

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου - Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση -Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 19.2.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 378/19.2.2021 της προσφεύγουσας εταιρείας «...», που εδρεύει ..., όπως αυτή νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της παρεμβαίνουσας «...», που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί α) η με αρ. πρωτ. 5641/4.2.2021 απόφαση του Διοικητική της ... με θέμα την ανάκληση τη υπ' αρ. πρωτ. 52958/27.11.2020 Απόφασης Προσωρινού Αναδόχου, β) κάθε συναφής μεταγενέστερη ή προγενέστερη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει να απορριφθεί η υπό εξέταση προσφυγή και να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή δυνάμει του άρθρου 41 ν. 4412/2016 και σύμφωνα με τις διατάξεις της από 25-02-2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, όπως κυρώθηκε δια του ν. 4682/2020 και τροποποιήθηκε με το ν. 4693/2020, προκήρυξε διαδικασία εκτός της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ και άνευ προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, κατ' άρθρο 32 παρ. 2γ ν. 4412/2016 και με την υπ' αρ. πρωτ. ... Προκήρυξη, απηύθυνε Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος - με αντικείμενο την προμήθεια

Εξοπλισμού Μέσων Ατομικής Προστασίας» για την δημιουργία στρατηγικού αποθέματος για ένα έτος - για την προστασία του προσωπικού των Δημόσιων Δομών της ... από τον κορωνοϊό (CPV: ... - ... και CPV:) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής για ιατρικά είδη. Κατά την πρόσκληση επισημάνθηκε ότι οι τελικές τιμές που θα προκύψουν από τις διαγωνιστικές διαδικασίες, θα αποσταλούν στο ... για την αξιολόγησή τους και θα ληφθεί σχετική απόφαση συνέχισης ή μη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Κατά την πρόσκληση η αποσφράγιση των προσφορών πραγματοποιήθηκε την ημέρα λήξης της προθεσμίας υποβολής τους ήτοι την 14.10.2020, ημέρα Τετάρτη, και η διαδικασία ορίστηκε ενιαία χωρίς διάκριση σταδίων φάσεων, με την αποσφράγιση των δικαιολογητικών συμμετοχής, αξιολόγηση της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς. Ο χρόνος ισχύος των προσφορών ορίστηκε να είναι 180 ημερολογιακές ημέρες, προσμετρούμενες από την επομένη της ημέρας διενέργειας του διαγωνισμού. Την 30η.09.2020 δημοσιεύθηκε η με αρ. πρωτ. 42272/30-09-2020 Πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος στην ιστοσελίδα της αναθέτουσας αρχής της ... Η αρμόδια επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης δημόσιων διαγωνισμών (σύμφωνα με την υπ' αρ. πρωτ.: 23672/26/5.2020 Απόφαση) για την προμήθεια «Μέσων Ατομικής Προστασίας», για την κάλυψη αναγκών των ... της ..., την ίδια ημέρα Τετάρτη, προέβη σε αποσφράγιση των γραπτών και σφραγισμένων προσφορών σαράντα έξι συμμετεχουσών εταιριών. Ακολούθως, προέβη στην αξιολόγησή τους σε διαδοχικές συνεδριάσεις της, την 23.10, 02.11, 03.11, 06.11, 16.11 17 11/2020 και αφού αξιολόγησε υπομνήματα εταιριών που είχαν παραστεί στην αποσφράγιση και εξέτασε τα υποβληθέντα δείγματα, στις 27.11.2020 συνέταξε το πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών με αρ. πρωτ. 52957/27.11.2020, αποφαινόμενη περί την ανταπόκριση ή μη των προσφορών στις τεχνικές προδιαγραφές για έκαστο είδος που είχε προσφέρει έκαστη εταιρία, συνέταξε πίνακα μειοδοσίας ανά είδος και πρότεινε την ανάδειξη προσωρινών αναδόχων για έκαστο είδος. Το προαναφερόμενο Πρακτικό της αρμόδιας επιτροπής με αρ. πρωτ. 52957/27-11- 2020 εγκρίθηκε διά της Απόφασης του Διοικητή ... με αρ. πρωτ. 52958/27.11.2020, και αποφασίστηκε η απόρριψη των εταιριών ως προτάθηκε από την επιτροπή

αξιολόγησης, η ανάδειξη ως προσωρινών αναδόχων για έκαστο εκ των ειδών και η συνέχιση του διαγωνισμού με το άνοιγμα των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η οποία διαβιβάστηκε στις προσφεύγουσες με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο την 27.11.2020 εκ του Τμήματος Προμηθειών της αναθέτουσας αρχής. Στη συνέχεια, με την με αρ. 54073 /3.12.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιήθηκε αυθημερόν προς τις προσφεύγουσες με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, τροποποιήθηκε η ως άνω απόφαση όσον αφορά τα είδη με α/α 6 και 7 και ειδικότερα ως προς το είδος με α/α 6 σε συνέχεια της με αρ. πρωτ. 53863/3/.12.2020 Υπεύθυνης Δήλωσης της Προέδρου και Δ/νουσας Συμβούλου της πρώτης προσφεύγουσας δια της οποίας δεσμεύεται για την παράδοση 25.000.000 τεμαχίων του είδους 6 (γάντια εξεταστικά νιτριλίου) αντί της αρχικά προσφερθείσας ύψους 50.000.000, αποφασίστηκε η ανάδειξη προσωρινής αναδόχου της πρώτης προσφεύγουσας της προσφερόμενης ποσότητας 25.000.000 τεμαχίων έναντι τιμής μονάδος 0,1629 ευρώ και της αυτής ποσότητας στην εταιρεία ... έναντι τιμής μονάδος 0,1780 ευρώ. Σε συνέχεια ασκήσεως των με αρ. ΓΑΚ 1800,1840,1845,1846,1847,1848/2020 προσφυγών εκδόθηκαν από την ΑΕΠΠ οι με αρ. 178,179,184,185,186 και 187/2021 αποφάσεις της ΑΕΠΠ και εν συνεχεία σε συμμόρφωση με τις ως άνω αποφάσεις εκδόθηκε την 9.2.2021 η με αρ. πρωτ. 5641/4.2.2021, η οποία κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ειδικότερα, όσον αφορά το είδος 4 (ολόσωμη φόρμα τύπου ΤΥVEK), ανακαλείται με την ως άνω απόφαση η υπ' αρ. 52958/27.11.2020 απόφαση προσωρινού αναδόχου, καθώς με βάση τις 178,187/2021 αποφάσεις της ΑΕΠΠ κρίθηκαν απορριπτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων ...» και της ... λόγω έλλειψης θερμοσυγκόλλησης, ενώ απορρίφθηκε σχετικός προβαλλόμενος ισχυρισμός περί επουσιώδους της προδιαγραφής που ορίζει την απαίτηση θερμοσυγκόλλησης των ενώσεων και ως εκ τούτου καθόσον όλες οι προσφορές παρουσίαζαν την αυτή παρέκκλιση από την εν θέματι τεχνική προδιαγραφή, κρίθηκαν όλες απορριπτές και αποφασίστηκε να επαναπροκηρυχθεί το επίμαχο είδος. Κατά της ανωτέρω απόφασης ασκήθηκε η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

2. Επειδή, ο επίδικος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει καταρχήν του αντικειμένου του στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια για την ασκηθείσα προσφυγή βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Επισημαίνεται ότι η συνολική αξία της υπό ανάθεση σύμβασης παρότι δεν αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης, όμως ανέρχεται σαφώς άνω των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, ως απαιτείται στο άρθ. 345 παρ. 1 του ν. 4412/2016, και στο άρθ. 1 παρ. α) του ΠΔ 39/2017, και συνεπώς συντρέχει αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Και τούτο καθόσον όλες οι υποβληθείσες προσφορές ανέρχονται σε ποσά άνω των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, και συνεπώς η συνολική αξία της προς ανάθεση σύμβασης υπερβαίνει το εκ του νόμου ελάχιστο προβλεπόμενο ποσόν για την ίδρυση της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ προς εξέταση της προσφυγής (βλ. αναλογικά για την δικαστική αρμοδιότητα, και ad hoc για την λήψη υπ' όψιν του ποσού των οικονομικών προσφορών για την εκτίμηση της αρμοδιότητας σε ΔΕφΑθ 72/2020).

4. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε, ποσού 600,00 € (βλ. αντίγραφο αποδεικτικού πληρωμής του παραβόλου στην ... την 18.2.2021) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.). Δοθέντος του ότι ούτε από την Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, ούτε από τα εκεί μνημονευόμενα έγγραφα, δεν προκύπτει το προϋπολογιζόμενο ποσόν της προμήθειας σχετικά με το οποίο ασκείται η προσφυγή, συνεπώς νόμιμα και παραδεκτά έχει καταβληθεί το ελάχιστο ποσόν παραβόλου, ως προβλέπεται στο άρθ. 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και στο άρθ. 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. Εάν από τα έγγραφα της σχετικής σύμβασης παρέχεται η δυνατότητα

υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή.» (ΑΕΠΠ 1143-1144/2020).

5. Επειδή, η προσφεύγουσα καταρχήν με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή, καθόσον αποκλείστηκε από τα ως προς το επίμαχο τμήματα της υπό ανάθεση σύμβασης επί τω τέλει ανάληψης της οικείας σύμβασης. Ωστόσο, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατά το μέρος που στρέφεται κατά κάθε άλλης προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς πράξης ή παράλειψης είναι παντελώς αόριστη και ανεπίδεκτη εκτίμησης και πρέπει για το λόγο αυτό να απορριφθεί ως απαράδεκτη (βλ. II Ε. Συν. 3220,3200,2822,2800/2009, 526/2011, 602/2013, 5000/2015, 790/2016).

6. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, διότι η προσβαλλόμενη της κοινοποιήθηκε στις 9.2.2021 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 19.2.2021 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ.

7. Επειδή, στις 19.2.2021 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου η αναθέτουσα αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο. Συνεπώς, η παρέμβαση που ασκήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ την 1.3.2021, ασκήθηκε εμπροθέσμως και καταρχήν παραδεκτώς, επί τη βάσει του ενιαίου μέτρου κρίσης, δεδομένης της απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας (και) για τον συγκεκριμένο λόγο που συνιστά λόγο απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας και ως εκ τούτου αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής της. Ειδικότερα, προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία αποτελεί ειδικότερη έκφανση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας που διέπουν το σύνολο του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, 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. ΕΑ ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 274/2012, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009, 246/2009 κλπ, βλ. και Φ. Αρναούτογλου, «Η

αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν.3886/2010», 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, παρ. 141, σελ. 100 και παρ. 368, σελ. 230). Επισημαίνεται ότι αν και η παρεμβαίνουσα επιδιώκει τη διατήρηση της ματαίωσης, ουδόλως επικαλείται αυτοτελώς έννομο συμφέρον προς ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας – εν προκειμένω διατήρηση της ματαίωσης – ούτε επικαλείται, πολλώ, δε, μάλλον αποδεικνύει ότι δεν έχει καταστεί τρίτη ως προς την διαγωνιστική διαδικασία κατά τις επιταγές της πρόσφατης νομολογίας του ΔΕΕ (C-771/2019).

8. Επειδή, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου απέστειλε στις 26.2.2021 τις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ, οι οποίες και κοινοποιήθηκαν αυθημερόν δια του αυτού τρόπου στην προσφεύγουσα. Επί των απόψεων εμπροθέσμως, την 23.3.2021 και νομίμως με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ, υπέβαλε η προσφεύγουσα το αυθημερόν υπογραφέν υπόμνημά της.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της υποστηρίζει τα εξής *«...[...]Α. Κατ' αρχήν η επιτροπή διαπίστωσε κατά την αξιολόγηση του συγκεκριμένου είδους ότι: «κανένα από τα προσφερόμενα είδη δεν διέθετε θερμοσυγκόλληση». Έτσι, δεν αξιολόγησε το συγκεκριμένο χαρακτηριστικό για την κατακύρωση του επίμαχου είδους λαμβάνοντας υπόψη «τις ειδικές συνθήκες, τον τρόπο με τον οποίο διεξάγεται η παρούσα πρόσκληση ενδιαφέροντος και την αναγκαιότητα προμήθειας του είδους».*

Β. Περαιτέρω, για το επίμαχο είδος αξιολογήθηκαν ως τεχνικά αποδεκτές οι προσφορές της εταιρείας μας (...), της εταιρείας ...και της εταιρείας Οι προσφορές των υπολοίπων έντεκα (11) εταιρειών, μεταξύ των οποίων και οι εταιρείες ... και ..., απερρίφθησαν.

Γ. Τελικά, το επίμαχο είδος κατακυρώθηκε στην εταιρεία ... ως μειοδότηρια, αντί της τιμής των €6,3668/τμχ. δεύτερη μειοδότηρια κατετάγη η εταιρεία μας με τιμή €6,98/τμχ και τρίτη μειοδότηρια η εταιρεία ... με τιμή €9,24/τμχ.

Την ως άνω απόφαση, ιδίως σ' ότι αφορά το επίμαχο είδος, την προσέβαλαν οι εταιρείες ... και ..., ασκώντας προδικαστικές προσφυγές ενώπιον της ΑΕΠΠ και ζητώντας, επί της ουσίας, την αποδοχή των προσφορών τους ως προς το συγκεκριμένο είδος και την ακύρωση της

αποδοχής της προσφοράς της αναδειχθείσας ως αναδόχου εταιρείας Καμία από τις εταιρείες αυτές δεν στράφηκε κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας μας. Σημειωτέον ότι την απόφαση αυτή την προσέβαλε και η δική μας εταιρεία για άλλο, όμως, είδος της πρόσκλησης (το με α/α 6 «Γάντια εξεταστικά νιτριλίου»). Παρά το γεγονός ότι το δικό μας προϊόν πληροί το χαρακτηριστικό της θερμοσυγκόλλησης, δεν προσβάλαμε την ως άνω απόφαση για την διαπίστωση ότι δήθεν καμία εταιρεία δεν το έχει για τον λόγο ότι, σε κάθε περίπτωση, η προσφορά μας είχε κριθεί τεχνικά αποδεκτή για το συγκεκριμένο είδος.

Με τις υπ' αριθ. 184,185,186,187/2021 αποφάσεις της ΑΕΠΠ απορρίφθηκαν αμφότερες οι προσφυγές των εταιρειών ... και ... κατά το μέρος που στρέφονταν κατά του δικού τους αποκλεισμού (σκ. 46 έως 52 των αποφάσεων για την ... και σκ. 116 έως 118 για την ...). Έγιναν, πάντως, αποδεκτές, κατά το μέρος που ζητούσαν την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας ..., αφού διαπιστώθηκε ότι: α) δεν αποδεικνύεται ότι το προϊόν της έχει χρόνο ζωής > 3 ετών, όπως απαιτούσε η Διακήρυξη (σκ. 55 των αποφάσεων) και β) οι ραφές της φόρμας ήταν καλυμμένες με ταινίες και, άρα, δεν πληροί το προϊόν της την τιθέμενη προδιαγραφή της θερμοσυγκόλλησης (σκ. 120 των αποφάσεων).

Σε συνέχεια των παραπάνω αποφάσεων, οι μόνες εταιρείες που παρέμειναν αποδεκτές τεχνικά οι προσφορές τους για το είδος με α/α 4 της πρόσκλησης ήταν η εταιρεία μας, καθώς και η εταιρεία Όφειλε, ως εκ τούτου η Αναθέτουσα Αρχή, συμμορφούμενη με τις ως άνω αποφάσεις της ΑΕΠΠ να κατακυρώσει αυτό στην δική μας εταιρεία, ως μειοδότρια.

Αντ' αυτού, η Αναθέτουσα Αρχή, αποφάσισε με την εδώ προσβαλλόμενη πράξη της, την επαναπροκήρυξη του είδους με το σκεπτικό ότι καμία από τις προσφέρουσες εταιρείες δεν πληροί την προδιαγραφή της θερμοσυγκόλλησης, παραβλέποντας το γεγονός ότι στην προηγούμενη (με αριθμό 52957) απόφαση της είχε η ίδια προχωρήσει στην κατακύρωση του χωρίς να λάβει υπόψη το χαρακτηριστικό αυτό, αλλά και, ιδίως, το γεγονός ότι η μειοδοτική προσφορά της δικής μας εταιρείας ουδόλως είχε απορριφθεί με απόφαση της ΑΕΠΠ, ενώ, εξάλλου, πληροί την επίμαχη απαίτηση.

Ειδικότερα, ο σχετικός όρος της πρόσκλησης έχει ως εξής: «Χωρίς εμφανείς ραφές στο εξωτερικό. Οι ενώσεις να είναι με θερμό-συγκόλληση και καλυμμένες.» Η έννοια του όρου αυτού δεν είναι το είδος να μην έχει καθόλου ραφές, αφού προβλέπεται η ύπαρξη ραφών απλά μη εμφανών, αλλά η κάλυψη των ενώσεων, σε συνδυασμό πάντα με την αυτοκόλλητη ταινία που τις καλύπτει, να γίνεται με τη μέθοδο της θερμοσυγκόλλησης.

Άλλωστε, και από την υπ' αριθ. 52958/27.11.2020 Απόφαση Προσωρινής Κατακύρωσης της αναθέτουσας αρχής προκύπτει ότι το ζητούμενο χαρακτηριστικό δεν είναι η έλλειψη ραφών αλλά η σφράγιση των ενώσεων με την αυτοκόλλητη ταινία με τη μέθοδο της θερμοσυγκόλλησης αφού αναφέρει χαρακτηριστικά ότι ως θερμοσυγκόλληση νοείται η νεώτερη τεχνολογία παραγωγής που χρησιμοποιεί υπερήχους για σφράγισμα των ενώσεων (*ultrasonic welding–thermo adhesive tape sealing*). Το χαρακτηριστικό αυτό, ήτοι ημσφράγιση των ενώσεων με αυτοκόλλητη ταινία επ' αυτών με θερμοσυγκόλληση προκύπτει, τόσο από το δείγμα που προσκομίσαμε στην Αναθέτουσα Αρχή, όσο και από το τεχνικό φάκελο του κατασκευαστή (*technical data sheet*) σύμφωνα με τον οποίο: «... the welding strip is welded onto the seam by means of heat.» δηλαδή η «... η αυτοκόλλητη ταινία συγκολλάται πάνω στις ραφές με τη μέθοδο της θέρμανσης.». Επισημαίνεται ότι η διακήρυξη δεν προσδιορίζει τη μέθοδο της θερμοσυγκόλλησης και ως εκ τούτου δεν μπορεί να ληφθεί υπόψιν αυτό που αναφέρει ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή περί της νεώτερης μεθόδου που χρησιμοποιεί υπερήχους, αφού κατά τέτοιο θα έπρεπε να προβλέπεται ρητά ως όρος, αλλά σε κάθε περίπτωση η διευκρίνιση στην οποία προβαίνει είναι χρήσιμη προκειμένου να γίνει αντιληπτό ότι αυτό που θερμοσυγκολλάται είναι η αυτοκόλλητη ταινία (*adhesive tape ή welding strip*).

Επομένως, θα πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που δεν κατακύρωσε το είδος με α/α 4 της πρόσκλησης στην εταιρεία μας και αποφάσισε την επαναπροκήρυξη του.

Άλλωστε, η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει και για τον επιπλέον λόγο ότι εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, αφού αποφασίστηκε, στην ουσία, η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας για το επίμαχο είδος και η επαναπροκήρυξη του χωρίς την προηγούμενη έκδοση της

απαιτούμενης κατ' άρθρο 106 του Ν.4412/2016 γνωμοδότησης της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού...[.].».

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβαλε με τις απόψεις της τα εξής « Σε ότι αφορά την άποψη της Υπηρεσίας μας επί της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας «... ...», σας ενημερώνουμε ότι στην υπ' αριθμ. 5641/04.02.2021 (Ορθή Επανάληψη: 09.02.2021 Απόφασης Ανάδειξης Προσωρινών Αναδοχών (ΑΔΑ: ...), σε συμμόρφωση επί των υπ' αριθμ. 178, 179, 184, 185, 186 & 187/2021 Αποφάσεων ΑΕΠΠ για την υπ' αριθμ. πρωτ. 42272/30.09.2020 Πρόσκληση Ενδιαφέροντος για την Προμήθεια «Εξοπλισμού Μέσων Ατομικής Προστασίας » - για την δημιουργία στρατηγικού αποθέματος για ένα έτος - για την προστασία του προσωπικού των Δημόσιων Δομών της ... από τον κορωνοϊό (CPV: ... – ... και ΘΡV:) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής καταγράφονται τα εξής:

« Το είδος δεν κατακυρώνεται λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι στο υπ' αριθμ. πρωτ. 52957/27.11.2020 πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών της αρμόδιας επιτροπής του συνοπτικού διαγωνισμού το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. πρωτ. 52958/ 27.11.2020 Απόφαση Προσωρινής Κατακύρωσης καταγράφηκε το εξής: «Κατά την αξιολόγηση του συγκεκριμένου είδους (σημ. α/α 4 Προστατευτική Ολόσωμη Φόρμα τύπου ΤΥVEK) διαπιστώθηκε ότι κανένα από τα προσφερόμενα είδη δεν διέθετε θερμοσυγκόλληση. Λαμβάνοντας υπόψη τις ειδικές συνθήκες, τον τρόπο με τον οποίο διεξάγεται η παρούσα πρόσκληση ενδιαφέροντος και την αναγκαιότητα προμήθειας του είδους, η Επιτροπή Αξιολόγησης ως η μόνη που διαθέτει αυτοτέλεια και αυτάρκεια γνώσεων, επομένως αξιολογεί με την επιστημονσύνη και ης ειδικές της γνώσεις επί ενός εκάστου αντικειμένου, καθώς και την εμπειρική εκτίμησή της προτείνει την κατακύρωση του είδους στην μειοδότη εταίρια η οποία πληροί το σύνολο των προδιαγραφών πλην της θερμοσυγκόλλησης ».

Κατόπιν του ανωτέρω σκεπτικού έγιναν αποδεκτές τρεις (3) εταιρίες ως εξής:

... ..

ΚΟΣΤΟΣ	6,98 €	6,3668 €	9,24 €
ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕ-	40.000	40.000	40.000
ΝΗ ΠΟΣΟΤΗΤΑ			

Με την υπ' αριθμ. 184/2021 Απόφαση της ΑΕΠΠ απορρίπτεται η προσφορά της εταιρίας ... (για το χρόνο ζωής της) ενώ σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 178/2021 Απόφασης Α.Ε.Π.Π απορρίπτεται η εταιρία Δ. Παλαιολόγος και Σια για τη μη ύπαρξη θερμοσυγκόλλησης ενώ παράλληλα στην υπ' αριθμ. 187/2021 Απόφαση της ΑΕΠΠ στο σκεπτικό της απόρριψης της προσφεύγουσας εταιρίας ... όσον αφορά στο είδος 4 και τη μη ύπαρξη θερμοσυγκόλλησης καταγράφεται ότι « ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η απόκλιση από την προδιαγραφή που ορίζει την θερμοσυγκόλληση των ενώσεων, είναι επουσιώδης, παρίσταται αβάσιμος, καθώς ουδείς διαχωρισμός υφίσταται εντός τη ο οικείας Πρόσκλησης μεταξύ τεχνικών προδιαγραφών ουσιωδών και επουσιωδών» και κρίνεται ομοίως απορριπτέα.

Με βάση τα ανωτέρω και με δεδομένο ότι η Επιτροπή έκρινε ότι ΚΑΜΙΑ από τις προσφέρουσες εταιρίες δεν πληροί την προδιαγραφή για την ύπαρξη της θερμοσυγκόλλησης το είδος δεν κατακυρώνεται και θα επαναπροκηρυχθεί ».

Η Υπηρεσία αποφάσισε σύμφωνα με το πνεύμα της Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ότι δεν θα έπρεπε εξ αρχής να παραθεωρηθεί μια προδιαγραφή και με δεδομένο ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης είχε κρίνει ότι καμία από τις προσφέρουσες εταιρίες δεν πληρούσε την προδιαγραφή για την ύπαρξη θερμοσυγκόλλησης - γεγονός που δεν αμφισβήτησε η προσφεύγουσα κατά το στάδιο προσφυγών επί της 52958/27.11.2020 (ΑΔΑ: ...) Απόφασης Προσωρινών Αναδοχών διαφορετικά θα ήταν και η μοναδική μειοδότηρια εταιρία καθώς θα πληρούσε το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών - κρίνεται σκόπιμο το είδος να επαναπροκηρυχθεί.

Στο υπ' αριθμ. πρωτ. 8936/26.02.2021 Πρακτικό Απόψεων της Επιτροπής Αξιολόγησης (ΑΔΑ: ...) επί των ανωτέρω αναφέρονται τα εξής: «Η Επιτροπή συμφωνεί με την Αξιολογική κρίση της Υπηρεσίας έτσι όπως αποτυπώθηκε στην υπ' αριθμ. πρωτ. 09.02.2021 - 5641/04.02.2021 (Ορθή Επανάληψη) (ΑΔΑ: ...)».

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει με την παρέμβασή της τα εξής « Πρώτος λόγος.

Ως προς το είδος με Α/Α4 «Προστατευτική Ολόσωμη Φόρμα τύπου ΤΥΝΕΚ».

Σύμφωνα με την με αρ. πρωτ. 42272/30-9-2020 πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος με την διαδικασία της απευθείας ανάθεσης με έρευνα αγοράς και συλλογή γραπτών σφραγισμένων προσφορών για την επείγουσα προμήθεια και δημιουργία στρατηγικού αποθέματος ειδών μέσων ατομικής προστασίας (ΜΑΠ), οι απαιτούμενες γενικές τεχνικές προδιαγραφές για το είδος με α/α 4 ήταν οι εξής :

1 .Ολόσωμη Προστατευτική Ενδυμασία με ενσωματωμένο κάλυμμα κεφαλής 2. Να μην προκαλεί ερεθισμό του δέρματος ούτε να έχει ανεπιθύμητες επιπτώσεις στην υγεία

3.Να είναι υδροαπωθητική, αδιάβροχη και αδιαφανής 4. Να παραμένει αδιάβροχη και υδροαπωθητική όσο διαρκεί η χρήση της 5. Να είναι όσο το δυνατόν ελαφριά και εύκαμπτη, προκειμένου να διασφαλιστεί η άνεση του ατόμου που τη φορά, να μην παρεμποδίζει τις κινήσεις και ταυτόχρονα να παρέχει αποτελεσματική προστασία 6.

Να έχει μακριά μανίκια τα οποία στο τελείωμά τους να φέρουν λάστιχο . 7. Να υπάρχει λάστιχο συγκράτησης και στα κάτω άκρα . 8. Χωρίς εμφανείς ραφές στο εξωτερικό.

Οι ενώσεις να είναι με θερμοσυγκόλληση και καλυμμένες. Το φερμουάρ να καλύπτεται με ενσωματωμένη αυτοκόλλητη ταινία, όπως στην περιοχή του λαιμού.

Περαιτέρω, στην αυτή ως άνω Πρόσκληση ορίζεται ότι προκειμένου για τον έλεγχο των προσφερόμενων Μ.Α.Π έπρεπε να κατατεθούν δείγματα επί ποινή απόρριψης, τα οποία έπρεπε να κατατεθούν εις διπλούν.

Εν συνεχεία, όπως ρητά αναφέρεται στην υπ'αρ 52958/27-11-2020 - ήδη ανακληθείσα- απόφαση του Διοικητή της ..., η Επιτροπή Αξιολόγησης προσφορών που αποφάσισε την Έγκριση του υπ' αρ. 52957/27.11.2020 πρακτικού αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών της αρμόδιας επιτροπής, το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της απόφασης για την ανάδειξη προσωρινού Αναδόχου για κάθε είδος κατόπιν αξιολόγησης των προσφορών για το είδος με α/α 4. Προστατευτική ολόσωμη Φόρμα τύπου ΤΥΥΕΚ, διαπίστωσε ότι : “ Κατά την αξιολόγηση του συγκεκριμένου είδους διαπιστώθηκε ότι κανένα από τα προσφερόμενα είδη δεν διέθετε θερμοσυγκόλληση. Λαμβάνοντας υπόψη τις ειδικές συνθήκες, τον τρόπο με

τον οποίο διεξάγεται η παρούσα πρόσκληση ενδιαφέροντος και την αναγκαιότητα προμήθειας του είδους, η Επιτροπή Αξιολόγησης ως η μόνη που διαθέτει αυτοτέλεια και αυτάρκεια γνώσεων, επομένως αξιολογεί με την επιστημοσύνη και τις ειδικές της γνώσεις επί ενός εκάστου αντικειμένου, καθώς και την εμπειρική εκτίμησή της προτείνει την κατακύρωση του είδους στην μειοδότη εταιρεία η οποία πληροί το σύνολο των προδιαγραφών πλην της θερμοσυγκόλλησης.

Ως εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι όπως προέκυψε από τον έλεγχο των προσφερόμενων δειγμάτων για το είδος με α/α 4, κανένα από αυτά - συμπεριλαμβανομένου και αυτού της προσφεύγουσας- δεν έφερε θερμοσυγκόλληση. Για το λόγο άλλωστε αυτό, η κατακύρωση του είδους στις μειοδότης εταιρείες έγινε με βάση την πλήρωση του συνόλου των προδιαγραφών πλην της θερμοσυγκόλλησης

Η προσφεύγουσα στην υπό κρίση προσφυγή της επικαλείται για πρώτη φορά ότι το προσφερόμενο από αυτήν προϊόν για το είδος με α/α 4 έφερε το χαρακτηριστικό της θερμοσυγκόλλησης και ταυτόχρονα παραδέχεται ότι δεν αμφισβήτησε την αντίθετη κρίση της Επιτροπής Αξιολόγησης κατά το στάδιο προσφυγών επί της 52858/27.11.2020 και μάλιστα αφού είχε ανακηρυχθεί δεύτερη μειοδότη για το επίμαχο είδος ενώ και με δεδομένο ότι η προσφορά της είχε γίνει δεκτή με βάση την πλήρωση του συνόλου των προδιαγραφών πλην της θερμοσυγκόλλησης, θα ανακηρυσσόταν πρώτη μειοδότη.

Επομένως, αφού η προσφεύγουσα δεν αμφισβήτησε εγκαίρως την κρίση της Επιτροπής Αξιολόγησης καίτοι το προσφερόμενο από αυτήν προϊόν διέθετε το σύνολο των προδιαγραφών που όριζε η Διακήρυξη, η προσφυγή της πρέπει να απορριφθεί.

2. Δεύτερος λόγος

Η εταιρεία αμφισβητεί ανεπίκαιρα τους όρους της διακήρυξης. Ειδικότερα αναφέρει ότι δήθεν “ η διακήρυξη δεν προσδιορίζει τη μέθοδο της θερμοσυγκόλλησης και ως εκ τούτου δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη αυτό που αναφέρει η αναθέτουσα αρχή περί της νεώτερη μεθόδου που χρησιμοποιεί υπερήχους, αφού κατά τέτοιο θα έπρεπε να προβλέπεται ρητά ως όρος, αλλά σε κάθε περίπτωση η διευκρίνιση στην οποία προβαίνει είναι χρήσιμη

προκειμένου να γίνει αντιληπτό ότι αυτό που θερμοσυγκολλάται είναι η αυτοκόλλητη ταινία (adhesive tape or welding strip)”.

Αυτό όμως δεν μπορεί να το προτείνει στο παρόν στάδιο καθώς έχει αποδεχθεί χωρίς επιφύλαξη τους όρους της διακήρυξης. Επομένως αφού ανάμεσα στα άλλα επικαλείται στο παρόν στάδιο την ασάφεια των όρων της διακήρυξης χωρίς να αμφισβητήσει εγκαίρως τη σαφήνεια των κανόνων του Διαγωνισμού και να αποδείξει ότι διαθέτει προϊόν που πληροί την τεθείσα προδιαγραφή καίτοι “ασαφώς”, θα πρέπει η προσφορά της να απορριφθεί.

3. Τρίτος λόγος

Η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση 5641/04.02.2021 πάσχει γιατί εξεδόθη κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, καθώς αποφασίστηκε η επαναπροκήρυξη του επίμαχου είδους χωρίς τη γνωμοδότηση της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού .

Αλλωστε, στο άρθρο 106 παρ.1 & 2β ρητά αναφέρεται : “ 1. Η αναθέτουσα αρχή με ειδικά αιτιολογημένη απόφαση της, μετά από γνώμη του αρμόδιου οργάνου, ματαιώνει τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης 2.β Ματαίωση της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης μπορεί να λάβει χώρα με ειδικώς αιτιολογημένη απόφαση της αναθέτουσας αρχής β. αν οι οικονομικές και τεχνικές παράμετροι που σχετίζονται με τη διαδικασία ανάθεσης άλλαξαν ουσιωδώς”

Η υπ’αρ.184,185,186&187 /2021 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π , με την οποία συνεμορφώθη η Επιτροπή Αξιολόγησης κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, απέρριψε την προσφορά της εταιρείας ... για το είδος με α/α 4 σε σχέση με το χρόνο ζωής του προσφερόμενου προϊόντος αναφέροντας στη σκέψη 116 “Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας όσον αφορά το είδος 4, ότι η απόκλιση από την προδιαγραφή που ορίζει την θερμοσυγκόληση των ενώσεων, είναι επουσιώδης παρίσταται αβάσιμος, καθώς ουδείς διαχωρισμός υφίσταται εντός της οικείας πρόσκλησης μεταξύ τεχνικών προδιαγραφών ουσιωδών και επουσιωδών. Σε κάθε περίπτωση, προκύπτει από την τεχνική έκθεση του Ειδικού Επιστήμονα ΑΕΠΠ (βλ. σκ 44) η έννοια της θερμοσυγκόλησης per se, ενώ από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής καθίσταται σαφές η σκοπιμότητα ένταξής της ως προδιαγραφής, μην αφήνοντας περιθώρια για αποδοχή προσφοράς, η οποία δεν την πληροί.

Όλως, επικουρικώς επισημαίνεται ότι η ΑΕΠΠ δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή με βάση το οικείο κανονιστικό πλαίσιο στην εξέταση των δειγμάτων, ωστόσο, λαμβάνοντας υπόψη τη φύση της ενδικοφανούς προσφυγής, της παρέχεται καταρχήν εξουσία για ουσιαστική επανεξέταση της υπόθεσης (βλ. Β. Γκέρτσος, Δ. Πυργάκης, Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σελ. 415 επ.) ”.

Η Επιτροπή Διενέργειας και αξιολόγησης του εν λόγω Διαγωνισμού ως η μόνη που διαθέτει αυτοτέλεια και αυτάρκεια γνώσεων και επομένως αξιολογεί με την επιστημοσύνη και τις ειδικές της γνώσεις επί ενός έκαστου αντικειμένου, καθώς και την εμπειρική εκτίμησή της είχε εξ αρχής κρίνει την ύπαρξη της θερμοσυγκόλλησης στο είδος με α/α 4 ως ουσιώδη προδιαγραφή για την επιλογή του επίμαχου είδους . Η αυτή επιτροπή κρίνοντας σύμφωνα και με το περιεχόμενο της ως ανωτέρω αναφερθείσας απόφασης της Α.Ε.Π.Π θεώρησε ότι η παράβλεψη της ουσιώδους προδιαγραφής της θερμοσυγκόλλησης ήταν μη ορθή και με δεδομένο ότι κανένα από τα προσφερόμενα είδη δεν πληρούσε αυτήν εξ αρχής, έκρινε δέουσα την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού.

Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσβαλλόμενη εξεδόθη κατά παράβαση ουσιώδους τύπου είναι απορριπτέος .».

12. Επειδή, η προσφεύγουσα επισημαίνει έτι περαιτέρω με το υπόμνημά της τα εξής « Με την προσφυγή μας βάλουμε κατά της ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας για το είδος με α/α 4 «Προστατευτική ολόσωμη φόρμα ΤΥΠΟΥ ΤΥΝΕΚ» της Πρόσκλησης, το οποίο η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε, σε συμμόρφωση με τις προαναφερθείσες αποφάσεις της ΑΕΠΠ, να το κατακυρώσει στην δική μας εταιρεία, ως μειοδότρια, αφού η προσφορά μας είχε γίνει τεχνικά αποδεκτή με την αρχική απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής και καμία εταιρεία δεν στράφηκε κατά ημών ζητώντας τον αποκλεισμό μας. Αντιθέτως, η προσφορά της μειοδότριας εταιρείας ... αποκλείστηκε μετά από προσφυγές των εταιρειών ... και ..., ενώ και οι προσφορές των τελευταίων παρέμειναν απορριφθείσες, αφού η ΑΕΠΠ δεν έκανε δεκτούς τους ισχυρισμούς τους ως προς τον δικό τους αποκλεισμό για το επίμαχο είδος. Η μοναδική άλλη εταιρεία που παρέμεινε εντός διαγωνιστικής διαδικασίας, η εταιρεία ... , προσέφερε το είδος σε υψηλότερη τιμή από την εταιρεία μας.

Εξάλλου, στην προσφυγή μας αναλύουμε ότι το προϊόν μας πληροί την απαίτηση της διακήρυξης: «οι ενώσεις να είναι με θερμοσυγκόλληση και καλυμμένες», όπως προκύπτει τόσο από το δείγμα που προσκομίσαμε στην Αναθέτουσα Αρχή, όσο και από το τεχνικό φάκελο του κατασκευαστή (technical data sheet) σύμφωνα με τον οποίο: «the welding strip is welded onto the seam by means of heat.» δηλαδή η «... η αυτοκόλλητη ταινία συγκολλάται πάνω στις ραφές με τη μέθοδο της θέρμανσης.».

Η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις που κατέθεσε ενώπιον Σας ισχυρίζεται ότι η εταιρεία μας δεν αμφισβήτησε την με αρ. πρωτ. 52958/2020 Απόφαση Προσωρινών Αναδόχων, κατά το μέρος που μ' αυτήν είχε κριθεί ότι καμία εταιρεία δεν πληροί την προδιαγραφή της θερμοσυγκόλλησης. Ο ισχυρισμός αυτός, όμως, αλυσιτελώς προβάλλεται καθώς, όπως εκθέσαμε και στην προσφυγή μας, η εταιρεία μας σ' εκείνο το στάδιο του διαγωνισμού δεν είχε έννομο συμφέρον να προσβάλει την πιο πάνω απόφαση αφού μ' αυτήν είχε, σε κάθε περίπτωση, κριθεί αποδεκτή η προσφορά της. Εάν, δε, η εταιρεία μας είχε ασκήσει, τότε, προσφυγή κατά της αρχικής απόφασης προσωρινών αναδόχων, αυτή θα είχε μετά βεβαιότητας απορριφθεί από την ΑΕΠΠ ως απαράδεκτη. Μόνο εάν η Αναθέτουσα Αρχή είχε επιλέξει να απορρίψει την προσφορά της εταιρείας μας, επικαλούμενη έλλειψη του χαρακτηριστικού της θερμοσυγκόλλησης, θα μπορούσαμε εμείς παραδεκτώς να ασκήσουμε προσφυγή αμφισβητώντας την κρίση της αυτή.

Επομένως, δεδομένου ότι με την με αρ. πρωτ. 52958/2020 απόφαση της η Αναθέτουσα Αρχή είχε κρίνει ως τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας μας, όφειλε, τώρα, συμμορφούμενη με τις αποφάσεις της ΑΕΠΠ, να μας κατακυρώσει το επίμαχο είδος. Σημειωτέον ότι στις απόψεις της, η Αναθέτουσα Αρχή ουδέν εκθέτει επί των ισχυρισμών μας ότι, πράγματι, το προϊόν μας πληροί τη σχετική προδιαγραφή.».

13. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ.

ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL

ΕCJ:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

14. Επειδή, ο τρόπος συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008). Επίσης, όπως προαναφέρθηκε, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκτικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕΛΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

15. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣτΕ 2454/09, ΕΑ ΣτΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑθ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

16. Επειδή, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Κατά τα παγίως, δε, κριθέντα, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι, δε, νοούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές. Περαιτέρω, οι δεδομένες προδιαγραφές που επιλέχθησαν από την αναθέτουσα αρχή και περιγράφησαν κατά συγκεκριμένο τρόπο, εμπίπτοντας στο «σκληρό πυρήνα» της σκοπιμότητας, συνιστούν ανέλεγκτη καταρχήν κρίση της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010) και

όπως έχει παγίως κριθεί, προσβάλλονται απαραδέκτως (Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 κ.ά.).

17. Επειδή λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης 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).

18. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει, όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 1ος τόμος, 15η έκδοση σελ. 138). Συνεπώς, αν η δημόσια διοίκηση δεν ενεργήσει – όταν ο νόμος απαιτεί ενέργεια- παρανομεί (Α. Ι. Τάχος, *Ελληνικό διοικητικό δίκαιο*, 5η έκδοση, *ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ, ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ*, 1996, σελ. 319).

19. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, τότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

20. Επειδή, επομένως, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστηματική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τεολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης.

Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140).⁶⁴. Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

21. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, στο παρόν στάδιο της αξιολόγησης η αναθέτουσα αρχή, κατ' αρχήν κατά δεσμία αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης (Διακήρυξης) στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δεσμία αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης. Έχει, δε, έτι περαιτέρω, κριθεί (ΕΛΣυν 524/2012 Τμ. VI), ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣΤΕ ΕΑ 179/2009, 61/2011, υπόθ. C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.6.2007).

22. Επειδή ως διδάγματα της κοινής πείρας θεωρούνται γενικές αρχές που συνάγονται επαγωγικά από την καθημερινή παρατήρηση της εμπειρικής πραγματικότητας, τη συμμετοχή στις συναλλαγές και τις γενικές τεχνικές ή επιστημονικές γνώσεις, οι οποίες έχουν γίνει κοινό κτήμα και χρησιμοποιούνται από το δικαστήριο για την εξειδίκευση των αορίστων νομικών εννοιών και για έμμεση απόδειξη κρίσιμων γεγονότων, ή την

εκτίμηση της αποδεικτικής αξίας των αποδεικτικών μέσων, που προσκομίστηκαν (ΟΛΑΠ 8/2005, ΣΤΕ 414/2006, ΔΕφ Θεσ. 2632/2015).

23. Επειδή, το ΔΕΕ έχει χρησιμοποιήσει την έννοια «του ευλόγως ενημερωμένου και κανονικά επιμελούς συμμετέχοντα» σε διαφορετικά επίπεδα αξιολογικής κρίσης. Ειδικότερα, καταρχήν αναφορικά με την κρίση περί της ασάφειας ή μη όρου διακήρυξης έχει αναφέρει ενδεικτικά *«Στη σκέψη 42 της αποφάσεως SIAC Construction (C--19/00, EU:C:2001:553), το Δικαστήριο έκρινε ότι τα κριτήρια αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπο που να επιτρέπει σε όλους τους διαγωνιζόμενους οι οποίοι είναι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύουν τη συνήθη επιμέλεια να τα ερμηνεύουν κατά τον ίδιο τρόπο. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να ελέγξει αν ο ενδιαφερόμενος διαγωνιζόμενος αδυνατούσε όντως να κατανοήσει τα επίμαχα κριτήρια αναθέσεως ή αν πρέπει να θεωρηθεί ότι είχε τη δυνατότητα να τα κατανοήσει βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια»* (βλ. Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigilo Ltd) σκ. 54,55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C-375/17 (Stanley Int. Betting Ltd) σκ. 71). Περαιτέρω, η ως άνω έννοια υπεισέρχεται όταν το Δικαστήριο υπολαμβάνει συγκεκριμένη συμπεριφορά επιληφθέν επί συγκεκριμένης συμπεριφοράς υποψηφίου και δη επί ζητήματος γένεσης τελωνειακής οφειλής το ΔΕΕ έκρινε ότι *«Συναφώς, αφενός, πρέπει να γίνει δεκτό ότι η έκφραση «όφειλαν εύλογα να γνωρίζουν», που περιλαμβάνεται στο άρθρο 202, παράγραφος 3, δεύτερη περίπτωση, του τελωνειακού κώδικα, αναφέρεται στη συμπεριφορά ενημερωμένου και επιμελή επιχειρηματία»* [Απόφαση του ΔΕΕ της 17ης Νοεμβρίου 2011, υπόθεση C-454/10 (Oliver Jestel) σκ.22, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16

24. Επειδή, τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται την εφαρμογή στην διοικητική δίκη του βάρους απόδειξης από αντικειμενική άποψη (βάρος απόδειξης «υπό αντικειμενική έννοια»), δοθέντος ότι η εφαρμογή του έχει πάντοτε ως αφετηρία τη λειτουργία του κανόνα δικαίου. Το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως δίνει διέξοδο όταν, παρά τη διεξαγωγή της αποδεικτικής

διαδικασίας, παραμένουν αμφιβολίες ως προς την αλήθεια των πραγματικών περιστατικών, και συνεπώς κάποιος από τους διαδίκους πρέπει να φέρει τον κίνδυνο του *non liquet*, δηλαδή του γνωστικού αδιεξόδου του δικαστή. Δεδομένου, δε, ότι δικαστής (ο εφαρμοστής του δικαίου) δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την έκδοση απόφασης, η δικαστική του διάγνωση στηρίζεται τότε στους κανόνες του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, εκδίδει δηλ. μια απόφαση σύμφωνα με το βάρος αποδείξεως (Beweislastentcheidung). Οπότε η περίπτωση του *non liquet* εξομοιώνεται κατά πλάσμα δικαίου με την περίπτωση της μη αποδείξεως του ισχυρισμού (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Τα γνωσιολογικά θεμέλια της απόφασης του διοικητικού δικαστή», Ανάτυπο από το περιοδικό «Διοικητική Δίκη», τόμος ΙΖ', τεύχος 3ο, 2015, Εκδόσεις Σάκκουλας, σελ. 583 επ.).

25. Επειδή, καταρχήν, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι δεδομένου ότι δεν είχε τεθεί ζήτημα απόρριψης της προσφοράς της και ως εκ τούτου δεν αποτέλεσε αντικείμενο κρίσης κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής θα έπρεπε λαμβάνοντας υπόψη τα κριθέντα δυνάμει των σχετικών αποφάσεων της ΑΕΠΠ να της κατακυρωθεί η προμήθεια του είδους με α/α 4.

26. Επειδή, ωστόσο, η χρηστή διοίκηση οφείλει να λαμβάνει υπόψη της τα εναργώς και οριζοντίως κριθέντα από έκαστη απόφαση της ΑΕΠΠ, όσον αφορά την ερμηνεία τεχνικής προδιαγραφής και την εφαρμογή αυτής της ερμηνείας στην κατά περίπτωση προσφορά και να απέχει σε κάθε περίπτωση από ενέργειες ή παραλείψεις που εισάγουν διαφορετική μεταχείριση μεταξύ των συνδιαγωνιζομένων (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018). Εξάλλου, η ενδεχόμενη στο παρελθόν εσφαλμένη εφαρμογή από τη Διοίκηση των σχετικών διατάξεων δεν δημιουργεί και υποχρέωσή της να παραλείπει στο διηνεκές την εφαρμογή του νόμου (ΕΑ 137-138, 111/2003, 334/2002), δεδομένου ότι, όπως, εξάλλου, γίνεται παγίως δεκτό τόσο στο κοινοτικό, όσο και στο εσωτερικό δίκαιο, δεν νοείται στο πλαίσιο του Κράτους δικαίου ισότητα στην παρανομία (βλ. ΣτΕ 1544/2016, πρβλ. ΕΑ 43/2007, ΔΕΚ, απόφαση της 4.7.1985, CALVIN E. WILLIAMS, C-134/1984, Συλλ. 1985, σελ. 2225, σκ.14, ΠΕΚ απόφαση της 14.5.1998, SCA Holding Ltd, T-327/94, Συλλ. 1998 σελ. II-01373, σκ. 160, η οποία επιβεβαιώθηκε με την απόφαση της 16.11.2000 του ΔΕΚ, C-297/98P, Συλλ. 2000, I-10101). Κατά συνέπεια, η μεταβολή εκ μέρους Διοικήσεως της

απόψεώς της ως προς την ερμηνεία του νόμου, επί σκοπώ της ορθής εφαρμογής αυτού ή/και όρου της διακήρυξης είναι σύμνομη και προβλέπεται στο οικείο κανονιστικό πλαίσιο, καθώς με το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 θεσπίζεται η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να επανέλθει ακυρώνοντας απόφαση εάν κρίνει ότι έχει εμφιλοχωρήσει σφάλμα σε συγκεκριμένο στάδιο της διαδικασίας, ιδίως όσον αφορά την επί ίσοις όροις αξιολόγηση προσφορών (βλ. σκ. 26).

27. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα αναφέρει με την προσφυγή της ότι δεν προβλέπεται στη διακήρυξη η ακριβής μέθοδος θερμοσυγκόλλησης κι επομένως, υποστηρίζει ότι η μέθοδος που παρουσιάζεται στην προσφορά της, ήτοι με χρήση ταινιών στις ενώσεις, οι οποίες συγκολλούνται με θερμότητα καλύπτει την συγκεκριμένη απαίτηση.

28. Επειδή, «*Η θερμοσυγκόλληση αποτελεί μία ευρεία έννοια στην μηχανολογία με πολλές εφαρμογές και μεθόδους, αναλόγως του τύπου των υλικών που θα συγκολληθούν (μέταλλα, οργανικά στερεά υλικά ή κεραμικά) όπως για παράδειγμα συγκόλληση με υπέρηχους, συγκόλληση τριβής, συγκόλληση δόνησης, συγκόλληση με ηλεκτρική αντίσταση, ετερογενής συγκόλληση, συγκόλληση με τήξη, συγκόλληση θερμασμένων πλακών, συγκόλληση θερμού αερίου και συγκόλληση με λείζερ. Για είδη ρουχισμού προσωπικής προστασίας τα οποία είναι κατασκευασμένα από θερμοπλαστικά υλικά, η θερμοσυγκόλληση αναφέρεται στην μέθοδο συγκόλλησης με υπέρηχους.*

Α.1) Σύμφωνα με την Πρόσκληση ενδιαφέροντος για την προμήθεια «Εξοπλισμού Μέσων Ατομικής Προστασίας» (ΑΔΑ: ...), ο όρος θερμοσυγκόλληση (ή αλλιώς θερμοκόλληση) εμφανίζεται στα είδη «4. Προστατευτική ολόσωμη φόρμα τύπου ΤΥVEK» και «11. Μπλούζες χειρουργικές αποστειρωμένες αδιάβροχες». Για τα εν λόγω είδη, η θερμοσυγκόλληση αναφέρεται στην τεχνική συγκόλλησης μερών του ενδύματος (φόρμα ή μπλούζα) με υπέρηχους. Η συγκόλληση με υπέρηχους είναι μια δημοφιλής τεχνική για την συγκόλληση των θερμοπλαστικών υλικών, όπως είναι το υλικό ΤΥVEK (πολυαιθυλένιο υψηλής πυκνότητας). Τα θερμοπλαστικά υλικά διαιρούνται σε άμορφα και ημικρυσταλλικά. Τα άμορφα θερμοπλαστικά χαρακτηρίζονται από μια διαταραγμένη μοριακή δομή με

χαμηλό βαθμό τάξης στην διευθέτηση των μορίων, ενώ η δομή των ημικρυσταλλικών θερμοπλαστικών έχει διατεταγμένη δομή όπως κάποιου κρυστάλλου. Έχει παρατηρηθεί στην περίπτωση των άμορφων θερμοπλαστικών όπως το TYVEK, ότι υπάρχει μια θερμοκρασία υαλώδους μετάπτωσης (T_g) στην οποία το ιξώδες του υλικού μειώνεται ξαφνικά και το υλικό μαλακώνει. Η θερμοκρασία ή σημείο υαλώδους μετάπτωσης (T_g) είναι το σημείο όπου ο συντελεστής α της θερμικής επέκτασης, διαπερνά μια ασυνέχεια. Κάτω από την θερμοκρασία υαλώδους μετάπτωσης (T_g) υπάρχει μια απώλεια μοριακής κινητικότητας που δημιουργεί μια αλλαγή στην ιξώδοελαστική συμπεριφορά του πολυμερούς θερμοπλαστικού σώματος. Ένα ημικρυσταλλικό θερμοπλαστικό όπως το TYVEK έχει επίσης μια θερμοκρασία υαλώδους μετάπτωσης (T_g), αλλά το ιξώδες είναι ακόμα αρκετά υψηλό σε αυτήν την θερμοκρασία. Σε αυτόν τον τύπο θερμοπλαστικού παρατηρείται μια μεγαλύτερη πτώση στο ιξώδες του, αφότου η θερμοκρασία ξεπεράσει το σημείο τήξης του (T_m). Αυτές οι διαφορές σαφώς δείχνουν ότι οι παράμετροι θερμοσυγκόλλησης που χρησιμοποιούνται για να ενώσουν άμορφα και ημικρυσταλλικά θερμοπλαστικά είναι αρκετά διαφορετικές. Τα θερμοπλαστικά ενώθηκαν για πρώτη φορά με υπερηχητική μέθοδο στα τέλη της δεκαετίας του 1960. Τα οφέλη της υπερηχητικής θερμοσυγκόλλησης περιλαμβάνουν υψηλή ταχύτητα, αποδοτικότητα, απουσία καυσαερίων και μολυσματικών παραγόντων και δεν απαιτούνται αναλώσιμα. Τα συστήματα συγκόλλησης με υπέρηχους λειτουργούν με υψηλή συνοχή, παρέχουν ομοιόμορφη ποιότητα αρμού και είναι πολύ γρήγορα στην διαδικασία συγκόλλησης [D. A. Grewell, A. Benatar and J. B. Park, Eds., *Plastics and composites welding handbook*, Munich: Hanser, 2003]. Λόγω αυτών των πλεονεκτημάτων, η χρήση υπερέχων έχει γίνει μια κοινή μέθοδος σύνδεσης θερμοπλαστικών για εφαρμογές όπως ιατρικές φόρμες, συσκευασίες, ηλεκτρονικά εξαρτήματα, ανταλλακτικά αυτοκινήτων και καταναλωτικά προϊόντα, παρά το υψηλό αρχικό κόστος και τους περιορισμούς όσον αφορά το μέγεθος και την σχεδίαση των μηχανών παραγωγής υπερέχων. Η θερμοσυγκόλληση με χρήση υπερέχων για την ένωση πλαστικών πληροί εγγενώς δύο κριτήρια που αναπτύχθηκαν για την αειφόρο παραγωγή προϊόντων, α) σχεδιασμός για την βελτιστοποίηση διαχείρισης υλικών και ενέργειας και β) κατασκευή με χρήση καθαρών

τεχνολογιών παραγωγής και βέλτιστων πρακτικών. Κατά την διάρκεια της συγκόλλησης με υπερήχους, μια υψηλή συχνότητα δημιουργεί ηλεκτροδυναμικό πεδίο (από 20 έως 40 kHz) που συντονίζει μία μεταλλική κεφαλή. Η κεφαλή είναι σε επαφή με ένα από τα πλαστικά εξαρτήματα και το άλλο μέρος στερεώνεται σταθερά. Η κεφαλή και το μέρος στο οποίο βρίσκεται σε επαφή δονείται αρκετά γρήγορα για να προκαλέσει μεγάλη θερμότητα στην διεπαφή των μερών προς συγκόλληση. Με πίεση και επακόλουθα ψύξη, μπορεί να επιτευχθεί ισχυρός δεσμός σε πολλά θερμοπλαστικά υλικά. Τα άκαμπτα θερμοπλαστικά με υψηλό συντελεστή ελαστικότητας είναι τα καλύτερα. Εξαιρετικά αποτελέσματα συγκόλλησης μπορούν να επιτευχθούν με πολυστυρένιο, SAN, ADS, πολυανθρακικά και ακρυλικά πλαστικά. Οι βασικές μεταβλητές στην υπερηχητική θερμοσυγκόλληση είναι η συχνότητα, η πίεση αέρα, ο χρόνος συγκόλλησης και ο χρόνος κράτησης. Η επιθυμητή αντοχή της θερμοσυγκόλλησης μπορεί να επιτυγχάνεται με την αλλαγή αυτών των μεταβλητών. Αύξηση του χρόνου συγκόλλησης γενικά έχει ως αποτέλεσμα την αύξηση της ισχύος της συγκόλλησης έως ένα χρονικό σημείο. Μετά από αυτό το χρονικό σημείο, ο επιπλέον χρόνος συγκόλλησης δεν βελτιώνει τις ιδιότητες της συγκόλλησης και μπορεί ακόμη και να τις επιδεινώσει. Ο μέσος χρόνος επεξεργασίας, συμπεριλαμβανομένης της συγκόλλησης και της ψύξης, είναι μικρότερος από ορισμένα δευτερόλεπτα.

A.2) Η θερμοσυγκόλληση στα είδη ρουχισμού «4. Προστατευτική ολόσωμη φόρμα τύπου TYVEK» και «11. Μπλούζες Χειρουργικές αποστειρωμένες Αδιάβροχες» μπορεί να πιστοποιηθεί σύμφωνα με τα εξής πρότυπα:

- ΕΛΟΤ EN ISO 13935-2: 2014 [Κλωστοϋφαντουργικά προϊόντα - Συμπεριφορά των υφασμάτων και των παραγόμενων από αυτά κλωστοϋφαντουργικών προϊόντων κατά την τάνυση της ραφής - Μέρος 2: Προσδιορισμός της μέγιστης δύναμης για το σπάσιμο - ξήλωμα της ραφής με τη μέθοδο grab]
- EN 14325: 2005 Παράγραφος 5.5
- EN 14126: 2004 Παράγραφος 4.1.2. [βλ. Τεχνική Έκθεση Ειδικού Επιστήμονα κ. Ηλία Χατζηγλία (Δ. Μηχανολόγου Μηχανικού), αποφάσεις 184,185,186,187/2021 ΑΕΠΠ].

29. Επειδή, για την ερμηνεία όρων της διακήρυξης ή/και για την αξιολόγηση τεχνικών προσφορών εφαρμόζονται κατά περίπτωση οι καθιερωμένοι κανόνες της τέχνης και της επιστήμης και κατά περίπτωση τα διδάγματα της κοινής πείρας. Ως δε διδάγματα της κοινής πείρας θεωρούνται γενικές αρχές που συνάγονται επαγωγικά από την καθημερινή παρατήρηση της εμπειρικής πραγματικότητας, τη συμμετοχή στις συναλλαγές και τις γενικές τεχνικές ή επιστημονικές γνώσεις, οι οποίες έχουν γίνει κοινό κτήμα και χρησιμοποιούνται από το δικαστήριο για την εξειδίκευση των αορίστων νομικών εννοιών και για έμμεση απόδειξη κρίσιμων γεγονότων, ή την εκτίμηση της αποδεικτικής αξίας των αποδεικτικών μέσων, που προσκομίστηκαν (ΟΛΑΠ 8/2005, ΣτΕ 414/2006, ΔΕφ Θεσ. 2632/2015).

30. Επειδή, η οικεία πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος στις τεχνικές προδιαγραφές του είδους 4 αναφέρει μεταξύ άλλων «...8. . Χωρίς εμφανείς ραφές στο εξωτερικό. Οι ενώσεις να είναι με θερμοσυγκόλληση και καλυμμένες. Το φερμουάρ να καλύπτεται με ενσωματωμένη αυτοκόλλητη ταινία, όπως και στην περιοχή του λαιμού». Η ως άνω προδιαγραφή περιλαμβάνεται και στο φύλλο συμμόρφωσης στο τέλος του οποίου υπάρχει με επισήμανση (bold) και υπογράμμιση η κάτωθι διευκρίνιση *«Οι παραπομπές να τεκμηριώνονται και να υποδεικνύονται με υπογραμμίσεις και την αντίστοιχη αρίθμηση πάνω στα τεχνικά φυλλάδια. Όσο αφορά στα συνοδευτικά έγγραφα (CE, ISO, συμμόρφωση με EN να αριθμούνται και να δηλώνεται στην παραπομπή ο αύξων αριθμός τους)»*. Καθίσταται σαφές, επομένως, από τα ως άνω συνδυαστικά ιδωμένα ότι η έννοια της θερμότητας παίζει κυρίαρχο ρόλο στη θερμοσυγκόλληση αλλά επί τω σκοπώ τήξης των υλικών των ενώσεων κι όχι απλής συγκόλλησης των ταινιών που τις καλύπτουν και έτι περαιτέρω, ότι η πλήρωση συγκεκριμένης προδιαγραφής θα πρέπει να αποδεικνύεται καταρχήν με παραπομπή και ρητή αναφορά σε τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή και δεν συνιστά απόδειξη η αναφορά από τον προμηθευτή στο φύλλο συμμόρφωσης ή/και σε ρέον κείμενο της τεχνικής προσφοράς. Επομένως, ουδεμία ασάφεια ή/και έλλειψη προσδιορισμού με ακρίβεια της τιθέμενης προδιαγραφής υφίστατο στη διακήρυξη, η οποία να συνδέεται αιτιωδώς και να δύναται να αιτιολογήσει κατά τρόπο επαρκή το προσφερόμενο από την προσφεύγουσα είδος με τις αντίστοιχες ως άνω

αναφερθείσες προδιαγραφές, καθόσον η έννοια αυτή της θερμοσυγκόλλησης είναι γνωστή σε κάθε επιμελή συμμετέχοντα δραστηριοποιούμενο στην οικεία αγορά (βλ. σκ 23 και 29). Εξάλλου, στο προσπέκτους της κατασκευάστριας εταιρείας (σελ. 222-223 τεχνικής προσφοράς) αναφέρεται ρητώς «...ραφές καλυμμένες με αυτοκόλλητη μπλε ταινία...», καθιστώντας σαφές κατά τα ήδη κριθέντα σχετικώς από την ΑΕΠΠ, ως οφείλει να γνωρίζει η προσφεύγουσα δραστηριοποιούμενη στον οικείο χώρο, ότι η μέθοδος αυτή δεν ταυτίζεται με την θερμοσυγκόλληση. Όλως επικουρικώς, παρίσταται εύλογο, ότι η τυχόν ύπαρξη ταινιών σε αντίθεση με την θερμοσυγκόλληση είναι ευχερώς αναγνωρίσιμη από μακροσκοπικό έλεγχο, ο οποίος έλαβε χώρα από την αναθέτουσα (πρβλ. ΣτΕ 245/2017, 948/2006, 794/2004, 720/2006, πρβλ. Δεφ Πειρ 44/2018 και 1142/2019). Συνεπώς, ο συγκεκριμένος λόγος κρίνεται αβάσιμος.

31. Επειδή, με τον τελευταίο λόγο εν τοις πράγμασι η προσφεύγουσα υποστηρίζει παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας ως προς την ματαίωση και επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού για το επίμαχο είδος.

32. Επειδή συνιστά λόγο ακύρωσης κάθε παράβαση των κανόνων της διοικητικής διαδικασίας, δηλαδή, οι τύποι τους οποίους πρέπει να ακολουθούν τα διοικητικά όργανα οι οποίοι χαρακτηρίζονται ως «ουσιώδεις». Ως κριτήρια για τον σχηματισμό της κρίσης περί του «ουσιώδους» ή μη λαμβάνονται υπόψη: α) η σημασία που έχει η διαδικαστική ενέργεια: i) για την προστασία του διοικουμένου, διότι του παρέχει τη δυνατότητα διαφώτισης της Διοίκησης για την υπόθεσή που τον ενδιαφέρει ή δυνατότητα άσκησης του δικαιώματος της προηγούμενης ακρόασης, καθώς και εγγυήσεις για την αμερόληπτη κρίση της υποθέσεώς του, ii) για την καλή λειτουργία της Διοίκησης, με σκοπό την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος, iii) για τον δικαστικό έλεγχο της πράξης και β) η επιρροή της παράλειψης του τύπου στη ρύθμιση που θεσπίζεται με την πράξη. Κατ' αυτόν τον τρόπο, έχει κριθεί ότι αποτελεί ουσιώδη τύπο η λήψη υπόψη της προηγούμενης γνώμης ή πρότασης του προβλεπόμενου από τις σχετικές διατάξεις συλλογικού ή μονομελούς οργάνου που έχει γνωμοδοτική αρμοδιότητα (ΣτΕ 1803/1986, 2970/1983, 1803/1986), και, γενικότερα, η διενέργεια των προβλεπόμενων από τη νομοθεσία προπαρασκευαστικών πράξεων (Ε. Σπηλιωτόπουλος,

Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 2, εκδ. 2010, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 124 έως 126).

33. Επειδή, η έννοια της εισήγησης από την αρμόδια Επιτροπή διενέργειας, που μνημονεύεται στο άρθρο 106 του Ν. 4412/2016, συνδέεται άρρηκτα με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής στα πλαίσια εφαρμογής του άρθρου 106 του Ν. 4412/2016, ενώ καθίσταται σαφές ότι παρέλκει όταν σε συνέχεια απόρριψης του συνόλου των προσφορών, αποβαίνει άγονη η διαγωνιστική διαδικασία και ως εκ τούτου κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής ματαιώνεται και επαναπροκηρύσσεται η προμήθεια συγκεκριμένου είδους. Εξάλλου, εάν ήθελε εστιάσει η προσφεύγουσα την επικαλούμενη παράβασης ουσιώδους τύπου μεμονωμένα στην επαναπροκήρυξη, ουδόλως αιτιολογεί το έννομο συμφέρον της προς τούτο, καθώς η προσφεύγουσα μόνο δυνητικό όφελος έλκει από την συμμετοχή της σε επαναπροκηρυχθείσα διαδικασία διαγωνισμού που έχει νομίμως ματαιωθεί. Επομένως, και ο συγκεκριμένος λόγος κρίνεται απορριπτέος.

34. Επειδή, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και η παρέμβαση να γίνει δεκτή.

35. Επειδή, συνακόλουθα, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (αρ. 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στις 19 Απριλίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ηλίας Στρεπέλιας