

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 95/2021 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ), Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 7.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1353/8.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία «...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. 58/9.06.2021 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. 2197/25.05.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «παρεμβαίνων») που εδρεύει στο ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του για το είδος με α/α 8 και κρίνονται αποδεκτές οι προσφορές του οικονομικού φορέα «...» για το είδος με α/α 8 καθώς και του παρεμβαίνοντος και του οικονομικού φορέα «...» για το είδος με α/α 9 του διαγωνισμού.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί 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, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 7.07.2021 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Επισημαίνεται ότι από την Πρόσκληση δεν προκύπτει το προυπολογιζόμενο ποσό των υπό προμήθεια ειδών με α/α 8 (Μπλούζες Αδιάβροχες μη αποστειρωμένες μίας χρήσης) και 9 (Μπλούζες Χειρουργικές αποστειρωμένες Αδιάβροχες) για τα οποία ασκείται η προσφυγή. Συνεπώς νόμιμα και παραδεκτά έχει καταβληθεί το ελάχιστο ποσό παραβόλου, ως προβλέπεται στο άρθ. 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 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. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. 313/22.01.2021 πρόσκληση κάλεσε τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν προσφορές με αντικείμενο την επείγουσα προμήθεια ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ (ΜΑΠ) και ΑΝΤΙΣΗΠΤΙΚΩΝ για την κάλυψη των αναγκών όλων των δημόσιων δομών υγείας της χώρας, για την προστασία από τον κορωνοϊό SARS-CoV-2, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε έντεκα (11) είδη οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα είδη καθώς και για μέρος της ζητούμενης ποσότητας έκαστου είδους. Σημειώνεται ότι ο διαγωνισμός διεξάγεται εκτός ΕΣΗΔΗΣ.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 7.07.2021 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, δοθέντος ότι ο διαγωνισμός διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ και λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στους συμμετέχοντες στις 28.06.2021 και ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή στις 12.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της προσφυγής μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς.

6. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1734/2021 και 1869/2021 Πράξεις της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης για την προσφυγή και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε την 15.07.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ τη με αριθμ. ΓΑΚ ΠΑΡ 4441/2021 παρέμβασή του επί της προσφυγής, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή για το είδος με α/α 9 και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 27.07.2021 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

9. Επειδή ο προσφεύγων στις 2.08.2021, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου του υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν συνολικά 55 οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, ο οποίος υπέβαλε τη με αριθμ. πρωτ. 444/2021 προσφορά του. Σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. 2197/25.05.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, η προσφορά του προσφεύγοντος κρίθηκε αποδεκτή για το είδος με α/α 9 και απορρίφθηκε για το είδος με α/α 8 διότι *«το δείγμα που προσκομίστηκε είχε μέγεθος XL και όχι shoe size κατά παρέκκλιση των όρων της παρ. 8 των ειδικών τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Έτης διακήρυξης»*. Κατόπιν δε αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών μόνον όσων συμμετεχόντων οι προσφορές κρίθηκαν τεχνικά αποδεκτές διαμορφώθηκαν οι ακόλουθοι πίνακες κατάταξης για έκαστο είδος:

α/α 8 (Μπλούζες Αδιάβροχες μη αποστειρωμένες μίας χρήσης)

1. ...

α/α 9 (Μπλούζες Χειρουργικές αποστειρωμένες Αδιάβροχες)

1. Παρεμβαίνων

2. ...

3. Προσφεύγων

12. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων για το είδος με α/α 8 του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του για το είδος με α/α 8. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το,

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 8 τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» για το εν λόγω είδος.

Εφόσον δε κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 8, οι ισχυρισμοί του περί απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «....» κατ' εφαρμογήν του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία κρίθηκε αποδεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση, προβάλλονται μετ' εννόμου συμφέροντος, διότι, κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156, 329/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230).

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

Περαιτέρω, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76)-, αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, *Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik*), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ΄. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα). Ως εκ τούτου, εν προκειμένω εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος για το είδος 8, οι ισχυρισμοί του περί απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» προβάλλονται, καταρχάς, μετ' εννόμου συμφέροντος διότι ο προσφεύγων επικαλείται την προσδοκία του να ματαιωθεί η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία για το είδος με α/α 8 στην περίπτωση που κριθεί ότι η προσφορά του ορθώς απορρίφθηκε.

Εξάλλου, ως προς το είδος με α/α 9 ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή των προσφορών του παρεμβαίνοντος και του οικονομικού φορέα «...» ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη των προσφορών τους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Δοθέντος δε ότι ο οικονομικός φορέας «...» που κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας προσφέρει μόνον μέρος της ζητούμενης ποσότητας και ο

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

προσφεύγων προσφέρει το σύνολο της ποσότητας, σε κάθε περίπτωση μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει ισχυρισμούς προς απόρριψη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

13. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «...Ι. Λόγοι ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης ως προς το είδος αε α/α 8 (Μπλούζες Αδιάβροχες μη αποστειρωμένες μίας χρήσης)

1. Ως προς την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας μας [...]

Η αιτιολογία δυνάμει της οποίας αποκλείσθηκε η εταιρεία μας, ωστόσο, είναι μη νόμιμη. Στην προσφορά της εταιρείας μας διευκρινίζεται ρητώς ότι το προσφερόμενο προϊόν για το είδος με α/α 8 είναι μεγέθους one size XL, ήτοι καλύπτει όλα τα μεγέθη έως XL. Τα one size προϊόντα έχουν το χαρακτηριστικό να ταιριάζουν σε μία ευρεία ποικιλία μεγεθών και να καλύπτουν τα πιο συνηθισμένα μεγέθη, ήτοι κατ'ελάχιστον από το extra small μέχρι το extra large. Εν γένει στην αγορά δεν εντοπίζονται κάποιες κοινώς αποδεκτές διαστάσεις των ρούχων one size και ο κάθε κατασκευαστής χρησιμοποιεί διαφορετικές διαστάσεις για τα προϊόντα που χαρακτηρίζει ως one size, ενώ αυτά μπορεί να καλύπτουν και διαφορετικό εύρος μεγεθών. Όπως είναι κατανοητό, ένα one size προϊόν δεν μπορεί να καλύπτει μεγέθη ιδιαίτερως μικρών ή αντιστοίχους ιδιαίτερως μεγάλων προδιαγραφών, αλλά ταυτόχρονα δεν θα πρέπει και να αποκλείει μεγέθη που έχουν αποδεδειγμένα υψηλή διάδοση. Το προϊόν μεγέθους ONE SIZE XL, που προσκόμισε η εταιρεία μας, καλύπτει τα σημαντικότερα μεγέθη καθώς και σωματότυπους. Επιπλέον, από τη Δήλωση Συμμόρφωσης (βλ. EC Declaration of Conformity) που κατατίθεται από την εταιρεία μας, προκύπτει ευχερώς ότι ο προσφερόμενος κωδικός ... διατίθεται σε ένα μόνο μέγεθος, το XL, επιβεβαιώνοντας ότι πρόκειται για ιματισμό one size που καλύπτει μεγέθη έως XL.[...]

Εν προκειμένω, η διακήρυξη στις τεχνικές προδιαγραφές για το είδος με α/α 08 προβλέπει ότι οι μπλούζες πρέπει να είναι one size, χωρίς καμία άλλη αναφορά. Καθίσταται σαφές ότι ο εν λόγω όρος δεν προσδιορίζει με σαφήνεια τις διαστάσεις που πρέπει να έχει το είδος σε μέγεθος one size, καταλείποντας στους διαγωνιζομένους να προσκομίσουν προϊόντα που να ανταποκρίνονται

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

στο χαρακτηριστικό των προϊόντων one size, δηλαδή στην κάλυψη των αναγκών της πλειοψηφίας των μεγεθών και των σωματοτύπων. Εν γένει στην αγορά δεν εντοπίζονται κάποιες κοινώς αποδεκτές διαστάσεις των ρούχων one size και ο κάθε κατασκευαστής χρησιμοποιεί διαφορετικές διαστάσεις για τα προϊόντα που χαρακτηρίζει ως one size, ενώ αυτά μπορεί να καλύπτουν και διαφορετικό εύρος μεγεθών. Όπως είναι κατανοητό, ένα one size προϊόν δεν μπορεί να καλύπτει μεγέθη ιδιαίτερος μικρών ή αντιστοίχως ιδιαίτερος μεγάλων προδιαγραφών αλλά δεν θα πρέπει να αποκλείει μεγέθη που έχουν αποδεδειγμένα υψηλή διάδοση. Κατά συνέπεια οι διαστάσεις ενός προϊόντος μεγέθους one size ταυτίζονται με τις διαστάσεις του μεγέθους XL.

Ελλείψει επομένως γενικού καθολικού ορισμού του μεγέθους one size, που να ίσταται γενικώς αποδεκτός, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή με τη χρήση του επίμαχου όρου, δεν μπορεί να παραπέμπει σε συγκεκριμένες διαστάσεις αλλά αντιθέτως διευκρινίζει ότι αναζητά προϊόντα που δεν προσφέρονται σε διαφορά μεγέθη, αλλά σε ένα το οποίο έχει την ιδιότητα να εξυπηρετεί ευρεία ποικιλία μεγεθών και σωματοτύπων. Το προϊόν που προσφέρει η εταιρεία μας, μεγέθους XL, καλύπτει τα σημαντικότερα μεγέθη και σωματότυπα, ενώ ταυτόχρονα δεν παραβιάζει το γράμμα των απαιτήσεων της διακηρύξεως. Επομένως το προσφερόμενο εκ μέρους μας προϊόν ευλόγως χαρακτηρίζεται ως one size προϊόν και η ασάφεια του όρου της διακήρυξης (έλλειψη προσδιορισμού συγκεκριμένων διαστάσεων) δεν θα έπρεπε να ερμηνευτεί με τέτοιο τρόπο, ώστε να οδηγεί στον αποκλεισμό μιας προσφοράς που καθόλα πληροί τις απαιτήσεις της διακηρύξεως.

Σε αντίθεση με το προϊόν της εταιρείας μας, το οποίο διατίθεται μόνο σε ένα μέγεθος και είναι πράγματι one size, σύμφωνα με το πιστοποιητικό CE που κατέθεσε η εταιρεία «... στην οποία κατακυρώθηκε και η προμήθεια, το προϊόν με κωδικό ... 01, το οποίο προσφέρει, διατίθεται σε 5 διαφορετικά μεγέθη S, M, L, XL, 2XL. Συνεπώς μη νομίμως η ως άνω εταιρεία αναδείχθηκε μειοδότης του προς προμήθεια είδους, καθώς η προσφορά της παραβιάζει του όρους της Προσκήσεως. [...]

