

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 30/2021 Πράξης Αναπλήρωσης του Προέδρου ΑΕΠΠ) Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22.01.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 191/25.01.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ..., οδός ... αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ...(εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. ...απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης του από 28.12.2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

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

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του για το είδος με α/α ... και γίνεται δεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος .

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 21.01.2021 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Επισημαίνεται ότι από την Πρόσκληση δεν προκύπτει το προϋπολογιζόμενο ποσό του υπό προμήθεια είδους με α/α 1 (Προστατευτική ολόσωμη φόρμα τύπου ...) για το οποίο ασκείται η προσφυγή. Συνεπώς νόμιμα και παραδεκτά έχει καταβληθεί το ελάχιστο ποσό παραβόλου, ως προβλέπεται στο άρθρ. 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 39/2017, όπου ορίζεται ότι: « 1.[...] Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ».

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. ...πρόσκληση η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν προσφορά για την προμήθεια ...υλικού με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, σύμφωνα με το άρθρο ... της από 25.02.2020 ΠΝΠ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε ... είδη, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα είδη καθώς και για μέρος της ζητούμενης ποσότητας έκαστου είδους. Σημειώνεται ότι ο διαγωνισμός διεξάγεται εκτός ΕΣΗΔΗΣ.

3. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του

Αριθμός απόφασης: 534/2021

χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε αφενός μεν εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ στις 22.01.2021 λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 13.01.2021, αφετέρου με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017.

5. Επειδή με την υπ' αριθμ. Α20_21_22/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ ανεστάλη η συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

6. Επειδή την 28.01.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 215/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής το Μέλος Ι. Θεμελή και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής. Κατόπιν δε του με αριθμ. πρωτ. Γρ. Πρ. 384/23.03.2021 εγγράφου του Προέδρου της ΑΕΠΠ με θέμα «Αναπλήρωση Μελών», εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 515/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου με την οποία ορίστηκε Εισηγήτρια το Μέλος Μ. Κανάβα.

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 5.02.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 616/2021 παρέμβασή του, ο οποίος θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος για το είδος με α/α ... και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

Αριθμός απόφασης: 534/2021

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 9.02.2021 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή την 25.02.2021 ο προσφεύγων απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 3.03.2021 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχαν για το είδος με α/α ... οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Σύμφωνα με το από 28.12.2020 Πρακτικό, για το είδος με α/α ... η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και την ανακήρυξή του ως προσωρινού ανάδοχου, η δε προσφορά του προσφεύγοντος απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι *«οι ενώσεις είναι ραμμένες και όχι με ..., επίσης στο δείγμα δεν μας διευκρινίζει το μέγεθος διότι αναγράφει ...»*. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

13. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων για το είδος με α/α ... του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα

Αριθμός απόφασης: 534/2021

πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣτΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάζουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος για το είδος με α/α ... βη, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

Ωστόσο, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος για το είδος με α/α ... οι ισχυρισμοί του περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος η οποία κρίθηκε αποδεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατ' αρχήν, προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι, κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος (βλ. Ε.Α. ΣτΕ 301/2011, 748/2010, 1317/2009, ΣτΕ 2817/2008, 1450/2007 και 666/2006). Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου

Αριθμός απόφασης: 534/2021

μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230).

Επίσης, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76)-, αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, *Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik*), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ'. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα).

14. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...]Ως προς το πρώτο αιτιολογικό έρεισμα της απόρριψής μας: Το δείγμα μας διαθέτει ... στις ενώσεις.

Προς απόδειξη του ισχυρισμού μας, ζητούμε στο πλαίσιο της παρούσας προσφυγής την επανεξέταση του δείγματος που προσκομίσαμε (είτε από την

