

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

-----

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και  
Πουλοπούλου Αγγελική, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 20-12-2017 Προδικαστική Προσφυγή με  
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών  
(ΑΕΠΠ) 383/20-12-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/67/20-12-2017  
του προσφεύγοντος με την επωνυμία «...» και δ.τ. «...», νομίμως  
εκπροσωπούμενου

Κατά του Γ.Ν. ΜΥΤΙΛΗΝΗΣ ΒΟΣΤΑΝΕΙΟ, νομίμως  
εκπροσωπούμενου

Και του παρεμβαίνοντος «...», νομίμως εκπροσωπούμενη

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο αιτών επιδιώκει την ακύρωση της  
κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 11-12-2017 Απόφασης υπ' αριθμ. 36 της από  
7.12.2017/4<sup>ο</sup> Θέμα συνεδρίασης του ΔΣ των διασυνεδόμενων νοσοκομείων  
Γ.Ν. ΜΥΤΙΛΗΝΗΣ ΒΟΣΤΑΝΕΙΟ-ΓΝ.Κ.Υ ΛΗΜΝΟΥ, στην οποία ενσωματώνεται  
το από 14.11.2017 πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού ως προς το σκέλος που  
κρίνει ως αποδεκτή την προσφορά της εταιρίας «...», καθώς και κατά κάθε  
προγενέστερης και μεταγενέστερης συναφούς πράξης, όσον αφορά τη  
διαδικασία που διενεργείται βάσει της με αρ. 41/2017 και αρ. πρωτ.  
16122/10.10.2017 Διακήρυξης της αναθέτουσας «Για την ανάδειξη αναδόχου

(οικονομικού φορέα) καθαριότητας των κτιριακών Εγκαταστάσεων & του περιβάλλοντος χώρου του Γ.Ν. Μυτιλήνης" ΒΟΣΤΑΝΕΙΟ" ΜΤΕΝΣ, ΚΕΦΙΑΠ, Ιατροπαιδαγωγικού Κέντρου για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους». Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. 18068545595802160027 ποσού 2.580,65 ευρώ), το οποίο πληρώθηκε από 18-12-2017 μέσω εμβάσματος της ALPHA BANK, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου.

2. Επειδή, η κατατεθείσα την 20-12-2017 Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 11-12-2017 Απόφασης ΔΣ της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών κατ' έγκριση του οικείου πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, ο δε προσφεύγων ο οποίος έγινε δεκτός, ως επικαλείται στο ως άνω στάδιο, βάλλει ειδικότερα κατά της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος αυτή έκρινε ως αποδεκτή την τεχνική προσφορά-δικαιολογητικά του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου. Ειδικότερα, ο προσφεύγων αιτιάται ως μόνο λόγο της προσφυγής ότι ο έτερος διαγωνιζόμενος συμπεριέλαβε στην προσφορά του απολυμαντικό προϊόν με ονομασία «SURFANIOS PREMIUM», υπαγόμενο στην κατηγορία ΙΙΑ της Οδηγίας 93/42/ΕΚ, πλην όμως χωρίς να μνημονεύσει τον κωδικό του προϊόντος στο ΕΚΑΠΤΥ ή να καταθέσει κάποιο σχετικό με τον κωδικό ΕΚΑΠΤΥ δικαιολογητικό κατά παράβαση του άρ. 4.1 της Διακήρυξης που έθετε την αναφορά τέτοιου κωδικού ως απαίτηση επί ποινή αποκλεισμού της τεχνικής προσφοράς, καίτοι το ως άνω είναι το μοναδικό ιατροτεχνολογικό προϊόν που μπορεί να χρησιμοποιηθεί για καθαρισμό και