Ακόμα όμως και αν ήθελε κριθεί ότι ορθά η εταιρεία μας αποκλείστηκε δυνάμει αυτού του όρου από το διανωνισμό επειδή το προϊόν μας δεν είναι one size,

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

τότε αν μη τι άλλο το ίδιο θα έπρεπε να συμβεί και στην ως άνω εταιρεία σύμφωνα με την αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης [...]

Ως προς την προσφορά της εταιρείας «...» Η προσφορά της εταιρείας «...» πρέπει να απορριφθεί, πέρα από τον λόγο που αναλύθηκε ανωτέρω, και για τους ακόλουθους λόγους: [...]

II. Λόνοι ακύρωσης της προσβαλλόμενης αποφάσεως ως προς το είδος IIε α/α 9 (Μπλούζες Χειρουργικές αποστειρωμένες Αδιάβροχες)

1. Ως προς την προσφορά της εταιρείας «...»

[...] Ο κωδικός προϊόντος της τεχνικής προσφοράς που κατέθεσε η εταιρεία διαφέρει από αυτόν που φέρει το εκ μέρους της προσκομισθέν δείγμα. Ο κωδικός που αναγράφεται στην τεχνική προσφορά είναι ο «...», ενώ ο κωδικός που φέρει το δείγμα είναι ο «...». Συνεπεία αυτής της αναντιστοιχίας δεν υπάρχει η απαιτούμενη από την Πρόσκληση συμφωνία μεταξύ τεχνικής προσφοράς και δείγματος.

Επιπλέον, στα πιστοποιητικά που έχουν κατατεθεί, τόσο του οίκου «...» όσο και των φορέων «... » και «...», δεν αναγράφεται κανένας από τους παραπάνω κωδικούς είδους (... & ...). Ως εκ τούτου, δεν πιστοποιείται ο προσφερόμενος κωδικός αλλά ούτε και ο κωδικός που φέρει το δείγμα, με αποτέλεσμα να ελλείπει η απαιτούμενη σύνδεση όχι μόνο μεταξύ τεχνικής προσφοράς και δείγματος, αλλά και μεταξύ των ως άνω δύο και των κατατεθειμένων πιστοποιητικών. Μόνο στο κατατεθέν «Test Report» της «...» αναφέρεται κωδικός είδους, ο οποίος πράγματι αντιστοιχεί στον κωδικό που φέρει το δείγμα, ήτοι ..., όχι όμως και στον κωδικό είδους που δηλώνει η εταιρεία στην τεχνική της προσφορά. Σημειώνεται ωστόσο, ότι η έκθεση δοκιμών (Test Report) δεν αποτελεί πιστοποίηση.

Τέλος, το δείγμα δεν φέρει κάρτα προσαρμογής ζώνης όπως περιγράφεται στην τεχνική προσφορά της εταιρείας συνεπώς υπάρχει, σε ακόμα ένα σημείο, αναντιστοιχία μεταξύ τεχνικής προσφοράς και δείγματος.

Περαιτέρω, στην τεχνική προσφορά της εταιρείας αναγράφεται ότι το προϊόν προσφέρεται σε διάφορα μεγέθη (χωρίς να προσδιορίζονται τα μεγέθη αυτά) αλλά εν συνεχεία στην περιγραφή του προσφερόμενου προϊόντος και στον σχετικό πίνακα που περιλαμβάνεται στην τεχνική προσφορά αναγράφεται ένας

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

μόνο κωδικός προσφερόμενου προϊόντος, το οποίο συνεπάγεται και την προσφορά προϊόντος σε ένα μόνο μέγεθος καθώς είναι γνωστό ότι σε κάθε μέγεθος αντιστοιχεί ένας ξεχωριστός κωδικός προϊόντος. Το ανωτέρω συμπέρασμα επιβεβαιώνεται και από το δείγμα που προσκόμισε η εταιρεία ... και το οποίο είναι μεγέθους μόνο XL

Προσέτι, το κατατεθέν πιστοποιητικό EN13795 της «...» με αριθμό ... για τον κατασκευαστικό οίκο «...», στο «...» αναφέρει: «χειρουργικά καλύμματα υψηλής απόδοσης μιας χρήσης», με αποτέλεσμα όχι μόνο να μην πιστοποιείται «χειρουργική μπλούζα ολικής προστασίας» αλλά ούτε καν το είδος «χειρουργική μπλούζα»! Επομένως, δεν πιστοποιείται και ότι το προσφερόμενο εκ μέρους της εταιρείας «...» προϊόν, πληροί το πρότυπο EN 13795, όπως ρητά ζητείται από τις προδιαγραφές του Παραρτήματος Ε' της Προσκήσεως για το προϊόν με α/α 9.[...]

2. Ως προς την προσφορά της εταιρείας «...»

[...]Συγκεκριμένα, ο κωδικός είδους που αναφέρεται στην τεχνική προσφορά, ήτοι ..., διαφέρει από τον κωδικό που αναγράφεται στη συσκευασία του δείγματος, ήτοι ..., με αποτέλεσμα να μην υπάρχει σύνδεση και συμφωνία μεταξύ προσφοράς και δείγματος. Επιπλέον, ο κωδικός προϊόντος που αναφέρεται στη τεχνική προσφορά δεν αναφέρεται σε κανένα σημείο στα τεχνικά φυλλάδια και πιστοποιητικά που έχει καταθέσει η εταιρεία για το εν λόγω είδος. Συνεπώς δεν υπάρχει σύνδεση ούτε μεταξύ πιστοποιητικών και τεχνικής προσφοράς.

Επίσης, σύμφωνα με την επίσημη ιστοσελίδα του κατασκευαστή «...» [...](#) το μοντέλο προϊόντος «...» με κωδικό ... που φέρει το δείγμα που κατέθεσε η εταιρεία «...», είναι μία μπλούζα που φέρει ενίσχυση μόνο στο θώρακα και στα μανίκια και σε καμία περίπτωση δεν είναι ολικής ενίσχυσης σε όλη την επιφάνεια της, όπως ρητά ζητείται από τις προδιαγραφές του Παραρτήματος Ε' της Προσκήσεως για το είδος με α/α 9[...] Επίσης, [...] δεν έχει κατατεθεί το πιστοποιητικό συμμόρφωσης με το πρότυπο EN 13795.

Προσέτι, εκ μέρους της εταιρείας «...» δεν έχουν κατατεθεί τα πρωτότυπα ξενόγλωσσα πιστοποιητικά και έγγραφα παρά μόνο μεταφράσεις αυτών, οι οποίες, απουσία των πρωτοτύπων, δεν έχουν αποδεικτική ισχύ για τη

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

συμμόρφωση με τις ζητούμενες προδιαγραφές της Πρόσκλησης. Η Πρόσκληση υπό ενότητα 1.5. στην παράγραφο 1.5.5. ρητώς απαιτεί τα αποδεικτικά έγγραφα που δεν συντάσσονται στην ελληνική να συνοδεύονται από μετάφραση και όχι να προσκομίζεται ΜΟΝΟ η μετάφραση αυτών [...]

Τέλος η εταιρεία καταθέτει ένα δείγμα και όχι δύο (δείγμα και αντίδειγμα) όπως προβλέπει το άρθρο 214 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 [...], προκύπτει από την τεχνική προσφορά της

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τα κάτωθι : « [...] όπως προκύπτει από την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας και όπως προκύπτει εξάλλου και από την ίδια τη Δήλωση Συμμόρφωσης που η εν λόγω εταιρεία προσκόμισε, το προσφερόμενο δεν είναι μεγέθους one size, αλλά μεγέθους XL, όπως εξάλλου συνομολογεί και η ίδια η προσφεύγουσα στη σελίδα 7 της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, και πιο συγκεκριμένα στο τελευταίο εδάφιο της δεύτερης παραγράφου της σελίδας αυτής, αλλά και στη δεύτερη παράγραφο της σελίδας 9, όπου αναφέρει χαρακτηριστικά τη φράση «το προϊόν που προσφέρει η εταιρεία μας μεγέθους XL».

Συνεπώς, ορθώς και με πλήρη αιτιολογία απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας για το είδος με α/α 8, καθώς είναι αναμφισβήτητο ότι δεν πληρούσε την τεθείσα επί ποινή αποκλεισμού τεχνική προδιαγραφή της παραγράφου 8 του Παραρτήματος Ε' της επίμαχης πρόσκλησης, η οποία ζητεί, ρητώς και σαφώς, το προσφερόμενο είδος να είναι μεγέθους one size, αφού το είδος που προσκόμισε είναι μεγέθους XL.

Σε κάθε, τέλος, περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας εταιρείας ότι τάχα το προσφερόμενο είδος πληροί τη συγκεκριμένη απαίτηση, διότι έχει μέγεθος XL και, συνεπώς, καλύπτει και τα μικρότερα μεγέθη είναι προδήλως απαράδεκτος, άστοχος και αβάσιμος. Συγκεκριμένα, είναι απαράδεκτος, διότι στρέφεται ανεπικαίρως κατά του ως άνω ρητού, σαφούς και κατηγορηματικού όρου της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος, από τον οποίο ζητείται οι αδιάβροχες μη αποστειρωμένες μπλούζες μιας χρήσης να είναι μεγέθους one size. Περαιτέρω, δε, είναι άστοχος καθώς η πρόσκλησης ουδόλως ζητεί να καλύπτεται κατ' ελάχιστον μέγεθος XL, αλλά ζητεί σαφώς μέγεθος one size.

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

Τέλος, είναι αβάσιμος, καθώς κατά κοινή πείρα και λογική η έννοια *one size* αποτελεί μία συγκεκριμένη και γνωστή στην αγορά έννοια και δεν αντιστοιχεί σε καμία περίπτωση με κάθε μέγεθος, στο οποίο μπορούν να «χωρέσουν» όλα τα μικρότερα μεγέθη, όπως αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα εταιρεία. Υπό την ερμηνευτική εκδοχή που προβάλλει η προσφεύγουσα εταιρεία δεν θα υπήρχε καν ως έννοια το μέγεθος *one size*, γεγονός το οποίο αντιβαίνει σε κάθε λογική. Πρέπει, συνεπώς, ο συγκεκριμένος λόγος της προδικαστικής της προσφυγής να απορριφθεί.

Επί της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «.....»

[...] δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι οικονομικός φορέας που αποκλείστηκε από την διαδικασία ανάθεσης, με την αιτιολογία ότι το προσφερόμενο από εκείνον προϊόν δεν πληροί τις προδιαγραφές της σχετικής διακήρυξης, φέρει έννοιο συμφέρον να στραφεί κατά των λοιπών υποψηφίων, επί σκοπώ ματαίωσης και επαναπροκήρυξης της διαδικασίας ανάθεσης. Και τούτο διότι, ακόμη κι αν η διαδικασία ανάθεσης ματαιωθεί και επαναπροκηρυχθεί νέα διαδικασία ανάθεσης με τους ίδιους όρους, τότε και πάλι ο οικονομικός φορέας δεν θα μπορεί να μετάσχει στη νέα διαδικασία ανάθεσης, υποβάλλοντας παραδεκτή και νόμιμη προσφορά, αφού και πάλι δεν θα πληροί τις σχετικές τεχνικές προδιαγραφές[...] μοναδική εξαίρεση στα ανωτέρω υφίσταται στην περίπτωση που ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος στρέφεται κατά της προσφοράς άλλου υποψηφίου, προβάλλοντας παραβίαση της αρχής του ενιαίου μέτρου της κρίσεως, προβάλλοντας δηλαδή ότι και η προσφορά του άλλου υποψηφίου παρουσιάζει την ίδια ακριβώς πλημμέλεια με τη δική του. Όπως, όμως, έχει κριθεί για τη δε θεμελίωση παραβιάσεως του ίσου μέτρου κρίσεως, κρίσιμο είναι το αν εχώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειο αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (βλ. αυτολεξεί ΣΤΕ 2186/2013). Η εφαρμογή δηλαδή του ενιαίου μέτρου κρίσης δεν είναι δυνατόν να υποκαθιστά το ελλείπον έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος διαγωνιζομένου οδηγώντας σε διάχυτη κρίση της εν γένει νομιμότητας της αποδοχής προσφοράς έτερου διαγωνιζομένου, ούτε καν στην κρίση παρόμοιων ζητημάτων καθώς ούτως η κατάσταση θα κατέληγε μία συνεχή, αδιέξοδη και όλως υποκειμενική αξιολόγηση του βαθμού ομοιότητας

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

των λόγων αποκλεισμού του αποκλεισθέντος και των έτερων διαγωνιζομένων. Αντιθέτως, η εφαρμογή του ενιαίου μέτρου της κρίσεως απαιτεί αντικειμενική ταύτιση των υπό κρίση λόγων

Στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της προσφοράς της ανθυποψήφιας εταιρείας και μειοδότης με την επωνυμία «...», προβάλλοντας ότι κατά παράβαση του ενιαίου μέτρου της κρίσεως έγινε δεκτή η προσφορά εκείνης. Συγκεκριμένα, προβάλλει ότι, ενώ η δική της προσφορά απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι το δείγμα που προσκόμισε δεν έχει μέγεθος one size κατά παράβαση των τεχνικών προδιαγραφών της σύμβασης, η προσφορά της ανθυποψήφιας εταιρείας έγινε εσφαλμένα δεκτή. Και τούτο διότι, ναι μεν το δείγμα που προσκόμισε η εταιρεία «...» έχει πράγματι μέγεθος one size, όπως η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί, πλην όμως στο Πιστοποιητικό CE που κατέθεσε αναφέρονται πέντε διαφορετικά μεγέθη (S έως 2XL), δηλαδή όλα τα δυνατά μεγέθη.

Είναι, όμως, εμφανές ότι ο συγκεκριμένος λόγος της προδικαστικής της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος και αβάσιμος, καθώς ουδόλως συντρέχει εν προκειμένω παραβίαση του ενιαίου μέτρου της κρίσεως, όπως αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα εταιρεία. Αντιθέτως, και αληθής υποτιθέμενος ο συγκεκριμένος λόγος, ουδόλως ταυτίζεται με τον λόγο που απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας.

Συγκεκριμένα, και αληθής υποτιθέμενος ο λόγος απόρριψης της προσφοράς της άλλης υποψήφιας εταιρείας έγκειται κατά τα λεγόμενα της προσφεύγουσας εταιρείας στο περιεχόμενο του πιστοποιητικού CE που προσκόμισε και όχι στο εάν το προϊόν που προσφέρει έχει μέγεθος one size. Το γεγονός, δε, ότι πράγματι το προϊόν που προσφέρει έχει μέγεθος one size δεν αμφισβητείται επ' ουδενί από την προσφεύγουσα εταιρεία, ενώ επιβεβαιώνεται από τα στοιχεία της προσφοράς της άλλης υποψήφιας εταιρείας.

Εν πάση, δε, περιπτώσει, η προσφεύγουσα εταιρεία ουδόλως αποδεικνύει ότι το προσφερόμενο προϊόν της άλλης υποψήφιας εταιρείας δεν πληροί την προδιαγραφή της παραγράφου 8 του Παραρτήματος Ε' η οποία απαιτεί το απαιτούμενο προϊόν να είναι μεγέθους one size. Η προσφεύγουσα εταιρεία

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

απλώς αναφέρει ότι το προσφερόμενο από τη μειοδότηρια προϊόν διατίθεται σε πέντε διαφορετικά μεγέθη (S έως 2XL), δηλαδή σε όλα τα δυνατά μεγέθη.

Συνεπώς, δεν συντρέχει προδήλως ταυτότητα της πλημμέλειας βάσει της οποίας απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας, με την επικαλούμενη από εκείνη πλημμέλεια της προσφοράς της άλλης υποψήφιας εταιρείας, με αποτέλεσμα να μην χωρεί επίκληση της παραβίασης της αρχής του ενιαίου μέτρου της κρίσεως, σύμφωνα με όσα αναλύθηκαν ανωτέρω.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα εταιρεία υποστηρίζει ότι η προσφορά της άλλης υποψήφιας εταιρείας, ήτοι της εταιρείας «...», όφειλε να απορριφθεί και για άλλους λόγους, τους οποίους κατά τα λεγόμενά της παραδεκτώς και μετ' εννόμου συμφέροντος μπορεί να προβάλλει, επί σκοπώ ματαίωσης και επαναπροκήρυξης της σχετικής διαδικασίας ανάθεσης.

Και οι ισχυρισμοί, ωστόσο, αυτοί πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι και αβάσιμοι. Και τούτο, διότι η προσφεύγουσα εταιρεία (ορθώς κατά τα παραπάνω) αποκλείστηκε από τη σχετική διαδικασία ανάθεσης για το τμήμα 8, με την αιτιολογία ότι το προσφερόμενο από εκείνη προϊόν δεν έχει μέγεθος one size, σύμφωνα με τις ρητές, σαφείς και κατηγορηματικές τεχνικές προδιαγραφές της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος. Τούτο, όμως, σημαίνει ότι, ακόμη κι αν η διαδικασία ανάθεσης ματαιωθεί και επαναπροκηρυχθεί νέα διαδικασία ανάθεσης με τους ίδιους όρους, τότε και πάλι η προσφεύγουσα εταιρεία δεν θα μπορεί να μετάσχει στη νέα διαδικασία ανάθεσης, υποβάλλοντας παραδεκτή και νόμιμη προσφορά, αφού και πάλι δεν θα πληροί τις σχετικές τεχνικές προδιαγραφές για το είδος 8 της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος.

Η προσφεύγουσα, δε. εταιρεία ουδόλως επικαλείται στην προδικαστική της προσφυγή και ουδόλως αποδεικνύει ότι έχει στη διάθεσή της αδιάβροχες μη αποστειρωμένες μπλούζες μιας χρήσης μεγέθους one size και μάλιστα σε ποσότητα που να επαρκεί για την κάλυψη της Εητούιιενης ποσότητας του τμήματος 8 της επίμαχης πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος. Ούτε βεβαίως επικαλείται ή αποδεικνύει σε ποιο χρόνο θα καταστεί αυτό δυνατό δοθέντος ότι η επίμαχη διαδικασία ανάθεσης αποτελεί κατεπίγουσα

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

προμήθεια με ιδιαίτερα σύντομους χρόνους παράδοσης, βάσει σοβαρών και επιτακτικών λόγων δηιοσίου συμφέροντος

Επομένως, η κρινόμενη προδικαστική της προσφυγή και κατά το σκέλος ακόμη που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «...» είναι προδήλως απαράδεκτη, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, αφού η ματαίωση της επίμαχης διαδικασίας ανάθεσης και η επαναπροκήρυξη αυτής ουδόλως μπορεί να καλυτερεύσει τη θέση της προσφεύγουσας εταιρείας, τα προσφερόμενο είδη της οποίας δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.[...]

Αναφορικά με την προσφορά της εταιρείας«...»

[...] από την εξέταση του δείγματος που έχει καταθέσει η εταιρεία, προκύπτει ότι ο κωδικός που φέρει το δείγμα και η τεχνική προσφορά είναι (...). Συνεπώς υπάρχει η απαιτούμενη από την Πρόσκληση συμφωνία μεταξύ τεχνικής προσφοράς και δείγματος.

Περαιτέρω, η «αναντιστοιχία» που η προσφεύγουσα επισημαίνει μεταξύ του κωδικού προϊόντος που αναφέρεται στην τεχνική προσφορά αφορά σε διαφορά ενός εκ των δέκα ψηφίων του κωδικού, η οποία είναι προφανές κατά τα δεδομένα της κοινής πείρας, ότι προέκυψε από παραδρομή της μειοδότης, η οποία στην τεχνική της προσφορά δήλωσε ως κωδικό προϊόντος των κωδικό «...» αντί του ορθού, όπως προκύπτει από τα λοιπά έγγραφα της προσφοράς, «...», που αναφέρεται στο δείγμα.

Συνεπώς από το σύνολο των στοιχείων της τεχνικής προσφοράς της μειοδότης εταιρείας όπως και από το κατατεθέν δείγμα προκύπτει ότι ο κωδικός του προσφερόμενου είδους είναι «...», ο οποίος αναφέρεται στο έγγραφο Διαπίστευσης από τον φορέα Πιστοποίησης της ..., αλλά και στο έγγραφο με τίτλο «...» της «...», όπως η ίδια η προσφεύγουσα συνομολογεί. Βάσει, δε, των ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι η παραδρομή της μειοδότης ήταν τόσο προφανής, βάσει του συνόλου των εγγράφων της τεχνικής της προσφοράς που δεν ήταν καν αναγκαία η κλήση της προς παροχή διευκρινίσεων και ως εκ τούτου ορθώς έγινε δεκτή η προσφορά της.