Αριθμός απόφασης: 534/2021

ΑΕΠΠ είτε από την αναθέτουσα αρχή), έτσι ώστε να διαπιστωθεί η αλήθεια των ισχυρισμών μας και να διορθωθεί το σφάλμα της προσβαλλόμενης. Η επανεξέταση του δείγματός μας επιβάλλεται δεδομένου του ενδικοφανούς χαρακτήρα της κρινόμενης προσφυγής και της συνακόλουθης υποχρέωσης της ΑΕΠΠ να εκκαθαρίσει το πραγματικό της υπόθεσης ενόψει της ακυρωτικής φύσης του ενδεχόμενου μελλοντικού δικαστικού ελέγχου της εκδοθησόμενης απόφασης της ΑΕΠΠ. Σε κάθε περίπτωση, τονίζουμε το γεγονός ότι πλήθος προσφορών απορρίφθηκε κατ' επίκληση της συγκεκριμένης πλημμέλειας με συνέπεια κυριολεκτικά να εξαφανιστεί ο ανταγωνισμός και να γίνει αποδεκτή μία μόνο προσφορά, και μάλιστα με σχεδόν διπλάσια τιμή σε σχέση με την αντίστοιχη της εταιρείας μας παραδείγματος χάριν. Όμως, αυτή η αιτιολογία απόρριψης δεν είναι νόμιμη, αφού η αναθέτουσα αρχή δεν αναφέρει με βάση ποια κριτήρια και ποια διαδικασία εξέτασε το δείγμα μας ως προς το τεχνικό χαρακτηριστικό της ...ς ειδικά, ενώ ταυτόχρονα δεν προσδιόρισε τι εκλαμβάνει ως ..., ούτε καθόρισε την επίδοση του δείγματός μας σε σχέση με τις απαιτήσεις της, έτσι ώστε να προκύπτει μια κάποια απόκλιση από αυτές (συναφώς η πρόσφατη ΑΕΠΠ 84/2021 - σκέψη 36). Η μη αναφορά στα ανωτέρω μεγέθη σημαίνει πρακτικά ότι ο αποκλεισμός μας στηρίζεται αποκλειστικά σε υποκειμενικά, ακαθόριστα κριτήρια και κατά συνέπεια σε ατεκμηρίωτα συμπεράσματα. Η ανάγκη αιτιολόγησης κατά τα ανωτέρω είναι ακόμη πιο επιτακτική, δεδομένου ότι το δείγμα μας διαθέτει πράγματι ... [..]Όλως επικουρικά προς τα ανωτέρω, το προσφερόμενο είδος που φέρει αποδεδειγμένα σήμανση CE δεν μπορεί να απορριφθεί χωρίς πρώτα να έχει ενημερώσει τον ΕΟΦ, εφόσον τίθεται ζήτημα καταλληλότητάς του [...] Ενόψει των ανωτέρω, εφόσον το προσφερόμενο από την εταιρεία μας είδος φέρει σήμανση CE κατά τον Κανονισμό ΕΕ 2016/425, όπως αναφέρεται στην τεχνική μας προσφορά, προκύπτει από έγγραφα που προσκομίσαμε και τα εν γένει στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, η ΑΕΠΠ αλλά και η αναθέτουσα αρχή δεν έχουν την ευχέρεια να απορρίψουν το είδος για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας, άνευ ετέρου και εκτός του πλαισίου διασφάλισης.

Αριθμός απόφασης: 534/2021

Αντιθέτως, οφείλουν, εφόσον έχουν εύλογες αμφιβολίες για την καταλληλότητα του προσφερόμενου είδους, να ενημερώσουν τον ΕΟΦ ως αρμόδια αρχή κατ' άρθρο 19§3 του ν.2889/2001 προκειμένου αυτός να διενεργήσει τους δικούς του ελέγχους (ΣΤΕ 1564/2010, 2630/2008, ΑΜ 318/2009, ΑΜ 404/2008 και ΔΕφαΘ ΑΝ 92/2013).

III. ΛΟΓΟΣ ΑΠΟΡΡΙΨΗΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΤΗΣ «...»: ΜΗ ΠΡΟΣΗΚΟΥΣΑ ΑΠΟΔΕΙΞΗ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ ΜΕ ΤΟΝ ΚΑΝΟΝΙΣΜΟ ΕΕ 2016/425 [...]».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται : « [...] θα θέλαμε να σας γνωστοποιήσουμε ότι σαν Επιτροπή ...Υλικού, ... Μηχανημάτων, Επιστημονικών Οργάνων & Διαδικασιών Διαπραγμάτευσης που αποτελούμε την επιτροπή διαγωνισμού σύμφωνα με την υπ' αριθμ. ΣΥΝ. ...απόφασης του Δ.Σ. θέμα... του ..., προβήκαμε στην επανεξέταση του δείγματος για το Νο ... Προστατευτική ολόσωμη φόρμα ΤΥΠΟΥ ... του Διαγωνισμού ...(αρ.φακ....) και επανερχόμαστε στην ίδια άποψη ότι το δείγμα φέρει εμφανείς ραφές, και οι ενώσεις δεν είναι με ..., επίσης όσον αφορά το προϊόν που καλύπτει ταυτόχρονα δυο μεγέθη (... και ...), θέλουμε να μας διευκρινίζεται το μέγεθος, επειδή υπάρχουν διάφοροι τύποι σώματος ανάλογα με το φύλο το ύψος και την σωματική διάπλαση για αυτό στις προδιαγραφές ζητάμε να διατίθεται σε μεγέθη ..., ... και

Οι προδιαγραφές είναι καθοριστικές για την Επιτροπή ώστε να εξασφαλιστεί η καλύτερη ασφαλέστερη παροχή επείγουσας ... βοήθειας, με αποτέλεσμα την προστασία του προσωπικού ΔΕ ...και την επιχειρησιακή ετοιμότητα του

Σας ενημερώνουμε ότι, επιλέξαμε την εταιρεία ... γιατί πληρούσε τους Όρους και τις Προδιαγραφές του Διαγωνισμού για το Νο ... Προστατευτική ολόσωμη φόρμα ΤΥΠΟΥ ... του Διαγωνισμού ...(αρ.φακ....)».

