

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 356/16-4-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της σε αυτόν κοινοποιηθείσας την 4-4-2018 με αριθμό πρωτοκόλλου 17231/03.04.2018 πράξης παροχής διευκρινίσεων του Διοικητή της αναθέτουσας που εκδόθηκε στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η οποία προκηρύχθηκε με τη Διακήρυξη με αριθμό ..... για τη διενέργεια Ηλεκτρονικού Διεθνή Δημόσιου Ανοιχτού Διαγωνισμού για την προμήθεια ..... (CPV .....), συνολικής εγκεκριμένης δαπάνης στο ΠΠΥΥ 2014 € 1.568.799,80 με Φ.Π.Α. και συνολικού προϋπολογισμού διακήρυξης € 1.568.780, 50 με Φ.Π.Α. για τις ανάγκες τόσο ..... όσο και του ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, με δικαίωμα παράτασης μέχρι την εξάντληση των ποσοτήτων αλλά όχι πέραν του ενός (1) έτους, με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 1.388.265,33 ευρώ που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 28-11-2017 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1-12-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ..... την 1-12-2017. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

## Αριθμός απόφασης: 296/2018

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία ..... και ποσού ευρώ 6.941,33 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω τράπεζας ..... της 13-4-2018, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η από 16-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα με αρ. πρωτ. 17231/3-4-2018 πράξης του διοικητή της αναθέτουσας, με τίτλο «Παροχή διευκρινήσεων από τις συμμετέχουσες εταιρίες στο πλαίσιο του Ηλεκτρονικού Διεθνή Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού (συστημικός αριθμός ..... ) για την προμήθεια «.....» (CPV: ..... ) για τις ανάγκες τόσο ..... όσο και του .....» Αποκεντρωμένη Οργανική Μονάδα ..... (αριθμός διακήρυξης .....)", η οποία ορίζει ότι σε συνέχεια του με αρ. πρωτ. 16444/29.03.2018 εγγράφου της ομάδας εργασίας που ορίστηκε για την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού με αρ. Διακήρυξης ..... για την προμήθεια «.....» με θέμα «.....», ζητήθηκε από τους μετέχοντες στον διαγωνισμό, ο χρόνος υποβολής προσφορών των οποίων έληξε ήδη από 15-1-2018 και πλέον η διαδικασία τελεί στο στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, να διαβεβαιώσουν ως και την 18-4-2018 εγγράφως την αναθέτουσα ότι για την προσφορά τους για τις αρθροπλαστικές δεσμεύονται για τα ακόλουθα "1. Απαιτείται 24ωρη κάλυψη από τεχνικό αντιπρόσωπο της εταιρείας καθώς και διάθεση τουλάχιστον 6 (έξι) εργαλειοσειρών από το μειοδότη. Η διάρθρωση των προγραμμάτων χειρουργείου και η κατανομή των αιθουσών στις δύο ..... είναι τέτοια, ώστε δύο φορές την εβδομάδα λειτουργούν ταυτόχρονα τρεις (3) αίθουσες Ορθοπαιδικών επεμβάσεων στα δύο ..... Η όποια εταιρεία λοιπόν επιλεγεί ως μειοδότη θα πρέπει να είναι σε θέση να καλύψει τις ανάγκες τριών αιθουσών ταυτόχρονα με τεχνικό αντιπρόσωπο, σετ εργαλείων και αναλώσιμα υλικά. Θα χρειαστεί με άλλα λόγια να διαθέσει τρεις αντιπροσώπους και έξι (6) τουλάχιστον εργαλειοσειρές." και επιπλέον για το ότι, κατά το γράμμα της πράξης "1. Βασική προϋπόθεση για τη χρήση των αρθροσκοπικών ειδών είναι η παροχή από το μειοδότη των συσκευών ενός (τουλάχιστον) πλήρους αρθροσκοπικού πύργου. Ειδικότερα για τη διενέργεια αρθροσκοπικών επεμβάσεων στο γόνατο και στον ώμο χρειαζόμαστε τα εξής: Ι. Πλήρη αρθροσκοπικό πύργο που να περιέχει τις εξής συσκευές: Α) Αντλία διπλής ροής (Εισροής – Εκροής) που να ελέγχει η ίδια η συσκευή την εισαγωγή και εξαγωγή υγρών.

