

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 7η Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07.10.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1215/7.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής «προσφεύγουσα») που εδρεύει στη ..., οδός ..., αριθμός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ..., (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στον ..., οδός ..., αριθμός ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται α) την ακύρωση του υπ' αρ. 23/25-9-2019 πρακτικού συνεδρίασης του Δ.Σ. του ...», με το οποίο εγκρίνεται, κατόπιν της σχετικής υπ' αρ. πρωτ. 19129/25-9-2019 εισήγησης του Τμήματος Προμηθειών του Νοσοκομείου, το υπ' αρ. πρωτ. 19049/25-9-2019 (με ηλεκτρονική υπογραφή 27-09-2019) συμπληρωματικό πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, που αφορά στον Διαγωνισμό με αρ. διακήρυξης ..., και σύμφωνα με το οποίο η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσα απορρίπτεται και τίθεται αυτή εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας, β) την αποδοχή του παραδεκτού της προσφοράς της, γ) τη συμμετοχή της στο επόμενο στάδιο της διαδικασίας.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής και την επιστροφή του παραβόλου της εταιρείας της για την από 6.07.2019 προσφυγή της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 7/10/2019 πληρωμή στην Τράπεζα Πειραιώς και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη των ειδών της σύμβασης για τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας 60.427,895 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή, με την υπ' αριθμό ... διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων με αντικείμενο την προμήθεια χειρουργικών ραμμάτων, με CPV ..., διάρκειας 365 ημερών και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας συνολικά δαπάνης 60.427,895 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, αποτελούμενη από εκατόν οκτώ (108) είδη. Σύμφωνα, δε, με τον όρο 1.2.1.2. της διακήρυξης γίνονται δεκτές προσφορές είτε για το σύνολο των ειδών είτε για ορισμένα μόνο από τα ζητούμενα είδη, στο σύνολο, όμως της κατ' είδους προκηρυχθείσας ποσότητας και σε καμία περίπτωση για μέρος μόνο της κατ' είδους ζητούμενης ποσότητας.

3.Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 24/12/2018 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

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

Αριθμός απόφασης: 1313 /2019

5.Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 7.10.2019 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπόψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους προσφέροντες μέσω της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ στις 27.09.2019, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν . 4412/2016, και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθ. 8 του Π.Δ. 39/2017.

6.Επειδή, την 7.10.2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες, συμπεριλαμβανομένης της παρεμβαίνουσας, ήτοι σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 09.10.2019, ήτοι εμπροθέσμως, υπέβαλε στην ΑΕΠΠ μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού το με αρ. πρωτ. 20288/09.10.2019 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής και κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα στις 14/10/2019 .

8. Επειδή, η παρεμβαίνουσα στις 14/10/2019 κατέθεσε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 10.10.2019 παρέμβασή της, η οποία, δοθέντος ότι η παρεμβαίνουσα έλαβε γνώση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στις 07.10.2019, υποβλήθηκε εμπροθέσμως.

9. Επειδή, ειδικότερα, στα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν 4412/2016 και 7 του ΠΔ/τος 39/2017 προβλέφθηκε ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος, του οποίου επηρεάζονται τα συμφέροντα, δικαιούται να ασκήσει, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση σε αυτόν της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 365, παρέμβαση ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με την παράγραφο 1 και κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, προσκομίζοντας προς τούτο όλα τα κρίσιμα*

