

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 1^η Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη (δυνάμει της υπ' αριθμ. 167/2021 Πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ) Μέλη.

Για να εξετάσει τη συμμόρφωση με την υπ' αριθμόν 456/2021 προσωρινή διαταγή του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής η οποία εκδόθηκε επί της υπ' αριθμ. ΑΚ 86/30.09.2021 αίτησης αναστολής-ακύρωσης του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στην, οδός ..., αριθμ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Η ως άνω αίτηση αναστολής-ακύρωσης στρέφεται κατά της σιωπηρής απόρριψης από το 6ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ της από 22.07.2021 Προδικαστικής Προσφυγής, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1479/23.07.2021 κατά του(εφεξής η «αναθέτουσα αρχή») και κατά της υπ' αριθμ. 299/2.07.2020 (Θέμα 11^ο) απόφασης περί έγκρισης του από 8.06.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και του από 7.06.2021 Πρακτικού της Ομάδας Εργασίας αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών (εφεξής η «προσβαλλόμενη») στο πλαίσιο της οποίας ασκήθηκε παρέμβαση από τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής ο «παρεμβαίνων»), που εδρεύει στο, οδός ..., αριθμ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την ως άνω προσωρινή διαταγή του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής κρίθηκε ότι: *«[...]δεδομένου ότι η Α.Ε.Π.Π. μη αποφαινόμενη εντός είκοσι ημερών από την εξέταση στις 31.08.2021 της ΓΑΚ 1479/23.07.2021 προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας, απέρριψε σιωπηρώς όλους τους ισχυρισμούς της, χωρίς καμία αιτιολογία, και ως εκ τούτου, πιθανολογείται η παράβαση της εκ του νόμου [αρθρ 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, και 18 του*

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

π.δ. 39/2017] υποχρεώσεως της να αποφανθεί αιτιολογημένα επί της ουσίας των αιτιάσεων της ασκηθείσης ενώπιόν της προδικαστικής προσφυγής. [...] Εξάλλου, το παρόν Δικαστήριο δεν μπορεί, επ' ευκαιρία εκδίκασεως της κρινόμενης αιτήσεως, να προβεί πρωτογενώς στην εξέταση και πιθανολόγηση των ανωτέρω αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής της αιτούσας, επί των οποίων δεν έχει αποφανθεί η Α.Ε.Π.Π (ΕΑ ΣτΕ 91/2021).

- Αναπέμπει την υπόθεση στην ΑΕΠΠ προκειμένου να ασκήσει την επιβαλλομένη από το νόμο αρμοδιότητα της» και ως εκ τούτου με την ως άνω απόφαση του το Διοικητικό Εφετείο Κομοτηνής, ανέπεμψε την υπόθεση στην ΑΕΠΠ προς κρίση της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής με την οποία ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος που για το είδος με α/α του διαγωνισμού απορρίπτεται η προσφορά του και κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος, ο δε παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 9..... ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 22.07.2021 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη του είδους με α/α 33 (Σύστημα απολύμανσης του χώρου) για το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, εκτιμώμενης αξίας 186.290,.....2 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ.Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής με αντικείμενο «.....», προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 1.609.580,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 34 είδη, οι δε προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα ή όλα τα είδη και για το σύνολο της ποσότητας έκαστου είδους.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 7.12.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ την 18.12.2020 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό

4. 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.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε την 22.07.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 12.07.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, 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. γ) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή την 23.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 1934/2021 και 2652/2021 Πράξεις της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου αντιστοίχως, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

8. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 30.07.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 4805/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του για το είδος με α/α του διαγωνισμού έχει κριθεί αποδεκτή και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 5.08.2021 τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα και τον παρεμβαίνοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 10.08.2021, ήτοι εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

11. Επειδή η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε την 16.08.202, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, συμπληρωματικές απόψεις επί της προσφυγής, οι οποίες υποβλήθηκαν εκπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021 και ως εκ τούτου δεν λαμβάνεται υπόψη από το αποφάσιζον Κλιμάκιο.

12. Επειδή ο παρεμβαίνων στις 16.08.2021, υπέβαλε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού υπόμνημα επί του υπομνήματος του προσφεύγοντος, το οποίο δεν λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο διότι αφενός μεν δεν προβλέπεται στο ισχύον κανονιστικό πλαίσιο η υποβολή υπομνήματος προς αντίκρουση έτερων υπομνημάτων, αφετέρου ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί υπόμνημα επί των απόψεων, υποβλήθηκε εκπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, ως ισχύει με την τροποποίηση του με το ν. 4782/2021.

Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε.Αφοκάρδου, το υπόμνημα του παρεμβαίνοντος δεν λαμβάνεται υπόψη αποκλειστικά λόγω εκπροθέσμου δοθέντος ότι ο νομοθέτης προσδιόρισε την έναρξη της

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

πενθήμερης προθεσμίας υποβολής υπομνημάτων από τα ενδιαφερόμενα μέρη από την κοινοποίηση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη ο σκοπός του νομοθέτη είναι να παρασχεθεί η δυνατότητα σε καθένα από τους συμμετέχοντες στη διαδικασία να λάβει γνώση όλων των ισχυρισμών των υπολοίπων και να έχει τη δυνατότητα να τους αντικρούσει ώστε να εξασφαλίζεται πλήρως η αντιμωλία στο στάδιο της προδικαστικής, ουσιαστικής δε, εξετάσεως της προσφυγής και ως εκ τούτου, και με δεδομένο μάλιστα τον συχνά τεχνικό χαρακτήρα των σχετικών ζητημάτων να διευκολύνεται εν συνεχεία όπως επιβάλλεται από το Σύνταγμα (αρ. 20 παρ. 1) η κατά την αρχή της αντιμωλίας διεξαγωγή των αντίστοιχων δικαστικών διαδικασιών (ΕΑ 158/2008) και η παροχή αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (ΕΑ 51/2021 σκ.9).

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η 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.

14. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό για το είδος με α/α έλαβαν μέρος τέσσερις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμό συστήματος και προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με το από 8.06.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς μόνον του παρεμβαίνοντος, η οποία έλαβε βαθμολογία 111,3 βαθμούς και την απόρριψη των προσφορών των λοιπών συμμετεχόντων για τους λόγους που αναφέρονται στο από 7.06.2021 Πρακτικό της Ομάδας Εργασίας. Ειδικότερα, όπως αναφέρεται στο από 7.06.2021 Πρακτικό της Ομάδας Εργασίας, η προσφορά του προσφεύγοντος απορρίφθηκε για τους κάτωθι λόγους:

«Α. Στη διακήρυξη στο Παράρτημα Ι, στο Ι..... στην 5. Τεχνική Προδιαγραφή αναφέρει ότι : «Να είναι τροχήλατο, βάρους μικρότερο από 50 κιλά , ώστε να είναι εύκολη η μετακίνησή του στους διάφορους χώρους.Οι διαστάσεις του να είναι το πολύ 90x 90x190 εκατοστά (Μήκος x Πλάτος x Ύψος), σε κατάσταση μηλειτουργίας, έτσι ώστε να χρειάζεται μικρό χώρο αποθήκευσης. Να αναφερθούν το βάρος και οι διαστάσεις προς αξιολόγηση». Δεν τηρείται η

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

παραπάνω προδιαγραφή αφού το συνολικό βάρος του μηχανήματος είναι 95 κιλά.

Β. Στη διακήρυξη στο Παράρτημα Ι, στο Ι..... στην 8. Τεχνική Προδιαγραφή αναφέρει ότι «8. Η υπεριώδη ακτινοβολία UV C να επιτυγχάνεται περιμετρικά (360° για να καλύπτει ταυτόχρονα , μεγαλύτερη έκταση), με διάταξη λαμπών που να εκπέμπουν η κάθε μια συνεχή υπεριώδη ακτινοβολία. Να αναφερθεί το ωφέλιμο ύψος προς αξιολόγηση». Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 631/19-1-2021 Ανακοίνωση τουδιευκρινίζεται ότι: «8. Θα ήταν επιθυμητό το ωφέλιμο ύψος να είναι τουλάχιστον 150 εκ.».

Δεν τηρείται η παραπάνω προδιαγραφή διότι δεν γίνεται αναφορά στο ωφέλιμο ύψος του λαμπτήρα.

Γ. Στη διακήρυξη στο Παράρτημα Ι, στο Ι..... στην 9. Τεχνική Προδιαγραφή αναφέρει ότι «9. Σε περίπτωση βλάβης ενός λαμπτήρα η συσκευή να μην διακόπτει τη λειτουργία της και να συνεχίζει τηναπολύμανση. Θα εκτιμηθεί θετικά αν διανέμει την ενέργεια στους υπόλοιπους λαμπτήρες που λειτουργούν κανονικά». Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 631/19-1-2021 Ανακοίνωση τουδιευκρινίζεται ότι: «9. Σε περίπτωση βλάβης ενός λαμπτήρα η συσκευή να μην διακόπτει τη λειτουργία της και να συνεχίζει την απολύμανση. Θα εκτιμηθεί θετικά αν διανέμει την ενέργεια στους υπόλοιπους λαμπτήρες που λειτουργούν κανονικά».

Δεν γίνεται αναφορά πως επιτυγχάνεται η συνεχόμενη λειτουργία του μηχανήματος σε περίπτωση ατυχούς θραύσης ενός λαμπτήρα.

Δ. Στη διακήρυξη στο Παράρτημα Ι, στο Ι..... στην 11. Τεχνική Προδιαγραφή αναφέρει ότι «11. Η αντικατάσταση των λαμπών υπεριώδους ακτινοβολίας να είναι απλή και εύκολη. Η μεμονωμένη αλλαγή λάμπας θα εκτιμηθεί θετικά.»..Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 631/19-1-2021 Ανακοίνωση τουδιευκρινίζεται ότι: «11. Η αντικατάσταση των λαμπών υπεριώδους ακτινοβολίας να είναι απλή και εύκολη. Η μεμονωμένη αλλαγή λάμπας θα εκτιμηθεί θετικά».