απολύμανση ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, το οποίο δεν μπορεί να αναπληρωθεί στη χρήση του από έτερο προϊόν συμπεριλαμβανόμενο στην προσφορά. Ο δε παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι κατά τους όρους και τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, σε συνδυασμό και με τις λοιπές τεχνικές απαιτήσεις της αναθέτουσας Αρχής (των οποίων είναι αδύνατη η επανάληψη, λόγω της μεγάλης τους έκτασης) περιγράφονται μ' αυτούς κατά τρόπο απολύτως σαφή και λεπτομερειακό οι εργασίες καθαρισμού σε όλους τους χώρους και εγκαταστάσεις του Νοσοκομείου (θάλαμοι νοσηλείας, χώροι υγιεινής, γραφεία, κλιμακοστάσια, ανελκυστήρες και λοιποί κοινόχρηστοι χώροι, ειδικοί χώροι κ.λπ.), ενώ εξειδικεύεται κατά περίπτωση η συχνότητα και το είδος των εργασιών καθαρισμού και απολύμανσης που πρέπει να εκτελούνται από το προσωπικό του αναδόχου. Επίσης, όσον αφορά την καθαριότητα και απολύμανση των ειδικών χώρων του Νοσοκομείου, προβλέπεται ότι αυτή «*αφορά τοίχους, πόρτες, σοβατεπί, πίνακες διακοσμητικούς, πλαίσια αλουμινίων, πίνακες ανακοινώσεων, τζάμια, περσίδες, ψευδοροφές, ταβάνια, φωτισμοί, κλιματιστικά, δάπεδα, καθημερινές επιφάνειες επαφής (χερούλια, έπιπλα, γραφεία, είδη υγιεινής, νιπτήρες, βρύσες, λεκάνες, πλακάκια, δοχεία απορριμμάτων κλπ)...*». Συνεπώς, σύμφωνα με τις απολύτως λεπτομερείς απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν περιλαμβάνεται στις συμβατικές υποχρεώσεις του αναδόχου ο καθαρισμός και απολύμανση του ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού του Νοσοκομείου (αναλυτές εργαστηρίων, απεικονιστικά μηχανήματα, αναπνευστήρες, σταθμοί αναισθησίας, χειρουργικές κλίνες και λοιπός εξοπλισμός χειρουργείου, θερμοκοιτίδες χειρουργικά εργαλεία, εξοπλισμός ενδοσκοπήσεων κ.λπ.), διότι αυτός υπόκειται σε ειδικό χειρισμό και διενεργείται από το κατάλληλα εκπαιδευμένο προσωπικό που διαθέτει το Νοσοκομείο. Υπό τα δεδομένα αυτά, παρότι ο ίδιος έχει προσφέρει μεταξύ άλλων προϊόντων το απολυμαντικό «Surfanios Premium», το εν λόγω είδος – το οποίο, πάντως, πληροί τις απαιτήσεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και έχει υποβληθεί γι' αυτό σχετική δήλωση συμμόρφωσης CE – δεν πρόκειται να χρησιμοποιηθεί ως ιατροτεχνολογικό προϊόν κατά την έννοια της ανωτέρω οδηγίας, δηλαδή «ειδικά για την απολύμανση ιατροτεχνολογικών προϊόντων»,

αλλά ως απολυμαντικό των λοιπών επιφανειών των ειδικών χώρων του Νοσοκομείου (Χειρουργείων, Μ.Ε.Θ., Αιμοδοσίας κ.λπ.) όπως αυτές περιγράφονται κατά τα ανωτέρω στη διακήρυξη (τοίχοι, πόρτες, σοβατεπί, πίνακες διακοσμητικοί, πλαίσια αλουμινίων, πίνακες ανακοινώσεων, τζάμια, περσίδες, ψευδοροφές, ταβάνια, φωτισμοί, κλιματιστικά, δάπεδα, καθημερινές επιφάνειες επαφής κ.λπ.). Συνεπώς, εφόσον το ανωτέρω προϊόν δεν πρόκειται να χρησιμοποιηθεί ως απολυμαντικό του ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού του Νοσοκομείου (και μάλιστα του εξοπλισμού των ειδικών χώρων αυτού), δεν συνιστά πλημμέλεια της προσφοράς του το γεγονός ότι δεν αναφέρεται σ' αυτήν ο κωδικός με τον οποίο έχει καταχωρηθεί το εν λόγω είδος στο μητρώο ιατροτεχνολογικών προϊόντων του ΕΚΑΠΤΥ, αφού δεν πρόκειται να γίνει χρήση του συγκεκριμένου απολυμαντικού ως ιατροτεχνολογικού προϊόντος κατά την έννοια της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ. Αυτό, ανεξαρτήτως, βεβαίως του ότι η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί την καταλληλότητα του εν λόγω είδους για την πράγματι προβλεπόμενη από τη διακήρυξη χρήση του και τη συμμόρφωσή του προς τις τεχνικές απαιτήσεις της αναθέτουσας Αρχής. Ως εκ τούτου, οι σχετικές αιτιάσεις της προδικαστικής προσφυγής στηρίζονται επί εσφαλμένης παραδοχής και επομένως προβάλλονται αλυσιτελώς, πρέπει δε για το λόγο αυτό να απορριφθεί η προσφυγή ως αβάσιμη.

3. Επειδή, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων που διακηρύχθηκε με τη με αρ. 41/2017 και αρ. πρωτ. 16122/10.10.2017 Διακήρυξη της αναθέτουσας «Για την ανάδειξη αναδόχου (οικονομικού φορέα) καθαριότητας των κτιριακών Εγκαταστάσεων & του περιβάλλοντος χώρου του Γ.Ν. Μυτιλήνης" ΒΟΣΤΑΝΕΙΟ" ΜΤΕΝΣ, ΚΕΦΙΑΠ, Ιατροπαιδαγωγικού Κέντρου για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους» με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη οικονομική προσφορά βάσει τιμής, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 516.129,00 ευρώ (CPV 90911200-8) που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 9.10.2017 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 11-10-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002074163 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 12-10-2017 με συστημικό α/α 45146. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της

Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της διακήρυξης στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 11-12-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως Προσφυγής, αφού έγινε αποδεκτός για το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού και έτσι προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό έτερου συμμετέχοντος που ομοίως έγινε αποδεκτός δια της προσβαλλομένης. Η δε παρέμβαση ασκείται μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος από τον οικονομικό φορέα του οποίου τον αποκλεισμό αιτείται η προσφυγή, νομίμως υπογεγραμμένη από τον νόμιμο εκπρόσωπο του παρεμβαίνοντος και εμπροθέσμως, την 30-12-2017, ήτοι εντός του κατ' άρ. 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 δεκαημέρου από την 20-12-2017 όταν και η προσφυγή κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ. Επομένως, τόσο η Προσφυγή όσο και η Παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστεί περαιτέρω η υπόθεση κατ' ουσία.

4. Επειδή, κατά τον Κανόνα 15, παρ. 4.3 Παράρτημα ΙΧ της Οδηγίας 93/42/ΕΚ «... Όλα τα προϊόντα που πρόκειται να χρησιμοποιηθούν ειδικά για την απολύμανση ιατροτεχνολογικών προϊόντων υπάγονται στην κατηγορία ΙΙα. Εκτός εάν πρόκειται να χρησιμοποιηθούν ειδικά την απολύμανση προϊόντων επεμβατικής τεχνολογίας, οπότε υπάγονται στην κατηγορία ΙΙβ. Ο κανόνας αυτός δεν ισχύει για τα προϊόντα που προορίζονται για τον καθαρισμό ιατροτεχνολογικών προϊόντων, εκτός των φακών επαφής, μέσω φυσικής δράσεως.». Κατά την έννοια της ως άνω διατάξεως, το αν ένα προϊόν είναι ιατροτεχνολογικό ή όχι, όπως και η ειδικότερη κατηγορία του, ως και κατ' αποτέλεσμα, η διαδικασία πιστοποίησής του και η υποχρέωση σημάτισής του με CE, άρα και κατ' αποτέλεσμα κατά την εθνική νομοθεσία υποκείμενο σε

## Αριθμός Απόφασης 28/2018

καταχώρηση στο Μητρώο του ΕΚΑΠΤΥ, είναι ζήτημα αντικειμενικό και γενικό και όχι υποκειμενικό και περιπτώσιολογικό. Δηλαδή τα παραπάνω, εξαρτώνται από τον κατασκευαστικό προορισμό του, δηλαδή τον σκοπό χρήσης για τον οποίο παρασκευάστηκαν και προς την εκπλήρωση του οποίου καταρχήν προορίζονται και κατασκευάστηκαν ώστε να χρησιμοποιηθούν, και όχι προφανώς από την εκάστοτε ανά περίπτωση, περαιτέρω της προοριζόμενης, έτερη δυναμική χρήση του προϊόντος στο πλαίσιο κάποιας συγκεκριμένης ειδικότερης δραστηριότητας ή αντικειμένου και για τον ανά περίπτωση ειδικότερο σκοπό για τον οποίο τυχόν επιθυμήσει να το χρησιμοποιήσει ένας συγκεκριμένος χρήστης του. Επομένως, ένα προϊόν το οποίο δεν κατασκευάστηκε για σκοπό ιατροτεχνολογικού προϊόντος δεν μπορεί να θεωρηθεί αναδρομικά και κατόπιν της κατασκευής του ως «ιατροτεχνολογικό», επειδή ένας κάτοχός του αποφασίζει να το χρησιμοποιήσει για τέτοιο σκοπό. Και αντίστροφα, ένα προϊόν το οποίο παρασκευάστηκε για χρήση ιατροτεχνολογικού προϊόντος, δεν χάνει τον οικείο χαρακτήρα του αναλόγως της κάθε εξατομικευμένης περίπτωσης χρήσης του και επειδή, τυχόν, ένας συγκεκριμένος χρήστης του αποφασίσει να το χρησιμοποιήσει για σκοπό ο οποίος δεν αρμόζει ή δεν χρήζει τέτοιου ιατροτεχνολογικού προϊόντος. Ούτε, κατ' αποτέλεσμα, οι διακινητές, κατασκευαστές και προμηθευτές ενός ιατροτεχνολογικού ή αντίστοιχα φαρμακευτικού προϊόντος μπορούν να απαλλάσσονται από τις οικείες υποχρεώσεις τους βάσει των κείμενων κανονιστικών διατάξεων, με την επίκληση συγκεκριμένου προορισμού χρήσης χωρίς ιατροτεχνολογικό ή φαρμακευτικό χαρακτήρα. Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, όταν μια διακήρυξη διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έχει ως αντικείμενο μεταξύ άλλων και προμήθεια ή χρήση προϊόντων που παράγονται ως ιατροτεχνολογικού χαρακτήρα και προς τούτο, εύλογα, ζητά τη δήλωση του κωδικού του στο ΕΚΑΠΤΥ και το CE του, τα οποία εξάλλου είναι υποχρεωτικά για τη νόμιμη διακίνησή του, η τυχόν χρεία τους δεν μπορεί να εξαρτηθεί από το αν η ειδικότερη χρήση τους εντός του συμβατικού αντικειμένου δεν είναι απαραίτητως αυτή ενός ιατροτεχνολογικού προϊόντος κατά τους ορισμούς των οικείων ενωσιακών Οδηγιών.