έγγραφα που έχει στη διάθεσή του». Η παρέμβαση ασκείται παραδεκτά υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, το δε έννομο συμφέρον του παρεμβαίνοντος θα πρέπει να είναι άμεσο, προσωπικό και ενεστώς. Τούτο σημαίνει κατά πρώτον, ότι διαγωνιζόμενος του οποίου η προσφορά αποκλείστηκε οριστικά από τον διαγωνισμό, ήτοι δίχως να έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης αποκλεισμού του, δεν έχει έννομο συμφέρον προς άσκηση παρέμβασης, καθώς έχει καταστεί τρίτος ως προς τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας (ΑΕΠΠ 149/2019). Συνεπώς αμφότερα τα αιτήματα της παρεμβαίνουσας παρίστανται απορριπτέα ως απαραδέκτως προβληθέντα. Τούτο διότι, ως προς το πρώτο αίτημα, λεκτέο είναι ότι η παρεμβαίνουσα είναι ήδη οριστικώς αποκλεισθείσα από την διαγωνιστική διαδικασία δυνάμει της υπ' αριθ. 968/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ η προθεσμία προσβολής της οποίας με αίτησης αναστολής ενώπιον των Διοικητικών Δικαστηρίων, παρήλθε δίχως να ασκηθεί αυτή και άρα και άρα έχει καταστεί απρόσβλητη . Ως προς το αίτημα επιστροφής του παραβόλου που κατέπεσε δυνάμει της υπ' αριθμ. 968/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ τούτο τυγχάνει απορριπτέο ως απαράδεκτο διότι μια τέτοια δυνατότητα ως προς τις αρμοδιότητες του κρίνοντος Κλιμακίου ουδόλως προβλέπεται στο νομοθετικό πλαίσιο του ν. 4412/2016 και το πδ. 39/2017.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω σε προγενέστερο χρόνο αλλά πάντα στα πλαίσια της εξεταζόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας η παρεμβαίνουσα εταιρεία κατέθεσε την από 7-7-2019 με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 851/8-7-2019 προσφυγή της ενώπιον της ΑΕΠΠ, στην οποία έκανε λόγο για τη μη νόμιμη απόρριψη της προσφοράς που υπέβαλε στα πλαίσια της υπ' αρ. ... Διακήρυξης Διαγωνισμού. Η εν λόγω απόρριψη έλαβε χώρα με την υπ' αρ. 14/27-06-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου. Με την απόφαση αυτή εγκρίθηκε σχετικό πρακτικό της επιτροπής διεξαγωγής του διαγωνισμού και κρίθηκε ότι η προσφορά της ως άνω εταιρείας έπρεπε να απορριφθεί ως απαράδεκτη εξαιτίας της μη κατάθεσης επιστολής του κατασκευαστή, με την οποία ο τελευταίος να συμφωνεί να κατασκευάσει τα ζητούμενα ράμματα σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στην προσφεύγουσα εταιρεία. Με την ίδια πράξη κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά

της προσφεύγουσας. Με την τότε προσφυγή της, η νυν παρεμβαίνουσα αμφισβητούσε κυρίως τη νομιμότητα της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας, επί τη βάση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, ισχυρίστηκε δηλαδή ότι συνέτρεχαν και για την προσφορά της προσφεύγουσας οι αυτοί λόγοι αποκλεισμού που παρέβλεψαν τα όργανα διεξαγωγής του διαγωνισμού. Επί της ανωτέρω προσφυγής εκδόθηκε η από 13-8-2019 υπ' αρ. 968/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, με την οποία απορρίφθηκε η υπό κρίση προσφυγή ως απαράδεκτη, ελλείψει εννόμου συμφέροντος εκ μέρους της προσφεύγουσας εταιρείας «....». Ειδικότερα, εκρίθη ότι «η προσφεύγουσα δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον ως προς τα είδη για τα οποία δεν υπέβαλε προσφορά, ως μη ζημιωθείσα εκ της αποδοχής της προσφοράς της προσφεύγουσας» (σκ. 33). Επιπλέον, εκρίθη ότι, όπως προκύπτει και από πάγια νομολογία, η προσφεύγουσα και νυν παρεμβαίνουσα δεν έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον ούτε να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου ούτε να επιδιώξει τη ματαίωση της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας προκειμένου να συμμετάσχει σε μεταγενέστερη νέα διαγωνιστική διαδικασία με το ίδιο αντικείμενο (σκ. 35). Τέλος, αναφορικά με τον ισχυρισμό της παρεμβαίνουσας ότι η προσφορά της προσφεύγουσας έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη πράξη παρόλο που παρουσίαζε τα ίδια προβλήματα με την προσφορά της, έγινε δεκτό, ότι κρίσιμη ήταν εν προκειμένω η εξέταση του εάν υπήρξε διαφορετική εκτίμηση των αυτών πλημμελειών και όχι «το αν διαφορετικές πλημμέλειες αφορούν στο εν γένει ζήτημα» (σκ. 37). Με την ανωτέρω συλλογιστική, λοιπόν, κρίθηκε ότι δεν υφίστατο πράγματι παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης. Παρά το γεγονός ότι εκρίθη ότι δεν σημειώθηκε παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών, εντούτοις η Επιτροπή Αξιολόγησης του επίμαχου διαγωνισμού (με αρ. διακήρυξης ...) προέβη σε επανέλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας. Συνεπεία του επανελέγχου αυτού εξέδωσε το υπ' αρ. πρωτ. 19049/25-9-2019 (με ηλεκτρονική υπογραφή 27-09-2019) συμπληρωματικό πρακτικό αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, σύμφωνα με το οποίο διαπιστώθηκε ότι η

Αριθμός απόφασης: 1313 /2019

προσφεύγουσα δεν είχε προσκομίσει την απαιτούμενη από την παρ. 3 της υποενότητας 1.2.1.2. Τεχνική Προσφορά του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης βεβαίωση της κατασκευάστριας εταιρείας, και ως εκ τούτου πρέπει να αποκλεισθεί από το διαγωνισμό. Το εν λόγω πρακτικό εγκρίθηκε με το υπ' αριθμό 23/25-9-2019 (Θέμα 6ο) πρακτικό συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., κατόπιν και σχετικής πρότασης του Τμήματος Προμηθειών του Νοσοκομείου.

11. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή βάλλει κατά του προαναφερθέντος υπ' αριθμό 23/25-9-2019 (Θέμα 6ο) πρακτικού συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ... , με το οποίο έγινε δεκτό το υπ' αρ. πρωτ. 19049/25-9-2019 (με ηλεκτρονική υπογραφή 27-09-2019) συμπληρωματικό πρακτικό αξιολόγησης τεχνικών προσφορών και αποκλείστηκε η προσφεύγουσα από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία.

12. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 3 της υποενότητας 1.2.1.2 Τεχνική προσφορά του Παραρτήματος Α της οικείας Διακήρυξης, αναφέρεται ότι: *«Όταν οι προσφέροντες δε θα κατασκευάσουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν σε δική τους επιχειρηματική μονάδα, στην προσφορά τους δηλώνουν την επιχειρηματική μονάδα, στην οποία θα κατασκευαστεί το προσφερόμενο προϊόν και τον τόπο εγκατάστασής της. Επίσης, στην προσφορά τους πρέπει να επισυνάψουν και υπεύθυνη δήλωσή τους προς τον φορέα ότι η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής έχει αποδεχθεί έναντι τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή. Σε αυτή την περίπτωση θα πρέπει να προσκομιστεί και αντίστοιχη **ενυπόγραφη βεβαίωση του κατασκευαστή του τελικού προϊόντος.** Προσφορά στην οποία δεν θα υπάρχουν οι ανωτέρω δηλώσεις θα απορρίπτεται ως **απαράδεκτη.**»*

13. Επειδή, η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης για τους εξής λόγους: *«Στην προκειμένη περίπτωση, στο άρθρο 1.2.1.2. της υπ' αριθμό ... Διακήρυξης*

(σελίδες 9-10) ρητώς προβλέπεται ότι: «Όταν οι προσφέροντες δε θα κατασκευάσουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν σε δική τους επιχειρηματική μονάδα, στην προσφορά τους δηλώνουν την επιχειρηματική μονάδα, στην οποία θα κατασκευαστεί το προσφερόμενο προϊόν και τον τόπο εγκατάστασής της. Επίσης, στην προσφορά τους πρέπει να επισυνάψουν και υπεύθυνη δήλωσή τους προς τον φορέα ότι η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής έχει αποδεχθεί έναντι τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή. Σε αυτή την περίπτωση θα πρέπει να προσκομιστεί και αντίστοιχη ενυπόγραφη βεβαίωση του κατασκευαστή του τελικού προϊόντος. Προσφορά στην οποία δεν θα υπάρχουν οι ανωτέρω δηλώσεις θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη.» Σύμφωνα με το προσβαλλόμενο πρακτικό, οι δηλώσεις που κατέθεσε η εταιρεία μας ανταποκρινόμενη στο άρθρο 1.2.1.2. της Διακήρυξης, και οι οποίες, σημειωτέον, έγιναν σε πρώτο στάδιο δεκτές από την αναθέτουσα αρχή, δεν εκδόθηκαν από τον κατασκευαστή του τελικού προϊόντος, ήτοι την ...Α, αλλά από εταιρεία υπεύθυνη για τη διανομή των προϊόντων ... στην Ελλάδα, άρα δεν συμμορφώνονται με τους όρους της Διακήρυξης. Ο αποκλεισμός μας ωστόσο με αυτές τις παραδοχές δεν είναι σύμφωνος με το νόμο και τη Διακήρυξη. Οι δηλώσεις που προσκομίσαμε και συμπεριλάβαμε στην κατατεθείσα προσφορά μας (συνημμένο αρχείο «ΔΗΛΩΣΕΙΣ ΕΞΟΥΣΙΟΔΟΤΗΣΗΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΟΥ ΟΙΚΟΥ») υπογράφονται από την εταιρεία ... που εδρεύει στην Ελβετία. Όπως προκύπτει από το γράμμα της βεβαίωσης αυτής, η βεβαίωση δεν χορηγείται μόνον για λογαριασμό της ελβετικής εταιρείας αλλά και για λογαριασμό του συνόλου του ομίλου Για το λόγο αυτό και με ακριβολογία, αναφέρεται ότι «... shall ensure the supply of the Products pursuant to any contráete or commitments duly entered into by ... pursuant to such authorization» και όχι Εξάλλου, από τον αριθμό των μονάδων παραγωγής που αναφέρονται στο σχετικό παράρτημα της υπεύθυνης δήλωσης, προκύπτει ότι η απαίτηση να προσκομιστούν δηλώσεις κατασκευαστικού οίκου από ένα έκαστο από αυτούς