Σε κάθε περίπτωση, σημειώνεται ότι από κανέναν όρο της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος δεν προκύπτει ότι στα πιστοποιητικά θα πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

αναφέρεται και ο κωδικός του προσφερόμενου είδους. Στην τεχνική προσφορά, δε, της μειοδότης εταιρείας υπάρχει πιστοποιητικό του οίκου «...», επικυρωμένο και νόμιμα μεταφρασμένο, στο οποίο χρησιμοποιείται ποιοτικός προσδιορισμός του είδους και περιλαμβάνεται πλήρης περιγραφή αυτού.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα εταιρεία υποστηρίζει ότι στο δείγμα που κατέθεσε η μειοδότης απουσιάζει η κάρτα προσαρμογής ζώνης πλην όμως και ο συγκεκριμένος ισχυρισμός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος καθώς από κανένα σημείο της πρόσκλησης και από καμία τεχνική προδιαγραφή δεν ζητείται κάτι τέτοιο. Συνεπώς και αληθής υποτιθέμενος ο συγκεκριμένος ισχυρισμός δεν θα μπορούσε σε καμία περίπτωση να οδηγήσει στον αποκλεισμό της συγκεκριμένης εταιρείας καθώς, όπως αναλύθηκε ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να αποκλείσει οικονομικό φορέα για λόγο που δεν αναφέρεται στην οικεία πρόσκληση.

Επίσης ως προς το κατατεθέν πιστοποιητικό EN 13795 της μειοδότης εταιρείας το οποίο απαιτείται, από τις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος Ε' της πρόσκλησης για το προϊόν με α/α 9 «Να κατατίθεται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς», η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε ότι το πιστοποιητικό της «...» με αριθμό ... για τον κατασκευαστικό οίκο «...» καλύπτει την ως τεχνική προδιαγραφή και αποδεικνύει ότι το προσφερόμενο είδος συμμορφώνεται με το πρότυπο EN 13795, ενώ οι επουσιώδεις διαφορές στην ορολογία που η προσφεύγουσα επικαλείται είναι πρόδηλο ότι δεν συνεπάγονται σε καμία περίπτωση ότι το προσκομισθέν πιστοποιητικό αφορά δήθεν άλλο προϊόν, όπως αβασίμως διατείνεται η προσφεύγουσα.

Εξάλλου, η διαφορά στην ορολογία που αναφέρει η προσφεύγουσα οφείλεται στην μετάφραση του πιστοποιητικού EN 13795, αφού στο πρωτότυπο κείμενο το προϊόν που πιστοποιείται αναφέρεται ως «...», όρος ο οποίος σύμφωνα με την ακριβή σημασία του (Χειρουργικά καλύμματα) ταυτίζεται απολύτως με το ζητούμενο είδος και ως εκ τούτου πιστοποιεί το προσφερόμενο είδος με α/α 9 «Μπλούζες Χειρουργικές αποστειρωμένες Αδιάβροχες».

Σε κάθε, τέλος, περίπτωση, η αναγραφή ενός κωδικού προϊόντος και όχι περισσοτέρων στην προσφορά της μειοδότης είναι εύλογη, αφού σύμφωνα

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

με τους όρους της επίμαχης πρόσκλησης, οι οικονομικοί φορείς όφειλαν να προσφέρουν το σχετικό προϊόν σε ένα μέγεθος (one size).

Αναφορικά με την προσφορά της εταιρείας «...»

Όπως, προκύπτει από την εξέταση του δείγματος που έχει καταθέσει η συγκεκριμένη εταιρεία, ο κωδικός που φέρει το δείγμα και η τεχνική προσφορά είναι (...), ήτοι ο ίδιος. Επομένως ουδεμία ασυμφωνία ή αναντιστοιχία υπάρχει εν προκειμένω.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το προσφερόμενο από τη συγκεκριμένη εταιρεία είδος δεν καλύπτει την απαιτούμενη ενίσχυση που βάσει της παραγράφου 9 του Παραρτήματος Ε' της επίμαχης πρόσκλησης θα πρέπει να διαθέτουν οι προσφερόμενες χειρουργικές μπλούζες σε όλη τους την επιφάνεια. Ο εν λόγω ισχυρισμός, όμως, παρίσταται αβάσιμος, αφού από την εξέταση του δείγματος που έχει καταθέσει η εταιρεία «...», είναι εμφανές ότι φέρει ολική ενίσχυση στην εσωτερική επιφάνεια της και, ως εκ τούτου, το προσφερόμενο προϊόν πληροί την ως άνω απαίτηση της επίμαχης πρόσκλησης.

Επίσης, αβάσιμος παρίσταται και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας ότι δεν έχουν κατατεθεί τα πρωτότυπα ξενόγλωσσα πιστοποιητικά και έγγραφα παρά μόνο μεταφράσεις αυτών, οι οποίες, απουσία των πρωτοτύπων, δεν έχουν αποδεικτική ισχύ για τη συμμόρφωση με τις ζητούμενες προδιαγραφές της προσκλήσεως. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία της προσφοράς της εταιρείας «...» τα επίμαχα έγγραφα είναι πράγματι επικυρωμένα αντίγραφα των πρωτοτύπων με επίσημη και επικυρωμένη μετάφραση και, ως εκ τούτου, έχουν πλήρη αποδεικτική ισχύ και αποδεικνύουν τη συμμόρφωση της προσφοράς με τις απαιτήσεις της πρόσκλησης, παρά τους αντίθετους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας εταιρείας.

, [...] Από την σαφή και ρητή διατύπωση της πρόσκλησης προκύπτει αναντίρρηση ότι στο πλαίσιο της παρούσης διαδικασίας αρκεί η προσκόμιση ενός δείγματος για κάθε είδος. Η δε παραπομπή στο άρθρο 214 του Ν. 4412/2016 είναι εύλογη, αφού το άρθρο αυτό ρυθμίζει με τρόπο αναλυτικό τις απαιτούμενες λεπτομέρειες που αφορούν την υποβολή και τα χαρακτηριστικά των δειγμάτων, την εξέταση και την έγκριση αυτών, αλλά και την επιστροφή

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

τους. Τονίζεται, δε, ότι βάσει της παραγράφου 2 του άρθρου 214 του Ν. 4412/2016, [...] προκύπτει αβίαστα ότι η ποσότητα των δειγμάτων, όσον αφορά τα δείγματα της κατηγορίας β', ήτοι τα δείγματα που καταθέτουν οι οικονομικοί φορείς όταν απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης, καθορίζεται από τη διακήρυξη, ήτοι εν προκειμένω από την υπ' αριθ. ... πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος.

Εφόσον, λοιπόν, από την οικεία πρόσκληση προκύπτει σαφώς ότι αρκούσε η προσκόμιση ενός δείγματος από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, η προσφορά της εταιρείας «...» δεν μπορούσε να απορριφθεί για τον λόγο ότι προσκομίσθηκε ένα δείγμα και όχι δύο, αφού κάτι τέτοιο θα ερχόταν σε αντίθεση με τις γενικές αρχές του ενωσιακού και του εθνικού δικαίου που διέπουν τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων».

15. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «[...]Υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η τεχνική μας προσφορά περιλαμβάνει πιστοποιητικά που αφορούν σε διάφορα μεγέθη του προσφερόμενου είδους, ωστόσο η εταιρεία μας προσφέρει μόνο το XL, γεγονός που - κατά την προσφεύγουσα - επιβεβαιώνεται από τον κωδικό είδους και το δείγμα μας. Ωστόσο, δεν απαιτείται από την πρόσκληση κανένα συγκεκριμένο μέγεθος για το προσφερόμενο είδος, άρα εξ αυτού του λόγου οL ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αλυσιτελείς και δεν μπορούν να μας αντιταχθούν. Εξάλλου, η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί την καταλληλότητα των ειδών μας εξ αυτού του λόγου.

Υποστηρίζει η προσφεύγουσα οη από το πιστοποιητικό της ... δεν προκύπτει η συμμόρφωση με το πρότυπο EN 13795, γιατί δεν γίνεται αναφορά συγκεκριμένα σε «χειρουργική μπλούζα», ούτε προκύπτει ευθέως η ιδιότητα «ολική προστασία». Ωστόσο, το ζητούμενο είδος καλύπτεται απόλυτα από τη φρασεολογία του πιστοποιητικού και δη τη φράση «χειρουργικά καλύμματα», όσο αδόκιμη και τυχόν είναι. Ανεξαρτήτως πάντως αυτού, η συμβατότητα του είδους με το εν λόγω πρότυπο, αλλά και την επιμέρους αμφισβητούμενη ιδιότητα «ολική ενίσχυση» καλύπτεται και από την προσκομισθείσα δήλωση συμμόρφωσης, αλλά και από το προσκομισθέν τεχνικό φυλλάδιο, γεγονός που δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα.

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι έπρεπε το δείγμα που καταθέσαμε να φέρει κάρτα προσαρμογής ζώνης. Ωστόσο, κάτι τέτοιο δεν απαιτείται από την πρόσκληση και δεν μπορεί για το λόγο αυτόν να μας αντιαχθεί μια τέτοια έλλειψη, την οποία σημειωτέον ότι αρνούμαστε».

16. Επειδή ο προσφεύγων προβάλλει στο υπόμνημά του τα κάτωθι : «
Ως προς το είδος με α/α 8

Καταρχήν ως προς την προσφορά της εταιρείας μας παραπέμπουμε σε όσα ενδελεχώς αναλύουμε στην προδικαστική προσφυγή μας. Ειδικότερα στην προσφορά της εταιρείας μας διευκρινίζεται ρητώς ότι το προσφερόμενο προϊόν για το είδος με α/α 8 είναι μεγέθους one size XL, ήτοι καλύπτει όλα τα μεγέθη έως XL. Τα one size προϊόντα έχουν το χαρακτηριστικό να ταιριάζουν σε μία ευρεία ποικιλία μεγεθών και να καλύπτουν τα πιο συνηθισμένα μεγέθη, ήτοι κατ'ελάχιστον από το extra small μέχρι το extra large. Εν γένει στην αγορά δεν εντοπίζονται κάποιες κοινώς αποδεκτές διαστάσεις των ρούχων one size και ο κάθε κατασκευαστής χρησιμοποιεί διαφορετικές διαστάσεις για τα προϊόντα που χαρακτηρίζει ως one size, ενώ αυτά μπορεί να καλύπτουν και διαφορετικό εύρος μεγεθών. Όπως είναι κατανοητό, ένα one size προϊόν δεν μπορεί να καλύπτει μεγέθη ιδιαίτερως μικρών ή αντιστοίχως ιδιαίτερως μεγάλων προδιαγραφών, αλλά ταυτόχρονα δεν θα πρέπει και να αποκλείει μεγέθη που έχουν αποδεδειγμένα υψηλή διάδοση. Το προϊόν μεγέθους ONE SIZE XL, που προσκόμισε η εταιρεία μας, καλύπτει τα σημαντικότερα μεγέθη καθώς και σωματότυπους. Επιπλέον, από τη Δήλωση Συμμόρφωσης (βλ. EC Declaration of Conformity) που κατατίθεται από την εταιρεία μας, προκύπτει ευχερώς ότι ο προσφερόμενος κωδικός ... διατίθεται σε ένα μόνο μέγεθος, το XL, επιβεβαιώνοντας ότι πρόκειται για ιματισμό one size που καλύπτει μεγέθη έως XL.

[...] η εταιρεία μας είναι μη οριστικά αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος και παρόλη την αρχική εσφαλμένη απόρριψη της προσφοράς της από την αναθέτουσα αρχή, ελλείψει αποφάσεως που να προβλέπει τον αποκλεισμό με ισχύ δεδικασμένου, δεν έχει καταστεί τρίτος προς τον διαγωνισμό. Επιπρόσθετα καθίσταται σαφές ότι λόγω της φύσης της προμήθειας του διαγωνισμού και της αναγκαιότητας των εν λόγω προϊόντων στην καταπολέμηση της πανδημίας του

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

Κορωνιού, είναι αναμενόμενο η αναθέτουσα αρχή να προχωρήσει σε επαναπροκήρυξη αυτού σε περίπτωση που αυτός για οποιονδήποτε λόγο ματαιωθεί, καθώς η ανάγκη που δημιούργησε εξ αρχής τη ζήτηση για την εν λόγω προμήθεια δεν έχει μεταβληθεί. Συνεπώς η εταιρεία μας, ως μη οριστικά αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος, δύναται να προβάλει αιτιάσεις κατά των λοιπών διαγωνιζομένων ανεξαρτήτως σταδίου του διαγωνισμού, με σκοπό την ματαίωση της συγκεκριμένης σύμβασης και επιδίωξη του αντικείμενου της με συμμετοχή της σε νέα κίνηση της διαγωνιστικής διαδικασίας (επαναπροκήρυξη) με ουσιωδώς ίδιο αντικείμενο.

Επιπλέον ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί μη θεμελίωσης του ως άνω εννόμου συμφέροντος, για το λόγο ότι δεν πληρείται από την εταιρεία μας τεχνική προδιαγραφή της Προσκήσεως τυγχάνει απορριπτέος.[...]

το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών με την απόφαση 170/2021 έκρινε [...]«8. Επειδή, περαιτέρω, κατά το μέρος της προσβαλλόμενης απόφασης, με το οποίο απορρίφθηκαν ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι οι λόγοι της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας εταιρείας, που αφορούσαν αποδιδόμενες πλημμέλειες της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας, με την αιτιολογία ότι δεν στοιχειοθετείται παράβαση του ίσου μέτρου κρίσης, καθώς και ότι υφ' οποιαδήποτε εκδοχή δεν θα ήταν δυνατή η ανάθεση της σύμβασης στην αιτούσα εταιρεία, εφόσον το προσφερόμενο από αυτήν προϊόν δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης, το Δικαστήριο τούτο, λαμβάνοντας υπόψη ότι τα ζητήματα που ετέθησαν με την 235/2019 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών της Ολομέλειας του ΣΤΕ και αποτέλεσαν αντικείμενο διατυπώσεως προδικαστικού ερωτήματος προς το ΔΕΕ, το οποίο απάντησε καταφατικά, ως προς το έννομο συμφέρον προβολής λόγων του μη οριστικώς αποκλεισθέντος από Διαγωνισμό, που αφορούν διαφορετικές πλημμέλειες άλλων προσφορών, με την C-771.19 «... και, ΝΑΜΑ Σύμβουλοι Μηχανικοί και, ... κα'τα της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.), Αττικό Μετρά Α. Ε.» απόφασή του, κρίνει ότι αναγνωρίζεται και στον διαγωνιζόμενο, που αποκλείσθηκε με απόφαση της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών και των τεχνικών προσφορών (και όχι στο τελικό στάδιο της ανάθεσης της σύμβασης), έννομο συμφέρον να

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

προσβάλει με προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., παράλληλα με την νομιμότητα του αποκλεισμού του, και την νομιμότητα του μη αποκλεισμού του συνυποψήφιου του, προβάλλοντας άλλες αυτοτελείς πλημμέλειες της προσφοράς του άσχετες με τις πλημμέλειες για τις οποίες αποκλείστηκε η δική του προσφορά. Ενόψει των ανωτέρω, δεν μπορεί να αποκλεισθεί ο έλεγχος από το Δικαστήριο των λόγων που προβάλλει η αιτούσα εταιρεία με την κρίνομενη αίτηση κατά της αποδοχής της προσφοράς της παρεμβαίνουσας εταιρείας. Τούτο, άλλωστε, προκύπτει και από τη σκέψη 59 της αποφάσεως του ΔΕΕ στην υπόθεση C-131/16 ... και ..., σύμφωνα με την οποία σε περίπτωση υποβολής δύο προσφορών και στην συνέχεια έκδοσης αποφάσεως από την αναθέτουσα αρχή με την οποία γίνεται δεκτή η μία προσφορά και απορρίπτεται η άλλη, ο αποκλεισθείς προσφέρων, ο οποίος ασκεί προσφυγή, πρέπει να έχει την δυνατότητα να ζητήσει την απόρριψη της προσφοράς που έχει γίνει δεκτή, αφού στην έννοια του όρου «συγκεκριμένη σύμβαση» του άρθρου 1 παρ. 3 της Οδηγίας 92/13 εμπίπτει και η ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης. Συνεπώς, είναι εξεταστέοι και οι λόγοι που η αιτούσα ένωση εταιρειών προβάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία απέρριψε την προσφυγή της και κατά το μέρος που αφορούσε του προβληθέντες από αυτήν λόγους αποκλεισμού της παρεμβαίνουσας εταιρείας (πρβλ. ΣτΕ 1819/2020 Ολ.), (βλ επίσης την υπ' αριθ. 191/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών επί της υπ' αριθ. ANM 165/19-3-2021 αίτησης αναστολής της εταιρείας «...», σκέψη 15). Μάλιστα αξίζει να σημειωθεί ότι στην ως άνω περίπτωση η ΑΕΠΠ είχε ήδη επικυρώσει την ύπαρξη της πλημμέλειας, το οποίο δεν συμβαίνει στην προκειμένη περίπτωση, καθώς η εταιρεία μας όπως υποστηρίζουμε μη νομίμως αποκλείστηκε εξ αρχής από την αναθέτουσα αρχή και η προσφορά της πληροί όλες τις τεθείσες από την διακήρυξη προϋποθέσεις για το προϊόν με α/α 8.

Περαιτέρω, οι απαιτήσεις περί αποδείξεως διαθέσεως του προϊόντος και κατάδειξης των χρόνων δεν είναι δυνατό να θεωρηθούν δεσμευτικές καθώς δεν προκύπτουν ούτε από το νόμο αλλά ούτε και από τη νομολογία του ΔΕΕ. Προσέτι, εν γένει δεν έχουν γίνει δεκτές από τη νομολογία, η οποία επισημαίνει

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

συνήθως την ανάγκη ο μη οριστικώς αποκλεισθείς να μπορεί να λάβει μέρος στον επαναπροκηρυχθέντα διαγωνισμό και δεν εξετάζει ούτε τους λόγους αποκλεισμού αυτού αλλά ούτε και απαιτεί περαιτέρω στοιχεία να αποδειχθούν εκ μέρους του. Άλλωστε οι απαιτήσεις αυτές οδηγούν κατ' αποτέλεσμα σε εξαιρετικώς στενή ερμηνεία των διατάξεων της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ και αντιμάχονται το σκοπό του νομολογιακώς διαπλασμένου από αποφάσεις του ΔΕΕ εύρους αυτών.

Η αναθέτουσα αρχή επίσης κατατείνει ότι η εταιρεία μας δεν αποδεικνύει ότι το προϊόν της εταιρείας «...» δεν είναι one size και ότι το γεγονός ότι το πιστοποιητικό CE του προϊόντος δεν προβλέπει το μέγεθος one size δεν συνεπάγεται παραβίαση της τεχνικής προδιαγραφής του μεγέθους. Εξ αυτού του λόγου αναφέρει ότι δεν είναι δυνατή η εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσεως καθώς δήθεν και η εταιρεία μας συνομολογεί ότι το μέγεθος του δείγματος είναι one size και ότι η αιτίαση μας δεν ταυτίζεται με αυτή δυνάμει της οποίας απορρίφθηκε η προσφορά μας.

Ο ως άνω προβαλλόμενος ισχυρισμός τυγχάνει αβάσιμος στο σύνολό του. Καταρχήν ουδέποτε συνομολόγησε η εταιρεία μας ότι το προϊόν της εταιρείας «...» είναι one size. Αντίθετα, αυτό που επισημάνθηκε από την προσφυγή μας ήταν ακριβώς το γεγονός ότι εφόσον τα μεγέθη στα οποία διατίθεται το προϊόν είναι συγκεκριμένα και δεν περιλαμβάνουν το one size, ίσταται προφανές ότι για να προσφέρει η εταιρεία «...» το προϊόν που πιστοποιείται από το CE, θα πρέπει κατά λογική αναγκαιότητα να προσφέρει κάποιο από τα διατιθέμενα μεγέθη τα οποία δεν ταυτίζονται με το ζητούμενο. Διαφορετικώς, η αναθέτουσα αρχή έκανε αποδεκτό προϊόν το οποίο δεν πιστοποιείται. Πάντως δεν είναι δυνατό και η πιστοποίηση να είναι ακριβής και το προϊόν να προσφέρεται στο μέγεθος που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή. Ο διαχωρισμός εν προκειμένω των απαιτήσεων οδηγεί μόνο στο παράλογο αποτέλεσμα η αναθέτουσα αρχή να επιμένει ότι συμβαίνουν ταυτοχρόνως και τα δύο. Επιπλέον ο όρος FREE SIZE που εντοπίζεται στη συσκευασία του προϊόντος δεν σημαίνει one size αλλά ότι η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα επιλογής μεγέθους.

