

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6.11.2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 01.10.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1398/01.10.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «****», νόμιμα εκπροσωπούμενης και

Την από 19-10-2020 παρέμβαση του οικονομικού φορέα «*****», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ανακληθεί, άλλως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της υπ' *****-ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΑ ΘΕΜΑΤΑ: ΘΕΜΑ έκτακτο 3ο: Ανάκληση της απόφασης **** [θ. 3^ο] σε συμμόρφωση με τη με αρ. 99/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης με ταυτόχρονη έγκριση νέου πρακτικού αξιολόγησης τεχνικών προδιαγραφών και δικαιολογητικών συμμετοχής ηλεκτρονικού διαγωνισμού προμήθειας Χειρουργικού LASER, (*****), καθώς και κάθε σχετική πράξη, παράλειψη, γνωμοδότηση και απόφαση της Διοίκησης προγενέστερη ή

μεταγενέστερη βλαπτική των δικαιωμάτων και συμφερόντων της που συνέχεται με την προσβαλλόμενη πράξη.

2. Επειδή, με την από 19-10-2020 παρέμβαση ο οικονομικός φορέας «*****» παρεμβαίνει υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης.

3. Επειδή, με την υπ' αρ. *** διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων, με αντικείμενο την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ***** , προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 120.967,74€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ **** 2019-11-21 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ****. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε στις 09.12.2019 και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών στις 12.12.2019 Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν δύο (2) οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα η προσφεύγουσα και η εταιρία «*****». Η Επιτροπή Διαγωνισμού, αφού έκρινε επαρκή τα δικαιολογητικά συμμετοχής αμφοτέρων των υποψηφίων, ακολούθως προέβη στο άνοιγμα των τεχνικών προσφορών και εξέδωσε το υπ' αριθμ. πρωτ. ****, με το οποίο αξιολογήθηκαν και βαθμολογήθηκαν οι τεχνικές προσφορές τους και η μεν εταιρία «*****» έλαβε 100 βαθμούς, η δε εταιρία «****» έλαβε 111 βαθμούς. Ειδικότερα, ως προς το επί ποινή αποκλεισμού κριτήριο *«Παραγόμενη δέσμη σε μήκος κύματος ***** για όγκους παρεγχυματικών οργάνων και βέλτιστη αιμόσταση σε μικρότερη δειξήδωση»* η προσφορά της **** έλαβε βαθμολογία 100 και η προσφορά της **** έλαβε επίσης βαθμολογία 100, με το εξής σχόλιο: *«Η απόκλιση της προσφοράς **** από τις προδιαγραφές μπορεί να θεωρηθεί στα όρια του μη σημαντικού παράγοντα αποκλεισμού.»*. Εν συνεχεία, το **** αναθέτουσας αρχής εξέδωσε τη ληφθείσα κατά την 7η Συνεδρίαση της 11.03.2020 (ΘΕΜΑ 3^ο) απόφαση διά της οποίας ενέκρινε το Πρακτικό της Επιτροπής και αποφάσισε την πρόοδο αμφοτέρων των υποψηφίων στο στάδιο αξιολόγησης της οικονομικής προσφοράς. Κατά της απόφασης αυτής της αναθέτουσας αρχής η εταιρία «*****» κατέθεσε την από 02.04.2020 προδικαστική προσφυγή της ενώπιον της ΑΕΠΠ, η οποία και έγινε εν μέρει δεκτή με την 617/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ.

Κατά της απόφασης αυτής της ΑΕΠΠ η εταιρία «*****», η οποία στο στάδιο της προδικαστικής προσφυγής υπέβαλε παρέμβαση, άσκησε την υπ' αριθμ. κατάθ. 84/2020 αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, ζητώντας την αναστολή της προειρημένης απόφασης της ΑΕΠΠ, κατά το μέρος που ήταν δυσμενής γι' αυτήν. Εν τέλει, με την υπ' αρ. Ν99/2020 απόφασή Του, το Δικαστήριο απέρριψε την αίτηση αναστολής και επικύρωσε την απόφαση 617/2020 της ΑΕΠΠ. Μετά την έκδοση της με αρ. Ν99/22-7-2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, με την οποία απορρίφθηκε η αίτηση αναστολής της εταιρίας «*****» κατά της με αρ. 617/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε επαναξιολόγηση αμφοτέρων των κατατεθεισών τεχνικών προσφορών των συμμετεχουσών εταιριών. Ειδικότερα, η Επιτροπή Διαγωνισμού όσον αφορά την τεχνική προδιαγραφή «*Παραγόμενη δέσμη σε μήκος κύματος ***** για όγκους παρεγχυματικών οργάνων και βέλτιστη αιμόσταση σε μικρότερη δειξή*» έκρινε τα εξής «*ΠΡΟΣΦΟΡΑ *****: Ποινή αποκλεισμού. ΣΧΟΛΙΟ: Η απόκλιση της προσφοράς **** από τις προδιαγραφές επισύρει ποινή αποκλεισμού αφού δεν συμβαδίζει με τις προδιαγραφές του διαγωνισμού.*» και εισηγήθηκε με το υπ' αρ. πρωτ. **** της ότι «*Οι προσφορές και των δύο εταιριών **** δεν γίνονται αποδεκτές, γιατί δεν πληρούν επιμέρους προδιαγραφές που επισύρουν ποινή αποκλεισμού.*». Στη συνέχεια, το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής εξέδωσε την κατά την 28η Συνεδρίαση της 24.08.2020 προσβαλλόμενη απόφαση (ΘΕΜΑ έκτακτο 3^ο), με την οποία αποφάσισε «*Α) Την ανάκληση της απόφασης **** σε συμμόρφωση με την Απόφαση 99/2020 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης αναφορικά με την αίτηση αναστολής της εταιρείας **** κατά της Απόφασης 617/2020 του 5ου κλιμακίου (ΑΕΠΠ 393/1-6-2020). Β) Την έγκριση του με αρ. πρωτ. **** νέου πρακτικού τεχνικής αξιολόγησης της επιτροπής του διαγωνισμού. Γ) Την άμεση ενημέρωση των συμμετεχουσών εταιριών. Δ) Την άμεση ενημέρωση της ΑΕΠΠ. Ε) Την επανάληψη του διαγωνισμού. ΣΤ) Την άμεση επικύρωση της απόφασης.*».

4. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, ποσού εξακοσίων δέκα ευρώ (€

610,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

5. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 21.09.2020 και η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε την 01.10.2020.

7. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, καθώς έχει υποβάλει προσφορά στον υπόψη διαγωνισμό, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την απόρριψη της προσφοράς της και τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 5ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση απέρριψε την τεχνική προσφορά της και χωρίς νόμιμη αιτιολογία αποφάσισε τη ματαίωση του υπόψη διαγωνισμού, καίτοι δεν συντρέχουν οι εκ του νόμου τασσόμενες προϋποθέσεις. Ειδικότερα, κατά την προσφεύγουσα, η Επιτροπή Αξιολόγησης προβαίνει όλως αντιφατικά και καθ' υπέρβαση ορίων σε ανάκληση της κρίσης της επί του όρου τον οποίο κρίνει την πρώτη φορά ως επουσιώδη απόκλιση και μη σημαντικό παράγοντα αποκλεισμού και βαθμολογεί την προσφορά της και η ίδια επιτροπή με την ίδια

σύνθεση μετά την απόρριψη της έτερης συμμετέχουσας, η οποία υπερβαθμολογήθηκε αρχικά και στον οικείο όρο, όλως αντιφατικά και καθ' υπέρβαση εξουσίας ανακαλεί την κρίση της και θεωρεί την επουσιώδη αυτή απόκλιση ως λόγο αποκλεισμού. Κατά την προσφεύγουσα, η ανάκληση γίνεται παντελώς παράνομα καθ' υπέρβαση ορίων εξουσίας και η αιτιολογία της ανάκλησης δεν συνίσταται σε λήψη υπόψιν ευρήματος που δεν είχε αξιολογηθεί κατά πλημμελή έλεγχο προσφοράς. Αντίθετα και σε αυτό συνίσταται η καταχρηστική συμπεριφορά της αναθέτουσας και η υπέρβαση εξουσίας προβαίνει η ίδια επιτροπή σε αλλαγή ίδιας κρίσης για θέμα που εξέτασε και μεταλλάσσει την αιτιολογία από μη σημαντικό παράγοντα αποκλεισμού σε λόγο απόρριψης επί σημείου, όμως, που έχει κριθεί αρχικά και δη στο οποίο δεν υφίσταται καν απόκλιση. Η νέα πράξη απόρριψης της προσφεύγουσας αποτελεί, κατ' αυτήν, αντιφατική δράση της διοίκησης και παράνομη ανάκληση επί σκοπό αποφυγής κατακύρωσης της σύμβασης στην προσφεύγουσα. Η απόφαση, λοιπόν, είναι ακυρωτέα προεχόντως ως αντιφατική και καταχρηστική, καθ' υπέρβαση εξουσίας ανάκλησης, σε κάθε περίπτωση λόγω της παράνομης αιτιολογίας επί ιδίων στοιχείων που αξιολογήθηκαν αρχικά ως μη απορριπτικά. Περαιτέρω, η αιτιολογία απόρριψης είναι παράνομη, και εσφαλμένη σε πλήρως εσφαλμένη ερμηνεία όρου της διακήρυξης. Η Επιτροπή Αξιολόγησης και στους δύο σχολιασμούς της φαίνεται να ερμηνεύει εσφαλμένως την απαίτηση της προδιαγραφής. Επί της παραπάνω αιτίασης, σύμφωνα και με το τεκμηριωτικό υλικό στο οποίο παρέπεμψε η προσφεύγουσα στο φύλλο συμμόρφωσης, προκύπτει ότι ουδεμία απόκλιση υφίσταται. Η απόκλιση χρησιμοποιήθηκε για την τεχνητή υποβαθμολόγησή της αρχικά και δημιουργία μεγάλης διαφοράς βαθμολογίας στο οικείο σημείο της διακήρυξης, και τώρα τεχνητά ανάγεται σε λόγο απόρριψης. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η προσφερόμενη από την προσφεύγουσα συσκευή LASER δεν πληροί την απαίτηση της προδιαγραφής 2 της ενότητας Τεχνικές Προδιαγραφές «Παραγόμενη δέσμη σε μήκος κύματος ***** nm +/- 10 nm για όγκους παρεγχυματικών οργάνων και βέλτιστη αιμόσταση σε μικρότερη δειείσδυση», υπονοώντας στην ουσία και όχι εξηγώντας ποια είναι η απόκλιση που εντόπισε, προκειμένου να οδηγηθεί σε ένα εντελώς