5. Επειδή, περαιτέρω των ανωτέρω αναφερομένων στη σκ. 4, προκύπτει ότι όπως γίνεται παγίως δεκτό (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 127/2017) η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο τη δημόσια αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν και υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται σε αυτή (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Περαιτέρω, ως επί ποινή αποκλεισμού και επομένως ουσιώδεις ελλείψεις που, κατά το άρ. 91 παρ. 1 περ. α' Ν. 4412/2016, δύνανται μόνες τους να επιφέρουν τον αποκλεισμό μιας προσφοράς θεωρούνται όσες προβλέπονται ως τέτοιες από τη διακήρυξη και δη με σαφή, ρητό και ειδικό όρο με συγκεκριμένη παραπομπή ως προς την οικεία απαίτηση, η έλλειψη της οποίας είναι ουσιώδης (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 236/2017), ιδίως εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «με ποινή αποκλεισμού...», «με ποινή απαραδέκτου οι συμμετέχοντες πρέπει...» ή άλλους παρόμοιους, οπότε είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002), άλλως δε θα προέκυπτε άνιση μεταχείριση μεταξύ όσων μετεχόντων τους τήρησαν συμμορφούμενοι με το παραπάνω κανονιστικό πλαίσιο και όσων, παρά τη σαφή παραπάνω διατύπωση, παρέλειψαν να τους τηρήσουν. Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι οι τεχνικές προδιαγραφές και εν γένει όροι του διαγωνισμού, που τίθενται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, όπως και τα οικεία δικαιολογητικά εξάλλου, πρέπει να συντρέχουν και όποτε

ζητείται τούτο, να δηλώνονται, κατά τον χρόνο περαίωσης της διαδικασίας παραλαβής προσφορών και η διάγνωση της κατά τον χρόνο εκείνο ελλείψεως τους συνεπάγεται δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), ενώ δεν είναι δυνατό εκ των υστέρων να προσκομιστούν νέα κρίσιμα κατά τη Διακήρυξη στοιχεία (ΣΤΕ 436/2002), όπως και δεν είναι δυνατή η λήψη υπόψη κατά τη διαδικασία ανάθεσης προσόντος που δεν αποδείχθηκε, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, καθώς έτσι θα παραβιαζόταν η αρχή της τυπικότητας του διαγωνισμού και ασφάλειας αυτού, εκθέτοντας την κατακυρωτική κρίση σε τυχαία, μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα. Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

6. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω στη σκ. 5, ουσιώδης έλλειψη της προσφοράς ενός μετέχοντος και δη επί στοιχείου ζητούμενου επί ποινή αποκλεισμού, δεν είναι δυνατόν να καλυφθεί με "δανεισμό" αντίστοιχων στοιχείων, όπως αν συνιστούν προσδιοριστικά στοιχεία, προδιαγραφές, πρότυπα και εν γένει έγγραφα ενός κοινώς προσφερόμενου από περισσότερους υποψηφίους προϊόντος, από την προσφορά τυχόν έτερου μετέχοντος, ο οποίος παρείχε τα απαραίτητα στοιχεία, συμμορφούμενος με τη διακήρυξη. Τούτο, για τον προφανή λόγο ότι θα εξίσωνε αδικαιολόγητα τον ορθώς μετέχοντα και πληρούντα τους όρους της διακήρυξης με αυτόν που τους παραβίασε, κατά παράβαση όχι μόνο της αρχής της ίσης μεταχείρισης, αλλά