16. Επειδή ο παρεμβαίνων προβάλλει τα ακόλουθα : « [...]Ο ισχυρισμός περί υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να παραθέσει λεπτομερώς τις μεθόδους δοκιμής και τα αριθμητικά μεγέθη που χρησιμοποίησε για να καταλήξει στην εν λόγω απόφαση καθώς και το αίτημα προς επανεξέταση

Αριθμός απόφασης: 534/2021

του δείγματος δεν ευσταθούν. Η Α.Ε.Π.Π., ακολουθώντας την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, έχει κρίνει ότι απαραδέκτως προβάλλονται ισχυρισμοί οι οποίοι θέτουν υπό αμφισβήτηση την τεχνική κρίση της Διοίκησης ενώπιον της. Ενδεικτικά αναφέρουμε τις κάτωθι αποφάσεις της ΑΕΠΠ, με ρητή αναφορά στις σκέψεις της εκάστοτε απόφασης που επιβεβαιώνουν την ανωτέρω θέση: ΑΕΠΠ 625/2020 : σελ. 20 ,ΑΕΠΠ 917/2019 : σελ. 22 «ΑΕΠΠ 797/2018 ,ΑΕΠΠ 783,784/2018 : σελ. 52,ΑΕΠΠ 1277/2020: σελ 6.

Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και αν ήθελε κριθεί ότι παραδεκτώς προβάλλεται ο ως άνω ισχυρισμός από την προσφεύγουσα, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος καθώς η ΑΕΠΠ στην απόφαση 185/2021 (στην σκέψη 86) αναφορικά με συναφή ισχυρισμό άλλης προσφεύγουσας τονίζει τα εξής: «Από τα διδάγματα της κοινής πείρας βάσει του τρόπου διατύπωσης της αιτιολογίας καθίσταται σαφές ό τι προεξέχοντα ρόλο στην διαμόρφωσή της είχε ο διενεργηθείς μακροσκοπικός έλεγχος των δειγμάτων, γεγονός που αντιλαμβάνεται και η προσφεύγουσα η οποία εστιάζει με το υπόμνημά της στην μη αναφορά των ειδικών τεχνικών ελέγχων που διενεργήθησαν για την διαμόρφωση της εν λόγω κρίσης. Ωστόσο, παρίσταται εύλογο, ότι η τυχόν ύπαρξη ραφών σε αντίθεση με την ... είναι ευχερώς αναγνωρίσιμη από μακροσκοπικό έλεγχο, ενώ προβάλλει συγκεκριμένες προϋποθέσεις και μέσα ελέγχου που δεν προβλέπονται στη διακήρυξη, παρά το γεγονός ότι ανεπιφύλακτα είχε δεχθεί και το πρώτον τώρα αμφισβητεί το γεγονός ότι η αξιολόγηση των προσφορών θα λάμβανε χώρα ακριβώς και δια ελέγχου δειγμάτων και δη πέραν της αξιολόγησης εγγράφων χωρίς εξειδίκευση του τρόπου και των μέσων ελέγχου (ΣτΕ 245/2017, 948/2006, 794/2004, 720/2006, πρβλ. Δεφ Πειρ 44/2018 και 1142/2019). Εξάλλου έχει κριθεί ότι έλεγχος της συμφωνίας της τεχνικής προσφοράς προς όρους της διακηρύξεως με γενικό περιεχόμενο ποιοτικά προσδιορισμένο, ως εκ του περιεχομένου του, είναι κατ' ανάγκη εμπειρικός και το πόρισμά του δεν χρήζει ειδικότερης αιτιολογίας (ΣτΕ ΕΑ 245/2007 και πρβλ. 1209/2006)».

Αριθμός απόφασης: 534/2021

Σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή ορθώς έκρινε ότι το δείγμα της εν λόγω εταιρίας φέρει εμφανείς ραφές, και οι ενώσεις δεν είναι με ... κατά παράβαση των ρητών απαιτήσεων των τεχνικών προδιαγραφών της προσκλήσεως Ενδιαφέροντος για το εν λόγω είδος. Άλλωστε στην ίδια γνώμη εμμένει η αναθέτουσα αρχή και μετά την επανεξέταση του δείγματος στην οποία προχώρησε. Πράγματι, οι εμφανείς, απλές ραφές με κλωστή, οι οποίες είναι ευχερώς διακριτές, μπορούν να ξηλωθούν και να ανοίξουν δημιουργώντας κίνδυνο μόλυνσεων για τους διασώστες του Επιπλέον η μπλε ταινία που φέρει το δείγμα είναι αυτοκόλλητη και όχι θερμοσυγκολλημένη. Η ταινία ξεκολλάει εύκολα με μία απλή πίεση αφήνοντας ... εκτεθειμένες τις ενώσεις γεγονός που επίσης αυξάνει τον κίνδυνο μόλυνσης για τους χρήστες. Όταν η ταινία είναι θερμοσυγκολλημένη, είναι αδύνατο να ξεκολλήσει με το χέρι. Για όλους τους ανωτέρω λόγους ο πρώτος λόγος της επίδικης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

[...]Τέλος, η προσφεύγουσα εταιρεία υποστηρίζει ότι το προσφερόμενο είδος που φέρει αποδεδειγμένα σήμανση CE δεν μπορεί να απορριφθεί χωρίς πρώτα να έχει ενημερώσει η αναθέτουσα αρχή τον ΕΟΦ. Πάρα ταύτα, η Απόφαση C-6/2005 του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων που επικαλείται η προσφεύγουσα κάνει λόγο για απόρριψη προϊόντος που φέρει τη σήμανση CE για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας άνευ ετέρου και εκτός του πλαισίου που προβλέπουν τα άρθρα 8 και 18 της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και αναγνωρίζει υποχρέωση της αρχής να ενημερώσει