Δεν γίνεται αναφορά πως επιτυγχάνεται απλά και εύκολα η αντικατάσταση των λαμπτήρων του μηχανήματος σε περίπτωση ατυχούς θραύσης ενός λαμπτήρα.

Ε. Στη διακήρυξη στο Παράρτημα Ι, στο Ι..... στην 13. Τεχνική Προδιαγραφή

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

αναφέρει ότι «13. Εγγύηση καλής λειτουργίας τουλάχιστον δύο (2) έτη». Υπάρχει ασυμφωνία, διότι στο Φύλλο Συμμόρφωσης η εταιρεία δηλώνει ότι τα έτη καλής λειτουργίας είναι (5) πέντε ενώ τα έτη καλής λειτουργίας στο αντίγραφο της οικονομικής προσφοράς χωρίς τιμές στην παράγραφο.6 αξιοπιστία είναι 3 (τρία) έτη. Επιπλέον υπάρχουν δύο έγγραφα από τον επίσημο κατασκευαστή όπου δεν αναγράφονται τα ίδια έτη εγγύησης καλής λειτουργίας, ήτοι το έγγραφο 8.9 όπου η εγγύηση είναι 3 έτη από την παράδοση και το έγγραφο 5 όπου η εγγύηση είναι 5 έτη. Στην προσφορά η ανωτέρω εταιρεία αναφέρει ότι δεν απαιτούνται πρόσθετα υλικά για τη λειτουργία, συντήρηση και επισκευή του προσφερόμενου προϊόντος». Με την προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά.

15. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων για το είδος με α/α του υπό κρίση διαγωνισμού, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του. Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος για το είδος με α/α τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος για το εν λόγω είδος.

Εφόσον δε κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος για το είδος με α/α, οι ισχυρισμοί του περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος κατ' εφαρμογήν του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία κρίθηκε αποδεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση, προβάλλονται μετ' εννόμου συμφέροντος, διότι, κατά τα μέχρι προσφάτως κριθέντα από τη νομολογία, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 174/2016, 44/2014, 106/2013, 380/2012, 671/2011, 1156,9/2010, 246/2009 274/2012 και) (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010*, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, παρ. 141 σελ. 100 και παρ. 368 σελ. 230).

Περαιτέρω, έχει προσφάτως κριθεί -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016, αντιστοίχως επί των υποθέσεων C-100/12 *Fastweb SpA* και C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE)*], όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 -ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L

76)-, αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, *Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik*), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ´. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως της συμβάσεως και ΕΑ ΣτΕ 22/2018 αντίστοιχα). Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αψοκάρδου και του Μέλους Χ. Ζαράρη «*μετά την απόφαση του ΔΕΕ, ΝΑΜΑ C-771/19 “ο αποκλεισθείς προσφέρων δικαιούται να προβάλλει οποιονδήποτε ισχυρισμό κατά της απόφασης περί αποδοχής άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του (σκ. 41 της ως άνω απόφασης του ΔΕΕ) ήτοι δεν συντρέχει λόγος επανάληψης των κριθέντων με την με αρ. ΕΑ 408/2018».* Ως εκ τούτου, εν προκειμένω εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος για το είδος, οι ισχυρισμοί του περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος προβάλλονται, καταρχάς, μετ’ εννόμου συμφέροντος διότι ο προσφεύγων επικαλείται την προσδοκία του να ματαιωθεί η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία για το είδος με α/α στην περίπτωση που κριθεί ότι η προσφορά του ορθώς απορρίφθηκε.

16. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «*[...] Όπως συνάγεται από την υπ’ αριθ. 5 τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης («... 5. Να είναι τροχήλατο, βάρους μικρότερο από 50 κιλά, ώστε να είναι εύκολη η μετακίνησή του στους διάφορους χώρους»)*, ζητείται να προσφερθεί σύστημα απολύμανης, κατά προτίμηση βάρους μικρότερου από 50 κιλά, υπό την έννοια ότι πρέπει να εξασφαλίζεται η ευκολία μετακίνησής του στους διάφορους χώρους του Νοσοκομείου. Υπό το πρίσμα αυτό, η προσφορά συσκευής με μεγαλύτερο βάρος, η οποία όμως προσφέρει ευελιξία και ευκολία κατά τη μετακίνησή της εξυπηρερεί πλήρως τη σχετική απαίτηση του Νοσοκομείου, εφόσον καθίσταται απολύτως ευχερής η χρήση της σε οποιοδήποτε χώρο απαιτηθεί.

Εν προκειμένω, η προσφερόμενη από την εταιρία μας συσκευή διαθέτει ειδικά μελετημένη σχεδίαση στη βάση της, με τέσσερις (4) τροχούς σχεδιασμένους

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

ειδικά για νοσοκομειακή χρήση, οι οποίοι καθιστούν τη συσκευή απολύτως εύχρηστη και ευέλικτη, με μεγάλη ευκολία μετακίνησης μεταξύ των διάφορων χώρων του Νοσοκομείου, η οποία, σε συνδυασμό και με τις συγκριτικά περιορισμένες διαστάσεις του και την ισχυρή εκπεμπόμενη ακτινοβολία UVC (δείτε ενδεικτικά τον προσκομισθέντα πίνακα/ φύλλο συμμόρφωσης και τις σχετικές παραπομπές), καλύπτει πλήρως τις απαιτήσεις του Νοσοκομείου.

Προς επιβεβαίωση της άψογης και αποτελεσματικής λειτουργίας του εν λόγω συστήματος (και μάλιστα υπό τις εξαιρετικές συνθήκες ΜΕΘCovid-19), προσκομίζουμε την υπ' αριθ. πρωτ. συστατική επιστολή του Γ.Ν. «.....» καθώς και το υπ' αριθ. πρωτ. ... σχετικό έγγραφο του Διευθυντή της Μ.Ε.Θ. του Νοσοκομείου.

Συνεπώς, δεν αιτιολογείται νόμιμα η απόρριψη της προσφοράς μας για το λόγο και μόνο ότι το προσφερόμερο σύστημα έχει βάρος μεγαλύτερο από 50 κιλά.[...]

2.1. Πρώτος λόγος απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας «.....»

[...] κατά παράβαση των πιο πάνω όρων του παραρτήματος III της διακήρυξης, από τα τεχνικά φυλλάδια στα οποία παραπέμπει η εν λόγω εταιρία, ως προς την απόδειξη της Α.2 προδιαγραφής (με αντίστοιχες επισημειώσεις σε έκαστο εξ αυτών), ουδόλως αποδεικνύεται ότι το προσφερόμενο σύστημα εκπέμπει ακτινοβολία μεγαλύτερη από 600 UVCW (και, κατά μείζονα λόγο, ότι αποδίδει 1300 UVCW), όπως δηλώνεται.

Συνεπώς, εφόσον δεν αποδεικνύονται τα δηλούμενα με το φύλλο συμμόρφωσης για το σύνολο των απαιτήσεων της πιο πάνω προδιαγραφής, η τεχνική προφορά της εταιρίας «.....» μη νομίμως έγινε δεκτή με την προςσβαλλόμενη απόφαση.

2.2. Δεύτερος λόγος απόρριψης της προσφοράς της εταιρίας «.....»

[...] β. Εν προκειμένω, η εταιρία «.....», ισχυριζόμενη ότι καλύπτει την πιο πάνω προδιαγραφή, αναφέρει στην αντίστοιχη θέση του πίνακα συμμόρφωσης τα εξής: «ΝΑΙ, είναι τροχήλατο, βάρους 40 κιλών (ΠΛΕΟΝΕΚΤΗΜΑ) και διαστάσεων 72 X 90 X 184cm (ΜΧΠΧΥ) και έτσι μετακινείται εύκολα....».

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

Πλην όμως, από την επίσημη ιστοσελίδα του κατασκευαστικού οίκου στην διεύθυνση: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjGjvSY8_PxAhW5hf0HHUrQB3IQFjABegQIBxAD&url=https%3A%2F%2Fwww.uvdi.com%2Finternational%2Fhealthcare%2F&usg=AOvVaw0zhxXImpVa6TJy3IIIR4L8B προκύπτει ότι το πλάτος της συσκευής είναι 91 cm, όπως με σαφήνεια αναγράφεται, και όχι 90 cm, όπως ανακριβώς δηλώνεται από την εταιρεία «.....».

[...] Υπο τα δεδομένα αυτά, είναι προφανές ότι τα αναφερόμενα στο φύλλο συμμόρφωσης της εταιρίας «.....» δεν ελέγχονται ως ακριβή, αφού από τις ισχύουσες καταχωρήσεις του κατασκευαστή στο διαδίκτυο προκύπτει έχει πλάτος 91 εκατοστά και επομένως δεν πληροί την προαναφερθείσα τεχνική προδιαγραφή.

Σημειωτέον το έγχειρίδιο στο οποίο παραπέμπει η εν λόγω εταιρία, είναι έκδοσης του 2018 και περιέχει, προφανώς, ανεπίκαιρες πληροφορίες για τις διαστάσεις του μηχανήματος, τις οποίες πάντως επικαλείται αυτή, προκειμένου να ανταποκριθεί στην προδιαγραφή.

Συνεπώς, για τους λόγους που προαναφέρθηκαν, εντελώς εσφαλμένα και κατά προφανή πλάνη περί τα πράγματα έχει γίνει δεκτή η προσφορά της εταιρίας «.....».

17. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της ισχυρίζεται τα ακόλουθα : « [...] Ως προς τους λόγους της εν θέματι προσφυγής 1. Ως προς τον πρώτο λόγο απόρριψης Β.1 -2α .

Το συνολικό βάρος των 95 κιλών που αναγράφεται στο υποβληθέν φύλλο συμμόρφωσης της εταιρίας δεν καλύπτει την απαίτηση των τεχνικών προδιαγραφών, όπως απαιτείται ρητά από τη διακήρυξη, όπου ζητείται βάρος μηχανήματος μικρότερο από 50 κιλά.[...]

18. Επειδή ο παρεμβαίνων προβάλλει τα κάτωθι : « Ως προς τον πρώτο λόγο απόρριψης

Ούτε «κατά προτίμηση» (ως αναφέρει στη σελ 8 η προσφεύγουσα ότι δήθεν ζητείται) ούτε θα αναλυθεί θεωρούμε τώρα ο λόγος που ζητείτο (αν κι αναφέρεται «για να είναι εύκολη η μετακίνησή του») ...είχε όλο τον χρόνο εάν διαφωνεί με την απαίτηση να καταθέσει προσφυγή κατά των όρων της

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

διακήρυξης ως ο νόμος της έδινε το δικαίωμα ,δικαίωμα που δεν άσκησε αποδεχόμενη τους όρους της διακήρυξης με την προσφορά της. Η προσπάθειά της να παρουσιάσει ως ισοδύναμο του βάρους (<50 κιλά) την σχεδίαση των τροχών που προσφέρουν (ως αναφέρει) ευελιξία κτλ δεν αποτελεί ισοδύναμο καθώς σύμφωνα με την κοινή πείρα και άλλες αποφάσεις (βλ. ΑΠΟΦΑΣΗΣ 1083/2021, ΓΑΚ- ΑΕΠΠ 917/05.05.2021, α/α ΕΣΗΔΗΣ) και τοποθετήσεις σε παρόμοιες περιπτώσεις το «μικρότερο από 50 κιλά» ζητείται για να μπορεί να ανασηκωθεί σε διάκενα ανελκυστήρων, σε μικρά σκαλάκια/εμπόδια χωρίς καταπόνηση του προσωπικού κτλ δεδομένου ότι επειδή αυτά τα μηχανήματα έχουν λάμπες δεν πρέπει να δυσχεραίνεται η διακίνησή τους ασκώντας μεγάλη ώθηση με κίνδυνο πιθανόν πρόσκρουσης/σπασίματος λάμπας κι ως εκ τούτου υπό την ευρύτερη έννοια της απαίτησης της προδιαγραφής 5 για να μπορεί να «είναι εύκολη η μετακίνησή του στους διάφορους χώρους» ως διατυπώνεται σαφέστατα, θα πρέπει να έχει βάρος <50 κιλά (και όχι 95 κιλά δηλαδή σχεδόν τα διπλάσια που έχει το προσφερόμενο από την προσφεύγουσα σύστημα !Υπό αυτή την έννοια τότε ο καθείς ακόμη κι αν είχε σύστημα 400 κιλά πάνω σε ρόδες θα μπορούσε να ισχυριστεί ότι ελίσσεται εύκολα και θα απαιτούσε να είναι αποδεκτός και θα ήτανάνιση η σύγκριση σε μη συγκρίσιμα προϊόντα). Έχει εμμέσως κριθεί (βλ. ΑΠΟΦΑΣΗΣ1083/2021, ΓΑΚ- ΑΕΠΠ 917/05.05.2021, α/α ΕΣΗΔΗΣ) ότι ορθώς ζητά η αναθέτουσα αρχή συσκευή με εύρος από 1- έως 50 κιλά και το διατυπώνει «μικρότερο από 50 κιλά» ενώ εάν ευσταθούσε το σκεπτικό της προσφεύγουσας τότε δεν θα υπήρχε λόγος να αναφέρεται το βάρος και θα αρκούσε η διατύπωση να διαθέτει ρόδες για άνετη μετακίνηση!

Πέραν τούτου ενώ η προδιαγραφή είναι σαφέστατη «μικρότερο από 50 κιλά» που σημαίνει ότι οτιδήποτε πάνω από 50 κιλά θα πρέπει να απορριφθεί ενώ εάν κριθεί ως αποδεκτή η προσφυγή της προσφεύγουσας τότε θα εγείρονται λόγοι νέας προσφυγής από την εταιρεία μας (πιθανόν κι από άλλες εταιρείες που δεν συμμετείχαν για τον λόγο αυτό) καθώς ίσως να είχαμε επιλέξει να προσφέρουμε άλλο μοντέλο κι όχι αυτό που προσφέραμε (UVDI 360 Αμερικάνικης προέλευσης) που επειδή ο κατασκευαστής επένδυσε σε χρήση

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

σύγχρονων υλικών και μικροηλεκτρονικών για να διατηρεί την άνετη μετακίνηση με μικρό βάρος (40 κιλά) εξυπηρετώντας την ανάγκη άνετης διακίνησης με βάρος <50 κιλά ως ζητάει το νοσοκομείο. Ορθώς λοιπόν κρίνουμε ότι απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας.[...]

