

Η

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

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 3^η Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ιωάννα Θεμελή Πρόεδρος Μαργαρίτα Κανάβα και Σταυρούλα Κουρή, σε αναπλήρωση του εξαιρεθέντος Μέλους Ειρήνης Αψοκάρδου δυνάμει της με αριθ. 68/29-7-2020 απόφασης Προέδρου ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει :

1) Την από 25-7-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 986/27-7-2020 της εταιρείας με την επωνυμία, που εδρεύει στο, νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής η «πρώτη προσφεύγουσα») και

2) Την από 27.7.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 996/28.7.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, (εφεξής η «δεύτερη προσφεύγουσα»), που φέρονται αμφότερες

Κατά της, που εδρεύει στη, περιοχή, και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή), και

Κατά της παρεμβαίνουσας κ., κατοίκου, στο -....., η οποία στρέφεται κατά της πρώτης και της δεύτερης προσφυγής.

Με την προδικαστική προσφυγή, η πρώτη προσφεύγουσα ζητά : Να ακυρωθεί η με αριθ. 62360/16-7-2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που έκανε αποδεκτές τις προσφορές της παρεμβαίνουσας και της, για το είδος με *α/α 1 χειρουργικές μάσκες 3ply με λάστιχο*, στα πλαίσια του διαγωνισμού για την *Προμήθεια Μέσων Ατομικής Προστασίας έναντι του κορωνοϊού*, καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη της αναθέτουσας αρχής *μεταγενέστερη ή προγενέστερη*.

Με την προδικαστική προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθ. 62360/16-7-2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής,

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας για το είδος με α/α 1 χειρουργικές μάσκες 3ply με λάστιχο καθώς και κάθε άλλη συναφής πράξη της αναθέτουσας αρχής μεταγενέστερη ή προγενέστερη.

Με τις παρεμβάσεις της επί αμφότερων προσφυγών η παρεμβαίνουσα δηλώνει ότι *αποσύρει* την προσφορά της για το επίμαχο είδος και δεν αιτείται την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε το Μέλος κ. Ιωάννα Θεμελή, που ορίστηκε Εισηγήτρια της πρώτης προσφυγής και το Μέλος κ. Μαργαρίτα Κανάβα που ορίστηκε Εισηγήτρια της δεύτερης προσφυγής.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης πρώτης προσφυγής έχει καταβληθεί το ελάχιστο νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο, με κωδικό, εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη «*δεσμευμένο*», και το από 24-7-2020 αποδεικτικό πληρωμής του στην). Επισημαίνεται ότι η προσφυγή έχει ασκηθεί σχετικά με το διακριτό είδος της προμήθειας με *αα 1 χειρουργικές μάσκες 3ply με λάστιχο* (σκέψη 2), ενώ ούτε από την Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, ούτε από τα εκεί μνημονευόμενα έγγραφα, δεν προκύπτει το προυπολογιζόμενο ποσόν της προμήθειας σχετικά με το οποίο ασκείται η προσφυγή, δηλ. για το είδος με *αα 1 χειρουργικές μάσκες 3ply με λάστιχο*. Συνεπώς νόμιμα και παραδεκτά έχει καταβληθεί το ελάχιστο ποσόν παραβόλου, ως προβλέπεται στο άρθρ. 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και στο άρθρ. 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*

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή. »

2. Επειδή, βάσει των εκτεθέντων στην προηγούμενη σκέψη, για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 27.7.2020 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη *δεσμευμένο*).

3. Επειδή με την υπ' αριθμ. Πρωτ. *ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΕΚΔΗΛΩΣΗΣ ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΝΤΟΣ* της αναθέτουσας αρχής, προσκλήθηκε *κάθε επιχείρηση πώλησης και διάθεσης υγειονομικού υλικού και φαρμάκων να καταθέσει προσφορά για άμεση προμήθεια ειδών ατομικής προστασίας, .. με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής*. Μεταξύ των δώδεκα (12) προς προμήθεια ειδών είναι και το επίμαχο είδος *1 Χειρουργικές Μάσκες 3play με λάστιχο για προμήθεια ποσότητας 3.500.000 τεμαχίων, με CPV ΙΑΤΡΙΚΑ ΑΝΑΛΩΣΙΜΑ* Στην σελ. 4 της πρόσκλησης ορίζεται ότι *1. Οι προσφορές υποβάλλονται ανά είδος. 2. Στους οικονομικούς φορείς δίνεται η δυνατότητα να καταθέσουν προσφορά και για μέρος της ζητούμενης ποσότητας. 3. Σε περίπτωση όπου προσφέρονται ποσότητες μικρότερες της συνολικής ζητούμενης ποσότητας κάθε είδους, τότε θα υπάρξουν τόσοι μειοδότες όσοι απαιτούνται για να συμπληρωθεί η συνολική ζητούμενη ποσότητα κάθε είδους. 4. Η κατακύρωση της προμήθειας θα γίνει ανά είδος και σε όσους μειοδότες απαιτηθεί προκειμένου να συμπληρωθεί η συνολική ζητούμενη ποσότητα*.

4. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ. 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 ακόμη και μόνον για το

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

επίμαχο είδος με αα 1 ανέρχονται σε ποσά άνω των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (βλ. σκέψη 4), 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)

5. Επειδή στον διαγωνισμό, για το επίμαχο είδος με αα 1, συμμετείχαν η πρώτη προσφεύγουσα, η δεύτερη προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα, η με τις προσφορές τους υπ' αριθ. 18, 8, 19 και 16 αντίστοιχα, καθώς και έτεροι τέσσερις οικονομικοί φορείς.

6. Επειδή η Επιτροπή του Διαγωνισμού της αναθέτουσας αρχής συνεδρίασε την 15-6-2020 και εξέδωσε πρακτικό αξιολόγησης, σύμφωνα με το οποίο αφού έλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές -μεταξύ άλλων- της προσφεύγουσας, παρεμβαίνουσας και της για το είδος με αα 1, τις έκρινε αποδεκτές και αποσφράγισε τις οικονομικές προσφορές τις οποίες αξιολόγησε ως αποδεκτές και έχουν ως εξής Τιμή 0,13 € Ποσότητα 3.500.000 (τεμάχια), Τιμή 0,228 € Ποσότητα 600.000 (τεμάχια), Τιμή 0,26 € Ποσότητα 3.500.000 (τεμάχια), Τιμή 0,269 € Ποσότητα 2.800.000 (τεμάχια), και ακολούθως οι λοιποί τέσσερις διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς, με υψηλότερες τιμές μονάδος που κυμαίνονται από 0,295 ευρώ έως 0,35 ευρώ, προτείνοντας την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου.

7. Επειδή με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση με αριθ. 62360/16-7-2020 του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το παραπάνω Πρακτικό (σκέψη 5), εν συνεχεία δε με την υπ' αριθ. 64819/22-07-2020 απόφαση η προμήθεια του επίμαχου είδους με αα 1 κατακυρώθηκε στην παρεμβαίνουσα, κατόπιν ελέγχου και αποδοχής των δικαιολογητικών της κατακύρωσης. Η προσβαλλόμενη απόφαση με αριθ. 62360/16-7-2020, με ενσωματωμένο το σχετικό Πρακτικό, κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς την 16-7-2020, με το υπ' αριθ. πρωτ. 62522/16-7-2020 διαβιβαστικό έγγραφο της αναθέτουσας αρχής.

8. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης με αριθ. 62360/16-7-2020, καθώς και κατά της αναγκαία συμπροσβαλλόμενης απόφασης κατακύρωσης με αριθ.

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

64819/22-07-2020 ασκήθηκε η υπό κρίση πρώτη προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 23-12-2019, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της προσφεύγουσας προς την ΑΕΠΠ -δεδομένου ότι ο διαγωνισμός δεν διεξάγεται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361, την παρ. 1 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017. Επισημαίνεται ότι, η απόφαση κατακύρωσης με αριθ. υπ' αριθ. 64819/22-07-2020, συμπροσβάλλεται με την ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου διότι βασίζεται, προϋποθέτει ενσωματώνει και εμπεριέχει την προσβαλλόμενη προγενέστερη απόφαση ανάδειξης προσωρινού αναδόχου. Και τούτο όχι μόνον εννοιολογικά λόγω της νομικά ουσιαστικής και διαδικαστικής αλληλουχίας των δύο προσβαλλόμενων αποφάσεων, όπου η νομιμότητα της μεταγενέστερης απόφασης κατακύρωσης εξαρτάται από την νομιμότητα της προγενέστερης απόφασης προσωρινού αναδόχου, αλλά και ρητά. Συγκεκριμένα στο σαφές γράμμα της αναγκαία συμπροσβαλλόμενης απόφασης κατακύρωσης, μνημονεύεται η προγενέστερη προσβαλλόμενη απόφαση 62360/16-07-2020 ως το νόμιμο έρεισμα και η νόμιμη προϋπόθεση αυτής (Απόφαση 64819/22-7-2019 σελ. 3 σημείο 21). Εξ άλλου, ρητά η προσφεύγουσα αιτείται και την ακύρωση κάθε μεταγενέστερης απόφασης της αναθέτουσας αρχής που είναι συναφής με την υπ' αριθ. 62360/16-07-2020 απόφαση (σελ. 1 της παρούσας, σελ. 20 της προσφυγής) και συνεπώς το αίτημα της προσφυγής καταλαμβάνει σαφώς και την μεταγενέστερη και δε επαγόμενη απόφαση κατακύρωσης. Συνεπώς, με την παρούσα προσφυγή συμπροσβάλλεται αναγκαία και η μεταγενέστερη απόφαση κατακύρωσης με αριθ. 64819/22-7-2019, υπό την έννοια ότι: ι) Σε περίπτωση μεν ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης επί των προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, η μεταγενέστερη απόφαση κατακύρωσης στερείται νομίμου ερείσματος και εγκυρότητας και ιι) Σε περίπτωση δε μη ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης επί των προσφορών, η μεταγενέστερη απόφαση κατακύρωσης της προμήθειας υπέρ της παρεμβαίνουσας, αλλά και η κατάταξη της σε προτασσόμενη σειρά σε σχέση με την προσφεύγουσα, παραμένει νόμιμη έγκυρη και δεσμευτική.

Επειδή, περαιτέρω, βάσει των εκτεθέντων υπόσ σκέψη 7, η δεύτερη υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

κατατέθηκε στις 27.7.2020 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, δοθέντος ότι ο υπό εξέταση διαγωνισμός διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361, την παρ. 1 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 28-7-2020 κοινοποίησε αμφότερες τις προσφυγές με ηλεκτρονικά μηνύματα προς τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς κατά των προσφορών των οποίων στρέφονται ήτοι προς την παρεμβαίνουσα και την ..., με τα υπ' αριθ. πρωτ. 66462/28-7-2020 και 66337/28-7-2020 διαβιβαστικά έγγραφα αντιστοίχως, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 περ. (α) του ν. 4412/20169 και στο άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 30-7-2020, και η παρεμβαίνουσα την 31-7-2020 με μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, κοινοποίησαν η μεν πρώτη ως *παρέμβαση* και η δε δεύτερη ως *υπόμνημα*, το από 30-7-2020 έγγραφο της παρεμβαίνουσας το οποίο έλαβε αριθ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 1141/2020, και 1151/2020. Με το έγγραφο τούτο η παρεμβαίνουσα απαντά μεν στους ισχυρισμούς αμφοτέρων προσφυγών κατά της προσφοράς της, ωστόσο δεν αιτείται την διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης αλλά δηλώνει τα εξής «...*δεδομένου ότι οι υπογραφές των συμβάσεων καθυστερούν με αποτέλεσμα η υπογραφή τους να συμπέσει με το κλείσιμο του εργοστασίου της στην ... λόγω καλοκαιρινών διακοπών, σας ενημερώνουμε ότι αποσύρουμε την προσφορά μας φοβούμενοι αδυναμία παράδοσης των υλικών στις συμβατικές ημερομηνίες εκτός και αν για λόγους δημοσίου συμφέροντος κρίνετε ότι μπορεί να παραταθεί η παράδοση των μασκών κατά 60 ημέρες επιπλέον από τους προβλεπόμενους από τη σύμβαση χρόνους ...* » Συνεπώς, με το περιεχόμενο τούτο, το ως άνω έγγραφο δεν συνιστά παρέμβαση καθόσον σύμφωνα με το άρθ. 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 7 του ΠΔ 39/2017, με την παρέμβαση μπορεί να επιδιώκεται αποκλειστικά και μόνο η διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης. Ωστόσο το έγγραφο αυτό συνιστά μέρος του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης και αξιολογείται ως προς τις έννομες συνέπειες που επάγεται, κατά την παρούσα εξέταση της προδικαστικής προσφυγής

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

11. Επειδή την 30-7-2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ, το με αριθ. πρωτ. 67406/30-7-2020 έγγραφο με τις απόψεις της επί της πρώτης προσφυγής καθώς και το με αριθ. πρωτ. 67407/30-7-2020 έγγραφο με τις απόψεις της επί της δεύτερης προσφυγής, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017. Περαιτέρω, την 4-8-2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, προς την πρώτη προσφεύγουσα με το υπ' αριθ. πρωτ. 68960/4-8-2020 διαβιβαστικό έγγραφο και προς τη δεύτερη προσφεύγουσα με το υπ' αριθ. πρωτ. 68973/4-8-2020 διαβιβαστικό έγγραφο, σύμφωνα με τον νόμο.

12. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα κατέθεσε νόμιμα εμπρόθεσμα και παραδεκτά την 20-8-2020 στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, *Υπόμνημα* επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

13. Επειδή στις 27.8.2020 η δεύτερη προσφεύγουσα απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 3.9.2020 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο

14. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η πρώτη και η δεύτερη προσφυγή νομίμως εισάγονται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, και 15 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν των με αριθ. 1179/2020 και 1196/2020 Πράξεων της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου *«περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί προσωρινών μέτρων»* αντιστοίχως.

15. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, με την οποία αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αποδέχθηκε τις προτασόμενες κατά το κριτήριο ανάθεσης προσφορές της αναδόχου και της

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

...., θεμελιώνοντας, εν προκειμένω, το έννομο συμφέρον της, ως ένας εκ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων με αποδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό, που εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και ως εκ τούτου επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης, βασίζοντας το έννομο συμφέρον προς παροχή έννομης προστασίας στη ζημία από την -φερόμενη- παράνομη συμμετοχή τους στο διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο προφανές όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΣτΕ 678/2016, ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, ΣτΕ 678/2016, ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001, ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846- 7). Επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα διατηρεί το έννομο συμφέρον της, παρότι δεν στρέφεται και κατά της προτασόμενης κατά το κριτήριο ανάθεσης, δεδομένου ότι ακόμη και κατόπιν της επιδιωκόμενης ευδοκίμησης της προσφυγής, η προσφεύγουσα ουδεμία βλάβη θέλει υποστεί από την συμμετοχή του προτασόμενου αυτού διαγωνιζόμενου. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα έχει προσφέρει ποσότητα 2.800.000 τεμαχίων και η έχει προσφέρει ποσότητα 600.000, κατά τρόπον ώστε δεν εξαντλείται η συνολικά προκηρυχθείσα ποσότητα των 3.500.000 τεμαχίων. Συνεπώς, και μετά τον επιδιωκόμενο αποκλεισμό των αμφισβητούμενων προσφορών της αναδόχου και της, η προσφεύγουσα αναμένεται -κατά το κριτήριο ανάθεσης- να ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος της προμήθειας για την ποσότητα που προσέφερε, χωρίς να παρεμποδίζεται από την προτασόμενη προσφορά της η οποία επίσης αναμένεται να ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος της προμήθειας για την ποσότητα που εκείνη προσέφερε (σκέψεις 2 και 5).

16. Επειδή η δεύτερη προσφεύγουσα, ως ένας εκ των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων με αποδεκτή προσφορά στον διαγωνισμό που εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, με την οποία αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αποδέχθηκε την προσφορά της παρεμβαίνουσας, και ως εκ τούτου επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης,

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

βασίζοντας το έννομο συμφέρον προς παροχή έννομης προστασίας στη ζημία από την -φερόμενη- παράνομη συμμετοχή της στο διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο προφανές όφελος από την απόρριψη της προσφοράς της (βλ. ΣΤΕ 678/2016, ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, ΣΤΕ 678/2016, ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001, ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846- 7).

17. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, στρέφεται κατά της προσφοράς της αναδόχου ..., αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την τεχνική της προσφορά. Ωστόσο όμως ήδη με το από 30-7-2020 έγγραφό της η ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχος απέσυρε την προσφορά της, ήτοι προέβη σε δήλωση βούλησεως απευθυντέα περί αυτόβουλης παραιτήσεώς της από την ημερομηνία αυτή 30-7-2020, της συνέχισης του διαγωνισμού. Η δήλωση της δικαιοπρακτικής αυτής βούλησης της αναδόχου παρελήφθη από την αναθέτουσα αρχή αυθημερόν την 30-7-2020, και κοινοποιήθηκε περαιτέρω στην ΑΕΠΠ από την αναθέτουσα αρχή (σκέψη 10 στην αρχή), μετά γνώσεως του περιεχομένου της. Σε σχετικό δε διευκρινιστικό ερώτημα του Μέλους του Κλιμακίου και Εισηγήτριας επί της δεύτερης προσφυγής κ. Μ. Κανάβα, η αναθέτουσα αρχή δήλωσε με το από 31-8-2020 ηλεκτρονικό της μήνυμα προς την ΑΕΠΠ ότι «.. δεν έχει προβεί σε ανάκληση της προσβαλλόμενης με αριθμό 62360/16-7-2020 απόφασης ορισμού προσωρινού αναδόχου διότι η με αριθμό ΓΑΚ 986/2020 προσφυγή της εταιρείας στρέφεται κατά και της προσφοράς της εταιρείας «....» . Επομένως αναμένουμε της απόφαση του Κλιμακίου σας για να συμμορφωθούμε πλήρως σε αυτή...» Ως βάσιμα αναφέρει η προσφεύγουσα στο Υπόμνημά της «.. Τονίζουμε ότι η ανταγωνίστρια με την κατατεθείσα παρέμβασή της δηλώνει ξεκάθαρα ότι αποσύρει την προσφορά της. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή οφείλει έστω στο παρόν στάδιο να απορρίψει την προσφορά της ανταγωνίστριας και η ΑΕΠΠ να συνεκτιμήσει την ανωτέρω δήλωση στο πλαίσιο της εδώ κρινόμενης προσφυγής...» Σε κάθε περίπτωση, η κατάθεση της ως άνω δήλωσης συνεπάγεται ως άμεση έννομη συνέπεια την αυτοαποβολή της ανακηρυχθείσας προσωρινής αναδόχου, από νόμιμα συνεχιζόμενο διαγωνισμό και ίδια έκφραση τη βούλησης αποχώρησης

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

οικειοθελώς από το διαγωνισμό και συνακόλουθα παραίτησης από τη διεκδίκηση της κατακύρωσης του αποτελέσματος του διαγωνισμού, ο οποίος πάντως συνεχίζεται νομίμως (ΣΤΕ ΑΣΦ 506/2013, ΔΕφΑΘ ΑΣΦ 94/2013, ΣΤΕ 3932/2011, 2188/2008, 1919/2012, ΣΤΕ 2429/2012). Συνεπώς για τον λόγο αυτό, πρέπει να γίνει δεκτό το αίτημα της προσφυγής -αν και για άλλο λόγο- περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης που έκανε δεκτή την προσφορά της ..., καθόσον ήδη κατά την εξέταση της προσφυγής η προσφορά δεν ίσταται ισχυρή και δη δεν υφίσταται προσφορά στον διαγωνισμό ούτε χωρεί συμμετοχή της ως άνω διαγωνιζόμενης στην συνέχιση της διαδικασίας.

18. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, στρέφεται κατά της προσφοράς της προτασσομένης στην κατάταξη ..., αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την τεχνική της προσφορά, και επικαλούμενη τους όρους των σελ. 7, 8, 3, 5, 6, 10 της διακήρυξης, το άρθ. 92 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 1 του ν. 4250/2014 αναφέρει ότι «... Η προσφορά της «... ΑΕ» δεν είναι νόμιμη, διότι δεν συνοδεύεται από μεταφρασμένα και νομίμως επικυρωμένα πιστοποιητικά προς απόδειξη των ζητούμενων τεχνικών προδιαγραφών..., ενώ η τεχνική προσφορά και το δείγμα της αποκλίνει των ζητούμενων τεχνικών προδιαγραφών.... Ειδικότερα:.. η ανταγωνίστρια δήλωσε ότι προς απόδειξη ότι το προσφερόμενο από αυτήν είδος με α/α 1 πληροί τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές προσκομίζει πιστοποιητικά, τα οποία ωστόσο είναι αμετάφραστα και ανεπικύρωτα, καίτοι είναι ιδιωτικά έγγραφα. Κατά τούτο, μη νόμιμα έγιναν αποδεκτά από την αναθέτουσα αρχή, η οποία ως δημόσια αρχή όφειλε να μην τα λάβει καν υπόψη, ιδίως ενόψει του γεγονότος ότι είναι αμφίβολης γνησιότητας .. Έτσι, η τεχνική προσφορά της ανταγωνίστριας δεν αποδεικνύει προσηκόντως καμμία από τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές και πρέπει να απορριφθεί ως μη νόμιμη. ... Εξάλλου, αυτή η έλλειψη επισύρει άνευ ετέρου την απόρριψη της προσφοράς της «... ΑΕ», ιδίως ενόψει του γεγονότος ότι δεν πρόκειται για επουσιώδη πλημμέλεια περί της σήμανσης αντιγράφων, η οποία δύναται να συμπληρωθεί με διευκρινήσεις κατά τις παρ. 2 και 5 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016 ... Στην εξεταζόμενη περίπτωση, η προσφορά της ανταγωνίστριας πάσχει κατά τα ακόλουθα σημεία: Πρώτον, στην επικολλημένη ετικέτα των δειγμάτων

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

αναγράφεται η ένδειξη «NON MEDICAL», δηλαδή για μη ιατρική χρήση, η οποία αντιβαίνει στον όρο των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης περί προτύπου EN-14683 (σελίδα 8 της Πρόσκλησης). Το συγκεκριμένο πρότυπο εφαρμόζεται σε χειρουργικές μάσκες για ιατρική χρήση και μόνον, επομένως επί των δειγμάτων έπρεπε να αναγράφεται η ένδειξη «MEDICAL» και όχι «NON MEDICAL». Άρα, το δείγμα προφανώς δεν συνάδει με τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές. ..Δεύτερον, δεν έχει προσκομίσει κανένα πιστοποιητικό, από το οποίο να προκύπτει ότι οι μάσκες που προσφέρει είναι κατηγορίας II κατά τα ρητώς ζητούμενα στην Πρόσκληση (σελίδα 8 «Να είναι κατασκευασμένη σύμφωνα με το πρότυπο EN- 14683, κατηγορία II»). Τρίτον, σε όλα τα δείγματα που προσκόμισε οι ετικέτες ανέγραφαν σαν προμηθευτή εταιρεία με την επωνυμία «....». Στην ετικέτα δηλαδή των κατατεθειμένων δειγμάτων που κατέθεσε η εν λόγω εταιρεία δεν αναγράφεται το όνομα του προμηθευτή και συγκεκριμένα η επωνυμία: «....», αντί αυτού αναγραφόταν ως προμηθεύτρια μία εταιρεία με την επωνυμία: «....». Ωστόσο, η συγκεκριμένη εταιρεία δεν αναφέρεται σε κανένα άλλο σημείο της τεχνικής προσφοράς της ανταγωνίστριας. Επομένως, τίθεται εν αμφιβόλω τόσο η πραγματική συμφωνία της τεχνικής προσφοράς της ανταγωνίστριας προς τα δείγματα που προσκόμισε όσο το αν τα δείγματα που προσκομίστηκαν θα είναι πράγματι σύμφωνα με τα υλικά που η ανταγωνίστρια σκοπεύει να παραδώσει στην αναθέτουσα αρχή, εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος. Τέταρτον, από το δείγμα προκύπτει ότι η ανταγωνίστρια δεν προσφέρει μάσκα που διαθέτει επιρρήνιο έλασμα καθ' όλο το μήκος της, όπως ρητά απαιτεί η Πρόσκληση ..Τα ανωτέρω θα επιβεβαιωθούν από τον έλεγχο του φακέλου της τεχνικής προσφοράς και του δείγματος της ανταγωνίστριας, τον οποίο ζητούμε ρητά να διενεργήσει η αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο της υποχρέωσής της να αποστείλει τις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ. Συνεπώς με βάσει τα ανωτέρω, η τεχνική προσφορά της «.... ΑΕ» είναι απορριπτέα...»

19. Επειδή η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις απόψεις της ότι «..Ο ανωτέρω διαγωνισμός διενεργήθηκε στα πλαίσια εφαρμογής της από 25-02-2020 (Α' 42) Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία κυρώθηκε με το Ν. 4682/2020 (Α' 76) και ο οποίος περιλαμβάνει επιμέρους διατάξεις, που ρυθμίζει ζητήματα δημοσίων συμβάσεων για το χρονικό διάστημα λήψης έκτακτων μέτρων για την αντιμετώπιση της πανδημίας του ιού COVID-19.

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο τρίτο της από 25-2-2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου προβλέπεται ότι: «1. [...]. 2. Για χρονικό διάστημα τεσσάρων (4) μηνών από τη δημοσίευση της παρούσας και εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται άμεσος κίνδυνος εμφάνισης και διάδοσης κορωνοϊού, διαδικασίες έκτακτης προμήθειας κάθε αναγκαίου υγειονομικού υλικού, πάσης φύσεως φαρμάκων, κάθε ενδεδειγμένου μέσου ατομικής ή συλλογικής προστασίας από τη διάδοση του κορωνοϊού μπορούν να διενεργούνται από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή αρμοδιότητας ή εποπτείας του Υπουργείου Υγείας ή να ανατίθενται από οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή αρμοδιότητας ή εποπτείας του Υπουργείου Υγείας στην Εθνική Κεντρική Αρχή Προμηθειών Υγείας (...) κατά παρέκκλιση όλων των κείμενων εθνικών διατάξεων περί δημόσιων συμβάσεων. Η ... ή η οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή αρμοδιότητας ή εποπτείας του Υπουργείου Υγείας απευθύνει πρόσκληση για απευθείας αγορά υγειονομικού υλικού, ατομικών μέτρων προστασίας και φαρμάκων προς τον σκοπό της κάλυψης της ανωτέρω έκτακτης ανάγκης. Η πρόσκληση αναρτάται μέσω της ιστοσελίδας του Υπουργείου για χρονικό διάστημα τριών (3) ημερών και δύναται να απευθύνεται σε κάθε επιχείρηση πώλησης και διάθεσης υγειονομικού υλικού και φαρμάκων. Η σύμβαση συνάπτεται με μοναδικά κριτήρια τη χαμηλότερη προσφορά και την επίτευξη αγοράς ικανών ποσοτήτων για την αντιμετώπιση των έκτακτων υγειονομικών αναγκών....». Έτσι, και λόγω των ιδιαίτερων συνθηκών που διαμορφώθηκαν, ο νομοθέτης κατανόησε την ανάγκη αποτελεσματικής αντιμετώπισης των εκτάκτων συνθηκών που δημιούργησε η πανδημία, για το αναγκαίο χρονικό διάστημα και στο απολύτως αναγκαίο μέτρο, επιτρέποντας εν τέλει τη διενέργεια των δημόσιων διαγωνισμών προμήθειας υγειονομικού υλικού κατά παρέκκλιση της εθνικής νομοθεσίας για τις δημόσιες συμβάσεις. Σε αυτά τα πλαίσια, μάλιστα, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξέδωσε ειδική Ανακοίνωση με θέμα: «Οδηγίες από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σχετικά με τη χρήση του πλαισίου για τις δημόσιες συμβάσεις στην κατάσταση έκτακτης ανάγκης που σχετίζεται με την κρίση της νόσου COVID19» (2020/C 108 I/01). Η Επιτροπή έκρινε αναγκαία την έκδοση ειδικής Ανακοίνωσης για την παροχή οδηγιών προς τα κράτη μέλη σε σχέση με τη χρήση των δυνατοτήτων που παρέχουν οι ενωσιακοί κανόνες των Οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, για την αντιμετώπιση της κατάστασης έκτακτης ανάγκης

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

που έχει προκληθεί και σχετίζεται με την κρίση της νόσου COVID-19. Στην εν λόγω Ανακοίνωση, η Επιτροπή επισημαίνει εκ νέου ότι οι ενωσιακοί κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις (Οδηγία 2014/24/ΕΕ), προβλέπουν επαρκή μέσα για την κάλυψη των επιτακτικότερων αναγκών των αναθετουσών αρχών υπό τις παρούσες εξαιρετικές περιστάσεις. Περαιτέρω, διευκρινίζεται ότι, οι αναθέτουσες αρχές κατά την ανάθεση συμβάσεων για την αντιμετώπιση του κορωνοϊού COVID-19 και την αποτροπή περαιτέρω διάδοσής του, οι οποίες είτε υπερβαίνουν τα κατώτατα όρια εφαρμογής των Οδηγιών, είτε παρουσιάζουν βέβαιο διασυνοριακό ενδιαφέρον, πρέπει να ακολουθούν όσα ρητά αποτυπώνονται εκεί. Ειδικότερα, μεταξύ άλλων, αναφέρεται στην συγκεκριμένη ανακοίνωση ότι: «...Οι αγοραστές του δημόσιου τομέα έχουν στη διάθεσή τους διάφορες επιλογές: - Πρώτον, σε περιπτώσεις επείγουσας ανάγκης μπορούν να επωφεληθούν από τις δυνατότητες σημαντικής σύντμησης των προθεσμιών, ώστε να επισπεύσουν τις ανοικτές ή κλειστές διαδικασίες. - Εάν αυτή η ευελιξία δεν επαρκεί, μπορεί να εξεταστεί το ενδεχόμενο διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση. Μπορεί να επιτραπεί ακόμη και απευθείας ανάθεση σε προεπιλεγμένο οικονομικό φορέα, υπό τον όρο ότι ο φορέας αυτός είναι ο μόνος που είναι σε θέση να παράσχει τις απαιτούμενες προμήθειες εντός των τεχνικών και χρονικών περιορισμών που επιβάλλονται από την εξαιρετικά επείγουσα κατάσταση. - Επιπλέον, οι αγοραστές του δημόσιου τομέα θα πρέπει επίσης να εξετάσουν το ενδεχόμενο να αναζητήσουν εναλλακτικές λύσεις και να συνεργαστούν με την αγορά. Οι παρούσες οδηγίες εστιάζουν ιδίως στις συμβάσεις σε εξαιρετικά επείγουσες καταστάσεις, οι οποίες επιτρέπουν στους αγοραστές του δημόσιου τομέα να πραγματοποιούν αγορές μέσα σε λίγες ημέρες, ή ακόμη και ώρες, εάν χρειάζεται. Για μια κατάσταση όπως ακριβώς είναι η τρέχουσα κρίση της νόσου COVID-19, η οποία διαθέτει εξαιρετικά επείγοντα και απρόβλεπτο χαρακτήρα, οι οδηγίες της ΕΕ δεν περιέχουν διαδικαστικούς περιορισμούς...». Σε αυτά τα πλαίσια, λοιπόν, και έχοντας ως κατευθυντήριες γραμμές τόσο τις διατάξεις της από 25-2-2020 Π.Ν.Π. όσο και τα προβλεπόμενα στην Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, εκδόθηκε το από 15-6-2020 πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης. Να σημειωθεί ότι, ο Διοικητής της ... με την υπ' αρ. 62360/16-7-2020 απόφασή του ενέκρινε το προαναφερθέν πρακτικό. Οι δε διαδικαστικές ενέργειες διεξαγωγής του