τον ΕΟΦ εφόσον κρίνει ότι τα προϊόντα ενέχουν κινδύνους για τη δημόσια υγεία. Εν προκειμένω από την απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή απέρριψε το εν λόγω προϊόν, και μάλιστα άνευ ετέρου, επειδή το κρίνει ως επικίνδυνο για τη δημόσια υγεία αλλά επειδή το προϊόν δεν φέρει το σύνολο των απαραίτητων προδιαγραφών που τίθενται από την Πρόσκληση Ενδιαφέροντος του διαγωνισμού και οι οποίες απαιτούνται για την συγκεκριμένη χρήση για την οποία προορίζεται το συγκεκριμένο προϊόν, λαμβανομένων υπόψη και των

Αριθμός απόφασης: 534/2021

αυξημένων απαιτήσεων που επιβάλλει η αντιμετώπιση της πανδημίας. [...]

(iii) Ως προς την προσφορά της εταιρίας μας Η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της εταιρίας μας, υποστηρίζοντας εσφαλμένα ότι κατά παράβαση των όρων της Προσκήσεως Ενδιαφέροντος υποβάλλαμε ελλιπές πιστοποιητικό CE καθώς δεν προσκομίσαμε πιστοποιητικό τύπου ... ή ... για την εποπτεία της παραγωγής από τον κοινοποιημένο οργανισμό αλλά μόνο πιστοποιητικό τύπου [...]Εν προκειμένω, από τους όρους της προκήρυξης δεν προκύπτει υποχρέωση των διαγωνιζομένων να υποβάλλουν συγκεκριμένα δικαιολογητικά έγγραφα για να αποδεικνύουν την συμμόρφωση τους με το πιστοποιητικό CE. Ειδικότερα, σύμφωνα και με το λεκτικό της Προσκήσεως Ενδιαφέροντος στις τεχνικές προδιαγραφές, το προσφερόμενο προϊόν για το είδος με α/α ..., πρέπει «Να είναι κατασκευασμένο σύμφωνα με τα ακόλουθα πρότυπα – εγκρίσεις: [...] Να διαθέτει πιστοποίηση ..., Κατηγορίας ... σύμφωνα με EU 2016/425)», ενώ ουδεμία άλλη αναφορά σε συγκεκριμένα έγγραφα που επιβάλλεται να προσκομισθούν προς απόδειξη του ανωτέρω δεν περιλαμβάνεται στους όρους της Προσκήσεως Ενδιαφέροντος. Όπως άλλωστε έκρινε και σε ανάλυση περίπτωση η ΑΕΕΠ στην απόφαση 42/2021 (σκέψη 21) «καθίσταται σαφές ότι θα έπρεπε να περιληφθεί εντός της οικείας προσφοράς σχετική μνεία κατά τρόπο εναργή περί της πλήρωσης της εν θέματι απαίτησης, ήτοι κατ' ελάχιστον – και με δεδομένη την ασάφεια της πρόσκλησης ως προς τα σχετικώς απαιτούμενα έγγραφα - να περιέχονται στοιχεία για την πλήρωση της εν θέματι απαίτησης, γεγονός που πληροί η υπό εξέταση προσφορά, καθόσον ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα έχει αναφερθεί ρητώς στο έγγραφο της τεχνικής της προσφοράς ενώ έχει υποβληθεί και το πιστοποιητικό ..., το οποίο έχει εκδοθεί από την εταιρεία * ****, η οποία συνιστά κοινοποιημένο οργανισμό με αριθμό ..., σύμφωνα με την επίσημη βάση δεδομένων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής(*****)». Επομένως, ουδόλως υποχρεούμεθα να υποβάλλουμε τα ανωτέρω πιστοποιητικά εφόσον κατ' ελάχιστον οι απαιτούμενες πληροφορίες, γι

Αριθμός απόφασης: 534/2021

α να ελεγχθεί η συμμόρφωση του προσφερόμενου προϊόντος με τους όρους της διακήρυξης, περιλαμβάνονταν στη τεχνική μας προσφορά. Σε κάθε περίπτωση, και ανεξάρτητα από τα προαναφερθέντα, η εταιρεία μας έχει καταθέσει CE από κοινοποιημένο οργανισμό σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2016/425 με αριθμό ...για το είδος με α/α ... «προστατευτική ολόσωμη φόρμα ΤΥΠΟΥ ...», προς απόδειξη της πλήρωσης της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής. Στο κατατεθέν πιστοποιητικό CE (το οποίο επισυνάπτεται ως Σχετικό ..), διακρίνεται ξεκάθαρα στην προτελευταία γραμμή ότι είναι τύπου ... και οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι προδήλως αναληθείς και αβάσιμοι».

