

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1420/19.11.2019 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «... ..» που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί το υπ' αριθμ. 35^ο Πρακτικό της 7^{ης} Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 28^ο (...), κατά το μέρος που αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της τροποποίησης του υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικού της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (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.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, το Γενικό Νοσοκομείο ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Επαναληπτικό Δημόσιο Ηλεκτρονικό Ανοιχτό κάτω των ορίων Διαγωνισμό, με

Αριθμό Διακήρυξης 29/2019 και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία 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^η Ιανουαρίου 2019, ημέρα Πέμπτη και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 24^η Ιανουαρίου 2019, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 16.01.2019 και ώρα 12:23:37 μ.μ. την υπ' αριθμ. 124551 προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της, στρέφεται κατά του υπ' αριθμ. 35^ο Πρακτικού της 7^{ης} Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 28^ο (...), το οποίο αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 08.11.2019, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση του η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 18.11.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά του υπ' αριθμ. 35^ο Πρακτικού της 7^{ης} Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 28^ο (...), κατά το μέρος που αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της τροποποίησης του υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικού της 10^{ης}

Αριθμός Απόφασης: 42/2020

Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (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, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, β) να ακυρωθεί το υπ' αριθμ. 35^ο Πρακτικό της 7^{ης} Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 28^ο (...), κατά το μέρος που αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της τροποποίησης του υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικού της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (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 και γ) 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 ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 18.11.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς, ποσού εξακοσίων είκοσι τεσσάρων ευρώ (624,00 €) 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 22.11.2019, 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, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1792/19.11.2019 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 19.11.2019 και υπέβαλε στις 27.11.2019, 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.

11. 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 12.12.2019 μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού και προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το από 12.12.2019 υπόμνημά της.

12. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό και ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότης για τα προς προμήθεια είδη με α/α 1 και 12 του εν λόγω διαγωνισμού, σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικό της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο

(ΑΔΑ: ...), 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 του υπ' αριθμ. 35^ο Πρακτικού της 7^{ης} Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 28^ο (...), κατά το μέρος που αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της τροποποίησης του υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικού της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (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.

Νομίμως και παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

13.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», το άρθρο 94 «Περιεχόμενο φακέλου Τεχνική Προσφορά», το άρθρο 106 «Ματαίωση διαδικασίας» και το άρθρο 214 «Δείγματα-Δειγματοληψία-Εργαστηριακές Εξετάσεις» του Ν. 4412/2016.

14.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.*».

15.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.

16. 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 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, 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.

17.Επειδή, έτι περαιτέρω, έχει κριθεί (ΕλΣυν 524/2012 Τμ. VI) ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί νομίμως να απορρίψει προσφορά που, σε κάθε περίπτωση, ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, στηριζόμενη σε λόγους, οι οποίοι δεν προβλέπονται στην εν λόγω διακήρυξη και προβάλλονται μετά την υποβολή της προσφοράς αυτής (ΣτΕ ΕΑ 18, 19/2011, 179/2009,

61/2011, υπόθ. C-6/05 ΔΕΚ, απόφ. της 14.06.2007) και κατά συνέπεια, δεν είναι κατ' αρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα, και μάλιστα δικαιολογητικά που απαιτούνται από διατάξεις, στις οποίες η διακήρυξη δεν παραπέμπει ειδικώς ως εφαρμοστέο στον διαγωνισμό δίκαιο (πρβλ. ΣτΕ 1329, 1616, 1619/2008, 3703/2010, ΕΑ ΣτΕ 254/2008).

18. Επειδή, όπως προέκυψε από την ενδελεχή μελέτη του φακέλου της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε τη διαγωνιστική διαδικασία που αναφέρεται ανωτέρω στη σκέψη 1 της παρούσας, στην οποία συμμετείχε και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά η προσφεύγουσα, κατά τα αναλυτικώς εκτιθέμενα στην ίδια ως άνω σκέψη. Με το υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικό της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδριάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (ΑΔΑ: ...), δυνάμει του οποίου αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του υπ' αριθμ. 1/24.01.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Παραλαβής, Αποσφράγισης, ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Αξιολόγησης Προσφορών και του υπ' αριθμ. 2/20.09.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Οικονομικής Αξιολόγησης, η προσφεύγουσα ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότης για τα προσφερόμενα είδη με α/α 1 και 12 του διαγωνισμού. 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 έτερης διαγωνιζόμενης εταιρείας με την επωνυμία «... ..». Η εν λόγω προσφυγή χρεώθηκε στο 7^ο 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^{ου} Κλιμακίου, ορίστηκε ως ημερομηνία εξέτασης της ασκηθείσας προσφυγής η 25^η Νοεμβρίου 2019. Επί της ίδιας ως άνω προσφυγής, η νυν προσφεύγουσα εταιρεία, άσκησε την από 29.10.2019 παρέμβασή της, με αίτημα την απόρριψη της προαναφερθείσας προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος του υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικού της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδριάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (ΑΔΑ: ...). Ωστόσο, δυνάμει του υπ' αριθμ. 35^ο Πρακτικού της 7^{ης}

Αριθμός Απόφασης: 42/2020

Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασεως του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 28^ο (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^ο Πρακτικού της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασεως του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (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^{ου} Κλιμακίου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 17 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή τέθηκε στο αρχείο και επεστράφη το καταβληθέν παράβολο στην προσφεύγουσα εταιρεία με την επωνυμία «... ..».

19.Επειδή, ενόψει των ανωτέρω εκτεθέντων, η προσφεύγουσα με τον μοναδικό λόγο προσφυγής, όπως αναλύεται στις σελ. 4-14 της κρινόμενης προσφυγής της, υπό «(10) ΛΟΓΟΙ ΕΠΙ ΤΩΝ ΟΠΟΙΩΝ ΒΑΣΙΖΕΤΑΙ Η ΠΡΟΣΦΥΓΗ», προβάλλει ότι όλως παράνομα, αναιτιολόγητα και κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της, προέβη στην τροποποίηση του υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικού της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασεως του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (ΑΔΑ: ...), αναφορικά με τα προσφερόμενα είδη με α/α 1 και 12, για τα οποία αποφασίστηκε να επαναπροκηρυχθούν με νέα διαγωνιστική διαδικασία. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται βάσιμα ότι η ίδια η αναθέτουσα αρχή, με τις από 25.10.2019 Απόψεις της, εισηγήθηκε υπέρ της απόρριψης της αρχικώς ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας με την επωνυμία «... ..», καθώς όπως χαρακτηριστικά αναφέρει στις ως άνω απόψεις της: «...οι λόγοι αυτής είναι προδήλως μη νόμιμοι και αβάσιμοι στο σύνολό τους.». Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή επεσήμανε στις ανωτέρω απόψεις της ότι η τότε

προσφεύγουσα, προέβαλε μη νόμιμα, αυθαίρετα και αλυσιτελώς το αίτημα ακύρωσης του υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικού της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδριάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (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 διακήρυξης.». Ομοίως, σε άλλο σημείο των απόψεών της, υπό Α., 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 χειρούργους-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 Α/Α 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 αντιμετωπίστηκε 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) επικίνδυνες για την ζωή 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 Γενικού Νοσοκομείου ... «...», στα πλαίσια του Επαναληπτικού Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού κάτω των ορίων (Τακτικού) Διαγωνισμού για

την προμήθεια Χειρουργικών Οργάνων (CPV ...) – 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 παραθέτει στις απόψεις της υπό Β., εκτενή αιτιολογία, σχετικά με το ότι στον βαθμό που η προσφεύγουσα, με την προσβολή του υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικού της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδριάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (ΑΔΑ: ...), στρέφεται εμμέσως κατά όρων της διακήρυξης, τους οποίους είχε κάνει δεκτούς, με την ανεπιφύλακτη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, οι σχετικοί ισχυρισμοί της είναι επιπλέον μη νόμιμοι, εκπρόθεσμοι, αόριστοι και απορριπτέοι ως προδήλως απαράδεκτοι.