19. 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».

20. 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 άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών [...] 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως : [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς,[...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

21. 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

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της. [...]]».

22. 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 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. [...]]».

23. Επειδή το άρθρο 94 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «[...]4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης.[...]».

24. Επειδή στους όρους της διακήρυξης προβλέπεται ότι : «...2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή στο Παράρτημα Ι της παρούσας, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρ. 94 παρ. 4 του Ν.4412/2016 περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα.[...]»

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών

Σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρ. 91 του Ν.4412/2016 η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), [...] β) η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και την συμπλήρωσή της σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.1. της παρούσης διακήρυξης θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.[...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού Αντικειμένου της Σύμβασης
(Τεχνικές Προδιαγραφές και Ειδικοί Όροι)

Μέρος Α΄ – Τεχνικές Προδιαγραφές

[...]..... Συστήματος Απολύμανσης Χώρου (CPV 33100000-1)

2. Να αναφερθούν τα παρακάτω στοιχεία των λυχνιών υπεριώδους ακτινοβολίας(UV-C):

α) Πλήθος λυχνιών

β) Μήκος κύματος εκπομπής

γ) Προβλεπόμενη διάρκεια ζωής των λαμπτήρων. Θα εκτιμηθεί θετικά η μεγάλη διάρκεια ζωής.

δ) Ακτινοβολία μεγαλύτερη από 600 UVCW. Θα εκτιμηθεί θετικά η μεγαλύτερη ακτινοβολία.

Να αναφερθούν επιπλέον χαρακτηριστικά των λυχνιών προς αξιολόγηση

[...] 5. Να είναι τροχήλατο, βάρους μικρότερο από 50 κιλά, ώστε να είναι εύκολη η μετακίνησή του στους διάφορους χώρους. Οι διαστάσεις του να είναι το πολύ 90x 90x190 εκατοστά (Μήκος x Πλάτος x Ύψος), σε κατάσταση μη λειτουργίας, έτσι ώστε να χρειάζεται μικρό χώρο αποθήκευσης. Να αναφερθούν το βάρος και οι διαστάσεις προς αξιολόγηση.[...]».

25. 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

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

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 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.

26. 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 επιτυχανόταν 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).

27. 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

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

28. 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).

29. Επειδή, με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπου η πλήρωση των όρων της διακήρυξης επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν απαραίτητους 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*).

30. 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).

31. Επειδή στον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης ρητώς προβλέπεται ότι η τεχνική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει όλα τα έγγραφα με τα οποία αποδεικνύεται η πλήρωση των τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης. Σύμφωνα δε με το Παράρτημα Ι της διακήρυξης τίθεται ως τεχνική προδιαγραφή για το σύστημα απολύμανσης χώρου να είναι βάρους μικρότερο από 50 κιλά. Αβασίμως ο προσφεύγων προβάλλει ότι αφενός μεν το βάρος του προσφερόμενου μηχανήματος πρέπει «*κατά προτίμηση*» να είναι μικρότερο από 50 κιλά καθώς ουδόλως τούτο αναφέρεται στη διακήρυξη

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

αλλά και απαραδέκτως διότι βάλλει ανεπικαίρως κατά της ως άνω τεχνικής προδιαγραφής. Ομοίως για τον ίδιο λόγο απαραδέκτως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά μηχανήματος με μεγαλύτερο βάρος αλλά με ευελιξία καλύπτει την προδιαγραφή αλλά και αβασίμως καθώς η μνεία στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης περί ευκολίας στην μετακίνηση του μηχανήματος στους διάφορους χώρους προσδιορίζει τη σκοπιμότητα θέσπισης της συγκεκριμένης προδιαγραφής και προδήλως δεν συνιστά έτερη, διακριτή προδιαγραφή πολλώ δε μάλλον δυνάμενη να υπερακοντίσει τη σαφή απαίτηση περί βάρους μικρότερου από 50 κιλά. Επομένως, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 25-30 και τον όρο 2.4.6 της διακήρυξης, συντρέχει λόγος αποκλεισμού διαγωνιζόμενου σε περίπτωση που εκ των υποβληθέντων εγγράφων της τεχνικής του προσφοράς δεν αποδεικνύεται η πλήρωση της εν λόγω προδιαγραφής.

..... Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν αμφισβητείται, ο προσφεύγων δηλώνει στην τεχνική του προσφορά ότι προσφέρει την συσκευή απολύμανσης UVC του κατασκευαστικού οίκου UVC-Solutions, στο δε Πίνακα Συμμόρφωσης δηλώνει ότι το προσφερόμενο μηχανήμα είναι 95kg και παραπέμπει στο υπ' αριθμ. 2 τεχνικό φυλλάδιο. Στο δε υπ' αριθμ. 2 τεχνικό φυλλάδιο (σελ. 20) ρητώς αναφέρεται ότι το βάρος του προσφερόμενου συστήματος είναι 95kg και άρα δεν πληρείται η επίμαχη προδιαγραφή. Αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ότι η προσφερόμενη συσκευή διαθέτει ειδικά μελετημένη σχεδίαση στη βάση της, με τέσσερις τροχούς σχεδιασμένους ειδικά για νοσοκομειακή χρήση, οι οποίοι καθιστούν τη συσκευή απολύτως εύχρηστη και ευέλικτη, με μεγάλη ευκολία μετακίνησης μεταξύ των διάφορων χώρων του Νοσοκομείου, δοθέντος ότι τούτο ουδόλως αναιρεί τη μη πλήρωση της προδιαγραφής περί βάρους μικρότερου από 50 κιλά, ως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων. Ομοίως για τον ίδιο λόγο αλυσιτελώς ο προσφεύγων προβάλλει ότι έχει προσκομίσει συστατική επιστολή περί αποτελεσματικής λειτουργίας του προσφερόμενου μηχανήματος. Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, ορθώς και κατά δεσμία αρμοδιότητα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος ενόψει δε τούτο παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση των

λοιπών λόγων της προσφυγής περί της νομιμότητας των έτερων βάσεων αποκλεισμού του προσφεύγοντος.

33. Επειδή, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 15, εφόσον νομίμως ο προσφεύγων αποκλείστηκε από το διαγωνισμό για το είδος με α/α, με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς κατά της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, καταρχάς, υπό την προϋπόθεση ότι υφίσταται παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης, η οποία στοιχειοθετείται μόνον εφόσον προβάλλεται παραδεκτως ότι προσφορά έτερου συμμετέχοντος έγινε δεκτή παρόλο που παρουσίαζε τα αυτά ακριβώς προβλήματα με την προσφορά του προσφεύγοντος για παράδειγμα, έγινε δεκτή τεχνική προσφορά παρόλο που εμφανίζει την ίδια απόκλιση από τις προδιαγραφές της διακήρυξης, εξ αιτίας της οποίας απορρίφθηκε η δική του τεχνική προσφορά (ΣτΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010,246/2009, 569, 9...../2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351,508/2004). Διευκρινίζεται ότι κρίσιμο εν προκειμένω είναι εάν χώρησε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών των προσφορών και όχι αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο ίδιο, εν γένει, ζήτημα (ΕΑ 274/2012). Σε κάθε περίπτωση, ο σχετικός λόγος πρέπει να είναι ο ίδιος και όχι ανάλογος ή παρόμοιος (βλ..ΕΑ ΣτΕ 311, 11...../2009, Φίλης Αρναούτογλου, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του Ν. 3386/2010*, Νομική Βιβλιοθήκη,2013, σελ. 100). Στην υπό κρίση περίπτωση ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος κρίθηκε αποδεκτή παρά το γεγονός ότι η προσφερόμενη συσκευή δεν εκπέμπει ακτινοβολία μεγαλύτερη από 600 UVCW και το πλάτος της είναι 91cm. Εντούτοις, δοθέντος ότι η προσφορά του προσφεύγοντος για το είδος με α/α απορρίφθηκε λόγω μη πλήρωσης έτερων προδιαγραφών, δεν υφίσταται, εν προκειμένω, διαφορετική αξιολόγηση προσφορών με την ίδια πλημμέλεια, κατά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

34. Επειδή, περαιτέρω, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 15, ο προσφεύγων επικαλείται την προσδοκία ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας για το είδος με α/α Ωστόσο, ακόμα και σε περίπτωση ματαίωσης του παρόντος διαγωνισμού και επαναπροκήρυξης νέου όμοιου κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, ο προσφεύγων δεν δύναται να

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

υποβάλει σε αυτόν παραδεκτή τεχνική προσφορά για το είδος με α/α, δοθέντος ότι η προσφορά του απορρίφθηκε λόγω μη πλήρωσης τεχνικής προδιαγραφής και άρα υπ' οιαδήποτε εκδοχή δεν θα ήταν δυνατή η ανάθεση της προμήθειας στον προσφεύγοντα. Σημειωτέον ότι, με την πρόσφατη απόφαση του ΔΕΕ C-771/19 της 24ης Μαρτίου 2021 ουδόλως εξετάστηκε πολλώ δε μάλλον κρίθηκε το έννομο συμφέρον ματαίωσης του διαγωνισμού από υποψήφιο που αποκλείστηκε ειδικώς λόγω μη πλήρωσης τεχνικών προδιαγραφών. Συνεπώς, οι λόγοι της υπό εξέταση προσφυγής περί απόρριψης της προσφοράς του παρεμβαίνοντος λόγω πλημμελειών της προσφοράς που δεν ταυτίζονται με τους λόγους αποκλεισμού του προσφεύγοντος δεν εξετάζονται ως απαραδέκτως προβαλλόμενοι (βλ. *ad hoc* ΔΕφΧανίων 13/2019 και εξ αντιδιαστολής ΔΕφΘεσ 150/2019, ΑΕΠΠ 7/2021). Κατά την ειδική γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αφοκάρδου και του Μέλους Χ. Ζαράρη «Εν προκειμένω, αναφορικά με το έννομο συμφέρον ματαίωσης, καίτοι δεν απαιτείται η πανηγυρική δήλωση του (ΔΕφΘεσ Ν74/2021, σκ.17 και απόφαση 6^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 1523/2021, σκ. 16, μειοψ. Ε. Αφοκάρδου), δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.), θέση η οποία παραμένει αμετάβλητη ακόμη και μετά τις πρόσφατες εξελίξεις της νομολογίας επί της διεύρυνσης του εννόμου συμφέροντος, συμμετέχοντος σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης του οποίου η προσφορά κρίθηκε απορριπτέα. Ειδικότερα, ο προσφεύγων δεν διατηρεί το έννομο συμφέρον του προς ματαίωση και επαναπροκήρυξη, εάν (α) είναι πλέον αδύνατη η επαναπροκήρυξη της σύμβασης ή εάν (β) ο λόγος, για τον οποίο αποκλείσθηκε, καθιστά αδύνατη την συμμετοχή του σε περίπτωση επαναπροκηρύξεως. Τα εν λόγω ζητήματα (ερώτημα 3^ο) καίτοι τέθηκαν με το προδικαστικό ερώτημα του Ανώτατου εθνικού Ακυρωτικού Δικαστηρίου προς το ΔΕΕ, κρίθηκαν अपαράδεκτα στο πλαίσιο της απόφασης ΔΕΕ 771/19 σκ.25 και δεν εξετάσθηκαν κατ' ουσία. Παρά ταύτα ήδη είχε κριθεί από το ΔΕΕ ότι στην περίπτωση αποκλεισμού των προσφερόντων και κίνησης νέας διαδικασίας για τη σύναψη δημόσιας σύμβασης, καθένας από τους προσφέροντες θα μπορούσε να λάβει μέρος και, επομένως, να επιτύχει

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

εμμέσως την ανάθεση της σύμβασης στον ίδιο (βλ. απόφαση της 5ης Απριλίου 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, σκέψη 27). Επίσης, κρίθηκε ότι η έννοια της συγκεκριμένης σύμβασης του άρθρου 1, παράγραφος 3, της οδηγίας 93/13 (βλ. όμοια διάταξη της Οδηγίας 89/885/EK) μπορεί, κατά περίπτωση, να αφορά την ενδεχόμενη κίνηση νέας διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης. Περαιτέρω, με την με αρ. 235/2019 Απόφαση σκ. 28 και λαμβάνοντας υπόψη τις ως άνω Αποφάσεις του ΔΕΕ αλλά και τις αποφάσεις της 4ης Ιουλίου 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, σκέψη 33, καθώς και της 5ης Απριλίου 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, σκέψη 24) κρίθηκε ότι *«Προκειμένου, εξάλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της σύμβασης, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή, επαναπροκήρυξής του (λ.χ. διότι παρήλθε το χρονικό διάστημα, το οποίο αφορούσε η σύμβαση), αλλά, αντιθέτως, να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της σύμβασης. Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μιν, πλην ανεπιτυχώς, τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και, κατ' αποτέλεσμα, την ματαίωση της ανάθεσης σε κάποιον από αυτούς της σύμβασης, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της σύμβασης, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της σύμβασης, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης σύμβασης θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία».* Εν προκειμένω, ουσιώδες τεχνικό χαρακτηριστικό/απαίτηση αποτελεί το ζητούμενο βάρος το οποίο θα πρέπει να υπολείπεται το 50kgg, σε αντίθεση με το προσφερόμενο από τον

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

προσφεύγοντα που είναι σχεδόν 2πλασιου βάρους. Επομένως, ακόμη και σε περίπτωση ματαίωσης της διαδικασίας και επαναπροκήρυξης της ανάθεσης της σύμβασης με κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά όμοιο με της παρούσας και πάλι ο προσφεύγων δεν θα μπορεί να μετάσχει λυσιτελώς σε τυχόν νέα διαδικασία ανάθεσης (ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ 1098/2021 σ.29 Εισηγήτρια. Χ. Ζαράρη)».

35. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

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

37. Επειδή, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 15, η παρέμβαση θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το μέρος που προβάλλονται βασίμως ισχυρισμοί περί της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος, η δε εξέταση των ισχυρισμών περί της αποδοχής της προσφοράς του παρεμβαίνοντος καθίσταται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257), δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του σχετικού απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής.

38. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 31, 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 εν μέρει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: Σ 1847/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 1^η Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 20 Δεκεμβρίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**