Ως προς το είδος με α/α 9

[...]Η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί την ύπαρξη διαφοροποίησης ενός

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

ψηφίου στον κωδικό προϊόντος που φέρει το δείγμα και η τεχνική προσφορά της εταιρείας «...», και υποστηρίζει ότι αυτή πρέπει να θεωρηθεί επουσιώδης και μη ικανή να οδηγήσει σε αποκλεισμό ενός οικονομικού φορέα. Επίσης, ο κωδικός που αναφέρει αρχικά η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, ήτοι ο ..., καταγράφηκε προφανώς εκ παραδρομής στο συγκεκριμένο σημείο καθώς ο εν λόγω κωδικός ανήκει στο προϊόν της εταιρείας «...» και όχι της «...». Ωστόσο, οι όροι της Διακήρυξης που πρέπει να ερμηνεύονται αυστηρά, απαιτούν πλήρη συμφωνία μεταξύ δείγματος και τεχνικής προσφοράς με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατό να γίνει αποδεκτή προσφορά που παραβιάζει την ως άνω απαίτηση. Ειδικά εάν ληφθεί υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή προχωρώντας σε μια αυθαίρετη κρίση δεν ζήτησε όπως όφειλε εξηγήσεις από την ως άνω εταιρεία, ο τρόπος με τον οποίο διαχειρίστηκε η αναθέτουσα αρχή την εν λόγω πλημμέλεια κρίνεται τουλάχιστον επιπόλαιος. Επιπλέον στα πιστοποιητικά που έχουν κατατεθεί, τόσο του οίκου ... όσο και των φορέων ... και ..., δεν αναγράφεται κανένας από τους παραπάνω κωδικούς είδους (... & ...). Συνεπώς πράγματι δεν πιστοποιείται ο προσφερόμενος κωδικός αλλά ούτε και ο κωδικός που φέρει το δείγμα, καθώς δεν υπάρχει σύνδεση μεταξύ τεχνικής προσφοράς, δείγματος και πιστοποιητικών. Είναι αδύνατη η ταυτοποίηση του προσφερόμενου είδους με τα πιστοποιητικά. Μόνο στο κατατεθέν «Test Report» της «...» αναφέρεται κωδικός είδους, ο οποίος πράγματι αντιστοιχεί στον κωδικό που φέρει το δείγμα, ήτοι ..., όχι όμως και στον κωδικό είδους που δηλώνει η εταιρεία στην τεχνική της προσφορά. Σημειώνεται ωστόσο, ότι η έκθεση δοκιμών (Test Report) δεν αποτελεί πιστοποίηση. Σε κάθε περίπτωση ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι ο κωδικός προϊόντος δεν είναι απαραίτητο να εντοπίζεται στα πιστοποιητικά είναι αβάσιμος καθώς με αυτόν το τρόπο θα καθίστατο αδύνατη η ταυτοποίηση του είδους και η σύνδεση μεταξύ αυτού και των πιστοποιητικών του.

Η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει επίσης ότι η ύπαρξη κάρτας προσαρμογής ζώνης δεν απαιτείται από την Πρόσκληση και ότι εξ αυτού του λόγου η έλλειψη της από το δείγμα δεν ασκεί επιρροή στην απόφασή της.

Ωστόσο, [...] το γεγονός ότι στην τεχνική προσφορά της εταιρείας «...» αναφέρεται ρητά η ύπαρξη της κάρτας στο προϊόν, πράγμα που δεν

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

επιβεβαιώνεται από το δείγμα, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η τεχνική προσφορά και το δείγμα δεν βρίσκονται σε απόλυτη συμφωνία, όπως απαιτείται από την Πρόσκληση.

Η αναθέτουσα αρχή διατείνεται επίσης ότι ο όρος *surgical drapes*, ο οποίος και η ίδια συνομολογεί ότι μεταφράζεται ως «χειρουργικά καλύμματα» ταυτίζεται με το ζητούμενο προϊόν που είναι οι «Μπλούζες Χειρουργικές αποστειρωμένες Αδιάβροχες».

Παρόλα αυτά τα Χειρουργικά καλύμματα ή ορθότερα πεδία αποτελούν έτερο προϊόν και δεν ταυτίζονται με τις χειρουργικές μπλούζες που είναι αποστειρωμένες και αδιάβροχες. Σε καμία εταιρεία δεν χρησιμοποιείται ο όρος αυτός για τις χειρουργικές μπλούζες. Αυτές περιγράφονται ως *Surgical Gowns*. Το κατατεθέν πιστοποιητικό EN13795 ... με αριθμό ... για τον οίκο ..., στο ... αναφέρει : χειρουργικά καλύμματα υψηλής απόδοσης μιας χρήσης, με αποτέλεσμα όχι μόνο να μην πιστοποιείται «χειρουργική μπλούζα ολικής προστασίας» αλλά ούτε καν το είδος «χειρουργική μπλούζα». Συνεπώς δεν πιστοποιείται ότι το προσφερόμενο εκ μέρους της εταιρείας «...» προϊόν πληροί το πρότυπο EN 13795 όπως ρητά ζητείται από τις προδιαγραφές της Πρόσκλησης [...]

Η αναθέτουσα αρχή επίσης λανθασμένα ισχυρίζεται ότι η ύπαρξη ενός κωδικού είναι αρκετή καθώς το προϊόν ζητείται να είναι *one size*. Μέγεθος *one size* ζητείται στο είδος με α/α 8 και όχι με α/α 9. Συνεπώς εφόσον η εταιρεία «...» την τεχνική της προσφορά ισχυρίζεται ότι προσφέρει διάφορα μεγέθη, θα έπρεπε να αναφέρει και τους αντίστοιχους κωδικούς που διαφοροποιούνται αναλόγως το μέγεθος και όχι έναν όπως κάνει στην πράξη.

[...] η ενίσχυση δεν καλύπτει το σύνολο της επιφάνειας της μπλούζας αλλά μόνο το θώρακα και τα μανίκια καθώς και η απεικόνιση των μερών αυτών διαφοροποιείται ως προς το χρώμα στην φωτογραφία. Προς διευκόλυνσή σας, επισυνάπτεται κατωτέρω έγχρωμη φωτογραφία από την επίσημη ιστοσελίδα του κατασκευαστή «...» ... για το μοντέλο προϊόντος «...» με κωδικό ... που φέρει το δείγμα που κατέθεσε η εταιρεία «...», στην οποία φαίνονται ξεκάθαρα τα σημεία της φόρμας που φέρουν πράγματι ενίσχυση.

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

Να σημειωθεί ότι εάν το δείγμα φέρει ενίσχυση σε όλη την επιφάνεια, όπως διατείνεται η αναθέτουσα αρχή, τότε πρόκειται για έτερο προϊόν το οποίο δεν ταυτίζεται με το περιγραφόμενο στην τεχνική προσφορά της ως άνω εταιρείας Τέλος και η ίδια η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί το γεγονός ότι τα πρωτότυπα πιστοποιητικά που ρητώς απαιτούνται από την Πρόσκληση δεν έχουν προσκομισθεί εκ μέρους της εταιρείας, η οποία έχει προσκομίσει μόνο τις μεταφράσεις αυτών».

17. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει 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[...].».

18. Επειδή το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [...] 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, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [.....].».

19. Επειδή το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «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. 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.[...]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 καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61.[...]».

20. Επειδή το άρθρο 94 του ν. 4412/2016 ορίζει 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. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5ης.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α' 188). 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. [...] 8. Στις περιπτώσεις που με την αίτηση συμμετοχής ή την προσφορά υποβάλλονται ιδιωτικά έγγραφα, αυτά γίνονται αποδεκτά είτε κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του ν. 4250/2014 (Α' 94) είτε και σε απλή φωτοτυπία, εφόσον συνυποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση, στην οποία βεβαιώνεται η ακρίβειά τους και η οποία φέρει υπογραφή μετά την έναρξη διαδικασίας σύναψης σύμβασης».

21. Επειδή το άρθρο 214 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «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

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

ορίζονται: [...] β) Στα έγγραφα της σύμβασης, προκειμένου για δείγματα 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. [...].»

22. Επειδή στους όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι :

«ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β΄ ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΟΙ ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ

1. ΚΑΤΑΡΤΙΣΗ ΚΑΙ ΥΠΟΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ

[...] Οι συμμετέχοντες, οφείλουν να καταθέσουν, υποχρεωτικά μαζί με την προσφορά τους στον (υπο) φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής / τεχνικής προσφοράς εγκαίρως και προσηκόντως, **ΕΠΙ ΠΟΙΝΗ ΑΠΟΚΛΕΙΣΜΟΥ**, τα ακόλουθα κατά περίπτωση δικαιολογητικά όπως αυτά περιγράφονται στην παρ. 2, αρ. 79, του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό και με τα άρθρα 1 και 3 του Ν. 4250/26-03-2014 (ΦΕΚ 74/Α/26-03-2014) [...]

ΤΑ ΤΕΧΝΙΚΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ της προσφοράς τοποθετούνται στον (υπο) φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική προσφορά» με την ένδειξη «**ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ**».

[...]1.5.5. Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984 (Α΄188). 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.

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε΄ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΑΠΟ ΤΗ ΔΙΑΔΟΣΗ ΤΟΥ ΚΟΡΩΝΑΪΟΥ
ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΥΛΙΚΩΝ

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

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:

2.1. Να ανταποκρίνονται πλήρως στις ανάγκες των φορέων για τη χρήση που προορίζονται.

[...] 2.4. Να συνοδεύονται από πιστοποιητικά ποιοτικού ελέγχου.

[...] 2.6. Από τα ζητούμενα είδη η ιατρική μάσκα (χειρουργική) υπάγεται στην Οδηγία 93/42/ΕΟΚ/Regulation (EU) 2017/745 ως ιατροτεχνολογικό προϊόν ενώ τα υπόλοιπα ζητούμενα μέσα ατομικής προστασίας υπάγονται στον Κανονισμό ΕΕ 2016/425

3. Η συσκευασία των ειδών πρέπει να πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις:

3.2.1. Επωνυμία και διεύθυνση του κατασκευαστή. Εάν ο κατασκευαστής εδρεύει σε χώρα εκτός της Ευρωπαϊκής Ένωσης, πρέπει να αναγράφεται η επωνυμία και διεύθυνση του εγκατεστημένου στην Κοινότητα εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του.

3.2.2. Τα στοιχεία που είναι απολύτως αναγκαία, προκειμένου ο χρήστης να είναι σε θέση να αναγνωρίσει το προϊόν, την ποσότητά του και το περιεχόμενο της συσκευασίας.

[...] 8. Μπλούζες Αδιάβροχες μη αποστειρωμένες μίας χρήσης

- Να είναι μίας χρήσεως, μη αποστειρωμένη
- Να έχει δέσιμο στο λαιμό και στην μέση
- Να έχει μακρύ μανίκι με ελαστική μανσέτα
- Να παρέχει πλήρη κάλυψη πλάτης
- Να διαθέτει CE (Ευρωπαϊκή οδηγία ΕΕ 2016/425)
- Να είναι κατασκευασμένη από non – woven υλικό υγροαπωθητικό και αδιάβροχο
- Να πληροί το πρότυπο EN 13034 - Type PB
- Να είναι μεγέθους one size

9. Μπλούζες Χειρουργικές αποστειρωμένες Αδιάβροχες

Μπλούζα χειρουργική με μανσέτα, ολικής προστασίας και ενίσχυσης – FFP σε όλη την επιφάνειά της χωρίς να φέρει πλαστικές ενισχύσεις και ραφές για

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

προστασία από λοιμώδη νοσήματα, με θερμοκόλληση, απόλυτα αδιάβροχη, αποστειρωμένη με ακτινοβολία ή και ΕΤΟ, ελεύθερη latex, μιας χρήσης.

Να κατατίθενται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, το πιστοποιητικό συμμόρφωσης με τα πρότυπα EN 13795.

[...] ΔΕΙΓΜΑΤΑ για την απόδειξη της συμβατότητας των προς προμήθεια ειδών απαιτείται η προσκομιδή δείγματος κάθε είδους, όπως αυτό προβλέπει το άρθρο 214 του Ν. 4412/2016 [...].».

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (Ολ ΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

24. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 ..., Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

25. Επειδή, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπου η πλήρωση των όρων της διακήρυξης επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαραίτους όρους της διακήρυξης (βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 ..., ... κατά ...).

26. Επειδή ως έχει ad hoc κριθεί, εφόσον ρητά απαιτείται από την διακήρυξη η προσκόμιση δείγματος σύμφωνου με τις τεχνικές προδιαγραφές, προκειμένου να αξιολογηθεί βάσει αυτού η προσφορά τότε νομίμως απορρίπτεται η προσφορά εάν κριθεί ότι το προσκομισθέν δείγμα δεν εκπληρώνει τις προδιαγραφές και μάλιστα ανεξαρτήτως και των τυχόν επιφυλάξεων του προσφέροντος (ΣτΕ Ασφ. 721/2011).

27. Επειδή όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣτΕ 305/2011, 65/2012). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της Διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο 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

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

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).

28. Επειδή στο Παράρτημα Ε΄ της πρόσκλησης τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή για το είδος με α/α 8- Μπλούζες Αδιάβροχες μη αποστειρωμένες μίας χρήσης, μεταξύ άλλων, να είναι μεγέθους one size. Κατά δε τα διδάγματα της κοινής πείρας, το μέγεθος one size έχει συγκεκριμένες διαστάσεις και δεν ταυτίζεται με ορισμένο μέγεθος (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 552-553/2021). Επομένως, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 26, είναι προφανές ότι η πλήρωση της ως άνω τεχνικής προδιαγραφής δύναται αλλά και οφείλεται να αποδειχθεί επαρκώς και δια του υποβληθέντος δείγματος.

29. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 11, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος διότι το δείγμα του προσφερόμενου είδους δεν ήταν one size, γεγονός το οποίο συνομολογεί και ο προσφεύγων καθώς αναφέρει ότι το προσφερόμενο από αυτόν προϊόν αντιστοιχεί σε μέγεθος extra large, το οποίο αποδεικνύεται και από την προσκομισθείσα με την προσφορά του προσφεύγοντος δήλωση συμμόρφωσης και άρα προδήλως δεν καλύπτει την επίμαχη προδιαγραφή. Απαραδέκτως, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 27, διότι βάλλει κατά της επίμαχης προδιαγραφής ο προσφεύγων προβάλλει ότι δεν προσδιορίζονται στην πρόσκληση με σαφήνεια οι διαστάσεις που πρέπει να έχει το είδος σε μέγεθος one size, ενώ αβασίμως ισχυρίζεται ότι επαφίεται στους διαγωνιζομένους να προσκομίσουν προϊόντα που να καλύπτουν τους περισσότερους σωματότυπους, δοθέντος ότι κατά την πρόσκληση ρητώς απαιτείται το προσφερόμενο είδος να είναι μεγέθους one size. Αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ότι στο έγγραφο της τεχνικής του προσφοράς αναφέρει ότι το προσφερόμενο προϊόν είναι one size, καθώς, η απόδειξη των τεχνικών χαρακτηριστικών ενός προϊόντος πρέπει να προκύπτει και εκ του δείγματος, ενώ σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων δηλώνει ότι προσφέρει προϊόν μεγέθους extra large. Ομοίως αλυσιτελώς ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αφενός μεν στην αγορά δεν εντοπίζονται κάποιες κοινώς αποδεκτές διαστάσεις των ρούχων one size και ο κάθε κατασκευαστής χρησιμοποιεί διαφορετικές διαστάσεις για τα προϊόντα που χαρακτηρίζει ως one size,

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

καθώς ουδόλως τούτο αναιρεί την υποχρέωση του να προσφέρει είδος μεγέθους one size και όχι έτερου μεγέθους, αφετέρου δε ότι το προϊόν που προσφέρει καλύπτει τα σημαντικότερα μεγέθη και σωματότυπους. Επομένως, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 23-25, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 8 και ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

30. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 12, εφόσον νομίμως ο προσφεύγων αποκλείστηκε από το διαγωνισμό για το είδος με α/α 8, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...», καταρχάς, υπό την προϋπόθεση ότι υφίσταται παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία στοιχειοθετείται μόνον εφόσον προβάλλεται παραδεκτώς ότι προσφορά έτερου συμμετέχοντος έγινε δεκτή παρόλο που παρουσίαζε τα αυτά ακριβώς προβλήματα με την προσφορά του προσφεύγοντος για παράδειγμα, έγινε δεκτή τεχνική προσφορά παρόλο που εμφανίζει την ίδια απόκλιση από τις προδιαγραφές της διακήρυξης, εξ αιτίας της οποίας απορρίφθηκε η δική του τεχνική προσφορά (ΣτΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004). Διευκρινίζεται ότι κρίσιμο εν προκειμένω είναι εάν χώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (ΕΑ 274/2012). Σε κάθε περίπτωση, ο σχετικός λόγος πρέπει να είναι ο ίδιος και όχι ανάλογος ή παρόμοιος (βλ. ΕΑ ΣτΕ 311, 1132/2009, Φίλης Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3386/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ. 100). Στην υπό κρίση περίπτωση ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» κρίθηκε αποδεκτή παρά το γεγονός ότι σύμφωνα με το προσκομισθέν πιστοποιητικό CE το προσφερόμενο προϊόν διατίθεται σε πέντε διαφορετικά μεγέθη. Εντούτοις, δοθέντος ότι η προσφορά του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 8 απορρίφθηκε διότι το δείγμα του προσφερομένου είδους δεν ήταν μεγέθους one size, δεν υφίσταται, εν προκειμένω, διαφορετική αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμέλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

μεταχείρισης, ως βασίμως προβάλλει η αναθέτουσα αρχή. Απαραδέκτως δε το πρώτον με το υπόμνημα προβάλλεται από τον προσφεύγοντα ο ισχυρισμός ότι ο όρος free size που εντοπίζεται στο προσκομισθέν δείγμα του οικονομικού φορέα «...» δεν σημαίνει one size. Ως εκ τούτου, ο σχετικός ισχυρισμός του προσφεύγοντος τυγχάνει απορριπτέος ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος.

31. Επειδή, περαιτέρω, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 12, ο προσφεύγων επικαλείται την προσδοκία ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας για το είδος με α/α 8. Ωστόσο, ακόμα και σε περίπτωση ματαίωσης του παρόντος διαγωνισμού και επαναπροκήρυξης νέου όμοιου κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, ο προσφεύγων δεν δύναται να υποβάλει σε αυτόν παραδεκτή τεχνική προσφορά για το είδος με α/α 8, δοθέντος ότι η προσφορά του απορρίφθηκε λόγω μη πλήρωσης τεχνικής προδιαγραφής και άρα υπ' οιαδήποτε εκδοχή δεν θα ήταν δυνατή η ανάθεση της προμήθειας στον προσφεύγοντα, ως βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή. Αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται την υπ' αριθμ. 170/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών προς θεμελίωση του ισχυρισμού του εννόμου συμφέροντός του, δεδομένου ότι μια απόφαση προδήλως δεν αποτελεί παγία νομολογία, πολλώ δε μάλλον καθώς υφίστανται, ως έχει εκτεθεί, έτερες δικαστικές αποφάσεις που κρίνουν το αντίθετο. Σημειωτέον ότι, με την πρόσφατη απόφαση του ΔΕΕ C-771/19 της 24ης Μαρτίου 2021 ουδόλως εξετάστηκε πολλώ δε μάλλον κρίθηκε το έννομο συμφέρον ματαίωσης του διαγωνισμού από υποψήφιο που αποκλείστηκε ειδικώς λόγω μη πλήρωσης τεχνικών προδιαγραφών. Συνεπώς, οι λόγοι της υπό εξέταση προσφυγής περί απόρριψης της προσφοράς του οικονομικού φορέα «...» λόγω πλημμελειών της προσφοράς που δεν ταυτίζονται με τους λόγους αποκλεισμού του προσφεύγοντος δεν εξετάζονται ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι (βλ. *ad hoc* ... 13/2019 και εξ αντιδιαστολής ... 150/2019, ΑΕΠΠ 7/2021). Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη, «ο αποκλεισθείς προσφέρων δικαιούται να προβάλει οποιονδήποτε ισχυρισμό κατά της απόφασης περί αποδοχής άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του (απόφαση της 24ης Μαρτίου 2021, ΔΕΕ, C-771/19, NAMA σκ. 41). Περαιτέρω, ο προσφεύγων δεν διατηρεί το έννομο συμφέρον του προς ματαίωση και επαναπροκήρυξη, εάν (α) είναι πλέον αδύνατη η επαναπροκήρυξη της σύμβασης ή εάν (β) ο λόγος, για τον οποίο αποκλείσθηκε, καθιστά αδύνατη την συμμετοχή του σε περίπτωση επαναπροκηρύξεως. Τα εν λόγω ζητήματα (ερώτημα 3^ο) καίτοι τέθηκαν με το προδικαστικό ερώτημα του Ανώτατου εθνικού Ακυρωτικού Δικαστηρίου προς το ΔΕΕ, κρίθηκαν απαράδεκτα στο πλαίσιο της απόφασης ΔΕΕ 771/19 σκ.25 και δεν εξετάσθηκαν κατ' ουσία.

Παρά ταύτα ήδη είχε κριθεί από το ΔΕΕ ότι στην περίπτωση αποκλεισμού των προσφερόντων και κίνησης νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, καθένας από τους προσφέροντες θα μπορούσε να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει εμμέσως την ανάθεση της σύμβασης στον ίδιο (βλ. απόφαση της 5ης Απριλίου 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, σκέψη 27). Επίσης, κρίθηκε ότι η έννοια της συγκεκριμένης σύμβασης του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 93/13 (βλ. όμοια διάταξη της Οδηγίας 89/885/EK) μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης.

Ειδικότερα, το ΣΤΕ (ΑΝΑΣΤ) με την με αρ. 235/2019 Απόφαση σκ. 28 και λαμβάνοντας υπόψη τις ως άνω Αποφάσεις του ΔΕΕ αλλά και τις αποφάσεις της 4ης Ιουλίου 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, σκέψη 33, καθώς και της 5ης Απριλίου 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, σκέψη 24) έκρινε ότι «Προκειμένου, εξάλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του (λ.χ. διότι παρήλθε το χρονικό διάστημα, το οποίο αφορούσε η σύμβαση), αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία», περίπτωση που δεν συντρέχει κατά ως άνω».

32. Επειδή στο Παράρτημα Ε΄ της πρόσκλησης αναφέρεται ότι η συσκευασία των ειδών πρέπει να είναι του εργοστασίου παραγωγής και να αναγράφονται σε εμφανές σημείο της η επωνυμία και διεύθυνση του κατασκευαστή καθώς και τα στοιχεία που είναι απολύτως αναγκαία, προκειμένου ο χρήστης να είναι σε θέση να αναγνωρίσει το προϊόν και άρα αβασίμως ο παρεμβαίνων και η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζονται ότι δεν προβλέπεται στην πρόσκληση υποχρέωση αναγραφής του κωδικού είδους στο δείγμα. Ομοίως αβασίμως ο παρεμβαίνων και η αναθέτουσα αρχή προβάλλουν ότι δεν απαιτείται να αναφέρεται στην τεχνική προσφορά ο κωδικός εργοστασίου του προσφερόμενου είδους, καθώς ο διαγωνιζόμενος οφείλει να δηλώνει με την τεχνική του προσφορά τα στοιχεία εκείνα με τα οποία προσδιορίζεται μονοσήμαντα το προσφερόμενο από αυτόν προϊόν, άλλως τίθεται ζήτημα αοριστίας της προσφοράς λόγω αδυναμίας ταυτοποίησης του προσφερόμενου είδους. (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 463/2021). Περαιτέρω, σύμφωνα με το Παράρτημα Ε΄ της πρόσκλησης για το είδος με α/α 9- Μπλούζες Χειρουργικές αποστειρωμένες Αδιάβροχες απαιτείται, μεταξύ άλλων, να είναι ολικής προστασίας και ενίσχυσης και να κατατεθεί με την τεχνική προσφορά το πιστοποιητικό συμμόρφωσης με τα πρότυπα EN 13795.

33. Επειδή, όπως αναγράφεται και απεικονίζεται στο προσκομισθέν με την προσφορά τεχνικό φυλλάδιο του οικονομικού φορέα «...» το προσφερόμενο είδος φέρει ολική ενίσχυση (full reinforced) και επιπρόσθετη

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

ενίσχυση στο θώρακα και στα μανικία («critical parts are reinforced with an extra layer»). Η δε αναθέτουσα αρχή δια της εξέτασης του δείγματος επιβεβαίωσε ότι το προσφερόμενο δείγμα φέρει ολική ενίσχυση, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητεί ο προσφεύγων και άρα οι σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Περαιτέρω, ο οικονομικός φορέας «...» προσκόμισε με την προσφορά του επίσημες μεταφράσεις επικυρωμένων αντιγράφων πιστοποιητικών, σύμφωνα με τον όρο 1.5.5 της πρόσκλησης, ενώ ουδόλως απαιτείται εκ του εν λόγω όρου η προσκόμιση πρωτοτύπων εγγράφων, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα. Ομοίως αβασίμως ο προσφευγων προβάλλει ότι απαιτείται η κατάθεση δυο δειγμάτων κατ' άρθρον 214 του ν. 4412/2016 καθώς, εν προκειμένω, ρητώς προβλέπεται στο Παράρτημα Ε' της πρόσκλησης η κατάθεση ενός δείγματος. Πέραν των ανωτέρω, αορίστως και αναποδείκτως ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο κωδικός προϊόντος που δηλώνεται στην προσφορά του οικονομικού φορέα «...» δεν ταυτίζεται με τον κωδικό που αναγράφεται στο δείγμα. Ωστόσο από τη φωτογραφία της συσκευασίας του δείγματος του οικονομικού φορέα «...» που η αναθέτουσα αρχή προσκόμισε με τις απόψεις προκύπτει ότι στο δείγμα αναγράφεται ο κωδικός ..., ενώ στην τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα «...» δηλώνεται ότι προσφέρεται προϊόν με κωδικό ..., γεγονός το οποίο συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή. Στο δε προσκομισθέν με την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» τεχνικό φυλλάδιο του κατασκευαστή αναγράφονται έξι κωδικοί, μεταξύ των οποίων και ο κωδικός του δείγματος ... που αντιστοιχεί στο μέγεθος x1 αλλά δεν αναφέρεται ο κωδικός ... που δηλώνεται στην προσφορά του οικονομικού φορέα «...» ως προσφερόμενο είδος. Επομένως, υπάρχει εν προκειμένω αδυναμία ταυτοποίησης του προσφερόμενου προϊόντος, ως βασίμως προβάλλει ο προσφεύγων. Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος ότι δεν προσκομίστηκε από τον οικονομικό φορέα «...» πιστοποιητικό συμμόρφωσης με το πρότυπο EN 13795, η αναθέτουσα αρχή ουδέν αντιλέγει στις απόψεις της και άρα συνομολογεί την βασιμότητά του. Για τους λόγους αυτούς, η αναθέτουσα αρχή όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του

οικονομικού φορέα «...» και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

34. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 12, ως προς την προσφορά του παρεμβαίνοντος, καταρχάς αορίστως και αναποδείκτως ο προσφεύγων ισχυρίζεται αφενός μεν ότι ο κωδικός προϊόντος που δηλώνεται στην τεχνική περιγραφή δεν ταυτίζεται με τον κωδικό που αναγράφεται στο δείγμα και αφετέρου ότι το δείγμα δεν φέρει κάρτα προσαρμογής ζώνης, ως περιγράφεται στην προσφορά του παρεμβαίνοντος, δοθέντος ότι δεν προσκομίζει έτι περαιτέρω προς απόδειξη των ισχυρισμών του. Εντούτοις, από τη φωτογραφία της συσκευασίας του δείγματος του παρεμβαίνοντος που η αναθέτουσα αρχή προσκόμισε με τις απόψεις προκύπτει ότι αναγράφεται ο κωδικός Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων δηλώνει στην τεχνική του προσφορά ότι προσφέρει Μπλούζες Χειρουργικές αποστειρωμένες Αδιάβροχες του κατασκευαστικού οίκου ... με κωδικό ... και προσκομίζει test report του οίκου ... στον οποίο αναφέρεται έτερος από τον δηλωθέντα στην προσφορά κωδικός είδους, ήτοι ο κωδικός ... που είναι και ο κωδικός του δείγματος, το δε προσκομισθέν Πιστοποιητικό Συμμόρφωσης κατά το πρότυπο EN 13795 εκδοθεν από το Ίδρυμα Τουρκικών Προτύπων όχι μόνον δεν αναγράφει τον κωδικό είδους, αλλά δεν αφορά καν χειρουργικές μπλούζες αλλά χειρουργικά καλύμματα (*surgical drapes*), όρος ο οποίος κατά την διεθνή ιατρική βιβλιογραφία δεν ταυτίζεται με τις χειρουργικές μπλούζες. Αβασίμως δε η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων προβάλλουν ότι οι διαφοροποιήσεις στους κωδικούς του δείγματος, του test report και της ορολογίας του πιστοποιητικού είναι επουσιώδεις. Επίσης αλυσιτελώς η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων ισχυρίζονται ότι δεν απαιτείται εκ της πρόσκλησης το προσφερόμενο είδος να φέρει κάρτα προσαρμογής ζώνης, καθώς εν προκειμένω ο προσφεύγων δεν προβάλλει μη πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής αλλά αδυναμία ταυτοποίησης του προσφερόμενου είδους διότι υφίσταται αναντιστοιχία μεταξύ της τεχνικής περιγραφής της προσφοράς και του δείγματος. Επομένως, εκ των ανωτέρω προκύπτει πράγματι αδυναμία ταυτοποίησης του προσφερόμενου από τον παρεμβαίνοντα είδους αλλά και μη απόδειξη πλήρωσης της προδιαγραφής περί συμμόρφωσης με το

Αριθμός απόφασης: 1397/2021

πρότυπο EN 13795, οι εν λόγω δε πλημμέλειες δεν δύναται νομίμως να θεραπευθούν δια παροχής διευκρινίσεων. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή, όφειλε κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του παρεμβαίνοντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

35. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

36 . Επειδή η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

37. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 35, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. 58/9.06.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600 ευρώ ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε την 24 Αυγούστου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χ. ΖΑΡΑΡΗ

α/α μόνο ως προς την υπογραφή

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