## Αριθμός απόφασης: 296/2018

B) Διπολική διαθερμία (τύπου *Serfas* ή τύπου *Varor*) για ευθέα και κεκαμμένα ηλεκτρόδια με αναρρόφηση Γ) Συσκευή και κάμερα υψηλής ανάλυσης Δ) Οθόνη υψηλής ανάλυσης Ε) Συσκευή γλυφανισμού (*Shaver*) και τη χειρολαβή που να δέχεται ευθέα και κεκαμμένα μαχαιρίδια ΣΤ) Πηγή ψυχρού φωτός με λυχνία *Xenon* Ζ) Καλώδιο ψυχρού φωτός Η) Οπτική 30 και 70 μοιρών με τα αντίστοιχα μανίκια (*sheath*). ~~ΣΗΜΕΙΩΣΗ:~~ Όταν υπάρχουν δύο ή τρία χειρουργεία την ίδια ημέρα θα πρέπει να προσκομίζονται οι αντίστοιχες μονάδες συσκευών διπλές ή τριπλές. II. Ειδικό κρεβάτι για επεμβάσεις ώμου που να προσαρμόζεται στα υπάρχοντα χειρουργικά κρεβάτια στις αίθουσες χειρουργείων μόνο για τις ανάγκες του ..... III. Για τις επεμβάσεις ώμου, εργαλεία τύπου *Tag*". Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση των άρ. 26 παρ. 5 Ν. 4412/2016, ως και της παρ. 2 του Παραρτήματος VIII του Προσαρτήματος Α' αυτού, αλλά και της αρχής που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις ότι απαγορεύεται η μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού τροποποίηση των όρων διακήρυξης, η αναθέτουσα δια της προσβαλλομένης προέβη σε τροποποίηση των όρων αυτής μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού και την υποβολή προσφορών, ως και το άνοιγμα αυτών, θίγοντας τις αρχές διαφάνειας, ίσης μεταχείρισης και υγιούς ανταγωνισμού. Ότι η ως άνω πράξη, καταχρηστικά φέρουσα τον τίτλο περί παροχής διευκρινίσεων, χωρίς δε καμία οικεία πρόβλεψη της διακήρυξης, μετέβαλε και προσέθεσε νέες τεχνικές προδιαγραφές, αφού πουθενά δεν προβλεπόταν η δυνατότητα 24ωρης κάλυψης από τεχνικούς αντιπροσώπους ή η παροχή πύργων και ειδικών κρεβατιών ως συνοδού εξοπλισμού, τα οποία ζητώνται το πρώτον δια της προσβαλλομένης. Εξάλλου, αφενός οι διευκρινίσεις επί της διακήρυξης λαμβάνουν χώρα πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, αφετέρου η προκείμενη πράξη δεν συνιστά κλήση για παροχή διευκρινίσεων κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 αφού δεν αφορά έγγραφα και δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν από τους μετέχοντες, αλλά το πρώτον θέσπιση νέων προδιαγραφών και ζήτηση νέων εγγράφων, δεσμεύσεων και απόκρισης σε απαιτήσεις που δεν προβλέπονταν στη διακήρυξη. Προς τούτο, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της ως άνω προσβαλλομένης ως και των νέων όρων επί της διαδικασίας τους οποίους αυτή θέτει.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί προμήθειας αγαθού, και του χρόνου αποστολής της προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή

## **Αριθμός απόφασης: 296/2018**

ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, επικαλούμενος χρόνος γνώσης εκ του προσφεύγοντος την 4-4-2018 και ημερομηνία άσκησης η πρώτη εργάσιμη ημέρα, ήτοι η 16-4-2018 από τη λήξη της οικείας προθεσμίας, η οποία, ήτοι η 14-4-2018, ήταν Σάββατο, βλ. ΔΕφΠατρ Ν39/2017), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπό. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώσ έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής, αφού μετείχε στη διαδικασία και υπέβαλε σε αυτήν προσφορά και συνεπώς, προδήλως, θίγεται από την το πρώτον πλέον μεταβολή των όρων αυτής, διακινδυνευομένης της ισότιμης μεταχείρισής του έναντι των λοιπών μετεχόντων, ένεκα των νέων απαιτήσεων ως και της τροποποίησης του αντικειμένου της διαδικασίας που προκύπτει από την προσβαλλόμενη πράξη. Επομένως, η Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσία.