πρωτίστως του ανόθευτου ανταγωνισμού. Ούτε μπορεί να εκληφθεί μια τέτοια ουσιώδης μάλιστα έλλειψη, ως αναπληρωθείσα με το πρώτον μεταγενέστερη της υποβολής της προσφοράς, επίκληση είτε της έλλειψης εξαρχής χρείας της οικείας απαίτησης ή της μη επελεύσεως βλάβης από τη μη τήρηση του όρου, όπως όταν οι ισχυρισμοί αυτοί προβάλλονται κατά το στάδιο εξέτασης προδικαστικής προσφυγής περί τον αποκλεισμό του προσφέροντος. Η δε τυχόν επέλευση ή μη βλάβης από τη μη τήρηση των οριζόμενων από τη διακήρυξη απαιτήσεων της τεχνικής προσφοράς, όπως υπό την εκδοχή ότι το τυχόν προσφερόμενο προϊόν είναι ούτως ή άλλως κατάλληλο ή πληροί ούτως ή άλλως τις τεχνικές προδιαγραφές και ως μην δηλώθηκαν αυτές καίτοι η διακήρυξη το απαιτούσε ρητώς, προβάλλονται αλυσιτελώς, καθώς δεν είναι δυνατό η εκ μέρους των διαγωνιζομένων τήρηση των όρων της διακήρυξης να επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια αυτών περί του να κρίνουν οι ίδιοι τη χρεία κάποιου απαιτούμενου στοιχείου ή τη σκοπιμότητα όρου της διακήρυξης ή περί του πως μπορούν να επιφέρουν με άλλα μέσα, από τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη, τυχόν ισοδύναμο αποδεικτικό αποτέλεσμα. Σε αντίθετη δε περίπτωση, αν δηλαδή η ΑΕΠΠ δύνατο να αποδέχεται και να αξιολογεί δια της εκάστοτε προσφυγής ή παρεμβάσεως το πρώτον προβαλλόμενες και προσκομιζόμενες πληροφορίες, δικαιολογητικά και έγγραφα που ο προσφεύγων παρέλειψε να υποβάλει και να αναφέρει με την προσφορά του καίτοι υποχρεούτο προς τούτο κατά τη διακήρυξη και τον νόμο ή να αξιολογεί κατά τη διάγνωση ουσιωδών ελλείψεων της προσφοράς τη σκοπιμότητα τήρησης των αποδεικτικών τύπων και την ίδια την ανά περίπτωση καταλληλότητα του προϊόντος, όχι μόνο θα προέκυπτε μια αδικαιολόγητη ευμενής μεταχείριση και διάκριση υπέρ του προσφέροντος και δη υπό τη μορφή μιας ανεξέλεγκτης «δεύτερης ευκαιρίας» ή εκ του αποτελέσματος απαλλαγής από τους όρους της διακήρυξης, κάτι που ούτε ο νόμος ούτε η διακήρυξη καθιερώνουν, και επομένως κατάφωρη παραβίαση της αρχής της ισότητας, διαφάνειας και τυπικότητας εις βάρος των τηρούντων τους όρους της διακήρυξης λοιπών συμμετεχόντων (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 208/2017). Αλλά, ούτως η ΑΕΠΠ θα υπερέβαινε και την αρμοδιότητά της ασκώντας

παρεμπόμπντα έλεγχο, ενώ η διαδικασία έχει φθάσει στην αξιολόγηση προσφορών, επί της σκοπιμότητας και ανάγκης, μη περιοριστικών εξάλλου του ανταγωνισμού (καθώς η υποχρέωση αποδεικτικού τύπου δήλωσης στοιχείων περί συμμόρφωσης προϊόντος με τις τειθέμενες τεχνικές προδιαγραφές δεν δύναται εκ φύσεως της να περιορίσει τον ανταγωνισμό) όρων που έγιναν ανεπιφύλακτα δεκτοί και δεν αμφισβητήθηκαν. Θα έχανε δε οιοδήποτε νόημα η κανονιστική ισχύς της διακήρυξης, αφού οιοσδήποτε θα δύνατο, μετά τον αποκλεισμό του με συγκεκριμένη αιτιολογία, να τον αίρει καλύπτοντας ετεροχρονισμένα τις ελλείψεις και τους λόγους απαραδέκτου της συμμετοχής του ή αμφισβητώντας το αναγκαίο των εκάστοτε όρων, αναλόγως του ανά περίπτωση εντοπισμού εκ μέρους του παραβίασής τους. Η δε προδικαστική προσφυγή από μέσο ελέγχου παρανομιών των εκτελεστών πράξεων των αναθετουσών, αλλά και αντίστροφα η παρέμβαση για την ταυτότητα του νομικού λόγου, θα κατέληγαν προκάλυμμα για διόρθωση ή κάλυψη δι' αυτής συνομολογούμενων σφαλμάτων των οικονομικών φορέων (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 208/2017). Ούτε εξάλλου η ΑΕΠΠ, όταν εντοπίσει ακόμη και επουσιώδη έλλειψη, έχει εκ του νόμου αρμοδιότητα να ασκεί την επαφιόμενη αποκλειστικά στην αναθέτουσα, διακριτική ευχέρεια του άρ. 102 Ν. 4412/2016, η οποία και πάλι ελέγχεται ως προς τη νομιμότητα και την εκ μέρους της τήρηση των άκρων ορίων αυτής (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 187/2017), ιδίως ως προς τον περιορισμό του άρ. 102 παρ. 3, κατά το οποίο η άσκηση της ευχέρειας αυτής *«δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης»*. Ούτε για την ταυτότητα του νομικού λόγου, η προδικαστική προσφυγή ή η κατ' αυτής παρέμβαση συνιστούν το νόμιμο μέσο για τέτοιες τυχόν συμπληρώσεις, οι οποίες εξάλλου κατά ρητή μνεία του άρ. 102 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4412/2016 *«Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.»*, δεν συνιστούν ευχέρεια του οικονομικού φορέα ούτε δύναται να λαμβάνουν εξ αυτού χώρα αυτόκλητα. Πολλώ δε μάλλον, που δεν παρέχεται από το άρ. 102 Ν. 4412/2016 ούτως ή

άλλως πρόβλεψη παροχής δυνατότητας διευκρινίσεων για την άρση ουσιώδους έλλειψης της προσφοράς και ζητούμενου επί ποινή αποκλεισμού στοιχείου.

7. Επειδή, στο άρθρο 4ο “Τρόπος Υποβολής Τεχνικής και Οικονομικής Προσφοράς” της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «*Ο προσφέρων πρέπει, με ποινή αποκλεισμού της προσφοράς, να επισυνάψει στη συγκεκριμένη ενότητα της τεχνικής προσφοράς τους και: πλήρη τεκμηριωμένα πιστοποιητικά σήμανσης CE (οδηγία 93/42/ΕΟΚ), τους αντίστοιχους κωδικούς ΕΚΑΠΤΥ ανά προσφερόμενο είδος.*». Στο δε άρθρο 5 στη σελίδα 52 της διακήρυξης προβλέπεται ότι στα απαιτούμενα προϊόντα καθαρισμού και απολύμανσης του νοσοκομείου πρέπει να κατατεθούν Απολυμαντικά για χώρους υψηλού κινδύνου: Χειρουργεία Μ.Ε.Θ., Αιμοδοσία, νεογνά, χειρουργεία Μαιευτικού κτλ., ενώ στη σελίδα 53 αναγράφεται ότι “*Όλα τα προϊόντα θα πρέπει να είναι εγκεκριμένα από τον κατά περίπτωση αρμόδιο οργανισμό(ΕΟΦ, Γεν. Χημείο του Κράτους κ.λπ.) και να φέρουν τις ανάλογες σημάνσεις (π.χ. CE).*”. Με τις παραπάνω σαφείς επισημάνσεις, η διακήρυξη απαίτησε από τους προσφέροντες και δη επί ποινή αποκλεισμού τους, ότι για κάθε προϊόν τους που φέρει αντίστοιχα CE ή/και κωδικό ΕΚΑΠΤΥ, θα πρέπει να προσκομίσουν με την ίδια την προσφορά τους, τα πιστοποιητικά CE ή τον αριθμό κωδικού ΕΚΑΠΤΥ. Από την παραπάνω δε αδιάστικτη διατύπωση της διακήρυξης, την οποία εξάλλου ανεπιφύλακτα αποδέχθηκαν όλοι οι μετέχοντες στον διαγωνισμό και το κύρος της οποίας δεν δύναται πλέον να ελεγχθεί παρεμπιπτόντως, σύμφωνα και με όσα αναφέρονται στη σκ. 6, η αναθέτουσα δεν κατέλειψε στην κρίση των συμμετεχόντων να ερμηνεύσουν τη διακήρυξη ή να την προσαρμόσουν τελολογικά με βάση το οικείο ενωσιακό δίκαιο ή να κρίνουν οι ίδιοι τον προορισμό χρήσης τους με τυχόν εκ μέρους τους οικεία υπαγωγή στην έννοια του ιατροτεχνολογικού προϊόντος και να αποφασίσουν οι ίδιοι αν για τα (κατέχοντα κωδικό ΕΚΑΠΤΥ) προϊόντα που προσφέρουν χρειάζεται ή όχι να δηλωθούν τα στοιχεία του οικείου κωδικού. Ούτε, όπως προαναφέρθηκε, η αρχή της διαφάνειας, τυπικότητας και ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων καταλείπει κάποιο περιθώριο στους μετέχοντες διακριτικής εκ μέρους τους

