

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Αυγούστου 2019 με τα εξής Μέλη: Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη - Εισηγήτρια, κατόπιν της 8/2019 Απόφασης της Ολομέλειας ΑΕΠΠ, της 25/2019 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ και της 1166/2019 Πράξης της Προέδρου 1^{ου} Κλιμακίου.

Για να εξετάσει την από 22-07-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 928/23-07-2019 του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «», όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής προσφεύγων).

Κατά της αναθέτουσας αρχής «».

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 12-07-2019, Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας Αρχής (εφεξής προσβαλλομένη), με αριθμό 766, από το πρακτικό 36/10-07-2019 της Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του, με θέμα/περίληψη: *«Λήψη απόφασης σχετικά με την έγκριση του πρακτικού Νο 1 (δικαιολογητικά – τεχνική αξιολόγηση) και του πρακτικού Νο 2 (οικονομική αξιολόγηση) της επιτροπής αξιολόγησης Ανοιχτού Διαγωνισμού (κάτω των ορίων) για την προμήθεια του είδους «ΙΑΤΡΙΚΗ ΓΑΖΑ», ενταγμένου στον Πίνακα Προγραμματισμού Προμηθειών και Υπηρεσιών Υγείας Έτους 2019 προυπολογιζόμενης δαπάνης 70.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, με CPV 33141114-2 και ΚΑΕ 1311, και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής», καθ' ο μέρος, και κατ' επικύρωση των οικείων πρακτικών Επιτροπής Διαγωνισμού, έκρινε ως τεχνικά αποδεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων «» και «» και τους ανέδειξε προσωρινούς ανάδοχους για τα τμήματα – για τα οποία*

συμμετείχαν και όπως αναφέρονται αναλυτικά επί της προσβαλλομένης - στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης που προκηρύχθηκε δυνάμει της με αριθμό διακήρυξης και συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ, μέσω Ανοικτού Διαγωνισμού (κάτω των ορίων) για την προμήθεια «ΙΑΤΡΙΚΗ ΓΑΖΑ», ενταγμένης στον Πίνακα Προγραμματισμού Προμηθειών και Υπηρεσιών Υγείας Έτους 2019 προϋπολογιζόμενης δαπάνης 70.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, με CPV 33141114-2 και ΚΑΕ 1311, και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Σύμφωνα με την διακήρυξη η σύμβαση φέρει προϋπολογισμό χωρίς ΦΠΑ 61.860,39€ και με ΦΠΑ 69.902,24€. Σημειώνεται ότι ο διαγωνισμός αφορά σε 16 διαφορετικά είδη/τμήματα και γίνονται δεκτές προσφορές για το σύνολο της προμήθειας ή για κάθε είδος χωριστά και θα καλύπτουν τη συνολική ποσότητα κάθε είδους. Ο προσφεύγων είχε συμμετάσχει στον διαγωνισμό καταθέτοντας προσφορά για τα είδη με αριθμούς 1, 2, 6, 10,1 και 12 [για τα οποία είχαν συμμετάσχει ομοίως οι οικονομικοί φορείς «» και «»].