20. Επειδή, ωστόσο, σε πλήρη αντίθεση με τα ως άνω ορθά εκτιθέμενα στις από 25.10.2019 απόψεις της αναθέτουσας αρχής, με τις από 27.11.2019 απόψεις της τελευταίας, οι οποίες κοινοποιήθηκαν αυθημερόν μέσω της «επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η αναθέτουσα αρχή μετέβαλε όλως αυθαίρετα τη στάση της, απέναντι στη ρητή διατύπωση του όρου 6.5 της διακήρυξης και κατά παράβαση των αρχών της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας μεταξύ των οικονομικών φορέων. Προσέτι, σε πλήρη αντίθεση με την αρχή της χρηστής διοίκησης και της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου, καθώς η προσφεύγουσα απολύτως δικαιολογημένα μετά την ανάδειξή της ως προσωρινού μειοδότη για τα είδη με α/α 1 και 12 του διαγωνισμού, ανέμενε την πρόσκλησή της για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης εκ μέρους της, έχοντας ταυτόχρονα δικαιολογημένα την πεποίθηση ότι, εφόσον δεν προέκυπτε καμία πλημμέλεια επ' αυτών, η προμήθεια των εν λόγω ειδών θα ανατίθετο σε αυτήν. Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή, στις απόψεις της επί της κρινόμενης με την παρούσα προσφυγής, αναφέρει υπό Α. τα ακόλουθα: «Ορθώς τροποποιήθηκε η υπ' αριθμ. ... και με ΑΔΑ ... Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού

Νοσοκομείου ... , ως προς τα είδη με κωδικούς A/A 1 και A/A12, και για τα οποία αποφασίσθηκε η ανάκληση της απόφασης κατακύρωσής τους, καθώς δεν υπήρχε ρητή αναφορά και πρόβλεψη στην εν θέματι διακήρυξη για την υποχρέωση προσκόμισης δειγμάτων βάσει της οποίας εξαρτώταν η αποδοχή ή αποκλεισμός της τεχνικής προσφοράς των υποψήφιων οικονομικών φορέων.» , ενώ περαιτέρω αναφέρει: «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 διαγωνιζομένους. 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).

[...].

Σύμφωνα δε με την πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τα υπό προμήθεια προϊόντα, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη (ΕΑ ΣτΕ 676/2011, 1025/2010, 691/2009, 1049/2007).

Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 2 1 4 (« Δείγματα- Δειγματοληψία- Εργαστηριακές εξετάσεις») του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι « 1. Τα δείγματα που χρησιμοποιούνται κατά την διενέργεια των προμηθειών υπάγονται στις παρακάτω κατηγορίες: « β) Δείγματα οικονομικών φορέων- **Στην περίπτωση αυτή υπάγονται τα δείγματα που καταθέτουν οι οικονομικοί φορείς όταν απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης.**

2 . Κάθε δείγμα, ανάλο γα με τη φύση το υ προ ς προ μήθεια υλικο ύ, πρέπει να είναι σε ποσότητα ή μέγεθος απόλυτα επαρκές για την σχετική μηχανική, χημική ή μακροσκοπική εξέταση ή πρακτική δοκιμασία. **Η ποσότητα ή το μέγεθος των δειγμάτων μπορεί να ορίζονται: [...]** β) 4 **Στα έγγραφα της σύμβασης, προκειμένου για δείγματα οικονομικών φορέων (κατηγορία β`).** [...]

4. Εφόσον από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προβλέπεται κατάθεση δειγμάτων, προσκομιζόμενα από τους προμηθευτές δείγματα δεν γίνονται δεκτά.

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 [...].

Τέλος, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας «Στην περίπτωση, όμως, κατά την οποία το ελάττωμα του πιστοποιημένου με τη σήμανση CE προσφερόμενου είδους ανάγεται σε έλλειψη ιδιότητας ρητώς απαιτούμενης από τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, η οποία διαπιστώθηκε κατόπιν αξιολογήσεως δείγματος, η προσκόμιση του οποίου προβλέπεται ρητώς από τη διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να προβεί η ίδια στην απόρριψή του, χωρίς να υποχρεούται προηγουμένως να ενημερώσει σχετικώς τον αρμόδιο εθνικό οργανισμό, να αποστείλει σ' αυτόν το σχετικό δείγμα και να αναμείνει την απόφασή του [206/2011 ΣΤΕ (ΑΣΦ)]».

