

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση, Πρόεδρος - Εισηγήτρια, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31.07.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1049/3.8.2020 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην «...», οδός «...», αρ. «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της Παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία « ...», που εδρεύει στο «...», οδός «...», αρ. «...», όπως αυτή νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν τόσα τα εισηγητικά πρακτικά της αρμόδιας Επιτροπής όσο και η από 9/6/2020 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας (απόσπασμα της 5ης Συνεδρίασης, Θέμα Α9) με την οποία κατακυρώνεται η προμήθεια – μεταξύ άλλων - των ειδών 71,72,73 στην παρεμβαίνουσα.

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής και να συνεχίσει η διαγωνιστική διαδικασία αναδεικνύοντας ως μειοδότη την ίδια.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους ευρώ 600,00 [βλ. α) Παράβολο με αριθμό «...», β) Αποδεικτικό ηλεκτρονικής καταβολής της «...» προς εξόφληση του ανωτέρω παραβόλου στις 31.07.2020, γ) εκτύπωση από την

## Αριθμός απόφασης: 1205 /2020

ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται ως αυτόματης δέσμευσης και αναφέρει ως κατάσταση «δεσμευμένο»]. Επισημαίνεται ότι ο συνολικός προϋπολογισμός των επίμαχων ειδών (71,72,73) ανέρχεται στο ποσό των 7.400 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. «...»/19 (αρ. πρωτ. 31341/19-12-2019) Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοιχτός, δημόσιος, ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια των ειδών : Αιμοστατική γάζα, Βαμβάκι, Επίδεσμοι, Επιθέματα, Χαρτοβάμβακας, με προϋπολογισθείσα δαπάνη 138.536,90 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 19.12.2019 με ΑΔΑΜ: «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός «...»). Στον εν θέματι διαγωνισμό συμμετείχαν δεκαπέντε (15) οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα με την α/α συστήματος «...» προσφορά της και η παρεμβαίνουσα με την α/α «...» προσφορά αντίστοιχα.

3. Επειδή, σε συνέχεια αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών, εκδόθηκε κατόπιν της εισήγησης της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας (1<sup>ο</sup> με αρ. πρωτ. 133424/14-5-2020 πρακτικό αξιολόγησης των Δικαιολογητικών συμμετοχής – Τεχνικών προσφορών και 2<sup>ο</sup> με αρ. πρωτ. 15459/29-5-2020 Πρακτικό αξιολόγησης Οικονομικών προσφορών) η από 9.06.2020 απόφαση (απόσπασμα της 5<sup>ης</sup> Συνεδρίασης, Θέμα Α9) του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: «...»), η οποία γνωστοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες δια της από 24-07-2020 με αριθμ. πρωτ.21013 ανακοίνωσης, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) στις 24.07.2020 και αναρτήθηκε την αυτή ημερομηνία στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Ειδικότερα, με την ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση όσον αφορά τα επίμαχα είδη (71,72,73) κατακυρώνονται στην παρεμβαίνουσα εταιρεία. Επισημαίνεται ότι το εισηγητικό Πρακτικό 1 αναφέρει ως προς την αξιολόγηση των ειδών 71,72 και 73 τα εξής «Προσφορά υπέβαλαν οι εταιρείες «...», «...», «...». Οι

## **Αριθμός απόφασης: 1205 /2020**

*προσφορές των «...», «...» κρίνονται τεχνικά αποδεκτές. Η προσφορά της «...» κρίνεται τεχνικά μη αποδεκτή γιατί είναι για μέτρια ως υψηλή ποσότητα εξιδρώματος ενώ ζητείται χαμηλού έως υψηλού εξιδρώματος και δεν μετατρέπουν το εξίδρωμα σε τζελ».*

4. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη γνωστοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 24.07.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 31.07.2020. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

6. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή της, επιδιώκοντας εν τοις πράγμασι την απόρριψη της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου των επίμαχων ειδών και την ανάδειξη της ίδιας ως προσωρινής αναδόχου. Ωστόσο, όπως παγίως έχει κριθεί από την νομολογία υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς που ωστόσο δεν διαφοροποιείται ως προς την προϋπόθεση αυτή με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016, οι πράξεις (γνωμοδοτήσεις, πρακτικά, προσκλήσεις) των Επιτροπών του Διαγωνισμού, οποιαδήποτε φάση και αν αφορούν, στερούνται εκτελεστού χαρακτήρα και επομένως δεν παράγουν έννομες συνέπειες με την παραπάνω έννοια εφόσον το όργανο που τις εξέδωσε δεν ασκεί αποφασιστική αρμοδιότητα (βλ. ΕΑ 519/2009 και 1315/2008 και Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδ., 2013, αρ. 71-77

## **Αριθμός απόφασης: 1205 /2020**

επόμε., σελ.54-55). Ως εκ τούτου, απαραδέκτως στρέφεται η προσφεύγουσα κατά των εισηγητικών της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της ως άνω προσφυγής προς την παρεμβαίνουσα, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 3.08.2020. Συνεπώς, η παρέμβαση επί της προσφυγής έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, δια καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 5.08.2020, κοινοποιήθηκε, δε, από την αναθέτουσα προς την προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 6.08.2020. Περαιτέρω, ασκείται η ως άνω παρέμβαση μετ' εννόμου συμφέροντος, επιδιώκοντας τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία η παρεμβαίνουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος των επίμαχων ειδών. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση, απαραδέκτως αιτείται η παρεμβαίνουσα, την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας αναδεικνύοντάς την μειοδότη, καθώς εκφεύγει από την αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 367 Ν.4412/2016 η καθ' υποκατάσταση της Αναθέτουσας αρχής έκδοση απόφασης που μεταρρυθμίζει την προσβαλλόμενη (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018).

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμό πρωτ. 22124/10.08.2020 έγγραφό της υπέβαλε στις 10.08.2020 τις απόψεις της επί της προσφυγής προς την ΑΕΠΠ μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού μετά του φακέλου του διαγωνισμού κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 9 του ΠΔ 39/2017. Επίσης, η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε τις απόψεις της αυθημερόν στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού. Επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 17.08.2020, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το αυθημερόν συνταχθέν Υπόμνημα. Το ως άνω Υπόμνημα κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου στο ΕΣΗΔΗΣ αυθημερόν.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει με την προσφυγή της σχετικώς - επικαλούμενη και σχετική νομολογία αλλά και αποφάσεις ΑΕΠΠ περί παράβασης ουσιώδους διάταξης- ότι κατά παράβαση των άρθρων 91 και 94 του Ν. 4412/2016 και των άρθρων 2.4.6. και 3.1.2. της διακήρυξης, έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας. Επισημαίνει, ειδικώς, ότι η αναθέτουσα απορρίπτει προσφορά, η οποία αποκκλίνει, μεταξύ άλλων από το άρθρο 94 (περιεχόμενο τεχνικής προσφοράς) ή υποβλήθηκε κατά παράβαση απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής προσφοράς. Ομοίως, στα άρθρα 2.4.6. και 3.12. της διακήρυξης προβλέπεται ως υποχρεωτικός ο αποκλεισμός τεχνικών προσφορών που δεν είναι σύμφωνες με την διακήρυξη. Εν προκειμένω, ως διατείνεται η προσφεύγουσα, ζητούνται επιθέματα υδροτριχοειδικής δράσης, χαμηλού έως υψηλού εξιδρώματος, που να δεσμεύουν το τραυματικό εξίδρωμα μεταρέποντας το σε τζελ. Έπονται άλλα χαρακτηριστικά. Το προσφερόμενο επίθεμα της εταιρίας «...» με εμπορική ονομασία «...» όπως περιγράφεται στην τεχνική της προσφορά (σελ. 3-5) είναι επίθεμα πολύ υψηλής και ταχείας απορροφητικότητας, για έλκη με πολύ υψηλό εξίδρωμα (heavily exuding), σύμφωνα με το έντυπο της εν θέματι εταιρείας. Ειδικότερα, δεν μπορεί να ενεργήσει σε χαμηλό εξίδρωμα, παρά μόνο σε υψηλό εξίδρωμα, ενώ η προδιαγραφή δείχνει ότι το Νοσοκομείο επιδιώκει την προμήθεια είδους που καλύπτει όλο το εύρος των εξιδρωμάτων.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται συναφώς τα εξής: *«Εμμένουμε στην κρίση μας όπως αναφέρθηκε στο πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης. Σύμφωνα με την τεχνική προσφορά της εταιρείας «...», το προσφερόμενο επίθεμα είναι κατάλληλο για κάθε βαθμό εξιδρώματος, άρα πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές σύμφωνα με τις οποίες το προσφερόμενο επίθεμα πρέπει να είναι κατάλληλο για χαμηλού ως υψηλού βαθμοί) εξιδρώματα.*

*Τα ανωτέρω έκρινε η Επιτροπή Διαγωνισμού για την αξιολόγηση των προσφορών. ».*

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει τα εξής *«...[.]Η προσφεύγουσα εταιρεία «...». υποστηρίζει ότι το προσφερόμενο από την εταιρεία μας επίθεμα με την εμπορική ονομασία «...» είναι επίθεμα «πολύ*

## Αριθμός απόφασης: 1205 /2020

υψηλής και ταχείας απορροφητικότητας, για έλκη με πολύ υψηλό εξίδρωμα και, ότι, συνεπώς, δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς αυτές απαιτούν το επίθεμα να καλύπτει ανάγκες που κυμαίνονται από χαμηλό έως υψηλό εξίδρωμα». Υποστηρίζει στη συνέχεια, ότι το προσφερόμενο επίθεμα της εταιρείας μας δεν μπορεί να ενεργήσει σε χαμηλό εξίδρωμα, παρά μόνον σε υψηλό εξίδρωμα, και, ότι, επομένως, δεν ανταποκρίνεται στην προδιαγραφή που έχει ζητήσει το Νοσοκομείο, που απαιτεί είδος που καλύπτει όλο το εύρος των εξιδρωμάτων.

Τα παραπάνω, όμως, δεν είναι ορθά και δεν ανταποκρίνονται στην πραγματικότητα. Έτσι, με την παρούσα, παρεμβαίνουμε υπέρ του κύρους της αποφάσεως της επιτροπής κρίσεως και υποστηρίζουμε το κύρος της προσβαλλόμενης αποφάσεως, ότι δηλαδή το προσφερθέν προϊόν από την εταιρεία μας πληρεί [sic] τις τεχνικές προδιαγραφές των ειδών με Α/Α. 71,72,73 καθώς τα τεχνικά στοιχεία/προδιαγραφές του, καλύπτουν όλο το φάσμα του εξιδρώματος.

Αρχικά, πρέπει να σημειωθεί ότι ένα επίθεμα μέτριου και υψηλού εξιδρώματος είναι κατάλληλο για κάθε είδος εξιδρώματος, αφού μπορεί να απορροφήσει οποιαδήποτε ποσότητα υγρών, επομένως και μικρή ποσότητα (χαμηλό εξίδρωμα). Τούτο συμβαίνει καθώς το προσφερθέν επίθεμα από την εταιρεία μας διαθέτει πλέγμα ρύθμισης απορρόφησης, χαμηλής πρόσφυσης, που δεν επιτρέπει στο επίθεμα να «κολλήσει» στο τραύμα, όταν το τραύμα εκκρίει ελάχιστη/μικρή ποσότητα υγρού και επομένως ενδείκνυται και στην περίπτωση χαμηλής εξιδρωσης διαγωνισμού βάση του δείγματος που προσκομίστηκε.

Στην προκειμένη περίπτωση, όπως αποδεικνύεται

α. από το φυλλάδιο οδηγιών του κατασκευαστή που βρίσκεται μέσα σε κάθε συσκευασία ότι το προϊόν αυτό χρησιμοποιείται ως «Κύριο επίθεμα που ενδείκνυται για τραύματα μερικού και ολικού πάχους, με μέτρια έως έντονη εξίδρωση»

β. από την προσκομιζόμενη σε μετάφραση δήλωση της κατασκευάστριας εταιρείας, η οποία επισυνάπτεται.

## Αριθμός απόφασης: 1205 /2020

Για το λόγο αυτό το προϊόν της εταιρείας μας πληρεί [sic] τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό και γι' αυτό το λόγο πρέπει να γίνει δεκτό και να απορριφθεί ως μη νόμιμη η προσφυγή της αντιδίκου εταιρείας.

2. Όμως η προσφυγή της αντιδίκου εταιρείας πάσχει ακυρότητα καθώς η εταιρεία αυτή στερείται έννομου συμφέροντος για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καθώς τα προϊόντα που προσφέρει δεν πληρούν, σε καμία περίπτωση, τις τεθείσες από τη διακήρυξη προϋποθέσεις.

Το προσφερόμενο επίθεμα της εταιρείας «...» με εμπορική ονομασία «...» περιγράφεται στο αγγλικό φυλλάδιο, που είναι το πρωτότυπο, ως επίθεμα πολύ υψηλής και ταχείας απορροφητικότητας, για έλκη με πολύ υψηλό εξίδρωμα (*Super absorbent dressing for use on highly exuding wounds*).

Επομένως και παρά τα αναγραφόμενα στο ελληνικό φυλλάδιο -στο οποίο όπως είναι γνωστό μπορεί κανείς να αναγράψει κατά το δοκούν το περιεχόμενό του- το συγκεκριμένο προϊόν της ανταγωνίστριάς μας εταιρείας δεν πληροί, καθόλου όμως, τις τεχνικές προδιαγραφές. Διότι, και στην περίπτωση που κριθεί ότι ένα προϊόν που καλύπτει το μεσαίο εξίδρωμα δεν καλύπτει το χαμηλό εξίδρωμα δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να κριθεί ότι το υψηλό εξίδρωμα, μόνο αυτό, μπορεί να καλύψει τον κάθε βαθμό εξιδρώματος που ζητείται από την προδιαγραφή και από τη διακήρυξη.

Κατόπιν τούτου η προσφυγή της αντιδίκου εταιρείας ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος καθώς, όπως αποδεικνύεται από τα παραπάνω, δεν πληροί τις προϋποθέσεις της νόμιμης συμμετοχής στο διαγωνισμό και κακώς προεκρίθη το δικό της προϊόν στην διαγωνιστική διαδικασία. Για το λόγο αυτό η προσφοράς της εταιρείας «...» πρέπει να απορριφθεί ως μη νόμιμη.

Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 οι αναθέτουσες αρχές (πρέπει να...) αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και (πρέπει να...) ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας τις αρχές 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.

Επειδή, ορίζεται -και έχει γίνει δεκτό και από τα αρμόδια Δικαστήρια και Αρχές- ότι ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητη, υπό την έννοια της -μη εξειδικευμένης και αποδεικνυόμενης επιστημονικά- ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση κάποιων οικονομικών φορέων σε βάρος των άλλων.

Επειδή και σύμφωνα με το άρθρο 54 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές ε (πρέπει να..) εξασφαλίζουν την ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν πρέπει να έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.».

12. Επειδή, με το υπόμνημά της η προσφεύγουσα επισημαίνει, έτι τα κάτωθι «Επισημαίνεται πρώτα ότι το έγγραφο που απεστάλη στην ΑΕΠΠ από την Αναθέτουσα Αρχή, τύποις και μόνον συνιστά απόψεις κατά την έννοια του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016. Διότι απλώς και μόνον, δηλώνει την εμμονή της Αρχής στην προηγούμενη κρίση της. Εμείς στην προσφυγή μας εισφέραμε συγκεκριμένο πραγματικό ισχυρισμό ως εξής: «Το προσφερόμενο επίθεμα της εταιρίας «...» με εμπορική ονομασία «...» όπως περιγράφεται στην τεχνική προσφορά της (σελ. 3-5), είναι επίθεμα πολύ υψηλής και ταχείας απορροφητικότητας, για έλκη με πολύ υψηλό εξίδρωμα (heavily exuding), σύμφωνα με το έντυπο της εταιρείας που αναφέρετε η απορροφητικότητα του. Επομένως, δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς ζητείται να είναι από χαμηλού έως υψηλού εξιδρώματος. Ειδικότερα, δεν μπορεί να ενεργήσει σε χαμηλό εξίδρωμα, παρά μόνον σε υψηλό εξίδρωμα, ενώ η προδιαγραφή δείχνει ότι το Νοσοκομείο επιδιώκει την προμήθεια είδους που καλύπτει όλο το εύρος των εξιδρωμάτων. Επομένως, είναι εκτός προδιαγραφών και πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας «...». Επ' αυτού του ισχυρισμού ότι από το φυλλάδιο που περιέχεται στην προσφορά δεν προκύπτει η κάλυψη ελκών και χαμηλού εξιδρώματος δεν υπάρχει απάντηση.

Προκαλεί δε εντύπωση, ότι στις απόψεις δεν περιέχεται παραπομπή στην θέση επί του πραγματικού και τεχνικής φύσης ισχυρισμού αυτού, της αρμόδιας οργανικής μονάδας του Νοσοκομείου, ήτοι του Γραφείου Προμηθειών, ή της Επιτροπής Διεξαγωγής του Διαγωνισμού. Αντιθέτως, ο



## Αριθμός απόφασης: 1205 /2020

ισχυρισμός αυτός φαίνεται να αξιολογείται από μόνο τον Διοικητή του Νοσοκομείου, που υπέγραψε αυτές τις τύποις απόψεις.

Επισημαίνουμε τέλος, ότι στην παρέμβαση της εταιρείας «...» που κατατέθηκε, αναφέρει ότι «... ένα επίθεμα μέτριου και υψηλού εξιδρώματος είναι κατάλληλο για κάθε είδος εξιδρώματος, αφού μπορεί να απορροφήσει οποιαδήποτε ποσότητα υγρών, επομένως και μικρή ποσότητα (χαμηλό εξίδρωμα)...».

Ο παραπάνω ισχυρισμός πάσχει, διότι η δυνατότητα του επιθέματος ως προς την ποσότητα του εξιδρώματος που διαχειρίζεται, εξαρτάται από την ποσότητα του εξιδρώματος που ενεργοποιεί το πλέγμα ρύθμισης απορρόφησης, που φέρει στην επιφάνεια του. Προφανώς το πλέγμα ρύθμισης απορρόφησης του επιθέματος της εταιρείας «...», δεν ενεργοποιείται σε έλκη με χαμηλό εξίδρωμα, γι' αυτό και δεν προτείνονται για τα συγκεκριμένα έλκη.