Επί της προδικαστικής προσφυγής κατατέθηκε εμπρόθεσμα και νομότυπα και μετ' εννόμου συμφέροντος η από 01-08-2019 παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «» με την οποία αιτείται: 1) να γίνει δεκτή η παρέμβαση του, 2) να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλομένης Απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής κατά το μέρος που τον αφορά και 3) να απορριφθεί η προδικαστική προσφυγή. Όλοι οι πραγματικοί και νομικοί ισχυρισμοί του παρεμβαινόντα έχουν ληφθεί υπόψη κατά την εξέταση της παρούσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το ελάχιστο νόμιμο κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 600,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η από 22-07-2019 εμπροθέσμως ασκούμενη (κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. α' Ν.4412/2016) προσφυγή κατά της από 12-07-2019 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου σε όλα τα τμήματα του διαγωνισμού, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η οποία λόγω του ποσού της εκτιμώμενης αξίας της [χωρίς ΦΠΑ 61.860,39€], υπάγεται στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Ο δε προσφεύγων που κατέστη τεχνικά αποδεκτός δια της προσβαλλομένης, πλην όμως δεν ορίστηκε προσωρινός μειοδότης για τα τμήματα/είδη με αριθμούς 1, 2, 6, 10.1 και 12, μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά της τεχνικής αποδοχής της προσφοράς του οικονομικού φορέα «» προβάλλοντας αυτολεξεί τα εξής: «[...] Από όλα τα ως άνω καθίσταται απόλυτα σαφές, ότι δεν μπορεί να υπάρχει διάταξη στη διακήρυξη του διαγωνισμού που να αντιτίθενται τόσο στο ενωσιακό όσο και στο εθνικό δίκαιο και οι προμήθειες των προϊόντων αυτών από δημόσιες αρχές πρέπει να ακολουθούν τις ως άνω προδιαγραφές και διαδικασίες. Η τυχόν υπάρχουσα διάταξη θα πρέπει να θεωρηθεί ανεφάρμοστη από τους οικονομικούς φορείς ενδιαφερομένους να συμβληθούν με την αναθέτουσα αρχή, ως αντίθετη στους προαναφερόμενους κανόνες δικαίου. Η δε κρίση των Αναθετουσών Αρχών σε κάθε περίπτωση πρέπει να είναι απόλυτα σύμφωνη με τις επιταγές των ως άνω Οδηγιών. Η εταιρία μας προκειμένου να συμμορφωθεί με την Κοινοτική Οδηγία 93/43 ΕΕΚ και την απόφαση του ΕΟΦ προέβη σε μια επίπονη χρονοβόρα και δαπανηρή διαδικασία πιστοποίησης των προϊόντων της με Πιστοποιητικό CE κατηγορίας IIa. Ήδη διαθέτουμε και έχουμε προσκομίσει το πιστοποιητικό CE κατηγορίας IIa για την παραγωγή και τελικό έλεγχο των – φαρμακευτική γάζα και – φαρμακευτική γάζα ΧRAY που έχει εκδώσει ο οργανισμός HTCERT, ο οποίο είναι ένας κοινοποιημένος οργανισμός σύμφωνα

με την Οδηγία της Επιτροπής 93/42/EEC που αφορά ιατροτεχνολογικά προϊόντα με αριθμό αναγνώρισης 2803. Περαιτέρω επισημαίνουμε ότι ορθώς τόσο το Υπουργείο Ανάπτυξης όσο και ο καθ' ύλην αρμόδιος ΕΟΦ ζητά οι φαρμακευτικές γάζες να έχουν πιστοποιητικό CE κατηγορίας IIa δηλαδή η παραγωγή των γαζών να ελέγχονται από εξωτερικό κοινοποιημένο οργανισμό αφού όπως είναι γνωστό χρησιμοποιούνται σε ανοικτές πληγές και παραμένουν στο ανθρώπινο οργανισμό κατά την διάρκεια εγχειρήσεων. Η κατηγοριοποίηση των προϊόντων I, IIa, IIb, III γίνεται με βάση την επικινδυνότητα για τον άνθρωπο και τον χρόνο παραμονής στο ανθρώπινο σώμα. Για να γίνει καλύτερα κατανοητό υλικά όπως επίδεσμοι που δεν έρχονται σε επαφή με πληγές ανήκουν στην κατηγορία I, οι φαρμακευτικές γάζες ανήκουν στην κατηγορία IIa και τα απορροφήσιμα ράμματα στην κατηγορία III. Ειδικά για τα προϊόντα του επίδικου διαγωνισμού καθίσταται σαφές ότι απαιτείται από την Οδηγία και την εγκύκλιο του ΕΟΦ ότι πρέπει να διαθέτουν Πιστοποιητικό CE κατηγορίας IIa από επίσημο οργανισμό πιστοποίησης το οποίο να αφορά ειδικά το προϊόν της φαρμακευτικής γάζας. Στην προκειμένη περίπτωση αναφέρουμε πως η εταιρία, που είναι εισαγωγέας ιατροτεχνολογικών προϊόντων από την Κίνα και συμμετείχε στον εν λόγω διαγωνισμό, δεν κατέθεσε το προβλεπόμενο πιστοποιητικό CE κατηγορίας IIa για τα προσφερόμενα προϊόντα. Η εν λόγω εταιρία κατέθεσε Πιστοποιητικό CE κατηγορίας IIa που όμως δεν αφορά το προϊόν της φαρμακευτικής γάζας. Όπως συγκεκριμένα αναφέρει το υποβληθέν πιστοποιητικό «θέματα κατασκευής που αφορούν στην εξασφάλιση και την διατήρηση της αποστείρωσης: Χειρουργικά πεδία, Μπλούζες χειρουργείου, μη υφασμένα τολύπια, γάζες. Από μια απλή επισκόπηση γίνεται αντιληπτό ότι το υποβληθέν πιστοποιητικό αφορά την αποστείρωση διαφόρων υλικών κι όχι τα ίδια τα προϊόντα. Γι' αυτό και αναφέρουν άοριστα υλικά κι όχι τα συγκεκριμένα προσφερόμενα και αξιολογούμενα υλικά, δηλαδή πιστοποιητικό φαρμακευτική γάζας. (Συνημμένο Νο 3) Επίσης, η εταιρία που είναι επίσης εισαγωγέας ιατροτεχνολογικών προϊόντων από την Κίνα συμμετείχε στον εν λόγω διαγωνισμό και δεν κατέθεσε καθόλου το προβλεπόμενο πιστοποιητικό CE κατηγορίας IIa για τα ζητούμενα προϊόντα. Όπως προκύπτει από τα έγγραφα η

ως άνω εταιρεία κατέθεσε πιστοποιητικό CE κατηγορίας I.(Συνημμένο Νο 4 [...]). Τούτο δεδομένου ότι η προσφορά του κατά την προσβαλλομένη κατετάγη για καθένα εκ των ως άνω τμημάτων σε κατώτερη θέση από αυτήν του παρεμβαίνοντος. Όσον αφορά το σκέλος της προσφυγής που στρέφεται κατά της αποδοχής του «», καταρχάς ο προσφεύγων δεν προσδιορίζει τα τμήματα για τα οποία προσβάλει τη συμμετοχή του, πλην όμως καθ' ερμηνεία του δικογράφου μετά των συνημμένων του, προκύπτει ότι οι αιτιάσεις του προβάλλονται κατά της αποδοχής του ως άνω μετέχοντος στα τμήματα 1 και 12, που αφορούν και τα ως άνω σχετικά της προσφυγής του έγγραφα. Πλην όμως, όσον αφορά το τμήμα 1, ο προσφεύγων κατετάγη δεύτερος μετά τον παρεμβαίνοντα, η δε προσφορά του τρίτη μετά από αυτήν του προσφεύγοντος, με αποτέλεσμα ο τυχόν αποκλεισμός του τελευταίου να μην προσφέρει οιοδήποτε έστω και δυνητικό όφελος στη θέση του προσφεύγοντος και ούτως είναι αντιστοίχως απορριπτέα η προσφυγή λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος ως προς το οικείο τμήμα, παραδεκτή δε κατά του ως άνω μετέχοντος, μόνο όσον αφορά το τμήμα 1, όπου ο προσφεύγων κατετάγη τρίτος με δεύτερο τον και πρώτο τον παρεμβαίνοντα. Η αναθέτουσα με τις από 26-07-2019 Απόψεις της αιτείται την απόρριψη της προσφυγής. Επομένως, η προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή κατά το ως άνω παραδεκτό σκέλος της, ήτοι καθ' ο μέρος στρέφεται κατά του παρεμβαίνοντος και καθ' ο μέρος στρέφεται ειδικώς ως προς το τμήμα 12 κατά του και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της

σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

4. 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) της διακήρυξης, 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, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Περαιτέρω, οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν στο σύνολο τους, απαράβατους όρους της διακήρυξης πλην εάν ορίζεται ότι είναι προαιρετικές ή ότι είναι αποδεκτή η πλήρωση μέρους μόνο αυτών (ΔΕφΑθ αναστ. 230/2012).

5. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣτΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ.ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς. Επιβάλλεται δε να προσδιορίζονται

επακριβώς στην διακήρυξη τα προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν τη διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό. Επομένως, δεν είναι κατ' αρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για το λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα, και μάλιστα δικαιολογητικά που απαιτούνται από διατάξεις, στις οποίες η διακήρυξη δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στον διαγωνισμό δίκαιο (πρβλ. ΣΤΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008, ΕΑ 53/2011), αλλά από την ερμηνεία της εν λόγω νομοθεσίας και των εν λόγω εγγράφων, καθώς και από την εκ μέρους των εθνικών διοικητικών αρχών και των εθνικών δικαστηρίων συμπλήρωση των κενών των εγγράφων και της νομοθεσίας (Απόφαση Pippo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

6. 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) Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C-27/15, Pippo Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404, σκ.42).

7. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία, βάσει των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας και της διαφάνειας που διέπουν τη διαδικασία

συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνον τα αξιούμενα από την διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, και κατά συνέπεια, ανεξαρτήτως παντός άλλου, δεν συντρέχει λόγος αποκλεισμού για έγγραφα ή δικαιολογητικά μη απαιτούμενα από τη διακήρυξη (ΕΑ ΣτΕ 18, 19/2011, 3703/2010, 1616, 254/2008, 318/2013 ΔΕΦ ΑΘ (ΑΣΦ)). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται νομίμως να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54).

8. Επειδή αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραίτους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣτΕ 1740/2004, 93,316,563/2006). Αν δεν υπάρχει, σύμφωνα με τα ανωτέρω, απόκλιση από τεχνική προδιαγραφή, ο αποκλεισμός προσφοράς λόγω έλλειψης ιδιότητας, η οποία εκ των υστέρων κρίνεται επιθυμητή, είναι μη νόμιμη (ΣτΕ (ΑΣΦ) 61/2011).

9. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣτΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους 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).

10. Επειδή, 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).

11. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko κ.λπ.*, C599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

12. Επειδή εν προκειμένω, η Διακήρυξη που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού, μεταξύ άλλων, ορίζει ότι: «[...] 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα. [...] Β.5. Για την απόδειξη της συμμόρφωσής τους με πρότυπα

διασφάλισης ποιότητας και πρότυπα περιβαλλοντικής διαχείρισης της παραγράφου 2.2.7 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν. 1. Πιστοποιητικό EN ISO 9001 : 2008 ή EN ISO 13485 : 2003 ή νεότερο με πεδίο πιστοποίησης την διακίνηση ιατροτεχνολογικών προϊόντων και 2. Πιστοποιητικό EN ISO 13485 : 2003 ή νεότερο για την τεχνική υποστήριξη ιατροτεχνολογικών προϊόντων 3. Πιστοποιητικά σήμανσης CE για τον προσφερόμενο εξοπλισμό ώστε να ικανοποιούνται οι αντίστοιχες απαιτήσεις των σχετικών οδηγιών της Ε.Ε. (Οδηγία 93/42/EEC όπως ισχύει σήμερα). [...] 2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά» [Συμπληρώνεται για συμβάσεις κάτω των ορίων :] Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) Το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.9.1. της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΤΕΥΔ το οποίο έχει αναρτηθεί, και σε επεξεργάσιμη μορφή αρχείου doc, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα...), β) εγγύηση συμμετοχής, σύμφωνα με το άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τις παραγράφους 2.1.5 και 2.2.2 της παρούσας διακήρυξης. γ) τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης του προσφέροντος ή του υποψήφιου νομικού προσώπου δ) παραστατικό εκπροσώπησης, αν οι οικονομικοί φορείς συμμετέχουν με αντιπρόσωπο τους. Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν το ΤΕΥΔ για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση. 2.4.3.1 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος II της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα. [Στις περιπτώσεις που υπάρχει υπόδειγμα τεχνικής

προσφοράς - φύλλο συμμόρφωσης ή άλλο περιγραφικό έγγραφο της διακήρυξης, στο σημείο αυτό θα πρέπει να γίνεται σχετική παραπομπή με αναφορά στον τρόπο πρόσβασης σε έντυπη ή σε ηλεκτρονική μορφή]. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν. [...]». Σημειώνεται ότι στα οικεία Παραρτήματα της Διακήρυξης αναφέρεται «Προσφερόμενα προϊόντα πιστοποιημένα από κοινοποιημένο Οργανισμό. ΝΑΙ ΣΗΜΑΝΣΗ CE» [βλ. σχετικά σελίδα 64 της διακήρυξης].

13. Επειδή, αναφορικά με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα περί εσφαλμένης αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, οι οποίοι ισχυρισμοί απορρίπτονται, λεκτέα τα ακόλουθα. Όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, στο πεδίο των δημοσίων Διαγωνισμών, ισχύει η αρχή της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του Διαγωνισμού, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο του Διαγωνισμού δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295, 602, 884/2003, 69,1032/2005, 225/2009, 245/2011 κ.ά.). Επομένως, απαραδέκτως ο προσφεύγων προβάλλει στο παρόν στάδιο λόγους που αφορούν στη νομιμότητα της Διακήρυξης αναφορικά με το εφαρμοστέο δίκαιο αυτής, καθώς, όπως ορθά ισχυρίζεται και η Αναθέτουσα Αρχή «[...] Η απόφαση του ΕΟΦ 11495/1-4-1999 που επικαλείται η προσφεύγουσα, καθώς και οι προδιαγραφές του Υπουργείου Ανάπτυξης δεν περιλαμβάνονται στη διακήρυξη του διαγωνισμού και δεν έχουν εν προκειμένω εφαρμογή. Η διακήρυξη του Νοσοκομείου μας στηρίχθηκε στο πρότυπο τεύχος διακηρύξεων της ΕΑΑΔΗΣΥ και ούτε η προσφεύγουσα ούτε και άλλος διαγωνιζόμενος αμφισβήτησε αυτήν με την υποβολή προσφυγής. Επιπλέον, όσον αφορά τις προδιαγραφές της γάζας η , που είναι ο αρμόδιος φορέας, και όχι το Υπουργείο Ανάπτυξης, δεν έχει θεσπίσει σχετικά ενιαίες τεχνικές προδιαγραφές που θα ήταν δεσμευτικές για τα νοσοκομεία, ενώ όσον αφορά την απόφαση του ΕΟΦ αυτή εκδόθηκε το 1999 και στηρίζεται στις κατευθυντήριες οδηγίες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για

την κατηγοριοποίηση του Οκτωβρίου του 1998, οι οποίες έκτοτε έχουν αναθεωρηθεί και 'σήμερα ισχύουν οι κατευθυντήριες οδηγίες του Ιουνίου του 2010. Σύμφωνα με αυτές και την οδηγία 93/42 τα προϊόντα γάζας όταν χρησιμοποιούνται στα τραύματα, ως μηχανικός φραγμός, για τη συμπίεση ή για την απορρόφηση των υγρών αυτού, όπως δηλαδή θα χρησιμοποιηθούν και οι ζητούμενες γάζες, υπάγονται στην κατηγορία I και όχι στη IIa. Σε περίπτωση που αποστειρώνονται δεν αλλάζει η κατηγοριοποίησή τους. Θα πρέπει όμως να αξιολογούνται από κοινοποιημένο οργανισμό για το θέμα της επίτευξης και διατήρησης της αποστείρωσης. Στην κατηγορία IIa εντάσσονται όταν σκοπός τους είναι ο έλεγχος του περιβάλλοντος του τραύματος. Κριτήριο επομένως για την κατηγοριοποίησή τους δεν είναι η αποστείρωση αλλά η χρήση τους [...]».

Από την επισκόπηση της διακήρυξης προκύπτει η διαγωνιστική υποχρέωση των οικονομικών φορέων όπως αυτοί προσκομίσουν πιστοποιητικά σήμανσης CE για τον προσφερόμενο εξοπλισμό ώστε να ικανοποιούνται οι αντίστοιχες απαιτήσεις των σχετικών οδηγιών της E.E. (Οδηγία 93/42/EEC όπως ισχύει σήμερα). Περισσότερο, από την επισκόπηση της προσφοράς του οικονομικού φορέα «» (αριθμός προσφοράς 138203), προκύπτει ότι αυτή έχει προσκομίσει για τα ζητούμενα είδη γάζας πιστοποιητικό σήμανσης CE [του κατασκευαστή], εκδοθέν από τον οργανισμό πιστοποίησης TÜV, σύμφωνα με το οποίο πιστοποιείται ότι έχουν εκπληρωθεί οι απαιτήσεις του Παραρτήματος V της οδηγίας 93/42 για την παραγωγή των προϊόντων ακτινοσκιερής γάζας. Το δε γεγονός ότι αναφέρονται ως αντικείμενο πιστοποίησης θέματα κατασκευής περί εξασφάλισης και διατήρησης της αποστείρωσης, ουδόλως έχει άνευ ετέρου την έννοια ότι η ως άνω πιστοποίηση είναι μερική, ελλιπής ή ανεπαρκής, αφού η σήμανση CE καλύπτει συγκεκριμένα πεδία που αφορούν ποιοτικές πτυχές των ανά περίπτωση προϊόντων και κατ' αποτέλεσμα, η κάλυψη εν προκειμένω και όσον αφορά γάζες της αποστείρωσης, υπάγεται στο προβλεπόμενο πεδίο πιστοποίησης. Εξάλλου πάντως, ο προσφεύγων ουδόλως προβάλλει συγκεκριμένο πεδίο και πτυχή της παραγωγής και των χαρακτηριστικών των οικείων προϊόντων, που τυχόν θα έπρεπε να αναφέρεται και να πιστοποιείται δια του CE, αλλά δεν προκύπτει ως ελεγχθείσα και πιστοποιηθείσα δια του

προσκομισθέντος, παρά αορίστως αναφέρεται σε μη κατάθεση του προβλεπόμενου πιστοποιητικού. Επιπλέον, το γεγονός ότι η πιστοποίηση αυτή αφορά και άλλα πλην γαζών προϊόντα ουδεμία έννομη σημασία έχει, αφού ουδόλως τούτο μόνο του σημαίνει ότι η πιστοποίηση είναι ανεπαρκής τουλάχιστον ως προς τα προσφερόμενα προϊόντα, ενώ ουδόλως αποκλείεται, αντιθέτως δε είναι και σύνηθες, ομοειδή και συγγενών πεδίων ελέγχου και ενδιαφέροντος όσον αφορά τη σήμανση CE, προϊόντα να καλύπτονται από κοινή πιστοποίηση, αντί ειδικής καθ' έκαστο προϊόν. Συνεπώς, τα προϊόντα γάζας που προσφέρει η παρεμβαίνουσα προκύπτει ότι πληρουν καταρχήν την προϋπόθεση περί προσκόμισης πιστοποιητικού σήμανσης CE, ώστε να ικανοποιούνται οι αντίστοιχες απαιτήσεις των σχετικών οδηγιών της Ε.Ε. (Οδηγία 93/42/EEC όπως ισχύει σήμερα), αφού όπως και ο προσφεύγων συνομολογεί σε κάθε περίπτωση η προσκομισθείσα σήμανση είναι κατηγορίας IIa, ενώ δεν προβάλλεται οιαδήποτε επιμέρους κρίσιμη περί αυτής έλλειψης ως προς συγκεκριμένο πεδίο αναφοράς που δεδομένης της φύσης των προσφερόμενων προϊόντων, θα έπρεπε να καλύπτεται αλλά δεν καλύπτεται. Άρα, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της αποδοχής του παρεμβαίνοντος.

14. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω και από την επισκόπηση της προσφοράς του οικονομικού φορέα «» (αριθμός προσφοράς 137633), προκύπτει ότι αυτός έχει προσκομίσει για είδη γάζας πιστοποιητικό σήμανσης CE [του κατασκευαστή], κατηγορίας I, εκδοθέν από τον οργανισμό πιστοποίησης TÜV, με Αρ. G2515073850022, το οποίο έχει εκδοθεί σύμφωνα με την Οδηγία 93/42/ΕΟΚ. Πλην όμως όπως βάσιμα επικαλείται ο προσφεύγων, δεδομένου ότι όσον αφορά το μόνο υποκείμενο στον προκείμενο έλεγχο, κατά τα ανωτέρω, τμήμα 12 και τα προϊόντα του «», πρόκειται για ιατρικό υλικό που θα χρησιμοποιηθεί σε ενδονοσοκομειακές και χειρουργικές ιατρικές εργασίες προς διαχείριση μικροπεριβάλλοντος τραυμάτων και προς χρήση τους ως μηχανικοί φραγμοί σε τραύματα ερχόμενα σε επαφή με προσβεβλημένο δέρμα, θα έπρεπε να υποβληθεί CE Κατηγορίας IIa κατά την κείμενη ενωσιακή και κατ' αποτέλεσμα εθνική νομοθεσία, στην οποία

παραπέμπει εξάλλου, η διακήρυξη (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΧ ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΙΙ Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ «1.4. Κανόνας 4 Όλα τα προϊόντα μη επεμβατικής τεχνολογίας που έρχονται σε επαφή με προσβεβλημένο δέρμα:- υπάγονται στην κατηγορία Ι εφόσον πρόκειται να χρησιμοποιηθούν ως μηχανικός φραγμός, για τη συμπίεση ή για την απορρόφηση των εξιδρωμάτων,- υπάγονται στην κατηγορία ΙΙβ εφόσον πρόκειται κατά κύριο λόγο να χρησιμοποιηθούν για τραύματα που έχουν διαρρήξει το χόριο και μπορούν να επουλωθούν μόνον από μέσα προς τα έξω,- υπάγονται στην κατηγορία Ια σε όλες τις άλλες περιπτώσεις, μεταξύ των οποίων και όταν πρόκειται κατά κύριο λόγο να χρησιμοποιηθούν για τη διαχείριση του μικροπεριβάλλοντος των τραυμάτων.»). Επομένως, η προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή καθ' ο μέρος αφορά την αποδοχή του οικονομικού φορέα « » στο τμήμα 12.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή καθ' ο μέρος στρέφεται κατά της αποδοχής του οικονομικού φορέα « » στο τμήμα 12, απορρίπτεται δε κατά τα λοιπά. Να γίνει δεκτή η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα στο τμήμα 12 του διαγωνισμού.

15. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το καταβληθέν παράβολο ποσού 600,00 ευρώ.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου του προσφεύγοντα συνολικού ποσού 600,00 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 26-08-2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 16-09-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝ/ΝΟΣ