

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31.01.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 109/31.01.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία « .....» που εδρεύει στον ....., οδός ....., αρ. .... Τ.Κ. ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Γενικού ..... « .....» (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία « .....» που εδρεύει στον ....., οδός ....., αρ. ...., Τ.Κ. ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί: α) το υπ' αριθμ. 1<sup>ο</sup> Πρακτικό της 20<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2020 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 21<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), δυνάμει του οποίου αποφασίστηκε ομόφωνα μεταξύ άλλων, η έγκριση της ακύρωσης του υπ' αριθμ. 35<sup>ο</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> (.....) και η έγκριση της συμμόρφωσης με την υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφασης του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και β) το αναβιώσαν, σύμφωνα με το διατακτικό της ίδιας ως άνω απόφασης, υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικό της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), δυνάμει του οποίου έγιναν δεκτά

## **Αριθμός Απόφασης: 352/2020**

τα υπ' αριθμ. 1/24.01.2019 και υπ' αριθμ. 2/20.09.2019 Πρακτικά παραλαβής, αποσφράγισης, ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για το προσφερόμενο είδος με α/α 1.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα εταιρεία αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί σε ισχύ: α) το προσβαλλόμενο υπ' αριθμ. 1<sup>ο</sup> Πρακτικό της 20<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2020 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 21<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), δυνάμει του οποίου αποφασίστηκε ομόφωνα μεταξύ άλλων, η έγκριση της ακύρωσης του υπ' αριθμ. 35<sup>ο</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> (.....) και η έγκριση της συμμόρφωσης με την υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφασης του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και β) το συμπροσβαλλόμενο, αναβιώσαν, σύμφωνα με το διατακτικό της ίδιας ως άνω απόφασης, υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικό της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), δυνάμει του οποίου έγιναν δεκτά τα υπ' αριθμ. 1/24.01.2019 και υπ' αριθμ. 2/20.09.2019 Πρακτικά παραλαβής, αποσφράγισης, ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για το προσφερόμενο είδος με α/α 1.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

### **Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

### **Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, το ..... «Ο .....» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Επαναληπτικό Δημόσιο Ηλεκτρονικό Ανοιχτό κάτω των ορίων Διαγωνισμό, με Αριθμό Διακήρυξης ..... και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ....., η οποία

## Αριθμός Απόφασης: 352/2020

αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 06.12.2018, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΟΡΓΑΝΩΝ-ΛΑΠΑΡΟΣΚΟΠΙΚΩΝ (ΕΙΔΗ ΠΟΥ ΔΕΝ ΠΡΟΣΦΕΡΘΗΚΑΝ/ΚΑΤΑΚΥΡΩΘΗΚΑΝ ΣΤΟΝ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ ΕΣΗΔΗΣ .....))» (CPV .....), συνολικού προϋπολογισμού εκατόν είκοσι τεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων ογδόντα ενός ευρώ και τριάντα έξι λεπτών (124.681,36 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ήτοι εκατό χιλιάδων εξακοσίων πενήντα ευρώ και εξήντα ενός λεπτών (100.650,61 €) χωρίς Φ.Π.Α., διάρκειας δώδεκα (12) μηνών με δικαίωμα τρίμηνης παράτασης ως προς την απορρόφηση του φυσικού ή οικονομικού αντικειμένου, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 17<sup>η</sup> Ιανουαρίου 2019, ημέρα Πέμπτη και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 24<sup>η</sup> Ιανουαρίου 2019, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 17.01.2019 και ώρα 10:28:16 π.μ. την υπ' αριθμ. .... προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της, στρέφεται κατά του υπ' αριθμ. 1<sup>ου</sup> Πρακτικού της 20<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2020 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 21<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....) και του υπ' αριθμ. 33<sup>ου</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), το οποίο αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 11.10.2019, οπότε και είχε λάβει πλήρη γνώση του η προσφεύγουσα. Κατά της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ασκήθηκε ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. η από 18.10.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (Γ.Α.Κ.) Α.Ε.Π.Π. 1275/21.10.2019 προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρείας. Η εν λόγω προσφυγή χρεώθηκε στο 7<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π στις 21.10.2019 και ακολούθως, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1618/21.10.2019 Πράξης του Προέδρου του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίστηκε ως ημερομηνία εξέτασής της η 25<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2019. Επί της ίδιας ως άνω προσφυγής, η νυν παρεμβαίνουσα εταιρεία, άσκησε την

## Αριθμός Απόφασης: 352/2020

από 29.10.2019 παρέμβασή της, με αίτημα την απόρριψη της προαναφερθείσας προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος του υπ' αριθμ. 33<sup>ου</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδριάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....). Ωστόσο, δυνάμει του υπ' αριθμ. 35<sup>ου</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδριάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), το οποίο αναρτήθηκε στην «επικοινωνία» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08.11.2019, αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της τροποποίησης του προσβαλλόμενου με την προδικαστική προσφυγή υπ' αριθμ. 33<sup>ου</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδριάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), αναφορικά με τα προσφερόμενα είδη με α/α 1 και 12, τα οποία θα επαναπροκηρυχθούν με νέα διαγωνιστική διαδικασία, έπειτα από τον επανέλεγχο και την επικαιροποίηση των τεχνικών τους προδιαγραφών και ως εκ τούτου, δυνάμει του υπ' αριθμ. 131/12.12.2019 Πρακτικού Ανάκλησης του Προέδρου του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 17 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, η αρχικά ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή τέθηκε στο αρχείο και επεστράφη το καταβληθέν παράβολο στην προσφεύγουσα εταιρεία. Ακολούθως, η νυν παρεμβαίνουσα εταιρεία, δυνάμει της από 18.11.2019 προδικαστικής προσφυγής της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1420/19.11.2019 στράφηκε κατά του υπ' αριθμ. 35<sup>ου</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδριάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> (.....), κατά το μέρος που αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της τροποποίησης του υπ' αριθμ. 33<sup>ου</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδριάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), αναφορικά με τα προς προμήθεια είδη με α/α 1 και 12 του διαγωνισμού και η επαναπροκήρυξή τους με νέα διαγωνιστική διαδικασία, έπειτα από τον επανέλεγχο και την επικαιροποίηση των τεχνικών τους προδιαγραφών, αιτούμενη την ακύρωσή του. Η εν λόγω προσφυγή επίσης χρεώθηκε στο 7<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π στις 19.11.2019 και ακολούθως, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1792/19.11.2019 Πράξης του Προέδρου του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίστηκε ως ημερομηνία εξέτασής της η 23<sup>η</sup>