αυθαίρετο και παρελκυστικό επιχείρημα, το οποίο στην ουσία του συνίσταται στο ότι το μήκος του κύματος της προσφερόμενης συσκευής είναι εκτός των αιτούμενων ορίων. Όπως, όμως, προκύπτει από την κατατεθείσα τεχνική τεκμηρίωση (*****, σελίδα 12), το μήκος κύματος της προσφερόμενης συσκευής είναι ***** nm, δηλαδή εντός του αιτούμενου εύρους *****nm +/- 10 nm (1308 - 1328 nm). Η Επιτροπή Αξιολόγησης, κατά την προσφεύγουσα, αλλοιώνει την σημείωση +/-10 nm που αναφέρεται στην ίδια σελίδα του ***** και η οποία αφορά στο εύρος φυσικής διασποράς (κατασκευαστικά όρια ανοχής). Προκύπτει δηλαδή άνευ αμφιβολίας, κατά την προσφεύγουσα, ότι ο ισχυρισμός της είναι παντελώς αβάσιμος και ουδεμία σχέση έχει με την πραγματικότητα και η απόρριψη της προσφοράς της είναι άνευ νόμιμου ερείσματος, καθώς η επιτροπή αξιολόγησης έχει ερμηνεύσει εσφαλμένως κατά το δοκούν το λεκτικό της προδιαγραφής, μολονότι τεκμηριώνει ο κατασκευαστής στο σχετικό προσπέκτους που υποβλήθηκε στην προσφορά της ότι το μήκος κύματος της προσφερόμενης συσκευής είναι ***** nm. Εξάλλου είναι γνωστό ότι τόσο μικρές διαφορές στο μήκος κύματος δεν επιφέρουν καμία απολύτως διαφοροποίηση στην επίδραση της παραγόμενης δέσμης στον υπό στόχο ιστό. Η προσφεύγουσα επισύναψε με την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή της την από 28.09.2020 σχετική βεβαίωση του κατασκευαστικού οίκου, η οποία δεν αποτέλεσε στοιχείο της προσφοράς της, με δεδομένο ότι, κατά την προσφεύγουσα, η τεκμηρίωση στο προσπέκτους αρκούσε για απόδειξη πλήρωσης της προδιαγραφής. Κατά την προσφεύγουσα, η σχετική βεβαίωση επιβεβαιώνει αυτό που πραγματικά αποτυπώνεται στο προσπέκτους και στο οποίο παρέπεμψε ότι δηλαδή το μήκος κύματος της προσφερόμενης συσκευής είναι ***** nm και ότι η αναφορά +/-10 nm που αναγράφεται στο προσπέκτους αναφέρεται στο εύρος φυσικής διασποράς. Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη το άρθρο 102 Ν. 4412/2016 και κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, προβάλλει ότι ουδέποτε κατά τις δύο πλέον γενόμενες αξιολογήσεις κλήθηκε προς παροχή διευκρινήσεως και δη ευλόγως, αφού ουδέποτε τέθηκε ζήτημα για την ίδια την Επιτροπή περί μη πλήρωσης της εν λόγω προδιαγραφής. Αποδεικνύεται συνεπώς άνευ ετέρου, κατά την προσφεύγουσα, ότι η αιτιολογία

απόρριψης της προσφοράς της είναι προσχηματική και εσφαλμένη, στηρίζεται δε σε προφανή παρεξήγηση και ως εκ τούτου η απόφαση που ενέκρινε το πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης για το εν λόγω είδος τυγχάνει ακυρωτέα. Λαμβάνοντας υπόψη τα προαναφερόμενα, γίνεται αντιληπτό ότι η προβληθείσα αιτιολόγηση της Επιτροπής τεχνικής αξιολόγησης περί του λόγου απόρριψης της προσφοράς της είναι, κατά την προσφεύγουσα, καθόλα εσφαλμένη, αντίθετη στις διατάξεις της διακήρυξης και το νομοθετικό πλαίσιο που διάγει τη διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και αντίθετη στις αρχές της ίσης κι αντικειμενικής μεταχείρισης και προφανώς αβάσιμη μη ερειδόμενη στο περιεχόμενο του τεχνικού της φακέλου. Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι έχει απαντήσει ευκρινώς στο φύλλο συμμόρφωσης και τεκμηριώνει την πλήρωση της ζητούμενης προδιαγραφής για την οποία η Επιτροπή Αξιολόγησης προβάλλει αντίθετη αιτίαση ορμώμενη από μία κατά το δοκούν αστήρικτη ερμηνεία της προδιαγραφής. Συνεπώς απόρριψή της χωρίς διευκρίνιση είναι απαράδεκτη και αναιτιολόγητη, αβάσιμη νόμω και ουσία σε πλήρη αντίφαση της διακήρυξης που δεν μπορεί να χρεωθεί στον υποψήφιο συμμετέχοντα. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα, επικαλούμενη την αρχή ίσης μεταχειρίσεως, υποστηρίζει ότι η απόρριψη της προσφοράς της πρέπει να ακυρωθεί λόγω καταχρηστικής άσκησης της εξουσίας της αναθέτουσας αρχής κατά την αξιολόγηση. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ματαίωση της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης και την κρατούσα νομολογία λόγω έλλειψης νόμιμης, εμπειριστατωμένης και επαρκούς αιτιολογίας, και προβάλλει αναρμοδιότητα του οργάνου που εξέδωσε την απόφαση. Στην εξεταζόμενη περίπτωση η Επιτροπή Αξιολόγησης προχώρησε στην αξιολόγηση και βαθμολόγηση και των δύο προσφορών εκ νέου και διέλαβε ότι οι προσφορές και των δύο εταιρειών (Παπαποστόλου και *****) δεν γίνονται αποδεκτές, γιατί δεν πληρούν επιμέρους προδιαγραφές που επισύρουν ποινή αποκλεισμού. Ακολουθώντας το ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ πρακτικών της υπ' αριθμ. ***** Συνεδρίασης ***** - ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΑ ΘΕΜΑΤΑ: ΘΕΜΑ έκτακτο 3ο: Ανάκληση της απόφασης Δ.Σ. 7ης/11-3-2020 (θ. 3ο) σε συμμόρφωση της με αρ. 99/2020 Απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης με ταυτόχρονη έγκριση νέου

πρακτικού αξιολόγησης τεχνικών προδιαγραφών και δικαιολογητικών συμμετοχής ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων με κριτήριο κατακύρωσης την βέλτιστη σχέση ποιότητας τιμής προμήθειας Χειρουργικού LASER, (αρ. διακ. ****), ενέκρινε το με αρ. πρωτ. **** πρακτικό αξιολόγησης της επιτροπής σύμφωνα με το οποίο με βάση την υπ' αριθ. πρωτ **** ΑΔΑ: ****, αφού επαναξιολογεί τις προσφορές των δυο εταιριών λαμβάνοντας υπόψη α) την προδικαστική προσφυγή της εταιρείας Παπαποστόλου, β) την αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης που κατέθεσε η εταιρία ****, καθώς και την απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών σε συνδυασμό με την υπ' αριθμ. 99/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, η Επιτροπή στην ουσία επαναξιολογεί την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας και απορρίπτει αυτήν ως έχουσα απόκλιση από προδιαγραφή, αποφασίζει δε ως εξής: «ΑΠΟΦΑΣΙΖΕΙ ΟΜΟΦΩΝΑ Α) Την ανάκληση της απόφασης **** (θ. 3β) σε συμμόρφωση με την Απόφαση 99/2020 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης αναφορικά με την αίτηση αναστολής της εταιρείας **** κατά της Απόφασης 617/2020 του 5^ο κλιμακίου (ΑΕΠΠ 393/1-6-2020). Β) Την έγκριση του με αρ. πρωτ. **** νέου πρακτικού τεχνικής αξιολόγησης της επιτροπής του διαγωνισμού. Γ) Την άμεση ενημέρωση των συμμετεχουσών εταιρειών. Δ) Την άμεση ενημέρωση της ΑΕΠΠ. Ε) Την επανάληψη του διαγωνισμού ΣΤ) Την άμεση επικύρωση της απόφασης.». Όμως, η Επιτροπή Αξιολόγησης είναι το μοναδικό συλλογικό όργανο που νομιμοποιείται στην εισήγηση ενδεχόμενης ματαίωσης και επαναπροκήρυξης και μόνο για τους περιοριστικά αναφερόμενους στη διακήρυξη νόμιμους λόγους. Η αιτιολογία που προβάλλει η προσβαλλόμενη απόφαση για τη ματαίωση του διαγωνισμού και την επανάληψη του είναι ότι οι προσφορές και των δύο εταιριών (****) δεν γίνονται αποδεκτές γιατί δεν πληρούν επιμέρους προδιαγραφές που επισύρουν ποινή αποκλεισμού. Μετά την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ που ακυρώνει την απόφαση της Αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 παρ.3. Ν. 4412/2016 «Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ». Αυτό σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή, με δεδομένο ότι η ΑΕΠΠ εμποδίζεται ως εκ της