Επιπροσθέτως, έχει κριθεί ότι εφόσον απαιτείται από την διακήρυξη η προσκόμιση δείγματος σύμφωνου 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, μη ορθώς και αντίθετα με τον νόμο και την διακήρυξη η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών ως προς τα ήδη α/α 1 και α/α 1 2 επικεντρώθηκε στην ποιότητα των προσκομισθέντων δειγμάτων και στις αναντιστοιχίες τους με τις τεχνικές προδιαγραφές, διότι αφενός δεν προβλεπόταν η προσκόμισή τους κι αφετέρου δεν προβλεπόταν ούτε και συγκεκριμένες ειδικές τεχνικές απαιτήσεις στη βάση ειδικών τεχνικών περιγραφών, πάνω στις οποίες θα βασιζόταν η αξιολόγηση αυτών.

Σε κάθε περίπτωση, και λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, υπάρχει άμεση συνάφεια και σύνδεση των άρθρων 54 και 214 του Ν. 4412/2016 και είναι απαραίτητο η σχετική απαίτηση να αναγράφεται στους ειδικούς όρους των

ζητούμενων τεχνικών προδιαγραφών, διότι σε διαφορετική περίπτωση αυτό θα οδηγούσε στην αυθαίρετη κρίση κι ανέλεγκτη δράση των αναθετουσών αρχών και θα ερχόταν σε ευθεία αντίθεση με της αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας εις βάρος των υποψηφίων οικονομικών φορέων.

Εν προκειμένω, με τον όρο 6.5 (σελ. 34) της εν θέματι διακήρυξης υπήρχε μηχανιστικά η πρόβλεψη προσκόμισης δειγμάτων, χωρίς να προβλέπεται η εκ μέρους υποχρέωση των υποψήφιων οικονομικών φορέων πλήρωσης της, ούτε και προβλέπονταν οι ιδιαίτερες απαιτήσεις αυτών βάσει των οποίων θα γινόταν η αξιολόγηση τους. Συνεπώς, η διαδικασία αξιολόγησης των δειγμάτων, τα οποία υποβλήθηκαν σε πρακτική δοκιμασία από της χειρουργούς-μέλη της επιτροπής αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών έγινε σε αντίθεση με τα προεκτεθέντα στο άρθρο 214 του Ν. 4412/2016, δεδομένου μάλιστα ότι σε κανένα σημείο της εν θέματι διακήρυξης δεν προβλεπόταν η κατάθεση δειγμάτων. Συνεπώς, προσκομιζόμενα από τους προμηθευτές δείγματα δεν θα μπορούσαν να γίνονται δεκτά.

Ως εκ τούτου, νομίμως τροποποιήθηκε η υπ' αριθμ. ... και με ΑΔΑ ... Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Γενικού Νοσοκομείου ... , ως της τα είδη με κωδικούς Α/Α 1 και Α/Α 1 2 , και νομίμως αποφασίσθηκε η ανάκληση της απόφασης κατακύρωσής τους.

Κατά συνέπεια, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει μη νόμιμος και αλυσιτελής στο σύνολό του.».

21.Επειδή, ωστόσο, αντίθετα με όσα όλως αβάσιμα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και δη τον όλως έωλο ισχυρισμό της ότι η παραπομπή της διακήρυξης στις διατάξεις του άρθρου 214 του Ν. 4412/2016, έγινε μηχανιστικά, χωρίς στην πραγματικότητα να προβλέπεται εκ μέρους των υποψήφιων οικονομικών φορέων η υποχρέωση πλήρωσης της και χωρίς να προβλέπονται στο κείμενο της διακήρυξης, οι ιδιαίτερες απαιτήσεις αυτών βάσει των οποίων θα γινόταν η αξιολόγηση τους και κατά συνέπεια, η διαδικασία αξιολόγησης των δειγμάτων, που πράγματι διεξήχθη, έγινε σε αντίθεση με τα οριζόμενα στο άρθρο 214 του Ν. 4412/2016, καθώς σε κανένα σημείο της διακήρυξης δεν

προβλεπόταν η κατάθεση δειγμάτων, λεκτέα τυγχάνουν τα εξής. 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 εξίσου αλυσιτελής ο ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής περί σύνδεσης του άρθρου 54 με το άρθρο 214 του Ν. 4412/2016, καθώς όπως ήδη ειπώθηκε, ανεξάρτητα από τις τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται για τα προς προμήθεια είδη σε έναν διαγωνισμό, 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 «... ...», 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 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. 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. Συνακόλουθα, όπως βάσιμα ισχυρίζεται και η προσφεύγουσα, αλλά και συνάγεται ευχερώς και από το υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικού της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασεως του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (ΑΔΑ: ...), η διαδικασία με την εξέταση και την αξιολόγηση δειγμάτων ακολουθήθηκε και για άλλους α/α προσφερόμενων ειδών και δη για το προσφερόμενο με α/α 15 είδος, ωστόσο, με τη νυν προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής δεν αποφασίστηκε αντίστοιχα, η επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, λόγω

πλημμέλειας ως προς την εξέταση και την αξιολόγηση των προσκομισθέντων δειγμάτων και για αυτό το προσφερόμενο είδος.

22. Επειδή, τέλος, η ματαίωση της διαδικασίας ενός διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 106 του Ν. 4412/2016, με την οποία ισοδυναμεί η εδώ κρινόμενη επαναπροκήρυξη της διαδικασίας ανάθεσης για τα με α/α 1 και 12 είδη, προβλέπεται μόνο στις περιοριστικά απαριθμούμενες περιπτώσεις του οικείου άρθρου και υπό τις αυστηρές προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό, η δε φερόμενη προς κρίση ενώπιον του οικείου Κλιμακίου περίπτωση, δεν εμπίπτει σε καμία από τις εν λόγω περιπτώσεις, ούτε όμως και η αναθέτουσα αρχή, επικαλέστηκε κάτι τέτοιο, προβάλλοντας τη σχετική υποστηρικτική αιτιολογία.

23. Επειδή, κατά συνέπεια, ενόψει των όσων αναλυτικά εκτέθηκαν ανωτέρω, προέκυψε ότι η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση των αρχών της τυπικότητας και της δεσμευτικότητας των όρων της διακήρυξης, αλλά και παραβιάζοντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας στη διεξαγωγή ενός δημόσιου διαγωνισμού, όλως αυθαίρετα, παράνομα και χωρίς νομικό έρεισμα, προέβη στην έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού για τα είδη με α/α 1 και 12. Εξάλλου ουδόλως αιτιολογεί η αναθέτουσα αρχή τους λόγους, για τους οποίους αποφάσισε στο συγκεκριμένο στάδιο που ευρίσκεται η διαγωνιστική διαδικασία να προβεί σε ματαίωση και επαναπροκήρυξή των επίμαχων ειδών με α/α 1 και 12, μετά από επανέλεγχο και επικαιροποίηση των τεχνικών τους προδιαγραφών. Ως εκ τούτου, ο μοναδικός λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος, ενώ αντίστοιχα κρίνονται απορριπτέοι στο σύνολό τους οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής.

24. Επειδή, κατ' ακολουθίαν πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει το υπ' αριθμ. 35^ο Πρακτικό της 7^{ης} Νοεμβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 28^ο (...), κατά το μέρος που αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση της τροποποίησης του υπ' αριθμ. 33^ο Πρακτικού της 10^{ης} Οκτωβρίου 2019 Τακτικής Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Γ.Ν. ..., Θέμα 23^ο (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 παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, εξακοσίων είκοσι τεσσάρων ευρώ (624,00 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 23 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 13 Ιανουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη