

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), Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει την από 8.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1365/9.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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 «πρώτος παρεμβαίνων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Κατά του παρεμβαίνοντος επί της προσφυγής οικονομικού φορέα με την επωνυμία (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του για τα είδη με α/α 1, 2, 3 και 4.

Με τις παρεμβάσεις του οι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευτεί 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, και το από 9-7-2021 υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του αρμόδιου υπαλλήλου ΑΕΠΠ) δοθέντος ότι από την Πρόσκληση δεν προκύπτει το προυπολογιζόμενο ποσό των υπό προμήθεια επίμαχων ειδών με α/α 1 (Χειρουργικές Μάσκες 3ply με λάστιχο), α/α 2 (Μάσκα Αναπνευστικής Προστασίας τύπου FFP2), α/α 3 (Μάσκες αναπνευστικής προστασίας τύπου FFP3) και α/α 4 (Προστατευτική ολόσωμη φόρμα ΤΥΠΟΥ ...). Συνεπώς νόμιμα και παραδεκτά έχει καταβληθεί το ελάχιστο ποσό παραβόλου, ως προβλέπεται στο άρθρ. 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

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

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 του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, και συνεπώς παραδεκτά έχει υποβηθεί η παρούσα προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 8.07.2021 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, η δε προσφυγή 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 την υπ' αριθμ. 1743/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης για την προδικαστική προσφυγή αντιστοίχως και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε την 20.07.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ παρέμβαση, με την οποία ζητείται μεν η απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής όμως, ουδένα ισχυρισμό, λόγο ή αιτίαση προβάλλει σχετικά με την προσφυγή, αλλά φέρεται επί της προσφοράς έτερου διαγωνιζόμενου, της, με λόγους και ισχυρισμούς υπέρ της ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το σκέλος που έκανε αποδεκτή της προσφορά της εταιρείας αυτής για το είδος με α/α 2. Συνεπώς η πρώτη παρέμβαση είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, αόριστη και ανυποστήρικτη.

8. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε την 20.07.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

παρέμβαση, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή, έχει καταταγεί πρώτος σε σειρά μειοδοσίας και έχει αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος για το είδος με α/α 4 και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης ως προς το σκέλος τούτο.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 26.07.2021 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο προσφεύγων εμπροθέσμως στις 2.08.2021, ήτοι εντός πέντε ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, παρατεινομένων μέχρι την πρώτη εργάσιμη ημέρα, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016 όπως τροποποιήθηκε με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

11. 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.

12. Επειδή στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν συνολικά 55 οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, ο οποίος υπέβαλε τη με αριθμ. πρωτ. 451/2021 προσφορά του. Σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. 2197/25.05.2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, που επικυρώθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση, η προσφορά του προσφεύγοντος απορρίφθηκε -μεταξύ άλλων και- για τα επίμαχα είδη με α/α 1, 2, 3 και 4 με την αιτιολογία ότι για το είδος με « α/α 1-χειρουργικές μάσκες 3ply: Προσκόμισε δείγμα εκτός εργοστασιακής συσκευασίας κατά παρέκκλιση των όρων της παρ. 3 των γενικών τεχνικών προδιαγραφών του παραρτήματος Ε΄ της διακήρυξης α/α 2-Μάσκα FFP2 Προσκόμισε δείγμα εκτός εργοστασιακής συσκευασίας κατά παρέκκλιση των όρων της παρ. 3 των γενικών τεχνικών προδιαγραφών του παραρτήματος Ε΄ της διακήρυξης α/α 3-Μάσκα FFP3 Προσκόμισε δείγμα εκτός εργοστασιακής συσκευασίας κατά παρέκκλιση των όρων της παρ. 3 των γενικών τεχνικών προδιαγραφών του

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

παραρτήματος Ε΄ της διακήρυξης α/α 4-... – το δείγμα που προσκομίστηκε δεν φέρει θερμοκόλληση στις ενώσεις κατά παρέκκλιση των όρων της παρ. 4 του ειδικών τεχνικών προδιαγραφών του παραρτήματος Ε΄ της διακήρυξης – Οι ταινίες κάλυψης προεξέχουν σε κάποια σημεία – Η αυτοκόλλητη ταινία είναι στενή.» Κατόπιν δε αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών μόνον όσων συμμετεχόντων οι προσφορές κρίθηκαν τεχνικά αποδεκτές ανακηρύχθηκαν προσωρινοί ανάδοχοι για τα επίμαχα είδη ως εξής: για το είδος με α/α 1 η, για το είδος με α/α 2 η, για το είδος με α/α 3 η ..., για το είδος με α/α 4 ο δεύτερος παρεμβαίνων.

16. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «..6. Ως προς τον αποκλεισμό μας για τον λόγο ότι δεν προσκομίσαμε τα δείγματα σε εργοστασιακή συσκευασία (είδη με α/α 1, 2 και 3) 6.1. Η εταιρεία μας προσέφερε χειρουργικές μάσκες (α/α 1) του οίκου, μάσκες FFP2 (α/α 2) του κινεζικού οίκου και μάσκες FFP3 (α/α 3) του εργοστασίου ..., Για όλα τα ως άνω είδη κατέθεσε δύο δείγματα, μέσα σε σφραγισμένους φακέλους σύμφωνα με την Διακήρυξη και τον Ν. 4412/2016. Αναλυτικότερα, 6.2. Στο Παράρτημα Ε΄ της επίμαχης Πρόσκλησης («Παράρτημα Τεχνικών Προδιαγραφών Μέσων Ατομικής Προστασίας από την Διάδοση του Κορωναιϊού»), που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους διαγωνιζόμενους (βλ. ΣτΕ 2434/2017, 194/2011, ΕΑ ΣτΕ 637/2012 κ.α.), ορίζεται ρητώς ότι «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» (σελ. 24 της πρόσκλησης). Περαιτέρω και στο με αρ. πρωτ. 397/26.01.2021 έγγραφο που ανάρτησε η Αναθέτουσα Αρχή με διευκρινίσεις επί της επίμαχης διαδικασίας επαναλαμβάνεται ότι: «.. διευκρινίζουμε ότι η προσκόμιση των δειγμάτων θα γίνει σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 214 του Ν. 4412/2016». 6.3. Στο δε άρθρο 214 Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι:... 6.4. Επομένως, ούτε στα έγγραφα της Σύμβασης, αλλά ούτε και στον Νόμο προβλέπεται ότι τα δείγματα πρέπει να κατατίθενται εντός της εργοστασιακής τους συσκευασίας. Προβλέπεται, μάλιστα, στην παρ. 3 του ά. 214 ότι τα δείγματα κατατίθενται, κατά κανόνα, εις διπλούν, δείγμα &

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

αντιδείγμα. Γι' αυτό και η εταιρεία μας κατέθεσε δύο μάσκες για κάθε είδος. Δεδομένου, λοιπόν, ότι όλα τα επίμαχα είδη δεν πωλούνται σε μεμονωμένες, ατομικές συσκευασίες, αλλά σε κουτιά των 50 τεμαχίων, εάν, πράγματι, η Αναθέτουσα Αρχή επιθυμούσε την κατάθεση ολόκληρου του εργοστασιακού κουτιού, στην ουσία, δηλαδή, επιθυμούσε την κατάθεση 50 δειγμάτων масκών μέσα στο κουτί τους, όφειλε να καθορίσει τούτο ρητώς. Χαρακτηριστικά, το στην με αρ. ... Διακήρυξη του προέβλεπε ρητώς για ορισμένα εκ των ζητούμενων ειδών αυτού, πχ για τα εξεταστικά γάντια χωρίς πούδρα, ότι η αποστολή του δείγματος στο στάδιο της αξιολόγησης γίνεται όχι με αποστολή μεμονωμένων γαντιών, αλλά σε συσκευασία π.χ. των 100-150 τεμαχίων (σελ. 39 της επίμαχης διακήρυξης, απόσπασμα της οποίας προσκομίζουμε ενώπιον Σας). Ομοίως και στην με αρ. Πρόσκληση Ενδιαφέροντος για ΜΑΠ της, περιλαμβανόταν σαφής όρος για τα είδη με α/α 1.3 (γάντια εξεταστικά, χωρίς πούδρα, από φυσικό latex, μη αποστειρωμένα) και 1.5 (μη αποστειρωμένα γάντια εξεταστικά, χωρίς πούδρα, νιπριλίου), που είχε ως εξής: «Αποστολή δείγματος στο στάδιο αξιολόγησης (όχι αποστολή μεμονωμένων γαντιών αλλά σε συσκευασία π.χ. των 110 τεμαχίων). Αντίστοιχος όρος, όπως προελέχθη, δεν υπάρχει στο κείμενο της επίμαχης πρόσκλησης και επομένως είναι παράνομος ο αποκλεισμός μας με την αιτιολογία ότι δεν προσκομίσαμε τα δείγματα σε εργοστασιακή συσκευασία, δεδομένου ότι κάτι τέτοιο δεν ζητείτο. 6.5. Εξάλλου, ο όρος της παρ. 3 των Γενικών Τεχνικών Προδιαγραφών που μνημονεύει στην προσβαλλόμενη απόφαση η Αναθέτουσα Αρχή για να δικαιολογήσει τον αποκλεισμό μας ουδεμία σχέση έχει με τον τρόπο αποστολής των δειγμάτων (σε εργοστασιακή συσκευασία ή χωρίς). Ο επίμαχος όρος αφορά στις απαιτήσεις τις οποίες θα πρέπει να πληροί η συσκευασία των προϊόντων που θα προσκομίσει στην Αναθέτουσα Αρχή ο προμηθευτής που θα αναδειχθεί μέσα από την διαγωνιστική διαδικασία. Χαρακτηριστικό είναι ότι στην παρ. 3.1 αναφέρεται το εξής «Η συσκευασία θα είναι του εργοστασίου παραγωγής. Το κόστος της δεν θα επιβαρύνεται με πρόσθετα υλικά που δεν επιστρέφονται στον προμηθευτή». Είναι, επομένως, ξεκάθαρο ότι οι σχετικοί όροι απευθύνονται στους συμβληθέντες προμηθευτές-αναδόχους και δεν αφορούν στα κατατιθέμενα από τους υποψηφίους

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

αναδόχους δείγματα. Δηλώνοντας, δε, η εκάστοτε συμμετέχουσα εταιρεία ότι αποδέχεται τους όρους της Πρόσκλησης (σχετική δήλωση περιλαμβάνουμε στην τεχνική και την οικονομική μας προσφορά και, ιδίως, στις από 27.01.2021 Υπεύθυνες Δηλώσεις του νομίμου εκπροσώπου της εταιρείας μας), αποδέχεται και τον συγκεκριμένο όρο, αποδεχόμενη, επί της ουσίας, ότι, εφόσον αναδειχθεί ανάδοχος, θα προσκομίσει τα προς παράδοση υλικά στην κατάλληλη, εργοστασιακή τους συσκευασία. 6.6. Πάντως, η εταιρεία μας, αν και δεν ζητείτο κάτι τέτοιο, κατέθεσε σε κάθε περίπτωση φωτογραφίες των συσκευασιών των масκών που προσέφερε (τόσο των χειρουργικών, όσο και των FFP2 & FFP3), τις οποίες σας επισυνάπτουμε και στην παρούσα και εκ των οποίων μπορεί να διαπιστωθεί ότι οι συσκευασίες που θα προσφέρουμε τα προϊόντα μας, εφόσον τα σχετικά είδη θα μας κατακυρωθούν, πληρούν τις προδιαγραφές της παρ. 3 των Γενικών Όρων της Διακήρυξης. Συγκεκριμένα, από τις φωτογραφίες προκύπτει ότι στην συσκευασία των προϊόντων μας αναγράφεται η επωνυμία και η διεύθυνση του κατασκευαστή, καθώς και η επωνυμία και η διεύθυνση του εγκατεστημένου στην Κοινότητα εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του, τα στοιχεία αναγνώρισης του προϊόντος (τί μάσκα είναι, χειρουργική, FFP2 ή FFP3 και ότι στο κουτί περιλαμβάνονται 50 τεμάχια), την ημερομηνία μέχρι την οποία το προϊόν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ασφαλώς χωρίς υποβιβασμό της επίδοσης, ήτοι, την ημερομηνία λήξης αυτού, τις ειδικές συνθήκες αποθήκευσης και τις ενδεδειγμένες προειδοποιήσεις και προφυλάξεις. 6.7. Σημειωτέον ότι όλες οι ως άνω απαιτούμενες από την Διακήρυξη ενδείξεις της συσκευασίας είναι υποχρεωτικές και εκ της κοινοτικής οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, η οποία έχει μεταφερθεί στο ελληνικό δίκαιο με την υπουργική απόφαση ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ. 130648/30.09.2009 περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων (ΦΕΚ Β'2198/02.10.2009) και στην οποία, ως γνωστόν, διαλαμβάνονται οι ελάχιστες απαιτήσεις που θα πρέπει να πληροί το εκάστοτε ιατροτεχνολογικό προϊόν για να του χορηγηθεί η σήμανση CE. Συγκεκριμένα, στο σημείο 13 «Πληροφορίες που παρέχονται από τον κατασκευαστή» της παρ. II «Απαιτήσεις σχετικά με το Σχεδιασμό και την Κατασκευή» του Παραρτήματος I «Βασικές Απαιτήσεις» της εν λόγω υπουργικής απόφασης, προβλέπονται τα ακόλουθα: στην παρ. 13.1

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

ότι «οι πληροφορίες που είναι αναγκαίες για την ασφαλή χρήση του προϊόντος πρέπει να αναγράφονται, εφόσον είναι εφικτό και σκόπιμο, επί του ίδιου του προϊόντος ή/και στην μονάδα -, ή επί της εμπορικής συσκευασίας...», καθώς και ότι «η συσκευασία κάθε προϊόντος πρέπει να περιέχει οδηγίες χρήσης ...». - στην, δε, παρ. 13.3 ότι «η επισήμανση πρέπει να περιλαμβάνει τις ακόλουθες πληροφορίες: α) το όνομα ή την εμπορική επωνυμία και την διεύθυνση του κατασκευαστή. Για τα προϊόντα που εισάγονται στην Κοινότητα με σκοπό τη διανομή τους στην Κοινότητα, η επισήμανση ή η εξωτερική συσκευασία ή οι οδηγίες χρήσης περιλαμβάνουν, επιπλέον και το όνομα και τη διεύθυνση του εξουσιοδοτημένου αντιπροσώπου του, σε περίπτωση που ο κατασκευαστής δεν έχει έδρα στην Κοινότητα, β) τα απολύτως απαραίτητα στοιχεία που επιτρέπουν ιδιαίτερα στο χρήστη να αναγνωρίσει το προϊόν και το περιεχόμενο της συσκευασίας, ε) όπου απαιτείται την ένδειξη της οριακής ημερομηνίας ασφαλούς χρήσης, εκφραζόμενης σε έτος και μήνα, θ) τις ειδικές συνθήκες αποθήκευσης ή/και χειρισμού, ι) κάθε ειδική οδηγία χρήσης, ια) κάθε προειδοποίηση ή/και προφύλαξη». Είναι, δηλαδή, απαραίτητο η συσκευασία του εκάστοτε ιατροτεχνολογικού υλικού να φέρει τις ως άνω ενδείξεις, που ταυτίζονται με τις ζητούμενες από την Διακήρυξη, προκειμένου να χορηγηθεί σ' αυτό η αναγκαία για την ελεύθερη κυκλοφορία του στην αγορά, σήμανση CE. Ίδιες προβλέψεις περιλαμβάνονται και στον Κανονισμό 2016/425/ΕΕ για τα ΜΑΠ (ιδέ Προοίμιο σκέψεις 17 και 18, άρθρο 8 παρ. 5 και 6, ά. 10 παρ. 3, καθώς και υπόπαρ. 2.12 της παρ. 2 «Συμπληρωματικές Απαιτήσεις Κοινές για Περισσότερα από Ένα Είδη ή Τύπους ΜΑΠ» του Παραρτήματος II «Ουσιώδεις Απαιτήσεις Υγείας και Ασφάλειας»). 6.8. Επομένως και μόνο εκ της σήμανσης CE που φέρουν οι μάσκες που προσέφερε η εταιρεία μας συνάγεται και αποδεικνύεται ότι η συσκευασία των προϊόντων μας ανταποκρίνεται πλήρως στις τεθείσες από την διακήρυξη προδιαγραφές. Η σήμανση CE των προϊόντων μας αποδεικνύεται: α) για τις χειρουργικές μάσκες – είδος με α/α 1 από την από 08.01.2021 «Δήλωση Συμμόρφωσης» της κατασκευάστριας εταιρείας σύμφωνα με την οδηγία 93/42/ΕΟΚ, β) για τις μάσκες FFP2 – είδος με α/α 2 από την από 13.07.2020 Δήλωση Συμμόρφωσης της κατασκευάστριας εταιρείας σε

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

συνδυασμό με το με αρ. *Certificate of Conformance* και με το με αρ. ...-*PPE-1005 EU Type Examination Certificate*, αμφότερα του κοινοποιημένου οργανισμού *Universal* (αρ. κοινοποίησης) και γ) για τις μάσκες *FFP3* – είδος με α/α 3 από την από 15.08.2020 Δήλωση Συμμόρφωσης του κατασκευαστή σε συνδυασμό με το με αρ. *CE 720473* πιστοποιητικό Συμμόρφωσης με βάση τον τύπο διασφάλισης ποιότητας της διαδικασίας παραγωγής και το με αρ. *CE 714721* Πιστοποιητικό Εξέτασης τύπου *EE*, αμφότερα του κοινοποιημένου οργανισμού *bsi* (αρ. κοινοποίησης 2797). Όλα τα ως άνω πιστοποιητικά τα καταθέσαμε μαζί με την τεχνική μας προσφορά.

6.9. Ως εκ τούτου, θα πρέπει η προσβαλλόμενη απόφαση να απορριφθεί κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά μας για τον ως άνω λόγο για όλα τα επίμαχα είδη. 7. Ως προς τον αποκλεισμό μας για το είδος με α/α 4 Για το είδος αυτό η εταιρεία μας προσέφερε το προϊόν ... με κωδικό εργοστασίου ... του ... οίκου, ... τύπου .. σύμφωνα με το πρότυπο *EN 14605 «Protective clothing against liquid chemicals. Performance requirements for clothing with liquid-tight (Type 3) or spray-tight (Type 4) connections, including items providing protection to parts of the body only (Types PB [3] and PB [4])*», το οποίο φέρει σήμανση *CE* για προϊόντα κατηγορίας *III*, σύμφωνα με τον Κανονισμό 2016/425 για τα μέσα ατομικής προστασίας. Ειδικότερα, προσκομίσαμε σχετικά το με αριθμό ...-*PPE-1255* Πιστοποιητικό Εξέτασης Τύπου *EE* (Ενότητα *B*) και το με αριθμό ...- *PPE-1255/1* Πιστοποιητικό Συμμόρφωσης (Ενότητα *C2*) αμφότερα εκδοθέντα από τον κοινοποιημένο οργανισμό *Universal* (*NB* ...), καθώς και η δήλωση συμμόρφωσης του κατασκευαστή. 7.1. Ως προς τον λόγο ότι το δείγμα δεν φέρει θερμοκόλληση στις ενώσεις Ο λόγος αυτός αποκλεισμού μας είναι παντελώς αβάσιμος, αφού το προϊόν που προσφέρουμε φέρει επί των ενώσεων αυτού ταινία τεθειμένη επί των μη εμφανών εξωτερικά ραφών του με την μέθοδο της θερμοσυγκόλλησης όπως ακριβώς απαιτείται από την Διακήρυξη. Τούτο προκύπτει τόσο από το προσκομισθέν δείγμα, όσο και από τον τεχνικό φάκελο του κατασκευαστή (*technical data sheet*) σύμφωνα με τον οποίο «... *the welding strip is welded onto the seam by means of heat.*» δηλαδή η «... η αυτοκόλλητη ταινία συγκολλάται πάνω στις ραφές με τη μέθοδο της

θέρμανσης.». Σε κάθε περίπτωση, εάν με τον αποκλεισμό μας αυτό που μας προσάπτει η Αναθέτουσα Αρχή είναι ότι το προϊόν μας φέρει ραφές στις ενώσεις, κάτι που, πάντως, δεν συνάγεται ευθέως από τον τρόπο που έχει διατυπωθεί η σχετική αιτιολόγηση, σημειώνουμε τα ακόλουθα: Η επίμαχη απαίτηση υπό τον αριθμό 8 της παρ. 4 των Ειδικών Προδιαγραφών της πρόσκλησης έχει ως εξής: «Χωρίς εμφανείς ραφές στο εξωτερικό. Οι ενώσεις να είναι με θερμό-συγκόλληση και καλυμμένες....». Εκ του όρου αυτού προκύπτει ότι οι ενώσεις του προσφερόμενου προϊόντος θα πρέπει να φέρουν ραφές καλυμμένες από ταινία που θα έχει θερμοσυγκολληθεί επ' αυτών, ώστε να μην είναι εμφανείς εξωτερικά, όπως ακριβώς, δηλαδή, είναι κατασκευασμένο το προϊόν που προσέφερε η εταιρεία μας. Εάν η Αναθέτουσα Αρχή επιθυμούσε τα προσφερόμενα προϊόντα να είναι μόνο με θερμοκόλληση στις ενώσεις, δηλαδή, να μην φέρουν καθόλου ραφές, τότε, δεν θα είχε περιλάβει στην σχετική απαίτηση το πρώτο σκέλος αυτής, δηλαδή, το «χωρίς εμφανείς ραφές στο εξωτερικό». Είναι, εξάλλου, πρόδηλο ότι ο όρος «ραφές» δεν χρησιμοποιείται στην Διακήρυξη ως ταυτόσημος με τον όρο «ενώσεις», αφού η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε λόγο να μην εκφραστεί σαφέστερα, χρησιμοποιώντας μόνο τον όρο «ενώσεις» και απαλείφοντας εντελώς το πρώτο σκέλος της επίμαχης απαίτησης, εάν, πράγματι, ήθελε κάτι τέτοιο. 7.2. Ως προς τον λόγο ότι οι ταινίες κάλυψης προεξέχουν σε κάποια σημεία και η αυτοκόλλητη ταινία είναι στενή εντελώς προσχηματικοί αφού ουδόλως διευκρινίζεται σε ποια σημεία της φόρμας προεξέχουν οι ταινίες κάλυψης ή ποιο είναι το σωστό φάρδος της ταινίας, ώστε η ταινία που φέρει η φόρμα της εταιρείας μας να θεωρείται στενή. Κυρίως, όμως, ουδόλως επεξηγείται για ποιον λόγο αυτά τα χαρακτηριστικά που δήθεν αποδίδονται στο προϊόν μας υποδεικνύουν ακαταλληλότητα του να επιτελέσει την κατά προορισμό χρήση του. Σε κάθε, πάντως, περίπτωση με την αμφισβήτηση από την Αναθέτουσα Αρχή της καταλληλότητας του προϊόντος μας, αμφισβητείται η σήμανση CE του προσφερόμενου υλικού. Αναλυτικότερα, η εξασφάλιση ότι η φόρμα πράγματι επιτυγχάνει τον σκοπό της γίνεται μέσω δοκιμών ελέγχου (tests) σύμφωνα με τα σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα, όπως ιδίως τα EN 14126 Protective clothing - Performance requirements and tests methods for

protective clothing against infective agents, EN 14325 Protective clothing against chemicals. Test methods and performance classification of chemical protective clothing materials, seams, joins and assemblages και το EN 14605, συμμόρφωση με τα οποία απαιτεί ούτως ή άλλως και η ίδια η πρόσκληση στις ειδικότερες προδιαγραφές του είδους. Ως γνωστόν τα πρότυπα αυτά, που συνιστούν εναρμονισμένα ευρωπαϊκά πρότυπα, κατά την έννοια του Ν.4412/2016 (Παράρτημα VII του Προσαρτήματος Α) περιλαμβάνουν, εξειδικεύοντας για το συγκεκριμένο είδος, τις βασικές απαιτήσεις (essential requirements) που ορίζει εν προκειμένω ο Κανονισμός 2016/425, ενώ η συμμόρφωση με αυτά συνιστά τεκμήριο ότι τα προϊόντα που τα πληρούν συμμορφώνονται και με τις βασικές απαιτήσεις. Η δε απόδειξη της συμμόρφωσης με τα πρότυπα προκύπτει από την πιστοποίησή τους με σήμανση CE σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό. Αμφισβήτηση της σήμανσης CE ενός προϊόντος, άρα κατ' επέκταση και της συμμόρφωσης του με τα πρότυπα, μπορεί να λάβει χώρα μόνο μέσω της λεγόμενης διαδικασίας διασφάλισης, που προβλέπεται ως σχετική ρήτρα (Safeguard Clause) στα κανονιστικά κείμενα (οδηγίες ή κανονισμούς) που βασίζονται στις αρχές της Νέας Προσέγγισης (New Approach). Επομένως, δεν είναι δυνατός ο αποκλεισμός από μία αναθέτουσα αρχή προϊόντος που φέρει σήμανση CE και συνεπώς κατά τεκμήριο πληροί τα πρότυπα και τις βασικές απαιτήσεις του αντίστοιχου κανονιστικού πλαισίου, χωρίς προηγούμενη ενεργοποίηση της ρήτρας διασφάλισης. Σε ό,τι τώρα ειδικότερα αφορά στον Κανονισμό 2016/425 οι ρυθμίσεις αυτές αποτυπώνονται ιδίως στο άρθρο 14 (Τεκμήριο Συμμόρφωσης των ΜΑΠ) σύμφωνα με το οποίο: «Τα ΜΑΠ που συμμορφώνονται με τα εναρμονισμένα πρότυπα ή με μέρη αυτών, τα στοιχεία αναφοράς των οποίων έχουν δημοσιευτεί στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, τεκμαίρεται ότι συμμορφώνονται με τις ουσιώδεις απαιτήσεις υγείας και ασφαλείας που καθορίζονται στο παράρτημα II και τις οποίες αφορούν τα εν λόγω πρότυπα ή μέρη τους.», στο άρθρο 19 (Διαδικασίες Αξιολόγησης της Συμμόρφωσης) σύμφωνα με το οποίο: «... Κατηγορία III: εξέταση τύπου ΕΕ (ενότητα Β) που αναφέρεται στο παράρτημα V και οποιοδήποτε από τα ακόλουθα: i) συμμόρφωση προς τον τύπο με βάση

τον εσωτερικό έλεγχο της παραγωγής και τη δοκιμή του προϊόντος υπό εποπτεία κατά τυχαία διαστήματα (ενότητα Γ2) που ορίζεται στο παράρτημα VII, ii) συμμόρφωση προς τον τύπο με βάση τη διασφάλιση της ποιότητας της διαδικασίας παραγωγής (ενότητα Δ) που ορίζεται στο παράρτημα VIII.» και στα άρθρα 38 επ. σχετικά με τη διαδικασία διασφάλισης (βλ. ειδικότερα παρ. 1 άρθρου 38 σύμφωνα με την οποία: «1. Εάν οι αρχές εποπτείας της αγοράς ενός κράτους μέλους έχουν επαρκείς λόγους να πιστεύουν ότι ένα ΜΑΠ που καλύπτεται από τον παρόντα κανονισμό ενέχει κίνδυνο για την υγεία ή την ασφάλεια των προσώπων, διενεργούν αξιολόγηση σε σχέση με το συγκεκριμένο ΜΑΠ η οποία καλύπτει όλες τις σχετικές απαιτήσεις που ορίζονται στον παρόντα κανονισμό. Οι σχετικοί οικονομικοί φορείς συνεργάζονται όπως απαιτείται με τις αρχές εποπτείας της αγοράς για τον σκοπό αυτό. Αν, κατά την αξιολόγηση που αναφέρεται στο πρώτο εδάφιο, οι αρχές εποπτείας της αγοράς διαπιστώσουν ότι το ΜΑΠ δεν συμμορφώνεται προς τις απαιτήσεις του παρόντος κανονισμού, ζητούν χωρίς καθυστέρηση από τον σχετικό οικονομικό φορέα να λάβει όλα τα ενδεδειγμένα διορθωτικά μέτρα για να επιτύχει τη συμμόρφωση του ΜΑΠ προς τις απαιτήσεις, να το αποσύρει από την αγορά ή να το ανακαλέσει εντός εύλογου χρονικού διαστήματος, ανάλογα προς τη φύση του κινδύνου, όπως αυτές ορίζουν. Οι αρχές εποπτείας της αγοράς ενημερώνουν σχετικώς τον οικείο κοινοποιημένο οργανισμό.»). Με δεδομένο λοιπόν ότι το προϊόν της εταιρείας μας φέρει σήμανση CE και πληροί τις απαιτήσεις των σχετικών ευρωπαϊκών προτύπων, όπως προκύπτει από τα σχετικά πιστοποιητικά CE (Ενότητας B και C2), που έχουμε προσκομίσει, καθώς και από το επίσης προσκομισθέν, από 12.08.2020 και με αριθμό-KKD-1255 έγγραφο τεχνικής αξιολόγησης στα οποία μάλιστα αναγράφονται και τα αποτελέσματα των σχετικών tests (abrasion resistance, flex cracking resistance, trapezoidal tear resistance, puncture resistance, resistance to permeation by chemicals and seam strength) στα οποία υπεβλήθη το προϊόν, βάσει των προτύπων, συνεπάγεται ότι κατά τεκμήριο αυτό είναι κατάλληλο για την σκοπούμενη χρήση του, στην οποία περιλαμβάνεται η διασφάλιση του χρήστη από βιολογικούς και χημικούς παράγοντες. Ως εκ τούτου είναι αβάσιμοι οι λόγοι αυτοί αποκλεισμού, αφού η

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση της ρήτρας διασφάλισης, απέκλεισε προϊόν το οποίο φέρει σήμανση CE χωρίς προηγουμένως να ενημερώσει σχετικά την αρμόδια αρχή για την εποπτεία των συγκεκριμένων ειδών (βλ. υποσ. 3)...»

17. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ειδικά ως προς τα είδη με α/α 2 και α/α 3 ισχυρίζεται ότι ο προσφεύγων στερείται εννόμου συμφέροντος να ζητά την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία η προσφορά του αποκλείσθηκε του διαγωνισμού για τα είδη αυτά, διότι όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη οικονομική του προσφορά για μεν το είδος με α/α 2 προσέφερε τιμή 0,215 ευρώ και συνεπώς ακόμη και αν γινόταν δεκτή η προσφυγή, θα ελάμβανε την τέταρτη σειρά μειοδοσίας μετά από την με τιμή 0,19 ευρώ, την με τιμή 0,1937 ευρώ, και την με τιμή 0,199 ευρώ. Περαιτέρω δε για το επίμαχο είδος με α/α 3 όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος προσέφερε τιμή 0,88 ευρώ και συνεπώς ακόμη και αν γινόταν δεκτή η προσφυγή, θα ελάμβανε την τρίτη σειρά μειοδοσίας μετά από την ... με τιμή 0,60 ευρώ, και την με τιμή 0,74 ευρώ, λαμβανομένου μάλιστα υπ' όψιν ότι οι προτασσόμενες προσφορές καλύπτουν ολόκληρη την ζητούμενη ποσότητα, ώστε να μην καταλείπεται μέρος της προμήθειας προς ανάθεση στην προσφεύγουσα -σε περίπτωση τυχόν ευδοκίμησης της προσφυγής- (βλ. και προσβαλλόμενη απόφαση σελ. 40). Δεδομένου δε ότι ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί την προσβαλλόμενη απόφαση που αποδέχθηκε όλες τις παραπάνω προτασσόμενες κατά σειρά μειοδοσίας προσφορές των ανωτέρω οικονομικών φορέων, προκύπτει ότι ουδεμία ωφέλεια προσδοκά ο προσφεύγων από την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης καθώς ακόμη και αν γινόταν δεκτή η προσφυγή όμως και πάλι ο προσφεύγων δεν θεμελιώνει προσδοκία ανάθεσης της σύμβασης στον ίδιο.

18. Επειδή αντίθετα ο προσφεύγων στο Υπόμνημά του ισχυρίζεται ότι θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής διότι *«.. λόγω των προδικαστικών προσφυγών που έχουν ασκηθεί από τις περισσότερες εταιρείες που έχουν συμμετάσχει στον διαγωνισμό, ενδέχεται οι εταιρείες που έχουν καταταγεί πριν από εμάς σε σειρά μειοδοσίας να*

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

αποκλειστούν, καθιστάμενη, έτσι, η εταιρεία μας, σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής της, πρώτη μειοδότη. Εκ περισσού δε επισημαίνεται ότι η εταιρεία δε θα είχε τη δυνατότητα να αναμείνει την έκβαση των όποιων προσφυγών έχουν ασκηθεί εναντίον των λοιπών μειοδοτών και αναλόγως αυτής να προσβάλει τότε, εκ των υστέρων, τον αποκλεισμό της, αφού μια τέτοια προσφυγή θα ήταν προδήλως απαράδεκτη ως ανεπίκαιρη και εκπρόθεσμη...»

19. Επειδή στο άρθρο 1 της Οδηγίας 2007/66/EK (που τροποποιεί τις Οδηγίες 89/665/ΕΟΚ και 92/13 ΕΟΚ), με τίτλο «Πεδίο εφαρμογής και διαθεσιμότητα των διαδικασιών προσφυγής» και δη στην παρ. 3 ορίζεται ότι : «Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε οι διαδικασίες προσφυγής να είναι διαθέσιμες σύμφωνα με τους κανόνες που είναι δυνατό να θεσπίζουν τα κράτη μέλη τουλάχιστον σε οιοδήποτε πρόσωπο έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση και το οποίο υπέστη ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εικαζόμενη παράβαση». Περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 1 της οδηγίας 89/665/ΕΟΚ «Η επιδίωξη αυτή, αποτελεί έκφραση τόσο της αρχής της αποτελεσματικότητας («αποτελεσματικών») ώστε να αποτρέπεται η δημιουργία πραγματικών καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, όσο και της επιταγής της ταχείας διεκπεραιώσεως («όσο το δυνατόν ταχύτερων») ώστε να μην παρακωλύεται για χρονικό διάστημα που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο η πρόοδος τους».

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» προβλέπεται ότι : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει .. ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368. »

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

21. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

22. Επειδή σύμφωνα με το άρθρ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθρ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάριετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ´ ν. 4412/2016)».

23. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. *Johnston* κα 18.12.1986, *Prager* και *Oberschlick*, 26.4.1995).

24. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι άμεσο, από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*,

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831).

25. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

26. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣτΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣτΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣτΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

27. Επειδή σε κάθε περίπτωση ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για άσκηση της προσφυγής αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη- των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣτΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία – νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ. 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στα πλαίσια της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος ΣτΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκησή της.

28. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣτΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του προσφεύγοντος (ΣτΕ 2521/2004).

29. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

30. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23).

31. Επειδή βασίμως αναφέρει η αναθέτουσα αρχή ότι ο προσφεύγων στερείται εννόμου συμφέροντος σχετικά με τα επίμαχα είδη με α/α 2 και 3, δεδομένου ότι ως εκ του ύψους της οικονομικής του προσφοράς στα επίμαχα είδη ακόμη και σε περίπτωση ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης, ουδεμία ωφέλεια μπορεί να προσδοκά ενώ συστοίχως η διατήρηση σε ισχύ της προσβαλλόμενης απόφασης ουδεμία άμεση βλάβη επάγεται στα έννομα συμφέροντα του προσφεύγοντος, ο οποίος σε κάθε περίπτωση δεν δύναται να προσδοκά την ανάθεση στον ίδιο της προμήθειας λόγω των προτασσομένων και μη αμφισβητούμενων με την προσφυγή αποδεκτών οικονομικών φορέων. Οι δε ισχυρισμοί του προσφεύγοντος στο Υπόμνημα που κατέθεσε εκτός του ότι παρίστανται απαράδεκτοι καθόσον το έννομο συμφέρον απαιτείται όπως προκύπτει συντρέχει και αποδεικνύεται με αυτό τούτο το έγγραφο της προδικαστικής προσφυγής (σκέψεις 26-28), και δη κατά τον χρόνο άσκησης της προσφυγής, επί πλέον αορίστως και απαραδέκτως ισχυρίζεται ο προσφεύγων στο Υπόμνημά του ότι *λόγω των προδικαστικών προσφυγών που έχουν ασκηθεί από τις περισσότερες εταιρείες που έχουν συμμετάσχει στον διαγωνισμό, ενδέχεται οι εταιρείες που έχουν καταταγεί πριν από εμάς σε σειρά μειοδοσίας να αποκλειστούν, καθιστάμενη, έτσι, η εταιρεία μας, σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής της, πρώτη μειοδότρια. Εκ περισσού δε επισημαίνεται ότι η εταιρεία δε θα είχε τη δυνατότητα να αναμείνει την έκβαση των όποιων προσφυγών έχουν ασκηθεί εναντίον των λοιπών μειοδοτών και αναλόγως αυτής να προσβάλει τότε, εκ των υστέρων, τον αποκλεισμό της, αφού μια τέτοια προσφυγή θα ήταν προδήλως απαράδεκτη*

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

ως ανεπίκαιρη και εκπρόθεσμη. Και τούτο διότι i) Ήδη κατά τον χρόνο υποβολής του Υπομνήματος (2-8-2021) είχε παρέλθει προ πολλού και δη από 8-7-2021 ο χρόνος παραδεκτής άσκησης προσφυγών, καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση είχε κοινοποιηθεί στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς την 28-6-2021. Συνεπώς ήδη κατά τον χρόνο σύνταξης και υποβολής του Υπομνήματος ο προσφεύγων όφειλε να επικαλεστεί συγκεκριμένο έννομο συμφέρον εφόσον τούτο ήθελε τυχόν προκύπτει από τις ασκηθείσες προσφυγές άλλων διαγωνιζομένων και όχι να επικαλείται αορίστως αναποδείκτως και απαραδέκτως την ενδεχόμενη ευδοκίμηση άλλων μη κατονομαζομένων προσφυγών, κατά των προσφορών άλλων μη κατονομαζομένων διαγωνιζομένων, και τον ενδεχόμενο αποκλεισμό των προτασσομένων αυτού οικονομικών φορέων, ως απόρροια των μη κατονομαζομένων αορίστως επικαλουμένων προσφυγών. Ειδικότερα δεν προκύπτει ούτε από την προσφυγή ούτε από το Υπόμνημα εάν έχουν ασκηθεί προσφυγές συγκεκριμένα κατά των προσφορών των προτασσομένων του προσφεύγοντος οικονομικών φορέων σχετικά με τα επίμαχα είδη με α/α 2 και α/α 3, και ii) Περαιτέρω απαραδέκτως ο προσφεύγων επικαλείται αόριστο και ανυποστήρικτο έννομο συμφέρον το οποίο ήθελε τυχόν προκύψει -ή μη προκύψει- στο μέλλον για το πρόσωπό του κατά τρόπο οιονεί αυτόματο και δη ως αποτέλεσμα μη κατονομαζομένων προσφυγών τρίτων προσώπων, ενώ αντίθετα απαιτείται το έννομο συμφέρον να είναι άμεσο ενεστώς και προσωπικό ήδη κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής (σκέψεις 23-25, 30) χωρίς να μπορεί να στηρίζεται σε ενδεχόμενη μελλοντική υποθετική ευδοκίμηση προσφυγών ή ένδίκων μέσων άλλων -αορίστων- προσώπων κατ' αλλήλων μεταξύ τους, και iii) Ασφαλώς ο προσφεύγων ως ισχυρίζεται στο Υπόμνημά του δεν όφειλε να αναμείνει την έκβαση των άλλων προσφυγών προκειμένου να ασκήσει την υπό εξέταση προσφυγή του, ωστόσο όμως, αφ' ενός μεν προκύπτουν λόγοι ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης που δέχτηκε τις προτασσομένες προσφορές, τότε ο προσφεύγων μετ' εννόμου συμφέροντος μπορούσε και όφειλε να προσβάλλει την επίμαχη απόφαση της αναθέτουσας αρχής προβάλλοντας τους λόγους αυτούς, και όχι να επικαλείται έννομο συμφέρον

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

επί τη βάσει της προσδοκώμενης από αυτόν έκβασης άλλων -αορίστων- προσφυγών άλλων -αορίστως- διαγωνιζομένων και δη από την προσδοκώμενη απόρριψη των προτασσομένων προσφορών δυνάμει άσκησης άλλων -αορίστως επικαλουμένων και μη κατονομαζομένων- προσφυγών. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς απαραδέκτως χωρίς προσωπικό άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον, αορίστως ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης ως προς τα είδη με α/α 2 και α/α 3 δεδομένου ότι ουδόλως απέδειξε την παρούσα ή την μετά βεβαιότητας ενδεχόμενη βλάβη του από την διατήρηση σε ισχύ της προσβαλλόμενης απόφασης αλλά ούτε και την παρούσα ή την μετά βεβαιότητας ενδεχόμενη ωφέλειά του από την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης και δη δεν απέδειξε ούτε προκύπτει προσδοκία του ανάθεσης της προμήθειας σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής του δεδομένου ότι προτάσσονται πλείστες όσες προσφορές κατά σειρά μειοδοσίας για το σύνολο της υπό προμήθεια ποσότητας, οι οποίες δεν προκύπτει από την προσφυγή ότι έχουν αμφισβητηθεί συγκεκριμένα με έγερση προδικαστικής/ών προσφυγής/ών εντός της προβλεπόμενης από τον νόμο αποκλειστικής προθεσμίας. Και τούτο δεδομένου ότι ο προσφεύγων ούτε στρέφεται κατά των προτασσομένων αυτού προσφορών, ούτε αποδεικνύει ότι οι συγκεκριμένες προτασσομένες αυτού προσφορές αμφισβητούνται καν -έστω και από άλλους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς- ώστε να μπορεί να υποστηριχτεί έστω και ενδεχόμενη -από πράξεις τρίτων- προσδοκία του ανάθεσης της προμήθειας κατόπιν ευδοκίμησης των εξάλλου αορίστως και αναποδείκτως αναφερομένων άλλων προσφυγών.

32. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ως προς τα είδη με α/α 1, α/α 2 και α/α 3, επικαλούμενη την κανονιστική φύση των όρων της διακήρυξης, νομολογία των Δικαστηρίων και αποφάσεις της ΑΕΠΠ, καθώς και το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β΄, Ε΄ της πρόσκλησης αναφέρει στις απόψεις της ότι « ... *Επομένως αδιαμφισβήτητα προκύπτει εκ των ανωτέρω ότι η συσκευασία αποτελεί ΓΕΝΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ την οποία πρέπει να πληρούν όλα ανεξαιρέτως τα προσφερόμενα είδη, γεγονός το οποίο απορούσε ευχερώς να κατανοήσει ο μέσος και επιμελής οικονομικός φορέας που επιθυμούσε να*

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

μετάσχει στην επίμαχη διαδικασία ανάθεσης. Σε ουδένα σημείο, δε της διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι οι επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές ως προς την συσκευασία είναι προαιρετικές, οι οποίες, κατά τα παγίως κριθέντα αποτελούν ενιαίο σύνολο με τις προδιαγραφές που τίθενται για το προϊόν αυτό (ΕΑ ΔΕΦΑΘ230/2012). Επομένως, όταν στο τέλος του Παραρτήματος Ε' τίθεται ο όρος «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», είναι πρόδηλο και αυτονόητο ότι το δείγμα θα πρέπει να πληροί το σύνολο των ενιαίων προδιαγραφών που έχουν τεθεί ως υποχρεωτικές και επί ποινή αποκλεισμού από την ίδια την πρόσκληση, περιλαμβάνοντας, τόσο το ζητούμενο είδος, όσο και την συσκευασία του. Με άλλα λόγια, από το δείγμα όφειλε να αποδεικνύεται ότι πληρούνται, τόσο οι «Γενικές Τεχνικές Προδιαγραφές Υλικών» όσο και οι «Γενικές Τεχνικές Προδιαγραφές των αποστειρωμένων ειδών». Συνεπώς, δεν αρκούσε σε καμία περίπτωση η υποβολή είδους, με τις συγκεκριμένες προδιαγραφές που ορίζονται στην πρόσκληση, αλλά συνιστούσε απαραίτητο όρο της πρόσκλησης να υποβληθεί το συγκεκριμένο προϊόν εντός της κατάλληλης συσκευασίας, η οποία να πληροί, τις τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται αναλυτικώς στο σημείο 3 των «Γενικών Τεχνικών Προδιαγραφών Υλικών». Η συγκεκριμένη, δε, απαίτηση είχε προδήλως ουσιώδη χαρακτήρα, δεδομένου ότι μόνον με την υποβολή του είδους, εντός της κατάλληλης συσκευασίας μπορούσε να επιβεβαιωθεί πληθώρα τεχνικών προδιαγραφών του συγκεκριμένου προϊόντος, αλλά έτι περαιτέρω μπορούσε το προϊόν αυτό να ταυτοποιηθεί (βλ. ΑΕΠΠ 712/2021). Με άλλα λόγια, μόνον με την υποβολή του είδους εντός της κατάλληλης συσκευασίας μπορούσε να επιβεβαιωθεί από την αναθέτουσα αρχή ότι το συγκεκριμένο προϊόν προέρχεται συγκεκριμένο κατασκευαστή και ότι τα στοιχεία της προσφοράς του υποψηφίου (πιστοποιητικά κ.ο.κ.) αφορούν πράγματι στο συγκεκριμένο προϊόν. Στην εξεταζόμενη περίπτωση, όμως, η προσφεύγουσα εταιρεία προσκόμισε τα είδη για τα τμήματα με α/α 1, 2 και 3 (βλ. συνημμένο 5 φωτογραφίες δειγμάτων ειδών 1, 2, 3), συσκευασμένα σε πλαστική διάφανη συσκευασία, από την οποία ουδόλως αποδεικνύεται ότι η

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

συσκευασία είναι του εργοστασίου παραγωγής και χωρίς τις απαραίτητες εργοστασιακές ενδείξεις εντός της συσκευασίας ή εκτυπωμένες πάνω σε αυτή, κατά παρέκκλιση των όρων της παρ. 3 των γενικών τεχνικών προδιαγραφών του παραρτήματος Ε' της διακήρυξης. Επομένως και βάσει των όσων αναλυτικά παρατέθηκαν ανωτέρω, προκύπτει με σαφήνεια ότι τα δείγματα δεν πληρούσαν προδήλως τις προδιαγραφές που τέθηκαν από την πρόσκληση και όφειλαν απαρέγκλιτα να τηρούνται γεγονός που συνεπάγεται το μη αποδεκτό της προσφοράς του υποψήφιου αναδόχου και τον αποκλεισμό του από τα τμήματα με α/α 1, 2 και 3 Η προσφεύγουσα εταιρεία αβασίμως υποστηρίζει ότι «ούτε στα έγγραφα της Σύμβασης, αλλά ούτε και στον Νόμο προβλέπεται ότι τα δείγματα πρέπει να κατατίθενται εντός της εργοστασιακής τους συσκευασίας», καθώς όπως ήδη εκτέθηκε αναλυτικά ανωτέρω, από τους όρους της επίμαχης πρόσκλησης προβλέφθηκε ως απαίτηση η υποβολή δείγματος που να καλύπτει όλες τις τεχνικές προδιαγραφές ανεξαιρέτως, στις οποίες περιλαμβάνονται ως ενιαίο σύνολο, αφενός το ζητούμενο προϊόν, αφετέρου η εργοστασιακή συσκευασία αυτού (βλ. ρητώς στον όρο 3.1. των γενικών τεχνικών προδιαγραφών). Συνεπώς, ο μέσος και επιμελής οικονομικός φορέας μπορούσε ευχερώς να διαγνώσει ότι όφειλε να υποβάλει ως δείγμα το προϊόν εντός της κατάλληλης και σύμφωνης με τους όρους της πρόσκλησης συσκευασίας Εξάλλου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι, επειδή οι συγκεκριμένες μάσκες περιλαμβάνονται σε πακέτο 30 τεμαχίων και, συνακόλουθα, ότι δεν μπορούσε τάχα να προσκομίσει ένα δείγμα, όπως ζητούσε η διακήρυξη, είναι προδήλως αβάσιμος και στηρίζεται σε σύγχυση, Ως δείγμα, βάσει των όρων της πρόσκλησης, είναι το προϊόν εντός της συσκευασίας του. Συνεπώς, ανεξαρτήτως του πόσα τεμάχια περιείχε η συσκευασία, η υποβολή αυτής θα συνιστούσε ένα δείγμα και όχι όσα και να επιμέρους τεμάχια, όπως αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα. Ομοίως, προδήλως αβάσιμος παρίσταται και ο ισχυρισμός ότι ο οικονομικός φορέας δεσμεύτηκε με την υποβολή της τεχνικής του προσφοράς να προσκομίσει μάσκες εντός της κατάλληλης συσκευασίας κατά το στάδιο της εκτέλεσης της σύμβασης. Και τούτο, διότι, όπως ήδη εκτέθηκε ανωτέρω, η κάλυψη των

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

τεχνικών προδιαγραφών οφείλει να υποδεικνύεται κατά την υποβολή και αξιολόγηση της προσφοράς (ΣτΕ 743/2000). Ο ισχυρισμός, συνεπώς, ότι μπορούν οι προδιαγραφές αυτές να αποδειχθούν κατά το στάδιο της εκτέλεσης στερείται προδήλως οιοδήποτε νομικού ερείσματος. Σε κάθε, τέλος, περίπτωση, απαράδεκτος και αβάσιμος παρίσταται και ο ισχυρισμός ότι το γεγονός ότι οι συγκεκριμένες μάσκες φέρουν κατάλληλη εργοστασιακή συσκευασία προκύπτει και μόνον εκ της σήμανσης CE, με αποτέλεσμα να μην απαιτείτο η υποβολή της συσκευασίας αυτών. Ειδικότερα, είναι πρόδηλο ότι ο συγκεκριμένος, ισχυρισμός προβάλλεται απαραδέκτως, καθώς στρέφεται ανεπικαίρως κατά των όρων της πρόσκλησης, από τους οποίους ζητείτο η υποβολή της συσκευασίας ήδη με την υποβολή της προσφοράς. Εξάλλου, ο ισχυρισμός αυτός παρίσταται και αβάσιμος, καθώς όπως ήδη προεκτέθηκε η υποβολή του προϊόντος εντός της συσκευασίας επιτελεί περαιτέρω μέσο ταυτοποίησης/αναγνώρισης του προϊόντος (βλ. ΑΕΠΓΙ 712/2021). Από τη στιγμή, δε, που ο οικονομικός φορέας υπέβαλε τις μάσκες σε μία απλή πλαστική διαφανή συσκευασία δεν μπορεί εκ των πραγμάτων να επιβεβαιωθεί ότι το συγκεκριμένο προϊόν ταυτίζεται με το προϊόν που περιγράφεται στην προσφορά του. Σε κάθε περίπτωση, όπως έχει κριθεί, όταν ζητείται από την διακήρυξη η προσκόμιση δείγματος, η κάλυψη των τεχνικών προδιαγραφών απαιτείται να προκύπτει από το δείγμα αυτό καθαυτό και δεν αρκεί να συνάγεται από μόνα τα προσκομιζόμενα έγγραφα της τεχνικής προσφοράς (βλ. ΑΕΠΠ 178/20211. Επομένως, βάσει των ανωτέρω, ορθώς και αιτιολογημένως απορρίφθηκε για τα είδη των τμημάτων α/α 1, 2 και 3 η προσφορά της προσφεύγουσας και πρέπει η προδικαστική του προσφυγή να απορριφθεί.» Περαιτέρω για το είδος με α/α 4 η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι « ... Σε κάθε περίπτωση, έχει κριθεί *ad hoc* στο πλαίσιο διαδικασιών ανάθεσης σύμβασης προμήθειας προστατευτικών ενδυμασιών, όπως η προκειμένη, ότι όταν η διακήρυξη προβλέπει ως τεχνική προδιαγραφή οι ενώσεις να είναι ενωμένες με την μέθοδο της θερμοσυγκόλλησης, νομίμως απορρίπτεται προσφορά από την οποία προκύπτει ότι οι οικείες ραφές καλύπτονται, με αυτοκόλλητη ταινία καθώς στην περίπτωση αυτή ως μέσο ένωσης είναι η αυτοκόλλητη ταινία και όχι η θερμοσυγκόλληση, δεδομένου ότι

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

οι ραφές καλύπτονται με αυτοκόλλητη ταινία εκ των υστέρων, σε αντίθεση με την μέθοδο της θερμοσυγκόλλησης, κατά την εφαρμογή της οποίας δεν υπάρχουν τρύπες στις ενώσεις (βλ. ΑΕΠΠ 178/2021, 552/2021). Στην προκειμένη περίπτωση, από το Παράρτημα Ε της επίμαχης πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος, και ειδικότερα στο σημείο 4 (βλ. σελ. 22) ορίζεται κατά τρόπο ρητό, σαφή και κατηγορηματικό ως τεχνική προδιαγραφή της προστατευτικής ολόσωμης φόρμας ΤΥΠΟΥ ... ότι «Οι ενώσεις να είναι με θερμό-συγκόλληση και καλυμμένες». Όπως, άλλωστε, η ίδια η προσφεύγουσα εταιρεία συνομολογεί στην προδικαστική της προσφυγή και προκύπτει από το δείγμα που κατέθεσε (βλ. συνημμένο 6, φωτογραφίες φόρμας ...), αλλά και από τα στοιχεία της τεχνικής της προσφοράς, το δείγμα που προσκόμισε για το είδος με α/α 4, φέρει ραφές στις ενώσεις με θερμό - κόλληση και όχι ενώσεις με θερμό -συγκόλληση. Συγκεκριμένα, στο προσφερόμενο από αυτήν προϊόν οι ενώσεις είναι ραμμένες και καλύπτονται με αυτοκόλλητη ταινία, η οποία στη συνέχεια θερμοκολλάται και άρα δεν πληρείται η επίμαχη προδιαγραφή περί ενώσεων με θερμοσυγκόλληση (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 178/2021, 552/2021). Αβασίμως δε η προσφεύγουσα επιχειρεί να αποδείξει ότι η σχετική απαίτηση της πρόσκλησης ερμηνεύεται κατά τρόπο που επιτρέπει η κάλυψη των ραμμένων ενώσεων να γίνεται με θερμοκόλληση της αυτοκόλλητης ταινίας, καθόσον η πρόσκληση ρητώς απαιτεί ενώσεις με θερμοσυγκόλληση και όχι ενώσεις ραμμένες και καλυπτόμενες με αυτοκόλλητη ταινία, αλλά, και απαραδέκτως διότι, κατά τα εκτεθέντα ανωτέρω, ανεπικαίρως βάλλει κατ'ουσίαν κατά της σχετικής προδιαγραφής. Ο δε ισχυρισμός της ότι από τους όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι η προστατευτική ολόσωμη φόρμα δεν θα πρέπει να έχει εμφανείς ραφές στο εξωτερικό, και ότι δήθεν από τον όρο αυτό συνάγεται το συμπέρασμα ότι μπορούν να υπάρχουν ραφές στις ενώσεις είναι προδήλως αβάσιμος και προκαλεί σύγχυση. Είναι κάτι περισσότερο από σαφές ότι οι ραφές στο εξωτερικό είναι παντελώς διάφορη τεχνική προδιαγραφή από τις ενώσεις. Το γεγονός, δε, ότι ορίζεται στην πρόσκληση ότι η προστατευτική ολόσωμη φόρμα δεν μπορεί να έχει εμφανείς ραφές στο εξωτερικό της, δεν οδηγεί στο συμπέρασμα ότι μπορεί να έχει ραφές

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

οπουδήποτε αλλού, όπως στις ενώσεις, όπως αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, πολλώ δε μάλλον όταν τούτο έρχεται ευθέως σε αντίθεση με τον παραπάνω ρητό, σαφή και κατηγορηματικό όρο της πρόσκλησης. Συνεπώς, ενόψει των προαναφερόμενων, με πλήρη, ειδική και επαρκή αιτιολογία και κατά δέσμια αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας .. Τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα πρέπει να απορριφθούν ως προδήλως απαράδεκτα και αβάσιμα. Σημειωτέον, δε, ότι η Α.Ε.Π.Π. δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς τον έλεγχο του δείγματος αλλά ελέγχει το σύννομο της κρίσης της αναθέτουσας αρχής επί τη βάση των εγγράφων της διαδικασίας των προβαλλόμενων ισχυρισμών και των προσκομιζόμενων αποδεικτικών στοιχείων (ad hoc ΑΕΠΠ 84/2021, 7/2021). Άλλωστε οι τεχνικές εκτιμήσεις των αρμόδιων διοικητικών οργάνων ως προς το εάν μια προσφορά πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές που θέτει η εκάστοτε διακήρυξη ή όχι, είναι ανέλεγκτες ακυρωτικώς -όσο από τις δικαστικές αρχές, όσο και από την ΑΕΠΠ (ΑΕΠΠ 917/2019 σκ. 19, ΑΕΠΠ 625/2020, σκ. 16, ΑΕΠΠ 783, 784/2018, σκ. 41). Σε κάθε, τέλος, περίπτωση, ενόψει των προαναφερόμενων, καθέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των λοιπών λόγων που αναφέρονται από την προσφεύγουσα ως προς το είδος του τμήματος α/α 4. Κι αυτό διότι η μη πλήρωση των παραπάνω αναφερομένων τεχνικών προδιαγραφών για το τμήμα 4 της σύμβαση· παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της τεχνικής της προσφοράς καθώς κάθε απαίτηση είναι υποχρεωτική, δεσμευτική και αυτόνομη και πρέπει να πληρούται αυτοτελώς (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2070, 730/2007 και ΑΕΠΠ 1374/2019. 782/20201...»