Επίσης, απαραδέκτως αμφισβητείται η συμμόρφωση της προσφοράς μας με τις τεχνικές προδιαγραφές, καθώς τούτο μπορεί να γίνει μόνον με προδικαστική προσφυγή.

Το έννομο συμφέρον μας για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, συνίσταται στο γεγονός, ότι έχει κριθεί από την αναθέτουσα, πως έχουμε καταθέσει παραδεκτή τυπικά και τεχνικά προσφορά και πως είμαστε ο επόμενος μειοδότης, που θα ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος μετά την ακύρωση - όπως πιστεύουμε - των προσβαλλόμενων πράξεων ως προς το παραδεκτό της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας. Η βλάβη μας συνίσταται στην ανάδειξη ως μειοδοτούσας προσφοράς τεχνικά απαράδεκτης. Κατ' ακολουθία, με άλλο τρόπο το έννομο συμφέρον και η βλάβη μας δεν μπορούν να αμφισβητηθούν ».

13. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 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. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης

## Αριθμός απόφασης: 1205 /2020

δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.[...]. Το, δε, άρθρο 53 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο εγγράφων της σύμβασης» προβλέπει στην παρ. 1 τα εξής «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών». Περαιτέρω, το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Τεχνικές προδιαγραφές» αναφέρει τα κάτωθι «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α΄ παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. 2. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθορίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. 4. Για όλες τις συμβάσεις που προορίζονται για χρήση από φυσικά πρόσωπα είτε πρόκειται για το ευρύ κοινό είτε για το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, οι τεχνικές προδιαγραφές, καταρτίζονται με τρόπο ώστε να λαμβάνουν υπόψη κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή το σχεδιασμό για όλους τους χρήστες. 5. Αν έχουν υιοθετηθεί υποχρεωτικές απαιτήσεις προσβασιμότητας δυνάμει νομοθετικής πράξης της Ένωσης, οι τεχνικές προδιαγραφές, όσον αφορά τα κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή τον σχεδιασμό για όλους τους χρήστες, καθορίζονται με παραπομπή στις εν λόγω απαιτήσεις. 6. 2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 7. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να

## Αριθμός απόφασης: 1205 /2020

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. 8. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».9. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο,

συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 10. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α' της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. 11. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή. 12. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61.[...]». Επίσης, το άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» προβλέπει ότι «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. γ) Για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102. δ) Η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, αν τέτοια δεν επιτρέπεται ή, αν επιτρέπεται, δεν πληροί τις ελάχιστες απαιτήσεις των εγγράφων της σύμβασης. ε) Η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλει δύο ή περισσότερες προσφορές

εκτός αν επιτρέπεται η υποβολή εναλλακτικής προσφοράς. Ο περιορισμός αυτός ισχύει, υπό τους όρους της περίπτωσης γ' της παραγράφου 4 του άρθρου 73 και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων. στ) Προσφορά υπό αίρεση. [...]». Περαιτέρω, το άρθρο 94 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Περιεχόμενο φακέλου «Τεχνική Προσφορά» προβλέπει ρητά ότι «1. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου, στην περίπτωση που εφαρμόζεται το άρθρο 50 και το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, ο ξεχωριστός σφραγισμένος φάκελος, με την ένδειξη «Τεχνική Προσφορά» περιέχει τουλάχιστον οριστική μελέτη όλων των απαραίτητων έργων. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου στις οποίες κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, τα περιεχόμενα του φακέλου «Τεχνική Προσφορά» ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. [...]

Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης».

14. Επειδή, οι οικείοι όροι της διακήρυξης αναφέρουν αυτολεξεί τα εξής  
i) 2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά»

2.4.3.1 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 2.2.5.1. της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΤΕΥΔ το οποίο έχει αναρτηθεί στη διαδικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα ΙΙ),

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.

Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν το ΤΕΥΔ για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση.

Οι ενώσεις οικονομικών φορέων που υποβάλλουν κοινή προσφορά, υποβάλλουν το ΤΕΥΔ για κάθε οικονομικό φορέα που συμμετέχει στην ένωση.

2.4.3.2 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 Ι 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., ii) 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου) της παρούσας, 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 την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης, γ) για την οποία ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή σύμφωνα με την παράγραφο

## Αριθμός απόφασης: 1205 /2020

3.1.1. της παρούσας και το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά,

ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές,

ζ) η οποία είναι υπό αίρεση,

η) η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής,

θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης» iii) Στο Παράρτημα Ι όπου παρατίθενται οι τεχνικές προδιαγραφές, αναφέρεται ρητά ως προς τα είδη 71,72 και 73 υπό τον τίτλο «Επιθέματα - Υδροτριχοειδικά» τριών ειδών επιθέματα που διαφοροποιούνται ως προς τις διαστάσεις και έχουν τις αυτές υποχρεωτικές τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες ενσωματώνονται στον πίνακα συμμόρφωσης, ως κατωτέρω «*Επίθεμα υδροτριχοειδικής δράσης, χαμηλού έως υψηλού εξιδρώματος. Να δεσμεύει το τραυματικό εξίδρωμα μετατρέποντας το σε τζελ. Η εξωτερική του επιφάνεια να είναι αδιαπέραστη δημιουργώντας φραγμό στην είσοδο μικροοργανισμών και νερού...[.].*».

15. Επειδή, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοκ

## **Αριθμός απόφασης: 1205 /2020**

πλαίσιου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Όπως, δε, παγίως γίνεται δεκτό, οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης στους δημόσιους διαγωνισμούς επιτάσσουν στις αναθέτουσες αρχές να διατυπώνουν τους όρους διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης στην προκήρυξη του διαγωνισμού με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία, κατά τρόπο ώστε αφενός να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, αφετέρου, να καθιστούν δυνατό τον αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα τιθέμενα κριτήρια (Ε.Σ Κλ.Ε 157/2017, Τμ. VI 2452/2012, 1643/2014, 6869/2015, 261/2017, βλ. και ΔΕΚ απόφαση της 18.10.2001, C-19/2000, SIAC Construcion Ltd, σκέψεις 41 έως 44, απόφαση της 29.4.2004, C-496/1999 Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκέψη 111, απόφαση της 10.5.2012, C-368/10, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών σκ. 109 επ.). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί, η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ., C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970



## **Αριθμός απόφασης: 1205 /2020**

Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

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

17. Επειδή, σύμφωνα με πάγια νομολογία, ενόψει της αρχής της τυπικότητας, που, όπως προαναφέρθηκε, διέπει τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να καλεί τους προμηθευτές να συμπληρώσουν τα νομίμως, καταρχήν, υποβληθέντα δικαιολογητικά ή να παρέχουν σχετικές διευκρινίσεις αλλά όχι να αναπληρώσουν μη υποβληθέντα ή μη νομίμως υποβληθέντα δικαιολογητικά (ΣΤΕ 2454/09, ΕΑ ΣΤΕ 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑΘ 271/2011). Περαιτέρω, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012,

## **Αριθμός απόφασης: 1205 /2020**

SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, Archus and Gama, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

18. Επειδή, από τη νομολογία του ΔΕΕ προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να τροποποιήσει, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας αναθέσεως, το περιεχόμενο των βασικών όρων του διαγωνισμού, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται οι τεχνικές προδιαγραφές καθώς και τα κριτήρια αναθέσεως, και στους οποίους έχουν καλόπιστα στηριχθεί οι ενδιαφερόμενοι επιχειρηματίες για να αποφασίσουν εάν θα υποβάλουν προσφορά ή εάν, αντιθέτως, δεν θα λάβουν μέρος στη διαδικασία συνάψεως της σχετικής συμβάσεως (βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, C 368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 55, και της 16ης Απριλίου 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, σκέψεις 27 έως 29). Πάντως, από τα ανωτέρω δεν συνάγεται ότι οποιαδήποτε τροποποίηση της συγγραφής υποχρεώσεων μετά τη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού θα ήταν, καταρχήν και σε κάθε περίπτωση, μη επιτρεπόμενη. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή έχει κατ' εξαίρεση τη δυνατότητα διορθώσεως ή συμπληρώσεως των δεδομένων της συγγραφής υποχρεώσεων των οποίων απαιτείται η απλή διευκρίνισή τους ή προς τον σκοπό της διορθώσεως πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, υπό την επιφύλαξη ότι ενημερώνει σχετικά το σύνολο των προσφερόντων (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40). Πρέπει επίσης να επιτρέπεται στην ως άνω αναθέτουσα αρχή να προβαίνει σε ορισμένες τροποποιήσεις της συγγραφής υποχρεώσεων, υπό την επιφύλαξη της τηρήσεως των αρχών της

απαγορεύσεως των διακρίσεων και της ίσης μεταχειρίσεως καθώς και της υποχρεώσεως διαφάνειας. Η απαίτηση αυτή σημαίνει, πρώτον, ότι οι σχετικές τροποποιήσεις, καίτοι μπορεί να είναι σημαντικές, δεν πρέπει να είναι τόσο ουσιώδεις ώστε θα είχαν προσελκύσει δυνητικούς προσφέροντες οι οποίοι, σε περίπτωση που δεν υφίσταντο οι τροποποιήσεις αυτές, δεν θα ήταν σε θέση να υποβάλουν προσφορά. Τούτο θα ίσχυε πιθανώς, μεταξύ άλλων, οσάκις οι τροποποιήσεις καθιστούν τη σύμβαση αισθητά διαφορετική, ως εκ της φύσεώς της, από τη σύμβαση όπως αυτή είχε οριστεί αρχικώς. Δεύτερον, η εν λόγω απαίτηση συνεπάγεται ότι οι τροποποιήσεις αυτές πρέπει να αποτελούν αντικείμενο επαρκούς δημοσιότητας, κατά τρόπον ώστε να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια δυνητικούς προσφέροντες η δυνατότητα να λάβουν γνώση των τροποποιήσεων αυτών υπό τις ίδιες προϋποθέσεις και κατά το ίδιο χρονικό σημείο. Τρίτον, η ίδια απαίτηση προϋποθέτει επιπροσθέτως, αφενός, ότι οι εν λόγω τροποποιήσεις πρέπει να έχουν επέλθει πριν από την εκ μέρους των προσφερόντων υποβολή των προσφορών, και, αφετέρου, ότι η προθεσμία για την υποβολή των εν λόγω προσφορών πρέπει να παρατείνεται όταν οι τροποποιήσεις αυτές είναι σημαντικές, ότι η διάρκεια της παρατάσεως αυτής πρέπει να αποτελεί συνάρτηση της σπουδαιότητας των εν λόγω τροποποιήσεων και ότι η εν λόγω διάρκεια πρέπει να είναι επαρκής ώστε να παρέχεται στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς η δυνατότητα να προσαρμόσουν συνακολούθως την προσφορά τους (C-298/15, «Borta» UAB, ECLI:EU:C:2017:266 σκ.70-76 αλλά και προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως E. Sharpston σχετικά με την εν λόγω υπόθεση).

19. Επειδή, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Κατά τα παγίως, δε, κριθέντα, αποκλεισμός τεχνικής προσφοράς προβλέπεται μόνο στην περίπτωση απόκλισης από τους απαράβατους όρους της διακήρυξης, ως τέτοιοι, δε, νοούνται στο σύνολό τους οι τεχνικές προδιαγραφές.

20. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται το προσκομισθέν προσπέκτους της παρεμβαίνουσας όσον αφορά τα επίμαχα είδη προκειμένου να υποστηρίξει ότι δεν πληρούται η τιθέμενη τεχνική προδιαγραφή και δη όσον αφορά την κάλυψη ελκών χαμηλού εξιδρώματος.

21. Επειδή, η παρεμβαίνουσα στο υποβληθέν φύλλο συμμόρφωσης απαντά ως προς τα επίμαχα είδη θετικά (ΝΑΙ) καταδεικνύοντας ότι καλύπτει πλήρως τις τεχνικές προδιαγραφές, αναφέροντας ως προς το εύρος εξιδρώματος που καλύπτεται «Κοκκιοποίηση για κάθε βαθμό εξιδρώματος», με ταυτόσημη σχετική αναφορά και στο αρχείο της Τεχνικής προσφοράς και παραπέμποντας – στο Φύλλο συμμόρφωσης - προς τεκμηρίωση στο Prospectus 1. Στο σχετικό Prospectus, ωστόσο, στις γενικές ιδιότητες της κατηγορίας των επιθεμάτων με εμπορική ονομασία «...»® -οικογένεια «...»® - ως χαρακτηριστικά αναφέρει το εμπορικό φυλλάδιο – γίνεται η κάτωθι μνεία «The presence of non-adherent wound contact layer allows fast, controlled absorbency of light exudates», όπου λόγω της αναφοράς σε ελαφριές άλλως χαμηλού εξιδρώματος πληγές (light exudates) προκύπτει ότι από κάποιο επιμέρους προϊόν της συγκεκριμένης σειράς καλύπτονται τα έλκη χαμηλού εξιδρώματος. Ωστόσο, όσον αφορά το προσφερόμενο προϊόν αναφέρεται ρητώς το εξής «...»® «...»®: *Nonwoven dressing coated with breathable waterproof, virus proof and bacteria proof polyurethane film outermost layer and central highly absorbent* «...»® «...»® *has the advantages of both* «...»® «...»® *in being suitable for sensitive skin and* «...»® «...»® *in being waterproof, virus proof and bacteria proof. Indications: heavily exuding acute and chronic wounds, e.g. partial thickness pressure ulcers, first and second degree burns*». Η τελευταία φράση, δε, αναφέρει «*Ενδείξεις : Υψηλού εξιδρώματος έντονες και χρόνιες πληγές, πχ. Έλκη πίεσης μερικού πάχους, πρώτου και δεύτερου βαθμού εγκαύματα*».

22. Επειδή, οι δεδομένες προδιαγραφές που επιλέχθηκαν από την αναθέτουσα αρχή και περιγράφησαν κατά συγκεκριμένο τρόπο, εμπίπτοντας στο «σκληρό πυρήνα» της σκοπιμότητας, συνιστούν ανέλεγκτη καταρχήν κρίση της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010) και όπως έχει παγίως κριθεί, προσβάλλονται απαραδέκτως (Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 κ.ά.).

23. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι καλύπτουν τα προσφερόμενη είδη και τα χαμηλά εξιδρώματα, προσκομίζοντας προς επίρρωση του ισχυρισμού επιπλέον έγγραφα ως και σχετική επιστολή της κατασκευάστριας εταιρείας. Ωστόσο, δεδομένης της μη δυνατότητας τροποποίησης της οικείας προσφοράς σε συνδυασμό με το γεγονός ότι δεν δύναται η ΑΕΠΠ να αξιολογήσει το πρώτον υποβληθέντα ενώπιόν της έγγραφα κατ' ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 54/2018), τα εν λόγω έγγραφα δεν λαμβάνονται υπόψη ως απαραδέκτως υποβληθέντα.

24. Επειδή λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, *Universale-Bau AG*, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, *Santex SpA*, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66). Επομένως, στο βαθμό που εμμέσως δια της ερμηνείας την οποία αποδίδει η παρεμβαίνουσα στο συγκεκριμένο όρο, ουσιαστικά βάλλει κατ' αυτού, υποστηρίζοντας ότι δεν απαιτείτο η ρητή αναφορά στην κάλυψη χαμηλού εξιδρώματος, ο εν θέματι ισχυρισμός προβάλλεται απαραδέκτως.

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

26. Επειδή, οι γενικές αρχές του διοικητικού δικαίου, ως της χρηστής διοίκησης, και, της αναλογικότητας, έχουν εφαρμογή κατά την ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι της νομικής δυνατότητας

## **Αριθμός απόφασης: 1205 /2020**

της διοίκησης να επιλέγει ανάμεσα σε διάφορες εξίσου νόμιμες λύσεις, μία απόφαση δηλαδή για το εάν, πότε και πώς της διοικητικής δράσης (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Αθήνα-Κομοτηνή 2004, σ. 191).

27. Επειδή, επομένως, κρίσιμη είναι η διαφοροποίηση και υπό αυτή την έννοια η αποφυγή της σύγχυσης της διακριτικής ευχέρειας με την ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου, που οφείλει να κάνει η Διοίκηση, η οποία συνίσταται στην εξακρίβωση, με τη χρήση των διαφόρων ερμηνευτικών μεθόδων, με επικρατέστερες πέραν της γραμματικής, την συστημική - υπό την έννοια της ένταξης της επίμαχης διάταξης σε ένα πλέγμα διατάξεων - και την τεολογική, του ποια πραγματικά αρμοδιότητα παρέχει ο κανόνας δικαίου στο διοικητικό όργανο και καταλήγει στην υιοθέτηση μιας και μόνης άποψης. Αντιστοίχως, διαφοροποιείται η διακριτική ευχέρεια της απλής διαπίστωσης της συνδρομής των πραγματικών ή νομικών καταστάσεων, που συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις για την έκδοση της διοικητικής πράξης, η οποία δύναται να είναι θετική ή αρνητική, σωστή ή λανθασμένη. Στην περίπτωση αυτή, το διοικητικό όργανο έχει απλώς αρμοδιότητα να εξακριβώσει την ύπαρξη των στοιχείων, τα οποία στη συγκεκριμένη περίπτωση συνθέτουν ορισμένη πραγματική ή νομική κατάσταση, για να κρίνει, εάν υπάρχει η προϋπόθεση εφαρμογής ενός απρόσωπου κανόνα δικαίου με την έκδοση της σχετικής πράξης δεδομένου ότι η διαπίστωση της συνδρομής των νόμιμων προϋποθέσεων είναι αναγκαία για την άσκηση της δέσμιας αρμοδιότητας. (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ 140).<sup>64</sup> Επομένως, δεν χωρεί εφαρμογή των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης όπου η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εφαρμόσει συγκεκριμένη διάταξη και κατά τον νόμο και την Διακήρυξη ενεργεί κατά δεσμία αρμοδιότητα (πρβλ. ΔΕΦΑΘ 2098/2013, ΣΤΕ 2067/2004, 13/2003, 1072/2003).

28. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, στο παρόν στάδιο της αξιολόγησης η αναθέτουσα αρχή, κατ' αρχήν κατά δεσμία αρμοδιότητα κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης (Διακήρυξης) στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δεσμία αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης.

29. Επειδή ως διδάγματα της κοινής πείρας θεωρούνται γενικές αρχές που συνάγονται επαγωγικά από την καθημερινή παρατήρηση της εμπειρικής πραγματικότητας, τη συμμετοχή στις συναλλαγές και τις γενικές τεχνικές ή επιστημονικές γνώσεις, οι οποίες έχουν γίνει κοινό κτήμα και χρησιμοποιούνται από το δικαστήριο για την εξειδίκευση των αορίστων νομικών εννοιών και για έμμεση απόδειξη κρίσιμων γεγονότων, ή την εκτίμηση της αποδεικτικής αξίας των αποδεικτικών μέσων, που προσκομίστηκαν (ΟΛΑΠ 8/2005, ΣΤΕ 414/2006, ΔΕφ Θεσ. 2632/2015).

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

Γενικού Εισαγγελέα, Michal Bobek, της 5ης Ιουλίου 2017, Υπόθεση C-224/16 (ΑΕΒΤΡΙ) σκ. 71].

31. Επειδή, η ρητή αναφορά τόσο σε χαμηλού όσο και υψηλού εξιδρώματος έλκη, καταδεικνύει σαφώς κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα (βλ a contrario ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011) ότι δεν καλύπτεται άνευ ετέρου και η κατηγορία των χαμηλού ή/και μεσαίου εξιδρώματος ελκών από τα υψηλού, βάσει δυνητικής διαφοροποίησης ως προς τον τρόπο κατασκευής, που εξυπηρετεί διαφορετικές ανάγκες. Επισημαίνεται ότι θα πρέπει να εξασφαλίζεται η σωρευτική κάλυψη όλων των τεχνικών προδιαγραφών των επίμαχων επιθεμάτων, ήτοι να αποδεικνύεται ότι το πλέγμα απορρόφησης του επιθέματος ενεργοποιείται – κι επομένως δύναται να μετατρέψει σε τζελ και το χαμηλό εξίδρωμα – και σε έλκη με χαμηλό εξίδρωμα.

32. Επειδή, περαιτέρω, η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να αποδεικνύεται περιοριστικώς με την προσκόμιση των εγγράφων και δικαιολογητικών της οικείας τεχνικής προσφοράς, ως ορθώς επισημαίνει η προσφεύγουσα, η οποία (προσφορά) χρήζει διευκρινίσεων σε περίπτωση που κάποια συγκεκριμένη μνεία ή/και στοιχείο της, στο οποίο ρητώς παραπέμπει με το φύλλο συμμόρφωσης η προσφέρουσα, δεν είναι απόλυτα σαφές και όχι σε περίπτωση που δεν υπάρχει οποιαδήποτε ένδειξη κάλυψης συγκεκριμένης, έστω και κατά ένα επιμέρους μέρος, τεχνικής προδιαγραφής.

33. Επειδή, ειδικότερα ως επεξήγηση της συμπλήρωσης του φύλλου συμμόρφωσης αναφέρεται αυτολεξεί το εξής « 1. *Στήλη*

#### **ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ**

*Επεξήγηση των στηλών των πινάκων:*

*Στα κελιά της στήλης αυτής περιγράφονται αναλυτικά οι αντίστοιχοι τεχνικοί όροι, υποχρεώσεις ή επεξηγήσεις, για τα οποία θα πρέπει να δοθούν αντίστοιχες απαντήσεις.*

2. *Στήλη ΑΠΑΙΤΗΣΗ*

*Στα κελιά της στήλης αυτής έχουν συμπληρωθεί:*

- *Η λέξη ΝΑΙ , που σημαίνει ότι η αντίστοιχη προδιαγραφή είναι υποχρεωτική για τον προμηθευτή. Για τις περιπτώσεις όπου υπάρχει «ΝΑΙ» σε τίτλο απαιτήσεων ο οποίος αναλύεται σε επιμέρους χαρακτηριστικά θεωρείται ότι η απαίτηση περιλαμβάνει όλα τα επιμέρους χαρακτηριστικά και πρέπει να*



## **Αριθμός απόφασης: 1205 /2020**

δοθεί απάντηση για το καθένα χωριστά. Η συγκεκριμένη επισήμανση δεν ισχύει όταν υπάρχει επιμέρους ανάλυση για την απαίτηση του κάθε ειδικού χαρακτηριστικού.

### **3. Στήλη ΑΠΑΝΤΗΣΗ**

Στα κελιά της στήλης αυτής σημειώνεται υποχρεωτικά η απάντηση του προμηθευτή που θα έχει:

- Την ένδειξη "ΝΑΙ" εάν από την προσφορά πληρούται η αντίστοιχη προδιαγραφή ή αναλαμβάνεται η συγκεκριμένη υποχρέωση ή την ένδειξη "ΟΧΙ" σε αντίθετη περίπτωση.

- Μία τιμή (π.χ. αριθμητική) από την οποία θα προκύπτει εάν ικανοποιείται ή όχι η αντίστοιχη προδιαγραφή.

- Ανάπτυξη ζητούμενων στοιχείων.

### **4. Στήλη ΠΑΡΑΠΟΜΠΗ**

Στη στήλη αυτή αναγράφονται υποχρεωτικά οι παραπομπές ανά κελί, σε άλλα σημεία της προσφοράς, τεχνικά φυλλάδια, εγχειρίδια ή φωτοτυπίες τμημάτων τους, δημοσιεύματα κ.λ.π. από τα οποία τεκμηριώνονται και αιτιολογούνται πλήρως οι απαντήσεις της προηγούμενης στήλης της προσφοράς. Ανάλογα φαίνεται οτιδήποτε άλλο ζητείται από την Υπηρεσία (Βεβαίωση, μελέτη, δήλωση, πρόγραμμα πιστοποίηση κ.λ.π.). Επισημαίνεται ότι απλή κατάφαση ή επεξήγηση δεν αποτελεί απόδειξη εκπλήρωσης της προδιαγραφής και η επιτροπή αξιολόγησης κατά την κρίση της μπορεί να τη δεχθεί ή όχι. Οι παραπομπές θα γίνονται σε συγκεκριμένη σελίδα ή σελίδες της τεχνικής προσφοράς. Γενικές αναφορές ή ασαφείς παραπομπές δύναται να αποτελέσουν λόγο απόρριψης της προσφοράς. Τονίζεται ότι είναι υποχρεωτική η απάντηση και η αντίστοιχη παραπομπή, σε όλα τα σημεία των πινάκων και η παροχή όλων των πληροφοριών που ζητούνται».

34. Επειδή, από τα ανωτέρω συνάγεται ότι έπρεπε να τεκμηριωθεί από τα στοιχεία του Prospectus στο οποίο παραπέμπει η παρεμβαίνουσα η κάλυψη από τα προσφερόμενα επιθέματα και των χαμηλού εξιδρώματος ελκών, κατά τρόπο συγκεκριμένο και εμπειριστατωμένο παρέχοντας όλες τις απαιτούμενες πληροφορίες.

35. Επειδή, εμφανίζεται η παροχή δυνατότητας διακριτικής ευχέρειας στην αναθέτουσα αρχή για την αποδοχή προσφοράς σε περίπτωση ήσσονος

## Αριθμός απόφασης: 1205 /2020

σημασίας πλημμέλειας κατά τα ειδικότερα ορισθέντα στον οικείο όρο. Σε κάθε περίπτωση, η παράλειψη οιασδήποτε σχετικής αναφοράς προς τεκμηρίωση της συγκεκριμένης επιμέρους απαίτησης, κατά την μόνη ορθή συνδυαστική ερμηνεία των οικείων διατάξεων της διακήρυξης, δεν δύναται να υπαχθεί στην εν θέματι παρεχόμενη από την διακήρυξη εξουσία προς την αναθέτουσα αρχή, προεχόντως καθώς ορίζεται ρητώς ότι *«Τονίζεται ότι είναι υποχρεωτική η απάντηση και η αντίστοιχη παραπομπή, σε όλα τα σημεία των πινάκων και η παροχή όλων των πληροφοριών που ζητούνται»*. Επισημαίνεται, όμως επικουρικώς ότι αποφάσεις κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας, ελέγχονται ως προς την νομιμότητά τους, ήτοι την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων άλλως την κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔεφΘεσ 161/2019, 172/2019) μέσω της αιτιολογίας τους, καθόσον συνιστούν φύσει αιτιολογητές πράξεις (βλ. <https://www.prevedourou.gr>). Επομένως, δεδομένου ότι από την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας δεν αποδεικνύεται η πλήρωση του εν θέματι όρου, ο λόγος της προσφοράς - υπό το ανωτέρω «πρίσμα»- κρίνεται βάσιμος.

36. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει προς τον σκοπό της αποδόμησης του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, επί τη βάση του ίσου μέτρου κρίσης (ΕΑ ΣτΕ 58/2019) ότι η προσφορά της παρουσιάζει την αυτή πλημμέλεια. Προσκομίζει, δε, προς απόδειξη του ισχυρισμού της σχετικό φυλλάδιο της «...» με έδρα στην Αγγλία.

37. Επειδή, τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται την εφαρμογή στην διοικητική δίκη του βάρους απόδειξης από αντικειμενική άποψη (βάρος απόδειξης «υπό αντικειμενική έννοια»), δοθέντος ότι η εφαρμογή του έχει πάντοτε ως αφετηρία τη λειτουργία του κανόνα δικαίου. Το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως δίνει διέξοδο όταν, παρά τη διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας, παραμένουν αμφιβολίες ως προς την αλήθεια των πραγματικών περιστατικών, και συνεπώς κάποιος από τους διαδίκους πρέπει να φέρει τον κίνδυνο του *non liquet*, δηλαδή του γνωστικού αδιεξόδου του δικαστή. Δεδομένου, δε, ότι δικαστής (ο εφαρμοστής του δικαίου) δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την έκδοση απόφασης, η δικαστική του διάγνωση στηρίζεται τότε στους κανόνες του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, εκδίδει δηλ. μια απόφαση σύμφωνα με το βάρος αποδείξεως (Beweislastentcheidung). Οπότε

η περίπτωση του non liquet εξομοιώνεται κατά πλάσμα δικαίου με την περίπτωση της μη αποδείξεως του ισχυρισμού (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Τα γνωσιολογικά θεμέλια της απόφασης του διοικητικού δικαστή», Ανάτυπο από το περιοδικό «Διοικητική Δίκη», τόμος ΙΖ', τεύχος 3ο, 2015, Εκδόσεις Σάκκουλας, σελ. 583 επ.).

38. Επειδή, ωστόσο, στο βαθμό που δεν επικαλείται ότι πρόκειται για το αυτό προσφερόμενο προϊόν της ίδιας εταιρείας και δεν υπεισέρχεται σε ισχυρισμούς που αφορούν την ορθότητα ή/και ακρίβεια του προσκομισθέντος από την προσφεύγουσα φυλλαδίου στην ελληνική, το οποίο αναφέρεται ρητώς στην κάλυψη όλων των βαθμών εξιδρώματος, ο εν θέματι ισχυρισμός προβάλλεται απαραδέκτως. Ο, δε, ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι απαραδέκτως βάλλει με την παρέμβαση κατά της προσφοράς της η παρεμβαίνουσα απορρίπτεται ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋπόθεσης, άλλως ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, καθόσον δεν έχει έρεισμα στην αληθή έννοια του προβαλλόμενου ισχυρισμού της παρεμβαίνουσας. Περαιτέρω, ομοίως αλυσιτελώς προβάλλει η παρεμβαίνουσα την ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων επί τη βάση του ανοίγματος του ανταγωνισμού, καθώς σε κάθε περίπτωση, «θεματοφύλακας» της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της νομιμότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η αυστηρή τήρηση των όρων της διακήρυξης.

39. Επειδή, εκ των ως άνω προκύπτει ότι η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή εν μέρει και η παρέμβαση να απορριφθεί.

40. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω το παράβολο που κατέθεσε η πρώτη προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (αρθ. 363 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που αποδέχεται την προσφορά της παρεμβαίνουσας και την ανακηρύσσει προσωρινή ανάδοχο.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ύψους 600,00 ευρώ με κωδικό «...», στην προσφεύγουσα.

**Αριθμός απόφασης: 1205 /2020**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 9 Σεπτεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 29 Σεπτεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Ευαγγελία Μιχολίτση**

**Μαρία Κατσαρού**