## Αριθμός Απόφασης: 352/2020

Δεκεμβρίου 2019. Επί της ως άνω προσφυγής της νυν παρεμβαίνουσας, εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η οποία έκανε την δεκτή και ακύρωσε το προσβαλλόμενο υπ' αριθμ. 35<sup>ο</sup> Πρακτικό της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> ( .....), κατά το μέρος που αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της τροποποίησης του υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), αναφορικά με τα προς προμήθεια είδη με α/α 1 και 12 του διαγωνισμού και η επαναπροκήρυξή τους με νέα διαγωνιστική διαδικασία, έπειτα από τον επανέλεγχο και την επικαιροποίηση των τεχνικών τους προδιαγραφών, σύμφωνα με το σκεπτικό της. Σε συμμόρφωση με την ανωτέρω απόφαση της Α.Ε.Π.Π., εκδόθηκε από την αναθέτουσα αρχή το υπ' αριθμ. 1<sup>ο</sup> Πρακτικό της 20<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2020 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 21<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), δυνάμει του οποίου αποφασίστηκε ομόφωνα: α) η έγκριση της ακύρωσης του υπ' αριθμ. 35<sup>ο</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> ( .....), β) η έγκριση της συμμόρφωσης με την υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφασης του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και σύμφωνα με το διατακτικό της ίδιας απόφασης, η αναβίωση του υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), γ) η έγκριση να ζητηθούν από τις προσωρινές μειοδότες εταιρείες (και άρα και την νυν παρεμβαίνουσα ως προσωρινή ανάδοχο για το τμήμα με α/α 1 του διαγωνισμού) τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του άρθρου 3.2 της διακήρυξης του διαγωνισμού και δ) να ενημερωθεί εγγράφως η Α.Ε.Π.Π. έως τις 13.02.2020 αναφορικά με την πράξη συμμόρφωσης. Η τελευταία αυτή απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κοινοποιήθηκε σε όλους τους ενδιαφερόμενους φορείς, μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 21.01.2020. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 31.01.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

## **Αριθμός Απόφασης: 352/2020**

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά: α) του υπ' αριθμ. 1<sup>ο</sup> Πρακτικού της 20<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2020 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 21<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....,), δυνάμει του οποίου αποφασίστηκε ομόφωνα μεταξύ άλλων, η έγκριση της ακύρωσης του υπ' αριθμ. 35<sup>ο</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> ( .....) και η έγκριση της συμμόρφωσης με την υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφασης του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και β) του αναβιώσαντος, σύμφωνα με το διατακτικό της ίδιας ως άνω απόφασης, υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....,), δυνάμει του οποίου έγιναν δεκτά τα υπ' αριθμ. 1/24.01.2019 και υπ' αριθμ. 2/20.09.2019 Πρακτικά παραλαβής, αποσφράγισης, ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για το προσφερόμενο είδος με α/α 1.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, να ακυρωθεί: α) το υπ' αριθμ. 1<sup>ο</sup> Πρακτικό της 20<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2020 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 21<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....,), δυνάμει του οποίου αποφασίστηκε ομόφωνα μεταξύ άλλων, η έγκριση της ακύρωσης του υπ' αριθμ. 35<sup>ο</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> ( .....) και η έγκριση της συμμόρφωσης με την υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφασης του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και β) το αναβίωσαν, σύμφωνα με το διατακτικό της ίδιας ως άνω απόφασης, υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικό της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....,), δυνάμει του οποίου έγιναν δεκτά τα υπ' αριθμ. 1/24.01.2019 και υπ' αριθμ. 2/20.09.2019 Πρακτικά παραλαβής, αποσφράγισης, ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, κατά το

## Αριθμός Απόφασης: 352/2020

μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για το προσφερόμενο είδος με α/α 1 και να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου .....), ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €) όπως εξοφλήθηκε και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίμαχος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, στις 03.02.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

10. Επειδή, παραδεκτά και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, κατατέθηκε στις 12.02.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η από 12 Φεβρουαρίου 2020 παρέμβαση της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον ....., οδός ....., αρ. ...., Τ.Κ. ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η δε παρεμβαίνουσα, έχει προφανές

## **Αριθμός Απόφασης: 352/2020**

έννομο συμφέρον από την απόρριψη της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της διαμορφωθείσας κατάστασης, δεδομένου ότι έχει ήδη ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος για το τμήμα με α/α 1 του διαγωνισμού. Επομένως, η ασκηθείσα, κατά τα ανωτέρω παρέμβαση, πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

11.Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 150/31.01.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 31.01.2020 και υπέβαλε στις 07.02.2020, ήτοι εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12.Επειδή, η προσφεύγουσα, βάσει του άρθρου 365 παρ. 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 42 του άρθρου 43 του Ν. 4605/2019 και ισχύει, υπέβαλε εμπρόθεσμα και παραδεκτά, στις 28.02.2020 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το από 28.02.2020 υπόμνημά της.

13.Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν απορριπτή, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή: α) του υπ' αριθμ. 1<sup>ου</sup> Πρακτικού της 20<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2020 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 21<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....,), δυνάμει του οποίου αποφασίστηκε ομόφωνα μεταξύ άλλων, η έγκριση της ακύρωσης του υπ' αριθμ. 35<sup>ου</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής



## Αριθμός Απόφασης: 352/2020

Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> ( .....) και η έγκριση της συμμόρφωσης με την υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφασης του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και β) του αναβιώσαντος, σύμφωνα με το διατακτικό της ίδιας ως άνω απόφασης, υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....,), δυνάμει του οποίου έγιναν δεκτά τα υπ' αριθμ. 1/24.01.2019 και υπ' αριθμ. 2/20.09.2019 Πρακτικά παραλαβής, αποσφράγισης, ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για το προσφερόμενο είδος με α/α 1.

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14.Επειδή, εφαρμοστέα στον επίμαχο διαγωνισμό είναι ιδίως, το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές» (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), το άρθρο 91 «Λόγοι απόρριψης προσφορών» και το άρθρο 214 «Δείγματα-Δειγματοληψία-Εργαστηριακές Εξετάσεις» του Ν. 4412/2016.

15.Επειδή, περαιτέρω, στο κεφάλαιο 6 της Διακήρυξης με τίτλο «ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ», άρθρο 6.5 με τίτλο «Δείγματα-Δειγματοληψία-Εργαστηριακές εξετάσεις» (σελ. 34), ορίζεται ότι για αυτά ισχύουν τα προβλεπόμενα: «Σύμφωνα με το άρθρο 214 του ν. 4412/2016.».

16.Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του Διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του Διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του Διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται

σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της Προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία.

17. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους Διαγωνισμούς, η 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 (Ολομ. ΣτΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕλΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕλΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, 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, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε 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, σκ. 27). Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της Διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους Αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕλΣυν 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της Διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιοϋλικού 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. 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 και VI Τμήμα ΕΛΣυν 78/2007). Ως εκ τούτου, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η Διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣτΕ 79/2009, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 26/2007 κ.ά., βλ. και Γνμδ ΝΣΚ 70/2002 που ορίζει ότι 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. Το ίδιο αφορά προφανώς και τη διαπίστωση της συνδρομής των τεχνικών προδιαγραφών, αλλά και των δικαιολογητικών συμμετοχής, τα οποία προβλέπονται ως όροι επί ποινή αποκλεισμού από τη Διακήρυξη.

18.Επειδή, η προσφεύγουσα με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως αναλύεται στις σελ. 4-15 της κρινόμενης προσφυγής της, υπό «(10) ΛΟΓΟΙ ΕΠΙ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ Η ΠΡΟΣΦΥΓΗ», προβάλλει ότι, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της με αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της ότι: «*Κατά την χρήση των δειγμάτων (2) παρατηρήθηκε εφίππευση των σκελών των κλίπ (σ.σ. της λαβίδας απολίνωσης), με αποτέλεσμα την αναποτελεσματική απολίνωση των αγγείων. Στο 2ο δείγμα τα κλιπ (σ.σ. της λαβίδας απολίνωσης), συνέβη ακριβώς το αντίθετο, δεν έκλεισαν.*», παραβίασε

τις διατάξεις της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και της υπ' αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Κοινής Υπουργικής Απόφασης περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων (ΦΕΚ Β' 2198/02.10.2009), καθώς εμπόδισε την ελεύθερη κυκλοφορία στην ελληνική αγορά, ήτοι σε έδαφος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προϊόντων της προσφεύγουσας και άρα τυγχάνει παράνομη και ακυρωτέα, κατά το μέρος που με αυτή απορρίφθηκε η προσφορά της για το τμήμα του διαγωνισμού με α/α 1. Επί των ανωτέρω επιμέρους ισχυρισμών της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των από 07.02.2020 Απόψεών της, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (email) στην Α.Ε.Π.Π., υποστηρίζει ότι: **«Α. ως προς τον πρώτο λόγο απόρριψης της παρούσας προδικαστικής προσφυγής**

[...].

*Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα προσβάλλει την υπ' αριθμ. Θ21 ΠΡΚ1 2020 και με ΑΔΑ ..... Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου ..... μας, η οποία ελήφθη σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφασή σας, και σύμφωνα με τα οριζόμενα στις οικείες διατάξεις του Ν. 4412/2016. Όπως, δε, προκύπτει από τα στοιχεία της εν θέματι προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα προσβάλλει εμμέσως το περιεχόμενο της με αριθμ. 42/2020 Απόφασής σας. Εντούτοις, σύμφωνα με τα ως άνω, η προσφεύγουσα απαραδέκτως ασκεί την παρούσα προδικαστική προσφυγή, καθώς στρεφόμενη κατά της υπ' αριθμ. Θ21 ΠΡΚ1 2020 και με ΑΔΑ .....Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... μας, με την οποία συμμορφωθήκαμε στην με αριθμό 42/2020 Απόφασή σας, όφειλε να ασκήσει τα ένδικα βοηθήματα της αίτησης αναστολής και της αίτησης ακύρωσης του άρθρου 372 του ν. 4412/2016, μέσα σε προθεσμία δέκα (10) ημερών από την έκδοση της απόφασής σας επί της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας με την επωνυμία « .....».*

**Ως εκ τούτου, σε συνδυασμό των παραπάνω, η παρούσα προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως προδήλως απαράδεκτη, διότι δεν τηρήθηκαν οι οικείες διατάξεις των άρθρων 367 και 372 του Ν. 4412/2016.»**. Αντίστοιχα, η αναθέτουσα αρχή, επικαλείται προς

αντίκρουση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας, τους ίδιους ισχυρισμούς που είχε προβάλλει και με τις από 25.10.2019 κοινοποιηθείσες στην Α.Ε.Π.Π., Απόψεις της προς αντίκρουση της αρχικά ασκηθείσας προσφυγής της νυν προσφεύγουσας, δυνάμει των οποίων είχε εισηγηθεί και τότε υπέρ της απόρριψής της, καθώς όπως χαρακτηριστικά αναφέρει σε αμφοτέρες τις απόψεις της: «...οι λόγοι αυτής είναι προδήλως μη νόμιμοι και αβάσιμοι στο σύνολό τους.». Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή επεσήμανε σε αμφοτέρες τις απόψεις της ότι η προσφεύγουσα, προέβαλε μη νόμιμα, αυθαίρετα και αλυσιτελώς το αίτημα ακύρωσης του υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....,), καθώς, όπως προκύπτει από το ίδιο το κείμενο των εν λόγω απόψεων της αναθέτουσας αρχής, «Ορθώς αποκλείστηκε η προσφεύγουσα από την επιτροπή κατά την αξιολόγηση του φακέλου της τεχνικής προσφοράς της, καθώς δεν πληρούσε τους γενικούς και ειδικούς όρους των τεχνικών προδιαγραφών που έθετε η ως άνω διακήρυξη.». Ομοίως, σε άλλο σημείο των απόψεών της, υπό «**Β. Ως προς τον δεύτερο λόγο απόρριψης της παρούσας προδικαστικής προσφυγής**», υποστηρίζει ότι: «Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΣτΕ, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που δεσμεύει τόσο την Αρχή που διενεργεί το διαγωνισμό όσο και τους διαγωνιζόμενους. Επιβάλλεται δε να προσδιορίζονται επακριβώς στην διακήρυξη τα προς συμμετοχή στο διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. (ΣτΕ 1619/2008, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΣτΕ ΕΑ 53/2011).

[...].

Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 214 («Δείγματα-Δειγματοληψία-Εργαστηριακές εξετάσεις») του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι (ακολουθεί στο κείμενο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, η παράθεση των διατάξεων του άρθρου 214 του Ν. 4412/2016, με έμφαση στην παρ. 5 αυτού)

5. [...] Τα δείγματα της κατηγορίας β' πρέπει να είναι, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές [...] Τα δείγματα της κατηγορίας β' αξιολογούνται κατά το στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς [...]

Εν προκειμένω, με τον όρο 6.5 (σελ. 34) της εν θέματι διακήρυξης, προβλεπόταν η εκ μέρους υποχρέωση των υποψηφίων οικονομικών φορέων προσκόμισης δειγμάτων, τα οποία υποβάλλονται σε πρακτική δοκιμασία από τους χειρουργούς-μέλη της επιτροπής αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών σύμφωνα με τα προεκτεθέντα στο άρθρο 214 του Ν. 4412/2016.

Σύμφωνα δε με το υπ' αριθμ. Πρωτ. 22254/23.10.2019 έγγραφο (**ΣΧΕΤ. 1**) της επιτροπής αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών σχετικά με τις απόψεις της αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας ως προς το είδος A/A 1 «Χρησιμοποιήθηκε δείγμα λαβίδα απολίνωσης αγγείων η οποία κατά την χρήση της παρατηρήθηκε εφίππευση των σκελών του κλίπ, με αποτέλεσμα την μη σύγκλιση του αγγείου (χοληφόρου και αιμοφόρου) και την εκροή χολώδους περιεχομένου στην περιοχή, η οποία αντιμετώπιστηκε με εφαρμογή κλίπς άλλης εταιρείας.

Ακολούθως, ζητήθηκε και δεύτερο δείγμα στο οποίο παρατηρήθηκε η μη πλήρης σύγκλιση του κλίπ με αποτέλεσμα την εκροή χολής και σε αυτήν την περίπτωση.

Η μη σωστή σύγκλιση των κλίπ στις Λαπαροσκοπικές επεμβάσεις προδιαθέτει σε χολόρροια ή αιμορραγία ή και στα δύο στον ασθενή.

Ως εκ τούτου, ο Χειρουργός δεν μπορεί να είναι σίγουρος για το αποτέλεσμα της επέμβασης και της μετεγχειρητικής πορείας του ασθενούς, στον οποίο μπορεί να εμφανιστούν σοβαρές επιπλοκές (αιμόρροια-χολόρροια) του ασθενούς.».

Επειδή, σύμφωνα με τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων έχει κριθεί ότι εφόσον απαιτείται από την διακήρυξη η προσκόμιση δείγματος συμφώνου με τις τεχνικές προδιαγραφές, προκειμένου να αξιολογηθεί βάσει αυτού η προσφορά – ως εν προκειμένω – τότε νομίμως απορρίπτεται η προσφορά εάν κριθεί ότι το προσκομισθέν δείγμα δεν εκπληρώνει τις προδιαγραφές [ΣτΕ 721/2011 (ΑΣΦ)]. Συνεπώς, ορθά σύμφωνα με τον νόμο και την διακήρυξη η αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας επικεντρώθηκε στην ποιότητα δειγμάτων και στις αναντιστοιχίες τους με τις τεχνικές προδιαγραφές, διότι αυτά σύμφωνα με τις προεκτεθείσες απόψεις των

*χειρουργών-μελών της επιτροπής αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών θέτουν σε κίνδυνο τη δημόσια υγεία και κατά συνέπεια το δημόσιο συμφέρον. Άλλωστε στην προδικαστική της προσφυγή, η προσφεύγουσα αποδέχεται και δεν αμφισβητεί ότι τα κατατεθέντα με την τεχνική της προσφορά δείγματα δεν πληρούν τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, όπως προκύπτει άλλωστε, και μέσα από το πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης, που άλλωστε είναι ενσωματωμένο στην υπ' αριθμ. Θ23 ΠΡΚ33 2019 και με ΑΔΑ ..... Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ..... « .....», στα πλαίσια του Επαναληπτικού Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού κάτω των ορίων (Τακτικού) Διαγωνισμού για την προμήθεια Χειρουργικών Οργάνων (CPV 33169000-2) – Λαπαροσκοπικών (CPV 33195200-5), με την οποία τέθηκε εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας η προσφεύγουσα και κατά της οποίας προσφεύγει.*

*Ως εκ τούτου, νομίμως τέθηκε εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσφεύγουσα διότι τα υλικά τα οποία προσέφερε, θα έθεταν σε κίνδυνο τη δημόσια υγεία και το δημόσιο συμφέρον.»*, ενώ περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, προς αντίκρουση του ισχυρισμού της προσφεύγουσας (υπό 3.2 της προσφυγής), σύμφωνα με τον οποίο, η αναθέτουσα αρχή, όφειλε πριν την απόρριψη της προσφοράς της, να κινήσει προηγουμένως την προβλεπόμενη διαδικασία διασφάλισης, σύμφωνα με τα οριζόμενα τόσο στην οδηγία 93/42/ΕΟΚ όσο και στην υπ' αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Κοινή Υπουργική Απόφαση, αναφέροντας δηλαδή τα ελαττώματα και την επικινδυνότητα που ενέχει το προσφερόμενο από την προσφεύγουσα σετ (και συγκεκριμένα η λαβίδα απολίνωσης που εμπεριέχεται σε αυτό) για τους ασθενείς, στον Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων (Ε.Ο.Φ.), προκειμένου να διαπιστωθεί ότι πράγματι το υλικό αυτό κακώς φέρει σήμανση CE, διότι δεν κλείνει σωστά ή δεν κλείνει καθόλου και δεν γίνεται σωστή απολίνωση των αγγείων, ήτοι ότι είναι ελαττωματικό και επικίνδυνο για την ασφάλεια και υγεία των ασθενών, επισημαίνει τα ακόλουθα: «Σύμφωνα με την πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων «στην περίπτωση που το ελάττωμα του πιστοποιημένου είδους διαπιστώνεται από την επιτροπή διενεργείας του διαγωνισμού κατόπιν αξιολογήσεως του προσκομισθέντος δείγματος και το

διαγνωσθέν ελάττωμα ανάγεται σε έλλειψη ιδιότητας που ορίζεται από τεχνική προδιαγραφή της διακηρύξεως, τη νομιμότητα της οποίας ο διαγωνιζόμενος απεδέχθη ρητώς και ανεπιφυλάκτως και δεν αμφισβήτησε, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό, να αποστείλει σ' αυτόν το σχετικό δείγμα και να αναμείνει την αποσφράγισή του αλλά έχει την ευχέρεια να προβαίνει η ίδια σε απόρριψη του προσφερόμενου είδους» [275/2010 ΣΤΕ].

Συνεπώς, κι εν προκειμένω νομίμως η επιτροπή αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών απέρριψε την τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας για το υπό προμήθεια είδος με κωδικό Α/Α 1 και σε καμμία περίπτωση η ως άνω αξιολόγηση δεν έγινε κατά παράβαση των οριζόμενων στην υπ' αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Κοινή Υπουργική Απόφαση. Επιπλέον, και σε συνδυασμό των παραπάνω, καταχρηστικώς και μη νομίμως, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα επικαλείται την εφαρμογή του άρθρου 21 του ν. 3897/2010, διότι νομίμως η επιτροπή αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών δεν κίνησε τη σχετική διαδικασία της ρήτηρας διασφάλισης ενώπιον του ΕΟΦ.

**Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι μη νόμιμος, αλυσιτελής και θα πρέπει να απορριφθεί ως προδήλως απαράδεκτος.**». Τέλος, η αναθέτουσα αρχή προς απόρριψη των ισχυρισμών της προσφεύγουσας υποστηρίζει ότι: «[...]. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω, σε περίπτωση που η προσφεύγουσα θεωρούσε ότι κάποιος όρος της εν θέματι διακήρυξης θέτει εμπόδια στη διάθεση των προϊόντων της στην ελληνική αγορά, θα έπρεπε να τον προσβάλλει εμπρόθεσμα.

Επιπροσθέτως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας θα πρέπει να απορριφθεί ως αόριστος. Και τούτο διότι, ενώ ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου μας απορρίπτοντας κατά τον τρόπο αυτό την προσφορά της στους κωδικούς αυτούς παραβίασε τις διατάξεις της οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και της υπ' αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Κοινής Υπουργικής Απόφασης περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων, καθώς εμπόδισε την ελεύθερη κυκλοφορία στην ελληνική αγορά, ήτοι σε έδαφος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προϊόντων της εταιρείας της, δεν προσδιορίζει το



εμπόδιο. Αντίθετα, η προσφεύγουσα έλαβε κανονικά συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία.

Όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των ως άνω, η προσφεύγουσα επιχειρεί να προσβάλλει μη νομίμως, εκπροθέσμως και καταχρηστικώς την εν θέματι διακήρυξη. Αυτό άλλωστε προκύπτει και από το γεγονός ότι παραθέτει σχετική νομολογία, ήτοι τις Αποφάσεις 40/2016 Δεφ. Χανίων και 47/2017 Δεφ. Αθηνών, που αφορούν σε προηγούμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Σύμφωνα δε με την νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί ότι το υλικό της δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, ενώ, κατά το μέρος που με τους λόγους αυτούς επιχειρείται έμμεσα η αμφισβήτηση της νομιμότητας του ως άνω όρου της διακήρυξης επ' ευκαιρία της προσβολής πράξεως που εκδόθηκε σε επόμενο στάδιο, διότι, εφόσον η προσφεύγουσα εταιρεία αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα τους όρους της διακήρυξης και δεν ισχυρίζεται, ούτε προκύπτει, άλλωστε, από τα στοιχεία του φακέλου, ότι αμφισβήτησε επίκαιρα τη νομιμότητα του εν λόγω όρου, οδηγούν σε ανεπίτρεπτο παρεμπόδιον έλεγχο του κύρους του όρου αυτού (Ε.Α. ΣτΕ 676/2011, 1140, 1025/2010, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.).

**Ως εκ τούτου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι μη νόμιμος, εκπρόθεσμος, αόριστος και πρέπει να απορριφθεί ως προδήλως απαράδεκτος.**». Ομοίως, η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται στις σελ. 7-9 της ασηθείσας παρέμβασής της, υπό «III. Λόγοι Παρέμβασης», παρ. 1 (1.1-1.2), ότι η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη και τούτο και ως προς τις δύο προσβαλλόμενες πράξεις για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στην παρέμβασή της.

19.Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, πρέπει να ειπωθούν τα ακόλουθα. Αναφορικά με τον πρώτο προβαλλόμενο ισχυρισμό της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας, περί απαράδεκτης άσκησης της φερόμενης προς κρίση ενώπιον του οικείου Κλιμακίου προσφυγής και όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ 54/2018 και ΑΕΠΠ 409/2018, 545/2018 και 581-582/2018), η Α.Ε.Π.Π.

## Αριθμός Απόφασης: 352/2020

δεσμεύεται από τις αποφάσεις της και δεν μπορεί να επανέλθει και να επανεξετάσει επ' ευκαιρία άσκησης νέας προδικαστικής προσφυγής ζητήματα που ήδη κρίθηκαν, καθ' ο μέρος προηγούμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π. έκρινε ρητά ή σιωπηρά το αντικείμενο που τέθηκε στην κρίση της, στο μέτρο και στον βαθμό που δεν εισάγονται νέες κρίσεις και αιτιολογίες με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε κατά συμμόρφωση με το διατακτικό απόφασης της Α.Ε.Π.Π. Επιπλέον, για να αναγνωρισθεί μια τέτοια άσκηση προδικαστικής προσφυγής, ως απαράδεκτη, πρέπει επιπλέον η φερόμενη προς κρίση ενώπιον του οικείου Κλιμακίου υπόθεση, να αφορά το ίδιο διαγωνιστικό στάδιο, ενώ δεν πρέπει επιπλέον να διαπιστώνεται ουδεμία ουσιαστική μεταβολή των νομικών και πραγματικών περιστάσεων, όπως αυτές τέθηκαν προς κρίση ενώπιον του ίδιου ή άλλου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. και στις οποίες στηρίχθηκε το διατακτικό προηγούμενης Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. Συναφώς, το απαράδεκτο της νέας προδικαστικής προσφυγής κρίνεται υπό το πρίσμα του αν προβάλλονται οπιγενείς ισχυρισμοί ή προσκομίζονται νέα κρίσιμα στοιχεία εκ μέρους της προσφεύγουσας, τα οποία εν συνόλω ή μεμονωμένα δύνανται να μεταβάλλουν ουσιωδώς τα πραγματικά περιστατικά, όπως αυτά τέθηκαν υπόψη της Α.Ε.Π.Π. και αξιολογήθηκαν με την προηγούμενη απόφασή της. Σε αυτή και μόνο την περίπτωση και με τις ανωτέρω αυστηρές προϋποθέσεις, το οικείο Κλιμάκιο δεσμεύεται από την προηγούμενη εκδοθείσα απόφαση επί του ίδιου κριθέντος ζητήματος και δεν δικαιούται να αποστεί από τις κρίσεις που περιλαμβάνονται σε αυτήν, με συνέπεια να στερείται του δικαιώματος να επανέλθει επί των ίδιων πραγματικών και νομικών ζητημάτων που κρίθηκαν με αυτή. Υπό αυτήν την έννοια, εν προκειμένω, είναι σαφές ότι με την υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., η οποία εκδόθηκε επί της από 18.11.2019 προδικαστικής προσφυγής της νυν παρεμβαίνουσας, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1420/19.11.2019, κρίθηκε η νομιμότητα ή μη του υπ' αριθμ. 35<sup>ο</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> ( .....,), κατά το μέρος που αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της τροποποίησης του υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου

## Αριθμός Απόφασης: 352/2020

2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), αναφορικά με τα προς προμήθεια είδη με α/α 1 και 12 του διαγωνισμού και η επαναπροκήρυξή τους με νέα διαγωνιστική διαδικασία, έπειτα από τον επανέλεγχο και την επικαιροποίηση των τεχνικών τους προδιαγραφών. Αντιθέτως, όπως σαφώς προκύπτει στα πλαίσια εξέτασης της νυν κρινόμενης προσφυγής, ελέγχεται ακυρωτικά η νομιμότητα του ίδιου του περιεχομένου του υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), δυνάμει του οποίου έγιναν δεκτά τα υπ' αριθμ. 1/24.01.2019 και υπ' αριθμ. 2/20.09.2019 Πρακτικά παραλαβής, αποσφράγισης, ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για το προσφερόμενο είδος με α/α 1, όπως αυτό αναβίωσε, σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 1<sup>ο</sup> Πρακτικό της 20<sup>ης</sup> Ιανουαρίου 2020 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 21<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), δυνάμει του οποίου αποφασίστηκε ομόφωνα μεταξύ άλλων, η έγκριση της ακύρωσης του υπ' αριθμ. 35<sup>ο</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> (.....) και η έγκριση της συμμόρφωσης με την υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφασης του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. Ωστόσο, είναι σαφές και προκύπτει εναργώς από τη σκέψη 21 της υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ότι κατά το μέρος που η τελευταία περιελάμβανε οριστική κρίση σχετικά με το προβαλλόμενο ζήτημα της απαίτησης από τη διακήρυξη να προσκομιστούν δείγματα από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, σύμφωνα με την παρ. 6.5 και το άρθρο 214 του Ν. 4412/2016, πρόκειται για ζήτημα που ήδη κρίθηκε με προηγούμενη απόφαση της Α.Ε.Π.Π. και ως εκ τούτου, εφόσον συντρέχουν εν προκειμένω, οι προαναφερθείσες προϋποθέσεις, ο υπό κρίση ισχυρισμός της προσφεύγουσας προβάλλεται απαραδέκτως. Κατά συνέπεια, ενόψει όλων των ανωτέρω εκτεθέντων, το ζήτημα της νομιμότητας του προσβαλλόμενου του υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), στον βαθμό

## Αριθμός Απόφασης: 352/2020

που έχει αποτελέσει, αντικείμενο κρίσης της Α.Ε.Π.Π., με προηγούμενη απόφασή της και δη με την υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφαση, αναφορικά με το ζήτημα και μόνο της υποχρέωσης εκ μέρους των υποψηφίων οικονομικών φορέων να προσκομίσουν δείγματα, έχει ήδη κριθεί οριστικά. Ως εκ τούτου ο ισχυρισμός αυτός της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας, πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος μόνο για το επίμαχο ζήτημα σχετικά με τα δείγματα των προσφερόμενων ειδών, ενώ για τις υπόλοιπες αιτιάσεις κατά των προσβαλλόμενων αποφάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, στον βαθμό που δεν αφορούν ζητήματα που υπήρξαν αντικείμενο κρίσης εκ μέρους της Α.Ε.Π.Π. πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας και η προσφυγή να κριθεί περαιτέρω ως προς την ουσία της.

20.Επειδή, συνακόλουθα, σε πλήρη αντίθεση με όσα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, αλλά και επισημαίνουν αμφότερες τόσο η παρεμβαίνουσα (υπό 2., σελ.9-17) όσο και η αναθέτουσα αρχή στις προαναφερθείσες απόψεις της, εν προκειμένω δεν διαπιστώθηκε, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα παραβίαση της νομοθεσίας για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, όπως διέπεται από τις διατάξεις της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ και της υπ' αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Κοινής Υπουργικής Απόφασης, καθώς τα προσφερόμενα από αυτήν είδη, δεν αποκλείστηκαν από τη διαδικασία άνευ άλλου τινός, καίτοι έφεραν σήμαση CE και πληρούσαν τους τιθέμενους από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, όρους. Τουναντίον, όπως όλως βάσιμα προβάλλει τόσο η παρεμβαίνουσα όσο και η αναθέτουσα αρχή, η προσφορά της προσφεύγουσας για τα είδη του διαγωνισμού με α/α 1 απορρίφθηκαν γιατί δεν συμμορφώθηκαν με επί ποινή αποκλεισμού διατάξεις της διακήρυξης και δη, λόγω του ότι διαπιστώθηκαν αστοχίες κατά τον έλεγχο και την αξιολόγηση των προσφερόμενων δειγμάτων, γεγονός που προκύπτει αβίαστα από την ίδια την προσβαλλόμενη απόφαση και την αιτιολογία που περιλαμβάνει αυτή σχετικά με τον λόγο αποκλεισμού της προσφεύγουσας. Εξάλλου, δεν αμφισβητείται καθ' οιονδήποτε τρόπο ούτε και από την ίδια, η διαπιστωθείσα από την αναθέτουσα

αρχή, αστοχία των εν λόγω δειγμάτων. Έτι περαιτέρω, επί των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, σχετικά με την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να κινήσει τη διαδικασία διασφάλισης για τα προσφερόμενα από την προσφεύγουσα είδη, είναι προφανές ότι οι σχετικές αιτιάσεις της προσφεύγουσας εδράζονται επί όλως εσφαλμένης ερμηνείας των επίμαχων διατάξεων της Οδηγίας και της σχετικής Κ.Υ.Α. Συγκεκριμένα, όπως βάσιμα αναφέρουν τόσο η παρεμβαίνουσα όσο και η αναθέτουσα αρχή, έχει κριθεί παγίως από τη νομολογία (βλ. ad hoc ΣτΕ 545/2010, ΣτΕ 7μελής 275/2010 και ΕΑ ΣτΕ 206/2011 και 721/2011) ότι στην περίπτωση, κατά την οποία το ελάττωμα του πιστοποιημένου με τη σήμανση CE προσφερόμενου είδους διαπιστώνεται από την οικεία επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού κατόπιν αξιολογήσεως του προσκομισθέντος δείγματος, εφόσον η προσκόμιση του εν λόγω δείγματος προβλέπεται ρητώς από την εκάστοτε διακήρυξη και το διαγνωσθέν ελάττωμα του εξετασθέντος δείγματος ανάγεται σε έλλειψη ιδιότητας επίσης ρητώς απαιτούμενης από τεχνική προδιαγραφή της διακηρύξεως, τη νομιμότητα της οποίας ο διαγωνιζόμενος απεδέχθη ρητώς και ανεπιφυλάκτως και δεν αμφισβήτησε, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται, πριν προβεί στην απόρριψή του, να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό, να αποστείλει σ' αυτόν το σχετικό δείγμα και να αναμείνει την απόφασή του, αλλ' έχει την ευχέρεια να προβαίνει η ίδια σε απόρριψη του προσφερόμενου είδους. Είναι προφανές συνεπώς, ότι η αναθέτουσα αρχή έκανε απόλυτα νόμιμα και ορθά χρήση της προπεριγραφείσας ανωτέρω παρεχόμενης ευχερείας της. Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων και αυτός ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας κρίνεται ως νόμω και ουσία αβάσιμος, ενώ πρέπει να γίνουν δεκτοί οι περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας και της αναθέτουσας αρχής.

21. Επειδή, προσέτι, όπως βάσιμα υποστηρίζουν τόσο η παρεμβαίνουσα όσο και η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, ενώ αντίστοιχα είχε γίνει δεκτό και στο πλαίσιο εξέτασης της από 18.11.2019 προδικαστικής προσφυγής της νυν παρεμβαίνουσας, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1420/19.11.2019 κατά του υπ' αριθμ. 35<sup>ο</sup> Πρακτικού της 7<sup>ης</sup> Νοεμβρίου 2019

Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 28<sup>ο</sup> (.....), κατά το μέρος που αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της τροποποίησης του υπ' αριθμ. 33<sup>ο</sup> Πρακτικού της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., Θέμα 23<sup>ο</sup> (ΑΔΑ: .....), αναφορικά με τα προς προμήθεια είδη με α/α 1 και 12 του διαγωνισμού και η επαναπροκήρυξή τους με νέα διαγωνιστική διαδικασία, έπειτα από τον επανέλεγχο και την επικαιροποίηση των τεχνικών τους προδιαγραφών, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., το ζήτημα της υποχρέωσης εκ μέρους των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσκομίσουν με την προσφορά τους, δείγματα των προσφερόμενων ειδών, έχει ήδη κριθεί οριστικά με καταφατικό τρόπο. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, αλλά και τα ρητά οριζόμενα στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ήτοι στην παρ. 6.5 της διακήρυξης, αλλά και κατά παραπομπή αυτής στο άρθρο 214 του Ν. 4412/2016 και δη στην παρ. 5 αυτού ορίζεται ότι: *«[...] Τα δείγματα της κατηγορίας β' πρέπει να είναι, σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές. Αν από τη διακήρυξη προβλέπεται επίσημο δείγμα, τότε τα δείγματα της κατηγορίας β' θα πρέπει να είναι, σύμφωνα και με το επίσημο δείγμα. Τα δείγματα της κατηγορίας β' αξιολογούνται κατά το στάδιο αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς με τρόπο που καθορίζεται σαφώς στα έγγραφα της σύμβασης (μακροσκοπικός έλεγχος, εργαστηριακός έλεγχος, πρακτική δοκιμασία ή συνδυασμός αυτών). [...]»*. Συναφώς κρίθηκε με την ΑΕΠΠ 42/2020 (βλ. σκέψη 21 της απόφασης) ότι: *«Βάσει της αρχής της τυπικότητας και της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης, όπως αναπτύχθηκαν ανωτέρω στις σκέψεις 15-17 της παρούσας, οι όροι της διακήρυξης δεσμεύουν αμφίδρομα, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία ουσιαστικά υποβάλλεται σε ένα καθεστώς αυτοδέσμευσης, χωρίς να μπορεί να αποκλίνει από τους όρους της διακήρυξης, που η ίδια ελεύθερα επιλέγει, όσο και τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, οι οποίοι με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή τους στη διαγωνιστική διαδικασία, υποχρεούνται να συμμορφώνονται με τις απορρέουσες από τους επιμέρους όρους της διακήρυξης, υποχρεώσεις τους. Εν προκειμένω, στον επίμαχο όρο 6.5 της διακήρυξης του διαγωνισμού, η*

αναθέτουσα αρχή, ως προς την υποχρέωση των οικονομικών φορέων να προσκομίσουν δείγματα για τα προσφερόμενα από αυτούς είδη, κάνει σαφή και ρητή παραπομπή στις διατάξεις του άρθρου 214 του Ν. 4412/2016, στο οποίο περαιτέρω, γίνεται αναλυτική αναφορά στην ακολουθούμενη διαδικασία εξέτασης και αξιολόγησης των δειγμάτων, χωρίς να υπάρχει ανάγκη εξειδίκευσης των ειδικότερων όρων και προϋποθέσεων εντός των όρων της διακήρυξης, βάσει των οποίων θα διεξαχθεί ο έλεγχος και η αξιολόγηση των δειγμάτων. Η ίδια η ύπαρξη του άρθρου 6.5 της διακήρυξης, εντός του κειμένου της και η σαφής παραπομπή στη διαδικασία του άρθρου 214 του Ν. 4412/2016, αρκούσε για να δημιουργηθεί ευλόγως στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, η πεποίθηση ότι πράγματι για τη σύννομη συμμετοχή τους στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, ήταν απαραίτητη η προσκόμιση δειγμάτων εκ μέρους τους. Οι ανωτέρω παραδοχές επιρρωνύονται και από τα όσα η ίδια η αναθέτουσα αναφέρει στις από 25.10.2019 απόψεις, όπως εκτέθηκαν ανωτέρω στη σκέψη 19 της παρούσας. Υπό την έννοια αυτή, [...], είναι σαφής η απαίτηση της διακήρυξης για προσκόμιση δειγμάτων, προς απόδειξη της πλήρωσης των επικαλούμενων τεχνικών προδιαγραφών από τα προσφερόμενα είδη, εκάστου οικονομικού φορέα. Εξάλλου, είναι σαφές ότι το προσφερόμενο είδος της εταιρείας «Νοσοκομειακή Γραμμή Ανώνυμος Εταιρεία Εισαγωγής Και Εμπορίας Ιατρικού-Νοσοκομειακού και Φαρμακευτικού Υλικού», πράγματι κατά τον έλεγχο και την αξιολόγηση του προσκομισθέντος από αυτήν δείγματος, παρουσίασε ελαττώματα που ούτε και η ίδια η ως άνω εταιρεία αμφισβήτησε με την ασκηθείσα προσφυγή της, η οποία στρεφόταν μόνο κατά της αιτιολογίας της εκεί προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ενόψει του γεγονότος, ότι εξαιτίας των διαπιστωθεισών πλημμελειών, δεν κινήθηκε από την αναθέτουσα αρχή, η προβλεπόμενη διαδικασία διασφάλισης, σύμφωνα με τα οριζόμενα τόσο στην Οδηγία 93/42/ΕΟΚ όσο και στην υπ' αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Κοινή Υπουργική Απόφαση. Συναφώς, το προσαγόμενο μετ' επικλήσεως ως σχετικό 1, με αριθμό πρωτοκόλλου 22254/23.10.2019 έγγραφο της επιτροπής αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών σχετικά με τις απόψεις της αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας « .....» ως προς το

*είδος με α/α 1, περιέχει πλήρη και σαφή περιγραφή και αιτιολογία των συγκεκριμένων ελαττωμάτων που παρουσίασαν τα υποβληθέντα δείγματα. [...]».* Κατά συνέπεια, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, αλλά και όσων αναπτύχθηκαν διεξοδικά στη σκέψη 19 της παρούσας, στην οποία παραπέμπουμε προς αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων, ο εξεταζόμενος ισχυρισμός της προσφεύγουσας κρίνεται αποριπτός ως απαραδέκτως προβαλλόμενος.

22. Επειδή, τέλος, στον βαθμό που δύναται να θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα με τους ισχυρισμούς της, προβάλλει έμμεσα αιτιάσεις κατά των όρων της διακήρυξης που αφορούν την υποχρέωση των υποψηφίων να προσκομίσουν δείγματα των προσφερόμενων με την προσφορά τους ειδών, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. Όπως έχει κριθεί παγίως από τη νομολογία στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Ειδικότερα και επί διακηρύξεων γίνεται δεκτό ότι εφόσον έχουν υποβληθεί οι προσφορές, προκειμένου να είναι παραδεκτή η προσβολή όρων της διακήρυξης θα πρέπει να έχει προηγηθεί η κατάθεση της προσφοράς του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα με επιφύλαξη (ΕΑ ΣΤΕ 957/2003, 386/2005, 1122/2008), προϋπόθεση που εν προκειμένω δεν πληρούται, αφού και η ίδια η προσφεύγουσα δεν υποστήριξε στην υπό κρίση προσφυγή της ότι δεν έχει αποδεχτεί ανεπιφυλάκτως τους όρους της διακήρυξης. Ως εκ τούτου δεν υφίσταται έννομο συμφέρον της να αμφισβητήσει τη νομιμότητα όρων της διακήρυξης με την



## Αριθμός Απόφασης: 352/2020

ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερης βλαπτικής για τα συμφέροντά της πράξης της αναθέτουσας αρχής, ως εν προκειμένω, όπου ανεπιταίρως προβάλλονται στο παρόν στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης λόγοι που κατ' ουσίαν στρέφονται κατά της διακήρυξης και πιο συγκεκριμένα κατά του επίμαχου όρου αυτής (Α.Ε.Π.Π. 198/2017, 72/2018).

23. Επειδή, εξάλλου, όπως έχει κρίνει και η Α.Ε.Π.Π. (191/2017, 198/2017, 28/2018, 453/2018, 709/2018 κ.α.) λόγοι που αφορούν τους όρους της διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπιταίρως 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).

24. Επειδή, τέλος, σύμφωνα με την πάγια ακυρωτική νομολογία όπως έχει διαμορφωθεί για την αδυναμία άσκησης παρεμπόπτοντος ελέγχου νομιμότητας κατά της διακήρυξης του δημόσιου διαγωνισμού ως κανονιστική διοικητική πράξη, στη σκέψη του ακυρωτικού Δικαστή επικρατεί, ως λύση σκοπιμότητας, η σταθερότητα της διαμορφωθείσας διοικητικής κατάστασης ως παράγοντα ασφάλειας δικαίου έτσι ώστε η αρχή της επιταίρως ευθείας προσβολής κατά της διακήρυξης να αποκόπτεται, ως δικονομικά απαράδεκτη, την εκ των υστέρων αμφισβήτηση του κύρους των όρων της, ανάλογα με την εξέλιξη της έκβασής του και τα τυχόν θετικά ή αρνητικά αποτελέσματά του, εξ αφορμής πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας η οποία βρίσκεται σε εξέλιξη, έστω και αν οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης αμφισβητούν τη συνταγματικότητα ρητρών της ή τη συμφωνία τους προς το ενωσιακό δίκαιο (ΣΤΕ 2551/2013, 2543, 3972, 4237/2011, ΕΑ 654/2011, 2228/2010, Ολ. 1415/2000). Συγκεκριμένα, εξ απόψεως δικονομίας, ο διαγωνιζόμενος ο οποίος αποδέχθηκε τους κανονιστικούς όρους της διακήρυξης, όπως ακριβώς συνέβη στην προκειμένη περίπτωση, δια της ανεπιταίρως συμμετοχής στον δημόσιο διαγωνισμό δεν

διαθέτει έννομο συμφέρον (κατ' εφαρμογή του γενικού κανόνα του άρθρου 29 του ΠΔ 18/1989) να ασκήσει αίτηση ακύρωσης, καθώς, ο συμμετέχων είχε το δικαίωμα να προσβάλει ευθέως με αίτηση ακυρώσεως, εν προκειμένω με προδικαστική προσφυγή, τη διακήρυξη του διαγωνισμού και παράλληλα είτε να μετάσχει με επιφύλαξη σε αυτόν, εάν η διοίκηση προχωρήσει στη διεξαγωγή του, αναλαμβάνοντας την ευθύνη για τις συνέπειες ενδεχόμενης ακύρωσής του, είτε να ζητήσει και την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασία (βλ. τη σκέψη 14 της Α.Ε.Π.Π. 453/2018).

25. Επειδή, στο ίδιο ως άνω συμπέρασμα είχε καταλήξει εμμέσως πλην σαφώς και η υπ' αριθμ. 42/2020 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π. (σκέψη 21), όπου *obiter dictum* είχε επισημάνει ότι: «Ως εκ περισσού δε τονίζεται, ότι επί του επίμαχου όρου της διακήρυξης, σχετικά με την προσκόμιση δειγμάτων, δεν διατυπώθηκε ουδεμία επιφύλαξη, δεν υπήρξε το οποιοδήποτε αίτημα για παροχή διευκρινίσεων εκ μέρους των υποψηφίων φορέων, ούτε η αναθέτουσα αρχή, παρείχε αυτοβούλως διευκρίνιση, περί του ότι δεν απαιτείτο η προσκόμιση δειγμάτων, γεγονός που συνηγορεί υπέρ του ότι υπήρξε κοινή πεποίθηση στους υποψηφίους, ότι για την νόμιμη συμμετοχή τους, ήταν απαραίτητη η προσκόμιση δειγμάτων, τα οποία θα ελέγχονταν και θα αξιολογούνταν σύμφωνα με το άρθρο 6.5 της διακήρυξης, όπως αυτό παρέπεμπε στο άρθρο 214 του Ν. 4412/2016.». Κατά συνέπεια, ενόψει των όσων αναλυτικά εκτέθηκαν, θα πρέπει να γίνει δεκτό, όπως βάσιμα υποστηρίζουν τόσο η αναθέτουσα αρχή όσο και η παρεμβαίνουσα, ότι η επ' ευκαιρία άσκηση προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης, δεν δίνει τη δυνατότητα στην προσφεύγουσα να στραφεί και κατά μη προσβληθέντος εγκαίρως, όρου της διακήρυξης και ως εκ τούτου και ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας, στον βαθμό που θεωρηθεί ότι στρέφεται κατά όρου της διακήρυξης, κρίνεται απορριπτέος ως απαράδεκτος, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή να απορριφθεί.

**Αριθμός Απόφασης: 352/2020**

27. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

28. Επειδή, πρέπει να γίνει δεκτή η ασκηθείσα παρέμβαση.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Δέχεται την ασκηθείσα παρέμβαση.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε στις 30 Μαρτίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Μιχάλης Π. Σειραδάκης**

**Ελένη Χούλη**