4. Επειδή, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ και πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 17, 65, 66, 70, 94, 115, 121, 148, 174, 181, 182, 214/2017 και 28, 96, 140, 145 και 177, 146, 147, 171, 174, 191, 195, 237 και 254/2018), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κ.λπ.). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ C-19/00, Siac Construction Ltd, Απόφαση της 18.10.2001, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Απόφαση της 25.04.1996, σκέψη 54 κ.λπ.). Επιπλέον, η αναθέτουσα η οποία διενεργεί τον διαγωνισμό υποχρεούται από την έναρξη και μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει όσα ορίζονται στη διακήρυξη, χωρίς μεταγενέστερες το πρώτον κατά την αξιολόγηση νέες ερμηνείες που μεταβάλλουν το περιεχόμενό της ανά περίπτωση (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003). Η δε παράβαση των διατάξεων της διακήρυξης, οι οποίες πρέπει να ερμηνεύονται στενά και αυστηρά, συνιστά παράβαση νόμου και οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών

## **Αριθμός απόφασης: 296/2018**

πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Τα παραπάνω προκύπτουν και εκ της αρχής της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion 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), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάσει των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών). Κατά τα ως άνω, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 254/2018). Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Εξάλλου, η ίδια τυπικότητα και μη απόκλιση από το γράμμα της διακήρυξης δεν διέπει μόνο όσα απαιτούνται, αλλά και όσα δεν απαιτούνται από τους διαγωνιζόμενους, δηλαδή δεν δύναται η διακήρυξη το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται με τρόπο που προσθέτει νέες απαιτήσεις και δη επί ποινή αποκλεισμού στους προσφέροντες (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 193/2018). Τούτο, διότι η αυστηρή αυτή ερμηνεία και εφαρμογή πρέπει να σχετίζεται με το γράμμα και τη σαφήνεια της διακήρυξης, λόγω της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει, 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

## **Αριθμός απόφασης: 296/2018**

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 έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA). Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως και η υποχρέωση διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 28, και απόφαση Medipac—Καζαντζίδης, C-6/05, EU:C:2007:337, σκέψη 54). Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μηκίδης, 2009, σελ. 87 επ.). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776). Τα ως άνω σημαίνουν, όπως προκύπτει δε και από παγία πρακτική της ΑΕΠΠ (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 132, 233, 234, 237, 246/2017 και 18, 80/2018), ότι δεν επιτρέπεται τη διακήρυξη να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται διασταλτικά, δημιουργικά και διευρυντικά των υποχρεώσεων των προσφερόντων, ώστε να συνάγονται έτσι το πρώτον κατά το στάδιο της αξιολόγησης νέοι λόγοι αποκλεισμού και να προκύπτουν βάσεις απόρριψης της προσφοράς τους, οι οποίες όμως ουδόλως προέκυπταν με σαφήνεια από το ίδιο το ρητό κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 195 και 237/2018). Τα παραπάνω, πολλώ δε μάλλον, σημαίνουν ότι αποκλείεται οιαδήποτε μεταβολή του ίδιου του περιεχομένου της διακήρυξης, των τεχνικών προδιαγραφών, απαιτήσεων, ζητούμενων από τους μετέχοντες και των εν γένει όρων της, ως και η τροποποίηση του εν τέλει φυσικού αντικειμένου, που προκύπτει δια ζητήσεως νέων αγαθών ή υπηρεσιών ή αγαθών ή υπηρεσιών με άλλα, αυξημένα ή μεταβληθέντα χαρακτηριστικά, με νέα πράξη της αναθέτουσας που εκδίδεται και κοινοποιείται σε αυτούς μετά τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών και προφανώς μετά την αποσφράγιση και κατά την αξιολόγηση των προσφορών τους.

5. Επειδή, κατ' άρ. 60 παρ. 3 Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι "3. Οι αναθέτουσες