θα ήταν παράλογη και ως εκ τούτου καταχρηστική και δυσανάλογη. Σε κάθε περίπτωση, η εταιρεία ..., με την οποία έχουμε συνάψει σύμβαση μη αποκλειστικής διανομής προϊόντων στην Ελλάδα, είναι θυγατρική της κατασκευάστριας εταιρείας ... και είναι εξουσιοδοτημένη όχι μόνον να διανέμει τα σχετικά προϊόντα αλλά και να υπογράψει τέτοιες δηλώσεις εκ μέρους της. Η εξουσιοδότηση αυτή επιβεβαιώνεται για τη συγκεκριμένη περίπτωση, εφόσον εγέρθηκε σχετική αμφισβήτηση, με την από 22-7-2019 βεβαιώνεται από την ... το δικαίωμα της ... (επισυνάπτεται η σχετική δήλωση) να εκδίδει τέτοιες δηλώσεις εκ μέρους της, όπως η αποδοχή έναντι μας της εκτέλεσης της προμήθειας. Υφίσταται, λοιπόν, νομιμοποίηση της ... να εκδίδει δηλώσεις εκ μέρους του κατασκευαστή, και δεν συντρέχει παραβίαση του σχετικού όρου της Διακήρυξης. Δεύτερον, δέον όπως αναφερθεί ότι από τη δήλωση εξουσιοδότησης του κατασκευαστή που καταθέτουμε σε συνδυασμό με τον κατάλογο των προϊόντων και τα σχετικά υποβληθέντα πιστοποιητικά CE, ISO, DOC, προκύπτει η γενική μεν, αλλά σε καμία περίπτωση αόριστη εξουσιοδότηση προς την εταιρεία μας να εμπορεύεται προϊόντα του οίκου ... Τα έγγραφα που καταθέσαμε κατονομάζουν τα προσφερόμενα από εμάς υλικά, τα οποία με τη σειρά τους αντιστοιχούν και ανταποκρίνονται στα ζητούμενα από την Διακήρυξη είδη. Παρόλο που δεν γίνεται ευθεία αναφορά στα στοιχεία του επίδικου διαγωνισμού στη δήλωση αποδοχής προμήθειας, αυτή συνάγεται από την προαναφερθείσα γενική εξουσιοδότηση προς την εταιρεία μας να προσφέρει τα κατονομαζόμενα προϊόντα του οίκου ... κατά τη συμμετοχή της σε διαγωνισμούς που διοργανώνονται στα ελληνικά Δημόσια, Στρατιωτικά και Ιδιωτικά Νοσοκομεία, αλλά και την ανάληψη υποχρέωσης εκ μέρους της ... να εξασφαλίσει την προμήθεια των καθορισμένων προϊόντων σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στην εταιρεία μας. Γ. Επιπλέον, στο άρθρο 94 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το άρθρο 43 παρ. 9 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52/1-4-2019) με έναρξη ισχύος από 1-4-2019, προβλέπεται ότι «...β. Στην περίπτωση που ζητείται στην τεχνική προσφορά η ανωτέρω δήλωση, ο προσφέρων, εφόσον κατασκευάζει ο ίδιος το τελικό προϊόν, πρέπει να δηλώνει στην προσφορά του, την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα κατασκευάσει το προσφερόμενο προϊόν, καθώς και τον

τόπο εγκατάστασής της. Προσφορά στην οποία δεν θα υπάρχει η ανωτέρω δήλωση, θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Όταν οι προσφέροντες δεν θα κατασκευάσουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν, σε δική τους επιχειρηματική μονάδα, στην προσφορά τους δηλώνουν την επιχειρηματική μονάδα, στην οποία θα κατασκευαστεί το προσφερόμενο προϊόν και τον τόπο εγκατάστασής της. Επίσης, στην προσφορά τους πρέπει να επισυνάψουν και υπεύθυνη δήλωσή τους προς την Αναθέτουσα Αρχή ότι, η κατασκευή του τελικού προϊόντος θα γίνει από την επιχείρηση στην οποία ανήκει ή η οποία εκμεταλλεύεται ολικά ή μερικά τη μονάδα κατασκευής του τελικού προϊόντος και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης αυτής ή ο επίσημος αντιπρόσωπός της έχει αποδεχθεί έναντι τους την εκτέλεση της συγκεκριμένης προμήθειας, σε περίπτωση κατακύρωσης στον προμηθευτή υπέρ του οποίου έγινε η αποδοχή. Προσφορά στην οποία δεν θα υπάρχουν οι ανωτέρω δηλώσεις θα απορρίπτεται ως απαράδεκτη.» Σύμφωνα με την ανωτέρω διάταξη, όχι μόνον ο νόμιμος εκπρόσωπος της επιχείρησης, όπως ρητώς προβλέπεται και στη διακήρυξη, αλλά και ο επίσημος αντιπρόσωπος της επιχείρησης δύνανται να υπογράψουν την επίμαχη δήλωση εξουσιοδότησης που ζητείται από τη διακήρυξη. Με το από 25-7-2018 έγγραφο που έχουμε καταθέσει στα πλαίσια του διαγωνισμού, η ..., ως επίσημος αντιπρόσωπος της κατασκευάστριας εταιρείας, δυνάμει και την συνημμένης εξουσιοδότησης, αποδέχεται έναντι μας την εκτέλεση της προκηρυσσόμενης προμήθειας σε περίπτωση κατακύρωσης στην εταιρεία μας. Δεν υφίσταται, συνεπώς, παραβίαση των σχετικών όρων της διακήρυξης, κι ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί».