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

διαγωνισμού έλαβαν χώρα διαδικασίες εντός στενού χρονικού πλαισίου λόγω της κατεπείγουσας ανάγκης προμήθειας σε υγειονομικό υλικό για Μέτρα Ατομικής Προστασίας (ΜΑΠ). Άλλωστε, το χρονικό πλαίσιο εντός του οποίου θα διεξαγόταν έκαστη διαδικασία του διαγωνισμού αναφέρεται ρητά στην πρόσκληση ενδιαφέροντος του διαγωνισμού. Αυτό σημαίνει ότι με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων στο διαγωνισμό, έγινε δεκτό από μέρος τους σιωπηρά ότι ο διαγωνισμός θα διεξαγόταν σε αυτό το σύντομο χρονικό διάστημα λόγω του κατεπείγοντος χαρακτήρα αντιμετώπισης του COVID-19. Ως εκ τούτου, οποιοσδήποτε εκ του αντιθέτου ισχυρισμός της αιτούσας εταιρίας είναι απορριπτός ως νόμω και ουσία αβάσιμος. Περαιτέρω, μεταξύ άλλων, με το από 15-6-2020 πρακτικό της επιτροπής αξιολόγησης εγκρίθηκε για το με αριθμό είδος α/α 1 «Χειρουργικές Μάσκες 3 play με λάστιχο» η προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «....» καθώς και η προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «.... Α.Ε.». Κατά του ανωτέρω πρακτικού και κατά το μέρος που αποδέχεται αυτές τις δύο προσφορές στρέφεται με τη παρούσα η εταιρία με την επωνυμία «....», η οποία πρέπει να απορριφθεί για τους κάτωθι νόμιμους και βάσιμους λόγους... Β) ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗΝ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΙΑΣ ΜΕ ΤΗΝ ΕΠΩΝΥΜΙΑ «.... Α.Ε.» Η εταιρεία «....» κατέθεσε με την προσφορά της εμπειριστατωμένο τεχνικό φάκελο με τον οποίο αποδεικνύεται η τεχνική επάρκεια του προσφερόμενου είδους με α/α 1: «Χειρουργικές μάσκες με 3play με λάστιχο», της υπ' αρ. πρόσκλησης ενδιαφέροντος. Το προσφερόμενο είδος της εταιρείας «....» συνοδεύεται από όλα τα απαραίτητα έγγραφα που αποδεικνύουν την τεχνική επάρκεια του προσφερόμενου είδους (επισυνάπτονται, αρχείο 2). Προκύπτει λοιπόν ότι η προσφερόμενη μάσκα έχει απόδοση βακτηριακού φίλτρου 99,93% και ότι είναι κατασκευασμένη σύμφωνα με το πρότυπο EN 14683, TYPE II. Όσον αφορά δε την προσκόμιση των πιστοποιητικών από την συγκεκριμένη εταιρία, ισχύουν όσα ανωτέρω αναφέρθηκαν. Δηλαδή, στο κεφάλαιο «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης» της επίδικης πρόσκλησης ενδιαφέροντος στο οποίο περιλαμβάνεται η απαίτηση προσκόμισης των Πιστοποιητικών, αλλά και στη συνέχεια στο χωρίο των τεχνικών προδιαγραφών, όπου προβλέπονται τα πιστοποιητικά τα οποία πρέπει να συνοδεύουν την τεχνική προσφορά, δεν θεσπίζεται καμία υποχρέωση επικύρωσης αυτών. Με άλλα λόγια, δεν προκύπτει ρητή

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

υποχρέωση και μάλιστα με «ποινή αποκλεισμού ή απαραδέκτου» υποβολής πιστοποιητικών επικυρωμένων, ώστε οποιαδήποτε απόκλιση των εν θέματι προσφορών από ένα τέτοιο ουσιώδη και απαραβάτο όρο, να οδηγούσε σε απόρριψή τους από την Επιτροπή Διαγωνισμού κατά δέσμια αρμοδιότητά της. Εξάλλου, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαραβάτους όρους της Διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣΤΕ 1740/2004, 93,316,563/2006) [...]». Ακόμη, πρέπει να αναφερθεί ότι, στα πλαίσια του συγκεκριμένου διαγωνισμού, τα πιστοποιητικά αυτά αξιολογήθηκαν προκαταρκτικά κατά την υποβολή της προσφοράς. Στη συνέχεια, με την κατακύρωση του αποτελέσματος υπέρ ορισμένου οικονομικού φορέα, τα πιστοποιητικά θα ζητούνταν και υποβάλλονταν μεταφρασμένα και επικυρωμένα κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και προς σύναψη της σύμβασης. Ως εκ τούτου, νομίμως η προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «....» έγινε αποδεκτή, ως ανταποκρινόμενη στους όρους της διακήρυξης αλλά και στις διατάξεις περί δημοσίων συμβάσεων της από 25-2-2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου. Να αναφερθεί πάντως ότι, όσον αφορά την αξιολόγηση των σχετικών δειγμάτων που κατατέθηκαν από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, σε όλα αυτά διενεργήθηκε μακροσκοπικός έλεγχος και δοκιμή του προσφερόμενου είδους από την αναθέτουσα αρχή κατά την πρακτική δοκιμασία, και κρίθηκε από την έμπειρη επιτροπή αξιολόγησης ότι αυτά έρχονται σε συμμόρφωση τόσο με τους όρους της διακήρυξης όσο και με τις ανάγκες του φορέα στην κάλυψη του υγειονομικού υλικού. Τέλος, να τονισθεί και πάλι, ότι ο εν λόγω διαγωνισμός έγινε αποκλειστικά στα πλαίσια για την αντιμετώπιση σοβαρών καταστάσεων έκτακτης ανάγκης, ήτοι της πανδημίας COVID19. Ο αριθμός των ασθενών με COVID-19 που χρήζουν ιατρικής περίθαλψης αυξάνεται καθημερινά και αναμένεται να αυξηθεί περαιτέρω έως ότου επέλθει η κορύφωση. Εξ αυτού του λόγου, τόσο η εθνική όσο και η ευρωπαϊκή νομοθεσία επέτρεψε τη σημαντική σύντμηση των γενικών προθεσμιών, ώστε να επιτραπεί σε κάθε δημόσια αναθέτουσα αρχή η ταχύτερη ανάθεση συμβάσεων για την κάλυψη των αναγκών που σχετίζονται με την πανδημία COVID19. Αυτή την πολιτική, άλλωστε, ρητά συνέστησε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή με την ειδική Ανακοίνωση της με θέμα: «Οδηγίες από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή σχετικά με τη χρήση του

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

πλαisiού για τις δημόσιες συμβάσεις στην κατάσταση έκτακτης ανάγκης που σχετίζεται με την κρίση της νόσου COVID-19» (2020/C 108 I/01), όπου τονίζεται ο κατεπείγων χαρακτήρας της κατάστασης, ο οποίος καθιστά αδύνατη τη συμμόρφωση με τις γενικές προθεσμίες [άρθρο 2.3.2.]. Περαιτέρω, γίνεται παραδεκτό από την Επιτροπή ότι, αναμφισβήτητα, οι άμεσες ανάγκες των νοσοκομείων και των ιδρυμάτων υγείας (προμήθειες, υπηρεσίες και δημόσια έργα) πρέπει να καλυφθούν το ταχύτερο δυνατόν. Το κατά πόσον αυτό καθιστά αδύνατη την τήρηση ακόμη και των πολύ σύντομων προθεσμιών της επισπευσμένης ανοικτής ή κλειστής διαδικασίας θα πρέπει να αξιολογείται κατά περίπτωση, αλλά αποτελεί υπαρκτή πιθανότητα στην πλειονότητα των περιπτώσεων, τουλάχιστον σε σχέση με τις σημαντικά αυξημένες βραχυπρόθεσμες ανάγκες, καθώς αυξάνεται η καμπύλη μετάδοσης. Όπως διευκρινίζεται στη νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου¹, αν γίνεται επίκληση κατεπείγουσας ανάγκης, η σχετική σύμβαση πρέπει να ανατίθεται χωρίς καθυστέρηση. Η εξαίρεση δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως επιχείρημα για την ανάθεση συμβάσεων για τις οποίες απαιτείται περισσότερος χρόνος απ' ό,τι θα απαιτούνταν αν είχε εφαρμοστεί διαφανής —ανοικτή ή κλειστή— διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης της επισπευσμένης (ανοικτής ή κλειστής) διαδικασίας. Τέλος, σε αυτό ακριβώς το πλαίσιο κινήθηκε και η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων, διατυπώνοντας την υπ' αρ. Α 10/2020 γνώμη της [ΑΔΑ: ...]. Βάσει αυτής της γνώμης, η Αρχή, έχοντας λάβει υπόψη τις κατευθυντήριες οδηγίες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, έκανε δεκτό ότι: «...Στις ανωτέρω ΠΝΠ περιελήφθηκαν διατάξεις που ρυθμίζουν, κατά παρέκκλιση της κείμενης νομοθεσίας, ζητήματα δημοσίων συμβάσεων. Ειδικότερα: α) Με την πρώτη ΠΝΠ της 25/2/2020, η οποία κυρώνεται με το άρθρο 1 του σχεδίου νόμου, προβλέφθηκε ότι το ... Α.Ε, η ... και οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή αρμοδιότητας ή εποπτείας του Υπουργείου Υγείας δύναται να διενεργεί και για χρονικό διάστημα τεσσάρων (4) μηνών, διαδικασίες προμήθειας κατά παρέκκλιση όλων των κείμενων εθνικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων για την αγορά υγειονομικού υλικού, ατομικών μέτρων προστασίας και φαρμάκων.[...] Οι ρυθμίσεις αυτές αφορούν στην κατά παρέκκλιση της κείμενης εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, διαδικασία προμήθειας (κατά περίπτωση), πλην της περίπτωσης του Υπουργείου Οικονομικών, των εποπτευόμενων φορέων του και της ΑΑΔΕ για

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

τους οποίους προβλέπεται η παρέκκλιση από την κείμενη νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων χωρίς την αναφορά του επιθετικού προσδιορισμού «εθνική» (η διαφοροποίηση αυτή σχολιάζεται κατωτέρω). [...]. Οι εξαιρετικές αυτές ρυθμίσεις ισχύουν για χρονικό διάστημα, τεσσάρων ή έξι μηνών κατά περίπτωση, από τη δημοσίευση της ΠΝΠ στην ΕτΚ. Προβλέπεται περαιτέρω η υποχρέωση ανάρτησης πρόσκλησης για την υποβολή προσφορών στην ιστοσελίδα κάθε μίας από τις ανωτέρω αναθέτουσες αρχές για χρονικό διάστημα τριών (3) ημερών και ορίζεται ως κριτήριο ανάθεσης η χαμηλότερη τιμή.[...]. Επί των ρυθμίσεων αυτών σημειώνονται τα ακόλουθα: Η επιδημιολογική, και πλέον πανδημική, κρίση από τη διάδοση και διασπορά του κορωνοϊού COVID-19 έχει πάρει διαστάσεις υπαρξιακής απειλής για τη δημόσια υγεία σε όλο τον πλανήτη και ιδιαιτέρως στην Ευρώπη, όπως καταδεικνύουν οι συνέπειές της στην Ιταλία, Ισπανία, αλλά και στην ..., ΗΠΑ, Ιράν, κλπ. Ως κατεξοχήν περίπτωση εξαιρετικά επείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, η πραναφερόμενη επιδημιολογική κρίση δικαιολογεί την ανάγκη ενεργοποίησης της συνταγματικής πρόβλεψης του άρθρου 44 παρ.1 και την υιοθέτηση εξαιρετικών ρυθμίσεων για την αντιμετώπισή της....» Κατόπιν, λοιπόν, όλων των ανωτέρω, και λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαίτερες συνθήκες εντός των οποίων διενεργήθηκε ο συγκεκριμένος δημόσιος διαγωνισμός, η υπό κρίση αίτηση αναστολής πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη....»

20. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα αναφέρει στο Υπόμνημά της ότι «... 1. Η αναθέτουσα αρχή εμμέσως πλην σαφώς αναφέρει ότι οι έκτακτες συνθήκες που υφίστανται λόγω του COVID-19 την υποχρέωσαν να εκδώσει την προσβαλλόμενη απόφαση. ..2. Είναι προφανές ότι η πανδημία του COVID-19 δεν αποτελεί λευκή επιταγή προς τις αναθέτουσες αρχές να παραβιάζουν το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο. Σκοπός της από 25-02-2020 ΠΝΠ και της Ανακοίνωσης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής δεν είναι η παράκαμψη των κανόνων του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων που σχετίζονται με την καταλληλότητα των υπό προμήθεια ειδών, αλλά η διευκόλυνση στο διαδικαστικό σκέλος των δημόσιων διαγωνισμών και μόνο. Δεν επιτρέπεται δηλαδή - ακόμη και εν μέσω COVID-19 - στις αναθέτουσες αρχές να προμηθεύονται προϊόντα που είναι ακατάλληλα για χρήση από το νοσηλευτικό προσωπικό των νοσοκομείων, το διοικητικό προσωπικό των νοσοκομείων και

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

κυρίως από τους ασθενείς. 3. Τονίζουμε ακόμη ότι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί δήθεν κατεπείγουσας περίπτωσης είναι γενικοί, αόριστοι και απολύτως αναπόδεικτοι. Η αναθέτουσα αρχή δεν αναφέρει ότι η συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία εκκρεμεί εδώ και σχεδόν 2,5 μήνες, γεγονός που οφείλεται εν πολλοίς σε δική της κωλυσιεργία. Δεν αναφέρει τον αριθμό των περιστατικών που καλείται σήμερα δήθεν να αντιμετωπίσει λόγω του COVID-19 και πολύ περισσότερο δεν τεκμηριώνει ότι για την αντιμετώπισή τους είναι απολύτως απαραίτητο το υπό προμήθεια είδος. Παραλείπει να αναφέρει ότι ακόμη και αν δεν είχε ασκηθεί η κρινόμενη προσφυγή θα χρειαζόνταν περίπου 40 ημέρες ακόμα για την αποστολή και ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο. Αναφέρει ότι το δημόσιο συμφέρον επιβάλλει δήθεν την ταχεία ολοκλήρωση της διαδικασίας, παραλείπει ωστόσο να αναφέρει ότι το ίδιο δημόσιο συμφέρον επιβάλλει να τηρούνται οι κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων και βέβαια τα νοσοκομεία της χώρας, οι ασθενείς και το προσωπικό τους να χρησιμοποιούν προϊόντα που είναι απολύτως κατάλληλα για τη δημόσια υγεία και προέρχονται από αξιόπιστους προμηθευτές. ... Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι καλώς έγιναν αποδεκτά τα έγγραφα ...καίτοι δεν ήταν επικυρωμένα με νόμιμο τρόπο. Ουσιαστικά η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι, καίτοι αποτελεί δημόσια αρχή, δεν δεσμεύεται από τις διατάξεις του ν. 2690/1999, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 1 του ν. 4250/2014 με την αιτιολογία ότι δεν κάνει συγκεκριμένη αναφορά η διακήρυξη. Είναι προφανές ότι αυτό το συμπέρασμα είναι αυθαίρετο και επικίνδυνο, αφού η αναθέτουσα αφενός παραβιάζει κανόνες δημόσιας τάξης και λειτουργίας των δημοσίων υπηρεσιών, οι οποίοι είναι αυτονόητοι και αυτοδυνάμως εφαρμόσιμοι στο πλαίσιο και της παρούσας Πρόσκλησης, και αφετέρου με αυτή την τακτική δημιουργείται ο πραγματικός κίνδυνος να γίνουν αποδεκτά προϊόντα αμφίβολης πιστοποίησης, τα οποία μάλιστα έχουν ήδη απορριφθεί σε πλειάδα όμοιων διαγωνιστικών διαδικασιών ως ακατάλληλα... 2. Ως προς τον λόγο Β.2.2. της κρινόμενης προσφυγής τονίζουμε ότι η εταιρεία μας αμφισβητεί τη συμβατότητα κυρίως των δειγμάτων που προσκόμισε η ανταγωνίστρια προς τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές. Συναφώς τονίζουμε ότι το γεγονός ότι ο φάκελος τεχνικής προσφοράς της ανταγωνίστριας φαίνεται να καλύπτει τις κρίσιμες προδιαγραφές είναι απολύτως αδιάφορος. Και τούτο, διότι η κατάθεση

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

δείγματος των υπό προμήθεια ειδών μαζί με την τεχνική προσφορά προβλέπεται στην διακήρυξη ως χωριστή και κατ' αρχήν πρόσθετη υποχρέωση, η εκπλήρωση της οποίας δεν απαλλάσσει τον υποψήφιο προμηθευτή από την προβλεπόμενη υποχρέωση να υποβάλει μαζί με την τεχνική προσφορά και δείγμα που πληροί τις ίδιες τεχνικές προδιαγραφές (ad hoc στην ΔΕφαΘ 330/2017, σκέψη 6 και ΑΕΠΠ 819/2020 επί συναφούς ζητήματος). Άρα, ακόμη και αν η αναθέτουσα υποστηρίζει ορθά ότι η ανταγωνίστρια προσκόμισε τα πιστοποιητικά που αποδεικνύουν τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές, εξακολουθεί να οφείλει (η ανταγωνίστρια) να προσκομίσει δείγμα συμβατό προς τα ζητούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά. Η αναθέτουσα δεν απαντάει στους ουσιώδεις ισχυρισμούς μας ότι το δείγμα της ανταγωνίστριας απάδει προς τεχνικές προδιαγραφές, γεγονός που διαπιστώθηκε σε πλειάδα όμοιων διαγωνισμών όπως αποδεικνύουμε δια της προσκόμισης αντίστοιχων αποφάσεων, αλλά αρκείται στην παραπομπή στα πιστοποιητικά που προσκόμισε η ανταγωνίστρια με την προσφορά της, γεγονός όμως που δεν αρκεί κατά τα ανωτέρω. Έτσι, μένουν αναπάντητοι οι ουσιώδεις ισχυρισμοί μας. Παράλληλα, τονίζουμε ότι η αναθέτουσα δεν προβαίνει καν σε επανεξέταση του κατατεθέντος δείγματος προς απάντηση στους ισχυρισμούς μας ως όφειλε, αλλά αρκείται στο να επαναλάβει την αξιολόγηση της επιτροπής διαγωνισμού... Επομένως, ιδίως η μη επανεξέταση του δείγματος της ανταγωνίστριας και η παράλειψη απάντησης στους συναφείς ουσιώδεις ισχυρισμούς μας καθιστούν αναπιολόγητη και μη νόμιμη την προσβαλλόμενη απόφαση άνευ ετέρου...»

21. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης....»

22. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

επιτρέπουν την υποβολή άρθρωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως:ε) την ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης ...ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας,....καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης... ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς... κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...»

23. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «*Άρθρο 54 Τεχνικές προδιαγραφές (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)* 1. Οι τεχνικές προδιαγραφές .. παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των .. αγαθών. .. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, .. υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. ...»

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

24. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης... και στα έγγραφα της σύμβασης...».

25. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά : α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. ...»

26. Επειδή στο άρθρο 92 του ν.4412/2016 «Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής» ορίζεται ότι «...4. Οι προσφορές και οι αιτήσεις συμμετοχής και τα περιλαμβανόμενα σε αυτές στοιχεία συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. ... Ειδικά, τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο...».

27. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 214 του ν. 4412/2016 «Άρθρο 214 Δείγματα – Δειγματοληψία – Εργαστηριακές εξετάσεις » : « 1. Τα δείγματα που χρησιμοποιούνται κατά την διενέργεια των προμηθειών υπάγονται στις παρακάτω κατηγορίες: ... β) Δείγματα οικονομικών φορέων Στην περίπτωση αυτή υπάγονται τα δείγματα που καταθέτουν οι οικονομικοί φορείς όταν απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης. .. 2. Κάθε δείγμα, ανάλογα με τη φύση του προς προμήθεια υλικού, πρέπει να είναι σε ποσότητα ή μέγεθος απόλυτα επαρκές για την σχετική μηχανική, χημική ή μακροσκοπική εξέταση ή πρακτική δοκιμασία. Η ποσότητα ή το μέγεθος των δειγμάτων μπορεί να ορίζονται: .. β) Στα έγγραφα της σύμβασης, προκειμένου για δείγματα

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

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

28. Επειδή, στο άρθρο 1 παρ.2 του ν. 4250/2014 (Α' 74) ορίζονται τα εξής: «Οι παράγραφοι 3 και 4 του άρθρου 11 του ν. 2690/1999 (Α 45) καταργούνται και η παράγραφος 2 του ιδίου άρθρου αντικαθίσταται ως εξής : “2.α. Οι ρυθμίσεις της παρούσας παραγράφου εφαρμόζονται στο Δημόσιο, .. τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, .. τα νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου που ανήκουν στο κράτος ή επιχορηγούνται τακτικώς, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις από κρατικούς πόρους κατά 50% τουλάχιστον του ετήσιου προϋπολογισμού τους, τις δημόσιες επιχειρήσεις και τους οργανισμούς που προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 3429/2005, .. β. .. Ομοίως, υποβάλλονται και γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά ευκρινή φωτοαντίγραφα από αντίγραφα ιδιωτικών εγγράφων τα οποία έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο, καθώς και ευκρινή φωτοαντίγραφα από τα πρωτότυπα όσων ιδιωτικών εγγράφων φέρουν θεώρηση από υπηρεσίες και φορείς της περίπτωσης α. Ομοίως, υποβάλλονται και γίνονται υποχρεωτικά αποδεκτά ευκρινή φωτοαντίγραφα από αντίγραφα εγγράφων που έχουν εκδοθεί από αλλοδαπές αρχές και έχουν επικυρωθεί από δικηγόρο ...».

29. Επειδή, στην πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος προβλέπεται ότι « ... Ο Διοικητής ... έχοντας υπόψη:.. 5. Τον Ν. 4412/8-8-2016 (ΦΕΚ 147/Α/2016) περί Δημοσίων Συμβάσεων Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών.... προσκαλεί κάθε επιχείρηση πώλησης και διάθεσης υγειονομικού υλικού και φαρμάκων να καταθέσει προσφορά...Οι προσφορές υποβάλλονται στην Ελληνική γλώσσα μέσα σε σφραγισμένο φάκελο... Μέσα στον κυρίως φάκελο τοποθετούνται σε χωριστό φάκελο όλα τα δικαιολογητικά συμμετοχής. Τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς, τοποθετούνται σε χωριστό φάκελο, μέσα στον κυρίως φάκελο, με την ένδειξη «Τεχνική προσφορά»... 16. Οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται μαζί με την προσφορά τους να καταθέσουν και ΔΕΙΓΜΑΤΑ για τα προσφερόμενα είδη.... Στην προσφορά θα

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

πρέπει να περιλαμβάνεται: ... ΦΑΚΕΛΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ Θα περιλαμβάνει αναλυτική τεχνική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών. Υποχρεωτική η κατάθεση δειγμάτων των προσφερόμενων ειδών...ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΔΟΣΗ ΤΟΥ ΚΟΡΩΝΑΪΟΥ Α. ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΥΛΙΚΩΝ 1. Τα υλικά που παραδίδονται πρέπει τα τεχνικά τους χαρακτηριστικά να βρίσκονται σε απόλυτη συμφωνία με την τεχνική προσφορά του προμηθευτή. 2. Ειδικότερα, τα προσφερόμενα υλικά πρέπει να πληρούν τους εξής όρους:... 2.4. Να συνοδεύονται από πιστοποιητικά ποιοτικού ελέγχου... Γ. ΑΝΑΛΥΤΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΩΝ ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ 1. Χειρουργικές Μάσκες 3play με λάστιχο Χειρουργική μάσκα με λάστιχο τριών στρωμάτων. Να είναι υποαλλεργική, κατασκευασμένη από μαλακό υλικό, άνετη, ανθεκτική στην υγρασία με άριστη αεροδιαπερατότητα. Να έχει μεγάλα ενισχυμένα κορδόνια και μαλακό επιρρήνσιο έλασμα καθ' όλο το μήκος της μάσκας Να παρέχει υψηλή βακτηριακή προστασία, διαθέτοντας εσωτερικό φίλτρο απόδοσης 99,8% BFE, στο 1 micro, χαμηλής αντίστασης στην διέλευση του αέρα που προσφέρει άνετη αναπνοή. Να είναι κατασκευασμένη σύμφωνα με το πρότυπο EN-14683, κατηγορία II. ... Δ. ΔΕΙΓΜΑΤΑ Για όλα τα ζητούμενα είδη ΜΑΠ να κατατεθούν δείγματα.. »

30. Επειδή, κατά τα παγίως γινόμενα 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, ΣΤΕ Ε.Α. 523/2010), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (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, IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

(κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών 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 2...ς Απριλίου 1996, C-87/94, 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).

31. Επειδή σε συνέχεια των ως άνω, σύμφωνα με το Ελεγκτικό Συνέδριο λόγω της εφαρμοζόμενης στους δημόσιους διαγωνισμούς αρχή της τυπικότητας, όλες οι διατάξεις της Διακήρυξης καθιερώνουν ουσιώδεις όρους με εξαίρεση εκείνες για τις οποίες προκύπτει το αντίθετο, με συνέπεια, ελλείψει αντίθετης ρητής διάταξης, τυχόν παραβίαση διατάξεων που αφορούν τις τεχνικές προδιαγραφές ή/και τον τρόπο υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων συνεπάγεται το απαράδεκτο αυτών, και πολλώ δε μάλλον όταν η τυχόν παραβίαση προβλέπεται ρητά επί ποινή αποκλεισμού (Ελ. Συν. VI Τμήμα, Αποφ. 24995, 1949/2009. Πρ. 115, 10/2008, 222/2005, Ζ΄ Κλιμάκιο, Πρ. 116/2012, 1177/2009, Α.Κ. ΚΑΦΤΑΝΗ, «Η αρχή της τυπικότητας στους δημόσιους διαγωνισμούς, Ακραιφνής τυπολατρία ή αναγκαίος όρος της ισότητας και της διαφάνειας»; ΔιΔικ, τ. 24, 2012, σελ 546, 547), πολλώ, δε, μάλλον όταν υφίσταται ρητή πρόβλεψη ότι συγκεκριμένος όρος τίθεται επί ποινή αποκλεισμού.

32. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία εφόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση *Pirro Pizzo*, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

33. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, 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, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 2...ς Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 2...ς Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, 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).

34. Επειδή, παγίως έχει κριθεί ότι σύμφωνα με την ανωτέρω αρχή της σαφήνειας της διακήρυξης, απαράβατοι όροι εκάστης διακήρυξης αποτελούν έκφραση της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τον τρόπο συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών και 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 (ΣΤΕ 127/2015, 1971/2013,

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ ΣτΕ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008).

35. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή κατ' αρχήν, κατά δέσμια αρμοδιότητα, κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης.

36. 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*, σκ. 25 και C-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, 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*, σκ. 27). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, *Pirro Pizzo*, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

37. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣτΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, 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.

38. Επειδή, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι δε θεωρούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές (Ε.Α. ΣτΕ 1740/2004, 93, 316, 563/2006).

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

39. Επειδή σύμφωνα με την Πρόκληση, η συμμόρφωση των προσφερομένων ειδών με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές απαιτείται να προκύπτει από δείγμα του προσφερόμενου προϊόντος, το οποίο υποχρεωτικά προσκομίζεται με την υποβολή της τεχνικής προσφοράς (σκέψη 29, όρος 16, όρος περί περιεχομένου του φακέλου της τεχνικής προσφοράς, Παράρτημα τεχνικών προδιαγραφών κεφ. Γ, όρος Δ). Συνεπώς είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι ανεξαρτήτως του προσκομισθέντος δείγματος του επίμαχου είδους χειρουργική μάσκα, πάντως η συμμόρφωση με τις τεχνικές προδιαγραφές προκύπτει από τα λοιπά στοιχεία της τεχνικής προσφοράς και δη από τα προσκομισθέντα έγγραφα. Ως βάσιμα αναφέρει η πρώτη προσφεύγουσα, η συμμόρφωση του προσφερομένου είδους με τις τεχνικές προδιαγραφές δεν αρκεί να προκύπτει από μόνα τα προσκομιζόμενα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς. Αλλά προαπαιτείται ως διακριτή κεχωρισμένη σωρευτική και διακεκριμένη ουσιώδης απαίτηση η συμμόρφωση και του προσκομιζόμενου δείγματος και δη η απόδειξη με το προσκομιζόμενο δείγμα της συμμόρφωσης του προϊόντος με τις τεχνικές προδιαγραφές. Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με το νόμο και μάλιστα ρητά σύμφωνα με το ν. 4412/2016 άρθ. 214 (σκέψη 27), τα προσκομιζόμενα από τους προσφέροντες δείγματα *«..πρέπει να είναι, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές,.. τα δείγματα... αξιολογούνται κατά το στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς.. κατά την αξιολόγηση των προσφορών από το αρμόδιο όργανο, τίθενται υπόψη του και τα σχετικά δείγματα..»*. Έχει μάλιστα *ad hoc* κριθεί παγίως από την νομολογία ότι εφόσον από τις διατάξεις της διακήρυξης, απαιτείται η προσκόμιση δειγμάτων, η κατάθεση τους πρέπει να είναι η προσήκουσα, και εφόσον από την αξιολόγηση των προσκομισθέντων δειγμάτων, σε σχέση με τα ζητούμενα από την διακήρυξη, διαπιστωθεί ότι δεν υπάρχει αντιστοιχία της προσφοράς με τα κατατεθέντα δείγματα, νομίμως απορρίπτεται η προσφορά (ΔΕφΑθ 25/2013 (ΑΣΦ), ΔΕφΑθ 25/2015 (ΑΣΦ). Και τούτο μάλιστα *«μη δυναμένης της ανωτέρω παράβασης να θεραπευθεί από την ενδεχόμενη εκ των υστέρων συμμόρφωση ... προς το σχετικό όρο της διακήρυξης..»* (*ad hoc* ΔΕφΠειρ 63/2013 (ΑΣΦ). Έχει επίσης *ad hoc* κριθεί ότι εφόσον ρητά απαιτείται από την διακήρυξη η προσκόμιση δείγματος σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές, προκειμένου να αξιολογηθεί βάσει αυτού η προσφορά –ως εν προκειμένω-

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

τότε νομίμως απορρίπτεται η προσφορά εάν κριθεί ότι το προσκομισθέν δείγμα δεν εκπληρώνει τις προδιαγραφές (ΣΤΕ 721/2011 (ΑΣΦ)). Όμως εν προκειμένω, δεν προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι τα προσκομισθέντα δείγματα της πράγματι εκπληρώνουν τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές. Ειδικότερα η αναθέτουσα αρχή δεν αρνείται καμμία από τις αιτιάσεις της προσφυγής μάλιστα δε ουδέ καν απαντά στους ισχυρισμούς περί το προσκομισθέν δείγμα χειρουργικής μάσκας, αρκούμενη να επαναλάβει ότι το δείγμα εξετάσθηκε και αξιολογήθηκε ως κατάλληλο, ενώ όμως ακριβώς αυτή ταύτη η κρίση αμφισβητείται με την πρώτη προσφυγή επί τη βάσει συγκεκριμένων πραγματικών αιτιάσεων. Συγκεκριμένα η αναθέτουσα αρχή δεν αρνείται μάλιστα δε ουδέ καν απαντά στον ισχυρισμό της πρώτης προσφεύγουσας ότι το προσκομισθέν δείγμα φέρει *στην επικολλημένη ετικέτα των ... ένδειξη «NON MEDICAL»*, ενώ αντίθετα ρητά σύμφωνα με την διακήρυξη η μάσκα οφείλει να συμμορφώνεται με το πρότυπο *EN-14683*. Ωστόσο όμως, πράγματι η πρόσκληση απαιτεί συμμόρφωση με το εν λόγω πρότυπο (σκέψη 29, Παράρτημα Τεχνικών Προδιαγραφών, κεφ. Γ). Το επίμαχο δε πρότυπο *EN-14683* ρητώς και σαφώς αφορά σε *ιατρικές μάσκες προσώπου που προορίζονται για τον περιορισμό της μετάδοσης μολυσματικών στοιχείων από το προσωπικό προς τους ασθενείς κατά την διάρκεια χειρουργικών επεμβάσεων και άλλων ιατρικών διαδικασιών με παρόμοιες απαιτήσεις... Το παρόν Ευρωπαϊκό Πρότυπο δεν αφορά σε μάσκες προς χρήση αποκλειστικά για την ατομική προστασία του προσωπικού (medical face masks intended to limit the transmission of infective agents from staff to patients during surgical procedures an other medical settings with similar requirements...This European Standard is not applicable to masks intended exclusively for the personal protection of the staff.. βλ. Την περιγραφή του προτύπου *EN-14683* στην επίσημη ιστοσελίδα του *CEN European Committee for Standardisation* https://standards.cen.eu/dyn/www/f?p=204:110:0:::FSP_PROJECT:69675&cs=1956C06A1BAF887FF462DD56057D34F29 , https://standards.cen.eu/dyn/www/f?p=204:110:0:::FSP_PROJECT:69675&cs=1956C06A1BAF887FF462DD56057D34F29*

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

καθώς και στην επίσημη ιστοσελίδα της ΕΕ σε καταχώρηση του *European Center for Disease* με τον τίτλο *Prevention and Control Using face masks in the Community Reducing Covid-19 transmission from potentially asymptomatic or pre symptomatic people through the use of face masks* σε <https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/COVID-19-use-face-masks-community.pdf> όπου ρητώς γίνεται διάκριση ως εξής .. *Οι ιατρικές μάσκες προσώπου συμμορφώνονται με το πρότυπο που ορίζεται ως το Ευρωπαϊκό Πρότυπο EN 14683:2014. Οι μη ιατρικές μάσκες προσώπου (ή μάσκες της κοινότητας) περιλαμβάνουν ποικίλους τύπους αυτοσχέδιων μασκών ή πωλουμένων στο εμπόριο μασκών ή καλυπτρών προσώπου από ύφασμα, άλλες υφαντές ύλες ή άλλα υλικά όπως χαρτί. Δεν έχουν τυποποιηθεί και δεν προορίζονται για χρήση σε ιατρικές διαδικασίες ή από επαγγελματίες υγείας ... Medical masks comply with requirements defined in European Standard EN 14683:2014. •Non-medical face masks (or ‘community’ masks) include various forms of self-made or commercial masks or face covers made of cloth, other textiles or other materials such as paper. They are not standardised and are not intended for use in healthcare settings or by healthcare professionals.)* Συνεπώς είναι αδιαμφισβήτητο ότι είναι απολύτως ασύμβατη και μάλιστα αποκλείεται η συμμόρφωση μίας *μη ιατρικής μάσκας* με το απαιτούμενο πρότυπο *EN-14683* το οποίο ακριβώς αναφέρεται σε *ιατρική μάσκα*. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν αρνείται, ούτε τον ισχυρισμό της πρώτης προσφυγής ότι δεν προκύπτει από την προσφορά της ότι η προσφερόμενη μάσκα είναι *κατηγορίας II* ως απαιτείται στην πρόσκληση (σκέψη 29, Παράρτημα Τεχνικών Προδιαγραφών, κεφ. Γ). Συγκεκριμένα ούτε από τα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς της που γνωστοποίησε η αναθέτουσα αρχή (ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο *ΑΡΧΕΙΟ 2*) προκύπτει η εκπλήρωση της συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή δεν αρνείται ότι το προσκομισθέν δείγμα της φέρει επ’ αυτού ετικέτα με ένδειξη ότι κατασκευάζεται από την Ωστόσο όμως, από τα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς της που γνωστοποίησε η αναθέτουσα αρχή (ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο *ΑΡΧΕΙΟ 2*) δεν προκύπτει κατασκευαστής με την επωνυμία αυτή αλλά κατασκευαστής με την επωνυμία και διανομέας με την επωνυμία Προσκομίζονται δε με την προσφορά

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

πιστοποιήσεις των προϊόντων ως προβλέπεται στην διακήρυξη, αλλά των προϊόντων της και όχι της Ωσαύτως η αναθέτουσα αρχή δεν αρνείται ούτε ότι το προσκομισθέν δείγμα μάσκας δεν διαθέτει επιρρήνσιο έλασμα καθ' όλο το μήκος της. Συνεπώς εν προκειμένω, και δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει απαντήσει συγκεκριμένα ούτε έχει αρνηθεί αιτιολογημένα τους ως άνω ισχυρισμούς της πρώτης προσφυγής που φέρονται επί πραγματικών περιστάσεων και δη περί των ενδείξεων επί του δείγματος και περί της εξωτερικής διαμόρφωσης προσκομισθέντος δείγματος μάσκας, επί του οποίου δείγματος η ΑΕΠΠ δεν έχει ίδια γνώση, χωρεί εφαρμογή του άρθ. 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 σύμφωνα με το οποίο «.. 1. ... Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ, ...η ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, κοινοποιεί την προσφυγή στην αναθέτουσα αρχή και την καλεί: ... (β) να διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κοινοποίησης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής... 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων. ... » Συνεπώς κατά αμάχητο νόμιμο τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής, προέκυψε ότι το προσκομισθέν δείγμα της δεν εκπληρώνει τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές του επίμαχου είδους με αα 1 χειρουργικές μάσκες. Εξ ετέρου, είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς όλοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί της εφαρμογής εν προκειμένω της ειδικής νομοθεσίας και των οδηγιών περί την αντιμετώπιση της πανδημίας του ιού COVID-19 (σκέψη 19 στην αρχή και στο τέλος). Και τούτο διότι η επικαλούμενη νομοθεσία και οδηγίες ουδόλως συσχετίζονται με τις αιτιάσεις της προσφυγής περί της συμμόρφωσης της προσφοράς της με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, ούτε προβλέπεται στην επικαλούμενη νομοθεσία και οδηγίες ότι μπορεί νόμιμα να γίνει αποδεκτή τεχνική προσφορά η οποία δεν συνάδει με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές και τους λοιπούς

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

όρους της διαδικασίας. Αντίθετα η επικαλούμενη νομοθεσία αναφέρεται στις δυνατές επιλογές διακήρυξης συντόμων διαδικασιών δημοσίων προμηθειών με συντετμημένες προθεσμίες, με ή χωρίς δημοσίευση ή και σε απ' ευθείας αναθέσεις. Ωστόσο όμως η υπό εξέταση πρώτη προσφυγή ουδόλως αμφισβητεί την ισχύ και δεσμευτικότητα της επιλεγείσας διαδικασίας Πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος, αλλά αντίθετα βασίζει όλους τους πραγματικούς ισχυρισμούς της στους αδιαμφισβήτητα σαφείς και ρητούς όρους της πρόσκλησης, ως ανωτέρω εκτενώς παρατίθεται (βλ. και σκέψη 18). Συνεπώς για τους λόγους αυτούς πρέπει να γίνει δεκτός και ο δεύτερος λόγος της πρώτης προσφυγής και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση που έκανε δεκτή την τεχνική προσφορά της καθόσον δεν προέκυψε, αντίθετα κατά νόμιμο αμάχητο τεκμήριο ομολογήθηκε ότι η προσφορά με το προσκομισθέν δείγμα του επίμαχου είδους με αα 1 δεν συμμορφώνεται με τις τεχνικές προδιαγραφές της Πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος (σκέψη 28), και έπρεπε να απορριφθεί σύμφωνα με τον νόμο (άρθ. 18, 53, 54, 71, 91, 214 του ν. 4412/2016 σκέψεις 21-24, 25, 27) και τις αρχές της νομιμότητας τυπικότητας ισότητας και διαφάνειας (σκέψεις 30-38).

40. Επειδή τα παραπάνω αναφερόμενα (σκέψη 39) παρέχουν αυτοτελές αιτιολογικό έρεισμα απόρριψης της προσφοράς της, ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης που την έκανε αποδεκτή, και αποδοχής του αιτήματος της πρώτης προσφυγής. Συνεπώς, η εξέταση των επάλληλων ισχυρισμών και λόγων της πρώτης προσφυγής που αφορούν στην ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, παρέλκει ως αλυσιτελής και τούτο, δοθέντος ότι η ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς και την αποδοχή του αιτήματος της πρώτης προδικαστικής προσφυγής και επομένως ακόμη και ανεξαρτήτως αποδοχής των έτερων ισχυρισμών της πρώτης προσφυγής, παραμένει ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που αποδέχτηκε την προσφορά της (ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑΘ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 239/2019, 841/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.). Και τούτο ίδια και ανεξαρτήτως της βασιμότητας του έτερου λόγου της πρώτης προσφυγής, δεδομένου ότι πράγματι ως αναφέρεται στην πρώτη προσφυγή και προκύπτει από τα στοιχεία της προσφοράς της τα οποία διαβίβασε η

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

αναθέτουσα αρχή με το ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο *ΑΡΧΕΙΟ 2* έχουν υποβληθεί απαραδέκτως ιδιωτικά έγγραφα στην αγγλική χωρίς μετάφραση, τα οποία δεν εμφανίζουν ούτε επικύρωση από δικηγόρο ή από δημόσια αρχή. Συγκεκριμένα πρόκειται για το *Certificate of Analysis* της, μία βεβαίωση ορισμού διανομέα της με ημερομηνία 2-4-2020, το *Certificate of Compliance* με τις απαιτήσεις του FDA της με στοιχεία UQ-14845, το *Certificate of Registration* κατά ISO 13485:2016 της, το *Certificate of Compliance CE* της, το *Certificate of Registration* κατά ISO 9001:2015 της, το *Certificate of Compliance* με το πρότυπο EN 14683:2019 της με στοιχεία UQ-14457, το *Certificate of Compliance* με τις απαιτήσεις του WHO της, τα οποία άπαντα είναι ιδιωτικά έγγραφα και προσκομίζονται στην αγγλική, χωρίς μετάφραση και χωρίς επικύρωση. Όμως, ρητά σύμφωνα με την διακήρυξη *Οι προσφορές υποβάλλονται στην Ελληνική γλώσσα μέσα σε σφραγισμένο φάκελο* (όρος 5, σκέψη 29) εντός του οποίου απαιτείται να προσκομίζονται και τα *πιστοποιητικά ποιοτικού ελέγχου* (όρος 2.4 του Παραρτήματος Τεχνικών Προδιαγραφών). Επίσης ρητά σύμφωνα με τον νόμο τα αποδεικτικά έγγραφα των προσφορών, εφόσον πρόκειται για ιδιωτικά έγγραφα υποβάλλονται υποχρεωτικά επικυρωμένα και μεταφρασμένα στην ελληνική (άρθ. 92 παρ. 4 του ν. 4412/2016 και άρθ. 1 του ν. 4250/2014 σκέψεις 26 και 28). Σχετικώς είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι *τα πιστοποιητικά θα ζητούνταν και υποβάλλονταν μεταφρασμένα και επικυρωμένα κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και προς σύναψη της σύμβασης*. Και τούτο διότι αφ' ενός μεν τα πιστοποιητικά ποιοτικού ελέγχου οφείλετο ρητά κατά την πρόσκληση να προσκομιστούν με τον φάκελο της τεχνικής προσφοράς κατά το παρόν στάδιο της διαδικασίας και όχι κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Εφ' ετέρου ουδόλως προβλέπεται στο οικείο όρο της πρόσκλησης η προσκόμιση ως δικαιολογητικά κατακύρωσης εγγράφων και στοιχείων της τεχνικής προσφοράς. Αλλά αντίθετα προβλέπεται ρητά και περιοριστικά μόνον η προσκόμιση ποινικού μητρώου, πιστοποιητικού ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας, εγγραφή στο επαγγελματικό μητρώο, η νομιμοποίηση του προσωρινού αναδόχου, πιστοποιητικό ΣΕΠΕ ή υπεύθυνη δήλωση προς αντικατάσταση αυτού (βλ. όρος με τον τίτλο

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ της Πρόσκλησης σελ. 6) Περαιτέρω είναι αβάσιμος και απορριπτός ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι για να χωρήσει απόρριψη της προσφοράς της έπρεπε εξατομικευμένα να είχε προβλεφθεί στη Πρόσκληση η προσκόμιση επικυρωμένων και μεταφρασμένων εγγράφων ως όρος απαράβατος ρητά επί ποινή απόρριψης της προσφοράς. Ο ισχυρισμός αυτός είναι προεχόντως αβάσιμος και απορριπτός διότι τυχόν ευδοκίμηση αυτού θα έθετε εκποδών όλους τους προβλεπόμενους ως υποχρεωτικούς όρους της Πρόσκλησης και όλες τις υποχρεωτικά προβλεπόμενες τεχνικές προδιαγραφές χωρίς νόμιμο έρεισμα, αλλά με την αβάσιμη παραδοχή ότι η Πρόσκληση δεν υιοθετεί συγκεκριμένη επαναλαμβανόμενη ορολογία ήτοι τις λέξεις *ουσιώδης, απαράβατος άνευ ετέρου επαγόμενος ποινή αποκλεισμού* κλπ. ούτε τις παραθέτει συνεχώς παραπλεύρως κάθε ενός υποχρεωτικού όρου και τεχνικής προδιαγραφής. Μάλιστα δε κατά κυριολεξία και δεδομένου ότι όλοι οι όροι της Πρόσκλησης έχουν μεν προβλεφθεί ως υποχρεωτικοί, αλλά πουθενά δεν έχει τεθεί η φράση *επί ποινή αποκλεισμού*, τότε κατά την εσφαλμένη παραδοχή της αναθέτουσας αρχής θα μπορούσε παραδεκτά να χωρήσει παράβαση όλων ανεξαιρέτως των όρων της πρόσκλησης. Όμως δεν προκύπτει από τον νόμο ούτε η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι επιβάλλεται νομίμως η χρήση της συγκεκριμένης ορολογίας που μάλιστα να συνοδεύει συνεχώς κάθε ένα υποχρεωτικό όρο και απαίτηση της διακήρυξης. Ούτε εξ άλλου προκύπτει ότι όροι της διακήρυξης οι οποίοι προβλέπονται σαφώς ως υποχρεωτικοί μπορούν ωστόσο να μην είναι και ουσιώδεις και μάλιστα να στερούνται εννόμων συνεπειών, ήτοι παρά το γεγονός ότι ορίστηκαν ως υποχρεωτικοί όμως η τυχόν μη συμμόρφωση δεν επιφέρει πάντως την απόρριψη της προσφοράς. Αντίθετα όμως, οι ρητώς και σαφώς προβλέπεται στην διακήρυξη ότι οι προσφορές υποβάλλονται στην ελληνική, όπερ καταλαμβάνει όλα τα έγγραφα που προσκομίζονται με την τεχνική προσφορά τα οποία σύμφωνα με τον νόμο υποχρεωτικά απαιτείται να κατατίθενται επικυρωμένα και σε ελληνική μετάφραση, ως ανωτέρω αναφέρεται, ενώ τυχόν μη συμμόρφωση επιφέρει την απόρριψη της προσφοράς σύμφωνα με τον νόμο (άρθ. 18, 53, 54, 71, 91, 92 παρ. 4 του ν. 4412/2016 και άρθ. 1 του ν. 4250/2014 σκέψεις σκέψεις 21-23, 25-27) και τις αρχές της νομιμότητας

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

τυπικότητας ισότητας και διαφάνειας που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς (σκέψεις 30-38).

41. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση για την πρώτη προσφυγή.

42. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη πρώτη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και της ..., καθώς και η συμπροσβαλλόμενη απόφαση κατακύρωσης της προμήθειας στην παρεμβαίνουσα.

43. Επειδή η παρέμβαση επί της πρώτης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

44. Επειδή κατόπιν των εκτεθέντων υπό σκέψη 17 και ιδίως δοθέντος ότι με το από 30-7-2020 έγγραφό της η ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχος απέσυρε την προσφορά της, το αίτημα της δεύτερης προσφυγής περί ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας έχει γίνει ήδη δεκτό, καθόσον κατά την εξέταση της προσφυγής δεν υφίσταται προσφορά της παρεμβαίνουσας στον διαγωνισμό ούτε χωρεί συμμετοχή της ως άνω διαγωνιζόμενης στην συνέχιση της διαδικασίας.

45. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση δεύτερη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

46. Επειδή η παρέμβαση επί της δεύτερης προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

47. Επειδή ύστερα από τη παραπάνω σκέψη 41, το παράβολο που κατέθεσε η πρώτη προσφεύγουσα πρέπει επιστραφεί (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

48. Επειδή ύστερα από τα εκτεθέντα στην σκέψη 44, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η δεύτερη προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την πρώτη Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: 1143-1144/2020

Δεχέται την δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη και την συμπροσβαλλόμενη απόφαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην πρώτη προσφεύγουσα του κατατεθέντος παραβόλου.

Ορίζει την επιστροφή στη δεύτερη προσφεύγουσα του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3-9-2020 και εκδόθηκε στις 21-9-2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη, υπογραφόμενη για την έκδοση αυτής, από την προεδρεύουσα του 6^{ου} Κλιμακίου κατά τον χρόνο της έκδοσης, δυνάμει του άρθ. 365 παρ. 7 του ν. 4412/2016, του άρθ. 18 παρ. 3 του ΠΔ 39/2017, σε συνδ. με τις υπ' αριθ. 79/8-9-2020 και 84/11-9-2020 Πράξεις Προέδρου ΑΕΠΠ.

Η Πρόεδρος

ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Η Γραμματέας

ΓΕΩΡΓΙΑ ΔΟΥΓΚΑ