## **Αριθμός απόφασης: 296/2018**

αρχές παρατείνουν την προθεσμία παραλαβής των προσφορών, ούτως ώστε όλοι οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς να μπορούν να λάβουν γνώση όλων των αναγκαίων πληροφοριών για την κατάρτιση των προσφορών στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν, για οποιονδήποτε λόγο, πρόσθετες πληροφορίες, αν και ζητήθηκαν από τον οικονομικό φορέα έγκαιρα δεν έχουν παρασχεθεί το αργότερο έξι ημέρες πριν από την προθεσμία που ορίζεται για την παραλαβή των προσφορών. Σε περίπτωση επισπευσμένης διαδικασίας, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 27 και την παρ. 7 του άρθρου 28, η προθεσμία ορίζεται σε τέσσερις (4) ημέρες, β) όταν τα έγγραφα της σύμβασης υφίστανται σημαντικές αλλαγές. Η διάρκεια της παράτασης είναι ανάλογη με τη σπουδαιότητα των πληροφοριών ή των αλλαγών. Όταν οι πρόσθετες πληροφορίες δεν έχουν ζητηθεί έγκαιρα ή δεν έχουν σημασία για την προετοιμασία κατάλληλων προσφορών, δεν απαιτείται από τις αναθέτουσες αρχές να παρατείνουν τις προθεσμίες.” και κατ’ άρ. 53 παρ. 1 ότι “Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.” Και κατ’ άρ. 26 παρ. 5, 53 παρ. 2, 54 παρ. 1 και 63 Ν. 4412/2016 ως και το Παράρτημα V του Προσαρτήματος Α αυτού, οι τεχνικές προδιαγραφές, τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των υπό προμήθεια υπηρεσιών και αγαθών και η ακριβής περιγραφή του φυσικού αντικείμενου προσδιορίζονται αποκλειστικά από τα έγγραφα της σύμβασης, ενώ κατά το άρ. 2 παρ. 1 περ. 14 Ν. 4412/2016 “ως «έγγραφο διαδικασίας σύναψης της σύμβασης» ή «έγγραφο της σύμβασης» νοείται κάθε έγγραφο το οποίο παρέχει ή στο οποίο παραπέμπει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας με σκοπό να περιγράψει ή να προσδιορίσει στοιχεία της σύμβασης ή της διαδικασίας ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένης της προκήρυξης σύμβασης των άρθρων 63 και 293, της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62..., των τεχνικών προδιαγραφών, του περιγραφικού εγγράφου, των προτεινόμενων όρων της σύμβασης, των υποδειγμάτων για την προσκόμιση των εγγράφων από τους υποψηφίους και τους προσφέροντες, των πληροφοριών σχετικά με τις γενικές και ειδικές υποχρεώσεις και τυχόν πρόσθετων εγγράφων. Επίσης, στην έννοια αυτή περιλαμβάνονται και η διακήρυξη ή η πρόσκληση σε διαπραγμάτευση στις οποίες αναφέρονται όλοι οι ειδικοί και γενικοί όροι σύναψης και εκτέλεσης της σύμβασης, το Ενιαίο Ευρωπαϊκό Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), οι συμπληρωματικές πληροφορίες που παρέχει η αναθέτουσα αρχή δυνάμει της παρ. 2 του άρθρου 67 και της παρ. 2 του άρθρου 297, το σχέδιο της σύμβασης μετά των παραρτημάτων αυτής και η τεχνική συγγραφή υποχρεώσεων που περιλαμβάνει και τις εφαρμοστέες τεχνικές προδιαγραφές” και συνεπώς τα οριζόμενα στα ως άνω έγγραφα της σύμβασης, που πρέπει να δημοσιεύονται και να καθίστανται διαθέσιμα στους