33. Επειδή ο προσφεύγων με το Υπόμνημά του αναφέρεται στους ισχυρισμούς και λόγους της προσφυγής και ισχυρίζεται ότι «...Εξάλλου, η εταιρεία μας απέδειξε ότι οι συσκευασίες των προϊόντων της πληρούν τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, καταθέτοντας στον διαγωνισμό φωτογραφίες τους. Για το γεγονός, δε, αυτό παραλείπει να κάνει την οιαδήποτε μνεία η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της. Χαρακτηριστικά είναι και τα όσα έγιναν

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

δεκτά με την *ad hoc* απόφαση 10/2021 του Διοικητικού Εφετείου Χανίων που διέλαβε ότι αρκεί για την συμμόρφωση με όρο της Διακήρυξης περί των απαιτούμενων ενδείξεων της εργοστασιακής συσκευασίας του προσφερόμενου είδους, η κατάθεση φωτογραφίας αυτής: «.....προς τούτο απαιτείται να αποδεικνύεται η πλήρωση των εν λόγω προδιαγραφών, ειδικότερα δε των εμφανιζόμενων στην εργοστασιακή συσκευασία των επίμαχων ειδών (παρ. 3.2 τμήματος Α΄ του παραρτήματος ΣΤ΄), δια του προσκομισθέντος δείγματός τους, έστω και άνευ καταθέσεως του δείγματος εντός της εργοστασιακής συσκευασίας των ειδών αυτών, αρκουμένης της καταθέσεως φωτογραφίας της εργοστασιακής συσκευασίας...» (σκ. 7). 4.2.3. Άλλωστε, τα όσα αναφέρονται από την Αναθέτουσα Αρχή περί δήθεν αδυναμίας ταυτοποίησης του προσφερόμενου είδους με αυτό για το οποίο υποβάλλεται η προσφορά είναι όλως προσχηματικά. Ο εκάστοτε διαγωνιζόμενος πάντοτε καταθέτει δείγμα του προϊόντος που περιγράφει στην προσφορά του και που είναι κι αυτό που θα προμηθεύσει στην Αναθέτουσα Αρχή, εφόσον αναδειχθεί μειοδότης. Σε διαφορετική, δε, περίπτωση, εάν, δηλαδή, υποβάλλει προσφορά για άλλο είδος και, παραπλανητικώς, καταθέσει δείγμα για άλλο, υπέχει ακόμη και ποινικής ευθύνης. Η εταιρεία μας, δραστηριοποιούμενη επί συναπτά έτη στον χώρο των προμηθειών υγείας, έχει συμμετάσχει σε πληθώρα δημοσίων διαγωνισμών οι οποίοι της έχουν κατακυρωθεί και στους οποίους είχε καταθέσει μεμονωμένα δείγματα των προϊόντων της, χωρίς ουδέποτε να έχει τεθεί ζήτημα αμφισβήτησης ότι τα δείγματα που κατέθεσε αφορούν στο προϊόν που περιέγραφε στην προσφορά της. Άλλωστε και στη συγκεκριμένη περίπτωση η αναθέτουσα αρχή ουδόλως αμφισβητεί επί της ουσίας ότι το δείγμα αντιστοιχεί με το προϊόν που προσφέραμε. Σημειωτέον ότι, ιδίως, οι μάσκες FFP2 και FFP3, που δεν αποτελούν *i/p* αλλά ΜΑΠ διεπόμενα από τον Κανονισμό 425/2016, φέρουν και επί του σώματος τους την επωνυμία του κατασκευαστή τους όπως όριζε ειδικά η Διακήρυξη για τα είδη αυτά. Σ΄ ότι, δε, αφορά τις χειρουργικές μάσκες για τις οποίες δεν προβλεπόταν κάτι αντίστοιχο, ακόμη και εντός συσκευασίας να κατατίθεντο, η Αναθέτουσα Αρχή θα μπορούσε και, πάλι, να ισχυρισθεί ότι δεν είναι βέβαιη ότι τα τεμάχια που περιλαμβάνονται εντός του «κουτιού» είναι,

πράγματι, οι μάσκες του συγκεκριμένου κατασκευαστή και δεν έχουν αντικατασταθεί αυτές από άλλες, δεδομένου, άλλωστε και του γεγονότος ότι τα κουτιά των масκών περιλαμβάνουν τα 50 τεμάχια масκών εντός χωριστής πλαστικής διαφανούς μεμβράνης (επισυνάπτονται σχετικές φωτογραφίες), η οποία δε φέρει, ούτε απαιτείται να φέρει, σημάνσεις, οι οποίες τίθενται μόνο στο κουτί. 4.2.4. Θα πρέπει να σημειώσουμε, τέλος, επειδή γίνεται σχετική αναφορά στις απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής, ότι η εταιρεία μας, ισχυριζόμενη ότι τα προϊόντα της, εφόσον φέρουν σήμανση CE, τεκμαίρεται ότι πληρούν και την σχετική απαίτηση της Διακήρυξης αναφορικά με την συσκευασία τους, ουδόλως προσβάλλει ανεπικαίρως τον σχετικό όρο της Πρόσκλησης. Αντιθέτως, αυτό που ισχυρίζεται είναι ότι η Πρόσκληση σε απόλυτη συμμόρφωση με την ευρωπαϊκή νομοθεσία για τα Ι/Π και τα ΜΑΠ απαιτεί η συσκευασία των προϊόντων να φέρει συγκεκριμένες επισημάνσεις, κάτι που τεκμαίρεται ότι συμβαίνει με τα προϊόντα που διαθέτουν CE, δεδομένου ότι η σχετική απαίτηση δε συνιστά πρόσθετη προδιαγραφή, αλλά βασική απαίτηση (essential requirement) αναγκαία για τη νόμιμη σήμανση με CE. 4.3. Αναφορικά με τον αποκλεισμό μας από το είδος με α/α 4 επαναλαμβάνουμε ότι το προϊόν μας είναι σύμφωνο με τους όρους της Διακήρυξης αφού φέρει ραφές μη εμφανείς, καλυμμένες με ταινία που έχει θερμοκολληθεί επί αυτών. Τα όσα εκθέτει η Αναθέτουσα Αρχή περί του ότι όταν ζητείται οι ραφές να μην είναι εμφανείς στο εξωτερικό, αυτό δε σημαίνει ότι το προϊόν μπορεί να έχει ραφές οπουδήποτε αλλού, πέραν από προσχηματικά, αν μη τί άλλο υποδεικνύουν ότι η Αναθέτουσα Αρχή όφειλε να έχει εκφραστεί σαφέστερα κατά την διατύπωση των προδιαγραφών για να μην τίθεται στο στάδιο αυτό ζήτημα ερμηνείας τους. Από την απαίτηση «χωρίς εμφανείς ραφές στο εξωτερικό» ο μέσος συνετός και επιμελής διαγωνιζόμενος αντιλαμβάνεται ότι το προσφερόμενο από αυτόν προϊόν δεν θα πρέπει να φέρει ραφές που να είναι εμφανείς εξωτερικά και όχι ότι δεν θα πρέπει το προϊόν να φέρει καθόλου ραφές.... »

34. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων, επικαλούμενος αποφάσεις της ΑΕΠΠ, και τους όρους της διακήρυξης ισχυρίζεται ειδικά ως προς την τεχνική προδιαγραφή της θερμοσυγκόλλησης του επίμαχου είδους με α/α 4 ότι «...Η

προσφεύγουσα υποστηρίζει εσφαλμένα ότι η ως άνω τεχνική προδιαγραφή έχει την έννοια ότι οι ενώσεις ράβονται με κλωστή και από πάνω τοποθετείται αυτοκόλλητη ταινία η οποία θερμοσυγκλλάται και ότι ως εκ τούτου το δείγμα που προσέφερε πληροί τις ως άνω προϋποθέσεις και δεν παραβιάζει τους όρους της Προσκλήσεως. Ωστόσο η εν λόγω ερμηνεία δεν δύναται να γίνει αποδεκτή. Η τεχνική προδιαγραφή της Πρόσκλησης είναι σαφής: «Οι ενώσεις να είναι με θερμοσυγκόλληση και καλυμμένες» και δεν καταλείπει χώρο για διαφορετική ερμηνεία. Οι ενώσεις του εν λόγω είδους ζητούνται ειδικώς να είναι με θερμοσυγκόλληση, ώστε να εξασφαλίζεται το σφράγισμα αυτών και να αποκλείεται η ύπαρξη οπών, οι οποίες δημιουργούνται στις ενώσεις που φέρουν γαζιά με κλωστή. Η ύπαρξη οπών ενέχει τον κίνδυνο μόλυνσης του ιατρικού και νοσηλευτικού προσωπικού καθώς αποτελούν πιθανή δίοδο μολυσματικών παραγόντων, όπως π.χ μολυσματικά υγρά, αερολύματα ασθενή κλπ. Οι ενώσεις της υπό κρίσιν φόρμας δεν είναι θερμοσυγκολλημένες. Ειδικότερα, η φόρμα φέρει εμφανείς, απλές ραφές με κλωστή, οι οποίες είναι εύκολα διακριτές και οι οποίες με τη χρήση χαλαρώνουν, δημιουργώντας οπές και κενά, τα οποία συνεπάγονται κίνδυνο μόλυνσεων για το υγειονομικό προσωπικό. Συγκεκριμένα, στην επίσημη ιστοσελίδα του κατασκευαστή «.....» https://.....com/document/images/PS_3455_FULL..pdf για το μοντέλο προϊόντος «.....» με κωδικό που φέρει το δείγμα που κατέθεσε η εταιρεία «.....», είναι αναρτημένο το επίσημο «.....» του οίκου. Το εν λόγω τεχνικό φυλλάδιο αναφέρει αναλυτικές οδηγίες ραψίματος με κλωστή (general sewing instructions) για το προσφερόμενο είδος. Συνεπώς, ίσταται σαφές ότι το προσφερόμενο είδος φέρει απλές ραφές με κλωστή στις ενώσεις και σε καμία περίπτωση δεν έχει θερμοσυγκόλληση. Η προσφεύγουσα κατ' ουσίαν παρερμηνεύει σκοπίμως το πραγματικό νόημα της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής, ήτοι «Χωρίς εμφανείς ραφές στο εξωτερικό. Οι ενώσεις να είναι με θερμό-συγκόλληση και καλυμμένες». Οι δύο παραπάνω προτάσεις είναι τελείως ανεξάρτητες και περιγράφουν δύο διαφορετικές απαιτήσεις. Αρχικά με την φράση «Χωρίς εμφανείς ραφές στο εξωτερικό», ζητείται οι ραφές που πιθανώς φέρουν επιπρόσθετα μέρη της φόρμας να μην

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

είναι εμφανείς στο εξωτερικό της φόρμας (πχ φερμουάρ). Περαιτέρω με τη φράση «Οι ενώσεις να είναι με θερμό-συγκόλληση και καλυμμένες» ρητώς ζητείται όλες οι ενώσεις τις φόρμας να μην φέρουν κλωστές αλλά θερμοσυγκόλληση και επιπλέον να καλύπτονται, δίχως να προβλέπει τον τρόπο που η ταινία πρέπει να εφαρμόζεται για να καλύψει τις ενώσεις. Πρέπει να επισημανθεί ότι την ως άνω ερμηνεία των επίμαχων όρων της Προσκήσεως υιοθετεί παγίως η ΑΕΠΠ στις αποφάσεις της σχετικά με το εν λόγω προϊόν. Ενδεικτικά παραθέτουμε: Την υπ' αριθ. 452/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ.... Την υπ' αριθ. 552-553/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ... Επιπλέον, η εταιρεία «.....»

αναληθώς ισχυρίζεται ότι η ταινία που καλύπτει τις ενώσεις είναι θερμοσυγκόλλημένη. Η δήλωση αυτή έρχεται σε αντίθεση τόσο με την τεχνική προσφορά της στην οποία αναφέρεται ότι η φόρμα φέρει «αυτοκόλλητη μπλε ταινία» όσο και με το επίσημο τεχνικό φυλλάδιο του οίκου (βλ. παραπάνω) καθώς ο ισχυρισμός αυτός δεν προκύπτει από κανένα σημείο αυτού. Παράλληλα, το κατατεθειμένο εκ μέρους της προσφεύγουσας πιστοποιητικό CE ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΤΥΠΟΥ ΕΕ (EU TYPE EXAMINATION CERTIFICATE) με αριθμό ... ρητώς αναφέρει ότι το προσφερόμενο είδος φέρει ραφές που καλύπτονται από αυτοκόλλητη ταινία «seams are covered with adhesive tape». Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ορθώς απέρριψε η αναθέτουσα αρχή την προσφορά της προσφεύγουσας και ότι ο ως άνω προβαλλόμενος ισχυρισμός αυτής τυγχάνει αβάσιμος....»

35. 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[...].»

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

36. 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 : [.....]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...]ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [.....]».

37. 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.[...]».

38. 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

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης.[...] 2. Κάθε δείγμα, ανάλογα με τη φύση του προς προμήθεια υλικού, πρέπει να είναι σε ποσότητα ή μέγεθος απόλυτα επαρκές για την σχετική μηχανική, χημική ή μακροσκοπική εξέταση ή πρακτική δοκιμασία. Η ποσότητα ή το μέγεθος των δειγμάτων μπορεί να ορίζονται: [...] β) Στα έγγραφα της σύμβασης, προκειμένου για δείγματα 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.[...].

39. Επειδή στους όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι :
«ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β' ΣΥΜΠΛΗΡΩΜΑΤΙΚΟΙ ΓΕΝΙΚΟΙ ΟΡΟΙ

1. ΚΑΤΑΡΤΙΣΗ ΚΑΙ ΥΠΟΒΟΛΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ

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

Επιπρόσθετα, θα πρέπει να περιληφθεί, Υπεύθυνη Δήλωση του Ν. 1599/1986, του προσφέροντος ότι : α) έχει δικαίωμα για την νόμιμη κυκλοφορία του προς προμήθεια είδους στην Ελλάδα και β) η προσφορά του είναι σύμφωνη με τις Τεχνικές Απαιτήσεις, όπως καταγράφονται στο Παράρτημα «Τεχνικές προδιαγραφές» της παρούσας, επί ποινή αποκλεισμού και μαζί με αυτή προσκομίζονται και όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά/πιστοποιητικά που αποδεικνύουν την ως άνω συμμόρφωση με τις Τεχνικές προδιαγραφές

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε'

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

(δυνάμει της 128ης Συνεδρίασης και από 22.09.2020 του ΚΕΣΥΠΕ, περί έγκρισης τεχνικών προδιαγραφών)

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

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:
... 2.5. Να έχουν κατάλληλη συσκευασία, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παράγραφο ...3. Η συσκευασία των ειδών πρέπει να πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις: 3.1 3.1. Η συσκευασία θα είναι του εργοστασίου παραγωγής....
ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΤΩΝ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ 1.
Επιπλέον των παραπάνω γενικών τεχνικών προδιαγραφών θα πρέπει να ισχύουν: ... 4. Στην ετικέτα / συσκευασία πρέπει να αναγράφονται με ευκρινή και ευανάγνωστο τρόπο τα παρακάτω στοιχεία: α. η ένδειξη «ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΜΕΝΟ», β. η μέθοδος αποστείρωσης, γ. η ένδειξη της οριακής ημερομηνίας ασφαλούς χρήσεως, εκφραζόμενη σε έτος και μήνα, δ. η ένδειξη ότι το προϊόν προορίζεται για μία και μόνη χρήση.

[...]1.Χειρουργικές Μάσκες 3ply με λάστιχο

Χειρουργική μάσκα με κορδόνια ή λαστιχάκια, τριών στρωμάτων.

Να είναι υποαλλεργική, κατασκευασμένη από μαλακό υλικό, άνετη, ανθεκτική στην υγρασία με άριστη αεροδιαπερατότητα.

Κατά μήκος και στην άνω στην άνω πλευρά της μάσκας να υπάρχει εσωτερικό εύκαμπτο επιρρήνιο έλασμα .

Να παρέχει υψηλή βακτηριακή προστασία, διαθέτοντας εσωτερικό φίλτρο απόδοσης μεγαλύτερο $BFE \geq 98\%$, στο 1 *micro*, χαμηλής αντίστασης στην διέλευση του αέρα που προσφέρει άνετη αναπνοή. Να είναι IIR σε σχέση με την ικανότητα αντοχής στην εκτίναξη υγρών – αδιάβροχη.

Να είναι κατασκευασμένη σύμφωνα με το πρότυπο EN-14683, κατηγορία II.

Να φέρουν παράλληλες πτυχώσεις σε όλους το πλάτος τους και να καλύπτουν πλήρως το κάτω τμήμα του προσώπου

2. Μάσκα Αναπνευστικής Προστασίας τύπου FFP2

Μάσκα προστασίας της αναπνοής FFP2 χωρίς βαλβίδα.

Να είναι αναδιπλούμενη προκειμένου να διασφαλίζεται η μη εισχώρηση μολυσματικών στο εσωτερικό της μάσκας.

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

Να διαθέτει καμπύλο, χαμηλό προφίλ για να παρέχει καλύτερη ορατότητα στον χρήστη και να είναι η χρήση της συμβατή και με άλλα μέσα ατομικής προστασίας (πχ γυαλιά προστασίας).

Σε κάθε μάσκα να αναγράφεται το πρότυπο κατασκευής EN 149:2001, το επίπεδο προστασίας, ο κωδικός εργαστηρίου πιστοποίησης CE, ο κωδικός προϊόντος και ο κατασκευαστής.

Να κατατίθενται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, τα πιστοποιητικά συμμόρφωσης με τα πρότυπα EN 149:2001+A1:2009.

3.Μάσκα Αναπνευστικής Προστασίας τύπου FFP3

Μάσκα προστασίας της αναπνοής FFP3 χωρίς βαλβίδα.

Να είναι αναδιπλούμενη προκειμένου να διασφαλίζεται η μη εισχώρηση μολυσματικών στο εσωτερικό της μάσκας.

Να διαθέτει καμπύλο, χαμηλό προφίλ για να παρέχει καλύτερη ορατότητα στον χρήστη και να είναι η χρήση της συμβατή και με άλλα μέσα ατομικής προστασίας (πχ γυαλιά προστασίας).

Σε κάθε μάσκα να αναγράφεται το πρότυπο κατασκευής EN 149:2001, το επίπεδο προστασίας, ο κωδικός εργαστηρίου πιστοποίησης CE, ο κωδικός προϊόντος και ο κατασκευαστής.

Να κατατίθενται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, τα πιστοποιητικά συμμόρφωσης με τα πρότυπα EN 149:2001+A1:2009.

4.Προστατευτική ολόσωμη φόρμα ΤΥΠΟΥ ...

1. Ολόσωμη Προστατευτική ενδυμασία με ενσωματωμένο κάλυμμα κεφαλής
2. Να μην προκαλεί ερεθισμό του δέρματος ούτε να έχει ανεπιθύμητες επιπτώσεις στην υγεία.
3. Να είναι υγροαπωθητική, αδιάβροχη και αδιαφανής.
4. Να παραμένει αδιάβροχη και υγροαπωθητική όσο διαρκεί η χρήση της
5. Να είναι όσο το δυνατόν ελαφριά και εύκαμπτη, προκειμένου να διασφαλιστεί η άνεση του ατόμου που τη φορά, να μην παρεμποδίζει τις κινήσεις και ταυτόχρονα να παρέχει αποτελεσματική προστασία.
6. Να έχει μακριά μανίκια τα οποία στο τελείωμά τους να φέρουν λάστιχο.
7. Να υπάρχει λάστιχο συγκράτησης και στα κάτω άκρα

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

8. Χωρίς εμφανείς ραφές στο εξωτερικό. Οι ενώσεις να είναι με θερμό-συγκόλληση και καλυμμένες. Το φερμουάρ να καλύπτεται με ενσωματωμένη αυτοκόλλητη ταινία, όπως και στην περιοχή του λαιμού.

Απαιτήσεις – συμμορφώσεις

1. Ολόσωμη προστατευτική ενδυμασία κατηγορίας III
2. Να πληροί τα πρότυπα που έχει θέσει ο ΕΛΟΤ και περιγράφονται στην Ευρωπαϊκή Νόρμα EN 14126/2004 (*Performance requirements and test methods for protective clothing against infective agents*).
3. Τύπου 4-B Να πληροί το πρότυπο EN 14605:2005 +A1 2009 (*protective clothing against liquid chemicals - performance requirements for clothing with liquid-tight (type 3) or spray-tight (type 4) connections, including items providing protection to parts of the body only (types PB [3] and PB [4])*)
4. Να έχει CE marking από κοινοποιημένο οργανισμό (κατηγορίας III σύμφωνα με EU 2016/425)
5. Χρόνος ίδιας ζωής προϊόντος >3 έτη
6. Ταυτόχρονα να είναι εμφανείς στη συσκευασία, όλες οι άλλες απαιτούμενες σημάνσεις σύμφωνα με τις εφαρμόσιμες απαιτήσεις των σχετικών προτύπων. [...] 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 [...]

40. 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 συνομολόγηση 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

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

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.

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

42. 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 *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS κατά Rahandusministeerium*).

43. Επειδή ρητά σύμφωνα με το ν. 4412/2016, παρ. 214 παρ. 1 περ. β, παρ. 2 περ. β, παρ. 3, παρ. 5 εδαφ. δεύτερο και επ., παρ. 8 (σκέψη 39) τα προσκομιζόμενα από τους προσφέροντες δείγματα «...πρέπει να είναι, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές,.. τα δείγματα... αξιολογούνται κατά το στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς.. κατά την αξιολόγηση των προσφορών από το αρμόδιο όργανο, τίθενται υπόψη του και τα σχετικά δείγματα..». Έχει μάλιστα *ad hoc* κριθεί παγίως από την νομολογία ότι εφόσον από τις διατάξεις της διακήρυξης, απαιτείται η προσκόμιση δειγμάτων, η κατάθεση τους πρέπει να είναι η προσήκουσα, και εφόσον από την

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

αξιολόγηση των προσκομισθέντων δειγμάτων, σε σχέση με τα ζητούμενα από την διακήρυξη, διαπιστωθεί ότι δεν υπάρχει αντιστοιχία της προσφοράς με τα κατατεθέντα δείγματα, νομίμως απορρίπτεται η προσφορά (ΔΕφΑθ 25/2013 (ΑΣΦ), ΔΕφΑθ 25/2015 (ΑΣΦ). Και τούτο μάλιστα «μη δυναμένης της ανωτέρω παράβασης να θεραπευθεί από την ενδεχόμενη εκ των υστέρων συμμόρφωση ... προς το σχετικό όρο της διακήρυξης..» (ad hoc ΔΕφΠειρ 63/2013 (ΑΣΦ). Έχει επίσης ad hoc κριθεί ότι εφόσον ρητά απαιτείται από την διακήρυξη η προσκόμιση δείγματος σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές, προκειμένου να αξιολογηθεί βάσει αυτού η προσφορά –ως εν προκειμένω- 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 721/2011 (ΑΣΦ), βλ. εκτενώς περί δειγμάτων σε ΑΕΠΠ 845/2018 Εισηγήτρια Ι. Θεμελή, και ΔΕφΠειραιώς Ν64/2019 με την οποία επικυρώθηκε η ΑΕΠΠ 845/2018).

44. Επειδή σύμφωνα με τον όρο 1 της πρόσκλησης η τεχνική προσφορά περιλαμβάνει τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ε΄. Στο δε 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 ότι η χειρουργική μάσκα υπάγεται στην οδηγία 93/42 ως ιατροτεχνολογικό προϊόν. Επομένως αβασίμως, χωρίς έρεισμα στους όρους της διακήρυξης, ο προσφεύγων ισχυρίζεται πως δεν προκύπτει από την διακήρυξη ότι τα δείγματα απαιτείται να προσκομίζονται εντός της εργοστασιακής συσκευασίας, καθόσον αντιθέτως τούτο προκύπτει σαφώς και ρητώς ως άνω, δεδομένου ότι κατά την έννοια του νόμου το δείγμα ταυτίζεται με αυτό τούτο το προσφερόμενο προϊόν και από το δείγμα αξιολογείται η συμμόρφωση του προσφερομένου προϊόντος με τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές (σκέψεις 38 και 43). Περαιτέρω αβασίμως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι δεν προκύπτει από τον νόμο ότι το δείγμα πρέπει να προσκομίζεται εντός της εργοστασιακής συσκευασίας, καθόσον εν προκειμένω το προς προμήθεια είδος -δείγμα του οποίου προσκομίζεται- δεν είναι απλώς το υλικό (μάσκες), αλλά το υλικό (μάσκες),

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

συσκευασμένο στην εργοστασιακή του συσκευασία, ρητώς απαιτούμενων συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών τόσο ως προς το υλικό όσο και ως προς την συσκευασία (βλ. όροι της διακήρυξης σκέψη 40). Συνεπώς και κατά την έννοια του νόμου (σκέψεις 38 και 43) το προσκομιστέο εν προκειμένω δείγμα από το οποίο απαιτείται να προκύπτουν και να αποδεικνύονται οι τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές του υπό προμήθεια είδους (ήτοι του υλικού συσκευασμένου στην εργοστασιακή του συσκευασία) απαιτείται σαφώς να περιλαμβάνει όχι μόνο το περιεχόμενο υλικό (μάσκα) αλλά και την περιέχουσα αυτό συσκευασία. Για τον λόγο αυτό, είναι απορριπτέοι οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφυγής ως ερειδόμενοι στην εσφαλμένη προϋπόθεση ότι το προσφερόμενο εν προκειμένω είδος είναι το υλικό χύδην (μάσκες), ενώ αντίθετα το προς προμήθεια είδος -δείγμα του οποίου απαιτείται να προσκομίζεται- είναι το υλικό συσκευασμένο στην εργοστασιακή του συσκευασία, ως ρητώς απαιτεί η διακήρυξη.

45. Επειδή, και ανεξαρτήτως της σκέψης 31, για τα είδη με α/α 1, 2 και 3 η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος διότι τα δείγματα των προσφερόμενων ειδών προσκομίστηκαν εκτός εργοστασιακής συσκευασίας κατά παράβαση του όρου 3 των Γενικών Τεχνικών Προδιαγραφών του Παραρτήματος Ε΄ της διακήρυξης, ο δε προσφεύγων δεν αμφισβητεί την πραγματική βάση της απόρριψης της προσφοράς του ομολογώντας ότι τα δείγματα προσκομίστηκαν εκτός εργοστασιακής συσκευασίας. Αβασίμως δε ο προσφεύγων προβάλλει ότι ο όρος 3 των Γενικών Τεχνικών Προδιαγραφών του Παραρτήματος Ε΄ της διακήρυξης (περί εργοστασιακής συσκευασίας), δεν αφορά το δείγμα αλλά τα παραδοτέα στην αναθέτουσα αρχή μετά την υπογραφή της σύμβασης καθώς στην πρόσκληση ρητώς προβλέπεται η κατάθεση δείγματος του υπό προμήθεια είδους ήτοι του υλικού εντός της εργοστασιακής συσκευασίας του, αλλά και απαραδέκτως διότι, ανεπικαίρως βάλλει κατά της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής περί της συσκευασίας του υλικού η οποία σύμφωνα με την διακήρυξη απαιτείται να αποδεικνύεται κατά την διαγωνιστική διαδικασία και δη με την προσκόμιση δείγματος, και όχι κατά την εκτέλεση της σύμβασης (βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β όρος 1 β), ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΥΛΙΚΩΝ όροι

2.5, 3, 3.1, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ε ΓΕΝΙΚΕΣ ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ όρος ΔΕΙΓΜΑΤΑ σκέψη 39). Ομοίως για τον ίδιο λόγο αβασίμως και απαραδέκτως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αρκούν για την απόδειξη των τεχνικών προδιαγραφών της συσκευασίας οι προσκομισθείσες με την προσφορά φωτογραφίες της συσκευασίας -παρότι ως ομολογεί δεν απαιτούνται-, η προσκομισθείσα με την προσφορά υπεύθυνη δήλωση, καθώς και το CE των υλικών. Όμως, με τον τρόπο αυτό αφ' ενός μεν ανεπιταίρως βάλει κατά των όρων της διακήρυξης που απαιτούν την απόδειξη των τεθεισών τεχνικών προδιαγραφών των υλικών εντός της εργοστασιακής τους συσκευασίας, η οποία συσκευασία επίσης απαιτείται να εκπληρώνει συγκεκριμένες διακριτές τεχνικές προδιαγραφές, καθώς και την απόδειξη απάντων τούτων με συγκεκριμένο τρόπο, δηλ. με την κατάθεση δείγματος, ήτοι δείγματος του υλικού συσκευασμένου στην εργοστασιακή του συσκευασία. Αφ' ετέρου δε αβασίμως επικαλείται ο προσφεύγων, άλλα διακριτώς απαιτούμενα δικαιολογητικά (υπεύθυνη δήλωση, CE) προκειμένου συνεκδοχικά να υποστηρίξει ότι παρότι δεν προσκομίστηκε δείγμα του υλικού εντός της εργοστασιακής συσκευασίας, ως απαιτείται, όμως πληρούνται -κατ' επαγωγή- οι τεχνικές προδιαγραφές της εργοστασιακής συσκευασίας, αμφισβητώντας έτσι και πάλι την δεσμευτικότητα των όρων της διακήρυξης περί απόδειξης των τεχνικών προδιαγραφών με την προσκόμιση του απαιτούμενου δείγματος διακριτά κεχωρισμένα μεμονωμένα, σωρευτικά και όχι εναλλακτικά, με τα λοιπά απαιτούμενα δικαιολογητικά. Ειδικότερα, όλοι οι παραπάνω ισχυρισμοί της προσφυγής αμφισβητούν ανεπιταίρως και απαραδέκτως το ως άνω σαφές και ρητό γράμμα της διακήρυξης, περί προσκόμισης δείγματος και πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι, καθώς:

α) έχει *ad hoc* παγίως κριθεί ότι ανεπιταίρως και απαραδέκτως, επ' ευκαιρία προσβολής μεταγενέστερης πράξεως, η οποία εντάσσεται σε διαφορετικό στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας – και εν προκειμένω της απόφασης επί των της ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου- προβάλλεται λόγος με τον οποίον αμφισβητείται η νομιμότητα πράξης προηγούμενου σταδίου του διαγωνισμού –και εν προκειμένω της πρόσκλησης- δοθέντος ότι έχει παρέλθει η εκ του νόμου προβλεπόμενη αποκλειστική προθεσμία (ΔΕφ 100/2015,

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

ΔΕφΑθ 426/2015, ΣΤΕ 17/2018, 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, ΔΕΚ απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99, σκέψεις 65 έως 79, και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 56, και απόφαση της 14.2.2019, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop. Impresa Sociale Onlus σκέψεις 39 έως 50, και σκέψη 52), και β) Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με το άρθρ. 367 του ν.4412/2016, δεν χωρεί, εν προκειμένω, παρεμπίπτων έλεγχος του αμφισβητούμενου όρου της πρόσκλησης, διότι σύμφωνα με τον νόμο η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που θίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης, και γ) Πολλώ δε μάλλον η ΑΕΠΠ δεν δύναται να ερμηνεύσει το σαφές ρητό και ανεπίδεκτο ερμηνείας περί απόδειξης των τεχνικών προδιαγραφών του υλικού και της εργοστασιακής συσκευασίας ούτε τον όρο περί υποχρεωτικής προσφοράς των υλικών εντός της εργοστασιακής τους συσκευασίας, ούτε και τον όρο περί απόδειξης πάντων τούτων με την κατάθεση δείγματος, και μάλιστα κατά τρόπο καταλυτικό, αγνοώντας και στην ουσία καταργώντας τους επίμαχους όρους της πρόσκλησης, ως αντίθετα αξιώνει η προσφεύγουσα. Πέραν των ανωτέρω, δοθέντος του ρητού και σαφούς όρου της παρούσας υπό εξέταση πρόσκλησης περί προσκόμισης δείγματος σε εργοστασιακή συσκευασία, απαραδέκτως ο προσφεύγων επικαλείται άλλους διαγωνισμούς, ενόψει της αρχής της αυτοτέλειας των διαγωνισμών. Επομένως, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα, σύμφωνα με τα άρθρ 18, 53, 54, 214 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 35-38) και τους όρους της διακήρυξης (σκέψη 39) η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος για τα είδη με α/α 1, 2 και 3 και ο σχετικός λόγος της προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

46. Επειδή, στο Παράρτημα Ε΄ της Πρόσκλησης τίθενται ως τεχνικές προδιαγραφές για το είδος με α/α 4 –Προστατευτική ολόσωμη φόρμα τύπου ..., *«Χωρίς εμφανείς ραφές στο εξωτερικό. Οι ενώσεις να είναι με θερμό-συγκόλληση και καλυμμένες»*. Επομένως, σύμφωνα με την πρόσκληση αλλά και κατά τη λογική και τα διδάγματα της κοινής πείρας, είναι προφανές ότι η

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

πλήρωση των ως άνω τεχνικών προδιαγραφών δύναται αλλά και οφείλεται να αποδειχθεί επαρκώς και δια του δείγματος που κατά την πρόσκληση απαιτείται να κατατεθεί.

47. Επειδή η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε για το είδος με α/α 4 ως προς τον προσφεύγοντα ότι *«το δείγμα που προσκομίστηκε δεν φέρει θερμοκόλληση στις ενώσεις κατά παρέκκλιση των όρων της παρ. 4 των ειδικών τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ε' της διακήρυξης»*. Ως εξάλλου ο ίδιος ο προσφεύγων συνομολογεί, στο προσκομισθέν δείγμα οι ενώσεις καλύπτονται με αυτοκόλλητη ταινία, η οποία στη συνέχεια θερμοσυγκολλάται και άρα δεν πληρείται η επίμαχη προδιαγραφή, η οποία απαιτεί σαφώς ως μέσο ένωσης τη θερμοσυγκόλληση και δεν δύναται να ερμηνεύεται κατά τρόπο που να επιτρέπεται η κάλυψη των ενώσεων να γίνεται με αυτοκόλλητη ταινία η οποία στη συνέχεια θερμοκολλάται (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 552-553/2021, 1396/2021, 1395/2021 Εισηγήτρια Μ. Κανάβα). Συνεπώς, όπως βάσιμα αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της και η δεύτερη παρεμβαίνουσα, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 4 και ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Ενόψει δε τούτου, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των έτερων λόγων της προσφυγής περί μη νόμιμου αποκλεισμού του προσφεύγοντος ως προς το είδος με α/α 4 με την αιτιολογία ότι οι ταινίες κάλυψης προεξέχουν σε κάποια σημεία και η αυτοκόλλητη ταινία είναι στενή, δοθέντος ότι η μη πλήρωση της τεχνικής προδιαγραφής περί θερμοκόλλησης παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς του.

48. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

49. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

50. Επειδή η πρώτη παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί ως αόριστη και ανυποστήρικτη.

51. Επειδή η δεύτερη παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

Αριθμός απόφασης: 1447/2021

52. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 49, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017)

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει τη πρώτη παρέμβαση.

Δέχεται την δεύτερη παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Αυγούστου 2021 και εκδόθηκε την 6 Σεπτεμβρίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