ευχέρειας και επιλεκτικής τήρησης των επί ρητή ποινή αποκλεισμού όρων του διαγωνισμού ούτε εξάρτηση της τελευταίας από την άποψη των συμμετεχόντων περί της σκοπιμότητας, χρησιμότητας ή ανά περίπτωση ορθότητάς της βάσει τυχόν εκ μέρους της συνδουασμένης ερμηνείας με άλλους όρους της διακήρυξης. Αλλά υποχρέωσε τους προσφέροντες να δηλώσουν τον κωδικό ΕΚΑΠΤΥ, μεταξύ άλλων, για όποιο εκ των προσφερομένων προϊόντων τους, ήταν καταχωρημένο στο οικείο Μητρώο. Εξάλλου, αν οι προσφέροντες φρονούσαν ότι κάποιος όρος ήταν άσκοπος, αδικαιολόγητος και περιοριστικός τυχόν του ανταγωνισμού, όφειλαν να τον προσβάλουν επικαίρως κατά το στάδιο πριν την υποβολή της προσφοράς τους, όπως δικαιούνται, και όχι να επικαλούνται ισχυρισμούς περί της μη εφαρμογής του, το πρώτον μετά την υποβολή αυτής και κατά το στάδιο της αξιολόγησης, επ' ευκαιρία παρεμβάσεώς τους επί προσφυγής περί εκ μέρους τους παραβιάσεώς του. Επιπλέον, σύμφωνα και με την αρχή της τυπικότητας των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (πρβλ. ΣτΕ 4052/1990, 3760/1992 κλπ), οι προσφορές των διαγωνιζομένων πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και τα απαιτούμενα που αυτή καθιερώνει δεν μπορεί να ληφθούν υπόψη ως τυχόν "προαιρετικής" ή "ανά περίπτωση" δεσμευτικότητας. Σύμφωνα με την ως άνω αρχή, που διέπει μεταξύ άλλων τον τρόπο συντάξεως, εν γένει, των προσφορών στα πλαίσια των διαδικασιών διενέργειας των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην ύπαρξη διαφάνειας κατά τη διεξαγωγή αυτών, στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως των προσφορών και στην ανάγκη ευχερούς συγκρίσεως αυτών μεταξύ τους (ΣτΕ 279/2008), η προσκόμιση στον φάκελο της προσφοράς εκάστου διαγωνιζόμενου των οριζόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών απαιτείται να πραγματοποιείται με τον τρόπο που αυτή επακριβώς καθορίζει, μη επιδεχόμενης άλλης ερμηνείας. Τούτο δε, εκτός των άλλων και συνεπεία του κανονιστικού χαρακτήρα της διακήρυξης και της δέσμευσης που παράγει ως προς τις απαιτήσεις που θεσπίζει τόσο ως προς την αναθέτουσα, όσο και ως προς τους μετέχοντες, με συνέπεια για τους τελευταίους, οι προσφορές τους να αποκλείονται αν αποκλίνουν από τα κατά τη διακήρυξη οριζόμενα (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 118 και 119/2017 και βλ. ενδεικτικά Ε.Σ. VI Τμ. 294/2010,

224, 19/2005). Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας (ως ανωτέρω ορίζεται), της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της ενωσιακής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και δη με τον τρόπο που αυτή ορίζει (πρβλ. ΣΤΕ 1329/2008). Συνεπώς τυχόν διαφορετική αντιμετώπιση και, ούτως, ανοχή παραλείψεως δήλωσης στοιχείων (που προβλέπονται ως επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη) από κάποιον οικονομικό φορέα θα συνιστούσε υπέρ του ευμενή διάκριση και αδικαιολόγητη και άνιση ευνοϊκή μεταχείριση του (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 133/2017).

**8.** Επειδή, επομένως, όσα ο προσφεύγων το πρώτον πλέον ισχυρίζεται περί του αν το επίμαχο απολυμαντικό που προσέφερε είχε χρήση ή όχι ιατροτεχνολογικού προϊόντος εντός του συγκεκριμένου συμβατικού αντικειμένου και η επίκληση σύνδεσης των οικείων ισχυρισμών του με το αν όφειλε ή όχι να δηλώσει τον κωδικό ΕΚΑΠΤΥ του, ασχέτως και επιπλέον όσων αναφέρθηκαν στη σκ. 4, όπως και του ότι συνιστούν στην ουσία ετεροχρονισμένη αμφισβήτηση περί της σκοπιμότητας του όρου (ο οποίος βέβαια ουδέν βάρος επαγόταν για την πλευρά του) δεν μπορούν να άρουν ή να καλύψουν την εκ μέρους του παραβίαση ουσιώδους απαίτησης της διακήρυξης. Εξάλλου, ούτε ο παρεμβαίνων αμφισβητεί ότι το επίμαχο προϊόν ήταν ιατροτεχνολογικό και ως εκ τούτου ήταν καταχωρημένο στο ΕΚΑΠΤΥ, αφού μάλιστα ο προσφεύγων, συμμορφούμενος με τους όρους της διακήρυξης, στην προσφορά του περιέλαβε τον αριθμό του (αφού το προϊόν προσφέρεται και από τους δύο). Αλλά απλώς επικαλείται, τώρα πλέον και μετά την εκ της προσφυγής κατάδειξης της οικείας εκ μέρους του παράβασης, ότι η παράλειψή του να δηλώσει τον αριθμό του, καίτοι ρητά αυτό το απαιτούσε η διακήρυξη χωρίς να το επαφίει στην κρίση των μετεχόντων ή να το εξαρτά από τη συγκεκριμένη χρήση του, δεν μπορεί να επάγεται τον αποκλεισμό του, λόγω

του ότι το ιατροτεχνολογικό προϊόν του δεν θα είχε εν προκειμένω χρήση ιατροτεχνολογικού προϊόντος, ισχυρισμός όμως, που σε κάθε περίπτωση προβάλλεται ανεπιταίρως και αλυσιτελώς στο προκείμενο στάδιο της αξιολόγησης προσφορών, δεδομένης της κατά τα παραπάνω ανεπιφύλακτης συμμετοχής του στον διαγωνισμό και της σαφούς διατύπωσης του παραπάνω όρου ως υποχρεωτικού και ως άνευ ετέρου επαγόμενου αποκλεισμού της προσφοράς, ιδίως δε αφού το αντικείμενο των απαιτούμενων από τη διακήρυξη εργασιών ήταν εκ των προτέρων γνωστό στον παρεμβαίνοντα, τα όποια δε πραγματικά στοιχεία που συγκροτούν τον οικείο ισχυρισμό του περί συγκεκριμένης χρήσης ήταν ομοίως γνωστά σε αυτόν πριν την υποβολή της προσφοράς του, ο ίδιος προσέφερε προϊόν ιατροτεχνολογικού χαρακτήρα καταχωρημένο στο ΕΚΑΠΤΥ και εν τέλει δεν συμμορφώθηκε με τον ρητό παραπάνω όρο για την οικεία δήλωση του κωδικού καταχώρησης που αφορούσε ακριβώς προϊόντα ως αυτό που προσέφερε. Ομοίως, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν παραπάνω στις σκ. 5-6, αλυσιτελώς προβάλλεται ότι το προϊόν του είναι σε κάθε περίπτωση κατάλληλο (πράγμα που δεν συνιστά αντικείμενο αμφισβήτησης από τον προσφεύγοντα, που προσέφερε το ίδιο προϊόν, ο οποίος όμως προβάλλει ότι ο παρεμβαίνων παραβίασε επί ποινή αποκλεισμού όρο περί των αποδεικτικών του υποχρεώσεων και των προσκομιζόμενων εγγράφων). Περαιτέρω, είναι νομικά αδιάφορο και το ότι το συγκεκριμένο προϊόν είναι εν τέλει καταχωρημένο στο ΕΚΑΠΤΥ με αριθμό μητρώου, που όμως δήλωσε μόνο ο προσφεύγων, η εκ μέρους του οποίου, όπως και εκ τρίτων μετεχόντων στον διαγωνισμό, επιμέλεια και συμμόρφωση με τη διακήρυξη, δεν δύναται, εν όψει και της αρχής της ισότητας και του υγιούς ανταγωνισμού, να χρησιμοποιηθεί για την κάλυψη της αντίστοιχης έλλειψης επί της τηρήσεως του ακριβώς ιδίου όρου εκ μέρους του ανταγωνιστή του και παρεμβαίνοντος. Εξάλλου, δεν μπορεί να αξιοποιηθεί υπέρ του παρεμβαίνοντος το συμπωματικό γεγονός ότι ο προσφεύγων έτυχε να προσφέρει το ίδιο προϊόν με αυτόν, και επομένως ο οικείος αριθμός ΕΚΑΠΤΥ τύγχανε να είναι ο ίδιος, κατάσταση που εξάλλου δεν θα προέκυπτε αν αντίστροφα τύγχανε να είχαν προσφέρει άλλα προϊόντα, πράγμα που ουδόλως

εξάλλου ήταν γνωστό στους μετέχοντες προ της υποβολής της προσφοράς τους και σε κάθε περίπτωση δεν δύναται να καλύψει την οικεία ουσιώδη πλημμέλεια του παρεμβαίνοντος. Συνεπώς, πρέπει να γίνει δεκτός ο μόνος λόγος της προσφυγής.

**9.** Επειδή, κατ' ακολουθία πρέπει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος της με το οποίο έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος. Να απορριφθεί η παρέμβαση.

**10.** Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ποσού δύο χιλιάδων πεντακοσίων ογδόντα ευρώ και εξήντα πέντε λεπτών (2.580,65) που κατέβαλε ο προσφεύγων.

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την Απόφαση υπ' αριθμ. 36 της από 7.12.2017/4<sup>ο</sup> Θέμα συνεδρίασης του ΔΣ των διασυνεδόμενων νοσοκομείων Γ.Ν. ΜΥΤΙΛΗΝΗΣ ΒΟΣΤΑΝΕΙΟ-Γ.Ν.Κ.Υ ΛΗΜΝΟΥ, στην οποία ενσωματώνεται το από 14.11.2017 πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού, ως προς το σκέλος της που κρίνει ως δεκτή την προσφορά της εταιρίας «...».

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού δύο χιλιάδων πεντακοσίων ογδόντα ευρώ και εξήντα πέντε λεπτών (2.580,65) στον προσφεύγοντα.

**Αριθμός Απόφασης 28/2018**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3-1-2018 και εκδόθηκε την 12-1-2018.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ**