

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 4.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1821/7.12.2020 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της με αριθμ. πρωτ. 48805/23.11.2020 απόφασης του Διοικητή περί έγκρισης του με αριθμ. πρωτ. 45700/6.11.2020 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων και

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

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

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

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που αποκλείστηκε η προσφορά του για το είδος με α/α 10 του διαγωνισμού και να απορριφθούν οι προσφορές του πρώτου παρεμβαίνοντος για τα είδη με α/α 4 και 10, του δεύτερου παρεμβαίνοντος για το είδος με α/α 4 και του τρίτου παρεμβαίνοντος για τα είδη με α/α 9 και 10.

Με τις παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνοντες επιδιώκουν την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 4.12.2020 πληρωμή στην ... και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Επισημαίνεται ότι ούτε από την Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος, ούτε από τα εκεί μνημονευόμενα έγγραφα, δεν προκύπτει το προυπολογιζόμενο ποσό των υπό προμήθεια ειδών με α/α 4, 9 και 10 για τα οποία ασκείται η προσφυγή (Προστατευτική ολόσωμη φόρμα τύπου ΤΥΝΕΚ, ασπίδα προστασίας προσώπου ιατρική, μπλουζές αδιάβροχες μη πασσειρωμένες μιας χρήσης). Συνεπώς νόμιμα και παραδεκτά έχει καταβληθεί το ελάχιστο ποσό παραβόλου, ως προβλέπεται στο άρθρ. 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 39/2017, όπου ορίζεται ότι: « 1.[...] Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το

## **Αριθμός απόφασης: 84/2021**

*παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ».*

2. Επειδή, με την με αριθμ. πρωτ. 39427/24.09.2020 πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος, η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τους ενδιαφερόμενους να υποβάλουν προσφορά για την προμήθεια και δημιουργία στρατηγικού αποθέματος ειδών Μέσων Ατομικής Προστασίας (ΜΑΠ), σύμφωνα με τις διατάξεις της από 25/2/2020 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, όπως κυρώθηκε με τον Ν. 4682/2020 και τροποποιήθηκε με τον Ν 4693/2020 κατόπιν του ορισμού ... ως Κεντρικής Αρχής Αγορών (ΚΑΑ), για την κάλυψη των αναγκών των Νοσοκομείων και των δομών ΠΦΥ αρμοδιότητας ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) ανά είδος. Τα υπό προμήθεια είδη υποδιαιρούνται σε 12 Ομάδες, ενώ προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα είδη καθώς και για μέρος της ζητούμενης ποσότητας έκαστου είδους. Ο διαγωνισμός διεξάγεται εκτός ΕΣΗΔΗΣ.

3. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθη μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ στις 4.12.2020, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα την 24.11.2020 και ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και σύμφωνα με τα οριζόμενα σύμφωνα με τις παρ. 2 και 4 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή την 7.12.2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

6. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 2143/2020 και 113/2021 Πράξεις της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

7. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 17.12.2020 μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

8. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«[...] Σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ [...]*», ενώ κατά το άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Η παρέμβαση κατατίθεται ηλεκτρονικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 8 του παρόντος Κανονισμού»* σύμφωνα με το οποίο *«[...] 4. [...] σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail). Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την παραλαβή της προσφυγής, η ΑΕΠΠ ειδοποιεί ηλεκτρονικά τον προσφεύγοντα για την παραλαβή της προσφυγής και τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής»*. Ως εκ τούτου, για την παραδεκτή άσκηση παρέμβασης εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις που αφορούν στην άσκηση προδικαστικής προσφυγής, ήτοι οι διατάξεις των άρθρων του Ν.4412/2016 και του ΠΔ 39/2017, καθώς και ο Κανονισμός (ΕΕ) 910/2014 και το ΠΔ 150/2001, σύμφωνα με τις οποίες η παρέμβαση υποβάλλεται ηλεκτρονικά και πρέπει να διαθέτει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή. Εν προκειμένω ο πρώτος παρεμβαίνων έχει ασκήσει την παρέμβασή μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ υποβάλλοντας αρχείο στο οποίο απεικονίζεται ψηφιακή υπογραφή, η οποία

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

είναι (ψηφιοποιημένη) και όχι προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας. Ειδικότερα, σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις, ένα ηλεκτρονικό έγγραφο φέρει ψηφιακή υπογραφή όταν κατά άνοιγμα του εγγράφου στην οθόνη ενός ηλεκτρονικού μέσου, ανοίγει και η δυνατότητα, μέσω της διαλειτουργικότητας, είτε της ορατής απεικόνισης της ψηφιακής υπογραφής (του σχηματισμού αυτής) επί του εγγράφου είτε του ίδιου του ψηφιακά υπογεγραμμένου εγγράφου, οιοσδήποτε να προβεί στον έλεγχο της επαλήθευσης της υπογραφής, κατά τις οδηγίες της ΑΠΕΔ, δηλαδή να διερευνήσει τις «ιδιότητες υπογραφής», το όνομα και τα στοιχεία του «υπογράφοντος», αν το έγγραφο φέρει ενσωματωμένη χρονική σήμανση από αναγνωρισμένο πάροχο υπηρεσιών ασφαλούς χρονοσήμανσης, αν το ψηφιακό πιστοποιητικό είναι σκληρής αποθήκευσης, μέχρι τότε ισχύει και αν το έγγραφο έχει τροποποιηθεί από την θέση της ψηφιακής υπογραφής και μετά. Εφόσον, κατά τον έλεγχο αυτό, διαπιστωθεί ότι στο έγγραφο έχει τεθεί προηγμένη ηλεκτρονική (ψηφιακή) υπογραφή που πληροί τις απαιτήσεις της Οδηγίας 99/93/ΕΚ, το έγγραφο θεωρείται νομίμως υπογεγραμμένο, έχει δε την ίδια νομική και αποδεικτική ισχύ με το έγγραφο που φέρει ιδιόχειρη υπογραφή και έχει ισχύ πρωτοτύπου με την έκδοση του και μόνο. Αντίθετα, η ψηφιοποιημένη υπογραφή συνιστά απλό αντίγραφο της πρωτότυπης υπογραφής και δεν έχει την ίδια νομική ισχύ με την ψηφιακή ή/και την ιδιόχειρη υπογραφή δοθέντος ότι δεν παρέχει τα ίδια εχέγγυα γνησιότητας. Εν προκειμένω, ο πρώτος παρεμβαίνων έχει υποβάλει ηλεκτρονικά επεξεργασμένο έγγραφο μέσω σάρωσης, ήτοι εν τοις πράγμασι αντίγραφο της παρέμβασης και όχι το πρωτότυπο αρχείο παρέμβασης επί του οποίου είναι δυνατός ο έλεγχος της εγκυρότητας της ψηφιακής υπογραφής μέσω της διαλειτουργικότητας. Επομένως, η πρώτη παρέμβαση τυγχάνει απορριπτέα ως απαραδέκτως ασκηθείσα.

9. Επειδή, ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 17.12.2020 ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, την

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2333/2020 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του για το είδος με α/α 4 του διαγωνισμού και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

10. Επειδή, ο τρίτος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 17.12.2020 ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 2339/2020 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του για τα είδη με α/α 9 και 10 του διαγωνισμού και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος για το είδος με α/α 9 και ως εκ τούτου επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης, ως προς την αποδοχή της προσφοράς του.

11. Επειδή ο προσφεύγων στις 7.1.2021 κατέθεσε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής. Το ως άνω υπόμνημα κατατέθηκε εμπροθέσμως σύμφωνα με το τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ 52/Α/1-4-2019), δοθέντος ότι η συζήτηση για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ορίσθηκε στις 13.1.2020 και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

13. Επειδή στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία για το είδος με α/α 4 συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά 10 οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων, ο προσφεύγων και όλοι οι παρεμβαίνοντες, για τα είδος με α/α 9 συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά 7 οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων, ο προσφεύγων και ο τρίτος παρεμβαίνων και για το είδος με α/α 10 συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά 5 οικονομικοί φορείς, μεταξύ των

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

οποίων, ο προσφεύγων, ο πρώτος παρεμβαίνων και ο τρίτος παρεμβαίνων. Με το με αριθμ. πρωτ. 45700/6.11.2020 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε, μεταξύ άλλων, για το είδος με α/α 4 την αποδοχή των προσφορών του προσφεύγοντος και όλων των παρεμβαίνοντων, για το είδος με α/α 9, μεταξύ άλλων, την αποδοχή των προσφορών του προσφεύγοντος και του τρίτου παρεμβαίνοντος και για το είδος με α/α 10, μεταξύ άλλων, την αποδοχή των προσφορών των πρώτου και τρίτου παρεμβαίνοντων και τη μη αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος διότι «*διαπιστώθηκε ότι το είδος με α/α 10 δεν είναι αδιάβροχο σε τέστ που έγινε υπό πίεση*». Κατόπιν δε αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, για το είδος με α/α 4 η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανακήρυξη του πρώτου παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου, ενώ ο δεύτερος παρεμβαίνων κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας, ο προσφεύγων τρίτος σε σειρά μειοδοσίας και ο τρίτος παρεμβαίνων κατατάχτηκε τέταρτος σε σειρά μειοδοσίας. Επίσης, για το είδος με α/α 9 η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανακήρυξη του τρίτου παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου, ενώ ο προσφεύγων κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας. Για δε το είδος με α/α 10, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανακήρυξη του πρώτου παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου, ενώ ο τρίτος παρεμβαίνων κατατάχτηκε δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας. Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

13. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό για το είδος με α/α 4, πέραν της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει επίσης ασκηθεί η με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1818/7-12-2020 προδικαστική προσφυγή του τρίτου παρεμβαίνοντος, η ημερομηνία συζήτησης της οποίας έχει οριστεί την 13.01.2021 δυνάμει της υπ' αριθμ. 2141/2020 Πράξης της Προέδρου του 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου και η εξέταση της οποίας προηγήθηκε της εξέτασης της παρούσας προσφυγής. Ειδικότερα, με τη με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1818/7-12-2020 προδικαστική προσφυγή, ο τρίτος παρεμβαίνων αιτήθηκε, μεταξύ άλλων, ως προς το είδος με α/α 4 του διαγωνισμού για το οποίο κατατάχτηκε τέταρτος σε σειρά μειοδοσίας την

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του προσφεύγοντος και των πρώτου και δεύτερου παρεμβαινόντων. Όπως δε αποφασίστηκε από το Κλιμάκιο, η με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1818/7-12-2020 προδικαστική προσφυγή γίνεται εν μέρει δεκτή και ακυρώνεται η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος που κρίνεται αποδεκτή για το είδος με α/α 4 η προσφορά του προσφεύγοντος διότι δεν πληροί την προδιαγραφή περί του χρόνου ζωής του προσφερόμενου είδους, ενώ απορρίπτεται η ως άνω προσφυγή κατά το σκέλος που αφορά τις προσφορές των πρώτου και δεύτερου παρεμβαινόντων για το ίδιο είδος.

14. Επειδή ο προσφεύγων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή για το είδος με α/α 4 και κατατάχτηκε τρίτος σε σειρά μειοδοσίας καταρχήν θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς των πρώτου και δεύτερου παρεμβαινόντων και εν προκειμένω στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Ωστόσο, ως έχει κριθεί παγίως, το έννομο συμφέρον πρέπει να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί (ΕΑ ΣΤΕ 408/2018), η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που



## Αριθμός απόφασης: 84/2021

υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣτΕ 408/2018 σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής του έτερου συμμετέχοντος. Αντιστρόφως, σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος, δεν χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του και η νόμιμη εξέταση από την ΑΕΠΠ λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος. Περαιτέρω, ως έχει παγίως κριθεί, ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος διατηρεί έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της νομιμότητας αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλλει ότι η προσφορά εκείνου έγινε αποδεκτή παρόλο που παρουσίαζε τις ίδιες ακριβώς πλημμέλειες με την δική του (ΣτΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004, 344/2017 (ΑΣΦ), ΔΕφΑΘ 213/2014, 263/2014, 1083/2014, 986/2013 (ΑΣΦ), 265/2013 (ΑΣΦ) κα, βλ. Φ. Αρναούτογλου Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 100). Στην περίπτωση αυτή, η αιτίαση του ίσου μέτρου κρίσης προβάλλεται λυσιτελώς μόνον προς απόρριψη της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου και όχι προς αποδοχή για λόγους ίσης μεταχείρισης και της δικής του απορριφθείσας προσφοράς. Πέραν των ανωτέρω, επισημαίνεται ότι προσφάτως έχει κριθεί ως -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου,

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 Fastweb SpA και C689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ΄. στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα).

Επειδή, βάσει των προεκτεθέντων, κατά πάγια κρίση του Κλιμακίου (βλ. ΑΕΠΠ 827-828/2020, 1088-1089/2020, 1305-1306/2020), σε περίπτωση άσκησης σε ένα διαγωνισμό συναφών εκατέρωθεν προσφυγών, ήτοι προσφυγών όπου πλέον του ενός οικονομικοί φορείς ασκούν προδικαστικές προσφυγές βάλλοντας κατά της νομιμότητας της αποδοχής των προσφορών των προτασόμενων αυτών συμμετεχόντων, η συζήτηση των συναφών προσφυγών πρέπει να πραγματοποιείται την ίδια ημέρα και δη να προτάσσεται η εξέταση της προσφυγής του τελευταίου σε σειρά μειοδοσίας εκ των προσφευγόντων οικονομικών φορέων έναντι της προσφυγής του προτασόμενου αυτού προσφεύγοντος κ.ο.κ. Και τούτο διότι το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος που προηγείται σε σειρά μειοδοσίας έτερου προσφεύγοντος/έτερων προσφευγόντων που έπονται αυτού πρέπει να εξετάζεται και κρίνεται οριστικά αναλόγως της ευδοκίμησης ή όχι των προσφυγών των οικονομικών φορέων που έπονται αυτού και βάλλουν κατά της προσφοράς του. Ειδικότερα, εφόσον συνεπεία αποδοχής προδικαστικής προσφυγής οικονομικού φορέα που έπεται σε σειρά μειοδοσίας κριθεί

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που έκανε δεκτή την προσφορά οικονομικού φορέα που προηγείται σε σειρά μειοδοσίας, τότε το έννομο συμφέρον του τελευταίου, ο οποίος έχει επίσης ασκήσει προσφυγή κατά της προσφοράς του οικονομικού φορέα που προηγείται αυτού σε σειρά μειοδοσίας, δεδομένης της διαπλαστικής ενέργειας της απόφασης ΑΕΠΠ με την οποία έχει κριθεί ήδη αποκλειστέος από τη διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να εξετασθεί ει μη μόνον είτε επί τη βάση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης είτε επί τη βάση των πρόσφατων νομολογιακών εξελίξεων περί του εννόμου συμφέροντος του μη οριστικώς αποκλεισθέντος τρίτου. Τούτο δοθέντος, εφόσον τυχόν κριθεί ότι δεν συντρέχει ούτε η μία ούτε η έτερη περίπτωση θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, τότε ο -τυχόν κριθείς αποκλειστέος συνεπεία προδικαστικής προσφυγής έτερου διαγωνιζομένου που έπεται σε σειρά μειοδοσίας- προσφεύγων δεν δύναται να προβάλει παραδεκτώς ισχυρισμούς κατά της προσφοράς του προτασσόμενου αυτού διαγωνιζόμενου.

Επομένως, εν προκειμένω, ενόψει της διαμορφωθείσας στον υπό κρίση διαγωνισμό δικονομικής κατάστασης ως εκ της άσκησης εκατέρωθεν προσφυγών όπως αναφέρεται στη σκέψη 13, δεδομένου ότι με την υπ' αριθμ. 1818/7.12.2020 προδικαστική προσφυγή ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 4 του διαγωνισμού, η προσφυγή ως προς το είδος με α/α 4 του διαγωνισμού ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος. Κατόπιν αυτού, ο προσφεύγων έχει καταστεί ήδη τρίτος ως προς το είδος με α/α 4 του διαγωνισμού και επομένως ελλείπει κατά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής και κατά τον χρόνο έκδοσης της παρούσας απόφασης το έννομο συμφέρον της προς αμφισβήτηση της προσφοράς των πρώτου και δεύτερου παρεμβαινόντων (Βλ. ΑΕΠΠ 1088-1089/2020). Ως δε έχει επισημανθεί, σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος, δεν χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του και η νόμιμη εξέταση από την ΑΕΠΠ λόγων που

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος. Περαιτέρω, ως έχει παγίως κριθεί, ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος διατηρεί έννομο συμφέρον προς αμφισβήτηση της νομιμότητας αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζόμενου, εφόσον προβάλλει ότι η προσφορά εκείνου έγινε αποδεκτή παρόλο που παρουσίαζε τις ίδιες ακριβώς πλημμέλειες με την δική του (ΣΤΕ 1265/2011, ΕΑ 352/2011, 1156/2010, 246/2009, 569, 932/2008, 43, 717, 1319/2007, 1051/2006, 351, 508/2004, 344/2017 (ΑΣΦ), ΔΕΦΑΘ 213/2014, 263/2014, 1083/2014, 986/2013 (ΑΣΦ), 265/2013 (ΑΣΦ) κα, βλ. Φ. Αρναούτογλου Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, 2η εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 100). Στην περίπτωση αυτή, η αιτίαση του ίσου μέτρου κρίσης προβάλλεται λυσιτελώς μόνον προς απόρριψη της προσφοράς του άλλου διαγωνιζόμενου και όχι προς αποδοχή για λόγους ίσης μεταχείρισης και της δικής του απορριφθείσας προσφοράς. Ωστόσο εν προκειμένω, δεν συντρέχει περίπτωση εφαρμογής του ενιαίου μέτρου κρίσης, δεδομένου ότι οι αιτιάσεις της προσφυγής κατά της προσφοράς των πρώτου και δεύτερου παρεμβαινόντων δεν συσχετίζονται με την αιτιολογική βάση της απόρριψης της προσφοράς του στα πλαίσια κρίσης της με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1818/7.12.2020 προδικαστικής προσφυγής ως άνω, ήτοι τη μη πλήρωση της προδιαγραφής περί του χρόνου ζωής του προσφερόμενου είδους. Εξ ετέρου, επισημαίνεται ότι προσφάτως έχει κριθεί ως -υπό όρους- παραδεκτή η δυνατότητα του μη οριστικά αποκλεισθέντος διαγωνιζόμενου, επιδίωξης ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας με σκοπό την εκκίνηση νέας ταυτόσημης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, και με στόχευση την ανάληψη της εν λόγω προμήθειας (βλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως (ΔΕΕ), όπου ερμηνεύοντας τις ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665 [με τις αποφάσεις του της 2.7.2013 και 5.4.2016 αντιστοίχως, επί των υποθέσεων C-100/12 Fastweb SpA και C689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE)], ταυτόσημες με τις εν προκειμένω εφαρμοστέες της ειδικής Οδηγίας 92/12 (L 76), αλλά και αυτές τούτες τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 (απόφασή του της 11.5.2017, επί της υποθέσεως C-131/16, Archus sp.z. o.o

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

και Gama Jacek Lipik), έκρινε ρητώς ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ΄ στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 αντίστοιχα). Όμως εν προκειμένω δεν συντρέχει έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος ως μη οριστικά αποκλεισθείς τρίτος, όπως αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης που αποδέχτηκε την προσφορά των πρώτου και δεύτερων παρεμβαινόντων, δεδομένου ότι σε καμία περίπτωση δεν αιτείται ούτε επιδιώκει την ματαίωση του διαγωνισμού, πράγμα αδύνατον άλλως τε καθόσον ίσταται οριστικά ισχυρή και δεν έχει αμφισβητηθεί η προσφορά και η συμμετοχή στον διαγωνισμό για το είδος με α/α 4 του τρίτου παρεμβαίνοντος και του πέμπτου σε σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα «...».(ΑΕΠΠ (ad hoc ΔΕφΑΘ 183/2020 που επικυρώνει την ΑΕΠΠ 6ο Κλιμάκιο 486/2020 ΑΕΠΠ 827\_828/2020).

Επειδή κατά την μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου και Εισηγήτριας, Ε. Αφοκάρδου, ο προσφεύγων και τρίτος στη σειρά κατάταξης έχει έννομο συμφέρον ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς του δεύτερου στη σειρά κατάταξης και του προσωρινού αναδόχου, καθώς η απόρριψη της προσφυγής του λόγω της ευδοκίμησης της ασκηθείσης από τον τέταρτο στη σειρά κατάταξης προσφεύγοντα και νυν τρίτο παρεμβαίνοντα έτερης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της αυτής πράξεως με την οποία έχει καταταχθεί τρίτος στη σειρά κατάταξης, θα είχε ως αποτέλεσμα αφενός μεν την κατάργηση του διοικητικού σταδίου ελέγχου κατά την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση το τυχαίο γεγονός της χρονικής προτεραιότητας εξέτασης των προδικαστικών προσφυγών από την ΑΕΠΠ και αφετέρου θα στερούσε του δικαιώματος έγκαιρης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας τους οικονομικούς φορείς δοθέντος της κρατούσας νομολογίας περί του μη οριστικώς αποκλεισθέντος (ΕΑ ΣΤΕ 30/2019, ΔΕφΑΘ 95/2020), καθώς, ανεξαρτήτως της αποδοχής ή της απόρριψης της

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

προσφυγής από την ΑΕΠΠ με απόφασή της, το διατακτικό αυτής ενδέχεται να ανατραπεί δικαστικώς, με αποτέλεσμα την ανατροπή της νομολογιακής αντιμετώπισης που στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρέωσης των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της απόφασης ΔΕΕ *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo*, C-54/18). Ως εκ τούτου, η παραδοχή της διαπλαστικής ενέργειας της απόφασης ΑΕΠΠ στην περίπτωση ακύρωσης της απόρριψης προσφοράς διαγωνιζόμενου ώστε να εξεταστούν οι αιτιάσεις της αυτής προσφυγής που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερων συνδιαγωνιζομένων, τοποθετείται ακριβώς στην ίδια-και όχι στην αντίθετη- αντιμετώπιση καθώς επιτρέπει, για λόγους οικονομίας και αποτελεσματικότητας της διαδικασίας, τον έλεγχο κατά το διοικητικό στάδιο της νομιμότητας της συμμετοχής και έτερων οικονομικών φορέων των οποίων οι προσφορές καίτοι έχουν γίνει αποδεκτές, αμφισβητούνται, εκκαθαρίζοντας, περαιτέρω, το πραγματικό και νομικό μέρος της υπό εξέταση προσφυγής, ήτοι κινείται προς την κατεύθυνση της ενίσχυσης της έννομης προστασίας κατά το στάδιο της ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Εξάλλου, συνιστά σχήμα οξύμωρο να αναγνωρίζεται στον προσφεύγοντα το έννομο συμφέρον του μη οριστικώς αποκλεισθέντος και, παράλληλα, να μην εξετάζεται η προσφυγή του λόγω θεώρησης του ως οριστικώς αποκλεισθέντος με απόφαση της ΑΕΠΠ. Επομένως, η προσφυγή ασκείται παραδεκτώς και μετ' εννόμου συμφέροντος για το προσφερόμενο είδος με α/α 4, ανεξαρτήτως της σειράς εξέτασής της από την ΑΕΠΠ και πρέπει να κριθεί στην ουσία της, ανεξαρτήτως του διατακτικού της απόφασης

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

της ΑΕΠΠ επί της πρώτης προσφυγής και της ημερομηνίας εξέτασης αυτής (βλ. ΑΕΠΠ 457/2020, μειοψηφία εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου, 827-828/2020 σκ.59, μειοψ. Ε. Αψοκάρδου και πρβλ. ΑΕΠΠ 1305-1306, σκ. 40, 506-507/2020, σκ.12, 729-730/2020, σκ. 13 μειοψ. Ε. Αψοκάρδου).

15. Επειδή, πέραν και ανεξαρτήτως των ανωτέρω, θα πρέπει να επισημανθεί ότι το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύννομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Επίσης, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 *ΔΔικ* 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣΤΕ 1425/93 ΔΔικ 1994/831). Σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής). Πέραν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017).

Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, και δεδομένου ότι το κριτήριο ανάθεσης του υπό κρίση διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει τιμής, εφόσον ο προσφεύγων έχει καταταγεί τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας προϋπόθεση της συνδρομής του εννόμου συμφέροντός του προς προβολή ισχυρισμών κατά του πρώτου κατά σειρά μειοδοσίας συμμετέχοντος και πρώτου παρεμβαίνοντος αποτελεί η ευδοκίμηση της



## Αριθμός απόφασης: 84/2021

προδικαστικής προσφυγής εν πρώτοις κατά της προσφοράς του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας και δεύτερου παρεμβαίνοντος.

Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσφορά του δεύτερου παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί διότι «[...] έχει καταθέσει πιστοποιητικά που αφορούν σε διαφορετικά προϊόντα-μοντέλα από τα προσκομιζόμενα δείγματα. Κατ' αυτόν τον τρόπο δημιουργεί αμφιβολίες για την προέλευση του δείγματος σε σχέση με τα πιστοποιητικά και αβεβαιότητα για τα προϊόντα που τελικά θα παραδοθούν. Συγκεκριμένα, το πρότυπο EN 14605:2005 + A1 2009 αναφέρεται σε άλλο προϊόν από το προσφερόμενο δείγμα (πρότυπο- έγκριση 3). Το προσκομιζόμενο CE αφορά διαφορετικό μοντέλο από αυτό των προσκομιζόμενων δειγμάτων (πρότυπο - έγκριση 4). Επομένως, η εν λόγω εταιρεία θα πρέπει να τεθεί εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας για το είδος με α/α 4, λόγω της μη αποδεδειγμένης συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς της στις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές, άλλως λόγω ουσιωδών ασαφειών της τεχνικής της προσφοράς. Για αυτούς τους λόγους απορρίφθηκε η προσφορά της ανταγωνίστριας σε πανομοιότυπο διαγωνισμό της ...».

Ωστόσο, ως προκύπτει από τα ανωτέρω, ο προσφεύγων αορίστως και αναποδείκτως ισχυρίζεται ότι ο δεύτερος παρεμβαίνων έχει προσκομίσει πιστοποιητικά που δεν αναφέρονται στο προσφερόμενο δείγμα ως βασίμως ισχυρίζεται ο δεύτερος παρεμβαίνων και άρα η προσφυγή τυγχάνει για το λόγο αυτό απορριπτέα, ενώ σε κάθε περίπτωση εκ των προσκομισθέντων από τον δεύτερο παρεμβαίνοντα εγγράφων προκύπτει το αβάσιμο των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, ο οποίος όχι μόνον δεν αναφέρει έτι περαιτέρω στο υπόμνημά του αλλά προβάλλει ότι «το πρότυπο EN 14605:2005 + A1 2009 αναφέρεται στο πρότυπο- έγκριση 3, ενώ το προσκομιζόμενο CE αφορά το πρότυπο - έγκριση 4», ο οποίος όμως λόγος αποτελεί έτερο, διαφορετικό από τον αναφερόμενο στην προσφυγή ισχυρισμό περί αναντιστοιχίας του δείγματος με τα προσκομισθέντα έγγραφα ως προς το προσφερόμενο είδος. Σημειωτέον ότι η ΑΕΠΠ δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς τον έλεγχο του δείγματος ούτε να ζητήσει, να

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

λάβει και να ελέγξει το κατατεθέν με την προσφορά δείγμα προκειμένου να διαπιστώσει η ίδια η ΑΕΠΠ την πλήρωση της προδιαγραφής αλλά ελέγχει το σύννομον της κρίσης της αναθέτουσας αρχής επί τη βάση των εγγράφων της διαδικασίας, των προβαλλόμενων ισχυρισμών και των προσκομιζόμενων αποδεικτικών στοιχείων (βλ. ΑΕΠΠ 1560/2020). Συνεπώς, και υπό την επιφύλαξη των ήδη εκτεθέντων περί απόρριψης της προσφυγής ως άνευ εννόμου συμφέροντος ασκηθείσας για το είδος με α/α 4 λόγω της ακύρωσης της προσβαλλόμενης ως προς το σκέλος που αφορά την αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος, δεδομένης της μη ευδοκίμησης της προσφυγής ως προς το λόγο που αφορά την απόρριψη της προσφοράς του δευτέρου παρεμβαίνοντος, ο προσφεύγων στερείται εννόμου συμφέροντος να προβάλλει λόγους κατά της αποδοχής της προσφοράς του πρώτου παρεμβαίνοντος και προσωρινού αναδόχου για το είδος με α/α 4 και η προσφυγή για το εν λόγω είδος θα πρέπει να απορριφθεί.

Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αφοκάρδου, σύμφωνα με το θεσμικό πλαίσιο της ΑΕΠΠ, αναγνωρίζονται ευρείες αρμοδιότητες στα Μέλη της ΑΕΠΠ με σκοπό την πλήρη εκκαθάριση του πραγματικού της εξεταζόμενης προσφυγής αφενός μεν να αιτούνται τη συνδρομή έτερων αρμόδιων αρχών την παροχή πληροφοριών και εγγράφων υπό τις υποδείξεις τους και να τους τάσσουν σχετική προθεσμία στο πλαίσιο εξέτασης προδικαστικών προσφυγών (άρθρο 10 του ΠΔ 38/2017) αφετέρου δε να ζητούν από τον προσφεύγοντα, την αναθέτουσα αρχή ή/και τον παρεμβαίνοντα να προσκομίσουν στοιχεία που λείπουν ή είναι οπωσδήποτε χρήσιμα για την υποστήριξη ή την αντίκρουση της προδικαστικής προσφυγής και εκείνοι έχουν υποχρέωση να αποστείλουν τα εν θέματι στοιχεία και πληροφορίες εντός της τασσόμενης προθεσμίας (παρ. 3-4 άρθρ. 12 του ΠΔ 39/2017, βλ. αναλυτικότερα και Ειρήνη Αφοκαρδου, «Ο ανακριτικός χαρακτήρας της διαδικασίας εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, *Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου*, ΕΤΟΣ 2019 Ι ΤΕΥΧΟΣ ΙΙ, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, σελ. 237-246). Ως εκ τούτου, στο βαθμό που οι ισχυρισμοί του

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

προσφεύγοντος αφορούν στις ενδείξεις της εργοστασιακής συσκευασίας του δείγματος που προσκόμισε ο δεύτερος παρεμβαίνων, οι οποίες οφείλουν να εμφανίζονται σε αυτήν, η ΑΕΠΠ οφείλει να διαπιστώσει εάν πράγματι στην εργοστασιακή συσκευασία υπάρχουν ή όχι οι ενδείξεις αυτές, το οποίο συνιστά πραγματικό γεγονός. Ακόμα δε και στην περίπτωση που ο προσφεύγων είχε προσκομίσει ο ίδιος φωτογραφία της επίμαχης εργοστασιακής συσκευασίας, θα επιβάλλονταν να ζητηθεί και από την αναθέτουσα αρχή η αποστολή φωτογραφίας της εργοστασιακής συσκευασίας του δείγματος προκειμένου να διασταυρωθεί εάν η συσκευασία του δείγματος το οποίο εξέτασε η ίδια η αναθέτουσα αρχή ταυτίζονταν πράγματι με την αποσταλείσα από τον προσφεύγοντα φωτογραφία και αντιστοιχούσε στην εργοστασιακή συσκευασία δείγματος που υπέβαλε ο δεύτερος παρεμβαίνων στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία για το είδος αυτό. Ως εκ τούτου, το βάσιμο των ισχυρισμών του προσφεύγοντος θα πρέπει να κριθεί κατόπιν της εξέτασης της εργοστασιακής συσκευασίας του δείγματος του δεύτερου παρεμβαίνοντος.

16. Επειδή ο προσφεύγων για το είδος με α/α 9 ισχυρίζεται ότι η προσφορά του τρίτου παρεμβαίνοντος πρέπει να απορριφθεί διότι *«το δείγμα που κατέθεσε η εταιρία δεν κάλυπτε ολόκληρο το πρόσωπο και δεν διέθετε προστατευτικό σφουγγάρι, σε αντίθεση με το ζητούμενο. Τα παραπάνω προκύπτουν σαφώς από την επισκόπηση του δείγματος της ανταγωνίστριας για το επίμαχο είδος, όπως διαπίστωσε εκπρόσωπος της εταιρείας μας που παραβρέθηκε κατά το άνοιγμα και την αξιολόγηση της οικείας προσφοράς. Κατά τούτο, το δείγμα της ανταγωνίστριας δεν συμμορφώνεται με τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές και δεν επαληθεύει τα στοιχεία της τεχνικής της προσφοράς. Η αλήθεια του ισχυρισμού μας θα επαληθευθεί κατά την επανεξέταση του δείγματος, στην οποία υποχρεούται να προβεί η αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής»*.

17. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί του λόγου της προσφυγής ως προς το είδος με α/α 9 του διαγωνισμού προβάλλει ότι : *«[...]*

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

κατά τον έλεγχο του δείγματος, η Επιτροπή Διαγωνισμού κατέληξε στο συμπέρασμα ότι αυτό πληροί τις προϋποθέσεις και τις τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται στη διακήρυξη. Ουδέν μάλιστα αναφέρεται στην πρόσκληση ότι το είδος αυτό πρέπει να καλύπτει ολόκληρο το πρόσωπο, όπως εσφαλμένως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα».

18. Επειδή ο τρίτος παρεμβαίνων ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «1. [...] η προσφορά της εταιρείας μας έχει κριθεί από την Επιτροπή Αξιολόγησης του Διαγωνισμού και όπως προκύπτει και από τις απόψεις τη Διοίκησης (αριθμ. πρωτ. 53887/17.12.2020) γίνεται πλήρης έλεγχος από την επιτροπή του διαγωνισμού εφόσον αυτή αποφανθεί επί των στοιχείων της τεχνικής προσφοράς κάποιου διαγωνιζομένου και προσπαθεί να μην εμφιλοχωρούν σφάλματα. Σχετικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι το προσφερόμενο από την εταιρεία μας είδος δεν κάλυπτε όλο το πρόσωπο αναφέρουμε ότι η αιτίαση αυτή είναι γενική και αόριστη καθώς δεν αναφέρει με ποιον τρόπο έγινε η δοκιμή και κυρίως ποιο τμήμα του προσώπου έμεινε ακάλυπτο. Πέραν δε αυτών η προδιαγραφή προβλέπει να παρέχει μέγιστη προστασία προσώπου για νοσοκομεία, οδοντιατρεία, ιατρικά και χημικά εργαστήρια και για διασώστες έκτακτων αναγκών. Ο διαγωνισμός γίνεται με κριτήριο τη χαμηλότερη τιμή και δεν παίζει κανένα ρόλο αν το προτεινόμενο είδος κάποιου ανταγωνιστή καλύπτει μεγαλύτερο μέρος του προσώπου καθώς αυτό δεν αξιολογείται. 3. Τέλος αναφέρουμε ότι η προτεινόμενη από την εταιρεία μας προσωπίδα διαθέτει προστατευτικό σφουγγάρι όπως προκύπτει από το φύλλο συμμόρφωσης και το υποβληθέν δείγμα...».

19. Επειδή ο προσφεύγων, για το είδος με α/α 9, στο υπόμνημά του ισχυρίζεται τα ακόλουθα : «Η αναθέτουσα αρχή δεν προέβη, ως όφειλε, στην επανεξέταση του δείγματος της ανταγωνίστριας για να τεκμηριώσει την βασιμότητα ή μη του ισχυρισμού μας περί ασυμβατότητας του δείγματος της «...» προς τις προδιαγραφές «να παρέχει τη μέγιστη προστασία προσώπου» (η γραμματική διατύπωση της προδιαγραφής συνεπάγεται την υποχρέωση των διαγωνιζόμενων να προσφέρουν ασπίδα που να καλύπτει όλο το

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

πρόσωπο, παρά τα όσα αντίθετα υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή) και «να περιλαμβάνει προστατευτικό σφουγγάρι». Αντιθέτως, αρκείται στην αρχική αξιολόγηση του δείγματος από την επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού, κατά της οποίας εξάλλου βάλουμε δια της κρινόμενης προσφυγής. Ωστόσο, αυτό είναι δεν είναι νόμιμο, καθώς είναι επιβεβλημένη η εξέταση των ουσιωδών ισχυρισμών που προβάλλουμε με την προσφυγή μας. Ειδικότερα: Η διαδικασία ενώπιον της ΑΕΠΠ είναι ενδικοφανής. Δηλαδή η ΑΕΠΠ εξετάζει τόσο τη νομική όσο και την ουσιαστική βασιμότητα των προβαλλόμενων λόγων κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 367§1 του ν. 4412/2016 και 12§2 του π.δ. 39/2017, αλλά και στην αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016. Ενόψει και της φύσης του ακυρωτικού ελέγχου που ασκούν τα Διοικητικά Δικαστήρια, επί των ασκηθησόμενων ενδίκων βοηθημάτων, η ΑΕΠΠ οφείλει να εκκαθαρίζει το σύνολο των αμφισβητήσεων επί του πραγματικού της εκάστοτε υπόθεσης. Κατά τούτο, ο διενεργούμενος έλεγχος από την ΑΕΠΠ πρέπει να είναι πλήρης (Χ. Δετσαρίδης - Η προδικαστική προσφυγή στο στάδιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, Εκδόσεις Σάκκουλα 2019, σελ. 349 επ. και 448 επ. και Α. Τσιρωνάς - Η έκταση ελέγχου της διαφοράς από την ΑΕΠΠ μετά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, ΝΟΔΕΠΕ 6/2018, σελ. 20 επ.). Η άσκηση ουσιαστικού ελέγχου εκ μέρους της ΑΕΠΠ τίθεται από το νομοθέτη ως υποχρεωτική και δεν επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της Αρχής [Δ. Ράικος, Ε. Βλάχου, Ε. Σαββίδη - Δημόσιες Συμβάσεις, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη (2018), 1<sup>ος</sup> τόμος, σελ. 1226 επ.]. Κατά τούτο, η ΑΕΠΠ οφείλει να αποφανθεί επί του συνόλου των προβαλλόμενων λόγων της προδικαστικής προσφυγής, νομικών και πραγματικών. Είναι σαφές ότι στους ισχυρισμούς που πρέπει να εξετάζονται κατά το στάδιο της ενδικοφανούς διαδικασίας στους δημόσιους διαγωνισμούς περιλαμβάνεται και η καταλληλότητα του δείγματος των διαγωνιζόμενων, εφόσον αυτό απαιτείται από την οικεία πρόσκληση. Συναφώς επικαλούμαστε την υπ' αριθμ. 766/2010 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, με την οποία κρίθηκε ότι «το σύνολο των ανωτέρω ηροσφερόμενων από την αιτούσα ειδών απορρίφθηκε

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

τελικώς από την αναθέτουσα αρχή με την εκ μέρους της παράθεση ειδικής και πλήρους αιτιολογίας ως προς την ασυμφωνία των ειδών αυτών με συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, κατόπιν ουσιαστικής επανεξέτασης των προβαλλόμενων με την προδικαστική προσφυγή ουσιωδών ισχυρισμών της αιτούσας επί αμιγώς τεχνικών ζητημάτων, με συνέπεια η κρίση της να φαίνεται νομίμως αιτιολογημένη (βλ. ΣΤΕ 1895/2008)». *Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 365 του ν. 4412/2016 και τα οριζόμενα στο π.δ. 39/2017 η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να αποστείλει στην ΑΕΠΠ το φάκελο της υπόθεσης παραθέτοντας τις απόψεις της επί των λόγων που προβάλλονται με την προσφυγή. Περαιτέρω, σε περίπτωση μη αποστολής φακέλου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει ομολογία. Ακόμη, γίνεται δεκτό ότι ομολογία συνάγεται και όταν η αναθέτουσα αρχή δεν απαντήσει επί ουσιωδών ισχυρισμών του προσφεύγοντα (σχετική η ΑΕΠΠ 1143,1144/2020 απόφαση - ιδίως σκέψη 39). Ενόψει αυτών, θα πρέπει να αχθείτε στο συμπέρασμα ότι αρχικής αξιολόγησης του δείγματος από την επιτροπή αξιολόγησης του διαγωνισμού δεν αρκεί για την απόρριψη του ισχυρισμού μας».*

20. Επειδή το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...]».

21. Επειδή το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης ....περιέχουν ιδίως : [.....]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή

έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαραίτατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [.....]».

22. Επειδή το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α' παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.[...].2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών πρότυπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. [...]7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61 [...]».

23. Επειδή το άρθρο 91 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) Η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. [...] η) Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών ή γενικών υπηρεσιών, προσφορά η οποία θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται από τα έγγραφα της σύμβασης ή, εφόσον στα έγγραφα της σύμβασης προβλέπεται η κατάθεση δειγμάτων, η μη προσήκουσα κατάθεση τους [...]».



## Αριθμός απόφασης: 84/2021

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

25. Επειδή το άρθρο 214 του Ν.4412/2016 ορίζει 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, ανάλογα με τη φύση του προς προμήθεια υλικού, 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) Στα έγγραφα της σύμβασης, προκειμένου για δείγματα οικονομικών φορέων (κατηγορία β') [...] 5. [...] 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) [...]».

26. Επειδή στους όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι : «

«[...] ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ

Αντικείμενο της πρόσκλησης είναι η προμήθεια ειδών «Μέσων Ατομικής Προστασίας» με απώτερο σκοπό τη δημιουργία στρατηγικού αποθέματος, προκειμένου να αντιμετωπιστούν οι ανάγκες του προσωπικού των ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής ως ακολούθως:

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

A/A	ΜΕΣΑ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ (ΜΑΠ)	Τεμάχια*
...	...	...
4	Προστατευτική ολόσωμη φόρμα ΤΥΠΟΥ ΪνϋΞΟ	37.500
...	...	
9	Ασπίδα προστασίας προσώπου ιατρική	17.500
10	Μπλούζες Αδιάβροχες μη αποστειρωμένες μίας χρήσης	275.000

Κριτήριο Αξιολόγησης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Προσφορές μπορούν να υποβάλλονται όχι μόνο για το σύνολο των ζητούμενων ποσοτήτων ανά είδος, αλλά και για μέρος της ποσότητας εκάστου είδους.

### [...]ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

#### 9. Ασπίδα προστασίας προσώπου ιατρική

- Να παρέχει τη μέγιστη προστασία προσώπου για νοσοκομεία, οδοντιατρεία, ιατρικά και χημικά εργαστήρια και για διασώστες έκτακτων αναγκών
- Να είναι κατασκευασμένη από αντιθαμπωτικό υλικό
- Να μην επηρεάζει την όψη του χρήστη
- Να είναι ελαφριά,, άνετη, με μαλακό λάστιχο ή ιμάντα που να περνά γύρο από το κεφάλι (μέτωπο)
- Χωρίς λάτεξ
- Η διάφανη ασπίδα στην περιοχή του μετώπου να περιλαμβάνει προστατευτικό σφουγγάρι. Κάθε συσκευασία ασπίδας προστασίας προσώπου να αποτελείται από τρία (3) τεμάχια :
  1. Φύλλο προστασίας
  2. Βάση στήριξης
  3. Ιμάντα ή λάστιχο προσαρμογής στο κεφάλι
- Εάν είναι επαναχρησιμοποιούμενη να πληρεί το πρότυπο EN

#### 10. Μπλούζες Αδιάβροχες μη αποστειρωμένες μίας χρήσης

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

- Να είναι μιας χρήσεως, μη αποστειρωμένη
- Να έχει δέσιμο στο λαιμό και στην μέση
- Να έχει μακρύ μανίκι με ελαστική μανσέτα
- Να παρέχει πλήρη κάλυψη πλάτης
- Να διαθέτει CE (Ευρωπαϊκή οδηγία ΕΕ 2016/425)
- Να είναι κατασκευασμένη από non - woven υλικό

υγροαπωθητικό και αδιάβροχο

- Να πληροί το πρότυπο EN 13034 - Type PB [6]
- Να είναι μεγέθους one size [...]

### Δ. ΔΕΙΓΜΑΤΑ

Για όλα τα ζητούμενα είδη Μ.Α.Π να κατατεθούν δείγματα.

Τα δείγματα θα αποστέλλονται μέσα σε ενιαίο φάκελο ή κιβώτιο με την ένδειξη «ΔΕΙΓΜΑΤΑ» και θα αναγράφονται όλα τα στοιχεία του διαγωνισμού. Τα δείγματα πρέπει να κατατεθούν εις διπλούν.

Η επιτροπή αξιολόγησης διατηρεί το δικαίωμα να ζητήσει επιπλέον δείγματα ή/και διευκρινίσεις κατά το στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης.

Τα δείγματα, τα οποία θα πρέπει να είναι αντίστοιχα με το τελικό παραδοτέο προϊόν, θα κατατίθενται σε συσκευασία που πρέπει να πληροί τις ακόλουθες απαιτήσεις [...] Κατά την αξιολόγηση των προσφορών από το αρμόδιο όργανο, τίθενται υπόψη του τα δείγματα. Η αξία των δειγμάτων στις περιπτώσεις ελέγχου της ποιότητας και γενικά της καταλληλότητας των ειδών βαρύνει τον προμηθευτή.

Οι Προμηθευτές δύνανται να καταθέσουν και τεχνικά φυλλάδια ή prospectus που να αποδεικνύουν τη συμμόρφωσή τους με τις Τεχνικές Προδιαγραφές [...] Ο κυρίως φάκελος της προσφοράς θα εμπεριέχει τους ακόλουθους υποφακέλους: [...] β) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο με την ένδειξη «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ». Αν τα τεχνικά στοιχεία της προσφοράς δεν είναι δυνατόν, λόγω μεγάλου όγκου, να τοποθετηθούν στον κυρίως φάκελο, τότε αυτά συσκευάζονται χωριστά και ακολουθούν τον κυρίως φάκελο με τις ίδιες ενδείξεις. (CE, Αποδεικτικά EN, Τεχνικά φυλλάδια κ.λ.π.) [...]

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

27. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

28. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

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

30. Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

31. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.prevedourou.gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976). Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις. Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

έρισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν ανατιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣΤΕ 2418/1976, 1061/1981). Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. *Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας*, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, *Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά ΕΤΕπ*, T-461/08, EU:T:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, *Strabag Benelux κατά Συμβουλίου*, T-183/00, EU:T:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, *Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής*, T-32/08, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, *AF Steelcase κατά EUIPO*, T-652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκέψη 43).

32. Επειδή, για την ερμηνεία όρων της διακήρυξης ή/και για την αξιολόγηση τεχνικών προσφορών εφαρμόζονται κατά περίπτωση οι καθιερωμένοι κανόνες της τέχνης και της επιστήμης και κατά περίπτωση τα διδάγματα της κοινής πείρας. Ως δε διδάγματα της κοινής πείρας θεωρούνται γενικές αρχές που συνάγονται επαγωγικά από την καθημερινή παρατήρηση της εμπειρικής πραγματικότητας, τη συμμετοχή στις συναλλαγές και τις

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

γενικές τεχνικές ή επιστημονικές γνώσεις, οι οποίες έχουν γίνει κοινό κτήμα και χρησιμοποιούνται από το δικαστήριο για την εξειδίκευση των αορίστων νομικών εννοιών και για έμμεση απόδειξη κρίσιμων γεγονότων, ή την εκτίμηση της αποδεικτικής αξίας των αποδεικτικών μέσων, που προσκομίστηκαν (ΟΛΑΠ 8/2005, ΣΤΕ 414/2006, ΔΕφ Θεσ. 2632/2015).

33. Επειδή στην επίμαχη πρόσκληση ως προς το είδος με α/α 9-ασπίδα προσώπου ιατρική τίθενται ως τεχνικές προδιαγραφές να παρέχει τη μέγιστη προστασία προσώπου για νοσοκομεία, οδοντιατρεία, ιατρικά και χημικά εργαστήρια και για διασώστες έκτακτων αναγκών, να είναι κατασκευασμένη από αντιθαμπωτικό υλικό, να μην επηρεάζει την όψη του χρήστη, να είναι ελαφριά, άνετη, με μαλακό λάστιχο ή ιμάντα που να περνά γύρο από το κεφάλι (μέτωπο), χωρίς λάτεξ καθώς επίσης και να περιλαμβάνει προστατευτικό σφουγγάρι στην περιοχή του μετώπου.

34. Επειδή ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι το δείγμα για το είδος με α/α 9 που κατέθεσε ο τρίτος παρεμβαίνων δεν κάλυπτε ολόκληρο το πρόσωπο και δεν διέθετε προστατευτικό σφουγγάρι, καταρχήν προβάλλεται αορίστως και αναποδείκτως καθώς ο προσφεύγων δεν προσκομίζει οιοδήποτε έγγραφο προς απόδειξη των ισχυρισμών του. Η δε γενική και αόριστη αναφορά σε επισκόπηση του δείγματος του τρίτου παρεμβαίνοντος στην οποία προέβη εκπρόσωπος του προσφεύγοντος προδήλως δεν συνιστά απόδειξη της βασιμότητας των ισχυρισμών του. Όπως δε έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 15, η ΑΕΠΠ δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς τον έλεγχο του δείγματος ούτε να ζητήσει, να λάβει και να ελέγξει το κατατεθέν με την προσφορά δείγμα προκειμένου να διαπιστώσει η ίδια η ΑΕΠΠ την πλήρωση της προδιαγραφής αλλά ελέγχει το σύννομον της κρίσης της αναθέτουσας αρχής επί τη βάσει των εγγράφων της διαδικασίας, των προβαλλόμενων ισχυρισμών και των προσκομιζόμενων αποδεικτικών στοιχείων. Η δε αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο της συμπληρωματικής της αιτιολογίας δύναται αλλά δεν υποχρεούται σε επανέλεγχο δείγματος, κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής, προκειμένου να επιβεβαιώσει εκ νέου

## **Αριθμός απόφασης: 84/2021**

την αρχική της διαπίστωση ότι το δείγμα πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές, παρά τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα (βλ. ΑΕΠΠ 1560/2020). Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι κατόπιν ελέγχου του δείγματος του τρίτου παρεμβαίνοντος από την Επιτροπή Διαγωνισμού διαπιστώθηκε η πλήρωση του συνόλου των προδιαγραφών για το είδος με α/α 9 και με νόμιμη κρίση αποδέχθηκε την προσφορά του τρίτου παρεμβαίνοντος. Ως εκ τούτου, ουδόλως συντρέχει ομολογία της αναθέτουσας αρχής περί μη πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών από το δείγμα του τρίτου παρεμβαίνοντος και ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

35. Επειδή για το είδος με α/α 10 του διαγωνισμού, ο προσφεύγων ως προσφέρων, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης με την οποία απορρίπτεται η προσφορά του. Ως δε έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 14, δυνάμει της διαπλαστικής ενέργειας της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ, η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Ως εκ τούτου, σε περίπτωση, που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους του προσφεύγοντος και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής έτερου συμμετέχοντος, χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Επομένως, εν προκειμένω, εφόσον κριθεί ακυρωτέα η προσβαλλόμενη απόφαση κατά σκέλος που αφορά τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 10 του διαγωνισμού, τότε με έννομο συμφέρον προβάλλονται από τον προσφεύγοντα ισχυρισμοί περί της απόρριψης των προσφορών των πρώτου και τρίτου παρεμβαίνόντων για το είδος με α/α 10 στο οποίο αυτοί συμμετέχουν.



## Αριθμός απόφασης: 84/2021

Ωστόσο, εφόσον κριθεί νόμιμος ο αποκλεισμός του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 10 του διαγωνισμού, οι ισχυρισμοί του περί απόρριψης των προσφορών των πρώτου και τρίτου παρεμβαινόντων και οι οποίες κρίθηκαν αποδεκτές με την προσβαλλόμενη απόφαση για το εν λόγω είδος, καταρχήν, προβάλλονται άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 14, διαγωνιζόμενος ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό δεν έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, καθόσον με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς το διαγωνισμό αυτό, τρίτος. Κατ' εξαίρεση, όμως, και προς διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον προβάλλει ισχυρισμούς αναφερόμενους αποκλειστικώς στην αποδοχή της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, παρά τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ίδιου με εκείνον που απετέλεσε την αιτιολογία αποκλεισμού του

36. Επειδή ο προσφεύγων για το είδος με α/α 10 του διαγωνισμού προβάλλει ότι: *«Η προσφορά μας απερρίφθη με την αιτιολογία ότι «το είδος με Α/Α10 δεν είναι αδιάβροχο σε τεστ που έγινε υπό πίεση».* Η αιτιολογία αυτή είναι παντελώς αόριστη, αφού δεν γίνεται αναφορά αριθμητικών μεγεθών και συγκεκριμένα αφενός της πίεσης που ασκήθηκε στο δείγμα σε μονάδες Pa και αφετέρου της πίεσης που προβλέπεται από τα εθνικά ή διεθνή πρότυπα ως αυτή, υπό την οποία θα πρέπει να δοκιμάζονται τα δείγματα για να διαπιστωθεί η αδιάβροχη ιδιότητά τους. Παράλληλα, δεν γίνεται καμμία αναφορά στις εν γένει συνθήκες της δοκιμής (θερμοκρασία, υγρασία, χρόνος πίεσης δείγματος, υλικό πίεσης κτλ) και στα πρότυπα που εφαρμόστηκαν από την επιτροπή αξιολόγησης. Επομένως, δεν τεκμηριώνεται με σαφή και ορισμένο τρόπο πρώτον η δήθεν απόκλιση του δείγματός προς τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής, όποιες και αν είναι αυτές, και δεύτερον η συμβατότητα των απαιτήσεων της αναθέτουσας αρχής προς κάποια αποδεκτά διεθνή ή εθνικά πρότυπα, τα οποία αναφέρονται στην πρόσκληση ή έχουν ισχύ γενικώς (βλέπε σχετικά ΑΕΠΠ 1102/2020). Κατά τούτο, η προσβαλλόμενη πάσχει αιτιολογία ως προς

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

το σκέλος της απόρριψης της προσφοράς μας και δεν μπορούμε να την αντικρούσουμε αποτελεσματικά και με συγκεκριμένα στοιχεία. Σε κάθε περίπτωση, τονίζουμε ότι τα είδη μας φέρουν σήμανση CE σύμφωνα με το Κανονισμό ΕΕ ΜΑΠ 2016/425, επομένως η απόρριψή τους μπορεί να λάβει χώρα μόνο μέσω της τήρησης διαδικασίας διασφάλισης (μεταξύ πολλών απόφαση του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων της 14<sup>ης</sup> Ιουνίου 2007 [C-6/2005, Medipac-Καζαντζίδης ΑΕ κατά Βενιζελείου- Παναγιώτου (ΠΕ.Σ.Υ. Κρήτης), ΣΤΕ 2438/2007, ΕΑ 70/2009 κ.ά.]).».

37. Επειδή, σύμφωνα με την πρόσκληση προβλέπεται ως τεχνική προδιαγραφή για το είδος με α/α 10- μπλούζες αδιάβροχες αποστειρωμένες μιας χρήσης, μεταξύ άλλων, να είναι κατασκευασμένες από non - woven υλικό υγραπρωθητικό και αδιάβροχο. Ως δε έχει ad hoc κριθεί, εφόσον ρητά 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 και μάλιστα ανεξαρτήτως και των τυχόν επιφυλάξεων του προσφέροντος (ΣΤΕ 721/2011 (ΑΣΦ) και ΑΕΠΠ 7/2021, 1143-1144/2020)

36. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 13, σύμφωνα με το με αριθμ. πρωτ. 45700/6.11.2020 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 10 του διαγωνισμού διότι «*διαπιστώθηκε ότι το είδος με α/α 10 δεν είναι αδιάβροχο σε τέστ που έγινε υπό πίεση*». Περαιτέρω, στο πλαίσιο της προβλεπόμενης εκ του νόμου συμπληρωματικής αιτιολογίας, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις απόψεις της μόνον ότι το δείγμα του προσφεύγοντος «*κατόπιν ειδικών και τεχνικών ελέγχων από την επιτροπή του διαγωνισμού αποδείχθηκε ότι δεν είναι αδιάβροχο υπό πίεση*». Επομένως, βάσει και των αναφερόμενων υπό σκέψη 31, και δοθέντος ότι η ΑΕΠΠ δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς τον έλεγχο του δείγματος ούτε να ζητήσει, να λάβει και να ελέγξει το κατατεθέν με την προσφορά δείγμα προκειμένου να διαπιστώσει η

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

ίδια η ΑΕΠΠ την πλήρωση της προδιαγραφής αλλά ελέγχει το σύννομον της κρίσης της αναθέτουσας αρχής επί τη βάσει των εγγράφων της διαδικασίας, των προβαλλόμενων ισχυρισμών και των προσκομιζόμενων αποδεικτικών στοιχείων, η ως άνω κρίση της αναθέτουσας αρχής περί της μη πλήρωσης της επίμαχης προδιαγραφής από το δείγμα του προσφεύγοντος δεν είναι νόμιμη. Και τούτο διότι, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, δεν περιλαμβάνει πλήρη, ειδική και επαρκή αιτιολογία ως προς το πως διαπιστώθηκε ότι το δείγμα του παρεμβαινόντος δεν είναι αδιάβροχο σε πίεση, η δε γενική και αόριστη αναφορά σε ειδικούς και τεχνικούς ελέγχους που διεξήχθησαν από την επιτροπή διαγωνισμού ουδόλως αποδεικνύουν την ορθότητα της κρίσης της. Εν προκειμένω δε, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αναφέρει τους συγκεκριμένους τεχνικούς ελέγχους που διεξήχθησαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού, τις συνθήκες, τα πρότυπα και τα μεγέθη που ελήφθησαν υπόψη στον έλεγχο του δείγματος καθώς και τα πορίσματα του ελέγχου. Ως εκ τούτου, ο σχετικός λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη λόγω πλημμελούς αιτιολογίας της απόρριψης του δείγματος για το είδος με α/α 10 .

37. Επειδή, δοθέντος ότι η ΑΕΠΠ δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή ως προς τον έλεγχο του δείγματος ούτε να ζητήσει, να λάβει και να ελέγξει το κατατεθέν με την προσφορά δείγμα προκειμένου να διαπιστώσει η ίδια η ΑΕΠΠ την πλήρωση της προδιαγραφής, η δε αναθέτουσα αρχή δεν έχει έτι αιτιολογήσει επαρκώς τους λόγους για τους οποίους το δείγμα του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 10 δεν πληροί την προδιαγραφή να είναι αδιάβροχο, κατά συνέπεια η προσφορά του προσφεύγοντος δεν έχει έτι αποκλειστεί και άρα δεν είναι εφικτό να κριθεί το παραδεκτό των λόγων της υπό εξέταση προσφυγής που στρέφονται κατά της αποδοχής προσφοράς των πρώτου και τρίτου παρεμβαινόντων. Επομένως, οι ως άνω λόγοι δύναται να προβληθούν επικαίρως και παραδεκτώς και να εξεταστούν από την ΑΕΠΠ μετά την αιτιολόγηση από την αναθέτουσα αρχή της ακαταλληλότητας του δείγματος του προσφεύγοντος καθόσον δεν έχει έτι

## Αριθμός απόφασης: 84/2021

κριθεί αν είναι ή όχι αποκλεισθείς ως προς τον εν θέματι διαγωνισμό. (βλ. κατ' αναλογία ΔΕφΘεσ/νικης 36/2018 σκ.10 και πρβλ. ΑΕΠΠ 1353/2019). Περαιτέρω, δεν αναγνωρίζεται γενικό έννομο συμφέρον στον διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως 'μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού' και εγγυητής της διαφάνειας αυτού (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 106/2018). Συνεπώς, οι λόγοι της προσφυγής που αφορούν την απόρριψη των προσφορών των πρώτου και τρίτου παρεμβαίνοντος απορρίπτονται ως ανεπιταίρως προβαλλόμενοι.

Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου Ε. Αψοκάρδου, εφόσον κρίνεται ότι η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας λόγω πλημμελούς αιτιολογίας κατά την αξιολόγηση της προσφοράς του προσφεύγοντος και η προσφυγή δεν βάλλει κατά παράλειψης οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας αλλά κατά εκτελεστής πράξης, η αναθέτουσα αρχή δεν έπρεπε να απορρίψει την προσφορά του προσφεύγοντος και ο οικείος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Ως εκ τούτου, παραδεκτώς ο προσφεύγων βάλλει κατά των των προσφορών των πρώτου και τρίτου παρεμβαίνοντος και οι ισχυρισμοί του πρέπει να κριθούν στην ουσία τους.

38. Επειδή γίνεται δεκτή κατά πλειοψηφία η εισήγηση.

39. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το σκέλος που αφορά την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος για το είδος με α/αν 10 του διαγωνισμού και να απορριφθεί για τους λοιπούς λόγους.

40. Επειδή ύστερα από τα εκτεθέντα υπό σκέψη 8, η πρώτη παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

41. Επειδή, βάσει των εκτεθέντων υπό σκέψη 15, παρέλκει η εξέταση επί της ουσίας της δεύτερης παρέμβασης ως άνευ αντικειμένου, δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν εξετάζεται κατ' ουσίαν λόγω του απαραδέκτου της υπό

## **Αριθμός απόφασης: 84/2021**

εξέταση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ Ολομ. 2787/2015, 1898/1947, ΣΤΕ 981/2015, 2656/2012 και Παυλίδου Ε., Η συμμετοχή του τρίτου στη διοικητική δίκη, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 224-225, βλ. ΑΕΠΠ 642/2020, 310/2019, 882/2019).

42. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα υπό σκέψεις 34 και 37, η τρίτη παρέμβαση θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, ήτοι ως προς το σκέλος που αφορά το είδος με α/α 9, ενώ για το είδος με α/α 10 πρέπει να απορριφθεί.

43. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 39, πρέπει να επισταφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την πρώτη παρέμβαση

Δέχεται εν μέρει την τρίτη παρέμβαση

Ακυρώνει τη με αριθμ. πρωτ. 48805/23.11.2020 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό της παρούσας

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 600 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Ιανουαρίου 2021 και εκδόθηκε την 15<sup>η</sup> Ιανουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**  
**ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**  
**ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**