17. Επειδή ο προσφεύγων στο υπόμνημά του προβάλλει τα ακόλουθα: « Εμμένουμε στους ισχυρισμούς μας περί αόριστης αιτιολογίας απόρριψης της προσφοράς μας ως προς το ζήτημα της Η καταλληλότητα του δείγματός μας θα προκύψει από την επιβεβλημένη εξέταση του δείγματός μας. Η ΑΕΠΠ οφείλει να υπεισέλθει στην ουσία του ισχυρισμού μας, έστω με επίκληση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής μας. Ωστόσο, ειδικά στην κρινόμενη περίπτωση, η απόρριψη του σχετικού ισχυρισμού μας δεν μπορεί καν να βασιστεί στο έγγραφο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, αφού δεν έλαβε ποτέ χώρα η επανεξέταση του δείγματος της εταιρείας μας. Η αναθέτουσα αρχή επανέλαβε απλώς τα πορίσματα που είχε ήδη υιοθετηθεί δια της αρχικά προσβαλλόμενης απόφασης του Διοικητή της. Όμως, εμείς με την ασκηθείσα προσφυγή μας παραπονούμαστε για την αρχική αξιολόγηση του δείγματος της εταιρείας μας και προβάλλουμε ενώπιον της ΑΕΠΠ ότι θα έπρεπε αυτό να επανεξεταστεί. Αυτό το παράπονό μας θα πρέπει να αντιμετωπιστεί με ειδικό και συγκεκριμένο τρόπο από την ΑΕΠΠ ή έστω από την αναθέτουσα αρχή, αφού αυτή (η αναθέτουσα αρχή) μπορεί πρακτικά να προβεί σε επανεξέταση του δείγματός μας, και μάλιστα από υπαλλήλους που δεν έχουν ήδη αξιολογήσει το δείγμα μας, έτσι ώστε να διασφαλιστεί ένα ελάχιστο επίπεδο αμεροληψίας. Διαφορετική αντιμετώπιση του θέματος αναιρεί όλη τη

Αριθμός απόφασης: 534/2021

λογική του συστήματος ενδικοφανών προσφυγών που καθιερώνει ο ν. 4412/2016, αφού δεν διασφαλίζεται ότι ένα παράπονο του προσφεύγοντα σε σχέση με ένα κρίσιμο πραγματικό περιστατικό θα εξεταστεί πραγματικά κατά τη διαδικασία ενώπιον της ΑΕΠΠ, είτε από την ίδια την Αρχή είτε (εφόσον η ΑΕΠΠ δεν διαθέτει την αναγκαία υποδομή και προσωπικό) από την αναθέτουσα αρχή και μάλιστα υπό συνθήκες αμεροληψίας. Συναφώς παραθέτουμε νομολογία, από την οποία προκύπτει η υποχρέωση ουσιαστικής επανεξέτασης της τεχνικής επάρκειας των κατατεθέντων δειγμάτων στο πλαίσιο της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής. Αναφερόμαστε ιδίως στην ΕΑ ΣτΕ 766/2010, στην οποία έγινε δεκτό ότι «Εξάλλου, το σύνολο των ανωτέρω προσφερόμενων από την αιτούσα ειδών απορρίφθηκε τελικώς από την αναθέτουσα αρχή με την εκ μέρους της παράθεση ειδικής και πλήρους αιτιολογίας ως προς την ασυμφωνία των ειδών αυτών με συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, κατόπιν ουσιαστικής επανεξέτασης των προβαλλόμενων ηε την προδικαστική προσφυγή ουσιωδών ισχυρισμών της αιτούσας επί αμιγώς τεχνικών ζητημάτων, με συνέπεια η κρίση της να φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη ...». Συναφείς είναι και οι ΣτΕ 1895/2008, 702/2011 (ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ).[...].».

18. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...].».

19. Επειδή το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [.....]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά

Αριθμός απόφασης: 534/2021

(προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...]ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [.....]».

20. Επειδή το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.[...]2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.[...] 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61.[...]».

21. Επειδή το άρθρο 214 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Τα δείγματα που χρησιμοποιούνται κατά την διενέργεια των προμηθειών υπάγονται στις παρακάτω κατηγορίες: [...] β) Δείγματα οικονομικών φορέων Στην περίπτωση αυτή υπάγονται τα δείγματα που καταθέτουν οι οικονομικοί φορείς όταν απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης.[...] 2. Κάθε δείγμα, ανάλογα με τη φύση του προς προμήθεια υλικού, πρέπει να είναι σε ποσότητα ή μέγεθος απόλυτα επαρκές για την σχετική μηχανική, χημική ή μακροσκοπική εξέταση ή

Αριθμός απόφασης: 534/2021

πρακτική δοκιμασία. Η ποσότητα ή το μέγεθος των δειγμάτων μπορεί να ορίζονται: [...] β) Στα έγγραφα της σύμβασης, προκειμένου για δείγματα οικονομικών φορέων (κατηγορία β'). [...], 5. [...] Τα δείγματα της κατηγορίας β' πρέπει να είναι, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές. [...] Τα δείγματα της κατηγορίας β' αξιολογούνται κατά το στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς με τρόπο που καθορίζεται σαφώς στα έγγραφα της σύμβασης (μακροσκοπικός έλεγχος, εργαστηριακός έλεγχος, πρακτική δοκιμασία ή συνδυασμός αυτών). [...] 8. Κατά την αξιολόγηση των προσφορών από το αρμόδιο όργανο, τίθενται υπόψη του και τα σχετικά δείγματα. [...]

22. Επειδή στους όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι : « [...] Το ... προκειμένου να προχωρήσει στην προμήθεια

1. Προστατευτική ολόσωμη φόρμα ΤΥΠΟΥ ... CPV:....- [...]