14. 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) της διακήρυξης, 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). Περαιτέρω, οι τεχνικές προδιαγραφές συνιστούν στο σύνολο τους, απαράβατους όρους της διακήρυξης πλην εάν ορίζεται ότι είναι προαιρετικές ή ότι είναι αποδεκτή η πλήρωση μέρους μόνο αυτών (ΔΕΦΑΘ αναστ. 230/2012) και κατισχύει της αντίστοιχης διάταξης νόμου εφόσον δεν έχει προσβληθεί επικαίρως.

15. 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).

16. 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).

17. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

18. Επειδή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

19. Επειδή, στην εν θέματι διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, ήτοι: α) η προσφεύγουσα, β) η παρεμβαίνουσα, γ) η «...» και δ) η «...», υποβάλλοντας τις με αριθμό συστήματος 122814, 124105, 125191 και 122577 προσφορές τους αντίστοιχα.

20. Επειδή, από την συνολική επισκόπηση του φακέλου και των σχετικών ως άνω όρων της διακήρυξης, προκύπτει, ότι η εν λόγω προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη. Τούτο διότι, όπως διαπιστώθηκε από την εξέταση της προσφοράς της προσφεύγουσας προκύπτει ότι η εν λόγω εταιρεία, έχει προσκομίσει βεβαίωση της ..., η οποία όπως προκύπτει από την ηλεκτρονική προσφορά της, δεν είναι κατασκευάστρια εταιρεία, αλλά εταιρεία υπεύθυνη για την οργάνωση της διανομής των προϊόντων ... στην Ελλάδα. Ως εκ τούτου, η εταιρεία ... λόγω του ότι δεν έχει προσκομίσει βεβαίωση του κατασκευαστή του τελικού προϊόντος, όπως επί ποινή αποκλεισμού απαιτούσε το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης νομίμως ετέθη εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας. Τούτο διότι η προσφορά της προσφεύγουσας αντίκειται σαφώς στην αρχή της τυπικότητας των δημοσίων διαγωνισμών, σύμφωνα με την οποία όταν έχει τεθεί όρος στη Διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού - είτε ουσιαστικός, είτε τυπικός - ως εν προκειμένω, κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να επικαλεσθεί παράβασή του και να επιδιώξει τον αποκλεισμό των άλλων διαγωνιζόμενων, προς διασφάλιση της αρχής της διαφάνειας, του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων (ΣΤΕ 194/2011).

Αριθμός απόφασης: 1313 /2019

21. Επειδή, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της παρέμβασης κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016).

22. Επειδή, βάσει του άρθρου 367 παρ, 5 του ν. 4412/2016 «5. Η Α.Ε.Π.Π. επιλαμβάνεται αποκλειστικά επί θεμάτων που τίγονται με την προσφυγή και δεν μπορεί να ελέγξει παρεμπιπτόντως όρους της διακήρυξης ή ζητήματα που αφορούν τη διενέργεια της διαδικασίας.».

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να γίνει απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα. Ομοίως τυγχάνει απορριπτέο ως απαραδέκτως προβληθέν κατά τα ήδη κριθέντα το αίτημα της παρεμβαίνουσας περί επιστροφής του παραβόλου της για την από 6.07.2019 προσφυγή της.

25. Επειδή, ύστερα από την σκέψη υπ' αριθμ. 21, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση ως απαράδεκτη

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 26 Νοεμβρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΜΙΧΟΛΙΤΣΗ

Η Γραμματέας

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