περιορισμένης αρμοδιότητάς της να προβεί στις αναγκαίες ενέργειες, υποχρεώνεται να προβεί σε θετικές ενέργειες π.χ. να αποκλείσει από τη διαδικασία ορισμένο συμμετέχοντα εάν η απόφαση της ΑΕΠΠ διαπιστώσει πλημμέλεια στη συμμετοχή του ή στα δικαιολογητικά της τεχνικής προσφοράς του ή υποχρεώνεται να προβεί σε νέα επαναξιολόγηση τεχνικών ή οικονομικών προσφορών εάν η ΑΕΠΠ διαπιστώσει ελλιπή ή πλημμελή αιτιολόγηση σε κάποιο από αυτά τα στάδια. Αυτό ορθώς πράττει η αναθέτουσα αρχή με την ανάκληση της απόφασης **** σε συμμόρφωση με την απόφαση 99/2020 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης αναφορικά με την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας ****, την οποία πλέον απορρίπτει σύμφωνα με την απόφαση της ΑΕΠΠ. Αναφορικά ωστόσο με την αναγκαιότητα επαναξιολόγησης της ήδη αξιολογηθείσας τεχνικής προσφοράς της νυν προσφεύγουσας, η οποία είχε βαθμολογηθεί με 100 βαθμούς ως πληρούσα το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών ελλείπει οποιαδήποτε αιτιολογία και δη νόμιμη. Χαρακτηριστική είναι η διατύπωση στο με αρ. πρωτ. **** πρακτικό αξιολόγησης της επιτροπής σύμφωνα με το οποίο: «20. το με αρ. πρωτ. **** πρακτικό αξιολόγησης της επιτροπής σύμφωνα με το οποίο: 'Θέμα: Βαθμολόγηση προσφορών για την προμήθεια χειρουργικού laser για τις ανάγκες του *****' Οι παρακάτω υπογράφωντες που αποτελούμε την επιτροπή αξιολόγησης προσφορών για την προμήθεια χειρουργικού laser για τις ανάγκες του Θωρακοχειρουργικού τμήματος, με βάση την υπ' αριθ. πρωτ. **** αφού επαναξιολογήσαμε τις προσφορές των δυο εταιριών λαμβάνοντας υπόψη α) την προδικαστική προσφυγή της εταιρείας *****. β) την αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης που κατέθεσε η εταιρία **** καθώς και την απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών σε συνδυασμό με την υπ' αριθμ. 99/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης καταθέτουμε τις αξιολογήσεις μας». Τουτέστιν η Επιτροπή Αξιολόγησης ρητώς αναφέρει ότι η επαναξιολόγηση των προσφορών των δύο εταιριών λαμβάνει υπόψη α) την προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, β) την αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης της εταιρείας ****, καθώς και την απόφαση της ΑΕΠΠ με αριθμό 99/2020. Ωστόσο, άπαντα τα

παραπάνω που λαμβάνει υπόψη της προκειμένου να προβεί σε επαναξιολόγηση, άπαντες δηλαδή οι λόγοι που οδηγούν την Επιτροπή να επαναξιολογήσει, αφορούν αποκλειστικά και μόνο κατά δική της παραδοχή: (α) τον λόγο που η προσφεύγουσα πρόβαλε με την προσφυγή της κατά της αποδοχής της προσφοράς της ****, (β) την απόφαση με αριθμό 617/2020 του 5ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την οποία έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή της, απορρίφθηκε η παρέμβαση της **** και ακυρώθηκε το μέρος της Απόφασης ***** στην οποία έγινε δεκτή η προσφορά της **** και (γ) την με αριθμό 99/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, που απέρριψε την αίτηση αναστολής της **** κατά της απόφασης με αριθμό 617/2020 του 5ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ κι έκρινε ότι λόγω προσκόμισης βεβαίωσης που μόνη δεν πληροί τον επίμαχο όρο της διακήρυξης, ο οποίος έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, φαίνεται να συντρέχει ο προβληθείς με την προδικαστική προσφυγή της εταιρείας ***** σχετικός λόγος απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της αιτούσας ****. Υπάρχει συνεπώς σαφής παραδοχή από την Επιτροπή Αξιολόγησης ότι ο αιτιολογικός λόγος για τον οποίο προβαίνει σε επαναξιολόγηση έγκειται στην υποχρέωση απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας **** σε συμμόρφωση με την με αριθμό 99/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης και όχι βεβαίως η ύπαρξη εσφαλμένης αρχικής αξιολόγησης της δικής της τεχνικής προσφοράς, ελλείπει δε οποιαδήποτε αναφορά/αιτιολόγηση ότι η Επιτροπή επανέρχεται σε ήδη συντελεσθείσα κρίση της και τη μεταβάλλει επειδή διορθώνει σφάλματα που έχουν τυχόν εμφιλοχωρήσει καθ' οιονδήποτε τρόπο, ή ότι έλαβε υπόψη της νέα σχετικά με το αξιολογούμενο κριτήριο στοιχεία που παρέλειψε να λάβει υπόψη στην προηγούμενη αξιολόγησή της ή ότι είχε κρίνει κατ' εσφαλμένο τρόπο επί στοιχείων που είχε λάβει ήδη υπόψη της ή ότι διόρθωσε τον τρόπο με τον οποίο στάθμισε τις επιμέρους παραμέτρους του οικείου κριτηρίου. Κατά την προσφεύγουσα, τίποτα από τα παραπάνω δεν έχει εμφιλοχωρήσει στην αξιολόγηση της και ουσιαστικά ελλείπει οποιαδήποτε αναφορά που να αιτιολογεί απόκλιση της από την πρότερη αξιολόγηση της. Στην επίδικη περίπτωση δεν συνέτρεξε καμία των παραπάνω προϋποθέσεων ούτε

περιορίσθηκε ή περιορίσθηκε κατ' ελάχιστον ο ανταγωνισμός. Στο συγκεκριμένο διαγωνισμό συμμετείχε τόσο η προσφεύγουσα εταιρεία όσο επίσης και **** και μάλιστα με το απόσπασμα πρακτικών της υπ' αριθμ. **** - ΘΕΜΑ 3ο: Έγκριση πρακτικού αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, καθώς και ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής του εν λόγω διαγωνισμού εγκρίθηκε η τεχνική αξιολόγηση του διαγωνισμού ως διενεργήθηκε με το υπ' αρ. πρωτ. ****, καθώς και ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής των δύο συμμετεχουσών εταιρειών στον εν θέματι διαγωνισμό, έγιναν αποδεκτές και οι δύο συμμετέχουσες, αξιολογήθηκαν και βαθμολογήθηκε η προσφορά τους, ενώ ακολούθως της απόφασης 99/2020 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης που απέρριψε την αίτηση αναστολής της έτερης συμμετέχουσας, ανακλήθηκε πλέον με νεότερη απόφαση ΔΣ, τη νυν στο παρόν δικόγραφο προσβαλλόμενη ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ πρακτικών της υπ' αριθμ. **** - ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΑ ΘΕΜΑΤΑ: ΘΕΜΑ έκτακτο 3° η προγενέστερη απόφαση ΔΣ, ωστόσο η Επιτροπή Αξιολόγησης προχώρησε σε εκ νέου αξιολόγηση όχι μόνο της προσφοράς της έτερης συμμετέχουσας ****, την οποία όφειλε να αποκλείσει και όντως απέκλεισε σε συμμόρφωση με την απόφαση 99/2020 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, αλλά αίφνης και της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας, η οποία ήδη είχε αξιολογηθεί ως πληρούσα τις τεχνικές προδιαγραφές, είχε βαθμολογηθεί στα σχετικά κριτήρια και ουδέποτε θίχτηκε η αξιολόγηση από την έτερη συμμετέχουσα. Η απόφαση περί ανακλήσεως προκηρύξεως διαγωνισμού για τη σύναψη δημόσιας συμβάσεως, καταλέγεται στις αποφάσεις έναντι των οποίων τα κράτη μέλη οφείλουν, δυνάμει της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, ως ισχύει, να θεσπίσουν διαδικασίες προσφυγής ακυρώσεως, για τους σκοπούς της διασφάλισης της τηρήσεως των κανόνων του ενωσιακού δικαίου σε θέματα δημοσίων συμβάσεων, καθώς και των εθνικών κανόνων περί μεταφοράς του ως άνω δικαίου, όπως και έπραξε ο εθνικός νομοθέτης ενσωματώνοντας την εν λόγω οδηγία, με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, και εν προκειμένω εφαρμοστέου [βλ σχετικά Απόφαση C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- Gesellschaft mbH [HI] (ECLI:EU:C:2002:379, σκ. 48-54, και μεταξύ άλλων αποφάσεις ΑΕΠΠ με αρ. αρ. 933_934/2018 του

7ου Κλιμακίου). Ειδικότερα, η αιτιολογία για να είναι νόμιμη θα πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του ΚΔΔιαδ, να είναι, σαφής, πλήρης, ήτοι να περιέχει όλα τα ουσιώδη συγκεκριμένα περιστατικά κατά τρόπο που δεν αφήνει κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του διοικητικού οργάνου, ειδική, δηλαδή, να μην είναι γενική και αόριστη και να είναι σχετική με όλα τα στοιχεία της προσβαλλόμενης πράξης, με την έννοια ότι όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου (βλ. ΣτΕ 895/2005, 2701/2004, 3931,3586/2002). Μόνο σε αντίθετη περίπτωση, η ως άνω απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Ειδικότερα, στοιχεία της αιτιολογίας είναι το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, ν. 2690/1999, η αιτιολογία απαιτείται να περιέχεται στο σώμα της πράξης μόνο όταν τούτο προβλέπεται ρητά στον νόμο (ΣτΕ 1390/2014). Στην αντίθετη περίπτωση, που είναι και η συνηθέστερη, η αιτιολογία αρκεί να περιέχεται στον φάκελο που συνοδεύει την πράξη (ΣτΕ 208/2012, 4027/2004). Πάντως, και στις περιπτώσεις πράξεων αιτιολογητέων στο σώμα τους, γίνεται δεκτό ότι η αιτιολογία μπορεί να συμπληρώνεται από τα στοιχεία του φακέλου (ΣτΕ 1286/2009, 3875/2008, 2705/2006, 2126/2000), όχι όμως να αναπληρώνεται εξ ολοκλήρου από αυτά [(ΣτΕ 1776/1956, 107/1945) και <https://www.prevedourou.gr> «Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων»]. Σύμφωνα με το άρθρο 91 του Ν.4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 106 του ίδιου νόμου και τη με αριθμό 46/2011 Γνωμοδότηση του ΝΣΚ, η οποία διαλαμβάνει αναφορικά με τη δυνατότητα ή μη ματαίωσης πρόχειρου διαγωνισμού προμήθειας και επανάληψή του με τροποποίηση του αντικειμένου

και των όρων του, ότι η αδυναμία πραγματοποίησης της προμήθειας, λόγω έλλειψης, πλέον, των απαιτούμενων για την πραγματοποίησή της πιστώσεων, συνιστά νόμιμο λόγο για την οριστική ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, η δε αναθέτουσα αρχή έχει τη διακριτική ευχέρεια να προβαίνει στη ματαίωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του, εφόσον, όμως, συντρέχει νόμιμος λόγος, η δε απόφαση περί ματαίωσης του διαγωνισμού πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η (ματαίωση και) επανάληψή του, ως και τη με αριθμό 158/2011 απόφαση ΣΤΕ, η οποία διαλαμβάνει στο εδάφιο 6 ότι: '6. Επειδή, το π.δ. 118/2007 «Κανονισμός Προμηθειών Δημοσίου» (ΑΕΛ50), το οποίο διέπει, κατά ρητή πρόβλεψη της διακηρύξεως (αρ. 5 του προοιμίου), τον ματαιωθέντα διαγωνισμό, στο άρθρο 21 ορίζει τα εξής: «Το αρμόδιο για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού όργανο, με αιτιολογημένη γνωμοδότησή του, μπορεί να προτείνει: α) Κατακύρωση της προμήθειας [...] β)... γ) ... δ) Ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού και επανάληψη του με τροποποίηση ή μη των όρων και των τεχνικών προδιαγραφών ε) Ματαίωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού και προσφυγή στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης, όταν συντρέχει λόγος επείγοντος....στ)...η)...», η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια να προβαίνει στη ματαίωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού για την ανάθεση υπηρεσιών και την επαναπροκήρυξή του, εφόσον όμως συντρέχει νόμιμος λόγος, η δε απόφαση περί ματαίωσης του διαγωνισμού πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού (πρβλ. ΣΤΕ 543/2010, 1803/2008, Ε.Α. 226/2009). Τέλος, η με αριθμό 703/2009 απόφαση ΣΤΕ ορίζει στο εδάφιο 9 τα ακόλουθα: '9. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων του π.δ. 118/2007, οι οποίες είναι στο σύνολό τους εφαρμοστέες εν προκειμένω δεδομένου ότι στη διακήρυξη δεν περιέχεται όρος που να ρυθμίζει διαφορετικά την ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής να ματαιώσει τον διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή έχει μεν ευχέρεια να προβαίνει στη ματαίωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του, εφ' όσον, όμως, συντρέχει νόμιμος λόγος, η δε απόφαση

περί ματαιώσεως του διαγωνισμού πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η επανάληψη του διαγωνισμού. Νόμιμο λόγο ματαιώσεως συνιστά, μεταξύ άλλων, η ανυπαρξία έστω και μιας παραδεκτής προσφοράς. Αντιθέτως, δεν αποτελεί νόμιμο αιτιολογικό έρεισμα της απόφασεως περί ματαιώσεως, το γεγονός ότι από τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, αποκλείσθηκαν όλοι, πλην ενός, με αποτέλεσμα να μην έχει εξασφαλισθεί επαρκής ανταγωνισμός κατά την αξιολόγηση της προσφοράς από οικονομική άποψη, αλλά απαιτείται στην περίπτωση αυτή να αιτιολογηθεί το ασύμφορο της μιας και μοναδικής αυτής προσφοράς (βλ ΣΤΕ 1803/2008, ΕΑ. 378/2009).’ Από το σύνολο των προαναφερόμενων προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έσφαλε κατά τη λήψη απόφασης να ματαιώσει τον επίδικο διαγωνισμό, καθόσον η διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας βάσει του διέποντος κανονιστικού πλαισίου και της ίδιας της διακήρυξης εξαντλείτο στη δυνατότητα ματαιώσεως αποκλειστικά για κάποιον από τους περιοριστικά αναφερόμενους νόμιμους λόγους για τους οποίους πρέπει να υπάρχει πλήρης και ειδική αιτιολογία αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου. Κατά την προσφεύγουσα, εν προκειμένω η αναθέτουσα επικαλέστηκε την απόρριψη των τεχνικών προσφορών και των δύο συμμετεχουσών εταιρειών μολονότι: (α) η προσφορά της προσφεύγουσας είχε γίνει αποδεκτή με το υπ’ αρ. πρωτ. **** πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών και ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής των δύο συμμετεχουσών εταιρειών, βαθμολογήθηκε σχετικώς και δη στη συγκεκριμένη προδιαγραφή για την οποία σε νεότερη αξιολόγηση με το με αρ. πρωτ. **** πρακτικό αξιολόγησης της επιτροπής νυν τίθεται εκτός, κατά την προγενέστερη αξιολόγηση υπήρχε ειδική αιτιολογία ότι η απόκλιση της προσφοράς **** από τις προδιαγραφές μπορεί να θεωρηθεί στα όρια του μη σημαντικού παράγοντα αποκλεισμού. Η Επιτροπή Αξιολόγησης προβαίνει όλως αντιφατικά και καθ’ υπέρβαση ορίων σε ανάκληση της κρίσης της επί του όρου τον οποίο κρίνει τη πρώτη φορά ως επουσιώδη απόκλιση και μη σημαντικό παράγοντα αποκλεισμού και βαθμολογεί την προσφορά της και η ίδια επιτροπή με την ίδια σύνθεση μετά την απόρριψη της έτερης συμμετέχουσας η οποία

υπερβαθμολογήθηκε αρχικά και στον οικείο όρο όλως αντιφατικά και καθ' υπέρβαση εξουσίας ανακαλεί την κρίση της και θεωρεί την επουσιώδη αυτή απόκλιση ως λόγο αποκλεισμού. Κατά της προσβαλλομένης Απόσπασμα πρακτικών της υπ' αριθμ. ***** - ΘΕΜΑ 3ο: Έγκριση πρακτικού αξιολόγησης τεχνικών προσφορών καθώς και ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής του εν λόγω διαγωνισμού με την οποία εγκρίνεται η τεχνική αξιολόγηση του διαγωνισμού ως διενεργήθηκε με το υπ' αρ. πρωτ. ***** πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, καθώς και ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής των δύο συμμετεχουσών εταιρειών στον εν θέματι διαγωνισμό, η προσφεύγουσα άσκησε προδικαστική προσφυγή κατά της αποδοχής της εταιρείας ****. Όμως, δεν ασκήθηκε προσφυγή από την έτερη συμμετέχουσα **** κατά της αποδοχής της προσφοράς της ούτε στις απόψεις της αναθέτουσας ενώπιον του αρμόδιου Κλιμακίου ΑΕΠΠ που επιλήφθηκε της συζήτησης της προδικαστικής προσφυγής της προσφεύγουσας διατυπώθηκε οποιαδήποτε παρατήρηση περί μη πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών από την προσφεύγουσα. Η Επιτροπή Αξιολόγησης όλως περιέργως, κατά την παρεμβαίνουσα, επανέρχεται σε αξιολόγηση εκ νέου της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας ***** εξ αφορμής συμμόρφωσης της αναθέτουσας με την απόφαση 99/2020 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, που ανακαλεί την υπ' αριθμ. *****- ΘΕΜΑ 3° αναφορικά με την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της *****. Μόλις λοιπόν τότε το πρώτον αποφασίζει για σημείο που ήδη είχε κρίνει αναλυτικά και είχε αξιολογήσει ως αποδεκτό και μη επηρεάζον τη συμμετοχή η Επιτροπή Αξιολόγησης να επαναξιολογήσει εκ νέου το ήδη αξιολογηθέν σημείο και να απορρίψει την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας, μολονότι το αντικείμενο συμμόρφωσης με την απόφαση 99/2020 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης αφορούσε αποκλειστικά στον αποκλεισμό της τεχνικής προσφοράς της ***** και μολονότι το σημείο αυτό έτυχε αρχικώς πλήρους και ειδικής αιτιολόγησης και αξιολόγησης και κρίθηκε αποδεκτό. Η αιτιολογία για να είναι νόμιμη θα πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του ΚΔΔιαδ, να είναι, σαφής, πλήρης, ήτοι να περιέχει όλα τα ουσιώδη συγκεκριμένα περιστατικά κατά τρόπο που δεν αφήνει κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του

διοικητικού οργάνου, ειδική, δηλαδή, να μην είναι γενική και αόριστη και να είναι σχετική με όλα τα στοιχεία της προσβαλλόμενης πράξης, με την έννοια ότι όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου (βλ. ΣτΕ 895/2005, 2701/2004, 3931, 3586/2002]. Μόνο σε αντίθετη περίπτωση, η ως άνω απόφαση θα ήταν αναίτιολογητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Ειδικότερα, στοιχεία της αιτιολογίας είναι το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, ν. 2690/1999, η αιτιολογία απαιτείται να περιέχεται στο σώμα της πράξης μόνο όταν τούτο προβλέπεται ρητά στον νόμο (ΣτΕ 1390/2014). Στην αντίθετη περίπτωση, που είναι και η συνηθέστερη, η αιτιολογία αρκεί να περιέχεται στον φάκελο που συνοδεύει την πράξη (ΣτΕ 208/2012, 4027/2004). Πάντως, και στις περιπτώσεις πράξεων αιτιολογητέων στο σώμα τους, γίνεται δεκτό ότι η αιτιολογία μπορεί να συμπληρώνεται από τα στοιχεία του φακέλου (ΣτΕ 1286/2009, 3875/2008, 2705/2006, 2126/2000), όχι όμως να αναπληρώνεται εξ ολοκλήρου από αυτά [(ΣτΕ 1776/1956, 107/1945) και <https://www.prevedourou.gr> «Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων»]. Περαιτέρω στα πλαίσια ενός δημοσίου διαγωνισμού οποιαδήποτε απόφαση του αρμοδίου οργάνου για την κρίση/αξιολόγηση των προσφορών πρέπει να δικαιολογείται σαφώς και εμπεριστατωμένα, να είναι δηλαδή η οποιαδήποτε αιτιολογία αφ' εαυτής ορισμένη και εμπεριστατωμένη με συγκεκριμένα στοιχεία και αναφορές στο φάκελο και τα έγγραφα της προσφοράς της εταιρίας, ως έχουν, χωρίς παραποιήσεις και αλλοιώσεις. Συμπερασματικά, στην προσφορά της προσφεύγουσας αποδεικνύεται η πλήρωση της επίμαχης προδιαγραφής και θα έπρεπε να μην έχει επαναξιολογηθεί και κριθεί ως μη πληρούσα αυτή,

τουναντίον να έχει προκριθεί στο στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης, κατά τους ισχυρισμούς της. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, η απόρριψη της προσφοράς της και η επανάληψη του διαγωνισμού πρέπει να ακυρωθεί λόγω καταχρηστικής άσκησης της εξουσίας της αναθέτουσας αρχής κατά την αξιολόγηση, και αντίθεσης της απόφασης στην αρχή της ίσης και αντικειμενικής μεταχείρισης όλων των συμμετεχόντων σε δημόσιο διαγωνισμό, της τυπικότητας και νομιμότητας.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ.18702/15-10-2020 έγγραφό της διαβίβασε προς την ΑΕΠΠ την από 14-10-2020 Γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού επί των λόγων της εξεταζόμενης προσφυγής. Κατά τη Γνωμοδότηση αυτή «.....σε συμμόρφωση με την απόφαση 99/20 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης και τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν οριστεί από την Επιτροπή Σύνταξης Τεχνικών Προδιαγραφών κρίνουν ότι οι προσφορές των εταιρειών «*****» και «****» δε γίνονται αποδεκτές καθώς δεν πληρούν επιμέρους προδιαγραφές που επισύρουν ποινή αποκλεισμού. Η επιτροπή συμφωνεί και συμμορφώνεται με το σκεπτικό της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. για την εταιρεία «***.» και αποκλείεται από το διαγωνισμό. Η προσφορά της εταιρείας «****» δεν πληρεί την ουσιώδη προδιαγραφή για παραγόμενη δέσμη σε μήκος κύματος **** αφού προσφέρει δέσμη σε μήκος κύματος **** και δεν καλύπτει το κατώτερο ζητούμενο φάσμα χρήσης του laser, η χρήση του οποίου προορίζεται για εξειδικευμένες θωρακοχειρουργικές επεμβάσεις μεγάλης ακρίβειας και υψηλής επικινδυνότητας.».

11. Επειδή, η εταιρία «*****» με την από 19-10-2020 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 7-10-2020 κοινοποίησης της προσφυγής (η καταληκτική ημερομηνία της 17-10-2020 ήταν εξαιρετέα ημέρα, Σάββατο), παρέμβασή της υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού δεν είναι οριστικώς αποκλεισθείσα από το διαγωνισμό, δεδομένου ότι στις 19-10-2020 άσκησε τη με αρ. καταχώρησης ΑΚ317/19-10-2020 αίτηση ακύρωσης (πρβλ και απόφαση 21/2020 Επταμελούς Σύθεσης ΑΕΠΠ), επικαλείται προς απόρριψη της άνω προσφυγής τα

ακόλουθα: **Επί του πρώτου λόγου:** Κατά το μέρος που αμφισβητείται από την προσφεύγουσα η σκοπιμότητα θέσης όρου της διακήρυξης ή ο ίδιος ο όρος της διακήρυξης, οι αιτιάσεις της είναι, κατά την παρεμβαίνουσα, προφανώς απαράδεκτες, αφού ουδέποτε προσέφυγε κατά της κανονιστικής πράξης του διαγωνισμού ή υπέβαλε προσφορά με επιφύλαξη. Εξάλλου, η σκοπιμότητα της θέσπισης όρων ενός διαγωνισμού δεν μπορεί να ελεγχθεί από την ΑΕΠΠ ή τον διοικητικό δικαστή για ευνόητους λόγους. Σε κάθε περίπτωση, πρόκειται για έναν προδήλως αβάσιμο ισχυρισμό, κατά την παρεμβαίνουσα. Καταρχήν, η ανάκληση μίας παράνομης διοικητικής πράξης, ακόμη και αν χωρεί επί τη βάση της (ορθής πια) επανεκτίμησης των ίδιων πραγματικών ή νομικών δεδομένων, δεν συνιστά ούτε κακή άσκηση της διακριτικής ευχέρειας ούτε υπέρβαση εξουσίας ούτε, φυσικά, «καταχρηστική συμπεριφορά της διοίκησης», όρος που, ούτως ή άλλως, δεν απαντάται στο ελληνικό διοικητικό δίκαιο κατ' αυτόν του τρόπο. Αντίθετα, η ανάκληση των παράνομων διοικητικών πράξεων γίνεται, σύμφωνα με τους γενικούς, περί ανάκλησης, κανόνες, ελευθέριας και συμβάλλει στην αποκατάσταση της τρωθείσης νομιμότητας. Εξάλλου, οι γενικές αρχές της ανάκλησης που εφαρμόζονται και στο δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων απαγορεύουν την μετά από μακρό χρονικό διάστημα και ενόψει των ειδικών περιστάσεων της υπόθεσης την ανάκληση παράνομης ευμενούς πράξης. Τούτες οι προϋποθέσεις δεν συντρέχουν εν προκειμένω, κατά την παρεμβαίνουσα, αφού η ανάκληση της απόφασης χώρησε εντός ολίγων μηνών από την αρχική έκδοσή της, ενώ υπέρ της προσφεύγουσας δεν υφίσταται δικαιολογημένη εμπιστοσύνη που να εμποδίζει την άρση της παρανομίας. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή, όχι απλώς είχε τη δυνατότητα, αλλά και την υποχρέωση να ανακαλέσει την παράνομη πράξη της. Ως προς το ουσιαστικό σκέλος του ισχυρισμού, σημειωτέα τα εξής: Η επίμαχη διάταξη της Διακήρυξης ζητεί όπως το προσφερόμενο laser διαθέτει, επί ποινή αποκλεισμού, «*παραγόμενη δέσμη σε μήκος κύματος **** για όγκους παρεγχυματικών οργάνων και βέλτιστη αιμόσταση σε μικρότερη διείσδυση*». Πρόκειται για έναν απολύτως σαφή όρο, τον οποίο η προσφεύγουσα ουδέποτε αμφισβήτησε, ο οποίος και πρέπει να εφαρμοσθεί, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, με βάση

τη γραμματική ερμηνεία. Η Επιτροπή του Διαγωνισμού, συνερχόμενη κατόπιν της έκδοσης της απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης επί της αίτησης αναστολής, επαναξιολόγησε ένα πραγματικό δεδομένο της προσφοράς της προσφεύγουσας και το έκρινε αποκλίνον από την διακήρυξη. Όπως προκύπτει από το κείμενο της σχετικής εισήγησης του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου, το οποίο, κατά την παρεμβαίνουσα, η ανθυποψήφια προσπερνά παρότι εντάσσεται στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης «*Η προσφορά της εταιρείας «*****» δεν πληροί την ουσιώδη προδιαγραφή για παραγόμενη δέσμη σε μήκος κύματος **** αφού προσφέρει δέσμη σε μήκος κύματος ***** και δεν καλύπτει το κατώτερο ζητούμενο φάσμα χρήσης του laser, η χρήση του οποίου προορίζεται για εξειδικευμένες θωρακοχειρουργικές επεμβάσεις μεγάλης ακρίβειας και υψηλής επικινδυνότητας.*». Άρα: Η διακήρυξη απαιτεί -ρητώς επί ποινή αποκλεισμού- όπως το μήκος κύματος της δέσμης να εκτείνεται από τα *****, δηλαδή από τα 1308 έως τα 1328 nm, και το προϊόν της προσφεύγουσας, κατά την ομολογία της στο εισαγωγικό της δικόγραφο (βλ. σελ. 21 της προδικαστικής προσφυγής) διαθέτει μήκος κύματος ***** nm +/- 10 nm, δηλαδή από 1310 έως 1330 nm. Με άλλες λέξεις, είναι πασιφανές ότι δεν βρίσκεται εντός του απαιτούμενου εύρους. Μάλιστα, η Επιτροπή Διαγωνισμού «*κάνει το επιπλέον βήμα*» στην αιτιολογία της προσβαλλομένης, εξηγώντας για ποιον λόγο τούτη η απόκλιση είναι κρίσιμη. Πρόκειται για μία καλοδεχούμενη, για τον εφαρμοστή του δικαίου, διαδικαστική ενέργεια, η οποία, ούτως ή άλλως, δεν απαιτούταν μιας και η σημασία του συγκεκριμένου χαρακτηριστικού τονιζόταν από την κύρωση της παραβίασής του. Σε αυτό το πλαίσιο, κατά την παρεμβαίνουσα, δεν κατανοεί κανείς για ποιον λόγο διαμαρτύρεται η προσφεύγουσα μιας και το προϊόν της αποκλίνει ουσιωδώς (και σε κάθε περίπτωση αποκλίνει) από απαίτηση της διακήρυξης, η οποία τίθεται επί ποινή αποκλεισμού. Πρόκειται, δε, για διάταξη, η οποία ουδεμία ερμηνευτική δυσχέρεια γεννά, αφού προσδιορίζει αριθμητικά στοιχεία: Πώς αλλιώς να ερμηνευθεί το εύρος από 1308 έως 1328 nm εκτός από εύρος 1308-1328 nm; Και πώς να θεωρηθεί ότι ένα διαφορετικό εύρος, π.χ. 1310-1330 nm, υπάγεται στο απαιτούμενο, ως ισχυρίζεται ευθέως η προσφεύγουσα ; Τελικά, το ανέφικτο

ερμηνευτικό επιχείρημα της προσφεύγουσας είναι που την αναγκάζει να επιμένει αλυσιτελώς στην κακή χρήση των γενικών αρχών της ανάκλησης από την αναθέτουσα αρχή. Ωστόσο, τέτοια κακή χρήση δεν εμφιλοχώρησε εν προκειμένω. Η μόνη παρανομία της αναθέτουσας αρχής σημειώθηκε κατά την έκδοση της αρχικής απόφασης, όταν, αντί να αποκλεισθεί η προσφεύγουσα, η προσφορά της κρίθηκε παραδεκτή. Τούτη την παρανομία αποκαθιστά, ως οφείλει, με την προσβαλλόμενη πράξη του το Διοικητικό Συμβούλιο. Η όψιμη αμφισβήτηση του όρου ή της σκοπιμότητας της διακήρυξης δεν μπορεί να εξεταστεί από την ΑΕΠΠ ή από οιοδήποτε άλλο δικαιοδοτικό όργανο. Ούτε, φυσικά, και μπορεί να ληφθεί υπόψη η βεβαίωση που προσκομίζεται σε αυτό το στάδιο της διαδικασίας, η οποία αποδεικνύει, πάντως, το αβάσιμο του ισχυρισμού της προσφεύγουσας. Η κατασκευάστρια εταιρεία αναφέρει *«Πρακτικά, με αυτές ης μικρές διαφορές στο μήκος κύματος, δεν υπάρχει καμία απολύτως διαφορά στην επίδρασή του στον υπό στόχο ιστό.»*. Κατά την παρεμβαίνουσα, δύο συμπεράσματα συνάγονται από τη συγκεκριμένη βεβαίωση: (1) Υπάρχει όντως διαφορά του μήκους της δέσμης που προσφέρει η προσφεύγουσα από την απαίτηση της διακήρυξης και (2) ο προβαλλόμενος λόγος αποσκοπεί στην αμφισβήτηση του όρου της διακήρυξης. Το πρώτο συμπέρασμα οδηγεί στην απόρριψη των ισχυρισμών της προσφεύγουσας ως αβάσιμων. Το δεύτερο στην απόρριψη των ισχυρισμών της ως απαράδεκτων.

Επί του δεύτερου λόγου της προδικαστικής προσφυγής: Κατά την παρεμβαίνουσα, με δεδομένο ότι η προσφορά της προσφεύγουσας αποκλίνει σαφώς από όρο της διακήρυξης, ο οποίος έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, ουδεμία διαδικασία διευκρινίσεων μπορούσε να ενεργοποιηθεί ενόψει του γεγονότος ότι η επίμαχη πρόβλεψη δεν γεννά κάποια ερμηνευτική δυσχέρεια. Η εν λόγω διαδικασία επιφυλάσσεται αποκλειστικά για εκείνες τις περιπτώσεις, στις οποίες η προσφορά πάσχει από κάποια ασάφεια ή κάποιο παρόραμα. Στην προκειμένη περίπτωση τυχόν παροχή διευκρινίσεων από την ανθυποψήφια εταιρεία θα οδηγούσε στην εκ των υστέρων μεταβολή της ίδιας της διακήρυξης διά της αποδοχής της, σε ανεπίκαιρο χρόνο, αμφισβήτησης του περιεχομένου της. Ως εκ τούτου, κατά την παρεμβαίνουσα, αβάσιμος και αυτός

ο λόγος της προδικαστικής προσφυγής. **Επί του τρίτου λόγου:** Κατά την παρεμβαίνουσα, στο βαθμό που η προσφεύγουσα δεν εξηγεί σε τι συνίσταται η παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, ο ισχυρισμός της είναι απορριπτέος ως αόριστος. Τούτο διότι λόγος ακύρωσης που διαθέτει μείζονα πρόταση, αλλά δεν διαθέτει ελάσσονα δεν είναι δεκτικός δικανικής εκτίμησης (βλ. ενδεικτικά, ΣΤΕ 3736, 2910/2011, 148/2002, ΔΕφΑθ 2062/2013, ΔΕφΠειρ(ΜεταβΡοδ) 9/2013 και αναλυτικότερα, Β. Τσιγαρίδα, Η αρχή *iura novit curia* στη διοικητική δίκη, Διδακτορική Διατριβή, 2020, σ. 267 επ.). Σε κάθε περίπτωση, πρόκειται για έναν αβάσιμο ισχυρισμό, αφού η αρχή της ίσης μεταχείρισης εξ ορισμού δεν καλείται σε εφαρμογή στην προκειμένη περίπτωση. Τούτο διότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν αξιολογήθηκε με διαφορετικό τρόπο επί τη βάση του ίδιου όρου παρότι έφερε την ίδια πλημμέλεια. Κατά την παρεμβαίνουσα, απορριπτέος τυγχάνει και αυτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας. **Επί του τέταρτου λόγου:** Η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τον όρο 3.5 της διακήρυξης και το άρθρο 106 ν. 4412/2016, υποστηρίζει ότι προκύπτουν τα ακόλουθα ερμηνευτικά συμπεράσματα: (α) Εφόσον δεν παραβιάζονται άλλες γενικές αρχές του δικαίου δημοσίων συμβάσεων (π.χ. αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών), η αναθέτουσα αρχή δύναται να επανέρχεται σε κρίσεις της και να τις επαναξιολογεί. (β) Φυσικά, εφόσον προγενέστερες κρίσεις της είναι παράνομες, η αρχή της νομιμότητας επιτάσσει την ανάκλησή τους και, άρα, την επάνοδο της αναθέτουσας αρχής. (γ) Όταν απορρίπτονται όλες οι προσφορές που υποβλήθηκαν σε έναν διαγωνισμό, τούτος κηρύσσεται άγονος και η διαδικασία σύναψης της σύμβασης ματαιώνεται. Τούτο το πόρισμα απαντάει στο πολύ απλό ερώτημα: Πώς θα διεξαχθεί διαγωνισμός όταν δεν υφίσταται προσφορά; (δ) Η ματαίωση ενός άγονου διαγωνισμού δεν εναπόκειται στην ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, αλλά αποτελεί δέσμια αρμοδιότητα αυτής. Εξού και η παρ. 1 του άρθρου 106 χρησιμοποιεί την οριστική έγκλιση ενώ η παρ. 2 αξιοποιεί την φράση «ματαίωση (...) μπορεί να λάβει χώρα». Η διάστιξη μεταξύ των δύο διατάξεων δεν είναι τυχαία. Στην προκειμένη περίπτωση, η αρμόδια Επιτροπή, αφότου έλαβε υπόψη της τη διαδικαστική εξέλιξη ενώπιον της ΑΕΠΠ και του

Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης (1) απέρριψε την προσφορά της παρεμβαίνουσας (συμμορφούμενη με την τελευταία απόφαση και ασχέτως της ουσιαστικής νομιμότητας της τελευταίας) και (2) απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, επανερχόμενη στην αρχική κρίση της, όπως, φυσικά, και ηδύνατο ή ακριβέστερα υποχρεούταν. Ως εκ τούτου, άσκησε τη σχετική αρμοδιότητά της για τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας απολύτως σύννομα, σε συμφωνία με τις γενικές αρχές της ανάκλησης και του δικαίου δημοσίων συμβάσεων, εξέδωσε μία καθόλα αιτιολογημένη κρίση και, εν συνεχεία, εξίσου αιτιολογημένη απόφαση εξέδωσε το αποφασίζον όργανο. Εξάλλου, η απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης έκρινε, παράγοντας προσωρινό δεδικασμένο, μόνον επί της νομιμότητας της προσφοράς της παρεμβαίνουσας και όχι επί της νομιμότητας της προσφοράς της προσφεύγουσας, με συνέπεια να μην τίθεται ζήτημα παραβίασης (προσωρινού) δεδικασμένου ή, έστω, αποκλεισμού των αρμόδιων διοικητικών οργάνων από την ανάκληση μίας (ούτως ή άλλως) παράνομης διοικητικής πράξης. Άρα, κατά την παρεμβαίνουσα, για την αξιολόγηση της νομιμότητας της ματαίωσης δεν χρειάζεται, καταρχήν, να προστρέξει κανείς στη νομολογία που αφορά στην εφαρμογή της παρ. 2 του άρθρου 106 ν. 4412/2016, αλλά μόνον στο γράμμα της Διακήρυξης και της παρ. 1 του άρθρου 106 ν. 4412/2016 που είναι η εδώ εφαρμοστέα ρύθμιση. Ακόμη, όμως, και υπό το φως της πρώτης εκδοχής, το εδάφιο α' της παρ. 2 του άρθρου 106 ορίζει ότι η διαδικασία ανάθεσης μπορεί να ματαιωθεί εφόσον έχει διεξαχθεί παρατύπως. Πράγμα που, φυσικά, έγινε στην υπό κρίση υπόθεση ενόψει της εσφαλμένης αξιολόγησης της προσφοράς της ανθυποψήφιας εταιρείας ως νόμιμης. Εξάλλου, είναι γνωστό ότι η αναθέτουσα αρχή διαθέτει ευρύτατη διακριτική ευχέρεια για την ματαίωση και επαναπροκήρυξη διαγωνισμού, η οποία είναι, κατά βάση, ανέλεγκτη από οιοδήποτε δικαιοδοτικό όργανο αφού συνίσταται σε κρίση σκοπιμότητας ή στην αξιολόγηση τεχνικών παραμέτρων. Στην προκειμένη περίπτωση, μάλιστα, μπορεί να παρατηρηθεί ότι η αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, που αναφέρεται στους λόγους δημόσιας υγείας ως αιτιολογία της ματαίωσης του διαγωνισμού, καλεί σε εφαρμογή το άρθρο 106 παρ. 2 εδ. στ' ν. 4412/2016,

αποτελώντας πρόσθετο έρεισμα για την ματαίωση. Απορριπτέος, κατά την παρεμβαίνουσα, τυγχάνει και αυτός ο λόγος της προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

13. Επειδή, επί του λόγου προσφυγής, που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Καταρχάς, η διακήρυξη στον όρο 1.3 έχει διαλάβει επί ποινή αποκλεισμού την εξής τεχνική προδιαγραφή «Παραγόμενη δέσμη σε μήκος κύματος **** για όγκους παρεγχυματικών οργάνων και βέλτιστη αιμόσταση σε μικρότερη διείσδυση». Αυτό σημαίνει ότι το μήκος κύματος της δέσμης του προς προμήθεια χειρουργικού laser πρέπει να εκτείνεται από τα **** έως τα ****. Κατά την υποβληθείσα προσφορά της προσφεύγουσας ****, όπως προκύπτει από το ****, σελίδα 12, που υπέβαλε με την προσφορά της, το μήκος κύματος της προσφερόμενης συσκευής είναι «****». Η Επιτροπή Διαγωνισμού με το με

αρ.***, ως προς το επί ποινή αποκλεισμού αυτό κριτήριο αξιολόγησε ως παραδεκτές τις υποβληθείσες τεχνικές προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας και μάλιστα βαθμολόγησε ίδια την παρεμβαίνουσα ***** και την προσφεύγουσα *****, ήτοι με 100 βαθμούς εκάστη, διαλαμβάνοντας μάλιστα το σχόλιο «*Η απόκλιση της προσφοράς ***** από τις προδιαγραφές μπορεί να θεωρηθεί στα όρια του μη σημαντικού παράγοντα αποκλεισμού.*». Η κρίση αυτή της Επιτροπής Διαγωνισμού έγινε δεκτή με την εκδοθείσα κατά την 7η Συνεδρίαση της 11.03.2020 (ΘΕΜΑ 3^ο) απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής. Ακολούθως, και μετά την έκδοση της με αρ. 617/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ και της με αρ. 99/2020 απόφασης του Δ.Εφ.Θεσσαλονίκης, οι οποίες αμφότερες αφορούσαν μόνον στην προσφορά της παρεμβαίνουσας *****, η αναθέτουσα αρχή συμμορφούμενη με τις ανωτέρω δύο αποφάσεις, απέρριψε την προσφορά της *****, κατόπιν σχετικής εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού που διατυπώθηκε στο υπ' αρ. πρωτ. **** Πρακτικό της. Επιπρόσθετα τούτων, όμως, η εν λόγω Επιτροπή Διαγωνισμού, ως προκύπτει από το ίδιο αυτό Πρακτικό της, προέβη και σε επαναξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας όσον αφορά την πλήρωση της ανωτέρω τεχνικής προδιαγραφής, κρίνασα ότι «*ΠΡΟΣΦΟΡΑ *****: Ποινή αποκλεισμού. ΣΧΟΛΙΟ: Η απόκλιση της προσφοράς ***** από τις προδιαγραφές επισύρει ποινή αποκλεισμού αφού δεν συμβαδίζει με τις προδιαγραφές του διαγωνισμού.*» και ακολούθως η αναθέτουσα αρχή, εγκρίνοντας το εν λόγω υπ' αρ. πρωτ. *****, απέρριψε, πέραν της προσφοράς της εταιρίας *** (σε συμμόρφωση με τις προαναφερθείσες με αρ. 617/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ και 99/2020 απόφασης του Δ.Εφ.Θεσσαλονίκης) και την προσφορά της προσφεύγουσας *****, λόγω της νέας κρίσης της περί μη πλήρωσης από αυτήν της επί ποινή αποκλεισμού συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής «*Παραγόμενη δέσμη σε μήκος κύματος ***** για όγκους παρεγχυματικών οργάνων και βέλτιστη αιμόσταση σε μικρότερη δειξή*». Η δε ως άνω αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας παραδεκτώς, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του ν.4412/2016, συμπληρώθηκε με την κατατεθείσα Γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, την οποία η αναθέτουσα αρχή

διαβίβασε στην ΑΕΠΠ εν είδει απόψεων (βλ. σκ. 10 της παρούσας) και με βάση την οποία (Γνωμοδότηση) «η προσφορά της εταιρείας «*****» δεν πληροί την ουσιώδη προδιαγραφή για παραγόμενη δέσμη σε μήκος κύματος ***** αφού προσφέρει δέσμη σε μήκος κύματος **** και δεν καλύπτει το κατώτερο ζητούμενο φάσμα χρήσης του laser, η χρήση του οποίου προορίζεται για εξειδικευμένες θωρακοχειρουργικές επεμβάσεις μεγάλης ακρίβειας και υψηλής επικινδυνότητα». Εν προκειμένω, καταρχήν η αναθέτουσα αρχή, κατά τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 106 του ν.4412/2016, έχει τη δυνατότητα, αν διαπιστώσει σφάλμα σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, ήτοι εν προκειμένω της Επιτροπής Διαγωνισμού, να ακυρώσει μερικώς τη διαδικασία ή να αναμορφώσει ανάλογα το αποτέλεσμα της ή να αποφασίσει την επανάληψή της από το σημείο που εμφοχώρησε το σφάλμα, άρα και να επανεξετάσει την πλήρωση της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής με βάση την προσφορά της προσφεύγουσας, όπερ και έπραξε. Ωστόσο, η νέα κρίση της αναθέτουσας αρχής, συνιστάμενη κατά βάση στο ότι η προσφορά της προσφεύγουσας «δεν καλύπτει το κατώτερο ζητούμενο φάσμα χρήσης του laser, η χρήση του οποίου προορίζεται για εξειδικευμένες θωρακοχειρουργικές επεμβάσεις μεγάλης ακρίβειας και υψηλής επικινδυνότητας» δεν περιλαμβάνει πλήρη, ειδική και επαρκή αιτιολογία βάσει ποιων νέων στοιχείων που δεν είχε λάβει υπόψη της στην προηγούμενη κρίση της ή/και ποιες παραμέτρους αναστάθμισε για τη μεταβολή της συγκεκριμένης κρίσης της. Υπό τα δεδομένα αυτά, η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα για το λόγο αυτό. Περαιτέρω, όμως, και επί της ουσίας η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει ακυρότητας. Συγκεκριμένα, ως αμέσως παραπάνω εκτέθηκε, το μήκος κύματος της δέσμης του προς προμήθεια χειρουργικού laser πρέπει να εκτείνεται, επί ποινή αποκλεισμού, από τα 1308 nm έως τα 1328 nm (δέσμη σε μήκος κύματος ****). Όπως προκύπτει από το *****, σελίδα 12, που υπέβαλε με την προσφορά της η εταιρία *****, το μήκος κύματος της προσφερόμενης συσκευής είναι ****. Αυτό σημαίνει ότι το μήκος κύματος της προσφερόμενης συσκευής είναι ****, δηλαδή εντός του εύρους των 1308 nm έως 1328 nm. Το +/- 10 nm επί της προσφερόμενης τιμής των *****

δεν καθιστά απορριπτέα την προσφορά της προσφεύγουσας εξ αυτού του λόγου, αφής στιγμής το μήκος κύματος ορίζεται σε *****, ήτοι εντός του εύρους των 1308 nm έως 1328 nm. Σε αντίθετη τυχόν εκδοχή, η διακήρυξη θα έπρεπε να ορίζει με διαφορετικό τρόπο το απαιτούμενο μήκος κύματος, όπως επί παραδείγματι 1308 ή ***** ή 1328 ή από 1308 έως 1328. Εξάλλου, αορίστως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή ότι η προσφορά της προσφεύγουσας «δεν καλύπτει το κατώτερο ζητούμενο φάσμα χρήσης του laser», καθώς δεν αποδεικνύει με σαφείς παραπομπές στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης ή με παραπομπή στη διεθνή βιβλιογραφία ότι κάθε τιμή εντός του εύρους του μήκους κύματος (π.χ. 1308, 1309 nm) μπορεί να επιτευχθεί στοχευμένα στο πλαίσιο συγκεκριμένης χειρουργικής επέμβασης. Τέλος, ο επιμέρους ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού καθ' υπέρβαση εξουσίας ανακάλεσε τη σχετική κρίση της (βλ. σελ. 20 προσφυγής) προβάλλεται αόριστα και άρα τυγχάνει απορριπτέος ως ανεπίδεκτος εκτίμησης (ΣΤΕ 1221/1978, 343/1983) διότι δεν κατονομάζει το σκοπό που σε αυτήν την περίπτωση επιδιώκει η διοίκηση (ΣΤΕ 536/1983, 423/1988) και ο οποίος πρέπει να αποδεικνύεται καταδήλως από τα στοιχεία του φακέλου (ΣΤΕ 2644/1973, 4275/1977, 2464/1988) ή από τον προσφεύγοντα (ΣΤΕ 4893/1983), αποδείξεις που δεν προκύπτουν στην εξεταζόμενη υπόθεση. Κατόπιν των ανωτέρω, δεκτός κρίνεται ο σχετικός λόγος προσφυγής ως βάσιμος και απορριπτέοι οι περί αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας, η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το σκέλος με το οποίο έκρινε απορριπτέα την προσφορά της προσφεύγουσας για τους λόγους που εκτέθηκαν στην παρούσα σκέψη.

14. Επειδή, όσον αφορά στο δεύτερο λόγο προσφυγής, σχετικά με τη ματαίωση του υπόψη διαγωνισμού, λεκτέα είναι τα ακόλουθα: Κατά τις παραγράφους 1 & 2 του άρθρου 106 του ν.4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης: α) εφόσον η διαδικασία απέβη άγονη είτε λόγω μη υποβολής προσφοράς είτε λόγω απόρριψης όλων των προσφορών ή αιτήσεων ή αποκλεισμού όλων των προσφερόντων ή

συμμετεχόντων, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος βιβλίου και τα έγγραφα της σύμβασης ή β) στην περίπτωση του τελευταίου εδαφίου της παραγράφου 5 του άρθρου 105, 2. Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) λόγω παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης, β) αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς και η εκτέλεση του συμβατικού αντικείμενου δεν ενδιαφέρει πλέον την αναθέτουσα αρχή ή τον φορέα για τον οποίο προορίζεται το υπό ανάθεση αντικείμενο, γ) αν λόγω ανωτέρας βίας, δεν είναι δυνατή η κανονική εκτέλεση της σύμβασης, δ) αν η επιλεγείσα προσφορά κριθεί ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ε) στην περίπτωση της παραγράφου 4 του άρθρου 97, στ) για άλλους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος όπως ιδίως δημόσιας υγείας ή προστασίας του περιβάλλοντος.....5. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί, επίσης, το δικαίωμα, μετά από γνώμη του αρμοδίου οργάνου, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης, και την επανάληψη οποιασδήποτε φάσης της διαδικασίας σύναψης, με τροποποίηση ή μη των όρων της ή την προσφυγή στη διαδικασία των άρθρων 29 ή 32, εφόσον, στην τελευταία αυτή περίπτωση, πληρούνται οι όροι και οι προϋποθέσεις των άρθρων αυτών.». Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή, ως συνάγεται εκ της προσβαλλόμενης απόφασης, προέβη σε ματαίωση του συγκεκριμένου διαγωνισμού, λόγω απόρριψης όλων των προσφορών, σύμφωνα με όσα ειδικότερα εκτέθηκαν στη σκέψη 3 της παρούσας. Λαμβανομένου, όμως, υπόψη ότι, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας, η προσφορά της προσφεύγουσας εσφαλμένα κρίθηκε απορριπτέα από την αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της, συνακόλουθα εσφαλμένη τυγχάνει και η κρίση της περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας που εκκίνησε με την υπ' αρ. **** διακήρυξη, αφού ο διαγωνισμός δεν έχει αποβεί άγονος. Αλλά και σε κάθε περίπτωση, μετά την ως άνω εξαχθείσα κρίση ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα κατά το σκέλος με το οποίο έκρινε απορριπτέα την προσφορά της προσφεύγουσας, δεν

συντρέχει οιοσδήποτε άλλος λόγος ματαίωσης της διαδικασίας του διαγωνισμού εκ των περιοριστικώς αναφερομένων στις προπαρατεθείσες παραγράφους 1 & 2 του άρθρου 106 του ν.4412/2016, ούτε η αναθέτουσα αρχή προβάλλει κάτι σχετικό ούτε το αρμόδιο όργανο, ήτοι η Επιτροπή Διαγωνισμού, έχει γνωμοδοτήσει περί οποιουδήποτε άλλου λόγου ματαίωσης, πέραν αυτού που, κατά συναγωγή, ερείδεται στον άγονο διαγωνισμό. Τούτων δοθέντων, δεκτός ως βάσιμος κρίνεται και αυτός ο λόγος προσφυγής, απορριπτός ως αβάσιμος ο σχετικός λόγος παρέμβασης, η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί κατά το σκέλος με το οποίο αποφάσισε τη επανάληψη άρα και την - κατά λογική αναγκαιότητα - προηγούμενη ματαίωση του διαγωνισμού για τους λόγους που εκτέθηκαν στην παρούσα σκέψη.

15. Επειδή, κατόπιν όσων εκτέθηκαν στις σκέψεις 13 και 14 της παρούσας, η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή ως βάσιμη, η σχετική παρέμβαση να απορριφθεί ως αβάσιμη και η προσβαλλόμενη απόφαση να ακυρωθεί κατά το μέρος με το οποίο έκρινε απορριπτέα την προσφορά της προσφεύγουσας εταιρίας «*****» και αποφάσισε την επανάληψη του διαγωνισμού για την προμήθεια χειρουργικού laser για τις ανάγκες του θωρακοχειρουργικού τμήματος του ****.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το με κωδικό **** ηλεκτρονικό παράβολο, ποσού 610,00€, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την κατά την υπ' αριθμ. ***** απόφαση με τίτλο 'ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΑ ΘΕΜΑΤΑ: ΘΕΜΑ έκτακτο 3ο: Ανάκληση της απόφασης Δ.Σ. 7ης/11-3-2020 [θ. 3^ο]' κατά το μέρος με το οποίο έκρινε απορριπτέα την

Αριθμός απόφασης: 1528 / 2020

προσφορά της προσφεύγουσας εταιρίας «****» και αποφάσισε την επανάληψη του διαγωνισμού για την προμήθεια χειρουργικού laser για τις ανάγκες του ****.

Ορίζει την επιστροφή του με κωδικό **** ηλεκτρονικού παραβόλου, ποσού 610,00€.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 6-11-2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 26-11-2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