Προσκαλεί όσους δραστηριοποιούνται στον χώρο και ενδιαφέρονται να καταθέσουν προσφορά στην ... του ..., ..., Τ.Κ. ... [...]

Απαραίτητη η προσκόμιση δείγματος επί ποινής απόρριψης. [...]

Ο κυρίως φάκελος της προσφοράς θα εμπεριέχει τους ακόλουθους υποφακέλους:

α) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο με την ένδειξη «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» Περιέχει την Υπεύθυνη δήλωση.

β) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο με την ένδειξη «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ». Αν τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς δεν είναι δυνατόν, λόγω μεγάλου όγκου, να τοποθετηθούν στον κυρίως φάκελο, τότε αυτά συσκευάζονται χωριστά και ακολουθούν τον κυρίως φάκελο με τις ίδιες ενδείξεις. (CE, Αποδεικτικά EN, Τεχνικά φυλλάδια κ.λ.π.) [...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ... ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

1) Προστατευτική ολόσωμη φόρμα ΤΥΠΟΥ ...

[...] • Να έχει μακριά μανίκια με μανσέτα από λάστιχο, στο τελείωμά τους

• Να έχει λάστιχο συγκράτησης και στα κάτω άκρα

• Να είναι λευκού χρώματος και να φέρει ταινία στις ραφές

• Να έχει μη εμφανείς ραφές. Οι ενώσεις να είναι με ... και καλυμμένες [...]

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

24. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 *Siac Construction 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).

Αριθμός απόφασης: 534/2021

25. Επειδή, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπου η πλήρωση των όρων της διακήρυξης επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαραίτους όρους της διακήρυξης (βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium).

26. Επειδή ως έχει ad hoc κριθεί, εφόσον ρητά απαιτείται από την διακήρυξη η προσκόμιση δείγματος σύμφωνου με τις τεχνικές προδιαγραφές, προκειμένου να αξιολογηθεί βάσει αυτού η προσφορά τότε νομίμως απορρίπτεται η προσφορά εάν κριθεί ότι το προσκομισθέν δείγμα δεν εκπληρώνει τις προδιαγραφές και μάλιστα ανεξαρτήτως και των τυχόν επιφυλάξεων του προσφέροντος (ΣΤΕ Ασφ. 721/2011).

27. Επειδή όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της Διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99 , σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66).

28. Επειδή, στην επίμαχη πρόσκληση ρητώς προβλέπεται η υποβολή δειγμάτων του προσφερόμενου είδους προς απόδειξη της πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών. Στο δε Παράρτημα ... της Πρόσκλησης τίθενται ως τεχνικές προδιαγραφές για το είδος με ... –Προστατευτική ολόσωμη φόρμα τύπου ..., μεταξύ άλλων «*Οι ενώσεις να είναι με ... και καλυμμένες*». Επομένως, σύμφωνα με την πρόσκληση αλλά και κατά τη λογική και τα διδάγματα της κοινής πείρας, είναι προφανές ότι η πλήρωση της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής δύναται αλλά και οφείλεται να αποδειχθεί επαρκώς και δια του υποβληθέντος δείγματος.

29. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 12, η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε από την εξέταση του δείγματος του προσφερόμενου από τον προσφεύγοντα είδους ότι *οι ενώσεις είναι ραμμένες και όχι με ...* και άρα δεν πληροί την επίμαχη τεχνική προδιαγραφή του Παραρτήματος ... της πρόσκλησης. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο της συμπληρωματικής της αιτιολογίας νομίμως προέβη σε επανέλεγχο του δείγματος του προσφερόμενου από τον προσφεύγοντα είδους και επιβεβαίωσε εκ νέου την αρχική της διαπίστωση ότι το δείγμα δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 84/2021 1560/2020). Αορίστως δε και αναποδείκτως ο προσφεύγων προβάλλει στην προσφυγή του ότι το προσφερόμενο δείγμα διαθέτει ... στις ενώσεις, καθώς ουδέν ειδικότερο προβάλλει προς θεμελίωση του ισχυρισμού τού ούτε προσκομίζει στοιχεία προς απόδειξη του αλλά μόνον αιτείται την επανεξέταση του δείγματός του, η οποία έλαβε χώρα από την αναθέτουσα αρχή. Ομοίως αναποδείκτως ο προσφεύγων προβάλλει στο υπόμνημά του ότι η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη σε επανεξέταση του δείγματός του, ενώ ουδόλως προβλέπεται εκ του νόμου υποχρέωση επανεξέτασης του δείγματος από έτερη Επιτροπή πλην της Επιτροπής Διαγωνισμού, οι δε αιτιάσεις του προσφεύγοντος περί μη διασφάλισης αμεροληψίας τυγχάνουν απορριπτέοι ως αόριστοι και αναπόδεικτοι. Συνεπώς, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 26, με πλήρη, ειδική και επαρκή αιτιολογία η αναθέτουσα αρχή με την

Αριθμός απόφασης: 534/2021

προσβαλλόμενη απόφαση απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος για το είδος με α/α Δοθέντος δε ότι ο προσφεύγων φέρει το βάρος της απόδειξης των ισχυρισμών του, εφόσον αμφισβητεί την ως άνω κρίση της αναθέτουσας αρχής, η οποία εξήχθει κατόπιν πρακτικής εξέτασης του δείγματός του, ο ίδιος οφείλει να παραθέσει μετρητικά δεδομένα προς απόδειξη του ισχυρισμού του ότι το προσφερόμενο από αυτόν είδος πληροί την τεχνική προδιαγραφή, τα οποία ωστόσο δεν προσκομίζει (βλ *ad hoc* ΑΕΠΠ 326/2021). Σημειωτέον ότι η ΑΕΠΠ δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς τον έλεγχο του δείγματος αλλά ελέγχει το σύννομον της κρίσης της αναθέτουσας αρχής επί τη βάση των εγγράφων της διαδικασίας, των προβαλλόμενων ισχυρισμών και των προσκομιζόμενων αποδεικτικών στοιχείων (*ad hoc* ΑΕΠΠ 84/2021, 7/2021). Επιπροσθέτως, ως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, ο προσφεύγων είχε δεχθεί ανεπιφύλακτα ότι η αξιολόγηση των προσφορών θα λάμβανε χώρα και με την εξέταση του δείγματος και άρα η το πρώτον τώρα αμφισβητήση από τον προσφεύγοντα του τρόπου ελέγχου του δείγματος συνιστά, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 27, ανεπίκαιρη και άρα απαράδεκτη προσβολή του σχετικού όρου της πρόσκλησης (βλ ΑΕΠΠ 185/2021). Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων επικαλείται την υπ' αριθμ. 84/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ διότι αυτή αφορούσε την πλήρωση διαφορετικής τεχνικής προδιαγραφής, ήτοι το αδιάβροχον ενδυμασίας, αφετέρου στην εκεί εξεταζόμενη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή είχε προβάλλει ότι κατά τον έλεγχο του δείγματος προέβη σε ειδικούς και τεχνικούς ελέγχους πέραν του μακροσκοπικού ελέγχου του δείγματος. Ομοίως, αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ότι το δείγμα του φέρει σήμανση CE και άρα η αναθέτουσα αρχή όφειλε να ενημερώσει τον ΕΟΦ εφόσον έκρινε το προσφερόμενο δείγμα ως ακατάλληλο διότι, καταρχάς εν προκειμένω τίθεται ζήτημα μη πλήρωσης συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής, αφετέρου, ως έχει ήδη εκτεθεί στη σκέψη 28, κατά την πρόσκληση επιβάλλεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών να αποδεικνύεται και εκ του προσκομισθέντος δείγματος. Εξάλλου, ουδόλως η

Αριθμός απόφασης: 534/2021

πλήρωση του Κανονισμού 2016/425 συνεπάγεται άνευ ετέρου την κάλυψη του συνόλου των συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών της πρόσκλησης και ιδίως της απαίτησης οι ενώσεις να είναι με ... (βλ. ΑΕΠΠ 452/2021). Πέραν τούτου, αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται αποφάσεις της ΑΕΠΠ περί ανέλεγκτης τεχνικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής κατά την εξέταση του δείγματος. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς, με νόμιμη αιτιολογία και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος για το είδος με α/α ... και ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αψοκάρδου, δεν νοείται υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής αφ'ης στιγμής η τελευταία έχει ήδη ασκήσει πλήρως την αρμοδιότητά της και η ΑΕΠΠ εξετάζει, στη συνέχεια, τη νομιμότητα της κρίσης αυτής ασκώντας ουσιαστικό έλεγχο με ακυρωτική εξουσία (βλ. απόφαση 6^{ου} Κλιμακίου 409/2021 μειοψηφία Ε. Αψοκάρδου). Ωστόσο, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος ότι η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητα διότι η αναθέτουσα αρχή δεν αναφέρει με βάση ποια κριτήρια και ποια διαδικασία εξέτασε το δείγμα της ως προς το τεχνικό χαρακτηριστικό της ... ειδικά, ενώ ταυτόχρονα δεν προσδιόρισε τι εκλαμβάνει ως ..., ούτε καθόρισε την επίδοση του δείγματός μας σε σχέση με τις απαιτήσεις της, έτσι ώστε να προκύπτει μια κάποια απόκλιση από αυτές τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι διότι δεν βάλλουν κατά της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης αλλά, εν τοις πράγμασι, βάλλουν ανεπικαίρως κατά των όρων της Πρόσκλησης Ενδιαφέροντος η οποία δεν προσδιορίζει ούτε τι εκλαμβάνεται ως ... ούτε καθορίζει τα κριτήρια και τη διαδικασία εξέτασης των δειγμάτων, τους οποίους πάντως έχει ανεπιφύλακτα αποδεχθεί με τη συμμετοχή του στη διαδικασία. Ως εκ τούτου, ο οικείος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως προβαλλόμενος. Επιπλέον, αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι δεν έλαβε χώρα επανεξέταση του δείγματός του καθώς τούτο ρητώς αναφέρεται στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, καίτοι η τελευταία εμμένει στην αρχική της κρίση.

Αριθμός απόφασης: 534/2021

Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος περί ανέλεγκτης τεχνικής κρίσης της αναθέτουσας αρχής τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι καθώς η ΑΕΠΠ ασκεί έλεγχο ουσίας ο οποίος περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, και τον επανέλεγχο των τεχνικών κρίσεων της αναθέτουσας αρχής (βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΑΕΠΠ 322/2018, σκ. 71, 497/2018, σκ. 60, 664/2018, 82/2019, σκ. 44, 252/2019, σκ. 48, 1410/2019, σκ. 41, 889/2020, 408/2021, σκ. 41, και Ειρήνη Αποκάρδου, «Ο ανακριτικός χαρακτήρας της διαδικασίας εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, *Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου*, ΕΤΟΣ 2019 Ι ΤΕΥΧΟΣ ΙΙ, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, σελ. 237-246).

30. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η εξέταση του έτερου λόγου της προσφυγής περί μη νόμιμου αποκλεισμού του προσφεύγοντος παρέλκει ως αλυσιτελής δοθέντος ότι η ως άνω μη πλήρωση τεχνικής προδιαγραφής εκ του δείγματος του προσφεύγοντος παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007. Βλ. και ΑΕΠΠ 1374/2019. 782/2020).

31.Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 13, δοθέντος ότι νομίμως ο προσφεύγων αποκλείστηκε από το διαγωνισμό για το είδος με α/α 1, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος κατ' αρχήν, υπό την προϋπόθεση ότι υφίσταται παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία στοιχειοθετείται μόνον εφόσον προβάλλεται παραδεκτώς ότι προσφορά έτερου συμμετέχοντος έγινε δεκτή παρόλο που παρουσίαζε τα αυτά ακριβώς προβλήματα με την προσφορά του προσφεύγοντος για παράδειγμα, έγινε δεκτή τεχνική προσφορά παρόλο που εμφανίζει την ίδια απόκλιση από τις προδιαγραφές της διακήρυξης, εξ αιτίας της οποίας απορρίφθηκε η δική του τεχνική προσφορά (ΣτΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010,246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351,508/2004). Διευκρινίζεται ότι κρίσιμο εν προκειμένω είναι εάν χώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (ΕΑ 274/2012). Σε κάθε περίπτωση, ο σχετικός

Αριθμός απόφασης: 534/2021

λόγος πρέπει να είναι ο ίδιος και όχι ανάλογος ή παρόμοιος (βλ..ΕΑ ΣΤΕ 311, 1132/2009, Φίλης Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3386/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη,2013, σελ. 100). Στην υπό κρίση περίπτωση όμως, οι επικαλούμενες πλημμέλειες της προσφοράς του παρεμβαίνοντος αφορούν προδήλως σε διαφορετικούς όρους της πρόσκλησης και σε διαφορετικούς λόγους από εκείνους που οδήγησαν στην απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος. Δεν υφίσταται, επομένως, διαφορετική αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμέλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης και ως εκ τούτου δεν χωρεί νομίμως εφαρμογή του ενιαίου μέτρου κρίσης και άρα απαραδέκτως ο προσφεύγων στρέφεται κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος για το είδος με α/α

32. Επειδή, περαιτέρω και σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 13, ο προσφεύγων επικαλείται την προσδοκία του περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ωστόσο, ακόμα και σε περίπτωση ματαίωσης του παρόντος διαγωνισμού και επαναπροκήρυξης νέου όμοιου κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, ο προσφεύγων δεν δύναται να υποβάλει σε αυτόν παραδεκτή τεχνική προσφορά για το είδος με α/α ... δοθέντος ότι η προσφορά του απορρίφθηκε λόγω μη πλήρωσης τεχνικής προδιαγραφής. Επομένως, δεδομένου ότι, υφ' οιανδήποτε εκδοχή δεν θα ήταν δυνατή η ανάθεση της προμήθειας στον προσφεύγοντα, οι λόγοι της υπό εξέταση προσφυγής κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος. δεν εξετάζονται ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι (βλ. *ad hoc* ΔΕφΧανίων 13/2019, ΑΕΠΠ 7/2021).

Επειδή κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αφοκάρδου, δοθέντος ότι ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, προκειμένου να κριθεί η μετ'εννόμου συμφέροντος, παραδεκτή προβολή των ισχυρισμών του προσφεύγοντος κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος κατά το στάδιο αυτό, θα πρέπει προηγουμένως να εξεταστεί και ο δεύτερος λόγος της υπό εξέταση προσφυγής που αφορά στο έτερο αιτιολογικό έρεισμα της απόρριψης

Αριθμός απόφασης: 534/2021

της τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος. Και τούτο διότι η τυχόν αποδοχή του θα καθιστούσε παραδεκτές τις αιτιάσεις κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντος οι οποίες θα έπρεπε, στην περίπτωση αυτή, να εξεταστούν στην ουσία τους, ως και οι οικείοι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος.

33. Επειδή γίνεται δεκτή κατά πλειοψηφία η εισήγηση.

34. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

35. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως προς το σκέλος που αφορά τη διατήρηση της προσβαλλόμενης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος για το είδος με α/α ..., ενώ καθίσταται άνευ αντικειμένου (βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257) και παρέλκει η συζήτησή της ως προς το σκέλος που αφορά τη νομιμότητα της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος λόγω του σχετικού, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 31, απαραδέκτου της προσφυγής.

36. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 34, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε την 22 Μαρτίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**