλεσμα της ακυρωτέας, κατά τα ανωτέρω, αποδοχής της οικονομικής προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ανακήρυξε αυτόν ως προσωρινό ανάδοχο (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017).

18. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το παράβολο ποσού 2.587,80 ευρώ που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την Απόφαση υπ' αρ. Φ.604.2/04/03/17 (Σ.1128) της αναθέτουσας καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, περαιτέρω στο στάδιο οικονομικών προσφορών και εν τέλει ανέδειξε αυτόν ως προσωρινό ανάδοχο.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 2.587,80 ευρώ, που αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7-8-2018 και εκδόθηκε την 27-8-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