## **Αριθμός απόφασης: 296/2018**

ενδιαφερόμενους προς συμμετοχή για επαρκές για τη σύνταξη των προσφορών τους διάστημα προ του καταληκτικού χρόνου υποβολής αυτών, δεν επιδέχονται μεταγενέστερης τροποποίησης μετά την υποβολή και αποσφράγιση των προσφορών και κατά τον χρόνο της αξιολόγησης αυτών. Εξάλλου, θα ήταν εκτός των άλλων και προδήλως αντίθετο στις αρχές της διαφάνειας και του υγιούς ανταγωνισμού, να απαιτείται από τους προσφέροντες, προκειμένου να γίνουν αποδεκτές οι προσφορές τους, να αναλάβουν νέες δεσμεύσεις, ενώ οι ήδη υποβληθείσες οικονομικές προσφορές τους, που συντάχθηκαν εν αγνοία των το πρώτον κατά την αξιολόγηση νέων απαιτήσεων, είναι αδύνατον να μεταβληθούν. Περαιτέρω, ο Ν. 4412/2016 καταλείπει, κατά τους όρους του άρ. 26 παρ. 2 Ν. 4412/2016, περιθώριο στις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς να επιλέξουν να διενεργήσουν συγκεκριμένα είδη διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, όπως η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση και ο ανταγωνιστικός διάλογος, όπου οι ειδικότερες προδιαγραφές και το ίδιο το φυσικό αντικείμενο ως και οι υποχρεώσεις που αναλαμβάνουν οι προσφέροντες και οι απαιτήσεις που τους επιβάλλονται δύνανται, εν μέρει και πάλι υπό περιορισμούς, να διαμορφωθούν εν μέσω της διαδικασίας και μετά την καταρχήν έκφραση της πρόθεσης των τελευταίων να μετάσχουν σε αυτήν. Δεν είναι όμως δυνατό να λάβει χώρα μια τέτοια μεταβολή και τροποποίηση, κατόπιν του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, στα πλαίσια της ανοικτής διαδικασίας του άρ. 27 Ν. 4412/2016, βάσει της οποίας, κατ' επιλογή της αναθέτουσας, λαμβάνει χώρα η προκείμενη ανάθεση δημόσιας σύμβασης. Μόνη δε λύση που απομένει σε τέτοια περίπτωση στην αναθέτουσα, εφόσον αποφασίσει ότι η διακήρυξη και οι απαιτήσεις που αυτή έθεσε τελούν σε έλλειψη, δεν καλύπτουν τις ανάγκες της και χρήζει μεταβολών, τροποποιήσεων και προσθήκης νέων όρων και προδιαγραφών είναι αποκλειστικά η ματαίωση της διαδικασίας και η επαναπροκήρυξή της με τους νέους όρους. Περαιτέρω, το άρ. 102 Ν. 4412/2016 αφορά συμπλήρωση και διευκρίνιση εγγράφων που έχουν ήδη υποβληθεί κατά τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και ασάφεις ή επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα επιδεχόμενα διόρθωσης, ενώ κατά τις παρ. 3-4 αυτού δεν πρέπει να εισάγουν διακρίσεις ή να έχουν ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση των προσφορών. Επομένως, οι κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 διευκρινίσεις συνιστούν μέσο συμπλήρωσης και διόρθωσης μη ουσιωδών αποκλίσεων συγκεκριμένων προσφορών από τους όρους της διακήρυξης και όχι μέσο εισαγωγής νέων όρων της διαδικασίας προς ορισμένους ή και το σύνολο των μετεχόντων.

6. Επειδή, εν προκειμένω, δια της προσβαλλομένης πράξης που εκδόθηκε



## Αριθμός απόφασης: 296/2018

και κοινοποιήθηκε στους μετέχοντες στη διαδικασία, την 4-4-2018, ήτοι κατά τον χρόνο αξιολόγησης των προσφορών και ενώ ο καταληκτικός χρόνος υποβολής αυτών είχε ήδη παρέλθει από 15-1-2018 και αυτές έχουν ήδη υποβληθεί, εισάγονται νέοι όροι στη διαδικασία και μεταβάλλονται οι απαιτήσεις και οι τεχνικές προδιαγραφές που είχαν οριστεί από τη δημοσιευμένη στο ΕΣΗΔΗΣ και ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξη και ενώ η προκήρυξη της άνω των ορίων ανοικτής διαδικασίας είχε συννόμως δημοσιευθεί στην ΕΕΕΕ. Δια της προσβαλλομένης, η οποία όλως εσφαλμένα τιτλοφορείται ως παροχή διευκρινίσεως, ενώ λαμβάνει χώρα μετά από διάστημα άνω των δύομιση μηνών από την υποβολή των προσφορών, η αναθέτουσα ζητά από το σύνολο των ήδη προσφερόντων, να αναλάβουν νέες δεσμεύσεις εν μέσω αξιολόγησης των προσφορών τους και να προσκομίσουν σχετικό έγγραφο με καταληκτική ημερομηνία την 18-4-2018. Σημειωτέον δε, ότι το άρ. 14.1 της διακήρυξης προβλέπει απόρριψης προσφοράς ως απαράδεκτης αν *“Παρουσιάζει ουσιώδεις αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές του τεύχους της διακήρυξης και των παραρτημάτων της ή δεν ικανοποιεί τους όρους και τις απαιτήσεις που χαρακτηρίζονται απαράβατοι ή επί ποινή αποκλεισμού.”*, πρόβλεψη που επαναλαμβάνεται στο άρθρο 15ο στοιχ. 12 της διακήρυξης, για όποια προσφορά παρουσιάζει ουσιώδεις αποκλίσεις από τις τεχνικές προδιαγραφές του ως άνω τεύχους της διακήρυξης ή δεν καλύπτει πλήρως τους απαράβατους όρους ή τις επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, ενώ κατά τον όρο 12.1.3 στοιχ. ι ο φάκελος τεχνικής προσφοράς πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να περιλαμβάνει περιγραφή των προσφερόμενων ειδών και τα τεχνικά χαρακτηριστικά τους, προφανώς ως προς και σε σχέση, κατά το άρθρο 2ο εξάλλου, σελ. 8 της διακήρυξης, με τα ζητούμενα στο Παράρτημα Γ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της διακήρυξης, οι οποίες κατά τη σελ. 6 της διακήρυξης συνιστούν αναπόσπαστο μέρος αυτής.<sup>[LSEP]</sup> Περαιτέρω, ενώ η διακήρυξη στον όρο 12.1.3 στοιχ. ιι αυτής περί του επί ποινή αποκλεισμού, μάλιστα, περιεχομένου της τεχνικής προσφοράς ζητούσε ο κάθε προσφέρων να υποβάλει υπεύθυνη δήλωση ότι *«α. η ισχύς της προσφοράς του είναι διακόσιες σαράντα ημέρες (240) β. συμμορφώνεται πλήρως ως προς την περιγραφή και τα χαρακτηριστικά των προσφερομένων ειδών γ. θα παρέχει την απαραίτητη τεχνική υποστήριξη<sup>[LSEP]</sup> δ. θα διαθέτει ανά πάσα στιγμή του 24ώρου (συμπεριλαμβανομένων των αργιών και εορτών) καθ’ όλο το χρονικό διάστημα της σύμβασης κάθε προσφερόμενο είδος καθώς και τα αντίστοιχα set εργαλείων για την τοποθέτηση των υλικών τα οποία και θα προμηθεύει δωρεάν. ε. παρέχει τη δυνατότητα αντικατάστασης των υπό προμήθεια ειδών που έχουν λήξει ή τείνουν να λήξουν με είδη με μεταγενέστερη ημερομηνία λήξης.»<sup>[LSEP]</sup>* με την προσβαλλομένη πλέον ζητείται η δέσμευση για 24ωρη κάλυψη από τεχνικό αντιπρόσωπο και συγκεκριμένα η διάθεση

## **Αριθμός απόφασης: 296/2018**

τριών αντιπροσώπων και έξι τουλάχιστον εργαλειοσειρών. Όμως, με την προσβαλλομένη και πέραν των ζητούμενων στο Παράρτημα Γ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της διακήρυξης, το πρώτον ζητείται πλήρης αρθροσκοπικός πύργος, ενώ αυτός δεν ζητείται με τη διακήρυξη με ειδική σημείωση ότι θα πρέπει να περιέχει σειρά από ειδικές συσκευές που θα πρέπει να παρασχεθούν σε διπλή ή τριπλή σειρά μονάδων (με τη διακήρυξη ζητείτο μόνο η συσκευή γλυφανισμού και αυτή χωρίς τον προσδιορισμό να διαθέτει χειρολαβή που να δέχεται ευθέα και κεκαμμένα μαχαιρίδια). Επιπλέον, το πρώτον ζητούνται τόσο ειδικό κρεβάτι για επεμβάσεις ώμου που πρέπει να προσαρμόζεται στα υπάρχοντα χειρουργικά κρεβάτια στις αίθουσες χειρουργείων ειδικώς της αναθέτουσας, όσο και εργαλεία τύπου tag για επεμβάσεις ώμου. Όλα τα ανωτέρω, δεν είναι δυνατόν να εντοπιστούν στο Παράρτημα Γ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ούτε σε κανένα άλλο σημείο της διακήρυξης. Κατ' αποτέλεσμα, εν προκειμένω δια της προσβαλλομένης δεν μεταβάλλονται απλώς, σε κάθε περίπτωση ανεπίτρεπτα, ορισμένοι επιμέρους όροι ή απαιτήσεις για προσκόμιση δικαιολογητικών, αλλά το ίδιο το φυσικό αντικείμενο της διαδικασίας, δια της επιχειρήσεως συμπλήρωσης, μέσω της προσβαλλομένης, όσων αγαθών και χαρακτηριστικών τους είχαν ήδη ζητηθεί με τη διακήρυξη και για την προμήθεια των οποίων είχε προκηρυχθεί η προκειμένη διαδικασία. Περαιτέρω, βάσει του ότι κατά το άρθρο 2<sup>ο</sup> της διακήρυξης, κριτήριο κατακύρωσης είναι η χαμηλότερη τιμή ανά επιμέρους είδος, πλην των ειδών με α/α 39-45 που προσφέρονται αποκλειστικά ως σετ, είναι όλως αδιευκρίνιστο αν οι το πρώτον εισαγόμενες απαιτήσεις ιδρύουν νέα προς ανάθεση είδη, συναρτώνται με ορισμένα από τα ήδη προβλεφθέντα, για τα οποία μάλιστα προβλέπεται αυτοτελής δυνατότητα κατακύρωσης και αν ναι με ποια από αυτά, ενώ η απαίτηση για διάθεση τριών αντιπροσώπων δεν προκύπτει ότι επιμερίζεται σε συγκεκριμένο είδος. Τα ως άνω συγκροτούν πρόδηλη και μάλιστα, ασυνήθη, παρανομία αντικείμενη σε πάγιες αρχές του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων, η οποία παραβιάζει την ίση μεταχείριση, την τυπικότητα, τη διαφάνεια και τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και επιφυλάσσει ανεπίτρεπτη ευχέρεια στην αναθέτουσα προς μεταβολή των όρων της διαδικασίας κατά τον χρόνο αξιολόγησης των προσφορών και απεριόριστη δυνατότητα επιλογής της (βλ. Κατευθυντήρια Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 11 και εκεί αναλυτικές αναφορές σε περαιτέρω εθνική και ενωσιακή νομολογία και δη κυρίως, περί όρων που ήδη έχουν καταρχήν συμπεριληφθεί στη διακήρυξη και όχι το πρώτον εισαχθέντες κατά την αξιολόγηση). Σε κάθε μάλιστα περίπτωση, ακόμη και αν μέρος ή και το σύνολο των μετεχόντων όντως αναλάβουν τις δεσμεύσεις αυτές, η αναθέτουσα ουδόλως έχει τη δυνατότητα να λάβει

## **Αριθμός απόφασης: 296/2018**

αυτές υπόψη κατά την αξιολόγηση προς αποκλεισμό ή αποδοχή προσφορών ούτε να τις συμπεριλάβει στην οικεία συμβασιοποίηση, δεδομένου ότι όσα αναφέρθηκαν στην ως άνω σκ. 4 δεν επαφίονται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας ή τη συμφωνία των ανά περίπτωση επιμέρους προσφερόντων ως προς την τήρησή τους. Δεν επαφίεται εξάλλου, η τήρηση του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης και της αρχής της τυπικότητας στους ανά περίπτωση προσφέροντες και την ανά περίπτωση αναθέτουσα, ενώ εξάλλου, είναι προφανές ότι δια της προσβαλλομένης και της εξ αυτής εισαγωγής νέων όρων εισάγεται παράμετρος άνισης μεταχείρισης εις βάρος των ήδη προσφερόντων που τυχόν αρνηθούν την ανάληψη της οικείας περαιτέρω και το πρώτον απαιτηθείσας δεσμεύσεως. Ούτε νοείται έννομο συμφέρον τυχόν μετεχόντων από τη διατήρηση των το πρώτον απαιτήσεων της προσβαλλομένης επί τη βάση τυχόν εκ μέρους τους πρόθεσης αποδοχής αυτών, διότι το συμφέρον αυτό δεν είναι έννομο, αλλά ερείδεται επί εκούσιας τροποποίησης των όρων διακήρυξης κατά την αξιολόγηση, το δε τυχόν εύλογο συμφέρον προς ανάληψη της οικείας σύμβασης που συντρέχει στο πρόσωπο των μετεχόντων συναρτάται απαραίτητως με τους όρους και το αντικείμενο και περιεχόμενο της διαδικασίας, όπως ετέθη δια της διακηρύξεως και όχι από το τυχόν μεταβληθέν και επαφιόμενο στην ανέλεγκτη ευχέρεια και βούληση της αναθέτουσας όποιο συμβατικό αντικείμενο καταλήξει κατόπιν των κατά την αξιολόγηση τροποποιήσεων των εξ αυτής ζητούμενων. Εξάλλου, η προσβαλλομένη δεν συναρτάται με την αποδοχή ή τον αποκλεισμό ή τις τυχόν ελλείψεις και διευκρινίσεις επί της προσφοράς συγκεκριμένου προσφέροντος, αλλά με την το πρώτον θέσπιση νέων κοινών για όλους τους προσφέροντες και γενικών απαιτήσεων από την αναθέτουσα. Ουδόπως δε, τα ζητούμενα από την προσβαλλομένη συνεχονται με την έννοια των κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 και του όρου 12.1.2 της διακήρυξης, διευκρινίσεων αφού απευθύνονται γενικώς στο σύνολο των μετεχόντων, χωρίς καμία συγκεκριμενοποίηση τυχόν ασάφειας ή επουσιώδους έλλειψης της επιμέρους προσφοράς καθενός και ιδίως εισάγουν νέους όρους, απαιτούν νέες το πρώτον ζητούμενες δεσμεύσεις και την προσκόμιση οικείου μη ζητηθέντος από τη διακήρυξη εγγράφου και οδηγούν σε ουσιώδη μεταβολή των προσφορών. Ακόμη δε και αν υποτίθετο ότι ορισμένες από τις δια της προσβαλλομένης εισαχθείσες απαιτήσεις ερείδονται και επεξηγούν τυχόν ήδη απαιτούμενα εκ της διακήρυξης και πάλι η προσβαλλομένη είναι παράνομη, αφού ουδόπως δύναται να επεκτείνει, αποσαφηνίσει και εν γένει μεταβάλει το κανονιστικό περιεχόμενο της διακήρυξης, ακόμη και κατά το τυχόν ατελές ή ασαφές κατά την ίδια μέρος του, όπως η ίδια το έθεσε και έτυχε ανεπιφύλακτης αποδοχής από τους μετέχοντες. Τούτο, αφού μετά την υποβολή των προσφορών και κατά την αξιολόγηση,

## **Αριθμός απόφασης: 296/2018**

οι τυχόν ελλείψεις ή ασάφεις της διακήρυξης δεν δύνανται να αντιταχθούν κατά των προσφερόντων ούτε δια τυχόν αποκλεισμού τους ούτε δια τυχόν το πρώτον ζήτησης νέων απαιτούμενων από αυτούς και πλέον δεκτικές αποσαφήνισης είναι μόνο, και δη υπό τους στενούς όρους του άρ. 102 Ν. 4412/2016, οι προσφορές των μετεχόντων επί των απαιτήσεων της αναθέτουσας και όχι οι απαιτήσεις της αναθέτουσας ούτε είναι δυνατή η προσαρμογή των ήδη υποβληθεισών προσφορών σε νέες διατυπώσεις, αποσαφηνίσεις και μεταβολές του περιεχομένου των απαιτήσεων αυτών. Εφόσον δε, η αναθέτουσα κρίνει ότι οι απαιτήσεις που επιχείρησε να εισάγει το πρώτον με την προσβαλλομένη είναι κρίσιμης για την ίδια σημασίας, οφείλει να ματαιώσει και να επαναπροκηρύξει τη διαδικασία ενσωματώνοντας τους νέους τυχόν όρους σε νέα διακήρυξη και όχι να συνεχίσει την προκείμενη διαδικασία με τροποποιημένους όρους. Αν δε η προκείμενη διαδικασία συνεχιστεί, θα πρέπει οι προσφορές να αξιολογηθούν, το αποτέλεσμα του διαγωνισμού να κατακυρωθεί και εν τέλει η διαδικασία να ολοκληρωθεί με βάση αποκλειστικά και μόνο όσα έγγραφα, αλλά και προδιαγραφές ως και απαιτήσεις ζητούνταν δια της ίδιας της διακηρύξεως και δη βάσει των τυχόν σαφών όρων αυτής, οι όποιες δε τυχόν διευκρινίσεις ζητηθούν θα ζητηθούν επί συγκεκριμένων προσφορών και δη επί τυχόν ασαφειών ή πλημμελειών τους με βάση όσα ήδη με σαφήνεια ζητούνταν από τη διακήρυξη και όχι επί τυχόν το πρώτον νέων αναγκών και απαιτήσεων της αναθέτουσας ή διασταλτικής το πρώτον ερμηνείας των όρων της διακήρυξης και θα λάβουν αυτές οι διευκρινίσεις χώρα, κατ' άρ. 102 παρ. 4 Ν. 4412/2016, μόνο δια εγγράφων που διευκρινίζουν ή συμπληρώνουν σε σχέση με τα ήδη ζητούμενα, έγγραφα που ήδη εξαρχής απαιτούντο και κατά το περιεχόμενο που όφειλαν εξαρχής να έχουν και έχουν ήδη υποβληθεί.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή.

8. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο ποσού 6.941,33 ευρώ, που κατέβαλε ο προσφεύγων για την άσκηση της προσφυγής του.

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αρ. πρωτ. 17231/3-4-2018 Πράξη Διοικητή της αναθέτουσας, με τίτλο «Παροχή διευκρινήσεων από τις συμμετέχουσες εταιρίες στο πλαίσιο του

**Αριθμός απόφασης: 296/2018**

Ηλεκτρονικού Διεθνή Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού (συστημικός αριθμός ..... ) για την προμήθεια «.....» (CPV: ..... ) για τις ανάγκες τόσο ..... όσο και ..... (αριθμός διακήρυξης .....)”.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 6.941,33 ευρώ, το οποίο αυτός κατέβαλε για την άσκηση της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17-4-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ**