

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Νοεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 101/2020 Πράξης Αναπλήρωσης του Προέδρου της ΑΕΠΠ), Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.10.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1523/21.10.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «\*\*\*\*\*», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της \*\*\*\*\* (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. \*\*\*\*\* απόφασης του Διοικητή περί έγκρισης των από 11.09.2020, 21.09.2020, 23.09.2020 και 7.10.2020 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με την αξιολόγηση των προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «\*\*\*\*\*» (εφεξής ο «πρώτος παρεμβαίνων»), που \*\*\*\*\*, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «\*\*\*\*\*» (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων»), που εδρεύει στην \*\*\*\*\* όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του.

## Αριθμός απόφασης: 1559 /2020

Με τις παρεμβάσεις τους αμφότεροι παρεμβαίνοντες αιτούνται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

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 νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό \*\*\*\*\*, την από 15.10.2020 πληρωμή στην ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Επισημαίνεται ότι ούτε από την Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, ούτε από τα εκεί μνημονευόμενα έγγραφα, δεν προκύπτει το προυπολογιζόμενο ποσό των υπό προμήθεια ειδών με α/α 2,3 και 4 για τα οποία ασκείται η προσφυγή \*\*\*\*\*. 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 με την με αριθμ. πρωτ. \*\*\*\* πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, η αναθέτουσα αρχή προσκάλεσε κάθε επιχείρηση πώλησης και διάθεσης υγειονομικού υλικού και φαρμάκων να καταθέσει προσφορά για άμεση προμήθεια ειδών ατομικής προστασίας, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, κατ' εφαρμογή της από 25.02.2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου περί Κατεπείγοντων Μέτρων Αντιμετώπισης της Ανάγκης Περιορισμού της

## Αριθμός απόφασης: 1559 /2020

Διασποράς του Κορωνοϊού COVID-19. Τα υπό προμήθεια είδη υποδιαιρούνται σε 12 Ομάδες, ενώ προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα είδη καθώς και για μέρος της ζητούμενης ποσότητας έκαστου είδους. Ο διαγωνισμός διεξάγεται εκτός ΕΣΗΔΗΣ.

3. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016. Σημειώνεται ότι η συνολική αξία της υπό ανάθεση σύμβασης παρότι δεν αναφέρεται στα έγγραφα της σύμβασης, όμως ανέρχεται σαφώς άνω των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, ως απαιτείται στο άρθ. 345 παρ. 1 του ν. 4412/2016, και στο άρθ. 1 παρ. α) του ΠΔ 39/2017, και συνεπώς συντρέχει αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Και τούτο καθόσον, οι ζητούμενες ποσότητες όλων των υπό προμήθεια ειδών είναι εξαιρετικά μεγάλες, οι υποβληθείσες οικονομικές προσφορές ανέρχονται σε ποσά άνω των 60.000 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και συνεπώς η συνολική αξία της προς ανάθεση σύμβασης υπερβαίνει το εκ του νόμου ελάχιστο προβλεπόμενο ποσόν για την ίδρυση της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ προς εξέταση της προσφυγής (βλ. αναλογικά για την αρμοδιότητα διοικητικού δικαστηρίου και τη λήψη υπ' όψιν του ποσού των οικονομικών προσφορών *ad hoc* ΔΕΦΑΘ 72/2020).

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 21.10.2020 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ενώπιον της ΑΕΠΠ, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 13.10.2020 και β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και τις παρ. 2 και 4 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

## Αριθμός απόφασης: 1559 /2020

5. Επειδή ο προσφεύγων έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, καθώς έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό και, επομένως, εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απορρίπτει την προσφορά του, παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα από τους παρεμβαίνοντες.

6. Επειδή την 23.10.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τους έτερους συμμετέχοντες στη διαγωνιστική διαδικασία, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1806/2020 Πράξη του Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 2.11.2020, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1925/2020 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός αναδοχος για το είδος με α/α 4 (Προστατευτική ολόσωμη φόρμα τύπου ΤΥΝΕΚ) και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 2.11.2020, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1926/2020 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός αναδοχος για το είδος με α/α 3 (Μάσκα Αναπνευστική Προστασίας Τύπου \*\*\*\*\*) και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε την 27.10.2020 στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις της επί της

## Αριθμός απόφασης: 1559 /2020

προδικαστικής προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα την 5.11.2020.

11. Επειδή ο προσφεύγων στις 20.11.2020 κατέθεσε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 27.11.2020 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο. Ωστόσο, δεδομένου ότι δεν προβλέπεται στο ισχύον κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού η υποβολή υπομνήματος προς αντίκρουση της παρέμβασης, το ως άνω υπόμνημα κατά το σκέλος που αντικρούει τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος ασκείται απαραδέκτως και δεν λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα στο υπόμνημα του προσφεύγοντος .

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> 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.

13. Επειδή στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχαν 23 οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και οι πρώτος και δεύτερος παρεμβαίνοντες, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμ. πρωτ. \*\*\*\*\* προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το από 11.09.2020 Πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε, μεταξύ άλλων, αφενός μεν την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος διότι δεν έχει καταθέσει πιστοποιητικό διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων και αφετέρου την αποδοχή των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής των παρεμβαινόντων. Κατόπιν δε αποδοχής των τεχνικών προσφορών αμφοτέρων παρεμβαινόντων, με το από 7.10.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού συμπληρώθηκαν οι πίνακες κατάταξης των οικονομικών προσφορών για όλα τα είδη. Με την προβαλλόμενη εγκρίθηκαν, μεταξύ

## Αριθμός απόφασης: 1559 /2020

άλλων, τα ως άνω Πρακτικά και αποφασίστηκε η ανακήρυξη ως προσωρινών αναδόχων του πρώτου παρεμβαίνοντος για το είδος με α/α 4 και του δεύτερου παρεμβαίνοντος για το είδος με α/α 3 .

14. 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. [...]».

15. 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 σύμβασης ....περιέχουν ιδίως : [...]ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [...]».

16. Επειδή το άρθρο 80 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76.».

17. Επειδή το άρθρο 91 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά

## Αριθμός απόφασης: 1559 /2020

παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102[...]. η) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή γενικών υπηρεσιών, προσφορά η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται η κατάθεση δειγμάτων, η μη προσήκουσα κατάθεση τους».

18. Επειδή στην \*\*\*\*\*» ορίζεται ότι : «Άρθρο 1-Σκοπός 1. Σκοπός της Υπουργικής Απόφασης αυτής είναι η τήρηση συστήματος αρχών και κατευθυντηρίων γραμμών, όσον \*\*\*\*\* , ώστε αυτά να μην αλλοιώνονται και να μην υποβαθμίζεται το επίπεδο ποιότητάς τους κατά τη διαδικασία της διανομής. 2. Στις διατάξεις της Απόφασης αυτής υπάγονται οι επιχειρήσεις, υπό οποιαδήποτε νομική μορφή, στον κύκλο εργασιών των οποίων περιλαμβάνεται η διανομή ιατροτεχνολογικών προϊόντων είτε αποκλειστικώς είτε παραλλήλως με οποιεσδήποτε άλλες δραστηριότητες, εξαιρουμένων των κατασκευαστικών επιχειρήσεων ιατροτεχνολογικών προϊόντων καθόσον αφορά τη διανομή των παραγόμενων από τις ίδιες προϊόντων. 3. Με την Απόφαση αυτή καθιερώνεται σύστημα αρχών και κατευθυντήριων γραμμών, όπως περιγράφεται στο άρθρο 3 της Απόφασης αυτής.[...].».

19. Επειδή στους όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι : « [...]Ο \*\*\*\*\* [...] προσκαλεί κάθε επιχείρηση πώλησης και διάθεσης υγειονομικού υλικού και φαρμάκων να καταθέσει προσφορά για άμεση προμήθεια ειδών ατομικής προστασίας, σε βάρος του \*\*\*\*\* με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Τα προς προμήθεια είδη αναλύονται στη συνέχεια. [...]

Μέσα στον κυρίως φάκελο τοποθετούνται σε χωριστό φάκελλο όλα τα δικαιολογητικά συμμετοχής. Τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς τοποθετούνται

## Αριθμός απόφασης: 1559 /2020

σε χωριστό φάκελο, μέσα στον κυρίως φάκελο, με την ένδειξη «Τεχνική Προσφορά». [...]

Με την συμμετοχή στον διαγωνισμό και χωρίς άλλη δήλωση ή ειδική μνεία στην προσφορά, αποδεικνύεται η ανεπιφύλακτη αποδοχή της παρούσης πρόσκλησης [...]

### ΕΙΔΗ ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ

A/A	ΜΕΣΑ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ	ΤΕΜΑΧΙΑ
[...]		
2.	*****	200.000
3.	*****	55.000
4.	*****	60.000

[...]

Στην προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνονται:

### ΦΑΚΕΛΟΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ

[...] Β. Πιστοποιητικό διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων σύμφωνα με την \*\*\*\*\*ΥΑ «Αρχές και κατευθυντήριες γραμμές ορθήςπρακτικής διανομής ιατροτεχνολογικών προϊόντων».

### ΦΑΚΕΛΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ

Θα πρέπει να περιλαμβάνει αναλυτική τεχνική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών. [...]».

20. 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).

## **Αριθμός απόφασης: 1559 /2020**

21. 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).

22. Επειδή, περαιτέρω επιβάλλεται η εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

23. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος τους αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. αποφάσεις της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

24. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, ΣΤΕ 111/2006, 597/2007 κ.ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

25. Επειδή, εξάλλου, σε περίπτωση που η ίδια η διακήρυξη χρησιμοποιεί όρους, όπως «*με ποινή αποκλεισμού...*», «*με ποινή απαραδέκτου....*», «*οι συμμετέχοντες πρέπει...*» ή άλλους παρόμοιους, είναι προφανές ότι οι όροι αυτοί θεωρούνται ουσιώδεις και συνεπώς οποιαδήποτε απόκλιση της προσφοράς από αυτούς οδηγεί σε απόρριψη της (βλ. Γνμδ ΝΣΚ 70/2002).

26. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (βλ. ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (βλ. 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).

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 παρεμπόμποντα 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 ανεπιτυχώς στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99 , σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66).

28. Επειδή τυχόν ασάφειες ή πλημμέλειες των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορούν να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων, κατά παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού και της παροχής ίσων ευκαιριών και θα πρέπει να παρέχεται και σε αυτούς, οι οποίοι βλάπτονται από την ασάφεια ή την πλημμέλεια αυτή, η δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους (ΕΑ ΣΤΕ 423/2011, 424/2011, 425/2011). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται σε βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970, Αρμ. 1970, σελ. 1111, Εφ.Θεσ. 501/87, ΕΔημ.Εργ. 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, έκδοση θ', Σάκκουλας, σελ. 776). Επομένως, η παραβίαση αμφίσημων όρων της διακήρυξης δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζομένου, αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του (βλ. ΔΕφΑθηνών 147/2018).

29. Επειδή ο προσφεύγων με την προσφυγή και το υπόμνημά του ισχυρίζεται ότι η προσφορά του έπρεπε να γίνει δεκτή διότι με βάση την ισχύουσα νομοθεσία το πιστοποιητικό διακίνησης ιατροτεχνολογικών

## Αριθμός απόφασης: 1559 /2020

προϊόντων εκδίδεται αποκλειστικά και μόνον προς πιστοποίηση της ορθής διακίνησης και διανομής των προϊόντων που χαρακτηρίζονται ως ιατροτεχνολογικά. Ωστόσο, τα είδη για τα οποία υπέβαλε προσφορά δεν αποτελούν ιατροτεχνολογικά προϊόντα αλλά Μέσα Ατομικής Προστασίας (ΜΑΠ). Ειδικότερα, η ολόσωμη φόρμα τύπου \*\*\*\*\* αποτελεί χαρακτηριστική περίπτωση μέσου ατομικής προστασίας, ενώ με βάση το με αριθμ. πρωτ. \*\*\*\*\* έγγραφο της Διεύθυνσης Τεχνικής Βιομηχανικής Νομοθεσίας του Υπουργείου Ανάπτυξης και Επενδύσεων από τα είδη μασκών μόνον οι χειρουργικές μάσκες χαρακτηρίζονται ως ιατροτεχνολογικά προϊόντα και άρα τα προσφερόμενα από τον προσφεύγοντα είδη μασκών Τύπου FFP2 και Τύπου \*\*\*\*\* δεν συγκαταλέγονται σε αυτά. Η δε απαίτηση της πρόσκλησης για προσκόμιση πιστοποιητικού διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων ετέθη προφανώς εκ παραδρομής καθολικά για όλα τα είδη της πρόσκλησης καθώς είναι αντιφατική με βάση την ισχύουσα νομοθεσία ως προς τα μέσα ατομικής προστασίας και άρα πρέπει να καμφθεί η αρχή της τυπικότητας και να κηρυχθεί ο σχετικός όρος ανεφάρμοστος. Σε κάθε περίπτωση, ο προσφεύγων προσκόμισε το πρότυπο \*\*\*\*\* το οποίο υπερκαλύπτει τις απαιτήσεις που τίθενται με την \*\*\*\*\* Υπουργική Απόφαση.

Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται ότι η προσφορά του προσφεύγοντος απορρίφθηκε διότι δεν κατέθεσε στο φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής το απαιτούμενο από την πρόσκληση πιστοποιητικό διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων, αν και με σαφήνεια τούτο απαιτείται. Οι δε όροι της διακήρυξης είναι σαφείς και ρητά διατυπωμένοι και άρα αν κάποιος ήθελε να αμφισβητήσει κάποιον από αυτούς έπρεπε να στραφεί κατά της διακήρυξης.

Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων προβάλλει ότι η αιτιολογία αποκλεισμού του προσφεύγοντος δεν συνίσταται στη σύγκυση σχετικά με τη φύση των προσφερόμενων ειδών αλλά στην παράβαση ρητού όρου της διακήρυξης καθώς δεν προσκόμισε το επίμαχο πιστοποιητικό, το οποίο απαιτείτο επί ποινή απόρριψης της προσφοράς. Συνεπώς, κατά τον πρώτο

## Αριθμός απόφασης: 1559 /2020

παρεμβαίνοντα, ο προσφεύγων δεν υπέβαλε αξιούμενο από τη διακήρυξη δικαιολογητικό, ενώ βάλλει ανεπιτακτως κατά της νομιμότητας του επίμαχου όρου της διακήρυξης.

Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με τη διακήρυξη το πιστοποιητικό διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων θα πρέπει να κατατίθεται από κάθε συμμετέχοντα αδιαφόρως του είδους που προσφέρει και μάλιστα εντός του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής. Η δε επίμαχη πρόσκληση απευθύνεται συγκεκριμένα στις εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην πώληση και διάθεση υγειονομικού υλικού και οι οποίες οφείλουν να διαθέτουν το επίμαχο πιστοποιητικό ανεξαρτήτως του είδους που προσφέρουν. Για τον ίδιο λόγο αυτό άλλωστε, ως προβάλλει ο δεύτερος παρεμβαίνων, ο προσφεύγων κατέθεσε πιστοποιητικό \*\*\*\*\* το οποίο αφορά σε αναλώσιμα ιατρικά και υγειονομικά υλικά και όχι μέσα ατομικής προστασίας και το οποίο ουδόλως καλύπτει τις προϋποθέσεις για τη χορήγηση πιστοποιητικού διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων.

30. Επειδή στην επίμαχη πρόσκληση ρητώς ορίζεται ότι στο φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής πρέπει να υποβληθεί πιστοποιητικό διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων σύμφωνα με την \*\*\*\* «\*\*\*\*\*». Η δε απαίτηση προσκόμισης του εν λόγω πιστοποιητικού στο φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής καθιστά τον όρο αυτό προϋπόθεση συμμετοχής των οικονομικών φορέων στο διαγωνισμό, ο οποίος δεν αναιρείται από το γεγονός ότι στο προίμιο της πρόσκλησης αναφέρεται ότι προσκαλείται κάθε επιχείρηση πώλησης και διάθεσης υγειονομικού υλικού και φαρμάκων να καταθέσει προσφορά καθώς η εν λόγω αναφορά του προοιμίου δεν συνεπάγεται ότι θεμελιώνεται δικαίωμα συμμετοχής σε οιονδήποτε οικονομικό φορέα αλλά μόνον σε όσους πληρούν τις απαιτήσεις της πρόσκλησης και άρα, εν προκειμένω, διαθέτουν πιστοποιητικό διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων. Περαιτέρω, ουδόλως προκύπτει από οιονδήποτε όρο της διακήρυξης ότι το ζητούμενο πιστοποιητικό αφορά μόνον εκείνα εκ των υπό προμήθεια ειδών τα οποία εντάσσονται στα ιατροτεχνολογικά προϊόντα. Και

τούτο διότι στην περίπτωση αυτή το επίμαχο πιστοποιητικό θα είχε οριστεί ως στοιχείο της τεχνικής προσφοράς, ήτοι τεχνική προδιαγραφή την οποία οφείλουν να πληρούν τα είδη που συγκαταλέγονται στην κατηγορία των ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ενώ εν προκειμένω το επίμαχο πιστοποιητικό συνιστά δικαιολογητικό συμμετοχής στον διαγωνισμό ήτοι συσχετίζεται με το πρόσωπο του προσφέροντος και όχι με το υπό προμήθεια είδος. Συγκεκριμένα,, η πρόσκληση παραθέτει πλήθος τεχνικών προδιαγραφών για έκαστο των υπό προμήθεια ειδών στις οποίες δεν περιλαμβάνεται μνεία του πιστοποιητικού διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων ως προς τα είδη που εντάσσονται στην εν λόγω κατηγορία. Επομένως, εκ των προαναφερθέντων ευχερώς συνάγεται ότι ο όρος περί προσκόμισης πιστοποιητικού διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων στο φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής δεν έχει τεθεί εκ παραδρομής όσον αφορά τα είδη που αποτελούν μέσα ατομικής προστασίας, πολλώ δε μάλλον δεν έρχεται σε αντίθεση με τη νομοθεσία περί μέσων ατομικής προστασίας και άρα δεν τίθεται ζήτημα ερμηνείας του όρου κατά τρόπο ώστε να καθίσταται ανεφάρμοστος για όσους διαγωνιζόμενους καταθέτουν προσφορά μόνον για είδη που αποτελούν μέσα ατομικής προστασίας. Ως εκ τούτου, και κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 24-26, η προσκόμιση του επίμαχου πιστοποιητικού συνιστά ουσιώδη όρο της διακήρυξης, σε περίπτωση δε μη υποβολής του στο φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής η αναθέτουσα αρχή οφείλει κατά δεσμία αρμοδιότητα να απορρίψει την προσφορά του διαγωνιζόμενου σύμφωνα με τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της τυπικότητας οι οποίες επιβάλλουν την εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες.

31. Επειδή όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου του διαγωνισμού και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων δεν κατέθεσε στον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής πιστοποιητικό διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων σύμφωνα με την \*\*\*\*». Οι δε αιτιάσεις του προσφεύγοντος ότι η απαίτηση προσκόμισης του επίμαχου πιστοποιητικού δεν εφαρμόζεται

## Αριθμός απόφασης: 1559 /2020

για τα είδη που εντάσσονται στα μέσα ατομικής προστασίας βάλλουν κατ' ουσίαν κατά όρου της πρόσκλησης και άρα προβάλλονται απαραδέκτως σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 27, ως βασίμως ισχυρίζονται η αναθέτουσα αρχή και οι παρεμβαίνοντες. Πέραν τούτου, αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται το κανονιστικό πλαίσιο περί μέσων ατομικής προστασίας, καθώς ως έχει εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη, η υποχρέωση υποβολής του πιστοποιητικού διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων δεν αποτελεί, κατά την πρόσκληση, τεχνική προδιαγραφή αλλά δικαιολογητικό συμμετοχής μη συνδεδεμένο με την κατηγοριοποίηση των υπό προμήθεια ειδών. Ομοίως αλυσιτελώς ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έτεροι πέντε οικονομικοί φορείς, επί συνόλου 23, αποκλείστηκαν για την ίδια με αυτόν αιτιολογία καθώς το γεγονός αυτό ουδόλως δημιουργεί ζήτημα πλημμέλειας και δη ασάφειας ρητού όρου της πρόσκλησης. Επίσης, αφενός αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία κρίθηκε εκ των υστέρων ανεφάρμοστος όρος της διακήρυξης, ως αντιφατικός καθώς εν προκειμένω, δεν ανακύπτει θέμα αντιφατικότητας όρου αφετέρου και απαραδέκτως διότι προσκρούει στην αρχή της αυτοτέλειας των διαγωνισμών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 1200/2007, 861/2007, 1273/2008, 198/2008, 1065/2007, κ.α.).

32. Επειδή περαιτέρω, το προσκομισθέν από τον προσφεύγοντα πιστοποιητικό \*\*\*\*\* αποτελεί έτερο από το ρητώς αξιούμενο από τη διακήρυξη πιστοποιητικό διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων σύμφωνα με \*\*\*\*\* . Ως εκ τούτου, ανεξαρτήτως της βασιμότητας του ισχυρισμού του προσφεύγοντος ότι το πιστοποιητικό \*\*\*\*\* υπερκαλύπτει τις απαιτήσεις που τίθενται με την \*\*\*\*\* Υπουργική Απόφαση, ουδόλως η υποβολή του εν λόγω πιστοποιητικού αναιρεί ή δύναται να αντικαταστήσει το, κατά σαφή απαίτηση της πρόσκλησης, και επί ποινή αποκλεισμού ζητούμενο πιστοποιητικό διακίνησης ιατροτεχνολογικών προϊόντων κατά την \*\*\*\*\* . Συνεπώς, εκ των προαναφερθέντων σκέψεων προκύπτει ότι η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

33. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

**Αριθμός απόφασης: 1559 /2020**

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

35. Επειδή η πρώτη παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

36. Επειδή η δεύτερη παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

37. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 34, 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.

Δέχεται τις παρεμβάσεις

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε την 1<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ**

**Ο Γραμματέας**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**